



اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی

پدیدآورده (ها) : کاتوزیان، امیر ناصر

حقوق :: دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران) :: زمستان 1383 - شماره 66

از 327 تا 360

آدرس ثابت : <http://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/109782>

دانلود شده توسط : محمد مهاجری

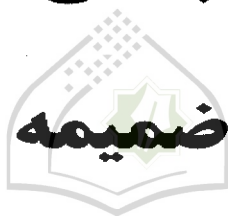
تاریخ دانلود : 13/05/1394

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



پایگاه مجلات تخصصی نور

بخش



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

دکتر ناصر کاتوزیان*

اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی**

طرح بحث و آغاز جستجو از ساده‌ترین مفاهیم:

همان‌طور که اطلاع دارید موضوعی که معین شده است تا چند دقیقه‌ای وقت شما را درباره آن بگیرم، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی» است، یعنی یکی از دشوارترین و مهم‌ترین مسایل اساسی امروز کشور. این بحث را می‌توان به دو طریق عنوان کرد:

۱- از لحاظ وارد شدن به اصول منطقی تفسیر، مباحث الفاظ، اصول عملیه و ویژگی‌های آنها در تفسیر قانون اساسی. این نگاه هم به وقت وسیعی نیاز دارد و هم تازگی ندارد، مطالب تکراری است و مناسب با این جلسه نیست. علاوه بر اینها، درددل‌های ما را نمی‌تواند آنچنان که باید، بیان کند. ما در صدد این هستیم که، در عین حال که اصول منطقی حاکم بر قانون اساسی را بیان می‌کنیم، بخشی از ناروایی‌هایی را که در این زمینه رخ داده است تذکر بدهیم.

۲- آغاز بحث از ساده‌ترین دشواری‌ها به شیوه علمی: به دنبال همین هدف بحث را از اینجا آغاز می‌کنم که معنی تفسیر چیست؟ مهم‌ترین راه تحقیق این است که انسان از ساده‌ترین مفاهیم شروع کند. بسیاری از مردم خیال می‌کنند که تفسیر به معنای منحرف کردن است؛ به معنای تأویل و خروج از ظاهر کلمات است، در حالی که این‌گونه نیست. در یک جمله، اگر بخواهیم تعریف را مختصر کنیم، تفسیر عبارت است از تعیین معنای یک متن و قلمرو اجرایی، یعنی گسترده آن. گاهی معنای کلام و گستره آن کاملاً روشن است. مثلاً در قانون آمده است که «مجازات قتل عمد اعدام است» در این جمله، واژه‌ها روشن است؛ هم قتل عمد را می‌شناسیم

*- استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

** - سخنرانی در سمینار هیأت نظارت بر اجرای قانون اساسی.

و هم معنی اعدام را می‌دانیم و تنها کاری که در مقام اجرای این قانون داریم این است که مصداق خارجی، یعنی صغرای قیاسی را که باید فراهم آوریم، بیابیم تا بتوانیم قانون را اجرا کنیم. یا در مثال دیگر، می‌گویند کسانی که به سن ۱۸ سال تمام رسیده‌اند رشید هستند. ۱۸ سالگی را ما می‌شناسیم و می‌دانیم که قانون شامل همه ایرانیان اعم از مسلمان و غیرمسلمان، زن و مرد می‌شود. پس قانون را با اندک تأمل اجرا می‌کنیم. به همین جهت، این مورد را اجرای قانون نامیده‌اند.

اما تفسیر، بیشتر در فرضی به کار می‌رود که اشکالی در مفهوم قانون یعنی در کبرای قیاس هم وجود دارد. مثلاً در ماده ۳۵ قانون مدنی داریم که تصرف به عنوان مالکیت قرینه یا اماره بر مالکیت است. در این جمله، کبرای قیاس هم، برای اینکه مفهوم بشود، احتیاج به تلاش فکری دارد، چون سؤال‌های مختلفی مطرح می‌شود که باید به آنها پاسخ گفت: از جمله این که مقصود از تصرف چیست؟ آیا مقصود تصرف مادی است یا سلطه معنوی و عرفی به تنهایی کافی است؟ آیا تسلط فقط در مورد اموال مادی است یا در اموال معنوی هم اجرا می‌شود؟ آیا اماره بر منافع هم قابل اجراست؟ آیا اماره تصرف ناظر بر موردی است که سابقه مالکیت روشن نباشد یا در هر مورد که مالی در دست کسی بود، اعم از این که سابقه مالکیت معلوم باشد یا نباشد، قابل اجراست؟ باید از این‌گونه مسایل مقدماتی را حل کنیم تا کبرای قیاس روشن شود و پس از آن بپردازیم به صغرای قیاس. شخصی که ادعا می‌کند من از اماره تصرف استفاده می‌کنم، واقعاً متصرف هست یا نیست؟ به همین جهت، دادرسی در این باب را «دعای سخت» نامیده‌اند.

مثال دیگر: در اصل ۱۶۸ قانون اساسی آمده است که «جرایم سیاسی و مطبوعاتی در محاکم دادگستری و با حضور هیأت منصفه انجام می‌شود». برای اجرای این قانون احتیاج داریم ببینیم جرم سیاسی چیست؟ و من فکر می‌کنم در گذشته نیروهای زیادی صرف این شده و هنوز هم به نتیجه نرسیده. جرم مطبوعاتی چیست؟ و معنی هیأت منصفه چیست؟ حتی در این هم تردید کرده‌اند که بعد به آن می‌پردازم. همچنین، محاکم دادگستری کدام است؟ آیا دادگاه‌های انقلاب هم جزء محاکم دادگستری هستند؟ یا توجه به اینکه در آن تاریخی که گفته شد محاکم دادگستری، دادگاه‌های انقلاب جزء دادگستری نبود. بنابراین خطاب حکم به محاکم دادگستری، یعنی جرم سیاسی، در دادگاه‌های انقلاب قابل رسیدگی نیست. از نظر تاریخی، این مباحث مطرح است و پاسخ مناسب می‌طلبد. بعد از اینکه پاسخ این مباحث که در کبرای قیاس مطرح است، در تفسیر معلوم شد، تازه اشکال تشخیص صغرای قیاس باقی است. آیا این شخص مرتکب جرمی که به

او نسبت داده می‌شود، شده است یا نشده؟

تفسیر به معنای خاص در واقع اختصاص به این‌گونه مطالب دارد. ولی، اگر تأمل بیشتر کنیم، می‌بینیم در روشن‌ترین متنها نیز باز احتیاج به تفسیر داریم. مثلاً در همان دو مثالی که زدم، صحبت برای کشتار به کار می‌رود، آیا این هم در حکم قتل عمد است و آیا مجازات اعدام درباره مرتکب باید اجرا بشود یا نه؟ و اگر کسی بی‌مبالا بود مثل فراری از زندان که به سوی جمعیت تیراندازی می‌کند و قصد قتل کسی را ندارد، قصد باز کردن راه را دارد ولی آدم می‌کشد آیا این هم قتل عمد است یا نیست؟ یا، در رشد این صحبت پیش می‌آید که آیا کسی که در دادگاه بتواند رشد خود را ثابت بکند آیا باز هم مشمول همان قاعده ۱۸ سال است یا قبل از آن نمی‌تواند رشد را ثابت کند؟ بنابراین، عدم تعیین و ابهام در اجرای هر قانونی وجود دارد. یعنی هر مجری قانونی ناگزیر است که ابتدا قانون را تفسیر بکند تا بتواند آن را اجرا کند. به بیان دیگر، هر کس که وظیفه اجرای یک قانون را دارد وظیفه تفسیر آن را هم دارد.

شورای نگهبان مرجع منحصر تفسیر نیست:

نتیجه‌ای که از این بحث می‌خواهم بگیرم چنین خلاصه می‌شود که از اصل ۹۸ قانون اساسی که می‌گوید «تفسیر قانون اساسی با شورای نگهبان است» افاده حصر نمی‌شود. یعنی نباید چنین پنداشت که شورای نگهبان تنها مقامی است که حق تفسیر قانون اساسی را دارد. اگر در دادگاه به قانون اساسی استناد بشود و صاحب حقی به استناد این قانون حق خود را مطالبه بکند، دادگاه هم حق تفسیر قانون اساسی را دارد، چرا که تا قانون را معنی نکند، قادر به اجرای آن در دعوا و تمیز حق نیست و ضرورتی ندارد که تفسیر قانون اساسی را از شورای نگهبان بخواهد. رئیس‌جمهور هم که مسئول اجرای قانون اساسی است حق تفسیر قانون اساسی را دارد؛ به مناسبت و بالملازمه برای وظایفی که بر عهده دارد. و شهروند عادی هم که باید از قانون اساسی اطاعت کند، باید قانون اساسی را ابتدا پیش خود معنی کند تا بتواند آن را رعایت کند. بنابراین، تفسیر قانون اساسی گل زرینی نیست که فقط بر سینه شورای نگهبان زده بشود. هر کس که مأمور اجرای قانون است، حق تفسیر آن را دارد. متنها چون این صلاحیت به مناسبت وظیفه‌ای است که بر عهده دارد، این وظیفه هر چه عام‌تر و گسترده‌تر باشد، تفسیر هم اعتبار زیادی دارد.

اهمیت تفسیر قانون اساسی و اصول مستخرج از آن:

تفسیر قانون اساسی خصوصیتی دارد که از تفسیر قوانین عادی کاملاً متمایز است و اهمیت خاص دارد. به چند مزیت و ویژگی اشاره می‌کنم و یادآور می‌شوم که اینها جنبه حصری ندارد و فقط به عنوان مثال است:

۱- موضوع قانون اساسی ربط قوای سه‌گانه کشور و ارتباط این قوا با حقوق و آزادی‌های مردم و مقدمه تشکیل جامعه مدنی است. این خصوصیت اهمیت فوق‌العاده زیادی دارد، به خصوص ارتباط آن با حقوق و آزادی‌های مردم به آن چهره خاصی می‌بخشد: دولتی که بعد از انقلاب با پای لرزان و برای جلب اعتماد مردم به قانون اساسی در آن ندای آزادی و حمایت از حق مردم و حقوق ملت می‌دهد، بعد از اینکه مستقر شد و قدرت را به کمال در اختیار گرفت، یکی از ابزارهایی که می‌تواند به وسیله آن حقوق و آزادی‌هایی را که در حال اضطراب داده است پس بگیرد، از راه همین تفسیرها است. بنابراین، بدعت در تفسیر قانون اساسی اهمیت فوق‌العاده زیادی دارد و می‌تواند معنی قانون اساسی و مبنای میثاق ملی را دگرگون کند. یکی از دردهای ما همین است که به نام تفسیر قانون اساسی گاه بر خلاف قانون اساسی گام بر می‌داریم. اگر خطاب من گاهی اوقات به شورای نگهبان است باید یادآور شوم که قصد اهانت به اعضای محترم شورای نگهبان ندارم، بحث به گونه‌ای است که ناچار طرف خطاب من شورای نگهبان است. باید اعتراف کنم به اعتقاد عمومی در پاره‌ای تفاسیر که شورای نگهبان تا به حال از قانون اساسی کرده است جنبه سیاسی داشته است و قانون را از مصب طبیعی خودش خارج کرده و اکنون فرصت کافی نیست، و تنها مثال‌های روشنی برای اثبات این ادعا می‌آورم.

۲- نکته دوم که اهمیت تفسیر قانون اساسی را والا می‌کند، این است که قوانین دیگر قابلیت تغییر را به سادگی دارند، بنابراین احتیاج زیادی به تفسیر ندارند چرا که در صورت نیاز می‌توانند قانون را عوض کنند یا تفسیر کنند. اما قانون اساسی قانون ثابتی است. نظام حکومت را نمی‌شود هر روز دستکاری کرد و تغییر داد. در همه جای دنیا جز انگلستان که تغییر قانون اساسی آن با قوانین عادی انجام می‌شود، تغییر قانون اساسی دشوار است. در کشور ما هم وضع به همین منوال است. بنابراین، وقتی قانون ثابت شد، تطبیق آن با بنیادهای جدید جامعه باید به وسیله تفسیر انجام بشود و همین ثبات نقش تفسیر قانون اساسی را فوق‌العاده زیاد می‌کند. ممکن است بگویید که در قوانین عادی هم ممکن است به نام تفسیر قانون ابداعاتی به کار برود، چنان که

بدعت‌هایی در گذشته هم شده است. پاسخ این است که در قانون عادی این بدعت قابل توجیه است، برای اینکه همان مقامی که قانون را وضع می‌کند همان مقام هم قانون را تفسیر می‌کند و اگر تخلفی هم از قانون قبلی بشود، در واقع خود قانون‌گذار است که قانون جدیدی را وضع کرده است. ولی در تفسیر قانون اساسی، تفسیر با نمایندگان مردم نیست بلکه با هیأت خاصی است. بنابراین اگر این هیأت انحرافی در تفسیر پیدا کند، بسیارگران تمام می‌شود.

بنابراین، قاعده دومی که از این بحث می‌گیرم این است که در تفسیر قانون اساسی باید احتیاط فراوان کرد. از بدعت گذاشتن پرهیز کرد. کسی که مفسر قانون اساسی است، مصلحت‌گرا نباید باشد و نخواهد سلیقه خود را بر قانون اساسی تحمیل بکند بلکه در سایه اصول کلی قانون اساسی، که به زودی توضیح می‌دهم، باید با کمال احتیاط مقصود نویسندگان قانون اساسی را دریابد و آنها را به صورت تفسیر بیان کند.

اهمیت هدف در شناخت ماهیت قانون:

هدف قانون اساسی چیست؟ قانون اساسی که گاه به آن میثاق ملی می‌گویند و گاهی پیمان بین مردم و دولت می‌نامند، در واقع نماد منطقی و خارجی همان قرارداد اجتماعی است. حکیمان آزادی‌خواه، برای جلوگیری از استبداد، این‌گونه تصور می‌کردند که روزگاری مردم در جامعه آزاد بودند و به جای قانون حکم زور بر آنان حکومت می‌کرد ولی از عدم امنیت رنج می‌بردند و برای اینکه در سایه امنیت دولت زندگی کنند، بخشی از حقوق و آزادی‌های خودشان را به دولت واگذار کردند تا در سایه آن امنیت زندگی کنند. این سخن به صورت یک آرمان بود. ولی قانون اساسی در واقع نماد منطقی و خارجی همین قرارداد است و پایه این قرارداد حفظ حقوق و آزادی‌های مردم است در مقابل دولت، نه حفظ قدرت دولت در مقابل مردم. برای این که قدرت احتیاجی به قانون ندارد و همان قدرت برای تأمین اعتبار آن کافی است. دولت می‌تواند اوامر خود را به زور اجرا بکند و این ملت است که احتیاج دارد برای حفظ حقوق خود به قانون پناه ببرد و دیو قدرت را در این جعبه سحرآمیز محبوس بکند و به قدرت نظم بدهد.

بنابراین، هدف اصلی قانون اساسی حفظ حقوق و آزادی‌های مردم است و هیچ اقدامی برای شناختن هدف و مبنای یک قانون بهتر از شناختن هدف آن قانون نیست. شما اگر بخواهید یک قاشق را تعریف کنید، بهترین راه این است که بگویید قاشق برای خوردن غذا به کار می‌رود تا مفهوم خیلی روشنی را به ذهن طرف القاء کنید. یا می‌خواهید بگویید قلم خودنویس چیست. با

یک کلمه ساده وقتی می‌گویید قلم خودنویس برای نوشتن است مفهوم اولیه آن ماهیت که باید به ذهن طرف القاء بشود به مقصد می‌رسد.

پس، برای این که بدانیم قانون اساسی چیست و برای چه به وجود آمده، باید هدف آن را بشناسیم و این پیشینه فلسفی و جنبه تاریخی، هدف قانون اساسی را روشن می‌کند و از اینجا قاعدهٔ سومی که من به ذهنم رسیده است شکل می‌گیرد و چنین خلاصه می‌شود که:

«هر جا به ابهامی برخوردیم و در رابطه بین حق و قدرت بر سر دو راهی مانسیم، چون هدف قانون اساسی اجرای حقوق و آزادی‌های مردم است، در رجه نخست اصل را باید به طرفی قرار بدهیم که حق و آزادی در آنجا تأیید می‌شود.»

علمای اصول بر من ببخشایند که اصل تازه‌ای را استخراج کردم چون خودشان هم در کتاب‌های اصول ذکر کرده‌اند که ما چهار اصل استصحاب، برائت، احتیاط و تخییر را استقراء کردیم و جنبهٔ حصری ندارد. ما هم از همان زمینه پیروی کردیم و در زمینه بحث و متناسب با ماهیت کار، اصلی استخراج کردیم که عبارت است: «اصل حمایت از حق در مقابل قدرت» که از تاریخچه و تکوین قانون اساسی و تبدیل قرارداد اجتماعی به قانون اساسی، که برای تشکیل حکومت‌ها و اجتماعات است، ناشی می‌شود. با وجود این، آیا موردی را سراغ دارید که شورای نگهبان، به دلیل تجاوز قانون به حقوق و آزادی‌های عمومی به قانونی ایراد کند در حالی که بی‌گمان مثال‌های زیادی برای این تجاوز می‌شناسیم.

لزوم الهام گرفتن از اصول کلی و راهنما:

اصل دیگری که در قانون اساسی اهمیت فراوانی دارد، توجه به قواعد کلی و الهام‌بخشی است که یا در مقدمهٔ قانون اساسی یا در اصولی که حقوق ملت را بیان می‌کند، آمده است. مثلاً در مقدمهٔ قانون اساسی می‌گوید که مردم با شعار «استقلال، آزادی، جمهوری اسلامی» انقلاب را شروع کردند. این فقط ادبیات نیست این هم قانون اساسی است. در قانون‌گذاری‌ها رسم است که در ابتدای مجموعه‌ها یک سلسله اصول کلی می‌گذارند تا هر بار که به تفسیری نیاز شد در سایهٔ این اصول کلی انجام دهند؛ چنان‌که در مقدمهٔ مجلهٔ الاحکام (قانون مدنی عثمانی) صد قاعدهٔ راهنما پیش‌بینی شده بود و در قانون مدنی آلمان و بسیاری از قوانین دیگر اقتباس شده است. ما هم این اصول را در مقدمه و آغاز داریم و در سایهٔ این اصول باید اصول قانون اساسی را تفسیر کنیم. اگر از این سایه خارج بشویم در واقع به تفسیر دست نزده‌ایم، پایهٔ بدعتی را ریخته‌ایم. من این اصول را یادداشت کرده بودم که در اینجا بخوانم ولی وقت اجازه نمی‌دهد: از جمله

آن اصول اینکه حکومت از ملت ناشی می‌شود و حاکمیت الهی به ملت واگذار می‌شود. این حکم که پایه و بنای حکومت است خیلی اهمیت دارد و راجع به آن صحبت شد و من دیگر نمی‌خواهم تکرار کنم. فقط بر این نکته تکیه می‌کنم که حاکمیت الهی برای اینکه نمود زمینی پیدا بکند و در زمین هم قابل اجرا باشد به دو نحو انتقال‌پذیر است: یکی به فرد و دیگری به مردم. اصل ۵ قانون اساسی ما نوع دوم را انتخاب کرده است همان اصلی که این جا خوانده شده که می‌گوید: «حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او، انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است.» و بعد ذیل همان اصل می‌گوید: «ملت این حق خداداد را از طرقی که در اصول بعد می‌آید اعمال می‌کند.» این اصول را، اگر فراموش کنیم و اصلی را بدون توجه به این اصول کلی بخواهیم تفسیر کنیم، طبیعی است که به بیراهه می‌رویم. بنابراین، قاعده چهارم عبارت است «از الهام گرفتن از اصول کلی» همان‌گونه که فقها استناد می‌کنند به قاعده لاضرر یا استناد می‌کنند به این قاعده که «انّ الاعمال بالنیات» یا «العقود تابعة للقصد» ما در قانون اساسی اصولی داریم که اگر از آنها غافل بمانیم و فقط بپردازیم به عبارات قانون و از کلیاتی که سایه بر سر این عبارات دارند غافل بمانیم در واقع قانون اساسی را نادیده گرفته‌ایم.

حمل الفاظ قانون بر معانی عرفی آنها:

قاعده پنجم اصلی است که مفاد آن را در قانون مدنی ماده ۲۲۴ داریم، بدین مضمون که «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه» یعنی برای اینکه ما بفهمیم قرارداد چه معنی می‌دهد باید الفاظی را که طرفین به کار برده‌اند چنان معنی کنیم که عرف می‌فهمد. پس، اگر به شما بگویم فروختم دیگر حق ندارم ادعا کنم که مقصودم فروختن نبود، مقصودم اجاره دادن یا وثیقه قرار دادن بود. این قاعده چندان انسانی و معقول است که می‌شود به عنوان یک قاعده کلی در همه جا از آن استفاده کرد: الفاظ قانون را باید حمل بر معانی عرفی کرد. نباید ما با الفاظ بازی کنیم و بدین وسیله اصول قانون اساسی را از مسیر اصلی منحرف کنیم. به عنوان مثال، در همان اصلی که برای شما خواندم، جرم سیاسی در دادگاه دادگستری با حضور هیأت منصفه باید رسیدگی بشود. اصطلاح هیأت منصفه یک اصطلاح متعارف و شناخته شده بین‌المللی و جهانی است. ما حق نداریم آن را از مفهوم اصلی آق خارج کنیم و معنی دیگر به آن بدهیم. هیأت منصفه در تمام دنیا یعنی هیأتی که در دادرسی شرکت می‌کند و مشاور نیست. قانون اساسی که نمی‌گوید مشاور دعوت کنیم؛ مشاور را همه محاکم می‌توانند دعوت بکنند و احتیاج به قانون

ندارد. حضور هیأت منصفه یعنی حضور در رأی، یعنی شرکت در دادرسی، متنها، همان تقسیم کاری که برای هیأت منصفه در همه جای دنیا رعایت شده باید در این جا رعایت بشود. یعنی امور ماهوی به هیأت منصفه واگذار بشود و اجرای قانون که قضاوت واقعی است به قاضی واگذار گردد. در تمام دادگاه‌های امریکا تقریباً جز محاکم جزئی، هیأت منصفه شرکت دارد. هیأت منصفه تشخیص می‌دهد و دادگاه حکم قانون را اعمال می‌کند. به بیان دیگر، هیأت منصفه اعلام می‌کند که آیا جرمی واقع شده، بعد قاضی تشخیص می‌دهد که قانون حاکم بر آن چیست؟ هیأت منصفه در فرانسه محدودتر است ولی در دو جرم مطبوعاتی و سیاسی همه متفق هستند که باید از وجدان عمومی الهام گرفت. چرا که جرم سیاسی مفهومی قابل انعطاف، قابل تغییر و قابل تفسیر است. وجدان عمومی باید تشخیص بدهد که این شخص که مرتکب جرم شده است آیا هدف خیر دارد و برای اعتلای کشور بوده است یا هدف او ضربه زدن به دیگران بوده است. ما اگر بخواهیم تغییری در این مفهوم متعارف بدهیم و ادعا کنیم دخالت هیأت منصفه در رأی شرعی نیست، قانون اساسی را به بی‌راهه برده‌ایم. پرسش اصلی این است که کدام کار شما شرعی است؟ مگر در شرع دادستان کل داشتیم؟ مگر رئیس قوه قضاییه داشتیم؟ مگر شورای نگهبان داشتیم؟ مگر دولت داشتیم؟ آن التزامی که ما در قانون اساسی به آن پای بندیم این است که عملی انجام ندهیم که با مبنای شرع مخالفت داشته باشد. ولی هیچ التزامی نداریم که خود را همانند جامعه گذشته بیاراییم و در جامعه کنونی جهان، وقتی در قانون اساسی مقرر می‌شود که جرم سیاسی با حضور هیأت منصفه رسیدگی بشود، هیأت منصفه معنی ویژه متعارف خود را دارد؛ بنابراین، از این قاعده مدنی که الفاظ عقود باید محمول بر معنای متعارف بشود، استفاده می‌کنم در این معضل اجتماعی و انتقاد می‌کنم از بحث‌هایی که برخلاف این مفهوم در داخل مجلس یا شورای نگهبان یا در محل دیگر انجام شده است.

مثال دیگر تحریف از متعارف، لغت آزادی است. آزادی به خودی خود ابهامی درونی دارد به طوری که وقتی شما می‌گویید آزادی، این پرسش به ذهن می‌رسد که آزادی از چه چیز؟ آزادی از هوای نفس؟ آزادی از قید و بند اجتماعی؟ آزادی از قواعد اخلاقی؟ کدام آزادی مقصود است. زیاد شنیده می‌شود، حتی از کسانی که به آنها ارادت دارم و جزو روشنفکران این جامعه هستند، برای معنی کردن «آزادی» توسط به مفهوم عرفانی آن می‌جویند، بدین تعبیر که مقصود از آزادی آزادی از قید شهوات، از قید هوس‌ها و حکومت عقل بر نفس است. این مفهوم در محل خود بسیار معنای خوبی است، ولی شعاری که در انقلاب داده می‌شد به این معنی نبود. مفهوم عرفی

آزادی این بود که ما باید زندانی سیاسی نداشته باشیم. مفهوم آزادی این بود که اگر دانشجوی ما، فرزند ما اعتراضی دارد، بتواند با لسان آزاد آن را بیان کند، احتیاجی به خشونت در روابط بین استاد و دانشجو نباشد. ما از مظلومی که رنج کشیدیم می‌خواستیم آزاد بشویم. بنابراین، در ترکیب «استقلال، آزادی، جمهوری اسلامی» هیچ معنی دارد که در کنار استقلال و جمهوری اسلامی بگوییم ما می‌خواهیم از هواهای نفس آزاد بشویم استقلال پیدا کنیم و جمهوری تشکیل بدهیم؟! پس، اگر بخواهیم همه مطالب را اینگونه معنی کنیم، آن وقت سر از بیابان در می‌آوریم. بنابراین یکی از اصولی که در تفسیر قانون اساسی باید رعایت بشود، حمل الفاظ و اصطلاح‌ها بر معانی عرفیه و شایع است.

اهمیت خاص تشریفات در حقوق عمومی و از جمله قانون اساسی:

در قدیم بین حقوق خصوصی و حقوق عمومی تفاوتی از حیث وابستگی به تشریفات وجود نداشت. به عنوان مثال، در قراردادهای، مطالعه تاریخی نشان می‌دهد که، در حقوق رم، برای اینکه انتقالی واقع بشود، باید حتماً ترازو بیاورند، چند تا شاهد باشند دست به دست هم بدهند و تشریفات را رعایت کنند و انتقال ملک تابع همین قالب‌ها و تشریفات بود نه نیروی اراده. در حقوق اسلام، درباره حذف تشریفات گامی جلوتر رفت، ولی هنوز عده زیادی عقیده داشتند که اراده به خودی خود الزام‌آور نیست بلکه باید در قالب معین و شکل عقود معین بیان بشود و بنابراین شروط ابتدایی الزام‌آور نیست. یا الفاظ عقود باید به زبان عربی و صیغه ماضی گفته بشود. این تشریفات کم‌کم از بین رفته است. در حقوق کنونی، با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، قراردادهای خصوصی در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد قابل اجرا و نافذ است. حتی نظریه جدیدی در این زمینه ابراز شده است بدین مضمون که لزوم تراضی باز خودش قیدی برای اراده است. آنچه التزام را به وجود می‌آورد، اراده مدیون است. بنابراین هر مدیونی می‌تواند برای خودش در مقابل دیگری ایجاد دین کند.

ولی، در حقوق عمومی، درست بر عکس است. هر حق و صلاحیتی در قانون اساسی پیش‌بینی شده و در حقوق عمومی هست، باید با تشریفات خاص خود اعمال بشود و خارج از آن معتبر نیست. من نمی‌توانم این جا شعاری بدهم و شما، اگر تصدیق کنید، بگویم اراده ملی این است حتی اگر تعداد شما صد میلیون باشد. قاضی حق ندارد در خیابان خارج از حدود قلمرو قضایی فعالیت بکند، مثلاً در خیابان قضاوت هم بکند و راه برود هر صلاحیتی باید با تشریفات

خودش باشد. دلیل این تفاوت آشکار با حقوق خصوصی این است که در حقوق عمومی شمار زیادی مجاز و فرض وجود دارد. در واقع حکومت مردمی یا دموکراسی، یا هر اسم دیگری که می‌خواهید برای آن بگذارید، بر پایه یک سلسله فرض‌ها گذاشته شده است. مثلاً قانونی را که مجلس می‌گذارد، اراده ملی می‌داند و حاکمیت نهایی را به آن می‌سپارد، ولی آیا به واقع قانون مظهر اراده ملی است؟ ممکن است نماینده‌ای که انتخاب می‌شود با یک رأی اضافی بر رقیب خود در مقابل چندین هزار رأی مخالف که طرف داشته پیروز شود و در پارلمان نیز به هنگام تصویب قانون پنجاه نفر یک طرف باشند و پنجا و یک نفر طرف دیگر که قانون را تصویب می‌کنند. آیا می‌توان خارج از مجاز و اعتبار ادعا کرد چنین قانونی مظهر اراده ملی است؟ اما این مصوبه را فرض می‌کنند که اراده ملی است، چون تنها راه حلی که برای اعتبار و عام بودن نفوذ آن وجود دارد استناد به این فرض‌ها است. از سوی دیگر، چون این فرض‌ها و مجازها خلاف قاعده است، باید با تشریفات خاص خود همراه باشد تا بتواند شکل بگیرد و ما قادر باشیم به آن مجازها استناد بکنیم.

با این مقدمه، به بحث ویژه خود در قانون اساسی می‌پردازم: اصل چهار قانون اساسی اعلام می‌کند که همه قوانین باید مطابق شرع و قانون اساسی باشد، می‌گوید مرجع تشخیص‌دهنده این انطباق شورای نگهبان است.

اما، این صلاحیت بسیار مهم به این معنا نیست که شورای نگهبان در هر مجموعه قانون خلافی دید، قوانین مصوب گذشته را ابطال کند. این سخن را در این جلسه نمی‌گویم؛ از اول انقلاب هم در کتاب مقدمه علم حقوق و در کتاب فلسفه حقوق نوشتم، ابتدا با مخالفت‌های خیلی شدید روبرو شد و بعد به تدریج بعضی دیگر هم با آن موافقت کردند این نظریه رونق گرفت که وقتی در اصل چهار به شورای نگهبان حق داده می‌شود که قوانین خلاف شرع را معین بکند، این صلاحیت را باید با تشریفات که در قانون اساسی پیش‌بینی شده است اعمال بکند. در تأیید این گفته از قانون اساسی نیز مدد می‌گیریم: ببینید از حق ملت که چیزی بالاتر نیست. اصل ۵۶ می‌گوید حاکمیت از آن ملت است ولی در ذیل اصل می‌گوید: «ملت این حق را بر طبق قواعدی که در این قانون پیش‌بینی شده می‌تواند اعمال بکند». بنابراین هر صلاحیتی که در قانون اساسی پیش‌بینی شده است مقدی به انجام دادن تشریفات ویژه آن است. تشریفات که برای اعمال صلاحیت شورای نگهبان پیش‌بینی شده در قانون اساسی کاملاً روشن است: قانون عادی باید پس از تصویب مجلس به شورای نگهبان بیاید و شورای نگهبان بعد از اینکه تشخیص داد این

مصوبه خلاف شرف یا خلاف قانون اساسی است، آن را برگرداند به مجلس و رأی نهایی را مجلس بدهد. در این تشریفات که پیش‌بینی شده، حق ابطال قانون برای شورای نگهبان نیست. شورای نگهبان فقط می‌تواند به عنوان تذکر و مخالفت قانونی را که با شرع یا با قانون اساسی مخالفت دارد، برگرداند به مجلس. ولی، در هیچ حالتی حق ابطال قانون را ندارد. در حالی که می‌بینیم شورای نگهبان چقدر از قوانین گذشته ما را ابطال کرده است. به اعتقاد من شورای نگهبان چنین حقی را ندارد و خوشبختانه کار ابطال قوانین سرعت نخستین را ندارد و به طور محسوس متوقف شده است. شاید همین انتقادات، و گفته‌ها، مؤثر واقع شده باشد که کمتر اقدام به ابطال قوانین موجود می‌کند.

حاکمیت ملی میراث کسی نیست. خوان نعمت بی‌دریغ هم نیست که هر کس در حدود توان مشتی زیاده‌تر از آن را به جیب بریزد و تصور کند که اقتدار بیشتری دارد. ما اگر می‌خواهیم زندگی طبیعی و عادی داشته باشیم و به جای جنگ در کنار هم باشیم و نیروهایمان را سر هم بگذاریم، باید از این حاکمیت به نحو مطلوب و در حدود قانون استفاده کنیم نه هر اندازه که توانمان اجازه می‌دهد.

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

***THE OFFENSE OF UNLAWFUL TRANSFER OF OTHER
PEOPLES PROPERTY***

Akbar Varvay

According to the law passed in 1929, the offense of unlawful transfer of other peoples property is considered as a special type of the offense of fraud. In this offense as in the offense of fraud, the perpetrator transfers other peoples property to the third person with trickery and deception. While he, at the moment of transference, realizes that the property does not belong to him and is not authorized by the owner as well. But, he refuses to tell the truth. Of course, it should also be observed that according to this law, in the event that the transferee, at the moment of transference, is aware of the fact, but remains silent, he would also have found guilty.

It is noteworthy that in conformity with the above-mentioned law, under special conditions, the real owner of the property may also be counted as the accomplice.

an objective methods of transnational commercial applicable law playing important and effective roles for facilitating a part of international trade.



***EFFECT OF INTERNATIONAL COMMERCIAL TERMS ON
THE APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL TRADE AND
THEIR LEGAL NATURE***

Mohammad Reza Mojtahedi, Ph.D.

In order to create the interest and tendency in the international trade by mean of reduce effects of its more risks, the principle of free voluntary plays an important and effective role in the most part of international trade. Following the same concept, the international commercial arbitration being also a usual method specialize a wide place to the sovereignty of voluntary.

International commercial terms of (INCOTERMS) are a combination of international terms that is published by Paris nternational Chamber of Commerce. And, it plays a valuable role considering the interpretation of terms, rights and duties of the contracting parties as well as the international trade affairs.

Application of INCOTERMS and also its regulations in the governmental procedures as conditions of the contract have connection with the recognition and choosing them by the applicable law. However, in the international commercial arbitration for the reason voluntary tendency and lack of dependence to the special law (i.e. without necessary to its recognition in some cases), they will be applicable.

So, the international commercial terms in the contracts of sale in the case of not referring the parties to it, the arbitrators' practical interpretation will be done directly and personally. And, this would be as

***THE LOGIC OF JUSTIFICATION
OF CONTROL OF CONSTITUTIONAL LAW***

Abbas Kadkhodaei, Ph.D.

Mohammad Réza Vije

Constitutional justice is the most important achievement of constitutional law in 20th century. Since this institution had been established, there have been many arguments about its necessity and the logic of compatibility of acts with the Constitution.

Doubtless, the justification of this institution accompanies the particular emphasis on the effects on the legitimacy of its functions, so that it is very important. In addition, the relation between judicial review of legislation and democracy, and its role in the reinforcement of the rule of law is remarkable. In the other word, all of the theoretical bases and functions of judicial review of legislation can be found within the frame of its justification.

These justifications are divided into two general sorts: firstly, the justifications that are consisted of the necessity of the constitutional justice for the supremacy of the Constitution. Secondly, the justifications which are concerned with the necessity of constitutional justice for the democracy.

the objective of present article is to look closely at all of these justifications. It is therefore essential to make clear exactly which justification is useful.

**LA DESESPÉRANCE DE PROUVER
ET LE PRINCIPE DE BARAAT**

Nasser Katouzian, Ph.D.

Dans le cas où l'on a désespéré de constater la vérité, à cause de l'imperfection des preuves, le juge, afin de retenir à l'appui de sa décision doit être inspiré des principes de pratique (osulé amali).

Le rôle de ces principes n'est pas de donner une certitude totale et absolue, il suffit de créer une probabilité, une forte vraisemblance. Mais la loi de la majorité ne peut être retenue dans le cas de contredire les exigences de preuve. La doctrine dominante a toujours soutenue que, les principes de pratique sont preuves, dans le cas qu'il n'y a aucune preuve contraire.

L'une de ces principes le plus important, à cause de la protection de la personnalité et de la liberté des gens, est le principe de Baraat, dont la conception peut être définie: "L'homme est innocent jusqu'à preuve contraire."

COUNTERCLAIM

Majid Ghamami, Ph.D.

There are different Kinds of defense available to the defendants in a civil litigation among which the counterclaim is of high importance. The simultaneous settlement of several but dependent and linked disputes between the parties to the litigation and consequently avoidance of contradictory judgements are the considerable advantages of counterclaim. Based upon the above, the important is to bear in mind the concept and nature of the counterclaim as well as the preconditions to raise it. To this end, this essay is trying to elaborate the concept of counterclaim and to pose some new questions on the subject with due regards to the legal atmosphere of Iran.

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

***THE RELATIVES AND SUBORDINATES WITNESS
IN IRANI AN LAW AND JURISPRUDENCE***

Abbas Zeraat, Ph.D.

There is no consensus on the validity of relatives and subordinates eye witness. In the past, civil procedure law viewed these relationships as a barrier to a valid eye witness.

The new civil procedure law, however, has paid a lip service to this issue refer to jurisprudenc sources as their main reference point. The best way to deal with problem is to review these resources, though even in these sources the issue is not explicitly dealt with. There are two main views; the traditional view, which rejects the relatives and subordinates eye witness and the modern view, which accepts it. The legislature have gustified their law on the basis of the modern view. There exist other approaches and views on these sources. This article is a detailed review of different approaches and views on the relatives and subordinates eye witness.

***ROLE OF CONSTITUTION IN RESOLVING THE
NATIONAL CHALLENGES AND CONFLICTS***

Mohsen Rahami, Ph.D.

After the victory of the Islamic Republic of Iran in 1979, and the ratification of the new constitution, a new phase of the political and social history of Iran initiated. This article studies the role of the constitutional law of Islamic republic of Iran in settling racial, tribal and religious conflicts.

In this research, after the study of the circumstances of various tribal, racial, and religious groups in Iran, the existing mechanisms in the constitutional law for avoidance and solution of the challenges among the mentioned groups are analyzed. Among the strategies, the author has considered the approval of the principle of democracy and its necessities, such as realization of the peoples participation, respecting religious and cultural beliefs of the various groups, and the guarantee of the fundamental freedoms for the majority of the people of Iran.

The new constitution of Iran has provided the necessary ground for the logical participation of the various groups of the people of the country. This participation has manifested in national elections, through which groups of people directly or indirectly choose political and governmental figures of the country, such as the leader, president, members of Parliament, members of Assembly of Experts for Leadership and the members of local councils.

***THE PATENT IN THE NEW
INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS SYSTEM***

S. Habiba, Ph.D.

TRIPS Agreement Prescribes the universal minimum standards of patent protection. Since, accession of TRIPS Agreement is necessary for the WTO membership, which ensures Iran's entry into the multilateral trade regime. Hence, a country like Iran, which wish to join WTO has to implement TRIPS Agreement. However, the implementation of TRIPS Agreement will have severe consequences on Iran's core areas of socio-economic development like health, agriculture, food, R&D etc. This article suggest the ways and means to safeguard Iran's national interest at the time of implementation of TRIPS Agreement by using certain space available within the TRIPS Agreement. In other words, this article examines the scope of interoperation of TRIPS Agreement to safeguard Iran's national interest to achieve its developmental goals.

8 < ABSTRACTS

field covered by the CEDSAW. Also its composition as a whole must represent different forms of civilization as well as the principal legal systems of the world. As a country with one of the oldest civilizations. iran's accession to the CEDAW would be a great step for the rights of women.



**HUMAN RIGHTS OF WOMEN IN
INTERNATIONAL LAW AND THE IRANIAN STATUS**

Mahmoud Jalali, Ph.D.

One of the characteristic features of international law at the beginning of the 21st century is its significant development in the field of human rights of Women. There are many reasons why this is so, among which the strong relationship between the comprehensive development of a country and the participation by women in its economic cultural, social and political life is notable. To this end, since the end of the world war II the establishment of the United Nations Organization whose function is inter alia to maintain international peace and security and to protect human rights including the right to development, the status of women has been the subject of more than twenty international legal documents each dealing with a particular problem of women. The 1979 Convention on Elinmination of all forms of Discrimination Against Women (CEDAW), represents some of the efforts made by the international society on the status of women. Also, there have been many other developments in the filed in that there is now less argument as to the universality of the women's human rights. though they are not complied with globally.

Since discrimination takes root from cultures and traditions and since one of the main features of each civilization is certainly its view towards women. members of the Committee monitoring the implementatoin of the CEDAW. must be of high moral standing and competence in the

and intellectual power. From the standpoint of the adherents of the economic analysis of law, tort law is an instrument to achieve economic efficiency and can do this in different ways: internalizing accidents costs to the activities that cause them (internalize externalities); deterring uneconomical harm by imposing liability on the cheapest risk avoiders (economic deterrence); minimizing the overall social impact of a loss by distributing it throughout society and widely as thinly as possible in different ways, mainly by affecting incentives to obtain private insurance or to self - insure (loss spreading).



THE AIMS OF THE LAW OF TORT

Hassan Badini

In this article, aims and functions of tort law in connection with the plaintiff, tortfeasor and community as a whole will be studied: Pecuniary compensation is the most important aim of tort law in connection with the plaintiff, but it is not the only aim and alongside it, to stop violation of the plaintiff's right and to protect him/her from sustaining a loss in the future are indisputable aims, Tort law as a means for compensation and protection of the plaintiff's rights has functional deficits, so in many countries these deficits have been resolved by use of private insurance or social security and compensation plans. Tort law can have an effective role in punishing the tort-feasor and deterring him/her from causing damage in the future and the victims vengeance is also bought off by compensation. But the following factors are major obstacles to reach this aim: the disproportion between damages and deterrence and the type and degree of fault; the existence of vicarious liability and strict liability; adoption of objective theory of fault and the possibility of liability insurance; imposing tort liability in the case of errors and accidental damages. For this reason, some scholars believe that these aims can be better achieved by other mechanisms like criminal sanctions or creating pecuniary motives and supervisory and disciplinary regulations. In connection with society, tort law can play the role of public law in guaranteeing the rights and liberty of citizenry, so that it can be used to apply pressure upon those who wield political, economic

3- Protection of privacy by inhibiting from interfering with private affairs, trespassing, eavesdropping, peepingtom in one hand and prescribing "presumption of correctness" and "presumption of innocence" in the other hand, is one of the important doctrines in Islamic law which is cited, many a time in verses of the Holy Quran, Tradition (Sonnat) and Practice (Sireh). Of course, the term of "privacy" hasn't been used in that resources and Islam have "reductionary approach" regarding privacy. that is, Privacy is protected through protection of other freedoms and rights, such as freedom from arbitrary intrusions and searches, respect for property rights and interests, presumptions of correctness and innocence.

The present article, firstly introduces concept of privacy and it's foundations and principles in Islamic law and comparative law, then discusses Iranian legal system's stance regarding privacy.

This article shows that protection of privacy has historically had deep origins and roots in Islamic law and urged more over them in comparison to other legal systems. Hence without resorting or invoking to human right's conventions, Iranian legislature could impose protection of privacy. but regretfully neither in Iran's laws and regulations nor in other Islamic countries privacy suffers from protections which deserves.

ABSTRACTS

PROTECTION OF PRIVACY IN ISLAM, AND IRAN'S LEGAL SYSTEM (COMPARATIVE STUDY)

Bagher Ansari

1- "Privacy" is one of the worthwhile concepts of civilized legal systems. Right to privacy is regarded as corner-stone of human rights and correlates strongly with human dignity. Privacy aims to maintain and enhance respect for human's physical and mental integrity. There is also significant connection between protection of privacy and human being's autonomy, self - determination and freedom. Privacy restrains human being's from being as instrument for other's ends. It not only facilitates discharging the internal feelings and having intimate relations with desirable persons but constitutes one of the important elements of the civil society and its organizing principles. Realization of freedom of associations, expression and communications depends on protection of privacy.

2- As a result of abovementioned functions, respect to privacy is stipulated in international and regional conventions and instruments regarding human rights. There is also many dispositions and requirements in national legislations which have prescribed respect to privacy.

Abbas Kadkhodaei, Ph.D. - Mohammad Réza Vije

***THE LOGIC OF JUSTIFICATION OF CONTROL OF
CONSTITUTIONAL LAW.....14***

Mohammad Reza Mojtahedi, Ph.D.

***EFFECT OF INTERNATIONAL COMMERCIAL TERMS ON THE
APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL TRADE AND THEIR LEGAL
NATURE.....15***

Akbar Varvay

***THE OFFENSE OF UNLAWFUL TRANSFER OF OTHER PEOPLES
PROPERTY.....17***



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

CONTENTS

Bagher Ansari

<i>PROTECTION OF PRIVACY IN ISLAM, AND IRAN'S LEGAL SYSTEM (COMPARATIVE STUDY)</i>	3
--	---

Hassan Badini

<i>THE AIMS OF THE LAW OF TORT</i>	5
--	---

Mahmoud Jalali, Ph.D.

<i>HUMAN RIGHTS OF WOMEN IN INTERNATIONAL LAW AND THE IRANIAN STATUS</i>	7
--	---

S. Habiba, Ph.D.

<i>THE PATENT IN THE NEW INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS SYSTEM</i>	9
--	---

Mohsen Rahami, Ph.D.

<i>ROLE OF CONSTITUTION IN RESOLVING THE NATIONAL CHALLENGES AND CONFLICTS</i>	10
--	----

Abbas Zeraat, Ph.D.

<i>THE RELATIVES AND SUBORDINATES WITNESS IN IRANI AN LAW AND JURISPRUDENCE</i>	11
---	----

Majid Ghamami, Ph.D.

<i>COUNTERCLAIM</i>	12
---------------------------	----

Nasser Katouzian, Ph.D.

<i>LA DESESPÉRANCE DE PROUVER ET LE PRINCIPE DE BARAAT</i> ..	13
---	----



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

Journal of the Faculty of Law and Political Science

Managing Director:

Hassan - Ali Doroudian, Ph.D.



Editor-in-Chief:

Abd al - Rahman Alem, Ph.D.

Editorial Board:

Profs.: Mohammad Ashory, Ardeshir Amir Arjmand, Ezatollah Araghi, Ghasem Eftekhari, Abolghasem Gorji, S. M. Hashemi, Masoud Islami, Nasser Katouzian, Saideh Lotfian, Hossein Mehrpour, S. M. Mohaghegh Damad, Djamshid Momtaz, Mohammad Razavi, Hossein Safai, S. M. Kazem Sajjadpour

No.66 - Winter 2005