

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

معرفت حقوتی

فصلنامه علمی - تخصصی
سال اول، شماره اول، پاییز ۱۳۹۰
صاحب امتیاز: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی
مدیر مسئول: سیدابراهیم حسینی
سر دبیر: محمدرضا باقرزاده

هیئت تحریریه

فیروز اصلانی..... استادیار دانشگاه تهران
غلامحسین الهام..... استادیار دانشگاه تهران
محمدرضا باقرزاده..... استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی
سیدابراهیم حسینی..... استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی
مسعود راعی..... استادیار دانشگاه آزاد واحد نجف آباد
عباسعلی کدخدایی..... دانشیار دانشگاه تهران
عباس کعبی..... استایار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

* * * *

صفحه آرا: محمد ایلافی حسینی
ناظر چاپ: حمید خانی

ترجمه چکیده عربی و لاتین: گروه زبان مؤسسه
آموزشی و پژوهشی امام خمینی

نشانی: قم، بلوار امین، بلوار جمهوری اسلامی ایران، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی،
طبقه چهارم، اداره نشریات تخصصی، دفتر نشریه
تلفن تحریریه: ۰۲۵۱ - ۴۱۱۳۴۷۳
امور مشترکان: ۴۱۱۳۴۷۴ - دورنگار ۲۹۳۴۴۸۳ (۰۲۵۱)
صندوق پستی ۱۸۶ - ۳۷۱۶۵
E-mail: m.law@Qabas.net
WWW.Nashriyat.ir / WWW.Qabas.net
قیمت: ۱۰۰۰۰ ریال

راهنمای تهیه و تنظیم مقالات

الف) شرایط عمومی

۱. مقالات ارسالی باید برخوردار از صبغه تحقیقی - تحلیلی، ساختار منطقی، انسجام محتوایی، و مستند و مستدل بوده با قلمی روان و رسا به زبان فارسی نگارش یافته باشند.
۲. مقالات ارسالی بر روی یک صفحه A4 با فاصله ۱ سانتیمتر بین سطور (حتی الامکان تایپ شده با قلم لوتوس ۱۴ در محیط WORD همراه با CD و pdf مقاله) به دفتر مجله ارسال شود و یا فایل آن از طریق رایانامه به آدرس اینترنتی مجله m.law@Qabas.net ایمیل گردد.
۳. حجم مقالات حداکثر در ۳۰ صفحه (۳۰۰ کلمه‌ای) تنظیم شود. از ارسال مقالات دنباله‌دار جدا اجتناب شود.
۴. مشخصات کامل نویسنده شامل: نام و نام خانوادگی، مرتبه علمی / تحصیلات، نشانی کامل پستی، نشانی صندوق الکترونیکی، شماره تلفن تماس، شماره دورنگار، مؤسسه علمی وابسته، همراه مقاله ارسال شود.
۵. مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریات داخلی و یا خارجی و یا به عنوان بخشی از یک کتاب چاپ شده باشند. و نیز همزمان برای چاپ به سایر مجلات علمی ارسال نشده باشند.
۶. از ارسال مقالات ترجمه شده خودداری شود. نقد مقالات علمی و یا آثار و کتاب‌های منتشر شده، که حاوی موضوعات بدیع یا نکات علمی ویژه، که با مقتضیات و نیاز جامعه علمی تناسب داشته باشد، امکان چاپ دارند. البته، چاپ مقالات پژوهشی و تألیفی بر این گونه مقالات اولویت خواهد داشت.

ب) نحوه تنظیم مقالات

- مقالات ارسالی باید از ساختار علمی برخوردار باشند؛ یعنی دارای عنوان مشخصات نویسنده، چکیده، کلیدواژه‌ها، مقدمه، بدنه اصلی، نتیجه و فهرست منابع باشند.
۱. چکیده: چکیده فارسی مقاله (در صورت امکان به همراه چکیده انگلیسی) حداکثر ۱۵۰ کلمه تنظیم گردد و به اختصار شامل: بیان مسئله، هدف پژوهش، روش و چگونگی پژوهش و اجمالی از یافته‌های مهم پژوهش باشد. در چکیده از طرح فهرست مباحث یا مرور بر آنها، ذکر ادله، ارجاع به مآخذ و بیان شعاری خودداری گردد.
 ۲. کلیدواژه‌ها: شامل حداکثر ۷ واژه کلیدی مرتبط با محتوی که ایفاکننده نقش نمایه موضوعی مقاله باشد.
 ۳. مقدمه: در مقدمه مقاله، مسئله تعریف، به پیشینه پژوهش اشاره، ضرورت و اهمیت پژوهش طرح، جنبه نوآوری بحث، سؤالات اصلی و فرعی، تصویر اجمالی ساختار کلی مقاله بر اساس سؤالات اصلی و فرعی مطرح و مفاهیم و اصطلاحات اساسی مقاله تعریف گردد.
 ۴. بدنه اصلی: در سامان‌دهی بدنه اصلی مقاله، یکی از شرایط زیر لازم است:
 - الف - ارائه کننده نظریه و یافته جدید علمی؛
 - ب - ارائه کننده تقریر و تبیین جدید از یک نظریه؛
 - ج - ارائه کننده استدلال جدید برای یک نظریه؛
 - د - ارائه نقد جامع علمی یک نظریه.
 ۵. نتیجه گیری: نتیجه بیانگر یافته‌های تفصیلی تحقیق است که به صورت گزاره‌های خبری موجز بیان می‌گردد. از ذکر بیان مسئله، جمع‌بندی، مباحث مقدماتی، بیان ساختار مباحث، ادله، مستندات، ذکر مثال یا مطالب استطرادی در این قسمت خودداری شود.
 ۶. فهرست منابع: اطلاعات کتاب‌شناختی کامل منابع و مآخذ تحقیق (اعم از فارسی، عربی، و لاتین) در انتهای مقاله براساس شیوه زیر آورده می‌شود:

نام خانوادگی و نام نویسنده، نام کتاب، (ترجمه یا تحقیق)، محل نشر، ناشر، نوبت چاپ، سال نشر.
نام خانوادگی و نام نویسنده، «عنوان مقاله»، نام نشریه، شماره نشریه، ماه و سال نشر، صفحات ابتدا و انتهای مقاله.

ج). یادآوری

۱. حق رد یا قبول و نیز ویرایش مقالات برای مجله محفوظ است.
۲. مجله حداکثر پس از دو ماه از دریافت مقاله، نتیجه پذیرش یا عدم پذیرش را به نویسنده اطلاع خواهد داد.
۳. حق چاپ مقاله پس از پذیرش برای مجله محفوظ و امکان نقل مطالب در جای دیگر با ذکر نشانی نشریه بلامانع است.
۴. مطالب مقالات مبین آراء نویسندگان آنهاست و مسئولیت آن نیز بر عهده آنان است.
۵. مقالات دریافتی، نرم‌افزارها، و... در صورت تأیید یا عدم تأیید بازگردانده نمی‌شود.

فهرست مطالب

ماهیت نظارت رهبری از منظر قانون اساسی.....	۹
عبدالحکیم سلیمی	
صلاحیت و حدود اختیارات دیوان عدالت اداری.....	۳۵
سیدعلی میرداماد نجف‌آبادی	
کپی رایت و مؤلفه‌های آن؛ جلوه‌ای از مالکیت فکری.....	۶۷
جواد صالحی / معصومه سالاری‌راد	
تقصیر در مسئولیت مدنی و عدالت.....	۹۱
مسعود راعی / صفر علی شریفیان	
سلاح کشتار جمعی از دیدگاه اسلام.....	۱۲۳
سیدابراهیم حسینی	
بررسی شرایط، احکام و آثار توقیف اموال غیر منقول.....	۱۴۵
محمد مهدی حکیمی‌تهرانی	
بررسی نظارت شورای نگهبان بر انتخابات خبرگان.....	۱۷۱
سیداحمد مرتضایی	
الخلاصة.....	۱۹۷
Abstracts	210

سخن نخست

«باز اندیشی در حقوق»

هرچند در منظومه اندیشه دینی، «حق» مفهومی خودبنیاد و طبیعت نهاد نیست، و این واژه در کاربردهای جدید، مثل «حقوق انسان» و «حقوق حیوانات» که در ادبیات امروز جهانی و ملی ما کاربرد فراوان دارد، در قرآن یافت نمی‌شود، اما بی‌شک معنای «حق داشتن» در منابع اسلامی، اعم از قرآن و احادیث و فقه متخذ از اینها، که ناشی از تکلیف‌های انسانی در برابر یک حق‌گذار محق متعالی مقتدر است، جزء لاینفک آموزه‌های اسلامی است. از حق خداوندی، که باید از او حساب برده شود، (آل عمران: ۱۰۲) - که مبنای حقوق است و نه حقوق مصطلح - تا همه حقوقی که از منظر فقه اسلامی، هر انسانی در برابر دیگر انسان‌ها و در برابر طبیعت بر عهده دارد و باید روزی در برابر ذات الهی پاسخگویی ادای آنها باشد، همگی مجموعه نظام حقوقی اسلام را تشکیل می‌دهد.

امروزه به جدّ می‌توان گفت: یکی از چالش‌های اصلی میان غرب مدرن از یک سو، و اندیشه اسلامی از سوی دیگر، موضوع حقوق است که به سوژه‌ای برای کشمکش‌های فکری و حتی جنجال‌های سیاسی میان اسلام و غرب تبدیل شده است. این چالش آن‌قدر اساسی و مهم است که شاهدیم سیاست‌خارجی برخی کشورهای غربی، بر موضوعات حقوقی همچون حقوق بشر متمرکز شده و با تهییج احساسات و جهت‌دهی افکار عمومی، می‌کوشند خود را متولی حقوق، بنیانگذار، مدافع و پشتیبان آن در سراسر دنیا معرفی کنند. در عین حال، تحت این پوشش همه اهداف غیرحقوقی و غیردموکراتیک خود را پیگیری می‌نمایند تا جایی که کسانی همچون ساموئل هانتینگتون نیز از سیاست‌های آمریکایی به «شبه تناقض دموکراسی» تعبیر می‌کند.

چالشی بودن حقوق در زمان حاضر از آن رو است که حقوق غربی از خلأهایی در حوزه مبانی معرفت‌شناختی، هستی‌شناختی، جهان‌شناختی، انسان‌شناختی، و در حوزه ساختار و تدوین، به شدت رنج می‌برد. در حقوق معاصر، ذات انسان تعریف شفاف و معینی ندارد، مبنا و منشأ ایجاد‌کننده و مرجع حق‌گذار مشخص نیست، مبنایی به عنوان عقل و حکمت در

تدوین گزاره‌های آن به خوبی رعایت نشده. و گزاره‌های آن از انسجام و هدفمندی و کارآمدی لازم برخوردار نمی‌باشد.

این ابهامات و عدم شفافیت در دیدگاه‌های حقوقی موجب می‌شود که حقوق چالش زدا، چالش‌های سیاسی می‌آفریند که آن را به حوزه اخلاق هم می‌کشاند تا بدانجا که مخالفان اسلام و یا جاهلان به آن، جوامع اسلامی و یا اساساً اسلام را متهم می‌کنند که حقوق را زیر پا می‌گذارند و به صراحت بیان می‌دارند که فقه و حقوق اسلامی از نظر اخلاقی ناقص است.

این قضاوت نادرست از آن جهت صورت می‌پذیرد که مخالفت با آموزه‌های حقوق غربی در یک مغالطه کاملاً روشن به مخالفت با حقوق و حق‌های انسانی تعبیر می‌شود. در حالی که هم تجاوز به حقوق در جوامع اسلامی قطعاً بیش از جوامع غیردینی نیست، و هم احترام به حقوق غربی یک معیار اخلاقی نیست. در مورد مفاهیم حقوقی، اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد و نباید مفاهیم حقوقی، که با حقوق مردم روم و نظریه حقوق طبیعی رواقیون و غیر اینها تاریخ مشترک و ریشه واحدی دارد و به وسیله، «هابز» و «لاک» و «روسو» و «ولمن» و «نوزیک» و «راز» و دیگران توسعه یافته و با آرایه‌ای که در منظومه فکری اسلام درباره حقوق ارائه شده، معارض است، به عنوان حقوق حقه حقیقه به جامعه بشری تحمیل شود.

البته از این بیگانگی ارزش‌های حقوق غربی با حقوق اسلامی نباید چنین نتیجه گرفت که همه آرای ارزشی که بر اساس حقوق ارائه شده، ضد اسلامی و متعارض با نظریات و ارزش‌های اسلامی است. باید پذیرفت که بعضی از آرایه‌ای که بر اساس مبانی فکری غیراسلامی بیان شده، ممکن است با اسلام هماهنگ باشد. به عنوان مثال، اشکالی ندارد کسی بگوید چند نظام مختلف فکری نظیر مارکسیسم، بودیسم و اسلام اتفاق نظر دارند که باید به ضعیفان و نیازمندان کمک شود. اما باز هم تأکید می‌کنیم که باید میان مبانی عقلایی آرای ارزشی، از خود آن آرا، تفاوت بگذاریم. بدانیم که ابطال یک مبنای عقلی، برای ابطال آرای مبتنی بر آن، کافی نیست. دقیقاً از همین رو است که بسیاری از گزاره‌های اعلامیه جهانی حقوق بشر در اعلامیه حقوق بشر اسلامی نیز تکرار شده است. نکته مهم آنکه آرایه‌ای که از دیدگاه‌های عقلی صد در صد متفاوت نشأت می‌گیرد، ممکن است با هم هماهنگ باشند، اما با این هماهنگی، یا حتی عدم هماهنگی‌های صوری، این امکان وجود دارد که یک تسری و واگیری عقلی نیز رخ دهد و رفته رفته بنیان‌های ارزشی یک جامعه در هم فرو ریزند.

مهمترین چالش‌های عقلی که امروزه فراروی ما به عنوان وارثان تراث علمی فقیهان و حقوق دانان اسلامی قرار دارد تأمل در بنیان‌هایی است که ساختار کنونی حقوق را در

جهان معاصر تشکیل می‌دهد. تطبیق این بنیان‌ها با مبانی فرهنگ حقوقی اسلامی از ضروریات اجتناب‌ناپذیر است. بر پایه تبیین این مبانی است که امکان غربالگری دستاوردهای حقوقی معاصر فراهم می‌گردد.

به عنوان مثال وقتی به این گزاره غربی برخورد می‌کنیم که حقوق بشر، حقوق فراقانونی است. باید توجه داشته که این برداشت، چه مفاد مورد پذیرشی می‌تواند داشته باشد و چه تالی فاسدهای نامانوسی از آن برداشت شده است؟ تاجه میزان همین گزاره به ظاهر مقبول و صحیح، زمینه‌ساز دعاوی و قضاوت‌های اخلاقی در مورد حقوق‌ها است؛ از دعاوی که علیه نظام‌های سیاسی اقامه می‌شود گرفته تا دعاوی که به اسم حقوق و ادعاهای حقوقی نما علیه دین و خدا و شریعت الهی اقامه می‌گردد.

وقتی گفته می‌شود حقوق بشر از طبیعت اخلاق ذاتی انسان و یا از «شان ذاتی شخص انسان» ناشی می‌شود و یا وقتی گفته می‌شود که حقوق بشر، حقوق فردی انسان است، باید پرسید آیا خانواده‌ها، مؤسسات، دولت‌ها و حاکمیت‌ها، مردمان و به طور کلی حقیقت بشریت، حقوق بشر ندارند؟

اگر در حقوق غربی از شان انسان سخن می‌رود و ادعا می‌شود تکالیفی هم که باید انجام بشود تا احترام به آن شان را تامین نماید، از همین مفهوم شأن انسان سرچشمه می‌گیرد، بی‌شک باید به شأنی که مبنای تکالیف است نیز تأملی داشته باشیم، کافی نیست که گفته شود فرد چون اخلاقی است، به خاطر شأن انسانی یک نیازمند، کمک به او را تکلیف شخصی خود بدانند، یا به به مقتضای شان انسانی مخاطبان و مردم بپذیرد که مکلف است راست بگوید و در مطبوعات خلاف واقع را نشر ندهد و یا از حریم اخلاقی شئون انسانیت فاصله نگیرد؛ چون تا اینجا سخنی از استحقاق اجتماعی و حقوقی نیست.

بنابراین، باید برای پشتیبانی حقوقی از آموزه‌ها و بایدهای اخلاقی در حقوق راهی جست و باید حقوق نیز این شأن اخلاقی انسان و فرد را مورد پیش‌بینی و حمایت قرار دهد. باید نسبت میان شأن انسانی انسان، با مسئولیت‌پذیری او در برابر حقیقت و اصالت هستی، به خوبی مورد توجه قرار گیرد. متأسفانه در حقوق نوین، تفاوتی میان شأن انسانی یک انسان، با شأن طبیعی و مادی و حیوانی او وجود ندارد. نتیجه این اهمال کاری، همان است که حقوق بشر سهمی در انسانی سازی حیات بشری ندارد، بلکه به سقوط شأن انسانی حیات کمک می‌کند.

این که گفته می‌شود انسان و حقوق انسان، اما هرگز تعریف قانع کننده و بیانگری از ماهیت انسان بیان نمی‌گردد و ابعاد وجودی آن شفاف نمی‌شود، این خود سرچشمه انحرافات اساسی در تدوین حقوق خواهد بود.

اینها و صدها باید و اما و شاید دیگر، هر وجدان بیداری را بر می‌انگیزد که در عرصه حقوق کاری انجام دهد و برای تعالی این وجه دانشی از منظومه دانش‌های بشری کاری صورت دهد.

مجله «معرفت حقوقی» تلاشی برای ادای دینی است که باید به پیشگاه حقوق ادا نمود. و عرصه‌ای برای تجمیع و نشر آرا و نظریاتی است که به نحوی به اعتلا و ارتقا و تزکیه و تنمیه حقوق معاصر کمک می‌کند. در این راستا، از همه صاحبان اندیشه حقوقی و فرهیختگان حوزوی و دانشگاهی استمداد می‌طلبیم تا ما را در کشیدن بار امانتی که علم و دین بر دوشمان نهاده، یاری نموده و با تراوشات قلمی اندیشه خود، در این نشریه علمی تخصصی، مشتاقان آشنایی با افکار و اندیشه‌های حقوقی را بهره‌مند سازند. حوزه‌های نگارش در این نشریه همه حوزه‌هایی است که ارائه نظر در آنها به تعالی بخشی به دانش حقوقی کمک نموده، به ارائه شفاف مبانی و آموزه‌های حقوقی اسلام و نظام حقوقی در جمهوری اسلامی ایران منجر و ابهامات را از ساحت اندیشه حقوقی اسلام و نظام اسلامی دفع و رفع نماید. امید آنکه این تلاش اندک و بضاعت ناچیز مقبول درگاه احدیت و حق‌ستان مرضی عدل گستر موعود حضرت ولی‌الله الاعظم حجت‌بن‌الحسن العسکری علیه السلام قرار گیرد.

سر دبیر

ماهیت نظارت رهبری از منظر قانون اساسی

عبدالحکیم سلیمی*

چکیده

نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر اصل ولایت فقیه، و فلسفه طرح رهبری وی، سپردن زمام امور کشور به دست فقیه واجد شرایطی است که ضامن هدایت نظام اسلامی در مسیر اسلام است. از سوی دیگر، نظارت رهبری بر اعمال حکومت ماهیت شرعی دارد؛ زیرا بر اساس اصل پنجم قانون اساسی، قوام نظام اسلامی در عصر غیبت، به امامت نیایی یا رهبری ولی فقیه است. همچنین به موجب اصل چهارم قانون اساسی، نظام حقوقی کشور باید بر اساس موازین اسلامی باشد. به لحاظ روش، نظارت حقوقی رهبر بر اعمال حکومت، ترکیبی از نظارت استطلاعی و استصوابی است؛ اما از نظر قلمرو، نظارت رهبری بر اعمال حکومت مطلق، و در عین حال ضابطه‌مند است که به صورت خاص، در قانون اساسی پیش‌بینی شده، و یا عام نسبت قوای سه‌گانه و یا نهادهای حکومتی قابل اعمال است. نظارت رهبری محدود به قوانین موضوعه نیست؛ بلکه موازین فقهی نیز در نظارت رهبری نقش دارد.

کلید واژه‌ها: نظارت، رهبری، قانون اساسی، ولایت فقیه.

مقدمه

در یک نگاه کلی، نظام‌های سیاسی به دو دسته دموکراتیک و تئوکراتیک تقسیم می‌شوند: نظام‌هایی که مشروعیت‌شان را از آرای مردم می‌گیرند، در اصطلاح دموکراتیک (مردم‌سالار) نام دارند. در این نظام‌ها، تمام اعمال حکومت از جمله قانون‌گذاری و نظارت بر پایه خواست مردم صورت می‌گیرد. در نظام‌های تئوکراتیک، خاستگاه مشروعیت حاکمیت، اراده الهی است. این نظریه با دو رویکرد متفاوت مطرح شده است. در رویکرد نخست، زمامداران افراد خاصی هستند که از سوی خداوند جهت اعمال حاکمیت منصوب شده‌اند (رویکرد فوق طبیعی)؛ در رویکرد دوم، زمامداران منصوب از سوی خداوند نیستند، بلکه با اعتقاد به اقتدار و مشیت الهی، تحت فرمان او اعمال حاکمیت می‌کنند (رویکرد یزدانی).

جمهوری اسلامی ایران یک نظام مکتبی و تبلور آرمان سیاسی ملتی هم‌کیش و هم‌فکر است که به خود سازمان داد تا در روند تحول فکری و عقیدتی، مسیر حرکت به سوی هدف نهایی (حاکمیت اسلام) را آگاهانه ببیند.^۱ ملتی که در زمان پیروزی انقلاب اسلامی به‌طور یکپارچه در همه‌پرسی نوع نظام سیاسی، تصمیم نهایی خود را بر تأسیس نظام جمهوری اسلامی (مردم‌سالاری دینی) اعلام کرد و با اکثریت ۹۸/۲ درصد به آن رأی مثبت داد.^۲ برپایی نظام سیاسی نو بر اساس اعتقاد به حکومت حق و عدل قرآن،^۳ مقدمه اجرای احکام و آموزه‌های اسلام، تأمین استقلال و عدالت، تضمین همبستگی ملی و سرانجام، ایجاد جامعه نمونه اسلامی است.^۴

ماهیت نظام جمهوری اسلامی و حاکمیت اسلام ایجاب می‌کند که قانون اساسی الهام‌بخش تأسیس و تحکیم پایه‌های حکومت اسلامی باشد؛ قانون‌گذاری که بیانگر ضابطه‌های مدیریت اجتماعی است، بر مدار قرآن و سنت جریان یابد، صالحان عهده‌دار حکومت و اداره کشور شوند.^۵ به‌گونه‌ای که احکام اسلامی در همه امور جامعه و رفتار متقابل مردم و دولت اجرا شود.

فلسفه وجودی نهاد رهبری در نظام جمهوری اسلامی، قرار گرفتن مجاری امور در صلاحیت فقیه واجد شرایطی است که با نظارت دقیق بر اعمال حکومت و نهادهای حکومتی، ضامن هدایت نظام به وظایف اصیل اسلامی خود باشد. با توجه به جایگاه رهبری در نظام جمهوری اسلامی ایران، اهمیت و ضرورت تبیین ماهیت و نوع نظارت رهبری بر اعمال حکومت از منظر قانون اساسی، امری کاملاً مبرهن به نظر می‌رسد. این

مسئله از جنبه‌های گوناگون قابل بررسی است و چه بسا پرسش‌هایی را در اذهان مطرح سازد؛ مانند:

- ماهیت و نوع نظارت رهبری در قانون اساسی چگونه تعریف شده است؟
 - نظارت رهبری بر اعمال حکومت، نظارتی حقوقی است یا سیاسی؟
 - شیوه نظارت رهبری بر اعمال حکومت استصوابی است یا استطلاعی؟
 - نظارت مطلقه رهبری با نظارت سایر نهادهای ناظر در قانون اساسی، چگونه قابل جمع است؟
 - قلمرو نظارت رهبری بر اعمال حکومت مطلق است، یا محدود به اصول قانون اساسی؟
 - آیا قانون اساسی نظارت مستقیم رهبری را برمی‌تابد؟
- اهتمام این پژوهش، تبیین ماهیت و نوع نظارت رهبری از منظر قانون اساسی و در حد توان، پاسخ به پرسش‌های مزبور است.

۱. مفهوم نظارت

نظارت و بازرسی، برگردان واژه «Control» است. تأثیرگذاری این مفهوم در علوم اجتماعی، امری مبرهن بوده و در نظام‌های مدیریتی از ارکان اصلی و تأثیرگذار به شمار می‌رود.

۱-۱. نظارت در لغت: نظارت در اصل یک واژه عربی است که از ریشه «نظر»، به معنای تأمل و تفکر در چیزی یا امری آمده است.

المنجد: «نظر ينظر نظرا في الامر تدبره و فكر فيه يقدره و يقسيه؛ در امری نظر کرد، در مورد آن تدبر و تفکر نمود، آن را اندازه گرفت و قیاس کرد».

مجمع البحرین: «والنظر الفكر يطلب به العلم علم او ظن فهو تأمل معقول لكسب مجهول؛ نظر یعنی فکر که به وسیله آن طلب علم یا ظن می‌شود. پس نظر عبارت است از تأمل عقلی برای به دست آوردن مجهول». نظر در معانی دیگری مانند مهلت، انتظار، حکم و فصل دعاوی نیز به کار رفته است. کلمه ناظر از همین ریشه است و به معنای نگاه‌کننده، چشم، مراقب و نگهبان استفاده شده است.

نظارت در لغت به معنای فراست، مهارت و خلاقیت است.^۶ ناظر، مدیر یا امینی است که حاکم او را برای حسابرسی اعمال تعیین می‌کند.

۱-۲. نظارت در اصطلاح: در هریک از علوم اجتماعی مفهوم خاصی از «نظارت» منظور می‌شود:^۷

الف) نظارت به کوششی اطلاق می‌شود که مدیر برای تطبیق عملیات با برنامه انجام می‌دهد تا میزان صحت و سقم فعالیت‌ها را به دست آورد.^۸

ب) نظارت فعالیتی است که باعث تطبیق عملیات با برنامه می‌شود.^۹

ج) نظارت عبارت است از مراقبت و زیر نظر قرار دادن نیروی انسانی و کارها که به منظور حفظ سلامت نیروی انسانی و مطلوبیت کارها انجام می‌گیرد.^{۱۰}

د) نظارت عبارت از یک نوع عمل تحقیق و ارزیابی است که از طریق جمع‌آوری اطلاعات و تجزیه و تحلیل آنها به نتیجه مطلوب می‌رسد؛ یا نظارت عملیات به هم پیوسته‌ای است که در یک فرایند زنجیره‌ای، زمینه را برای تصمیم‌سازی فراهم می‌آورد.^{۱۱}

بر اساس تعاریف مزبور، می‌توان گفت: در گستره وظایف مدیریتی، نظارت ملازم همیشگی برنامه‌ریزی است؛ زیرا برنامه‌ریزی ماهیت پیش‌بینی دارد، همواره با احتمالی از خطا همراه است، اما عملکرد ماهیت واقعی دارد، ارزیابی عملکرد بر مبنای برنامه همیشه همراه با اقدام‌های اصلاحی، و نظارت مهم‌ترین عامل برای نیل به این هدف است.

۲. ارکان نظارت

با توجه به تعریف برگزیده (ردیف ج)، که به نظر جامع‌ترین و کامل‌ترین است، هر نظارتی از سه مرحله عملیات به هم پیوسته ذیل تشکیل می‌شود که در یک فرایند زنجیره‌ای، زمینه را برای تصمیم‌سازی فراهم می‌آورد:^{۱۲}

۲-۱. جمع‌آوری اطلاعات: احراز و گردآوری اطلاعات لازم، شفاف و معتبر، نخستین رکن هر نظارت را تشکیل می‌دهد. نظارت در صورتی به هدف مطلوب می‌رسد که ناظر، اطلاعات معتبر و کافی را که کشف ماهیت موضوع یا عملکرد مورد نظارت به آن نیازمند است، در اختیار داشته باشد. اطلاعات بی‌اساس و مغرضانه، نه تنها کارآمد نیست، بلکه گمراه‌کننده ناظر و از آسیب‌های جدی نظارت به شمار می‌رود.^{۱۳}

۲-۲. تجزیه و تحلیل اطلاعات: در کنار هم چیدن اطلاعات پراکنده، تجزیه و تحلیل کارشناسانه و جمع‌بندی اطلاعات مزبور، دومین و دشوارترین مرحله نظارت است که باید توسط منابعی غیر از منابع تهیه‌کننده اطلاعات انجام گیرد. بی‌شک، طبقه‌بندی

اطلاعات مربوط به موضوع مورد نظارت، مرتب کردن اجزای ناپیوسته اطلاعات به گونه منطقی، شفاف و هوشمند، نقش فوق‌العاده‌ای در نتیجه‌گیری دارد که از هر کسی ساخته نیست.

۲-۳. نتیجه‌گیری و تصمیم‌سازی: دست‌یابی به نتیجه و تصمیم‌سازی، رکن دیگر هر نظارت است. هر نظارتی ناگزیر باید به تصمیم‌سازی برسد که بر اساس آن، وضع موجود را تثبیت و یا تغییر دهد. در غیر این صورت، نظارت عقیم و بی‌فایده خواهد بود؛ زیرا نظارت یک نوع عمل اکتشافی است که با ارزیابی عملکرد به نتیجه مطلوب می‌رسد.

۳. انواع نظارت

انواع نظارت به ترتیب اهمیت عبارتند از:

۳-۱. نظارت قضایی: نظارتی که از سوی مراجع قضایی بر اعمال، فرامین و تصمیم‌های کارگزاران حکومت صورت می‌گیرد. نظارت قضایی برجسته‌ترین، صریح‌ترین و کامل‌ترین نوع نظارت است؛ زیرا همه مراحل نظارت (جمع‌آوری اطلاعات، تجزیه و تحلیل بر مبنای قوانین، نتیجه‌گیری و صدور حکم کیفری) را دربرمی‌گیرد.

۳-۲. نظارت حقوقی: بررسی انطباق عملکرد دولتمردان و نهادهای حکومتی با قوانین و مقررات کشور، توسط مقام ناظر انجام می‌شود که هدف از آن، ایجاد نظم حقوقی و تحقق حاکمیت قانون است. تفاوت نظارت حقوقی با قضایی در این است که به رغم داشتن همه مراحل نظارت، صدور حکم کیفری ندارد.

۳-۳. نظارت سیاسی: عبارت است از مطالعه، بازرسی و رسیدگی که از سوی نهادها، سازمان‌ها و یا مقام‌های سیاسی بر مراجع و نهادهای حکومتی و مستخدمان و اموال آنها صورت می‌گیرد. نظارت سیاسی همواره با نقد همراه بوده و حالت گذر از وضع موجود به وضع مطلوب را شامل می‌شود.

۳-۴. نظارت اداری: نظارت و مراقبتی که بر مجموعه اداره و اعمال آن توسط مقامات یا هیئت‌های ویژه اداری به منظور حسن جریان امور انجام می‌شود. ملاک در نظارت اداری، جلوگیری از تخلفات اداری در درون ادارات و نهادهای اداری است.

۳-۵. نظارت مالی: نظارت بر بودجه و مالیات کشور را در اصطلاح نظارت مالی می‌نامند. در تحقیق حاضر، نظارت به مفهوم حقوقی آن در حوزه حقوق عمومی موردنظر است.

۴. پیشینه نظارت

نظارت خاستگاه عرفی و دینی دارد. همان‌گونه که عرف به نقش نظارت در سامان‌دهی امور توجه دارد، اسلام نیز درباره کارکرد نظارت در ارزیابی و اصلاح اعمال فردی، اجتماعی و حکومتی انسان‌ها، به مراتب توجه بیشتری مبذول داشته است. در منابع اسلامی، نظارت بر اعمال و حتی نیت انسان‌ها و ارزیابی آنها بر پایه معیارهای از پیش تعیین شده، یکی از سنت‌های ثابت الهی عنوان شده است. قرآن کریم از گواهان (ناظران) متعددی بر اعمال و رفتار انسان‌ها نام می‌برد که در رأس آنها، خداوند^{۱۴} و سپس پیامبر و امامان،^{۱۵} فرشتگان،^{۱۶} اعضای بدن انسان،^{۱۷} زمان و مکان^{۱۸} است که هر یک به سهم خود نقش نظارتی ایفا می‌کنند تا انسان‌ها در مسیر هدایت حرکت کنند و از انحراف مصون بمانند.

۴-۱. پیشینه فقهی نظارت: نظارت امری عرفی است. فقیهان نیز شیوه نظارت عرفی را تأیید کرده‌اند. پیشینه نظارت در فقه اسلامی به زمان تکوین و تدوین آن برمی‌گردد. از زمان شکل‌گیری و ابواب‌بندی فقه، فقیهان مسئله نظارت استصوابی و استطلاعی را در اعمال مربوط به «غیب و قصر، صغار، وصی و متولی وقف» مطرح، و آثار فقهی آن را بیان کرده‌اند.^{۱۹} کاشف‌النظا فقیه بزرگ، ضمن اشاره به نظارت‌های هشت‌گانه می‌گوید از ترکیب آنها می‌توان به نظارت‌های متعددی دست یافت.^{۲۰}

۴-۲. پیشینه حقوقی نظارت: حقوق‌دانان همانند فقیهان به تبیین نقش نظارت در حوزه حقوق پرداخته‌اند. اهتمام به این موضوع به کشور یا نظام حقوقی خاصی اختصاص ندارد. چنان‌که در ایران، بحث نظارت، ویژه نظام جمهوری اسلامی و قوانین پس از انقلاب نیست، بلکه در قوانین پیشین کشور از جمله «قانون مدنی، قانون تجارت و قانون اساسی مشروطه» سابقه دارد. موادی از قانون مدنی (مصوب سال‌های ۱۳۰۷-۱۳۱۴) اصل نظارت را در مورد «وقف»،^{۲۱} وصیت،^{۲۲} حفظ اموال صغر و مجانین و اشخاص غیررشید^{۲۳} مطرح کرده است. در موادی از قانون مزبور، به نظارت استصوابی مدعی‌العموم نسبت به اعمال قیم تصریح شده است.^{۲۴} نظارت در قانون تجارت مصوب (۱۳۱۱ و ۱۳۴۷) نیز مطرح شده است.^{۲۵}

۴-۳. نظارت در حقوق عمومی: از دیدگاه اسلام، نظارت به‌طور عام و نظارت بر اعمال حکومت به‌طور خاص، خاستگاه قرآنی دارد. پیشینه نظارت در حقوق عمومی را

می‌توان در حکومت اسلامی صدر اسلام (حکومت نبوی و علوی) به‌خوبی جست‌وجو کرد. در غرب، نظارت بر اعمال حکومت تقریباً هم‌زاد با شکل‌گیری نظام‌های سیاسی مبتنی بر اصل تفکیک قواست. قلمرو نظارت در حقوق عمومی بسیار برجسته و گسترده است؛ مسئله مشروعیت نظام سیاسی، اعمال حکومت و رفتار نهادهای حکومتی، در حوزه نظارت حقوق عمومی قرار دارند.

در حقوق عمومی، چون بحث رابطه حکومت و ملت و سپردن سرنوشت جامعه و امور عمومی به فرد یا افرادی خاص مطرح است، ضرورت نظارت تعریف‌شده و کارشناسانه، امری کاملاً مبرهن و منطقی به‌نظر می‌رسد. نظارت نکردن دقیق بر اعمال حکومت، همان‌گونه که در پیدایش حاکمیت استبداد و تداوم خودکامگی دولت‌ها تأثیرگذار است، در ایجاد انقلاب‌ها و تحولات سیاسی، اجتماعی نیز نقش دارد. به جرئت می‌توان ادعا کرد که مبارزه با خودکامگی دولت‌ها (متوقف کردن اعمال حکومتی بیرون از دایره نظارت) و تأمین نظارت قانونی بر اعمال حکومت، یکی از عوامل پدیداری انقلاب‌ها و تحولات سیاسی در گوشه و کنار جهان به‌شمار می‌رود. در اثر این‌گونه تلاش‌ها، امروزه نه فقط اعمال حکومت، همه امور عمومی تحت نظارت قرار دارند.

در ایران برای نخستین‌بار، قانون اساسی مشروطه نهاد نظارتی معروف به «طراز اول» را مطرح ساخت. نهاد نام‌برده به دلیل ابهامات و فقدان آیین‌نامه اجرایی، در مرحله نظر متوقف ماند و هرگز عملی نشد.^{۲۶}

۵. رهبری در اسلام

رهبری نوعی جریان عملی است که فرد یا گروهی با استفاده از افکار و شرایط و امکانات خاص، گروهی را براساس آن از میان جریان‌های مخالف و رویدادهای طبیعی به سوی اهداف خاص سوق می‌دهد.^{۲۷}

بر اساس این تعریف می‌توان گفت: اولاً، رهبری با اینکه یک جریان عملی است، اما خاستگاه اعتقادی و آرمانی دارد؛ ثانیاً، رهبری به دانش وسیع احتیاج دارد؛ ولی خود پیش از آنکه علم باشد، یک نوع فن، هنر و مهارت خاص کاربردی است.

رهبری در اسلام خاستگاه الهی دارد. در نظام سیاسی اسلام، حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست.^{۲۸} این اعتقاد نتیجه منطقی جهان‌بینی توحیدی است. خداوند خالق^{۲۹}

مالک^{۳۰} جهان و پرورش‌دهنده^{۳۱} و هدایت‌کننده^{۳۲} موجودات جهان است که نسبت به همه آفریدگان خویش، از جمله انسان، ولایت دارد. این ولایت عامه^{۳۳} اقتضا دارد که همه شئون تدبیر و اداره جامعه، منحصراً در اختیار او باشد. از این‌رو، خداوند حاکمیت تشریحی خود را به پیامبر ﷺ تفویض کرده است^{۳۴} و پس از دوران رسالت، رهبری امت به عهده «اولوالامر» می‌باشد.^{۳۵} منظور از «اولوالامر»، امامان معصوم است^{۳۶} که در دوران حضور به ترتیب رهبری امت را برعهده دارند.^{۳۷} قرآن امامت را مظهر خلافت الهی و برتر از نبوت می‌داند.^{۳۸} در زمان غیبت امام معصوم ﷺ، ولی فقیه (فقیه جامع‌الشرایط) به نیابت از ولی عصر ﷺ عهده‌دار ولایت امر است.^{۳۹}

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با اعتقاد به «نقش امامت و رهبری مستمر در تداوم انقلاب اسلامی»^{۴۰} و تأکید بر تداوم رهبری در دوران غیبت، چنین مقرر می‌دارد: «در زمان غیبت حضرت ولی عصر ﷺ در جمهوری اسلامی ایران، ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل و با تقوا، آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر است...»^{۴۱}.

۶. نظارت رهبری بر اعمال قوای سه‌گانه

با توجه به جایگاه رهبری در نظام جمهوری اسلامی ایران،^{۴۲} نقش نظارتی رهبر بر اعمال قوای حاکم و سایر نهادهای حکومتی بسیار گسترده به نظر می‌رسد. قانون اساسی مصادیقی از نظارت رهبری بر قوای سه‌گانه و سایر نهادهای حکومتی را برمی‌شمارد، اما توصیف ولایت امر به مطلقه و اصل «تناسب حکم و موضوع» ایجاب می‌کند که اعمال نظارت رهبری، هرگز محدود به راه‌های تعیین‌شده در قانون اساسی نماند، بلکه نیاز به تشکیلات گسترده در سطح کشور دارد که توسط کارشناسان امین و کارآمد، همه اعمال حکومتی را کنترل کند.

اصل ۵۷ قانون اساسی در خصوص نظارت رهبری چنین مقرر می‌دارد: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارت‌اند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند.»

درباره نظارت مندرج در اصل ۵۷ قانون اساسی، توجه به چند نکته لازم است:
الف) نظارت مطرح در اصل مزبور، آثار حقوقی کامل دارد. رعایت دیدگاه‌های رهبری بر همه قوا و بخصوص رئیس‌جمهور در مقام مجری قانون اساسی الزام‌آور است.

ب) ماهیت نظارت رهبری بر اعمال قوای حاکم، شرعی است؛ زیرا فلسفه وجودی ولایت فقیه در قانون اساسی، حفظ شریعت و اسلامیت نظام است؛^{۴۳} حقوقی است، چون نظام حقوقی کشور منطبق با شریعت اسلام و موازین اسلامی است.^{۴۴}

ج) نوع نظارت حقوقی رهبری ترکیبی از نظارت استطلاعی و استصوابی است؛ زیرا «نصب، عزل و استعفای فقهای شورای نگهبان، عالی‌ترین مرجع قضایی (رئیس قوه قضائیه)، امضای حکم ریاست جمهوری و عزل رئیس‌جمهور با در نظر داشت مصالح کشور» جزء اختیارات رهبری است. تناسب حکم و موضوع بیانگر استصوابی بودن نظارت رهبری است.^{۴۵}

د) چه بسا چنین برداشت شود که اصل مزبور دچار چالش و تضاد درونی است؛ از یک طرف تأکید بر «ولایت مطلقه امر» دارد و از طرف دیگر نظارت را «بر طبق اصول آینده این قانون» مطرح می‌سازد که با مطلقه بودن ولایت منافات دارد؛ اما دقت نشان می‌دهد تضادی وجود ندارد؛ زیرا تعبیر «بر طبق اصول آینده این قانون» در ذیل اصل، ناظر به اعمال قوای سه‌گانه است. اصول بعدی (۵۸ - ۶۱) قانون اساسی دلیلی بر این مدعاست. نظارت رهبری که از شئون ولایت مطلقه امر است، همانند اصل ولایت مطلقه است.

اشکال دیگری که ممکن است در اذهان تداعی کند این است که اصل ۵۷ قانون اساسی ولایت مطلقه امر را مطرح می‌کند، در برابر، اصل ۱۱۰ در مقام بیان وظایف و اختیارات رهبری، موارد یازده‌گانه را برمی‌شمارد. این اشکال نیز وارد نیست، زیرا اولاً، اصل ۵۷ مؤخر از اصل ۱۱۰ است و اصل مقدم را تفسیر می‌کند. ثانیاً، وظایف رهبری قابل احصا نیست، قانون‌گذار باید تکنیکی به کار گیرد تا به نقطه‌ای توقف کند. ثالثاً، عدد مفهوم مخالف ندارد. از این رو، تعبیر «ولایت مطلقه امر» که در اصل ۵۷ آمده، حاکم بر اصل ۱۱۰ است.

۱-۶. نظارت رهبری بر اعمال قوه مقننه

نظارت رهبری بر قوه مقننه از طریق شورای نگهبان «متشکل از شش نفر فقیه و شش نفر حقوقدان مسلمان می‌باشد». سازوکار این نظارت با مهارت و دقت تمام پیش‌بینی شده است. قانون اساسی از یک سو، فلسفه تأسیس شورای نگهبان را پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی دانسته و انتخاب فقیهان عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز را از

صلاحیت‌های رهبری می‌داند؛^{۴۶} از سوی دیگر، تأکید می‌کند مجلس شورای اسلامی بدون شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد.^{۴۷}

نظارت رهبری بر مجلس شورای اسلامی به صورت‌های زیر اعمال می‌شود:

الف) نظارت بر انتخابات: نظارت بر انتخابات مجلس شورای اسلامی بر عهده شورای نگهبان است.^{۴۸} این نظارت استصوابی و عام، و در تمام مراحل و در همه امور مربوط به انتخابات جاری است.^{۴۹} بدین ترتیب، نظارت غیرمستقیم رهبری بر صلاحیت شخصی نمایندگان مجلس شورای اسلامی و صحت انتخابات تضمین شده است.

ب) نظارت بر قانون‌گذاری: از منظر قانون اساسی، همه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها، باید بر اساس موازین اسلامی باشد.^{۵۰} مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد.^{۵۱} بدین منظور، قانون اساسی فرستادن همه مصوبات مجلس شورای اسلامی را به شورای نگهبان الزامی کرده است؛^{۵۲} زیرا «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است».^{۵۳}

بدین ترتیب، از منظر قانون اساسی، اعتبار قانونی قوه مقننه (مجلس شورای اسلامی) به وجود شورای نگهبان و تمامیت شورای نگهبان به فقیهان منصوب از سوی مقام رهبری بستگی دارد. این سازوکار قانونی زمینه نظارت غیرمستقیم رهبری بر مجلس شورای اسلامی را فراهم ساخته است.

۲-۶. نظارت رهبری بر اعمال قوه مجریه

از منظر قانون «اعمال قوه مجریه جز در اموری که در این قانون مستقیماً بر عهده رهبری گذارده شده، از طریق رئیس‌جمهور و وزرا است».^{۵۴}

نظارت رهبری در اموری که مستقیماً بر عهده دارد، تأمین شده است. اما در غیر موارد مزبور، نظارت رهبری بر قوه مجریه از طریق ذیل تضمین شده است:

الف) امضای حکم ریاست جمهوری: رئیس‌جمهور در صورت احراز شرایط^{۵۵} و شرکت در انتخابات با رأی مستقیم مردم انتخاب می‌شود.^{۵۶} امضای حکم رئیس‌جمهور منتخب

مردم با رهبری است.^{۵۷} ایشان به دلیل ولایتی که بر امور جامعه دارد، در واقع مقام وی را تنفیذ می‌کند.

ماهیت امضای حکم ریاست جمهوری: در خصوص ماهیت این امضا اتفاق نظر وجود ندارد: بعضی مدعی‌اند امضای حکم ریاست جمهوری توسط رهبری جنبه تشریفاتی دارد و چنین استدلال کرده‌اند: اولاً، حاکمیت ملت در تعیین سرنوشت خود، نوعاً از طریق آرای عمومی مردم^{۵۸} از راه انتخابات^{۵۹} و همه‌پرسی^{۶۰} اعمال می‌شود. انتخاب رئیس‌جمهور نیز با رأی مستقیم مردم، یعنی همان آرای عمومی صورت می‌گیرد ... عدم امضای حکم رئیس‌جمهور توسط رهبری، در واقع بی‌اعتنایی به آرای عمومی و حاکمیت ملی تلقی می‌شود. ثانیاً، از نظر قانون اساسی، صلاحیت داوطلبان ریاست جمهوری^{۶۱} باید پیش از انتخابات به تأیید شورای نگهبان برسد.^{۶۲} از سوی دیگر، شورای مزبور بر انتخابات ریاست جمهوری نظارت می‌کند.^{۶۳} با توجه به اینکه نظر مقام رهبری در نظارت‌های مذکور کاملاً تأمین شده است و صلاحیت رئیس‌جمهور بدون تردید به نظر می‌رسد، مقام رهبری جز امضا چاره‌ای ندارد. در غیر این صورت، حجیت و اعتبار شورای نگهبان (نماینده‌گی مقام رهبری) مورد تردید خواهد بود.^{۶۴}

نظر دوم بر تنفیذی بودن امضای حکم ریاست جمهوری است. قانون انتخابات ریاست جمهوری در این زمینه چنین مقرر می‌دارد: «دوره ریاست جمهوری چهار سال است و از تاریخ تنفیذ اعتبارنامه به وسیله مقام رهبری آغاز می‌گردد».^{۶۵}

با توجه به این اصل که مشروعیت نظام و قوای حاکم منوط به تأیید ولی فقیه جامع‌الشرایط است، امضای حکم ریاست جمهوری نمی‌تواند امری صرفاً تشریفاتی باشد، بلکه صبغه تنفیذی دارد. چنان‌که مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز حکایت از تنفیذی بودن امضا دارد.^{۶۶} بنابراین، رئیس‌جمهور منتخب مردم وقتی رسمیت می‌یابد که با امضای رهبری عهده‌دار این مسئولیت شد. طبیعی است که رهبر بر اساس مسئولیتی که در پیشگاه خداوند و در برابر مردم دارد، نمی‌تواند حکم ریاست جمهوری شخص فاقد صلاحیت این مقام را امضا کند. استدلال نظریه تشریفاتی بودن امضا ناتمام است. چون قانون‌گذار با اطلاع کامل از فرایند انتخاب ریاست جمهوری، امضای رهبری را مطرح کرده است که خود نشانگر عنایتی به خاستگاه مشروعیت نظام و قوای حاکم است؛ یعنی کمال فرایند انتخابات ریاست جمهوری امضای رهبری است و نظارت واقعی رهبری بر اعمال

قوه مجریه، فقط در این فرض قابل تصور و تحلیل است. در غیر این صورت، نظارت همانند امضا تشریفاتی خواهد بود.

ب) عزل رئیس جمهور: یکی از راه‌های نظارت رهبری بر قوه مجریه، عزل رئیس جمهور است. رهبری می‌تواند با در نظر گرفتن مصالح کشور، پس از حکم دیوان عالی کشور به تخلف وی از وظایف قانونی، یا رأی مجلس شورای اسلامی به عدم کفایت وی، بر اساس اصل ۸۹، رئیس جمهور را عزل کند.^{۶۷}

رئیس جمهور دارای مسئولیت سیاسی و قانونی است. از نظر سیاسی، مجلس شورای اسلامی حق استیضاح رئیس جمهور را دارد و می‌تواند با اکثریت دو سوم آرای کل نمایندگان، بر عدم کفایت سیاسی وی رأی دهد.^{۶۸} از نظر قانونی «رسیدگی به اتهامات مربوط به تخلفات درباره وظایف و اختیارات رئیس جمهور در صلاحیت دیوان عالی کشور است»^{۶۹} که می‌تواند رئیس جمهور را محاکمه کند، اما در هر دو صورت، پیشنهاد عزل به مقام رهبری تسلیم می‌شود تا با در نظر داشت مصالح کشور به عزل اقدام کند.

نکته مهم در بند دهم اصل ۱۱۰ قانون اساسی این است که قانون‌گذار عزل رئیس جمهور توسط مقام رهبری را دایر مدار مصالح کشور قرار داده است؛ یعنی به رغم رأی مجلس شورای اسلامی به عدم کفایت سیاسی رئیس جمهور و یا حکم دیوان عالی کشور به تخلف وی، تصمیم‌گیرنده نهایی مقام رهبری است تا با توجه به مصالح کشور برای عزل یا ابقای رئیس جمهور تصمیم بگیرد.

ج) فرماندهی کل نیروهای مسلح: به موجب بند ۴ اصل ۱۱۰، فرماندهی کل نیروهای مسلح با رهبر است. اطلاق عبارت نشان دهنده نظارت مطلقه مقام رهبری نسبت به کل امور و شئون نیروهای مسلح، اعم از نظامی و انتظامی می‌باشد. نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران عبارت‌اند از: ارتش، سپاه و نیروهای انتظامی.^{۷۰} اقتضای نیروهای مسلح بر وحدت فرماندهی است.^{۷۱} به همین دلیل، «نیروهای مسلح تحت فرماندهی کل بوده و اصل وحدت فرماندهی باید در تمام رده‌های آن حاکم باشد.» قانون اساسی افزون بر این بیان مطلق، بخشی از اقتدارات مهم رهبری را در حوزه نیروهای مسلح چنین برمی‌شمارد:

– عزل و نصب فرماندهی عالی نیروهای مسلح اعم از رئیس ستاد مشترک، فرمانده کل سپاه پاسداران انقلاب اسلامی و فرماندهان عالی نیروهای نظامی و انتظامی.^{۷۲}

- رئیس فرماندهی کل نیروهای مسلح^{۷۳} به عنوان هماهنگ کننده نیروهای مسلح، مقام عالی نظامی محسوب می شود که نصب و عزل وی نیز با رهبری باشد.

- اعلان جنگ و صلح و بسیج نیروها: سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران بر اساس نفی هرگونه سلطه جویی و سلطه پذیری، حفظ استقلال همه جانبه و تمامیت ارضی کشور، دفاع از حقوق مسلمانان و عدم تعهد در برابر قدرت های سلطه گر و روابط صلح آمیز با دول غیرمخالف استوار است.^{۷۴} در جهان کنونی، این رسالت بزرگ احتمال جنگ و درگیری های مرزی و بین المللی را همواره به همراه دارد. اعلان جنگ و صلح که از مصادیق بارز سیاست های کلی نظام است، در صلاحیت مقام رهبری است. شورای عالی امنیت ملی به مثابه نهاد سیاست گذار در امور نظامی رهبری را در صدور فرمان مبنی بر جنگ یا صلح کمک می کند؛ اما تصمیم گیرنده نهایی، فقط مقام رهبری است. دولت و مجلس شورای اسلامی و دیگر نهادهای حکومتی مجری این تصمیم هستند. برای مثال، انعقاد قرارداد صلح توسط دولت پس از تصویب مجلس شورای اسلامی^{۷۵} و امضای رئیس جمهور یا نماینده قانونی او^{۷۶} رسمیت می یابد.

۵. ه. **هدایت شواری عالی امنیت ملی:** شورای عالی امنیت ملی باید سیاست های دفاعی و امنیتی کشور را در محدوده سیاست های کلی تعیین شده توسط رهبری تدوین کند.^{۷۷} افزون بر این، دو نفر به عنوان نماینده رهبری در شورای عالی امنیت ملی عضویت دارند و مصوبات این شورا پس از تصویب مقام رهبری قابل اجراست.^{۷۸} در همه موارد مزبور، نظارت لازمه صلاحیت رهبری است؛ زیرا صلاحیت های رهبری در صورتی به نتیجه مطلوب می رسد که تمام اعمال نهادهای نام برده، زیر نظر رهبری انجام گیرد.

۳-۶. نظارت رهبری بر اعمال قوه قضائیه

قوه قضائیه در ساختار نظام اسلامی جایگاه رفیعی دارد. قانون اساسی به این مسئله توجه ویژه ای داشته است. در دیباچه قانون اساسی می خوانیم:

مسئله قضا در رابطه با پاسداری از حقوق مردم در خط حرکت اسلامی، به منظور پیشگیری از انحرافات موضعی در درون امت اسلامی امری است حیاتی. از این رو، ایجاد سیستم قضایی بر پایه عدل اسلامی و متشکل از قضات عادل و آشنا به ضوابط دقیق پیش بینی شده است. این نظام به دلیل حساسیت بنیادی و دقت در مکتبی بودن آن لازم

است به دور از هر نوع رابطه و مناسبات ناسالم باشد. (واذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل) (نساء: ۵۸).

قانون اساسی ضمن تأکید بر استقلال قوه قضائیه، فلسفه وجودی و تمام وظایف آن را در مسیر دفاع از حقوق فردی و اجتماعی و تحقق بخشیدن به عدالت می‌داند.^{۷۹} «اعمال قوه قضائیه به وسیله دادگاه‌های دادگستری است که باید طبق موازین اسلامی تشکیل شود و به حل و فصل دعاوی و حفظ نظم حقوق عمومی و گسترش و اجرای عدالت و اقامه حدود الهی پردازد.^{۸۰}

با توجه به رسالت خطیر قوه قضائیه، نظارت رهبری بر اعمال نهاد مزبور امری کاملاً مبرهن به نظر می‌رسد. این نظارت از طریق نصب و عزل و قبول استعفای عالی‌ترین مقام قوه قضائیه (رئیس قوه قضائیه) اعمال می‌شود.^{۸۱} درباره نظارت رهبری بر قوای سه‌گانه (مطابق اصل ۵۷ قانون اساسی) به چند نکته اساسی باید توجه کرد:

الف) نظارت رهبری بر قوای سه‌گانه صرفاً حقوقی نیست، بلکه رهبری صلاحیت نظارت سیاسی نیز دارد. نظارتی که دایره مدار مصالح است، در قالب فرمان یا احکام حکومتی تجلی می‌یابد.

ب) هیچ قرینه‌ای دال بر انحصار نظارت حقوقی رهبری بر قوای سه‌گانه وجود ندارد. قوای مزبور زیر نظر ولایت مطلقه امر (مقام رهبری) اعمال حاکمیت می‌کند. اصل ۵۷ صراحت در نظارت ندارد تا مفهوم‌گیری شود که قلمرو نظارت رهبری محدود به قوای سه‌گانه است و غیر آن را دربر نمی‌گیرد.

ج) راه‌کارهای مطرح‌شده در قانون اساسی مانند عزل رئیس‌جمهور، رئیس قوه قضائیه و فقهای شورای نگهبان، بخشی از ابزار نظارت رهبری بر قواست و هرگز برای نظارت رهبری کافی نیست. به بیان دیگر، قانون اساسی بارزترین ابزار نظارت را بیان کرده است، نه همه آن را.

د) ظاهر قانون اساسی (بدون توجه به اصل ۵۷) نظارت مستقیم رهبری مثلاً عزل رئیس‌جمهور توسط رهبری را بر نمی‌تابد، اما اصل ۵۷ قانون اساسی چنین اختیاری را برمی‌تابد (امکان حقوقی)، هرچند امکان وقوعی آن بسیار نادر است.

۷. نظارت رهبری بر صدا و سیما

در دوران معاصر، صدا و سیما به دلیل ویژگی‌های برجسته و تأثیرگذاری فوق‌العاده، به صورت یک ابزار سیاسی درآمده است. این دستگاه عظیم تبلیغاتی همواره یکی از

موضوع‌های مورد اختلاف زمامداران و مردم می‌باشد. دولت‌ها می‌کوشند با تسلط بر صدا و سیما، اهداف سیاسی خود را تأمین، و ضعف عمومی و ناتوانی‌های خود را به طور دلخواه جبران کنند. اهتمام مردم آن است که از طریق این دستگاه تبلیغاتی، اندیشه‌ها و خواسته‌های خود را تبیین و ترویج کنند. ماهیت صدا و سیما اقتضا می‌کند که دارای شخصیت حقوقی مستقل، و متعلق به همگان باشد. در نظام جمهوری اسلامی ایران رسالت صدا و سیما بسیار خطیر و سنگین می‌نماید. از منظر قانون اساسی:

وسایل ارتباط جمعی (رادیو و تلویزیون) بایستی در جهت روند تکاملی انقلاب اسلامی در خدمت اشاعه فرهنگ اسلامی قرار گیرد و در این زمینه، از برخورد سالم اندیشه‌های متفاوت بهره بجوید و از اشاعه و ترویج خصلت‌های تخریبی و ضد اسلامی جدا پرهیز کند. پیروی از اصول چنین قانونی که آزادی و کرامت انبیا بشر را سرلوحه اهداف خود دانسته و راه رشد و تکامل انسان را می‌گشاید، بر عهده همگان است...^{۸۲}

قانون اساسی، صدا و سیما را به منزله یک نهاد مستقل از قوای سه‌گانه مطرح کرده است. اصل ۱۷۵: «در صدا و سیمای جمهوری اسلامی ایران، آزادی بیان و نشر افکار با رعایت موازین اسلامی و مصالح کشور باید تأمین گردد. نصب و عزل رئیس سازمان صدا و سیمای جمهوری اسلامی ایران با مقام رهبری است و شورایی مرکب از نمایندگان رئیس‌جمهور و رئیس قوه قضائیه و مجلس شورای اسلامی (هر کدام دو نفر) نظارت بر این سازمان خواهند داشت. خط‌مشی و ترتیب اداره سازمان و نظارت بر آن را قانون معین می‌کند».^{۸۳}

در اصل مزبور، دو نوع نظارت مطرح شده است: یکی نظارت رهبری بر صدا و سیما که از نوع نظارت بر قوای حاکم مطرح در اصل ۵۷ قانون اساسی^{۸۴} (نظارت به لحاظ عدم مغایرت عملکرد صدا و سیما با موازین شرع و قانون اساسی) است. دیگری نظارت شورایی مرکب از نمایندگان رؤسای قوا (هر کدام دو نفر) که سیاسی و استطلاعی است و در عمل از حد تشریفات و تذکرات جزئی فراتر نمی‌رود.

ذیل اصل مزبور، تعیین ترتیب نظارت را بر عهده قانون قرار داده است. مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در این باره چنین مقرر می‌دارد: «شورا گزارش منظم و مستمر از جریان امور سازمان را به مقام رهبری و قوای سه‌گانه تقدیم خواهد نمود».^{۸۵} این تعبیر فقط از نظارت اطلاعی شورا بر کار سازمان حکایت دارد. بدیهی است اتخاذ تصمیم نهایی در

هر مورد با مقام رهبری خواهد بود؛ زیرا هدایت سازمان و عزل و نصب رئیس آن با رهبری است که خود مستلزم نظارت حقوقی و استصوابی می‌باشد.

۸. نظارت بر اجرای قانون اساسی

نظارت مقام رهبری بر اجرای قانون اساسی به دو صورت متصور است:

۸-۱. انطباق مصوبات با قانون اساسی: از منظر قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با قانون اساسی مغایرت داشته باشد.^{۸۶} نظارت رهبری در این زمینه از طریق شورای نگهبان قانون اساسی صورت می‌گیرد. تشخیص عدم تعارض مصوبات مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است.^{۸۷} نظارت بر مصوبات و مقررات از نظر مغایر نبودن آنها با اصول قانون اساسی، در واقع نوعی تضمین اجرای قانون اساسی است.

۸-۲. اجرای اصول معطل مانده قانون اساسی: تجربه سه دهه اجرای قانون اساسی نشان می‌دهد رؤسای جمهوری ایران در اجرای اصل ۱۱۳ (مسئولیت اجرای قانون اساسی) همواره با چالش‌هایی مواجه بوده‌اند و در ارائه راه‌کار به منظور اجرایی کردن اصول معطل مانده قانون اساسی توفیق نداشته‌اند. حتی تشکیل هیئت نظارت بر اجرای قانون اساسی در دولت هشتم نیز راه به جای نبرد.

یکی از فقها و حقوق‌دانان برجسته کشور در این باره چنین اظهارنظر می‌کند:

به نظر می‌رسد نظارت مقام رهبری بر اجرای قانون اساسی می‌تواند این راه نارفته را طی کند. بدون تردید همکاری نهاد ریاست جمهوری به عنوان مسئول اجرای قانون اساسی و نهاد رهبری به عنوان ناظر بر اجرای قانون اساسی در گشودن بن‌بست معطل ماندن برخی از اصول قانون اساسی مؤثر و راه‌گشاست. می‌توان گفت که نظارت بر اجرای قانون اساسی ناشی از نظارت (رهبری) بر قوه مجریه است.^{۸۸}

بدین ترتیب، نظارت مقام رهبری بر اجرای قانون اساسی با مسئولیت مستقیم رئیس‌جمهور نسبت به اجرای قانون اساسی (اصل ۱۱۳) منافات ندارد؛ زیرا هر قانونی نیازمند مجری و ناظر است. رئیس‌جمهور مجری قانون اساسی است و مقام رهبری ناظر بر حسن اجرای آن است. قانون اساسی سلسله مراتب سیاسی را به گونه‌ای ترسیم کرده است که زمینه تعارض را از بین برده است. در این سلسله مراتب سیاسی، مقام رهبری عالی‌ترین مقام رسمی کشور،^{۸۹} ناظر بر قوای سه‌گانه،^{۹۰} و مافوق رئیس‌جمهور است.^{۹۱} واقعیت این است که این

دو نهاد نه تنها معارض نیستند، بلکه مکمل یکدیگرند و هماهنگی و همکاری دو نهاد مجری و ناظر می‌تواند زمینه اجرای قانون اساسی را به نحو احسن فراهم سازد.

۹. نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام

سیاست‌گذاری عبارت است از: تعیین، تدوین و ارائه ضوابط و موازینی که در آن مقتضیات کلی دولت اعمال و مصالح جمعی ملت تأمین شود.^{۹۲} منظور از سیاست کلی دولت در درجه نخست، تثبیت حاکمیت، استقرار نظم و حفظ حدود و ثغور استقلال کشور، و منظور از مصالح جمعی ملت به کارگیری سیاست‌های متنوع اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، صنعتی، خدماتی، کشاورزی، بهداشتی و غیره است تا در آن خواسته‌های مردم برآورده شود. سیاست‌گذاری از امور مدیریت سیاسی به شمار می‌رود که متکی به اصول مهم برنامه‌ریزی، سازمان‌دهی، نظارت و کنترل است.^{۹۳}

بند یک اصل ۱۱۰ قانون اساسی «تعیین سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام» از اختیارات ویژه مقام رهبری برشمرده است. یکی از حقوق‌دانان برجسته کشور در این باره چنین می‌گوید:

در حقیقت با افزایش بند، روح حاکم بر اصل ولایت فقیه در کالبد قانون اساسی جدید دمیده شد و رهبری بدین وسیله در لایه میانه بین قانون اساسی و حکومت (سه قوه) قرار گرفت. او بر اساس این بند مؤظف است بر اساس یک نگاه سه‌بعدی، موازین فقهی، قانون اساسی و مصلحت سیاست‌های کلی سه قوه را مقرر کند تا قوه مقننه در آن چارچوب، قوانین کشور را در رابطه با سه قوه مشخص کند ... بدین ترتیب، لایه میانی قانون اساسی و مصوبات مجلس شورای اسلامی از انطباق با موازین شرع و اصول قانون اساسی به انطباق با سیاست‌های کلی ترسیم‌شده از سوی رهبری توسعه یافت. روح این بند، در حقیقت همان احکام حکومتی است که بنا بر مصلحت ملزمه توسط فقیه واجد شرایط در شرایط غیرعادی صادر می‌شود.^{۹۴}

از نمونه‌های فرمان رهبری در تعیین خط‌مشی‌های کلی نظام می‌توان به فرمان هشت ماده‌ای امام خمین علیه السلام، خطاب به قوه قضائیه و تمام ارگان‌های اجرایی در مورد اسلامی‌شدن قوانین و عملکردهای مسئولان نظام مورخ ۶۱/۹/۲۴ اشاره کرد. فرمان مقام معظم رهبری حضرت آیت‌الله خامنه‌ای مورخ ۷۹/۱۱/۳ اولین مجموعه از سیاست‌های بلندمدت جمهوری اسلامی در موضوعات امنیت اقتصادی، منابع آب، بخش معدن، منابع طبیعی، حمل و نقل تعیین، و به قوای سه‌گانه کشور ابلاغ شد.^{۹۵}

از آنجا که نظارت بر حسن اجرای قانون لازمه حق قانون‌گذاری است، قانون اساسی در بند اول اصل ۱۱۰ «تعیین سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران»^{۹۶} را نخستین اختیار ویژه مقام رهبری برمی‌شمارد. در بند دوم همان اصل «نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام»^{۹۷} توسط رهبری را مورد تأکید قرار می‌دهد. بر اساس قاعده «قانون‌گذاری حق نظارت بر اجرای قانون را می‌طلبد»، ناظر بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام، نهادی جز مقام رهبری نمی‌تواند باشد.^{۹۸}

۱۰. نظارت بر همه‌پرسی

همه‌پرسی عبارت از: رجوع کردن به آرای عمومی و به مشورت گرفتن مردم، درباره لزوم یا عدم لزوم و همچنین شکل و محتوای قاعده‌ای از قوانین عادی یا اساسی است. معمولاً باید اصل همه‌پرسی در قانون اساسی مصوب، به منزله یکی از سرچشمه‌های قانون‌گذاری شناخته شده باشد تا بتوان از این آیین برای اخذ تصمیم استفاده کرد.^{۹۹} همه‌پرسی یا به آرای عمومی به صورت‌های ذیل متصور است:^{۱۰۰}

الف) همه‌پرسی تقنینی: عبارت از مراجعه به آرای عمومی در مسائل مهم امر قانون‌گذاری است.

ب) همه‌پرسی سیاسی: مراجعه رئیس کشور به آرای عمومی به منظور اتخاذ تصمیم‌های سیاسی فوق‌العاده و جلب اعتماد مردم نسبت به خود را همه‌پرسی سیاسی می‌گویند.

ج) همه‌پرسی اساسی: مراجعه به آرای عمومی برای تجدیدنظر در قانون اساسی. بند سوم اصل ۱۱۰ قانون اساسی صدور «فرمان همه‌پرسی» را از وظایف و اختیارات رهبری برشمرده است. بنابراین، فرمان همه‌پرسی حق رهبری است. نظارت رهبری بر مفاد همه‌پرسی از لحاظ عدم مغایرت با موازین شرع و مصالح کشور، لازمه حقی است که قانون اساسی برای رهبری مقرر داشته است.

هر چند قانون اساسی صراحتی در خصوص نظارت شورای نگهبان بر مصوبات همه‌پرسی ندارد، اما بر اساس نظریه تفسیری شورای نگهبان «درخواست مراجعه به آرای عمومی موضوع اصل ۵۹ قانون اساسی از مصادیق مصوبات مجلس شورای اسلامی است و باید طبق اصل ۹۴ قانون اساسی به شورای نگهبان فرستاده شود».^{۱۰۱}

به نظر می‌رسد، با توجه به اصول (۴ و ۹۱ قانون اساسی)، نظارت شورای نگهبان بر مفاد همه‌پرسی لازم است. بند سوم اصل ۱۱۰ (فرمان همه‌پرسی) و ذیل اصل ۵۹ (تصویب

دو سوم مجموع نمایندگان) نمی‌تواند اطلاق یا عموم اصول (۴ و ۹۱) را نقض کند. قاعده‌ای هم تأسیس نشده است که با تصویب دو سوم مجموع نمایندگان مجلس، نیازی به اظهارنظر شورای نگهبان نباشد. به ویژه آنکه، تصویب مراجعه به آرای عمومی توسط دو سوم مجموع نمایندگان مجلس، به معنای تأیید مصوبه همه‌پرسی از نظر انطباق با موازین اسلامی نیست؛ چه بسا به لحاظ اکتفا به اطلاق اصل چهارم و یا به دلیل واگذار کردن این نظارت به مقام رهبری باشد.^{۱۰۲}

سؤال اول) آیا رهبری می‌تواند نتیجه همه‌پرسی را تأیید نکند؟

پاسخ) با توجه به اینکه همه‌پرسی از اعمال قوه مقننه است، افزون بر موافقت مجلس، نیازمند حکم دیگری به لحاظ انطباق با موازین شرع می‌باشد که در صلاحیت مقام رهبری است. بنابراین، امکان رد نتیجه همه‌پرسی توسط رهبری وجود دارد و می‌تواند آن را به مجمع تشخیص مصلحت نظام (به عنوان بازوی رهبری) ارجاع دهد. البته، چه بسا رد همه‌پرسی از سوی رهبری در چنین مواردی موجب بحران مشروعیت شود و معضل سیاسی ایجاد کند؛ اما مانع اعمال حق قانونی رهبری نسبت به نظارت که خاستگاه آن اطلاق اصل ۵۷ است، ندارد؛ به‌ویژه در صورت ارجاع نتیجه همه‌پرسی به مجمع تشخیص مصلحت نظام از سوی رهبری که مشمول احکام حکومتی می‌شود، هیچ تردیدی نمی‌توان روا داشت. در نهایت، در صورت پدیداری بحران سیاسی، خبرگان رهبری می‌تواند مسئله را به لحاظ عملکرد مقام رهبری بر اساس اصل ۱۱۱ قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد.^{۱۰۳}

سؤال دوم) قلمرو فرمان همه‌پرسی و نظارت بر آن تا کجاست؟ آیا همه انواع

همه‌پرسی را دربرمی‌گیرد یا ناظر به مورد خاص آن است؟

جواب) بعضی از حقوق‌دانان میان انواع همه‌پرسی تفکیک قائل شده و مدعی‌اند فقط در مورد همه‌پرسی اساسی (بازنگری قانون اساسی) قرینه‌ای بر فرمان رهبری مبنی بر همه‌پرسی وجود دارد. اختیار رهبری شامل همه‌پرسی تقنینی نمی‌شود؛ با این استدلال که صدور فرمان همه‌پرسی توسط رهبری با مفاد اصل ۵۹ قانون اساسی^{۱۰۴} و ماده ۳۶ قانون همه‌پرسی^{۱۰۵} معارض است. در مورد همه‌پرسی سیاسی نیز هیچ قرینه روشنی در قانون اساسی مشاهده نمی‌شود. با جود این، چنین فرمانی توسط رهبری امکان‌پذیر است.^{۱۰۶}

به نظر می‌رسد فرمان همه‌پرسی و نظارت بر آن از شئون ولایت مطلقه امر است. مفاد

اصول ۵ و ۵۷ قانون اساسی همه مصادیق همه‌پرسی را شامل می‌شود.

نتیجه‌گیری

نتیجه تحقیق حاضر را می‌توان به صورت زیر فهرست کرد:

فلسفه نظارت بر اعمال حکومت، مهار قدرت حاکمیت به منظور تأمین حقوق و آزادی‌های عمومی است. در نظام جمهوری اسلامی ایران که یک نظام ایدئولوژیک است، نظارت جایگاه والایی دارد. در قانون اساسی، نظارت‌های گوناگونی بر اعمال حکومت پیش‌بینی شده است که نظارت رهبری در رأس آنها قرار دارد. اصولاً، فلسفه وجودی ولایت فقیه در نظام جمهوری اسلامی، قرار گرفتن مجاری امور در صلاحیت فقیه واجد شرایطی است که با نظارت دقیق بر اعمال حکومت و نهادهای حکومتی، ضامن هدایت نظام به وظایف اسلامی خود باشد.

از منظر قانون اساسی، نظارت رهبری بر اعمال حکومت از یکسو ماهیت شرعی دارد، چون به موجب اصل پنجم قانون اساسی، قوام نظام اسلامی در عصر غیبت امام معصوم به امامت نیایی یا رهبری ولی فقیه است. از سوی دیگر، دارای ماهیت حقوقی است، چون بر اساس اصل چهارم قانون اساسی، نظام حقوقی کشور باید بر اساس موازین اسلامی باشد. از نظر روش، نظارت حقوقی رهبر بر اعمال حکومت ترکیبی از نظارت استطلاعی و استصوابی است؛ زیرا قانون اساسی ضمن اشاره به سازوکارهای نظارت رهبری بر قوای سه‌گانه، عزل در این حوزه را نیز پیش‌بینی کرده است.

به لحاظ قلمرو، نظارت رهبری بر اعمال حکومت، مطلق است و هیچ‌گونه محدودیتی را بر نمی‌تابد. این نظارت به دو صورت قابل اعمال است: اولاً، نظارت رهبری از راه‌های تعیین شده در قانون اساسی (نظارت بر قوه مقننه از طریق شورای نگهبان، نظارت بر قوه مجریه از طریق تنفیذ و ابطال حکم ریاست جمهوری، نظارت بر قوه قضائیه از راه عزل و نصب رئیس آن. ثانیاً، نظارت عام رهبری از هر طریقی ممکن نسبت به همه نهادها و سازمان‌های تحت امر قوای سه‌گانه و چگونگی اجرای قوانین به نحوی تضمین شده است. البته این هرگز به معنای نادیده انگاشتن قانون و به تعبیری عدم قانونمندی نظارت رهبری بر اعمال حکومت نیست. منظور این است که نظارت رهبری در عین قانونمندی و انطباق با موازین، منحصر در قوانین موضوعه نیست و موازین فقهی نیز در تعیین ماهیت و نوع نظارت رهبری نقش دارد.

پی‌نوشت‌ها

۱. عباسعلی عمید زنجانی، *حقوق اساسی ایران*، ص ۱۶۹.
۲. مردم ایران در همه‌پرسی دهم و یازدهم فروردین ماه یکهزار و سیصد و پنجاه و هشت هجری شمسی برابر با اول و دوم جمادی‌الاولی سال یکهزار و سیصد و نود و نه هجری قمری با اکثریت ۲٪ / ۹۸٪ کلیه کسانی که حق رای داشتند، به نظام جمهوری اسلامی رای مثبت داد.
۳. قانون اساسی، اصل اول.
۴. همان، ذیل اصل دوم.
۵. نور: ۴۳.
۶. عباسعلی عمید زنجانی، ابراهیم موسی‌زاده، *نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری*، ص ۱۴.
۷. همان، ص ۱۳.
۸. سیدرضا نقوی، *نگرشی بر مدیریت اسلامی*، ص ۹۵.
۹. ابوالفضل صادق‌پور و جلال مقدس، *سازمان‌مدیریت و علم‌مدیریت*، ص ۱۶۰.
۱۰. سیدمحمد میرمحمدی، *الگوی نظارت و کنترل در نظام اداری جمهوری اسلامی ایران*، ص ۱۲.
۱۱. عباسعلی عمید زنجانی، *نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری*، ص ۱۶.
۱۲. همان.
۱۳. حجرات: ۶.
۱۴. یونس: ۶۱؛ لقمان: ۱۶؛ اعراف: ۶ و ۷؛ یس: ۱۲.
۱۵. نحل: ۷۹.
۱۶. زخرف: ۸۰؛ ق: ۲۱.
۱۷. نور: ۲۴؛ فصلت: ۲۰؛ یس: ۶۵.
۱۸. زلزال: ۸۱.
۱۹. زین‌الدین بن علی عاملی، *مسالك الافهام*، ج ۱ ص ۲۳۱؛ محمدحسن نجفی، *جواهرالکلام*، ج ۲۸، ص ۲۱؛ سیدمحمدکاظم طباطبایی، *تکمله العروه الوثقی*، ج ۱، ص ۲۳۱. امام خمینی ره *تحریر الوسیله*، ج ۲، ص ۱۰۰.
۲۰. شیخ‌جعفر کاشف‌الغطاء *کشف الغطاء*، ج ۴، ص ۲۴۷.
۲۱. قانون مدنی، ماده ۷۸.
۲۲. همان، ماده ۸۵۷.
۲۳. همان، ماده ۱۲۲۴.
۲۴. همان، مواد ۱۲۳۷، ۱۲۴۱، ۱۲۴۲.
۲۵. قانون تجارت، مواد ۱۵۱، ۴۲۷، ۴۲۸، ۴۲۹.

۲۶. عباسعلی عمید زنجانی، *حقوق اساسی ایران*، ص ۱۵۱-۱۵۲.
۲۷. همو، *فقه سیاسی*، ج ۲، ص ۲۵۳.
۲۸. قانون اساسی، اصل پنجاه و ششم.
۲۹. شوری: ۲۹؛ روم: ۲۷؛ سجده: ۷؛ یونس: ۳۴؛ روم: ۳۰.
۳۰. بقره: ۱۰۷، آل عمران: ۱۸۹، بقره: ۲۸۴؛ مائده: ۱۸ و ۱۲۰.
۳۱. فاتحه: ۲؛ علق: ۱؛ سجده: ۲؛ صافات: ۱۷۲؛ غافر: ۶۴.
۳۲. طه: ۵۰؛ اعلی: ۳؛ انسان: ۳؛ عنکبوت: ۲۹.
۳۳. بقره: ۲۵۷، انعام: ۱۲۷، جاثیه: ۱۹، حج: ۷۸، محمد: ۱۱.
۳۴. فتح: ۱۷، نساء: ۱۳، انفال: ۱ و ۲۰ و ۴۶، مجادله: ۱۳، آل عمران: ۳۲ و ۱۳۲، نساء: ۵۹، مائده: ۹۲، نور: ۵۴.
۳۵. نساء: ۵۹. در آیه شریفه اطاعت از اولوالامر همانند اطاعت از خدا و پیامبر اکرم ﷺ مطلق است و هیچ قید و شرطی ندارد. دستور مطلق الهی در این زمینه بیانگر این حقیقت است که آنان هیچگاه برخلاف دستور خدا حکم نمی‌کنند. در غیر این صورت تضاد در حکم خدا پیش می‌آید. این هماهنگی در حکم در صورتی امکان دارد که اولوالامر همانند پیامبر معصوم باشند و هرگز خطا و اشتباهی از آنان سر نزنند.
۳۶. ناصر مکارم شیرازی و همکاران، *تفسیر نمونه*، ج ۳، ص ۴۸۲. ذیل آیه ۵۹ سوره نساء.
۳۷. سیدمحمدحسین طباطبائی، *المیزان*، ج ۴، ص ۳۸۹؛ ج ۶، ص ۱۵ به بعد.
۳۸. بقره: ۱۲۴؛ سجده: ۳۲؛ نساء: ۱۶۵.
۳۹. محمدتقی مصباح، *نگاهی گذرا به نظریه ولایت فقیه*، ص ۸۰.
۴۰. قانون اساسی، اصل دوم، بند ۵.
۴۱. قانون اساسی، اصل ۵ « اصل سابق: در زمان غیبت حضرت ولی ﷺ، در جمهوری اسلامی ایران ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل و با تقوی، آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر است، که اکثریت مردم او را به رهبری شناخته و پذیرفته باشند و در صورتی که هیچ فقیهی دارای چنین اکثریتی نباشد رهبر یا شورای رهبری مرکب از فقهای واجد شرایط بالا طبق اصل یکصد و هفتم عهده دار آن می‌گردد.»
۴۲. قانون اساسی، اصل پنجم.
۴۳. قانون اساسی، اصل پنجم.
۴۴. قانون اساسی، اصل چهارم.
۴۵. عباسعلی، عمید زنجانی، *نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری*، ص ۱۰۷.
۴۶. قانون اساسی، اصل ۹۱.
۴۷. همان، اصل ۹۱.

۴۸. همان، اصل ۹۹.
۴۹. قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، ماده ۳ اصلاحی مصوب ۱۳۷۴/۵/۶.
۵۰. قانون اساسی، اصل ۴.
۵۱. همان، اصل ۷۲.
۵۲. همان، اصل ۹۴.
۵۳. همان، اصل ۹۶.
۵۴. همان، اصل ۶۰.
۵۵. همان، اصل ۱۱۵: رئیس جمهور باید از میان رجال مذهبی و سیاسی که واجد شرایط زیر باشند انتخاب گردد:
ایرانی الاصل، تابع ایران، مدیر و مدبر، دارای حسن سابقه و امانت و تقوی، مومن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مذهب رسمی کشور.
۵۶. قانون اساسی، اصل ۱۱۴:
۵۷. همان، اصل ۱۱۰ بند ۹.
۵۸. همان، اصل ۵۶.
۵۹. همان، اصل ۶.
۶۰. همان، اصل ۵۹.
۶۱. همان، اصل ۱۱۵.
۶۲. همان، اصل ۱۱۰ بند ۹.
۶۳. همان، اصل ۹۹ و اصل ۱۱۸.
۶۴. سیدمحمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۲، ص ۷۷.
۶۵. قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۴/۴/۵، ماده ۱.
۶۶. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۳۸۹.
۶۷. قانون اساسی، اصل ۱۱۰، بند ۱۰.
۶۸. همان، اصل ۸۹، بند ۲.
۶۹. قانون تعیین حدود وظایف و اختیارات و مسئولیت های ریاست جمهوری ایران و تبصره آن مصوب ۱۳۶۵/۸/۲۲
مجلس شورای اسلامی، ماده ۱۹.
۷۰. قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران، ماده ۲.
۷۱. همان، ماده ۶.
۷۲. قانون اساسی، اصل ۱۱۰، بند ۶، د-ه-و.

۷۳. همان، اصل ۱۷۶.
۷۴. همان، اصل ۱۵۲.
۷۵. همان، اصل ۷۷.
۷۶. همان، اصل ۱۲۵.
۷۷. همان، اصل ۱۷۶.
۷۸. همان،
۷۹. قانون اساسی، اصل ۱۵۶.
۸۰. همان، اصل ۶۱.
۸۱. همان، اصل ۱۱۰ بند ۶ (ب)
۸۲. دیباچه قانون اساسی.
۸۳. اصل سابق: اصل یکصد و هفتاد و پنجم در رسانه های گروهی (رادیو و تلویزیون) آزادی انتشارات و تبلیغات طبق موازین اسلامی باید تامین شود. این رسانه ها زیر نظر مشترک قوای سه گانه قضاییه (شورای عالی قضایی)، مقننه و مجریه اداره خواهد شد. ترتیب آن را قانون معین می کند..
۸۴. عباسعلی، عمید زنجانی، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، پیشین، ص ۱۰۹.
۸۵. مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام، مصوب ۱۳۷۰/۷/۱۱، ماده ۳، بند ۷.
۸۶. قانون اساسی، اصل ۷۲.
۸۷. همان، اصل ۹۶.
۸۸. عباسعلی، عمید زنجانی، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، ص ۱۱۰.
۸۹. قانون اساسی، اصل ۱۱۳.
۹۰. همان، اصل ۵۷.
۹۱. همان، اصل ۱۱۰، بند های ۹ و ۱۰.
۹۲. محمد هاشمی، از سیاستگذاری تا سیاستگذاری، ص ۴۹.
۹۳. ر.ک: علی محمد، اقتداری، سازمان و مدیریت.
۹۴. عباسعلی، عمید زنجانی، حقوق اساسی ایران، ص ۶۳۸-۶۳۹.
۹۵. همان، ص ۶۴۱.
۹۶. قانون اساسی، اصل ۱۱۰، بند ۱.
۹۷. قانون اساسی، اصل ۱۱۰، بند ۲.
۹۸. عباسعلی، عمید زنجانی، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، پیشین، ص ۱۰۹.

۹۹. سیدابوالفضل، قاضی «شریعت پناهی»، *حقوق اساسی و نهاد های سیاسی*، ص ۳۳۱.

۱۰۰. سیدمحمد هاشمی، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ج ۲، ص ۷۰.

۱۰۱. ر.ک: نظریه تفسیری شماره ۸۱/۳۰/۴۱۰۴ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۲۵.

۱۰۲. عباسعلی، عمید زنجانی، *نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری*، ص ۱۱۱.

۱۰۳. همان،

۱۰۴. اصل پنجاه و نهم قانون اساسی: «در مسایل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی ممکن است اعمال قوه مقننه از راه همه پرسی و مراجعه مستقیم به آرا مردم صورت گیرد. در خواست مراجعه به آرا عمومی باید به تصویب دو سوم مجموع نمایندگان مجلس برسد.»

۱۰۵. قانون همه پرسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۸/۴/۴، ماده ۳۶: «همه پرسی به پیشنهاد رئیس جمهور یا یکصد نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی و تصویب حد اقل دو سوم نمایندگان شورای اسلامی انجام خواهد شد.»

۱۰۶. سیدمحمد هاشمی، همان، ص ۷۱.

منابع

- امام خمینی ره، *تحریر الوسیله*، تهران، مکتبه الاعتماد، ۱۴۰۳ق.
- صادق پور، ابوالفضل و جلال مقدس، *سازمان مدیریت و علم مدیریت*، تهران، مرکز آموزش مدیریت دولتی، ۱۳۷۲.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.
- طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم، *تکملة العروة الوثقی*، قم، مکتبه داورى، بی تا.
- طباطبائی، سیدمحمدحسین، *المیزان*، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳.
- عاملی، زین الدین جبلی (شهید ثانی)، *مسالك الافهام*، قم، مؤسسه المعارف اسلامی، ۱۴۱۴ق.
- علی محمد، اقتداری، سازمان و مدیریت، چ سیزدهم، تهران، مولوی، ۱۳۶۶.
- عمید زنجانی، عباسعلی و ابراهیم موسی زاده، *نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۹.
- عمید زنجانی، عباسعلی، *حقوق اساسی ایران، تهران*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
- ، *فقه سیاسی*، چ سوم، تهران، چاپخانه سپهر، ۱۳۷۳.
- قاضی، سیدابوالفضل، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، چ یازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۳.
- قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران، ماده ۲.
- قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۴/۴/۵، ماده ۱ و ماده ۳ اصلاحی مصوب ۱۳۷۴/۵/۶.
- قانون تجارت، مواد ۱۵۱، ۴۲۷، ۴۲۸، ۴۲۹.
- قانون تعیین حدود وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست جمهوری ایران و تبصره آن مصوب ۱۳۶۵/۸/۲۲
- مجلس شورای اسلامی، ماده ۱۹.
- قانون مدنی، ماده ۷۸.
- قانون همه‌پرسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۸/۴/۴، ماده ۳۶.
- کاشف الغطاء، جعفر، *کشف الغطاء عن مبهات الشریعة الغراء*، تحقیق مکتب الاعلام الاسلامی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۴۲۲ ق / ۱۳۸۰.
- مصباح، محمدتقی، *نگاهی گذرا به نظریه ولایت فقیه*، قم، موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی ره، چ ششم، ۱۳۸۱.
- مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام، مصوب ۱۳۷۰/۷/۱۱، ماده ۳، بند ۷.
- مکارم شیرازی ناصر، و همکاران، *تفسیر نمونه*، چ بیست و هفتم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۸.
- میرمحمدی، سیدمحمد، *الگوی نظارت و کنترل در نظام اداری جمهوری اسلامی ایران*، تهران، سمت، ۱۳۸۳.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، چ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- نظریه تفسیری شماره ۸۱/۳۰/۴۱۰۴ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۲۵.
- نقوی، سیدرضا، *نگرشی بر مدیریت اسلامی*، تهران، سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۳.
- هاشمی، سیدمحمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چ هفتم، تهران، میزان، ۱۳۸۲.
- ، *از سیاستگذاری تا سیاستگذاری*، تهران، ریاست جمهوری، ۱۳۶۶.

صلاحیت و حدود اختیارات دیوان عدالت اداری

سیدعلی میرداماد نجف‌آبادی*

چکیده

دیوان عدالت اداری وظیفه‌ی خطیر رسیدگی به شکایات و تظلمات مردم مورد تصمیمات و اعمال سازمان‌های اداری و دولتی را به عهده دارد. با توجه به تأسیس این نهاد پس از پیروزی انقلاب و نوپا بودن آن، در سال‌های اخیر در مورد صلاحیت و حدود اختیارات دیوان در رابطه با ارکان دعوا مناقشاتی صورت گرفته است. در این مقاله با بررسی اصول قانون اساسی ناظر به دیوان عدالت اداری، قانون دیوان و برخی آرای صادره از آن و تحلیل آنها صلاحیت دیوان در رابطه با خواهان، خوانده و موضوع دعوا در کانون بحث قرار گرفته است. در پایان مقاله به چگونگی تقسیم این صلاحیت‌ها و اختیارات بین بخش‌ها و ارکان مختلف دیوان اشاره شده است.

کلید واژه‌ها: صلاحیت، حدود اختیارات، عدالت اداری، دیوان عدالت اداری، نظارت قضایی

مقدمه

فصل دوم قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ صلاحیت و حدود اختیارات دیوان را در ۷ ماده بیان کرده است. مهم‌ترین آنها مواد ۱۳ و ۱۹ می‌باشد که به ترتیب صلاحیت و حدود اختیارات شعب^۱ و هیئت عمومی دیوان را بیان می‌کند. طبق ماده ۱۳ صلاحیت و حدود اختیارات شعب دیوان عدالت اداری به قرار زیر است:

۱. رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از:

الف. تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آنها؛
ب. تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای مذکور در بند(الف) در امور راجع به وظایف آنها؛

۲. رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات قطعی دادگاه‌های اداری، هیئت‌های بازرسی و کمیسیون‌هایی مانند کمیسیون‌های مالیاتی، شورای کارگاه، هیئت حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها، کمیسیون موضوع ماده (۵۶) قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و منابع طبیعی و اصلاحات بعدی آن منحصرأ از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آنها؛

۳. رسیدگی به شکایات قضات و مشمولین قانون استخدام کشوری و سایر مستخدمان واحدها و مؤسسات مذکور در بند (الف) و مستخدمان مؤسساتی که شمول این قانون نسبت به آنها محتاج ذکر نام است، اعم از لشکری و کشوری، از حیث تضييع حقوق استخدامی.

همچنین بر اساس ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری، صلاحیت و حدود اختیارات

هیئت عمومی دیوان عبارت است از:

۱. رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها از حیث مخالفت مدلول آنها با قانون و احقاق حقوق اشخاص...؛

۲. صدور رأی وحدت رویه در مورد آراء متناقض صادره از شعب دیوان؛

۳. صدور رأی وحدت رویه در صورتی که نسبت به موضوع واحد، آراء مشابه متعدد

صادر شده باشد.

درباره صلاحیت و حدود اختیارات دیوان ابهامات و پرسش‌هایی وجود دارد. شاکی یا خواهان در دیوان کیست؟ آیا فقط مردم حق دادخواهی در دیوان دارند یا نهادها و سازمان‌ها نیز می‌توانند طرح دعوا کنند؟ خواننده یا مشتکی عنه آیا باید سامان دولتی باشد یا سازمان‌های عمومی غیردولتی نیز می‌توانند طرف دعوا واقع شوند؟ و اگر خواننده سازمان دولتی است آیا منحصر در نهادهای اجرایی و قوه مجریه است یا نهادهای تقنینی و قضایی را نیز دربر می‌گیرد؟ سرانجام اینکه دیوان چه نوع دعاوی را مورد رسیدگی قرار می‌دهد؟ اینها سؤالاتی است که در این نوشتار بررسی شده است. در این مقاله، صلاحیت و حدود اختیارات دیوان را از دو منظر بررسی کرده‌ایم: یکی از منظر ارکان دعوا (خواهان، خواننده و نوع دعوای قابل طرح) و دیگری از منظر چگونگی تقسیم صلاحیت و اختیارات بین ارکان دیوان.

صلاحیت دیوان از نظر ارکان دعوا

الف. صلاحیت دیوان از حیث شاکی (خواهان)

اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی می‌گوید: «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم... دیوانی به نام دیوان عدالت اداری... تأسیس می‌گردد...». این اصل، شاکی^۱ یا خواهان در دیوان عدالت را «مردم» دانسته است. این واژه مبهم است و برای فهم مرادقانون‌گذار باید به قانون عادی مراجعه کرد. ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری در بیان صلاحیت دیوان از حیث خواهان و شاکی می‌گوید: «صلاحیت و حدود اختیارات دیوان به قرار زیر است: رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از...». بر اساس این عبارت، خواهان یا شاکی در دیوان «اشخاص حقیقی یا حقوقی» اند. این عبارت نیز ابهام را مرتفع نمی‌سازد؛ زیرا این سؤال وجود دارد که مقصود از آن صرفاً «اشخاص حقوقی خصوصی» است یا «اشخاص حقوقی حقوق عمومی» را نیز شامل می‌شود. «در مورد مشخصات حقوقی خواهان در دیوان عدالت اداری دو نظریه متفاوت وجود دارد: ۱. نظریه صلاحیت مطلق دیوان در رابطه با شاکی؛ ۲. نظریه اختصاص جایگاه شاکی به مردم.»^۳ در ادامه بحث پس از بررسی دلایل این دو نظریه، به نظریه مطلوب که در واقع جمع بین دو نظر اول و دوم است، اشاره خواهیم کرد.^۴

نظریه اول: نظریه صلاحیت مطلق دیوان در رابطه با شاکی (خواهان)

طرفداران این نظریه بر این اعتقادند که عبارت «مردم» در اصل ۱۷۳ قانون اساسی بدون قید حصر در برگیرنده همه اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی، اعم از اشخاص حقوقی

حقوق خصوصی و حقوق عمومی، است. طرفداران این نظریه برای اثبات ادعای خود ادله زیر را اقامه می‌کنند:

۱. هرچند اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقام شاکی در دعاوی داخل در صلاحیت دیوان را «مردم» دانسته است، در قسمت آخر همان اصل، حدود اختیار و نحوه عمل دیوان به حکم قانون عادی منوط شده است. بر همین اساس، ماده ۱۳ و ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵، «اشخاص حقیقی و حقوقی» را در مقام شاکی در دیوان شناخته است.

۲. اطلاق عبارت «اشخاص حقوقی» در بند یک ماده ۱۳ و ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری ایجاب می‌کند که دیوان را در رسیدگی به شکایات اشخاص حقوقی حقوق عمومی صالح بدانیم.

۳. طبق اصل ۱۷۰ قانون اساسی «هرکس» می‌تواند ابطال آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌هایی را که با احکام اسلامی و با قوانین مغایرت داشته باشد، از دیوان تقاضا کند. همچنین ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ بدون ذکر خصوصیات شاکی (خواهان) مقرر می‌داشت که «در اجرای اصل ۱۷۰ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری موظف است چنانچه شکایتی مبنی بر مخالفت بعضی از تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی با مقررات اسلامی مطرح گردید...». در ماده مذکور، عبارت «چنانچه شکایتی... مطرح گردید...» بر حصر شاکی دلالت ندارد و طرح شکایت می‌تواند از سوی مردم یا واحدهای دولتی و غیره صورت گیرد.

نظریه دوم: نظریه اختصاص جایگاه شاکی به «مردم»

به باور طرفداران، این نظریه طرف شاکی در دیوان عدالت اداری، «مردم» یا «اشخاص حقوقی خصوصی» است. اینان برای اثبات نظریه خود، دلیل‌های زیر را اقامه می‌کنند:

۱. در تفسیر قوانین، شناختن قصد و نیت قانون‌گذار بسیار حائز اهمیت است. این برداشت که شاکی می‌تواند شخص حقوقی عمومی باشد با قصد و غرض قانون‌گذار ناسازگار به نظر می‌رسد؛ زیرا نیت قانون‌گذار از تدوین اصل ۱۷۳ قانون اساسی، جلوگیری از تجاوزات دولت به حقوق مردم بوده است.^۵ وانگهی عرف در مورد اشخاص حقوقی عمومی، لفظ مردم را به کار نمی‌برد.

۲. به عنوان یک مرجع قضایی اختصاصی، صلاحیت دیوان محدود به حدودی است که قانون‌گذار تعیین کرده است. بر این اساس، رسیدگی به دعاوی واحدهای دولتی بر ضد یکدیگر را نمی‌توان در صلاحیت دیوان دانست؛ زیرا حل اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی، به ترتیبی که «آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی از طریق سازوکارهای داخلی قوه مجریه» در تاریخ ۸۶/۱۲/۲۶ مقرر کرده است، صورت می‌گیرد.^۶ بنابراین، رسیدگی به اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی و اداری در صلاحیت دیوان نیست. به عبارت دیگر، هرگاه دو طرف دعوی، اشخاص حقوقی عمومی باشند، رسیدگی به این دعوی از صلاحیت دیوان خارج است.

۳. اینکه بند ۱ ماده ۱۳ و ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری، عبارت «اشخاص حقوقی» را بدون ذکر وصف «حقوق خصوصی» آورده بدین دلیل بوده است که در مقدمه قانون دیوان عدالت اداری به اصل ۱۷۳ قانون اساسی استناد شده و اصل مذکور از صلاحیت دیوان در رسیدگی به شکایات مردم از مأموران و واحدها و آیین‌نامه‌های دولتی حکایت می‌کند. به تعبیر دیگر منظور از اشخاص حقوقی در ماده ۱۳ و ۱۹ به قرینه لفظ مردم در اصل ۱۷۳، اشخاص حقوقی حقوق خصوصی است.

۴. رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره‌های ۳۷، ۳۸، ۳۹ در تاریخ ۶۸/۷/۱۰ مؤید همین برداشت است. این رأی می‌گوید:

نظر به اینکه در اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، منظور از تأسیس دیوان عدالت اداری رسیدگی به شکایات، نظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدهای دولتی تصریح گردیده، و با توجه به معنی لغوی و عرفی کلمه مردم، واحدهای دولتی از شمول مردم خارج و به اشخاص حقیقی یا حقوقی خصوصی اطلاق می‌شود...^۷

طبق این نظریه روشن شد که خواهان یا شاکی در دیوان عدالت اداری، مردم‌اند؛ یعنی «اشخاص حقیقی» و «اشخاص حقوقی حقوق خصوصی».

نظریه سوم: جمع بین نظریه اول و دوم

روشن است نظریه اول، که دیوان عدالت اداری را برای رسیدگی به دعاوی بر ضد دولت از طرف هر شخصی، اعم از حقیقی و حقوقی (حقوق عمومی و خصوصی)، به صورت مطلق صالح می‌داند و به بیان دیگر، شکایت دعاوی دستگاه‌های دولتی بر ضد دولت را به

صورت مطلق در دیوان می پذیرد، قابل قبول نیست. از سوی دیگر، نظریه دوم که به هیچ وجه دعاوی دستگاه‌های دولتی را در دیوان نمی پذیرد نیز محل اشکال است. به‌رغم رویه غالب دیوان عدالت اداری، مبنی بر پذیرش شکایات «اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی» به عنوان «خوانده» باید خاطر نشان ساخت که دیوان مذکور در مواردی چند از رأی وحدت رویه خود عدول کرده و شکایات برخی از «اشخاص حقوقی حقوق عمومی» یا به عبارت دیگر، واحدهای دولتی را نیز پذیرفته است.^۸

در اینجا این سؤال مطرح می‌شود که چرا دیوان این موارد را پذیرفته است و به تعبیر دیگر، ملاک پذیرش شکایت واحدهای دولتی در دیوان عدالت اداری چیست؟ برخی نویسندگان معتقدند: «دیوان عدالت اداری در مواردی که دستگاه‌های دولتی در مقام اعمال «حاکمیت» نبوده و صرفاً در مقام اعمال «تصدی» بوده‌اند، به شکایت این واحدهای دولتی رسیدگی کرده است.»^۹ مانند قبول شکایات ادارات کل حج و اوقاف توسط هیئت عمومی دیوان. این هیئت در دادنامه ۱۵۵ مورخ ۷۱/۷/۲۵ خود اعلام می‌دارد: هرچند سازمان اوقاف در عداد واحدهای دولتی قرار دارد و مطابق رأی شماره ۳۷، ۳۸ و ۳۹ مورخ ۶۸/۷/۱۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری که در مقام ایجاد وحدت رویه صادر شده، رسیدگی به شکایات و اعتراضات واحدهای دولتی جز نسبت به مصوبات و نظامات دولتی از قلمرو صلاحیت دیوان خارج است، لیکن حکم مذکور ناظر به مواردی است که واحد دولتی بالأصله و در مقام حفظ حقوق دولت مبادرت به تقدیم دادخواست کند. در حالی که، به موجب احکام و مقررات قانون مدنی در باب ماهیت حقوقی عقد وقف و تنایح و آثار مترتب بر آن، مال موقوفه متعلق حق دولت نیست و درآمد و عوائد آن جزو بودجه عمومی دولت محسوب نمی‌شود و سازمان اوقاف در اداره امور موقوفات در واقع و نفس الامر مجری نیت و اهداف واقف و حافظ منافع و حقوق موقوف علیهم است و به نیابت و نمایندگی قانونی آنان عهده‌دار تولیت و اداره امور موقوفات می‌باشد و به تبع در صورت تضییع حقوق آنها، می‌تواند به نمایندگی قانونی موقوف علیهم حسب مورد به مراجع قضایی و از جمله دیوان عدالت اداری شکایت کند...^{۱۰}

رأی مذکور در جای خود از آرای جالب و درخشان دیوان عدالت اداری محسوب می‌گردد که می‌تواند در ایجاد رویه قضایی مؤثر باشد، اما ملاک «در مقام اعمال تصدی بودن»، نمی‌تواند تمام موارد پذیرش شکایات واحدهای دولتی در دیوان را توجیه سازد. در

بسیاری از موارد دیوان شکایات و دادخواست‌های واحدهای دولتی را در غیر حالت مذکور نیز پذیرفته است که از آن جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

دیوان عدالت اداری در طی دادنامه ۴۲ به تاریخ ۷۷/۲/۲۶ به شکایت سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به خواسته ابطال یک بند از آیین‌نامه اجرایی قانون بودجه سال ۷۶ و طی دادنامه ۱۹۴ به تاریخ ۷۹/۶/۲۰ به شکایت شرکت سهامی آب منطقه‌ای یزد به خواسته ابطال دستورالعمل اداره کل نظارت و تنظیم روابط کار وزارت کار و طی دادنامه ۳۶۴ به تاریخ ۸۰/۱۰/۱۹ به شکایت دفتر حقوقی وزارت راه و ترابری به خواسته ابطال بخش‌نامه وزارت کار و امور اجتماعی و طی دادنامه ۳۰۹ به تاریخ ۷۸/۸/۱ به شکایت سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی به خواسته ابطال بخشنامه وزارت کار و امور اجتماعی و طی دادنامه ۲۲ به تاریخ ۷۸/۲/۱۱ به شکایت سازمان صدا و سیما به خواسته ابطال مصوبه شورای عالی اداری رسیدگی کرده است.^{۱۱}

به نظر می‌رسد، با توجه به مطالب پیش‌گفته و دقت در آرای دیوان بتوان گفت که دیوان در دو مورد به شکایت واحدهای دولتی رسیدگی می‌کند:

۱. در خصوص دعاوی موضوع ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری که تقاضای ابطال آیین‌نامه‌ها و مقررات دولتی است و در هیئت عمومی دیوان مطرح می‌شود. این تقاضا طبق ذیل اصل ۱۷۰ قانون اساسی که بیان می‌دارد: «... هر کس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند»، می‌تواند از طرف واحدهای دولتی نیز طرح شود و اطلاق عبارت «هرکس» دستگاه‌های دولتی را نیز دربر می‌گیرد. عبارت «... جز نسبت به مصوبات و نظامات دولتی...» در دادنامه مذکور (دادنامه ۱۵۵) نیز شاهد و مؤید این مطلب است.

۲. در خصوص دعاوی موضوع ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری، باید در مورد هر بند آن جداگانه بحث کرد. با دقت در قانون دیوان عدالت اداری ملاحظه می‌شود که رسیدگی به شکایات و تظلمات اشخاص حقیقی یا حقوقی - که طبق رأی وحدت رویه ۳۷، ۳۸ و ۳۹ مورخ ۶۸/۷/۱۰ هیئت عمومی دیوان، باید شخص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی باشد - از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و مأموران آنها موضوع بند ۱ ماده ۱۳ قانون، به این دلیل است که اشخاص مزبور جدا و مستقل از حاکمیت‌اند و برای جلوگیری از اینکه با اعمال حاکمیت دولت ستمی بر آنها وارد شود قانون‌گذار شکایت آنها را از دولت پذیرفته است. اما دستگاه‌های دولتی بخشی از حاکمیت موجود در هر جامعه‌اند

و در این موضع نیستند که از تصمیمات و اقدامات دولت متضرر گردند. بنابراین شکایت واحدهای دولتی تا زمانی که از این منظر و حیث باشد پذیرفته نمی‌شود، مگر آنکه واحد دولتی از حیث دیگری اقامه دعوا کنند، مانند دعوی اداره کل اوقاف به عنوان متولی وقف از طرف اشخاص خصوصی.

اما در خصوص بند ۲ ماده ۱۳ به نظر می‌رسد، زمانی که دستگاه دولتی از آرا و تصمیمات قطعی دادگاه‌های اداری و هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف (به طور کلی مراجع موضوع بند ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان) شکایت می‌کند. به عنوان یکی از طرفین دعوا در دیوان طرح دعوا می‌کند نه به اعتبار دولت بودن. بنابراین، دستگاه‌های دولتی که بر ضد آرای قطعی مراجع موضوع بند ۲ ماده ۱۳ در دیوان طرح دعوا می‌کنند، اعتبار یکی از اصحاب دعوا شکایت می‌کنند نه به اعتبار دولت، و در موضع اعمال حاکمیت نیستند. با این تفسیر، شرکت‌های دولتی می‌توانند بر ضد مراجع حل اختلاف مالیاتی به عنوان مؤدی مالیاتی شکایت کنند. شکایت اشخاص حقوقی عمومی از این نظر در موارد بند ۱ ماده ۱۳ قانون دیوان پذیرفته نمی‌شود؛ زیرا آنها جزئی از حاکمیت بوده‌اند و از امتیاز حاکمیت برخوردارند. اما در موارد بند ۲ همان ماده یعنی بر ضد آرای مراجع شبه قضایی از این امتیاز استفاده نمی‌کنند.

ماهیت اموری که موضوع بند ۱ ماده ۱۳ قانون دیوان است، با اموری که موضوع بند ۲ همان ماده است متفاوت است. تصمیماتی که طبق بند ۱ می‌تواند موضوع شکایت قرار گیرد ماهیتی اداری دارد و تصمیمی یک‌جانبه و لازم‌الاجراست که توسط دولت به اعتبار حق حاکمیت اتخاذ می‌شود. اما ماهیت تصمیماتی که مراجع موضوع بند ۲ اتخاذ می‌کنند، قضایی است؛ یعنی یک نوع عمل قضایی و در جهت احقاق حق و فصل خصومت است. دولت در هنگام اتخاذ تصمیمات موضوع بند ۱ اعمال حاکمیت می‌کند. ولی در مورد بند ۲ نخست به عنوان یکی از اصحاب دعوا به مانند سایرین حضور می‌یابد و بعد از حق قانونی خود در جهت اعتراض و احقاق حق استفاده می‌کند.^{۱۲}

اگرچه با تحلیل مذکور می‌توانیم این نظر را تقویت کنیم که واحدهای دولتی در موارد موضوع بند ۲ ماده ۱۳ می‌توانند در دیوان عدالت اداری دعوا اقامه نمایند، اما رویه دیوان عدالت اداری و رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور خلاف آن را تأیید می‌کند. در سال ۱۳۷۲ بانک ملی ایران، با اعلام نیاز نداشتن به چند نفر از محافظان شعب خود به خدمت آنها خاتمه می‌دهد. اینان به مراجع حل اختلاف بین کارگر و کارفرما شکایت می‌برند و در

نهایت، بر ضد بانک ملی حکم صادر می‌شود. بانک ملی درباره رأی صادرشده، به دادگاه حقوقی اعتراض می‌برد. دادگاه سرانجام قرار عدم صلاحیت خویش را به شایستگی دیوان عدالت صادر و به دیوان عالی کشور ارسال می‌کند. دیوان عالی کشور پرونده را به شعبه عدالت ارجاع می‌دهد. پرونده در شعبه اول دیوان عدالت اداری مطرح می‌شود و شعبه دیوان با این استدلال که شاکی از سازمان‌های دولتی است و رسیدگی به آن از حدود صلاحیت و اختیارات دیوان خارج است، قرار عدم صلاحیت صادر می‌کند و پس از حدوث اختلاف در صلاحیت مرجع رسیدگی کننده، پرونده به دیوان عالی کشور ارسال می‌شود و شعبه ۲۴ دیوان چنین رأی می‌دهد:

بانک ملی ایران، همان‌طور که از نامش پیداست، جزئی از اجزاء دولت محسوب نمی‌گردد و شرکت دولتی نیز نمی‌باشد. بنابراین رسیدگی به این پرونده در صلاحیت دیوان عدالت اداری تشخیص و ضمن فسخ قرار عدم صلاحیت دیوان مذکور مقرر می‌دارد پرونده اعاده شود.

در پرونده مشابه دیگری که خواهان نیز بانک ملی ایران (شعبه بروجرد) است، همین مراحل طی می‌شود تا برای رفع اختلاف به شعبه اول دیوان عالی کشور ارجاع می‌شود و شعبه مذکور برخلاف شعبه ۲۴ چنین رأی می‌دهد:

نظر به اینکه خواهان دعوا (بانک ملی ایران) از جمله شرکت‌های دولتی و خواننده دعوا نیز مرجعی دولتی است، لذا ... قرار عدم صلاحیت صادره از شعبه اول دیوان عدالت اداری را صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص و با فسخ قرار عدم صلاحیت صادره از دادگاه حقوقی یک بروجرد حل اختلاف می‌گردد. پرونده جهت رسیدگی ماهوی به دادگاه حقوقی یک بروجرد ارسال شود.

هیئت عمومی دیوان عالی کشور در مقام ایجاد وحدت رویه رأی شماره ۶۰۲ را به تاریخ ۱۳۷۴/۱۰/۲۶ به این قرار صادر کرده است:

حدود صلاحیت و اختیارات دیوان عدالت اداری که بر اساس اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تشکیل گردیده است، در ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۶۰ (ماده ۱۳ قانون جدید) معین و مشخص شده و مبتنی بر رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی و یا حقوقی از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی، اعم از وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و نیز تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای مزبور در امور راجع به وظایف آنهاست. و به صراحت مواد ۴ و ۵ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب سال ۱۳۶۶ و تبصره ذیل ماده

۵ قانون مزبور و قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۹ و قانون ملی شدن بانکها و نحوه اداره امور بانکها و متمم آن مصوب شورای انقلاب، بانک ملی شرکتی دولتی محسوب و واجد شخصیت حقوقی مستقل است. با این وصف، شکایت آن نسبت به آراء صادره از هیئت‌های حل اختلاف مستقر در وزارت کار و امور اجتماعی موضوع ماده ۱۵۹ قانون کار مصوب سال ۱۳۶۹ قابل طرح در دیوان عدالت اداری نیست.^{۱۳}

- بر اساس این رأی وحدت رویه، اعتراضات بر ضد آرای قطعی مراجع شبه قضایی اداری اگر از طرف مردم باشد قابل طرح در دیوان خواهد بود و اگر معترض بر این آرا سازمان و واحد دولتی باشد مرجع رسیدگی کننده دادگاه‌های عمومی خواهند بود.

اگر بپذیریم که هر دو مرجع یعنی دادگاه‌های عمومی و دیوان عدالت اداری می‌توانند به شکایات مربوط به آراء مراجع شبه قضایی رسیدگی کنند، چنانچه اختلاف رأی و رویه در یک مورد مشابه پیش آید چه مرجعی می‌تواند رفع اختلاف کند و وحدت رویه ایجاد کند؟ با توجه به اینکه آراء وحدت رویه جهت جلوگیری از تشتت و اختلاف رویه و آراء محاکم صادر می‌شود، آیا رأی وحدت رویه شماره ۶۰۲ دیوان عالی کشور نقض غرض نیست؟ با توجه به آنچه گفته شد، اصولاً رسیدگی به شکایات علیه مراجع شبه قضایی صرف نظر از اینکه شاکی دستگاه دولتی باشد یا اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی، باید در دیوان عدالت اداری صورت گیرد. لذا رأی وحدت رویه فوق که طبق آن چنانچه شاکی در این گونه موارد دستگاه دولتی باشد باید در دادگاه عمومی طرح دعوا کند، خلاف اصول و مشکل آفرین است.^{۱۴}

در مورد بند ۳ ماده ۱۳ قانون دیوان نیز شاکی به صراحت معین شده است و ابهامی وجود ندارد که به طور قطعی واحدها و سازمان‌های دولتی نمی‌توانند مصداق آن باشند. بنابراین، از مجموع آنچه گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت: براساس رویه‌ها و آرای فعلی، واحدهای دولتی فقط در موارد موضوع ماده ۱۹ به طور مطلق و در موارد موضوع بند ۱ ماده ۱۳ مشروط به آنکه در مقام حاکمیت نباشند می‌توانند در دیوان عدالت اداری دعوا اقامه کنند.

ب. صلاحیت دیوان در رابطه با «خوانده»

از اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی برمی‌آید «خوانده» در دعوایی که دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی آن را دارد، «مأمور دولتی» و «واحد دولتی» است. این اصل می‌گوید: «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا

واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضائیه تأسیس می‌گردد.» نکته در خور بحث در این اصل آن است که آیا مقصود از «دولتی» قوه مجریه است یا سایر قوا را نیز در بر می‌گیرد. از سوی دیگر، در قانون عادی محدوده صلاحیت دیوان از جهت «خواننده» وسیع‌تر شده و شکایت از شهرداری‌ها و برخی مؤسسات عمومی غیردولتی نیز اضافه شده است. آیا می‌توان گفت شکایت از مؤسسات عمومی غیردولتی نیز در صلاحیت دیوان عدالت اداری است؟ در ادامه، بحث را در این دو موضوع پی می‌گیریم.

۱. مأمورین و واحدهای دولتی

نکته مهم در این باره آن است که مأمور یا واحد دولتی به چه کسی و چه چیزی گفته می‌شود. آیا مقصود صرفاً مأموران و واحدهای قوه مجریه‌اند یا مأموران و واحدهای قوه قضائیه و مقننه را نیز شامل می‌شود؟ برای تبیین مفهوم این عبارت لازم است توجه شود که واژه «دولت» معمولاً در سه معنا کاربرد دارد: دولت - کشور، مجموعه قوای حکومتی، قوه مجریه.^{۱۵}

مقصود از واژه «دولت»، در اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی کدام معنای ذکر شده است؟

درباره صلاحیت دیوان عدالت اداری نسبت به مشتکی عنه (خواننده) دولتی دو نظریه طرح شده است:

نظریه اول: حصر مصادیق واحدهای دولتی به دستگاه‌های قوه مجریه

براساس این نظریه، دیوان عدالت اداری منحصرأ مرجع رسیدگی به شکایات از اعمال و مقررات قوه مجریه است و منظور از واحدهای دولتی، سازمان‌های اجرایی و اداری قوه مجریه است. طرفداران این نظریه، برای اثبات ادعای خود، دلیل‌های زیر را اقامه می‌کنند:

۱. از بررسی اصول قانون اساسی به دست می‌آید که مقصود از «دولتی»، قوه مجریه است. قانون‌گذار در اصل یکصد و هفتاد و سوم، مأمورین و واحدها را به کلمه آیین‌نامه‌ها عطف کرده است. اگر معلوم شود که مقصود از «آیین‌نامه‌های دولتی» چیست، می‌توان به قرینه عطف، مفهوم مأمورین و واحدهای دولتی را نیز معلوم نمود.

ظاهراً مقصود از «آیین‌نامه‌های دولتی»، در اصل یکصد و هفتاد و سوم، همان است که در اصل یکصد و سی و هشتم قانون اساسی آمده است. موضوع اصل مذکور، مصوبات قوه مجریه است. علاوه بر اصل ذکر شده، در اصل یکصد و هفتادم، آیین‌نامه‌های دولتی، معادل مصوبات قوه مجریه گرفته شده است. این اصل می‌گوید:

قضات دادگاه‌ها مکلف‌اند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند. هرکس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند.

با توجه به آنچه بیان شد، مقصود از آیین‌نامه‌های دولتی در اصل یکصد و هفتاد و سوم، به قرینه اصول یکصد و سی و هشتم و یکصد و هفتادم، مصوبات قوه مجریه است و چون عبارت مذکور عطف به عبارت «مأمورین یا واحدها» شده است، منظور از مأمورین یا واحدهای دولتی نیز، مأمورین و واحدهای قوه مجریه‌اند. نتیجه اینکه از نظر قانون اساسی، خواننده در دعاوی مطرح شده در دیوان عدالت اداری، مأموران و واحدهای قوه مجریه‌اند.^{۱۶}

۲. ممکن است کسی در ردّ این نظریه بگوید «آنچه به عنوان صلاحیت‌ها و اختیارات دیوان عدالت اداری در اصل یکصد و هفتاد و سوم آمده، حداقل‌ها محسوب می‌شود. قانون‌گذار تعیین حدود اختیار این دیوان را به قانون عادی احاله کرده است». ذیل اصل مذکور می‌گوید: حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می‌کند. بنابراین، شایسته است این موضوع را در قانون دیوان عدالت اداری مورد مطالعه قرار دهیم.^{۱۷} در این خصوص باید گفت مقصود از «دولت» در قانون دیوان عدالت اداری نیز، همان قوه مجریه است. ماده ۲۵ قانون سابق دیوان عدالت اداری، واژه «دولت» را معادل قوه مجریه گرفته بود. در بخشی از این ماده آمده بود:

در اجرای اصل ۱۷۰ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری موظف است چنانچه شکایتی مبنی بر مخالفت بعضی از تصویب‌نامه‌ها و یا آیین‌نامه‌های دولتی با مقررات اسلامی مطرح گردید... و چنانچه شکایت مبنی بر مخالفت آنها با قوانین و یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه بود، شکایت را در هیئت عمومی دیوان مطرح نماید... .

۳. تبصره ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری، تصمیمات و آرای محاکم قضایی دادگستری، نظامی و انتظامی را قابل طرح در دیوان عدالت اداری ندانسته است. همچنین تبصره ماده ۱۹ قانون جدید می‌گوید تصمیمات قضایی قوه قضائیه قابل شکایت در دیوان نیست.

۴. دستگاه قانون‌گذاری و قضایی را نمی‌توان عرفاً از مصادیق واحدهای اداری و اجرایی دانست و اصولاً بررسی وظایف و اختیارات قوای مقننه و قضائیه در مباحث حقوق اداری - که موضوع قانون دیوان عدالت اداری است - نمی‌گنجد. لذا مقصود قانون‌گذار از دولت و واحدهای دولتی دستگاه‌های اجرایی قوه مجریه است.^{۱۸}

بنابراین، بر اساس این نظر، دیوان صلاحیت رسیدگی به دعوی مردم علیه دستگاه‌های قضایی و تقنینی را ندارد.

نظریه دوم: گسترش مصادیق واحدهای دولتی به کلیه واحدهای قوای سه‌گانه

بر اساس این نظریه، آن دسته از اعمال قوای مقننه و قضائیه که خارج از امور قانون‌گذاری و قضایی هستند، اعمال اجرایی و اداری محسوب می‌شوند و به تبع آن از مقررات حقوق اداری پیروی می‌کنند. از آنجا که در ماهیت اقدامات اداری دستگاه قانون‌گذاری و قضایی و اقدامات اداری قوه مجریه تفاوتی وجود ندارد، لذا مقرراتی که مجلس شورای اسلامی و یا قوه قضائیه تحت عناوین آیین‌نامه، تصویب‌نامه و غیره صادر می‌کند، مقررات دولتی محسوب می‌شوند و به همین دلیل نیز در صورت مغایرت با موازین اسلامی یا مخالفت با قانون، قابل رسیدگی در دیوان عدالت اداری می‌باشند.^{۱۹}

معتقدان به این نظریه علاوه بر بیان فوق شواهد و دلایل دیگری نیز بیان کرده‌اند:

۱. «آنچه در ماده ۲۵ قانون سابق آمده است، نافی صلاحیت‌های دیگر دیوان در خصوص رسیدگی به آیین‌نامه‌های دستگاه‌های تقنینی و قضایی نمی‌باشد. علاوه بر آن، این دلیل اخص از مدعاست؛ زیرا بحث در مأمورین، واحدها و آیین‌نامه‌های دولتی است. در حالی که موضوع ماده ۲۵ فقط آیین‌نامه‌های دولتی است. به عبارت دیگر، ماده ۲۵ سابق حداکثر می‌فهماند که مقصود از آیین‌نامه‌های دولتی، آیین‌نامه‌های قوه مجریه است. اما در مورد مأمورین و واحدهای دولتی، ماده مذکور ساکت است.»^{۲۰}

۲. اما در مورد تبصره ۲ ماده ۱۳ می‌توان گفت مقصود از «تصمیمات و آرای دادگاه‌ها و سایر مراجع قضایی دادگستری و...» تصمیمات قضایی است که در این صورت، تصمیمات اداری و اجرایی محاکم، داخل در صلاحیت دیوان.^{۲۱} شاهد مدعا تبصره ماده ۱۹ است که تصمیمات قضایی را خارج از شمول دیوان در نظر گرفته است. مفهوم مخالف تبصره این است که تصمیمات و اقدامات اداری و اجرایی قابل رسیدگی در دیوان است.

۳. فلسفه وجودی تشکیل دیوان عدالت، رسیدگی به شکایات مردم از دولت است. به قرینه تقابل مردم و دولت، می‌توان چنین گفت که مقصود از دولت همه کسانی‌اند که در مقابل مردم قرار دارند؛ یعنی طبقه حکومت‌کنندگان که شامل قوای مجریه، قضائیه و مقننه و نیز تمام واحدها و مؤسسات وابسته خواهد بود.

۴. دیوان عدالت اداری در عمل نیز به شکایات مردم از تصمیمات اداری و آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های دستگاه قضایی رسیدگی کرده است. در این باره می‌توان به آرای شماره ۴۶، ۴۷ و ۴۸ مورخ ۱۳۶۷/۳/۱۶ دیوان، در اعتراض مردم به بخش‌نامه شماره ۱/۱۵۵۹۳ مورخ ۱۳۶۲/۳/۲۹ شورای عالی قضایی اشاره کرد.^{۲۲}

بنابراین، با توجه به قانون دیوان عدالت اداری، این دیوان صلاحیت رسیدگی به اعتراضات و شکایات مردم از دستگاه‌های اجرایی، قضایی و تقنینی را دارد.

با توجه به اختلاف‌نظرهای موجود درباره صلاحیت دیوان در خصوص «خوانده»، رئیس قوه قضائیه طی نامه‌ای در تاریخ ۸۳/۸/۲ از شورای نگهبان چنین درخواست می‌کند: با توجه به اینکه اصل ۱۷۰ قانون اساسی مقرر می‌دارد: قضات دادگاه‌ها مکلف‌اند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند. و هر کس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند، تفسیر آن شورای محترم را در این رابطه تبیین فرمایید که آیا محدوده اختیارات دیوان عدالت اداری در این اصل شامل تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های قوه مقننه و قضائیه و سازمان‌های وابسته به آنها و همچنین مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی و مصوبات اداری شورای نگهبان و مجمع تشخیص و امثال آن نیز می‌شود یا مخصوص به تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولت به معنای قوه مجریه می‌باشد.

شورای نگهبان نیز نظریه تفسیری خود را در تاریخ ۱۳۸۳/۸/۲۸ به شرح زیر بیان می‌کند: «با توجه به قرینه قوه مجریه در قسمت اخیر اصل یکصد و هفتاد قانون اساسی، مقصود از تعبیر دولتی در این اصل قوه مجریه است.»

قانون جدید دیوان نیز با توجه به نظریه تفسیری مذکور ضمن تبصره ماده ۱۹ خود رسیدگی به شکایات از تصمیمات قضایی قوه قضائیه، مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس خبرگان، شورای عالی امنیت ملی و شورای عالی انقلاب فرهنگی از شمول صلاحیت خود خارج کرده است. «علی‌رغم

صراحت نظریه تفسیری شورای نگهبان، تبصره ماده ۱۹ مذکور صرفاً تصمیمات قضایی قوه قضائیه و مصوبات و تصمیمات نهادهای فوق‌الذکر را از شمول صلاحیت هیئت عمومی دیوان خارج می‌نماید. به عبارت دیگر، تصمیمات غیرقضایی قوه قضائیه (مانند مقررات استخدامی) و سایر تصمیمات اداری نهادهای فوق‌الذکر قابل شکایت در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری می‌باشد. از سوی دیگر، باید خاطر نشان ساخت که رویه دو دهه گذشته شورای نگهبان نیز دلالت بر این امر دارد که شورای مذکور طی سال‌های گذشته نه تنها تصمیمات اداری و استخدامی بلکه برخی از مصوبات نهادهای غیر از قوه مجریه را نیز به جهت مغایرت آنها با موازین شرعی ابطال نموده است.^{۳۳}

به هر حال، به نظر می‌رسد هنوز تعریف دقیقی از «واحد دولتی» در قوانین کشور ارائه نشده است و دامنه شمول صلاحیت دیوان بر اعمال این واحدهای دولتی کاملاً مشخص نیست. در حالی که، شورای نگهبان مقصود از تعبیر دولتی در اصل ۱۷۰ را «قوه مجریه» می‌داند، تبصره ماده ۱۹ با خارج کردن «تصمیمات قضایی قوه قضائیه» تلویحاً صلاحیت دیوان را بر «تصمیمات اداری قوه قضائیه» می‌پذیرد که این امر با نظریه تفسیری شورای نگهبان مطابقت ندارد، ولی با رویه عملی دیوان مطابق است.

۲. مأموران و واحدهای عمومی غیر دولتی

بحث دیگر در اینجا آن است که آیا رسیدگی به شکایات از مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی نیز در صلاحیت دیوان عدالت اداری است یا خیر؟

در این باره در نگاه اول به نظر می‌رسد، صراحت اصل ۱۷۳ قانون اساسی که «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها، دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضائیه تأسیس می‌گردد...»، جایی برای طرح این سؤال باقی نگذاشته است. اما در بند ۱ ماده ۱۳ قانون دیوان (ماده ۱۱ سابق) شکایت از تصمیمات مأموران و واحدهای عمومی غیردولتی مانند شهرداری‌ها و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آنها نیز در صلاحیت دیوان قرار داده شده است.

پیش از پاسخ به پرسش پیش گفته، بیان این نکته لازم است که فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی موضوع تبصره ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور در ماده

واحدۀ «قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی» مصوب ۱۹ تیرماه ۱۳۷۳ چنین بیان شده است:

۱. شهرداری‌ها و شرکت‌های تابعۀ آنان مادام که بیش از ۵۰ درصد سهام و سرمایۀ آنها متعلق به شهرداری‌ها باشد؛ ۲. بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی؛ ۳. هلال احمر؛ ۴. کمیته امداد امام؛ ۵. بنیاد شهید انقلاب اسلامی؛ ۶. بنیاد مسکن انقلاب اسلامی؛ ۷. کمیته ملی المپیک؛ ۸. بنیاد ۱۵ خرداد؛ ۹. سازمان تبلیغات اسلامی؛ ۱۰. سازمان تأمین اجتماعی.^{۲۴}

البته مجلس شورای اسلامی در موارد متعدد و طی قوانین الحاقی، موارد دیگری به این فهرست افزوده است. موارد الحاقی عبارتند از: فدراسیون‌های ورزشی آماتوری جمهوری اسلامی ایران؛ مؤسسه‌های جهاد نصر؛ جهاد استقلال و جهاد توسعه زیرنظر جهاد کشاورزی؛ جهاد دانشگاهی؛ بنیاد امور بیماری‌های خاص؛ سازمان دانش‌آموزی جمهوری اسلامی ایران؛ شورای هماهنگی تبلیغات اسلامی؛ کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، سازمان دهیاری، و بنیاد فرهنگی هنری رودکی.

مجلس شورای اسلامی در مادۀ واحدۀ «قانون تفسیر مادۀ ۱۱ (مادۀ ۱۳ فعلی) قانون دیوان عدالت اداری در رابطه با قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی» مصوب ۱۱ مهرماه ۱۳۷۴ پرسش مذکور را این‌گونه پاسخ داده است:

با توجه به مادۀ ۱۱ (مادۀ ۱۳ فعلی) قانون دیوان عدالت اداری رسیدگی به شکایات علیه نهادهای عمومی احصاء شده در قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی نیز در صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌باشد.^{۲۵}

با توجه به اینکه شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی غیردولتی جزء دولت نیستند و در زمرۀ نهادهای حکومتی غیرمتمرکز محسوب می‌شوند و دارای شخصیت حقوقی مستقل از دولت‌اند، جای سؤال است که چرا در هنگام تصویب چنین قوانینی، با ایراد مغایرت با قانون اساسی روبه‌رو نشده است که این سازمان‌ها دولتی نیستند و دیوان عدالت مرجع صالح برای رسیدگی به شکایات از آنها نیست؟ به نظر می‌رسد، نکته بحث اینجاست که «این‌گونه نهادها علی‌رغم عنوان غیردولتی بودن آنها، ماهیتاً از حق اعمال قدرت عمومی (حق حاکمیت) به نحو وسیع برخوردار هستند.»^{۲۶} قانون‌گذار نیز با توجه به فلسفۀ تشکیل دیوان عدالت که احقاق حق مردم در مقابل نهادهای حکومتی و قدرت است، شکایات از نهادهای عمومی غیردولتی را نیز مشمول قانون دیوان عدالت اداری قرار داده است.

ج. صلاحیت دیوان در رابطه با نوع و موضوع دعاوی

به موجب مواد ۱۳ و ۱۹ قانون جدید دیوان، دعاوی داخل در صلاحیت دیوان به اختصار به قرار زیر است:

- رسیدگی به شکایات از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی؛
- رسیدگی به شکایات از تصمیمات و اقدامات مأموران دولتی در امور راجع به وظایف آنها؛
- رسیدگی به شکایات از نظامات و مقررات دولتی؛
- رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آرا و تصمیمات قطعی مراجع اختصاصی اداری؛
- رسیدگی به شکایات مستخدمین واحدهای دولتی، اعم از لشکری و کشوری، از حیث حقوق استخدامی.

۱. موضوع دعاوی

با توجه به ابهام و گستردگی واژه‌هایی چون «تصمیمات» و «اقدامات»، این پرسش طرح می‌شود که آیا دیوان صلاحیت رسیدگی به مطلق دعاوی بر ضد دولت و واحدهای دولتی را دارد یا اینکه برخی از دعاوی به لحاظ نوع و موضوعشان از صلاحیت دیوان خارج‌اند؟ در این خصوص، سه نظریه متفاوت وجود دارد که به نقد و بررسی آنها می‌پردازیم:

الف. نظریه صلاحیت دیوان در رسیدگی به مطلق دعاوی بر ضد دولت و مأمورین آن

«طرفداران این نظریه بر این اعتقادند که دیوان دارای صلاحیت عام و مطلق در رسیدگی به کلیه دعاوی علیه واحدهای دولتی است مگر در مواردی که قانون‌گذار مستثنی کرده باشد. دلایلی که این گروه بدان استناد می‌کنند، به قرار زیر است:

۱. هدف تدوین‌کنندگان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در ایجاد دیوان عدالت اداری، ایجاد یک مرجع اداری اختصاصی نبوده است، بلکه دیوان را شعبه‌ای از شعب دادگستری که مرجع رسیدگی به کلیه شکایات علیه دولت باشد، می‌دانستند.

۲. به موجب اصل ۱۵۹ قانون اساسی «مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است. تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است.»

علاوه بر این، اصل ۱۷۳ قانون اساسی بیان می‌دارد:

به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها، دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضائیه تأسیس می‌گردد. حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می‌کند.

با مقایسه این دو اصل درمی‌یابیم که الفاظ «شکایات» و «تظلمات» در هر دو اصل به کار رفته است که این خود گویای تشابه نوع دعاوی در صلاحیت محاکم دادگستری و دیوان عدالت اداری است و آنچه موجب مرزبندی صلاحیت بین محاکم دادگستری و دیوان می‌گردد، همانا

موقعیت حقوقی طرفین دعواست. به عبارت دیگر، چنان‌که رسیدگی به دعاوی و شکایات مردم از مردم به طور مطلق و عام به دادگاه‌های دادگستری مربوط می‌شود، رسیدگی به دعاوی مردم از واحدهای دولتی و مأمورین آنها در هر زمینه و هر مورد به دیوان عدالت اداری مربوط می‌شود.^{۲۷}

ب. نظریه حصر صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعاوی تخطی از قواعد حقوق عمومی
«طرفداران این نظریه بر این اعتقادند که دیوان عدالت اداری از صلاحیت مطلق و عام در رسیدگی به کلیه دعاوی برخوردار نیست و صرفاً مرجع رسیدگی به شکایات و تظلمات از اقداماتی است که واحدهای دولتی و مأمورین آنها طبق قواعد حقوق عمومی انجام می‌دهند و به طور کلی دعاوی مدنی خارج از صلاحیت دیوان است. این گروه برای اثبات نظریه خود دلایل زیر را عنوان می‌کنند:

۱. دیوان عدالت اداری به حکم اصل ۱۷۳ قانون اساسی یک مرجع اختصاصی است و طبقاً صلاحیت آن محدود به مواردی است که قانون تعیین کرده است. در حالی که، دادگاه‌های دادگستری دارای صلاحیت رسیدگی به مطلق دعاوی هستند. با نگاهی گذرا به سابقه دادگاه‌های دادگستری ملاحظه می‌شود که مراجع مزبور همواره مرجع رسیدگی به کلیه دعاوی مدنی بوده‌اند و نمی‌توان تأسیس دیوان عدالت اداری را به عنوان مرجعی که به دعاوی مدنی نیز می‌پردازد، تلقی کرد. در واقع، قصد و نیت تدوین‌کنندگان قانون اساسی ایجاد مرجعی بوده است که بتواند به شکایات از اقدامات و تصمیمات اداری و اجرایی دولت و مأمورین آن بپردازد.

۲. هرگاه دولت در رفع نیازمندی‌های عمومی مانند بازرگانان و یا صاحبان مشاغل آزاد رفتار کند، تفاوتی با اشخاص حقوقی حقوق خصوصی نخواهد داشت. در این حالت دولت مانند اشخاص خصوصی قرارداد منعقد می‌کند و اختلافات مربوط به این‌گونه قراردادها تابع حقوق خصوصی است و در دادگاه‌های دادگستری حل و فصل می‌شوند.

رسیدگی به اختلافات ناشی از عقود و قراردادهای، اعم از اینکه دولت خواهان یا خواننده باشد در محاکم عمومی صورت می‌گیرد و رسیدگی در دو مرجع متفاوت برای یک دعوی مدنی که بین اشخاص خصوصی و دولت وجود دارد، قابل تصور نیست.^{۲۸}

با توجه به آرای وحدت رویه شماره ۳۳ و ۱۳۰ در سال‌های ۷۵ و ۷۷ دیوان عدالت اداری نیز در رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای دولت و نیز اختلاف در کیفیت اجرای قراردادهای منعقدشده با دولت، خود را دارای صلاحیت نمی‌داند. قراردادهای اداری دولت، اعم از قراردادهای حقوق خصوصی یا قراردادهای اداری او، خارج از اختیار دیوان است؛ چون قرارداد یک عمل اداری محض نیست، بلکه از توافق دو اراده ناشی می‌شود. رسیدگی به اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای قراردادهای دولت و سازمان‌ها در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است، لکن تصمیمات اداری جدا از قراردادهای دیوان قابل طرح و شکایت‌اند؛ مثلاً تصمیم شورای شهر مبنی بر اجازه انعقاد قرارداد و تصمیمات کمیسیون مزایده و مناقصه در دیوان قابل طرح‌اند.^{۲۹}

اصل ۱۵۹ قانون اساسی و ماده ۱ قانون آیین دادرسی مدنی مؤید مطلب پیش‌گفته است؛ زیرا طبق مقررات مذکور، دادگاه‌های دادگستری مرجع عام رسیدگی به همه دعاوی‌اند، حتی اگر خواهان یا خواننده یا احتمالاً هر دو طرف دعوا واحدهای دولتی باشند، مگر در مواردی که قانون‌گذار رسیدگی به دعوی مدنی خاصی را به مرجع اختصاصی دیگری محول کرده باشد.

۳. رسیدگی به دعاوی مدنی تابع تشریفاتی است که در آیین دادرسی مدنی آمده است. چنانچه دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به دعاوی مدنی را نیز دارا بود ضرورتی برای تدوین آیین‌نامه آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۶۲ وجود نداشت یا حداقل آیین‌نامه مذکور، این نوع دعاوی طرح شده در دیوان را تابع آیین دادرسی مدنی می‌کرد.^{۳۰}

ج. نظریه صلاحیت عام دیوان در رسیدگی به مطلق دعاوی ناشی از تخطی از قواعد حقوق عمومی طرفداران این نظریه با رد تئوری صلاحیت عام و مطلق دیوان در رسیدگی به دعاوی علیه دولت و قبول مرجعیت عام دادگاه‌های دادگستری در حل و فصل دعاوی مدنی جز در موارد استثنایی، معتقدند که صلاحیت دیوان عدالت اداری، در رسیدگی به مطلق اختلافات

ناشی از اعمال حقوق عمومی، فی حد ذاته، از نوع صلاحیت عام و مطلق است که تخصیص آن احتیاج به نص صریح قانونی دارد.^{۳۱} این نظریه بر این امر تأکید دارد که دیوان در رسیدگی به کلیه دعاوی ناشی از اعمال اقتدارات و حقوق عمومی صالح و مکلف است همه حقوق تضییع شده اشخاص را، حتی اگر آن حقوق جنبه مالی داشته باشد، احیا کند.

در حقیقت ویژگی روابط نابرابر بین مردم و اداره که مشخصه حقوق عمومی از جمله حقوق اداری است، در تشخیص صلاحیت مراجع اداری از جمله دیوان عدالت اداری همواره باید به عنوان عامل تعیین کننده شمرده شود. بنابراین، تظلمات نسبت به آن دسته از اعمال واحدهای مزبور در ماده ۱۳ در صلاحیت دیوان است که این واحدها به عنوان «اداره کننده» علیه مردم یعنی «اداره شونده» معمول داشته‌اند. توجه به اعمال حاکمیت و اعمال تصدی و معیارهای هریک و تفاوت بین این دو دسته اعمال نیز باید در این خصوص لحاظ شود.^{۳۲}

در توجیه این نظریه دلیل‌های زیر بیان شده است:

۱. برخی ایقاعات و اقدامات یک‌جانبه دولت از نظر کیفیت و ماهیت مادی با اعمال اشخاص خصوصی شباهت بسیار دارد و عموماً نیز ناظر به اموال و حقوق مالی اشخاص است. به عقیده طرفداران این نظریه، اختلافات ناشی از این‌گونه اقدامات دولت را نمی‌توان به لحاظ اینکه بر حقوق مالی نظر دارد، از صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج ساخت و در صلاحیت محاکم دادگستری قرار داد. به عنوان مثال، اقدامات شهرداری در تعریض خیابان‌ها را که مستلزم تملک و تصرف و تخریب منازل می‌باشد، باید در زمره تکالیف قانونی و اعمال حقوق عمومی دانست و شکایت نسبت به این اقدامات که حکایت از منافع خصوصی افراد می‌کند را نمی‌توان در صلاحیت دادگاه‌های دادگستری دانست؛ زیرا اطلاق دعوای مدنی به اختلافاتی که منشأ آن نه قصد و رضای طرفین و نه قواعد خصوصی است، صحیح نیست.

۲. دیوان عدالت اداری به موجب اصل ۱۷۳ قانون اساسی و بند ۱ ماده ۱۹ و ماده ۱۴ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ موظف به رسیدگی به شکایات مردم نسبت به اقدامات و مقررات دولتی خلاف قانون و «احقاق حقوق تضییع شده» اشخاص است. مفهوم حق معانی و مصادیق مختلفی می‌تواند داشته باشد و حقوق تضییع شده اشخاص نیز می‌تواند مالی و یا غیرمالی باشد. به موجب این نظریه، دیوان صلاحیت احیای کلیه حقوق تضییع شده اشخاص را دارد. به عبارت دیگر، چنانچه اقدامات شهرداری در خصوص تملک و تصرف املاک اشخاص و تخریب بناهای آنان، خلاف موازین قانونی تشخیص

داده شود، دیوان به حکم قانون مکلف است تمام حقوق تضییع شده اشخاص را، اعم از حق مالکیت، حق بهره‌برداری و سایر حقوق مادی، احیا کند. در این موارد نمی‌توان دیوان عدالت اداری را غیر صالح دانست و رسیدگی به این حقوق را به دادگاه‌های دادگستری سپرد.^{۳۳}

از نتایج این نظریه آن است که حتی قراردادی که یک سوی آن دولت است، اگر اراده طرفین در آن قرارداد به طور برابر لحاظ نشده و قواعد حقوق عمومی بر آن قرارداد حاکم باشد، شکایت از آن در صلاحیت دیوان عدالت خواهد بود. دیوان عدالت عملاً این نظریه را پذیرفته و شکایت از پیمان استخدامی را که نوعی قرارداد اداری است، در قالب شکایت استخدامی موضوع بند ۳ ماده ۱۳ قانون دیوان رسیدگی می‌کند.

۲. انواع دعاوی

به طور کلی، در مواد ۱۳ و ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری، دو نوع دعوی پیش‌بینی شده است: یکی دعوی ابطال و دیگری دعوی خسارت.

الف. دعوی ابطال

دعوی ابطال، بهترین وسیله تضمین حاکمیت قانون در دستگاه اداری است. این نوع دعوی در حقوق ایران کاملاً تازه است. برطبق قانون دیوان، اعمال اداری خلاف قانون که قابل اعتراض و شکایت و ابطال‌اند، تصمیمات اداری، اقدامات اداری و آیین‌نامه‌های اداری را شامل می‌شوند.

منظور از تصمیمات اداری، اعمال یک‌جانبه اداری خاص مانند احکام استخدامی، گواهی‌ها و جوازها و تصمیمات دیگر است که از ادارات و سازمان‌ها صادر می‌شود و برای اشخاص ایجاد حق و تکلیف می‌کند. اقدامات اداری قابل طرح و شکایت در دیوان، هرگونه عمل مادی و اجرایی است که به منظور تهیه مقدمات تصمیمات اداری و یا اجرای آنها صورت می‌گیرد. قانون دیوان این دسته از اعمال اداری را که مبنای تصمیم‌گیری‌های اداری قرار می‌گیرند و به طور غیرمستقیم آثار حقوقی بر آنها مترتب می‌شود، قابل اعتراض و شکایت می‌داند. ابطال تصمیمات و اقدامات اداری توسط شعب دیوان و ابطال آیین‌نامه‌ها و مقررات دولتی توسط هیئت عمومی انجام می‌شود.^{۳۴}

ب. دعوی خسارت (رسیدگی به مسئولیت مدنی دولت و کارکنان او)

«یکی از موارد صلاحیت دیوان عدالت اداری رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت و مستخدمین آن نسبت به زیان‌های ناشی از اعمال و تصمیمات اداری است.»^{۳۵} مسئولیت

مدنی رابطه‌ای حقوقی است که به موجب آن، یکی در برابر دیگری مکلف است خسارات وارد گشته را جبران کند. بر همین اساس در مسئولیت مدنی رابطه ویژه‌ای بین زیان‌دیده و مسئول به وجود می‌آید که طبق آن زیان‌دیده طلبکار و مسئول بدهکار می‌شود و موضوع بدهی جبران خسارت است.^{۳۶}

فعالیت اشخاص حقوق عمومی می‌تواند همچون عمل اشخاص حقوق خصوصی به ایراد خسارت به اشخاص منجر شود. مسئولیت مدنی اشخاص و آثار آن در حقوق خصوصی دارای قواعد شناخته شده و با سابقه زیاد است، اما سابقه ظهور بحث مسئولیت مدنی در حقوق عمومی و قبول این مسئولیت برای اشخاص حقوق عمومی به کمتر از دو قرن می‌رسد. در حقوق ایران پذیرفتن مسئولیت مدنی دولت سابقه طولانی ندارد. با تصویب قانون مسئولیت مدنی در سال ۱۳۳۹ آشکارا مسئولیت مدنی دولت در قبال زیان‌های وارد شده به اشخاص به سبب اعمال تصدی دستگاه‌های اداری پذیرفته شد، ولی زیان‌های وارد شده به لحاظ اعمال حاکمیت پذیرفته نشد. اما با استقرار نظام جمهوری اسلامی ایران، به استناد قوانینی مانند اصل ۱۷۱ قانون اساسی و ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی که در ارتباط با آن تصویب شده است و قانون به کارگیری سلاح توسط مأمورین نیروهای مسلح در موارد ضروری مصوب ۱۳۷۳، مسئولیت مدنی دولت در جبران زیان وارد شده به اشخاص در موارد اعمال حاکمیت تحت شرایطی پذیرفته شده است.^{۳۷}

در مورد مسئولیت مدنی ناشی از اعمال قوه مجریه باید گفت: این قوه بیشترین ارتباط را با مردم دارد، به همین لحاظ امکان ورود خسارت به افراد از جانب قوه مجریه و کارکنان آن بیش از سایر قواست. اعمال و تصمیمات قوه مجریه در یک دسته‌بندی کلی در دو قالب صورت می‌گیرد: یکی اعمال و تصمیمات انفرادی که منظور از آنها اعمال و تصمیماتی است که ناظر بر افراد خاص و موارد معین است، مانند زمانی که اداره در مورد تملک زمینی خاص و متعلق به اشخاص معین تصمیم می‌گیرد و اقدام می‌کند و دیگری، تصمیمات فراگیر که به شکل کتبی در قالب آیین‌نامه و تصویب‌نامه و بخش‌نامه اتخاذ می‌شود و متوجه گروه زیادی از افراد یا عموم مردم است. اصولاً هرگونه خسارت ناشی از اعمال و اقدامات و تصمیمات اداری دولت و مستخدمین او قابل مطالبه است و چنانچه اعمال ادارات و سازمان‌های اجرایی و اداری موجب زیان و ضرر افراد شود، آنها می‌توانند به دیوان مراجعه و جبران زیان وارد شده را مطالبه کنند.^{۳۸}

طبق اصل ۱۷۳ قانون اساسی و مواد ۱۳ و ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری، مرجع تشخیص صحیح یا قانونی بودن اقدامات و تصمیمات مقامات و نهادهای دولتی، دیوان عدالت اداری است. مستفاد از بند ۲ ماده ۱۳ و بند ۱ ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری، رسیدگی به دعای راجع به اقدامات اداری به معنی عام، محدود به آن دسته از اعمال و اقداماتی است که به علت نقض قوانین یا عدم صلاحیت مقام تصمیم‌گیرنده یا عامل و یا سوءاستفاده از اختیارات قانونی صورت پذیرفته و بدین‌سان، به اشخاص خصوصی زیان رسیده باشد. به عبارت دیگر، رسیدگی دیوان محدود است به اعمال تقصیرآمیز دولت یا آنچه «خطای اداری دولت» به طور اعم نامیده می‌شود. تبصره ۱ ماده ۱۳ بیان می‌دارد: «تعیین میزان خسارت وارده از ناحیه مؤسسات و اشخاص مذکور... پس از تصدیق دیوان به عهده دادگاه عمومی است.» از این‌رو، وظیفه دیوان در دعای مسئولیت علیه دولت تنها بررسی این نکته است که آیا عمل زیانبار، «تقصیرآمیز» بوده یا خیر؟ از آن پس صدور حکم مبنی بر محکومیت دولت به جبران خسارت، بعد از تصدیق خطای اداری دولت توسط دیوان، بر عهده دادگاه عمومی است. پس با توجه به مواد ۱۳ و ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری، نقش دیوان در دعای مسئولیت مدنی، تنها بررسی و احراز رکن «نامشروع بودن عمل زیانبار از حیث خطاکارانه بودن آن» است. برای مثال، رسیدگی به این امر که آیا خودداری از صدور پروانه احداث ساختمان از سوی شهرداری برخلاف قانون است یا خیر؟ در صلاحیت دیوان است؛ زیرا چنین امری در صورت احراز، یک خطای اداری به شمار می‌رود.^{۳۹} اما اگر زیانی از این امر به شخص متقاضی وارد آمده باشد، تعیین میزان آن با دادگاه دادگستری است. بنابراین، اگر اشخاصی مدعی‌اند از تصمیم یا اقدام یا آیین‌نامه و یا بخش‌نامه‌های خلاف شرع یا قانون زیانی متوجه آنها شده است، باید نخست دادخواستی به خواسته ابطال اقدامات یا تصمیمات مذکور به دیوان عدالت اداری تقدیم کنند. چنانچه دیوان عدالت اداری به ابطال اقدامات یا تصمیمات مقامات و نهادهای دولتی حکم صادر کرد، اشخاص ذی‌نفع می‌توانند خسارات واردشده به خود را نخست از نهادهای ذی‌ربط مطالبه کنند و در فرض استنکاف آنها، برای احقاق حقوق خود به دادگاه عمومی رجوع نمایند. البته مطالبه خسارت از طریق دادگاه عمومی مستلزم آن است که دیوان عدالت تصدیق نماید تصمیمات یا اقدامات یا مقررات دولتی به علت برخلاف قانون بودن آن یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای

قوانین و مقررات یا خودداری از اجرای وظایف قانونی موجب تضییع حقوق یا سبب ورود خسارت مستقیم و بی واسطه به زیان دیده شده است. در اینجا باید به نوعی تلفیقی از مواد ۱۴ و ۱۳ و تبصره ۱ آن و بند ۱ ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری صورت بگیرد تا دیوان عدالت خسارات وارد شده از ناحیه مؤسسات و سازمان‌های دولتی را تصدیق نماید و زیان‌دیده طبق تبصره ۱ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری برای تعیین میزان خسارت وارد شده به دادگاه عمومی مراجعه کند. بنابراین، صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعاوی مسئولیت دولت مطلق نیست.

در مواردی که مبنای مسئولیت دولت تقصیر نباشد، دیوان عدالت اداری نقشی در رسیدگی به دعوا ندارد. برای مثال، هرگاه مأمور نظامی یا انتظامی در ادای وظیفه خود و بدون آنکه خطایی مرتکب شود شخصی را هدف قرار دهد و او را مجروح سازد زیان‌دیده برای جبران خسارت خود می‌تواند در مراجع عمومی بر ضد دولت طرح دعوا کند بی‌آنکه ابتدا الزامی به طرح دعوا در دیوان عدالت اداری داشته باشد.^{۴۰}

رسیدگی به مسئولیت قراردادی دولت نیز در صلاحیت انحصاری مراجع عمومی دادگستری است؛ زیرا شمول ماده ۱۳ محدود به ضمان قهری یا مسئولیت مدنی به معنای خاص است. از سوی دیگر، در این‌گونه موارد زیان‌دیده از اثبات تقصیر قراردادی دولت معاف است؛ چراکه انجام ندادن تعهد قراردادی به خودی خود تقصیر محسوب می‌شود. همچنین رسیدگی به دعاوی ناشی از لطمات وارد به حقوق عینی اشخاص توسط دولت در صلاحیت دادگاه‌های دادگستری است؛ زیرا در این‌گونه دعاوی نیز اثبات خطای اداری ضرورتی ندارد. برای مثال، هرگاه اداره دولتی به تصرف عدوانی یا مزاحمت یا ممانعت از استیفای حق مالکیت یا انتفاع یک شخص مبادرت کند، طرح دعوا مستقیماً در برابر دادگاه عمومی امکان‌پذیر خواهد بود. در این موارد، مهم است اثبات سابقه تصرف خواهان و لحوق تصرف یا مزاحمت عدوانی خوانده است و به اثبات خطا نیازی نیست.^{۴۱}

صلاحیت و اختیارات دیوان عدالت از نظر ارکان دیوان

الف. صلاحیت و اختیارات شعب عادی

تمام موارد شکایات موضوع ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری در صلاحیت شعب عادی دیوان است. موارد ذکر شده در این ماده عبارتند از: اول، شکایت از تصمیمات و اقدامات

واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها، نهادهای انقلابی و تشکیلات و مؤسسات وابسته و تابع آنها؛ دوم، رسیدگی به شکایات مردم از تصمیمات و اقدامات مأموران این واحدها در طریق اجرای وظایف اداری مربوط یا خودداری آنان از اجرای وظایف خود؛ سوم، رسیدگی به شکایات استخدامی قضات دادگستری و سایر کارکنان دولت، اعم از کشوری و لشکری، از حیث تضييع حقوق استخدامی. رسیدگی شعب دیوان در این سه مورد رسیدگی ماهوی است و دیوان عدالت اداری به عنوان یک دادگاه عالی ماهیتاً با تمام اختیارات و قواعد و ضوابط مربوط به یک مرجع اختصاصی قضایی که رسیدگی ماهوی انجام می‌دهد، به شکایات مردم رسیدگی می‌کند؛ چهارم، رسیدگی به اعتراض به تصمیمات و آرای قطعی مراجع اختصاصی اداری نظیر هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی، کمیسیون‌های موضوع ماده ۱۰۰، هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف مستقر در وزارت کار و امور اجتماعی، هیئت‌های مستقر در گمرک و غیره منحصرأ از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آنها.

چنانچه شعبه دیوان، رأی قطعی هیئت‌ها یا کمیسیون‌های مزبور را خلاف قانون تشخیص دهد و آن را نقض کند، رسیدگی مجدد را به شعبه دیگری از همان هیئت‌ها یا کمیسیون‌ها محول می‌کند و خود درباره اصل و ماهیت دعوی رأی نمی‌دهد.

به هر حال، نظر قانون‌گذار این است که صلاحیت دیوان تعمیم یابد و شامل تمام کمیسیون‌ها و هیئت‌ها و مراجعی شود که به گونه‌ای به موجب قانون درباره روابط افراد و دستگاه‌های اداری قضاوت می‌کنند و سرانجام دیوان به یک مرجع رسمی و واقعی برای تظلمات و شکایات اداری از دولت و کارکنان او مبدل شود تا حقوق افراد تضمین اساسی یابد. البته دیوان شکایات و اعتراضات درباره آرای برخی مراجع اداری مانند هیئت‌های مستشاری دیوان محاسبات، هیئت‌های انتظامی کانون وکلا و هیئت‌های انتظامی نظام پزشکی را نمی‌پذیرد. در هر حال شعب دیوان در صورتی که تصمیمات و اقدامات موضوع شکایت، موجب تضييع حقوق اشخاص شده باشد، حکم مقتضی مبنی بر نقض رأی یا لغو اثر از تصمیم و اقدام مورد شکایت یا الزام طرف شکایت به اعاده حقوق تضييع شده، صادر می‌کنند.^{۴۲}

ب. صلاحیت و اختیارات شعب تشخیص

شعب تشخیص علاوه بر صلاحیت‌های شعب عادی، دارای صلاحیت تجدیدنظر در برخی از آرای شعب عادی‌اند. طبق ماده ۷ قانون جدید دیوان عدالت، آرای شعب قطعی است و هیچ کس حق تقاضای تجدیدنظر در احکام شعب دیوان را ندارد. با این حال، قانون، موارد محدودی را برای تجدیدنظر پیش‌بینی کرده است. موارد تجدیدنظر به موجب مواد ۱۶، ۱۸، ۳۷ و ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری عبارت‌اند از:

۱. در صورتی که حداقل یکی از دو قاضی یا دو قاضی از سه قاضی صادرکننده رأی، متوجه اشتباه شکلی یا ماهوی در رسیدگی خود شوند، ضمن اعلام نظر مستند و مستدل مکتوب، پرونده را برای ارجاع به شعبه تشخیص، به دفتر رئیس دیوان می‌فرستند.^{۴۳} صدور حکم اصلاحی در مورد سهوالقلم یا اشتباه محاسبه یا رفع ابهام که توسط شعبه صادرکننده رأی انجام می‌شود، مشمول این مورد نیست.^{۴۴}

۲. در صورتی که رئیس قوه قضائیه یا رئیس دیوان، آرای دیوان را واجد اشتباه بین شرعی یا قانونی تشخیص دهد، موضوع برای بررسی به شعبه تشخیص ارجاع می‌شود. شعبه مزبور در صورت وارد دانستن اشکال، اقدام به نقض رأی و صدور رأی مقتضی می‌نماید.^{۴۵} پس از نقض رأی و صدور رأی جدید توسط شعبه تشخیص، رأی صادر شده بجز در مواردی که خلاف بین شرع است، قابل رسیدگی مجدد نیست.^{۴۶}

۳. در صورتی که محکوم‌علیه از اجرای رأی شعب دیوان استنکاف نماید با رأی شعبه صادرکننده حکم، به انفصال موقت از خدمات دولتی تا پنج سال و جبران خسارت وارد آمده محکوم می‌شود. رأی صادرشده ظرف بیست روز از ابلاغ قابل تجدیدنظر در شعبه تشخیص دیوان است.^{۴۷}

۴. هرگاه در موارد مشابه آرای متناقض از یک یا چند شعبه دیوان صادر شود، رئیس دیوان موظف است به محض اطلاع، موضوع را در هیئت عمومی دیوان طرح نماید و هیئت پس از بررسی و احراز تعارض برای صدور رأی اقدام کند. پیروی از این رأی برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم است. اثر رأی مذکور بر آینده است و موجب نقض آرای سابق نمی‌شود، اما در مورد احکامی که در هیئت عمومی مطرح و غیرصحیح تشخیص داده می‌شود، شخص ذی‌نفع ظرف یک ماه از تاریخ درج

رأی در روزنامه رسمی، حق تجدیدنظرخواهی در شعب تشخیص را دارد. شعبه تشخیص موظف به رسیدگی و صدور رأی بر طبق رأی وحدت رویه مزبور است.^{۴۸}

ج. صلاحیت و اختیارات هیئت عمومی

صلاحیت و اختیارات هیئت عمومی دیوان به شرح زیر است:

۱. تهیه و تنظیم آیین‌نامه‌های اجرایی دیوان عدالت اداری و پیشنهاد آن به ریاست قوه قضائیه برای تصویب. آیین‌نامه فعلی دادرسی دیوان عدالت نمونه‌ای از کار هیئت عمومی دیوان عدالت اداری است که طبق قانون سابق دیوان وظیفه تهیه آن به عهده هیئت عمومی گذاشته شده بود که پس از تأیید رئیس قوه قضائیه به اجرا درآمد. اکنون نیز هر بخشی از قانون دیوان عدالت که به تهیه آیین‌نامه نیاز داشته باشد، این وظیفه به عهده هیئت عمومی گذاشته می‌شود.

۲. رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها از حیث مخالفت مدلول آنها با قانون و احقاق حقوق اشخاص در مواردی که تصمیمات یا اقدامات یا مقررات مذکور به علت برخلاف قانون بودن آن یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از اجرای وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود.^{۴۹}

با توجه به قید «موجب تضییع حقوق اشخاص شود»، در ماده ۱۹ ابتدا به نظر می‌آید که در این مورد دیوان عدالت اداری در صورتی رسیدگی می‌کند که حقوق شاکی یا معترض از اجرای این مقررات مخالف قانون یا شرع تضییع شده باشد، اما با عنایت به جمله اخیر اصل ۱۷۰ قانون اساسی که «هر کس می‌تواند ابطال این مقررات را از دیوان درخواست نماید» و در هر حال، حق هر کسی می‌تواند بالفعل یا بالقوه از اجرای این مقررات تضییع گردد، رسیدگی دیوان در این امور مستلزم تضییع بالفعل حقوق معترض نیست.^{۵۰}

وظیفه هیئت عمومی حمایت از کیان قانون در برابر مصوبات دولتی و مشابه نقشی است که شورای نگهبان در مورد قوانین عادی به عهده دارد. بر اساس ماده ۴۱ قانون دیوان عدالت اداری هرگاه اعتراضی مبنی بر مغایرت برخی از تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات دولتی با احکام اسلامی مطرح شود، موضوع عیناً به فقهای شورای نگهبان ارجاع

داده می‌شود و چنانچه فقهای محترم شورای نگهبان مخالفت مصوبات مورد اعتراض را با احکام شرع تأیید کنند، دیوان عدالت اداری آن مصوبات را ابطال خواهد کرد. همچنین هرگاه اعتراض مبنی بر مغایرت مصوبات و نظامات دولتی با قوانین، یا خارج بودن این مصوبات از حدود اختیارات قوه مجریه طرح گردد، موضوع در هیئت عمومی دیوان بررسی خواهد شد و چنانچه مغایرت این مصوبات با قوانین یا خارج بودن آنها از قلمرو اختیارات قوه مجریه محرز گردد، مصوبه ابطال خواهد شد.

نخستین رأی هیئت عمومی دیوان ۲۲ آذر ۱۳۶۱ به ابطال موادی از آیین‌نامه قانون اراضی شهری (مصوب ۳۰ خرداد ۶۱) انجامیده است.

اثر ابطال مصوبات از زمان صدور رأی هیئت عمومی است، مگر در مورد مصوبات خلاف شرع یا در مواردی که به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، هیئت مذکور اثر آن را از زمان تصویب مصوبه اعلام کند.^{۵۱}

۳. صدور رأی وحدت رویه در مورد آرای متناقض صادر شده از شعب دیوان، همچنین صدور رأی وحدت رویه در صورتی که درباره موضوع واحد، آرای مشابه متعدد صادر شده باشد.^{۵۲}

هرگاه از شعب مختلف دیوان آرای متناقضی در موارد مشابه یا آرای مشابه متعدد در موارد مشابه صادر شود، موضوع در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طرح خواهد شد و در این زمینه رأی اکثریت اعضا ملاک خواهد بود. برای شعب دیوان و تمام مراجع ذی‌ربط در سراسر کشور تکلیف است که آرای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری را در موارد مشابه دقیقاً اجرا کنند تا از تکرار شکایات مشابه جلوگیری شود.

پی‌نوشت‌ها

۱. چون ماده ۱۳ قانون دیوان ناظر بر کلیه موارد مربوط به صلاحیت دیوان نیست لذا می‌توان گفت منظور از کلمه دیوان در ماده ۱۳، شعب دیوان است و دیوان عدالت اداری در قالب کلی مورد نظر نیست. (محمد امامی و کورش استوار سنگری، *حقوق اداری*، ص ۱۵۶)
۲. در قانون دیوان عدالت اداری، از نظر ترمینولوژی، اصطلاحات حقوقی مناسب انتخاب نشده و در این قانون برای مدعی از عنوان شاکی استفاده شده است که در آیین دادرسی جهت دعاوی کیفری به کار برده می‌شود. در حالی که طبق ماده ۲۱ قانون دیوان، رسیدگی در دیوان عدالت محتاج تقدیم دادخواست است یعنی دعاوی که در دیوان مطرح می‌شود ماهیتاً حقوقی است. (محمد امامی و کورش استوار سنگری، همان، ص ۱۶۱)
۳. نصرالله صدرالحفاظی، *نظارت قضائی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری*، ص ۱۰۵.
۴. عمده نظریات و ساختار بحث مربوط به صلاحیت دیوان با الهام از کتاب «نظارت قضائی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری» اثر سید نصرالله صدرالحفاظی استخراج شده است.
۵. مرحوم شهید دکتر آیت، از اعضای مجلس خبرگان قانون اساسی، ذیل اصل ۱۷۰ و ۱۷۳ می‌گوید: «این محکم‌ترین اصلی است که دارد اینجا می‌آید که ادارات و وزرا نتوانند به حقوق مردم تجاوز کنند». (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۳، ص ۱۶۵۶)
۶. اگر چه تصویب نامه فوق نمی‌تواند ناقض قانون باشد و در صلاحیت قانونی دیوان عدالت دخل و تصرف کند، اما منظور از ذکر این مصوبه این است که راه حل رفع اختلافات دستگاه های دولتی با علم به این که آنها نمی‌توانند در دیوان عدالت علیه یکدیگر طرح دعوا کنند به وسیله تصویب نامه مشخص شده است. (محمد امامی و کورش استوار سنگری، همان، ص ۱۶۲)
۷. سعید نصیرایی، *مجموعه آرای وحدت رویه دیوان عدالت اداری*، ص ۱۱۴
۸. «قبول شکایات ادارات کل حج و اوقاف توسط هیأت عمومی دیوان»، *دادنامه ۱۵۵*، مورخ ۷۱/۷/۲۵.
۹. رضا موسی‌زاده، *حقوق اداری (۱-۲)*، ص ۳۰۹.
۱۰. سعید نصیرایی، همان، ص ۱۰۶۶.
۱۱. محمد امامی و کورش استوار سنگری، همان، ص ۱۵۷
۱۲. همان، ص ۱۶۷.
۱۳. همان، ص ۱۶۵.
۱۴. همان، ص ۱۷۳.
۱۵. ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، *بایسته های حقوق اساسی*، ص ۵۳.
۱۶. فرج‌الله هدایت نیا، «جایگاه دیوان عدالت اداری در رسیدگی به شکایات مردم از دستگاه های دولتی»، *دوماهنامه رواق اندیشه*، ش ۱۹، ص ۴۴.

۱۷. همان، ص ۴۶.
۱۸. رضا موسی‌زاده، همان، ص ۳۱۱.
۱۹. همان
۲۰. فرج‌الله هدایت‌نیا، همان، ص ۴۷
۲۱. رضا موسی‌زاده، همان، ص ۳۱۲
۲۲. همان.
۲۳. همان، ص ۳۱۳.
۲۴. جهانگیر منصور، مجموعه قوانین و مقررات حقوقی، ص ۵۹.
۲۵. همان، ص ۶۰
۲۶. محمد امامی و کورش استوار سنگری، همان، ص ۱۷۱.
۲۷. سیدنصرالله صدرالحفاظی، همان، ص ۱۶۴.
۲۸. همان، ص ۱۶۵.
۲۹. منوچهر طباطبایی مؤتمنی، حقوق اداری، ص ۴۳۰.
۳۰. رضا موسی‌زاده، همان، ص ۳۱۵
۳۱. سیدنصرالله صدر الحفاظی، همان، ص ۱۶۶.
۳۲. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، ص ۱۲۷.
۳۳. رضا موسی‌زاده، همان، ص ۳۱۶.
۳۴. همان، ص ۴۳۱.
۳۵. ر.ک: عبدالحمید ابوالحمد، حقوق اداری ایران.
۳۶. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، ص ۱۱.
۳۷. محمد امامی و کورش استوار سنگری، همان، ص ۳۵۰.
۳۸. منوچهر طباطبایی مؤتمنی، همان، ص ۴۳۶.
۳۹. رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ش ۵۵۶، مورخ ۷۰/۲/۱۰.
۴۰. ماده ۳۳۲ قانون مجازات اسلامی
۴۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۷۷۵.
۴۲. ماده ۱۴ قانون دیوان عدالت اداری
۴۳. ماده ۱۶ قانون دیوان عدالت اداری
۴۴. تبصره ماده ۱۶ قانون دیوان عدالت اداری

۴۵. ماده ۱۸ قانون دیوان عدالت اداری
۴۶. تبصره ماده ۱۸ قانون دیوان عدالت اداری
۴۷. ماده ۳۷ قانون دیوان عدالت اداری
۴۸. ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری
۴۹. بند ۱ ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری
۵۰. عبدالله شمس، پیشین، ص ۱۲۸.
۵۱. ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری.
۵۲. ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری.

منابع

- ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، چ چهارم، تهران، توس، ۱۳۷۰.
- امامی، محمد و استوار سنگری، کورش، حقوق اداری، چ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۷.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، چ هفتم، تهران، دراک، ۱۳۸۴.
- صدر الحفاظی، سیدنصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران، شهریار، ۱۳۷۲.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳.
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چ دهم، تهران، سمت، ۱۳۸۴.
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ چهارم، تهران، دادگستر، ۱۳۷۸.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی - ضمانت تهری - مسئولیت مدنی، چ دوم، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
- ____، قواعد عمومی قراردادها، تهران، بهنشر، بی تا.
- منصور، جهانگیر، مجموعه قوانین و مقررات حقوقی، چ چهارم، تهران، آگاه، ۱۳۸۲.
- موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری (۱-۲)، چ هشتم، تهران، میزان، ۱۳۸۶.
- نصیرائی، سعید، مجموعه آرای وحدت رویه دیوان عدالت اداری، تهران، سکه، ۱۳۷۷.
- هدایت‌نیا، فرج‌الله، «جایگاه دیوان عدالت اداری در رسیدگی به شکایات مردم از دستگاه‌های دولتی»، رواق اندیشه، سال چهارم ش ۱۹.

کپی رایت و مؤلفه‌های آن؛ جلوه‌ای از مالکیت فکری

جواد صالحی* / معصومه سالاری‌راد**

چکیده

«کپی‌رایت» زیرمجموعه مالکیت ادبی و هنری، و شاخه‌ای از مالکیت فکری است و به هر تلاش مبتکرانه‌ای اطلاق می‌شود که این حق را به دارنده خود می‌دهد تا بتواند اراده خویش را در تکثیر و بهره‌مندی از آثار مادی آن اعمال کند. حق نسخه‌برداری و انتشار آن، از مقدمه و پیش شرط‌های برخورداری از منافع اثر به شمار می‌رود. نقض کپی‌رایت، علاوه بر محروم کردن صاحب آن از منافع مادی، سبب از بین رفتن روحیه خلاقیت و تزلزل فرهنگ جامعه می‌شود.

کپی‌رایت از مسائل نوپدید در فقه و حقوق است که همگام با تحولات اقتصادی، صنعتی و فرهنگی جوامع بشری، بسیار دگرگون شده است. این نوشتار، پس از شناساندن مفهوم آن و رابطه آن با مالکیت فکری و شناخت مؤلفه‌های آن، به بررسی جایگاه کپی‌رایت در آموزه‌های فقهی و مؤلفه‌های آن در قوانین موجود و در نهایت، به مبانی حمایت از کپی‌رایت می‌پردازد.

کلید واژه‌ها: مالکیت فکری، مالکیت ادبی و هنری، کپی‌رایت، مؤلف، آفرینش‌های فکری.

javad_salehi84@yahoo.com

salary_14@yahoo.com

* عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور کرمان.

** عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور کرمان.

دریافت: ۸۹/۲/۲۰ - پذیرش: ۹۰/۴/۱۵.

درآمد

«مالکیت فکری»^۱ ترجمه‌ای از اصطلاح Intellectual Property است، که برخی از حقوقدان‌ها از آن با تعبیر «مالکیت معنوی» یاد کرده‌اند.^۲ مالکیت فکری دو بخش دارد: بخش اول مربوط به «مالکیت صنعتی»^۳ و بخش دوم مربوط به «مالکیت ادبی و هنری» است. مالکیت ادبی و هنری یا «حق ابتکار»^۴ خود به دو حوزه «حقوق مؤلف» و «حقوق مرتبط»^۵ بخش پذیر است. اصطلاح «حق مؤلف»^۶ که در حقوق رومی - ژرمنی به سبب توجه بیشتر به پدیدآورنده بیشترین کاربرد را دارد، معادل «حق نسخه‌برداری» مطرح در کامن لو به لحاظ تأکید بر جنبه مادی آثار فکری است که در معنای کپی‌رایت آورده شده است. حق نسخه‌برداری ترجمه‌ای از اصطلاح Copyright می‌باشد و نخستین بار در سال ۱۸۸۶ در «کنوانسیون برن»^۷ وارد عرصه بین‌المللی شد و به مسئولیت حمایت از کارهای ادبی و هنری اشاره کرد.^۸

کپی‌رایت، حقی است که برپایه آن به پدیدآورنده اجازه داده می‌شود درباره انتشار و فروش اثر ادبی، هنری یا علمی خویش با پشتوانه حمایتی قانون‌گذار، تصمیم بگیرد. این تصمیم‌گیری بدون دغدغه آن است که دیگران حقوق مادی و اخلاقی او را زیر پا نهند و او را از داشتن این حقوق مسلم محروم سازند. از این‌رو، کپی‌رایت تمهیدی قانونی است که برای حمایت از حقوق مادی و اخلاقی پدیدآورندگان یا تولیدکنندگان آثار ادبی، هنری و علمی پایه‌ریزی شده است. در پرتو این حق، به صاحب آن اجازه داده می‌شود که در مورد چاپ‌کردن یا چاپ نکردن اثر ادبی، خودش یگانه مرجع تصمیم‌گیرنده باشد و هر شخص متعرض به این حق، اعم از حقیقی یا حقوقی، منع گردد. در این نوشتار، کپی‌رایت را از منظر فقیهان و قانون‌گذار (گفتار اول) و مبنای آن (گفتار دوم) مطالعه می‌کنیم:

گفتار اول. کپی‌رایت از منظر فقیهان و قانون‌گذار

اصطلاح «کپی‌رایت» نخستین بار در کنوانسیون برن،^۹ وارد عرصه بین‌المللی شد و به مسئولیت حمایت از کارهای ادبی و هنری اشاره کرد. در پرتو چنین حقی بود که به دارنده اثر اجازه داده شد تا درباره انتشار و فروش اثر ادبی، هنری یا علمی خویش با پشتوانه حمایتی قانون‌گذار، تصمیم بگیرد؛ بدون اینکه دیگران بتوانند او را از داشتن چنین امتیازاتی

محروم سازند. با توجه به توسعه روزافزون فناوری و آسان بودن نقض کپی‌رایت در خارج از مرزها، نگرانی حمایت از کپی‌رایت و لزوم واکنش در قبال آن احساس شد. پذیرش خطر نقض کپی‌رایت در عرصه بین‌المللی اتخاذ تدابیری سنجیده و مناسب را در قبال آن، ضروری ساخت. در این باره توصیه انعقاد موافقت‌نامه‌های مختلف میان کشورها راه‌کار اصلی تلقی شد تا این موافقت‌نامه‌ها و کنوانسیون‌ها بتوانند در سطح جهانی، حق مادی و اخلاقی پدیدآورندگان را از تعرض سوءاستفاده‌کنندگان محفوظ نگاه دارند.

اما در عرصه داخلی، حمایت از کپی‌رایت با موانعی جدی روبه‌رو شد. فقیهان در این زمینه رویکردهای متفاوتی دارند که اجرای قوانین داخلی و الحاق به کنوانسیون‌های بین‌المللی را با تردید مواجه می‌سازد. در باب پیشینه کپی‌رایت در متون فقهی، به لحاظ نو بودن این دسته از حقوق نمی‌توان سابقه‌ای یافت. به همین لحاظ فقهای معاصر از این دسته حقوق با عنوان «مسائل مستحدثه» یاد می‌کنند^{۱۱}. رویکرد اسلام در مقابل کپی‌رایت با تجویز بهره‌برداری از علوم ضروری در جوامع اسلامی، امکان انتفاع از آثار فکری دیگران را فراهم ساخته است و حتی از این طریق به تحقق زود هنگام رنسانس در اروپا نیز کمک کرده است^{۱۲}. کتابت در اسلام که با نزول قرآن کریم و نصوص دینی رواج یافت، به طور رسمی با جمع‌آوری و تدوین احادیث در زمان بنی امیه شروع شد^{۱۳} و با دادن جوایز به کاتبان آن از سوی خلفای اسلامی، به ویژه عمر بن عبدالعزیز، قوت گرفت. نسخه‌برداری از کتب مؤلفان با آغاز نهضت ترجمه در دوران مأمون عباسی، به یکی از مشاغل درآمدزا مبدل شد که یگانه محدودیت آن، هشدار از دخل و تصرف در آن با واگذار کردن ضمانت اجرای آن به عقوبت اخروی بود^{۱۴}. برای پاسخ به این سؤال که «آیا در فقه و حقوق اسلامی اعتباری برای کپی‌رایت وجود دارد یا خیر؟»، باید به بررسی اقوال فقیهان در این خصوص پرداخت.

الف. دیدگاه موافقان کپی‌رایت

پیش از اختراع صنعت چاپ، تحریر کتاب به صورت دست‌نویس به قدری دشوار و پرهزینه بود که معمولاً شخصی به فکر سوءاستفاده یا تکثیر مجدد از روی نسخ اصلی نمی‌افتاد. با وجود این، سوءاستفاده از آثار فکری پدیده رایجی بود^{۱۵}. این در حالی است که «... تألیف، اختراع و ابتکار در عرف معاصر واجد ارزش مالی است و این حقوق به لحاظ

شرعی دارای اعتبار است... و صاحبان این آثار حق هر نوع تصرفی در آن را ندارند... و تجاوز به حقوق آنها جایز نیست.^{۱۵} «حق مؤلف یا حق ادبی، به لحاظ شرعی، دارای احترام است...»^{۱۶} ولی صرف عبارت «حق طبع محفوظ» حقی را به نفع صاحبان کتب ثابت نمی‌کند. با این حال، احتیاط در مراعات این حق است.^{۱۷}

مالیت و ارزش اشیا، از اعتبارات عقلایی است و تحدیدی از ناحیه شارع مقدس اسلام وجود ندارد. بنابراین، در مسئله فوق، حقوق مذکوره شرعاً مفید و لازم الرعایه هستند.^{۱۸} «حق تألیف یکی از حقوقی است که در جوامع گذشته وجود نداشته است؛ زیرا مؤلفین در تألیفات و نوشته‌های خود، منافع شخصی خویش را در نظر نمی‌گرفتند. اما پس از آنکه کتاب، وسیله‌ای برای تجارت و معامله گردید، مؤلف این حق را پیدا کرد که از تألیف خود، در مرحله اول، خودش استفاده کند؛ زیرا کتابی را که تألیف کرده ساخته و پرداخته خود اوست و منطقی به نظر نمی‌رسد که کسی دیگر از نوشته و اثر او ثروتمند گردد، اما خودش در فقر و احتیاج به سر برد. در شرایط کنونی، مؤلف این حق را پیدا کرده که از منافع مادی کتاب، خود استفاده کند و استفاده دیگران را مشروط به موافقت خود گرداند. امروز نمی‌توان گفت کسی که کتابی خرید و مالک آن شد، طبق قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» اجازه دارد کتاب را بدون اجازه مؤلف و ناشر چاپ کند؛ زیرا قاعده تسلیط فقط اجازه می‌دهد که انسان در اموال خویش تصرف کند. اما مجاز نیست در حقی که دیگران (در اینجا مؤلف و ناشر) از آن خود می‌دانند، تصرف نماید. اگر چنین حق خصوصی را از مؤلف و ناشر سلب نماییم، حقوق بسیاری از آنها تضییع گردیده و هرج و مرجی در انتشارات به وجود می‌آید که از نظر شرع و عقل قابل پذیرش نمی‌باشد.^{۱۹}

«حق طبع و تألیف و اختراع و مانند آن، یک حق شرعی و قانونی است و از نظر اسلام باید به آن احترام گذاشت. یا به تعبیر دیگر، اهمیت مالکیت‌های فکری کمتر از مالکیت‌های عینی نیست و حکومت اسلامی باید عهده‌دار حفظ آنها باشد.»^{۲۰} از این‌رو نشر آثار علمی دیگران، بی‌اذن صاحبان آنها اکل به مال باطل و حرام است.^{۲۱}

ب. دیدگاه مخالفان کپی‌رایت

برخی مالکیت فکری را به وقف خاص شبیه دانسته‌اند.^{۲۲} از این‌رو، نویسندگان، حق تألیف مالی ندارند و ناشران مسلمان با هر کمیت که بخواهند می‌توانند آنها را چاپ و توزیع کنند تا معارف اسلامی ترویج شوند.^{۲۳} مشروعیت کپی‌رایت از دیدگاه امام خمینی^ع و میرزا جواد تبریزی^{۲۴} مخدوش است؛ چراکه از نظر ایشان «آنچه که معروف به حق طبع شده

است، حق شرعی به حساب نمی‌آید و نفی سلطهٔ مردم بر اموالشان بدون اینکه هیچ‌گونه شرط و عقدی در میان باشد جایز نیست...». حتی نوشتن جملهٔ «حق چاپ و تقلید محفوظ است» فی نفسه حقی ایجاد نمی‌کند و بر التزام دیگران دلالت ندارد؛ پس نمی‌تواند مانع دیگران از بهره‌برداری شود، بلکه «...دیگران می‌توانند آن را چاپ نموده و از آن تقلید کنند...»^{۲۵} نتیجهٔ این فتوا آن بود که تا مدت‌های مدیدی «...بر حسب فتوای حضرت امام، محاکم قضایی ما از صدور حکم عاجز بودند».^{۲۶}

حق طبع، حق تألیف و حق اختراع را به مفهومی که در قوانین موضوعهٔ جدید از آن تعریف شده و آثاری که بر آن مترتب می‌نماید، حقیر نتوانسته‌ام با احکام و نظامات اسلامی تطبیق نمایم و از عقود و معاملات هم نیست که بتوانم بگویم مشمول اطلاقات یا عموم بعضی ادله مثل اوفوا بالعقود است... در زمان شارع مقدس هم تألیف و اختراع و ابتکار بوده، اما برای مؤلف و مبتکر و مخترع و محقق، حقی اعتبار نمی‌شده و شارع هم اعتبار نقرموده است و به عبارت اخری بنا بر عدم اعتبار بوده... بناءً علی کلمات ذکر، مشروعیت حقوق مذکوره را ثابت نمی‌دانیم.^{۲۷}

یکی دیگر از دانشمندان اسلامی نیز معتقد است نویسندگان حق مالی تألیف ندارند. از این‌رو، ناشران و مؤسسه‌های چاپ و نشر می‌توانند هر جور و به هر تعداد کتاب‌ها را چاپ کنند تا عقاید اسلامی ترویج و تبلیغ شود و به دست همهٔ افراد برسد؛ چراکه مردم در تحقیق از حقیقت و رسیدن به آن شریک‌اند.^{۲۸}

ج. رویهٔ قانون‌گذار

قانون‌گذار قبل از پیروزی انقلاب اسلامی با صرف نظر از دیدگاه فقهای مخالف با کپی‌رایت، قوانینی را در حمایت از کپی‌رایت وضع کرده بود که اجرای آن پس از انقلاب اسلامی با مخالفت‌هایی مواجه شد. مقنن برای رعایت کپی‌رایت به طراحی مؤلفه‌هایی در این باره پرداخته است که حرکت صاحبان آثار ادبی و هنری در این مسیر، مورد حمایت و متجاوزان به آن را تحت تعقیب قرار می‌دهد. شرایط حمایت از اثر، مدت حمایت، و آثار مورد حمایت، از جمله مؤلفه‌های مورد توجه مقنن است که در ذیل به بررسی آنها می‌پردازیم.

الف. شرایط حمایت از اثر

برای اینکه آثار ادبی و هنری در کانون حمایت قانون قرار گیرند، باید شرایطی داشته باشند:

۱. محسوس بودن شکل اثر

افکار و اندیشه‌ها مورد حمایت نیستند. تخیل‌ها باید از قالب ذهن خارج شوند و به صورت محسوس و عینی تجسم یابند، تا قابل حمایت باشند. موسیقی ضبط شده، داستانی که نوشته شده و تصویری که در فیلم عکاسی ثبت شده است، شکل محسوس دارند.^{۲۹} بنابراین، تا زمانی که یک ایده از چارچوب تخیل ذهنی خارج نشود و نمود خارجی نیابد، قابلیت حمایت قانونی ندارد.

۲. اصالت اثر

اثری قابل حمایت است که ابتکاری و اصیل باشد؛ بدین معنی که نماینده شخصیت و منویات پدیدآورنده و انعکاسی از افکار او باشد. اما نو بودن اثر، شرط نیست. برای نمونه، اگر دو نقاش، از یک منظره تابلوهای مشابهی بکشند بدون اینکه از هم تقلید کنند، اثر هریک با توجه به اینکه بیانگر شخصیت پدیدآورنده آن است اصیل محسوب می‌شود. اصالت می‌تواند دو گونه باشد:

یک. اصالت در محتوی: یعنی پدیدآورنده نخستین فردی باشد که آن را خلق کرده است؛ مانند نویسنده‌ای که برای نخستین بار در مورد واقعه‌ای داستان می‌نویسد.

دو. اصالت در تعبیر: پدیدآورنده اثر از محتوایی که در گذشته وجود داشته است استفاده می‌کند و اثر دیگری می‌آفریند که دارای ویژگی ابتکار است؛ مانند متون ترجمه یا اشعاری که با توجه به یک ضرب‌المثل سروده می‌شوند.^{۳۰}

به هر حال، اصالت از هر نوع، وقتی وجود دارد که بیان‌کننده هویت اندیشه باشد و به آن، جنبه استقلال دهد. بنابراین، نو بودن شرط نیست؛ به همین دلیل ممکن است اثر جدید صورتی تازه از اندیشه‌ای مبتذل و پیش پا افتاده باشد.

۳. اعلان مشخصات

دارا بودن مشخصات یا علامت‌های خاصی در روی آثار، از شرایط حمایت در ایران نمی‌باشد؛ یعنی به طور کلی لازم نیست علامت خاصی روی آثار ادبی و هنری درج شود. اما در مورد صفحات یا نوارهای موسیقی و صوتی استثنایی وجود دارد که در ماده ۴ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی (۱۳۵۲) ذکر شده است:

صفحات یا نوارهای موسیقی و صوتی در صورتی حمایت می‌شود که در روی هر نسخه یا جلد آن علامت بین‌المللی P لاتین در داخل دایره و تاریخ انتشار و نام و نشانی تولیدکننده و نماینده انحصاری و علامت تجاری ذکر شده باشد.

پس در مورد صفحات یا نوارهای موسیقی و صوتی درج علامت بین‌المللی P برای حمایت از آنها الزامی است. برخلاف ایران، در آمریکا اعلان مشخصات از شرایط حمایت از اثر می‌باشد. صاحب اثر باید حرف C داخل دایره، تاریخ نخستین انتشار و نام دارنده حقوق اثر را در کنار آن درج کند، تا بر اساس قانون کپی‌رایت آمریکا قابل حمایت باشد. اما با پیوستن آمریکا به کنوانسیون برن با توجه به اینکه در کنوانسیون برن اعلان مشخصات از شرایط حمایت نیست، آمریکا قوانین خود را اصلاح نموده است. البته برای آثاری که پس از ماه مارس سال ۱۹۸۹ در آمریکا برای نخستین منتشر شده‌اند، اعلان مشخصات اختیاری می‌باشد، اما همواره درج آن توصیه شده است؛ زیرا درج اعلان، در واقع نوعی اطلاع‌رسانی به عموم افراد است که اثر مورد حمایت است. در صورت درج نکردن، کسی که حقوق پدیدآورنده را نقض کرده است، می‌تواند در دادگاه ادعا کند نمی‌دانسته این اثر مورد حمایت بوده است، و این امر ممکن است در میزان خسارتی که دادگاه تعیین می‌کند، اثر بگذارد. حال آنکه در کنوانسیون جهانی حق مؤلف ژنو^{۳۱} درج علامت P برای آثار صوتی و C برای حمایت از سایر آثار در نظر گرفته شده است. بنابراین، برای حمایت از کپی‌رایت در عرصه بین‌الملل، اعلان مشخصات اثر مهم است.

۴. ثبت اثر

ثبت اثر از شرایط حمایت قانونی در ایران نیست؛ یعنی آثار بدون اینکه تشریفات ثبت را پیموده باشند، در صورتی که سایر شرایط را دارا باشند، از حمایت برخوردار خواهند بود. ماده ۲۱ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان (۱۳۴۸) مقرر می‌دارد: «پدیدآورندگان می‌توانند اثر و نام و عنوان و نشانه ویژه اثر خود را در مراکزی که وزارت فرهنگ و هنر^{۳۲} با تعیین نوع آثار، آگهی می‌نمایند، به ثبت برسانند».

از واژه «می‌توانند» در این ماده چنین برمی‌آید که ثبت اثر در حقوق ایران از شرایط حمایت از حقوق پدیدآورندگان نیست؛ اما اخذ تأییدیه فنی برای اقامه دعوا، در صورت نقض حقوق نرم‌افزارهای رایانه‌ای (۱۳۷۹) لازم است. ماده ۹ قانون حقوق پدیدآورندگان

نرم افزارهای رایانه‌ای مقرر می‌کند: «دعوای نقض حقوق مورد حمایت این قانون در صورتی در مراجع قضایی مسموع است که پیش از اقامه دعوا، تأییدیه فنی یادشده در ماده ۸ این قانون صادر شده باشد. در مورد حق اختراع، علاوه بر تأییدیه مزبور، تقاضای ثبت نیز باید به مرجع ذیربط تسلیم شده باشد».

مطابق آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان (۱۳۵۰)، ثبت اثر طی درخواست‌نامه چاپی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی صورت می‌گرفت. مرجع ثبت اثر در تهران وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و در شهرستان‌ها ادارات کل فرهنگ و ارشاد اسلامی بود. این روش از هفتم شهریور ماه ۱۳۸۱ تغییر کرده است. در حال حاضر، ثبت آثار در کتابخانه ملی صورت می‌گیرد. هنرمندان و مؤلفان می‌توانند با مراجعه به کتابخانه ملی و ارائه یک نسخه از اثر خود، برای ثبت اثر اقدام کنند. به همین منظور، برگه‌های ویژه‌ای بر اساس استانداردهای جهانی برای ثبت آثار تهیه شده است که اجرای این طرح با همکاری معاونت امور فرهنگی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و کتابخانه ملی ایران صورت می‌گیرد.

اشکالی که در مورد این شرط وجود دارد این است که ثبت اثر از شرایط الزامی برای حمایت از حقوق پدیدآورنده نیست. هرچند ثبت اثر، مالکیت پدیدآورنده را بر اثر اثبات نمی‌کند، عمل ثبت، اماره شناسایی مالک است و هنگامی که حقوق مادی و اخلاقی او در معرض تجاوز قرار می‌گیرد، در مقام اثبات ادعای او در دادگاه مفیده است و اثر شکلی دارد. ضمن آنکه در موارد ثبت و تودیع اثر، می‌تواند مبنای انتشار اثر و مدت حمایت قانونی به حساب آید و در استیفای حقوق مادی او مؤثر باشد.^{۳۳}

پس با ثبت اثر تشریفات رسیدگی راحت‌تر طی می‌شود؛ زیرا ثبت اثر به نام پدیدآورنده، اماره شناسایی مالک آن است. برای مثال، اگر شخص «الف» اثر عکاسی خود را ثبت نموده باشد و از شخص «ب» به دلیل انتشار و توزیع آن عکس بدون اجازه وی شکایت نماید و شخص «ب» ادعا کند که «الف» مالک آن اثر نیست، چون اثر ثبت شده است، دادگاه آن را اماره‌ای بر مالک دانستن شخص «الف» می‌داند؛ در نتیجه بار اثبات این امر که ثبت اثر معتبر نیست، بر عهده شخص «ب» قرار می‌گیرد.

۵. مالیت داشتن اثر

معیار مالیت داشتن یک اثر در ایران تنها به ارزش اقتصادی آن بستگی ندارد؛ چراکه مالیت داشتن آن با توجه به عرف و نظم عمومی و اخلاق حسنه سنجیده می‌شود.^{۳۴} در نظام قانونی کشور ما که مبتنی بر موازین شرعی است، آثاری وجود دارند که ارزش اقتصادی دارند، اما چون مبادله آنها برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است، قانون از آنها حمایت نمی‌کند. برای مثال، فیلم‌های مستهجن، شعرهای توهین‌آمیز و نظایر آن، از آثار قابل حمایت به شمار نمی‌آیند؛ زیرا مبنای قانون‌گذار این است که از منافع و مصالح اجتماع حمایت کند و اگر اثری با اخلاق حسنه مخالف باشد از لحاظ شرعی و قانونی ارزش اقتصادی ندارد.

۶. شرط نخستین بار

بر اساس قانون ایران لازم است که چاپ یا پخش یا نشر یا اجرای اثر برای نخستین بار در ایران باشد. در این باره ماده ۲۲ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مقرر می‌دارد: «حقوق مادی پدیدآورنده موقعی از حمایت این قانون برخوردار خواهد بود که اثر برای نخستین بار در ایران چاپ یا پخش یا نشر یا اجرا شده باشد و قبلاً در هیچ کشوری چاپ یا نشر یا اجرا نشده باشد».

از این رو، اگر یک اثر ادبی و هنری نخستین بار در ایران چاپ یا پخش یا نشر یا اجرا نشده باشد، از حمایت برخوردار نخواهد بود. البته پیش‌نویس قانون مالکیت ادبی و هنری^{۳۵} در این خصوص به غیر از ملاک نخستین انتشار در ایران یا انتشار ظرف مدت ۳۰ روز از انتشار نخستین در ایران، ضابطه تابعیت ایران یا سکونت در ایران را هم، در نظر گرفته است.

ب. مدت حمایت

درباره مدت حمایت باید میان حقوق مادی و اخلاقی دارنده کپی‌رایت فرق گذاشت. حقوق اخلاقی پدیدآورنده به زمان محدود نیست و همواره در کانون حمایت قانون قرار می‌گیرد. حتی پس از مرگ صاحب اثر اگر کسی به حقوق اخلاقی او تعرض کند، ضمانت اجرا خواهد داشت. اما قاعده کلی، طبق ماده ۱۲ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان این است که حقوق مادی پدیدآورنده در طول حیات او معتبر است و بعد از

مرگ هم به مدت ۳۰ سال متعلق به وراثت یا شخصی است که این حقوق به موجب وصیت به او منتقل شده است. اگر پدیدآورنده وراثتی نداشت و حقوق خود را از طریق وصیت نیز به کسی واگذار نکرده بود، برای مدت ۳۰ سال، همه حقوق مادی متعلق به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی است و پس از آن هر کسی می‌تواند از آن بهره‌بردار. به موجب بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون برن و همچنین موافقت‌نامه تریپس^{۳۶} و کنوانسیون جهانی حق مؤلف،^{۳۷} مدت حمایت ۵۰ سال پس از مرگ پدیدآورنده اثر است. آشکار است که بین قانون رایج در ایران و این قرارداد بین‌المللی، در زمینه مدت اعمال حمایت تفاوت وجود دارد. اما در پیش‌نویس قانون مالکیت ادبی و هنری دقیقاً مدت ذکر شده در کنوانسیون برن آمده است و قانون کپی‌رایت آمریکا نه تنها حداقل لازم را رعایت می‌کند، بلکه مواعد طولانی‌تری را برای حمایت در نظر گرفته است. کنوانسیون رم^{۳۸} حداقل حمایت را ۲۰ سال از تاریخی که اثر در آن ضبط شده یا برنامه اجرایی و نمایشی در آن به وقوع پیوسته یا برنامه رادیویی و تلویزیونی پخش شده، شناسایی کرده است. در حالی که معاهده حق مؤلف ژنو حداقل دوره حمایت را در مورد آثار صوتی ۵۰ سال می‌شناسد و معاهده اجراکنندگان و آوا نگاشت‌ها^{۳۹} حمایت از حقوق اجراکنندگان آثار را حتی پس از مرگ آنان تأمین می‌کند.

ج. آثار مورد حمایت

ماده ۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان اثرهای مورد حمایت را نام می‌برد:

- کتاب و رساله و جزوه و نمایشنامه و هر نوشته دیگر علمی و فنی و ادبی و هنری. عبارت «هر نوشته دیگر» بیانگر این است که مصداق‌های مورد اشاره، حصری نیستند و هر اثری که بیانگر شخصیت پدیدآورنده آن باشد، از جمله مقاله‌های مطبوعاتی، فیلمنامه یا اقتباس و تلخیص از آثار دیگر، از حمایت قانونی برخوردار است.

- شعر و ترانه و سرود و تصنیف که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد:

از آثار صوتی ضبط شده بر روی صفحه یا نوار یا هر وسیله دیگر یا اشعار و سرودهای نوشته شده حمایت می‌شود.

- اثر سمعی و بصری به منظور اجرا در صحنه‌های نمایش یا پرده سینما یا پخش از رادیو و تلویزیون که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد: اثر رادیویی، برنامه‌ای است که برای پخش از رادیو خلق یا مورد اقتباس قرار گرفته است. اثر تلویزیونی، مجموعه تصاویری است که بر اساس قواعد و ویژگی‌های خاص این رسانه پرداخته شده و در نهایت یک برنامه تلویزیونی را می‌سازد.^{۴۱} اثر سینمایی، تصاویر عکس‌برداری شده متحرک به وسیله دستگاه سینما توگراف است به شرطی که بیانگر شخصیت و ابداعات و ابتکارات پدیدآورنده آن باشد.^{۴۱}

- اثر موسیقی که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد:

اثر موسیقی ترکیبی از چهار قسمت است که مورد حمایت قرار می‌گیرند:

۱. ملودی یا مایه اصلی آهنگ؛

۲. ریتم یا ضرب؛

۳. هارمونی (همسازی و هم آهنگی)؛

۴. تنظیم.

نقاشی و تصویر و طرح و نقشه جغرافیایی ابتکاری و نوشته‌ها و خط‌های تزئینی و هر گونه اثر تزئینی و اثر تجسمی که به هر طریق و روش به صورت سایه یا ترکیبی پدید آمده باشد. - هر گونه پیکره (مجسمه):

جسمی که از گچ، فلز، سنگ و ... به شکل حیوان، انسان یا ... درست کنند.

- اثر معماری از قبیل طرح و نقشه ساختمان:

این آثار باید دارای ویژگی ابتکاری و واجد جنبه‌های هنری باشند تا مورد حمایت قرار گیرند.

- اثر عکاسی که با روش ابتکاری و ابداع پدید آمده باشد:

- این قانون از اثر عکاسی اصیل و ابتکاری حمایت می‌کند.

- اثر ابتکاری مربوط به هنرهای دستی یا صنعتی، نقشه قالبی و گلیم.

- اثر ابتکاری که بر پایه فرهنگ عام (فولکور) یا میراث فرهنگی و هنر ملی پدید آمده باشد:

«فولکور» زیر مجموعه‌ای از دانش سنتی است و اشاره دارد به آثار ادبی، هنری، خبری

و همه اختراعاتی که بر سنت و رسوم بشری مبتنی است. فرهنگ عامه از نسلی به نسل

دیگر منتقل می‌شود و متعلق به یک قوم است که با تکامل آن قوم گسترش می‌یابد.^{۴۲}

برای آثار فولکور پدید آورنده خاصی نمی‌توان معین کرد؛ چون اصولاً متعلق به یک ملت‌اند و از نسلی به نسل دیگر انتقال می‌یابند. در صورتی که پدیدآورنده خاصی داشته باشد طبق قوانین از آن حمایت خواهد شد. اما مسلماً تطبیق فولکور با قوانین موجود برای حمایت از تمام مصداق‌های آن کافی نیست. در مورد حمایت از فولکور و مصداق‌های آن در سطح بین‌المللی هنوز تصمیمات قطعی وجود ندارد. اما در مواردی که فولکور متعلق به یک ملت است، استفاده اعضای همان جامعه موجب تعرض به آن نمی‌شود. پس این دسته دعای بیشتر در سطوح بین‌المللی مطرح می‌شود که دولت به نمایندگی از عموم مردم اقدام می‌کند.

– اثر فنی که جنبه ابداع و ابتکار داشته باشد:

این مورد ابهامات فراوانی دارد و با آوردن واژه «فنی» به نظر می‌رسد، بیشتر مربوط به مالکیت صنعتی باشد و به سختی می‌توان آن را به حمایت از نرم‌افزارهای رایانه‌ای گسترش داد؛ زیرا معمولاً در کشورهایی که قوانین حق مؤلف خود را شامل نرم‌افزار کرده‌اند، این موضوع را در شمار آثار ادبی و نه یک اثر فنی محسوب کرده‌اند. تفسیر بند ۱۱ موجب اطلاق این عنوان به نرم‌افزار می‌شود که در عرف جهانی معمول نیست؛ چراکه تفسیر قانون به هر حال باید با توجه به اوضاع و احوال و قراین، منطقی باشد. در حالی که کشورهایی که مهد رایانه مجبور شده‌اند با اصلاح قوانین خود به شمول آنها به این پدیده نو تصریح کنند، چگونه ممکن است گفته شود عبارات قانون‌گذار ایرانی در گذشته دور، چندان افاده شده که نرم‌افزار رایانه‌ای را دربرگیرد.^{۴۳} اگر بگوییم آثار مورد حمایت ذکر شده در این قانون جنبه تمثیلی دارد مشکلی که به وجود می‌آید در زمینه حمایت کیفری می‌باشد که با توجه به جزایی بودن قانون نمی‌توان آن را تفسیر موسع کرد.

این مقوله‌ها باید در دید وسیع سنجیده شود و حتی نرم‌افزارهای رایانه‌ای تحت عنوان آثار ادبی مورد حمایت این قانون قرار می‌گیرد. ماده ۱۰۱ قانون کپی‌رایت آمریکا در تعریف آثار ادبی بیان داشته است: «آثار ادبی هستند که با کلمات، اعداد یا دیگر علائم لفظی یا رقمی بیان می‌شوند، صرف نظر از ماهیت آنها که کتاب، نشریات، آثار دست‌نوشته و ... باشد».

بنابراین، نظر مقنن این نیست که آثار مورد حمایت حصری قلمداد شوند و برای حمایت از اثر چنانچه شرایط ذکر شده در قانون کپی‌رایت آمریکا را دارا باشد، مورد

حمایت قرار می‌گیرد و می‌توان با توجه به کلی‌بودن واژه‌ها، موارد دیگری را نیز جزء آن قلمداد نمود.^{۴۴} بر اساس موافقت‌نامهٔ تریپس حمایت کامل‌تری از آثار ادبی و هنری صورت می‌گیرد و از کشورهای عضو می‌خواهد که در قوانین خویش از نرم‌افزارهای رایانه‌ای نیز همانند آثار ادبی حمایت کنند.

در معاهده‌های حق مؤلف واپس به قواعد اساسی و تضمین‌کنندهٔ حمایت از کپی‌رایبیت در عصر دیجیتال پرداخته شده و این دو معاهده از آثار ادبی و هنری با توجه به شرایط زمان - که بهره‌گیری از آثار به صورت دیجیتالی از طریق شبکه‌های دوسویه امکان‌پذیر است و انتقال متن، صوت، تصویر و برنامه‌های رایانه‌ای از طریق اینترنت امری ساده می‌باشد - حمایت می‌نمایند. آمریکا با پیوستن به این معاهدات، مفاد معاهده‌های Wct و Wept را تحت عنوان قانون کپی‌رایبیت هزارهٔ دیجیتالی در سال ۱۹۹۸ تصویب کرد.

در ایران ابهام در زمینهٔ حمایت از نرم‌افزارهای رایانه‌ای وجود داشت تا سرانجام بر اساس مادهٔ ۱۶۰ قانون برنامهٔ سوم توسعهٔ اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۳۷۹) گزارش‌های پژوهشی، پایان‌نامه‌ها و نرم‌افزارهای چندرسانه‌ای به عنوان آثار مشمول مفاد قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان قرار گرفتند.

- هر گونه اثر مبتکرانهٔ دیگر که از ترکیب چند اثر از اثرهای نامبرده پدید آمده باشد: اگر اثر جدید، هویتی مستقل از اجزای خود داشته باشد و نشان ابتکار و ابداع‌های پدیدآورندهٔ آن باشد در قانون حمایت این قانون خواهد بود. در نتیجه اثر اشتقاقی که شامل ترجمه، اقتباس و تلخیص می‌شود، تحت این عنوان قرار می‌گیرد. قانون کپی‌رایبیت آمریکا از آثار اشتقاقی که بر اساس بهره‌گیری از یک یا چند اثر قبلی پدید آمده، در صورت بدیع بودن مثل ترجمه، اقتباس، تلخیص و از آثار تلفیقی که با جمع آوری و کنار هم قرار دادن آثار قبلی به گونه‌ای شکل گرفته‌اند که دارای اصالت‌اند مثل بیوگرافی‌ها، کتاب‌های راهنما، کاتالوگ‌ها و آثار جمعی،^{۴۵} مثل روزنامه‌ها و دایرةالمعارف‌ها نیز حمایت می‌کند.

در بند ۱ مادهٔ ۲ کنوانسیون برن به صورت تمثیلی از آثار تحت حمایت حقوق پدیدآورندگان نام برده شده که همهٔ آثار بدیع در حوزه‌های ادبی و علمی و هنری را صرف نظر از شکل و قالب بیان آنها در بر می‌گیرد. همچنین آثار مبتنی بر آثار دیگر، مانند

ترجمه‌ها، آثار تلفیقی، تنظیمات موسیقایی و دیگر اشکال تغییر یافته آثار ادبی یا هنری نیز مورد حمایت‌اند.^{۴۶}

گفتار دوم. مبنای حمایت از کپی‌رایت

در خصوص تردیدها یا نقدها در مورد کپی‌رایت، سه دلیل مهم وجود دارد که به بررسی آنها می‌پردازیم.

الف. حقوق طبیعی^{۴۷}

حقوق طبیعی که مترادف با حقوق فطری است، قواعدی برتر از اراده حکومت و غایت مطلوب انسان است و قانون‌گذار باید بکوشد آنها را بیابد و راهنمای خود قرار دهد.^{۴۸} مطابق نظریه حقوق طبیعی، دلیل اینکه چرا حمایت از کپی‌رایت مورد مذاکره است، این نیست که می‌پنداریم تمام مردم از کپی‌رایت نفع خواهند برد، بلکه به این دلیل از کپی‌رایت حمایت می‌شود که یک حق است و به طور شایسته در کانون حمایت قرار می‌گیرد. به خصوص اینکه کپی‌رایت حق مالکیت را در تولیدهای عقلی سازماندهی می‌کند؛ زیرا چنین محصولی از فکر نویسنده‌ای شخصی نشئت می‌گیرد. برای مثال، شعر به عنوان تلاش و الهام عقلانی، محصول ذهن شاعر است. به تعبیر دیگر، این محصول بیانی از شخصیت نویسنده است؛ با فرض اینکه اثری که فردی خلق می‌کند، ماهیت یکتای آن فرد را منعکس می‌کند. استدلال‌های حقوق طبیعی در اینجا از ما می‌خواهد که نتایج آن ابداع یا اثر را مالکیتی انحصاری و متعلق به مبدع یا نویسنده بشناسیم. در نتیجه کپی‌برداری از اثر شخصی نویسنده، غصب مالکیت او و معادل سرقت است. به همین لحاظ قانون کپی‌رایت درک قانونی و شخصی از این بدیهیات و دستوره‌های اخلاقی است.

ب. پاداش^{۴۹}

مطابق نظریه پاداش، دلیل اینکه چرا حمایت از کپی‌رایت مورد مذاکره است، این است که می‌پنداریم منصفانه است به یک نویسنده، به دلیل تلاش وی در ابداع یک اثر و عرضه آن به عموم، پاداش بدهیم. کپی‌رایت در واقع یک بیان قانونی قدردانی از نویسنده است به پاس انجام دادن کاری افزون بر آنچه جامعه از آن شخص انتظار دارد یا احساس می‌کند که متعهد به آن بوده است. به تعبیر دیگر، بحث از کپی‌رایت، شبیه باز پرداخت دین است. با وجود این، در تقابل با دیگر نظام‌های پاداش، کپی‌رایت به عموم مردم اجازه می‌دهد تا

دریافت‌کننده پاداش و اندازه آن را معین نمایند. تعداد نسخه‌های کپی‌شده از روی یک کتاب پرخریدار یا نسخه‌های ضبط شده از یک فیلم ویدئویی، ملاک میزان پاداش مالی است که به مالک اثر داده می‌شود. این نظریه، بیشتر با دیدگاه‌های مارکسیستی هماهنگی دارد.

ج. انگیزه^{۵۰}

دلیل سوم بر این اندیشه استوار است که از هر آنچه در کل برای عموم و جامعه مفید است، باید حمایت کرد. نظریه انگیزه را «ویلیام نورهاس» طرح کرده است^{۵۱}. پیش‌فرض دلیل انگیزه این است که تولید و پخش عمومی یک موضوع فرهنگی مانند کتاب، موسیقی، هنر یا فیلم فعالیتی ارزشمند و مهم است، تا جایی که بدون حمایت از کپی‌رایت، تولید و پخش این موارد در یک سطح مناسب صورت نمی‌گیرد؛ چراکه آثار اغلب با هزینه‌های بالایی ابداع می‌شوند. به همین لحاظ نخستین انتشار اثر می‌تواند فرصت را برای کپی‌برداری غیرمجاز فراهم کند. برای مثال، در حالی که برای نوشتن کتاب حقوق مالکیت‌های اخلاقی نوشته لیونل بنتلی^{۵۲} وقت و انرژی فراوانی هزینه شده است، منتشر کردن اولیه آن، می‌تواند به آسانی، با سرعت بالا و قیمت ارزان زمینه انتشار غیر قانونی مجدد آن را فراهم آورد. لذا در صورت نبود قانون کپی‌رایت، ناقض کپی‌رایت می‌تواند به آسانی و بدون صرف هزینه‌ای برای ابداع ابتدایی آن، به تکثیر آن پردازد. در حالی که به استناد دلیل انگیزه، اگر از لیونل بنتلی حمایت نمی‌شد این کتاب هرگز نوشته یا منتشر نمی‌گردید. شاید به همین دلیل باشد که حتی کهن‌ترین قوانین راجع به حمایت از کپی‌رایت، از این نظریه استقبال بیشتری کرده‌اند. مقدمه قانون کپی‌رایت (۱۷۱۰) انگلستان یکی از اهداف خود را تشویق عالمان به نوشتن کتاب‌های مفید می‌داند.^{۵۳}

بنابراین، کپی‌رایت حمایتی را مقرر می‌دارد که در پرتو آن کسانی که در تولید کالاهای فرهنگی و اطلاعاتی وقت و هزینه بسیاری صرف کرده‌اند، مطمئن باشند که نه تنها سرمایه‌گذاری آنها جبران می‌شود، بلکه سود و شهرت مناسبی را نیز با این آثار به دست می‌آورند،^{۵۴} صرف نظر از اینکه کدام یک از این دلایل را بپذیریم.

نتیجه‌گیری

کپی‌رایت شاخه‌ای از مالکیت ادبی و هنری از زیرمجموعه مالکیت فکری است که به ابداع‌کنندگان آثار ادبی مانند کتاب داستان، شعر، نمایش‌نامه، متون مرجع، روزنامه‌های

رایانه‌ای، پایگاه داده‌ها، فیلم، قطعات موسیقی و آثار هنری مانند نقاشی، طراحی، عکس و مجسمه، معماری، تبلیغات، نقشه‌های جغرافیایی و نقشه‌های مهندسی تعلق می‌گیرد. دارندگان این امتیاز می‌توانند برای یک دوره زمانی محدود به نشر و تکثیر آثار تولیدی خود، بپردازند و از این منظر، کلیه حقوق مادی خویش را از آنها استیفا کنند. این در حالی است که اسناد بین‌المللی هم به چنین مؤلفه‌هایی توجه داشته‌اند. اما درباره مبانی حمایت از کپی‌رایت، صرف نظر از مبانی متفاوتی که ارائه شده است، به نظر می‌رسد نظریه انگیزه از قوت بیشتری برخوردار باشد.

این در حالی است که سهولت و آسانی نقض کپی‌رایت بر اهمیت آن می‌افزاید. با نگاهی اجمالی به آمار و ارقام نقض کپی‌رایت به آسانی پی می‌بریم که رعایت کپی‌رایت چگونه از ورود ضرر و زیان به صاحبان آن جلوگیری می‌کند. در جامعه ایران، اگرچه آمار دقیقی در این زمینه وجود ندارد، می‌توان از آمار صنایع فیلم‌سازی آمریکا استفاده کرد که سالانه حدود یک بلیون دلار به دلیل کپی‌برداری غیرمجاز ضرر می‌بینند. این مبلغ، علاوه بر مبالغی است که برای تعقیب متجاوزان کپی‌رایت و فرهنگ‌سازی درباره رعایت کپی‌رایت هزینه می‌شود. طبیعی است که دولت‌ها - که متولی و حافظ نظم در جامعه‌اند. از چنین ارقام درشت و تبعات منفی آن نگران باشند و به چاره‌اندیشی واداشته شوند و از طریق قوای مقننه به مبارزه با آن بپردازند.

در حالی که، بر اساس تکوین و تشریح، تولید فکری، محصول تلاش اندیشه انسان است که مالیت ذاتی و ملکیت تکوینی دارد. این محصول سرشار از منافع حیاتی و سرنوشت‌ساز است و در عرف معاوضه و معامله می‌شود. شرع آن را به رسمیت شناخته و تشریح آن را ضمانت و از آن حمایت کرده است.

با بررسی اقوال فقیهان به این نتیجه می‌رسیم که در میان آنان نیز روشی واحد در مورد احترام به کپی‌رایت وجود ندارد. برخی از آنان این حق را به رسمیت شناخته و شماری دیگر آن را نامعتبر شمرده‌اند. این دوگانگی در موضوع کپی‌رایت باعث شده است که حاکمان در کشورهای اسلامی در حمایت از کپی‌رایت اتفاق نظر نداشته باشند. تا زمانی که فقیهان روش واحد و مشخصی درباره مشروعیت و احترام به این دسته از حقوق در پیش نگیرند و زمینه برای همکاری‌های بین‌المللی و الحاق به کنوانسیون‌های مرتبط با کپی‌رایت فراهم نیاید، توفیقی چشم‌گیر در این عرصه عاید ما نخواهد شد.

خدا و پیامبر، حقوق مادی از جمله مالکیت را تأیید کرده‌اند، اما حقوق معنوی شامل آن نمی‌شود و چون اسمی از آن برده نشده، پس مورد تأیید دین نیست. نویسندگان حق مالی تألیف ندارند. بنابراین، ناشران و مؤسسه‌های چاپ و نشر می‌توانند هر گونه و به هر تعداد کتاب‌ها را چاپ کنند تا عقاید اسلامی ترویج و تبلیغ شود و به دست همه افراد برسد؛ چرا که مردم در بحث از حقیقت و رسیدن به آن شریک‌اند. در شرایطی که جامعه علم و ادب، از تألیفات دنیای غرب بی‌نیاز نیست، ناگهان موضوع الحاق ایران به عهدنامه کپی‌رایت و پرداخت میلیون‌ها دلار ارز به عنوان حق تألیف به نویسندگان خارجی، جامعه ما را بر سر دو راهی قرار می‌دهد. در صورتی که همین فرنگی‌ها، همه آثار علمی و تألیفات ارزشمند دانشمندان و متفکران ما را ترجمه کردند، بدون آنکه حق تألیف نویسندگان را بپردازند. با پرداخت حقوق اقتصادی برای ترجمه کتاب‌های غیرفارسی زبان، قیمت تمام شده این نوع کتاب‌ها بالا می‌رود (پیامد اقتصادی) و با توجه به پایین بودن قدرت خرید جامعه مصرف‌کنندگان کتاب در کشور، این جامعه از کالاهای علمی، فرهنگی و هنری به شکل کتاب، محروم می‌شود (پیامد فرهنگی)؛ بنابراین پرداخت حقوق اقتصادی استفاده از کارهای تحت حمایت کپی‌رایت، عملی ضد فرهنگی است. در حالی که، نقض کپی‌رایت مانعی برای توسعه اقتصادی و فرهنگی است و منابع انسانی و مالی جامعه را به هدر می‌دهد.^{۵۵}

مالکیت فکری مشتمل بر قواعدی مبنی بر شناسایی و حمایت از حقوق پدیدآورندگان و روابط آنها با مصرف‌کنندگان در مورد محصول پدیدآمده است.

با توجه به گستردگی موضوعات مربوط به آفرینش‌های فکری و تنوع و تعدد مشکلات موجود و نیز تحول و تکامل کنونی گونه‌های جدید آثار ادبی و هنری، قوانین موجد و مختصر که گاه کاستی‌ها و نارسایی‌هایی هم دارند، پاسخگوی نیازهای امروز نیستند. ضمن آنکه در این عرصه از رویه قضایی غنی و قابل اتکایی نیز برخوردار نیستیم. بر این اساس، نیاز به قانون جامع و کامل که در برگیرنده موارد پیش‌بینی نشده در این قوانین باشد و از سویی با مفاد کنوانسیون‌های بین‌المللی و تجربه‌های دیگر کشورها در خصوص حمایت از کپی‌رایت هماهنگ باشد، احساس شد. از این رو، پیش‌نویس لایحه قانونی مالکیت هنری و ادبی را گروه پژوهش مالکیت‌های ادبی و هنری پژوهشگاه فرهنگ و ارتباطات وزارت

فرهنگ و ارشاد اسلامی با همکاری سازمان جهانی مالکیت معنوی در ۳۳ ماده تدوین کرد. این پیش‌نویس به صورت مفصل به حقوق پدیدآورندگان آثار فکری پرداخته است. در تدوین این پیش‌نویس از قوانین حقوقی کشورهای مختلف از جمله فرانسه، آمریکا، انگلیس و اسناد بین‌المللی مانند کنوانسیون برن و موافقت‌نامهٔ ترپس بهره گرفته شده است. این پیش‌نویس با نگرش بومی بر اساس الگوی سازمان جهانی مالکیت فکری تهیه شده است. به همین جهت، به نظر می‌رسد که لایحه‌ای جامع و کامل‌تر از مقررات کنونی و هماهنگ با کنوانسیون‌های بین‌المللی باشد.

پی‌نوشت‌ها

۱. در حقوق کشور ما اطلاق مالکیت به حقوق فکری دارای ایراد نخواهد بود. مالکیت حقوق اخلاقی همانند حقوق عینی است، اما موضوع این حقوق اشیای غیرمادی و نامحسوس است که از آن به «حقوق مالکیت» نیز تعبیر می‌شود (حسن میرحسینی، *مالکیت فکری در نظام حقوقی ایران*، ص ۱۷). البته این دارای یا مالکیت به نسخ آن باز نمی‌گردد، بلکه در اطلاعات مندرج در آن نهفته است (علی اعظم محمدبیگی، *ارزیابی پیامدهای الحاق ایران به سازمان جهانی تجارت در حوزه کی‌رایت، مجموعه مقالات همایش بررسی جنبه‌های حقوق سازمان تجارت جهانی*، ص ۴۵)؛ چراکه تولید فکری، محصول تلاش ذهن و کوشش اندیشه عقلی و علمی انسان مالیت ذاتی و ملکیت تکوینی دارد، و شرع آن را به رسمیت شناخته است (محمودرضا افتخارزاده، *حقوق مولفان، مترجمان، هنرمندان و ناشران در فقه اسلامی معاصر*، ص ۱۴۰). ضمن آنکه در بحث از «مالکیت» آثار فکری دو نوع از مالکیت قابل تفکیک است: نوع اول، مالکیت بالذات و اولیه است و نوع دیگر آن مالکیت بالتبع، آن است که شخصی دیگر یک یا چند نسخه از اثر تولید شده توسط مالک اولیه را به طریقی (مثلاً با خریدن) به تملک خویش درآورد (اردشیر امیر ارجمند و محمد حبیبی مجنده، *جایگاه حقوق مالکیت معنوی در نظام بین‌المللی حقوق بشر*، ص ۱۳).
۲. حمیدرضا اصلانی، *حق اختراع با لحاظ موافقت نامه تریپس*، ص ۱۷.
۳. مالکیت صنعتی یکی از شاخه‌های حقوق مالکیت فکری است که برخلاف مالکیت ادبی و هنری، با آفرینش اثر به وجود نمی‌آید و دریافت گواهینامه ثبت موجد حق مالکیت برای آفریننده اثر است (شیمای پورمحمدی، *مالکیت صنعتی در موافقت نامه تریپس و کنوانسیون پاریس*، ص ۲۳۸).
۴. محمدعثمان شبیر، *المعاملات المالیه المعاصره*، ص ۲۱. از نظر ایشان این اصطلاح بر سایر اصطلاحات راجع به اموری که موضوع آن فکر و خاستگاه آن ذهن آدمی است، ترجیح دارد.
۵. در کنوانسیون‌های بین‌المللی و مقررات داخلی کشورها، تعریفی جامع و کامل درباره حقوق مرتبط (Related rights Or Neighboring Rights) وجود ندارد. برخی از حقوق دانان آن را زیر مجموعه‌ای از حقوق پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری شناسایی کرده‌اند (مریم السادات آموزگار، *آثار حقوقی عضویت ایران در سازمان تجارت جهانی در خصوص حق مولف*، ص ۱۷۷) و برخی دیگر از لحاظ نظری، میان حقوق پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری و حقوق مرتبط تفاوتی را لحاظ نکرده‌اند (محمود حکمت‌نیا، *مبانی نظری مالکیت فکری با تأکید بر فقه اسلامی*، ص ۱۸۰). در عین حال، حقوق مرتبط به کسی داده می‌شود که با اجرای آثار فکری دیگران از طریق فیلم، تئاتر و... آن را به عموم انتقال می‌دهد. ضمن اینکه این اقدامات بیشتر بر مهارت‌های فنی و سازمانی - و نه مهارت‌های خاص شخص پدیدآورنده - استوار است (محمود حکمت‌نیا و محمد موحدی ساوجی، *جایگاه مبانی نظری در فهم و ترسیم نظام مالکیت فکری*، ص ۱۰۰). البته برخی در تفکیک میان حقوق مؤلف و حقوق جانبی این چنین اعتقاد دارند که کی‌رایت در معنای وسیع کلمه حقوق جانبی را نیز دربرمی‌گیرد (حسن میرحسینی، *مقدمه‌ای بر حقوق مالکیت معنوی*، ص ۲۰).
۶. جواد صالحی، *کی‌رایت و تعامل آن با مالکیت فکری*، ص ۴۱. البته برخی با تفکیک میان «حق تصنیف» و «حق تالیف» به ارجحیت «حق تصنیف» معتقدند (رضا موسوی، همان، ص ۱۲۸).

۷. این کنواسیون که در ۹ سپتامبر ۱۸۸۶ در برن منعقد گردید، به افول قراردادهای دوجانبه حمایت از حقوق پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری منجر شد و به عنوان یک سند بین‌المللی معتبر و مستحکم، نقش تضمین‌کننده حقوق مالی و غیرمالی ناشی از این گونه آفرینش‌های فکری را برعهده گرفت (برای مطالعه بیشتر ر.ک: محسن قاسمی، *سیر تحول حقوق مولف در جامعه بین‌المللی*، ص ۱۵۲).

8. Library of Congress, Copyright Basics, P.2

9. Bern Convention, 1886

۱۰. در خصوص ریشه‌یابی اینکه چرا این موضوع در ابواب فقهی کتب فقهای قدیم سابقه‌ای ندارد، شاید بتوان به این دلیل تمسک کرد که در فرهنگ اسلامی، گسترش معارف اسلامی به عنوان یک مسئولیت شرعی ترویج و نشر علم به انحاء مختلف تشویق و ستایش می‌شود و اخذ اجرت برای آن ممنوع است. اگرچه برخی با این استدلال که آنچه به فروش می‌رسد، کاغذ و ورق است، به جواز حکم داده‌اند (عبدالرحمن ابن قدامه، *الشرح الکبیر*، ج ۴، ص ۱۲) تا مسلمانان از طریق نوشتن قرآن امرار معاش کنند (محمودرضا افتخارزاده، همان، ص ۷)، بدون این که برای خود حق خاصی در نظر بگیرند و به قوانینی در جهت تضمین این حقوق نیاز داشته باشند.

۱۱. رضا موسوی، *حق تالیف در حقوق اسلامی*، ص ۱۴۰

۱۲. عبدالحسین الامینی، *الغدير فی الکتاب و السنه و الادب*، ج ۵، ص ۳۴۵-۳۴۰

۱۳. مسعودی (مورخ سده‌های سوم و چهارم) در یکی از تألیفات خویش خطاب به کاتبان و نسخه‌برداران احتمالی آن چنین هشدار می‌دهد «هر کس حرفی از کتابم را تحریف کند، یا بخشی از آن را بردارد، یا نکته‌ای روشن و معلوم را تباه سازد، یا شرح حال کسی را عوض یا دگرگون سازد، یا از خود بنویسد، یا خلاصه کند، یا اثرم را به غیر من نسبت یا دیگری را در نوشتن آن شریک جلوه دهد، خداوند او را به غضب خود گرفتار کند...» (حمید آیتی، *آفرینش‌های فکری*، ص ۳۸).

۱۴. در تأیید این نظر مؤلف کتاب مفاخر اسلام نیز چنین آورده اند: «سرقت افکار و اندیشه‌ها، چه به صورت فکر یا عین عبارت... سابقه طولانی دارد و بیشتر در میان شعراء رایج بوده است.» (علی دوانی، *مفاخر اسلامی*، ج ۲، ص ۲۱).

۱۵. وهبه الزحیلی، *الفقه الاسلامی وادلته*، ج ۷، ص ۵۰۷۷

۱۶. وهبه الزحیلی، همان، ج ۴، ص ۲۷۶۱

۱۷. سیدعلی حسینی خامنه‌ای، *اجوبه الاستفتائات*، ج ۲، ص ۴۳

۱۸. سیدمحمدحسن مرعشی شوشتری به نقل: از وحید اشتیاق، *نظر چند تن از فقها و آیات عظام پیرامون حقوق مالکیت‌های فکری*، ص ۲۱۰

۱۹. سیدمحمدحسن مرعشی، *دیدگاه‌های نو در حقوق کفیری*، ص ۲۳۹

۲۰. ناصر مکارم شیرازی به نقل: از وحید اشتیاق، همان، ص ۲۱۱
۲۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *مبسوط ترمینولوژی*، ج ۴، ص ۲۹۸۴
۲۲. سیدمحمد خامنه‌ای، *ماهیت مالکیت معنوی از دیدگاه فقه امامیه*، ص ۱۲۵
۲۳. تقی‌الدین نیهانی به نقل از افتخارزاده، همان، ص ۱۰۸
۲۴. جواد تبریزی، *صراط النجاة*، ج ۵، ص ۲۱۸
۲۵. امام خمینی ره، *تحریرالوسیله*، ج ۲، ص ۶۲۵
۲۶. مهدی مهریزی، *مبانی فقهی حق مؤلف*، ص ۴۲
۲۷. لطف‌الله صافی گلپایگانی به نقل: از حمید آیتی، همان، ص ۷۱.
۲۸. تقی‌الدین نیهانی به نقل از محمودرضا افتخارزاده، همان، ص ۱۰۸
۲۹. ساناز السستی، *حقوق کیفری مالکیت ادبی و هنری*، ص ۳۱
۳۰. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *حقوق اموال*، ص ۱۶۸
31. WCT, 1996.
۳۲. با توجه به پیروزی انقلاب اسلامی و تحولات صورت گرفته در ساختارهای حکومتی، در حال حاضر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی عهده‌دار این امر است. مطابق اصول کلی در فقه اسلامی، اموال فردی که وارث ندارد باید در اختیار حاکم اسلامی قرار گیرد، که در این زمینه وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، جانشین حاکم اسلامی است.
33. Tina Hart & Linda Fazzani, Intellectual Property Law: p.154.
۳۴. حمید آیتی، همان، ص ۸۲
۳۵. این پیش‌نویس را گروه پژوهش مالکیت‌های ادبی و هنری پژوهشگاه فرهنگ و ارتباطات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی با همکاری سازمان جهانی مالکیت معنوی در ۳۳ ماده تدوین و به مجلس تقدیم کرده است.
36. TRIPS Agreement, 1995
37. World Intellectual Property Convention, 1976
38. Rome Convention, 1961
39. WPPT
۴۰. جرالدمیلرسون، *فن برنامه سازی تلویزیونی*، ص ۹.
۴۱. ف. پودوفکین، *فن سینما و بازیگری در سینما*، ترجمه حسن افشار، ص ۲۶.
۴۲. مهدی زاهدی، *گزارش همایش بین منطقه‌ای سازمان جهانی مالکیت اخلاقی در خصوص حمایت از دانش سنتی*.
۴۳. امیر صادقی نشاط، *حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای*، ص ۹۰
44. Christine Haight Farley, Protection Copyright: is Intellectual Property the Answer?, p.212
۴۵. بر اساس قانون کپی رایت آمریکا آثار جمعی در قلمرو آثار تلفیقی قرار می‌گیرد.
46. Richard Stim, Copyright Law, p.251
47. Natural Right Arguments

۴۸. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۴۴

49. Reward Arguments

50. Incentive Arguments

51. William D. Norhaus, Invention, Growth and Welfare: A theoretical treatment of technological change, p.65

52. Bentley Lionel

53. J.A.L. Sterling, World Copyright Law, p.65

54. Lionel Bentley & Brad Sherman, Intellectual Property, Patents, Copyright, Trademark, Allied Right, p.34

۵۵. جواد صالحی، کیی رایت در بیستر قانون و تعامل آن با مبانی فقهی، ص ۱۹.

منابع

- اشتیاق، وحید، «استفتائات و نظرات پیرامون مسائل فقهی و حقوقی»، رهنمون، ش ۳-۲، ۱۳۷۵.
- اصلانی، حمید رضا، *حق اختراع با لحاظ موافقت نامه تریپس*، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۱.
- افتخارزاده، محمودرضا، *حقوق مولفان، مترجمان، هنرمندان و ناشران در فقه معاصر اسلامی*، تهران، هزاران، ۱۳۷۶.
- امام خمینی (ره) *تحریرالوسیله*، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳.
- امانی، تقی، *قوانین و مقررات مالکیت فکری*، تهران، بهنامی، ۱۳۸۳.
- امیرارجمند، اردشیر، محمد حبیبی مجنده، «جایگاه حقوق مالکیت معنوی در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، *نامه مفید*، ش ۴۹، ۱۳۸۴.
- آموزگار، مریم السادات، *آثار حقوقی عضویت ایران در سازمان تجارت جهانی در خصوص حق مولف*، پایان نامه دکتری، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
- آیتی، حمید، *حقوق آفرینش‌های فکری*، تهران، حقوقدان، ۱۳۷۵.
- پودوفکین، ف. ا. *فن سینما و بازیگری در سینما*، ترجمه حسن افشار، تهران، انتشارات مرکز کرج، ۱۳۷۰.
- پورمحمدی، شیماء، «مالکیت صنعتی در موافقت نامه تریپس و کنوانسیون پاریس»، *حقوقی دادگستری*، ش ۵۱-۵۰، ۱۳۸۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق اموال*، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۰.
- چیت‌سازان، مرتضی، *حقوق مالکیت‌های فکری*، تهران، خانه کتاب، ۱۳۷۹.
- حسینی خامنه‌ای، سیدعلی، *اجوبه‌الاستفتائات*، تهران، شرکت چاپ و نشر بین‌الملل، ۱۳۷۹.
- حکمت نیا، محمود، *مبانی نظری مالکیت فکری با تأکید بر فقه اسلامی*، رساله دکتری دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۳.
- حکمت نیا، محمود، محمد موحدی ساوجی، *جایگاه مبانی نظری در فهم و ترسیم نظام مالکیت فکری، فقه و حقوق*، ش ۸، ۱۳۸۵.
- دوانی، علی، *مفاهیر اسلامی*، تهران، امیر کبیر، ۱۳۶۶.
- زاهدی، مهدی، *گزارش همایش بین منطقه‌ای سازمان جهانی مالکیت اخلاقی در خصوص حمایت از دانش سستی*، ۹-۱۱ نوامبر سال ۲۰۰۰ تایلد، سخنرانی در دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی، مورخ ۷۹/۹/۲۱.
- الستی، ساناز، *حقوق کیفری مالکیت ادبی و هنری*، تهران، میزان.
- شبیبر، محمدعثمان، *المعاملات المالیة المعاصره*، دارالنفائس، اردن، ۱۴۱۹ق.
- شمس، عبدالحمید، *حقوق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی*، تهران، سمت، ۱۳۸۲.
- شورای عالی انفورماتیک کشور، *حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزار*، تهران، سازمان برنامه و بودجه، مرکز مدارک اقتصادی، اجتماعی و انتشارات، ۱۳۸۲.
- صادقی نشاط، امیر، *حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای*، سازمان برنامه و بودجه، تهران، ۱۳۷۶.
- صالحی، جواد، *کی‌رایت و تعامل آن با مالکیت فکری*، *مجله تعالی حقوق*، ش ۱۸، ۱۳۸۶.

- قاسمی، محسن، «سیر تحول حقوق مؤلف در جامعه بین‌المللی»، *مجله حقوقی*، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ش ۳۵، ۱۳۸۵.
- کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق*، تهران، ج بیست و سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- محمدبیگی، علی اعظم، *ارزیابی پیامدهای الحاق ایران به سازمان جهانی تجارت در حوزه کپی‌رایت*، مجموعه مقالات همایش بررسی جنبه‌های حقوق سازمان تجارت جهانی، نشر موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۷۶.
- مرادی، نورالله، «حق مؤلف»، *نامه انجمن کتابداران ایران*، ش ۲، ۱۳۵۲.
- مرعشی، سیدمحمدحسن، *دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری*، تهران، میزان، ۱۳۷۳.
- موسوی، رضا، *حق تألیف در حقوق اسلامی*، *مطالعات اسلامی*، ش ۶۴، ۱۳۸۳.
- مهریزی، مهدی، *مبانی فقهی حق مؤلف*، همایش تخصصی بررسی حقوق نشر کتاب در ایران، تهران، خانه کتاب، ۱۳۸۱.
- میرحسینی، حسن، «مالکیت فکری در نظام حقوقی ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، ش ۵۰-۵۱، ۱۳۸۴.
- ، *مقدمه‌ای بر حقوق مالکیت معنوی*، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
- میلرسون، جرال، *فن برنامه سازی تلویزیونی*، ترجمه مهدی رحیمیان، تهران، سروش، ۱۳۷۷.
- وهبه الزحیلی، *الفقه الاسلامی وادلته، المجلد الرابعه*، پاکستان، المكتبة الحیبییه، بی تا.
- Bently, Lionel and Brad Sherman, *Intellectual Property, Patents, Copyright, Trademark, Allied Rights*, Third edition, London, 2001
- D.Norhaus, William, *Invention, Growth and Welfare: A theoretical treatment of technological change*, Cambridge, M.I.T. Press, 1969.
- Haight Farley, Christine; *Protection Copyright: is Intellectual Property the Answer?*, American university-washington college of Law , 2006
- Hart, Tina & Linda Fazzani; *Intellectual Property Law*, American university-washington college of Law , 2004
- library of congress , *copyright basics*, copyright office Washington D.C, 2002.
- Sterling, J.A.L., *World Copyright Law*, Second edition, London, Sweet & Maxwell, 2003.
- Stim, Richard; *Copyright Law*, first edition, west legal studies, 2000

تقصیر در مسئولیت مدنی و عدالت

مسعود راعی* / صفر علی شریفیان**

چکیده

از جمله پرسش‌های اساسی در موضوع مسئولیت مدنی، میزان انطباق آن با عدالت اجتماعی است. تلاش همه قانون‌گذاران در طول تاریخ این بوده که براساس عدالت قوانین و مقررات را وضع کنند. اما آنچه برای تحقق این مسئله در این راستا مشکل‌زا بوده، فقدان معیاری بدین منظور است. این پرسش مطرح است که با چه ضابطه‌ای می‌توان عدالت اجتماعی را در قوانین ناظر به مسئولیت مدنی جاری کرد؟ آیا با تکیه بر عنصر تقصیر یا خطر و یا تضمین حق می‌توان به عدالت اجتماعی رسید؟ آیا می‌توان گفت مطلوب‌ترین راه‌حل برای تحقق عدالت اجتماعی تکیه بر تقصیر است یا باید به سراغ عوامل دیگری همچون خطر رفت؟

این نوشتار بر آن است تا سهم عنصر تقصیر را در تحقق عدالت اجتماعی در حوزه مسئولیت مدنی نمایان سازد.

کلید واژه‌ها: تقصیر، مسئولیت مدنی، سبب، خسارت، ضمان، زیان‌دیده.

masoudraei@yahoo.com

* استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد.

** دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد.

دریافت: ۸۹/۳/۱۲ - پذیرش: ۹۰/۶/۲۸

مقدمه

پیشرفت فناوری و به تبع آن افزایش خسارت ناشی از زندگی جدید موجب افزایش اهمیت موضوع مسئولیت مدنی در میان موضوع‌های حقوقی شده که در نتیجه، منجر به پیدایش نظریه‌های مختلفی در این حوزه شده است. از جمله مهم‌ترین این نظریه‌ها، نظریه تقصیر به منظور جبران خسارت است.

نظریه خطر بر آن است که برای تحقق مسئولیت در یک مصداق خاص، کافی است که بین یک فعل خاص و ضرر رابطه برقرار شود، بدون آنکه به احراز تقصیر نیازی باشد. نظریه‌های دیگری وجود دارد که برای مثال می‌توان از نظریه تضمین حق نام برد.^۱ اکنون این پرسش مطرح است که کدام نظریه می‌تواند مبنای تحقق مسئولیت مدنی به منظور ایجاد عدالت اجتماعی باشد. در ابتدا می‌توان گفت نظریه تقصیر و ایجاد خطر را نمی‌توان مبنای منحصر مسئولیت مدنی شمرد؛ زیرا گاهی عدالت ایجاب می‌کند که کسی متحمل ضرر شود که مقصر نبوده است. چنان‌که در روابط بین کارگر و کارفرما هیچ‌کس نمی‌تواند منکر این حقیقت شود که کارفرما برای تحمل زیان‌های ناشی از کار، مناسب‌تر از کارگر است.

عدالت، راهنمای تعیین مسیر تحقق هدف است. در نتیجه، برای تشخیص تقصیر و تعیین قلمرو آن بسیار مهم است. نیازهای اقتصادی و دگرگونی بافت اجتماعی موجب شده است برخی حقوق‌دانان این ادعا را مطرح کنند که مفهوم خطا و صواب چهره‌ای نسبی و قابل انعطاف پیدا کرده است؛ زیرا تمیز خطا و صواب یکی از پیچیده‌ترین و دشوارترین مسائلی است که تاکنون انسان با آن روبه‌رو بوده است.^۲ وجود چنین پیچیدگی‌ای مانع از اطلاق این مفاهیم است؛ به ویژه در مسئولیت مدنی که این مشکل نمایان‌تر است؛ زیرا مسئولیت مدنی اصولاً ناشی از بی‌مبالاتی اشخاص است و برای تحقق آن در همه، حال وجود سه عنصر ضرر، فعل زیانبار و رابطه سببیت ضرورت دارد. در این میان، رکن سوم، یعنی رابطه سببیت بین فعل زیانبار و ضرر اهمیت خاصی دارد؛ چون رابطه مزبور از پیچیدگی و ابهامات زیادی برخوردار است که محاکم را در برخورد با دعاوی مسئولیت مدنی دچار مشکل می‌کند. برای تحقق این رابطه، تلاش برای شناسایی عامل تقصیر مهم‌ترین راهکار محسوب می‌شود. افزون بر این، تقصیر یک عنصر معنوی است و

شناسایی آن به راحتی امکان‌پذیر نیست و در نتیجه تحقق عدالت اجتماعی با مشکل مواجه خواهد شد. از این‌رو، پرداختن به این رکن و تبیین ابهامات آن و سعی در ارائه راه‌کارهای عملی برای تحقق عدالت اهمیت بسزایی دارد. اگر اسباب متعددی در ایجاد زیان دخالت داشته باشند، تعیین سبب مسئول از میان اسباب مذکور و چگونگی تقسیم مسئولیت بین آنها بسیار دشوار و پیچیده می‌شود. فقیهان، حقوق‌دانان، قوانین موضوعه و رویه قضایی نیز در برخورد با این موارد راه‌حل‌های گوناگونی ارائه کرده‌اند و وجود راه‌حل‌های مختلف به جای اینکه به حل مشکل در محاکم کمک کند، خود مشکل مضاعفی شده است؛ به‌گونه‌ای که دادگاه‌ها در انتخاب معیار و ضابطه برای تحقق عدالت قضایی دچار مشکل می‌شوند. این مقاله به دنبال آن است که از بین موارد مختلف در حوزه مسئولیت مدنی، تنها به این پرسش جواب دهد که هرگاه علم اجمالی به ایجاد زیان به وسیله یکی از چند سبب محصور وجود داشته باشد - بدون اینکه سبب مزبور تفصیلاً معلوم و معین باشد - کدام یک از اسباب را بر مبنای تقصیر باید مسئول جبران خسارت زیان‌دیده به منظور تحقق عدالت اجتماعی شناخت؟

رابطه سببیت

جز در موارد استثنایی غصب و شبه‌غصب، که برای مسئولیت مدنی نیازی به احراز رابطه سببیت بین فعل زیانبار و ضرر ایجادشده وجود ندارد، در موارد دیگر برای مطالبه جبران خسارت باید وجود این رابطه ثابت شود. منظور از رابطه سببیت در مسئولیت مدنی بیان رابطه‌ای است که بین فعل، عامل زیان و زیان برقرار است؛ به شکلی که اگر آن عمل نبود، زیان نیز اتفاق نمی‌افتاد. در مواردی که عوامل متعددی در ورود زیان دخالت داشته‌اند، باید عوامل اصلی را شناخت و همان را به عنوان سبب یا علت معرفی کرد و همیشه نمی‌توان عنصر تقصیر را عامل زیان و مسئول دانست؛ زیرا در جایی که مسئولیت بر تقصیر مبتنی نیست، فقط باید رابطه سببیت بین فعل خواننده و ورود ضرر ثابت شود؛ ولی اگر عنصر تقصیر را دخالت دهیم، باید هم تقصیر و هم رابطه سببیت بین فعل خواننده و ورود ضرر اثبات شود.

در بسیاری از موارد، وجود تقصیر نیز مشکلی را حل نمی‌کند. برای نمونه، اگر کسی درب منزل یا اتومبیل خود را قفل نکند و دزدی چیزی را از خانه یا اتومبیل او برآید،

بی‌احتیاطی یا تقصیر مالک که درب خانه یا اتومبیل را قفل نکرده است، نمی‌تواند مانع مسئولیت دزد شود.

البته باید گفت هدف اصلی در مسئولیت‌های مدنی، جبران زیان است، نه مجازات شخص مقصر. بنابراین، اگر تقصیر شخصی اثبات شود، اما زبانی از طرف مقصر به دیگران وارد نیاید، هیچ‌گونه مسئولیتی متوجه او نمی‌شود. اگرچه از نظر اخلاقی مورد نکوهش و ملامت قرار می‌گیرد، در مسئولیت کیفری نفس تقصیر مورد مجازات قرار می‌گیرد و چه بسا در بسیاری از موارد، تخلف شخص نتیجه‌زیانباری برای دیگران نداشته باشد؛ اما صرف ارتکاب تقصیر، مسئولیتی را که قانون‌گذار پیش‌بینی کرده است، به دنبال خواهد داشت.

اثبات رابطه سببیت

اصل سببیت باید به اثبات برسد؛ یعنی هرگاه در سبب‌بودن فعل شخصی تردید باشد، اصل عدم آن است. بنابراین، به یاری اصل عدم می‌توان مسئولیت را منتفی دانست، هرچند فرد مرتکب تقصیر شده باشد و به خواهان نیز خسارت وارد شده باشد؛ نه صرف تقصیر برای مقصر ایجاد مسئولیت مدنی می‌کند و نه مطلق ضرر بدون اثبات عامل آن برای زیان‌دیده حق مطالبه ایجاد می‌کند. برای مثال، چنانچه سنگی در معبر عام پرتاب، و به دنبال آن شیشه‌ای شکسته شده باشد، تا زمانی که برای قاضی محرز نشود که شکستن شیشه ناشی از اصابت سنگ پرتاب‌شده است، نمی‌تواند به جبران خسارت حکم دهد. احراز این رابطه در جایی که مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر است، بسیار آسان‌تر از مواردی است که مسئولیت بدون تقصیر پذیرفته شده است؛ زیرا در فرص نخست، دادرس در بین عوامل متعدد فقط به عوامل مقصر توجه داشته و به دنبال احراز این رابطه بین عوامل مقصر و زیان وارده است؛ در حالی که در جاهایی که مسئولیت مبتنی بر تقصیر نیست، باید از بین عوامل متعدد و متکثر به دنبال سبب یا اسباب اصلی مؤثر در وقوع ضرر باشد؛ ولی دشواری اصلی در احراز رابطه سببیت جایی است که علم اجمالی به ایجاد ضرر توسط یکی از چند سبب داریم؛ بدون اینکه بتوان آن سبب را از بین اسباب مزبور دقیقاً مشخص کرد.

در موارد مسئولیت ناشی از فعل شخص، باید رابطه سببیت بین فعل خود شخص (خواننده) و ضرر ایجادشده احراز شود؛ در حالی که در موارد مسئولیت ناشی از فعل غیر،

این رابطه باید بین تقصیر شخص ثالثی که مسئولیت اعمال او بر عهده خواننده است و زیان وارده اثبات شود؛ چنانچه کسی که به ظرفیت کارفرمایی برای مطالبه خسارت‌های ناشی از اعمال زیانبار کارگران تحت امر او اقدام می‌کند، به اثبات رابطه سببیت بین تقصیر خواننده و زیان وارده به خود نیازی ندارد؛ زیرا در اینجا تقصیر کارفرما مفروض است، بلکه باید این امر را ثابت کند که زیان وارده به او، تقصیر کارگر تحت امر خواننده است.^۳

استثنائات رابطه سببیت

در مواردی از مسئولیت مدنی، بدون وجود رابطه مذکور نیز می‌توان به جبران خسارت زیان‌دیده حکم داد. از این امر به استثنائات رابطه سببیت تعبیر شده است.^۴ قوانین ما در دو مورد، یعنی غصب و شبه‌غصب، وجود رابطه سببیت برای تحقق مسئولیت مدنی را ضروری ندانسته است.

غصب

مبحث «غصب» در قانون مدنی اقتباس از حقوق اسلامی و فقه امامیه و از مصادیق بارز مسئولیت عینی است. در حقوق اسلامی، احکام غصب مبتنی بر روایت نبوی معروف است که: «علی الید ما أخذت حتی تودیته».^۵ در اصطلاح حقوقی، مطابق آنچه در ماده ۳۰۸ قانون مدنی آمده است، «استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان»، و چون در تمام مواردی که شخصی برخلاف مجوز قانونی بر مال کسی استیلاء پیدا می‌کند نیز تابع احکام غصب قرار گرفته، بنابراین ماده ۳۰۸ ق.م. چنین گفته است: «غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است.» بر این اساس، برای تحقق غصب دو شرط لازم است؛ اول آنکه استیلاء و سلطه فیزیکی برای غاصب حاصل شود و بتواند عملاً عین مغصوبه را متصرف شود؛ دوم آنکه استیلاء و وضع ید به نحو نامشروع و غیرحق باشد. پس هرگاه کسی بدون اینکه بر مال غیراستیلاء پیدا کند، مالک را از تصرف در آن مال منع کند و یا هرگاه شخص با اذن صریح یا ضمنی مالک بر مال او استیلاء یابد، اصولاً غصب تحقق نیافته است.^۶ به حکم ماده ۳۱۱ ق.م. چنانچه عین مغصوب تلف یا ناقص شده باشد، غاصب باید مثل یا قیمت آن را بدهد، خواه این تلف مستند به فعل او و خواه در اثر حوادث باشد. بنابراین، مسئولیت غاصب درباره تلف و

نقص عینی، یک مسئولیت عینی است که تحت هر شرایطی بر ذمه او قرار می‌گیرد و مالک برای مطالبه خسارت از وی، نیازی به اثبات رابطه سببیت بین تلف یا نقص مالش و فعل یا ترک فعل غاصب ندارد.

شبه غصب

شبه غصب عبارت است از: مواردی که فاقد ارکان و شرایط اساسی تحقق غصب هستند، ولی آثار و احکام غصب درباره آنها جاری می‌شود. قانون مدنی در قسمت اخیر ماده ۳۰۸ اثبات ید بر مال غیر را در حکم غصب دانسته است. منظور از اثبات ید بر مال غیر این است که شروع به استیلا به اذن مالک، ولی ادامه تصرف به لحاظ مطالبه مالک و انکار یا امتناع متصرف از رد مال، غیرمجاز و نامشروع است.^۷ قانون‌گذار در ماده ۳۱۰ ق.م.ا این حکم را تکرار کرده است. شبه غصب همانند آنکه کسی که مالی به عاریه یا به ودیعه و امثال آنها در دست اوست، منکر شود. به علاوه، امین قانونی در صورت ارتکاب تقصیر (تعدی یا تفریط) در حکم غاصب است (ماده ۶۳۱ ق.م.ا) یا «هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند، باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود. (ماده ۳۶۶ ق.م.ا) در معامله فضولی نیز هرگاه مالک معامله را اجازه نکند، مشتری ضامن است (مواد ۲۶۱ تا ۲۶۳ ق.م.ا).

پس در شبه غصب همانند غصب برای تحقق مسئولیت مدنی متصرف نیازی به اثبات رابطه سببیت بین عیب، نقص و تلف مال با فعل یا ترک فعل او وجود ندارد؛ زیرا مسئولیت متصرف از تاریخ انکار یا امتناع وی از استرداد مال تحقق یافته است.

تعیین سبب مسئول در اسباب مجمل

در رسیدگی به وقوع حوادث، اینچنین نیست که همیشه فقط یک سبب در وقوع حادثه زیانبار نقش داشته باشد؛ مشکل در جایی رخ می‌دهد که اسباب متعددی در وقوع زیان دخالت داشته باشد. اگر اسباب متعدد به عرصه مسئولیت مدنی وارد شوند، دو فرض را باید تصور کرد:

۱. گاهی علم اجمالی داریم که سبب ضرر یکی از چند عامل مشخص است، بدون اینکه تفصیلاً مشخص باشد کدام یک از اسباب مذکور عامل واقعی زیان می‌باشد؛

۲. ممکن است یقین داشته باشیم که اسباب متعددی که به صورت طولی و عرضی در کنار هم قرار گرفته‌اند، باعث ایجاد ضرر شده‌اند؛ به نحوی که همه آن اسباب با زیان رابطه سببیت دارند. حال پرسش این است که تفاوت این دو فرض در چیست؟ در پاسخ باید گفت: در صورت نخست، فقط یک عامل ضرر را ایجاد کرده است؛ با اینکه چندین عامل در این خصوص مظنون‌اند؛ ولی در صورت دوم، همه اسباب در ایجاد زیان شریک هستند و در واقع همه آنها عامل ایجاد خسارت‌اند.

به عبارت دیگر، علم اجمالی به ایجاد ضرر توسط یکی از چند سبب مشخص وجود دارد، بدون اینکه سبب واقعی ضرر از بین آنها قابل تعیین باشد. برای مثال، گروهی با هم به شکار می‌پردازند. در این میان، گلوله‌ای از تفنگ یکی از آنها به اسب کشاورزی اصابت می‌کند و می‌میرد، می‌دانیم که با وجود شلیک گلوله‌های متعدد توسط شکارچیان، تنها گلوله یکی از آنها به اسب اصابت کرده است.^۸ با این فرض که فقط یک گلوله به بدن اسب اصابت کرده و گلوله مذکور نیز از تفنگ یکی از شکارچیان خوانده دعوی شلیک شده است، این ابهام پیش می‌آید که سبب واقعی مرگ اسب کشاورز، گلوله تفنگ کدام یک از شکارچیان است؟

نمونه دیگر اینکه، دو نفر از دو طایفه با یکدیگر نزاع می‌کنند. سپس یک نفر از آنها به میان طایفه خود رفته و بیست نفر مسلح با خود به همراه می‌آورد و چادرهای طرف منازعه را که سه نفر در آنها بوده‌اند، هدف گلوله قرار می‌دهند و در این میان، یک نفر مصلح که قصد برقراری آشتی میان آنها را داشته است، کشته می‌شود.^۹

در چنین مواردی که عامل حادثه مجمل و نامعین است، کدام یک از سبب‌های مذکور را باید ملزم به جبران خسارت زیان‌دیده کرد؟ آیا می‌تواند بر اساس اصل تخییر عمل کند یا بنابر نظر برخی از فقیهان برای تعیین مسئول حادثه باید به قرعه تمسک کرد؟ آیا به دلیل شناخته نشدن عامل اصلی حادثه، خسارت زیان‌دیده باید از بیت‌المال و بودجه عمومی پرداخت شود یا انصاف و عدالت حکم می‌کند که اسباب مجمل به طور مساوی خسارت متضرر را جبران کنند؟ آیا می‌توان به مسئولیت تضامنی همه اسباب حکم داد تا حقوق زیان‌دیده از هر حیث حفظ شود؟ آنچه در مسئله مورد نظر، قطعی و مسلم تلقی شده وارد شدن خسارت به شخصی و انتساب و استناد آن به عمل یکی از چند شخص معین و

معلوم است، که انجام اعمال خاص توسط این اشخاص نیز مورد تردید نیست. چه بسا دلیل قانونی جبران خسارت، قاعده اتلاف باشد که بر اساس آن، هرگاه کسی مال دیگری را تلف کند، ضامن است؛ یا قاعده لاضرر باشد که به موجب آن، هر نوع ضرر نامشروع باید جبران شود. البته بنا بر یک استنباط از این قاعده، با توجه به نامشخص بودن تلف کننده یا عامل ورود ضرر، این گونه به نظر می‌رسد که قواعد مذکور اساساً شامل چنین موردی نمی‌شود؛ زیرا در صورت اعمال قاعده لاضرر، به منظور جبران خسارت زیان دیده لازم است برخی از اشخاص غیرمسئول نیز خسارت بپردازند و این با عدالت اجتماعی سازگاری ندارد، بلکه علم اجمالی به لزوم جبران خسارتی قطعی که بر مبنای نامشروعی ایجاد شده است، ما را به سوی یافتن مسئول و ضامن و شیوه جبران خسارت سوق می‌دهد.

بررسی مسئله در فقه و حقوق اسلامی

فقیهان شیعه به بحث درباره سبب مجمل که یکی از پیچیده‌ترین و دشوارترین مسائل حقوقی است، کمتر پرداخته‌اند؛ بلکه در مواردی در مقام پاسخ به استفتائات و یا در مقام بررسی رابطه استناد در قتل، اشاره‌ای مختصر به مسئله کرده‌اند. حاصل بررسی‌ها این است که فقیهان شیعه در مقام پاسخ به این پرسش، به چهار دسته تقسیم می‌شوند؛ دسته اول اعتقاد به تخیر قاضی در الزام هر یک از اسباب مجمل به جبران خسارت زیان دیده دارند؛ زیرا به عقیده ایشان، موضوع از مصادیق دوران امر بین محذورین یا دوران امر بین محذورهای متعدد است که مجرای اصل عملی تخیر می‌باشد؛ دسته دوم موضوع را از مصادیق امر مشکل دانسته و مطابق قاعده، راه کار را در تعیین مسئول به وسیله قرعه یافته‌اند؛ دسته سوم از طریق قیاس موضوع با مواردی که به علت ابهام در شناخت قاتل، دیه مقتول از بیت‌المال پرداخت می‌شود، همین حکم را نزدیک به صواب دانسته‌اند؛ گروه چهارم معتقدند اگر مسئولیت به طور مساوی بین اسباب مجمل تقسیم شود، به عدالت نزدیک‌تر است.

بحث و بررسی

قاعده بر این است که هرگاه برای تبیین حکم شرعی به دلیل اجتهادی دسترسی نباشد، چاره کار در این است که به اصول عملیه تمسک جست. از این رو، جهت گفته‌اند: «الاصل

دلیل حیث لادلیل.» در نتیجه، می‌توان گفت هر جا امری دارای سابقه، متقن و معلومی باشد، استصحاب جریان دارد؛ مانند حکم به بقای حیات شخصی که حیات و ممات او محل تردید است، به دلیل یقین به حیات سابق او، و هرگاه موضوع فاقد سابقه معلوم و معین باشد، مجرای اصول دیگر است؛ یعنی چنانچه در اصل حکم و تکلیف تردید باشد، برائت جاری می‌شود و در حالت سوم، مکلف بین دو محذور فعل و ترک فعل یا وجوب و حرمت قرار گرفته است و امکان عمل به هر دو تکلیف برایش مقدور نیست. اصولیان از این امر به دوران امر بین محذورین تعبیر کرده‌اند و چون امکان عمل به هر دو تکلیف برای مکلف وجود ندارد، وی را در انجام به یکی از آن دو مخیر ساخته‌اند. در حالت چهارم، مکلف در چنین محذوری قرار نگرفته و امکان عمل به اطراف علم اجمالی برایش مقدور است. بنابراین، گفته شده که باید به تمام اطراف علم اجمالی عمل کند تا یقین حاصل شود که به تکلیف شارع عمل کرده است. در اینجا، علم تفصیلی و قطع به ورود ضرر هست؛ منتها درباره عامل زیان، علم اجمالی وجود دارد که یکی از چند سبب معلوم و معین سبب ضرر است. چون موضوع فاقد سابقه معلوم و یقینی است، بنابراین جریان استصحاب در آن منتفی می‌باشد. از یک طرف، بی‌تردید تکلیفی وجود دارد؛ زیرا موضوع مجرای اصل برائت نیز نیست. از طرف دیگر، اقتضای قاعده لاضرر آن است که خسارت زیان‌دیده جبران شود، و از طرف دیگر منع اکل مال به باطل، مقتضی حرمت اخذ خسارت از همه اسباب مجمل است. پس موضوع دایر است بین وجوب و لزوم جبران خسارت زیان‌دیده به وسیله همه اسبابی که احتمال انتساب ضرر بدان‌ها می‌رود و حرمت اخذ خسارت از همه اسباب مجمل، با علم به اینکه فقط یکی از آنها مسبب واقعی ضرر می‌باشند.

نتیجه اینکه، در اسباب مجمل، امر بین وجوب و حرمت در دوران است و موضوع از مصادیق دوران امر بین محذورین، و محل جریان اصل تخیر می‌باشد، اما اعمال تخیر، یعنی دادن این اختیار به قاضی که بتواند درباره تمام افراد به عدم ضمان حکم دهد یا همه آنها را ضامن شناخته و یا برخی را به جبران خسارت زیان‌دیده ملزم، و برخی دیگر را تبرئه کند، نتیجه‌ای است که عقل سلیم آن را نمی‌پذیرد؛^۱ زیرا دو علم اجمالی وجود دارد: ۱. علم اجمالی به لزوم جبران خسارت توسط یکی از اسباب؛ ۲. علم اجمالی به تبرئه دیگر اسباب از تأدیه خسارت.

بنابراین، مسئولیت تمام اسباب یا برائت همه آنها از تأدیه خسارت زیان دیده، مخالف قطعی با مجموع دو علم اجمالی مذکور می‌باشد و بهتر است از این مخالفت قطعی پرهیز کرد؛ بدین ترتیب که با ضامن شناختن یکی از اسباب مذکور و تبرئه سایرین، زمینه موافقت احتمالی با علم اجمالی و عدم مخالفت قطعی با آن را فراهم ساخت.

از طرف، باز گذاشتن دست قاضی در انتخاب یکی از اسباب مجمل به مثابه ضامن جبران خسارت زیان دیده، چه بسا به سوءاستفاده و تضییع حقوق مردم منجر شود. در پاسخ گفته می‌شود که هرگاه دو مفسده با هم تعارض کنند، برای دفع مفسده بزرگتر ناگزیر باید مفسده کمتر را تحمل کرد. برای مثال، چنانچه امر بین فوت شخص و شرب خمر توسط او دایر باشد، برای جلوگیری از فوت که دارای مفسده بزرگتر است، نوشیدن خمر که دارای مفسده کمتر است، مجاز می‌شود. در اینجا نیز مفسده پرداخت خسارت توسط سببی که احتمالاً عامل واقعی زیان نیست، تحمل می‌شود تا مفسده بزرگتر که عدم جبران خسارت زیان دیده باشد، دفع شود؛ اما مهم این است که معضل اختیار قاضی در تعیین سبب مزبور، بدون هیچ قرینه و سوءاستفاده‌های ناشی از آن، همچنان پا برجاست.

تعیین سبب مسئول با استفاده از قاعده قرعه

بررسی حکم مسئله از راه قرعه، یکی از راه‌های موردنظر تعیین شخص مسئول است. بر این اساس، قاضی، به ناچار و برای جبران خسارت زیان دیده که به طور قطع و بر مبنای علم اجمالی لازم است انجام گیرد و نیز برای رهایی از ایرادهای وارد بر نظریه‌ای که صرفاً به علم اجمالی مستند باشد، باید یک نفر را به حکم قرعه ملزم به جبران کند؛ به ویژه آنکه طبق گفته مشهور، قرعه، راه حل هر امر مشکلی است. نظر برخی از فقیهان و حقوق دانان، در موارد مشکل، یعنی جایی که دلیل شرعی و قانونی معتبر برای خروج از شبهه و اجمال وجود ندارد، قرعه یکی از راه‌های معتبر است.^{۱۱} خروج موارد متعددی از موضوع‌ها از قلمرو آن، موجب تضعیف اعتبار آن نیست؛ زیرا خارج بودن موارد مذکور، نه به دلیل تخصیص اکثر موارد، که قبیح و غیرعقلایی است، بلکه به دلیل خروج تخصصی آنهاست؛ بدین معنا که موارد مذکور از ابتدا جزو قلمرو قاعده قرعه نبوده‌اند تا سپس با ورود دلایل خاص، از شمول آن بیرون آمده باشند.^{۱۲}

در اینکه چگونه ممکن است قرعه درست درآید، دو احتمال داده شده است: اول اینکه

خداوند دخالت می‌کند و ما را به حقیقت رهنمون می‌کند؛ زیرا خود در قرآن می‌فرماید: «بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ»؛ (مائده: ۶۴) دوم اینکه، قرعه حجت است؛ چون از ائمه اطهار علیهم‌السلام روایت شده است که در هر مجهولی می‌توان از قرعه سود جست. می‌توان گفت قرعه نه به دلیل کشف از واقع، بلکه به سمت حل و فصل اختلافات حجت شمرده شده است.^{۱۳} در مورد حکمت قرعه گفته‌اند برای جلوگیری از کینه و پرهیز از ترجیح بدون دلیل و راضی شدن به قضای الهی، در موردی که حقوق و مصالح افراد با هم مساوی‌اند و بیم آن می‌رود که بین آنها اختلاف شود، تشریح شده است.^{۱۴} به طور خلاصه، قرعه در شبهات موضوعیه مقرون به علم اجمالی که احتیاط در آنها راه ندارد یا ممکن نیست جاری می‌شود.^{۱۵} بنابراین، قرعه در شبهات حکمیه و موضوعیه بدویه قابل استفاده نیست؛ زیرا در این شبهات به وسیله سایر اصول و امارات می‌توان شبه را دفع کرد، حال آنکه استفاده از قرعه مشروط به وجود بن‌بست کامل است. از این رو، هرگاه طریق دیگری برای حل مشکل پیدا شود، نمی‌توان از قرعه استفاده کرد.^{۱۶}

انجام قرعه در اسباب مجمل

در فرض اسباب مجمل، برخی از فقیهان از جمله امام خمینی رحمته‌الله معتقدند برای تعیین سبب مسئول باید به قرعه تمسک جست؛ زیرا موضوع مصداق امر مجهولی است که نه تنها هیچ دلیلی قطعی یا ظنی برای روشن کردن آن وجود ندارد، بلکه مجرای هیچ اصل عملی نیز نیست. امام رحمته‌الله در پاسخ به این پرسش که «اگر دو نفر متهم به قتل باشند و هر کدام ادعا کند که دیگری کشته است، چه باید کرد؟» گفته است:

با گفته یک نفر، قاتل بودن ثابت نمی‌شود و در صورت علم اجمالی به قاتل بودن یکی از دو نفر معین، اگر حجت شرعی بر قاتل بودن یکی قائم نشود و نوبت به دیه برسد، دیه را با قید قرعه از یکی می‌توان گرفت.^{۱۷}

آیت‌الله مرعشی نجفی در مورد مشابهی که دو نفر جرحی به شخصی وارد می‌کنند و جرح یکی از آن دو به قتل مجنی علیه منجر می‌شود، بدون اینکه معلوم باشد امر جرح علت مرگ است، برای تعیین قاتل قائل به قرعه شده است.^{۱۸}

در مقررات کیفری فعلی نیز قرعه برای تعیین مسئول پرداخت دیه طی ماده ۳۱۵ ق.م.ا. پیش‌بینی شده است: «اگر دو نفر متهم به قتل باشند و هر کدام ادعا کند که دیگری کشته

است و علم اجمالی بر وقوع قتل توسط یکی از آن دو نفر باشد و حجت شرعی بر قاتل بودن یکی اقامه نشود و نوبت به دیه برسد، با قید قرعه، دیه از یکی از آن دو گرفته می‌شود.» با استناد به این ماده و اخذ وحدت ملاک از آن، مسئله منازعه را نیز می‌توان با قرعه حل کرد. در این ماده، شبهه بین دو نفر عنوان شده است که ظاهراً این قید موضوعیت نداشته و تعداد بیشتر از آن را نیز شامل می‌شود؛ زیرا مبنای ماده، فتاوی معتبر و قاعده «القرعه لکل امر مشکل» است و ذکر عدد دو به عنوان حداقل می‌باشد.^{۱۹} و لازم نیست حتماً دو نفر باشند. با این توضیحات، انجام قرعه برای تعیین مسئول پرداخت خسارت از این نظر مورد اشکال واقع شده است که نفس قاعده قرعه و حجیت آن، به دلایل محکم و متقنی متکی نیست و بسیاری از فقیهان، از جمله آیت‌الله صافی گلپایگانی آن را قاعده‌ای سست و متزلزل می‌دانند.^{۲۰} در تأیید این نظر، باید به مسئله اجتماع چند سبب اشاره کرد. در این مسئله نیز با آنکه میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد و آرای متعددی صادر شده است، مانند ضمان سبب مقدم در وجود خارجی، ضمان سبب مقدم در تأثیر، ضمان سبب متأخر در تأثیر و اشتراک در ضمان،^{۲۱} با این حال هیچ‌یک از فقیهان نظریه قرعه را نپذیرفته‌اند. یکی از فقیهان محقق می‌گوید:

... روشن گردید که حکم در اجتماع دو سبب، منحصر در ترجیح دادن یکی از آنها بر دیگری است، نه اشتراک هر دو سبب در ضمان. در صورتی که ضمان یکی از دو سبب، ترجیح داده نشود، حکم به قرعه یا تخیر در انتخاب یکی از آنها داده می‌شود، ولی هیچ فقهی را که یکی از این دو راه اخیر را پذیرفته باشد، نمی‌یابیم.^{۲۲}

بنابراین، تمسک به چنین قاعده‌ای برای حل مشکل منطقی نیست. برخی از نویسندگان معاصر نیز با رد انجام قرعه در تعیین سبب مسئول در بین اسباب مجمل، به قیاس تمسک جسته و ضمن مقایسه موضوع با اجتماع اسباب واقعی و تذکر این نکته که در فرض اخیر هیچ کس از فقیهان و علمای حقوق قائل به قرعه برای تعیین سبب مسئول نشده‌اند، در فرض اجتماع اسباب مجمل نیز انجام قرعه را غیرقابل پذیرش دانسته‌اند؛^{۲۳} هرچند به نظر می‌رسد قیاس مذکور درست نباشد؛ زیرا در فرض اجتماع اسباب واقعی، یقین به سببیت هست و هدف صرفاً شناخت سبب مؤثرتر در وقوع زیان است. منطقی است که این سبب را نمی‌توان با قرعه مشخص کرد.

اما در بین اسباب مجمل، چون هیچ راهی برای شناخت سبب واقعی وجود ندارد،

تمسک به قرعه می‌تواند توجیهی داشته باشد. با وجود این، این امر به منزله تأیید روش قرعه در شناخت سبب مسئول از بین اسباب مجمل نیست؛ زیرا که انجام قرعه برای تعیین سبب مسئول در فرض اسباب مجمل، عملاً ممکن است به نتایج ناعادلانه و غیرمنطقی برسد، برای مثال، چنانچه علم اجمالی به اینکه خسارت وارده به دو نفر به وسیله دو نفر دیگر وارد شده باشد، بدون اینکه معلوم باشد کدام یک از زیان‌دیدگان به وسیله کدام عامل زیان ایجاد شده است، اقتضای قاعده قرعه این است که برای تعیین مسئول جبران خسارت هر کدام از زیان‌دیدگان، جداگانه قرعه کشیده شود؛ چون دوبار قرعه‌کشی صورت می‌گیرد، چه بسا هر دو بار قرعه به نام یکی از اسباب مجمل درآید، که این نتیجه را نمی‌توان پذیرفت. افزون بر این، در تعیین مسئول جبران خسارت در منازعاتی نیز که مرتکب اصلی صدمات در آنها مشخص نیست، این مشکل وجود دارد.

جبران خسارت زیان‌دیده از بیت‌المال

جبران خسارت زیان‌دیده از بیت‌المال در موارد متعددی در حقوق اسلامی پیش‌بینی شده است؛ برای نمونه، چنانچه جسد شخصی در شارع عام پیدا شود و هیچ‌گونه دلیل قطعی یا ظنی بر انتساب قتل او به شخص یا اشخاص در دسترس نباشد، دیه او از بیت‌المال پرداخته می‌شود. افزون بر این، در مورد کسی که در اثر ازدحام به قتل برسد و قرائن ظنی بر انتساب قتل او شخص یا جماعتی نباشد،^{۲۴} دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود. البته قاعده کلی آن است که هرگاه مسلمانی را کشته ببینند و قرائن ظنی برای قاضی درباره قتل او به شخص یا اشخاص معینی وجود نداشته باشد، دیه او از بیت‌المال پرداخت می‌شود که ماده ۲۵۵ ق.م.ا. شاهد بر این مدعاست. دیوان عالی کشور موردی را که فردی در اثر تصادف کشته شده است و راننده مقصر فرار کرده است، از مصادیق ماده ۲۵۵ ق.م.ا. دانسته و به واسطه نامعلوم بودن قاتل و از به منظور هدر نرفتن خون مسلمان، می‌توان به مسئولیت بیت‌المال در خصوص دیه قائل شد. از جمله موارد پرداخت دیه از بیت‌المال، موارد مطروحه در مواد ۵۸، ۲۳۶، ۲۴۴، ۲۵۵، ۲۶۰، ۳۱۲، ۳۱۳، ۳۳۲ ق.م.ا. است.^{۲۵} بدیهی است که در همه موارد، پرداخت دیه از بیت‌المال منوط به مطالبه اولیا دم می‌باشد.

البته احکام و مواد مذکور، مبتنی بر قاعده لاضرر و به منظور تضمین حق زیان‌دیده وضع شده‌اند؛ زیرا اضرار به دیگران، و حتی به خود نارواست. پس باید در درجه نخست

ریشه ضرر از بین برود و آنگاه تا جایی که امکان دارد، وضع زیان دیده به صورت پیشین خود برگردانده شود. حال اگر زیان دیده با حجر یا اعسار فاعل زیان روبه‌رو شود، می‌توان از ابزارهای کمکی استفاده کرد. همچون رجوع به عاقله، که قانون‌گذار تمهیداتی را اندیشیده است که در پاره‌ای از موارد، عاقله یا دولت باید زیان‌ها را جبران کند. چنان‌که در ماده ۳۱۲ ق.م.ا آمده است: «هرگاه جانی دارای عاقله نباشد یا عاقله او نتواند دیه را در مدت سه سال بپردازد دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود.»
در روایت معتبره/ابی‌عبیده آمده است:

از امام باقر^ع از حکم نابینایی که چشم انسان بینایی را کور کرده بود پرسیدم؛ امام فرمودند عمد شخص نابینا مانند خطاست در جنایت نابینا، دیه ثابت است که از مالش پرداخته می‌شود. پس اگر مالی نداشته باشد، دیه را امام پرداخته و حق مسلمان پایمال نمی‌شود.^{۲۶}

منظور از «ضایع نشدن حق مسلمان»، که در ذیل روایت مزبور آمده است، پرداخت «دیه چشم مجنی‌علیه» است. از سوی دیگر، «نابینا بودن جانی» خصوصیتی نداشته و آنچه مهم است، از بین نرفتن حق یا خون مسلمان است. بنابراین، با توجه به روایت، امام مسلمانان در مقام متولی امر بیت‌المال در دیه جراحات خطایی مسئولیت خواهد داشت. البته باید یادآور شد که درباره جنایت نابینا، روایت صحیح‌های از طریق حلبی وارد شده است که در ذیل آن آمده است: «جنایت نابینا خطاست. عاقله باید دیه را در طی سه سال و هر سال بخشی از آن را بپردازند و اگر نابینا عاقله‌ای نداشته باشد، از مال خودش دیه گرفته می‌شود.»^{۲۷} جمع معتبره/ابی‌عبیده و صحیح‌های حلبی این‌گونه خواهد بود که هرگاه نابینا عاقله داشته باشد، عاقله باید دیه جنایات خطا را بپردازند و در صورت فقدان عاقله، شخص نابینا از اموال خود دیه جنایت را می‌پردازد؛ ولی اگر مالی نداشته باشد، امام از بیت‌المال دیه را پرداخت خواهد کرد.^{۲۸}

در روایت سکونی از امام صادق^ع آمده است: «در هایشات^{۲۹} نه دیه ثابت است و نه قصاص». امام صادق^ع در روایت دیگری که سند آن را به حضرت علی^ع رسانده‌اند می‌فرمایند: حضرت علی^ع دیه چنین بزه‌دیده‌ای را از بیت‌المال پرداختند: «حُمَيْدُ بْنُ زِيَادٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ الْمِثْمِيِّ عَنْ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ^ع عَنْ رَجُلٍ قَتَلَ رَجُلًا مُتَعَمِّدًا ثُمَّ هَرَبَ الْقَاتِلُ فَلَمْ يُقْدَرْ عَلَيْهِ

قَالَ إِنَّ كَانَ لَهُ مَالٌ أَخَذَتْ الدِّيَّةَ مِنْ مَالِهِ وَإِلَّا فَمِنَ الْأَقْرَبِ فَأَلْقُرَبِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ قَرَابَةٌ
وَأَدَاةُ الْإِمَامِ فَإِنَّهُ لَا يَبْطُلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ.»^{۳۰}

چنان‌که ملاحظه می‌شود، مضمون روایت نخست آن است که هرگاه شخصی در جریان آشوب‌ها به قتل برسد، دیه‌ای برای او ثابت نیست؛ اما در روایت دوم بر این مطلب تصریح شده است که حضرت امیر علیه السلام دیه شخصی را که در اثر آشوب و ناآرامی به قتل رسیده بود، از بیت‌المال پرداخت کردند.

مرحوم صاحب جواهر بین دو روایت مزبور که در کافی نقل شده است، این‌گونه جمع می‌نماید: «معلوم است که مراد امام علیه السلام از این عبارت که در هایشات نه دیه ثابت است و نه قصاص، ... آن است که در غیر بیت‌المال چیزی ثابت نیست.»^{۳۱} جمعی که صاحب جواهر از دو روایت به عمل آورده، جمعی مقرون به صحت است که روایات دیگری نیز مؤید آن است؛ مانند روایت سوار از امام حسن علیه السلام در روایت مذکور که حضرت امیر علیه السلام دیه زنی را که در اثر هراس ناشی از فتنه جمل قالب تهی کرده بود، از بیت‌المال پرداختند.

در معتبره/ابی‌مریم آمده است: «امام باقر علیه السلام فرمودند: امیرالمؤمنین حکم فرمودند به اینکه هر آنچه را که قاضیان در خون یا قطع (قتل یا جراحت) خطا می‌کنند، جبران آن بر عهده بیت‌المال است.»^{۳۲} از روایات مذکور مسئولیت بیت‌المال در دیه جراحات روشن و واضح است. از این‌رو، به نظر می‌رسد با لحاظ همین مبنا بتوان در فرض ضرر ناشی از اسباب مجمل نیز خسارت ایجادشده را از بیت‌المال مسلمانان جبران کرد. البته این نظر با این انتقاد مواجه شده است که پرداخت دیه از بیت‌المال در موارد خاصی پذیرفته شده است و از جمله «احکام خاص در موضوعات خاص» تلقی می‌شود که در این صورت باید روش‌های دیگری را دنبال کرد.

جبران خسارت به وسیله شرکت‌های بیمه

در مواردی شخص مسئول حادثه، مسئولیت خود را بیمه کرده است و بیمه‌گر خسارت وارد بر زیان‌دیده را جبران می‌کند؛ ولی جبران خسارت به وسیله بیمه‌گر نافی مسئولیت و تعهد فاعل زیان نیست؛ زیرا مسئول اصلی جبران، فاعل زیان است و بیمه‌گر به موجب قرارداد بیمه، مسئولیت بیمه‌گذار را جبران می‌کند. در واقع، در یک تحلیل بنیادی می‌توان گفت بیمه‌گذار با پیش‌بینی مناسب و دوراندیشی با بستن قرارداد بیمه، تعهد جبران پاره‌ای

از مسئولیت‌های خود را به بیمه‌گر منتقل می‌کند و بیمه‌گر نیز به موجب قرارداد مذکور در قبال دریافت حق بیمه، تعهد می‌کند مسئولیت‌های غیر عمدی توافق‌شده را از محل حق بیمه یا مجموع حق بیمه‌های دریافتی از بیمه‌گذاران جبران کند. با این تحلیل می‌توان بیمه‌گر را بر حسب مورد، نماینده فردی و قراردادی بیمه‌گذاران یا نماینده جمعی و قانونی بیمه‌گذاران دانست که بر اساس قرارداد بیمه و گاه به حکم قانون، مسئول جبران زیان‌های وارد بر زیان‌دیده شده است و خود مسئول اصلی حادثه نیست. بنابراین، هرگاه زیان‌دیده به عللی نتواند تمام یا بخشی از خسارت را از بیمه‌گر بگیرد، حق رجوع به مسئول حادثه، زیان‌بار را دارد. به عبارت دقیق‌تر، در بیمه‌های مسئولیت، حقوق زیان‌دیده بیشتر تضمین می‌شود؛ زیرا زیان‌دیده گذشته از مسئول حادثه، حق رجوع به بیمه‌گر را نیز به دست می‌آورد.^{۳۳}

بررسی سبب متعارف و اصلی در فقه اسلامی

موضوع مذکور را در بحث موجبات ضمان بدین صورت آورده‌اند که هرگاه کسی در ملک خود آتشی به مقدار نیازش روشن کند که احتمال سرایت آن به جاهای دیگر نمی‌رفته، اما اتفاقاً سرایت کرده و منجر به تلف مال دیگری شود، ضامن نمی‌باشد.^{۳۴} و آیت‌الله خوئی می‌گوید: «لا ضیمان فیما لا یعد اضراراً عرفاً وان ترتب علیه الضرر اتفاقاً»؛^{۳۵} ضمان در حیاتی که عرفاً اضرار شمرده نمی‌شود وجود ندارد، هرچند که اتفاقاً منجر به ضرر شود. همین قاعده را در تعریف سبب آورده و متذکر شده‌اند باید عرفاً از سبب انتظار تلف رود.^{۳۶}

بنابراین، از دیدگاه گروهی از فقیهان شیعه، سببی را می‌توان مسئول جبران خسارت زیان‌دیده شناخت که متعارفاً و بر حسب سیر طبیعی امور به زیان منجر می‌شده است، نه سببی که استثنائاً و به طور اتفاقی زیانی را به دنبال داشته است. با وجود این، هیچ‌کدام از اینان در فرض اجتماع اسباب به طور صریح نظریه سبب متعارف را اتخاذ نکرده‌اند، اما از میان شیعه کسی که با صراحت نظریه مذکور را می‌پذیرد، مرحوم کاشف‌الغطاست. وی پس از اعلام ضمان اقوی در فرض اجتماع اسباب مثالی را ذکر می‌کند؛ بدین مضمون که هرگاه شخصی عدواناً در طویله را باز کند و دیگری افسار حیوان بسته‌شده در آن را رها، و در نتیجه حیوان فرار کند، ضمان بر عهده بازکننده در است؛ زیرا اگر در باز نمی‌شد، حیوان نمی‌توانست فرار کند، ولو اینکه افسارش هم باز می‌شد،^{۳۷} ولی به نظر می‌رسد، مسئول

شناختن بازکننده در به طور مطلق با ملاک سبب اقوا چندان هم سازگار نیست؛ زیرا زمانی که باز شدن در طویله قبل از رها شدن افسار صورت گرفته باشد، چگونه می‌توان بازکننده در را سبب اقوا شناخت، در حالی که رهاکننده افسار با علم به باز بودن در و امکان قرار حیوان افسار را باز می‌کند؟ البته ایشان اضافه می‌کند که این یک حکم عام و کلی نیست؛ بلکه در هر مورد خاص باید با توجه به شرایط و اوضاع و احوال قضیه و داوری عرف و استنباط قاضی از ادله دعوی تصمیم گرفته شود، و مثال می‌زند که چنانچه در فرض مثال حیوان خود قادر به شکستن در طویله می‌بود، سبب اقوا بازکننده افسار می‌بود؛ اما به نظر می‌رسد که باید در موارد گوناگون، هر موردی جداگانه مورد دقت قرار گیرد. بدین ترتیب، هرگاه مباشر اقوا از سبب باشد، مباشر ضامن است و اگر به عکس سبب اقوا باشد، سبب ضامن است. بنابراین ملاک و معیار، صدق استناد است و عنوان مباشر و یا سبب دخیل نیست. البته باید توجه داشت گاهی تقدم زمانی از نظر عرف موجب اقوایت در استناد می‌شود. فقیهان در این بحث، مثال‌های فراوانی را برای اجتماع مباشر سبب متعرض شده و بحث کرده‌اند که ضامن از آن کدام است.^{۳۸}

بررسی نظریه سبب متعارف در حقوق موضوعه

در قوانین جمهوری اسلامی ایران، ماده ۳۵۲ و ۳۵۳ ق.م.ا. بر مبنای نظریه سبب متعارف انشا شده‌اند: «هرگاه کسی در ملک خود به مقدار نیاز یا زائد بر آن آتشی روشن کند و بداند که به جایی سرایت نمی‌کند و عادتاً نیز سرایت نکند، لکن اتفاقاً به جای دیگر سرایت کند و موجب تلف یا خسارت شود، ضامن نخواهد بود»؛ «هرگاه کسی در ملک خود آتش روشن کند که عادتاً به محل دیگر سرایت می‌نماید و یا بداند که به جای دیگر سرایت خواهد کرد و در اثر سرایت موجب تلف یا خسارت شود، عهده‌دار آن خواهد بود، گرچه به مقدار نیاز خود روشن کرده باشد.» از این مواد چنین نتیجه می‌گیریم که هرگاه افروختن آتش به صورتی باشد که متعارف و برحسب سیر طبیعی امور منجر به سرایت به املاک دیگر شود، ضامن آور است و بالعکس هرگاه آتش منجر به سرایت نشود، بلکه اتفاقاً به اموال دیگران سرایت کند، برای روشن‌کننده آن ضمانتی نخواهد داشت. به نظر می‌رسد مثال آتش و خسارت ناشی از آن، هیچ خصوصیتی ندارد که حکم مزبور را مختص به آن بدانیم بلکه باید آن را قاعده‌ای کلی دانسته و در مورد هر خسارتی جاری بدانیم.

نظریه سبب متعارف

عمده ایرادی که به نظریه سبب متعارف شده، این است که نظریه مذکور معیار و ضابطه دقیقی برای تعیین سبب مسئول ارائه نمی‌دهد و با توجه به اینکه غالباً عوامل ایجادکننده ضرر پیچیده و مبهم هستند، تمیز سبب متعارف از بین آنها مشکل و به سلیقه انتخاب‌کننده وابسته می‌شود. چه بسا در یک مورد خاص، محکمه‌ای سبب معینی را سبب متعارف و مسئول حادثه تلقی کند، ولی محکمه دیگر در همان مورد سبب دیگری را سبب متعارف و اصلی زیان محسوب نماید.^{۳۹}

در پاسخ باید گفت: اولاً، چنین نیست که این نظریه هیچ ضابطه و ملاکی برای تعیین سبب مسئول ارائه نداده باشد، بلکه یک ضابطه و قاعده کلی را مشخص می‌کند. هر سببی که بر حسب سیر متعارف امور و به طور طبیعی منجر به نتیجه زیان‌بار شود، مسئول است. منطقی هم همین است که قانون‌گذار قاعده کلی را بیان، و تشخیص مصداق را به قاضی و مجری قانون واگذار کند. ثانیاً، حقوق و سایر رشته‌های علوم انسانی مانند ریاضی نیستند تا بتوان برای مسائل آنها فرمول تعیین کرد. داوری در علوم انسانی نمی‌تواند نوعی و قاعده‌پذیر باشد. بنابراین شایسته نیست که با ارائه یک فرمول معین، قاضی را مکلف کرد تا به شکل گریزناپذیری در قالب آن فرمول خاص تصمیمی اتخاذ کند. ثالثاً، در بسیاری از موارد، قانون‌گذار ملاک تصمیم‌گیری‌های قاضی را داوری عرف قرار داده است. به نظر می‌رسد، در حقوق و قوانین، به‌رغم پراکندگی و تشتت قوانین مختلف درباره تعیین سبب مسئول، آنچه مبنا و ملاک اصلی ضمان می‌باشد، همان موارد مذکور در ماده ۳۵۲ و ۳۵۳ ق.م.ا. آمده است؛ یعنی فعل دارای سبب باید متعارفاً و بر حسب سیر طبیعی امور به زیان منجر شود تا بتوان او را مسئول شناخت.

معیار توزیع مسئولیت

آنچه به منزله یک قاعده کلی در حقوق کشور ما جاری است، توزیع مسئولیت بین فاعلان و مسببان یک خسارت است و باید اصل را بر توزیع مسئولیت دانست و مسئولیت قابل توزیع است و مسئولی که بر اساس وصف تضامن ملزم به جبران کل خسارت زیان‌دیده است، پس از جبران، حق رجوع به همدستان خویش یعنی مسئولان دیگر را خواهد داشت. بنابراین، اصل توزیع مسئولیت هم در مسئولیت تضامنی و هم در مسئولیت غیرتضامنی کاربرد خواهد داشت:

در مسئولیت تضامنی، در رابطه بین مسئولین خسارت، پس از جبران ضرر از ناحیه یکی از ایشان اصل بر توزیع مسئولیت است و در مسئولیت غیرتضامنی در رابطه بین زیان‌دیده و مسئولیت اصل بر توزیع مسئولیت خواهد بود.^{۴۱}

اما توزیع مسئولیت چگونه باید انجام گیرد؟ وقتی خسارت نتیجه کار جمعی، چند سبب مختلف باشد، به نحوی که نتوان گفت کدام جزء خسارت از فعل یا ترک فعل کدام عامل زیان‌ناشت گرفته است، تجزیه خسارت و قرار دادن مسئولیت جبران هر جزء آن بر ذمه یکی از اسباب، توجیه منطقی ندارد؛ زیرا چه بسا در حقوق زیان‌دیده خللی ایجاد شود؛ بدین معنا که چه بسا به لحاظ عدم دسترسی زیان‌دیده به برخی از اسباب زیان یا به دلیل مفلس شدن برخی از اسباب مذکور یا به هر دلیل دیگری، نتواند به قسمتی از خساراتی که تحمل کرده است، دست یابد، در حالی که نه تنها در حقوق اسلام به لحاظ وجود اصول و قواعدی چون «اصل تضمین حق زیان‌دیده» یا قاعده «لاضرر»، نظر بر آن بوده است که خسارت وارده به اشخاص در هر حال جبران شود، در حقوق اسلام پرداخت دیه از جانب عاقله در جنایات خطایی محض، ناظر به همین مطلب است. همچنین یا تعبیری که از قاعده «لاضرر» شده، مبنی بر اینکه منظور از «لاضرر» این است که هیچ ضرر جبران‌نشده‌ای در اسلام وجود ندارد، مؤید مطلب مزبور است.

تقسیم مسئولیت به نسبت درجه تقصیر

یکی از معیارهای تقسیم مسئولیت، تقسیم به اندازه درجه تقصیر هر یک از مسئولان است. تقصیر ممکن است سنگین یا سبک و یا بسیار سبک باشد. تقصیر سنگین مفهومی میانه تقصیر عمدی و خطاست؛ زیرا مرتکب نسبت به نتیجه یقین ندارد و آن را نمی‌خواهد؛ ولی درجه احتمال افراد به مرحله ظن می‌رسد. گاه نیز تقصیر به دلیل بی‌اعتنایی به ارزشی مهم (مانند جان و شرافت انسان) سنگین محسوب می‌شود. این تقسیم در حقوق ما مبنایی ندارد؛ زیرا تقصیر به هر درجه‌ای که باشد، ایجاد مسئولیت می‌کند. شدت و ضعف مسئولیت وابسته به میزان خسارت است، نه درجه تقصیر. به همین دلیل چه بسا از لغزش و اشتباهی کوچک، مسئولیتی بزرگ به بار آید یا از بی‌مبالاتی و تقصیری سنگین ضرری به بار نیاید و یا آنچه ایجاد می‌شود، ناچیز و اندک باشد.^{۴۱}

در مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر، هرگاه برخی از اسباب حادثه زیانبار مقصر و برخی

فاقد تقصیر باشند، فقط آن اسبابی مسئول جبران خسارت زیان دیده شناخته می‌شوند که مرتکب تقصیر شده باشند، وگرنه اسباب بدون تقصیر از مسئولیت و جبران خسارت زیان دیده معاف هستند. همچنان‌که قسم اخیر ماده ۳۳۶ ق. ا. م. ا. در قرض «تصادف بین دو سوار و ... اگر یکی از آنها مقصر باشد، فقط مقصر ضامن است»، یا اینکه تقصیر و درجه آن را در تحقق مسئولیت سوارانی که با هم برخورد کرده‌اند و وسیله نقلیه آنها خسارت دیده است مؤثر نمی‌داند و معیار دیگری که همان انتساب عمل به سوار است، برگزیده است. با وجود این تقصیر، یک طرف را شرط انتساب برخورد و تصادم و در نتیجه شرط تحقق مسئولیت یک طرف در صورتی که طرف دیگر بی تقصیر باشد قرار داده است و جبران خسارت فقط بر عهده سببی گذاشته شده است که مرتکب تقصیر یا تعدی عرفی شده است.^{۴۲}

ملاک و معیار تقصیر در تعیین سبب مقصر چیست؟ در جواب باید گفت: عمل ارتكابی از جانب شخص را با توجه به معیارهای رفتار طبیعی یک شخص متعارف می‌سنجند و در خصوص تقصیر آمیز بودن یا نبودن آن سخن گفته می‌شود یا اینکه ملاک و معیار رفتار مرتکب را با توجه به وضعیت خودش ارزیابی می‌شود و یا اینکه آمیزه‌ای از این دو معیار و ضابطه را برای تبیین تقصیر به کار می‌برند.^{۴۳} دلیل اهمیت شناخت تعریف تقصیر در این شیوه تقسیم مسئولیت آن است که تشخیص درجه تقصیر، فرع بر احراز خود تقصیر است. بنابراین، مادامی که فعل یا ترک فعلی تقصیر محسوب نشده است، تعیین درجه برای آن و تقسیم مسئولیت بر اساس آن، موضوعاً منتفی خواهد بود. در برخی از آرای فقیهان شیعه می‌توان نشانه‌هایی از تأثیر تقصیر در تقسیم مسئولیت را یافت. چنان‌که گفته شد، هرگاه مالک ملک مشاعی بدون اذن شریکش در ملک مشترک چاهی حفر، و دیگری در آن سقوط کند، فقط ضامن نیمی از دیه است؛ زیرا عمل او فقط نسبت به آن سهمی از زمین که مالکش نیست عدوانی است و نسبت به سهم خودش غیرعدوانی است. پس به نسبتی که مرتکب تقصیر و عدوان شده، یعنی پنجاه درصد، ضامن دیه است.^{۴۴} از آنجا که در حقوق کشور ما بیشتر به جبران زیان متضرر توجه شده و هدف مسئولیت مدنی جبران خساراتی است که به اشخاص وارد می‌شود، شدت و ضعف تقصیر عاملان زیان نمی‌تواند در میزان این مسئولیت تأثیر داشته باشد. ماده ۱۶۵ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ نیز به شدت و ضعف تقصیر توجه داشته است:

«اگر دو یا چند کشتی مرتکب خطا شوند، مسئولیت هر یک از کشتی‌ها متناسب به اهمیت تقصیر با شواهد و قراین ممکن نباشد و یا تقصیر طرفین به نظر یکسان برسد، طرفین به نسبت مساوی مسوول خواهند بود.»^{۴۵}

بنابراین، با توجه به این ماده قانونی، قاضی در تعیین میزان مسئولیت هریک از کشتی‌ها باید بدو به درجه تقصیر آنها در وقوع حادثه زیانبار توجه کند و چنان‌که بتواند درجه تقصیر آنها را تشخیص دهد، هرکدام از آنها را به همان نسبت مسئول جبران خسارت تلقی کند؛ ولی هرگاه قادر به تعیین درجه تقصیر کشتی‌ها نبود و زمانی که احراز کند درجه تقصیر هر دو کشتی مساوی است، مسئولیت را به تساوی بین آنها تقسیم نماید.

به نظر می‌رسد، این روش جایگاه چندان محکمی در حقوق ندارد و چون مسئولیت مدنی کیفر تقصیر نیست تا به تناسب شدت و ضعف تقصیر حدود آن کم یا زیاد شود، هر شخصی به میزان زیانی که به دیگران رسانده، مسئول جبران خسارت آنهاست و هدف، جبران خسارت زیان‌دیده است و مجازات مسئول، به دلیل کاری که انجام داده است، نیست. این شیوه در حقوق جایگاه محکمی ندارد که بتوان به آن توجه کرد و مسئولیت را بر مبنای آن بین اسباب متعدد تقسیم کرد؛ زیرا تنها متن قانونی موجود در ایران که به این روش تقسیم مسئولیت نظر دارد، ماده ۱۶۵ قانون دریایی می‌باشد که یک قانون خاص ویژه خسارت دریایی است و در مبنای فقه شیعه بیشتر به جبران عامل زیان‌دیده و تضمین حقوق او توجه شده و کمتر به درجه تقصیر عامل زیان در میزان مسئولیت توجه شده است.

تقسیم مسئولیت به تساوی

اگر چند نفر به طور مشترک سبب ورود خسارت به دیگری شوند، همه آنها به صورت مساوی باید از عهده جبران خسارت زیان‌دیده برآیند؛ یعنی هرگاه چند عامل به منزله سبب متعارف حادثه زیانبار شناخته شدند، تقسیم مسئولیت بین آنها به صورت مساوی صورت می‌گیرد. بنابراین اگر مسئول حادثه زیانبار دو نفر بودند، هر کدام باید نیمی از خسارت زیان‌دیده را جبران کنند.

در باره نظریه مذکور دو دیدگاه وجود دارد. در دیدگاه اول، تقسیم مسئولیت بین اسباب زیان در هر حال به طور مساوی صورت می‌گیرد، صرف‌نظر از اینکه میزان خسارت تأثیر آنها در وقوع زیان یا درجه تقصیرشان در ایجاد آن مساوی باشد یا مختلف.^{۴۶}

در دیدگاه دوم، تقسیم به تساوی را معلق به آن کرده‌اند که درجه تقصیر یا میزان تأثیر اسباب در وقوع حادثه زیانبار، قابل تعیین نباشد. بنابراین، از دیدگاه آنها این شیوه تقسیم مسئولیت روشی فرعی بوده، تا زمانی که امکان اعمال روش‌های دیگر وجود داشته باشد، به کار بردن آن منتفی است.^{۴۷} در فقه اسلامی، تقسیم مسئولیت به تساوی پذیرفته شده است. در قوانین، ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «هرگاه چند نفر با هم سبب آسیب یا خسارتی شوند، به طور تساوی عهده‌دار خسارت خواهند بود.» برای مثال، اگر دو نفر سبب تلف ظرف عتیقه‌ای شوند، مسئولیت جبران خسارت بین آن دو به تساوی توزیع می‌شود و درجه تأثیر دخالت آنان و سنگینی و سبکی تقصیر ایشان هیچ نقشی ندارد. غیر از ماده مذکور، مواد ۳۳۴ تا ۳۳۸ ق.م.ا. نیز حکایت از تقسیم مسئولیت به طور برابر بین دو نفر که خود با وسیله نقلیه‌شان با همدیگر برخورد کرده و منجر به ایجاد زیان شده است دارد.

رویه قضایی محاکم نیز بر اساس این شیوه، به تقسیم مسئولیت میان عاملان زیان پرداخته است؛ چنان‌که شعبه یازدهم دیوان عالی کشور در مقام نقض دادنامه صادره از دادگاه بدوی در رأی شماره ۱۱/۴۱۷/۱۱ مستفاد از ماده ۱۰ قانون قصاص و مواد ۳۸ الی ۴۰ قانون دیات درباره اشتراک در جنایت، دیه باید بالسویه بین متهمین تقسیم شود.^{۴۸} هرگاه دخالت چند سبب یا چند نفر در ایراد ضرب و جرح محرز باشد، ولی نوع ضرب و جرح وارده از ناحیه هر کدام به طور مشخص معلوم نباشد، حکم به پرداخت دیه به طور تساوی داده می‌شود.^{۴۹}

سازگاری موضوع با عدالت

حسن این معیار، سهولت تقسیم و توزیع مسئولیت است؛ اما عیب آن نگرش یکسان به همه مسببان است. در حالی که یکسان دیدن دو نفر که یکی مرتکب تقصیری سنگین و دیگری مرتکب تقصیر قابل اغماضی شده است، چندان قابل توجیه نیست؛ ولی هر جا نسبت و میزان دخالت هریک از مسئولان متعدد در تحقق ضرر معلوم نباشد، چاره‌ای جز توسل به معیار توزیع مسئولیت به نسبت تساوی نیست. در این صورت، این روش تقسیم با دو مشکل روبه‌رو می‌شود: اول اینکه، آن سببی که تأثیرش در وقوع زیان کمتر از بقیه بوده، قسمتی از بار مسئولیت دیگران را نیز بر دوش می‌کشد و این خلاف اصل

شخصی بودن مسئولیت‌هاست. دوم اینکه، سببی که تأثیرش در وقوع خسارت بیشتر از بقیه بود، از ایفای بخشی از مسئولیت ناشی از عمل خود بناحق و بدون دلیل معاف می‌شود و این مغایر با عدالت و انصاف است. به نظر می‌رسد، اقتضای عمل به اصول و قواعد حقوقی اسلام آن است که باید هر سبب را به اندازه تأثیرش در وقوع زیان به جبران خسارت زیان‌دیده محکوم کرد. اگر بتوان میزان این تأثیر را تعیین کرد. به عبارت دیگر، در هر حادثه‌ای ظاهر آن است که مسببان آن حادثه در تأثیر برابر بوده‌اند و بر مبنای این ظاهر، فرض بر آن است که هر کدام باید نیمی از خسارت زیان‌دیده را جبران کنند؛ مگر آنکه خلاف آن ظاهر ثابت شود، یعنی ثابت شود که میزان تأثیر هر سبب در وقوع حادثه به اندازه تأثیر سبب دیگر متفاوت بوده است.

بررسی نظریه تساوی اسباب در جبران خسارت

گروهی از فقیهان امامیه معتقدند که در فرض اسباب مجمل درباره قتل، تساوی جبران خسارت مطرح است و حکم به توزیع دیه در بین اسباب مجمل داده‌اند. آیت‌الله مکارم شیرازی در پاسخ استفتایی بدین شرح که «چنانچه در اثر تیراندازی همزمان چند شخص، فردی کشته شود و نتوان ثابت نمود که تیر کدام یک به مقتول اصابت نموده تکلیف چیست؟» اظهار داشته است: «چنانچه ثابت شود که به واسطه یکی از آنها این شخص کشته شده و راهی برای تعیین قاتل نیست، دیه در میان آنها تقسیم می‌شود».

یکی دیگر از فقیهان معاصر که قائل به این نظر شده، آیت‌الله گلپایگانی است که در پاسخ استفتایی در این باره جواب داده است:

با ثبوت قتل به نحو علم اجمالی از یکی از دو نفر، اولیا دم مقتول می‌توانند هر دو نفر را قسم بدهند. پس اگر هر دو قسم بخورند بر عدم قتل یا هیچ‌یک قسم نخورد، باید دیه را مشترکاً به ورثه مقتول بدهند.^{۵۰}

یکی از فقیهان معاصر در کتاب *قصاص*، پس از طرح این مسئله سؤال می‌کند که آیا باید اسباب مجمل را به دلیل اصل عدم تبرئه کرد یا بر مبنای قاعده عدل و انصاف، دیه را بین آنها توزیع کرد و یا مسئول پرداخت دیه را با قرعه تعیین کرد؟ آن‌گاه خود نظر عدل و انصاف را برگزیده و استدلال می‌کند که به دلیل وجود قاعده عدل و انصاف، نه مجالی برای تمسک به قرعه است و نه عمل به اصل عدم؛ زیرا از یک طرف قرعه را مشهور

فقیهان امامیه رد کرده‌اند و از طرف دیگر براساس «الاصل دلیل حیث لادلیل»، فقیه نامبرده در ادامه ضمن رد نظریه پرداخت دیه از بیت‌المال، آن را مختص موردی می‌داند که امکان پرداخت دیه از هیچ طریق دیگری فراهم نباشد. وی در تأیید نظر خود به روایتی استناد می‌کند که به موجب آن، امام علیه السلام دیه غریقی در آب را بر شناگران همراهش قرار داد؛ در فرضی که محتمل بود یکی از دو گروه شناگران او را غرق کرده باشند؛ به اضافه روایتی که در موارد مختلف وارد شده و مثبت احکامی است که ظاهراً از باب قاعده عدل می‌باشد.^{۵۱} در مقابل، مخالفان عدل و انصاف اساساً آن را به مثابه یک قاعده قبول نداشته و آن را محدود به موارد خاصه‌ای دانسته‌اند که در فقه آمده است. از این رو، تعدادی از آنها تمسک به عدل و انصاف را جایز نمی‌دانند. برای نمونه، مرحوم آیت‌الله خوئی قاعده عدل و انصاف را مطلقاً ثابت ندانسته‌اند.^{۵۲} شهید ثانی نیز در بحث احکام تنازع، روایتی را که درباره مال ودعی بنا را بر تنصیف گذاشته، دارای ضعف سندی و مقتضای قواعد را در این موارد استناد به قرعه می‌داند.^{۵۳} یکی از محققان معاصر می‌گوید: «هر جا که بتوان قاعده عدل و انصاف را به کار برد، نوبت به قرعه که حاکم کور است نمی‌رسد.»^{۵۴} در مورد اجرای قاعده عدل و انصاف، آدمی خود را بصیر و بینا می‌بیند؛ وانگهی محور اصلی علم حقوق و قوانین باید عدل و انصاف باشد. بنابراین، تا جایی که می‌توان از قاعده عدل و انصاف بهره جست، نباید به قرعه اندیشید. یکی دیگر از فقیهان معاصر تقسیم دیه را بین متنازعين با قول مشهور فقیهان می‌داند و بیان می‌کند:

دیه مقتول باید طبق قاعده عدل و انصاف بر تمام شرکت‌کنندگان در نزاع تقسیم شود؛ زیرا در غیر این صورت، خون یک نفر مسلمان پایمال می‌شود و چون قاتل مشخص نیست و تکلیف هر کدام از آنها به پرداخت دیه ترجیح بلامرجع است، چاره‌ای نیست جز اینکه دیه بر تمام آنها توزیع شود. از طرفی، قول به قرعه در این مسئله صحیح نیست؛ زیرا مضافاً به اینکه قول به قرعه با روایات مغایرت دارد، نمی‌توان آن را به عنوان یک اصل کلی پذیرفت و به فرض اینکه قاعده قرعه عمومیت داشته باشد در ما نحن فیه با برخی روایات تخصیص خورده است.^{۵۵}

همچنین صاحب جواهر پس از اینکه در این وضعیت قول به قرعه و تنصیف را مطرح می‌کنند، در نهایت قول توزیع دیه را اظهر می‌دانند؛^{۵۶} اما به دلیل اینکه همه شرکت‌کنندگان در اسباب مجمل عامل ورود صدمه نیستند، تقسیم قطعاً مخالف با اصل برائت است، یعنی

اخذ بعض دیه به طور قطعی از غیر جانی بهتر است از اینکه کل دیه را از کسی که محتمل است جانی نباشد بگیریم.^{۵۷}

بررسی قوانین

هیچ حکم قانونی صریحی تا قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ دربارهٔ اسباب مجمل وجود نداشت. تنها متن قانونی که با مسامحه می‌شد حکم آن را در فرض اسباب مجمل جاری دانست، ماده ۱۰ قانون بیمه اجباری دارندگان وسایل نقلیهٔ موتوری زمینی در مقابل اشخاص ثالث مصوب آذر ماه ۱۳۴۷ بود. در این مادهٔ قانونی، پیش‌بینی شده بود چنانچه عامل ورود خسارت شناخته نشود، خسارت مزبور از طریق صندوق تأمین خسارت‌های بدنی که به وسیلهٔ شرکت سهامی بیمه ایران اداره می‌شود، پرداخت خواهد شد؛ اما با تصویب قانون مجازات اسلامی، قانون‌گذار صریحاً در مقام حل این معضل دربارهٔ قتل برآمد و در ماده ۳۱۵ این قانون مقرر داشته است:

اگر دو نفر متهم به قتل باشند و هر کدام ادعا کند که دیگری کشته است و علم اجمالی بر وقوع قتل توسط یکی از آن دو نفر باشد و حجت شرعی بر قاتل بودن یکی اقامه نشود و نوبت به دیه برسد، با قید قرعه دیه از یکی از آن دو نفر گرفته می‌شود.

البته ذکر عدد دو نفر در ماده به عنوان حداقل است و از این حیث فرقی نمی‌کند که متهمان به قتل (اسباب مجمل دو نفر یا بیشتر باشند و محاکم می‌توانند با استفاده از وحدت ملاک مادهٔ مذکور در مواردی که تعداد اسباب مجمل از دو نفر بیشتر باشند نیز همین حکم را جاری کنند (نظریهٔ مشورتی، ش ۲۴۰۱). پس از تصویب مادهٔ ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی و اتخاذ روش قرعه برای تعیین سبب مسئول محاکم کیفری ایران، با عنایت به مادهٔ مذکور به نحو قاطعی به قبول و پذیرش نظریهٔ مذکور روی آورده‌اند. شعبهٔ ۱۲ دادگاه کیفری یک در پرونده‌ای که شخص «د» در اثر ضربات چاقوی «الف» و «ب» به قتل رسیده و حسب نظریهٔ پزشکی قانونی علت مرگ ضربهٔ سوم وارده به عروق گردنی مقتول تشخیص داده شده است، با توجه به اینکه معلوم نبود ضربهٔ مذکور به وسیله کدام‌یک از متهمان به گردن مقتول وارد شده بود، مورد را از موارد علم اجمالی تشخیص داد و به قید قرعه، متهم «الف» را به پرداخت دیه در حق اولیای دم مقتول محکوم کرده است. این رأی به موجب دادنامهٔ شماره ۶۵۵-۷۱/۴/۲۸ به تأیید شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور رسیده است.

در پرونده دیگری آقای «الف» به اتهام قتل عمدی مرحوم «ب» و آقایان «ج» و «د» و «ه» هر سه نفر به عنوان شرکت در قتل عمدی مرحوم «و» در یک نزاع دسته‌جمعی شبانه ... شعبه ۲۶ کیفری یک به شرح دادنامه شماره ۷۱/۸/۱۶۹۱۵ در خصوص قاتلان مرحوم «و» شرکت در قتل عمد را ثابت ندانسته، بلکه با تشخیص مورد از موارد عام اجمالی حسب استقراع آقای «ه» به یک فقره دیه کامل مرد مسلمان در حق اولیای دم مرحوم «و» و دو متهم دیگر آقای «ج» و «د» را به پرداخت دیه و ارش صدمات دیگر بر آن مرحوم محکوم کرده که مورد اعتراض اولیای دم مرحوم (و) قرار گرفت؛ ولی رأی مذکور به موجب دادنامه ۷۱/۱۰/۶۱۰۲۶ از سوی دادگاه تجدید نظر ابرام شده است.^{۵۸}

نتیجه‌گیری

ایجاد ارزش‌های نو در حقوق مسئولیت مدنی باعث تحولاتی شده است که ریشه اصلی همه ارزش‌ها و تحولات، لزوم مصالح اجتماعی و عدالت در اجرای اصول حقوقی و قوانین است. مصادیق عدالت به تناسب شرایط زمان و مکان تغییر می‌کند و تغییر شرایط زندگی اقتصادی سبب دگرگونی روابط اجتماعی می‌شود. این دگرگونی سبب می‌شود اقتضای عدالت نیز تغییر کند. البته نخستین گام در تأمین عدالت اجتماعی وجود قانون صحیح و عادلانه‌ای است که مصالح مادی و معنوی همه مردم را به طور یکسان تضمین کند و با اسرار وجودی انسان و اصول حاکم بر روابط اجتماعی بشر هماهنگ باشد؛ تا اینکه هر کس حق خویش را بشناسد و به دستیابی به آنچه سزاوار است، امیدوار باشد و صاحب حق مطمئن باشد که به حق خود می‌رسد. به همین منظور، کاوش در قوانین و مقررات، مقدمه‌ای برای رسیدن به عدالت اجتماعی است. با توجه به آنچه گذشت، می‌توان گفت مشکل اصلی در تحقق عدالت اجتماعی، تعیین سبب مسئول برای جبران خسارت زیان‌دیده است. یکی از مهم‌ترین مواردی که در این باره می‌توان نام برد، در صورتی است که علم اجمالی پیدا شود که ورود خسارت از طریق یک سبب نامعین از بین چند سبب محصور وجود دارد که نظریه‌های گوناگونی ارائه شده است و هر کدام از این نظریه‌ها و رویه‌های اتخاذ شده با ایرادهای خاص خود روبه‌روست؛ به گونه‌ای که نمی‌توان هیچ‌کدام از آنها را روشی جامع، و منطبق با اصول حقوقی و عدالت دانست. با وجود این، به نظر می‌رسد با لحاظ همه جنبه‌ها بتوان از بین دیدگاه‌های گوناگون روشی را اتخاذ کرد که با

اصول و مبانی حقوق ما سازگاری بیشتر دارد. از این رو، تقسیم مسئولیت به تساوی و مطالبه خسارت از تمام اسباب مجمل با قطع و یقین به اینکه چند سبب در وقوع زیان نقش داشته‌اند، به نحوی که ضرر از مجموع این اسباب و شرایط حاصل شده و وجود رابطه سببیت بین همه آن اسباب و ضرر ایجاد شده است و با توجه به دخالت همه اسباب در وقوع ضرر، ترجیح یکی از آنها بر دیگری ترجیح بلامرجح و فاقد توجیه می‌باشد، باید همه اسباب مذکور را مسئول دانست و جبران خسارت را بر عهده همگی آنها گذاشت.

در مواردی که قاضی نتواند خواندگان را به مصالحه دعوت کند، مانند خسارت تجزیه‌ناپذیری مثل فوت و جرح که نمی‌توان گفت هر یک از اسباب قسمت معینی از ضرر را ایجاد کرده‌اند، یکی از راه‌حل‌های نهایی، استناد به ولایت قاضی شرع است که بر این اساس، وی می‌تواند حکم به توزیع جبران خسارت‌های وارد شده کند؛ در این صورت، او می‌تواند برای جلوگیری از هرج و مرج و به منظور فصل خصومت با فرض مسئولیت مشترک برای خواندگان، هر یک را مسئول جبران قسمتی از خسارت تلقی کند.

پی‌نوشت‌ها

۱. ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ص ۷۲.
۲. همو، «تحول مفهوم تقصیر در حقوق مسئولیت مدتی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ص ۱۹۰.
۳. همو، الزام‌های خارج از قرارداد، ص ۲۰۸.
۴. همان، ص ۴۲۲.
۵. شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام فی شرایع الاسلام، ج ۲۸، ص ۸.
۶. فخرالمحققین، ایضاح القواعد، ص ۱۶۶.
۷. ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۲۶۵.
۸. همو، الزام‌های خارج از قرارداد، ص ۲۰۹.
۹. سیدمحمدرضا گلپایگانی، مجمع‌المائل، ج ۳، ص ۲۸۶.
۱۰. محسن صفری، «مسئولیت مدنی سبب مجمل» حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ص ۶۷.
۱۱. میرعبدالفتاح مراغه‌ای، العناوین، ج ۱، ص ۲۵۱.
۱۲. ابوالحسن محمدی، قواعد عفه، ص ۱۰۱.
۱۳. همان، ص ۹۸.
۱۴. روشنعلی شکاری، «بختی پیرامون ماده ۳۱۵، قم ۱ مصوب ۱۳۷» دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ص ۳۷.
۱۵. سیدمیرزاحسن موسوی بجنوردی، قواعد الفقهیه، ص ۱۸۸.
۱۶. ناصر مکارم شیرازی، قواعد الفقهیه، ص ۴۱۱.
۱۷. حسین کریمی، موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی، ج ۱، ص ۱۶۳.
۱۸. سیدشهاب‌الدین مرعشی نجفی، قصاص علی الضوء القرآن و السنه، ص ۱۵۶.
۱۹. جعفر یزدیان جعفری «معلوم نبودن مرتکب صدمات» پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ش ۷، ص ۱۵۸.
۲۰. محسن صفری، «ممسئولیت مدنی سبب مجمل» حقوق و دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ص ۷۳.
۲۱. میرزا حبیب‌الله رشتی، رساله فی الغضب، ص ۳۵.
۲۲. همان، ص ۴۲.
۲۳. محسن صفری، «مسئولیت مدنی سبب مجمل» حقوق و دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ص ۷۴.
۲۴. امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۷۵.
۲۵. خون‌بهای شخصی که در اثر خطای قاضی در تشخیص حکم یا موضوع، به ناحق کشته شده است؛ خون‌بهای شخصی که در اثر تیراندازی مأمورانی که در حین انجام وظیفه بوده‌اند، به قتل رسیده است؛ دیه شخصی که در اثر ازدحام جمعیت کشته شده است؛ دیه مقتولی که قاتل شناسایی نشده یا پس از شناسایی متواری شده است و تا هنگام مردن نیز دور از دسترس مانده است؛ دیه شخصی که توسط مسلمان بی‌وارث (فاقد عاقله) به صورت خطا به قتل رسیده است؛ خون‌بهای شخصی که اولیای دم او حاضر به اجرای قسامه نشده‌اند و ...

۲۶. کلینی، *الکافی*، ج ۷، ص ۳۰۲؛ صدوق، *الفقیه*، ج ۴، ص ۱۱۴.
۲۷. طوسی، *تهذیب الامتاع*، ج ۱۰، ص ۲۳۲.
۲۸. سیدابوالقاسم موسوی خوئی، *مبانی تکملة المنهاج*، ج ۲، ص ۸۲.
۲۹. (هایشات آشوب و فتنه‌هایی است که در شب یا روز واقع شده و شخصی در آن مجروح شده یا به قتل می‌رسد، در حالی که ضارب و قاتل ناشناس است).
۳۰. کلینی، *الکافی*، ج ۷، ص ۳۶۵.
۳۱. شیخ محمدحسین نجفی، *جواهرالکلام*، ج ۴۲، ص ۲۳۸.
۳۲. محمدبن یعقوب کلینی، *الکافی*، ج ۷، ص ۳۶۵.
۳۳. سیدمرتضی قاسم‌زاده، *مبانی مسئولیت مدنی*، ۱۶۵.
۳۴. امام خمینی ره، همان، ج ۲، ص ۵۱۰.
۳۵. سیدابوالقاسم موسوی خوئی، همان، ص ۲۴۶.
۳۶. محقق ثانی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ص ۲۰۶.
۳۷. محمدحسین آل کاشف الغطاء، *تحریر المجله*، ص ۱۴۴.
۳۸. رحمانی، ۱۳۷۷، ص ۵۰.
۳۹. ناصر کاتوزیان، *الزام‌های خارج از قرارداد*، ص ۲۱۳.
۴۰. علیرضا یزدانیان، *قواعد عمومی مسئولیت مدنی*، ص ۴۱۰.
۴۱. ناصر کاتوزیان، *الزام‌های خارج از قرارداد*، ص ۱۵۶.
۴۲. سیدمرتضی قاسم‌زاده، *مبانی مسئولیت مدنی*، ۳۹۹.
۴۳. لعیا جنیدی، «تقصیر زیان‌دیده»، *فصل‌نامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ص ۱۳۱.
۴۴. فخرالمحققین، *ایضاح القواعد*، ج ۴، ص ۶۶۳.
۴۵. سید مرتضی قاسم‌زاده، *مبانی مسئولیت مدنی*، ص ۳۵۴.
۴۶. حسینعلی حسینی‌نژاد، *مسئولیت مدنی*، ص ۸۶.
۴۷. شهیدی، ۱۳۷۵، ص ۱۳۷.
۴۸. یدالله بازگیر، *قانون مجازات اسلامی در آئینه آرای دیوان عالی کشور*، ص ۲۳۱.
۴۹. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۶۵۲-۷/۱۰-۷۰/۷.
۵۰. محمدباقر کرمی، *مجموعه استفتائات فقهی و نظریات اداره حقوقی راجع به قتل*، ص ۹۲.
۵۱. حسینی شیرازی، *الفقیه*، ص ۱۶۸-۱۶۹.
۵۲. جعفر یزدیان جعفری، «معلوم نبودن مرتکب صدمات» پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۶۰.

۵۳. سیدجواد ذهنی تهرانی، *المباحث الفقهیه*، ج ۱، ص ۱۹۸.
۵۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *دانشنامه حقوقی*، ص ۷۴.
۵۵. شهاب‌الدین مرعشی نجفی، *قصاص علی الضو، القرآن و السنه*، ص ۲۹.
۵۶. محمدحسن نجفی، *جواهر الکلام*، ص ۴۹۵.
۵۷. ر.ک: ابوالقاسم گرجی، *تقریرات درس متون فقه جزایی*.
۵۸. ر.ک: یدالله بازگیر، *قانون مجازات اسلامی در آئینه آراء دیوان عالی کشور*.

منابع

- الکاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجله*، بی‌جا، مکتبه النجاح فیروز آبادی، ۱۳۶۱.
- امام خمینی علیه السلام، *تحریر الوسیله*، قم، مؤسسه نشر اسلامی جامعه مدرسین ۱۴۰۴ق.
- بازگیر، یدالله، *قانون مجازات اسلامی در آئینه آراء دیوان عالی کشور*، تهران، ققنوس، ۱۳۷۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دانشنامه حقوقی*، تهران، امیر کبیر، ۱۳۵۸.
- جنیدی، لعیا، «تقصیر زیان دیده»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ش ۴۶، زمستان ۱۳۷۸.
- حسینی شیرازی، سیدمحمد، *الفقه*، چ هفتم، قم، دارالعلم، ۱۴۰۷ق.
- حسینی نژاد، حسینعلی، *مسئولیت مدنی*، تهران، مجد، ۱۳۷۷.
- ذهنی تهرانی، سیدجواد، *المباحث الفقهیه*، قم، وجدانی، ۱۳۶۶.
- رشتی، میرزاحسین‌الله، *رساله فی الغصب*، بی‌جا، بی‌نا، چاپ سنگی، ۱۳۱۲ق.
- شکاری، روشنعلی، «بحثی پیرامون ماده ۳۱۵ ق.م.ا.مصوب ۱۳۷۰»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۳۳، ۱۳۷۳.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهاردهم، تهران، اسلامیة، ۱۳۶۵.
- صافی گلپایگانی، لطف‌الله، *جامع الاحکام*، قم، سپهر، ۱۴۱۸ق.
- صدوق، محمدبن علی بن الحسن، *الفقه*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ق.
- صفری، محسن، مقاله «مسئولیت مدنی سبب مجمل»، *حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۴۹، ۱۳۷۹، پاییز.
- حلی، یوسف بن المطهر، *ایضاح القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۸ق.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی، *مبانی مسئولیت مدنی*، چ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، «تحول مفهوم تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، بهار ۱۳۸۸، دوره ۳۹.
- ، *الزام‌های خارج از قرار داد*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- ، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ چهارم، بی‌جا، دادگستر، ۱۳۷۹.
- کرمی، محمدباقر، *مجموعه استفتانات فقهی و نظریات اداره حقوقی راجع به قتل*، تهران، فردوسی، ۱۳۷۷.
- کریمی، حسین، *موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی علیه السلام*، قم، شکوری، ۱۳۶۵.
- کلینی، محمدبن یعقوب، *الکافی*، تهران، دارالکتاب، ۱۳۶۷.
- گرچی، ابوالقاسم، *تقریرات درس متون فقه جزایی، ارشد حقوق جزا*، تهران، دانشگاه تهران، نیم‌سال اول ۷۹-۱۳۸۰.
- گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *مجمع المسائل*، چ دوم، قم، مؤسسه دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۳ق.
- محقق ثانی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، بیروت، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۹۹۱م.
- محمدی، ابوالحسن، *قواعد فقه*، چ دهم، تهران، میزان، ۱۳۸۷.
- مراغه‌ای، میر عبدالفتاح، *العناوین*، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین، *قصاص علی الضوء القرآن و السنه*، قم، نشر کتابخانه آیه الله مرعشی، ۱۴۱۵ق.

- مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۲.
- ____، *قواعد الفقهیه*، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ق.
- موسوی بجنوردی، سیدمیرزا حسن، *القواعد الفقهیه*، قم، دارالکتب العلمیه، ۱۳۹۱ق.
- موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکمله المنهاج*، قم، لطفی و دارالهادی، ۱۳۹۶ق.
- نجفی خونساری، شیخ موسی، *منیه الطالب*، نجف، مرتضوی، ۱۳۵۸ق.
- نجفی، شیخ محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲.
- یزدانیان، علی رضا، *قواعد عمومی مسئولیت مدنی*، تهران، میزان، ۱۳۸۶.
- یزدیان جعفری، جعفر، «معلوم نبودن مرتکب صدمات»، *فصلنامه پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی*، ش ۸، ۱۳۸۵.

سلاح کشتار جمعی از دیدگاه اسلام

سیدابراهیم حسینی*

چکیده

اسلام دین صلح و امنیت، و پیامبر او برای تمام جهانیان رحمت است. از این رو، تولید و بکارگیری سلاح‌های کشتار جمعی از دیدگاه اسلام، نه تنها توصیه نمی‌شود، ممنوع و حرام شرعی است؛ زیرا از لحاظ ایجاد هراس و وحشت، به مثابه تروریسم هسته‌ای، اقدام خشونت‌بار و مخل امنیت عمومی در سطح بین‌المللی، و از مصادیق منکر است؛ همچنین با اصول تفکیک و منع از کشتار غیررزمندگان و غیرنظامی‌ها و مردم بی‌دفاع، مصونیت پیران، کودکان، زنان، دیوانگان و رعایت قواعد بشردوستانه، اصل محدودیت در شیوه جنگ و همچنین با اهداف جهاد اسلامی که متبلور در دفاع و دعوت به توحید و گسترش آزادی‌های دینی و رفع استبداد و مبارزه با سران فتنه می‌باشد، مغایر است. دکترین بازدارندگی نیز مجوزی برای کشتن انسان‌های بی‌گناه و بی‌دفاع نیست، بلکه مقصود از آن، جلوگیری از تهدیدهای ستم‌پیشگان است.

کلید واژه‌ها: سلاح کشتار جمعی، جهاد، اسلام، سلاح هسته‌ای، امنیت، حقوق بشردوستانه اسلامی.

مقدمه

با وجود آثار ویرانگر و وحشتناک به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای و شیمیایی، که به انهدام حیات و کشتار جمعی منجر می‌شود، مسابقهٔ تسلیحاتی و افزایش روزافزون تولید این سلاح‌ها از سوی مدعیان حقوق بشر که در صدر اعلامیهٔ جهان حقوق بشر از کرامت انسانی^۱ و حق بنیادین حیات همهٔ آحاد بشریت سخن می‌گویند،^۲ تناقضی است که هر اندیشمند منصفی را دچار حیرت می‌کند. اینکه چه اهدافی آنان را به‌جای خلع سلاح هسته‌ای و بیولوژیکی و غیر آن، به مسابقهٔ تسلیحاتی سوق می‌دهد و آیا دکتترین بازدارندگی در اینجا به ضد خود تبدیل می‌شود و آیا این اقدامات به توازن قدرت منتهی می‌شود یا توازن وحشت، حقایق مهم و مبهمی است که باید در جای خود بررسی شود.

هدف از نگارش این مقاله، بیان موضع جمهوری اسلامی ایران دربارهٔ مسئلهٔ تولید و استفاده از سلاح کشتار جمعی، مانند سلاح هسته‌ای یا میکروبی و شیمیایی، بر اساس مبانی دینی است؛ اما به سه دلیل ترجیح داده شد که عنوان مقاله به «سلاح کشتار جمعی از دیدگاه اسلام» تغییر یابد:

(الف) از آنجا که نظام جمهوری اسلامی، مبتنی بر اسلام است^۳ و تمام قوانین و مقررات در هر زمینه یا موضوعی که برخلاف اسلام باشد، بی‌اعتبار است،^۴ پس دیدگاه و موضع نظام جمهوری اسلامی ایران همان دیدگاه اسلام است.

(ب) تبیین این مسئله که موضع نظام جمهوری اسلامی در این موضوع، یک موضع صرفاً سیاسی و یا وابسته به نگاه خاص رهبری یا دولت خاص و ادعای ظاهری و بدون پشتوانه نیست؛ بلکه یک موضع ناشی از عقیدهٔ دینی است که همین امر، مهم‌ترین ضمانت اجرا را به این موضع سیاسی می‌بخشد.

(ج) فراگیر بودن دیدگاه اسلام نسبت به همهٔ کشورهای اسلامی، و اختصاص نداشتن به موضع سیاسی یک کشور؛ دیدگاه جمهوری اسلامی ایران دیدگاهی ممتاز و برجسته است؛ زیرا برگرفته از اندیشهٔ ناب شیعی است که از عقلانیت، اعتدال و قوت منطقی خاصی برخوردار است. دقیقاً به همین دلیل نیز، پروژهٔ ایران‌هراسی، تبلیغات سوء دشمنان است که نباید به آن وقعی نهاد. از سوی دیگر، اسلام دین صلح و رحمت است؛ (بقره: ۲۰۸) اما گاهی برخی از آموزه‌های آن مانند جهاد، خوب فهمیده نشده است و یا عملکرد

نادرست برخی گروه‌های متحجر مانند وهابیون و طالبان یا اشکال دیگر با استفاده ابزاری از دین و آموزه‌های دین، اقداماتی کرده‌اند که زمینه‌ساز سوء تفاهم یا تبلیغات نادرست علیه اسلام شده است. از این رو، تبیین دیدگاه اسلام با تمرکز کانون بحث به فقه شیعه، اهمیت فراوان دارد.

ادعای ما این است که تولید و به‌کارگیری سلاح‌های کشتار جمعی از دیدگاه اسلام، نه تنها توصیه نمی‌شود، محکوم، ممنوع و حرام شرعی است. البته تمام یا غالب ادله، ناظر به منع استفاده از سلاح‌های کشتار جمعی است؛ اما روشن است که تولید سلاحی که به‌کارگیری آن حرام است و باعث تضييع بيت‌المال و بی‌اعتباری حکومت اسلامی و بدبینی به امت اسلامی می‌شود، مشمول همان ادله و احکام خواهد بود؛ اما ادله شواهد و مستندات فقهی و حقوقی ما در این نظریه امور ذیل است:

۱. امنیت از نیازهای اولیه زندگی اجتماعی: برخورداری از امنیت از نیازهای اولیه و از آرمان‌های دیرین بشری است. کابوس وحشتناک ترس ناشی از تجاوز، ظلم و تهدید و ارباب، همواره عامل ناگواری، رکود و ناامیدی انسان در زندگی جمعی بوده است. رهایی از این کابوس و احساس امنیت در برابر عواملی که آرامش زندگی و حقوق فرد و جامعه را به مخاطره می‌افکنند و زندگی و آزادی و آسایش انسان را مورد تهدید قرار می‌دهد است، هم وظیفه نخستین و غیرقابل انکار همه حکومت‌ها خواه دینی و خواه سکولار است و هم نیازمند تلاش جمعی همه ملت‌ها و یکایک ابناء بشر است؛ زیرا امنیت حالتی نیست که با فعالیت فردی و یا یک‌جانبه تحقق پذیرد؛ بلکه در این راه، همکاری افراد برای تأمین امنیت ملی و مشارکت همگانی در تأمین امنیت جهانی اجتناب‌ناپذیر است. غیر از تجاوز و ستمگری، تولید و تکثیر و مسابقه سلاح‌های میکروبی و هسته‌ای و ترور یا ایجاد رعب و وحشت از عوامل مهم تهدیدکننده امنیت در سطح بین‌المللی است. از این رو، مقابله با همه عوامل سلب امنیت در هر شکل و قالبی که باشد - از جمله سلاح‌های کشتار - مسئولیت همگانی است؛ زیرا اینکه بی‌شک همه عوامل تهدیدکننده امنیت از مصادیق (منکر) یعنی زشتی و پلیدی و ضدارزش است و مقابله با آن، مصداق نهی از منکر و زمینه تحقق (معروف) خواهد بود.

۲. به مثابه تروریسم هسته‌ای: به نظر ما، استفاده از سلاح‌های هسته‌ای به لحاظ آن که ایجاد هراس و وحشت می‌کند، لااقل به لحاظ حکمی نوعی تروریسم است. برخی فقیهان

شیعه با نزدیک دانستن معنای تروریسم با تهدید و ارباب، معتقدند ترور عبارت است از: «هر نوع عملی که به منظور اهداف غیرانسانی و در جهت فساد، و متضمن به خطر افکندن امنیت و ایجاد زمینه تعرض و محدودیت در مورد حقوق مشروع بشری و موجب سلب آرامش گردد».^۵

گفتنی است تهدید و ارباب به این معنا می‌تواند در قالب‌های مختلف نمود پیدا کند؛ از جمله در شکل تولید سلاح‌های مخوف هسته‌ای، میکروبی، استراتژی‌های جنون‌آمیزی چون جنگ ستارگان، پیمان‌های نظامی،^۶ ایجاد رژیم‌های بی‌ریشه و سرکوبگر مانند رژیم غاصب اسرائیل که نه تنها منطقه خاورمیانه، بلکه سراسر جهان از فتنه و فساد آن در امان نیست؛ فاجعه «قانا» در لبنان، «دیر یاسین»، «صبرا» و «شتیلا» در فلسطین جلوه‌های بارز اقدامات تروریستی است که متأسفانه با سکوت یا رضایت و بلکه حمایت دولت‌های غربی مدعی مبارزه با تروریسم، جهان را تا حد یک جنگ تمام‌عیار در مقیاس جنگ جهانی مورد تهدید قرار دادند. آنها با اشغال و تجاوز به حاکمیت سرزمینی عراق و افغانستان، به نام مبارزه با تروریست‌هایی که مانند طالبان و صدام مزدور خود آنها بودند، آسایش و امنیت را و حتی از مردمان خود آن کشورها سلب کرد و می‌کنند.

ملاحظه می‌شود که استفاده از سلاح‌های کشتار جمعی در عوامل ذیل با تروریسم مشترک است:

الف) مهم‌ترین عنصر تروریسم، سلب امنیت و آسایش است که آن را تا حد بزرگ‌ترین جنایت برای بشریت خطرناک می‌سازد؛

ب) انگیزه آن مقاصد غیرانسانی و ضد بشری است که معمولاً عاملان تهدید و ارباب را به انجام جنایاتی علیه بشریت وامی‌دارد؛^۷

ج) اقدام خشونت‌آمیز و به کارگیری سلاح یا تهدید به آن؛

د) غیرقانونی بودن و هنجارشکنی اقدامات تروریستی؛

ه) مهم‌تر از همه اینکه، قربانیان در هر دو مورد، غیرنظامیان و افراد بی‌گناه هستند.

۳. جهاد اسلامی مغایر با کشتار جمعی: به دلایل مختلف، از جمله تبلیغات سوء دشمنان اسلام و نیز عملکرد نادرست برخی اسلام‌نمایان (مانند طالبان و گروه‌های تروریستی وهابیت که یک مذهب و مسلک ساختگی و مورد تأیید و حمایت انگلیسی‌ها و

امریکایی‌ها است)، آموزه‌های نورانی اسلام دربارهٔ دفاع از خود (جهاد دفاعی) و دفاع از حقوق اساسی بشر (جهاد دعوت)، احیاناً مستمسک توجیه اقدامات تروریستی و کشتار افراد بی‌گناه و بمب‌گذاری، عملیات انتحاری و ایجاد ترس و وحشت در بین مردم قلمداد می‌شود و این برخلاف روح شریعت اسلامی است.

اقدامات نظامی و جنگ در اسلام؛ در جهاد دفاعی یا جهاد دعوت متبلور است و در هیچ‌یک از این موارد، به کارگیری سلاح‌های کشتار جمعی نه تنها جایز نیست، شرعاً حرام است؛ زیرا در جهاد دعوت که برای گسترش آزادی‌های دینی و رفع استبداد است، هدف عمده و اساسی به حکم قرآن کریم مبارزه با سران فتنه و مستبد، یعنی حاکمان و سران ستمگر است که مانع دعوت مردم به تعالیم انبیا و شنیدن کلام حق و پذیرش آزادانهٔ دین حق می‌شوند. (توبه: ۱۲)

نوع دیگر جهاد برای دفاع از خود (دفاع مشروع) یا از دیگری (امت اسلامی یا مسلمان مظلوم و یا مستضعفان معروف به جهاد آزادی‌بخش) است؛ اما همان‌طور که مفسران و فقیهان با استناد به قرآن به درستی یادآور شده‌اند، دفاع مشروع نیز حد و مرز دارد و اگر بیش از اندازهٔ دفاع باشد، تجاوز از دفاع مشروع است؛^۸ چنان‌که خدای متعال می‌فرماید: «وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا...» (بقره: ۱۹)؛ یعنی حتی با همان کسانی نیز که با شما نبرد می‌کنند، نباید در مقام دفاع و مقابله، به بیش از اندازهٔ دفاع اقدام کرد؛ تجاوز حتی به دشمن نیز ناصواب و نارواست، جز آنچه به منظور پیشگیری از تجاوز باشد که آن هم اقدامی با ماهیت دفاعی است، نه تجاوزگری.^۹ بر همین اساس، تعرض به غیرنظامیان و کشتار کسانی که نه حاکم ستمگر هستند و نه در میدان نبرد علیه مسلمانان، معنا و مبنای منطقی و شرعی ندارد؛ بلکه شدیداً مورد نهی و حرمت است.

۴. اصل تفکیک در اسلام: در میدان نبرد، با توجه به اصل تفکیک، کشتار غیررزمندگان شامل کشاورزان، تاجران، بازرگانان، پیمانکاران، اطفال، زنان، نابینایان، معلولان، راهبان و صومعه‌نشینان و همچنین رعایت اصل محدودیت در سه بعد زمانی، یعنی تحریم آغازگری جنگ در ماه‌های حرام (به مدت ۴ ماه) و مکانی (اماکن محترم اعم از مسجدالحرام، اماکن مقدس دیگر حتی کنیسه‌ها و کلیساها) و محدودیت در شیوه که هم می‌گوید مسلمان مجاز نیستند با هر وسیله ممکن، دشمن را از پای درآورند، هر چند که اقدامات دشمن خلاف کرامت انسانی باشد.

الف) برخورد با غیرنظامیان

یکی از مسائلی که بیانگر انگیزه و هدف جنگ است، نحوه برخورد با غیرنظامی‌ها و مردم بی‌دفاع می‌باشد. در اندیشه یهودیان: یهودیان مدعی فلسطین، از قول خدای ملی خویش «یهوه» می‌نویسند: «وقتی به شهری وارد شدید، فراموش نکنید که باید ساکنین آن را با لبه تیغ به قتل رسانید؛ آن‌ها را ریشه کن نمایید؛ خون‌شان را هدر دهید؛ هر چه در آن جا یافتید نابود کنید و حتی حیوانات را هم زنده نگذارید.»^{۱۰} البته این اندیشه منحصر به یهودیان نیست و روس‌ها نیز در اندیشه و عمل پیرو این تفکرند: «روس‌ها ... نه تنها انسان، بلکه هر موجود زنده را که ببینند، از آتش مسلسل و راکت هلی‌کوپترهای آنها در امان نیستند؛ چهارپایان را با شلیک مسلسل می‌کشند؛ زیرا این چهارپایان مورد استفاده مبارزه مسلمان قرار دارند.»^{۱۱}

در اندیشه اسلامی، با توجه به اینکه در اسلام مبارزه در راه خدا و برای خداست و هدف و انگیزه دفاع از حق، استقرار نظام اسلامی، پاسداری از آن و ... است، هیچ مبارز مسلمانی نمی‌تواند کوچک‌ترین ظلم و ستمی به افراد غیرنظامی انجام دهد؛ همچنان‌که نمی‌توان ظلم و بی‌عدالتی را وسیله‌ای برای رسیدن به پیروزی قرار داد؛ امیرالمؤمنین علیه السلام می‌فرماید: «کسی که با توسل به گناه پیروز شود، پیروز نیست و کسی که با ستم غلبه کند، در واقع مغلوب است.»

ب) مصونیت پیران، کودکان، زنان، دیوانگان

بنابر آنچه گذشت، از جمله نمونه‌های احترام اسلام به ارزش‌های انسانی، مصونیت گروه‌های مزبور در جنگ است. لشکر اسلام در جنگ حق ندارد متعرض پیران، کودکان، زنان و دیوانگان شود. در روایتی آمده است، از جمله توصیه‌های پیامبر صلی الله علیه و آله در هنگام اعزام نیرو به جبهه این بوده است که فرمانده آن را فرا می‌خواند و می‌فرمود: «به نام خدا، برای خدا، در راه خدا و به روش رسول خدا صلی الله علیه و آله بروید؛ مکر و حيله نکنید؛ خیانت نکنید؛ مثله نکنید؛ درختی را قطع نکنید؛ مگر آنکه ناچار شوید. پیران فرتوت بچه و زن (که کاری در جنگ از آنها ساخته نیست) را نکشید...»^{۱۲} در روایت دیگری، امام صادق علیه السلام به نقل از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله علت معافیت زنان و کودکان از پرداخت جزیه را ممانعت از کشتن آنان حتی در دارالحرب و منطقه جنگی می‌داند.^{۱۳}

وقتی رسول اعظم ﷺ از کشتن زنان و کودکان در منطقه جنگی (دارالحراب) نهی می‌کند، چگونه می‌توان تصور کرد که شریعت او استفاده از سلاح‌های کشتار جمعی را مجاز بداند؟!

در حدیث دیگری آمده است پیامبر ﷺ در یکی از جنگ‌ها جنازه زنی را دید؛ بسیار متأثر شد و گفت چرا او را کشتید؟ او که سزاوار کشتن نبود.^{۱۴} امیرالمؤمنین ﷺ نیز در این مورد می‌فرماید: «زنان را با آزار دادن تحریک نکنید؛ هر چند آبروی شما را بریزند یا امیران شما را دشنام دهند، که آنان در نیروی بدنی و روانی و اندیشه کم توانند».^{۱۵} مرحوم شهید اول می‌گوید قتل کودکان زنان و دیوانگان، هر چند به کفار در حال جنگ کمک رسانند، جز در موارد ناچاری جایز نیست. ایشان در بیان موارد ضرورت و ناچاری می‌گوید:

هر گاه کفار کودکان، زنان و ... به عنوان سپر قرار دهد و پیروزی بر آنها متوقف بر قتل کودکان، زنان و ... باشد، کشتن آنها جایز است؛ ایشان در مورد پیر می‌فرماید قتل آنها جایز نیست؛ مگر اینکه به واسطه رأی و نظر کفار را یاری نمایند.^{۱۶}

۵. ممنوعیت استفاده از مواد سمی در جنگ و ارسال آب و آتش: از موارد دیگری که در شریعت اسلامی از آن نهی شده، استفاده از مواد سمی در جنگ است. همچنین به‌کارگیری سلاح‌های جنگی یا مواد سمی و میکروبی، سوزاندن دشمن چه در حال حیات و چه پس از مرگ، قطع اشجار و ایجاد حریق در کشتزارها و قطع آب آشامیدنی ممنوع است.^{۱۷} پس ممکن نیست با اقدامات بی‌منطق کشتار جمعی موافقت داشته باشد.

اسلام با رعایت اصل تعدی نکردن از حدود الهی و رعایت شرایط جهاد، حدود یا محدودیتی برای بهره‌برداری از جنگ افزارها قائل نیست. نظر اسلام در مراعات موارد انسان‌دوستانه و چشم داشتن به قواعد خیرخواهانه، آن‌قدر گسترده است که بی‌شک استفاده از جنگ‌افزارهایی را که مغایر با اصول و اساس مقررات و آیین کارزار اسلامی باشد، منع می‌کند؛ ولی اینکه مجاهدان باید از چه نوع جنگ‌افزار معینی استفاده کنند، چیزی بیان نمی‌کند. معلوم است که مثلاً استفاده از بمب‌های خوشه‌ای، بمب‌های شیمیایی و هرگونه مهماتی که به طبیعت منطقه جنگ و غیرجنگجویان و حتی حیوانات و جنبندگان آن ناحیه آسیبی برساند و دارای آثار و عواقب ناخوشایند بعدی باشد، از نظر شریعت اسلام حرام است.

در ادامه به چند روایت از منابع روایی شیعه اشاره می‌شود:

الف) امام صادق علیه السلام به نقل از امیرالمؤمنین علیه السلام می‌فرماید: رسول خدا صلی الله علیه و آله نهی کرده است که سمّ در بلاد مشرکین استعمال شود.^{۱۸}

ب) عن ابی‌عبدالله علیه السلام قال: إن النبی صلی الله علیه و آله کان اذا بعث امیر اله علی سربیه امره بتقوی الله عزوجل فی خاصه نفسه ثم فی اصحابه عامه ثم یقول: اغز بسم الله و فی سبیل الله، قاتلوا من کفر بالله، لا تغدروا و لا تغلوا تمثلوا و لا تقتلوا ولیدا و لا متبتلا فی شاهر، و لا تحرقوا النخل، و لا تغرقوه بالماء، و لا تقطعوا شجره مثمره، و لا تحرقوا زرعاً.^{۱۹}

دینی که از بریدن درختان و تخریب کشتزارها و محیط زیست جلوگیری می‌کند و یا اجازه نمی‌دهد جنازه دشمن قطعه قطعه شود چون یک کار غیراخلاقی است، چگونه اجازه می‌دهد زن و مرد و بچه و افراد پیر و سالخورده و ناتوان و بی‌گناه و بی‌سلاح یکجا نابود شوند؟!.

۶. دعوت اسلام به صلح و امنیت: اسلام دین صلح و امنیت است (اعراف: ۱۹۸-۱۹۹) و پیامبر او رحمت برای تمام جهانیان بود (انبیاء: ۱۰۷) و گسترش اسلام و وفاداری به اسلام، تا حد زیادی مرهون اخلاق نرم و پراز گذشت و اغماض و مهربانانه رسول خدا صلی الله علیه و آله بود. (آل عمران: ۱۵۹) اسلام نه تروریسم و عملیات کشتار جمعی را قبول دارد و نه به هیچ‌کس اجازه چنین عملیاتی می‌دهد. به عبارت دیگر، در اسلام، عملیات کشتار جمعی با مشخصاتی که بیان شد، نه تنها مورد تأیید نیست، یک جرم بزرگ و از گناهان کبیره‌ای است که در دنیا و آخرت مجازات شدیدی برای آن تعیین شده است. پس اسلام با استفاده از سلاح‌های کشتار جمعی مقابله می‌کند؛ بر خلاف مکاتبی که در یک رویکرد یک‌سویانه - آنجا که علیه آنها یا منافع نامشروع آنان باشد - این اقدامات را محکوم می‌کند، برای میل به اهداف و منافع خود و به بهانه‌های واهی یا دکتربین‌های خودساخته به‌جای خلع سلاح، به مسابقه تسلیحاتی و انبارکردن زرادخانه‌های خود از این سلاح‌های مرگبار و ویرانگر و وحشتناک روی می‌آورند.

اسلام هیچ‌گانه نپذیرفته و حتی راضی هم نبوده است که فرد بی‌گناهی کشته شود. اسلام دین حقیقت است و هم اصل دعوت الهی به امنیت و سلامتی است: «وَاللَّهُ يَدْعُوا إِلَى دَارِ السَّلَامِ» (یونس: ۲۵)؛ آن‌هم امنیت جاوید و سلامت ابد: «سَلَامٌ عَلَيْكُمْ بِمَا صَبَرْتُمْ

فَإِنَّمَا عُقِبِي الدَّارِ» (رعد: ۲۴) همچنين نحوه دعوت الهی با روش معروف و منطقی و به نیکوترین شیوه است: «ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ...» (نحل: ۱۲۵) در روابط بین‌المللی اسلام نیز اصل همزیستی مسالمت‌آمیز حکمفرماست؛ چنانچه خدای متعال فرمود: «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ كَفَرُوا بِمَا قَاتَلْتُمُوهُمْ فِي الدِّينِ وَكَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ». (ممتحنه: ۸) پس نه تنها به ستیز با کفاری که در دین با ما مبارزه نمی‌کنند و یا مسلمانان را از سرزمین خود آواره نمی‌کنند، دستور نمی‌دهد، ما را از نیکی کردن به آنان و حتی به عدالت رفتار کردن با آنان منع نمی‌کند. این پیشدستی دین اسلام در زمان اوج اقتدار است تا از کفاری که در اقلیت بودند بخواهد بر اساس توحید و کلمه واحد جمع شوند: «قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ». (آل عمران: ۶۴)

از دیدگاه اسلام، امنیت بالاترین نویدی است که به جامعه برین در راه ایمان و عمل صالح داده می‌شود و نیز بالاترین سطح ارتقا و تعالی بشر است: «وَلِكَيْدًا لَهُمْ مِنْ بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَثْمًا» (نور: ۵۵) تأمین امنیت عمومی برای همه شهروندان، خواه مسلمان یا غیرمسلمان، از وظایف اولیه همه حکومت‌هاست و چنانچه برای یکی از شهروندان حکومت اسلامی حتی اگر یهودی یا مسیحی باشد، به نحوی ناامنی ایجاد شود، رهبر عالی و فرمانده کل قوا آن‌قدر ناراحت می‌شود که می‌گوید که اگر من علی یا هر انسان آزاده دیگر این خبر را بشنود و از تأسف جان دهد، جا دارد.^{۲۰}

مسلمانان در روی زمین مؤظف به حفظ امنیت جان، مال، ناموس، شرافت، عقل و ایمان یکایک بشر هستند و کسی نمی‌تواند از راه نامشروع، به امنیت آنان تعرض کند. اسلام حتی در زمان جنگ نیز جان مردمی رت که به مقابله برخواسته‌اند (زنان، مردان، پیران، کودکان، عابدان و عبادتگاه‌ها و...) حفظ کرده و تعرض به آنان را روا نمی‌دارد.^{۲۱} از جمله راه‌کارهای اسلام برای حفظ کرامت انسان، مبارزه با عوامل ناامنی و سلب آسایش اوست. در فقه اسلامی، واژه سلاح‌های کشتار جمعی یا هسته‌ای و بیولوژیکی وجود ندارد؛ اما آموزه‌هایی در شریعت اسلامی وجود دارد که بیانگر نفی مشروعیت تولید و به کارگیری و حتی مبارزه با آنهاست.

در اسلام، مسئولیت مقابله با تهدید و ارباب یک وظیفه واجب کفایی و همگانی است که باید همه در برابر عوامل تهدید و ارباب بایستند و از مظلوم دفاع کنند و خصم ظالم

باشند.^{۲۲} سخن طلایی و مشهور امام علی علیه السلام به حسن و حسین علیهم السلام که بر تارک عالم می‌درخشد «کونا للظالم خصما و للمظلوم عونا»^{۲۳} دلیل روشنی بر اهمیت تهدیدزدایی از جامعه بشری است؛ زیرا در سخن آن حضرت، «ستمگر و ستم‌دیده» به‌طور مطلق آمده است و این خط‌مشی کلی در سیاست علوی است که «همواره دشمن ظالم و یاور و پشتیبان مظلوم باشید» و مفهوم آن این است که حتی اگر ظالم، مسلمان و مظلوم و بی‌گناه از اسلام باشد. در هر حال، وظیفه مسلمان ایستادن در کنار مظلوم و یاری او علیه ستمگر است.

خاموش کردن فتنه یکی از اهداف دفاع مشروع جهاد اسلامی است و فتنه بنا بر برخی تفاسیر، به معنای تهدید و ارباب می‌باشد. از این رو، تأکید قرآن کریم بر «وَ قَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةً» (بقره: ۱۹۳)، بدین معناست که بجنگید تا ریشه ارباب و تهدید از جهان کنده شود.

۷. حق حیات بنیادی‌ترین حقوق بشری: چگونه اسلام می‌تواند با کشتن انسان‌های بی‌گناه و عملیات کشتار جمعی که منجر به قتل نفس نه یک نفر بلکه شمار فراوانی از انسان‌ها می‌شود، موافق باشد و یا به آن رضایت دهد؛ درحالی‌که پروردگار متعال با صراحت می‌فرماید:

هر کس انسانی را بدون ارتکاب قتل نفس (به قصد قصاص) یا فساد در زمین (به قصد مجازات مفسد فی الارض) بکشد، چنان است که گویی همه انسان‌ها را کشته است و هر کس انسانی را از مرگ رهایی بخشد (او را زنده کند) چنان است که گویی همه مردم را زنده کرده است. (مائده: ۳۲)

در این آیه، موارد مشروع قتل دو مورد شمرده شده است: الف) از روی قصاص ب) ایجاد فساد در زمین؛ و ترور، که سلب امنیت و آسایش از مردم به انگیزه‌های سیاسی و خشونت غیرقانونی است خود، فساد فی‌الارض است، نه مقابله با فساد و خونریزی.

چگونه اسلام می‌تواند با عملیات کشتار جمعی موافق باشد، در حالی که امیرالمومنین علیه السلام در سفارش به مأموران جمع‌آوری زکات فرمودند: «هیچ چهارپایی را رم نده و نترسان».^{۲۴} وقتی ترساندن و ایجاد وحشت برای حیوانات در حد رم دادن آنان جایز نباشد، قطعاً به دلالت اولویت ترساندن و ارباب انسان‌ها و کشتار جمعی از انسان‌های بی‌گناه، مخالف دستور ایشان و نارواست.

۸. انگیزه‌های والای جهاد و رعایت قوانین انسانی: مکتب اسلام رعایت قواعد انسانی را در جهاد الزامی ساخته است؛ زیرا در اسلام، جهاد برای نمایش قدرت نیست. جهاد به منظور اعمال فشار سیاسی و به کار گرفتن زور و نیروی فیزیکی در القای عقیده و ایدئولوژی نمی‌باشد. غایت جهاد، زورمندی، سلطه‌گری، استبداد، استثمار و استعمار نیست؛ بلکه جهاد در نهایت امر برای رهنمون ساختن انسان به راه راست، هدایت او به انتفاع عقلایی از حیات و طبیعت و بهره‌وری از مواهب الهی، تنظیم برادری و برابری در جامعه، رشد دادن به آدمیت او و کمال بخشیدن به شئون او است. به همین دلیل رابطه فرمانده با افسر و سرباز، در ارتش اسلامی، رابطه‌ای در کمال آسودگی و آسایش و در نهایت نظم و وفاداری و همراهی است. هدف چنین ارتشی، نمی‌تواند جز خیر عموم و سعادت کل بشری باشد.

کینه و ستیزه، دشمنی شخصی و گروهی و اغراض غیرالهی از گستره آموزه‌های مکتب اسلام بیرون است. حضرت علی علیه السلام نیز که مظهر تمام و کمال اخلاق و سیرت اسلامی است، بارها رعایت قواعد انسانی را در جهاد یادآور شده است و قضایای متعددی در تاریخ زندگی ایشان روی داده است که و به دست او حل و فصل می‌شد. «اسلام دینی مبتنی بر عقیده است» و «آیین ایمان و عقیده است» و فقط در مقابل ستمگرانی که با برهان و استدلال قانع نشده و به راه عناد و لجاج رفته‌اند، استفاده از شمشیر و اسلحه را مجاز دانسته است. به همین دلیل، حتی در جنگ نیز رعایت قواعد بشردوستانه را الزامی ساخته است که از جمله آن‌ها می‌توان به چند نمونه ذیل اشاره کرد:

قواعد بشردوستانه؛

ممنوعیت به غل و زنجیر کشیدن افراد چه در جنگ و چه در صلح؛

تحریم کشتن پیران و از کارافتادگان و کسی که شروع به جنگ نکرده است.

ممانعت از کشتن از روی گمان یا تهمت؛

نامشروع بودن مجازات قبل از ارتکاب جرم؛^{۲۵}

انحصار اهداف تعرضی فقط به جنگجویان و هدف‌های استراتژیک؛

جایز نبودن تاکتیک‌های تخریبی و انهدامی جز در موارد ضروری؛

ناروا بودن بریدن درخت‌ها و انداختن آتش و یا مسلط کردن آب بر دشمن؛^{۲۶}

زهرآلود کردن یا ریختن سم و مواد شیمیایی به آبشخورها؛^{۲۷}
 ناروا بودن کشتن دیوانگان و زنان و اطفال کفار، اگر چه به دشمن کمک کرده باشند؛^{۲۸}
 ناروا بودن مثله کردن دشمن و گوش و حلق و بینی و اعضای ایشان را بریدن؛^{۲۹}
 ناروا بودن پی کردن حیوانات اهلی و دام‌های دشمن؛^{۳۰}
 ناروا بودن منهدم کردن اموال دشمن، مگر در ضرورت.^{۳۱}

در حالی که در جهان آن‌روز، نه پایبندی به حقوق جنگ ضمانتی داشت و نه حقوق بشردوستانه در عمل یا نظر جایگاه و اعتبار خاصی؛ همچنان‌که «والتر جونز» در خصوص شیوه‌های گوناگون و سابقه تاریخی جنگ شیمیایی می‌نویسد:

جنگ شیمیایی شامل چندین روش برای استفاده از مواد شیمیایی جهت مسموم نمودن، سوزاندن، کورکردن، به خطر انداختن و در مجموع از میان بردن توان رزمی نیروهای دشمن است. استفاده از مواد شیمیایی در جنگ سابقه طولانی و شنیدنی دارد. اولین مورد ثبت شده از به کارگیری مواد شیمیایی در جنگ، ریختن رشه نوعی ثعلب سمی توسط یکی از قانونگذاران آتن در مخزن آب ارتش «کرها» در سال ۶۰۰ پیش از میلاد بود که موجبات شکست این ارتش را فراهم ساخت. در حالی که دشمن تلاش می‌کرد با بیماری اسهال که سربازان دچار آن شده بودند مقابله کند نیروهای آتن فاتحانه وارد شهر شدند. از جمله روش‌های دیگر که در دوران باستان رواج داشت باقی گذاشتن شراب‌های مسموم در اردوگاه تخلیه شده، پرتاب مارهای زهرآگین به داخل کشتی‌های دشمن و زهرآلود کردن پیکان‌ها و چاه‌های آب را می‌توان نام برد. یونانی‌ها در سال ۳۵۰ میلادی برای اولین بار از یک وسیله ابتدایی مسموم به شعله «افکن یونانی» استفاده کردند. استفاده از دود برای استتار نقل و انتقال نیرو و مانورهای دریایی از زمان‌های قدیم رواج داشته است.^{۳۲}

استفاده از مواد شیمیایی در دوران معاصر نه تنها خاتمه نیافت بلکه به شیوه مدرن و مرگبارتر و بی‌رحمانه تری ادامه و گسترش یافت؛ همچنان‌که «والتر جونز» می‌گوید:

مواد شیمیایی در جنگ‌های قرن بیستم نیز کاربرد داشته‌اند. نارنجک‌های حاوی گاز اشک‌آور برای اولین بار در جنگ جهانی اول توسط فرانسوی‌ها بکار گرفته شد و آلمان‌ها نیز با استفاده گسترده از گاز مرگبار کلرین (که در جنگ داخلی آمریکا توسط ارتش فدرال ابداع لکن مورد استفاده قرار نگرفت) به مقابله پرداختند. آمریکا در خلال جنگ جهانی اول یک هنگ مجهز به سلاح‌های شیمیایی وارد میدان نبرد کرد و این واحد ویژه تنها در یک نبرد ۲۰۰۰ گلوله حاوی گازهای سمی به سوی دشمن پرتاب نمود. در ۱۹۳۶ ایتالیا برای فتح اتیوپی نیروهای پابره‌نه حبشه را با فروریختن بمب‌های حاوی گاز خردل توسط

هوایما از تحرک بازداشت. در خلال جنگ جهانی دوم آمریکایی‌ها در نبرد علیه ژاپنی‌ها با وارد کردن بمب‌های ناپالم - نوعی بنزین جامد که شعله آنرا نمی‌توان خاموش کرد و می‌تواند نیروهای دشمن را به آتش بکشد - به میدان کارزار، سطح استفاده از مواد آتشزدا در جنگ را ترقی داد. در جنگ ویتنام نیروهای آمریکایی با استفاده از همین شیوه به آتش کشیدن جنگل‌ها را تجربه کردند.

در پایان جنگ جهانی دوم و شکست آلمان، اسناد سری مربوط به گاز کشنده «سارین» به دست آمریکایی‌ها افتاد و روس‌ها نیز یک کارخانه تولید گاز سمی «تابون» را به غنیمت گرفتند.^{۳۳}

آثار زیانبار مواد شیمیایی دهشتناک و فراتر از تصور انسان است. این بیانگر آن است که جامعه انسانی در همه سطوح خود اعم از شهر یا کشور یا جامعه جهانی علاوه بر علم بلکه بیشتر و مقدم بر آن نیاز به اخلاق انسانی و تربیت دینی دارد. بنا به گفته "والتر جونز":

یک قطره از هر یک از دو گاز سمی «سارین» و «تابون» در صورت نفوذ به بدن انسان از طریق پوست، مرگ به دنبال خواهد داشت. تماس با این دو گاز سمی عوارضی چون اسهال، استفراق، کوفتگی، اختلال تنفسی به همراه داشته و ظرف چند لحظه موجب هلاکت می‌شود. این مواد بویژه در نبردهای محلی برای از میان بردن نفرت دشمن بسیار مؤثراند. کاربرد این دو گاز کشنده همچون گازهای همچون گازهای سمی دیگر در میدان نبرد بخاطر احتمال تغییر جهت باد و مسمومیت نیروهای خودی با محدودیت‌هایی همراه است. نوع تازه‌ای از گازهای غیر کشنده که مواد سلب‌کننده توان رزمی، نامیده می‌شوند برای فلج کردن موقت، نابینا ساختن، ایجاد سرگیجه و بی‌حسی طراحی شده‌اند. مواد شیمیایی روان‌گردان نیز نوع خاصی از ترکیبات شیمیایی هستند که اثرات روانی همچون هذیان‌گویی، سردرگمی، جنون، توهم، خودباختگی، سرگیجه و رفتار جنون‌آمیز دیگر به همراه دارند. ژنرال ویلیام کریس افسر ارشد پیشین شیمیایی ارتش آمریکا بر این عقیده است که آینده جنگ احتمالاً به مواد شیمیایی - روانی بستگی دارد.^{۳۴}

برخلاف شعارها و حتی برخلاف نص صریح معاهدات بین‌المللی خلع سلاح یا منع اشاعه سلاح‌های کشتار جمعی، ابرقدرت‌ها و دارندگان حق و توه در یک رقابت نزدیک به هم و تحت عنوان دکترین بازدارندگی یا دکترین توازن قدرت یا دکترین موازنه وحشت به تولید و آزمایش و بکارگیری این سلاح‌ها ادامه می‌دهند و احتمال نمی‌رود این گونه مواد از زرادخانه سلاح‌های متعارف قدرت‌های بزرگ برچیده شوند.

"به رغم این گونه مباحث نظری، شوروی و آمریکا در سال ۱۹۸۹ تحت فشارهای شدید

افکار عمومی و ملاحظات مربوط به محیط زیست و در راستای فرونشاندن شدید بحران میان ابرقدرت‌ها، کاهش ذخایر تسلیحات شیمیایی خود را آغاز کردند. با وجود این رواج سلاح‌های شیمیایی در میان کشورهای فاقد سلاح‌های هسته‌ای و جهان سوم همچنان نگران‌کننده می‌باشد.

جنگ بیولوژیک یا میکروبی نیز وحشت خاص خود را به همراه دارد. در این نوع جنگ، از موادی که عفونت ایجاد می‌کنند استفاده می‌شود. در این گونه از جنگ‌ها بیماری‌ها از طریق انتشار باکتری و میکروب‌های ویروسی یا به کارگیری سموم اورگانیک عمده‌اً منتشر می‌شوند.

استفاده از سلاح‌های شیمیایی در خلال دوران پس از جنگ جهانی دوم نادر بوده و هم‌موردی از کاربرد سلاح‌های میکروبی وجود نداشته است. نگرانی جهانی از گسترش سلاح‌های هسته‌ای و سلاح‌های پیشرفته متعارف (غیر هسته‌ای) به جهان سوم، با وحشت از دستابی حکومت‌های جهان سوم یا تروریست‌ها به سلاح‌های دیگر همراه بوده است.^{۳۵}

۹. پایبندی به تعهدات بین‌المللی: یکی از راه‌های موثر در مقابله با اقدامات کشتار جمعی، مشارکت در معاهدات بین‌المللی و التزام وفاداری بدان‌هاست. یکی از اصول حاکم در روابط بین‌المللی اسلام «وفاداری به تعهدات» است که به مقتضای «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده: ۱) و «المؤمنون عند شروطهم»،^{۳۶} در اعتبار معاهدات بین‌المللی از دیدگاه اسلام، جای تردید نمی‌ماند؛ جز آنکه پیمان نامشروع باشد و یا حاکم اسلامی برای انعقاد آن فاقد مشروعیت بوده است. با توجه به آنچه گذشت، اسلام، پیشگام مبارزه با خشونت‌های غیرقانونی و اقدامات ضدبشری و کشتار جمعی بوده است. نکات ذیل در این زمینه شایان توجه است:

الف) اصل وفای به عهد

قرارداد یک نوع تعهد الزام‌آور است که در اسلام و همه نظام‌های حقوقی و اخلاقی پذیرفته شده است. وفای به عهد، اساس بنای همه روابط مسالمت‌آمیز است؛ حتی برای جنگ نیز مقرراتی وضع می‌شود که با عنوان حقوق جنگ یا حقوق بشردوستانه بین‌المللی در قالب کنوانسیون‌های بین‌المللی و معاهداتی مورد تأیید قرار می‌گیرد. به اطلاق حکم و شمول آن نسبت به همه پیمان‌ها و قراردادها که با تعبیر گوناگون از قبیل عقد، عهد، میثاق در آیات آمده است، توجه کنید:

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱).
۲. «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا» (اسراء: ۳۴).
۳. «وَالْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ» (بقره: ۱۷۷).
۴. «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ» (مومنون: ۸؛ معارج: ۳۲).
۵. «فَإِنْ تَوَلَّوْا فَخُذُوهُمْ وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَلَا تَتَّخِذُوا مِنْهُمْ وِلِيَاءَ وَلَا نَصِيرًا؛ إِلَّا الَّذِينَ يَصِلُونَ إِلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ» (نساء: ۸۹-۹۰).
۶. «بَلَى مَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ وَاتَّقَى فَإِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ» (آل عمران: ۷۶).

ب) نکوهش شدید از پیمان شکنی

در آیات و روایات، نقض پیمان بدترین کارها به شمار آمده است:

«الَّذِينَ عَاهَدتْ مِنْهُمْ ثُمَّ يَنْقُضُونَ عَهْدَهُمْ فِي كُلِّ مَرَّةٍ وَهُمْ لَا يَتَّقُونَ؛ فَإِمَّا تَثَقَفَنَّاهُمْ فِي الْحَرْبِ فَشَرِّدْ بِهِمْ مَنْ خَلَفَهُمْ لَعَلَّهُمْ يَدَّكُرُونَ» (انفال: ۵۶).

«كَيْفَ يَكُونُ لِلْمُشْرِكِينَ عَهْدٌ عِنْدَ اللَّهِ وَعِنْدَ رَسُولِهِ إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ فَمَا اسْتَفْتَأُوا لَكُمْ فَاسْتَفْتَيْمُوا لَهُمْ إِنْ أَلَّ اللَّهُ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ» (توبه: ۷).

قضیه ابوجندل: در صلح حدیبیه، قراردادی بین مشرکان و پیامبر ﷺ امضاء شد که یکی از موارد آن این بود: «اگر یکی از افراد قریش بدون إذن بزرگتر خود از مکه فرار کند و اسلام آورد و به مسلمانان بپیوندد محمد ﷺ باید او را به سوی قریش بازگرداند؛ ولی اگر فردی از مسلمانان به سوی قریش بگریزد، قریش موظف نیست او را به مسلمانان تحویل بدهد».

در همین حال که حضرت و طرف مقابل «سهیل» مشغول نوشتن قرارداد بودند، ناگهان «ابوجندل» فرزند سهیل در حالی که زنجیر به پای داشت وارد جلسه شد. همین که دیدگان «سهیل» به فرزند خویش افتاد، بی اندازه ناراحت شد و از شدت خشم برخاست و سیلی محکمی به صورت وی نواخت. سپس رو به پیامبر کرد و گفت: این نخستین فرد است که باید به حکم ماده دوم پیمان، به مکه بازگردد. پیامبر او را تصدیق کرد. در این حال «سهیل» فرزندش «ابوجندل» را کشان کشان به طرف قریش می برد؛ در حالی که او با صدای بلند فریاد می زد: ای مسلمانان! آیا اجازه می دهید مرا به مشرکان برگردانده تا از دینم دست

بردارم؟! پیامبر بزرگوار اسلام برای دلجویی از این مسلمان اسیر چنین گفت: «ای ابوجندل! شکیبایی را پیشه خود ساز و برای خدا صبر کن و بدان که خداوند برای تو و دیگر گرفتاران راه، فرجی باز می‌کند؛ همانا ما قراردادی با قریش امضا کرده و خدا را پشتوانه آن قرار داده‌ایم و ما هر گونه خیانت روا نمی‌داریم».^{۳۷}

قضیه ابوبصیر: فرار یکی از مسلمانان اهل مکه به مدینه و بازداشت وی در آنجا و الحاق به مسلمانان پس از صلح حدیبیه که منجر به نگارش نامه‌ای از سوی قریشیان به رسول خدا ﷺ و درخواست تحویل ابوبصیر طبق قرارداد صلح حدیبیه شد؛ رسول خدا ﷺ، با فراخواندن ابوبصیر به وی فرمود: تو خود می‌دانی که ما صلحی با قریش کرده‌ایم و قراری بسته‌ایم؛ شایسته نیست خیانت و عهدشکنی کنم. اکنون برخیز و به سوی مکه روان شو. بدان که خداوند متعال برای تو و سایر مسلمانان مکه راه فرجی باز خواهد کرد. ابوبصیر با فریاد گفت: یا رسول الله! آیا مرا نزد کافران برمی‌گرداندی تا از دینم به در کنند. حضرت رسول ﷺ فرمود برگرد. خدا کسانی و راه‌گشایی برای شما فراهم خواهد کرد. ابوبصیر، بنابه درخواست پیامبر ﷺ بپا خواست و با قاصدان قریش به مکه رفت.^{۳۸}

وفاداری به پیمان در سیره امیرمؤمنان ﷺ نیز به وضوح دیده می‌شود. در داستان «حکمت»، بعد از آنکه اکثریت لشکر خواستار حکمت شدند و ابوموسی اشعری را به عنوان حکم انتخاب کردند، حضرت شدیداً مخالفت کرد؛ ولی متأسفانه نصایح و مواعظ حضرت تأثیر نبخشید و علی ﷺ مجبور به پذیرش حکمت شد. بعد از آنکه قرارداد بسته شد، فهمیدند که اشتباه کردند و گفتند ما اشتباه کردیم، حال بازگشتیم و توبه کردیم. تو هم برگرد و توبه کن! حضرت امیر مؤمنان علی ﷺ فرمود: «وَ يَحْكُمُ اَبْعَدُ الرِّضَا وَ المِيثَاقِ وَ الْعَهْدِ اَرْجَعُ اَوْلَيْسَ اللهُ تَعَالَى قَالَ: اَوْفُوا بِالْعَهْدِ وَ قَالَ وَ اَوْفُوا بَعَهْدِ اللهِ اِذَا عَاهَدْتُمْ وَ لَا تَنْقُضُوا الْاِيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَ قَدْ جَعَلْتُمْ اللهُ عَلَيْكُمْ كَفِيْلًا».^{۳۹}

تأکید فراوان بر این نکته از آن روست که بر خلاف مسیحیان که خود را شرعاً مجاز می‌پنداشتند به آسانی تعهداتی که در برابر مسلمانان پذیرفته بودند، نادیده بگیرند - و وفا به عهد از نظر آنان اصلی بود که فقط برای یک مسیحی در برابر مسیحی دیگر لازم شمرده می‌شد.^{۴۰} وفا به عهد از اصول کلی حقوق اسلام و از اصول فراایمانی است که به بهانه

مصلحت‌های جزئی و نوپدید، نظام اسلامی آن را نقض نمی‌کند؛ چنان‌که امام علی علیه السلام در نهج‌البلاغه می‌فرماید:

و ان عقدت بینک و بین عدوک عقدةً او البسته منک ذمة فحط عهدک بالوفاء، و اراع ذمتک بالامانة، و اجعل نفسک حنة دون ما اعطیت فانه لیس من فرائض الله شیء الناس اشد علیه اجتماعاً مع تفرق أهواهم و ت شتت آرائهم من تعظیم الوفاء بالعهود، و قد لزم ذلك المشرکون فیما بینهم دون المسلمین لما استوبلوا من عواقب الغدر، فلا تعذرین بذمتک، و لا تخینسن بعهدک، و لا تختلن عدوک، فانه لا یجتريء علی الله الا جاهل شقی. و قد جعل الله عهدہ و ذمته أمانة، افضاہ بین العباد و برحمته و حریماً یسکنون الی منعتہ و یتفیضون الی جواره.^{۴۱}

بر همین اساس، مفسر بزرگ قرآن مرحوم علامه طباطبایی رحمته الله می‌نویسد:

انسان هیچ‌گاه از عقد قرارداد در طول تاریخ بی‌نیاز نبوده است. اگر هر یک از دو طرف قرارداد بخواهند بنا بر رأی خود، آن را نقض کنند، اول چیزی که زیر سؤال می‌رود و به شکلی نقض می‌شود، «عدل اجتماعی» خواهد بود. این رکن رکن در صورتی می‌تواند نیازهای اجتماعی بشر را تأمین نماید که همه به آن متعهد و معتقد باشند. اسلام حتی اگر حفظ عهد و پیمان به ضرر مسلمان‌ها تمام شود، آن را لازم و ضروری می‌پندارد؛ چرا که عدل اجتماعی نفعی عام دارد و واجب‌تر از منافع خاص و مقطعی تلقی می‌شود.^{۴۲}

ج) غدر

غدر یکی از عناوین مجرمانه در جنگ، و عبارت است از مکر و حيله‌ای که در جنگ به‌کار می‌برند؛ بدین شکل که به افرادی از دشمن امان می‌دادند تا وارد قلمروشان شوند، پس آنها را غافلگیر کرده و به قتل می‌رساندند. شاید بتوان گفت غدر، ترور در میدان جنگ است؛ همان‌طور که فقیه بزرگوار معروف به صاحب جواهر می‌گوید:

غدر به کفار جایز نیست، این گونه که پس از امان دادن آنان را به قتل برسانیم.^{۴۳}

ایشان در علت ناروایی آن، افزون بر برخی روایات، شبیه آنچه در مسئله «فتک» وارد شده است، به قبح ذاتی و عقلی این کار اشاره و طبق قاعده ملازمه، قبح شرعی آن را استنباط کرده‌اند.^{۴۴} امام باقر علیه السلام فرمودند: «هیچ‌کس نیست که به دیگری (دشمن) امان دهد و سپس او را بکشد، مگر آنکه روز قیامت پرچم نیرنگ حمل می‌کند».^{۴۵}

گفتنی است غدر در ردیف خیانت به عهد و پیمان و کشتن ناجوانمردانه و چیزی غیر از حيله‌های جنگی و تاکتیک‌های نظامی است که در حالت اعلام وضعیت جنگی صورت می‌گیرد و شیوه‌ای عقلایی برای غلبه بر دشمن است. بنابراین، کشورهای اسلامی اولاً به

حکم شرع موظف به رعایت حقوق بشردوستانه و اجتناب از تولید و تکثیر و استفاده از سلاح‌های کشتار جمعی هستند؛ ثانیاً به مقتضای شرکت در معاهدات بین‌المللی، به حکم عقل، شرع و تعهدات بین‌المللی، پایبند به این قواعد فطری و انسانی هستند.

۱۰. عدالت ورزی و عدالت‌خواهی: چه‌بسا گفته شود با وجود این مقررات شرعی، چه تضمینی وجود دارد که جمهوری اسلامی یا دیگر کشورها در مقام عمل بدان پایبند باشند و مخفیانه به بهانه مصلحت نظام خود، به فکر تولید و سپس به کارگیری از آن نباشند؟! پاسخ آن است که بهترین تضمین حقوقی و واقعی، عدالت‌محوری در اسلام، به‌ویژه در اندیشه شیعی است. در ابواب مختلف فقهی از جمله در کتاب **الجهاد** یکی از شرایط مهم وجوب جهاد را به فرماندهی و رهبری امام و پیشوای عادل می‌داند و با صراحت، جهاد با امام غیرعادل را نه تنها واجب نمی‌داند، تحریم همه می‌کند. چنان‌که شیخ حر عاملی در **وسایل الشیعه** در کتاب **الجهاد** بحثی را با عنوان «باب اشتراط وجوب الجهاد بأمر الامام و إذنه و تحریم الجهاد مع غیر الامام العادل» اختصاص می‌دهد.^{۴۶}

بر اساس اندیشه شیعی که در قانون اساسی جمهوری اسلامی بازتاب یافته است، در رأس هرم قدرت نظام اسلامی، ولی فقیه عادل قرار دارد. این بدان معناست که چنانچه فرمانده میدان جنگ و جهاد یا رهبری در نظام اسلامی به آموزه‌های مذکور عمل نکرد و برخلاف تحریم شرعی، در صدد تولید سلاح کشتار جمعی و استفاده از آن برآید، از مقام و منصب مزبور، خودبه‌خود و با اعلام مجلس خبرگان رهبری عزل می‌شود؛ زیرا عادل کسی است که مقررات شرعی را رعایت می‌کند، و این بهترین پشتوانه و ضمانت اجرایی برای این معاهدات و موازین بین‌المللی است.

پی‌نوشت‌ها

1. *Article 1*. All human beings are born free and equal in dignity and rights.
2. *Article 3*. Everyone has the right to life, liberty and security of person.
۳. انقلاب ایران، اسلامی بوده و یکی از شعارها و خواسته‌های مردم از دوران مبارزه، اسلامی بودن نظام بوده است. پس از پیروزی انقلاب مردم نیز با اکثریت قریب به اتفاق، نوع حکومت ایران را «جمهوری اسلامی» تعیین کردند. «جمهوریت» مربوط به شکل حکومت بوده و «اسلامیت» محتوای آن را تشکیل می‌دهد، در قانون اساسی اصل دوم آمده است.
۴. برخی از اصول قانون اساسی به این مسأله مهم اختصاص داده شده که از جمله این اصول، اصل چهارم قانون اساسی است.
- از این رو در جمهوری اسلامی ایران، نباید قانون یا مقررات خلاف شرع وضع و اجرا شود. اصل اسلامی بودن شامل مصوبات مجلس شورای اسلامی (اصل ۷۲)، مصوبات قوه مجریه (۸۵) و مصوبات شوراهای (اصل ۱۰۵) می‌گردد. بنابراین در جمهوری اسلامی ایران نهادهای قانونگذار یا تصمیم گیرنده، مجاز نیستند که بر خلاف موازین شرعی و احکام نورانی اسلام، قانونی وضع نموده و تصمیمی اتخاذ نمایند.
۵. عباسعلی عمید زنجانی، *فقه سیاسی*، ج ۳، ص ۴۲۶.
۶. همان، ص ۴۲۶-۴۲۷.
۷. همان.
۸. همان.
۹. ر.ک: سیدابراهیم حسینی، *اصل منع توسل به زور و موارد استثناء آن در اسلام و حقوق بین الملل معاصر*، ص ۱۸۵ و ۲۰۵ - ۲۰۶.
۱۰. اکرم زعیت، *سرگذشت فلسطین*، ترجمه علی اکبر هاشمی رفسنجانی، ص ۱۷.
۱۱. شیخ حر عاملی، *وسائل الشیعه*، ج ۱۱، ص ۴۳.
۱۲. همان، باب ۱۵، حدیث ۲، ص ۴۳.
۱۳. همان، باب ۱۷، حدیث ۱، ص ۴۷-۴۸.
۱۴. سیداحمد خاتمی، *ابعاد جنگ در فرهنگ اسلام*، ص ۹۹.
۱۵. *نهج البلاغه*، ترجمه محمد دشتی، نامه ۱۴، ص ۴۹۴.
۱۶. شهید ثانی، *الروضه البیبه فی شرح اللمعة الدمشقیه*، ج ۲، ص ۲۹۳، (کتاب الجهاد).
۱۷. سیدمصطفی محقق داماد، «تدوین حقوق بشر دوستانه بین المللی و مفهوم اسلامی آن»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۱۸، ص ۱۹۰.
۱۸. شیخ حر عاملی، *وسائل الشیعه*، ج ۱۱، باب ۱۶، ص ۴۶.
۱۹. همان، حدیث ۳، ص ۴۳ و ۴۴.
۲۰. *نهج البلاغه*، نامه ۴۷، ص ۶۹ - ۷۰.

۲۱. سیدمصطفی محقق داماد، همان.
۲۲. عباسعلی عمید زنجانی، همان، ص ۴۲۸.
۲۳. نهج البلاغه، نامه ۴۷؛ ص ۴۲۱
۲۴. نهج البلاغه، نامه ۲۵، ص ۵۰۴.
۲۵. سیدمحمدحسین طباطبائی، المیزان، ج ۴، ص ۲۷۸ - ۲۷۷.
۲۶. در محاصره بنی‌النصیر مدینه که مدتی به درازا کشید حضرت امر به سوزاندن نخلستان آنان داد، آیات ۳ و ۴ و ۵ سوره حشر در این باره نازل شده است.
۲۷. ر.ک: رشید احمد، اسلام و حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه سیدحسین سیدی؛ شیخ در النهایه می‌گوید: قتل کفار به هر نوع و وسیله جایز است مگر با سم (حسن بن یوسف بن مطهر، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، ج ۱؛ ص ۱۵۵؛ میرزا حسین نوری، مستدرک الوسائل، ج ۲؛ ص ۲۴۹).
۲۸. میرزا حسین نوری طبرسی، مستدرک الوسائل، ج ۲، ص ۲۴۹؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۱۱۲ - ۱۱۳.
۲۹. جعفر بن الحسن حلی، شرایع الاسلام، ص ۱۱۳.
۳۰. همان، ج ۱، ص ۱۱۳ - ۱۱۲.
۳۱. همان، ص ۲۰۳.
۳۲. جونز والتر، منطق روابط بین‌الملل، ترجمه داود حیدری، ص ۱۸۸-۱۸۹.
۳۳. همان، ص ۱۹۰.
۳۴. همان، ص ۱۹۱ - ۱۹۲.
۳۵. همان، ص ۱۹۳ - ۱۹۵.
۳۶. شیخ طوسی، المبسوط، ج ۷، ص ۳۷۱.
۳۷. ر.ک: ابن هشام، السیره النبویه، ج ۲، ص ۳۳۲ - ۳۳۳.
۳۸. همان.
۳۹. ر.ک: سیداحمد خاتمی، ابعاد جنگ در فرهنگ اسلام.
۴۰. رشید احمد، اسلام و حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه سیدی ص ۹۰-۹۸.
۴۱. نهج البلاغه، نامه ۵۳ (بند ۱۳۵ به بعد)
۴۲. سیدمحمدحسین طباطبائی، المیزان، ص ۱۶۸ - ۱۶۹.
۴۳. محمدحسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۱، ص ۷۸.
۴۴. همان.
۴۵. شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۳ ص ۹۶۹ حدیث ۴۹۴۳.
۴۶. شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۱؛ ص ۳۲ به بعد.

منابع

- نهج البلاغه، تنظیم صبحی صالح، ط.الخامسه، تهران، منشورات دارالهجره، ۱۴۱۲ق.
- ابن هشام، عبدالملک، السیره النبویه، بیروت: دار القلم، بی تا.
- جبعی عاملی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۲، ط.ثالثه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۲ق.
- حرّ عاملی، محمدبن حسن، وسایل الشیعه، ط.الثانیه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- حسینی، سیدابراهیم، اصل منع توسل به زور و موارد استثناء آن در اسلام و حقوق بین الملل معاصر، قم، معارف، ۱۳۸۲.
- حلی نجم الدین ابوالقاسم جعفرین حسن، شرایع الاسلام فی مسایل الحلال والحرام، قم، دارالهدی للطباعة و النشر، ۱۴۰۳ق.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، بی تا.
- خاتمی، سیداحمد، ابعاد جنگ در فرهنگ اسلام، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۰.
- رشید، احمد، اسلام و حقوق بین الملل عمومی، ترجمه سیدحسین سیدی، تهران، مرکز مطالعات عالی بین المللی دانشگاه تهران، ۱۳۵۳.
- زعیتر، اکرم، سرگذشت فلسطین یا کارنامه سیاه استعمار، ترجمه علی اکبر هاشمی رفسنجانی، قم، چاپخانه حکمت، ۱۳۵۶.
- صدوق، محمدبن علی، من لا یحضره الفقیه، ج سوم، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۳ق.
- طباطبائی، سیدمحمدحسین، المیزان، ج چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲.
- طوسی، ابو جعفر محمدبن الحسن، المبسوط فی فقه الامامیه، ج چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.
- عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، ج سوم، تهران، امیر کبیر، ۱۳۷۷.
- گرجی، ابوالقاسم، آیات الاحکام (حقوقی و جزایی)، ج سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۵.
- محقق داماد، سیدمصطفی، «تدوین حقوق بشر دوستانه بین المللی و مفهوم اسلامی آن»، تحقیقات حقوقی، ش ۱۸، تابستان ۱۳۷۵.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ط.السابعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- نوری طبرسی، میرزا حسین، مستدرک الوسائل، بیروت، مؤسسه آل البیت، ۱۴۰۸ق.
- والتر، جونز، منطق روابط بین الملل، ترجمه داود حیدری، تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی، ۱۳۷۳.

بررسی شرایط، احکام و آثار توقیف اموال غیر منقول

محمد مهدی حکیمی تهرانی*

چکیده

مقاله حاضر به بررسی شرایط و احکام توقیف اموال، غیر منقول، و تحلیل آن پرداخته و آثار توقیف اموال غیر منقول را بررسی نموده است. قانون آیین دادرسی مدنی، توقیف اموال، اعم از منقول و غیر منقول و صورت برداری، ارزیابی و حفظ اموال توقیف شده را توقیف حقوق استخدامی خوانده و اموال منقول وی که نزد شخص ثالث موجود است را به قانون اجرای احکام مدنی ارجاع داده است. بنابراین، توقیف اموال منقول و غیر منقول، باید مطابق مقررات قانون اجرای احکام مدنی صورت گیرد.

این مقاله با رویکرد نظری و روش تحلیلی و تطبیقی بر حقوق و قوانین موضوعه، به خصوص قانون اجرای احکام مدنی آیین نامه جدید اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء (مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱) و با هدف شناسایی و روشن ساختن تمام جوانب آثار و احکام توقیف اموال غیر منقول در قوانین جدید فعلی، نگاشته شده است.

کلید واژه‌ها: توقیف اجرائی، اموال توقیف شده، غیر منقول، محکوم علیه، قانون اجرای احکام مدنی، توقیف مازاد، رفع توقیف.

مقدمه

قانون آیین دادرسی مدنی در ماده ۱۲۶ درباره توقیف اموال مقرر داشته:

توقیف اموال، اعم از منقول و غیرمنقول، و صورت‌برداری و ارزیابی و حفظ اموال توقیف‌شده و توقیف حقوق استخدامی خواننده و اموال منقول وی که نزد شخص ثالث موجود است، به ترتیبی است که در قانون اجرای احکام مدنی پیش بینی شده است.

بنابراین، توقیف اموال چه منقول و چه غیرمنقول، باید مطابق مقررات قانون اجرای احکام مدنی صورت بگیرد.

علاوه بر این، آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء جدید، مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ هم مواردی را به توقیف اموال غیر منقول اختصاص داده است. برای روشن شدن حدود و جوانب موضوع، بررسی تطبیقی میان قانون اجرای احکام مدنی و آیین‌نامه جدید ضرورت دارد و با توجه به اهمیت بحث توقیف اموال غیر منقول و پرونده‌های فراوانی که در این زمینه وجود دارد و به دلیل اینکه در مورد آثار و شرایط و احکام توقیف اموال غیر منقول کتاب یا مقاله مستقلی وجود ندارد و حقوق‌دانان فقط در ضمن شرح قانون اجرای احکام مدنی به آن پرداخته‌اند، بررسی آثار و همچنین احکام و شرایط توقیف اموال غیر منقول در قوانین و روشن شدن جنبه‌های حقوقی راجع به آن ضروری به نظر می‌رسد. در این پژوهش در مورد آثار و احکام توقیف اموال غیر منقول، از قوانین موضوعه، به خصوص قانون اجرای احکام مدنی و آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء استفاده و بین آنها تطبیق و مقایسه خواهیم کرد.

«توقیف» مصدر باب تفعیل و از ریشه «وقف» است و در لغت به معنی بازداشت و بازداشتن^۱ و به طور کلی، به معنای سلب آزادی از شخص یا مال او با حالت انتظار ترخیص است، که در صورت اول توقیف شخص و در صورت دوم توقیف مال صدق می‌کند.^۲ در اصطلاحات مختلف، «توقیف» به صورت مضاف با کلمه یا کلمات دیگر می‌آید. عمدتاً در همه جا همین معنای لغوی لحاظ می‌شود. مثلاً توقیف مال، توقیف اجرای حکم، توقیف اجرایی، توقیف احتیاطی، توقیف اشخاص، توقیف حقوق، توقیف دادرسی، توقیف سرفقلمی، توقیف ضامن، توقیف عقود، توقیف مالم یجب، توقیف متعهد یا مدیون، توقیف عملیات ثبتی و توقیف عملیات اجرایی.^۳

توقیف بر دو نوع است: تأمینی و اجرایی. توقیف تأمینی عبارت از توقیفی است که برای حفظ حق خواهان یا محکوم‌له یا در مورد محاکمات فوری برای حفظ حق اشخاص ذی نفع به عمل می‌آید و مدعی‌علیه یا محکوم‌علیه به طور موقت، از تصرف در مال خود منع می‌شود تا در خصوص مورد، حکم صادر یا به جهتی قرار تأمین مرتفع شود. اما توقیف اجرایی آن است که اموال محکوم‌علیه برای فروش و ادای محکوم‌به توقیف می‌شود. بنابراین، توقیف اجرایی عبارت است از توقیف مال مدیون یا محکوم‌علیه از طریق قسمت اجرای ثبت یا اجرای دادگاه، که این توقیف مانع از تصرف مالک در مال خود می‌باشد. البته تصرفاتی که به ضرر کسی که مال برای او توقیف شده، منظور است.^۴

در مورد اموال غیرمنقول هم ماده ۱۲ قانون مدنی، مال غیر منقول را چنین تعریف کرده است: مال غیر منقول آن است که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود، اعم از اینکه استقرار آن ذاتی باشد یا به واسطه عمل انسان به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود و طبق ماده ۱۹ قانون مدنی که برای بیان خصوصیات مال منقول آمده است مال منقول اموال و اشیایی است که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد، بدون اینکه به خود یا محل آن خرابی وارد شود.

بنابراین، ضابطه اصلی در تشخیص مال غیر منقول و مال منقول، قابلیت و امکان حمل و نقل است و لذا هر وقت مالی قابل حرکت دادن باشد، بدون اینکه برای عین یا محل آن خرابی به بار آید مال منقول است و بر عکس اگر مالی قابل نقل مکان نباشد یا اگر در عمل نقل آن ممکن باشد، موجب خرابی و ویرانی عین یا محل آن شود، مال غیر منقول است.^۵ البته در اصطلاح قانون مدنی مال غیر منقول به اموال قابل حمل و حتی حقوق مالی و منافع هم گفته می‌شود، اما این تجاوز از قاعده استثنایی و محدود به مواردی است که قانون‌گذار بنا به مصالحی اموال قابل حمل را به صراحت در حکم اموال غیر منقول قرار داده باشد.^۶

مواد ۹۹ تا ۱۱۲ قانون اجرای احکام مدنی، توقیف اموال غیر منقول، باغات و تنظیم صورت اموال غیر منقول، ارزیابی اموال غیر منقول و حفظ اموال غیر منقول و نیز راه‌کارهای قانونی آن را بیان کرده است.^۷ همچنین بازداشت اموال غیر منقول و ارزیابی آن هم در فصل هفتم و هشتم آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ بیان شده است.

الف. مفاهیم مشابه توقیف اموال

در این قسمت بعضی از اصطلاحات مشابه توقیف را بررسی می‌کنیم تا مقصود از توقیف اموال غیر منقول و همچنین اصطلاحات مشابه توقیف در قوانین و به خصوص قانون آیین دادرسی مدنی و قانون اجرای احکام مدنی کاملاً مشخص شود.

توقیف عملیات اجرایی: مقصود از توقیف عملیات اجرایی، متوقف کردن و قطع نمودن موقت اجرای حکم یا اعمال اجرایی دادگاه یا اداره ثبت یا حکم دادگاهی است که قطعیت یافته و مراحل اجرایی در اجرای احکام را پیموده است.^۱

گفتنی است توقیف، تأخیر، تعطیل و قطع عملیات اجرایی برخلاف اصل استمرار و ادامه عملیات اجرایی است و چون خلاف اصل و امری استثنایی است، باید به موارد متیقن بسنده کرد. لذا ماده ۲۴ قانون اجرای احکام مدنی مقرر داشته که: «دادورز [مأمور اجراء] بعد از شروع به اجرا نمی‌تواند اجرای حکم را تعطیل یا توقیف یا قطع نماید یا به تأخیر اندازد، مگر به موجب قرار دادگاهی که دستور اجرای حکم را داده یا دادگاهی که صلاحیت صدور دستور تأخیر اجرای حکم را دارد یا با ابراز رسید محکوم‌له دائر به وصول محکوم‌به یا رضایت کتبی او در تعطیل یا توقیف یا قطع یا تأخیر اجراء». بنابراین، توقیف فقط در موارد زیر صورت می‌گیرد:

۱. رضایت کتبی محکوم‌له یا رسید محکوم‌له دائر به وصول محکوم‌به (به استناد ماده ۲۴ قانون اجرای احکام مدنی)؛
 ۲. تقاضای محکوم‌علیه و صدور قرار توقیف عملیات اجرایی توسط مراجع صلاحیت‌دار (دادگاهی که دستور اجرای حکم را صادر نموده است)؛
 ۳. فوت یا حجر محکوم‌علیه (به حکم ماده ۳۱ قانون اجرای احکام مدنی)؛
 ۴. اعتراض شخص ثالث به عملیات اجرا.
- در آیین‌نامه جدید اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء موارد توقیف عملیات اجرایی را در ماده ۹۶ چنین احصا نموده است:
- «هرگاه شخص ثالث نسبت به مال بازداشت‌شده (اعم از منقول و یا غیر منقول) اظهار حقی نماید در موارد زیر از مزایده خودداری می‌شود:
۱. در موردی که متعهدله اعتراض شخص ثالث را قبول کند؛
 ۲. در موردی که شخص ثالث سند رسمی مقدم بر تاریخ بازداشت ارائه کند، مبنی بر اینکه مال مورد بازداشت به او منتقل شده و یا رهن یا وثیقه طلب اوست؛

۳. در صورتی که مال قبل از تاریخ بازداشت به موجب قرار تأمین یا دستور اجرای دادگاه یا اجرای ثبت بابت طلب معترض توقیف شده باشد؛

۴. هرگاه شخص ثالث حکم دادگاه، اعم از قطعی یا غیر قطعی، بر حقانیت خود ارائه کند؛
۵. در صورتی که قبل از بازداشت از معترض قبول تقاضای ثبت به عنوان ملکیت یا وقفیت شده باشد؛

۶. در موردی که بر اثر شکایت معترض موضوع قابل طرح در هیئت نظارت یا شورای عالی ثبت تشخیص شده باشد.

در مورد بندهای ۱ و ۲ و نیز در مورد بندهای ۴ در صورت وجود حکم قطعی از مال رفع بازداشت می‌شود و در سایر موارد ادامه عملیات اجرائی موکول به تصمیم نهایی علیه معترض در مراجع مربوط خواهد بود. متعهدله می‌تواند از مال مورد بازداشت صرف نظر کرده و درخواست بازداشت اموال دیگر متعهد را بکند.

تأخیر: تأخیر در لغت به معنی عقب انداختن و دیر کردن است^۹ و در اصطلاح، تأخیر به معنی عقب انداختن و با فاصله انجام دادن اجرای حکم و عملیات اجرای است. تأخیر عملیات اجرایی یکی از قرارهای موقتی است که به حکم قانون یا به دستور مراجع قضایی صادر می‌شود و به موجب آن پیش از شروع یا پس از شروع عملیات اجرایی، زمان اجرای حکم را برای زمان دیگر یا تحقق وضع یا حالتی موکول می‌نماید. بنابراین، هرگاه بنا بر جهاتی از قبیل منازعه و اختلاف یا وجود ضرر جبران‌ناپذیر، و به طور کلی، به سبب عملی که منتسب به یکی از طرفین اجراست، دادگاه قرار تأخیر عملیات اجرایی را صادر نماید، اجرای حکم برای مدتی که دادگاه تعیین کرده به تأخیر می‌افتد. این اصطلاح در ماده ۴۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی^{۱۰} (اعتراض شخص ثالث به عملیات اجراء) و ماده ۳۰ قانون اجرای احکام مدنی^{۱۱} به کار برده شده است.^{۱۲}

تفاوت بین توقیف و تأخیر عملیات اجرایی در این است که در تأخیر هنوز شروع به اجرای حکم نشده است یا اگر شروع شده، عملیات اجرایی برای مدتی معلق می‌ماند و سپس به همان حالت سابق ادامه می‌یابد، ولی در توقیف، عملیات اجرایی شروع و به یکی از جهات زیر متوقف می‌شود و بعداً ممکن است عملیات در همان جهت ادامه یابد یا به کلی منتفی شود.^{۱۳}

تصحیح: «تصحیح» در لغت به معنی صحیح کردن و درست کردن است، یعنی غلط‌های نوشته یا کتابی را گرفتن و آن را بی‌غلط کردن.^{۱۴} در اصطلاح منظور از «تصحیح»، رفع

اشتباهی است که از جانب دایره اجرا در صدور اجرائیه یا در عملیات اجرایی صورت گرفته است. مثلاً ممکن است در برگ اجرائیه، مشخصات محکوم علیه بر خلاف واقع نوشته شود یا محکوم به، همراه با جریمه نقدی برای تأخیر بوده ولی جریمه قید نشده باشد یا محکوم به مال غیر منقول مرکب از دو پلاک بوده و فقط یک پلاک نوشته شده باشد. در این موارد و موارد مشابه آن اگر محکوم له تذکر دهد یا دادگاه متوجه شود، دستور تصحیح اجرائیه را صادر می کند.^{۱۵} ماده ۱۱ قانون اجرای احکام مدنی تصحیح اجرائیه را بیان کرده است.

تعطیل: «تعطیل» عملیات اجرایی یعنی دست کشیدن از عملیات اجرایی.^{۱۶} بنابراین، تعطیل اجرای احکام، در ظاهر به معنی اجرا نکردن یا متوقف نمودن و مختومه شدن اجرای حکم است. تعطیل عملیات اجرایی ممکن است مستند به عمل یکی از طرفین اجرائیه یا به حکم قانون یا به دستور مراجع صلاحیت دار باشد.

بعضی از حقوق دانان گفته اند: تعطیل عملیات اجرایی به معنی اجرا نکردن بدون سبب و جهت قانونی است که فقط بنابر تقاضای محکوم له ممکن است صورت بگیرد. بنابراین، اگر محکوم له بنابر جهاتی از قبیل مذاکره اصلاحی بخواهد حکم تا حصول نتیجه اجرا نشود، باید مراتب را کتباً به دائره اجرا تسلیم کند و اجرا نیز تا اعلام گذشت و انصراف از اجرائیه یا تقاضای ادامه عملیات، اجرای عملیات اجرایی را تعطیل می نماید و تفاوت تعطیل با توقیف هم در این است که درخواست تعطیل از جانب محکوم له است، ولی درخواست توقیف از جانب محکوم علیه است و ضمناً توقیف با اعتراض شخص ثالث و همچنین فوت یا حجر محکوم علیه هم خواهد بود.^{۱۷} اما این نظر درست نیست و چنانکه بعضی از حقوق دانان گفته اند، تعطیل عملیات اجرایی ممکن است مستند به عمل یکی از طرفین اجرائیه یا به حکم قانون یا به دستور مراجع صلاحیت دار باشد.^{۱۸}

تفاوت بین توقیف و تأخیر عملیات اجرایی با تعطیل آن در این است که اگر جهتی که سبب تأخیر یا توقف شدن است از میان برود، عملیات اجرایی دوباره آغاز یا تعقیب می شود، در صورتی که در مورد تعطیل، دیگر جهتی برای تعقیب و به جریان انداختن پرونده وجود ندارد. بعضی از حقوق دانان معتقدند گاهی تعطیل و توقیف و قطع عملیات اجرایی، مترادف یکدیگرند و گاهی با هم تفاوت دارند؛ زیرا وقتی اجرا برای زمانی

غیرمشخص انجام نمی‌شود، آن را توقف می‌گویند و هرگاه زمان توقف معین باشد، مثلاً، برای یک ماه یا پنج ماه آن را تأخیر می‌گویند و تعطیل وقتی است که جهت خاص قانونی برای توقیف وجود ندارد و محکوم‌له صلاح می‌داند که برای مدتی اجرا را تعطیل نماید.^{۱۹} اما شماری دیگر از حقوق‌دانان بر این عقیده‌اند که این سه اصطلاح را نمی‌توان مترادف فرض کرد.^{۲۰}

ابطال: «ابطال» در لغت به معنی باطل کردن و لغو کردن^{۲۱} و ابطال عملیات اجرایی هم به معنای باطل کردن و لغو کردن عملیات اجرایی است. بنابراین، اگر دادگاه صدور اجرائیه را برخلاف قانون تشخیص دهد یا اقدامات انجام شده را برخلاف واقع و مقررات تشخیص دهد، بنابر تقاضای محکوم‌علیه یا رأساً قرار ابطال عملیات اجرایی را صادر می‌نماید. مثلاً بدون اینکه اجرائیه به محکوم‌علیه ابلاغ شود، به صورت برداری یا توقیف اموال مبادرت شده باشد یا مفاد اجرائیه برخلاف حکم صادر شده باشد یا اگر اجرائیه در فهرست تنظیم شده است، برخلاف واقع یا مندرجات سند رسمی باشد،^{۲۲}

و یا در جریان مزایده طرفین شکایاتی داشته باشند یا اعمال انجام شده را خلاف قانون بدانند. در تمام موارد تشخیص اینکه اجرائیه ابطال گردد یا نه، با دادگاه است. در مورد ابطال اجرائیه شکی نیست که یکی از آثار ابطال، صدور اجرائیه جدید است که باید مطابق شرایط مندرج در ماده ۶ قانون اجرای احکام مدنی صادر گردد. ماده ۱۱ قانون اجرای احکام مدنی موردی از ابطال اجرائیه را پیش‌بینی نموده است. از این ماده می‌توان نتیجه گرفت که ابطال اجرائیه باید ناشی از وقوع اشتباه در اجرائیه باشد؛ بنابراین، اگر در صدور اجرائیه اشتباهی صورت نگرفته باشد، دادگاه مجاز نخواهد بود که اجرائیه را ابطال نماید.^{۲۳} تبصره یک ماده ۹۶ آیین‌نامه جدید اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء نیز مواردی را که به ابطال صورت مجلس مزایده می‌انجامد، بیان کرده است.

الغاء: «الغاء» در لغت به معنی لغو کردن و باطل کردن است و در اصطلاح، به معنی لغو کردن و از اعتبار انداختن و بی‌اثر کردن عملیات اجرایی است. الغای عملیات اجرایی در مواردی است که اجرائیه بر اساس حکم قطعی یافته‌ای صادر شود و آن حکم بر اثر فرجام‌خواهی یا اعتراض ثالث یا اعاده دادرسی یا در نتیجه رسیدگی نهایی کلاً یا جزئاً نقض گردد. این حالت بارزترین نمونه دستور الغای عملیات اجرایی است که در آن

عملیات اجرایی ملغی می‌شود.^{۲۴} مثلاً در مواردی که اقدام اجرا بی‌مورد و نادرست بوده یا اساساً به چنین عملیاتی نیازی نبوده باشد. وقتی که حکم در مرجع بالاتر فسخ شود، عملیات اجرایی ملغی می‌شود.

قطع: «قطع» در لغت به معنی بریدن و جدا کردن است^{۲۵} و قطع عملیات اجرایی زمانی صورت می‌گیرد که محکوم‌علیه رسیدی بدهد که بر پرداخت محکوم‌به، به محکوم‌علیه دلالت می‌کند، یا دلیلی بر مالکیت ما فی الذمه ارائه کند یا دلیلی مبنی بر سقوط تعهد ناشی از حکم بدهد یا دلیلی ارائه کند مبنی بر اشتباه دادگاه صادرکننده یا مرجع ذی صلاح مثل دادستانی کل یا انتظامی قضات یا دیوان عالی کشور. در این گونه موارد قسمت اجرا مکلف است به قطع عملیات اجرایی اقدام نماید و مراتب را به دادگاهی که تحت نظر آن ادای وظیفه می‌کند، اعلام دارد.

بعضی از حقوق‌دانان قطع را مترادف ختم و مختومه‌شدن و انصراف و گذشت تصور کرده و گفته‌اند که اگر محکوم‌له رسید وصول محکوم‌به را به دایره اجرا بدهد یا اعلام کند که محکوم‌به را گرفته است عملیات اجرایی قطع می‌شود و قطع عملیات اجرایی سبب مختومه‌شدن پرونده اجرایی می‌گردد.^{۲۶}

بعضی نیز معتقدند این برداشت و تصور فاقد مبنای قانونی است و اصولاً محکوم‌له به دادن رسید نیازی ندارد و در هر لحظه می‌تواند گذشت و انصراف و تقاضای مختومه‌شدن پرونده را اعلام نماید.^{۲۷}

ب. شرایط و احکام توقیف اموال غیر منقول

۱. درخواست توقیف اموال محکوم‌علیه

مطابق ماده ۴۹ قانون اجرای احکام مدنی در مورد توقیف اموال در صورتی که محکوم‌علیه در موعدی که برای اجرای حکم مقرر شده است، مدلول حکم را اجرا ننماید یا قراری با محکوم‌له برای اجرای حکم ندهد و مالی هم معرفی نکند یا مالی از او تأمین و توقیف نشده باشد، محکوم‌له می‌تواند درخواست کند که از اموال محکوم‌علیه معادل محکوم‌به توقیف گردد. همچنین در ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی آمده است: «هرگاه طلبکار به دادگاه دادخواست داده دلایل اقامه نماید که مدیون برای فرار از دین قصد فروش اموال خود را دارد، دادگاه می‌تواند قرار توقیف اموال وی را به میزان بدهی او صادر نماید که در این صورت بدون اجازه دادگاه حق فروش اموال را نخواهد داشت».

در مورد موعد اجرای حکم در ماده ۴۹ قانون اجرای احکام مدنی مدتی ذکر نشده است، اما به استناد ماده ۳۴ و ماده ۱۶۰ قانون اجرای احکام مدنی می‌توان چنین استدلال کرد که مهلت اجرای تعهد توسط محکوم‌علیه ده روز است. در نتیجه در مورد توقیف اموال محکوم‌علیه باید شرایط آن رعایت شوند و آن شرایط عبارت‌اند از:

الف. ابلاغ اجرائیه و انقضای مهلت قانونی ده روز؛

ب. اینکه محکوم‌علیه در مهلت مقرر حکم را اجرا نکرده باشد؛

ج. محکوم‌علیه با محکوم‌له قراری برای اجرای حکم نگذاشته باشد؛

د. محکوم‌له مالی برای استیفای محکوم‌به معرفی نکرده باشد یا در جریان دادرسی یا

قبل از آن مالی از او توقیف نشده باشد؛

ه. محکوم‌له تقاضای توقیف اموال محکوم‌علیه را کرده و قبل از آن نوع آن را هم

معین کرده باشد.

۲. اقدام به توقیف فوری اموال محکوم‌علیه

دادورز (مأمور اجراء) باید پس از درخواست توقیف، بدون تأخیر به توقیف اموال محکوم‌علیه اقدام کند و اگر اموال در حوزه دادگاه دیگری باشد، توقیف آن را از قسمت اجراء دادگاه واقع در حوزه دیگر بخواهد (ماده ۵۰ قانون اجرای احکام مدنی)؛ زیرا نیابت قضایی در هر موردی که رسیدگی به عللی از قبیل تحقیقات از مطلعین و گواهان یا معاینه محلی یا هر اقدام دیگری که باید خارج از مقر دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوا انجام گیرد و مباشرت دادگاه شرط نباشد، صورت می‌گیرد و مرجع رسیدگی‌کننده به دعوا به دادگاه صلاحیت‌دار محل نیابت می‌دهد تا حسب مورد اقدام لازم را انجام دهد و نتیجه را به وسیله صورت‌مجلس به دادگاه نیابت‌دهنده بفرستد. البته این اقدامات در صورتی معتبر خواهد بود که مورد وثوق دادگاه باشد.^{۲۸} رویه هم در اجرای احکام بر این است که در این گونه موارد به استناد ماده ۲۰ قانون اجرای احکام مدنی هرگاه تمام یا قسمتی از عملیات اجرایی باید در حوزه دادگاه دیگری به عمل آید، مدیر اجراء انجام عملیات مزبور را به قسمت اجرای دادگاه آن حوزه محول می‌کند. بند ع ماده یک آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء هم در مورد نیابت اجرایی مقرر داشته که نیابت اجرایی نیابتی است که

اجرای ثبت در حدود قوانین و مقررات برای انجام دادن امور اجرایی به اداره ثبت محل دیگر - که اقامتگاه مدیون یا اموال بدهکار در حوزه آن قرار دارد - بدهد.

۳. توقیف معادل محکوم‌به و هزینه اجرایی

از اموال محکوم‌علیه باید به میزانی توقیف شود که معادل محکوم‌به و هزینه‌های اجرایی باشد، ولی هرگاه مال معرفی شده ارزش بیشتری داشته باشد و قابل تجزیه هم نباشد تمام آن مال توقیف می‌شود. در این صورت، اگر مال غیر منقول باشد، مقدار مشاعی از آن که معادل محکوم‌به و هزینه‌های اجرایی باشد توقیف می‌گردد (ماده ۵۱ قانون اجرای احکام مدنی). البته در اینجا منظور توقیف اجرایی است، نه توقیف تأمینی.

۴. استیفای محکوم‌به از مال توقیف‌شده

اگر مالی از محکوم‌علیه تأمین و توقیف شده باشد، استیفای محکوم‌به از همان مال به عمل می‌آید، مگر آنکه مال تأمین شده تکافوی محکوم‌به را نکند که در این صورت معادل بقیه محکوم‌به از سایر اموال محکوم‌علیه توقیف می‌شود. (ماده ۵۲ قانون اجرای احکام مدنی). البته به استناد ماده ۴۶ قانون اجرای احکام مدنی اگر محکوم‌به عین معین باشد عیناً و اگر تلف شده باشد، قیمت آن به تراضی و در صورت نداشتن توافق، دادگاه تعیین و اگر محکوم‌به قابل تقویم نباشد محکوم‌له می‌تواند دعوای خسارت اقامه کند.

۵. تبدیل مال توقیف‌شده

هرگاه مالی از محکوم‌علیه در مقابل خواسته یا محکوم‌به توقیف شده باشد، محکوم‌علیه می‌تواند یک بار تا قبل از شروع به عملیات راجع به فروش تبدیل مالی را که توقیف شده است به مال دیگری درخواست بنماید، مشروط بر اینکه مالی که پیشنهاد می‌شود از حیث قیمت و سهولت فروش از مالی که قبلاً توقیف شده است کمتر نباشد. محکوم‌له نیز می‌تواند یک بار تا قبل از شروع به عملیات راجع به فروش تبدیل مال توقیف شده را درخواست کند. در صورتی که محکوم‌علیه یا محکوم‌له به تصمیم قسمت اجرا معترض باشند می‌توانند به دادگاه صادر کننده اجرائیه مراجعه کنند و تصمیم دادگاه در این مورد قطعی است. (ماده ۵۳ قانون اجرای احکام مدنی).

قانون اجرای احکام مدنی مجوزی برای محکوم‌له برای معرفی وجه نقد یا اوراق بهادار به جای مالی که توقیف شده است پیش‌بینی نکرده است. البته قانون‌گذار ما در ماده ۱۲۴

قانون آیین دادرسی مدنی در مورد تبدیل مال توقیف شده برای خواننده این حق را قائل شده و چنین مقرر داشته است: «خواننده می تواند به عوض مالی که دادگاه می خواهد توقیف کند یا توقیف کرده است، وجه نقد یا اوراق بهادار به میزان همان مال در صندوق دادگستری یا یکی از بانکها ودیعه بگذارد. همچنین می تواند درخواست تبدیل مالی را که توقیف شده است به مال دیگر بنماید، مشروط به اینکه مال پیشنهادشده از نظر قیمت و سهولت فروش از مالی که قبلاً توقیف شده است کمتر نباشد. در مواردی که عین خواسته توقیف شده باشد، تبدیل مال منوط به رضایت خواهان است».

رای شماره ۴۴۲ مورخ ۱۳۰۸/۶/۲۴ دادگاه عالی انتظامی قضات درباره تبدیل مال توقیف شده چنین مقرر می دارد که تبدیل توقیف اموال به ضامن بدون احضار اطراف دعوا تخلف است.^{۲۹}

ماده ۵۳ قانون اجرای احکام مدنی تبدیل مال توقیف شده بیان داشته: «هرگاه مالی از محکوم علیه در قبال خواسته یا محکوم به توقیف شده باشد محکوم علیه می تواند یک بار تا قبل از شروع به عملیات راجع به فروش، درخواست تبدیل مالی را که توقیف شده است به مال دیگری بنماید، مشروط بر اینکه مالی که پیشنهاد می شود از حیث قیمت و سهولت فروش از مالی که قبلاً توقیف شده است کمتر نباشد. محکوم له نیز می تواند یک بار تا قبل از شروع به عملیات راجع به فروش درخواست تبدیل مال توقیف شده را بنماید. در صورتی که محکوم علیه یا محکوم له به تصمیم قسمت اجرا معترض باشد می توانند به دادگاه صادرکننده اجرائیه مراجعه نمایند. تصمیم دادگاه در این مورد قطعی است».

بنابراین، اولاً مطابق قانون اجرای احکام مدنی درخواست تبدیل مال توقیف شده فقط در اختیار محکوم علیه نیست و همان طور که او می تواند تبدیل مال توقیف شده را تقاضا کند، محکوم له نیز چنین حقی دارد، در حالی که مطابق قانون آیین دادرسی مدنی این حق فقط مربوط به خواننده است. مثلاً اگر مالی که توقیف شده جلب مشتری نکند و به نظر محکوم له اموال دیگر محکوم علیه برای فروش مناسب تر باشد یا محکوم علیه مال جدیدی به دست آورده باشد که قبلاً آن را نداشته است و محکوم له آن را برای فروش بهتر می داند می تواند تبدیل مال توقیف شده را تقاضا نماید.

ثانیاً درخواست برای تبدیل مال توقیف شده، فقط برای یک بار قابل پذیرش است (یعنی یک بار از جانب محکوم علیه و یک بار از جانب محکوم له) و بیش از آن را دایره اجرا نمی پذیرد.

ثالثاً، مهلت درخواست تبدیل مال توقیف شده فقط تا قبل از شروع به عملیات فروش می باشد و لذا در روز فروش و مزایده این درخواست پذیرفته نیست. در مورد اینکه شروع عملیات فروش چه زمانی است مشخص نیست، اما شاید بتوان گفت که در سلسله عملیات اجرا بعد از صورت برداری و توقیف، آگهی مزایده وجود دارد که همین آگهی را می توان شروع عملیات فروش دانست؛ زیرا اگر بعد از آگهی، امکان تبدیل مال باشد، باید دوباره آگهی را منتشر کرد که چون این از اسباب تأخیر عملیات اجرایی است، ممکن نیست مگر اینکه با توافق و تراضی طرفین صورت بگیرد.^{۳۰}

رابعاً، شرایط امکان تبدیل مال توقیف شده از طرف محکوم علیه بیشتر از محکوم له است؛ زیرا پیشنهاد تبدیل مال توقیف شده توسط محکوم علیه در صورتی پذیرفته است که مال جدید از نظر قیمت و سهولت در فروش از مال قبلی کمتر نباشد. در آخر باید متذکر شد مالی محکوم له برای جایگزینی مال توقیف شده معرفی می کند یا دایره اجرا می خواهد توقیف نماید، باید خارج از مستثنیات دین باشد.

ماده ۱۰۰ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء هم در این باره چنین بیان داشته است: «در هر مورد که از طرف متعهد یا ثالث مالی در قبال دین معرفی و بازداشت شود متعهدله می تواند تا قبل از انتشار آگهی مزایده، مال دیگری برای استیفای طلب خود معرفی کند؛ مشروط بر اینکه وصول طلب از این مال آسان تر باشد. در این صورت مال معرفی شده بازداشت و ارزیابی می شود و معادل آن از اموال بازداشت شده سابق رفع بازداشت به عمل می آید و هزینه بازداشت و ارزیابی مجدد به عهده متعهدله است».

۶. اموال غیر که قابل توقیف

مالی که محکوم له برای توقیف معرفی می کند یا دایره اجرا می خواهد توقیف نماید باید خارج از مستثنیات دین باشد؛ زیرا درست است که در مستثنیات دین از یک سو، به وضعیت محکوم علیه و مدیون توجه شده است، اما موضوع دیگر این توجه خانواده و افراد تحت تکفل مدیون اند و در ارتباط با این گروه منافع شخص مدیون مطرح نیست، بلکه

منافع اشخاص دیگری غیر از مدیون مطرح است و درست است که طبق ماده ۵۳ قانون اجرای احکام مدنی حق معرفی مال به محکوم علیه هم داده شده است، اما این حق نمی تواند به ضرر اشخاص ثالث مورد استفاده قرار گیرد؛^{۳۱} زیرا مطابق اصل چهلم قانون اساسی هیچ کس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد. به همین دلیل است که ماده ۵۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر داشته است: «در کلیه مواردی که رأی دادگاه برای وصول دین به موقع اجراء گذارده می شود اجراء رأی از مستثنیات دین اموال محکوم علیه ممنوع می باشد».

ماده ۵۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی هم در مقام برشمردن مستثنیات دین، بیان داشته است:

مستثنیات دین عبارت است از:

- الف. مسکن مورد نیاز محکوم علیه و افراد تحت تکفل وی با رعایت شئون عرفی؛
 - ب. وسیله نقلیه مورد نیاز و متناسب با شأن محکوم علیه؛
 - ج. اثاثیه مورد نیاز زندگی که برای رفع حوائج ضروری محکوم علیه، خانواده و افراد تحت تکفل وی لازم است؛
 - د. آذوقه موجود به قدر احتیاج محکوم علیه و افراد تحت تکفل وی برای مدتی که عرفاً آذوقه ذخیره می شود؛
 - ه. کتب و ابزار علمی و تحقیقاتی برای اهل علم و تحقیق متناسب با شأن آنان؛
 - و. وسایل و ابزار کار کسبه، پیشه‌وران، کشاورزان و سایر اشخاصی که وسیله امرار معاش محکوم علیه و افراد تحت تکفل وی می باشد.
- بنابراین، مدیون نمی تواند مالی را معرفی کند که در نتیجه معرفی او به اشخاص دیگر ضرر وارد شود و اگر محکوم له یکی از اموال محکوم علیه را که در ماده ۵۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی از مستثنیات دین شمرده شده است معرفی کند، معرفی او نتیجه ای نخواهد داشت.^{۳۲} همچنین بر طبق ماده ۶۵ قانون اجرای احکام مدنی اموال زیر برای اجرای حکم توقیف نمی شود:

۱. لباس و اشیاء و اسبابی که برای رفع حوائج ضروری محکوم علیه و خانواده او لازم است؛
۲. آذوقه موجود به قدر احتیاج یک ماهه محکوم علیه و اشخاص واجب النفقته او؛
۳. وسایل و ابزار کار ساده کسبه و پیشه‌وران و کشاورزان؛

۴. اموال و اشیایی که به موجب قوانین مخصوص غیر قابل توقیف می‌باشند؛ (مانند وسایل اختصاص یافته برای کشاورزان).^{۳۳}

تبصره: تصنیفات و تألیفات و ترجمه‌هایی که هنوز به چاپ نرسیده بدون رضایت مصنف و مؤلف و مترجم و در صورت فوت آنها بدون رضایت ورثه یا قائم مقام آنان توقیف نمی‌شود.

آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء هم در ماده ۶۱ چنین مقرر می‌دارد:

«اموال و اشیاء زیر از مستثنیات دین است و بازداشت نمی‌شود:

۱. مسکن متناسب با نیاز متعهد و اشخاص واجب‌النفقة او؛
۲. لباس، اشیاء، اسباب و اثاثی که برای رفع حوائج متعهد و اشخاص واجب‌النفقة او لازم است؛
۳. آذوقه موجود به قدر احتیاج سه ماهه متعهد و عائله او؛
۴. وسایل و ابزار کار کسبه، پیشه‌وران و کشاورزان متناسب با امرار معاش خود و اشخاص واجب‌النفقة آنان؛
۵. وسیله نقلیه متناسب با نیاز متعهد و اشخاص واجب‌النفقة او؛
۶. سایر اشیاء و اموالی که به موجب قوانین خاص، غیر قابل توقیف می‌باشد.

بر اساس تبصره یک ماده فوق در صورت فوت متعهد، دیون از کلیه اموال به جا مانده از او بدون استثنای چیزی، استیفا می‌شود. همچنین به موجب تبصره دو این ماده در صورت بروز اختلاف درباره متناسب بودن اموال و اشیای موصوف با نیاز اشخاص پیش‌گفته، رئیس ثبت محل با توجه به وضعیت خاص متعهد و عرف محل مطابق ماده ۱۶۹ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء اتخاذ تصمیم خواهد کرد.

البته قانون آیین دادرسی مدنی هم مستثنیات دین را تا زمان حیات محکوم‌علیه جاری دانسته است.^{۳۴}

اما قانون آیین دادرسی مدنی در صورت بروز اختلاف درباره متناسب بودن اموال و اشیاء با شئون و نیاز محکوم‌علیه، تشخیص دادگاه صادر کننده حکم لازم‌الاجراء را ملاک قرار داده است و بیان نموده که اگر اموال و اشیاء بیش از حد نیاز و شئون محکوم‌علیه تشخیص داده شود و قابل تجزیه و تفکیک نباشد، به دستور دادگاه به فروش می‌رسد و مازاد بر شأن، بابت محکوم‌به یا دین پرداخت می‌گردد.^{۳۵}

۷. توقیف مازاد مال

در ماده ۵۴ قانون اجرای احکام مدنی توقیف مازاد تجویز شده است. منظور از توقیف مازاد آن است که مالی در قبال بدهی معینی در وثیقه یا توقیف شخص دیگری باشد و ارزش مال هم بیشتر از مبلغی باشد که به سبب آن، وثیقه انجام شده یا توقیف صورت گرفته است. در این حالت ارزش اضافی مال توثیق یا توقیف شده می تواند در برابر مبلغ معین دیگری توقیف شود.

ممکن است بعد از توقیف مازاد، توقیف اصل مال برطرف گردد که مطابق ذیل ماده ۵۴ قانون اجرای احکام مدنی توقیف مازاد خود به خود به توقیف تمام مال تبدیل می شود و تا زمانی که اعتراضی نشده و با ارزیابی مجدد رفع توقیفی صورت نگرفته باشد آن مال قابلیت برای طلب دیگر پیدا نخواهد کرد.

بنابراین، قانون اجرای احکام، اصل توقیف مازاد را پذیرفته است و فرقی نمی کند که قبلاً مال محکوم علیه در وثیقه و رهن گذاشته شده یا از طریق اجرای ثبت یا اجرای دادگستری توقیف شده باشد و فرقی نمی کند که آن مال واقعاً مازادی داشته باشد یا نه و فرقی هم نمی کند که مازاد قبلاً توقیف شده باشد یا نه؛ یعنی ممکن است محکوم له به علت دسترسی نداشتن به اموال محکوم علیه از اجرا بخواهد علاوه بر مال متعلق به محکوم علیه که در رهن می باشد مازاد آن هم توقیف شود.

در نتیجه، اگر مالی که توقیف آن تقاضا شده، وثیقه دینی یا در مقابل طلب دیگری توقیف شده باشد، قسمت اجرا به درخواست محکوم له توقیف مازاد ارزش آن مال را که بر حسب مورد به اداره ثبت یا مرجعی که قبلاً مال را توقیف کرده است اطلاع می دهد و در این صورت اگر مال دیگری به تقاضای محکوم له توقیف شود که تکافوی طلب او را نماید از توقیف مازاد رفع اثر خواهد شد؛ یعنی اولویت در بازداشت مال آزاد محکوم علیه است که تکافوی بدهی را کند^{۳۶} و در صورت فک وثیقه یا رفع توقیف اصل مال، توقیف مازاد خود به خود به توقیف اصل مال تبدیل می شود. در این مورد هرگاه محکوم علیه به مناسب نبودن بهای مال با میزان بدهی معترض باشد به هزینه او مال ارزیابی و از مقدار زائد بر بدهی رفع توقیف خواهد شد.

۸. اذن قانون بر تأدیة طلب دیگری

در مورد مالی که وثیقه یا در مقابل مطالباتی توقیف شده باشد، محکوم‌له می‌تواند تمام دیون و خسارات قانونی را با حقوق دولت حسب مورد در صندوق ثبت یا دادگستری تودیع نموده، تقاضای توقیف مال و استیفای حقوق خود را از آن نماید. و در این صورت، وثیقه و توقیف‌های سابق فک و مال بابت طلب او و مجموع وجوه تودیع شده بلافاصله توقیف می‌شود.^{۳۷} این راه حل برای ادامه عملیات اجرایی مناسب و در عین حال وسیله‌ای است که کار طلبکاران قبلی را که مال به سبب طلب آنها بازداشت شده است تسهیل می‌کند تا زودتر به نتیجه برسند و محکوم‌له جدید مستحق دریافت طلب خود و آن چیزی است که بابت فک رهن ملک، تحت هر عنوان که پرداخته و دایره اجرا باید پس از فروش مال، مجموع آنها را به محکوم‌له بپردازد. پس برای اینکه محکوم‌له بتواند تمام مال را به نفع خود توقیف کند باید دارای شرایط زیر باشد:

الف. اگر مال محکوم‌علیه در رهن باشد، معادل مبلغ سند، رهنی را به صندوق ثبت و اگر آن مال در قبال محکوم‌به توقیف شده باشد معادل مبلغ محکوم‌به را به صندوق دادگاه تأدیه شود؛

ب. خسارات قانونی و تعهدات مالی مدیون به شرح سند رهنی یا حکم دادگاه پرداخت شود؛

ج. حقوق دولتی اعم از اینکه هزینه‌های اجرایی ثبتی و یا نیم‌عشر اجرایی مربوط به اجرای احکام باشد پرداخت گردد.^{۳۸}

در این باره ماده ۲۶۷ قانون مدنی نیز چنین مقرر می‌دارد: «ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را اداء می‌کند اگر با اذن باشد، حق مراجعه به او دارد و الا حق رجوع ندارد».

۹. حاضر نبودن محکوم‌علیه و محکوم‌له در توقیف مال

حاضر نبودن محکوم‌له و محکوم‌علیه مانع از توقیف مال نمی‌شود، ولی توقیف مال به طرفین اعلام خواهد شد.^{۳۹} در قانون آیین دادرسی مدنی هم در موارد گوناگون مانند تأمین دلیل،^{۴۰} معاینه محل و تحقیقات محلی، قانون‌گذار بیان کرده که اجرای قرار به طرفین ابلاغ می‌گردد، البته حاضر نبودن طرفین مانع از کار نمی‌شود. برای مثال ماده ۲۴۸ قانون

آیین دادرسی مدنی درباره معاینه محل چنین مقرر می‌دارد: «دادگاه می‌تواند رأساً یا به درخواست هریک از اصحاب دعوا قرار معاینه محل را صادر نماید. موضوع قرار و وقت اجرای آن باید به طرفین ابلاغ شود». قانون‌گذار در ماده ۲۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی نیز حاضر نبودن طرفین را مانع از اجرای قرار معاینه محل ندانسته و مقرر داشته است: «عدم حضور یکی از اصحاب دعوا مانع از اجرای قرار معاینه محل و تحقیقات محلی نخواهد بود».

در آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ هم در ماده ۴۱ بیان شده است:

بازداشت اموال متعهد به تقاضای متعهدله صورت می‌گیرد و مأمور اجراء با حضور نماینده دادستان و در صورت لزوم با حضور مأمور نیروی انتظامی و با معرفی متعهدله اقدام به بازداشت اموال متعلق به متعهد می‌نماید و حاضر نبودن متعهد یا بستگان و خادمش و نیز بسته بودن محلی که مال در آن است مانع بازداشت مال نیست.

به استناد ماده ۸۵ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء، این ماده در مورد بازداشت اموال غیر منقول هم به کار برده می‌شود.

البته چون اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه محل از امارات قضایی محسوب می‌گردد، که موجب علم یا اطمینان قاضی دادگاه یا مؤثر در آن می‌باشد و همچنین تهیه‌نکردن وسیله اجرای قرار معاینه محل یا تحقیق محلی توسط متقاضی، سبب خروج آن از عداد دلایل است، اگر اجرای قرار مذکور را دادگاه لازم بداند، تهیه وسایل اجرا در مرحله بدوی با خواهان دعوا و در مرحله تجدید نظر با تجدیدنظرخواه است. در صورتی که به علت تهیه‌نکردن وسیله، اجرای قرار مقدور نباشد و دادگاه بدون آن نتواند رأی را انشا کند دادخواست بدوی ابطال و در مرحله تجدیدنظر، تجدیدنظرخواهی متوقف، ولی مانع اجرای حکم بدوی نخواهد بود.^{۴۱}

۱۰. موارد رفع توقیف از مال توقیف‌شده

الف. در صورتی که محکوم‌علیه، محکوم‌به و خسارات قانونی را تأدیه نماید، قسمت اجرا از مال توقیف‌شده رفع توقیف خواهد کرد.^{۴۲} البته منظور از خسارت‌های قانونی را می‌توان مطابق ماده ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی چنین دانست: «خسارات دادرسی عبارت است از هزینه دادرسی و حق‌الوکاله وکیل و هزینه‌های دیگری که به طور مستقیم مربوط به

دادرسی و برای اثبات دعوا یا دفاع لازم بوده است، از قبیل حق الزحمه کارشناسی و هزینه تحقیقات محلی».

البته مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳۷۷/۹/۲۱ طی قانون استفساریه تبصره الحاقی مصوب ۱۳۷۶/۳/۱۰ به ماده ۲ قانون صدور چک در مورد کلیه خسارات وارده چنین گفته است: «منظور از عبارت کلیه خسارات و هزینه‌های وارد شده، مذکور در تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۳۷۶/۳/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام، خسارات تأخیر تأدیه بر مبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام شده و هزینه دادرسی و حق الوکاله براساس تعرفه‌های قانونی است».^{۴۳} البته خسارات قانونی شامل هزینه‌های اجرایی نیز هست که در مواد ۱۵۸ و ۱۵۹ قانون اجرای احکام مدنی پیش‌بینی شده است.^{۴۴} ب. در صورت تراضی طرفین و تنظیم سازش‌نامه، توقیف رفع می‌شود؛ زیرا مطابق ماده ۱۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی در هر مرحله از دادرسی مدنی طرفین می‌توانند دعوی خود را به طریق سازش خاتمه دهند.

ج. هر وقت بعد از قطعیت بر اثر فرجام‌خواهی دادنامه فرجام‌خواسته نقض شود.

د. هرگاه حکم مورد اعاده دادرسی بر اثر اعاده دادرسی نقض گردد.

ه. اگر بر اثر دعوی اعتراض ثالث، دادگاه اعتراض ثالث را وارد تشخیص دهد، برای

حفظ حقوق اشخاص ثالث آن قسمت را که مورد اعتراض قرار گرفته باشد، نقض می‌کند.^{۴۵}

ج. آثار توقیف اموال غیر منقول

۱. بطلان نقل و انتقال مال توقیف‌شده

هرگونه نقل و انتقال، اعم از قطعی و شرطی و رهنی، نسبت به مال توقیف شده باطل و بلا اثر است.^{۴۶} همچنین ماده ۸۹ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ در این باره چنین مقرر می‌دارد: «پس از ابلاغ بازداشت‌نامه به صاحب مال، نقل و انتقال از طرف صاحب مال نسبت به مال بازداشت شده ممنوع است و ترتیب اثر نسبت به انتقال بعد از بازداشت مادام که بازداشت باقی است داده نمی‌شود، هرچند انتقال با سند رسمی به عمل آمده باشد؛ مگر در صورت اجازه کسی که مال برای حفظ حق او بازداشت شده است که در این صورت باید اشخاص ذی‌نفع تکلیف ادامه بازداشت ملک یا رفع آن

را معین کنند». از این ماده چنین بر می آید که در آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء نقل و انتقال مال توقیف شده غیر نافذ دانسته شده است، نه باطل و این یکی از موارد افتراق قانون اجرای احکام مدنی با آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء در زمینه توقیف اموال غیر منقول است.

به هر حال، درباره نقل و انتقال مال توقیف شده ماده ۶۶۳ قانون مجازات اسلامی چنین مقرر می دارد:

هر کس عالماً در اشیاء و اموالی که توسط مقامات ذی صلاح توقیف شده است، بدون اجازه دخالت یا تصرفی نماید که منافی با توقیف باشد ولو مداخله کننده متصرف یا مالک آن باشد، به حبس از سه ماه تا یک سال محکوم خواهد شد.

همچنین ماده ۵۴۳ قانون مجازات اسلامی در این خصوص چنین مقرر داشته است: «هرگاه محلی یا چیزی بر حسب امر مقامات صالح رسمی مهر یا پلمپ شده باشد و کسی عالماً و عامداً آنها را بشکند یا محو نماید یا عملی مرتکب شود که در حکم محو یا شکستن پلمپ تلقی شود، مرتکب به حبس از سه ماه تا دو سال محکوم خواهد شد...».

ماده ۳۴۸ قانون مدنی نیز در این خصوص چنین می گوید: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که با بیع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است...».

همچنین به حکم ماده ۳۶۵ قانون مدنی بیع فاسد اثری در تملک ندارد و بر طبق ماده ۳۶۶ هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش بازگرداند و اگر تلف یا ناقص شود، ضامن عین و منافع آن خواهد بود. بنابراین، از آثار توقیف اموال غیر منقول منع نقل و انتقال آن است و مال توقیف شده، چه مالک آن محکوم علیه باشد و چه شخص ثالث، باید به همان وضعی که هنگام توقیف داشته است باقی بماند تا درباره آن تعیین تکلیف شود.

۲. ناقد نبودن قرار داد یا تعهد به مال توقیف شده

به استناد ماده ۵۷ قانون اجرای احکام مدنی هر گونه قرارداد یا تعهدی که در مورد مال توقیف شده بعد از توقیف به ضرر محکوم له منعقد شود نافذ نخواهد بود، مگر اینکه محکوم له کتباً به آن رضایت دهد.

از مفاد این ماده استنباط می‌شود که اگر قرارداد یا تعهد درباره مال توقیف شده به ضرر محکوم له نباشد قرارداد و تعهد صحیح خواهد بود و هرگاه قرارداد یا تعهدی در مورد مال توقیف شده به ضرر محکوم له منعقد شود و او به قرارداد یا تعهد رضایت ندهد و محکوم علیه یا شخص ثالث، محکوم به و خسارات قانونی را به حساب سپرده دادگستری تودیع نمایند، دیگر نیازی به رضایت محکوم له نیست و اجرای احکام از مال توقیف شده رفع اثر خواهد کرد.^{۴۷}

به نظر می‌رسد، منظور از مال توقیف شده در اینجا اعم از مال منقول و غیرمنقول است و لذا در صورتی که مال غیرمنقولی به نفع محکوم له توقیف شده باشد، اجاره آن مال اشکالی ندارد؛ زیرا مال غیر منقول وضعیتی دارد که اجاره دادن آن ضرر برای محکوم له محسوب نمی‌شود. البته با وجود اینکه عرف انتقال عین مال را شامل انتقال منافع آن هم می‌داند، چون به استناد ماده ۱۰۳ قانون اجرای احکام مدنی توقیف عین غیرمنقول شامل توقیف منافع آن نمی‌شود، اجاره دادن آن مال غیرمنقول با حقوق محکوم له منافاتی ندارد. بنابراین، شرط لازم برای عدم نفوذ، آن است که تعهد به ضرر محکوم له باشد. پس اگر محکوم علیه در قالب قرارداد با شخص ثالث تعهد کند که با پرداخت طلب محکوم له زمینه رفع بازداشت از مال توقیف شده را فراهم آورد و بعد از رفع بازداشت آن را به طرف قرارداد منتقل کند، این تعهد نافذ است؛ زیرا به ضرر محکوم له نیست.^{۴۸}

۳. فروش مال توقیف شده با نظارت اجرا

ترتیب فروش اموال غیرمنقول به استناد ماده ۱۳۷ قانون اجرای احکام مدنی مانند فروش اموال منقول است (البته استثنائاتی هم دارد). لذا بعد از تنظیم صورت مال و ارزیابی آن در صورتی که درباره محل و موعد فروش بین محکوم له و محکوم علیه تراضی شده باشد، به همان ترتیب رفتار می‌شود و هرگاه بین طرفین تراضی نشده باشد، دادورز (مأمور اجرا) مطابق مقررات فروش قانون اجرای احکام مدنی عمل خواهد نمود و به طور کلی فروش اموال از طریق مزایده به عمل می‌آید.^{۴۹} البته محکوم علیه می‌تواند با نظارت دادورز (مأمور اجرا) مال فروخته شده را بفروشد، مشروط بر اینکه حاصل فروش به تنهایی برای پرداخت محکوم به و هزینه‌های اجرایی کافی باشد و اگر مال در مقابل قسمتی از محکوم به توقیف شده، حاصل فروش نباید از مبلغی که در قبال آن توقیف به عمل آمده کمتر باشد.^{۵۰}

در آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ هم در مورد فروش مال توقیف‌شده ماده ۹۳ بیان داشته است:

در دو مورد زیر متعهد می‌تواند در ظرف مدت بازداشت مال منقول و یا غیرمنقول بازداشت شده را با اطلاع مأمور اجراء بفروشد یا وثیقه بدهد:

الف. در مواردی که قبلاً و لا اقل در حین وقوع معامله مبلغی را که مال برای استیفای آن بازداشت شده است نقداً تأدیه کند، در این صورت پس از استیفای حق متعهد له و هزینه‌های اجراء بلا فاصله رفع بازداشت خواهد شد.

ب. در صورت رضایت کتبی متعهد له در فروش یا وثیقه دادن مال توسط خود متعهد.

نتیجه‌گیری

۱. از آثار توقیف اموال غیرمنقول منع نقل و انتقال آن است و مال توقیف‌شده، چه مالک آن محکوم‌علیه باشد و چه شخص ثالث، باید به همان وضعی که هنگام توقیف داشته است باقی بماند تا درباره آن تعیین تکلیف شود. بنابراین، هر گونه نقل و انتقال، اعم از قطعی و شرطی و رهنی، در مورد مال توقیف شده باطل و بی‌اثر است.

۲. از دیگر آثار توقیف اموال غیرمنقول نافذنبودن قرار داد یا تعهد به مال توقیف شده است و شرط لازم برای عدم نفوذ، آن است که تعهد به ضرر محکوم‌له باشد. بنابراین، اگر محکوم‌علیه در قالب قرارداد با شخص ثالث تعهد کند که با پرداخت طلب محکوم‌له زمینه رفع بازداشت از مال توقیف‌شده را فراهم سازد و بعد از رفع بازداشت آن را به طرف قرارداد منتقل کند، این تعهد نافذ است؛ زیرا به ضرر محکوم‌له نیست.

۳. در مورد تبدیل مال توقیف‌شده، اگر مالی از محکوم‌علیه در مقابل خواسته یا محکوم‌به توقیف شده باشد، محکوم‌علیه می‌تواند یک بار تا قبل از شروع به عملیات فروش، تبدیل مالی را که توقیف شده است به مال دیگری درخواست کند مشروط بر اینکه مالی که پیشنهاد می‌شود از حیث قیمت و سهولت فروش از مالی که قبلاً توقیف شده است کمتر نباشد، محکوم‌له نیز می‌تواند یک بار تا قبل از شروع به عملیات فروش تبدیل مال توقیف شده را درخواست نماید. در صورتی که محکوم‌علیه یا محکوم‌له به تصمیم قسمت اجرا معترض باشند می‌توانند به دادگاه صادرکننده اجرائیه مراجعه کنند و تصمیم دادگاه در این مورد قطعی است.

۴. مالی که محکوم‌له برای توقیف، معرفی می‌کند یا دایره اجرا می‌خواهد توقیف نماید باید خارج از مستثنیات دین باشد.
۵. قانون بر تأدیة طلب دیگری اذن داده است. بنابراین، در مورد مالی که وثیقه یا در مقابل مطالباتی توقیف شده باشد، محکوم‌له می‌تواند تمام دیون و خسارات قانونی را با حقوق دولت حسب مورد در صندوق ثبت یا دادگستری تودیع نموده، توقیف مال و استیفای حقوق خود را از آن تقاضا کند و در این صورت وثیقه و توقیف‌های سابق فک و مال بابت طلب او و مجموع وجوه تودیع شده بی‌درنگ توقیف می‌شود.
۶. حاضر نبودن محکوم‌له و محکوم‌علیه مانع از توقیف مال نمی‌شود، ولی توقیف مال به طرفین اعلام خواهد شد.
۷. در قانون اجرای احکام مدنی توقیف مازاد تجویز شده است؛ یعنی مالی که در قبال بدهی معینی در وثیقه یا توقیف شخص دیگری باشد و ارزش مال هم بیشتر از مبلغی باشد که به سبب آن، وثیقه انجام شده یا توقیف صورت گرفته است، در این حالت ارزش اضافی مال توثیق یا توقیف‌شده می‌تواند در برابر مبلغ معین دیگری توقیف شود.

پی‌نوشت‌ها

۱. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، ص ۴۷۴.
۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۸۱.
۳. بهرام بهرامی، اجرای مفاد اسناد رسمی، ص ۵۶.
۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، همان، ص ۱۸۱.
۵. برای اطلاعات تفصیلی راجع به انواع اموال غیر منقول ر.ک: مصطفی عدل، به کوشش محمدرضا بندرچی، حقوق مدنی، ص ۴۶ تا ۴۹.
۶. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی اموال و مالکیت، ص ۴۶.
۷. ر.ک: محمدمهدی حکیمی‌تهرانی، «توقیف اموال غیر منقول»، معرفت، ش ۱۵۴.
۸. بهرام بهرامی، اجرای مفاد اسناد رسمی، ص ۵۶.
۹. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، ص ۴۰۷.
۱۰. ماده ۴۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر داشته است: «اعتراض ثالث موجب تأخیر اجرای حکم قطعی نمی‌باشد. در مواردی که جبران ضرر و زیان ناشی از اجرای حکم ممکن نباشد، دادگاه رسیدگی کننده به اعتراض ثالث، به درخواست معترض ثالث پس از اخذ تأمین مناسب قرار تأخیر اجرای حکم را برای مدت معین صادر می‌کند».
۱۱. ماده ۳۰ قانون اجرای احکام مدنی مقرر داشته است: «درخواست رفع اختلاف موجب تأخیر اجرای حکم نخواهد شد، مگر اینکه دادگاه قرار تأخیر اجرای حکم را صادر کند».
۱۲. برای اطلاع از موارد و جهات تأخیر عملیات اجرایی ر.ک: سیدمحسن صدرزاده افشار، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی (دادگاه‌های عمومی و انقلاب)، ص ۴۵۱ به بعد.
۱۳. سیدمحسن صدرزاده افشار، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی (دادگاه‌های عمومی و انقلاب)، ص ۴۵۴.
۱۴. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، ص ۴۳۷.
۱۵. سیدجلال‌الدین مدنی، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۱۸۶.
۱۶. روزی که در عرف و عادت تمام یا برخی از اصناف دست از کار کشیده‌اند در اصطلاح روز تعطیل می‌گویند. مثل روز جمعه برای مسلمانان و روز شنبه برای یهودیان و روز یکشنبه برای مسیحیان.
۱۷. بهرام بهرامی، اجرای احکام مدنی، ص ۴۹.
۱۸. ر.ک: سیدمحسن صدرزاده افشار، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ص ۴۵۶ تا ۴۵۹.
۱۹. سیدجلال‌الدین مدنی، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۱۸۹.
۲۰. بهرام بهرامی، اجرای احکام مدنی، ص ۴۹؛ سیدمحسن صدرزاده افشار، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ص ۴۵۵ و ۴۵۶.
۲۱. سیدمحسن صدرزاده افشار، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ص ۴۵۵ و ۴۵۶؛ حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، ص ۱۰۹.
۲۲. بهرام بهرامی، اجرای احکام مدنی، ص ۴۹.

۲۳. علی مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۱، ص ۵۲ تا ۵۶.
۲۴. سیدجلال‌الدین مدنی، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۱۸۹.
۲۵. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، ص ۹۷۸.
۲۶. سیدجلال‌الدین مدنی، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۱۸۹.
۲۷. بهرام بهرامی، اجرای احکام مدنی، ص ۵۰.
۲۸. در مورد نیابت قضایی ر.ک: ماده ۲۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی.
۲۹. سیدمحمدرضا حسینی، قانون اجرای احکام مدنی در رویه قضایی، ص ۱۳۷.
۳۰. سیدجلال‌الدین مدنی، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۱۲۷.
۳۱. علی مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۱، ص ۲۱۰.
۳۲. علی مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۱، ص ۲۰۹.
۳۳. ر.ک: ماده ۱۷ قانون مدنی.
۳۴. ماده ۵۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی.
۳۵. ماده ۵۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی.
۳۶. سیدجلال‌الدین مدنی، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۱۲۴ و ۱۲۵.
۳۷. ماده ۵۵ قانون اجرای احکام مدنی
۳۸. علی مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۱، ص ۲۱۹ و ۲۲۰.
۳۹. ماده ۶۰ قانون اجرای احکام مدنی
۴۰. ماده ۱۵۲ قانون آیین دادرسی مدنی بیان می‌دارد که: دادگاه طرف مقابل را برای تأمین دلیل احضار می‌نماید ولی عدم حضور او مانع از تأمین دلیل نیست. در اموری که فوریت داشته باشد دادگاه بدون احضار طرف، اقدام به تأمین دلیل می‌نماید.
۴۱. مواد ۲۵۵ و ۲۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی.
۴۲. ماده ۵۸ قانون اجرای احکام مدنی
۴۳. روزنامه رسمی ش ۱۵۷۱۶، به نقل از علی مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۱، ص ۲۲۹.
۴۴. سیداحمد باختر و مسعود رئیسی، بایسته‌های اجرای احکام مدنی، ج ۱، ص ۳۹۶.
۴۵. بهرام بهرامی، اجرای احکام مدنی، ص ۳۲ و ۳۳.
۴۶. ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی
۴۷. سیداحمد باختر و مسعود رئیسی، بایسته‌های اجرای احکام مدنی، ج ۱، ص ۳۹۵.
۴۸. علی مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۱، ص ۲۲۷ و ۲۲۸.
۴۹. مواد ۱۱۳ و ۱۱۴ قانون اجرای احکام مدنی
۵۰. ر.ک: ماده ۵۹ قانون اجرای احکام مدنی.

منابع

- اباذری فومشی، منصور، *قانون اجرای احکام مدنی در نظم حقوق کنونی*، تهران، خرسندی، تهران، ۱۳۸۶.
- باختر، سیداحمد و مسعود رئیسی، *بایسته‌های اجرای احکام مدنی*، تهران، خط سوم، سال ۱۳۸۵.
- بهرامی، بهرام، *اجرای احکام مدنی*، تهران، ج سوم، موسسه فرهنگی انتشاراتی نگاه بینه، ۱۳۸۳.
- ____، *اجرای مفاد اسناد رسمی*، ج دوم، تهران، موسسه فرهنگی انتشاراتی نگاه بینه، تهران، ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، ج چهاردهم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۳.
- حسینی، سیدمحمدرضا، *قانون اجرای احکام مدنی در رویه قضایی*، ج دوم، تهران، مؤسسه فرهنگی انتشاراتی نگاه بینه، ۱۳۸۴.
- حکیمی تهرانی، محمدمهدی، «توقیف اموال غیر منقول»، معرفت، ش ۱۵۴، مهر ماه ۱۳۸۹، ص ۱۰۹ - ۱۲۶.
- صدرزاده افشار، سیدمحسن، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی (دادگاه‌های عمومی و انقلاب)*، ج دهم، تهران، جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۷.
- عدل، مصطفی، *حقوق مدنی*، قزوین، بحرالعلوم، ۱۳۷۳.
- عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، ج سی و سوم، تهران، امیر کبیر، تهران، ۱۳۸۴.
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی اموال و مالکیت*، ج هفتم، تهران، میزان، ۱۳۸۲.
- مدنی، سیدجلال‌الدین، *آیین دادرسی مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۹.
- معاونت آموزش قوه قضاییه، *رویه قضایی ایران در ارتباط با اجرای احکام مدنی*، تهران، جنگل، ۱۳۸۷.
- مهاجری، علی، *شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی*، ج سوم، تهران، فکر سازان، ۱۳۸۶، ج ۱.
- ____، *شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی*، ج سوم، تهران، فکر سازان، ۱۳۸۷، ج ۲.

بررسی نظارت شورای نگهبان بر انتخابات خبرگان

سیداحمد مرتضایی*

چکیده

بر اساس اصل نود و نهم قانون اساسی، نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری بر عهده شورای نگهبان است. درباره نظارت شورای نگهبان بر این انتخابات، دیدگاه‌های متفاوتی طرح شده است: برخی بر این باورند که اصل نود و نهم، فقط نهاد ناظر را تعیین کرده است و تشخیص صلاحیت داوطلبان مجلس خبرگان بر عهده شورای نگهبان نیست؛ بعضی دیگر می‌گویند: استادان معروف درس خارج، مرجع تشخیص صلاحیت‌اند؛ شماری دیگر، نظارت شورای نگهبان را دور باطل می‌دانند و عده‌ای شرط اجتهاد را قبول ندارند. در تحقیق حاضر، این دیدگاه‌ها بررسی شده است و مهم‌ترین یافته‌های آن عبارتند از: اینکه: اصل نود و نهم مطلق و اعم از مرجعیت، نظارت و تشخیص صلاحیت است. ارائه گواهی سه نفر از استادان معروف درس خارج حوزه‌های علمیه، مبنی بر واجد شرایط بودن داوطلبان شرکت در انتخابات، مربوط به قبل از بازنگری قانون اساسی و تغییر اصل نود و نهم است. شرایط تحقق دور در انتخابات وجود ندارد و در زمان غیبت شرط اجتهاد ممیزه بارز رهبری اسلامی است و فقط کسانی از قدرت تشخیص این شرط برخوردارند که در حد اجتهاد باشند. کلیدواژه‌ها: شورای نگهبان، نظارت بر انتخابات، نظارت استصوابی، انتخابات مجلس خبرگان، شبهه دور، شرط اجتهاد.

* کارشناس ارشد حقوق عمومی مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.

مقدمه

براساس اصل نود و نهم قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸، «شورای نگهبان نظارت بر انتخاب رئیس جمهور، انتخابات مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آراء عمومی و همه‌پرسی را بر عهده دارد». براساس اصل نود و نهم قانون اساسی، مصوب ۱۳۶۸ «شورای نگهبان نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آراء عمومی و همه‌پرسی را بر عهده دارد». بنابراین، نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری پیش از بازنگری قانون اساسی، جزء اصل نود و نهم نبود و در بازنگری سال ۱۳۶۸ نظارت بر این انتخابات به این اصل افزوده شد و بعد از آن، مرجع تشخیص صلاحیت داوطلبان عضویت در مجلس خبرگان نیز تغییر داده شد.

دیدگاه‌های متفاوتی درباره نظارت شورای نگهبان بر انتخابات طرح شده است. برخی از این دیدگاه‌ها، تمام یا اکثر انتخابات، از جمله انتخابات مجلس خبرگان رهبری را دربرمی‌گیرد؛ اما درباره انتخابات مجلس خبرگان، دیدگاه‌هایی همچون دور طرح شده است که به این انتخابات اختصاص دارد. بنابراین، در این نوشتار به منظور بررسی دقیق‌تر و اختصاصی، فقط دیدگاه‌های مختص به انتخابات مجلس خبرگان رهبری در دو قسمت «نهاد ناظر و مرجع تشخیص صلاحیت» و «شرط اجتهاد خبرگان و آثار آن» بررسی می‌شود.

قسمت اول: نهاد ناظر و مرجع تشخیص صلاحیت

در این قسمت دیدگاه‌هایی بررسی می‌شود که شورای نگهبان را تنها به عنوان نهاد ناظر بر انتخابات، ولی تشخیص صلاحیت را خارج از اختیارات این شورا می‌دانند و می‌گویند در صورتی که تشخیص صلاحیت‌ها به شورای نگهبان واگذار شود، مشکلاتی همچون دور باطل ایجاد خواهد شد.

۱. نظارت بر انتخابات بدون تشخیص صلاحیت

برخی با خلط بین تعیین شرایط و تشخیص شرایط و صلاحیت می‌گویند اصل نود و نهم فقط نهاد ناظر را تعیین کرده و شامل تشخیص صلاحیت داوطلبان عضویت در مجلس خبرگان نمی‌شود:

تطابق اصل ۹۹ و اصل ۱۰۸ نشان می‌دهد که اصل ۹۹ منحصراً نهاد ناظر بر انتخابات خبرگان را تعیین نموده ... به موجب اصل ۱۰۸ قانون اساسی مرجع صالح جهت تعیین صلاحیت داوطلبان عضویت در مجلس خبرگان، خود خبرگان می‌باشند.^۱

به بیان دیگر «مقایسه اصل ۱۰۸ و اصل ۹۹ قانون اساسی، تمایز را میان مرحله «نظارت بر انتخابات» و «تشخیص صلاحیت داوطلبان» را نمایان می‌کند. واگذاری تعیین شرایط و کیفیت انتخاب خبرگان رهبری به خبرگان، مفید این معناست که «شرایط و کیفیت انتخاب» خبرگان، مفهوماً از شمول قید «نظارت» مندرج در اصل ۹۹ قانون اساسی خارج است.^۲ منتقد دیگری در همین زمینه می‌گوید:

طبق ماده ۸ و تبصره ماده ۲ قانون مزبور [ماده ۲ قانون انتخابات و آیین‌نامه داخلی مجلس خبرگان] مرجع تشخیص صلاحیت و شرایط مورد نظر، سه نفر از اساتید معروف درس خارج حوزه‌های علمیه تعیین می‌گردند که به هر حال غیر از شورای نگهبان می‌باشد. پس این قانون که به تأیید شورای محترم نگهبان هم رسیده است گواه این است که نظارت مذکور در اصل ۹۹ شامل مرحله تعیین صلاحیت‌ها نمی‌گردد و الاً تعیین مرجع دیگری غیر از شورای نگهبان خلاف قانون بوده است.^۳

نقد و بررسی

۱. در این دیدگاه‌ها مغالطه آشکاری وجود دارد؛ زیرا براساس اصل یکصد و هشتم «قانون مربوط به تعداد و شرایط خبرگان، کیفیت انتخاب آنها و آیین‌نامه داخلی جلسات آنان برای نخستین دوره باید به وسیله فقهای اولین شورای نگهبان تهیه و با اکثریت آراء آنان تصویب شود و به تصویب نهایی رهبر انقلاب برسد. از آن پس، هرگونه تغییر و تجدیدنظر در این قانون و تصویب سایر مقررات مربوط به وظایف خبرگان در صلاحیت خود آنان است». بنابراین، «تعیین شرایط» با «تشخیص شرایط، تعیین صلاحیت و یا تشخیص صلاحیت»، متفاوت و مرجع آنها نیز مختلف است. تعیین شرایط یک کار قانون‌گذاری و تشخیص شرایط و تعیین صلاحیت یک کار نظارتی است. مرجع تعیین شرایط خبرگان رهبری، در نخستین دوره شورای نگهبان و بعد از آن براساس اصل یکصد و هشتم، خود مجلس خبرگان است؛ اما مرجع تعیین و تشخیص صلاحیت داوطلبان عضویت در مجلس خبرگان، شورای نگهبان است و مجلس خبرگان و هیچ نهاد دیگری حق تعیین صلاحیت خود را ندارد؛ زیرا با فلسفه نظارت سازگار نیست. در تشخیص صلاحیت وجود یا فقدان

این شرایط بررسی می‌شود، ولی در تعیین شرایط اصل شرایط (توسط مجلس خبرگان) تعیین و تصویب می‌شوند. به عبارت دیگر، قانون و شرایط را خود خبرگان تعیین می‌کنند، ولی بررسی صلاحیت، یعنی تشخیص بودن یا نبودن این شرایط به عهده شورای نگهبان است.

۲. در شورای بازنگری قانون اساسی، نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان، بر اساس اصل نود و نهم کلاً به شورای نگهبان واگذار شده است و مجلس خبرگان و هیچ نهاد دیگری حق سلب این حق و واگذاری آن به نهاد دیگری را ندارد.

۳. ادعای تمایز میان مرحله «نظارت بر انتخابات» و «تشخیص صلاحیت داوطلبان» خلاف تمام قوانین انتخابات و قوانین نظارت شورای نگهبان بر انتخابات از ابتدا تا به حال است؛ زیرا در تمام این قوانین نظارت ناظر عام است و شامل مراحل مختلف انتخابات از جمله تشخیص صلاحیت داوطلبان می‌شود.

۴. اصل نود و نهم، شرایط و کیفیت هیچ انتخاباتی را تعیین نکرده است، بلکه شرایط و کیفیت انتخابات در مراجع دیگر تعیین می‌شود و این مرحله منافاتی با اصل و نوع نظارت شورای نگهبان در تشخیص شرایط و احراز صلاحیت ندارد. مجلس خبرگان، قانون مربوط به تعداد و شرایط و کیفیت انتخابات خود را تهیه و تصویب می‌کند و مجلس شورای اسلامی نیز قانون مربوط به انتخابات خود را تهیه می‌کند، ولی نظارت بر انتخابات هر دو مجلس بر عهده شورای نگهبان است.

۵. ارائه گواهی سه نفر از استادان معروف درس خارج حوزه‌های علمیه، به معنای نفی بررسی صلاحیت‌ها توسط شورای نگهبان نبوده است؛ زیرا براساس ماده ۱۶ «آیین‌نامه اجرایی قانون انتخابات مجلس خبرگان موضوع اصول ۵ و ۱۰۷ و ۱۰۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مصوب جلسه مورخ ۱۳۶۱/۷/۱۸ شورای نگهبان: «شورای نگهبان ظرف ده روز از تاریخ وصول مدارک داوطلبان هر استان رسیدگی لازم معمول و نظر خود را به وسیله هیئت نظارت مرکزی به ستاد انتخابات کشور اعلام می‌دارد». و بنابر ماده ۶۵ همان آیین‌نامه، «هیئت مرکزی نظارت شورای نگهبان بر کلیه مراحل و جریان‌های انتخاباتی و اقدامات وزارت کشور که در امر انتخابات مؤثر است و هیئت‌های اجرایی و آنچه مربوط به صحت انتخابات می‌شود، نظارت خواهد کرد.»

۲. استادان معروف درس خارج، مرجع تشخیص صلاحیت

در نخستین انتخابات مجلس خبرگان رهبری، تشخیص شرایط داوطلبان شرکت در انتخابات، با استادان معروف درس خارج حوزه‌های علمیه بود. ولی در انتخابات بعدی، تشخیص شرایط و صلاحیت این داوطلبان به فقهای شورای نگهبان واگذار شد. برخی معتقدند بررسی صلاحیت داوطلبان انتخابات خبرگان باید به علما، مراجع و استادان معروف درس خارج حوزه‌های علمیه واگذار شود؛ زیرا واگذاری بررسی صلاحیت داوطلبان انتخابات خبرگان رهبری به فقهای شورای نگهبان از جهات مختلفی اشکال دارد مانند: اهانت به شأن برخی از علما به دلیل برتری آنها و ذینفع بودن فقهای شورای نگهبان به دلیل داوطلبی در انتخابات خبرگان.

«آیا در شرایطی که قطعاً بسیاری از عالمان فرهیخته انقلابی و دارای احساس مسئولیت از شأن فقهی و صلاحیت‌های سیاسی بالاتر نسبت به بعضی از فقهای بزرگوار شورای نگهبان برخوردار هستند، سپردن بررسی صلاحیت ایشان به افرادی هم‌تراز یا دارای جایگاه ضعیف‌تر، اهانت به شأن ایشان و باعث انصراف و بی‌انگیزگی بسیاری از علمای بزرگ از شرکت در انتخابات نیست؟»^۴ ... «طبق ماده ۸ و تبصره ماده ۲ قانون مزبور [قانون انتخابات و آیین‌نامه داخلی مجلس خبرگان] مرجع تشخیص صلاحیت و شرایط مورد نظر، سه نفر از اساتید معروف درس خارج حوزه‌های علمیه تعیین می‌گردند که به هر حال غیر از شورای نگهبان می‌باشد».^۵

همچنین درباره ذینفع بودن فقهای شورای نگهبان می‌گویند:

با توجه به اینکه در تمام انتخابات گذشته و به احتمال قریب به یقین در انتخابات چهارم فقهای شورای نگهبان خود کاندیدای انتخابات بوده‌اند و احتمالاً خواهند بود، سپردن بررسی صلاحیت سایر کاندیداها [به] ایشان به لحاظ منطقی غیرقابل دفاع است.^۶

نقد و بررسی

۱. شأن و درجه فقهی و علمی ملاک تعیین نهاد ناظر نیست؛ زیرا: اولاً، اگر ملاک شأن باشد، خود خبرگان نمی‌توانند رهبر را انتخاب کنند، چون قطعاً رهبر باید دارای شأن بالاتری نسبت به تمام اعضای خبرگان باشد. ثانیاً، کسانی که دارای شأن بالاتری باشند، حتماً دارای شهرت و آثار فقهی هستند و به بررسی علمی شورای نیازی نگهبان ندارند؛ زیرا در شورای نگهبان صلاحیت علمی همه

داوطلبان خبرگان بررسی نمی‌شود؛ بلکه صلاحیت کسانی که رهبر معظم انقلاب صریحاً یا ضمناً اجتهاد آنان را تأیید نکرده است یا جایگاه و شهرت فقهی و اثر علمی ندارند، بررسی می‌شود.

۲. بررسی صلاحیت توسط مراجع و علما و اساتید، کلی، نامشخص، بدون ضابطه و اختلاف برانگیز است؛ زیرا مراجع و علما متعدّدند و تشخیص مراجع، خود مشکل دیگری است، چون در حوزه علمیه هیچ نهاد رسمی برای بررسی اجتهاد وجود ندارد و اساساً اجتهاد مانند سایر مدارج علمی، گواهی خاصی ندارد. در صورت نیاز به بررسی اجتهاد و ارائه گواهی و مدرک آن، زمان بیشتری لازم است که با محدودیت زمانی انتخابات سازگار نیست. به تعبیر دیگر، اجتهاد یک مدرک تحصیلی نیست و مرجع اعطایی ندارد. بنابراین، یک مرجع قانونی و خبره برای تشخیص صلاحیت داوطلبان مجلس خبرگان رهبری لازم است تا موجب اختلاف در تشخیص نشود و در شرایط کنونی، بهترین مرجع قانونی شورای نگهبان است.

۳. مراجع تقلید درباره تمام کاندیداها شناخت کافی ندارند و در بسیاری از موارد هیچ شناختی از آنها ندارند. بنابراین، اگر بررسی صلاحیت‌ها به عهده مراجع گذاشته شود، صلاحیت بسیاری از کاندیداها بررسی نمی‌شود و از شرکت در انتخابات محروم می‌شوند. به تعبیر دیگر،

قانون انتخابات مجلس خبرگان در ابتدا با توجه به شرایط آن زمان و با توجه به شناختی که مردم از بزرگان و علما داشتند خیلی ساده تهیه شده بود... اما کم‌کم آن وضعیت گذشت و چهره‌های جدیدی مطرح شدند و نیازمند این بود که یک مکانیسم و راهکاری برای تشخیص صلاحیت و احراز صلاحیت افراد ناشناس هم به وجود بیاید. مراجع عظام، یک نظام مدون و منظمی را برای تشخیص صلاحیت افراد و یا بحث‌های انتخابات، به خصوص در مورد ارکان مهم نظام نداشتند. از این رو، باید جایی که هم مرجع رسمی بوده و هم امکان تحقیق در مورد صلاحیت افراد داشته باشد، مشخص می‌شد. بنابراین، بهترین جایی که برای تشخیص صلاحیت‌ها و نظارت برانتخابات در نظام ما هست شورای نگهبان می‌باشد، چون مرکب از تعدادی از فقها و تعدادی از حقوق‌دانان می‌باشد.^۷

۴. بررسی کامل تمام شرایط توسط مراجع تقلید ممکن نیست؛ زیرا مراجع تقلید و علما فقط صلاحیت علمی را تشخیص می‌دهند؛ ولی شرط داوطلبان خبرگان رهبری فقط فقهی نیست، بلکه شرایط دیگری نیز لازم است که بررسی و تشخیص آنها توسط هیچ مرجع

تقلیدی ممکن نیست و نیازمند یک نهاد رسمی و قانونی همچون شورای نگهبان است که علاوه بر شرایط فقهی سایر شرایط را نیز بررسی کند.

علاوه بر این، مراجع تقلید به لحاظ احتیاط اخلاقی به طور کامل صلاحیت کسی را تأیید نمی‌کنند؛ بلکه تأیید آنها به حسب ظاهر است. به تعبیر یکی از اعضای شورای نگهبان:

در انتخابات مجلس شورای اسلامی خیلی از کاندیداها به سراغ مراجع و علمای بزرگ بلاد می‌روند و برگه تأییدیه‌ای را از سوی آنان برای شورای نگهبان می‌آورند، مبنی بر اینکه ایشان مورد تأیید است. اما از سوی دیگر، سوابقی که در مورد برخی افراد به دست ما می‌رسد، نشان می‌دهد که کاندیدای مذکور سوابق بدی هم دارد. حالا با این شرایط آن مرجع تقلید یا علمای بزرگوار بلادی که ایشان را از دور می‌شناسند، از کجا می‌توانند از دادگستری بخواهند که شما سوابق ایشان را به ما بدهید؟ اصلاً از کجا مطلع هستند... ایشان می‌فرمایند که من تأیید کلی نکردم، من حسب ظاهر و آنچه که در اینجا دیده‌ام تأیید کرده‌ام و یا اینکه براساس شهادت یکی از آشنایانش که گفته آدم خوبی است شهادت بر شهادت آن فرد داده‌ام که این هم طبعاً پذیرفته نیست.^۹

آیت‌الله محمد مؤمن از فقهای شورای نگهبان، درباره نظر مراجع تقلید می‌گوید: «بعضی از اعضای محترم فقهای شورای نگهبان با بعضی از مراجع بزرگوار صحبت کردند و خود آنها هم مصلحت دانستند که برای کسی تأییدیه ننویسند.»^۹

۵. نظارت بر انتخابات و تشخیص صلاحیت منحصر به شورای نگهبان است؛ زیرا تبصره ۱ ماده ۲ «قانون انتخابات و آیین‌نامه داخلی مجلس خبرگان مربوط به اصول ۵ و ۱۰۷ و ۱۰۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۵۹/۷/۱۰، که می‌گوید: «تشخیص واجد بودن شرایط با گواهی سه نفر از استادان معروف درس خارج حوزه‌های علمیه می‌باشد»، مربوط به مرحله اول انتخابات خبرگان و قبل از بازنگری قانون اساسی است که نظارت بر انتخابات خبرگان رهبری جزء اصل نود و نهم نبود، ولی در شورای بازنگری قانون اساسی، اصل نود و نهم تغییر کرده و نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان به شورای نگهبان و تشخیص صلاحیت داوطلبان آن کلاً به فقهای شورای نگهبان واگذار شده است. براساس اصل نود و نهم قبل از بازنگری قانون اساسی، شورای نگهبان نظارت بر انتخاب رئیس‌جمهور، انتخابات مجلس شورای ملی و مراجعه به آراء عمومی و همه‌پرسی را بر عهده دارد؛ ولی براساس اصل نود و نهم بعد از بازنگری، «شورای نگهبان نظارت بر

انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آراء عمومی و همه‌پرسی را بر عهده دارد.»

بنابراین، واگذاری تشخیص شرایط و صلاحیت داوطلبان عضویت در مجلس خبرگان به هر نهاد و مرجع دیگری خلاف قانون اساسی است. در مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی به این صلاحیت شورای نگهبان تصریح شده است:

تشخیص صلاحیت داوطلبان هم به عهده فقهاء شورای نگهبان گذاشته شد؛ به خاطر اینکه مسئله فقه مطرح است و اینکه می‌تواند تشخیص شرایط بدهد یا نه؟ غیر فقها گفتند نمی‌تواند.^{۱۰}

۶. همان اعضای اولین دوره مجلس خبرگان که براساس قانون قبلی انتخاب شده بودند، شورای نگهبان را به عنوان مرجع تشخیص شرایط تعیین کردند؛ زیرا «در آخرین اجلاس مجلس خبرگان دوره اول (۱۳۶۹/۵/۲۴)، وظیفه تشخیص شرایط احراز نمایندگی این مجلس بر عهده فقهای شورای نگهبان گذارده شد و در مواردی که شناسایی کامل حاصل نبود، پیش‌بینی سنجش معلومات (امتحان) فقهی شد.»^{۱۱} به تعبیر دیگر،

اولین قانون انتخابات خبرگان که به استناد اصل ۱۰۸ قانون اساسی از سوی مجلس خبرگان به تصویب رسید توسط فقهای شورای نگهبان تهیه و تنظیم شده و به تأیید حضرت امام خمینی^ع هم رسید. براساس همان اصل ۱۰۸، قرار شد هر تغییر یا اصلاحی هم در قانون مذکور به همین شکل و از همین طریق مورد اصلاح واقع شود ... اصلاحاتی در سال ۱۳۶۱ یعنی در زمان خود حضرت امام^ع به آن وارد شد و سه بار با نظر موافق ایشان مورد اصلاح واقع گردید.^{۱۲}

۷. اعضای شورای نگهبان برای کاندیداتوری در انتخابات مجلس خبرگان رهبری به بررسی صلاحیت فقهی نیازی ندارند؛ زیرا شرط عضویت و انتخاب آنها به عنوان فقهای شورای نگهبان، فقاقت و اجتهاد آنهاست. بنابراین، اجتهاد آنها قبلاً تأیید شده است، بر اساس تبصره ۲ ماده ۱۱ «آیین‌نامه اجرایی قانون انتخابات مجلس خبرگان موضوع اصول ۵ و ۱۰۷ و ۱۰۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مصوب جلسه مورخ ۱۳۶۱/۷/۱۸ شورای نگهبان: «کسانی که رهبر معظم انقلاب صریحاً و یا ضمناً اجتهاد آنان را تأیید کرده باشد، از نظر علمی نیازی به تشخیص فقهای شورای نگهبان نخواهند داشت.»

۸. فقهای شورای نگهبان در انتخابات استانی، که داوطلب نمایندگی هستند، حق نظارت و تصمیم‌گیری ندارند تا ذینفع باشند؛ زیرا براساس تبصره ۴ ماده ۱۱ «آیین‌نامه

اجرایی قانون انتخابات مجلس خبرگان» «چنانچه اعضاء شورای نگهبان داوطلب نمایندگی مجلس خبرگان گردند نمی‌توانند نسبت به انتخابات استانی که از آنجا داوطلب شده‌اند نظارت و اتخاذ تصمیم نمایند.»

۳. دور باطل در انتخابات خبرگان

برخی بر این باورند که در انتخابات خبرگان رهبری دور باطل وجود دارد؛ زیرا فقهای شورای نگهبان را رهبری انتخاب می‌کند و آنها نیز صلاحیت داوطلبان انتخابات خبرگان رهبری را بررسی می‌کنند:

سپردن بررسی صلاحیت کاندیداهای نمایندگی مجلس خبرگان به عده‌ای از افراد منصوب رهبری می‌تواند شبهاتی در خصوص عدم بی‌طرفی یا عدم توانایی منتخبان در انجام دقیق وظیفه نظارت بر عملکرد رهبری را به دنبال داشته باشد... دایره بسته، که در اصطلاح حکما و فلاسفه به «دور» تعبیر می‌شود، بدین معناست که فقهای بزرگوار منصوب رهبری در شرایط کنونی تعیین‌کننده صلاحیت یا عدم صلاحیت فقهای دیگری هستند که قرار است بر مقام رهبری نظارت کنند، بدیهی است چنین نظراتی [نظارتی] از پایه در معرض تردید است.^{۱۳}

منتقد دیگری در همین زمینه می‌گوید:

انتخاب خبرگان گرفتار یک دور باطلی است، زیرا شورای نگهبان منتخب رهبر است پس با دخالت این شورا در امر خبرگان رهبری در حقیقت رهبر از ناحیه خود رهبر معین می‌شود؛ پس برای رفع این محذور لازم است نظارت استصوابی شورای نگهبان به طور کلی لغو شود.^{۱۴}

نقد و بررسی

۱. علامه طباطبائی در تعریف دور می‌گوید:

دور عبارت است از توقف وجود چیزی بر چیز دیگری که وجودش متوقف بر آن است، یا بدون واسطه مانند توقف «ا» بر «ب» و توقف «ب» بر «ا»، و این دور، دور مصرح نامیده می‌شود؛ یا با واسطه مانند توقف «ا» بر «ب» و «ب» بر «ج» و «ج» بر «ا» و این دور، دور مضمحل نامیده می‌شود. محال بودن دور قریب به بدیهی است؛ زیرا مستلزم تقدم چیزی بر وجود خود است و محال بودن این، ضروری است.^{۱۵}

آیت‌الله مصباح در تبیین و توضیح دور می‌گوید:

یکی از مطالبی که پیرامون رابطه علت و معلول، مطرح می‌شود این است که هر موجودی از آن جهت که علت و مؤثر در پیدایش موجود دیگری است، ممکن نیست در همان

جهت، معلول و محتاج به آن باشد. و به دیگر سخن، هیچ علتی معلول معلول خودش، و از نظر دیگر، علت برای علت خودش نخواهد بود. و به عبارت سوم، محال است یک موجود نسبت به دیگری هم علت باشد و هم معلول. و این همان قضیه محال بودن علت‌های دوری است که می‌توان آن را از بدیهیات و دست‌کم از قضایای قریب به بداهت به شمار آورد و اگر موضوع و محمول آن، درست تصور شود جای شکی درباره آن نخواهد ماند؛ زیرا لازمه علیت، بی‌نیازی و لازمه معلولیت، نیازمندی است و جمع بین نیازمندی و بی‌نیازی در یک جهت، تناقض است.^{۱۶}

بنابراین، دور فلسفی محال عقلی است؛ یعنی تحقق آن ممکن نیست و در مسائل سیاسی و اجتماعی دور فلسفی وجود ندارد؛ زیرا وقوع چیزی دلیل بر محال نبودن و ممکن بودن آن است. آنچه در مورد انتخابات خبرگان گفته می‌شود، نمی‌تواند دور فلسفی باشد، بلکه شکل ظاهری دور هم وجود ندارد؛ زیرا رهبری فقهای شورای نگهبان را انتخاب می‌کند؛ ولی شورای نگهبان اعضای خبرگان را انتخاب نمی‌کنند، بلکه همانند سایر انتخابات، بر انتخابات خبرگان نظارت می‌کنند و این هیچ نسبتی با دور ندارد؛ زیرا «هیچ چیزی نمی‌تواند علت برای خودش و یا معلول برای معلول خودش باشد، و به دیگر سخن: دور در علل، محال است»^{۱۷}.

علاوه بر این، استدلال نیز ناقص است و دور در این مورد صادق نیست؛ چون مراحل انتخاب و تشکیل مجلس خبرگان ناقص بیان شده و مردم که اعضای مجلس خبرگان را انتخاب می‌کنند، نادیده گرفته شده است تا شکل ظاهری دور (رهبری، شورای نگهبان و مجلس خبرگان) درست شود، در حالی که تشکیل مجلس خبرگان بدون رأی و انتخاب مردم صورت نمی‌گیرد، یعنی خبرگان رهبری را مردم انتخاب می‌کنند و رهبری و شورای نگهبان، نه آنها را انتخاب و نه برکنار می‌کند.

۲. مقام معظم رهبری - مدظله العالی - را خبرگان زمان حضرت امام علیه السلام انتخاب کرده‌اند و مجالس خبرگان بعدی، نقشی در انتخاب ایشان نداشته‌اند؛ یعنی خبرگان کنونی، رهبر بعدی را انتخاب می‌کند. بنابراین، «توقف وجود الشیء علی ما یتوقف وجوده علیه» یعنی دور موضوعیت ندارد و به تعبیر دیگر، علت و معلول واحد نیستند.

۳. در نظام‌های سیاسی غیراسلامی یک حلقه بسته وجود دارد که هر یک با هم مرتبط‌اند و خارج از این حلقه، سلسله مراتب طولی، برای مشروعیت بخشی وجود ندارد. این نظام‌ها

با همین شیوه اداره می‌شوند و هیچ راه و چاره‌ای جز این نوع دور وجود ندارد. به تعبیر آیت‌الله مصباح:

اشکال [دور] به گونه‌ای به تمام نظام‌های دنیا وارد است. این اشکال را فیلسوفان سیاست در نظام‌های دموکراتیک مطرح کرده‌اند. آنها می‌گویند: اگر بخواهید نظامی دموکراتیک به وجود بیاورید، تحقق نظام مذکور مستلزم آن است که بر اساس مقرراتی رأی‌گیری انجام شود؛ یعنی راهی جز فراندوم نیست. حال اگر بخواهید با اصل دموکراسی، انتخابات انجام گیرد، باید کسانی این انتخابات را طبق مقرراتی برگزار کنند در حالی که هنوز هیچ نهاد و دولتی اعتبار پیدا نکرده است! هر مقامی عهده‌دار این کار شود، معتبر نیست، و طبق هر مقرراتی این انتخابات انجام گیرد، اعتبار ندارد؛ زیرا طبق اصول دموکراسی، مشروعیت دولت و حکومت از رأی مردم به دست می‌آید... طراحان نظام دموکراتیک این‌گونه اشکالات را منطقاً وارد می‌دانند، ولی می‌گویند چاره‌ای نداریم و راه بهتری را نمی‌شناسیم. بنابراین، اشکال [دور] در نظام‌های دموکراسی راه حلی ندارد؛ زیرا تا مردم رأی ندهند، هیچ مقامی حق برگزاری انتخابات را ندارد و تا انتخابات صورت نگیرد، هیچ مقامی مشروعیت ندارد! این اشکال نظام‌های دموکراتیک است.^{۱۸}

مبانی مشروعیت نظام اسلامی با نظام‌های سیاسی دیگر متفاوت است. به همین دلیل،

اشکال [دور] به نظام اسلامی وارد نیست؛ زیرا امام راحل علیه السلام به سبب حق شرعی، دولت موقت را منصوب کردند، تا انتخابات را انجام دهد؛ در نظام سیاسی اسلام حجیت کلام رهبر به رأی مردم نیست و اعتبار و مشروعیت نظام و رهبر برگرفته و ناشی از رأی خبرگان نمی‌باشد، زیرا خبرگان مقام ولایت را به رهبر اعطا نمی‌کنند، وظیفه خبرگان فقط تشخیص مصداق رهبری الهی است، که شرایط آن را ائمه اطهار بیان کرده‌اند. خبرگان موظف‌اند کسی را که امام معصوم برای ولایت و رهبری شایسته می‌داند به مردم معرفی کنند. همانند تشخیص مراجع تقلید، که دو نفر خبره بر اعلی‌ت مرجع تقلید شهادت می‌دهند؛ روشن است شهود خبره، به مرجع تقلید اعلی‌ت نمی‌بخشند، بلکه اعلی‌ت واقعی است که حجیت آن از سوی خداست، و شهود فقط آن را تشخیص می‌دهند و معرفی می‌کنند.^{۱۹}

اعتبار و مشروعیت رهبری در اسلام به رأی و انتخاب مردم یا خبرگان نیست و شیوه انتخاب رهبری نیز منحصر به مجلس خبرگان رهبری نیست. همچنان‌که حضرت امام علیه السلام منتخب خبرگان رهبری نبودند.

۴. هدف از طرح مسئله دور در خبرگان رهبری، بیان آثار مترتب بر آن؛ یعنی سوءاستفاده رهبری، شورای نگهبان و خبرگان رهبری است؛ اما سوء استفاده در هر سه مورد منتفی است:

الف. سوء استفاده رهبری به دلیل نظارت پیشینی و پسینی منتفی است:

نظارت پیشینی: شرایط ویژه رهبری (نظارت درونی) یعنی تقوا و عدالت در انتخاب رهبری مندرج در اصول پنجم و یکصد و نهم، از انحصارات و ویژگی‌های نظام اسلامی است. این شرایط و صفات مانع هرگونه تبانی و سوء استفاده از قدرت و عزل و نصب برای اغراض دنیایی است؛ بنابراین، مفاسد مترتب بر دور، در رهبری با ضمانت اجرای قوی درونی منتفی می‌شود.

نظارت پسینی: علاوه بر نظارت پیشینی و درونی، رهبری مشمول انواع نظارت بیرونی نیز می‌شود: نظارت قضایی (اصل یکصد و چهل و دوم)، نظارت سیاسی (اصل یکصد و یازدهم) و نظارت مردمی (اصل هشتم).

ب. سوء استفاده شورای نگهبان به دلیل شرایط اخلاقی در انتصاب آنها منتفی است؛ زیرا براساس اصل نود و یکم قانون اساسی،^{۲۰} انتخاب فقهای شورای نگهبان مشروط به شرط بسیار مهم عدالت است.

ج. سوء استفاده خبرگان رهبری نیز به دلیل شرایط انتخاب آنها منتفی است؛ زیرا بر اساس ماده دوم قانون انتخابات و آیین‌نامه داخلی مجلس خبرگان، خبرگان رهبری باید دارای اشتهار به دیانت و وثوق و شایستگی اخلاقی باشند و سوابق سوء سیاسی و اجتماعی نداشته باشند.^{۲۱} علاوه بر این، کاندیداهای خبرگان در گرایش‌های سیاسی هم‌فکر نیستند و ممکن است کسانی که انتخاب می‌شوند از گرایش‌های سیاسی متفاوت باشند، همان‌گونه که در انتخابات مختلف افرادی با دیدگاه‌های متفاوتی انتخاب شده و به مجلس خبرگان رهبری راه یافته‌اند. بنابراین، زمینه سوء استفاده و تبانی از بین می‌رود.

۵. شبهه دور در شورای بازنگری قانون اساسی نیز مطرح شده است:

در اصل یکصد و هشتم سه مطلب هست: ... یکی تشخیص صلاحیت به عهده فقهای شورای نگهبان است... با قسمت سوم هم که این کار به عهده فقهای شورای نگهبان گذاشته شده من مخالفم. علتش هم این است که من فکر می‌کنم این یک دور است که ما می‌زنیم. یعنی رهبر، فقهای شورای نگهبان را انتخاب می‌کند فقهای شورای نگهبان کسانی هستند که صلاحیت منتخبین رهبری را تأیید می‌کنند.^{۲۲}

در همان شورای بازنگری قانون اساسی به این شبهه پاسخ داده شده است؛ زیرا آن را در حد یک توهم ضعیف دانسته‌اند و با تصویب نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس

خبرگان رهبری و واگذاری تشخیص صلاحیت داوطلبان این مجلس به شورای نگهبان، در واقع این شبهه را وارد ندانسته‌اند:

بعضی دیگر از بزرگوران هم فرمودند که مسئله تشخیص را به عهده فقهای شورای نگهبان بگذارند. ما به نظرم آمد که اگر بخواهد در داخل نظام یک جمعی باشند (یک نفر نباشد) که آن جمع صلاحیت داشته باشد، تشخیص بدهد که فلان شخص دارای شرایط خبره بودن هست یا نیست، جمعی را منسجم‌تر از اینجا نیافتیم. حالا باز آقایان نظرشان این است که نه چون اینها از طرف رهبر انتخاب شده‌اند پس جای توهم این هست که رهبر یک اشخاصی را که خودش می‌خواهد در فقهای شورای نگهبان گذاشته باشد و بعد آنها هم برون خبرگان را با ساخت و پخت یک عده افرادی که باندی هستند انتخاب بکنند! این درست نیست، ... اگر بخواهیم بگوییم مثلاً رئیس قوه قضائیه لابد می‌گویند او هم منصوب رهبری است، اگر رئیس دیوان عالی کشور و قوه قضائیه و دادستان کل کشور آن هم بعضی مع‌الواسطه باز منصوب رهبرند.^{۳۳}

۴. رسیدگی خبرگان به صلاحیت خود

برخی مدعی‌اند براساس قانون اساسی رسیدگی به صلاحیت داوطلبان مجلس خبرگان بر عهده خود خبرگان است و آنان می‌توانند این مسئولیت را به نهاد دیگری واگذار کنند:

در مورد مجلس خبرگان نیز قانون اساسی صراحت دارد که رسیدگی به صلاحیت داوطلبان آن مجلس بر عهده خود خبرگان است که آنان این مسئولیت را به عهده شش فقیه عضو شورای نگهبان، نه همه اعضای آن، واگذار کرده‌اند. پس این اختیار نه به دلیل اصل ۹۹ قانون اساسی یا تفسیر شورای نگهبان از آن، بلکه به این علت به فقهای شورای نگهبان واگذار شده است که مجلس خبرگان تصویب کرده است و بنابراین، هر لحظه می‌تواند این مسئولیت را به نهاد دیگری واگذار کند.^{۳۴}

نقد و بررسی

۱. صدر و ذیل این گفتار با هم تناقض دارد؛ زیرا در صدر آن می‌گوید: «قانون اساسی صراحت دارد که رسیدگی به صلاحیت داوطلبان آن مجلس بر عهده خود خبرگان است»؛ ولی در ذیل همین عبارت می‌گوید: «مجلس خبرگان تصویب کرده است»؛ یعنی در صدر گفتار رسیدگی به صلاحیت داوطلبان را به قانون اساسی و در ذیل آن به مجلس خبرگان نسبت می‌دهد.

۲. در قانون اساسی هیچ اصلی وجود ندارد که آشکارا یا ضمنی گفته باشد «رسیدگی به صلاحیت داوطلبان آن مجلس بر عهده خود خبرگان است»، بلکه براساس اصل یکصد و هشتم قانون اساسی

قانون مربوط به تعداد و شرایط خبرگان، کیفیت انتخاب آنها و آیین‌نامه داخلی جلسات آنان برای نخستین دوره باید به وسیله فقهای اولین شورای نگهبان تهیه و با اکثریت آراء آنان تصویب شود و به تصویب نهایی رهبر انقلاب برسد. از آن پس هرگونه تغییر و تجدیدنظر در این قانون و تصویب سایر مقررات مربوط به وظایف خبرگان در صلاحیت خود آنان است.

بنابراین، آنچه در این اصل آمده این است، قانون مربوط به شمار و شرایط خبرگان و کیفیت انتخاب آنهاست، ولی بررسی بودن و یا نبودن شرایط و تعیین صلاحیت، یعنی نظارت بر این قانون با خود قانون و قانونگذار متفاوت است و نظارت بر عهده شورای نگهبان است.

۳. هیچ شخص، و یا نهادی نمی‌تواند مرجع تشخیص صلاحیت داوطلبان مجلس خبرگان را تغییر دهد؛ زیرا این مرجع براساس قانون اساسی تعیین شده است. در مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی که نظارت بر انتخابات خبرگان رهبری به شورای نگهبان واگذار شده، به واگذاری مسئولیت تشخیص صلاحیت به شورای نگهبان تصریح شده است؛ زیرا:

اولاً، این مطلب آشکارا در متن اصل پیشنهادی جانشین اصل یکصد و هشتم مطرح شده است:

اصل یکصد و هشتم: به منظور نظارت بر حسن انجام وظایف رهبری و اجرای اصل یکصد و هفتم و یکصد و یازدهم و انجام سایر وظایف مذکور در این قانون تعدادی از مجتهدین عادل و آگاه به زمان که دارای قدرت تشخیص و احراز شرایط و صفات رهبری باشند با رأی مستقیم و مخفی مردم به عنوان خبرگان انتخاب می‌شوند. تشخیص صلاحیت داوطلبان مجلس خبرگان به عهده فقهای شورای نگهبان است.^{۲۵}

ثانیاً، در همان شورای بازنگری دلیل این مسئولیت نیز بیان شده است:

تشخیص صلاحیت داوطلبان هم به عهده فقهای شورای نگهبان گذاشته شد؛ به خاطر اینکه مسئله فقه مطرح است و اینکه می‌تواند تشخیص شرایط بدهند یا نه؟ غیرفقها گفتند نمی‌تواند.^{۲۶}

ثالثاً، در شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلسه ۳۶ (اصلاح اصل نود و نهم) به بررسی صلاحیت تصریح شده است.^{۲۷}

رابعاً، در نهایت نظارت شورای نگهبان بر انتخابات خبرگان رهبری با همین هدف به تصویب رسید، و در جلسات تنظیم اصول، در اصل نود و نهم ذکر شد.

قسمت دوم: شرط اجتهاد خبرگان و آثار آن

درباره شرط اجتهاد داوطلبان مجلس خبرگان رهبری دیدگاه‌های متفاوتی طرح شده است: برخی شرط اجتهاد را ناقض اصل یکصد و هفتم قانون اساسی و انتخابی بودن رهبری می‌دانند؛ بعضی آن را ناقض اصل ششم و مردمی بودن حکومت می‌شمارند؛ و برخی اصل این شرط را قبول ندارند. در این قسمت دیدگاه‌های مذکور بررسی می‌شود.

۱. تأیید اجتهاد توسط رهبری ناقض اصل یکصد و هفتم

بعضی درباره نظارت شورای نگهبان بر انتخابات خبرگان رهبری می‌گویند تأیید اجتهاد برخی از داوطلبان مجلس خبرگان، توسط رهبری سبب نفی انتخابی بودن رهبری و نقض اصل یکصد و هفتم می‌شود:

تبصره ۲ ماده فوق‌الاشاره^{۲۸} راجع به اولویت نظر رهبری بر شورای نگهبان جهت تشخیص شرط اجتهاد داوطلبان به این معنی است که رهبری صلاحیت اشخاصی را که باید رهبری را برگزینند، تشخیص می‌دهد. چنین امری با اوصاف حاکم بر انتخابی بودن رهبری منافات دارد و ناقض اصل ۱۰۷ قانون اساسی است؛ زیرا در این حالت انتخابی بودن رهبری در معرض تردید قرار می‌گیرد.^{۲۹}

نقد و بررسی

براساس اصل یکصد و هفتم:

پس از مرجع عالیقدر تقلید و رهبر کبیر انقلاب جهانی اسلام و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران حضرت آیت‌الله العظمی امام خمینی^{۳۰} که از طرف اکثریت قاطع مردم به مرجعیت و رهبری شناخته و پذیرفته شدند، تعیین رهبر به عهده خبرگان منتخب مردم است. خبرگان رهبری درباره همه فقهای واجد شرایط مذکور در اصول پنجم و یکصد و نهم بررسی و مشورت می‌کنند؛ هرگاه یکی از آنان را اعلم به احکام و موضوعات فقهی یا مسائل سیاسی و اجتماعی یا دارای مقبولیت عامه یا واجد برجستگی خاص در یکی از صفات

مذکور در اصل یکصد و نهم تشخیص دهند او را به رهبری انتخاب می‌کنند و در غیر این صورت یکی از آنان را به عنوان رهبر انتخاب و معرفی می‌نمایند... .

تأیید اجتهاد برخی از داوطلبان خبرگان توسط رهبری منافاتی با انتخابی بودن رهبری ندارد زیرا:

۱. نظر رهبری درباره شرط اجتهاد، یکی از راهکارهای اثبات شرط اجتهاد است؛ نه تنها راه اثبات آن. به تعبیر آیت‌الله محمد مؤمن،

در مورد احراز اجتهاد نامزدها، یک راه همان تأیید رهبری است، اما اگر در مورد کسی تأییدی از جانب رهبری نبود، راه‌های دیگری در نظر گرفته شده است: یکی اینکه اکثر فقهای شورای نگهبان، اجتهاد کسی را تأیید کنند. راه دیگر این است که کاندیداها خودشان رساله‌های علمی و فقهی خود را عرضه کنند؛ یعنی تقریرهای درس خارج را البته به صورتی که نظر خودشان هم در آن آشکار باشد، نه اینکه فقط صرف رونویسی و دفتر پرکردن باشد - تا بتوان از آن تقریرات، نظر تقریرکننده را فهمید و اجتهادش را احراز کرد. راه دیگر امتحان گرفتن است... برای احراز صلاحیت علمی، بعضی افراد را خود فقهای شورای نگهبان به طور یقین می‌دانند که از جهت علمی قوی هستند، گاهی هم معلوم است که او یک مدرس خارج یا سطح عالی دروس حوزوی است، یا اینکه گاهی علمای صاحب صلاحیت، به اجتهاد او شهادت می‌دهند. اینها راه‌هایی است که ما طی می‌کنیم، اگر از این راه‌ها نشد آن وقت نوشته‌های علمی را می‌خواهیم و نهایتاً هم امتحان شفاهی و کتبی.^{۳۰}

۲. شرط اجتهاد تنها یکی از شرایط است و تأیید رهبری، تأیید یک شرط است، نه تأیید تمام شرایط و تعیین صلاحیت نهایی. تشخیص سایر شرایط با شورای نگهبان است و ممکن است سایر شرایط اثبات نشود.

۳. در صورت اثبات تمام شرایط معلوم نیست فرد مذکور در انتخابات پیروز شود.

۴. در صورت پیروزی، شرایط اخلاقی خبرگان مانع از تخلف از قانون و زمینه‌ساز ادای وظیفه است.

۵. خبرگان مستقل‌اند و رهبری دخالتی در انتخاب کردن یا انتخاب نکردن آنان ندارد.

۶. خبرگان، رهبر بعدی را انتخاب می‌کنند، بنابراین، تأیید یک شرط از شرایط خبرگان کنونی توسط رهبر، ارتباطی با انتخاب رهبر کنونی ندارد.

۲. تشخیص اجتهاد توسط شورای نگهبان، ناقض اصل ششم

برخی می‌گویند تشخیص اجتهاد داوطلبان انتخابات خبرگان رهبری توسط شورای نگهبان، سبب نقض اصل ششم و مردمی بودن حکومت می‌شود:

احاله مسئولیت تشخیص اجتهاد داوطلبان عضویت در مجلس خبرگان به نهادی که منتخب مردم نیست، ناقض اصل ۶ قانون اساسی است؛ زیرا شش عضو فقیه شورای نگهبان مستقیماً انتصابی هستند و شش حقوق‌دان آن نیز به این اعتبار که دو برابر تعداد مورد نیاز از سوی رئیس قوه قضائیه که خود انتصابی است به مجلس معرفی شده و شش نفر حقوق‌دان مزبور از بین آنان انتخاب می‌گردند، به طور غیرمستقیم انتصابی به شمار می‌آیند و به این لحاظ حق رأی مردم برخلاف اصل ۶ دچار محدودیت می‌گردد.^{۳۱}

منتقد دیگری می‌گوید:

مردمی بودن حکومت با دخالت‌های شورای نگهبان در انتخابات بسیار کم‌رنگ می‌شود و مردم را از شرکت در انتخابات بسیار دلسرد می‌کند. آنچه در اصل نود و نهم ذکر شده نظارت شورای نگهبان بود بر انتخاب رئیس‌جمهور، انتخابات مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آرای عمومی و همه‌پرسی؛ و ظاهر لفظ و منظور از آن نظارت بر حسن جریان انتخابات و جلوگیری از تقلبات و تخلفات بود، و نسبت به انتخاب خبرگان نیز به طور کلی ساکت بود...^{۳۲}

نقد و بررسی

۱. اصل ششم قانون اساسی ارتباطی با انتخابات خبرگان رهبری ندارد؛ زیرا تمام انتخابات در این اصل ذکر شده؛ ولی انتخابات خبرگان ذکر نشده است. براساس اصل ششم:

در جمهوری اسلامی ایران امور کشور باید به اتکاء آراء عمومی اداره شود، از راه انتخابات: انتخاب رئیس‌جمهور، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، اعضای شوراها و نظایر اینها، یا از راه همه‌پرسی در مواردی که در اصول دیگر این قانون معین می‌گردد.

۲. اصل ششم مربوط به انتخاباتی است که در اداره امور کشور و کارهای اجرایی نقش دارد؛ ولی مجلس خبرگان در امور اجرایی وظیفه‌ای ندارد؛ زیرا دو وظیفه عمده به عهده دارد که هیچ‌یک ارتباطی با این انتخابات ندارد: تعیین رهبر براساس اصل یکصد و هفتم، و تشخیص وجود و تداوم شرایط رهبر براساس اصل یکصد و یازدهم.

۳. ادعای انتخابی نبودن شورای نگهبان ناصواب است؛ زیرا هیچ شخصی در جمهوری اسلامی بدون دخالت مستقیم یا غیرمستقیم مردم انتخاب نمی‌شود. مردم مستقیماً خبرگان

را انتخاب می‌کنند و خبرگان مردمی، رهبر را برمی‌گزینند (مصادق رهبری را تشخیص می‌دهند) و رهبر شش فقیه شورای نگهبان را انتخاب می‌کند. مردم نمایندگان مجلس را مستقیماً انتخاب می‌کنند و مجلس شش حقوق‌دان شورای نگهبان را بعد از معرفی رئیس قوه قضائیه برمی‌گزینند.

۴. شورای نگهبان، جزئی از این نظام مورد قبول مردم است^{۳۳} و بر اساس قانون اساسی بر انتخابات نظارت می‌کند،^{۳۴} قانون اساسی در چارچوب راه‌کارهای قانونی این نظام مردمی تدوین شده و در همه‌پرسی به تأیید مردم رسیده است؛ قانون نظارت بر انتخابات را نیز نمایندگان مردم در مجلس شورای اسلامی تصویب کرده‌اند. بنابراین، نظارت شورای نگهبان هیچ منافاتی با مردمی بودن حکومت ندارد. علاوه بر آن، نظارت همواره برای بررسی و صحت عمل است و این نه تنها سبب دلسردی مردم نمی‌شود؛ بلکه تضمینی برای صحت انتخابات و مشوقی برای حضور هرچه بیشتر مردم است.

۵. در بازنگری قانون اساسی، نظارت بر انتخابات خبرگان رهبری به اصل نود و نهم اضافه شد؛ بنابراین، نظارت کامل بر این انتخابات به عهده شورای نگهبان است.

۳. ورود غیرمجتهدان به مجلس خبرگان

برخی می‌گویند: رهبری غیر از اجتهاد و تخصص در فقه شرایط دیگری نیز دارد. بنابراین، باید کارشناسانی از رشته‌های مختلف در مجلس خبرگان رهبری حضور داشته باشند تا اعضای خبرگان به قشر خاصی محدود نشوند. شماری نیز می‌گویند: منحصر نمودن داوطلبان انتخابات خبرگان به مجتهدان، ناقض اصل تساوی حقوق مردم است

وظیفه رهبری نظام تنها در محدوده قواعد فقهی نیست... گستردگی وظایف نهاد رهبری در حدی است که نظارت بر عملکرد این نهاد جز به وسیله مجموعه‌ای از فرهیختگان صاحب‌نظر در رشته‌های گوناگون امکان‌پذیر نیست. به عبارت دیگر، سپردن مسئولیت نظارت بر حوزه گسترده‌ای از تکالیف و وظایف به کسانی که حداکثر در فقه و علوم حوزوی صاحب‌نظر هستند، در مواردی تکلیف مالا یطاق است. همان‌طور که سپردن شناسایی «اعلم در فقه» و «اورع در دین» به کارشناسان سایر رشته‌ها امری غیرعقلایی و ناپذیرفتنی است. لذا این جانب بر این اعتقاد هستم که لازم است... فضا برای حضور کاندیداهایی که محض در برخی علوم و فنون دیگر هستند، نیز فراهم شود.^{۳۵} ... دیگر، «چرا خبرگان فقط از یک قشر خاص تشکیل شود در حالی که فقاقت یکی از شرایط رهبر می‌باشد و شرایط دیگری نیز در او معتبر است؟!»^{۳۶}

منتقد دیگری می‌گوید: «حصر داوطلبان در مجتهدین، ناقض اصل تساوی مردم در برخورداری از حقوق مساوی من جمله حقوق اساسی است و به این لحاظ ماده فوق ناقض اصول ۱۹ و ۲۰ و بند ۸ اصل ۳ است.»^{۳۷}

نقد و بررسی

۱. در بیان منتقد اول تناقضات آشکاری وجود دارد؛ زیرا:

اولاً، می‌گوید «خوشبختانه بسیاری از فقهای بزرگوار و علمای دینی در علوم جدید که تسلط بر آنها لازمه انجام وظایف حکومتی است، نیز صاحب نظر هستند» و از طرف دیگر می‌گوید «سپردن مسئولیت نظارت بر حوزه گسترده‌ای از تکالیف و وظایف به کسانی که حداکثر در فقه و علوم حوزوی صاحب نظر هستند، در مواردی تکلیف مالایطاق است.» بنابراین، اگر فقها و علمای دینی در علوم دیگر صاحب نظرند، می‌توانند نظارت همه‌جانبه و کاملی اعمال نمایند و تکلیف مالایطاق نخواهد بود.

ثانیاً، می‌گوید:

سپردن شناسایی «اعلم در فقه» و «اورع در دین» به کارشناسان سایر رشته‌ها امری غیرعقلایی و ناپذیرفتنی است» ولی با تأکید بر غیر عقلایی بودن سپردن کار به غیر کارشناس می‌گوید «اینجانب بر این اعتقاد هستم که لازم است ... فضا برای حضور کاندیداهایی که محض در برخی علوم و فنون دیگر هستند، نیز فراهم شود.

۲. براساس اصل یکصد و نهم قانون اساسی: «شرایط و صفات رهبر: ۱. صلاحیت علمی لازم برای افتاء در ابواب مختلف فقه. ۲. عدالت و تقوای لازم برای رهبری امت اسلام. ۳. بینش صحیح سیاسی و اجتماعی، تدبیر، شجاعت، مدیریت و قدرت کافی برای رهبری. در صورت تعدد واجدین شرایط فوق، شخصی که دارای بینش فقهی و سیاسی قوی‌تر باشد مقدم است.

مدعیان ورود غیرمجتهدان به مجلس خبرگان رهبری می‌گویند برای تشخیص شرایط مندرج در بند اخیر این اصل (بند ۳)، باید متخصصین در این رشته‌ها در مجلس خبرگان حضور داشته باشند. این ادعا پذیرفته نیست؛ زیرا شرایط اعضای خبرگان رهبری نیز متناسب با شرایط رهبری در قانون پیش‌بینی شده است. به موجب ماده دوم «قانون انتخابات و آیین‌نامه داخلی مجلس خبرگان مربوط به اصول ۵ و ۱۰۷ و ۱۰۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۵۹/۷/۱۰:

خبرگان منتخب مردم باید دارای شرایط زیر باشند:

الف. اشتهار به دیانت و وثوق و شایستگی اخلاقی؛

ب. آشنایی کامل به مبانی اجتهاد با سابقه تحصیل در حوزه‌های علمیه بزرگ در حدی که بتوانند افراد صالح برای مرجعیت و رهبری را تشخیص دهند؛

ج. بینش سیاسی و اجتماعی و آشنایی با مسائل روز؛

د. معتقد بودن به نظام جمهوری اسلامی ایران؛

ه. نداشتن سوابق سوءسیاسی و اجتماعی.

بنابراین، مجتهدان و خبرگانی که وظیفه تعیین رهبری را بر عهده دارند، بر سایر شرایط رهبری نیز آگاهی دارند. علاوه بر این، وقتی یک نفر می‌تواند واجد شرایط مذکور در اصل یکصد و نهم در حد رهبری باشد، برخی از مجتهدان به طریق اولی می‌توانند این شرایط را در مرتبه پایین‌تری داشته باشند تا بتوانند رهبری را انتخاب کنند؛ از این‌رو، نیازی به حضور غیرمجتهدین در مجلس خبرگان رهبری نیست.

به تعبیر آیت‌الله مصباح:

کسانی توان تشخیص اصلح (شایسته‌ترین) برای تصدی مقام ولایت فقیه را دارند که خود بهره‌ای از شرایط آن مقام و منصب داشته باشند و از آن ویژگی‌ها - هرچند در مرتبه پایین‌تر - بهره‌مند باشند. از آن‌رو که مهم‌ترین ویژگی ولی فقیه فقاهاست است - زیرا آنچه در قانون آمده ولایت «فقیه» است - بنابراین، اعضای خبرگان باید فقهای باشند که صلاحیت این کار را دارند.^{۳۸}

۳. ویژگی بارز و انحصاری انقلاب و نظام اسلامی ایران، رهبری اسلامی آن است و مشخصه اصلی رهبری اسلامی، شرط اجتهاد و فقاهاست است؛ بدون رهبر اسلام‌شناس و متخصص در دین - یعنی فقیه و مجتهد جامع‌الشرایط - این نظام را نمی‌توان اسلامی نامید. بنابراین، نخستین و مهم‌ترین شرط رهبری، یعنی اجتهاد، باید ملاک انتخاب باشد. به همین دلیل اعضای خبرگان رهبری که وظیفه خطیر انتخاب رهبر را به عهده دارند، باید به فقه و اجتهاد آشنایی کافی داشته باشند تا بتوانند این شرط مهم و اصلی را تشخیص دهند. علاوه بر این شرط عضویت مجتهدان منافاتی با استفاده از نظر کارشناسان و متخصصان ندارد و حتی در مورد اجتهاد نیز می‌توان از دیدگاه سایر مجتهدان استفاده کرد؛ زیرا در تمام قوا و نهادها، از دیدگاه‌های کارشناسان، به عنوان مشاور، گروه‌های مشورتی و کمیسیون و گروه‌های تخصصی استفاده می‌شود. خبرگان رهبری نیز در صورت نیاز می‌توانند با این راهکار معقول و متداول، از نظر کارشناسان استفاده می‌نمایند.

۴. اسلام و فقه از سایر ادیان و علوم انسانی جامع‌تر است؛ زیرا تمام علوم انسانی مورد نیاز یا دست‌کم مبانی و اصول این علوم، در آن وجود دارد. اسلام‌شناسان و فقیهان، جامع‌ترین عالمان و متخصصان در این زمینه‌اند و در هیچ تخصص دیگری این جامعیت وجود ندارد. بنابراین، اولویت با جامع‌ترین است؛ زیرا خبرگان برای انتخاب یک رهبر جامع است نه برای انتخاب رهبران متعدد مانند رهبر فقیه، رهبر شجاع، و رهبر مدیر. تجربه موفق مجلس خبرگان با شرایط کنونی که اختصاص به مجتهدان - بدون ورود سایر متخصصین غیرمجتهد - دارد و انتخاب صحیح و موفقیت‌آمیز مقام معظم رهبری - مدظله العالی - به وسیله همان خبرگان، نشانه کارآمدی خبرگان رهبری و درستی قانون و شرایط انتخاب آنهاست.

۵. بر اساس اصل یکصد و هفتم

... تعیین رهبر به عهده خبرگان منتخب مردم است. خبرگان رهبری درباره همه فقهاء واجد شرایط مذکور در اصول پنجم و یکصد و نهم بررسی و مشورت می‌کنند؛ هرگاه یکی از آنان را اعلم به احکام و موضوعات فقهی یا مسائل سیاسی و اجتماعی یا دارای مقبولیت عامه یا واجد برجستگی خاص در یکی از صفات مذکور در اصل یکصد و نهم تشخیص دهند او را به رهبری انتخاب می‌کنند...

بنابراین، ورود غیرمجتهدان به مجلس خبرگان رهبری خلاف روح قانون اساسی و نص قوانین مربوط است؛ زیرا خبرگان رهبری در یک مورد لزوماً باید اشتراک داشته باشند و آن قدرت بررسی و مشورت درباره همه فقهاء واجد شرایط مذکور در اصول پنجم و یکصد و نهم است و این تخصص و توانایی تنها در مورد مجتهدان صادق است و هیچ متخصص دیگری، در هیچ رشته علمی دیگری توانایی این کار را ندارد.

۶. شرط اجتهاد خبرگان مطابق با روش معقول و مقبول، شایسته‌سالاری و تخصص‌گرایی است؛ زیرا تنها مجتهدین، متخصص و شایسته تشخیص شرایط و انتخاب رهبری‌اند و واگذاری این امر خطیر به غیرمجتهدان غیرکارشناسانه است و کسانی که تخصصی در این مورد ندارند، توانایی تشخیص این شرایط مهم را نخواهند داشت.

۷. ورود غیرمجتهدان به خبرگان آغازی نامبارک برای جدایی فقه و دین از سیاست

است. به تعبیر دیگر:

منظور آقایان پیشنهاددهنده از متخصصان و کارشناسان امور سیاسی، چه کسانی است و کدام «سیاست» مورد نظر ایشان است؟ اگر منظور آنان، مشرب‌ها و مکاتب سیاسی بیرون

از اسلام باشد که علاوه بر هویت اسلامی نظام، مبانی شناخته‌شده و خالی از ابهام اندیشه حضرت امام^ع را نیز نادیده گرفته و آشکارا نفی کرده‌اند! و اما اگر امور سیاسی و اجتماعی و اقتصادی مورد نظر آقایان، همان سیاسیات و اجتماعیات اسلام است که باید گفت تشخیص آن تنها بر عهده فقها خواهد بود... بنابراین، تصور اینکه دین در حوزه خود باقی مانده و به حوزه سیاست کاری نداشته باشد، تصور موهوم و نادرستی است و مسلمانان معتقد بر اساس آموزه‌های دینی خود نمی‌توانند در امور سیاسی دخالت نکنند... این نکته از نگاه همه متفکران مسلمان پنهان مانده بود و تنها خمینی است که واقعیت دگرترین «جدایی دین از سیاست» را به وضوح درک کرده است (نقل به مضمون).^{۳۹}

علاوه بر این، حذف شرط اساسی اجتهاد از شرایط داوطلبان مجلس خبرگان رهبری و ورود افراد غیرمجتهد به آن، راهکاری سیاسی برای نفوذ در مجلس خبرگان، به دلیل نداشتن مجتهدان همفکر و همراه است.

۸. به موجب اصل نوزدهم: «مردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان و مانند اینها سبب امتیاز نخواهد بود.» بنابر اصل بیستم: «همه افراد ملت، اعم از زن و مرد، یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند.» براساس بند ۸ اصل سوم یکی از وظایف دولت جمهوری اسلامی ایران عبارت است از «مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش.» بنابراین، تساوی حقوق (اصل ۱۹ و ۲۰) و بند ۸ اصل سوم، تناقضی با حصر داوطلبان در مجتهدان ندارد؛ زیرا اولاً، در مجلس خبرگان این اصول کاملاً رعایت شده است و از هر قوم و قبیله‌ای بدون در نظر گرفتن رنگ، نژاد، زبان و مانند اینها در این مجلس حضور دارند؛ ثانیاً، پذیرش مسئولیت تکلیف است نه حق؛ ثالثاً، هر تکلیفی شرایطی دارد و هر کسی توانایی انجام دادن هر تکلیفی را ندارد. اعضای خبرگان رهبری وظایفی دارند که هرکسی که شرایط آن را نداشته باشد، توانایی اجرای آن وظایف را ندارد و اساساً یکی از شرایط تنجز تکلیف، قدرت بر اجرای آن و واجد شرایط بودن است.

نتیجه‌گیری

بر اساس آنچه در این تحقیق گذشت می‌توان به نتایج ذیل دست یافت:

- اصل نود و نهم علاوه بر تعیین نهاد ناظر، شامل تشخیص صلاحیت داوطلبان نیز می‌شود.

- مرجع تشخیص صلاحیت داوطلبان مجلس خبرگان، براساس اصل نود و نهم بعد از بازنگری، شورای نگهبان است و گواهی سه نفر از استادان معروف درس خارج حوزه‌های علمیه مبنی بر واجد شرایط بودن، مربوط به قبل از بازنگری قانون اساسی و تغییر اصل نود و نهم است.

- شبهه دور به نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری وارد نیست؛ زیرا شرایط دور وجود ندارد و هیچ‌یک از این مراحل، علت تام ایجاد برای دیگری نیست و مراحل انتخاب و تشکیل مجلس خبرگان ناقص بیان شده است. علاوه بر آن، هدف از طرح مسئله دور در خبرگان رهبری بیان آثار مترتب بر آن، یعنی سوء استفاده رهبر، شورای نگهبان و خبرگان رهبری است؛ اما سوءاستفاده در هر سه مورد به دلیل شرایط اخلاقی منتفی است.

- بررسی صلاحیت داوطلبان مجلس خبرگان بر عهده خود خبرگان نیست و آنان نمی‌توانند مرجع بررسی صلاحیت را تغییر دهند؛ زیرا این مرجع براساس قانون اساسی تعیین شده است.

- نظر رهبر درباره اجتهاد برخی از داوطلبان مجلس خبرگان، با انتخابی بودن رهبر منافاتی ندارد؛ زیرا تأیید صریح یا ضمنی اجتهاد، فقط تأیید یک شرط و تنها یکی از راه‌های احراز اجتهاد است.

- اصل نود و نهم با اصل ششم تناقضی ندارد؛ زیرا اصل ششم هیچ ارتباطی با انتخابات خبرگان رهبری ندارد و ادعای غیرمردمی بودن شورای نگهبان ناصواب است؛ زیرا هیچ شخصی در جمهوری اسلامی، بدون دخالت مستقیم یا غیرمستقیم مردم انتخاب نمی‌شود. - ورود غیرمجتهدان به مجلس خبرگان رهبری برخلاف قانون اساسی و قوانین عادی است و با توجه به اینکه مهم‌ترین شرط رهبری اجتهاد است، ورود غیرمجتهدان عملاً بی‌ثمر خواهد بود.

پی‌نوشت‌ها

۱. محمد شریف، «نگرشی حقوقی به مقوله نظارت استصوابی»، *نظارت استصوابی*، ص ۲۴.
۲. امیرحسین علی‌نقی، *نظارت بر انتخابات و تشخیص صلاحیت داوطلبان*، بحثی حقوقی پیرامون نظارت استصوابی و قانون انتخابات، ص ۶۴ و ۶۵.
۳. قاسم شعبانی، *حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران*، ص ۱۸۱.
۴. مهدی کروبی، «نامه آقای کروبی به آیت‌الله علی مشکینی»، خبرگزاری کار ایران (ایلنا)، کد خبر: ۲۴۷۸۵۵، تاریخ: ۱۳۸۴/۰۸/۱۴، ساعت: ۱۴:۵۰.
۵. قاسم شعبانی، همان، ص ۱۸۱.
۶. مهدی کروبی، همان.
۷. عباسعلی کدخدایی، «گفت‌وگو با دکتر عباسعلی کدخدایی در باره ابعاد حقوقی انتخابات مجلس خبرگان»، *کیهان*، ش ۱۸۳۹۱، شنبه ۵ آذر ۱۳۸۴.
۸. همان.
۹. رک: محمد مؤمن، «شورای نگهبان و احراز صلاحیت کاندیداهای خبرگان»، *حکومت اسلامی*، ش ۸.
۱۰. همان.
۱۱. محمدرضا تاجیک، «خبرگان، جمهوریت و نظارت»، *نظارت استصوابی*، ص ۷۳.
۱۲. عباسعلی کدخدایی، همان.
۱۳. مهدی کروبی، همان.
۱۴. حسینعلی منتظری، جزوه «ولایت فقیه و قانون اساسی»، فصل پنجم، بند «ب»، ص ۳۱ (۷ تیر ماه ۱۳۷۷). رک: منتظری، حسینعلی، جزوه «حکومت مردمی و قانون اساسی»، فصل هفتم، نظارت استصوابی، (تاریخ ۱۳۷۸/۱۱/۲۲) WWW.Montazeri.Com ص ۲۵.
۱۵. سیدمحمدحسین طباطبائی، *نهایه الحکمه*، ص ۱۶۷.
۱۶. محمدتقی مصباح، *آموزش فلسفه*، ج ۲، ص ۸۲.
۱۷. همان، ص ۸۶.
۱۸. محمدتقی مصباح، *برسش‌ها و پاسخ‌ها*، ج ۱، ص ۸۷.
۱۹. همان، ص ۸۸.
۲۰. «به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آنها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود. ۱. شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسایل روز. انتخاب این عده با مقام رهبری است. ۲. شش نفر حقوقدان، در رشته‌های مختلف حقوقی، از میان حقوقدانان مسلمانی که به وسیله رییس قوه قضاییه به مجلس شورای اسلامی معرفی می‌شوند و با رأی مجلس انتخاب می‌گردند.»
۲۱. خبرگان منتخب مردم باید دارای شرائط زیر باشند: الف - اشتهار به دیانت و وثوق و شایستگی اخلاقی. ب - آشنائی کامل به مبانی اجتهاد با سابقه تحصیل در حوزه‌های علمیه بزرگ درحدی که بتوانند افراد صالح برای مرجعیت و رهبری را تشخیص دهند. ج - بینش سیاسی و اجتماعی و آشنائی با مسائل روز. د - معتقد بودن به نظام جمهوری اسلامی ایران. ه - نداشتن سوابق سوء سیاسی و اجتماعی.
۲۲. عبدالله نوری، *اداره کل قوانین*، اداره تندنویسی [مجلس شورای اسلامی]، صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلسه سی و یکم.

۲۳. محمد مؤمن، *اداره کل قوانین*، اداره تندنویسی [مجلس شورای اسلامی]، جلسه سی و دوم.
۲۴. سیدمصطفی تاج زاده، «در باره نظارت استصوابی»، *نظارت استصوابی*، ص ۴۶.
۲۵. اداره کل قوانین، اداره تندنویسی [مجلس شورای اسلامی]، صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلسه سی و یکم، شنبه دهم تیرماه ۱۳۶۸.
۲۶. محمد مؤمن، همان.
۲۷. «مهدی کروبی: من اینجا یک سؤال دارم منظور از این نظارت بر انتخابات چیست؟ هاشمی: مثل انتخابات مجلس.
- مهدی کروبی: نظارت یعنی باید امضاء هم بکند. ایشان باید شرکت کند یا شرکت نکند؟ منشی (یزدی): نظارت بر انتخابات است. انتخابات مجلس، انتخابات ریاست جمهوری، انتخاب ... نظارت بر انتخابات تصریح شده است.
- احمد آذری قمی: مسائل خبرگان، انتخاب مجلس مگر این نیست صلاحیت کاندیداها را باید تأیید بکنند. رئیس جمهور را همینطور ...
- نایب رئیس (هاشمی): نه انتخاب، انتخاباتی که برای مجلس خبرگان می شود.
- کروبی: نه، یعنی ببینید انتخابات صحیح بوده یا صحیح نبوده، تمام شد. من منظورم این است که ببینند انتخابات صحیح است یا نیست.
- آذری قمی: منظورم این است که بگوید این آقا باید باشد و این آقا نباید باشد.
- کروبی: نه آقای آذری می گوید منظورم این است که بگوید این آقا باید باشد، این آقا نباید باشد.
- احمد آذری قمی: در شورا مگر اینطور نیست، در رئیس جمهور نیست؟
- نایب رئیس (هاشمی): سؤال آقای کروبی جوابش این است منظور انتخاباتی است که برای اعضای خبرگان تشکیل می شود. مثل مجلس شورای اسلامی. باید نظارت کنند که انتخابات صحیح انجام بشود.»
۲۸. نویسنده به «قانون تعداد و شرایط خبرگان» تصریح نموده، ولی عنوان صحیح این قانون، «قانون انتخابات و آیین نامه داخلی مجلس خبرگان» است.
۲۹. سیدمحمود علیزاده طباطبایی، «تأملاتی در باب ماهیت حقوقی نظارت شورای نگهبان بر انتخابات»، *نظارت استصوابی*، ص ۱۵۰.
۳۰. محمد مؤمن، همان.
۳۱. سیدمحمود علیزاده، همان، ص ۱۴۹.
۳۲. حسینعلی منتظری، جزوه «ولایت فقیه و قانون اساسی»، همان.
۳۳. رک: اصل اول قانون اساسی.
۳۴. بر اساس اصل نود و نهم «شورای نگهبان نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آراء عمومی و همه پرسی را بر عهده دارد.»
۳۵. مهدی کروبی، همان.
۳۶. حسینعلی منتظری، جزوه «حکومت مردمی و قانون اساسی»، همان.
۳۷. سیدمحمود علیزاده طباطبائی، همان، ص ۱۴۹.
۳۸. محمدتقی مصباح، *پرسشها و پاسخها*، ص ۸۹.
۳۹. حسین شریعتمداری، «یادداشت روز»، *کیهان*، ش ۱۸۴۵۷، دوشنبه ۱۳۸۴/۱۲/۱.

منابع

- اداره کل قوانین، اداره تندنویسی [مجلس شورای اسلامی]، صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۹، ج ۳.
- تاجزاده، سید مصطفی، «در باره نظارت استصوابی»، نظارت استصوابی، تهران، افکار، ۱۳۷۸.
- تاجیک، محمدرضا، «خبرگان، جمهوریت و نظارت»، نظارت استصوابی.
- شریعتمداری، حسین، «یادداشت روز»، کیهان، شماره ۱۸۴۵۷، دوشنبه ۱۳۸۴/۱۲/۱.
- شریف، محمد، «نگرشی حقوقی به مقوله نظارت استصوابی»، نظارت استصوابی.
- شعبانی، قاسم، حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران، تهران، اطلاعات، ۱۳۷۴.
- طباطبائی، سیدمحمدحسین، «نهایه الحکمه»، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجامعه المدرسین، ۱۴۱۵ ق.
- علیزاده طباطبائی، سید محمود، «تأملاتی در باب ماهیت حقوقی نظارت شورای نگهبان بر انتخابات»، نظارت استصوابی.
- علیقی، امیرحسین، نظارت بر انتخابات و تشخیص صلاحیت داوطلبان، بحثی حقوقی پیرامون نظارت استصوابی و قانون انتخابات، تهران، نی، ۱۳۷۸.
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸ و مصوب ۱۳۶۸.
- قانون انتخابات و آئین نامه داخلی مجلس خبرگان مربوط به اصول ۵ و ۱۰۷ و ۱۰۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۵۹/۷/۱۰.
- کدخدایی، عباسعلی، «گفت و گو با دکتر عباسعلی کدخدایی در باره ابعاد حقوقی انتخابات مجلس خبرگان»، «کیهان»، ش ۱۸۳۹۱، شنبه ۵ آذر ۱۳۸۴، سال شصت و چهارم.
- کروبی، مهدی، «نامه آقای کروبی به آیت الله علی مشکینی»، خبرگزاری کار ایران (ایلنا)، کد خبر: ۲۴۷۸۵۵، تاریخ: ۱۳۸۴/۰۸/۱۴، ساعت: ۱۴:۵۰. Iranian Labour News Agency (ILNA)
- مصباح یزدی، محمدتقی، آموزش فلسفه، چ هشتم، تهران، سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۷.
- _____، پرسش ها و پاسخ ها، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۷۷.
- منتظری، حسینعلی، جزوه «حکومت مردمی و قانون اساسی»، فصل هفتم، نظارت استصوابی، (تاریخ ۱۳۷۸/۱۱/۲۲) WWW.Montazeri.Com
- _____، جزوه «ولایت فقیه و قانون اساسی»، (۷ تیر ماه ۱۳۷۷).
- مؤمن، محمد، «شورای نگهبان و احراز صلاحیت کاندیداهای خبرگان»، حکومت اسلامی، ش ۸.

الخلاصة

طبيعة الإشراف الذي أجازته الدُستور لقائد الثورة الإسلاميّة

عبدالحكيم سليمي*

الخلاصة

إنّ نظام الجمهوريّة الإسلاميّة في إيران يتقوم على أصل ولاية الفقيه، وهذا يعني تفويض أمور البلاد إلى الفقيه الحائز على شروط الفقاهة - بصفته قائداً للثورة - ليضمن انتهاج النظام الإسلامي الحاكم في البلاد كسبيلٍ دينيٍّ. وكذلك فإنّ قائد الثورة يشرف إشرافاً شرعياً على نشاطات الحكومة وذلك لأنّ المادّة الخامسة من الدُستور قد أكّدت على أنّ إدارة شؤون النظام الإسلامي في عصر الغيبة يجب أن توكل إلى نائب الإمام أو الولي الفقيه؛ كما أنّ المادّة الرابعة من الدُستور قد صرّحت بوجود تدوين النظام الحقوقي للبلاد طبقاً للمعايير الإسلاميّة. أمّا كفيّة إشراف القائد على نشاطات الحكومة، فهي مركّبة من الإشراف الاستطلاعي والإشراف التعيني، وأمّا نطاقه فهو مطلقٌ، ولكنّه في إطار قواعد محدّدة حدّدها الدُستور، وهو عامٌّ بالنسبة إلى السلطات الثلاثة والمؤسّسات الحكوميّة. ومن الجدير بالذكر أنّ إشراف قائد الثورة غير مقيّد بالقوانين الوضعيّة، بل له سلطة فقهيّة أيضاً.

مفردات البحث : الإشراف، قائد الثورة، الدُستور، ولاية الفقيه.

صلاحيات ديوان العدالة الإدارية ونطاق سلطته

السيد علي ميرداماد نجف آبادي*

الخلاصة

يتولى ديوان العدالة الإدارية مهمةً حساسةً تتمثل في متابعة مطالبه الناس بحقوقهم وشكاواهم بالنسبة إلى القرارات التي تتخذها المؤسسات الحكومية والإدارية. وبما أن هذا الديوان يعدّ من المؤسسات الحديثة التي تأسست بعد انتصار الثورة الإسلامية في إيران، فقد طُرحت في الآونة الأخيرة آراءٌ حول مدى صلاحياته ونطاق سلطته بالنسبة إلى أطراف الدعوة القضائية. ويتطرق الكاتب في هذه المقالة إلى دراسة وتحليل القوانين التي أقرها الدستور بشأن ديوان العدالة الإدارية، وكذلك يتطرق إلى بيان القوانين الخاصة بالديوان وبعض الآراء الصادرة منه، وبالتالي يقوم ببيان مدى صلاحياته ونطاق سلطته بالنسبة إلى المدعى والمدعى عليه وموضوع الدعوى. وفي نهاية البحث يشير إلى كيفية تقسيم صلاحيات الديوان وتعيين نطاق سلطته بين فروع وأركانه المختلفة.

مفردات البحث: الصلاحية، نطاق السلطة، العدالة الإدارية، ديوان العدالة الإدارية، الإشراف القضائي.

أصول النسخ المعلوماتي الذي هو واقع للملكية المعنوية

جواد صالح* / معصومة سالاري راد**

الخلاصة

إنّ النسخ المعلوماتي يندرج تحت قواعد الملكية الأدبية والثقافية، كونه فرعاً من الملكية الفكرية، حيث يُطلق على كلّ جهدٍ ابتكاريٍّ يتضمّن هذا الحقّ، وذلك لضمان إرادة صاحب الحقّ في استنساخ النتاجات العلمية والانتفاع منها. فحقّ الاستنساخ المعلوماتي وترويجه يعدّ من الشروط الأساسية لصاحب النتاج العلميّ، لذا فإنّ التجاوز عليه يجرم صاحبه من منفعه الماديّة ويؤدّي إلى اضمحلال روح الإبداع لدى أبناء المجتمع ويؤثّر سلبياً على ثقافتهم. عملية النسخ المعلوماتي تعدّ من المسائل الحديثة في علمي الفقه والحقوق، وقد شهدت تغييراتٍ جذريّةً في خضمّ التطوّرات الاقتصادية والصناعية والثقافية في المجتمعات البشرية. وقد قام الكاتب في هذه المقالة ببيان مفهوم النسخ المعلوماتي وصلته بالملكية المعنوية، كما قام بذكر أصوله وأحكامه الفقهية والقانونية، وأثبت في نهاية البحث أسباب الدفاع عنه.

مفردات البحث : الملكية المعنوية، الملكية الأدبية والثقافية، النسخ المعلوماتي، المؤلّف، الإبداع الفكريّ.

Javad_salehi84@yahoo.com

Salary_14@yahoo.com

* عضو اللجنة التدريسيّة في جامعة بيام نور بمدينة كرمان

** عضو اللجنة التدريسيّة في جامعة بيام نور بكرمان

الوصول: ١٤٣١/٥/٢٥ - القبول: ٣٢/٨/٤

التقصير في العدالة والمسؤولية المدنية

مسعود راعي* / صفر علي شريفان**

الخلاصة

إنّ مدى انطباق المسؤولية المدنية مع العدالة الاجتماعية يعدّ من المسائل الأساسية في موضوع المسؤولية المدنية. وقد حاول رجال القانون على مرّ العصور وضع قوانين ومقرّرات على أساس العدل، ولكنّ المشكلة في هذا المضمار تكمن في عدم وجود معيارٍ محدّدٍ لذلك. والسؤال المطروح هنا يتمحور حول المعيار الأساسي لإقرار العدالة الاجتماعية في القوانين المدنية، فهل يمكن تحقيق العدالة الاجتماعية اعتماداً على مفهوم التقصير أو الخطر أو ضمان الحقّ؟ وهل يمكن القول إنّ أفضل حلّ لتحقيق العدالة الاجتماعية هو الاتّكاء على مفهوم التقصير؟ أو هناك عوامل أخرى كمفهوم الخطر؟

وتتناول هذه المقالة بيان واقع مدى التقصير في تحقيق العدالة الاجتماعية في مجال المسؤولية المدنية.

مفردات البحث: التقصير، المسؤولية المدنية، السبب، الخسارة، الضمان، المتضرّر.

masoudraei@yahoo.com

* أستاذ مساعد في فرع الحقوق بجامعة آزاد في مدينة نجف آباد.

** طالب ماجستير في فرع الفقه والأصول القانونية بجامعة آزاد الإسلامية في مدينة نجف آباد.

الوصول: ١٤٣١/٦/١٩ - القبول: ٣٢/١٠/٢٠

أسلحة الدمار الشامل في الفكر الإسلامي

السيد إبراهيم الحسيني*

الخلاصة

إنّ الإسلام هو دين سلامٍ وأمانٍ، ونبية الكرم ﷺ رحمةً للعالمين، لذا فإنّ إنتاج أسلحة الدمار الشامل وفق مبادئه ليست قضيةً غير محبّذةٍ وحسب، بل ممنوعة ومحزّمة شرعاً، لأنّها تؤدّي إلى خلق الرعب والاضطراب بين الناس، مثل الإرهاب النووي والحروب المدمّرة التي تهدّد السلام العالميّ، وهذه الأمور بالطبع تتعارض مع تعاليم ديننا السمحاء. كما أنّ الإسلام يوصي بالتمييز بين القتال المشروع وغيره، حيث يحرمّ التعرّض للمدنيّين والأبرياء ويوجب احترام حقوق كبار السنّ والأطفال والنساء والقاصرين ذهنياً ومراعاة حقوق الإنسان، حيث وضع حدوداً خاصّةً للحرب تناسب مع الهدف من الجهاد المشروع المتجسّد في الدفاع والدعوة إلى الوحدة والحرية العقائديّة ومقارعة الظلم والتصدي لمروّجي الفتن. ونظريّة الإجراء الوقائيّ هي الأخرى لا تعدّ وازعاً لقتل الأبرياء، بل المقصود منها التصدي لظلم الجائرين.

مفردات البحث : سلاح الدمار الشامل، الجهاد، الإسلام، السلاح النووي، الأمن، حقوق الإنسان الإسلاميّة.

أحكام توقيف الأموال غير المنقولة ونتائجه

محمد مهدي الحكيمي الطهراني*

الخلاصة

تتناول هذه المقالة دراسة شروط وأحكام توقيف الأموال الخاصة غير المنقولة وبيان نتائجه. أما عملية توقيف الأموال المنقولة وغير المنقولة وإحصائها وتقييمها وحفظها بعد التوقيف وكذلك توقيف الحقوق الوظيفية للمدعى عليه وأمواله المنقولة التي هي تحت تصرف شخص ثالث، فقد أوكلها قانون دعاوى المدنية إلى قانون إجراء الأحكام المدنية. لذا، فإن توقيف الأموال المنقولة أو غير المنقولة يجب أن يكون طبق قوانين إجراء الأحكام المدنية. ويتطرق الكاتب في هذه المقالة إلى بيان القوانين الوضعية، لا سيما التي ترتبط بقانون إجراء الأحكام المدنية والقانون الجديد لإجراء محتوى الوثائق الرسمية اللازمة للتطبيق، وكذلك يقوم بتعيين أهداف توقيف الأموال غير المنقولة في القوانين والمقررات الجديدة وبيان جميع نتائجها؛ وذلك بأسلوب نظري تطبيقي.

مفردات البحث : التوقيف الإجرائي، المال الموقوف، المال غير المنقول، المحكوم عليه، قانون إجراء الأحكام المدنية، توقيف المال الفاض، رفع التوقيف.

* حائز على شهادة ماجستير في فرع القانون الخاص من جامعة مفيد في مدينة قم MMHTehrani@Yahoo.com

إشراف مجلس صيانة الدستور على الانتخابات

السيد أحمد مرتضائي*

الخلاصة

طبقاً للمادة المرقمة ٩٩ من دستور الجمهورية الإسلامية في إيران فإنّ مجلس صيانة الدستور هو الذي يشرف على انتخابات مجلس خبراء القيادة. أمّا بالنسبة إلى إشراف مجلس صيانة الدستور، فالبعض يعتقد أنّ المادة رقم ٩٩ تتمحور حول تعيين الجهة المشرفة فقط ولا تخوّنها بالحكم لصلاحية أو عدم صلاحية المرشحين، ويرى البعض أنّ أساتذة الحوزة العلمية المعروفين في الدرس الخارج هم الذين يعيّنون صلاحية المرشحين، وهناك من يرى أنّ إشراف مجلس صيانة على الانتخابات الدستور يعتبر دوراً باطلاً، وهناك من يكتفي بالاجتهاد. وبعد دراسة هذه الآراء، توصل الكاتب إلى ما يلي : فحوى المادة رقم ٩٩ من الدستور مطلقٌ وغير مقيد بالمرجعية والإشراف وتعيين الصلاحية، الحصول على تأييدٍ من ثلاثة أساتذة معروفين في الدرس الخارج في الحوزة العلمية للاشتراك في الانتخابات يرتبط بفترة ما قبل تعديل الدستور، لا يوجد أيّ دورٍ في الإشراف على الانتخابات وفي زمن غيبة الإمام (عج) فإنّ الاجتهاد هو ميزة القيادة الإسلامية والقادر على تشخيص هذا الشرط هو الذي يبلغ درجة الاجتهاد.

مفردات البحث : مجلس صيانة الدستور، الإشراف على الانتخابات، الإشراف التعييني، انتخابات مجلس خبراء القيادة، شبهة الدور، شرط الاجتهاد.

* حائز على شهادة ماجستير في القانون العام من معهد الإمام الخمينيؑ للتعليم والأبحاث

A Review of the Guardian Council's Supervision of the Elections of the Experts

*Seyyed Ahmad Mortazai**

Abstract

According to Article 99 of the Constitution, the Guardian Council is responsible to monitor the elections of the Assembly of Experts. Regarding the Guardian Council's supervision, some believe that Article 99 has only specified the monitoring institute and the Guardian Council is not responsible for identifying the candidates' competence. Some hold that the famous professors of seminary who teach at highest levels are the ones to be referred to as an authority for identifying candidates' competence. Others believe that the Guardian Council's supervision is a vicious circle. Still others don't accept the conditions of *Ijtihad*. On inquiry, the present paper has reached the following conclusion: Article 99 is absolute and covers a broad area than authority, supervision, and competence identification. The idea of presentation of testimony by three famous seminary professors who teach at highest levels as a warrant for taking part in the elections has to do with the time before the revision of the Constitution. There are no conditions for carrying out the elections and during the occultation period, the prerequisite of *Ijtihad* is a distinct characteristic of the Islamic leader and only those who have reached the station of *Ijtihad* can recognize this prerequisite.

Key words: the Guardian Council, supervision of elections, approbation supervision, election of the Assembly of Experts, the doubt of vicious circle, the prerequisite of *Ijtihad*.

* Graduate of Seminary and MA in public law graduated from IKI. sayyidahmadmurtazaie@yahoo.com

Received: 2011/6/8 - **Accepted:** 2011/9/20

An Investigation into the Conditions, Orders, and Outcomes of the Attachment of Immovable Property

*Mohammad Mahdi Hakimi Tehrani**

Abstract

The present paper investigates the conditions, orders, analysis, and outcomes of the attachment of immovable property. The civil Procedure Code has referred the attachment of properties -- whether movable or immovable -- , making an inventory, assessment, and keeping of attached properties, and the attachment of defendant's service rights and his movable property -- which is before the third party -- to the Act of execution of civil orders. Therefore, the attachment of movable and immovable property must be in conformity with the regulations of the Act of execution of civil orders.

Using a theoretical approach and an analytical-comparative method to the positive law and rules (*LEX SCRIPTUM*), especially the Act of the execution of the civil orders and the new regulations to execute the binding provisions of official documents, the present paper aims at investigating these laws and rules and recognizing and clarifying all aspects and orders of the attachment of properties in the new and existing rules.

Key words: attachment of movable property, the attached property, immovable property, judgment debtor, the Act of execution of civil orders, the attachment of surplus property, release of the attachment.

* MA in private law, Qom Mofid University and the researcher of Baqir al-'Uloom research center.

Received: 2010/11/15 - **Accepted:** 2011/6/23

MMHTehrani@Yahoo.com

Weapon of Mass Destruction according to Islam

*Seyyed Ebrahim Hussein**

Abstract

Islam is a religion of peace and security and its Prophet is a blessing for the whole world. Therefore, Islam not only does not recommend the production and use of weapon of mass destruction but also regards it legally forbidden, because the horror and terror it brings is, like that of nuclear weapon, taken as a violent practice which disturbs the international public security, and is one of the instances of evil and anti-value. Furthermore, this issue varies from the issue related to the principles of separation and prevention of killing noncombatants, civilians and defenseless people, providing protection to the old, women, children, and the insane observing humanitarian rules, or the principle of restrictions on the way of fighting, and it varies from the aims of *Jihad* which are manifested in the defense, the call for monotheism, promotion of the forms of religious freedom, removal of the autocracy, and struggle against sedition leaders. It should also be noted that prevention doctrine is not a warrant for killing innocent and defenseless people; rather it is meant to prevent oppressors' threats.

Key words: weapon of mass destruction, *Jihad*, Islam, nuclear weapon, security, Islamic humanitarian rights.

* Faculty member of IKI

sehoseini@hotmail.com

Negligence of Civil Responsibility and Justice

Mas'ood Ra'ii / Safar Ali Sharifian***

Abstract

One of the fundamental questions in civil responsibility is the extent to which it is in conformity with social justice. All lawmakers have tried over the history to lay down laws and regulations in terms of justice. However, the problem of its realization is ascribed to the lack of a criterion. The question that arises is: according to what criterion can social justice be done in the laws governing civil responsibility? Can social justice be attained through reliance on omission, danger, or right guarantee? Can it be said that the most appropriate way to realize social justice is to rely on omission or should we look for other factors such as danger? The present paper tries to show the share of the omission element in achieving social justice in the realm of civil responsibility.

Key words: omission, civil responsibility, cause, damage, guarantee, the injured.

* Assistant professor of Najafabad Islamic Azad University.

masoudraei@yahoo.com

** MA student of Fiqh and basic fundamentals of Law, Najafabad Islamic Azad University

Received: 2010/6/2 - **Accepted:** 2011/9/19

Copyright and its Components; a Manifestation of Intellectual Property

Javad Salehi,* / Ma'soomeh Salari Rad**

Abstract

"Copyright" is a subset of literary and artistic property and a branch of intellectual property. It refers to any innovative attempt which gives the right to its owner to whenever he/she wills copy and makes use of its material consequences. The right of copying and publishing one's work is regarded among the preliminaries and preconditions of making use of its benefits. Disregarding copyright not only deprives its owner from material benefits, but also eliminates the spirit of creativity and destabilizes the culture of society.

Copyright is a new subject in *fiqh* and law which has been vastly changed with the economical, industrial, and cultural developments of human societies. Having explained the concept of copyright, its relationship with intellectual property and recognized its components, the present paper investigates the position of copyright in legal doctrines and its components in the existing laws. Finally it discusses the basic fundamentals of supporting copyright.

Key words: intellectual property, literary and artistic property, copyright, author, intellectual creations.

* Faculty member of Kerman Payam-e Noor University

Javad_salehi84@yahoo.com

** Faculty member of Kerman Payam-e Noor University

Salary_14@yahoo.com

Received: 2010/5/10 - **Accepted:** 2011/7/6

The Prerogative and the Jurisdiction of the Court of Administrative Justice

*Seyyed Ali Mirdamad Najafabadi**

Abstract

The court of administrative justice has crucial duty of investigating people's grievances and complaints about the decisions and performance of state and administrative organizations. Since this institution was established after the victory of Islamic Republic and as a new institution, there have been some disputes about its prerogative and jurisdiction regarding the elements of ACTIO. Having investigated the Articles of the Constitution related to the court of administrative justice, the law of this course and some of the verdicts it issues, the present paper discusses its jurisdiction about the claimant, defendant, and subject of disputes. Finally it refers to the way of classifying these prerogative and jurisdictions among the divisions and elements of the court.

Key words: prerogative, jurisdiction, administrative justice, the court of administrative justice, judicial supervision.

* Ph.D student of general law, IKI

am42476@gmail.com

Received: 2010/6/22 - **Accepted:** 2011/1/6

Abstracts

The Nature of Leader's Supervision according to the Constitution

Abdulhakim Salimi*

Abstract

The system of the Islamic Republic of Iran is based on the principle of *Welayat-e- Faqih* (guardianship of jurist) and the aim of its assigning a leader is to entrust the affairs of the country to a qualified *faqih*(jurist) to be a guarantor of guiding the Islamic system towards Islam. On the other hand, the leader's supervision of the government's work has a legal nature, because according to Article five of the Constitution, the endurance and strength of Islamic system during the occultation period is dependent on the existence of a deputy of Imam or on the leadership of the jurist. Furthermore, according to Article four of the Constitution, the legal system of the country has to be in accord with Islamic precepts. As far as the method is concerned, the leader's legal supervision of the government's work includes both approbation and notification. However, as far as domain is concerned, the leader's supervision of the government's work is systematic as well as absolute which is in particular envisioned in the Constitution and in general applicable to the three powers or governmental institutions. The leader's supervision is not limited to the *LEX SCRIPTUM* (positive laws); rather *fiqhi* standards come under the leader's supervision.

Key words: supervision, leadership, the Constitution, guardianship of jurist.

* Ph.D student of the general law, IKI

hakim.salimi@yahoo.com

Received: 2010/8/7 - Accepted: 2011/9/19

Table of Contents

The Nature of Leader's Supervision according to the Constitution <i>/ 'Abdulahkim Salimi</i>	9
The Prerogative and the Jurisdiction of the Court of Administrative Justice / <i>Seyyed Ali Mirdamad Najafabadi</i>	35
Copyright and its Components; a Manifestation of Intellectual Property / <i>Javad Salehi, Ma'soomeh Salari Rad</i>	67
Negligence of Civil Responsibility and Justice / <i>Mas'ood Ra'ii, Safar Ali Sharifian</i>	91
Weapon of Mass Destruction according to Islam / <i>Seyyed Ebrahim Husseini</i>	123
An Investigation into the Conditions, Orders, and Outcomes of the Attachment of Immovable Property / <i>Mohammad Mahdi Hakimi Tehrani</i>	145
A Review of the Guardian Council's Supervision of the Elections of the Experts / <i>Seyyed Ahmad Mortazaii</i>	171

In the Name of Allah

Ma'rifat-i Hoghoghī

A Quarterly Journal of law

Vol.1, No.1

Fall 2011

Director-in-charge: *IKI*

Managing Director: *Seyyed Ebrahim Husseini*

Editor in Chief: *Mohammad Reda Bagherzadeh*

Translation of Abstracts: *Language Department of IKI.*

Editorial Board:

Firoz Aslani: *Assistant Professor, Theran University*

Gholam Hosein Elham: *Assistant Professor, Theran University*

Mohammad Reza Bagherzadeh: *Assistant Professor, IKI*

Seyyed Ebrahim Husseini: *Faculty member of IKI*

Mas'ood Ra'ii: *Assistant professor of Najafabad Islamic Azad University*

Abasali Kadkhodai: *Assistant Professor, Theran University*

Abbas Kabi: *Assistant Professor, IKI*

Address:

IKI

Jomhori Eslami Blvd

Amin Blvd., Qum, Iran

Tel: +982514113471

Fax: +982512934483

Box: 37185-186

WWW.IKI.ac.ir

WWW.Nashriyat.ir

E-mail: M.Law@Qabas.net
