

# اندیشه‌های حقوق عمومی

سال دوازدهم، شماره اول، پیاپی ۲۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۱



مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

به استناد ماده واحده مصوب ۱۳۸۷/۶/۲۴  
شورای عالی انقلاب فرهنگی و بر اساس نامه  
شماره ۳۴۴ مورخ ۱۳۹۸/۱/۲۸ شورای اعطای  
مجوزها و امتیازهای علمی وابسته به شورای  
عالی حوزه‌های علمیه، این نشریه از شماره ۹  
حائز رتبه «علمی- ترویجی» گردید.

## مدیر مسئول و سردبیر

سیدابراهیم حسینی

## دبیر تحریریه

علی ابوالفضلی

## مدیر اجرایی

امیرحسین نیک‌پور

## صفحه‌آرا

مهدی دهقان

## ناظر چاپ

حمید خانی

## چاپ

زمزم

سامانه ارسال و پیگیری مقالات:

Nashriyat.ir/SendArticle

شاپا الکترونیکی: ۰۸۳۴۰ - ۲۹۸۰

## اعضای هیئت تحریریه

محمدجواد ارسطا

دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران

محمدرضا باقرزاده

استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

سیدابراهیم حسینی

استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

ولی رستمی

استاد دانشگاه تهران

عزیزالله فهیمی

دانشیار دانشگاه قم

رضا محمدی کرچی

استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

سیدفضل‌الله موسوی

استاد دانشگاه تهران

علی ابوالفضلی

سطح چهار حوزه علمیه

سیدعلی میرداماد نجف آبادی

استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

سیدمحمود نبویان

دانشیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

نشانی: قم، بلوار امین، بلوار جمهوری اسلامی، مؤسسه آموزشی و پژوهشی

امام خمینی - طبقه چهارم، اداره کل نشریات تخصصی

تحریریه ۳۲۱۱۳۴۸۰ - مشترکان ۳۲۱۱۳۴۸۲ - دورنگار ۳۲۹۳۴۴۸۳ (۰۲۵)

صندوق پستی ۱۸۶-۳۷۱۶۵

www.iki.ac.ir & www.nashriyat.ir

فروشگاه اینترنتی

<http://eshop.iki.ac.ir>

- اندیشه‌های حقوق عمومی** دوفصل‌نامه‌ای علمی - ترویجی در زمینه مطالعات حقوق عمومی است. قلمرو مسائل این نشریه، مطالعاتی است که حوزه‌های گوناگون زیر را شامل می‌شود:
۱. معرفی و تبیین انواع پژوهش‌های نظری و کاربردی در حوزه‌های گوناگون دانش حقوق عمومی؛
  ۲. حوزه‌های گوناگون حقوق عمومی پژوهی (فراحقوق، حقوق هنجاری، حقوق کاربردی، حقوق توصیفی، حقوق تطبیقی بین‌الادیان، بین‌الملل، بین‌المذاهب، و...);
  ۳. رابطه حقوق عمومی و علوم همگن (رابطه حقوق عمومی و فلسفه، حقوق عمومی و اقتصاد و مدیریت، حقوق عمومی و سیاست، حقوق عمومی و دین، حقوق عمومی و فقه، حقوق عمومی و...);
  ۴. رابطه حقوق عمومی و سایر علوم (معرفت‌شناسی و حقوق عمومی، جامعه‌شناسی و حقوق عمومی، انسان‌شناسی و حقوق عمومی و...);
  ۵. جایگاه حقوق عمومی در دانش‌های تجربی و علوم انسانی؛
  ۶. شیوه‌های استنباط حقوق عمومی از متون اسلامی؛
  ۷. بررسی و نقد روش‌های موجود در حوزه حقوق عمومی پژوهی؛
  ۸. بررسی و نقد منابع و تراث حقوق عمومی؛
  ۹. نقش فناوری نوین در فرایند حقوق عمومی پژوهی و طرح مسائل جدید حقوق عمومی؛
  ۱۰. راهکارهای کاربردی ساختن حقوق عمومی در همه ابعاد زندگی بشری.

ضمن استقبال از دسآورد تفکرات و تأملات دین‌پژوهی، پیشنهادها و انتقادهای شما را در مسیر کمال و بالندگی نشریه پذیراییم. خواهش‌مندیم مقالات خود را از طریق تارنمای نشریه: <http://nashriyat.ir/SendArticle> ارسال فرمایید.

**اشتراک:** قیمت هر شماره مجله، ۲۸۰۰۰۰ ریال، و اشتراک دو شماره آن در یک سال، ۵۶۰۰۰۰ ریال است. در صورت تمایل، وجه اشتراک را به حساب سیبا ۰۱۰۰۰۰۰۱۰۵۹۷۳۰۰ بانک ملی، واریز، اصل فیش بانکی یا تصویر آن را همراه با برگ اشتراک به دفتر مجله ارسال نمایید.

## 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 و با قلمی روان و رسا به زبان فارسی نگارش یافته باشند.
۲. مقالات خود را در محیط WORD با پسوند Doc از طریق تارنمای نشریه به <http://nashriyat.ir/SendArticle> ارسال نمایید.
۳. حجم مقالات حداکثر در ۲۵ صفحه (۳۰۰ کلمه‌ای) تنظیم شود. از ارسال مقالات دنباله‌دار جداً خودداری 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 به‌عنوان 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 ماخذ و بیان شعاری خودداری گردد.
۲. کلیدواژه‌ها: شامل حداکثر ۷ واژه کلیدی مرتبط با محتوا 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 براساس 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 - ارائه‌کننده نظریه و یافته جدید علمی؛

ب - ارائه‌کننده تقریر و تبیین جدید از یک نظریه؛

ج - ارائه‌کننده استدلال جدید برای یک نظریه؛

د - ارائه نقد جامع علمی یک نظریه.

۵. نتیجه‌گیری: نتیجه بیانگر یافته‌های تفصیلی تحقیق است که به‌صورت 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 ماخذ تحقیق (اعم از فارسی، عربی، و لاتین) در انتهای مقاله براساس شیوه زیر آورده می‌شود:

نام خانوادگی و نام نویسنده، سال نشر، نام کتاب، ترجمه یا تحقیق، نوبت چاپ، محل نشر، ناشر.

نام خانوادگی و نام نویسنده، سال نشر، «عنوان مقاله»، نام نشریه، شماره نشریه، صفحات ابتدا و انتهای مقاله.

۷. آدرس دهی باید بین متنی باشد: (نام نویسنده، سال نشر، شماره جلد، شماره صفحه).

### ج. یادآوری

۱. حق رد یا قبول و نیز ویرایش مقالات برای مجله محفوظ است.
۲. مجله حداکثر پس از چهار 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 ان‌هاست و مسئولیت آن نیز بر عهده ان‌هاست.
۵. مقالات دریافتی، نرم‌افزارها، و... در صورت تأیید یا عدم تأیید بازگردانده نمی‌شود.



## فهرست مطالب

---

نقد و بررسی وضعیت حقوقی مادهٔ صد قانون شهرداری از قانون موجود تا طرح اصلاح آن / ۷  
که فاطمه افشاری / مینا اکبری

نقش شعب دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی ناشی از تخلف دولت / ۲۳  
که حسین آئینه‌نگینی / محمدامین ابریشمی‌راد

تیین اصل آزادی و برشماری برخی از حقوق برآمده از آن از دیدگاه علامه طباطبائی / ۳۹  
که یاسین خورسندی شمامی / محمدرضا باقرزاده اول / سیدابراهیم حسینی

جانشینی دولت فعلی عراق؛ مسئولیت بین‌المللی جبران خسارت‌های ناشی از جنگ تحمیلی / ۵۳  
بهبزاد سیفی

مسئولیت مدنی دولت در قبال پالایش (فیلترینگ) با نگاهی به حقوق خارجی و اسناد بین‌المللی حقوق بشری / ۶۹  
حسین صادقی / که علیرضا قاسمی

محدودیت‌های آزادی بیان در اسناد بین‌المللی و اسلام / ۸۱  
سیدطه موسوی میرکلائی / که ساوالان محمدرزاده

## ۱۰۴ / Abstracts




## نقد و بررسی وضعیت حقوقی ماده صد قانون شهرداری از قانون موجود تا طرح اصلاح آن\*

فاطمه افشاری / استادیار گروه حقوق عامه پژوهشکده قوه قضاییه

mehr.solh399@yahoo.com  orcid.org/0000-0002-2157-0948

minaakbari@ut.ac.ir

مینا اکبری / دکتری حقوق عمومی، دانشگاه تهران، پردیس فارابی

 <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0>

دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۱۸ - پذیرش ۱۴۰۰/۰۹/۰۲

### چکیده

فلسفه ایجاد کمیسیون ماده صد قانون شهرداری، برخورد با ساخت‌وسازهای غیرمجاز شهری بوده است. تجربه حدوداً پنجاه‌ساله از اجرای این ماده نشان داده است که کمیسیون مذکور در نیل به این هدف چندان موفق عمل نکرده است. عدم موفقیت کمیسیون مذکور در تحقق هدف مقابله با ساخت‌وساز غیرمجاز، به ارائه طرح اصلاح ماده صد قانون شهرداری در مجلس شورای اسلامی منجر شد. بررسی طرح پیشنهادی نشان می‌دهد که تصویب این طرح نمی‌تواند اهداف مدنظر طراحان را تأمین کند و چه‌بسا در برخی حوزه‌ها فساد بیشتری را ایجاد خواهد کرد. حذف یک‌بارۀ چهار مرحله رسیدگی در کمیسیون ماده صد و دیوان عدالت اداری و جایگزین کردن آن با دستور دادستان، ضابط دادگستری کردن مأمور شهرداری، مشخص نبودن جایگاه دستور دادستان، حذف امکان اخذ جریمه در خصوص تخلفات، و تجویز تخریب برای مطلق تخلفات، از جمله این مسائل است. نظر به اینکه طرح مذکور در دست بررسی مجلس شورای اسلامی است، پیشنهادهایی در جهت اصلاح و غنی شدن متن آن ارائه شده است.

**کلیدواژه‌ها:** کمیسیون ماده صد قانون شهرداری، تخلفات ساختمانی، نظارت، مراجع شبه‌قضایی، طرح قانونی، ماده صد قانون شهرداری.

## مقدمه

مطابق ماده صد قانون شهرداری الحاقی (۱۳۴۵/۱۱/۲۷) که مقرر می‌داشت «مالکین اراضی و املاک واقع در محدوده شهر یا حریم آن باید قبل از هر اقدام عمرانی یا تفکیک اراضی و شروع ساختمان، از شهرداری پروانه اخذ نمایند. شهرداری می‌تواند از عملیات ساختمانی ساختمان‌های بدون پروانه یا مخالف مفاد پروانه به‌وسیله مأمورین خود، اعم از آنکه ساختمان در زمین محصور یا غیرمحصور واقع باشد، جلوگیری نماید»، کمیسیون ماده صد، فعالیت خود را در شهرهای مختلف به‌استناد تبصره یک این ماده آغاز کرد و تشکیلات لازم در این راستا، قبل از انقلاب اسلامی رسمیت یافت؛ لکن فعالیت گسترده این کمیسیون پس از انقلاب اسلامی آغاز شد و در طول سالیان گذشته، همراه تحولات مختلفی بوده است.

از مقررات راجع به کمیسیون ماده صد قانون شهرداری این‌گونه استنباط می‌شود که غرض و هدف قانون‌گذار از تشکیل کمیسیون‌های بدوی و تجدیدنظر ماده مرقوم، صیانت از نقشه جامع شهر است؛ به‌عبارت‌دیگر، میان صلاحیت اجرایی کمیسیون ماده صد قانون شهرداری‌ها و طرح تصویب‌شده جامع شهر، ارتباط منطقی مستقیم وجود دارد. کمیسیون ماده صد قانون شهرداری در رسیدگی به تخلفات ساختمانی، از قبیل احداث بنا بدون پروانه یا مازاد بر پروانه، احداث بنا مازاد بر تراکم مجاز، تخلفات مربوط به عدم استحکام بنا، عدم رعایت اصول فنی و اصول شهرسازی، بهداشتی، و تخلف تغییر کاربری، صلاحیت ذاتی دارد؛ بدین معنا که هیچ مرجعی به‌استناد صلاحیت عام خود، از چنین حقی بهره‌مند نیست (سروی، ۱۳۸۵، ص ۱۸).

در ایران طرح موضوع در کمیسیون ماده صد زمانی است که تخلف ساختمانی توسط شخص انجام می‌شود و با درخواست فرد یا ارجاع شهرداری، پرونده به کمیسیون ارجاع می‌گردد. ضمانت اجرای این تخلفات در موارد معدود، صدور حکم تخریب و در اغلب موارد پرداخت جریمه از سوی متخلف است. این در حالی است که قوانین شهرهایی نظیر لندن، رأی جریمه را علاوه بر الزام مالک به رفع خلاف، صادر می‌کنند؛ و درواقع، از وجه تنبیهی آن بهره می‌برند. مطالعه تطبیقی در قوانین کشورهایمانند هندوستان و فرانسه نیز حاکی از وجود ضمانت اجرای کیفری برای این موضوع (ساخت‌وسازهای غیرمجاز) است. برای مثال، کشور فرانسه با جرم شناختن استتکاف و تمرد از اجرای دستور توقف و همچنین استتکاف از اجرای آرای صادره و اعمال مجازات‌هایی همچون حبس، جزای نقدی و دیگر مجازات‌های تکمیلی (همانند درج در جراید)، در جلوگیری از ساخت‌وسازهای غیرمجاز موفق عمل کرده است (محمدی‌ده‌چشمه و سعیدی، ۱۳۹۳).

با وجود رویه موجود در کمیسیون ماده صد قانون شهرداری، می‌توان ادعا کرد که کمیسیون مذکور در نیل به هدف ایجاد خود موفق نبوده است و با وجود فعالیت چنددهه‌ای خود، موجب کاهش میزان ساخت‌وسازهای قانونی نشده و تنها به ابزاری جهت کسب درآمد شهرداری‌ها بدل شده است. آنچه در این



میان نادیده انگاشته شده، حقوق عمومی شهروندان است؛ زیرا در بسیاری از موارد، ممکن است که هم شهرداری و هم مالک و سازنده به پرداخت جریمه راضی باشند؛ اما در عمل، وقوع ساخت‌وساز یادشده، منابع طبیعی، ملی و مانند آن را تهدید کند.

برهمن اساس، نمایندگان ملت در مجلس شورای اسلامی در راستای تحقق دادرسی عادلانه، کاهش اطالۀ دادرسی و حفظ حقوق مردم، اقدام به تهیه طرحی برای اصلاح این ماده کرده‌اند تا بتوانند از این طریق، خلأها و اشکالات موجود در این کمیسیون را حل کنند و به تبع آن بتوانند حقوق عمومی را بهتر تأمین کنند. با توجه به اینکه هدف از تهیه این طرح، بهبود وضع پیشین است و به نظر می‌رسد که در طرح پیشنهادی همچنان خلأهایی وجود دارد که ممکن است هدف اصلی از ارائه طرح را تحت‌الشعاع قرار دهد، لذا در این پژوهش با روش تحلیلی و تجویزی به دنبال بررسی چالش‌های موجود در قانون و طرح اصلاحی ماده صد قانون شهرداری در مقایسه با یکدیگر و سپس ارائه الگویی مطلوب در این زمینه خواهیم بود.

طرح اصلاح ماده صد قانون شهرداری در مورخ ۱۳۹۹/۷/۲ با امضای ۴۳ نفر از نمایندگان مجلس به مجلس شورای اسلامی تقدیم شد و با تعیین کمیسیون عمران به‌عنوان کمیسیون اصلی، ضمن بررسی‌های کارشناسی موضوع، کلیات آن به تصویب کمیسیون یادشده رسید و بررسی مواد آن در دستور کار قرار گرفت. هدف اصلی طراحان این طرح، عدم تحقق اهداف ماده صد در جلوگیری از ساخت‌وسازهای غیرمجاز است؛ با این توضیح که ماده صد فعلی، در زمینه اجرای اصل حاکمیت قانون، جلوگیری از تبعیض و احداث بناهای غیرمجاز پاسخگو نیست و اساساً موجب فساد اداری می‌شود. در عین حال، اخذ جریمه‌های تخلف ساختمانی در قبال نقض مقررات، از موجبات تشویق مالکین، ناظرین و شهرداری‌ها به تخلفات ساختمانی است؛ چراکه موضوع با اخذ جریمه حل می‌شود و حقوق عمومی جامعه در نظر گرفته نمی‌شود و تضییع می‌گردد.

در این پژوهش، سعی بر آن است که مرجع صالح برای رسیدگی به تخلفات ساختمانی و صلاحیت آن (الف)، ضمانت اجرای تخلفات ساختمانی (ب) و نحوه نظارت بر ساخت‌وساز شهری (ج) در ماده صد قانون فعلی شهرداری و همچنین طرح اصلاح ماده صد به صورت تطبیقی بررسی شود تا از این راه، شباهت‌ها و تفاوت‌ها احصا گردد و در صورت وجود خلأ در طرح اصلاحی، پیشنهادهایی در راستای ارتقای عملکرد ماده صد ارائه شود.

### الف) مرجع صالح رسیدگی به تخلفات ساختمانی

برای ورود به بحث، ابتدا لازم است که مرجع صالح برای رسیدگی به تخلفات ساختمانی در ماده صد قانون شهرداری و طرح اصلاح این ماده تحلیل و بررسی شود.

## ۱. ماده صد قانون شهرداری

طبق تبصره یک ماده صد قانون شهرداری جهت رسیدگی به تخلفات ساختمانی ذکر شده در این ماده، کمیسیونی به شرح ذیل تشکیل می‌شود که کمیسیون مذکور در حال حاضر، به کمیسیون ماده صد مشهور شده است و با این عنوان شناخته می‌شود:

در موارد مذکور فوق که از لحاظ اصول شهرسازی یا فنی یا بهداشتی قلع تأسیسات و بناهای خلاف مشخصات مندرج در پروانه ضرورت داشته باشد یا بدون پروانه شهرداری ساختمان احداث یا شروع به احداث شده باشد، به تقاضای شهرداری، موضوع در کمیسیون‌هایی مرکب از نماینده وزارت کشور (به انتخاب وزیر کشور) و یکی از قضات دادگستری (به انتخاب وزیر دادگستری) و یکی از اعضای انجمن شهر (به انتخاب انجمن) مطرح می‌شود. کمیسیون پس از وصول پرونده، به ذی‌نفع اعلام می‌نماید که ظرف ده روز توضیحات خود را کتباً ارسال دارد. پس از انقضای مدت مذکور، کمیسیون مکلف است موضوع را با حضور نماینده شهرداری که بدون حق رأی برای ادای توضیح شرکت می‌کند، ظرف مدت یک ماه تصمیم مقتضی برحسب مورد اتخاذ کند. در مواردی که شهرداری از ادامه ساختمان بدون پروانه یا مخالف مفاد پروانه جلوگیری می‌کند، مکلف است حداکثر ظرف یک هفته از تاریخ جلوگیری، موضوع را در کمیسیون مذکور مطرح نماید؛ در غیر این صورت، کمیسیون به تقاضای ذی‌نفع به موضوع رسیدگی خواهد کرد.

کمیسیون ماده صد، از جمله نهادهایی است که پس از تشکیل شهرداری در هر شهری، در محل شهرداری ایجاد می‌شود و به اختلافات بین مردم و شهرداری در خصوص اقدامات عمرانی و ساختمان‌سازی بدون مجوز و تخلفات مرتبط در محدوده و حریم شهر، رسیدگی و اقدام به اتخاذ تصمیم می‌کند. کمیسیون ماده صد، از جمله نهادهای شبه قضایی به شمار می‌رود که خارج از بدنه قوه قضاییه تشکیل شده است؛ اما صلاحیت رسیدگی و صدور رأی در خصوص موارد ذکر شده در فوق را دارد و در دو سطح بدوی و تجدیدنظر، در داخل شهرداری هر شهر فعالیت می‌کند. مرجع رسیدگی فرجامی از آرای این کمیسیون، طبق ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰، دیوان عدالت اداری است.

هدف اساسی از تدوین و تصویب ماده صد قانون شهرداری، اعمال نظارت و کنترل بر ساخت‌وسازهای شهری از طریق الزام مالکین املاک و اراضی به اخذ پروانه قبل از هرگونه اقدام، جلوگیری از عملیات ساخت‌وساز بدون مجوز یا مغایر با مفاد پروانه، الزام سازندگان ساختمان‌ها به رعایت اصول شهرسازی، اصول فنی، بهداشتی، و رعایت طرح‌های مصوب است (نرگسیان و نظری، ۱۴۰۰). بر همین اساس، کمیسیون ماده صد با حضور نماینده وزارت کشور، یکی از قضات دادگستری و یکی از اعضای انجمن شهر تشکیل می‌شود که در صورت تخلف از مفاد ماده، حسب مورد، رأی به اخذ جریمه یا تخریب صادر می‌کند.

با اینکه هدف و فلسفهٔ ایجاد این مرجع شبه‌قضایی، برخورد با ساخت‌وسازهای غیرمجاز شهری بود، اما تجربهٔ حدوداً پنجاه‌ساله از اجرای این ماده نشان داده است که اولاً به دلیل نیاز مالی شهرداری‌ها و ثانیاً به دلیل عدم امکان تخریب در بسیاری از موارد، معمولاً کمیسیون مادهٔ صد ضمانت اجرای تخریب را اعمال نمی‌کند و حکم به پرداخت جریمه می‌دهد. حتی در همان مواردی که حکم تخریب صادر می‌شود، اغلب و به دلایل مختلفی این حکم اجرا نمی‌شود؛ لذا عملاً سازندگان و مالکان به نوعی به انجام تخلف در ساخت‌وساز و سپس پرداخت جریمه‌ها هدایت و تشویق می‌شوند؛ چراکه اعمال ضمانت اجرای پرداخت جریمه، برای ایشان بصره است.

فارغ از این مسئله، از زمان تصویب این قانون و ایجاد کمیسیون یادشده، از رهگذر کمیسیون، سالانه حدود ۱۳۰۰۰ پروندهٔ اعتراض به آرای این کمیسیون، در دیوان عدالت اداری مطرح می‌شود ([www.mehrnews.com](http://www.mehrnews.com)). این مسئله، فارغ از مواردی است که رسیدگی در کمیسیون‌های مادهٔ صد قطعی شده یا به نحوی به مرحلهٔ اجرا درآمده‌اند و به دیوان عدالت اداری مراجعه نمی‌شوند؛ که خود می‌تواند همراه با رضایت طرفین و تضييع حقوق عمومی باشد.

نکتهٔ دیگر که در این زمینه جلب توجه می‌کند، نحوهٔ دادرسی و میزان تحقق دادرسی عادلانه در این مرجع است. یکی از موارد، نحوهٔ دفاع هریک از طرفین دعواست. درحالی که نمایندهٔ شهرداری حق حضور و ادای توضیحات شفاهی در جلسات را دارد، ذی‌نفع تنها می‌تواند با ارسال لایحهٔ کتبی در مقام دفاع از خود برآید. اعمال این رویه در کمیسیون مادهٔ صد، از جهت وابستگی سازمانی آن به شهرداری به‌عنوان یکی از طرفین دعوا، محل تأمل است و رعایت اصل بی‌طرفی را با تردید مواجه می‌سازد (تقی‌دوست، ۱۳۹۱). افزون بر این، از آنجاکه اجرای حکم توسط شهرداری در دو مورد قلع بنا و وصول جریمه، حسب تبصره‌های مادهٔ صد امکان‌پذیر است، می‌توان چنین برداشت کرد که برابری طرفین اصحاب دعوا در متن قانون موضوعه رعایت نشده است؛ چراکه در یک‌جا شهرداری مسئول تشکیل پرونده و ارجاع آن به کمیسیون تبصرهٔ یک مادهٔ صد و در مرحلهٔ بعدی حضور به‌جهت ادای توضیحات فنی و شهرسازی، و در جایی دیگر، به‌عنوان مجری حکم قلع بنا و وصول جریمه‌ها تعیین شده است (فارسیان، ۱۳۹۶). این چالش‌ها موجب ارائهٔ طرح اصلاح مادهٔ صد از سوی جمعی از نمایندگان مجلس شد که به بررسی آن می‌پردازیم.

## ۲. طرح اصلاح مادهٔ صد قانون شهرداری

بر طبق مادهٔ صد طرح اصلاح:

هرگونه احداث بنا در محدودهٔ شهر و حریم آن، بدون اخذ مجوز و پروانهٔ ساختمانی ممنوع است. شهرداری مکلف است پس از آگاهی از احداث بنای بدون پروانهٔ ساختمانی در هر مرحله از

ساخت‌وساز، از عملیات عمرانی و ساختمانی جلوگیری کند؛ تجهیزات و اسباب و وسایل مربوط را جمع‌آوری و متعاقباً پس از اخذ دستور دادستان، به‌وسیلهٔ مأموران خود در مقام ضابطان قضایی و با همکاری مستقیم مأموران نیروی انتظامی، نسبت به تخریب بنای غیرمجاز اقدام نماید. مالکان و ذی‌نفعان، مکلف به پرداخت کلیهٔ هزینه‌های تخریب می‌باشند.

براساس مفاد طرح اصلاحی، کمیسیون مادهٔ صد حذف شده و به‌جای آن، گزارش مأموران شهرداری و دستور دادستان جایگزین شده است. پرسش این است که دستور دادستان چه جایگاهی دارد؟ آیا صدور این دستور، یک عمل قضایی است یا عمل اداری؟ و از این دستور نزد کدام مرجع می‌توان شکایت کرد؟ زیرا دادگاه‌ها فقط به قرارهای صادره از سوی دادستان رسیدگی می‌کنند و صلاحیت رسیدگی به اعتراضاتی که به دستورها صورت می‌گیرد، جز در موارد مصرح (برای نمونه، مادهٔ ۲۲۵ قانون آیین دادرسی کیفری) را ندارند؛ و ازسوی دیگر، دیوان عدالت اداری نیز صلاحیت رسیدگی به دستور دادستان را ندارد. در این صورت اصل دسترسی شهروندان به محکمهٔ قضایی برای احقاق حق، با چالش جدی مواجه می‌شود.

مطابق این ماده، مأموران شهرداری به‌عنوان ضابط دادگستری تلقی شده‌اند. حال این سؤال مطرح است که آیا اساساً می‌توان بدون هیچ‌گونه آموزش و ایجاد زمینه، مأموران شهرداری را ضابط دادگستری تلقی کنیم؟ و آیا با وجود اعطای چنین اختیاری به مأموران شهرداری امکان وقوع حوادثی مشابه آنچه در بندرعباس و برخی استان‌ها رخ داد، افزایش نمی‌یابد؟ بر طبق مادهٔ ۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) «احراز عنوان ضابط دادگستری، علاوه بر وثاقت و مورد اعتماد بودن، منوط به فراگیری مهارت‌های لازم با گذراندن دوره‌های آموزشی زیر نظر مرجع قضایی مربوط و تحصیل کارت ویژهٔ ضابطان دادگستری است. تحقیقات و اقدامات صورت‌گرفته از سوی اشخاص فاقد این کارت، ممنوع و از نظر قانونی بدون اعتبار است». آیا احراز وثاقت و آموزش مأموران شهرداری، با توجه به تعداد قابل توجه آنها و با این سرعت، توسط مرجع قضایی امکان‌پذیر است؟ آیا زمینهٔ اجرای قانون فراهم شده است؟ همچنین ارتباط مأموران شهرداری که به‌عنوان ضابط خاص وارد موضوع می‌شوند، با ضابطین عام بطور خواهد بود؟ علاوه بر این موارد، به‌موجب این طرح، برای اولین بار در نظام قضایی ایران، ضابطانی پیش‌بینی شده‌اند که صلاحیت کشف جرم را ندارند و مأمور کشف تخلف‌اند و گزارش ایشان نیز به رأی منتهی نمی‌شود؛ بلکه با دستور مقام تعقیب خاتمه می‌یابد که این امر نیز محل تأمل است.

ازسوی دیگر، در حال حاضر پرونده‌های مربوط به مادهٔ صد، دو بار در کمیسیون بدوی و تجدیدنظر مادهٔ صد و دوباره در هیئت‌های بدوی و تجدیدنظر دیوان عدالت اداری قابلیت رسیدگی دارند؛ اما در طرح اصلاح، به‌یک‌باره تمام نظم موجود را برهم زده و آن را به مأموران شهرداری واگذار کرده است. به‌نظر می‌رسد، طرح فوق بیشتر بر این مبنا بوده است که از حجم دعاوی دیوان عدالت اداری کاسته شود؛ بدون اینکه راهکار قابل قبولی پیش‌بینی شود.

## ب) ضمانت اجرای تخلفات ساختمانی

در این قسمت به بررسی تطبیقی ضمانت اجرای تخلفات ساختمانی در مادهٔ صد قانون شهرداری و طرح اصلاح این ماده می‌پردازیم:

### ۱. مادهٔ صد قانون شهرداری

در حال حاضر براساس تبصره‌های ۲ تا ۵ مادهٔ صد قانون شهرداری، امکان صدور حکم بر پرداخت جریمه در ازای تخلفات ساختمانی فراهم شده است؛ لذا تخلفات ساختمانی عموماً منجر به صدور رأی جریمه از سوی کمیسیون مذکور می‌شود. از سوی دیگر، کاهش درآمدهای شهرداری بعد از طرح خودکفایی شهرداری‌ها، منجر به این شد که درآمد شهرداری‌ها از طریق اخذ عوارض و جریمه تأمین شود و بدین ترتیب، به درآمد تخلفات ساختمانی وابسته گردد. این امور باعث افزایش تخلفات ساختمانی و افزایش پرونده‌های ارجاعی به کمیسیون مادهٔ صد قانون شهرداری شد (ترگیان و نظری، ۱۴۰۰).

مشکل دیگر در آرای کمیسیون مذکور آن است که حتی در فرض صدور حکم تخریب ساخت‌وساز غیرمجاز، در بسیاری موارد این حکم اجرا نمی‌شود. حسب اعلام مراجع ذی‌صلاح ([www.isna.ir/news](http://www.isna.ir/news))، تعداد قابل توجهی از آرای تخریب کمیسیون مادهٔ صد اجرا نمی‌شوند. براساس اعلام مسئولان، بیش از دویست هزار حکم قطعی کمیسیون‌های مادهٔ صد در خصوص تخریب و قلع‌و‌قمع بنای ساختمانی برخلاف پروانه یا بدون پروانه در شهرداری‌های سراسر کشور وجود دارد که به مرحلهٔ اجرا درنیامده‌اند؛ لذا می‌توان گفت که مقررات فعلی، موجبات ایجاد فساد و نقض قوانین و مقررات در حوزهٔ انضباط شهری و نادیده گرفتن طرح‌های مصوب تفصیلی و جامع و نهایتاً نارضایتی مردم، تبعیض ناروا، تضییع حقوق عمومی، عدم پرداخت حقوق شهری و اختلالات حقوقی بین شهروندان ناشی از تخلفات ساختمانی را فراهم کرده است.

### ۲. طرح اصلاح مادهٔ صد قانون شهرداری

در مقدمهٔ توجیهی این طرح، از بین بردن فسادهای موجود در این زمینه یکی از دلایل اصلی این طرح مطرح شده است؛ درحالی‌که این ماده با پیش‌بینی تنها دو حالت، یعنی عدم تخلف یا تخریب، زمینهٔ افزایش فسادهای اداری را فراهم می‌کند؛ زیرا در این حالت، احتمال توافق سازندهٔ متخلف با مأموران شهرداری بسیار افزایش می‌یابد تا مأمور شهرداری برخی تخلفات سازنده را نادیده گیرد. در این خصوص به نظر می‌رسد که لازم است الزامات نفع عمومی را نیز در نظر بگیریم. بدین ترتیب که در برخی موارد، اخذ جریمه منافع عمومی را بهتر تأمین می‌کند. البته این موارد لازم است به‌طور دقیق مشخص شود و همچنین جریمه‌های نسبتاً سنگینی برای آن در نظر گرفته شود. به‌دلیل آسیب‌های شکل گرفته در اثر استفادهٔ بیش‌از‌اندازه از حکم جریمه به‌جای قلع و تخریب بنا، طرح اصلاح مادهٔ صد صرفاً دو حالت، یعنی تخلف یا عدم تخلف را پیش‌بینی کرده است. از سیاق قسمت انتهایی مادهٔ صد طرح

اصلاح مشخص است که تنها ضمانت اجرای پیش‌بینی شده در این طرح، تخریب است و ضمانت اجرای تخلف را صرفاً تخریب دانسته است: «هرگونه احداث بنا در محدوده شهر و حریم آن، بدون اخذ مجوز و پروانه ساختمانی ممنوع است. شهرداری مکلف است... پس از اخذ دستور دادستان، به وسیله مأموران خود در مقام ضابطان قضایی و با همکاری مستقیم مأموران نیروی انتظامی، نسبت به تخریب بنای غیرمجاز اقدام نماید».

هدف غایی از بین بردن فساد در این طرح، به دو راه حل منتهی شده است: حذف کمیسیون و جایگزینی نسبی دادستان و تجویز تنبیه تخریب در مطلق موارد. همچنین در این طرح، به دادستان جایگاه بسیار رفیعی اعطا شده است. دادستان، مقام تعقیب و اجرای حکم در هر حوزه قضایی است؛ لیکن در این حالت، مقام صدور حکم برای تخلفات مذکور در ماده نیز به وی اعطا شد؛ درحالی که هدف فسادستیزی در پرونده‌های کمیسیون ماده صد را می‌توان به طریق بهتری محقق کرد؛ به نحوی که دادستان را در همان نقش سنتی خود ابقا کرد و سبب افزایش حجم کار و دور ماندن وی از وظایف اصلی نشد.

بر اساس گزارش‌های موجود، تعداد قابل توجهی از آرای تخریب کمیسیون ماده صد فعلی به دلایل مختلف، مانند امنیت و نظم عمومی و حساسیت زمانی اجرا نمی‌شوند ([www.isna.ir/news](http://www.isna.ir/news)). پرسش این است که پس از تصویب این قانون، مسلماً تعداد آرای تخریب بیشتر خواهد بود و موانع پیشین همچنان موجودند. پس چه تضمینی برای اجرای آرای تخریب وجود دارد؟ از سوی دیگر، بخش قابل توجهی از منابع درآمدی شهرداری‌ها از طریق درآمدهای حاصل از آرای کمیسیون ماده صد است. گرچه تأمین درآمد به چنین روشی مورد تأیید نیست و موجب نادیده گرفتن منافع عمومی در صورت توافق شهرداری و متخلف در پرداخت جریمه خواهد شد، اما پرسش این است که آیا راه‌حلی برای تأمین کسری بودجه شهرداری‌ها پس از اجرای این قانون در نظر گرفته شده است؟ لذا از این منظر، طرح با اصل ۷۵ قانون اساسی مغایر است؛ چراکه شهرداری از ارکان اداره عمومی کشور محسوب می‌شود و بودجه آن از این محل تأمین می‌گردد و تقلیل در بودجه شهرداری می‌تواند تقلیل درآمد عمومی تلقی شود. این مسئله که شهرداری مؤسسه عمومی غیردولتی محسوب می‌شود، نمی‌تواند دلیل قانع‌کننده‌ای برای خروج از شمول اصل ۷۵ قانون اساسی باشد.

مسئله دیگر اینکه بین تخلف و تنبیه باید تناسب وجود داشته باشد. در قانون فعلی سه ضابطه برای موارد تخریب پیش‌بینی شده است که در این طرح نادیده گرفته شده‌اند. تصور کنید برای یک تخلف ساده که تجاوز اندکی به پروانه محسوب می‌شود و نظم عمومی را با چالش مواجه نمی‌کند، چرا باید تخریب صورت گیرد؟ این عدم تناسب در عمل، سبب عدم اجرای اصل تخریب می‌شود و باب دادوستدهای غیرقانونی را میان سازنده و نظارت‌کننده می‌گشاید. در نظام تخلف و مجازات، باید در سلاح هم تناسب وجود داشته باشد. اگر شهرداری از سلاح برآن تخریب در مطلق حالات بهره می‌برد، سازنده نیز باید از سلاح مرور زمان و واکنش فوری شهرداری بهره‌مند باشد. نمی‌توان در حالتی که امر دایر بر وجود یا عدم است، حالت عدمی را

برای مدت زیادی در نظر بگیریم؛ زیرا امنیت روانی و قطعیت حقوقی را به خطر می‌اندازد. شهرداری مکلف است در این حالت، تخلفات را در اسرع وقت که بازهٔ زمانی آن نیز تعیین می‌شود، به سازنده گوشزد کند؛ البته در تخلفاتی که در حالت عادی قابل کشف است. این مسئله در این طرح مورد توجه قرار نگرفته و صرفاً تخلف مهندس ناظر را از این مورد بررسی کرده است.

تخلف‌انگاری دیگر همراه با ضمانت اجرا، در تبصرهٔ ۳ این طرح است. در تبصرهٔ ۳ طرح اصلاحی آمده است: «هرگونه تغییر کاربری و بهره‌برداری غیرمجاز از ساختمان، حسب مورد موجب تعطیلی و توقف فعالیت غیرمجاز، پلمپ محل و تخریب مستحذات مزاد و اعاده به وضعیت مجاز به وسیلهٔ مأموران شهرداری پس از اخذ دستور دادستان می‌باشد». همان‌طور که می‌دانیم، بسیاری از جرّف، مانند وکالت، مهندسی و پزشکی، با توجه به عدم منع قانونی در کاربری‌های مسکونی، مشغول به فعالیت در اماکن مسکونی‌اند. چنانچه قوانین جدیدی تصویب شود و این جرّف نیز مکلف به اشتغال در اماکن با کاربری اداری و تجاری شوند، با این تبصره دچار تخلف می‌شوند؛ لذا مجبور به فعالیت در کاربری‌های مجاز می‌شوند. آیا بسترهای اجرای چنین حکمی در شهرها و مخصوصاً کلان‌شهرهایی مانند تهران وجود دارد؟ با توجه به تعداد قابل توجه پزشکان، مهندسان، وکلا و مانند این جرّف، آیا به این اندازه املاک با کاربری اداری و تجاری داریم؟

دیگر آنکه اعمال ضمانت اجرای پلمپ به‌طور مطلق در این تبصره، غیرمنصفانه و معارض با حقوق مالکانه است. فرض کنید که شخصی منزل خود را تبدیل به مغازه کرده است و شهرداری آنجا را پلمپ کند. در این حالت، او حتی نمی‌تواند آن محل را به منزل خود تبدیل نماید؛ چراکه فک پلمپ محسوب می‌شود و دارای وصف مجرمانه است. در این موارد، بهتر است از سازوکار تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۲۷ قانون نظام صنفی (مصوب ۱۳۸۳، اصلاحی ۱۳۹۳) استفاده شود که منع استفادهٔ مجدد محل را صرفاً در حدود تخلف محدود کرده و غیر آن را فک غیرقانونی پلمپ در نظر نگرفته است. اعطای مهلت برای اعادهٔ وضع به سابق هم می‌تواند در این حالت پیش‌بینی شود تا خاطی با در نظر گرفتن شرایط، خود اقدام به اعادهٔ وضع کند.

افزون بر اینکه با مطلق دانستن تمام موارد در این تبصره، اعمال تمام موارد ضمانت اجرا و تمام موارد تغییر کاربری و ساخت غیرمجاز، منوط به دستور دادستان دانسته شده است. آیا شایستگی و صلاحیت شهرداری در حدی نیست که بتواند یک تغییر کاربری ساده را بررسی کند؟ برای تنویر ذهن، مواد ۲۷ و ۲۸ قانون نظام صنفی بسیار مفید است. اتحادیه‌ای که متشکل از کسبه است، صلاحیت اعمال مواردی همچون دستور پلمپ، تعطیلی موقت و مواردی از این دست را نسبت به دارندگان پروانهٔ کسب یا اشخاص صنفی فاقد پروانه دارد؛ لیکن شهرداری که یکی از ارکان ادارهٔ شهر است، فاقد چنین صلاحیتی در حوزهٔ تخصصی خود است.

## ج) نحوه نظارت بر ساخت و سازها

نظارت بر ساخت و ساز، از جمله مسائلی است که در ماده صد فعلی و طرح اصلاح ماده صد مورد توجه قرار گرفته است که این موارد را نیز بررسی می‌کنیم.

### ۱. ماده صد قانون شهرداری

طبق تبصره ۷ (اصلاحی ۱۳۵۶/۰۶/۰۸) ماده صد، «مهندسان ناظر ساختمانی مکلف‌اند نسبت به عملیات اجرایی ساختمانی که به مسئولیت آنها احداث می‌گردد، از لحاظ انطباق ساختمان با مشخصات مندرج در پروانه و نقشه‌ها و محاسبات فنی ضمیمه آن، مستمراً نظارت کرده و در پایان کار مطابقت ساختمان با پروانه و نقشه و محاسبات فنی را گواهی نمایند...». همان‌طور که مشخص است، نظارت مهندس ناظر، «نظارت مستمر» تعیین شده و منظور از نظارت مستمر آن است که مهندس ناظر همواره در محل کارگاه حاضر بوده و در اصطلاح، ناظر مقیم باشد. رویه قضایی نیز نشان داده است که قضاات دادگاه، نظارت مستمر را نظارت ۲۴ ساعته تلقی می‌کنند و در هر زمانی که حادثه رخ داده باشد، حتی خارج از ساعات کاری، مهندسان ناظر را مسئول شناخته‌اند؛ درحالی‌که عملاً امکان چنین نظارتی به دلایل مختلف وجود ندارد و در عرصه اجرا نیز محقق نمی‌شود؛ چراکه:

نخست آنکه در آن واحد ممکن است نظارت بر چندین پروژه از سوی سازمان نظام مهندسی به مهندس ناظر ارجاع شود؛ بنابراین حضور مستمر در هر پروژه امکان‌پذیر نیست؛

دوم آنکه به لحاظ قانونی، مهندسی که دارای پروانه نظارت است، می‌تواند در دستگاه‌های دولتی و خصوصی نیز اشتغال به کار داشته باشد؛ پس چگونه می‌توان تکلیف نظارت مستمر را برای مهندس ناظر مقرر کرد؟ لذا به دلیل عدم امکان عملی نظارت مستمر بر پروژه، مبحث دوم مقررات ملی ساختمان (که ماهیت آیین‌نامه‌ای دارد)، تکلیف به نظارت مرحله‌ای (مبحث دوم مقررات ملی ساختمان (نظامات اداری) آیین‌نامه ماده ۳۳ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان، تصویب‌نامه شماره ۴۶۰۵/ت ۲۸۵۴۹ هـ، ۱۳۸۳/۴/۲۲ هیئت وزیران) را برای مهندسان ناظر مقرر کرده است؛ لذا شایسته نیست چنین حکمی مجدداً در ماده صد جدید نیز تکرار شود.

### ۲. طرح اصلاح ماده صد قانون شهرداری

در تبصره ۱ طرح اصلاحی آمده است:

... هرگونه تخلف از مفاد پروانه، از جمله اضافه‌بنا زاید بر مساحت زیربنای مندرج در پروانه ساختمانی و یا تجاوز به معابر شهر و یا پیش‌آمدگی، ممنوع است. مهندس ناظر موظف است از شروع عملیات ساختمانی و در تمام مراحل بر عملیات عمرانی از لحاظ انطباق ساختمان با مشخصات مندرج در پروانه و نقشه‌ها و محاسبات فنی ضمیمه آن، مستمراً نظارت نماید و در صورت وقوع تخلف ساختمانی، به فوریت مراتب را کتباً به شهرداری، مالک و حسب مورد



سازندهٔ ذی صلاح یا پیمانکار ساختمان اعلام نماید. عدم گزارش و یا تعلل در اعلام بموقع تخلف، رافع مسئولیت مالک و سازنده نمی‌باشد.

در ادامهٔ این تبصره مقرر شده است: «مهندس ناظر موظف است... در صورت وقوع تخلف ساختمانی، به‌فوری مراتب را کتباً به شهرداری، مالک و حسب مورد سازندهٔ ذی صلاح یا پیمانکار ساختمان اعلام نماید. عدم گزارش و یا تعلل در اعلام بموقع تخلف، رافع مسئولیت مالک و سازنده نمی‌باشد».

به‌علت پیچیدگی‌های فنی و اجرایی زیاد در نظام ساخت‌وساز معاصر و همچنین پیشگیری از تخلف، نظارت بر ساخت‌وساز در چهار رشتهٔ عمران، معماری، تأسیسات برقی و تأسیسات مکانیکی در قانون پیش‌بینی شده است و مهندس ناظر مکلف است چنانچه در جریان ساخت بنا هرگونه تخلفی را مشاهده کرد، به مرجع صدور پروانه گزارش دهد. حال فرض کنیم مهندس ناظر در اعلام تخلف تعلل نماید و آن را بموقع اعلام نکند. در این فرض، مالک با تصور عدم تخلف، به کار ادامه می‌دهد. اگر پس از انجام کار، مجدداً اعلام تخلف شود و حکم به تخریب یا مشابه آن داده شود، امنیت روانی مالک از بین خواهد رفت؛ چراکه در هر زمان ممکن است ایرادی بر ساخت‌وساز او گرفته شود که در بسیاری از موارد، اصلاح آن ناممکن یا در صورت امکان، پرهزینه است. در واقع، در این حالت مسئولیت مضاعفی را بر مالک یا سازنده بار کرده‌ایم. حتی همین موضوع، در خصوص شهرداری هم قابل تصور است. آیا ترتیبی برای تعلل شهرداری در اخطار وجود دارد و اگر بعد از اتمام ساخت، پرونده را به جریان اندازد، مالک چه اقدامی می‌تواند انجام دهد؟

براساس ادامهٔ این تبصره، «در صورتی که مالک یا سازنده در مدت مزبور رفع خلاف ننماید، شهرداری مکلف است پس از اخذ دستور دادستان به‌وسیلهٔ مأمورین خود در مقام ضابط دادگستری و با همکاری مأموران نیروی انتظامی نسبت به تخریب آنچه برخلاف مفاد پروانه احداث شده است، اقدام نماید». اگر دقت کنیم، درمی‌یابیم که شهرداری نهاد صالح برای تشخیص تخلف و شروع به اقدامات تأمینی و انضباطی است؛ به عبارت دیگر، مادامی که شهرداری عملی را تخلف تشخیص ندهد، موضوع برای تخریب پیگیری نمی‌شود. حال، ماهیت این تشخیص چیست؟ نظر کارشناسی یا تصمیم نهایی؟ سؤال از این حیث مهم است که ارتباط دستور دادستان و نظر شهرداری را تبیین می‌کند. در قانون فعلی بیان شده است:

در موارد مذکور فوق که از لحاظ اصول شهرسازی یا فنی یا بهداشتی قلع تأسیسات و بناهای خلاف مشخصات مندرج در پروانه ضرورت داشته باشد یا بدون پروانهٔ شهرداری ساختمان احداث یا شروع به احداث شده باشد، به تقاضای شهرداری، موضوع در کمیسیون‌هایی مرکب از... مطرح می‌شود و کمیسیون مکلف است موضوع را با حضور نمایندهٔ شهرداری که بدون حق رأی برای ادای توضیح شرکت می‌کند، ظرف مدت یک ماه تصمیم مقتضی برحسب مورد اتخاذ کند.

حال آیا همین ترتیب قرار است بین شهرداری و دادستان انجام شود یا اینکه دادستان نقش دیگری دارد؟ در این سیاق، شهرداری به کارشناسی می‌ماند که نظر تخصصی به کمیسیون می‌دهد و به همین دلیل دیوان عدالت اداری

معتقد است در مواردی که بین مهندس ناظر و شهرداری در وقوع تخلف اختلاف باشد، باید نظر هیئت کارشناسی سه نفره اخذ شود. از ادبیات طرح این گونه استنباط می‌شود که نظر شهرداری، برخلاف قانون فعلی، فراتر از نظر کارشناسی است و دادستان نقش بسیار کهرنگ‌تری نسبت به رویه فعلی دارد؛ لیکن برای اینکه از اختلافات پیشگیری شود، باید این مفهوم به‌طور شفاف‌تری تبیین گردد؛ زیرا معلوم نیست که آیا دادستان می‌تواند با نظر شهرداری مخالفت کند و دستور ندهد؟ آیا برای این کار باید نظر کارشناس رسمی را اخذ کند؟ آیا باید جلسه استماع از طرفین برای صدور دستور تخریب یا رد آن تشکیل دهد؟

دیگر فرض تخلف، در تبصره ۲ طرح اصلاح بیان شده است که مقرر می‌دارد:

هرگاه مهندس ناظر برخلاف واقع گواهی نماید و یا تخلف را بموقع به شهرداری اعلام نکند، شهرداری پس از اطلاع از تخلف مهندس ناظر مکلف است مراتب را با فوریت به شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی و کنترل ساختمان منعکس نماید. شورای انتظامی مذکور موظف است با فوریت موضوع را رسیدگی و در صورت ثبوت تخلف مهندس ناظر، وی را برای بار اول به شش ماه تا سه سال محرومیت از کار محکوم نماید و در صورت تکرار تخلف، رأی به ابطال پروانه وی صادر نماید. در صورتی که عمل ارتكابی مهندس ناظر جنبه جزائی نیز داشته باشد، باید مراتب جهت رسیدگی به مرجع قضایی اعلام شود.

براساس این تبصره، چنانچه مهندس ناظر برخلاف واقع گواهی کند یا تخلف را بموقع به شهرداری اعلام نکند، شورای انتظامی موظف است در بار اول به شش ماه تا سه سال محرومیت، و در صورت تکرار تخلف، رأی به ابطال پروانه دهد. این در حالی است که براساس بند «ث» و «ح» ماده ۹۱ آیین‌نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان (مصوب ۱۳۷۵)، «صدور گواهی‌های خلاف واقع»، مشمول مجازات انتظامی «از درجه یک تا درجه پنج» و «تعطل در تنظیم و تسلیم گزارش‌هایی که به‌موجب ضوابط و مقررات یا دستورات مراجع ذی‌صلاح قانونی موظف به تهیه و تسلیم آنها به مراجع ذی‌ربط بوده است»، مشمول مجازات «از درجه یک تا درجه سه» می‌شود که هر میزان مجازات نیز در ماده ۹۰ این آیین‌نامه مشخص شده است. در تبصره همین ماده نیز مجازات تکرار تخلف مشخص شده است.

با مقایسه مواد ۹۰ و ۹۱ و همچنین طرح اصلاحی ماده صد قانون شهرداری، این نتیجه حاصل می‌شود که مجازات پیش‌بینی شده در آیین‌نامه، سبک‌تر از مجازات پیش‌بینی شده در این طرح اصلاحی است و در واقع این طرح، مجازات انتظامی مهندس ناظر را تشدید کرده است؛ لذا توجه به دو نکته لازم است: نخست اینکه آیا میان تخلف مهندس ناظر و همچنین مجازات انتظامی پیش‌بینی شده تناسب وجود دارد؟ ممکن است چند تخلف کوچک مهندس ناظر منجر به سلب پروانه از او شود؛ و مسئله بعدی اینکه اگر چنین مجازات سنگینی از سوی سازمان نظام مهندسی صادر شود، مهندس ناظر از کدام مرجع قضایی

درخواست تجدیدنظر کند؟! چراکه بر طبق رویهٔ قضایی حاکم در کشور، یعنی آرای وحدت رویه‌ای که از سوی دیوان عالی کشور (رای شمارهٔ ۷۸۶، مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۲۴) و همچنین دیوان عدالت اداری (رای شمارهٔ ۳۲۲، مورخ ۱۳۹۰/۸/۲) صادر شده است، آرای شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان قابلیت تجدیدنظر در هیچ یک از محاکم عمومی و همچنین دیوان عدالت اداری را ندارد؛ بنابراین، احتمال تضييع حق در این زمینه بسیار وجود دارد.

در تبصرهٔ ۴ مقرر شده است:

در صورتی که شهردار و یا مأمورین شهرداری در انجام وظایف خود مطابق این قانون و سایر قوانین مربوط، مرتکب قصور و تقصیری گردند و در نتیجه حقوق عمومی تضييع گردد و یا ضوابط شهرداری رعایت نشود، مسئولین ذی‌ربط در شهرداری و حسب مورد، استانداری و وزارت کشور مکلف‌اند مراتب را به هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و یا مراجع قضایی (در صورتی که عمل ارتكابی جرم باشد)، اعلام تا مطابق مقررات به تخلفات و جرائم آنها رسیدگی شود.

چنین حکم و تکلیفی براساس قوانین پیشین نیز وجود داشته است و به‌نظر می‌رسد تکرار آن در این تبصره، صرفاً از باب تأکید بوده است؛ اما متأسفانه عدم گزارش تخلفات مأموران شهرداری و به‌تبع آن عدم رسیدگی به این تخلفات، در گذشته نیز وجود داشته است و به‌نظر نمی‌رسد که این تبصره نیز بتواند مشکلات پیشین را حل کند. ضمن آنکه با توجه به افزایش نقش مأموران شهرداری در این طرح اصلاحی، احتمال تخلفات مأموران شهرداری بیشتر خواهد شد. ضمن آنکه نحوهٔ اطلاع مسئولین ذی‌ربط تعیین نشده است. آیا امکان اطلاع مسئولین از کلیهٔ تخلفات مأمورین شهرداری وجود دارد؟ آیا این فضای ایجادشده، خود از عوامل ایجاد فساد اداری نیست؟ دیگر آنکه به‌نظر می‌رسد، در این تبصره «قصور» و «تقصیر» یکی پنداشته شده‌اند؛ در حالی که لزوماً محدودهٔ این دو یکی نیست و متفاوت‌اند. مسئلهٔ سوم نیز اینکه اگر این مقامات با توجه به حجم زیاد کاری، ناخواسته یا حتی به‌عمد، تخلفات را به مراجع صالح اعلام نکنند، چه ضمانت اجرایی وجود دارد؟

### نتیجه‌گیری

هدف و فلسفهٔ ایجاد کمیسیون مادهٔ صد قانون شهرداری به‌عنوان یک مرجع شبه‌قضایی، برخورد با ساخت‌وسازهای غیرمجاز شهری بوده است؛ اما تجربهٔ حدوداً پنجاه‌ساله از اجرای این ماده نشان داده است که اولاً به‌دلیل نیاز مالی شهرداری‌ها و ثانیاً به‌دلیل عدم امکان تخریب در بسیاری از موارد، معمولاً کمیسیون مادهٔ صد، حکم به پرداخت جریمه می‌دهد و از صدور حکم تخریب خودداری می‌کند. فارغ از آسیب‌های خاص کمیسیون مذکور از نظر ساختار و صلاحیت و رعایت اصول دادرسی عادلانه به‌عنوان یک مرجع شبه‌قضایی، از زمان تصویب

این قانون این روند چنان رشد کرده که حتی حجم قابل توجهی از پرونده‌های دیوان عدالت اداری نیز مربوط به شکایت از آرای صادره از کمیسیون‌های ماده صد شده است.

آنچه در این میان نادیده انگاشته شده، حقوق عمومی شهروندان است؛ زیرا در بسیاری از موارد، ممکن است هم شهرداری و هم مالک و سازنده به پرداخت جریمه راضی باشند؛ اما در عمل، انجام آن تخلف منابع طبیعی، ملی و مانند آن را تهدید کند. بر همین اساس نمایندگان ملت در مجلس شورای اسلامی در راستای تحقق دادرسی عادلانه، کاهش اطالۀ دادرسی و حفظ حقوق مردم، اقدام به تهیه طرحی برای اصلاح این ماده کرده‌اند تا بتوانند از این طریق، خلأها و اشکالات موجود را حل کنند تا به تبع آن بتوانند حقوق عمومی را بهتر تأمین نمایند. هدف از تهیه این طرح، بهبود وضع پیشین است؛ اما در طرح پیشنهادی همچنان خلأهایی وجود دارد که هدف اصلی از ارائه طرح را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد.

مسئله اصلی این است که طرح پیشنهادی فعلی به دلیل مشکلات متعددی که در ماده و تبصره‌های آن وجود دارد، نمی‌تواند اهداف این طرح را تأمین کند و حتی در برخی حوزه‌ها فساد بیشتری را ایجاد خواهد کرد. حذف یک‌باره چهار مرحله رسیدگی در کمیسیون ماده صد و دیوان عدالت اداری و جایگزین کردن آنها با دستور دادستان، ضابط دادگستری کردن مأمور شهرداری، مشخص نبودن جایگاه دستور دادستان، حذف امکان اخذ جریمه در خصوص تخلفات و تجویز تخریب برای مطلق تخلفات، مسائلی است که اجرای آنها در عمل با چالش‌های فراوانی روبه‌روست. عدم اجرای آرای تخریب فعلی یکی از دلایل ارائه طرح پیشنهادی است. در شرایطی که آرای تخریب کمیسیون ماده صد به دلایل مختلف اجرا نمی‌شود، سؤال این است که این طرح چه تضمینی ارائه می‌کند که دستور دادستان مبنی بر تخریب بتواند همواره اجرا شود؛ به عبارت دیگر، چه ترتیب جدیدی در اجرا پیش‌بینی شده است که بتوان آرای تخریب را اجرا کرد؟ با توجه به اینکه به طور قطع، تعداد موارد تخریب بیشتر خواهد شد، آیا همان دلایلی که در گذشته مانع اجرای رأی تخریب می‌شد، هم‌اکنون نیز مانع اجرا نیست؟ لذا با توجه به اینکه هنوز فرصت باقی است و طرح در صحن علنی به تصویب نرسیده، شایسته است که این فرصت را مغتنم دانست و از آن برای اصلاح طرح پیشنهادی استفاده کرد.

## پیشنهادها

۱. در هر کمیسیون، در حال حاضر یک قاضی عضو است و براساس سیاست‌های کلی امنیت قضایی، چنین اموری باید در قوه متمرکز باشد؛ لذا در حالت کنونی که دادگاه اداری در حوزه قضایی شهرستان‌ها و استان‌ها برای رسیدگی به چنین مسائلی وجود ندارد، می‌توان نقش قاضی را در این کمیسیون‌ها پررنگ‌تر نمود و وظایف، شرایط اشتغال، محل اخذ حق‌الجلسه و... وی را دقیقاً تعیین کرد. در عین حال با پیش‌بینی طرق

دادرسی منصفانه برای مراجع اختصاصی اداری، از جمله کمیسیون ماده صد در قانون مجزا یا در اصلاحیه ماده حاضر، تحقق مطلوب دادرسی در این مراجع را تضمین نمود. همچنین پیشنهاد می شود که سامانه یکپارچه مدیریت پرونده های کمیسیون های ماده صد را راه اندازی کرد. مدیریت این سیستم نیز به دادگستری واگذار شود تا نظارت بیشتری روی آن باشد. کاری که در مورد سیستم سمپ (سامانه الکترونیکی مدیریت پرونده قضایی) و پرونده های دادگستری انجام شده است. این عمل سبب شفافیت بیشتر می شود و در عین حال ضمانت اجرای بهتری برای موارد تخلف فراهم می کند و با پررنگ تر شدن نقش قضات در آن کمیسیون ها، تخلفات زیادی که در مرحله صدور رأی رخ می دهد نیز مرتفع می شود. بدین وسیله، از دستوری شدن فرایندی که در حال حاضر شبه قضایی است و به صورت ترافعی و با استماع نظر طرفین جاری می شود، ممانعت به عمل می آید و هدف مورد نظر نیز بهتر تأمین می گردد. با طراحی سیستم برخط مدیریت پرونده و دادن دسترسی به سازمان های ناظری همچون سازمان بازرسی نیز رصد بهتری برای جلوگیری از تخلف رغم می خورد. علاوه بر این، بالا بردن مبلغ جریمه ها، به نحوی که دیگر تخلف کردن به نفع مالک و سازنده نباشد، می تواند در کاهش میزان تخلفات مؤثر باشد.

۲. به نظر می رسد که لازم است میان درجه تخلفات، قائل به تفکیک شد. برخی از تخلفات کوچک شهرسازی ممکن است در ساخت و ساز اتفاق بیفتد که در حد یک خطای محاسباتی کوچک باشد. با حکم این ماده و تبصره های آن، حتی در صورت ارتکاب این تخلفات لازم است بنا تخریب شود. حال آنکه ممکن است که تخریب سازه، ضررها و خسارات بیشتری برای شهرداری و مردم و به طور کلی حقوق عمومی داشته باشد. بنابراین لازم است برخی خطاهای کوچک که لزومی به تخریب بنا نیست، احصا شود و برای آن ضمانت اجرایی دیگری تعیین گردد.

## منابع

- تقی‌دوست، زینب، ۱۳۹۱، «ارزیابی نظام حقوقی حاکم بر تخلفات ساختمانی»، *پژوهش‌های حقوقی*، ش ۲۲، ص ۱۳۳-۱۵۴.
- سروی، جعفر، ۱۳۸۵، *مواد قانونی تخلفات ساختمانی کمیسیون ماده ۱۰۰*، تهران، آذربرزین.
- فارسیان، محمدرضا، ۱۳۹۶، «کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، نقش شهرداری‌ها، شوراهای اسلامی و دیوان عدالت اداری (ضرورت تحقق تکالیف قانونی، ابعاد کیفی و رفع نقایص حقوقی)»، *گزارش‌های کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی*، ش ۸۲، ص ۱۶۵-۱۲۱.
- محمدی ده‌چشمه، مصطفی و جعفر سعیدی، ۱۳۹۳، «آسیب‌شناسی تخلفات موضوع کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ قانون شهرداری براساس یافته‌های تطبیقی از کلان‌شهرهای ایران»، *دانش و پژوهش حقوقی*، ش ۱، ص ۱۳۸-۱۶۶.
- نرگسیان، محمد و اسفندیار نظری، ۱۴۰۰، «بررسی کمیسیون ماده صد قانون شهرداری‌ها، چالش‌های موجود و راهکارهای برون‌رفت از آن (با تکیه بر آرای دیوان عدالت اداری)»، *مطالعات حقوقی*، ش ۱۷، ص ۱۳۹-۸۷.

## نقش شعب دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی ناشی از تخلف دولت

حسین آئینه‌نگینی / استادیار گروه حقوق عمومی دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

h.negini@modares.ac.ir  orcid.org/0009-0008-6178-1296

abrishamirad@semnan.ac.ir

محمدامین ابریشمی‌راد / استادیار گروه حقوق دانشگاه سمنان، سمنان، ایران

 <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0>

دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۰۱ - پذیرش ۱۴۰۰/۰۹/۱۰

### چکیده

تعیین مرجع صالح جهت رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت، از جمله موضوعاتی است که در سیر تطور نظام حقوقی و قضایی ایران با تحولات زیادی همراه بوده است. مستند به تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، صلاحیت تصدیق ورود خسارت در مواردی که شاکی معتقد است در پی تخلف دولت به او خسارت وارد شده است، تلویحاً از صلاحیت دیوان خارج شد و همچون «تعیین میزان خسارت» در صلاحیت دادگاه‌های عمومی قرار گرفت. در قالب پژوهشی توصیفی - تحلیلی، با ارزیابی اصلاح صورت گرفته، این اقدام قانون‌گذار گامی روبه عقب در جهت سپردن همه مراحل دادرسی مردم از دولت به دیوان عدالت اداری ارزیابی شد و سازوکار مذکور مغایر با اصل ۱۷۳ قانون اساسی، که «احقاق حقوق مردم» را در صلاحیت دیوان دانسته است و نیز مغایر با برخی از اصول دادرسی مطلوب، همچون «جلوگیری از اطاله دادرسی» و «تضمین تخصص‌گرایی در رسیدگی‌های قضایی»، قلمداد شد. لذا پیشنهاد شد تا در اصلاحات آتی، در این موارد رسیدگی به کلیه مراحل دعاوی مسئولیت مدنی دولت، اعم از «حراز تخلف»، «تصدیق ورود خسارت» و «تعیین میزان خسارت» و حتی «اجرای حکم مذکور»، در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار گیرد.

**کلیدواژه‌ها:** مسئولیت مدنی دولت، مسئولیت ناشی از تخلف، شعب دیوان عدالت اداری، تصدیق خسارت، احقاق حقوق، اعمال اداری موردی.

مسئولیت مدنی در مفهوم ماهوی، به «الزام واردکننده زیان به جبران خسارت وارده» گفته می‌شود. این اصطلاح در مفهوم شکلی، به مجموعه قواعدی اطلاق می‌شود که فاعل زیان را به جبران خسارات وارده ملزم می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۳۴). برخی، مسئولیت مدنی را رابطه‌ای حقوقی محسوب می‌کنند که به موجب آن، یکی در برابر دیگری مکلف به جبران خسارت وارده شود (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۳۵۰). در این زمینه، ورود ضرر و به تبع آن ایجاد مسئولیت مدنی، مختص اشخاص حقیقی نیست و چه بسا از ناحیه اشخاص حقوقی مانند دولت نیز ضرری متوجه افراد شود و مسئولیت مدنی بر عهده دولت یا کارمند دولت قرار گیرد. اگرچه مسئولیت مدنی دولت امری بعید و دور از ذهن نیست، اما اصل «عدم مسئولیت دولت» تا قرن‌ها بر افکار نویسندگان و متفکران و به تبع آن بر اذهان عمومی جامعه سایه افکنده بود. در نظام حقوقی ایران نیز قاعده عدم مسئولیت دولت از سابقه‌ای طولانی برخوردار است. مبتنی بر همین قاعده، اصل ۴۴ متمم قانون اساسی مشروطه شخص شاه را مبرا از هرگونه مسئولیت قلمداد کرده بود. از قرن نوزدهم با پیدایش نظرات جدید بود که اصل «عدم مسئولیت دولت» جای خود را به اصل «مسئولیت دولت» داد (هاشمی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۴۰۳). از این رو در نظام حقوقی ایران نیز در قوانین مختلف همچون ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی - مصوب ۱۳۳۹ - مسئولیت مدنی دولت در مواردی پیش‌بینی شد. لذا امروزه موضوع مسئولیت مدنی دولت یکی از موضوعات مهم حقوق اداری محسوب می‌شود و در ذیل آن، موضوعاتی همچون مبنای مسئولیت دولت، طریق تفکیک مسئولیت دولت و کارمند دولت، ارکان مسئولیت مدنی دولت و دیگر موضوعات مربوطه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

فارغ از ابعاد و مبانی حقوقی مسئولیت مدنی مراجع دولتی و کارمندان آنها که در جای خود نیازمند بررسی و تفصیل است، یکی از مهم‌ترین موضوعاتی که در این زمینه به تحقیق نیاز دارد، موضوع محکمه صالح جهت رسیدگی به دعاوی راجع به مسئولیت مدنی ناشی از اعمال اداری است. در این زمینه، باید توجه کرد که با توجه به تقسیم اعمال دولت به دو نوع اعمال نوعی و موردی در قانون دیوان و اینکه حسب مورد هریک از آنها می‌توانند موجبات مسئولیت مدنی دولت را فراهم کنند، در این تحقیق بناست تا به بررسی صلاحیت شعب دیوان نسبت به دعاوی مسئولیت مدنی دولت، که ناشی از اعمال اداری موردی نهادهای دولتی و کارمندان آنهاست، پرداخته شود. از سوی دیگر، با اینکه موضوع مسئولیت مدنی و مرجع صالح جهت رسیدگی به این قسم از دعاوی بسیار گسترده است و می‌تواند وضعیت‌ها و حالات مختلف را شامل شود، در این تحقیق با عنایت به تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات دیوان، تنها بر موضوع مسئولیت مدنی دولت در فرض «وقوع تخلف» در تصمیمات و اقدامات موردی واحدهای دولتی و مأموران آنها تمرکز خواهد شد. با این مقدمه، آسیب‌شناسی تبصره مذکور به منظور تعیین مرجع صالح جهت رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت در فرض مذکور ضروری است. لذا این مقاله در نظر دارد تا



با شیوه‌ای توصیفی - تحلیلی به این سؤال پاسخ دهد که آیا نحوه تعیین مرجع صالح جهت رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت در تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات دیوان، منطبق با قانون اساسی و اصول حقوقی است؟ فرضیه نویسندگان این تحقیق آن است که مبتنی بر الگوی پذیرفته شده در اصل ۱۷۳ قانون اساسی و اصول حقوقی مختلف، در صورت اثبات تخلف دولت و کارمندان دولت در شعب دیوان، باید به موضوع تصدیق خسارت، تعیین میزان خسارت و حتی اجرای حکم نیز در دیوان عدالت اداری رسیدگی شود.

در خصوص پیشینه این موضوع باید گفت که هرچند در خصوص مبانی و اقتضات مسئولیت مدنی دولت، کتب و مقالات متعددی نوشته شده است، اما پرداختن به موضوع تعیین مرجع صالح به منظور رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت، همچنان جای کار دارد. در این خصوص، فارغ از کتب مربوط به حوزه حقوق اداری یا دیوان عدالت اداری که به صورت پراکنده و مختصر به بررسی این موضوع پرداخته‌اند، از جمله مهم‌ترین نوشته‌هایی که اختصاصاً به موضوع مرجع صالح جهت رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت پرداخته‌اند، مقاله «مرجع صالح برای رسیدگی به دعوی مسئولیت به طرفیت دولت» (کاشانی، ۱۳۹۵)، مقاله «تحلیلی تاریخی بر دوگانگی فرایند رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی به طرفیت دولت در حقوق ایران» (آقایی طوق، ۱۳۹۸) و مقاله «تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در دعاوی مسئولیت مدنی علیه دولت» (جلالی و همکاران، ۱۳۹۵) است. با وجود مقالات مورداشاره، دیدگاه نویسندگان این مقاله در مورد مرجع صالح جهت رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت، با نظر طرح شده در مقاله کاشانی کاملاً متفاوت است. از سوی دیگر، مقاله آقایی طوق بیشتر به بررسی زمینه‌های تاریخی شکل‌گیری چنین فرایندی نظر دارد؛ حال آنکه در این مقاله، نویسندگان صرفاً موضوع را پس از انقلاب اسلامی بررسی کرده‌اند؛ از سوی دیگر، در کنار بررسی و نقد رویه قانون‌گذاری در این زمینه به صورت تفصیلی، رویه قضایی را نیز بررسی کرده‌اند. همچنین در مقاله جلالی و همکاران و سایر مقالات مذکور، اساساً به موضوع «مسئولیت مدنی دولت» به صورت کلان توجه شده است؛ حال آنکه این مقاله تنها ناظر به آن قسمت از مسئولیت مدنی دولت که ناشی از تخلف دولت باشد، نظر داشته است. از این جهت، این اثر می‌تواند در تکمیل مطالعات انجام شده در این زمینه واجد اثر مثبت باشد. ضمن اینکه نویسندگان این تحقیق با عطف توجه به استدلالات موجود در خصوص این موضوع، تلاش داشته‌اند تا با طرح استدلال‌های متفاوت و جدید به بررسی این موضوع بپردازند؛ از این جهت، این مقاله دارای دستاوردهای جدید و مفیدی برای نظام حقوقی خواهد بود و می‌تواند مقدمات حصول بلوغ حقوقی و تصمیم‌گیری قانونی در این زمینه را فراهم کند.

در انجام این تحقیق، ابتدا مفاد قوانین و رویه قضایی در زمینه مرجع صالح جهت رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت مبتنی بر سیر تاریخی تبیین می‌شود (بند ۱)؛ در ادامه، رویکرد قانون‌گذار عادی و رویه قضایی مبتنی بر قانون اساسی و اصول دادرسی مطلوب مورد نقد و تحلیل قرار می‌گیرد (بند ۲) تا از این رهگذر، ضمن بررسی میزان

انطباق رویه قانون‌گذار عادی با قانون اساسی و اصول دادرسی مطلوب، مرجع صالح جهت رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی ایران مشخص شود.

### ۱. مرجع رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت در قوانین و رویه قضایی

نظارت قضایی بر اعمال دولت‌ها در نظام‌های سیاسی مختلف، تابع الگوهای مختلفی است. بررسی نظام‌های حقوقی معاصر گویای آن است که الگوی دادگاه‌های اختصاصی و الگوی دادگاه‌های عمومی رایج‌ترین الگوها در این زمینه محسوب می‌شوند (ابریشمی‌راد، ۱۳۹۹، ص ۳۴). در تقسیم‌بندی مشابه، برخی الگوهای نظارت قضایی را به الگوی نظارت قضایی تک‌پایه و الگوی نظارت قضایی دوپایه تقسیم کرده‌اند (زارعی و مولایی، ۱۳۹۲). همچنین در جای دیگر، از الگوی متمرکز نظارت قضایی و الگوی غیرمتمرکز نظارت قضایی یاد شده است (زارعی و مرکز‌المیری، ۱۳۸۴). در تقسیم‌بندی‌های ذکر شده، یکی از مهم‌ترین ملاک‌های موردنظر آن است که به دعاوی راجع به دولت (اداره) و دعاوی خصوصی، به‌صورت یکسان رسیدگی می‌شود یا رسیدگی به این دعاوی، از نظر مرجع رسیدگی‌کننده یا آیین دادرسی متفاوت است.

در نظام جمهوری اسلامی ایران، مستند به اصل ۱۷۳ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری «به‌منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها» پیش‌بینی شده است. مستند به این اصل، علی‌الاصول باید دعاوی راجع به اداره در این مرجع اختصاصی رسیدگی شوند و دادگاه‌های عمومی مرجع رسیدگی به سایر دعاوی باشند (اصل ۱۵۹). براین اساس، مبتنی بر ظاهر قانون اساسی، نظام دادرسی جمهوری اسلامی ایران بیشتر واجد صبغه نظام دوگانه قضایی است.

با تبیین نقش دیوان عدالت اداری در نظام قضایی ایران و با عطف توجه به این مطلب که ممکن است به‌واسطه تخلف مراجع دولتی و کارمندان آنها ضرر و زیان به مردم وارد شود، این‌گونه به‌نظر می‌رسد که مبتنی بر صلاحیت‌های مقرر برای دیوان عدالت اداری در قانون اساسی، در خصوص صلاحیت این نهاد جهت رسیدگی به این دسته از دعاوی نباید تردیدی وجود داشته باشد. این درحالی است که بررسی قوانین و رویه قضایی کشور در زمینه نحوه رسیدگی به این قبیل دعاوی، گویای نتایج متفاوتی است که در ادامه به تبیین آن پرداخته خواهد شد.

#### ۱-۱. صلاحیت دیوان عدالت اداری مبتنی بر قوانین مصوب ۱۳۶۰ و ۱۳۸۵

در بندهای «الف» و «ب» ماده ۱۱ قانون سال ۱۳۶۰ و بندهای «الف» و «ب» ماده ۱۳ قانون سال ۱۳۸۵، رسیدگی به مطلق «تصمیمات و اقدامات» واحدهای دولتی یا مأمورین آنها در صلاحیت شعب دیوان قرار گرفته بود. مبتنی بر مواد مذکور، تردیدی نیست که رسیدگی به تصمیمات و اقدامات موردی موجد خسارت در صلاحیت شعب دیوان بوده است. در این زمینه، تبصره ۱ ماده ۱۱ قانون سال ۱۳۶۰ و تبصره ۱ ماده ۱۳ قانون سال ۱۳۸۵

که تعیین «میزان خسارت وارده» از ناحیه واحدها و مأمورین دولتی پس از «تصدیق دیوان» را در صلاحیت دادگاه عمومی قرار داده بود، مؤید صلاحیت دیوان جهت «تصدیق ورود خسارت» ناشی از مطلق تصمیمات و اقدامات دستگاه‌های دولتی (اعم از متخلفانه یا غیرمتخلفانه بودن آنها) بوده است. بنابراین، بر طبق قوانین ذکرشده، چه در فرض بروز تخلف و چه در فرض عدم بروز تخلف، دیوان صلاحیت تصدیق خسارت ناشی از اقدامات و تصمیمات مأمورین و واحدهای دولتی را بر عهده داشته و تنها تعیین میزان خسارت بر عهده دادگاه عمومی بوده است. به عبارتی، با فرض اینکه دعاوی مسئولیت مدنی دولت ناشی از تخلف، متشکل از مراحل «احراز وقوع تخلف»، «تصدیق ورود خسارت به واسطه تخلف»، «تعیین میزان خسارت» و درنهایت، «جبران خسارت» باشد، به موجب قوانین مورد اشاره، دو مرحله احراز وقوع تخلف و تصدیق ورود خسارت به واسطه تخلف، باید توسط دیوان صورت می‌گرفت و پس از آن، موضوع جهت تعیین میزان خسارت و درنهایت جبران خسارت (اجرای حکم) به دادگاه عمومی ارسال می‌شد.

رویه قضایی غالب دیوان عدالت اداری در دوره مورد اشاره نیز گواه بر پذیرش این نظر بوده است که در ادامه به مصادیقی از آن اشاره خواهد شد.  
نمونه دادنامه:

- در رأی وحدت رویه شماره ۱۴۲۷ مورخ ۱۳۸۶/۱۲/۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، این‌گونه مقرر شده است:

... تصدیق ورود خسارت از طرف مؤسسات و اشخاص مذکور در بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری، موضوع تبصره ۱ آن ماده مستلزم تحقق و اجتماع ارکان و عناصر اصولی مثبت توجه مسئولیت مدنی مشتمل بر ارتکاب فعل یا ترک فعل خلاف قانون، ورود خسارت و وجود رابطه سببیت بلاواسطه و مستقیم بین عناصر مذکور است و به بیان دیگر...، تصدیق ورود خسارت و توجه مسئولیت مدنی ناشی از آن به اشخاص فوق‌الذکر، منوط بر آن است که تصمیمات یا اقدامات یا... به علت برخلاف قانون بودن آن و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا... موجب تضییع حقوق یا سبب ورود خسارت بلاواسطه و مستقیم شده باشند... .

- در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۳۱۰۲۲۲۷ مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۲ شعبه ۳۱ بدوی دیوان عدالت اداری مقرر شده است:

... خوانده [شهرداری] وفق لایحه ثبوت به شماره...، مرقوم داشته: علت عمده ورود خسارت به منزل خواهان، عدم رعایت مقررات فنی و اصول استاندارد در ساخت منزل، از جمله عدم رعایت عایق کاری و زهکشی مناسب توسط خود مالک، بوده است که با عنایت به محتویات پرونده و پاسخ واصله، نظر به اینکه طبق نظریه کارشناسی موجود در پرونده، ۳۰٪ از خسارت وارده به منزل شاکلی، ناشی از تعلق و کوتاهی و قصور شهرداری در رابطه با پسمانده فاضلاب از کانال (جدول) می‌باشد که

کانال فوق‌جواب‌گویی جمع‌آوری آب‌های سطحی نمی‌باشد و همین موضوع باعث نفوذ آب به ساختمان شاکی شده است؛ لذا شکایت شاکی را مبنی بر تصدیق ورود خسارت از طرف خواننده به میزان ۳۰٪، موجه تشخیص و حکم به ورود آن صادر می‌گردد...

فارغ از مصادیق ذکرشده از رویه دیوان عدالت اداری، بررسی رویه محاکم عمومی نیز مؤید آن است که در این بازه زمانی، در فروضی که مسئولیت مدنی دولت ناشی از تصمیمات و اقدامات متخلفانه مأمورین یا واحدهای دولتی بوده، دیوان جهت رسیدگی به احراز تخلف و تصدیق ورود خسارت صالح بوده است. از جمله آرای موردنظر می‌توان به نمونه‌های زیر اشاره کرد:

نمونه دادنامه:

– در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۰۵۰ مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۸ شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مقرر شده است:

تجدیدنظرخواهی آقای... از این جهت اعتراض وارد و مؤثر است که با توجه به تبصره ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵، دعوی ورود خسارت از اشخاص و ادارات دولتی و یا مؤسساتی که با بودجه عمومی اداره می‌شوند، طی دو مرحله رسیدگی می‌شود: طی مرحله اول، با دادخواست به دیوان عدالت اداری، اصل وقوع خسارت از ناحیه اشخاص و ادارات دولتی و یا مؤسساتی که با بودجه عمومی اداره می‌شوند، اثبات می‌گردد؛ سپس (و در صورت اثبات وقوع خسارت)، طی دادخواست دوم خسارت وارده از طریق تسلیم دادخواست به دادگستری مطالبه می‌گردد. مع‌الاسف خواهان بدوی، هر دو موضوع را یکجا از دادگاه بدوی مطالبه نموده و دادگاه بدوی نیز بدون توجه به تبصره ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ ابتدا وقوع خسارت را احراز نموده...، به لحاظ عدم رعایت تشریفات قانونی مذکور در مستند مارالذکر، رأی معترض‌عنه قابلیت تأیید و ابرام را نداشته... .

– در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۰۷۳۷ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۵ شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مقرر شده است:

تجدیدنظرخواهی... وارد و مؤثر است؛ زیرا وفق تبصره ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵، صدور حکم در باب پرداخت بها و خسارات وارده از سوی نهادهای دولتی و نهادهایی که با بودجه عمومی اداره می‌گردند، پس از صدور حکم از طرف دیوان عدالت اداری در خصوص اصل استحقاق است؛ فلذا و از آنجاکه دادنامه صادره بدون توجه به این مهم صادر گردیده، قابلیت تأیید و ابرام را نداشته... .

– دادنامه شماره ۹۱۰۷۹۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۲ شعبه ۳ محاکم عمومی حقوقی ملارد که به موجب دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۳۱ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۰ شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده، مقرر داشته است: «... با توجه به اینکه حسب تبصره ۱ ذیل ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری که تعیین میزان خسارت در دادگاه

عمومی را منوط به تصدیق انجام فعل از ناحیه خواننده توسط دیوان عدالت اداری دانسته است، فلذا دعوی را در حال حاضر قابل استماع ندانسته، مستنداً به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوی، صادر و اعلام می‌نماید...» (برای مشاهده آرای بیشتر، ر.ک: معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۱، ص ۱۵۷).

– به موجب دادنامه شماره ۱۱۴۰/۲۷۰۴۰۹۹۷۰۹۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۹/۶ شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

مقرر شد:

تجدیدنظرخواهی اداره کل مسکن و شهرسازی... از این جهت وارد و مؤثر است که اساساً در دعاوی به طرفیت دولت و ادارات و نهادهایی که با بودجه عمومی اداره می‌گردند، وفق صراحت تبصره ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری می‌بایست طی دو مرحله اقدام نمود؛ در مرحله اول با تنظیم دادخواست به دیوان عدالت اداری، اصل وقوع خسارت و استحقاق مطالبه آن از نهاد دولتی اثبات گردد؛ سپس و در صورت اثبات استحقاق مطالبه، طی دادخواست دوم در دادگستری، خسارت وارده مطالبه گردد که دادگاه بدوی بدون داشتن اختیار قانونی، هر دو مرحله را متکفل گردیده؛ یعنی ابتدا استحقاق تجدیدنظرخواننده را بررسی و اثبات نموده و سپس حکم به دادن معوض و یا قیمت آن را نموده است که به لحاظ عدم رعایت تشریفات مقرر در تبصره ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری، رأی معترض‌عنه قابلیت تأیید را نداشته... .

## ۱-۲. صلاحیت دیوان عدالت اداری مبتنی بر قانون مصوب ۱۳۹۲

به موجب تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، «تعیین میزان خسارات وارده از ناحیه مؤسسات و اشخاص مذکور در بندهای (۱) و (۲) این ماده، پس از صدور رأی در دیوان بر وقوع تخلف، با دادگاه عمومی است». این در حالی است که در قوانین قبلی (مصوب ۱۳۶۰ و ۱۳۸۵)، تعیین میزان خسارات وارده از ناحیه واحدها و مأمورین دولتی، «پس از تصدیق ورود خسارت در دیوان عدالت اداری» در صلاحیت دادگاه‌های عمومی قرار گرفته بود.

این اصلاح، از جهات مختلفی نیازمند تأمل و دقت است. توضیح آنکه، مبتنی بر منطق حقوقی، ضرورتاً هر تخلفی منجر به خسارت و مسئولیت مدنی دولت نمی‌گردد؛ و از سوی دیگر، در همه فروض نیز مسئولیت مدنی نتیجه تخلف ایجاد نمی‌شود. در این خصوص، تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون سال ۱۳۹۲ تنها به دعاوی مسئولیت مدنی در صورت بروز تخلف منحصر شده است. نکته مهم دیگری که در تحقیق حاضر واجد اهمیت است، این است که بین تخلف و مسئولیت مدنی دولت ضرورتاً تلازم وجود ندارد و از این جهت باید ورود خسارت به واسطه تخلف اثبات شود که به این عمل، تصدیق ورود خسارت گفته می‌شود. در این خصوص می‌توان گفت که معمولاً حقوق دانان، متأثر از ادبیات حقوق خصوصی، ارکان دعاوی مسئولیت مدنی دولت را شامل سه رکن «وقوع ضرر»، «اثبات فعل زیان‌بار» و «ارتباط سببی بین فاعل ضرر و ضرر واقع» می‌دانند (موسوی‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۵۴۱-۵۵۰؛

امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۳۶۲-۳۶۴؛ جلالی و همکاران، ۱۳۹۵)، که بخش قابل توجهی از این فرایند، در مرحله تصدیق ورود خسارت اثبات می‌شود. لذا اصلاحات صورت گرفته حاکی از توسعه صلاحیت دادگاه‌های عمومی و به تبع آن، کاهش نقش دیوان در رسیدگی به دعوی مسئولیت مدنی دولت است.

در خصوص اصلاح صورت گرفته، حقوق دانان نظرات مختلفی دارند. برخی، با وجود اصلاح صورت گرفته در قانون تشکیلات دیوان، همچنان رسیدگی به دعوی مسئولیت مدنی و خسارت واحدها و مأمورین دولتی را در صلاحیت دیوان دانسته‌اند (دلآوری، ۱۳۹۲، ص ۹۳-۹۴). در مقابل رویکرد ذکر شده، برخی حقوق دانان اصلاح عبارتی یادشده را صحیح‌تر، فنی‌تر و سازگارتر با اصول صلاحیت محاکم قلمداد کرده‌اند و از این طریق پس از احراز تخلف در دیوان، دادگاه عمومی به تصدیق خسارت خواهد پرداخت (کاشانی، ۱۳۹۵). به عقیده نویسندگان این تحقیق، مبتنی بر تبصره اصلاحی، در این موارد، صلاحیت دیوان محدود به صدور حکم به وقوع تخلف شده است و در صورت شکایت از تصمیم یا اقدام واحدها یا مأمورین دولتی در دیوان، این نهاد صرفاً صلاحیت دارد که متخلفانه یا غیرمتخلفانه بودن تصمیم یا اقدام واحد یا مأمور دولتی را تعیین و اعلام کند. بر این مبنای توجه به اینکه احراز وقوع تخلف، موضوعی مجزا از تصدیق ورود خسارت و به تبع آن تعیین میزان خسارت است، دیگر نمی‌توان دیوان را جهت رسیدگی به دو موضوع اخیرالذکر صالح دانست.

این تحول به درستی در رویه دیوان عدالت اداری نیز قابل مشاهده است و دیوان در آرای مختلف خود، صلاحیتش جهت رسیدگی به موضوع تصدیق خسارت توسط واحدها و مأمورین دولتی را نفی کرده است. نمونه دادنامه:

– در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۰۷۷ مورخ ۱۳۹۲/۹/۳۰ شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری مقرر شده است: «... صرف نظر از اینکه قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ که صلاحیت دیوان را در ماده ۱۳ برای تصدیق ورود خسارت تجویز کرده بود که به موجب ماده ۱۲۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ لغو شده است و در قانون جدید مجوز تصدیق خسارت تفویض نگردیده است...».

– دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۷۰۰۳۶۶ مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۵ شعبه ۷ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری اشعار می‌دارد:

خواسته شاکی در پرونده بدوی، اعلام تصدیق ورود خسارت نسبت به ملک متعلقه است. در این گونه موارد، آنچه از وظایف رسیدگی شعب دیوان عدالت اداری می‌باشد، مطابق تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، احراز وقوع تخلف است، نه تصدیق ورود خسارت که در قانون دیوان عدالت اداری سال ۱۳۸۵ پیش‌بینی گردیده بود... .

در مقام رد نظر و رویه ذکر شده، ممکن است ادعا شود، با توجه به اینکه صدر تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات دیوان صرفاً «تعیین میزان خسارات وارده» را در صلاحیت دادگاه عمومی قرار داده است و تعیین میزان خسارت

زمانی ممکن است که مقدم بر آن، اصل وقوع خسارت تصدیق شده باشد، بنابراین همچنان صلاحیت صدور حکم به تصدیق خسارت بر عهده دیوان عدالت اداری است که به احراز تخلف می‌پردازد.

در پاسخ به این شبهه باید توجه داشت که هرچند مستند به منطوق تبصره یادشده، صرفاً تعیین میزان خسارت وارده از ناحیه دولت در صلاحیت دادگاه عمومی قرار گرفته است، اما در نظم حقوق کنونی، مستدل به ادله زیر، صلاحیت تصدیق ورود خسارت در صلاحیت دادگاه‌های عمومی قرار دارد:

الف) با پذیرش این مطلب که قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، تنها مرجع احراز تخلف و تعیین میزان خسارت را تعیین کرده و در این قانون، صراحتاً مرجع تصدیق ورود خسارت تعیین نشده است و در این زمینه سکوت وجود دارد، پیش‌بینی دادگاه عمومی به منظور رسیدگی به این مرحله، با منطق حقوقی سازگارتر است. توضیح آنکه، با توجه به اینکه مقدمه لازم جهت تعیین میزان خسارات وارده، اثبات وقوع خسارت و اثبات رابطه سببیت بین ضرر واقع شده و فاعل ضرر است، صلاحیت اعمال این مرحله با دادگاهی است که از باب قاعده «وجوب مقدمه واجب» بتواند بدان بپردازد؛ و طبیعتاً به غیر از دادگاه عمومی، مرجع دیگری این صلاحیت را ندارد.

ب) نظر به عموم صلاحیت دادگاه‌های عمومی در مقابل استثنایی بودن صلاحیت دادگاه‌های اختصاصی همچون دیوان عدالت اداری، صرفاً موارد مصرح قانونی در صلاحیت محاکم اختصاصی شناخته می‌شوند و سایر موضوعات، در شمول صلاحیت عام دادگاه‌های عمومی قرار می‌گیرند. براین اساس، با توجه به اینکه مستند به تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، صرفاً حکم به وقوع تخلف در صلاحیت دیوان قرار گرفته و حکم به تصدیق ورود خسارت در قانون مزبور ذکر نشده است، مستند به عموم صلاحیت دادگاه‌های عمومی، رسیدگی به این موضوعات در صلاحیت این دادگاه‌هاست. این استدلال به قرینه حذف صلاحیت «تصدیق خسارت» توسط دیوان عدالت اداری در قانون جدید دیوان تقویت می‌شود.

در پایان باید اشاره کرد که در برهه زمانی پس از تصویب قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان (مصوب ۱۳۹۲) نیز برخی شعب دیوان در آرای خود، همچنان حکم به تصدیق خسارات وارده ناشی از اقدامات و تصمیمات واحدها و مأمورین دولتی داده‌اند؛ اما این دسته از آراء، در قیاس با رویه غالب و جدید دیوان ناچیز است. ضمن اینکه، بنا بر مطالب معروضه، باید این قبیل آراء را مغایر با قانون جدید دیوان و خارج از حدود صلاحیت دیوان معرفی کرد. نمونه دادنامه:

– در دادنامه شماره ۳۹۰۵۳۹۰۳۸۰۰۹۹۷۰۹۳۰ مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۹ شعبه ۳۸ دیوان عدالت اداری مقرر شده است:

نظر به تصویر مصدق سند مالکیت خواهان و اینکه کل ملک وی در حریم رودخانه جاجرود قرار گرفته و با عنایت به اطلاق ماده ۱ قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی

و عمرانی و نظامی دولت، که در صورت نیاز دولت به اراضی... و سایر حقوق مربوط به اراضی مردم، مکلف به پرداخت قیمت آن بعد از خریداری و تملک می‌باشند و محدودیت حقوق مالکانه افراد به صورت مجانی و نیز بلاعوض نمی‌باشد. بنابراین، دعوی مطرح شده وارد تشخیص و مستنداً به مواد ۱۱ و ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، حکم به ورود شکایت و تأیید تخلف اداره خوانده در عدم پرداخت حقوق مالکانه وی و تأیید استحقاق وی نسبت به دریافت خسارت، صادر و اعلام می‌گردد.

## ۲. نقد قانون و رویه قضایی

در بند قبل، ضمن تبیین و تحلیل قانون و رویه قضایی راجع به تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری - مصوب ۱۳۹۲ - این مطلب اثبات شد که پس از تصویب این قانون، رویه قضایی جمهوری اسلامی ایران از شناسایی صلاحیت دیوان در تصدیق ورود خسارت به صلاحیت دادگاه‌های عمومی در این زمینه تغییر کرده است. لذا در این بند تلاش خواهد شد تا مبتنی بر قانون اساسی و اصول دادرسی مطلوب، به بررسی این قانون و رویه قضایی پرداخته شود.

پیش از بررسی این موضوع، ذکر این نکته لازم است که برخی حقوق دانان با این استدلال که دعوای مسئولیت مدنی، دعوایی حقوقی است و اینکه در رسیدگی به این دعوای در برخی موارد نیاز به اخذ نظر کارشناس است، نفی صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعوای مسئولیت مدنی علیه دولت را مناسب می‌دانند (مولایی، ۱۳۹۳، ص ۵۱). برخی دیگر از حقوق دانان نیز مستدل به توافقی بودن دعوای مسئولیت مدنی، رسیدگی به این قبیل دعوای علیه دولت را خارج از صلاحیت دیوان قلمداد کرده‌اند (شهنیانی، ۱۳۹۲). از این رو در ادامه تلاش خواهد شد تا عدم انطباق نظرات ذکر شده با قانون اساسی و اصول دادرسی مطلوب اثبات شود.

### ۱-۲. مبتنی بر قانون اساسی

مستند به اصل ۱۷۳ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها... [ی] دولتی و احقاق حقوق آنها» ایجاد شده است. مفاد این اصل، ضمن تبیین «خواهان»، «خوانده» و «خواستۀ دعوای» در دیوان عدالت اداری، صلاحیت دیوان را در دو مرحله «رسیدگی» و «احقاق حقوق» شناسایی کرده است.

در این زمینه «رسیدگی» فرایندی است که با تقدیم دادخواست یا درخواست به دیوان عدالت اداری آغاز می‌شود و حسب مورد، پرونده در شعبه یا هیئت عمومی و هیئت‌های تخصصی تا صدور رأی ادامه می‌یابد. بنابراین، در فرایند رسیدگی، اموری چون تبادل لوایح، برگزاری جلسات رسیدگی، صدور دستور موقت، تحقیق یا اخذ نظر



کارشناس و دیگر امور مربوطه انجام می‌شود و این فرایند با صدور رأی قطعی به پایان می‌رسد. این در حالی است که آنچه از اصطلاح «احقاق حقوق» در اصل ۱۷۳ قانون اساسی به ذهن متبادر می‌شود، فرایندی است که از مرحله «صدور رأی قطعی» آغاز می‌شود و تا زمان رسیدن حق به ذی‌حق ادامه می‌یابد. بنابراین، در اصطلاح حقوقی، «احقاق حق» را باید فرایندی تعریف کرد که در امتداد رسیدگی و صدور رأی قضایی است و مراحل چونی تصدیق ورود خسارت، تعیین میزان خسارت، اجرای رأی، و حتی اجبار محکوم‌علیه به پرداخت محکوم‌به یا برداشت قهری محکوم‌به از اموال محکوم‌علیه را شامل می‌شود.

مبنتی بر مطالب معروضه، اگرچه در نظام‌های حقوقی برخی کشورها همچون کشور بلژیک، آلمان و سوئد با وجود مشابهت‌هایی با نظام دادرسی اداری در ایران، رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت در صلاحیت دادگاه‌های عمومی تعریف شده است (هداوند، ۱۳۹۰، ص ۵۱۰)، اما در نظام حقوقی ایران، به‌استناد اصل ۱۷۳ قانون اساسی، باید دیوان عدالت اداری را در زمینه رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت واجد صلاحیت دانست. به عبارتی، مبنتی بر اصل مزبور، در مرحله اول، دیوان باید به شکایت از اقدامات و تصمیمات واحدها و مأمورین دولتی رسیدگی کند؛ در مرحله دوم، پس از اثبات تخلف، ورود خسارت به شاکی به‌واسطه آن تخلف را تصدیق نماید؛ در مرحله سوم، در صورت تصدیق ورود خسارت، حتی باید میزان خسارت را تعیین کند؛ در مرحله چهارم باید با اعمال فرایند اجرای رأی، از این طریق به احقاق حقوق زیان دیده بپردازد.

علاوه بر نکات ذکرشده، از عطف صلاحیت «احقاق حقوق» به صلاحیت «رسیدگی» در اصل ۱۷۳، این نتیجه به‌دست می‌آید که دیوان عدالت اداری بایستی رسیدگی خود را تا احقاق حقوق زیان‌دیدگان ادامه دهد و تنها در این صورت است که دیوان رسالت خود را به‌صورت کامل انجام داده است. در این خصوص، توجه به مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در جریان تصویب اصل ۱۷۳ قانون اساسی، مؤید آن است که نمایندگان آن مجلس با عطف توجه به این موضوع، عبارت «احقاق حقوق آنها» را در اصل مزبور پیش‌بینی کرده‌اند. توضیح آنکه، در جریان تصویب اصل ۱۷۳، برخی از نمایندگان این سؤالات را مطرح می‌کنند که در عبارت «به‌منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی»، عبارت «احقاق حقوق آنها» عطف به کجاست؟ یا این سؤال را مطرح کرده‌اند که «آیا لازم است که این عبارت، وسط این متن باشد؟». آیت‌الله مکارم شیرازی در مقام پاسخ به ایشان بیان می‌کند که احقاق حقوق آنها عطف به «رسیدگی» است و ایشان ذکر آن را در این اصل، لازم می‌دانند. درنهایت نیز این اصل با وجود عبارت مزبور به‌تصویب نمایندگان می‌رسد (برای مشاهده این مذاکرات ر.ک: اداره کل فرهنگ و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۱۶۵). بنابراین، نباید در صلاحیت دیوان جهت رسیدگی به مراحل تصدیق ورود

خسارت و پس از آن تردید کرد و حسب مورد، شیوه بروز صلاحیت دیوان در قوانین و مقررات مربوطه، منجر به تحدید صلاحیت این مرجع در رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت شده است.

#### ۱-۲-۱. نقد قوانین دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ و ۱۳۸۵

چنان که پیش‌تر اشاره شد، تبصره «۱» ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری - مصوب ۱۳۶۰ - و تبصره «۱» ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری - مصوب ۱۳۸۵ - ضمن تفکیک دو مرحله تصدیق و تعیین میزان خسارت راجع به موضوعات و پرونده‌های مطروحه در شعب دیوان، مرحله اول (تصدیق ورود خسارت) را در صلاحیت دیوان عدالت اداری دانسته و مرحله دوم (تعیین میزان خسارت) را بر عهده دادگاه‌های عمومی قرار داده بودند. در این خصوص، هر چند اقدام قانون‌گذار در اعطای صلاحیت «تصدیق ورود خسارت» به دیوان عدالت اداری منطبق با اصل ۱۷۳ قانون اساسی و در راستای احقاق حقوق مردم بوده، اما پیش‌بینی صلاحیت «تعیین میزان خسارت» ناشی از اقدامات و تصمیمات واحدها و مأمورین دولتی و اجرای این حکم برای دادگاه‌های عمومی، مغایر با منطوق اصل ۱۷۳ بوده است.

#### ۱-۲-۲. نقد قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲

چنان که پیش‌تر اشاره شد، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری - مصوب ۱۳۹۲ - در مقام تشریح صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت، صرفاً «حکم به وقوع تخلف» را در صلاحیت شعب دیوان دانسته است. براین اساس، تبصره «۱» ماده ۱۰ این قانون، در مقام تبیین صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت، یک گام روبه عقب محسوب می‌شود و به‌طریق اولی این قانون مغایرت بیشتری با اصل ۱۷۳ قانون اساسی دارد.

در پایان این قسمت، اشاره به این نکته مفید خواهد بود که طبق آنچه برخی حقوق دانان بیان کرده‌اند، ظاهراً علت رویکرد اشتباه قانون‌گذار در قوانین مصوب ۱۳۶۰ و ۱۳۸۵ را باید ناشی از این موضوع دانست که همچون بخش قابل توجهی از مفاد قوانین راجع به دیوان، مفاد قوانین دیوان راجع به مرجع رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت، تکرار مفاد بند «ج» ماده (۲) قانون راجع به شورای دولتی - مصوب ۱۳۳۹ - بوده است (برای مطالعه بیشتر در این زمینه، رک: آقایی طوق، ۱۳۹۸)؛ حال آنکه با تصویب اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و پیش‌بینی صلاحیت «احقاق حقوق مردم» برای دیوان، نباید در صلاحیت این مرجع در رسیدگی به دعاوی راجع به مسئولیت مدنی دولت و حتی تعیین میزان خسارت وارده توسط دیوان تردید کرد. این در حالی است که قانون مصوب ۱۳۹۲، حتی از قانون راجع به شورای دولتی نیز عدول کرده و یک گام به عقب‌تر برگشته است.

## ۲-۲. مبتنی بر اصول دادرسی مطلوب

فارغ از استنباط ذکرشده از اصل ۱۷۳ قانون اساسی، با انطباق برخی از اصول دادرسی مطلوب با قوانین و رویه قضایی راجع به مرجع رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت، این نتیجه به دست می‌آید که علاوه بر انطباق نداشتن قانون و رویه قضایی در این حوزه با قانون اساسی، این موضوع با برخی از اصول دادرسی مطلوب همچون «جلوگیری از اطاله دادرسی» و «رعایت تخصص‌گرایی در رسیدگی‌های قضایی» نیز همخوانی ندارد. با این مقدمه، در ادامه به شرح این موضوع پرداخته خواهد شد.

### ۲-۲-۱. جلوگیری از اطاله دادرسی

امروزه انجام اصلاحات در سازمان و آیین دادرسی، از جمله مهم‌ترین و راهبردی‌ترین راهکارهایی است که می‌تواند به کاهش حجم کار، افزایش کارایی و بهبود سرعت انجام مأموریت مراجع قضایی منتج شود. در این زمینه، اگرچه کیفیت دادرسی و تحقق عدالت از اهمیت اصلی برخوردار است و می‌توان آن را هدف نهایی و اصل قوه قضائیه محسوب کرد، اما سرعت و مدت‌زمان تحقق این هدف، برای نظام‌های قضایی و به‌ویژه اصحاب دعوا از اهمیت خاصی برخوردار است. بر این اساس، همه نظام‌های قضایی تلاش می‌کنند تا در مسیر تحقق عدالت، چابکی لازم را داشته باشند و تا حد امکان از اطاله دادرسی جلوگیری کنند.

با توجه به حجم وسیع پرونده‌های قضایی در دادگاه‌های ایران، پیش‌بینی ساختارها و سازوکارهایی که تا حد امکان از اطاله دادرسی بکاهند، از اهمیت مضاعفی برخوردار است. در این زمینه، سازوکار ذکرشده به‌منظور رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت در قوانین و رویه قضایی ایران، با توجه به اینکه موجبات اطاله دادرسی را فراهم می‌کند، محل نقد است؛ چراکه قاضی و محکمه‌ای که از ابتدا به دعوی تخلف دولت رسیدگی کرده است و بر زوایای پرونده احاطه دارد، با سرعت بیشتری می‌تواند درباره موضوعات تبعی و برآمده از آن تخلف، همچون «تصدیق ورود خسارت» و «تعیین میزان خسارت وارده»، حکم صادر کند. این در حالی است که مبتنی بر سازوکار مقرر در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان - مصوب ۱۳۹۲ - پس از صدور حکم توسط دیوان به وقوع تخلف، ذی‌نفع باید به‌منظور احقاق حقوق تضییع‌شده خود، به دادگاه عمومی رجوع کند و ضمن ارائه دادخواست جدید، «تصدیق ورود خسارت» و «تعیین میزان خسارت وارده» را از دادگاه عمومی تقاضا نماید. بنابراین، قاضی محکمه عمومی ناگزیر است تا به‌منظور صدور رأی، همه مراحل را که قاضی دیوان عدالت اداری برای آگاهی از زوایای پرونده طی کرده بود، مجدداً طی کند و این امر موجب اطاله دادرسی در محاکم خواهد شد.

مبتنی بر مقدمات ذکرشده، عدم پیش‌بینی صلاحیت «تصدیق ورود خسارت» و «تعیین میزان خسارت وارده» برای دیوان عدالت اداری، از آن جهت که موجبات اطاله دادرسی در محاکم را فراهم خواهد کرد، مغایر با اصول دادرسی مطلوب بوده و بهتر است که همه این دعاوی طی یک دادخواست و یک دادرسی رسیدگی شوند.

## ۲-۲. تضمین تخصص‌گرایی در رسیدگی‌های قضایی

با توجه به گستره وسیع قوانین و مقررات در حوزه‌های مختلف، تسلط بر همه قوانین و مقررات برای قضات امری غیرممکن به حساب می‌آید. براین اساس، در صورتی که حوزه قضاوت قضاوت محدود به موضوعات مشخص و خاصی نشود، عدم تسلط قاضی بر حوزه‌های خاص، علاوه بر اینکه ممکن است موجبات نادیده گرفته شدن یا اشتباه در برداشت از قوانین و مقررات مربوط به آن حوزه یا عدم توجه به قوانین ناسخ و منسوخ مربوطه را در پی داشته باشد، طولانی‌تر بودن زمان رسیدگی به دلیل لزوم صرف مدت بیشتری برای یافتن مستندات قانونی مربوطه و فهم موضوع شکایت، قطعی به نظر می‌رسد. براین اساس، یکی از مهم‌ترین سازوکارهای موجود به منظور افزایش کیفیت آرا و کاهش زمان رسیدگی، به عنوان دو معیار مهم در راستای ارتقای کیفیت نظام قضایی (ویژه، ۱۳۹۳، ص ۹) را می‌توان اصل تخصصی شدن حوزه قضاوت معرفی کرد. در این زمینه، نظام‌های حقوقی به تجربه دریافته‌اند که به منظور رسیدگی به پرونده‌های مربوط به حوزه‌های خاص، باید شعب یا دادگاه‌های خاصی ایجاد کنند که قضات آن در آن حوزه دارای تخصص باشند (مایر و سترین، ۱۳۸۶).

این وضعیت در زمینه موضوع دعاوی مطروحه در دیوان و به‌طور کلی در زمینه موضوعات مرتبط با حوزه حقوق عمومی بغرنج‌تر است؛ چراکه علاوه بر کثرت و تنوع قوانین و قواعد حقوق عمومی، قلت منابع علمی و پیچیدگی و ظرافت موضوعات، بر دشواری آن می‌افزاید (صدرالحفاظی، ۱۳۷۰). براین اساس، این پیچیدگی‌ها بر اثبات مسئولیت مدنی دولت نیز اثرگذارند و عدم رعایت اصل تخصص‌گرایی، بر کیفیت دادرسی در این زمینه به شدت اثرگذار خواهد بود. مبتنی بر این واقعیت، سازوکار اصل ۱۷۳ قانون اساسی به منظور پیش‌بینی دیوان عدالت اداری جهت رسیدگی به کلیه دعاوی اداری علیه دولت و تا مرحله «احقاق حقوق مردم»، با اصل تخصص‌گرایی در نظام قضایی کشور همخوانی داشته است؛ حال آنکه قوانین عادی و رویه قضایی کشور با نادیده گرفتن این واقعیت، رسیدگی به بخش قابل توجهی از دعاوی مسئولیت مدنی دولت را بر عهده محاکم عمومی قرار داده است.

## نتیجه‌گیری

در زمینه مسئولیت مدنی دولت، یکی از موضوعات مهم در قوانین و رویه قضایی، تعیین مرجع صالح جهت رسیدگی به این دعاوی است. بررسی مرجع صالح جهت رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت، که ناشی از «اعمال اداری موردی» و «تخلف دستگاه دولتی یا مأمورین آن» است، گویای آن است که در قوانین دیوان عدالت اداری - مصوب ۱۳۶۰ و ۱۳۸۵ - در این موارد، رسیدگی به تصدیق ورود خسارت، در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری بوده و تنها تعیین میزان خسارت در صلاحیت دادگاه‌های عمومی قرار داشته است. این در حالی است که با اصلاح صورت‌گرفته در تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری - مصوب ۱۳۹۲ -

در تحولی شگرف صرفاً حکم به وقوع تخلف، در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار گرفته است و تصدیق ورود خسارت و تعیین میزان خسارت، در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است. بر همین اساس، شعب دیوان نیز در تحول رویه‌ای خود از زمان تصویب این قانون، صلاحیت خود در تصدیق ورود خسارت را از خود نفی می‌کنند.

در زمینه تحولات تقنینی و رویه‌ای ذکر شده، مبتنی بر بررسی‌های صورت گرفته مشخص شد که مستنبط از مفاد اصل ۱۷۳ قانون اساسی که رسیدگی و احقاق حقوق مردم در مقابل دستگاه‌های دولتی و مأمورین آنها را در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار داده، علاوه بر احراز تخلف به‌عنوان یکی از ارکان دعاوی مسئولیت مدنی دولت در تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات دیوان، تصدیق ورود خسارت و تعیین میزان خسارت و حتی اجرای رأی باید در صلاحیت دیوان باشد. بنابراین، اگرچه مفاد قوانین دیوان مصوب ۱۳۶۰ و ۱۳۸۵ با مفاد اصل مذکور انطباق کامل نداشت، با تصویب قانون تشکیلات دیوان در سال ۱۳۹۲، بر مغایرت تبصره مذکور افزوده شد. از سوی دیگر، اصلاح سازوکار مذکور، با برخی از اصول دادرسی مطلوب همچون اصل جلوگیری از اطاله دادرسی و تضمین تخصص‌گرایی در رسیدگی‌های قضایی، همخوانی بیشتری دارد. بنابراین لازم است تا با اصلاح قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، صلاحیت رسیدگی به تمام مراحل دعاوی مسئولیت مدنی دولت، از «احراز تخلف»، «تصدیق ورود خسارت» و «تعیین میزان خسارت» گرفته تا «اجرای حکم به جبران خسارت»، برای دیوان عدالت اداری پیش‌بینی شود.


## منابع

- ابریشمی‌راد، محمدمبین، ۱۳۹۹، *نظارت قضایی بر مقررات دولتی با تأکید بر ارتقای کارآمدی دیوان عدالت اداری*، تهران، مجد.
- اداره کل فرهنگ و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، چاپخانه مجلس شورای اسلامی.
- امامی، محمد و کورش استوارسنگری، ۱۳۹۱، *حقوق اداری*، تهران، میزان.
- آقای طوق، مسلم، ۱۳۹۸، «تحلیلی تاریخی بر دوگانگی فرایند رسیدگی به دعاوی مسئولیت به طرفیت دولت در حقوق ایران»، *پژوهش‌های حقوق عمومی*، ش ۶۲، ص ۲۴۳-۲۶۵.
- جلالی، محمد و همکاران، ۱۳۹۵، «تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عمومی در دعاوی مسئولیت مدنی علیه دولت»، *حقوقی دادگستری*، ش ۹۹، ص ۱۱۲-۸۵.
- دلوری، محمدرضا، ۱۳۹۲، *قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوق کنونی*، تهران، آویشن شمال.
- زارعی، محمدحسین و احمد مرکز مالگیری، ۱۳۸۴، «مفهوم و مبانی کنترل قضایی با تأکید بر نظام حقوقی ایالات متحده امریکا»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۴۲، ص ۱۹۸-۱۴۹.
- زارعی، محمدحسین و آیت مولایی، ۱۳۹۲، «آسیب‌شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۶۳، ص ۲۰۸-۱۶۹.
- شهینایی، احمد، ۱۳۹۲، «مسئولیت مدنی دستگاه‌های دولتی ناشی از وضع مقررات خلاف قانون؛ کنکاشی در یک رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری»، *رأی*، ش ۲، ص ۷۱-۹۰.
- صدرالحفاظی، سیدنصرالله، ۱۳۷۰، «دیوان عدالت اداری و فلسفه تأسیس آن»، *دادگستری*، ش ۲، ص ۴۲-۲۹.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۳، *الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی*، تهران، دانشگاه تهران.
- کاشانی، جواد، ۱۳۹۵، «مرجع صالح برای رسیدگی به دعاوی مسئولیت بطرفیت دولت»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۷۳-۷۴، ص ۱۶۷-۱۲۹.
- مایر، سوفی و برناد سترین، ۱۳۸۶، «روابط قاضی اداری با قاضی مدنی»، ترجمه محمدهادی سلیمانیان، *حقوق عمومی*، ش ۳، ص ۶۸-۵۵.
- موسی‌زاده، ابراهیم، ۱۳۹۱، *حقوق اداری*، تهران، دادگستر.
- مولاییگی، غلامرضا، ۱۳۹۳، *صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری*، تهران، جنگل.
- ویژه، محمدرضا، ۱۳۹۳، *ساختار هیئت عمومی دیوان عدالت اداری* (گزارش نشست علمی ارزیابی ساختار و کارکردهای هیئت عمومی و هیئت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری)، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- هاشمی، سیدمحمد، ۱۳۸۹، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، میزان.
- هداوند، مهدی، ۱۳۹۰، *حقوق اداری تطبیقی*، تهران، سمت.


## تبیین اصل آزادی و برشماری برخی از حقوق برآمده از آن از دیدگاه علامه طباطبائی

✉ یاسین خورسندی شمامی / کارشناس ارشد حقوق مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

yasin.kh@chmail.ir  orcid.org/0009-0000-6481-7499

bagherzadehfirst@yahoo.com  محمدرضا باقرزاده اول / استادیار گروه حقوق مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

sehoseini@hotmail.com  سیدابراهیم حسینی / استادیار گروه حقوق مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

 <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0> دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۰۹ - پذیرش ۱۴۰۰/۰۷/۱۴

### چکیده

آزادی یکی از اصول بنیادین حقوق بشر است که خداوند به انسان اعطا کرده است. انسان دارای قدرت انتخابگری است و کسی حق ندارد بر او استعلا یابد و آزادی او را محدود کند. تنها خدایی که خالق انسان است، حق دارد آزادی او را در راستای سعادت و کمال او تحدید کند. براساس اصل آزادی، در بستر اجتماع، حقوقی برای انسان در نظر گرفته می‌شود. هدف این پژوهش، تبیین آزادی به‌عنوان یکی از اصول بنیادین حقوق بشر و برشماری برخی مصادیق آن از دیدگاه علامه طباطبائی به‌شیوه تحلیلی - توصیفی با تأکید بر تفسیر «المیزان» است. آزادی‌هایی مانند آزادی تن، حق مالکیت و آزادی تجارت، حق رفاه و حق استفاده از مواهب طبیعی، در این پژوهش بررسی می‌شود.

**کلیدواژه‌ها:** آزادی، حقوق بشر، علامه طباطبائی، آزادی تن، حق مالکیت، آزادی تجارت.

## مقدمه

در شناسایی حقوق بشر، از اصولی بالادستی یاد شده است که امروزه به اصول بنیادین شناخته می‌شوند و سایر مصادیق حقوق بشر به‌نوعی به این اصول بنیادین بازمی‌گردند؛ اصولی همچون اصل آزادی، حیات، برابری، کرامت و اصل تعلیم و تربیت. آزادی از دیرباز مورد توجه ملت‌ها، ادیان، مکاتب فلسفی و حقوقی بوده است. امروزه آزادی یکی از اصول بنیادین حقوق بشر شمرده می‌شود؛ هرچند تاکنون برداشت‌های نه‌چندان یکسانی از آن صورت گرفته است. آزادی، در عرصه اجتماعی زندگی انسان‌ها معنا می‌یابد و از همین رو تعیین حدود و مرزهای آن و برشماری مصادیق آن می‌تواند در زندگی اجتماعی افراد بشر از اهمیت ویژه‌ای برخوردار باشد. هدف این پژوهش بررسی مفهوم آزادی، انواع آن، معطی و محدودکننده آزادی، برشماری موارد محدودیت و نیز بررسی اهمیت و جایگاه آزادی در نظام احسن از دیدگاه علامه طباطبائی - فیلسوف و نظریه‌پرداز اسلامی - است و به دنبال آن به برشماری برخی از آزادی‌های مدنی و سیاسی از نگاه ایشان پرداخته خواهد شد. از آنجاکه علامه طباطبائی از فیلسوفان و اندیشمندان طراز اول و پیشگام در نظریه‌پردازی علوم انسانی است، توجه به جنبه‌های فلسفی و حقوقی در آرا و نظریات ایشان می‌تواند برای سایر پژوهشگران ارزشمند باشد و پایه‌ای برای دیگر نظریه‌پردازی‌ها و پژوهش‌های تطبیقی به‌شمار آید و با توجه به اینکه تاکنون پژوهشی مستقل در باب اصل آزادی و برشماری برخی از حقوق برآمده از آن از دیدگاه علامه طباطبائی تألیف نشده است، این بحث می‌تواند از جنبه‌های نوآوری پژوهش حاضر به‌شمار آید. آزادی تن و نفی برده‌داری، نفی خودکشی، امنیت، حق مالکیت و آزادی تجارت، حق رفاه اجتماعی، و در پایان، حق استفاده از مواهب دنیوی، از حقوق برآمده از اصل آزادی‌اند که با توجه به دیدگاه علامه طباطبائی استخراج شده‌اند. در این پژوهش، به این پرسش‌ها پاسخ داده می‌شود: آزادی از دیدگاه علامه طباطبائی به چه معناست؟ انواع آن کدام است؟ اهمیت آن تا چه اندازه است؟ چه کسی این آزادی را اعطا کرده است؟ آیا امکان تحدید آن وجود دارد؟ چه کسی حق محدود کردن آن را دارد؟ همچنین پاسخ به این پرسش که: نظر اسلام و علامه طباطبائی درباره برخی از مصادیق آزادی‌های مدنی چیست؟

پژوهش پیش‌رو از نظر ماهیت، کیفی، از جنبه هدف، بنیادی، و به لحاظ روش، توصیفی - تحلیلی است. روش گردآوری داده‌ها به‌صورت کتابخانه‌ای و با مراجعه مستقیم به آثار علامه طباطبائی بوده و جمع‌آوری اطلاعات، دسته‌بندی، خلاصه‌بندی و تحلیل محتوا، به‌روش هرمنوتیکی (روش تفسیری متن‌محور) صورت گرفته است.

## ۱. تعریف آزادی

واژه آزادی در زبان فارسی در معانی متعددی همچون عتق، حریت، قدرت بر عمل و ترک آن و قدرت انتخاب به‌کار رفته است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۷۷). در زبان عربی واژه‌های حریت، اختیار و عتق به‌معنای معادل واژه آزادی به‌کار می‌رود (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۱۸۲ و ۲۶۶؛ ج ۱۰، ص ۲۳۴). معادل واژه آزادی، در زبان انگلیسی



Liberty (آریان‌پور، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۴۸۸) و در زبان فرانسه Liberte است (پارسائیا، ۱۳۸۴، ص ۵۱۷). در زبان انگلیسی علاوه بر واژه یادشده، واژه Freedom نیز معادل آزادی است؛ با این تفاوت که Freedom در حوزه‌های فلسفی و Liberty در حوزه‌های سیاسی و حقوقی به کار می‌رود (کرنستون، ۱۳۵۹، ص ۴۸).

در کلام حقوق‌دانان، تعاریف مختلفی از آزادی شده است؛ مانند نبود موانع، محدودیت‌ها یا مداخله‌های محدودکننده در برابر اعمال اراده فرد، که درواقع این تعریف به جنبه منفی آزادی اشاره می‌کند. تعریف دیگر در برداشتی مثبت از مفهوم آزادی، تحقق آن را منوط به کنترل بر اعمال اراده، خوداربابی و در یک کلام، وجود انتخاب و اعمال آگاهانه اراده می‌داند (قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۷۲). از نگاه برخی حقوق‌دانان، آزادی با مفهوم کرامت ارتباط تنگاتنگی دارد و اساس آزادی انسان نشئت یافته از کرامت انسانی است. براین اساس، چون انسان دارای کرامت ذاتی (استعدادی، اقتضایی) و اکتسابی (ارزشی) است، پس باید برخوردار از آزادی باشد تا زمینه تحقق چنین انسانی فراهم آید. از دیدگاه علامه طباطبائی و برخی دیگر از فیلسوفان اسلامی، لازمه خلقت نظام احسن - که برآمده از حکمت الهی است - آن است که در این جهان اختلافات و تزاحمات وجود داشته باشد و به انسان، خیر و شر امور نشان داده شود تا او پیوسته بر سر دوراهی صواب و ناصواب قرار گیرد و با آزادی اراده و اختیار، راه درست را انتخاب کند. هر اندازه زمینه گزینش آزاد انسان بیشتر فراهم باشد، کمالات برتر و ارزشمندتری تحقق خواهد یافت و زمینه دستیابی به هدف خلقت او، که استكمال نفس است، فراهم خواهد شد (مصباح یزدی، ۱۳۸۸، ص ۸۰). درواقع این نظریه بر آن است که بدون وجود آزادی انتخاب و اختیار، خلقت انسان لغو خواهد بود. این آزادی تکوینی و اعطایی، مبنای آزادی تشریحی انسان خواهد بود که به آن اشاره خواهد شد.

در مکاتب حقوقی و فلسفی غربی نیز تاکنون تعاریف مختلفی از آزادی ارائه شده که نمونه بارز آن در اعلامیه جهانی حقوق بشر تبلور یافته است. امضاکندگان این اعلامیه، وحدت اعضای خانواده بشری، کرامت انسان و شناسایی حقوق ناشی از آن را اساس آزادی، عدالت و صلح در جهان دانسته‌اند و ایجاد جهانی را که در آن، افراد بشر در بیان عقیده خود آزاد و از ترس و فقر رها باشند، بالاترین آرمان و آرزوی بشری اعلام کرده‌اند. این اعلامیه، در سی ماده تدوین شده است که حدود نیمی از آن به آزادی‌های بشری اختصاص دارد و برخی از بندهای دیگر نیز به‌نحوی به مسائل آزادی مربوط می‌شود؛ به‌گونه‌ای که می‌توان آن را اعلامیه حقوق و آزادی‌های بشر نامید که سطح وسیعی از آزادی‌های فردی و اجتماعی را شامل می‌شود؛ مانند حق حیات و آزادی تن، امنیت، آزادی و مصونیت مسکن، تعرض‌ناپذیری مکاتبات، آزادی رفت‌وآمد، آزادی بیان، آزادی اندیشه، آزادی عقیده و آیین، آزادی آموزش‌وپرورش، آزادی ازدواج و تشکیل خانواده، آزادی تن و نفی بردگی، آزادی شغل، آزادی رفت‌وآمد و اقامت، آزادی دسترسی به اخبار و اطلاعات، آزادی نمایش، گردهمایی، تجمعات، آزادی پیوستن به سازمان‌های انتفاعی و غیرانتفاعی، مالکیت، آزادی کار، آزادی بازرگانی و صنعتی، آزادی سندیکایی.

## ۲. مبانی آزادی

### ۲-۱. مبانی هستی‌شناختی

در بحث جهان‌شناختی، با در نظر گرفتن توحید ربوبی، خداوند منشأ جهان هستی و مالک موجودات است و جهان نیز هدفمند و دارای غایت است؛ به‌گونه‌ای که پدیده‌های این جهان همگی به‌سوی آن غایت در حرکت‌اند. انسان نیز به‌عنوان یکی از پدیده‌های این جهانی، ارتباط وجودی و غایی با کل عالم هستی دارد و آن رسیدن به سعادت و کمال ابدی است. علامه طباطبائی معتقد است که توحید ربوبی در بسیاری از مسائل علوم انسانی راهگشاست و حق تشریح، فرع بر مالکیت است و محدود کردن آزادی افراد، اقدامی است که در حیطة ملک انجام می‌شود؛ بنابراین تنها آن کس که خالق و مالک تکوینی انسان است، حق تشریح احکام و محدود کردن آزادی او را دارد (طباطبائی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۱۴۵، ۱۲۳ و ۳۶۰؛ ج ۶ ص ۱۵۴).

### ۲-۲. مبانی انسان‌شناختی

انسان موجودی است دویعدی (دارای بعد جسمانی و روحانی) که اصالت نیز با بعد روحانی اوست (طباطبائی، ۱۳۹۰، ج ۱۶، ص ۳۷۹؛ همو، ۱۳۶۹، ص ۲۹). انسان دارای غرایز مادی و امور فطری است و از دو نوع هدایت عام (تکوینی) و خاص (تشریحی) برخوردار است؛ همچنین موجودی اجتماعی است که برای تأمین نیازهای اولیه‌اش در راستای حفظ حیات و نیز برای افزایش سطح کیفی زندگی‌اش، حیات اجتماعی را پذیرفته و به قوانین آن گردن نهاده است (طباطبائی، ۱۳۹۰، ج ۱۰، ص ۵۵۷). انسان همچنین دارای قوه تعقل و اختیار است که قدرت تمییز حق از باطل و انتخاب هر دو را دارد. همچنین انسان موجودی آزاد است که خداوند او را این‌گونه خلق کرده و هیچ‌کس نمی‌تواند اختیار و آزادی را از او سلب کند و تنها خدایی که خالق و صاحب‌اختیار او و آگاه به مبدأ و معاد و ویژگی‌ها و احتیاجات اوست، حق دارد راه را به او نشان دهد و احکام و محدودیت‌هایی را برای او وضع کند. بنابراین، انسان دارای اراده، اختیار، آزادی، قوه ادراک و تعقل است و همین نکته موجب می‌شود که انسان دارای خلقتی پیشرفته‌تر و پیچیده‌تر از موجودات دیگر و ممتاز از آنها بوده، از شایستگی دانستن اسمای الهی و جانشینی خداوند در زمین برخوردار باشد. درعین‌حال او موجودی است که قابلیت رسیدن به کمال و سقوط - هر دو - را توأمان دارد. افزون‌برآن، دارای فطرت خداگرایی، حقیقت‌جویی، بقاطلبی، زیبایی‌دوستی، علت‌جویی و مدنی‌گرایی است و برایش غایتی متصور است که همان «عبودیت خداوند» می‌باشد؛ بنابراین، یکی از اهداف خلقت، عبادت است که درواقع به شناخت و معرفت الهی بازگشت دارد (طباطبائی، ۱۳۶۹، ص ۷-۸ و ۸۰-۸۶).

از دیدگاه علامه طباطبائی، آزادی به دو بخش تکوینی و تشریحی تقسیم می‌شود. ایشان آزادی به‌معنای امروزی را که در غرب به‌کار می‌رود، به‌معنای بی‌قیدی و سقوط آدمی از کرامت و ارزش انسانی می‌داند و معتقد است که واژه آزادی در غرب تحریف شده و از معنای ارزشی و مقدس خود که همان آزادی از قیود حیوانی و نفسانیت و بندگی شیاطین جن و انس و قدرتمندان عالم است، جدا گشته است (طباطبائی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۱۸۴).

آزادی تکوینی به این معناست که انسان به حسب خلقتش موجودی دارای شعور و اراده است. تنها اوست که می‌تواند برای خود هر کاری را که می‌خواهد، اختیار کند. به عبارتی دیگر، او در مواجهه با کاری، این توانایی را دارد که انجام دادن یا ترک کاری را انتخاب کند، بدون اینکه مزاحمی برای این کار داشته باشد (همان، ج ۱۰، ص ۵۵۵). لازمه آزادی تکوینی انسان، آزادی دیگری است؛ و آن آزادی تشریحی (قانونی) است که انسان در زندگی اجتماعی به آن آزادی تمسک می‌کند؛ به این معنا که از میان انواع طرقی که برای زندگی اجتماعی هست، طریق دلخواه خود را برمی‌گزیند و هرگونه که دلش می‌خواهد، عمل می‌کند و کسی حق ندارد بر او استعلا یابد؛ او را برده و مطیع خود کند؛ اراده و عملش را مالک شود و خواست خود را برخلاف میل او بر او تحمیل کند. دلیل آن هم این است که افراد نوع بشر مثل هم‌اند و همه در حقوق و مزایای انسانی با یکدیگر برابرند؛ بنابراین انسان‌ها به لحاظ سرشتی و طبیعی به‌طور یکسان آزادند و نباید یکی بر دیگری استیلا یابد؛ چنان‌که قرآن کریم - که همه دستورهایش مطابق با فطرت است - در اینجا نیز به همین حکم فطری و طبیعی تصریح می‌کند و می‌فرماید: «وَلَا يَتَّخِذُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ» (آل عمران: ۶۴)؛ و نکند که برخی از ما بجز خداوند، کس دیگری را به‌عنوان ربّ و صاحب‌اختیار خود برگزینیم (همان، ج ۱۰، ص ۵۵۶).

در اندیشه علامه طباطبائی، «آزادی» از اصول و مبانی حقوق بشر به‌شمار می‌رود؛ چراکه وقتی غرض از خلقت انسان رسیدن به سعادت و کمال حقیقی اوست، باید پذیرفت که این غرض تأمین نمی‌شود، مگر آنکه او در مرتبه اول دارای قدرت انتخاب و اختیار باشد و در مرتبه دوم هیچ‌کس مجاز نباشد که اراده و اعمال انتخاب و اختیار او را محدود کند (مصباح یزدی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۴).

### ۳. محدودیت‌های آزادی

نکته‌ای که در اینجا مطرح می‌شود، این است که این آزادی قابل سلب یا تحدید است یا نه؟ گفته شد که خداوند منشأ آزادی است و او صاحب‌اختیار بر ذات و متعلقات ذات انسان و معطی آزادی به اوست (طباطبائی، ۱۳۹۰، ج ۱۰، ص ۵۵۸) و در حقیقت، اوامر و نواهی الهی همگی در محدوده ملکیت تشریحی الهی است که ریشه در ملکیت تکوینی او دارد (همان، ج ۱۴، ص ۱۳۰). بنابراین، اولین محدودکننده آزادی بشر، اراده تشریحی برآمده از حکمت الهی است.

البته محدودیت آزادی‌های انسان به اینجا ختم نمی‌شود و انسان با محدودیت دیگری به‌نام «جامعه» مواجه می‌شود. بشر به‌صورت فطری دریافت که به‌تنهایی نمی‌تواند نیازهای حیاتی خویش را تأمین کند و بدین منظور باید زندگی اجتماعی را برگزیند؛ به همین دلیل، از بخشی از آزادی‌ها و اختیارات خود دست کشید تا به برخی دیگر از آزادی‌های مهم‌تر دست یابد و نیازهایش را تأمین کند؛ بنابراین با محدودیت در بستر زندگی اجتماعی مواجه شد؛ زیرا او دریافت که به‌تنهایی نمی‌تواند تمام نیازهایش را برآورده سازد؛ بنابراین برای دستیابی به منافع زندگی اجتماعی، یعنی دستیابی به نیروی کار و دسترنج دیگران، تصمیم گرفت که او نیز بخشی از نیروی کار خود را در اختیار دیگران قرار دهد تا با تعاون، نیازهای مادی خود را برآورد. همچنین برای اداره امور زندگی و نظام‌مند شدن

روابط اجتماعی در مواقع تزاحم و تعارض اراده‌های متفاوت افراد - که معمولاً برای رسیدن به سود بیشتر و استثمار دیگران صورت می‌گیرد - با اختیار خود، قوانین اجتماعی را پذیرفت و بدین ترتیب از بخشی دیگر از آزادی‌های خود چشم پوشید. همچنین پذیرفت که در مواقع سرپیچی از قوانین اجتماعی، مستحق دریافت مجازات تعیین شده و اعمال محدودیت‌های اجتماعی از طرف منبع اقتدار جامعه (حاکمیت) شود (طباطبائی، ۱۳۹۰، ج ۱۰، ص ۵۵۷).  
 علامه طباطبائی در جای دیگر در این باره می‌فرماید:

انسان به‌ناچار دریافت که باید به زندگی اجتماعی و مدنی تن دهد و در این راستا عقل او را مجبور کرد به اینکه مقداری از این آزادی عمل خود چشم پوشیده، حریت خود را نسبت به بعضی کارها محدود کند؛ مثلاً بخشی از نیرو و توان کاری خود را در اختیار دیگران قرار دهد تا در عوض، مالک بخشی از آزادی و کار دیگران شود؛ اما در برابر تزاحم و تعارض خواست‌ها و اراده‌ها، برای بار دوم پذیرفت که سنن و قوانین حاکم در اجتماع را بپذیرد و باز هم اراده و خواست خود را محدود نماید؛ با اینکه خود را نسبت به آنها نیز آزاد می‌دانست؛ و آن اعمال عبارت است از کارهایی که یا انجامش و یا ترکش، نظام مجتمع را مختل می‌سازد. دسته اول که انجام آنها نظام را مختل می‌سازد، همان محرمات و گناهانی است که قوانین مدنی یا سنن قومی یا احکام حکومتی را بیج در مجتمعات، آن را تحریم کرده است. دسته دوم، قوانین الهی است که بشر با برهین عقلی دریافت که قوانین اجتماعی و سنن زندگی باید از ناحیه خداوند که مالک علی‌الاطلاق آدمی است، تشریح شود تا احکام و وظایفی را بیان کند که فطرت بشری نیز به‌سوی آن هدایت شود و در نتیجه، سعادت حیات بشر را تضمین نموده، صلاح اجتماعی او را تأمین نماید (طباطبائی، ۱۳۹۰، ج ۱۵، ص ۴۶۱).

پس برخلاف حقوق بشر غربی که بر مبنای اومانیسم و انسان‌خدایی استوار است، به‌نحوی که هیچ قدرت برتری برای محدودیت و تعیین سرنوشت انسان جز اراده انسان وجود ندارد، از نگاه اسلامی، انسان موجودی آزاد و مختار علی‌الاطلاق نیست و در برابر اراده تکوینی و تشریحی خداوند آزادی و اختیاری ندارد (همان، ج ۱۶، ص ۹۹).

#### ۴. برخی از حقوق برآمده از اصل آزادی

از اصل آزادی، حقوقی چند شکل می‌گیرد؛ مانند: آزادی تن و نفی برده شدن؛ آزادی انتخاب شغل؛ آزادی تجارت؛ مالکیت آزادانه بر کار و دسترنج؛ آزادی انتخاب نوع آموزش؛ آزادی انتخاب محل اقامت و انواع آزادی‌های سیاسی، مدنی و اجتماعی؛ مثل آزادی بیان، آزادی اندیشه و تفکر، آزادی انتخاب دین، آزادی انتخاب همسر، آزادی در فرزندآوری و... . در ادامه، برخی از آزادی‌های مدنی ذکر شده، نظر علامه طباطبائی مطرح می‌شود:

##### ۴-۱. آزادی تن و نفی برده‌داری

انسان، آزاد به دنیا می‌آید و این آزادی را خداوند به او اعطا کرده است. همه انسان‌ها در گوهر انسانی با یکدیگر برابرند و هیچ‌کس حق استیلا و سلطه‌گری بر دیگری را ندارد؛ چراکه همه مملوک خدای واحدند و درباره دیگری اختیاری ندارند. آزادی تن، از احکام مسلم اسلام است. برده‌گیری در گذشته به چند روش بوده است: برده‌گیری با ولایت و برده‌گیری با قهر و غلبه، که اسلام با هر دوی آنها مخالفت کرد و افراد را از این کار بازداشت. یک نوع

دیگر از برده‌گیری، به‌موجب جنگ و پس از اسیر کردند شخص مقاتله‌کننده اتفاق می‌افتاد. اسلام این نوع از برده‌گیری را موافق فطرت اجتماع می‌داند؛ چراکه این فرد کسی است که دست به شمشیر برده و با جان و مال خود به‌قصد نابودی جامعهٔ مسلمین اقدام مسلحانه کرده است. او عنصری خطرناک است که یا باید کشته شود یا از او فدیة گرفته و آزاد شود یا به‌صورت مجانی او را رها کنند. راه بهتری نیز در این میان وجود دارد که عبارت است از اسیر و برده گرفتن او، تا هم از شر توطئه‌های بعدی او ایمن بود و هم شرایطی را فراهم کرد که به‌مرور زمان با تعلیمات اسلام آشنا شده، مسلمان شود. این رفتار، در راستای اهداف اسلام از تشریح جهاد است؛ زیرا فلسفهٔ تشریح جهاد چیزی جز تعلیم و تربیت انسان‌ها نیست (همان، ج ۶ ص ۵۱۳). افزون بر این، در آن زمان به‌بردگی گرفتن اسیر جنگی، یک اقدام متقابل محسوب می‌شد؛ یعنی طرف مقابل نیز همین کار را با اسرای مسلمان می‌کرد.

باین‌حال، اسلام تمام تلاش خود را برای مقابله با این سنت شوم (برده‌گیری) انجام داد و حقوقی برای آنها در نظر گرفت و راهکارهایی برای امنیت و آزادی بردگان تشریح کرد. در اسلام هیچ فاصله‌ای بین عبد و حر نماند، مگر تنها این تفاوت که عبد محتاج به اذن مولایش بود. اسلام همچنین به آنان کرامت داد و حتی مشاغل خطیری مثل سرکردگی و مسئولیت لشگری را به آنها واگذار کرد؛ همچنین ارزش آدمی را به تقوا دانست و جایگاه عبد مؤمن را از مولای کافرش بیشتر شمرد. با این شیوهٔ اسلام، به‌مرور زمان برده‌داری از جامعهٔ مسلمین رخت برپست. علامه طباطبائی معتقدند که هرچند در دنیای معاصر مدتی است که به‌ظاهر برده‌داری سنتی رخت برپسته است، اما کشورهای استعمارگر و مستبد غربی با ترندهای مختلف، برده‌داری نوین را با شدت بیشتر به‌راه انداخته‌اند. این شیوهٔ نوین، همان به‌بردگی کشیدن ملت‌هاست که با در دست گرفتن قدرت اراده و اختیارات ایشان، تسلط بر حکومت آنها، چنگ انداختن بر منابع مالی و انسانی و تمام شئون ملل ضعیف شکل گرفته است. دول غربی با عناوین ظاهر فریب و مختلفی همچون استعمار، استثمار، قیمومیت و... به این شیوهٔ برده‌داری خود رنگ‌وبوی انسانی و حقوقی داده‌اند (همان، ج ۶ ص ۵۱۱).

از نظر علامه طباطبائی، معنای برده‌گیری چیزی غیر از سلب آزادی مطلق و تملک اراده و عمل دیگران و نفوذ حکم اقویا و عزت‌طلبان در اشخاص ضعیف و دلیل به دلخواه خود و حق را ناحق کردن، چیز دیگری نیست و معتقد است که بعد از پیمان بروکسل، شاید دیگر شاهد برده‌داری سنتی نیستیم، اما برده‌داری نوین توسط غربی‌ها بر ممالک دیگر و چپاول ثروت‌ها و به‌کارگیری نیروی انسانی آنها و سلطه‌گری بر جسم و فکر آنها به‌وجود آمده است و همچنان ادامه دارد (همان، ج ۶ ص ۵۰۱).

## ۲-۴. آزادی تن و نفی خودکشی

مالک و صاحب‌اختیار علی‌الاطلاق عالم، خداست. انسان تنها در آن حیظه‌ای می‌تواند اعمال اختیار کند که از ناحیهٔ خداوند این حق به او داده شده باشد؛ پس انسان حتی مالک جان خود نیز نیست و حق آسیب رساندن یا به‌خطر انداختن جان خود (خودکشی) را هم ندارد؛ بنابراین آسیب رساندن به بدن، به هر شکلی مذموم و ناپسند است؛ چراکه تصرف باید در محدودهٔ ملک باشد؛ درحالی‌که انسان هیچ مالکیتی بر جان خود ندارد، مگر در محدوده‌ای که

خداوند برای او مشخص کرده و به او این اجازه را داده باشد؛ مانند موارد جهاد در راه خدا که هرچند جان افراد به‌خطر می‌افتد، ولی برای حفظ حیات مادی و معنوی اجتماع بشری و حاکمیت توحید در تمام شئون حیات بشری، به‌دستور شارع که مالک جان انسان‌هاست، به‌اختیار خود از حیات شخصی خویش صرف‌نظر می‌کند. جهاد، با قصد تقرب به خدا و جلب رضایت او صورت می‌گیرد.

علامه طباطبائی ذیل آیه «وَ اتَّقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ لَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره: ۱۹۵)، دو وجه برای «تهلکه» عنوان می‌کند که وجه دوم آن به‌روشنی بر حفظ جان خود در برابر خطرها و نفی خودکشی دلالت دارد. این آیه دستور می‌دهد که برای اقامه جنگ در راه خدا مال خود را انفاق کنید؛ «دست خود را به تهلکه نیفکنید» و این تعبیر، کنایه است از اینکه مسلمانان نباید نیرو و استطاعت خود را هدر دهند؛ چون کلمه «دست» به‌معنای مظهر قدرت و قوت است. برخی نیز گفته‌اند: حرف «باء» زاید نیست؛ بلکه باء سببیت است و مفعول «لا تلقوا» حذف شده است و معنایش «لا تلقوا انفسکم بأیدی انفسکم الی التهلکه» می‌شود؛ یعنی خود را به‌دست خود به هلاکت نیفکنید. «تهلکه» به‌معنای هلاکت است و هلاکت به‌معنای آن مسیری است که انسان نمی‌تواند بفهمد کجاست و به کجا منتهی می‌شود. آیه شریفه مطلق است و در نتیجه نهی در آن، نهی از تمامی رفتارهای افراطی و تفریطی است که یکی از مصادیق آن، بخل ورزیدن و امساک از انفاق مال در هنگام جنگ است. این بخل ورزیدن باعث بطلان نیرو و از بین رفتن قدرت است که باعث غلبه دشمن بر آنان می‌شود؛ چنان‌که اسراف در انفاق و از بین بردن همه اموال باعث فقر و مسکنت و در نتیجه انحطاط حیات و بطلان مروت می‌شود. مصداق دیگر آن نیز می‌تواند بی‌محبا و بدون دلیل موجه شرعی به دل خطر زدن و خودکشی باشد. طبق هر دو وجه، این کار موجب هلاکت به‌صورت مستقیم یا باواسطه می‌شود که آیه شریفه از هر دو وجه نهی می‌کند (همان، ج ۲، ص ۹۳).

### ۳-۴. امنیت

امنیت یکی از مهم‌ترین حقوق بشر در بستر اجتماع است. هر کسی حق دارد که جان، مال، شغل و آبرویش محترم شمرده شود و مصون از تعرض باشد. ماده ۲۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر در این زمینه می‌گوید: هر کسی به‌عنوان عضوی از جامعه حق دارد که از امنیت اجتماعی برخوردار باشد؛ از راه کوشش در سطح ملی و همیاری بین‌المللی با سازمان‌دهی منابع هر مملکت، حقوق سلب‌ناپذیر اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش را برای حفظ حیثیت و رشد آزادانه شخصیت خویش به‌دست آورد. ماده ۲۹ نیز اشاره دارد که تنها استثنا در خصوص محدودیت افراد، مواردی است که با امنیت آنان در ارتباط است. این ماده امنیت را زمینه استیفای سایر حقوق بشر عنوان می‌کند. این ماده می‌گوید: هر فردی در برابر جامعه‌اش - که تنها در آن رشد آزادانه و همه‌جانبه‌اش میسر می‌گردد - مسئول است. در تحقق آزادی و حقوق فردی، هر کس می‌بایست تنها تحت محدودیت‌هایی که به‌واسطه قانون، فقط به‌قصد امنیت در جهت بازشناسی و مراعات حقوق و آزادی‌های دیگران وضع شده است، قرار گیرد تا اینکه پیش‌شرط‌های عادلانه اخلاقی، نظم عمومی و رفاه همگانی در یک جامعه مردم‌سالار تأمین شود.

علامه طباطبائی، فیلسوف و اندیشمند مسلمان، امنیت را به چند قسم تقسیم می‌کند: اول، امنیت شهروندان درجهٔ یک جامعهٔ اسلامی که همان مسلمانان باشند و شهروندان درجهٔ دو که غیرمسلمانان باشند و با قرارداد ذمه، عهد و امان، آنان نیز در امنیت و آرامش‌اند. تقسیم دوم از امنیت، امنیت جان و مال و آبروی مردم و نیز امنیت اخلاقی و معنوی جامعه است. هر کسی، اعم از مسلمان و غیرمسلمان، که به این موارد ضربه وارد کند، دیگر از جانب حکومت اسلامی در امنیت نبوده، جانش محترم نیست؛ بنابراین، اگر شخص یا اشخاصی با انجام کارهایی امنیت جامعهٔ اسلامی را به هم بریزند، تحت عنوان محارب یا مفسد فی الارض قرار گرفته، محکوم به سخت‌ترین مجازات خواهند بود. این سخت‌گیری‌ها به دلیل اهمیت فوق‌العادهٔ امنیت جسم و جان افراد و نیز امنیت اخلاقی اجتماع است (همان، ج ۵، ص ۴۷-۴۸).

نکتهٔ دیگر که نشانگر اهمیت مسئلهٔ امنیت است، ابراز امنیت و ایمنی از جانب شهروندان جامعهٔ اسلامی به همدیگر در هنگام ملاقات یکدیگر است که با سلام کردن محقق می‌شود. تشویق مسلمانان به سلام گفتن به یکدیگر و حتی به غیرمسلمانان، در این راستاست. این مطالب را علامه طباطبائی ذیل تفسیر آیهٔ شریفهٔ «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ» (مائده: ۲) متذکر شده‌اند. در این آیه، ایشان به تقوای اجتماعی اشاره کرده، تعاون و همکاری بر نیکی کردن و عدم مشارکت بر عدوان را مطرح می‌کنند و منظور از عدوان را تعدی بر حقوق مسلم مردم و سلب امنیت از جان و مال و ناموس آنان می‌دانند و عموم افراد، اعم از دولت و ملت را از ارتکاب آن نسبت به یکدیگر برحذر می‌دارند. ایشان در معنا و اهمیت سلام دادن افراد به یکدیگر و القای حس امنیت می‌فرمایند:

سلام دادن، در حقیقت اعلام امنیت از تعدی و ظلم از ناحیهٔ سلام‌دهنده به شخصی است که به وی سلام می‌دهد. شخص سلام‌دهنده به سلام‌گیرنده اعلام می‌کند که تو از ناحیهٔ من در امانی و هیچ‌گونه ظلم و تجاوزی از من نسبت به خودت نخواهی دید و آن آزادی فطری که خدا به تو مرحمت کرده، از ناحیهٔ من صدمه نخواهد دید. همچنین، سلام کردن طریقه‌ای است معتدل. علتش این است که اولین چیزی که یک جامعهٔ تعاونی و همدل، نیازمند حاکم بودن آن در بین افراد جامعه است، همانا امنیت داشتن افراد در عرض و مال و جانشان از دستبرد دیگران است؛ نه تنها جان و مال و عرض، بلکه لازم است هر چیزی که به یکی از این سه چیز برگشت کند، امنیت داشته باشند. خدای متعال سلام کردن به این معنا را در بین مسلمانان سنت قرار داد تا هر فردی که به دیگری برخورد می‌کند، قبل از هر چیز سلام بدهد؛ یعنی طرف مقابل را از هر خطر و آزار و تجاوز خود امنیت دهد (همان، ج ۵، ص ۴۷-۴۸).

#### ۴-۴. حق مالکیت و آزادی تجارت

رابطهٔ کار با مالکیت، امری فطری است؛ بدین معنا که هر انسانی فطرتاً تمایل دارد مالک دسترنج خویش باشد؛ بنابراین حق مالکیت و آزادی تجارت و کسب‌وکار، از اصول مفروضهٔ اسلام است. شناسایی حق کار و مالکیت به‌عنوان حقوق اقتصادی و اجتماعی هر انسان، تجلی تمایل فطری بشر است (سلیمی، ۱۳۹۲، ص ۴۰۹). اسلام

بین مالکیت و حق اختصاصی افراد نسبت به دسترنجشان در کنار حق مالکیت اجتماع از سود سرمایه و نیز حق فقرا از اموال ثروتمندان، ارتباطی منطقی و عادلانه برقرار کرده که همان نظام مالی اسلام است. در اسلام، سهمی از اموال ثروتمندان جامعه به نفع فقرا در نظر گرفته شده است. وضع احکامی مالی به‌عنوان خمس و زکات و نیز پرداخت مبالغی به‌عنوان کفاره گناهان و تشویق به صدقات و بخشش اموال به نیازمندان، همه در جهت رعایت حقوق فقرا و کاهش فاصله طبقاتی است (طباطبائی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۵۳۹).

علامه طباطبائی درباره اینکه چگونه انسان مالک عمل خویش می‌شود، بیانی بدین شرح دارند:

انسان عملی را که انجام می‌دهد، به‌نوعی ارتباط و تعلق به ماده دارد؛ ماده‌ای که حاجت زندگی‌اش را برمی‌آورد؛ پس انسان مالک عمل خویش است و به‌طور قهری ماده‌ای را هم که روی آن عمل کرده، مالک است. در نظر یک انسان اجتماعی، عمل او عبارت است از رابطه‌ای که او با ماده دارد و بر آن رابطه، اثر بار می‌شود؛ به بیانی ساده‌تر، وقتی انسان در ماده‌ای عمل می‌کند، آن ماده را به خود اختصاص می‌دهد و این همان ملکیت اعتباری، یعنی جواز تصرف است که مورد قبول انسان اجتماعی است؛ اما از آنجایی که یک فرد از انسان نمی‌تواند با عملکرد خودش تمامی حوایج زندگی خود را برآورد، همین امر او را وادار کرد تا جامعه‌ای توأم با تعاون تشکیل دهد؛ در نتیجه، هر انسانی از دستاورد عمل خود استفاده کند و مازاد آن را در اختیار دیگران قرار داده، در مقابل، از دستاورد دیگران سایر حوایج خود را برآورد. در نتیجه، انسان اجتماعی ناگزیر شد تا با هموعان خود مبادله و معاوضه را آغاز کند و طی آن، هر فرد از انسان در یک و یا چند رشته کار کند و از این راه چیزهایی را مالک شود و از آنها آنچه خودش احتیاج دارد، مصرف نموده، بقیه را با مازاد دستاوردهای دیگران معاوضه نماید تا با آن، نیاز خود را تأمین کند. اصل و ریشه معاملات و معاوضات بر این اساس استوار است (همان، ص ۶۵۷).

از دیدگاه علامه طباطبائی، جامعه نیز یک حقیقت متأصل خارجی دارد و مانند تک‌تک افراد، دارای حیات و ممت، صعود و نزول، مبدأ و معاد، و هدف و غایتی است. در واقع، از نظر ایشان جامعه نیز حق رشد دارد و حقوق مالیه‌ای که در اسلام به‌عنوان حق اجتماع تنظیم شده، برای تأمین هزینه‌های رشد و پیشرفت جامعه است. اسلام در تأمین جهات مالی اجتماع، تنها به روز پیدایش و حدوث ملک اکتفا کرده و از آن تجاوز نکرده است. بنابراین از نظر ایشان، هر ثروتی که توسط افراد جامعه به‌دست می‌آید، در حال به‌دست آمدنش ملک اجتماع است؛ آنگاه سهمی از آن به فردی که ما وی را مالک یا عامل می‌خوانیم، اختصاص می‌یابد؛ بقیه سهام که همان سهم زکات یا خمس باشد، در ملک جامعه باقی می‌ماند. بنابراین، مالکیت افراد در طول مالکیت اجتماع است. اسلام علاوه بر رعایت حقوق اجتماع، حال افراد را نیز در اموال خصوصی نسبت به اجتماع در نظر می‌گیرد؛ بلکه نظرش به افراد بیش از نظری است که به حال اجتماع دارد. اسلام در حقوق مالیه‌ای مانند زکات و خمس، بیشتر جانب افراد را گرفته است؛ چراکه فرد یگانه عنصری است که اجتماع را تشکیل می‌دهد و جز با اصلاح حال افراد، اجتماعی نیرومند پدید نمی‌آید (همان، ص ۶۵۷).

از نظر ایشان، هر یک از الگوهای اشتراکی و لیبرالی در اقتصاد، دچار نقص‌اند و منجر به فساد می‌شوند. در این میان، اسلام راه متعادلی را در پیش گرفته است که در آن، هم آزادی فردی و مالکیت افراد بر دسترنجشان و هم



حق اجتماع و فقرا به رسمیت شمرده شده است. همچنین اسلام در کنار توصیه‌های اخلاقی، برای از بین بردن فساد و کم کردن فاصله طبقاتی احکامی وضع کرده است تا آن را به حداقل برساند. ایشان می‌فرماید:

اسلام برای ریشه‌کن کردن این ریشه‌های فساد، اولاً بشر را در تمامی آنچه فطرتشان حکم می‌کند، آزاد گذاشته؛ و در ثانی اموری را مقرر کرده که فاصله بین دو طبقه ثروتمند و فقیر را به حداقل می‌رساند؛ یعنی سطح زندگی فقرا را از راه وضع مالیات و امثال آن بالا برده و سطح زندگی توانگران را از راه‌هایی مثل منع از اسراف و ریخت‌وپاش و نیز منع از خودنمایی به داشتن دارایی - که باعث فاصله گرفتن از حد متوسط جامعه است - پایین می‌آورد و با بارور کردن اعتقاد به توحید و تخلیق به اخلاق فاضله و نیز تغییر گرایش مردم از مادی‌گرایی به‌سوی کرامت تقوا، موجب تعدیل سطح زندگی افراد جامعه می‌شود. با این راهکار، از نظر یک مسلمان، دیگر برتری‌های مالی و رفاهی هدف نیست؛ بلکه هدف اصلی، کرامت‌هایی است که نزد خداوند است (همان، ص ۵۴۰).

#### ۵-۴. حق رفاه اجتماعی

برقراری رفاه اجتماعی از اهداف متوسط اسلام برای کم کردن فاصله طبقاتی افراد جامعه است؛ چراکه این کار مقدمه‌ای است برای شکل‌گیری حیات طیبه بشری و حاکمیت اخلاق و معنویت در جامعه، که همان هدف نهایی اسلام است و از آن به حاکمیت توحید یاد می‌شود. با مطالبی که در بحث حق مالکیت گفته شد، حق اجتماع و رفاه اجتماعی نیز مطرح گردید.

#### ۶-۴. حق استفاده از مواهب دنیوی

در تفسیر المیزان، ذیل آیه «يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ» (انعام: ۱۴۲) چند نکته مطرح می‌شود که حق برخورداری و استفاده از مواهب طبیعی و الهی را افاده می‌کند و اینکه هیچ‌کس حق ندارد دیگران را از استفاده از این مواهب منع کند. این نکات بدین شرح است:

اول اینکه، آیه به حلیت عموم تصرفات حکم می‌کند؛ مگر تصرفی که در کلامی دیگر از آن نهی شده باشد؛ چون خدای سبحان این حق را دارد که از میان چیزهایی که اجازه تصرف در آنها داده است، یک یا چند چیز را ممنوع اعلام کند. پس آیه شریفه در مقام بیان یک قاعده کلی است و آن اینکه هرچا شک کردیم که آیا خوردن یا تصرف در چیزی جایز است یا نه، به این آیه تمسک جوییم و بگوییم غیر از چند چیزی که با دلیل جداگانه‌ای حرام اعلام شده، همه چیز حلال و طیب است.

دوم اینکه، خودداری و امتناع از خوردن یا تصرف کردن در چیزی که دلیلی علمی بر منع از آن نرسیده، خودش نوعی تشریع و بدعت در دین است که قطعاً حرام است (همان، ج ۱، ص ۶۴۵).

همچنین عموم آیاتی که اشاره دارند به اینکه خداوند در این عالم، بسیاری از چیزها را مسخر انسان قرار داده یا بر انسان منت نهاده و روزی حلال و طیب برای او فرستاده است، همگی بر این نکته مهم دلالت دارند که انسان حق برخورداری از این مواهب الهی را دارد؛ چراکه این برداشت با آیات مربوطه که در مقام امتنان هستند، سازگاری

دارد. همچنین از آنجا که حق و تکلیف متلازمان‌اند، اگر تک‌تک افراد بشر حق بهره‌مندی از آن مواهب را دارند، دیگران نیز مکلف‌اند که مانع استیفای این حق نشوند، مگر اینکه با حق افراد دیگر در تعارض و تزام باشد که در این صورت، احکام دیگری جاری می‌شود.

### نتیجه‌گیری

حقوق بشر دارای اصولی بنیادین و بالادستی است که سایر موارد حقوق بشری از مصادیق آن بوده، در ذیل این اصول چندگانه مطرح می‌شوند. آزادی یکی از اصول بنیادین حقوق بشر است که علامه طباطبائی نیز در آثار خود به آن پرداخته و آن را بر پایه‌های جهان‌شناختی و انسان‌شناختی اسلامی بنا نهاده است. جهان‌شناسی علامه طباطبائی بر پایه اندیشه توحیدی است. ایشان خداوند را منشأ جهان هستی و مالک موجودات می‌داند و برای جهان هدفم و غایتی قائل است؛ به‌نحوی که پدیده‌های این جهان همگی به‌سوی آن غایت در حرکت‌اند. انسان نیز در این عالم غایتی دارد و آن رسیدن به سعادت و کمال ابدی است. ایشان معتقدند که توحید ربوبی در بسیاری از مسائل علوم انسانی راهگشاست. از دیدگاه ایشان، حق تشریح، فرع بر مالکیت است و محدود کردن آزادی افراد اقدامی است که در حیطه ملک انجام می‌شود؛ بنابراین تنها آن کس که خالق و مالک تکوینی انسان است حق تشریح احکام و محدود کردن آزادی انسان را دارد؛ چراکه آدمی آزاد و مستقل خلق شده است و هیچ‌کس حق سلطه‌گری و محدود کردن آزادی و اختیارات وی را ندارد.

در زمینه مبانی انسان‌شناختی، انسان موجودی دوبعدی (جسمانی و روحانی) است که دارای غرایز مادی و امور فطری است و از دو نوع هدایت عام (تکوینی) و خاص (تشریحی) برخوردار است. انسان موجودی دارای قوه تعقل و اختیار است که قدرت تمیز حق از باطل و اختیار هر دو را دارد. همچنین موجودی است آزاد که خداوند او را این‌گونه خلق کرده است و هیچ‌کس نمی‌تواند از او سلب اختیار و آزادی کند.

آزادی به دو نوع تکوینی و تشریحی تقسیم می‌شود. آزادی تکوینی یعنی انسان به‌حسب خلقتش موجودی دارای شعور و اراده است. این آزادی به‌معنای مختار بودن انسان و داشتن قدرت اختیار و انتخاب است.

لازمه آزادی تکوینی انسان، آزادی دیگری است و آن آزادی تشریحی (قانونی) نام دارد که انسان در زندگی اجتماعی به آن تمسک می‌کند؛ به این معنا که از میان انواع طرقی که برای زندگی اجتماعی هست، طریق دلخواه خود را انتخاب می‌کند و هرگونه که دلش می‌خواهد، عمل می‌کند. به‌موجب این آزادی، کسی حق ندارد بر او استعلا یابد و او را برده و مطیع خود کند و اراده و عملش را مالک شود و خواست خود را بر او تحمیل کند.

آزادی انسان در مواردی محدود یا سلب می‌شود. یکی از آن موارد، اراده و خواست الهی است که در اوامر و نواهی او، برای رسیدن به سعادت و کمال شایسته بشری، تبلور می‌یابد. مورد دیگر از موارد محدودکننده آزادی بشر، جامعه است. انسان برای دستیابی به منافع بیشتر در بستر اجتماع، برخی از آزادی‌های فردی خود را در اختیار انسان‌های دیگر قرار می‌دهد. همچنین انسان با پذیرش زندگی اجتماعی و به‌تبع آن قوانین حاکم بر جامعه، بخشی دیگر از آزادی‌های خود را محدود می‌کند.

برده‌گیری در گذشته به چند روش بوده است: برده‌گیری با ولایت و برده‌گیری با قهر و غلبه، که اسلام با هر دوی آنها مخالفت کرد و افراد را از این کار بازداشت. نوع دیگری از برده‌گیری هم بود که به‌موجب جنگ و پس از اسیر کردن شخص مقاتله‌کننده اتفاق می‌افتاد. اسلام این نوع از برده‌گیری را موافق فطرت اجتماع می‌داند؛ چراکه جهت صیانت از اجتماع بشری اتفاق می‌افتد. با وجود این، اسلام تمام تلاش خود را برای مقابله با این سنت شوم (برده‌گیری) انجام داد و حقوقی برای آنها در نظر گرفت و راهکارهایی برای امنیت و آزادی بردگان تشریح کرد. با این شیوه، به‌مرور زمان برده‌داری از جامعهٔ مسلمین رخت بریست.

کشورهای استعمارگر و مستبد غربی با ترفندهای مختلف، برده‌داری نوین را با شدت بیشتر به‌راه انداخته‌اند. این شیوهٔ نوین، همان به‌بردگی کشیدن ملت‌هاست که با در دست گرفتن اراده و اختیارات ایشان، تسلط بر حکومت‌ها، چنگ انداختن بر منابع مالی و انسانی، و خلاصه تمامی شئون ملل ضعیف شکل گرفته است. مالک و صاحب‌اختیار علی‌الاطلاق عالم خداست. انسان تنها در آن حیطه می‌تواند اعمال اختیار کند که از ناحیهٔ خداوند این حق به او داده شده باشد. بنابراین، انسان حتی مالک جان خود نیز نیست و حق آسیب رساندن یا به‌خطر انداختن جان خود (خودکشی) را هم ندارد.

امنیت شهروندان درجهٔ یک جامعهٔ اسلامی (مسلمانان)، توسط حاکمیت تأمین می‌شود. شهروندان درجهٔ دو (غیرمسلمانان)، با قرارداد ذمه، عهد و امان، از طرف حکومت اسلامی در امنیت و آرامش خواهند بود. امنیت شامل دو قسم می‌شود: امنیت جان و مال و آبروی مردم؛ و نیز امنیت اخلاقی و معنوی جامعه. هر کس، اعم از مسلمان و غیرمسلمان، به این موارد ضربه وارد کند، دیگر از جانب حکومت اسلامی امنیت ندارد و جان‌ش محترم نیست.

سلام دادن، در حقیقت نوعی اعلام امنیت در برابر تعدی و ظلم از ناحیهٔ سلام‌دهنده به شخصی است که به وی سلام می‌کند.

رابطهٔ کار با مالکیت، امری است فطری؛ بدین معنا که هر انسانی فطراً تمایل دارد که مالک دسترنج خویش باشد. بنابراین، حق مالکیت و آزادی تجارت و کسب‌وکار، از اصول مفروضهٔ اسلام است. اسلام بین مالکیت و حق اختصاصی افراد بر دسترنجشان و نیز حق مالکیت اجتماع از سود سرمایه و نیز حق فقرا از اموال ثروتمندان، ارتباطی منطقی و عادلانه برقرار کرده که همان نظام مالی اسلام است.

برقراری رفاه اجتماعی از اهداف متوسط اسلام برای کاهش فاصلهٔ طبقاتی افراد جامعه است. حق استفاده از مواهب دنیوی، از دیگر حقوق بشر است. انسان برای ادامهٔ حیات، به آب و غذا نیاز دارد. این امر موجب پیدایش حقی برای او می‌شود به‌نام حق استفاده از مواهب طبیعی؛ به این معنا که او حق استفاده از آن را دارد و دیگران نیز حق ندارند که او را از استیفای آن حقوق بازدارند. همچنین بهره‌مندی از مواهب طبیعی معنای دیگری نیز دارد و آن این است که اصل اولی در هر چیزی، حلیت تصرف را می‌رساند، مگر آنکه خلافش ثابت شود.

## منابع

- ابن منظور، محمدبن مكرم، ۱۴۱۴ق، *لسان العرب*، چ سوم، بيروت، دار صادر.
- آریان پور، منوچهر، ۱۳۸۷، *بزرگ فرهنگ انگلیس - فارسی پیشرو آریان پور*، تهران، جهان رایانه امیر.
- پارسانیا، محمدرضا، ۱۳۸۴، *فرهنگ معاصر فرانسه - فارسی*، تهران، فرهنگ معاصر.
- دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۷، *لغتنامه دهخدا*، چ دوم، تهران، دانشگاه تهران.
- سلیمی، عبدالحکیم، ۱۳۹۲، *درس‌نامه حقوق بشر از دیدگاه اسلام*، قم، مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی.
- طباطبائی، سیدمحمدحسین، ۱۳۶۹، *انسان از آغاز تا انجام*، ترجمه صادق آملی لاریجانی، تهران، الزهراء.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۹۰، *المیزان فی تفسیر القرآن*، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، چ پنجم، قم، جامعه مدرسین.
- قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، ۱۳۸۲، *حقوق بشر در جهان معاصر*، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.
- کرنستون، موريس، ۱۳۵۹، *تحليل نوین از آزادی*، ترجمه جلال‌الدین اعلم، تهران، امیرکبیر.
- مصباح یزدی، محمدتقی، ۱۳۸۸، *نگاهی گذرا به حقوق بشر از دیدگاه اسلام*، تدوین و نگارش عبدالحکیم سلیمی، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی ره.

## جانشینی دولت فعلی عراق؛

### مسئولیت بین‌المللی جبران خسارت‌های ناشی از جنگ تحمیلی

بهزاد سیفی / استادیار حقوق بین‌الملل، دانشگاه علوم دریایی امام خمینی (ع) نوشهر

seifyb@yahoo.com  orcid.org/0000-0001-9701-6663

 <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0>

دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۱۵ - پذیرش ۱۴۰۰/۰۸/۲۶

#### چکیده

رژیم بعث عراق با شروع جنگ تحمیلی، ضمن وارد آوردن خسارات فراوان به جمهوری اسلامی ایران، مکرراً مرتکب نقض قواعد اساسی حقوق مخاصمات مسلحانه شد. همین امر موجبات مسئولیت بین‌المللی دولت عراق را در پی داشت؛ اما با سرنگونی رژیم بعث عراق و جانشینی دولت فعلی عراق، جبران خسارت جمهوری اسلامی ایران با چالش مواجه شد. با وجود این، پیامدهای جانشینی دولت‌ها در زمینه مسئولیت بین‌المللی، مطمح‌نظر دکترین حقوق بین‌الملل بوده است. حقوق بین‌الملل این امر را پذیرفته است که تغییرات سیاسی و حکومتی در کشورها تأثیری بر موضوع مسئولیت بین‌المللی و حتی بدهی‌های خارجی آنها نخواهد داشت. این امر در کنوانسیون ۱۹۸۳ وین در زمینه جانشینی دولت‌ها نسبت به اموال، اسناد و بدهی‌ها، به‌نحوی پذیرفته شده است. از این‌رو لزوم جبران خسارت و ارتباط تنگاتنگ جمعیت و سرزمین با کشور جانشین و عینی بودن حقوق و تعهدات، اقتضا دارد که مسئولیت به دولت جانشین و ادامه‌دهنده منتقل شود. در این مقاله، ضمن اثبات مسئولیت بین‌المللی دولت عراق در جنگ تحمیلی، اثبات می‌کند که به‌لحاظ حقوقی، دولت فعلی عراق به‌عنوان ادامه‌دهنده دولت قبلی، جانشین رژیم پیشین است و تعهدات و حقوق دولت بعثی طبق اصل جانشینی دولت‌ها، به‌عنوان ادامه‌دهنده دولت قبلی به دولت جدید عراق منتقل می‌شود. بنابراین دولت ایران مستحق است که خسارت جنگ تحمیلی را از دولت فعلی عراق مطالبه کند.

**کلیدواژه‌ها:** مسئولیت بین‌المللی، جبران خسارت، نقض حقوق بشردوستانه، جانشینی دولت.

جنگ عراق برضد ایران، یکی از خونین‌ترین و دهشتناک‌ترین منازعات مسلحانه بین‌المللی است که پس از جنگ دوم جهانی رخ داده و در جریان آن جنایاتی به‌وقوع پیوسته که بی‌سابقه یا کم‌سابقه است. در دوران این جنگ، متأسفانه بسیاری از قواعد و مقررات مسلم حقوق بین‌الملل و اصول انسانیت به‌طور مستمر از سوی طرف عراقی نقض شد؛ بدون اینکه جامعه بین‌المللی واکنش مؤثری را از خود نشان دهد؛ به‌گونه‌ای که بسیاری از این نقض‌ها تحت عنوان جنایت بین‌المللی قابل طبقه‌بندی‌اند. به‌طور کلی، تخلفات نیروهای عراقی شامل نقض موافقتنامه‌های دوجانبه همانند قرارداد ۱۹۷۵ و همچنین موافقتنامه‌های چندجانبه بین‌المللی همانند منشور ملل متحد، نقض کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ در ارتباط با قواعد حقوق جنگ، نقض پروتکل ۱۹۲۵ منع به‌کارگیری سلاح‌های شیمیایی و همچنین بسیاری از اصول و عرف‌های مسلم حقوق بین‌الملل بوده است (میرعباسی، ۱۳۹۷). لذا پس از تجاوز نیروهای نظامی دولت عراق به خاک ایران در تاریخ ۳۱ شهریورماه ۱۳۵۹ و در جریان هشت سال جنگ تحمیلی، همواره یکی از خواسته‌های اصلی مقامات و مردم ایران محکومیت دولت عراق به‌عنوان متجاوز و پرداخت غرامات مربوطه به‌دلیل مسئولیت بین‌المللی عراق در اثر نقض تعهدات بین‌المللی خود براساس بسیاری از قواعد مسلم حقوق بین‌الملل بوده است؛ اما یکی از موانع مهم در مقابل طرح مسئولیت برضد رژیم بعث عراق، انحلال دولت قبلی و ایجاد دولت جدید در عراق است که در حقوق بین‌الملل عمومی تحت عنوان جانشینی دولت‌ها مطرح می‌شود.

اهمیت این تحقیق از آن‌روست که می‌تواند مسئولیت دولت جدید عراق ناشی از نقض حقوق بشردوستانه و خسارت‌های وارده به جمهوری اسلامی ایران توسط رژیم بعثی را معین و مشخص کند و ضرورت تحقیق نیز از این‌روست. مطالعه ابعاد حقوقی این مسئله امری ضروری به‌نظر می‌رسد و عدم بررسی این موضوع موجب نادیده انگاشتن حقوق جمهوری اسلامی ایران می‌شود. بنابراین، این مقاله در پی پاسخ به این سؤال است که آیا دولت جدید عراق در قبال اعمال رژیم بعث، مسئول جبران خسارت‌های وارد به جمهوری اسلامی ایران است؟ از این‌رو این مقاله ضمن اثبات مسئولیت بین‌المللی دولت عراق در جنگ تحمیلی، اثبات می‌کند که به‌لحاظ حقوقی دولت فعلی عراق جانشین رژیم پیشین و ادامه‌دهنده دولت قبل است و تعهدات و حقوق دولت بعثی، طبق اصل جانشینی دولت‌ها، به دولت جدید عراق منتقل می‌شود. بنابراین، دولت ایران می‌تواند جبران خسارت جنگ تحمیلی را از دولت فعلی عراق مطالبه کند.

روش تحقیق در این نوشتار، توصیفی - تحلیلی، و روش جمع‌آوری اطلاعات، کتابخانه‌ای است و با رجوع به منابع از طریق کتب، اسناد، نشریات ادواری، اینترنت و فیش‌برداری، به داده‌های تحقیق دست می‌یابیم.

## ۱. ادبیات تحقیق

تبیین جانشینی دولت‌ها بر مسئولیت بین‌المللی، مستلزم مطالعه هم‌زمان دو زمینه از مهم‌ترین و چالش‌برانگیزترین مسائل حقوق بین‌الملل، یعنی حقوق جانشینی و حقوق مسئولیت بین‌المللی است و جالب‌تر آنکه در تعریف جانشینی دولت، از مؤلفه مسئولیت بین‌المللی بهره گرفته شده است.

کنوانسیون وین در خصوص جانشینی دولت‌ها در زمینه معاهدات، متضمن آن است که دولت جانشین، مسئولیت روابط بین‌المللی را در یک سرزمین بر عهده می‌گیرد. حقوق مسئولیت بین‌المللی، ناظر بر قواعدی است که در پس نقض تعهد اولیه مطرح می‌شوند. در واقع، حقوق مسئولیت بین‌المللی متضمن قواعد ثانویه حقوق بین‌الملل است و ارتکاب هر عمل متخلفانه بین‌المللی، موجب مسئولیت دولت می‌شود. طرح ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، متضمن قواعد حاکم بر حقوق مسئولیت بین‌المللی دولت است» (فضائلی و ستایش‌پور، ۱۳۹۸).

مسئولیت حقوقی بین‌المللی عبارت است از تکلیفی که به موجب حقوق بین‌الملل به یک دولت تحمیل می‌شود تا خسارتی را که در اثر نقض قواعد حقوق بین‌الملل ناشی از عمل یا خودداری او از انجام تکلیف، به دولت دیگری وارد شده است، جبران کند (صابری‌نژاد علویان، رضوی‌راد، ۱۳۹۹).

دبیرکل سازمان ملل متحد در سال ۲۰۰۳، طی گزارشی، سیاست تجاوزکارانه رژیم بعث عراق در جنگ برضد ایران را تأیید کرد. افزون‌براین، عدم اعتراض شورای امنیت به این اقدام و تأیید ضمنی آن با سکوت خود، دلیلی بر مسئولیت بین‌المللی دولت عراق خواهد بود. با تأیید ضمنی شورای امنیت، گزارش دبیرکل براساس اختیار مندرج در قطعنامه ۵۹۸، از ارزش حقوقی برخوردار شد. از زمان صدور گزارش مذکور تا کنون، هیچ دولتی (به‌استثنای رژیم بعث عراق) به آن اعتراض نکرده است. یکی از مزایای این گزارش، پایان دادن به بحث معرفی آغازگر منازعه است (قریشی، ۱۳۹۷)؛ بنابراین، زمینه درخواست حق دریافت غرامت را فراهم خواهد آورد.

البته مقامات سیاسی ایرانی در سطوح سیاسی و مناسبت‌های گوناگون این موضوع را یادآور می‌شوند. برای مثال، پس از حمله نیروهای ائتلاف به رهبری آمریکا در سال ۱۳۸۳، وزیر وقت خارجه ایران با ارسال نامه‌ای به کوفی عنان، دبیرکل وقت ملل متحد (ضمن اشاره به گزارش پرز دوکوئیبار در سال ۱۹۹۱م و معرفی رژیم بعث عراق به عنوان آغازگر جنگ)، بر حق دریافت غرامت تأکید کرد. در برابر این ادعا، دبیرکل با دوجانبه خواندن موضوع، اعلام کرد که ایران می‌تواند پس از تشکیل حکومت مردمی و مورد قبول جامعه بین‌المللی، با حکومت مذاکره کند. این موضوع همواره به مقامات عراقی یادآوری می‌شود. در انتها، ذکر این نکته ضروری است که در دنیای دیپلماسی امروز، هیچ پیوندی میان روابط دوستانه دو کشور و مطالبه حقوق وجود ندارد؛ به‌طوری‌که، حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات باعث تقویت روابط میان ملت‌ها می‌شود (قریشی، ۱۳۹۷).

## ۲. مسئولیت دولت‌ها ناشی از نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه

در حقوق بین‌الملل، معمولاً نقض قواعد بین‌المللی می‌تواند دو نوع مسئولیت بین‌المللی را به دنبال خود بیاورد: مسئولیت کیفری بین‌المللی افراد و مقامات؛ و مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها. هدف اصلی مسئولیت در حقوق بین‌الملل بشردوستانه، اطمینان از به‌کارگیری تمام ابزارها و روش‌های مورد استفاده در درگیری‌های مسلحانه برای انطباق با حقوق بشردوستانه بین‌المللی خواهد بود (سیفی، ۱۳۹۹). اصل بر این است که هر فعل متخلفانه بین‌المللی که توسط فرد صورت می‌گیرد و به نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی منجر می‌شود، تحت پیگرد و مجازات باقی خواهد ماند (ملزر و کاستر، ۲۰۱۶، ص ۴۵).

مسئولیت دولت، یکی از قدیمی‌ترین مسائل حقوق بین‌الملل است. این موضوع، ابتدا برای حمایت از بیگانگان مدنظر قرار گرفت و توسعه یافت؛ سپس در رابطه با مسئله دولت با دولت مطرح شد و در جایی به کار گرفته شد که دولتی مرتکب یک اقدام خلاف برضد دولت دیگر شود (راعی، ۱۳۸۶). حقوق مسئولیت دولت، در یک چارچوب کلی تدوین شده است که در بسیاری از زمینه‌ها، چارچوبی اساسی برای محدود کردن آزادی دولت در رفتار و در روابط بین‌المللی است و می‌تواند یک مبنای حقوقی نظری برای رفتار کشورها در سطح بین‌المللی فراهم کند؛ به‌ویژه در صورت تخلف از قواعد آمره، یک چارچوب جدید برای امنیت حاکمیت ایجاد می‌کند (گارسیا، ۲۰۱۶، ص ۱۰۴). با این حال، گاهی اوقات رفتار کشورها مانع از مسئولیت دولت می‌شود؛ اما اگر مسئولیت دولت ایجاد شود، باید آن را با پرداخت غرامت یا هر وسیله‌ای دیگر جبران کند (بریو و همکاران، ۲۰۱۱، ص ۲۳-۲۱). یک عمل غیرقانونی، به‌علت نقض معاهدات و قواعد حقوق عرفی منتسب به دولت ایجاد می‌شود. در خصوص مسئولیت، می‌توان در طرح مواد پیش‌نویس مربوط به مسئولیت دولت برای اعمال متخلفانه بین‌المللی کمیسیون حقوق بین‌الملل، مجموعه‌ای از اصول کلی خاص را برای طرح مسئولیت دولت، با توجه به نقض یک تعهد بین‌المللی در اثر عمل متخلفانه، یافت؛ شامل نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی در هر دو مخاصمه مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی.

به موجب ماده (۴۷) قرارداد چهارم سال ۱۹۰۷م لاهه، دولت‌های متخاصم مسئولیت کلیه اعمالی را که افراد جمعی نیروهای نظامی آنها مرتکب شده باشند، عهده‌دار می‌باشند. وظیفه دولت در این زمینه، دو گونه است: اول، پیشگیری از ارتکاب عمل؛ دوم، مجازات مجرم و مرتکب؛ و دولت متبوع افراد مقصر و مجرم نمی‌تواند به‌عذر اینکه در قوانین داخلی، مجازات این قبیل مجرمین پیش‌بینی نشده است، از تعقیب و تنبیه آنان خودداری ورزد (نماین، ۱۳۸۵).

براساس طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها (۲۰۰۱) در قبال اقدامات ارگان دولت، می‌توان به مسئولیت بین‌المللی آن دولت استناد کرد. در واقع، نقض تعهدات بین‌المللی موجب مسئولیت بین‌المللی دولت می‌شود (ماده ۱



طرح مسئولیت دولت‌ها، ۲۰۰۱). این اصل، یک اصل کلی است که در مورد حقوق بین‌الملل بشردوستانه نیز صادق است. اصول حاکم بر آن نیز همان است که در طرح مسئولیت دولت‌ها (۲۰۰۱) آمده است. دولت‌ها مسئول اعمال ارکان خود، از جمله نیروهای مسلح خود هستند (ماده ۴ طرح مسئولیت). به‌علاوه، مطابق ماده ۶۱ پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، دولت متخاصم به‌واسطه اعمال ارتكابی افراد متعلق به نیروی نظامی خود، مسئول است. همچنین براساس ماده ۱ کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹، دولت‌های عضو متعهدند که تحت هر شرایطی، علاوه بر رعایت مقررات این کنوانسیون‌ها، در جهت تضمین رعایت این مقررات از سوی سایر دولت‌ها تلاش کنند. این تعهد به تلاش، در جهت تضمین رعایت این مقررات از سوی سایر دولت‌هاست و نظارت مستمر بر عملکرد نیروهای نظامی را می‌طلبد (رتجربیان و بذار، ۱۳۹۷).

کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در قاعده ۱۴۹ حقوق بین‌الملل عرفی، این امر را تأیید می‌کند و رویه دولت‌ها این قاعده را به‌منزله یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل در هر دو زمینه درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی قابل اعمال می‌داند (هنکرت و همکاران، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۷۴۹). در واقع یک قاعده دیرینه از حقوق بین‌المللی عرفی وجود دارد که در ماده ۳ کنوانسیون چهارم لاهه، مصوب ۱۹۰۷، منعکس و در ماده ۹۱ پروتکل الحاقی اول تکرار شده است، مبنی بر اینکه دولت مسئول «کلیه اعمال اشخاصی است که بخشی از نیروهای مسلح آن کشور را تشکیل می‌دهند». این قاعده، به‌واقع اعمال قاعده کلی مسئولیت دولت در زمینه تخلفات بین‌المللی است که به‌موجب آن، دولت مسئولیت رفتار ارگان خود را بر عهده دارد (ماده ۴ پیش‌نویس طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها). بنابراین، همه عملیات‌های نظامی که از طرف دولت انجام شده‌اند، به‌طور مستقیم به دولت منتسب است. در صورت نقض فاحش حقوق بشردوستانه، علاوه بر مسئولیت دولت، مسئولیت کیفری فردی نیز مطرح می‌شود (ماده ۲۵ بند ۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری). دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق در حکم خود در قضیه فوروندزيجا (Furundzija case) در سال ۱۹۹۸ م و در حکم خود درباره تقاضای پژوهش در پرونده تادیچ (Tadic case) در سال ۱۹۹۹ م اظهار داشت که دولت مسئول رفتار نیروهای مسلح خود است.

وظیفه مراقبت، نقش کلیدی در مسئولیت دولت ایفا می‌کند. برای مثال، آنها موظف‌اند که مطمئن شوند اسلحه‌هایشان از تولیدکنندگان قابل اعتماد تهیه شوند؛ آنها قبل از استفاده، به‌اندازه کافی تست خواهند شد و فرماندهان، آموزش کافی و اطلاعات کافی در مورد عملکرد و خطرات ناشی از سلاح‌های مورد استفاده دریافت خواهند کرد. در واقع، دولت‌ها باید اطمینان حاصل کنند که فرماندهان درک خوبی از عملکرد سلاح و به‌کارگیری آن داشته باشند و به‌درستی پیامدهای انجام این کار را پیش‌بینی کنند. هنگامی که کشوری از این تعهدات شانه خالی می‌کند، می‌توان آن را تحت حقوق بین‌المللی مسئول دانست. در این راستا، می‌توان ماده ۳۶ پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون‌های ژنو را مدنظر داشت (آیوا و ساوی، ۲۰۱۵، ص ۳۴). ماده ۸ مواد پیش‌نویس مربوط به

مسئولیت دولت برای اعمال متخلفانه بین‌المللی، مشخص می‌کند که رفتار یک شخص یا گروهی از اشخاص، اگر در حقیقت بر مبنای دستورها یا تحت هدایت یا کنترل کشوری عمل کنند، باید به موجب حقوق بین‌الملل، عمل آن کشور دانسته شود. از این رو مسئولیت دولت به‌طور مستقل از هرگونه مسئولیت کیفری فردی یا جمعی وجود دارد. این بدان معناست که هر دولتی بابت نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی توسط نیروهای مسلح آن دولت، مسئول است. از این رو اگر «نقض فاحش حقوق بین‌المللی بشردوستانه و یا قوانین بین‌المللی حقوق بشر به‌عنوان یک نتیجه از یک عملیات با تسلیحات به‌کارگرفته‌شده ایجاد شده باشد، دولت مسئول است که جبران خسارت نماید. این اصل، هم در زمان جنگ و هم در زمان صلح قابل اجراست» (ملزر، ۲۰۱۳، ص ۴۱-۴۲). این قاعده توسط کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در قاعده ۱۵۰ به‌عنوان حقوق بین‌الملل عرفی مطرح شده است و در قضیه کارخانه کورز در سال ۱۹۲۸م، دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری آن را به‌عنوان یکی از اصول حقوق بین‌الملل و حتی یکی از مفاهیم کلی حقوق مورد تصدیق قرار داده و اظهار کرده است که هرگونه نقض تعهد، مستلزم تعهد به جبران خسارت است (هنرکتر و همکاران، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۷۶۱). به‌عبارتی دیگر، این مسئولیت، مسئولیت براساس حقوق بین‌الملل است؛ یعنی نوعی مسئولیت خاص (*sui generis*) است که بیشتر به‌جبران خسارت محدود می‌شود؛ زیرا مسئولیت کیفری دولت تا کنون در حقوق بین‌الملل پذیرفته نشده است (داعی، ۱۳۸۷).

قواعد حاکم بر حقوق کیفری بین‌المللی، همه بر این واقعیت مهم تأکید دارند که هیچ‌کس را نباید برای یک عمل غیرقانونی که او نه متعهد به آن است و نه در برنامه‌ریزی برای انجام آن مشارکت داشته، مسئول دانست. پرسنل نظامی، اعم از رزمندگان و فرماندهان نظامی، همه بازیگران اصلی در زمان جنگ‌اند و حقوق و تعهدات آنها به‌خوبی تحت حقوق بین‌الملل بشردوستانه تأسیس شده است. در زمینه مسئولیت افراد در ارتکاب جرایمی که جنبه نقض مقررات بین‌المللی داشته باشد، تا قبل از جنگ جهانی دوم یک رشته جرایم موجود بود که جنبه عام داشت و ناشی از قواعد فرعی و قراردادی بین‌المللی بود (نماین، ۱۳۸۵).

حقوق بین‌الملل که تعهدات بین‌المللی متعددی را برای حمایت از افراد در نظر می‌گیرد، تعهداتی را هم از افراد می‌خواهد. در واقع، در نظام حقوقی بین‌المللی موقعیت‌هایی هست که در آن، مسئولیت «فرد» به‌طور مستقیم مطرح می‌شود. این مسئولیت فردی، امکان محاکمه و مجازات افرادی را فراهم می‌کند که از قواعد این نظام حقوقی تخلف می‌کنند. حقوق بین‌الملل بشردوستانه، یکی از زمینه‌های اصلی طرح این نوع مسئولیت فردی در حقوق بین‌الملل است. این حقوق، نه تنها دولت‌ها، بلکه افراد را هم متعهد به اجرای آن می‌کند و هر فرد را به‌تنهایی مسئول رعایت مقررات می‌داند. بنابراین، حقوق بین‌الملل بشردوستانه در کنار قواعد نظارت و کنترل مربوط به دولت‌ها، برای اجرای مؤثر این حقوق، قاعده‌ای کلی را وضع می‌کند که طبق آن، هر فرد مرتکب تخلف از مقررات بشردوستانه، مسئول آن تخلف است و مستوجب مجازات؛ که حکم آن را حسب مورد، در دادگاهی ملی یا مرجع

قضایی بین‌المللی اعلام می‌کند (ممتاز و رنجبریان، ۱۳۸۴، ص ۱۸۶). از این رو افراد در قبال جنایات جنگی‌ای که خود مرتکب می‌شوند یا دستور ارتکاب آنها را می‌دهند یا در ارتکاب آنها به دیگران کمک می‌کنند، مسئول‌اند. ماده ۷ اساسنامه محکمه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و ماده ۶ اساسنامه محکمه کیفری بین‌المللی برای رواندا و ماده ۲۵ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مقرر می‌دارند، شخصی که به برنامه‌ریزی تحریک امر یا انجام جرمی مبادرت ورزیده یا از طریق دیگر در برنامه‌ریزی و فراهم کردن زمینه یا انجام آن کمک یا مشارکت کرده باشد، در قبال آن جرم به‌طور فردی مسئول است. این ماده، یکی از اصول اساسی حقوق کیفری بین‌المللی، یعنی اصل مسئولیت کیفری فردی را پذیرفته است (رضایی‌نژاد، ۱۳۹۶).

براین اساس، از یک سو از حیث نقض فاحش و جدی قواعد حقوق بشردوستانه یا به‌تعبیردیگر حقوق جنگ، اعمال نیروهای عراقی موجبات مسئولیت کیفری بین‌المللی (جنایت جنگی) صدام و سایر مقامات سیاسی و نظامی رژیم سابق عراق را فراهم ساخته است؛ و از سوی دیگر، مسئولیت بین‌المللی خود دولت عراق به دلیل اعمال نهادهای کارگزاران دولتی را ایجاد کرده است. در ارتباط با مسئولیت کیفری افراد، دولت عراق و سایر دولت‌ها ملزم‌اند که در صورت دستگیری متهمین، آنها را محاکمه کنند و در صورت عدم تمایل یا امکان قضایی، آنها را به کشورهای دیگری که شرایط محاکمه و مجازات در آنها فراهم است، مسترد کنند. در این خصوص شایان ذکر است که پس از سرنگونی رژیم سابق عراق، شرایط محاکمه و مجازات صدام حسین و برخی از مقامات سیاسی و نظامی این کشور در دادگاه ویژه‌ای فراهم آمد. صلاحیت قضایی این دادگاه عبارت از رسیدگی به جنایات بین‌المللی ارتكابی (جنایت نسل‌کشی، جنایات جنگی و تجاوز) در سرزمین عراق یا مناطق دیگر است. البته در این زمینه چند نکته را باید به‌خاطر داشت: نخست اینکه وفق اساسنامه دادگاه مذکور، موضوع رسیدگی به تجاوز به خاک ایران در صلاحیت این دادگاه قرار نگرفته است؛ دوم اینکه تنها این دادستان عراقی است که پرونده‌ها را انتخاب می‌کند و تاکنون تمایلی به ارجاع جنایات ارتكابی برضد اتباع ایرانی به دادگاه نداشته است و بعید به‌نظر می‌رسد که در آینده نیز در این خصوص اقدامی صورت پذیرد (میرعباسی، ۱۳۹۷).

### ۳. نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه توسط عراق در جنگ تحمیلی

یازده سال پس از تهاجم عراق به ایران و سه سال و سه ماه پس از برقراری آتش‌بس در مرزهای ایران و عراق در ۲۹ مرداد ۱۳۶۷، *خاویر پز دکوئیرا*، دبیر کل وقت سازمان ملل، پس از دریافت گزارش دو کشور عراق (۷ شهریور ۱۳۷۰) و ایران (۲۴ شهریور ۱۳۷۰) و مطالعه و ارائه این مستندات به گروه کارشناسان خبره بلژیکی به انتخاب خود، در ۹ دسامبر ۱۹۹۱م (۱۸ آذر ۱۳۷۱) گزارش نهایی خود را حاضر کرد و به شورای امنیت سازمان ملل ارائه داد. در این گزارش، عراق به‌عنوان آغازگر جنگی معرفی شد. معرفی عراق به‌عنوان مسئول و آغازگر جنگ، از منظر حقوقی

دارای پیامدهای بسیار مهمی برای جمهوری اسلامی ایران است؛ چراکه از یک سو نشان می‌دهد که جمهوری اسلامی ایران در دفاع از تمامیت ارضی و موجودیت خویش در مقابل تجاوز عراق براساس ماده ۵۱ منشور ملل متحد، مختار و محق بوده است. در واقع، معرفی عراق به‌عنوان آغازگر جنگ، حقانیت ایران را در طول جنگ به اثبات رساند. از منظر حقوق بین‌الملل و منشور ملل متحد، شورای امنیت سازمان ملل پس از معرفی متجاوز باید اقدامات لازم را برای پایان جنگ، تخلیه خاک کشور اشغال‌شده، دریافت غرامت از متجاوز و تنبیه متجاوز انجام دهد. در این تجاوز، «۵۰ شهر و ۴۰ هزار روستای ایران بر اثر جنگ خسارت دیده‌اند و مجموعاً دوسوم جمعیت ایران در معرض جنگ بوده‌اند» (ایسنا، ۱۳۹۷).

عراق در طول جنگ تحمیلی بارها هواپیماها، فرودگاه‌ها و قطارهای مسافربری را هدف حملات خود قرار داد. ایران در برابر این نقض‌های حقوق بین‌الملل، به شدت آن را محکوم کرد و این اعمال را اقدام جانیکارانه نامید. برای نمونه، در سال ۱۳۶۵ عراق در حمله به فرودگاه شیراز، یک هواپیمای مسافربری را هدف حملات خود قرار داد. وزارت خارجه ایران در پی نقض حقوق مخاصمات مسلحانه، با ارسال یادداشتی برای دبیرکل ملل متحد، از وی خواست تا به سرعت هیئتی را برای بازدید از آثار این جنایت جدید عراق اعزام کند و مانع از اقدامات مشابه در آینده شود. در همین سال، عراق به یک قطار مسافربری نیز حمله کرد؛ درحالی‌که براساس ماده ۵۲ پروتکل اول ژنو، هیچ‌یک از این اهداف هدف مشروع نظامی محسوب نمی‌شود (شافع، ۱۳۸۰).

بهمن سال ۱۳۶۲ نقطه تاریکی در حمله به شهرهای جمهوری اسلامی ایران محسوب می‌شود. در ۱۳ بهمن، عراق اعلام کرد که بعد از روز دوشنبه آینده، هفت شهر دزفول، اندیمشک، اهواز، کرمانشاه، ایلام، آبادان و شوش را هدف حملات خود قرار خواهد داد و ادعا کرد که ایران نیز شهرهای عراق را هدف حملات خود قرار داده است. این موضع‌گیری و تهدیدات، برای نخستین بار واکنش شدید مقامات ایرانی را در پی داشت. از ۲۲ بهمن، حمله به شهرهای اعلام‌شده آغاز شد و دزفول، آبادان، بندر امام، اسلام‌آباد، اهواز و گیلان غرب هدف بمباران و حملات عراق قرار گرفتند (همان).

یکی دیگر از نقض‌های اساسی حقوق بشردوستانه، استفاده عراق از سلاح‌های شیمیایی علیه ایران مردم غیرنظامی بود. عراق از اواخر دی ماه ۱۳۵۹، به کارگیری سلاح‌های شیمیایی را علیه ایران آغاز و دو سال پس از آن، از زمستان ۱۳۶۱ به استفاده گسترده از سلاح‌های شیمیایی علیه نیروهای ایرانی روی آورد و تا پایان جنگ نیز به این کار ادامه داد. در تمام طول این دوره، اعتراض‌های کتبی دولت جمهوری اسلامی ایران به این عمل دولت عراق که ناقض اصول مسلم حقوق مخاصمات مسلحانه و معاهدات بین‌المللی بود و بدون تردید، عنوان جنایت جنگی به آن اطلاق می‌گردد، به‌طور مستمر به شورای امنیت سازمان ملل متحد تسلیم می‌شدند و هر بار به‌عنوان اسناد شورای امنیت به ثبت می‌رسیدند و انتشار می‌یافتند. علی‌رغم ده‌ها اعتراض دولت جمهوری اسلامی ایران به شورای امنیت سازمان ملل متحد و سایر مجامع بین‌المللی، نه تنها وقفه‌ای در ارتکاب جنایت مزبور

توسط عراق ایجاد نگردید، بلکه بر تعداد حملات افزوده شد. اعتراضات مکرر ایران در سال‌های ۱۹۸۲ و ۱۹۸۳ و انتشار اخبار جنایات هولناکی که به طور روزانه توسط رژیم عراق صورت می‌گرفت، موجب شد تا افکار عمومی در کشورهای غربی برانگیخته شود. با افزایش فشار افکار عمومی جهانی، دبیر کل سازمان ملل متحد هیأتی چهار نفره را جهت بررسی اعتراضات ایران به منطقه اعزام کرد. اولین گزارش «متخصصان منصوب دبیر کل سازمان ملل متحد برای بررسی ادعاهای جمهوری اسلامی ایران در خصوص استفاده عراق از سلاح‌های شیمیایی» در تاریخ ۲۶ مارس ۱۹۸۴ به عنوان سند شورای امنیت و تحت شماره ۱۶۴۳۳ انتشار یافت. گزارش مزبور استفاده از گاز خردل و گاز اعصاب (تابون) علیه مناطقی که در جمهوری اسلامی ایران مورد بازدید قرار گرفته بود را مورد تأیید قرار داد. برخی از رویه‌های قضایی نیز مؤید نقض حقوق بشردوستانه و استفاده عراق از سلاح‌های شیمیایی می‌باشد. برای نمونه، در آلمان برخی اقدامات قضایی علیه یک شرکت آلمانی واسطه و در حال انحلال به اتهام کمک به رژیم بعث عراق در ایجاد تأسیسات صنعتی برای تولید مواد شیمیایی مورد استفاده در تسلیحات انجام گرفت؛ لیکن پرونده صرفاً بر اساس نقض مقررات گمرکی پیگیری شد و بدون سروصدا خاتمه پیدا کرد و نامی از شرکت‌های شاخص آلمانی که مواد و تجهیزات و فناوری لازم را برای رژیم عراق فراهم کرده بودند، برده نشد. نمونه دیگر، محکومیت فردی به نام «فرانس فان انرات» تبعه هلند در این کشور به اتهام مشارکت در تأمین مواد شیمیایی به منظور تولید تسلیحات شیمیایی برای رژیم عراق بود. مع ذلک، اهمیت رأی صادره در آن است که مرجع قضایی یک کشور غربی، پس از تحقیقات گسترده، بر اعتراض‌های مکرر ایران در طول جنگ مهر تأیید زده و ارتکاب جنایات جنگی فجیح توسط رژیم بعث عراق را غیرقابل انکار کرده است (خلاصه حکم، ۱۳۸۵، ص ۲۱۱-۲۱۲).

#### ۴. مسئولیت دولت جدید عراق به‌عنوان ادامه‌دهنده دولت پیشین عراق

نهاد جانشینی در حقوق بین‌الملل، فقط به روابط میان دولت‌ها محدود می‌شود و درباره موجودیت‌های حقوقی و افراد خصوصی قابل اعمال نیست. در نتیجه، وضعیت‌های ناشی از ماده (۱۰۲) طرح پیش‌نویس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، «انتساب» عمل متخلفانه بین‌المللی جنبش‌های شورشی یا غیر آن به دولت جدید را در بر نمی‌گیرد. همچنین مواد ۱۶ تا ۱۹ سند اخیر (اجبار، کمک، هدایت و کنترل دولت دیگر در ارتکاب عمل متخلفانه بین‌المللی) خارج از بحث جانشینی دولت‌ها در مسئولیت بین‌المللی است (شافع و بذار، ۱۳۹۷)؛ اما به موجب ماده ۲ (۱) (ب) کنوانسیون ۱۹۷۸ وین در زمینه جانشینی دولت‌ها بر معاهدات، کنوانسیون وین در خصوص جانشینی دولت‌ها بر اموال، آرشیوها و بدهی‌های دولت (۱۹۸۳) و نیاز ماده ۲ (الف) مجموعه مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به تابعیت اشخاص حقیقی در مورد جانشینی دولت‌ها، درمی‌یابیم که مفهوم جانشینی دولت‌ها به دنبال آن است تا وضعیت‌هایی را بررسی کند که در آن، مسئولیت روابط بین‌المللی یک سرزمین، از یک دولت به دولت یا دولت‌های

دیگر منتقل می‌شود (دریکوندی، ۱۳۷۶، ص ۴). بدین ترتیب، دامنه مفهومی «جانشینی دولت‌ها بر مسئولیت بین‌المللی»، تنها منحصر به بررسی پیامد یا پیامدهای حقوقی‌ای است که پس از تحقق جانشینی دولت‌ها مطرح می‌شود و صرف‌نظر از چندوچون تأسیس و جانشینی دولت است (فضائلی و ستایش‌پور، ۱۳۹۸).

جانشینی کشورها در زمینه مسئولیت بین‌المللی، به لحاظ حقوقی به جانشین کشورها در زمینه تعهدات ناشی از ارتکاب عمل متخلفانه بین‌المللی بازمی‌گردد. در واقع، بنیان جانشینی کشورها در زمینه مسئولیت بین‌المللی دانسته می‌شود (فضائلی و ستایش‌پور، ۱۳۹۹). در خصوص مسئله جانشینی دولت‌ها در مسئولیت بین‌المللی، باید چند وضعیت را از هم تفکیک کرد: الف) وضعیتی که دولت جدید شخصیت حقوقی دولت سابق را پس از تاریخ جانشینی ادامه می‌دهد؛ ب) وضعیتی که چنین دولتی وجود ندارد؛ ج) مواردی که علاوه بر ایجاد وضعیت جانشینی، دولت سابق نیز کماکان وجود دارد (شافع و بذار، ۱۳۹۷). اساساً جانشینی دولت‌ها به‌انحای گوناگونی تحقق‌پذیر است. استقلال و استعمارزدایی، وحدت، انضمام، جدایی و انحلال، قالب وضعیت‌هایی هستند که از رهگذر آنها امکان تحقق جانشینی وجود دارد. البته بعضی وضعیت‌ها با یکدیگر همپوشانی دارند. برای مثال، استقلال و استعمارزدایی معمولاً دو روی یک سکه‌اند و با یکدیگر ملازمه دارند. از همین رو احصای این موارد در آثار مختلف، متفاوت است. جامعه بین‌المللی با یک‌یک وضعیت‌های پیش‌گفته رویاروی بوده است و وقایع جامعه کنونی بین‌المللی نشان از آن دارد که ماجرای جانشینی بسیار حساسیت‌برانگیز است؛ چراکه با موجودیت دولت به‌عنوان تابع اولیه و فعال جامعه بین‌المللی گره خورده است. با توجه به گذار از دور زمانی استقلال کشورهای مستعمره و وفور جدایی‌ها و بعضاً انضمام‌ها و وحدت‌ها، شاید این تصور پیش‌آید که دیگر مسئله جانشینی دولت‌ها در جامعه بین‌المللی محلی از اعراب نداشته باشد؛ اما وقایع دنیای کنونی بین‌المللی نشان از آن دارد که جانشینی دولت‌ها، نه‌تنها مقوله‌ای نیست که رنگ باخته باشد، بلکه از مهم‌ترین موضوعات دانسته می‌شود (فضائلی و ستایش‌پور، ۱۳۹۸).

از دهه ۱۹۹۰م، رویه بین‌المللی حاکی از این است که اصل جانشینی در تعهدات ناشی از عمل متخلفانه بین‌المللی به‌وضوح مورد پذیرش قرار گرفته است؛ به‌طوری‌که هیچ نمونه‌ای پس از این تاریخ نمی‌توان ذکر کرد که دولت جانشین، مسئولیت ناشی از اعمال قبل از تاریخ جانشینی دولت سابق را نپذیرفته باشد. با توجه به اصل دوام کشورها، تغییرات سیاسی ناشی از انقلاب و تغییر رژیم سیاسی کشورها یا تغییر رؤسای دولت‌ها، نوع و شکل دولت، جایگاه بین‌المللی و نام کشور، تأثیری بر حقوق و تکالیف کشورها براساس حقوق بین‌الملل ندارد. به‌عبارت‌دیگر، دولت جایگزین در برابر تمام اعمال دولت سلف خود ملزم و پاسخ‌گوست. فارغ از علل و اسباب به‌قدرت رسیدن دولت پیشین یا دولت جایگزین، این تغییرات در شخصیت بین‌المللی کشور تغییری ایجاد نمی‌کند؛ مانند اینکه فرانسه طی قرون متمادی دستخوش تحولات زیادی شد. این کشور از لحاظ نوع حکومت، ابتدا سلطنتی بود؛ بعد

جمهوری و سپس به امپراتوری تبدیل شد و بار دیگر به جمهوری تغییر شکل داد؛ ولی در شخصیت، حقوق و تکالیف بین‌المللی این کشور تغییری ایجاد نشد (داعی الاسلام، ۱۳۸۷).

اساساً محاکمه و مجازات جنایتکاران عراقی هرگز به مفهوم منتفی شدن مسئولیت بین‌المللی خود دولت عراق نیست. به عبارت دیگر، دولت عراق نیز به دلیل اعمال نیروهای نظامی خویش دارای مسئولیت بین‌المللی است و به دلیل اعمال این افراد می‌باید به قربانیان و زبان‌دیدگان از ارتکاب جنایات جنگی غرامت بپردازد. این موضوع صراحتاً در اسناد بین‌المللی پیش‌بینی شده است. برای مثال، مواد ۵۱، ۵۲، ۱۳۱ و ۱۴۸ کنوانسیون‌های اول، دوم، سوم و چهارم ژنو ۱۹۴۹، که دولتین ایران و عراق عضو آنها بودند و مقررات آن در زمره قواعد عرفی بین‌المللی قرار می‌گیرند، بیان می‌کند که هیچ دولتی نمی‌تواند از مسئولیت خویش به دلیل نقض‌های فاحش این کنوانسیون از سوی نیروهای نظامی خود شانه خالی کند. باین‌حال، این موضوع صرفاً به آن دسته از جنایاتی بازمی‌گردد که ماهیت نسبتاً فردی دارند. در مقابل، برخی از جنایات اساساً دولتی‌اند و دولت‌ها مستقیماً مسئول آنها هستند. برای مثال، نفس تجاوز عراق به ایران، که ماهیتاً نقض قاعده منع توسل به زور در روابط بین‌المللی است، موجب پدید آمدن مسئولیت بین‌المللی این کشور در قبال دولت و ملت ایران بوده است؛ به‌ویژه اینکه این قاعده یکی از قواعد آمره حقوق بین‌الملل به‌شمار آمده و در بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد مورد تأکید قرار گرفته است و تخلف از آن به‌راحتی قابل اغماض نیست (میرعباسی، ۱۳۹۷).

در این خصوص باید توجه داشت که در انتساب اعمال نیروهای مسلح عراق به دولت عراق مشکلی در میان نیست. ارکان دولت عراق، از نیروهای مسلح گرفته تا مقامات اجرایی و قضایی این کشور، مرتکب موارد نقض اساسی کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی اول و نیز سایر اسناد مرتبط بین‌المللی شده‌اند. بنابراین، نه‌تنها مسئولیت دولت عراق در مقابل دولت ایران، بلکه در برابر «جامعه جهانی در کلیت آن» (International Community as a Whole) ایجاد شده است. در ضمن، موارد نقض اساسی کنوانسیون‌های ژنو، علاوه بر مسئولیت معاهده‌ای دوجانبه، موجب مسئولیت مشدد دولت نیز می‌شود؛ زیرا این قواعد «قواعد آمره» (Jus Cogens) محسوب می‌شوند و تابع قواعد آمره حقوق بین‌الملل‌اند (ماده ۴۱ طرح مسئولیت). بنابراین، مسئولیت دولت عراق در این خصوص، مسئولیت بین‌المللی در برابر جامعه جهانی است و استیفای حقوق قربانیان موارد نقض اساسی حقوق بین‌الملل بشردوستانه، در واقع استیفای حقوق جامعه جهانی در کلیت آن است (داعی الاسلام، ۱۳۸۷).

در مواردی که یک دولت پس از تاریخ جانشینی، ادامه‌دهنده شخصیت حقوقی دولت سابق تلقی شود، جانشینی در مسئولیت بین‌المللی به‌آسانی محقق می‌شود. دادگاه داوری در «قضیه فانوس دریایی» به‌طور خاص این مهم را مورد توجه قرار داد. در این قضیه، یک شرکت فرانسوی حق انحصاری نگهداری از فانوس‌های دریایی جزیره کرت

را، که در آن زمان (۱۸۶۰م) تحت حاکمیت امپراتوری عثمانی بود، کسب کرد. دولت فرانسه پس از سال ۱۹۱۳م که یونان حاکمیت خود را بر جزیره تثبیت نمود و به ملی کردن آن اقدام کرد، با ادعای ارتکاب عمل متخلفانه بین‌المللی از سوی مقامات امپراتوری عثمانی (دولت سابق)، از دولت یونان (دولت جانشین) درخواست خسارت کرد. دادگاه داوری در این قضیه اعلام کرد، از آنجا که دولت ترکیه دولت ادامه‌دهنده شخصیت حقوقی امپراتوری عثمانی محسوب می‌شود، به هیچ‌وجه نمی‌توان یونان را مسئول تلقی کرد (شافع و بذار، ۱۳۹۷).

این اصل که از اصول ثابت‌شده حقوق بین‌الملل عرفی است، به‌خوبی در رأی داوری «تینکو کانسشن» (Tinoco Concession) انگلیس برضد کاستاریکا در سال ۱۹۲۳م منعکس شده است. قاضی «تافت» (Taft) در حکم خود اِشعار داشت: «با توجه به اینکه تینکو در طول مدت حکومت خود بدون هیچ‌گونه مقاومت و یا درگیری تا قبل از برکناری، اداره کشور را بر عهده داشته است، تمام حقوق اعطایی از سوی وی معتبر است». در این رأی بر این نکته تأکید شده است که تغییرات ناشی از انقلاب و تغییرات فراقانون‌اساسی تأثیری بر هویت و شخصیت حقوقی کشورها ندارد و دولت جایگزین پاسخ‌گوی تمام اعمال دولت سلف خود باقی می‌ماند. بنابراین با توجه به این اصل، همان‌طور که دولت فعلی یا آینده عراق مسئول تمام بدهی‌ها و اعمال دولت سابق عراق است، بر همین مبنا در برابر خسارات وارده به جمهوری اسلامی ایران در طول هشت سال دفاع مقدس، از جمله نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی، مسئول و پاسخ‌گو است (داعی الاسلام، ۱۳۸۷).

## ۵. تکلیف به جبران خسارات

جبران خسارات وارده، یکی از اصول مشخصه حقوق مسئولیت بین‌المللی در زمینه اعمال متخلفانه بین‌المللی است که به موجب آن، هر شخص حقوقی بین‌المللی مسئولیت رفتار ارگان خود، اشخاص یا گروه‌هایی را که در واقع بنا به دستور آن شخص حقوقی بین‌المللی عمل کردند و تحت کنترل او بودند، داراست. این قاعده مشخصاً در قبال عمل متخلفانه بین‌المللی قابلیت طرح دارد. تعهد به جبران خسارت، در اسناد بین‌المللی بشردوستانه نیز به رسمیت شناخته شده است و برای هر طرف مخاصمه، خواه متجاوز و خواه مدافع، بار می‌شود (صابرنژاد علویان و رضوی‌راد، ۱۳۹۹). ماده ۳ کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ و ماده ۹۱ پروتکل دوم الحاقی ۱۹۷۷ مقرر می‌دارند، دولتی که مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه را نقض کند، در صورت مقتضی، مسئول پرداخت غرامت خواهد بود. این قاعده در ماده ۱۳۱ کنوانسیون سوم نیز به‌طور ضمنی با این عبارت که «دولت‌ها نمی‌توانند با محاکمه مرتکبین موارد نقض عمده، از خود سلب مسئولیت کنند»، منعکس شده است؛ ولی اسناد حقوق بشردوستانه فقط پرداخت غرامت را به‌طور صریح مطرح می‌کنند و سایر اشکال را به‌صراحت پیش‌بینی نمی‌کنند؛ ولی براساس آن مقررات، پرداخت غرامت فقط زمانی است که شرایط اقتضا کند. بنابراین در صورتی که شرایط اقتضا نکند، اصل کلی اعاده وضع به حالت سابق،



حاکم است. به‌رغم عدم ذکر صریح اعاده وضع به حالت سابق به‌عنوان یک روش جبران خسارت توسط اسناد حقوق بشردوستانه، در رویه بین‌المللی موارد متعددی مبنی بر شناسایی آن به‌عنوان روش جبران خسارت وجود دارد (شمسایی و سلیمی ترکمانی، ۱۳۸۷).

با توجه به اینکه رژیم بعث عراق مرتکب فعل متخلفانه بین‌المللی، یعنی آغازگر جنگ و به تعبیردیگر متجاوز شناخته شده است، در مسئولیت عراق تردیدی وجود ندارد (اخوان فرد و دهقانی دهج، ۱۳۹۷). بنابراین - همان‌طور که ذکر شد - مسئولیت دولت، از جمله مسئولیت دولت عراق، مسئولیت براساس حقوق بین‌الملل است؛ یعنی نتیجه آن، جبران خسارت است. دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه کارخانه کوزوو در سال ۱۹۲۸م اشعار می‌دارد: «نقض یک تعهد، مستوجب جبران خسارت است. جبران خسارت، پیامد اجتناب‌ناپذیر کوتاهی در اجرای یک معاهده است و نیازی نیست که این مسئله در معاهده ذکر شود». به‌علاوه در طرح مسئولیت (ماده ۳۱ طرح مسئولیت) آمده است: «دولت مسئول، موظف است خسارات ناشی از عمل از لحاظ بین‌المللی خلاف خود را به‌طور کامل جبران کند».

این قاعده درباره دولت عراق قابل اجراست. جبران خسارت نیز اشکال گوناگونی دارد. همان‌گونه که در طرح مسئولیت دولت‌ها (۲۰۰۱) آمده است، جبران خسارت می‌تواند به‌شکل اعاده وضع به حالت سابق، پرداخت غرامت یا جلب رضایت زبان دیده یا ترکیبی از آنها باشد (ماده ۳۴ طرح مسئولیت). با اینکه در بخش آخر ماده ۹۱ پروتکل، اول از واژه «پرداخت غرامت» استفاده شده است؛ ولی تنها زمانی پرداخت غرامت امکان‌پذیر است که امکان اعاده وضع به حالت سابق وجود نداشته باشد. غرامت نیز عبارت است از مبلغی وجه نقد (یا کالا و خدمات) متناسب با مال ضایع‌شده یا خسارت وارده که به طرف مقابل پرداخت می‌شود (داعی الاسلام، ۱۳۸۷).

براساس گزارش سازمان ملل، عراق پانصد هزار اصله خرما را تماماً قطع کرده و تخریب مهندسی فراوانی در خاک ایران انجام داده است. این هیئت خسارت مستقیم را مبلغ ۹۹ میلیارد دلار و خسارت غیرمستقیم آن را ۱۵۰ میلیارد دلار و مجموعاً ۲۴۹ میلیارد دلار اعلام کرده است. متعاقب این گزارش، ایران میزان خسارت خود را هزار میلیارد دلار اعلام کرد. اگرچه سازمان ملل میزان خسارت ایران در جنگ تحمیلی را رسماً اعلام کرد، ولی قطعنامه ۵۹۸ هیچ سازوکاری را برای پرداخت خسارت به ایران تعیین نکرده است. به‌لحاظ حقوقی، دولت فعلی عراق جانشین رژیم پیشین است و تعهدات و حقوق دولت بعثی عراق طبق اصل جانشینی دولت‌ها به دولت جدید عراق منتقل می‌شود. بنابراین، دولت ایران باید خسارت جنگ تحمیلی را از دولت فعلی عراق دریافت کند. علاوه‌براین، طبق گزارش سازمان ملل درباره غرامت ایران در جنگ تحمیلی، تأسیسات نفتی کشورمان بارها مورد هجوم قرار گرفتند؛ از جمله پالایشگاه آبادان که یکی از بزرگ‌ترین پالایشگاه‌های جهان است، به‌طور قابل توجهی تخریب شد. انهدام حوزه‌های نفتی و گازی جزیره خارک، که

بزرگ‌ترین تأسیسات بارگیری نفتی جهان است، به‌شدت آسیب دید و توانایی ایران برای ایجاد منابع کافی جهت رفع نیازهای ملی به‌شدت کاهش یافت. مجموع خسارات وارده ناشی از جنگ به‌لحاظ عدم تولید، استخراج، پالایش و فروش نفت و فرآورده‌های آن، بالغ بر ۲۴۸۷ میلیارد ریال، برابر با ۳/۱ میلیارد دلار بوده است؛ اما بعد از پایان هشت سال دفاع مقدس و پذیرش قطعنامه ۵۹۸، یکی از بندهای این قطعنامه که همان موضوع پرداخت غرامت جنگی عراق به ایران بود، بنا به دلایلی تاکنون اجرایی نشده و همچنان مسکوت مانده است (ایسنا، ۱۳۹۷). در واقع، روی کار آمدن دولت مردمی در عراق، که در دوران جنگ با صلح نیز جزء متحدین ایران بودند، روند دریافت غرامت را کندتر می‌کند. بعضاً وقتی موضوع پرداخت غرامت به ایران مطرح شده است، کارشناسان و نخبگان عراقی به وضع نامناسب کشور و شرایط تحریم اشاره کرده و گفته‌اند که قادر به پرداخت غرامت نیستیم و با ما مدارا کنید. حتی این موضوع را عنوان می‌کردند که غرامت را ببخشید؛ اما جمهوری اسلامی هیچ‌گاه موافقت خود را با بخشش غرامت اعلام نکرده و تنها مراعات شرایط خاص کشور عراق را کرده است (اردستانی، ۱۳۹۲).

### نتیجه‌گیری

به‌لحاظ حقوقی، دولت فعلی عراق جانشین رژیم پیشین است. تعهدات و حقوق دولت بعثی، طبق اصل جانشینی دولت‌ها، به دولت جدید عراق منتقل می‌شود. بنابراین، دولت ایران باید خسارت جنگ تحمیلی را از دولت فعلی عراق دریافت کند؛ چراکه در حقوق بین‌الملل این امر پذیرفته شده است که تغییرات سیاسی و حکومتی در کشورها تأثیری بر موضوع مسئولیت بین‌المللی و حتی بدهی‌های خارجی آنها نخواهد داشت. این امر در کنوانسیون ۱۹۸۳ وین راجع به جانشینی دولت‌ها بر اموال، اسناد و بدهی‌ها به‌نحوی پذیرفته شده است. بنابراین، تغییرات سیاسی عراق تأثیری بر موضوع مسئولیت بین‌المللی این کشور ندارد و حکومت جدید به‌عنوان جانشین نظام سیاسی گذشته و ادامه‌دهنده دولت پیشین عراق، مسئول جبران خسارات وارده بر دولت و ملت ایران در اثر جنگ تحمیلی به‌شمار می‌آید.

از این‌رو ایران از طریق ایجاد کارگروه مشترک ایران و عراق جهت تعیین خسارت جنگ تحمیلی، و نیز از طریق مجامع بین‌المللی از قبیل دیوان بین‌المللی دادگستری، همچنین با پیگیری مستمر دستگاه‌هایی از قبیل وزارت دادگستری، وزارت خارجه، معاونت حقوقی ریاست جمهوری و سایر ارگان‌های مسئول می‌تواند به طرح این موضوع در جلسات داخلی و بین‌المللی بپردازد و موضوع پرداخت غرامت را به‌صورت ویژه پیگیری کند تا حداقل حقوق از دست‌رفته قربانیان جنگ تحمیلی به‌نحوی از انجا جبران شود؛ چراکه پرداخت غرامت از سوی کشور عراق به ایران، مهر تأیید مضاعفی بر جرم و جنایت متجاوز است.

- اخوان فرد، مسعود و ایمان دهقانی دهج، ۱۳۹۷، «مسئولیت بین‌المللی اشتقاقی دولت‌های حامی رژیم بعث عراق در جنگ تحمیلی علیه ایران»، *مطالعات دفاع مقدس*، دوره چهارم، ش ۱ (۱۳)، ص ۹-۳۸.
- اردستانی، حسین، ۱۳۹۲، «ایران هیچ‌گاه موافقت خود را با بخشش غرامت جنگ اعلام نکرده است»، در: خبرگزاری ایسنا <https://www.isna.ir/news/92042515766/>
- ایسنا، ۱۳۹۷، «جزئیات غرامتی که عراق باید به ایران بپردازد»، پایگاه اطلاع‌رسانی و خبری جماران <https://www.jamaran.news-59/986899->
- داعی الاسلام، محمدعلی، ۱۳۸۷، «مسئولیت بین‌المللی نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی در عراق»، *نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری*، ش ۳۸، ص ۹۱-۱۲۲.
- دریگوندی، غلامرضا، ۱۳۷۶، *مفهوم جانشینی دولت‌ها و تأثیر آن بر تابعیت اشخاص طبیعی (حقیقی)*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه تهران.
- راعی، مسعود، ۱۳۸۶، «قابلیت اجرایی طرح ۲۰۰۱ مسئولیت دولت‌ها در حوزه قواعد حقوق بشری»، *حقوق*، دوره سی و هفتم، ش ۴، ص ۶۵-۹۴.
- رضایی‌نژاد، ایرج، ۱۳۹۶، «صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در جنایات ارتكابی اعضای داعش: (تحلیل انتقادی گزارش دادستان دیوان)»، *مطالعات بین‌المللی پلیس*، سال هفتم، ش ۳۱، ص ۷۷-۹۵.
- رنجبریان، امیرحسین و وحید بذار، ۱۳۹۷، «رعایت حقوق بین‌الملل بشردوستانه از سوی روبات نظامی خودفرمان و مسئولیت ناشی از اقدامات آنها»، *حقوقی بین‌المللی*، ش ۵۹، ص ۶۴-۸۴.
- «خلاصه حکم صادره از دادگاه بخش لاهه، بخش جنایی، راجع به مصدومین شیمیایی جنگ تحمیلی به تاریخ ۲۳ دسامبر ۲۰۰۵ (۲ دی ماه ۱۳۸۴)»، (۱۳۸۵)، *نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری*، ش ۳۴، ص ۲۳۳-۴۶۲.
- سیفی، بهزاد، ۱۳۹۹، «مسئولیت کیفری به‌کارگیری وسایل بدون سرنشین خودکار از دید حقوق بین‌الملل بشردوستانه»، *آفاق امنیت*، سال سیزدهم، ش ۴۹، ص ۲۹-۵۴.
- شافع، میرشهبیز و وحید بذار، ۱۳۹۷، «جانشینی دولت‌ها در مسئولیت بین‌المللی»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۸۱، ص ۳۱۵-۳۳۶.
- شافع، میرشهبیز، ۱۳۸۰، «عملکرد جمهوری اسلامی ایران در طول جنگ عراق و ایران با توجه به پروتکل اول ژنو ۱۹۷۷»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ش ۵۱، ص ۱۰۷-۱۲۶.
- شمسایی، محمد و حجت سلیمی ترکمانی، ۱۳۸۷، «تأملی بر مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، ناشی از نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی»، *فقه و حقوق*، سال پنجم، ش ۱۷، ص ۱۷۹-۲۰۵.
- صابر‌نژاد علویان، علی و محمد رضویراد، ۱۳۹۹، «معاونت در ارتکاب اقدامات متخلفانه در نظام مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها»، *سیاست خارجی*، سال چهل و سوم، ش ۱، ص ۵۷-۷۴.
- فضائی، مصطفی و محمد ستایش‌پور، ۱۳۹۸، «بایستگی جانشینی دولت‌ها بر مسئولیت بین‌المللی به‌منزله یک گزاره حقوقی بین‌المللی؛ چستی و چالش‌ها»، *مطالعات حقوق عمومی*، دوره نود و چهارم، ش ۱، ص ۹۷-۱۱۶.
- ، ۱۳۹۹، «مفهوم جانشینی دولت‌ها در زمینه تعهدات ناشی از ارتکاب اعمال متخلفانه بین‌المللی: مطالعه تطبیقی آموزه‌های حقوقی و رویه محاکم بین‌المللی در گذار زمان»، *حقوق تطبیقی*، دوره هفتم، ش ۲، ص ۲۱۹-۲۴۴.

قریشی، سیدرسول، ۱۳۹۷، «بازخوانی مسئولیت بین‌المللی رژیم بعث عراق در جنگ تحمیلی علیه ایران: تحلیل قطعنامه‌های شورای امنیت و سازوکار تعیین متجاوز»، *مطالعات دفاع مقدس*، دوره چهارم، ش ۳ (۱۵)، ص ۸۲-۵۳.

ممتاز، جمشید و امیرحسین رنجبریان، ۱۳۸۴، *حقوق بین‌الملل بشردوستانه (مخاصات مسلحانه داخلی)*، تهران، میزان.

میرعباسی، سیدباقر، ۱۳۹۷، «غرامات تجاوز عراق به ایران و حقوق بین‌الملل»، موسسه حقوق بین‌الملل پاسارگاد، <http://internationallaw.blogfa.com>.

نمایان، پیمان، ۱۳۸۵، «بررسی جنگ ایران و عراق از منظر حقوق جزای بین‌الملل»، *دادرسی*، ش ۵۸، ص ۵۱-۴۶.

هنکرت، ژان ماری و همکاران، ۱۳۸۷، *حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی*، ترجمه امور بین‌الملل قضایی ج.ا.ا. و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد.

Advisory Council on International Affairs (AIV) & Advisory Committee on Issues of Public International Law (CAVV), 2015, *Autonomous Weapon Systems the Need for Meaningful Human Control*, No. 97 AIV, No. 26 CAVV.

Breau, Susan, M. Aronsson, R. Joyce, 2011, *Discussion Paper 2: Drone Attacks, International Law, and the Recording of Civilian Casualties of Armed Conflict*, Oxford Research Group.

Garcia, Denise, 2016, "Future arms, technologies, and international law: Preventive security governance", *European Journal of International Security*, V. 1, p. 94-111.

Melzer, Nils & Etienne Kuster, 2016, "International Humanitarian Law Comprehensive Introduction", *International Committee of the Red Cross*, N.19, avenue de la Paix 1202 Geneva, Switzerland.


Melzer, Nils, 2013, *Human rights implications of the usage of drones and unmanned robots in warfare*, *Directorate General for External Policies of the Union Policy Department*, Editorial closing date: <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html>.

## مسئولیت مدنی دولت در قبال پالایش (فیلترینگ) با نگاهی به حقوق خارجی و اسناد بین‌المللی حقوق بشری

hosadeghi@ut.ac.ir

حسین صادقی / استادیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران، تهران، ایران

علیرضا قاسمی / دانشجوی دکتری تخصصی فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی

ar.ghasemi56@jmail.com  orcid.org/0009-0005-3589-2592 <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0>

دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۰۸ - پذیرش ۱۴۰۰/۰۸/۰۴

### چکیده

دولت با پالایش فضای مجازی باعث به وجود آمدن چالش‌هایی در تعاملات اجتماعی کاربران شده است؛ زیرا زندگی اجتماعی و نظام‌های اجتماعی فیزیکی به سمت نظام‌های اجتماعی در بستر فضای مجازی منتقل شده است و پالایش نامناسب باعث اختلال در این نظامات می‌شود. حال مسئله اصلی این مقاله این است که اگر پالایش به ضرر کاربران فضای مجازی منجر شود، آیا دولت‌ها در قبال خسارات وارده مسئولیت مدنی خواهند داشت؟ در راستای پاسخ به سؤال، نگارندگان به این نتیجه رسیده‌اند که اگر سایت یا کانالی که فعالیت‌های قانونی انجام می‌دهد، پالایش شود، جبران خسارت امری مسلم است؛ ولی در صورتی که امکان اعمال پالایش هوشمند وجود نداشته باشد و دولت به‌طور قانونی برای احتراز از یک تهدید امنیتی یا اقتصادی به پالایش غیرهوشمند مبادرت ورزد، در این صورت، اگر زیان دیدگان اکثریت جامعه را تشکیل دهند، دولت الزامی به جبران خسارت ندارد؛ اما اگر زیان دیدگان تعداد محدود و معینی باشند، دولت ملزم به جبران خسارت است.

**کلیدواژه‌ها:** دولت، مسئولیت مدنی، ارتباطات الکترونیکی، پالایش، جبران خسارت، اسناد بین‌المللی.

با گسترش اثرگذاری فضای سایبری در امور اجتماعی، دولت‌ها اراده‌ جدی‌تری برای تمشیت و مهندسی روابط اجتماعی شهروندان در فضای مجازی پیدا کرده‌اند که یکی از مظاهر آن، ایجاد محدودیت در دسترسی کاربران فضای مجازی به دلایل فرهنگی، امنیتی، اقتصادی و... است. در جریان این ارتباطات سایبری، ممکن است افعال زیان‌بار، همچون نقض حقوق مالکیت فکری و هتک حرمت اشخاص توسط کاربران خدمات یادشده و به‌واسطه فعالیت و خدمات این‌گونه واسطه‌ها صورت گیرد که موجب طرح ادعاهایی از طرف زیان‌دیدگان علیه واسطه‌های مزبور شود (صادقی، ۱۳۸۹). فضای سایبر، یک گستره بدون مرز است که نمی‌توان در برابر آن خطوط مقسم کشید یا با مرزهای طبیعی و مصنوعی آن را تکه‌تکه و جدا کرد. تفاوتی که بین مرز سایبری با مرز حقیقی وجود دارد، در عدم محدودیت در ترسیم مرز و مدار بسته بودن آن است (المالی، ۲۰۰۳، ص ۵۲۷).

نکته مهم‌تر این است که در حال حاضر، محیط‌های مجازی تعاملی در حال برقراری ارتباط میان شهروندان و دولت‌هاست و به‌ویژه دولت‌های دموکراتیک در صددند با کمک این رسانه‌ها بتوانند طرح «دولت باز» را عملیاتی کنند؛ طرحی که از طریق شبکه‌های اجتماعی موجبات دسترسی بیشتر افراد به اطلاعات دولت‌ها و مشارکت در امور کشور را فراهم می‌کند (کلین تواد، ۲۰۱۵، ص ۶). به عبارت دیگر، در راستای ارائه خدمات الکترونیکی دولت در فضای سایبر، ممکن است در نتیجه تقصیر یا خطای دولت و مستخدمین دولتی، زیانی به اشخاص وارد آید که در صورت ایراد خسارت، موضوع مسئولیت مدنی دولت در فضای سایبر مطرح می‌شود. مسئولیت مدنی دولت در فضای سایبر از این جهت اهمیت دارد که ماهیت فضای سایبر با دنیای واقعی متفاوت است و مختصات و اقتضائات خاص خود را دارد (ر.ک: ملکوتی و ساورابی، ۱۳۹۵).

این محدودیت‌ها، خود را در قالب‌های گوناگونی مانند پالایش و مسدودسازی نشان می‌دهد؛ اما گستره اعمال محدودیت‌ها تا کجا باید باشد تا زندگی هوشمند مبتنی بر فضای مجازی دچار اختلال نشود؛ زیرا زمانی که مردم بسیاری از فعالیت‌های خود را در بستر چنین فضایی انجام می‌دهند، اعمال پالایش و مسدودسازی، زندگی مردم و تعاملات آنها را دچار اختلال می‌کند و دولت باید با برنامه‌ریزی مناسب، این محدودیت‌ها را به‌صورت گسترده اعمال نکند تا زندگی مردم که در بستر فضای مجازی است، دچار اختلال نشود (ماده ۳۳ منشور حقوق شهروندی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۵). حقوق‌دانان بحث‌های مفصلی در زمینه مسئولیت مدنی دولت در فضای واقعی مطرح کرده‌اند؛ اما این بحث در فضای مجازی بررسی نشده است؛ بنابراین با گسترش روزافزون گستره فضای مجازی، لازم است قواعد و حدود مسئولیت مدنی دولت در قبال پالایش فضای مجازی مشخص شود.

بنابراین ضروری است با تحلیل قواعد مسئولیت مدنی دولت، محدوده صلاحیت دولت در اعمال پالایش فضای سایبری مشخص شود تا به‌واسطه پالایش نادرست، ضرر ناروایی به شهروندان وارد نشود و اگر ضرری به شهروندان وارد شد، ضمانت اجرایی برای جبران خسارت‌های واردشده وجود داشته باشد.

## ۱. مفهوم پالایش (فیلترینگ)

پالایش یا فیلترینگ را در دو معنای عام و خاص به کار برده‌اند. در معنای عام، پالایش عبارت است از فناوری‌هایی که از دستیابی به انواع خاص محتوا یا بسته ویژه‌ای از محتوای اینترنتی در دسترس جلوگیری به عمل می‌آورد؛ اما در تعریف خاص، پالایش عبارت است از جلوگیری از دسترسی به اطلاعات بر مبنای محتوای اطلاعات و نه آدرس سایت. درحقیقت، معنای خاص پالایش، در مقابل مسدود کردن به کار می‌رود. طبق این تفکیک، هنگامی که دسترسی به کل یک سایت براساس آدرس آن سایت ممنوع می‌شود، آن سایت مسدود (یا بلاک) شده است و در صورتی که بخشی از محتوای آن ممنوع شده باشد، آن سایت پالایش شده است (کرامتی معز و میرخلیلی، ۱۳۹۹).

«پالایش» معادل فارسی فیلترینگ است که در قانون جرائم رایانه‌ای معادل‌سازی شده و عبارت است از محدود ساختن دسترسی کاربران اینترنت به پایگاه‌ها و خدمات اینترنتی، که براساس ملاحظات فرهنگی و سیاسی یک کشور، دسترسی به آنها برای عموم مردم مناسب نیست (جاویدنیا و همکاران، ۱۳۹۴). فیلتر یا پروکسی، معمولاً به‌عنوان بخشی از «دیوار آتش» سرویس‌دهندگان اینترنت مورد استفاده قرار می‌گیرد و نحوه کار آن بدین صورت است که وقتی کاربر می‌خواهد در یک شبکه محلی به یک سرویس‌دهنده اینترنت دسترسی داشته باشد، یک درخواست از رایانه به سرویس‌دهنده پروکسی می‌فرستد؛ سپس سرویس‌دهنده پروکسی، اطلاعات را از سرویس‌دهنده اینترنت به رایانه درون شبکه داخلی می‌فرستد و به‌صورت دقیق‌تر، پروکسی بسته‌های اطلاعات، یعنی اطلاعات در حال عبور از شبکه را مورد کنترل و بررسی قرار می‌دهد و می‌تواند انتقال بسته‌های مشخص از اینترنت به شبکه داخلی و برعکس را مسدود کند (حسینی‌نژاد و همکاران، ۱۳۹۶).

در قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸، بدون اینکه تعریفی از فیلترینگ به عمل آمده باشد، این واژه با واژه پالایش معادل‌سازی شده است. در ماده ۲۱ قانون جرائم رایانه‌ای (ماده ۷۴۹ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی) آمده است: «کمیته تعیین مصادیق موضوع ماده ذیل محتوای مجرمانه که در چارچوب قانون تنظیم شده است، اعم از محتوای ناشی از جرائم رایانه‌ای و محتوایی که برای ارتکاب جرائم رایانه‌ای به کار می‌رود را پالایش (فیلتر) کنند». بر این مبنا و با توجه به مفهوم اصطلاحی ذکر شده، می‌توان گفت که مفهوم قانونی «فیلتر» محتوای مجرمانه یا «پالایش»، همان مفهوم اصطلاحی است که به‌طور خلاصه، عبارت است از ایجاد محدودیت در دسترسی کاربران اینترنت به محتوای آن (جاویدنیا، ۱۳۹۸، ص ۲۵-۲۶).

پالایش در بسیاری از کشورها انجام می‌شود و محدود به کشوری خاص نیست؛ لیکن کیفیت و کمیت آن متفاوت است و پدیده‌ای نوظهور در کشورما نیست و ایران را نمی‌توان تنها کشوری دانست که فیلترینگ را اعمال می‌کند. این پالایش، در اشکال مختلف انجام می‌شود؛ از جمله: دستور دولت مبنی بر حذف محتوای غیرقانونی در وبسایت‌هایی که در داخل کشور میزبانی می‌شود؛ مسدود کردن محتوای غیرقانونی که در خارج از کشور میزبانی می‌شود؛ و پالایش کردن نتایج توسط موتور جست‌وجو مربوط به محتوای غیرقانونی (بابازاده مقدم و اسلام‌خواه، ۱۳۹۵). به‌طور کلی، علل اصلی اعمال پالایش عبارت‌اند از: سیاسی، فرهنگی، اخلاقی، اجتماعی، امنیتی و... شاید هم بتوان همه مصادیق را در

معیار فرهنگی و اخلاقی جای داد؛ زیرا گستره فرهنگ آن قدر وسیع است که می‌تواند مصادیق متنوعی را دربرگیرد و پالایش غالباً به‌دلیل فرهنگی و ملاحظات مذهبی انجام می‌شود (پورتنی و همکاران، ۱۳۹۸).

## ۲. مفهوم حکمرانی فضای مجازی توسط دولت‌ها

ماهیت فضای مجازی با معماری و ساختار غیرمتمرکز آن، نحوه اعمال حکمرانی بر این فضا را به موضوعی پیچیده بدل کرده است. این پیچیدگی را می‌توان از این جهت بررسی کرد که اولاً ماهیت فضای مجازی ماهیتی جهانی است و کلیت آن نمی‌تواند توسط دولت‌های ملی حکمرانی شود؛ زیرا دولت‌های ملی در گستره سرزمینی و محدوده مرزهای ملی خود دارای صلاحیت اعمال حکمرانی‌اند؛ ثانیاً تحقق موفقیت در فضای مجازی نیازمند همکاری و مشارکت فعالانه و حداکثری ذی‌نفعان بخش دولتی، بخش خصوصی و نهادهای مدنی در سراسر دنیاست. این ذی‌نفعان شامل مالکان، متصدیان شبکه‌ها و خدمات سراسر دنیا، ثبت‌کنندگان نام‌های دامنه، سازمان‌های منطقه‌ای تخصصی آدرس‌های آی‌پی سازمان‌های استاندارد، مجریان و متصدیان خدمات اینترنتی، و کاربران اینترنت است.

حکمرانی فضای مجازی را می‌توان نحوه ایجاد ارزش‌ها، هنجارها و استانداردهای رسمی و غیررسمی برای رفتار دولت و بازیگران غیردولتی (بخش خصوصی و نهادهای مدنی) در نسبت با فضای مجازی دانست. ایجاد سازوکارهای قانونی بهتر برای رسیدگی و مقابله با جرائم سایبری بین‌المللی، قواعد شفاف ملی برای اجرای قانون، و طراحی نظام حفاظتی یکپارچه داده‌ها، از جمله نتایج حکمرانی فضای سایبر است (فیروزآبادی، ۱۳۹۹، ص ۴۴).

فضای مجازی در زمان حاضر در تمامی ابعاد زندگی فردی و اجتماعی مردم جهان نفوذ کرده و در حال ایجاد یک تمدن جدید بشری است که از تمدن‌های قبل به مراتب فراگیرتر است. بدون شک، حکمرانی چنین فضایی که از یک سو با تسهیل ارتباط و ارائه فناوری‌ها و خدمات جدید و شگفت‌آور ضریب نفوذ بسیار بالایی دارد و بسیار سریع‌تر از فرهنگ غرب در حال هضم کردن کاربران، یعنی مردم خود است و از سوی دیگر با قابلیت‌های خود در حال تبدیل کردن حاکمیت ملی، به یک حاکمیت شبکه‌ای، شرکتی فرامرزی است، که امری بسیار پیچیده و خطیر است. این مسئله، بیش از دیگر کشورها، برای جمهوری اسلامی ایران یک تهدید شمرده می‌شود؛ زیرا این کشور همواره در معرض تهدیدات دشمن خود، به‌ویژه جریان صهیونیسم قرار دارد و بیشتر شرکت‌های بزرگ و صاحب‌نفوذ در فضای مجازی تحت سلطه این جریان قرار دارند.

شیوه حکمرانی در کشور ما در حوزه فضای مجازی، از رویکردی غیرمشارکتی، سلسله‌مراتبی و بالا به پایین پیروی می‌کند و فاصله زیادی با حکمرانی مطلوب دارد. در شیوه کنونی، ذی‌ربطان غیردولتی و غیرحاکمیتی نقشی رسمی در تدوین، ابلاغ و ارزیابی سیاست‌ها، مقررات و قوانین ندارند؛ اما از آنها انتظار می‌رود که از تصمیمات اتخاذشده پیروی کنند؛ به عبارت دیگر، آنها تنها نقشی منفعلانه به هنگام اجرای سیاست‌ها و قوانین دارند. درعین حال ذی‌ربطان قدرتمند به صورت غیررسمی و غیرشفاف بر تصمیم‌گیری‌ها تأثیر می‌گذارند (فیروزآبادی، ۱۳۹۹، ص ۸۸).



### ۳. سیاست‌های دولت‌ها در قبال پالایش در حقوق خارجی و اسناد حقوق بشری

برخی دولت‌ها سانسور اینترنت را در مورد موضوعاتی که تصور می‌کنند نامناسب است، خود بر عهده می‌گیرند. برای مثال، در چین، عربستان سعودی، سنگاپور، امارات متحده عربی، ایران و ویتنام، دولت به صورت متمرکز و کلان، محتوایی را که محلّ قوانین کشورند سانسور می‌کند. برخی از این کشورها ارائه‌دهندگان خدمات اینترنتی را به مسدود کردن موارد مورد نظر ملزم می‌کنند و برخی دیگر نیز دسترسی محدودی را تحت نظارت دولت در اختیار کاربران قرار می‌دهند (عاملی، ۱۳۹۰، ص ۳۶۴).

سامان‌دهی اینترنت در آمریکا بیشتر به شکل خودتنظیم و بدون دخالت دولت صورت می‌گیرد؛ اما برخی سازوکارهای سامان‌دهی مشترک با دولت نیز برای تضمین امنیت (برای مثال، در مبارزه با تروریسم)، حقوق ویژه (برای مثال، در مبارزه با سوءاستفاده‌های جنسی از کودکان) و حمایت از منافع اقتصادی ویژه (برای مثال، حمایت از حقوق پدیدآورندگان آثار) استفاده می‌شود. با وجود این، در الگوی آمریکایی، سامان‌دهی مشترک جنبه استثنایی دارد و برای نیل به اهداف بسیار خاص مربوط به موضوع‌های معین استفاده می‌شود. درحالی‌که به نظر می‌رسد در اروپا، سامان‌دهی مشترک الگوی کلی و پیشرو در سامان‌دهی محتوای اینترنت است (فریدمن و جلو کویچ، ۱۳۸۷).

سانسور اینترنت در انگلستان، الگوهای متفاوتی را دربرمی‌گیرد. این الگوها شامل مسدود کردن دسترسی به سایت‌ها، و مقررات کیفی مربوط به انتشار یا مالکیت موارد خاص است؛ همچون مسئولیت نقض حق مؤلف، تحریک به عملیات تروریستی، و هرزه‌نگاری کودکان است (احمدوند، ۱۳۹۵، ص ۱۷۳).

در ژوئن سال ۲۰۰۹م، دولت آلمان قانونی را برای پالایش کردن وبسایت‌های پورنوگرافی تصویب کرد و بجز آلمان و ایتالیا که از پالایش اجباری برای وبسایت‌هایی با امثال این نوع محتوا استفاده می‌کنند، کشورهای اروپایی دیگر نظیر سوئد، نروژ، دانمارک، فنلاند و ایرلند، راهبرد پالایش داوطلبانه را در پیش گرفته‌اند. راهبرد آگاه‌سازی و آموزش نیز راهبردی پرطرفدار و تأکیدشده و فعال در اتحادیه اروپاست که برای بالا بردن سطح آگاهی‌ها، توانمندسازی کاربران از طریق ابزارها و فناوری‌ها و پاسخ‌دهی به رفتار یا محتوای غیرقانونی، از آن استفاده می‌شود (روگو، ۲۰۰۹، ص ۷۲).

کارگروه رسانه و ارتباطات استرالیا، مسئول هدایت و ایجاد فناوری‌های پالایش اینترنتی و دیگر ابتکارات به‌منظور حفاظت از مشتریان است. این کارگروه که هر ساله گزارشی در این زمینه منتشر می‌کند، در حال تحقیق برای دستیابی به فناوری شبکه اجتماعی است تا پاسخ‌گویی و مشارکت ذی‌نفعان را در دولت افزایش دهد. این کارگروه، سازوکاری به نام هاتالاین طراحی کرده است که طی آن می‌توان محتوای ممنوع را به نمایندگی‌های قانونی گزارش کرد (اکبرزاده، ۱۳۹۷، ص ۹۱).

پالایش محتوای آنلاین به شکل‌های مختلفی در میان کشورهای اروپایی انجام می‌شود. برخی موارد عبارت‌اند از: دستور صادرشده توسط دولت‌ها به ارائه‌دهندگان خدمات اینترنت برای حذف وبسایت‌هایی که شامل مطالب غیرقانونی‌اند (زمانی که در داخل کشور میزبانی شده باشند)؛ دستورهای مسدودسازی توسط مقامات اجرایی برای

محتوای غیرقانونی میزبانی شده در خارج از کشور؛ و پالایش نتایج مربوط به محتوای غیرقانونی توسط موتورهای جست‌وجو که به‌عنوان یک شکل از خودکنترلی در نظر گرفته می‌شود. هرچند برخی از موارد و شکل‌های پالایش توسط موتورهای جست‌وجو و ارائه‌دهندگان خدمات اینترنت در تعدادی از کشورها اغلب به‌عنوان «خودکنترلی داوطلبانه» نام برده می‌شود، به‌نظر می‌رسد که این اقدام داوطلبانه مبتنی بر این درک ضمنی است که همکاری با دستورهای دولتی، از عواقب قانونی بعدی ممانعت خواهد کرد (بابازاده مقدم و اسلام‌خواه، ۱۳۹۵).

ارزش خدمت عمومی اینترنت و وظایفی که برای دولت‌ها در پی می‌آورد، به‌طور مشترک با چند سال فاصله، به‌ترتیب در محافلی نظیر یونسکو، اجلاس جهانی سران و شورای اروپا مطرح و شناخته شد. وظایف خدمت عمومی، از جمله در متن اعلامیه اصول ژنو - تصویب‌شده در اولین مرحله اجلاس یادشده در سال ۲۰۰۳م - پیش‌بینی شده است.

مفهوم آزادی اینترنتی، چند سال بعد در سال ۲۰۱۶م توسط شورای اروپا طی توصیه‌نامه‌ای به دولت‌های عضو پیشنهاد شد و وظایف و مسئولیت دولت‌ها باز هم به‌صورت منسجم‌تر پیش‌بینی شدند. با گذر زمان مشخص شد که بعضی دولت‌ها تمایل روزافزون به محدود کردن اینترنت دارند و نه‌تنها در پی تقویت حقوق کاربران نیستند، بلکه با ترفندهای گوناگون به سانسور و نظارت و... مبادرت می‌کنند.

مفهوم «آزادی اینترنت»، به‌مثابه برخورداری از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادی و حمایت از آنها در فضای اینترنتی است و حقوق و مسئولیت دولت‌ها در این زمینه خاطر نشان شده است. به‌موجب مصوبه فوق، دولت‌ها نه‌تنها نباید به حقوق بشر و آزادی‌های بنیادی افراد در اینترنت خدشه وارد کنند، بلکه ملزم شده‌اند شرایط را برای شکل دادن به یک فضای مطلوب برای آزادی اینترنت، فراهم سازند (معمدنژاد، ۱۳۹۷).

از طرفی، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز - که یکی دیگر از اسناد مهم حقوق بشری است - در ماده ۶ بر ضرورت شناسایی حق داشتن کسب‌وکار و انتخاب آزاد کسب‌وکار تأکید می‌کند: «کشورهای طرف این میثاق، حق کار کردن را که شامل حق هرکس است به‌اینکه فرصت یابد به‌وسیله کاری که آزادانه انتخاب یا قبول می‌کند، معاش خود را تأمین کند، به‌رسمیت می‌شناسند و اقدامات مقتضی را برای حفظ این حق معمول خواهند داشت...».

بنابراین انجام پالایش در مواردی که موجب سلب فعالیت کسب‌وکار اشخاص باشد، مغایر با این اصل مهم حقوق بشری و سند بین‌المللی است.

#### ۴. فروض متصور مسئولیت مدنی دولت در قبال پالایش

دسترسی و ارائه اینترنت در کشور ما، طبق مقررات، بر عهده و در انحصار دولت است؛ با این حال دولت به اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی، نمایندگی ارائه خدمات دسترسی اینترنت برای شهروندان و مصرف‌کنندگان عادی (کاربران) را می‌دهد و سایر نهادهایی که تحت عناوین مختلف مشغول به ارائه خدمات

اینترنتی هستند، همگی در طول دولت‌اند و بدون اجازه دولت، هیچ نهاد خصوصی یا عمومی قادر به ایجاد و ارائه خدمات دسترسی به اینترنت نیست.

با توجه به پیوستگی فضای مجازی در جهان، از هر دولتی انتظار می‌رود که با ایمن‌سازی و نظارت قانونی و مستمر بر شبکه اینترنت و دنیای مجازی، امکان تحقق افعال زیان‌بار را به حداقل برساند؛ که البته قسمتی از این هدف، از طریق وضع قوانین ملی مناسب، و بخشی دیگر به وسیله آموزش مناسب شهروندان در جهت استفاده بهتر و مناسب‌تر از فضای مجازی امکان‌پذیر خواهد بود. در کشور ما، تصویب قانون جرایم رایانه‌ای یا تأسیس شورای عالی فضای مجازی، که در سال ۱۳۹۰ به فرمان رهبری تشکیل شد، از جمله اقدامات در راستای اعمال این وظیفه است.

بر این اساس اگر دولت به‌عنوان ایجادکننده نقطه تماس بین‌المللی که در انحصار خودش است، در اجرای وظایف حاکمیتی خود در این فضای مجازی موجب ورود زیان به شهروندان شود، چنانچه اقدام دولت برای منافع عموم باشد، شامل معافیت ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی می‌شود؛ ولی اگر این اقدام دولت در نتیجه اجرای غلط وظایف حاکمیتی خود باشد، مثلاً اگر شرکت مخابرات به‌عنوان ارائه‌دهنده کلی خدمات دسترسی به اینترنت، به حریم خصوصی کاربران در فضای مجازی دست‌اندازی کرده، اطلاعات و اقدامات ایشان را در این فضا رصد کند، از آنجاکه این اقدامات مغایر با وظایف دولت است، ارتکاب این اقدام زیان‌بار از سوی هریک از نهادهای دولتی موجب مسئولیت آنها خواهد بود و نباید آنها را مشمول معافیت بند پایانی ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی دانست که مقرر کرده است: «... ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت، هرگاه اقداماتی که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به‌عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود».

به نظر می‌رسد که این معافیت از مسئولیت مدنی دولت، ناشی از اعمال حاکمیتی است که موافق اهداف دولت و برای منافع ملت باشد؛ برای مثال، دولت به‌منظور دفع حملات سایبری به تأسیسات کشور، مجبور به قطع ناگهانی اینترنت شود و در نتیجه این امر، به شهروندان خسارت وارد کند؛ اما اگر در اجرای غلط یا به‌بهانه اجرای وظایف حاکمیتی خسارتی به‌بار آید، در این حالت، شکی در تحقق مسئولیت مدنی دولت نخواهد بود و دولت به‌عنوان زیان‌زننده، مسئول خسارت تلقی می‌شود. بنابراین در این مورد، مسئولیت مدنی دولت محرز است و صرف اثبات انتساب زیان به فعل دولت، برای تحقق مسئولیت او کافی خواهد بود (ملکوئی، ۱۳۹۵، ص ۱۷۷).

قواعد مسئولیت مدنی نیز برای انتظام و تعادل بخشیدن به منافع متعارض اشخاص، مورد قبول شارعان و واضعان قرار گرفته است. بنابراین، اگر هدف اساسی قواعد مبتنی بر مسئولیت را جبران خسارات نامتعارف زیان‌دیده و جلوگیری از ورود این‌گونه خسارات قلمداد کنیم، این قواعد در ابتدا باید در خصوص کارگزاران کشور و شخصیت حقوقی دولت، که در مواردی ممکن است به‌ناحق و نابجا موجبات ورود ضرر در فضای سایبری به اشخاص شوند،

اعمال گردد تا از یک سو با مشاهده اعمال قواعد مسئولیت مدنی در فضای سایبر درباره شخصیت‌های درجه اول کشور و همچنین مسئولیت دولت، فرهنگ احترام به حقوق مادی و معنوی در فضای مجازی در میان عموم مردم نهادینه شود؛ و از سوی دیگر، امنیت اشخاص موجب استمرار و سرمایه‌گذاری بیشتر و مطمئن‌تر در فضای سایبری می‌شود که عواید آن، اشتغال، امنیت اقتصادی، رونق داخلی و آرامش بیشتر مردم را در پی خواهد داشت. به این جهت امروزه نظریه تقصیر در نظام‌های حقوقی جهان، اعم از کامن‌لا، رومی ژرمنی و حقوق اسلام، به‌عنوان یک اصل در برقراری مسئولیت مدنی پذیرفته شده است؛ لذا اصولاً در مواردی شخص مسئول قلمداد می‌شود که مرتکب یک تقصیر شده باشد (برای اطلاعات بیشتر در زمینه مسئولیت مبتنی بر تقصیر در ارتباطات الکترونیکی، ر.ک: صادقی، ۱۳۹۶، ص ۲۸۹-۲۹۲؛ همچنین، ر.ک: میری، ۱۳۹۴، ص ۵۶-۶۱). باید دید که آیا این اصل در مسئولیت مدنی دولت در فضای سایبری نیز پذیرفته شده است؟

حوزه اقتصادی زندگی مردم که در بستر فضای سایبر گسترش یافته است نیز اگر با پالایش نامناسب دچار اختلال شود (مانند پالایش شبکه اجتماعی تلگرام در دی ماه سال ۱۳۹۶ و پالایش سرورهای خارجی فضای مجازی در آبان ماه سال ۱۳۹۸، که بخشی از آن ماهیت اقتصادی و تجارتي پیدا کرده بود)، باعث به‌وجود آمدن چالش‌هایی در زندگی مردم گردید. از این رو در خصوص مسئولیت مدنی دولت در قبال پالایش فضای مجازی، چند حالت متصور است که مسئولیت یا عدم مسئولیت دولت در هریک از این حالات بررسی می‌شود:

#### ۴-۱. امکان اعمال پالایش هوشمند وجود داشته باشد

متخصصان معتقدند که پالایش هوشمند شبکه‌های اجتماعی، با توجه به رمزنگاری شدن آنها امری غیرممکن است. شاخه مهندسی برق، کامپیوتر و فناوری اطلاعات بسیج دانشجویی دانشگاه‌های تهران، در گزارشی تخصصی، پالایش شبکه‌های اجتماعی را غیرممکن می‌داند. همچنین طبق گزارش بنیاد حریم الکترونیکی (FFE)، بیشتر شبکه‌های اجتماعی همچون تلگرام، اینستاگرام، فیس‌بوک، گوگل و... ارتباطات خود را رمزنگاری می‌کنند؛ بنابراین امکان پالایش هوشمند آنها ممکن نیست (پورنقی و همکاران، ۱۳۹۸).

در حال حاضر، پالایش هوشمند شبکه‌های اجتماعی، به‌رغم تلاش‌های صورت‌گرفته، نتیجه‌ای در پی نداشته است و همچنان در هاله‌ای از ابهام قرار دارد؛ اما در مواردی که امکان اعمال پالایش هوشمند وجود داشته باشد، دولت نباید بدون دلیل موجه به پالایش غیرهوشمند اقدام کند. در صورت اعمال پالایش غیرهوشمند یا اعمال پالایش هوشمند بدون دلیل موجه، دولت به طور قطع ملزم به جبران خسارت زیان دیدگان می‌باشد زیرا این حالت، داخل در عموم قاعده لاضرر است و مشمول مخصص این قاعده در مسئولیت مدنی دولت نیست.

اما اگر دولت با وجود امکان اعمال پالایش هوشمند، به پالایش غیرهوشمند مبادرت ورزد و برای این کار دلیل موجه داشته باشد، مثلاً چنانچه با اعمال پالایش هوشمند خطری که امنیت، اقتصاد، فرهنگ و اجتماع را تهدید

می‌کند، از بین نرود، عمل دولت در پالایش غیرهوشمند جواز قانونی دارد و تقصیر و قصوری رخ نداده است؛ و باید بین فرضی که زیان‌دیدگان اکثریت جامعه را تشکیل می‌دهند و فرضی که زیان‌دیدگان خاص و محدودند، تفاوت قائل شد. در فرضی که زیان‌دیدگان اکثریت جامعه را تشکیل می‌دهند، دولت مجبور به جبران خسارت نیست؛ زیرا این حالت بر مبنای جواز دولت در دفع خطر مهم تر قابل توجیه است؛ و در فرضی که زیان‌دیدگان محدودند، جبران خسارت امری الزامی است و داخل در عموم قاعدهٔ لاضرر است.

چنانچه امکان اعمال پالایش هوشمند وجود داشته باشد و دولت، تنها سایت، کانال یا گروهی را که آسیب اجتماعی، امنیتی یا اقتصادی به کشور وارد می‌کند، پالایش کند، به دلیل نامشروع بودن موضوع فعالیت، جبران خسارت منتفی است؛ ولی اگر سایت، کانال یا گروهی که فعالیت‌های قانونی و مشروع انجام می‌دهد، پالایش شود، جبران خسارت بر اساس قاعده «لاضرر» و نظریه «تقصیر» می‌باشد.

## ۲-۴. امکان اعمال پالایش هوشمند وجود نداشته باشد

در حال حاضر در کشور ایران، امکان اعمال پالایش هوشمند در بیشتر موارد وجود ندارد؛ همانند شبکه‌های اجتماعی که رمزنگاری شده‌اند و پالایش هوشمند آنها ممکن نیست. در مواردی که امکان اعمال پالایش هوشمند وجود ندارد، چنانچه عمل دولت در اعمال پالایش غیرهوشمند برای احتراز از یک آسیب امنیتی، اجتماعی یا اقتصادی باشد و زیان‌دیدگان محدود باشند، جبران خسارت امری مسلم است؛ زیرا این فرض داخل در عموم قاعدهٔ لاضرر است؛ و چنانچه زیان‌دیدگان اکثریت جامعه را تشکیل دهند، دولت ملزم به جبران خسارت نیست؛ زیرا این حالت، بر پایه نظریه اعمال حاکمیت و احتراز از خسارت مهم تر موجب عدم مسئولیت دولت است؛ اما اگر دولت بدون دلیل موجه اقدام به پالایش غیرهوشمند کند، به دلیل آنکه در زمینهٔ اعمال پالایش رخ داده است، ملزم به جبران خساراتی است که به سبب پالایش غیرهوشمند به شهروندان وارد شده است؛ چه زیان‌دیدگان خاص باشند و چه اکثریت جامعه متضرر شوند (پورنقی و همکاران، ۱۳۹۸)؛ زیرا این حالت، داخل در عموم قاعدهٔ لاضرر است، هرچند که در فرض محدود نبودن زیان‌دیدگان دولت با محدودیت بودجه مواجه خواهد شد. با این اوصاف، امکان یا عدم امکان پالایش هوشمند، در مسئولیت مدنی دولت تأثیرگذار است.

## نتیجه‌گیری

پیدایش فضای سایبری و داشتن ویژگی‌های منحصر به فردی همچون ناملموس بودن این فضا، باعث شده است که این محیط، خطراتی از محیط حقیقی باشد؛ همچنین، ویژگی هویت پنهان و دروغین فعالان این حوزه، که عامل رجوع کاربران اینترنت به واسطه‌های اینترنتی شده است، در واقع واسطه‌های اینترنتی امکان دسترسی کاربران را به این شبکه فراهم می‌کنند یا بعد از اتصال، امکاناتی را به کاربران خود ارائه می‌دهند؛ بنابراین اشخاص برای اتصال

به اینترنت از واسطه‌های اینترنتی، استفاده می‌کنند. لذا اهمیت جایگاه این واسطه‌های اینترنتی بسیار زیاد است؛ زیرا بدون آنها اصولاً برقراری ارتباط در فضای سایبری ممکن نخواهد بود.

امروزه، چه دولت را در کنار ملت بدانیم، چه در مقابل آنان، با توسعه حوزه عمل دولت‌ها، شاهد گستردگی تصمیمات و اقدامات آنها هستیم. این تصمیمات و اقدامات می‌تواند در عین راه‌گشایی در انجام مأموریت‌های دولت‌ها و فراهم کردن زمینه‌های پیشرفت و تعالی کشور و آحاد ملت، موجب ورود زیان و خسارت برای برخی از مردم شود و به مسئله مسئولیت مدنی دولت منتهی گردد.

کاربرد فناوری اطلاعات و ارتباطات جهت ارائه خدمات دولتی به جامعه، که از آن تحت عنوان «دولت الکترونیک» نام می‌برند، ابتکار عمل جدیدی است که قصد دارد زمینه دسترسی آسان‌تر و مطلوب‌تر شهروندان به خدمات عمومی را از طریق رسانه‌های الکترونیک فراهم کند و روابط مدیریت دولتی و شهروندان را به گونه‌ای جدید پی‌ریزی نماید. از جمله راهکارهای ارتقای کارایی دولت، پیاده‌سازی و استقرار سیستم‌هایی است که به‌طور خلاصه با عنوان دولت الکترونیک شناخته می‌شوند. در واقع، دولت الکترونیک یکی از پدیده‌های مهم حاصل از به‌کارگیری فناوری اطلاعات و ارتباطات است که تحولات عمیقی را در شیوه زندگی بشر امروزی ایجاد کرده است. تردیدی نیست که پیدایش و گسترش روزافزون ابزارهای جدید ارتباطات و اطلاعات، از جمله رایانه‌ها، تلفن‌های همراه و در نهایت، تولد فضای سایبر و به‌طور خاص اینترنت، که امکان مبادلات از راه دور و در محیط‌های الکترونیکی را بیش‌ازپیش در اشکال گوناگون فراهم ساخته، به‌تبع اثرگذاری در مناسبات اقتصادی و اجتماعی، برخی از قواعد حقوق سنتی را نیز با چالش روبه‌رو کرده است؛ چراکه «حقوق» در مفهوم کلی، قواعد تنظیم مناسبات اجتماعی است. اگرچه ماهیت ارتباطات در فضای سایبری نسبت به جهان واقعی، به‌علت اقتضانات متفاوت هر دو فضا تغییر یافته است، اما این فناوری توان تغییر کلی ماهیت روابط و وضعیت‌های حقوقی حاکم بر این ارتباطات را نداشته و ندارد و قدر مسلم، انطباق آنها با محیط‌های الکترونیک و مجازی را ضروری می‌کند؛ چون فضای سایبر با توجه به مقتضای خود، رفتارها و اشخاص جدید را وارد قلمرو حقوق می‌کند و در کنار سایر مناسبات حقوقی، مسائل گوناگون حقوقی فعالان پرشمار این عرصه را مطرح می‌سازد. از جمله شایع‌ترین و مهم‌ترین مسائل حقوقی فضای سایبر، مسئولیت مدنی دولت در فضای سایبر است که مسئله پالایش آن، در این مقاله مورد واکاوی و ارزیابی قرار گرفته است.

در جریان این ارتباطات سایبری، ممکن است افعال زیان‌باری نظیر نقض قانون و نقض اصول اخلاق سایبری صورت گیرد که موجب طرح ادعاهایی از طرف زیان‌دیدگان علیه دولت شود. به‌عبارت‌دیگر در راستای ارائه خدمات الکترونیکی دولت در فضای سایبر، ممکن است در نتیجه تقصیر یا خطای دولت و مستخدمین دولتی، زیانی به اشخاص وارد شود که در صورت ایراد خسارت، موضوع مسئولیت مدنی دولت در فضای سایبر مطرح می‌شود.

مسئولیت مدنی دولت در فضای سایبر، از این جهت اهمیت دارد که ماهیت فضای سایبر با دنیای واقعی متفاوت است و مختصات و اقتضائات خاص خود را دارد.

در صورتی که امکان اعمال پالایش هوشمند وجود داشته باشد و دولت تنها سایت، کانال یا گروهی را که آسیب اجتماعی، امنیتی یا اقتصادی به کشور وارد می‌کند، پالایش کند، به دلیل نامشروع بودن موضوع فعالیت، جبران خسارت منتفی است؛ ولی اگر سایت، کانال یا گروهی که فعالیت‌های قانونی و مشروع انجام می‌دهد، فیلتر شود، جبران خسارت امری مسلم است؛ اما چنانچه امکان اعمال فیلترینگ هوشمند وجود نداشته باشد و دولت به‌طور مشروع و قانونی برای احتراز از یک تهدید امنیتی، فرهنگی، اقتصادی یا اجتماعی به پالایش غیرهوشمند مبادرت ورزد، اگر زیان‌دیدگان اکثریت جامعه را تشکیل دهند، دولت به جهت محدودیت بودجه و اعمال حاکمیت الزامی به جبران خسارت ندارد؛ اما اگر زیان‌دیدگان تعداد محدود و معینی باشند، دولت ملزم به جبران خسارت است.

## پیشنهادهای

۱. فناوری ارتباطی و اطلاعات، بسان فناوری‌های دیگر که با انگیزه خدمت و رفاه بشری پدید آمده است و گسترش می‌یابد، اثر دوگانه دارد: هم می‌تواند مطلوب جامعه بشری واقع شود و هم می‌تواند دارای جنبه‌های منفی و تهدیدکننده حقوق بشری باشد که حقوق افراد جامعه را تحت تأثیر قرار می‌دهد. از آنجاکه دامنه استفاده از فضای سایبر محدود به جغرافیای خاصی نیست، در صورت عدم سامان‌دهی و استفاده ناصحیح از آن، ممکن است بر حقوق شهروندان جامعه جهانی از جنبه‌های مختلف اثر گذارد و موجب نقض حقوق شهروندی آنان، به‌ویژه حق بر حریم خصوصی شود که شدیداً متأثر از فناوری است. بنابراین، سامان‌دهی این فضا نیازمند سازوکارهای تقنینی و مقرراتی صحیح متناسب با مقتضیات آن فضا خواهد بود. حتی آن دسته از قوانینی که برای صیانت از حقوق بنیادی بشری وضع شده و لازم‌الاجرایند نیز شاید نیازمند بازنگری و بازآفرینی بر پایه اندیشه‌های نوآورانه و سازگار با دنیای نوین باشند و دولت باید با پیش‌بینی سازوکارهای کارآمد همچون بیمه مسئولیت در فضای سایبر، از حقوق اساسی شهروندان خود در برابر تهدیدها و آسیب‌های ناشی از بسط و توسعه فناوری صیانت به‌عمل آورد.

۲. تشکیل کمیته صیانت از حریم خصوصی شهروندان در فضای سایبر، متشکل از حقوق دانان زنده (نمایندگان قوه قضاییه)، کارشناسان فنی و حقوقی (نمایندگان سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی)، نماینده شورای عالی امنیت ملی، نماینده شورای عالی فضای مجازی و نماینده اپراتورها.

۳. افزایش مسئولیت‌های دولت در تمامی سطوح (فراهم کردن، ایجاد کردن، حمایت کردن و ارتقای نهادهای دولتی و همه بخش‌های جامعه مدنی به صورت یک شخصیت واحد) به منظور ایفای نقش در حفظ حقوق شهروندان در فضای سایبر.

## منابع

- احمدوند، بهناز، ۱۳۹۵، جایگاه دولت در نظام جامع رسانه‌های همگانی، تهران، خرسندی.
- اکبرزاده، علیرضا، ۱۳۹۷، مخاطب محوری در مواجهه با شبکه‌های اجتماعی، چ چهارم، اصفهان، سیمای فلق.
- بابازاده مقدم، حامد و عمار اسلام‌خواه، ۱۳۹۵، «پالایش (فیلترینگ) اینترنت در اروپا»، *علوم خبری*، ش ۱۷، ص ۱۳۷-۱۵۶.
- پورنقی، سالار و همکاران، ۱۳۹۸، «مسئولیت مدنی دولت در قبال فیلترینگ (پالایش) فضای مجازی»، *حقوق و فناوری اطلاعات*، سال اول، ش ۱، ص ۱۰۴-۱۴۴.
- جاویدینا، جواد و همکاران، ۱۳۹۴، «واکاوی سیاست‌های پالایش محتوای مجرمانه (فیلترینگ) از منظر فقهی»، *دین و ارتباطات*، سال بیست و دوم، ش ۲، ص ۳۵-۶۱.
- جاویدینا، جواد، ۱۳۹۸، *واکاوی پالایش محتوا (فیلترینگ) از منظر فقهی و حقوقی*، تهران، خرسندی.
- حسینی‌نژاد، سیدمجتبی و همکاران، ۱۳۹۶، «تحلیل و بررسی فقهی اجرای فیلترینگ در فضای مجازی»، *حکومت اسلامی*، ش ۸۴، ص ۲۷-۵۶.
- صادقی، حسین، ۱۳۸۹، «مسئولیت مدنی واسطه‌ها و تأمین‌کنندگان خدمات ارتباطات الکترونیک»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره چهارم، ش ۲، ص ۱۹۹-۲۱۸.
- \_\_\_\_، ۱۳۹۶، *مسئولیت مدنی در ارتباطات الکترونیکی*، چ دوم، تهران، میزان.
- فریدمن، ال، هن بل و جلو کویچ، ۱۳۸۷، «راهبردهای دولتی برای ساماندهی مشترک اینترنت در امریکا، اروپا و چین»، ترجمه محمدعلی نوری و فائزه عامری، *اطلاع‌رسانی حقوقی*، سال ششم، ش ۱۴، ص ۱۷۳-۱۸۹.
- فیروزآبادی، ابوالحسن، ۱۳۹۹، *درآمدی بر حکمرانی فضای مجازی*، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام و مرکز ملی فضای مجازی.
- کرامتی معز، هادی و سید محمود میرخلیلی، ۱۳۹۹، «نقد سیاست‌های پالایش (فیلترینگ) در پیشگیری از بزه‌دیدگی نوجوانان در شبکه‌های اجتماعی مجازی به‌عنوان محیطی نوین از جغرافیای انسانی»، *نگرش‌های نوین در جغرافیای انسانی*، سال دوازدهم، ش ۲، ص ۷۵-۹۶.
- عاملی، سیدسعیدرضا، ۱۳۹۶، *نظریه‌ها و مفاهیم اساسی دولت الکترونیک*، تهران، امیرکبیر.
- معمذنژاد، رویا، ۱۳۹۷، «وظایف دولت‌ها در عرصه تکنولوژی‌های دیجیتال از دولت انحصارطلب تا دولت رگولاتور»، *علوم خبری*، ش ۲۸، ص ۹-۳۶.
- ملکوتی، رسول، ۱۳۹۵، *مسئولیت مدنی در فضای سایبر*، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- میری، حمید، ۱۳۹۴، *مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنتی*، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی.
- Clintova, Maria, 2015, "Open Government Policy In Canada: Will Social Media Change Interaction Between Government And Citizens?", *presented at the International Conference on Public Policy*, Milan, Italy, Catholic University of Sacro Cuore.
- Lemley, mark, 2003, "place and cyberspace", *California Law Review*, V. 91, Issue 2, Article 5, p 521-542.
- Rogow, Faith, 2009, "Teaching Media Literacy in Less Than an Hour", *Journal of Media Literacy Education*, N.1, p.72-78.




## محدودیت‌های آزادی بیان در اسناد بین‌المللی و اسلام

سیدطه موسوی میرکلائی / دکترای تخصصی حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران

taha\_mo61@yahoo.com

ساوالان محمدزاده / کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و پژوهشگر گروه حقوق بشر و بین‌الملل پژوهشگاه قوه قضائیه

savalan.mohamadzadeh75@gmail.com  orcid.org/0000-0002-0234-7468

 <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0>

دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۰۱ - پذیرش ۱۴۰۰/۰۷/۰۷

### چکیده

آزادی بیان یکی از حقوق بنیادین بشر و درعین حال یکی از ملزومات شکوفایی استعداد‌های انسان در دنیای مدرن امروزی است. آگاهی از رویکرد اسناد بین‌المللی و اسلام به محدودیت‌های آزادی بیان، این فرصت را فراهم خواهد آورد تا در تطبیق این دو رویکرد، نقاط قوت و ضعف هریک مشخص شود. به‌علاوه، بررسی محدودیت‌های آزادی بیان در اسناد بین‌المللی و اسلام، ارزیابی رویه دولت‌های اسلامی در این خصوص را امکان‌پذیر کرده، نکات برجسته آنها را نشان خواهد داد. پرسش اساسی در این مقاله آن است که اسناد بین‌المللی و اسلام چه رویکردی به محدودیت‌های آزادی بیان دارند. مقاله حاضر با روش توصیفی - تحلیلی به این نتیجه می‌رسد که از حیث گستره مفهومی و دامنه شمول، محدودیت آزادی بیان در اسناد بین‌المللی متفاوت با شریعت اسلامی است. البته این تفاوت در مبانی نظام حقوق بین‌الملل و نظام اسلامی ریشه دارد.

**کلیدواژه‌ها:** حقوق بنیادین بشر، آزادی بیان، اسناد بین‌المللی، نظام بین‌المللی حقوق بشر، نظام حقوقی اسلام.

در نظام بین‌المللی حقوق بشر، نظر به آنکه حقوق بشر از نظر ادعاها یا خواسته‌های مطرح‌شده علیه دولت، مبتنی بر عقایدی است که بر رابطه بین فرد و اقتدار یا فرد و دولت تأکید می‌کند، آزادی بیان برای انسان‌ها از جمله حقوقی است که دولت باید آن را تضمین کند. آزادی بیان، از نظر مطالبات سیاسی، از جمله سنگ‌بناهای دموکراسی‌های مشروطه است و در حقوق بشر جایگاه مهمی دارد؛ تاجایی که برخی آن را منشأ ایجاد نظریه حقوق بشر می‌دانند (کمبر، ۱۳۹۰، ص ۳-۴). وظیفه دولت‌ها در این میان، علاوه بر شناسایی این حق، ایجاد بسترهایی برای تضمین این حق نیز هست؛ به این مفهوم که تعهد دولت‌ها در این باب، تنها جنبه سلبی نداشته و بلکه ایجابی نیز می‌باشد. از نظر اسلام، آزادی به آن معنا نیست که هر عقیده انسان لزوماً باید محترم باشد. از سوی دیگر، آزادی در رویکرد اسلام علاوه بر جنبه اجتماعی آن، که به معنای عدم ایجاد مانع در زندگی تکاملی سایر اعضای جامعه است، جنبه معنوی نیز دارد که عبارت است از رهایی از هواهای نفسانی و ردایل اخلاقی. این ملاحظات موجب می‌شود که آزادی بیان در اسلام به صورت محدود پذیرفته شود. نظر به ملاحظه نخست، حتی در مواردی مانند تغییر دین، که بنا بر اسناد بین‌المللی حقوق بشر امکان توسل به آزادی بیان وجود دارد، در اسلام نه تنها چنین جوازی در دسترس نیست، بلکه در قالب ارتداد، برای آن جرم‌انگاری نیز صورت گرفته است. نظر به ملاحظه دوم، غیبت، توهین و افشای اسرار و عیوب دیگران، از عوامل محدودکننده آزادی بیان شمرده می‌شود.

در نظام بین‌المللی حقوق بشر، آزادی بیان تنها به معنای آزادی سخن نیست؛ بلکه ابعاد دیگری همچون حق دسترسی به اطلاعات، حق دسترسی به فناوری‌های جدید اطلاع‌رسانی از جمله اینترنت، حق دسترسی به ماهواره، حق آزادی بیان در قالب آثار ادبی و هنری، و حق آزادی مطبوعات را نیز شامل می‌شود. نکته قابل تأمل در خصوص ابزار مورد استفاده در آزادی بیان این است که پیشرفت فناوری و اختراع ابزار جدید، آثار متفاوت و بعضاً متضادی بر آزادی بیان داشته است؛ برای نمونه، گسترده‌گی، ارزانی، سرعت و سادگی استفاده از ابزار جدید، به‌ویژه اینترنت، موجب تأمین بهتر حق آزادی بیان برای عموم شده است؛ اما از سوی دیگر، این تحول موجب افزایش خطر سوءاستفاده از آزادی بیان نیز شده است. در این خصوص، آقای عابد حسین، گزارشگر ویژه کمیته حقوق بشر در آزادی بیان، اظهار می‌کند: «فناوری‌های جدید و به‌ویژه اینترنت، ابزار مهمی هستند که می‌باید در راستای احترام به حقوق و عدالت اجتماعی مورد استفاده قرار گیرند؛ بنابراین تا حدی که عدم توازن شدید بین فقرا و ثروتمندان یا بین جوامع توسعه‌یافته و کمتر توسعه‌یافته در دسترسی و استفاده سازنده از این ابزار وجود دارد، این اصل به‌طور کامل رعایت نشده است» (حسین، ۲۰۰۱، ص ۶۴).

ضرورت طرح موضوع مقاله حاضر از آن‌روست که در دنیای توسعه فناوری و عصر ارتباطات، آزادی بیان در تعریف موسع پیش‌گفته، به‌مثابه یکی از ضروریات هر جامعه، غیرقابل انکار است. تعهدات بین‌المللی دولت‌ها و لزوم

رعایت و تصویب کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی نیز برای تحقق چنین ضرورتی شکل گرفته‌اند. با وجود این، دولت‌های اسلامی علاوه بر تعهدات بین‌المللی مزبور، از موازین اسلامی نیز در این زمینه متأثرند. تحلیل موضع اتخاذی دولت‌های اسلامی در این میانه آنگاه میسر است که نسبت آزادی بیان و محدودیت‌های آن در اسناد بین‌المللی و اسلام مشخص شود. بنابراین، پرسش اصلی در این مقاله آن است که اسناد بین‌المللی و اسلام چه رویکردی به محدودیت‌های آزادی بیان دارند؟ مقاله پیش‌رو با روش توصیفی - تحلیلی و ابزار کتابخانه‌ای به این نتیجه نائل می‌شود که از حیث گستره مفهومی و دامنه شمول، محدودیت آزادی بیان در اسناد بین‌المللی با شریعت اسلامی متفاوت است. البته این تفاوت در مبانی متفاوت نظام حقوق بین‌الملل و نظام حقوقی اسلام ریشه دارد.

مروری بر ادبیات حقوقی موجود در خصوص موضوع، مؤید آن است که عنوان مقاله حاضر چندان مورد بررسی نبوده و از این حیث واجد وصف نوآوری است. برای نمونه، مقاله «محدودیت‌های آزادی بیان در اعلامیه اسلامی حقوق بشر با رویکرد به اسناد بین‌المللی» (ملکوتی و دیگران، ۱۳۹۵)، صرفاً به مقایسه اعلامیه اسلامی و سایر اسناد بین‌المللی پرداخته و موضع اسلام را مجزا از اعلامیه مزبور واکاوی نکرده‌اند. همچنین مقاله «محدودیت‌های آزادی بیان و استانداردهای حاکم بر آنها در اسناد بین‌المللی حقوق بشر» (مظهری و ناصری، ۱۳۹۴)، صرفاً محدودیت‌های آزادی بیان را از منظر اسناد بین‌المللی مورد مذاقه قرار داده و جنبه تطبیقی با اسلام را مدنظر قرار نداده‌اند. مقاله «بررسی تطبیقی محدودیت‌های آزادی بیان در تلویزیون از منظر اسناد بین‌المللی حقوق بشر و حقوق موضوعه ایران» (احمدی و دیگران، ۱۳۹۵)، نیز فارغ از ارزیابی محدودیت‌های آزادی بیان در رویکرد اسلامی است.

مقاله پیش‌رو ابتدا آزادی بیان و محدودیت‌های آن را در اسناد و قوانین بین‌المللی جهانی، به‌ویژه در اسناد سازمان ملل متحد (از جمله اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، و کنوانسیون حقوق کودک) بررسی می‌کند؛ سپس به تبیین این مقوله در اسناد منطقه‌ای (کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، منشور آفریقایی حقوق بشر و ملت‌ها و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر) می‌پردازد و نهایتاً موازین اسلامی در این زمینه را مورد مذاقه قرار خواهد داد.

## ۱. محدودیت‌های آزادی بیان در اسناد و قوانین بین‌المللی جهانی

در چارچوب حمایت جهانی و نظارت بر حقوق بشر در کشورهای مختلف، نظام سازمان ملل متحد با ساختار نهادی خود و توافقاتی که مبنای آن رضایت دولت‌هاست، از اهمیت اساسی برخوردار است. در این زمینه، به‌منظور حمایت از آزادی بیان، معاهدات مختلفی به تصویب رسیده که منشأ همه آنها اعلامیه جهانی حقوق بشر است. لذا این بخش از مقاله به بررسی محدودیت‌های آزادی بیان در اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، و کنوانسیون حقوق کودک می‌پردازد.

## ۱-۱. محدودیت آزادی بیان در اعلامیه جهانی حقوق بشر

سازمان ملل، بعد از تجربه فجایعی که در جنگ جهانی دوم رخ داد، ایده کلی درباره ظهور نظام‌هایی مبتنی بر حقوق بشر را مطرح کرد. بدین منظور اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸) برای حمایت از حقوق بشر به تصویب رسید (تورکون، ۱۳۸۱، ص ۶۸۸). تصویب این اعلامیه نشان می‌دهد که زمینه جهانی‌سازی برای حقوق بشر آغاز شده است (سیولک، ۱۳۷۰، ص ۳۸۳). مهم‌ترین جنبه اعلامیه این است که پس از منشور ملل متحد، به حقوق بشر بُعد جهانی و بین‌المللی داد. در واقع، این اعلامیه به‌عنوان سندی اختصاصی در حوزه حقوق بشر، به این حقوق اعتباری بین‌المللی بخشید. معاهداتی که براساس اعلامیه جهانی حقوق بشر منعقد شده‌اند، از حیث سازوکارهای نظارتی و حمایتی حقوق بشر پیشتانزند (گولمز، ۱۳۸۲، ص ۲۰). با وجود این، اعلامیه از حیث شکلی، ماهیت غیرالزام‌آور دارد. از این‌رو برخی استدلال کرده‌اند که این اعلامیه ضمانت اجرا ندارد (آناپورت، ۱۳۸۲، ص ۳۱)؛ لکن از جنبه ماهوی، باید محتوای اعلامیه جهانی حقوق بشر را حاوی مفادی الزام‌آور تلقی کرد؛ زیرا اولاً مفاد آن در بسیاری از معاهدات بین‌المللی بازتأکید شده است که جملگی الزام‌آورند؛ ثانیاً محتوای اعلامیه جهانی، امروزه در رویه دولت‌ها احترام قابل‌ملاحظه‌ای یافته و در بسیاری از موارد به عرف بین‌المللی تبدیل شده است؛ ثالثاً بخشی از مفاد آن می‌تواند قاعده امره بین‌المللی محسوب شود؛ رابعاً اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب مجمع عمومی ملل متحد است که این رکن، مصداق برابری میان همه اعضای ملل متحد است و از این جهت مصوبات آن ارزشی معنوی دارد.

ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر قیودی را به‌عنوان تعریف، مصادیق و ضوابط آزادی بیان به‌رسمیت شناخته است. مطابق این ماده، «هرکس حق آزادی عقیده و بیان دارد و حق مزبور شامل آن است که از داشتن عقاید خود بیم نداشته باشد و در کسب اطلاعات و افکار و در انتشار آن با تمام وسایل ممکن و بدون ملاحظات محدودیت‌ها، آزاد باشد». این اعلامیه درباره آزادی بیان چارچوبی کلی را ترسیم کرده است که تضمین می‌کند هیچ‌گونه محدودیت یا دخالتی در استفاده از آزادی بیان، آزادی دسترسی به اطلاعات و گسترش آزادی بیان وجود ندارد. باین حال، ضمن اعمال و بهره‌مندی از حقوق و استفاده از آزادی‌های خود که در بند ۲ ماده ۲۹ این اعلامیه تنظیم شده است، فقط به‌منظور تضمین احترام به حقوق و آزادی‌های دیگران و برآورده کردن الزامات اخلاق و نظم عمومی در جامعه آزاد می‌توان آزادی بیان را محدود کرد.

آزادی بیان به‌صورت ضمنی در ماده ۱۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر که ناظر به آزادی فکر و مذهب است، نیز آمده است: «هرکس حق دارد که از آزادی فکر و مذهب بهره‌مند گردد. این حق، متضمن آزادی تغییر مذهب و همچنین متضمن آزادی اظهار عقیده است. هرکس می‌تواند از این حقوق به‌طور خصوصی یا به‌طور عمومی برخوردار باشد». اعلامیه جهانی حقوق بشر در باب آزادی بیان، بیشتر دیدگاه گروهی از اندیشمندان غربی همچون

ژان ژاک روسو یا جان استوارت میل را که از طرفداران افراطی آزادی بیان بودند، منعکس کرده است (افضلی، ۱۳۷۸، ص ۲۷۰-۲۷۱). تنها محدودیتی که در ماده ۱۹ برای آزادی بیان ذکر شده، تجاوز به آزادی‌های دیگران است که با لطمه زدن به حسن شهرت دیگری نیز محقق می‌شود. در سایر مواد، نه تنها سخنی از محدودیت آزادی بیان به میان نیامده، بلکه بر نامحدود بودن آن تأکید شده است. البته مفاد ماده ۲۹ که به صورت کلی و مطلق به آزادی‌های بشری پرداخته است، شامل آزادی بیان نیز می‌شود. این ماده، آزادی‌های فردی را فقط تابع محدودیت‌هایی قرار می‌دهد که لزوماً به وسیله قانون تعیین می‌شود و ناظر به تضمین حقوق و آزادی‌های دیگران، رعایت ملزومات اخلاق، نظم عمومی و رفاه عام در جامعه‌ای دموکراتیک باشد (اعلامیه جهانی حقوق بشر، ۱۹۴۸، ماده ۱۹)؛ بنابراین آزادی بیان از منظر اعلامیه جهانی حقوق بشر از دو جهت می‌تواند محدود شود: نخست از جهت تعارض با حقوق و آزادی‌های دیگران؛ و دوم به موجب قانونی که در فرایندی دموکراتیک تصویب شده و در مقام دفاع از اخلاق، نظم عمومی یا رفاه عام باشد.

## ۲-۱. محدودیت آزادی بیان در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) از این حیث تفاوتی اساسی با اعلامیه جهانی حقوق بشر دارد که به لحاظ شکلی نیز سندی الزام‌آور است. در بند ۱ ماده ۲ میثاق، واژه «تضمین کردن» به کار رفته است. این واژه به خوبی تصریح می‌کند که دولت‌های عضو میثاق ملزم‌اند یک رشته اقدامات ایجابی و مثبت را برای تحقق کامل حقوق حمایت‌شده در میثاق انجام دهند. در نتیجه، کافی نیست دولتی اعلام کند که در اعمال حقوق یادشده مانع ایجاد نکرده یا مداخله ننموده است؛ بلکه دولت موظف است وسایل احقاق حق را فراهم کند (رضوانی، ۱۳۹۵، ص ۷۰).

آزادی بیان در مواد ۱۹ و ۲۰ میثاق مقرر شده است. مطابق ماده ۱۹:

۱. هیچ کس را نمی‌توان به مناسبت عقایدش مورد مزاحمت و اخافه قرار داد؛ ۲. هر کس حق آزادی بیان دارد. این حق شامل آزادی تفحص و تحصیل و اشاعه اطلاعات و افکار از هر قبیل، بدون توجه به سرحدات، خواه شفاهاً یا به صورت نوشته یا چاپ یا به صورت هنری یا به هر وسیله دیگر به انتخاب خود می‌باشد؛ ۳. اعمال حقوق مذکور در بند ۲ این ماده، مستلزم حقوق و مسئولیت‌های خاص است و لذا ممکن است تابع محدودیت‌های معینی بشود که در قانون تصریح شده و برای امور ذیل ضرورت داشته باشد: الف) احترام به حقوق و حیثیت دیگران؛ ب) حفظ امنیت ملی یا نظم عمومی یا سلامت یا اخلاق عمومی.

میثاق نیز مانند اعلامیه، اعمال محدودیت بر این حق را منوط به قانون داخلی دولت مربوطه می‌کند؛ البته علاوه بر حقوق و آزادی‌های دیگران، ملزومات اخلاق و نظم عمومی، دو عامل «امنیت ملی» و «سلامت عمومی» را نیز از موارد اعمال محدودیت برمی‌شمرد؛ اما از رفاه عام مذکور در اعلامیه، سخنی به میان نمی‌آورد.

مطابق مفاد میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، آزادی بیان پایه و اساس قانونی برای هر فرد فراهم می‌کند؛ گرچه جزو گروه‌های اقلیت در یک جامعه باشد. همچنین از ماده ۱۹ میثاق استفاده می‌شود که بیان را می‌توان به روش‌ها و اشکال مختلف و بدون محدودیت، از حیث فضای حاکم، منتقل کرد (اویار، ۱۳۸۴، ص ۶۳). به بیان دیگر، آزادی بیان را می‌توان به روش‌ها و اشکال مختلف و بدون محدودیت، به همه افراد تسری داد. در نتیجه، آزادی بیان فقط شامل اطلاعات و نظریه‌هایی که عموماً مفید یا صحیح پنداشته می‌شوند، نیست؛ بلکه متضمن هر واقعیت یا نظری است که قابل گفت‌وگو و شنود باشد. کمیته حقوق بشر در این زمینه مقرر می‌دارد: «بند دوم ماده ۱۹ میثاق، هر نوع نظر و ایده شخصی قابل انتقال به دیگران را دربرمی‌گیرد... و شامل اخبار و اطلاعات، اعلانات و تبلیغات تجاری، کارهای هنری و غیره می‌شود. این ماده نباید به اظهارنظر در امور سیاسی، فرهنگی یا هنری محدود شود» (کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد، ۱۳۶۷، ص ۳-۱۱). این برداشت از میثاق در کنار نظریه کمیته حقوق بشر، مؤید آن است که آزادی بیان از حیث شیوه و حوزه بیان، فاقد محدودیت است. از این رو محدودیت‌های پیش‌گفته در ماده ۱۹ میثاق، نه ناظر به شیوه و حوزه بیان، بلکه معطوف به آثار بیان است؛ آنگاه که این آثار متوجه حقوق دیگران یا خنجرهای جامعه باشد.

عدم محدودیت، از حیث شیوه‌ها و حوزه‌های بیان، نتیجه‌ای واضح دارد: موضوع آزادی بیان صرفاً اطلاعات و نظرها نیست؛ بلکه می‌تواند چیزی غیر از اطلاعات و نظر باشد؛ مثلاً هنرمندی که به قصد سرگرمی افراد، آثاری را خلق می‌کند، خواستار انتقال اطلاعات یا نظر خاصی نیست؛ هرچند عمل او در محدوده آزادی بیان جای می‌گیرد. بر همین اساس، یکی از قضات دیوان اروپایی حقوق بشر اظهار می‌دارد: «اگرچه حق آزادی بیان شامل آزادی جست‌وجو، دریافت یا اشاعه اطلاعات و نظرهاست، اما ممکن است شامل امور دیگری هم باشد؛ زیرا تجلیات بیرونی شخصیت انسان ممکن است اشکال متفاوتی به خود بگیرد که نمی‌توان تمام آنها را در دسته‌های فوق‌الذکر قرار داد» (دیوان اروپایی حقوق بشر، ۱۳۶۷، ضمیمه). عبارت «بدون توجه به سرحدات» در بند ۲ ماده ۱۹ میثاق، حاکی از این است که حق آزادی بیان به مرزهای ملی محدود نمی‌شود؛ به عبارت دیگر، دولت‌ها باید اجازه دهند تمام افراد حاضر در قلمرو آنها، نظرهای خود را به محدوده سایر دولت‌ها ارائه دهند و نظرات را از کشورهای دیگر دریافت کنند. بدیهی است که استفاده از آزادی بیان در چنین مواردی، به هر دو دولت مبدأ و مقصد مربوط می‌شود (سودمندی، ۱۳۹۵، ص ۱۰۲). بنابراین، آزادی بیان از حیث جغرافیای بیان نیز فاقد محدودیت است.

ماده ۲۰ میثاق نیز ناظر به آزادی بیان است. مطابق این ماده، «هرگونه تبلیغ برای جنگ، به موجب قانون، ممنوع بوده و هرگونه دعوت به تفرق ملی یا نژادی یا مذهبی که محرک تبعیض یا مخاصمه یا اعمال زور باشد، قانوناً ممنوع است». ماده مزبور را باید مشتمل بر محدودیتی کلی برای آزادی بیان دانست. محدودیت‌های موجود در مواد ۱۹ و ۲۰ میثاق در زمینه آزادی بیان را که تا اندازه‌ای مبتنی بر فلسفه نظام سازمان ملل متحد است، می‌توان

مبتنی بر یک دلیل موجه دانست که در تطابق با الزامات حقوق بین‌الملل، خطر آسیب رساندن به منافع دیگران و منافع عمومی و نظم عمومی و استفاده از کلمات توهین‌آمیز را به حداقل می‌رساند (ردموند، ۱۳۸۵، ص ۴۲) و این‌گونه، در راستای تحکیم صلح، گامی استوار برمی‌دارد.

### ۱-۳. محدودیت آزادی بیان در کنوانسیون حقوق کودک

یکی از انواع آزادی‌های مشروع کودکان، آزادی بیان است؛ بدین معنا که کودکان بتوانند اندیشه‌ها، احساسات و عواطف خود را آزادانه به روش‌های ممکن بیان کنند. سلب این آزادی، حرکت تکاملی کودک و جامعه را مختل خواهد کرد (سلیمانی و دیگران، ۱۳۹۵، ص ۱۸-۱۹). کنوانسیون حقوق کودک (۱۹۸۹) دولت‌های عضو را وادار به ارائه چارچوب قانونی و سازوکار لازم برای درگیر شدن فعالانه کودکان در تصمیم‌گیری‌های مؤثر بر ایشان کرده است. آزادی بیان نیازمند ایجاد یک محدوده احترام به کودکان برای بیان عقاید و اندیشه‌های خود است. این حق، از اندیشیدن کودکان و فکر کردن آزادانه آنها حمایت کرده، دولت‌ها را به فراهم کردن زمینه برای ایجاد محیط یادگیری و بیان آزادانه دیدگاه‌ها موظف می‌کند (ولوی و دیگران، ۱۳۹۵، ص ۱۷). ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق کودک در زمینه آزادی بیان مقرر می‌دارد: «دولت‌های طرف کنوانسیون تضمین خواهند کرد کودکی که قادر به شکل دادن به اندیشه‌های خود است، بتواند این اندیشه‌ها را آزادانه درباره تمام موضوعاتی که مربوط به وی می‌شود، ابراز کند».

ماده ۱۳ این کنوانسیون نیز از آزادی بیان سخن به میان می‌آورد. مطابق این ماده:

کودک دارای حق آزادی ابراز عقیده است. این حق شامل آزادی جست‌وجو، دریافت و رساندن اطلاعات و عقاید از هر نوع، بدون توجه به مرزها، به صورت کتبی یا شفاهی، به شکل آثار هنری یا از طریق هر رسانه دیگری به انتخاب کودک است. اعمال این حق، ممکن است منوط به محدودیت‌های خاصی باشد؛ ولی این محدودیت‌ها فقط منحصر به مواردی است که در قانون تصریح شده و ضرورت دارند؛ از جمله: الف) برای احترام به حقوق دیگران؛ ب) برای حفاظت از امنیت ملی و نظم عمومی.

در کنوانسیون حقوق کودک نیز احترام به حقوق و آبروی دیگران، حفاظت از امنیت ملی، نظم عمومی، سلامت عمومی و ملزومات اخلاقی، محدودیت‌هایی است که در اعمال آزادی بیان لازم است. این در حالی است که حق برخورداری از تفکر و بیان آزادانه عقاید، جزء حقوق مشروع همه انسان‌ها به‌شمار می‌آید (سلیمانی و دیگران، ۱۳۹۵، ص ۲۰). بنابراین، محدودیت‌های آزادی بیان در کنوانسیون حقوق کودک نیز ناظر به آثار بیان است؛ نه شیوه و حوزه بیان.

این معاهده به کودکان این حق را می‌دهد که مطابق با شرایط خود، افکار خود را شکل دهند. برای اینکه کودکان بتوانند از حق خود در بیان نظرات خود استفاده کنند، لازم است حساسیت خانواده‌ها و عموم مردم، به‌ویژه

کسانی که در مؤسسات مرتبط با کودکان کار می‌کنند، افزایش یابد تا آموزش‌های لازم به آنها داده شود (سودمندی، ۱۳۹۵، ص ۱۰۴).

مجبور بودن کودکان و لزوم حمایت قانون‌گذار از ایشان، عامل غیرقابل انکاری است که نقش نظارتی والدین صالح را بر آزادی‌های کودک، از جمله آزادی بیان او، توجیه می‌کند. این نقش، به‌ویژه در جایی حائز اهمیت است که اعمال آزادی بیان از جانب کودک، به تعرض به حقوق و آزادی‌های دیگران، نظم عمومی، سلامت عمومی یا ملزومات اخلاقی بینجامد. به‌بیان‌دیگر، رعایت دقیق محدودیت‌های آزادی بیان در خصوص کودکان، بدون نقش نظارتی والدین میسر نخواهد بود.

## ۲. محدودیت‌های آزادی بیان در اسناد بین‌المللی منطقه‌ای

علاوه بر نظام حقوق بین‌الملل عام که شامل اسناد و ترتیبات جهانی به‌منظور تضمین آزادی بیان است، حمایت از حق مزبور در حقوق بین‌الملل، موضوع خاص‌گرایی هم قرار گرفته و اسناد و ترتیباتی منطقه‌ای نیز در راستای تضمین بهینه آزادی بیان شکل گرفته است. در میان اسناد منطقه‌ای، کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، منشور آفریقایی حقوق بشر و ملت‌ها، و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر شایان ذکرند.

### ۲-۱. محدودیت آزادی بیان در کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر

کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر (۱۹۶۹)، مصوب مجمع عمومی سازمان دولت‌های آمریکایی است. بخش اول کنوانسیون به تعهد دولت‌های عضو برای اجرای حقوق و آزادی‌های اعطاشده در کنوانسیون در مورد همه افراد، بدون تبعیض از هر حیثی همچون نژاد، رنگ، جنسیت، زبان، مذهب، دیدگاه‌های سیاسی یا سایر دیدگاه‌ها، خاستگاه ملی یا اجتماعی و وضعیت اقتصادی می‌پردازد. کنوانسیون با تأکید بر اینکه دولت‌های عضو باید کلیه مقررات داخلی خود را در راستای مفاد کنوانسیون بررسی کرده، در صورت مغایرت، لغو یا اصلاح کنند، فراگیری کنوانسیون را در میان دول عضو افزایش داده است (بوزکورد، انور، ۱۳۸۱، ص ۹۰).

بند ۱ ماده ۱۳ کنوانسیون تصریح می‌کند: «هر شخص از حق آزادی فکر و بیان برخوردار است که این حق مشتمل بر آزادی جست‌وجو، دریافت و رساندن اطلاعات و عقاید از هر نوع، بدون توجه به محدوده مرزی، چه به صورت شفاهی، نوشتاری یا به شکل هنر یا به هر وسیله دیگر به انتخاب افراد می‌شود». در شق الف بند ۲ همین ماده، محدودیت‌های آزادی بیان ذکر شده است که عبارت‌اند از: احترام به حقوق و حیثیت دیگران؛ حمایت از امنیت ملی، نظم عمومی یا رفاه همگانی؛ و اخلاق؛ با این قید که ضروری باشند و صریحاً به‌وسیله قانون پیش‌بینی شده باشند. ماده ۱۴ کنوانسیون، مسئولیت‌پذیری را برای افرادی که اعمال حق



آزادی بیان ایشان موجب نقض حقوق دیگران می‌شود، پیش‌بینی می‌کند و امکان جبران را با استفاده از همان ابزارهای ارتباطی استفاده‌شده، مورد تصریح قرار می‌دهد.

کمیسیون آمریکایی حقوق بشر به‌عنوان یکی از ارکان سازمان دولت‌های آمریکایی، در صد و هشتمین اجلاس عادی خود که از ۲ تا ۲۰ اکتبر ۲۰۰۰م برگزار شد، اعلامیه‌ی اصول مربوط به آزادی بیان را تصویب کرده است. به‌موجب این اعلامیه، حق آزادی بیان باید آن‌گونه که در ماده‌ی ۱۳ کنوانسیون آمریکایی و سایر مقررات بین‌المللی آمده است، محترم شمرده شود. به‌موجب این اعلامیه، آزادی بیان دامنه‌ی گسترده‌ای دارد و شامل موارد ذیل می‌شود: حق آزادانه بررسی، دریافت و انتشار اطلاعات و نظرات، و حق تمام اشخاص در دسترسی به تمام اطلاعات مربوط به خودشان. ارزیابی نظام دولت‌های آمریکایی درباره‌ی آزادی بیان حاکی از آن است که در این اسناد منطقه‌ای نیز محدودیت‌های آزادی بیان مشابه محدودیت‌هایی است که در نظام حقوق بین‌الملل جهانی وجود داشت؛ یعنی محدودیت‌های یادشده، از حیث آثار بیان است، نه از جنبه‌ی شیوه و حوزه بیان.

## ۲-۲. محدودیت آزادی بیان در منشور آفریقایی حقوق بشر و ملت‌ها

منشور آفریقایی حقوق بشر و ملت‌ها (۱۹۸۱) توسط سازمان اتحادیه‌ی آفریقا به‌منظور ترویج حقوق بشر در قاره آفریقا به‌تصویب رسیده است. مواد ۱ و ۲ این منشور در زمینه‌ی وظایف دولت‌ها در قبال آزادی بیان، قابل توجه است. مطابق ماده‌ی ۱ «دولت‌های عضو سازمان وحدت آفریقا که به‌عضویت منشور درآمده‌اند، باید حقوق، وظایف و آزادی‌های مندرج در منشور را به‌رسمیت شناسند و متعهد شوند قوانین لازم یا اقدامات مناسب دیگر را در جهت اجرای آنها به‌تصویب رسانند». در ماده‌ی ۲ نیز دولت‌های عضو مکلف‌اند «حقوق و آزادی‌های شناخته‌شده در منشور را بدون هرگونه تبعیضی از قبیل نژاد، قومیت، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده‌ی سیاسی یا هر عقیده‌ی دیگر، ریشه‌ی ملی و اجتماعی، ثروت، تولد یا هر وضعیت دیگر در مورد افراد داخل در قلمرو خود اجرا نمایند».

آزادی بیان، در ماده‌ی ۹ این منشور مقرر شده است. مطابق ماده‌ی ۹، «هر فرد باید حق دریافت اطلاعات را داشته و از حق بیان و اشاعه‌ی عقاید خود در چارچوب قانون برخوردار باشد». عبارت «در چهارچوب قانون» ممکن است ناظر به این موضوع باشد که دولت‌های عضو می‌توانند در پوشش قانون، محدودیت‌های گسترده‌ای اعمال کرده، آزادی بیان را محدود کنند. برخی نیز بر این باورند که ممکن است محدودیت‌هایی برای تقویت فرهنگ آفریقا و ارزش‌های آفریقایی وجود داشته باشد (دفیس، ۱۳۷۰، ص ۱۱۸)؛ زیرا منشور آفریقایی، از منظر حقوقی، مانند منع تبعیض، ممنوعیت تبعید در سطح وسیع و حق تعیین سرنوشت نیز اختیارات گسترده‌ای به دولت‌ها می‌دهد تا در چارچوب قانون، محدودیت‌های وسیعی را اعمال کنند. با وجود این، آنچه درباره‌ی آزادی بیان از ماده‌ی ۹ و قید «در چهارچوب قانون» استفاده می‌شود، نمی‌تواند متضمن محدودیتی فراتر از محدودیت‌های مقرر در اسناد بین‌المللی

جهانی باشد؛ زیرا همان‌گونه که در بخش نخست مقاله اشاره شد، جملگی اسناد یادشده نیز بر ضرورت قانونی بودن محدودیت‌ها تأکید ورزیده‌اند.

### ۳-۲. محدودیت آزادی بیان در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر

مطابق کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (۱۹۵۰)، آزادی بیان یکی از پایه‌های اساسی یک جامعه دموکراتیک است. دیوان اروپایی حقوق بشر در تفاسیر خود از ماده ۱۰ کنوانسیون، آزادی بیان را نه تنها شرطی اولیه برای تحقق دموکراسی، بلکه شرطی لازم برای بهره‌مندی افراد از بسیاری دیگر از حقوق و آزادی‌های حمایت‌شده تحت کنوانسیون تلقی می‌کند. دیوان اروپایی همچنین آزادی بیان را با اعمال ماده ۶ کنوانسیون، یعنی دادرسی منصفانه مرتبط می‌داند. آزادی مطبوعات و بیان در قالب هنر نیز به‌زعم دیوان مزبور، مشمول ماده ۱۰ کنوانسیون است. علنی بودن محاکم رسیدگی‌کننده به جرایم مطبوعاتی و جرایم مربوط به آزادی بیان، منصفانه بودن جریان دادرسی، و بی‌طرف بودن قضات و استقلال دادگستری نیز در ارتباط با اعمال این حق، مورد تأکید دادگاه اروپایی حقوق بشر قرار گرفته است (رضوانی، ۱۳۹۵، ص ۷۲-۷۳).

بند الف ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مقرر می‌دارد: «هرکس دارای حق آزادی بیان است. این حق شامل آزادی داشتن عقیده، دریافت و رساندن اطلاعات و اندیشه، بدون مداخله مقامات دولتی و بدون توجه به ملاحظات می‌شود». در بند ۲ این ماده نیز محدودیت‌های آزادی بیان در قالب قانون و در یک جامعه دموکراتیک و مردم‌سالار به‌نفع امنیت ملی، تمامیت سرزمینی، حفظ نظم عمومی، و حمایت از بهداشت و اخلاق عمومی، در صورتی که ضروری باشد، بیان شده است. کنوانسیون اروپایی هم مانند اسناد پیش‌گفته جهانی و منطقه‌ای، دو نوع محدودیت را از هم تفکیک می‌کند که ناظر به آثار بیان هستند: ۱. محدودیت‌هایی که برای حمایت از منافع عمومی اعمال می‌شود؛ ۲. محدودیت‌های محافظت از حقوق دیگران. البته کنوانسیون اروپایی در مقایسه با اسناد پیش‌گفته، که صرفاً بر قانونی بودن محدودیت تأکید داشتند، گامی فراپیش برمی‌دارد و اعمال محدودیت‌ها را به شرایطی منوط می‌کند: ۱. مطابق قانون باشد؛ ۲. براساس یک هدف قانونی، مشروع باشد؛ ۳. برای حفظ جامعه دموکراتیک لازم باشد. در صورت نبود هریک از این شروط، هرگونه اعمال محدودیت، تخلف از ماده ۱۰ محسوب شده، غیرقانونی خواهد بود (کاباساکال، ۱۳۹۰، ص ۳۲۹). در مجموع، اسناد منطقه‌ای نظر به آنکه در جغرافیایی ویژه تدوین می‌شوند و دولت‌های عضو آنها همگونی بیشتری دارند، در تدوین محدودیت‌های آزادی بیان دقت نظر بیشتری دارند و از معیارهای جزئی‌تری بهره برده‌اند. این امر به‌طور خاص در مورد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مشهود است.

### ۳. محدودیت‌های آزادی بیان در اسلام

بسیاری از مستشرقان، اسلام را مخالف هر نوع آزادی و آن را ناقض حقوق بشر به معنای امروزی آن قلمداد کرده‌اند؛ زیرا آزادی‌انگونه که در مفهوم غربی و در اسناد بین‌المللی موجود است، نه در قرآن و نه در سنت و دیگر منابع اسلامی مدنظر می‌باشد (بن سعود البشیر، ۱۳۸۷، ص ۲۷). شالوده فکری اسلام، بر مخالفت با پذیرش بدون تفکر آرا و نظریات بنا شده است؛ حتی اگر آرا و نظریات یادشده مورد پذیرش اکثریت جامعه باشند. دلایل بسیاری در تأیید وجود آزادی بیان و به‌ویژه آزادی اندیشیدن در اسلام در دسترس است که از آن جمله می‌توان به حدود سیصد آیه در قرآن کریم اشاره کرد که موضوع آن ترغیب افراد به تفکر است (صفایی، ۱۳۷۰، ص ۸). همچنین از نظر تاریخی نیز مراجعه به سیره پیامبر اسلام ﷺ و ائمه اطهار علیهم‌السلام مؤید پذیرش آزادی بیان است. نظام حقوقی اسلام و قواعد آن، از جمله امر به معروف و نهی از منکر، آزادی انتقاد از حکمرانان، اصل شورا و مشورت، و پذیرش اجتهاد در دستگاه قانون‌گذاری اسلام، از دیگر مظاهر آزادی بیان در اسلام است. نظر به الزامات کلان مکتب اسلام در خصوص انسان و جامعه، آزادی بیان در هریک از این حوزه‌ها با محدودیت‌هایی مواجه است.

#### ۳-۱. آزادی بیان و محدودیت‌های آن در قرآن کریم و سنت نبوی

آزادی بیان در قرآن کریم، گاه ناظر به شخص انسان و جایگاه اخلاقی اوست؛ گاه معطوف به رابطه میان انسان و حکومت و گاه در ارتباط با نظامات حاکم بر جامعه است. از جنبه نخست، در آیات ۳ و ۴ سوره «الرحمن»، از «بیان» به‌عنوان نعمتی که خداوند بعد از خلقت انسان به او ارزانی می‌دارد، یاد می‌شود. همچنین قرآن کریم انسان‌های صالح را این‌گونه می‌ستاید که سخنان را می‌شنوند و بهترین آن را انتخاب می‌کنند؛ و این مطلب را آنگاه بیان می‌کند که در آیات پیشین، مشرکان را به‌سبب پرستش غیر خدا سرزنش کرده است و بندگان شایسته را از این جهت که از عبادت طاغوت دوری جُسته و به خداوند روی آورده‌اند، تجلیل کرده است (زمر: ۲۰).

از جنبه دوم، یعنی نسبت میان انسان و حکومت یا نظامات حاکم بر جامعه، در منطق قرآن، مردم می‌توانند در امور مربوط به جامعه و حکومت اظهارنظر کنند و به انتقاد بپردازند و تا آنجا که به مصالح مهم جامعه لطمه وارد نیاید، کسی حق ندارد مانع این آزادی شود. قاعده امر به معروف و نهی از منکر در قرآن کریم ناظر به این مدعاست که درواقع آزادی بیان را جهت تأمین مصالح جامعه و جلوگیری از فساد، برای همهٔ آحاد ملت تضمین کرده است (آل عمران: ۴). در آیه ۱۱۱ سوره «بقره» نیز خداوند در برخورد با مخالفان، آنان را به بیان دلایل خود فرامی‌خواند و از این طریق به برخورداری مخالفان از حق آزادی بیان اشاره دارد.

در مجموع، منطق قرآن، نه آزادی بی‌قیدوشرط را تجویز می‌کند و نه محدودیت کامل را مجاز می‌انگارد. وفق آیات قرآن، اولین محدودیت آزادی بیان، مسائل اخلاقی، و دومین محدودیت آن، مسائل سیاسی و اجتماعی است (حجرات: ۱۱). مبرهن است که لازمه تحقق این امر، آزادی بیان و تحمل شنیدن استدلال‌ها و نظرات گوناگون

است (مهرپور، ۱۳۷۰، ص ۷۱). همین منطق را می‌توان در سنت پیامبر اسلام ﷺ ملاحظه کرد. این موضوع، به‌ویژه در آغاز رسالت ایشان برجستگی خاصی دارد.

پیامبر اسلام ﷺ در روزهای اول ابلاغ رسالتش، پیروی از اجداد و نیاکان در پذیرش یا رد یک عقیده را نکوهش کرد (افضلی، ۱۳۷۸، ص ۲۷۱). ایشان همچنین در ابتدای دعوت، به‌منظور اثبات حقانیت رسالت خود، تلاشی در جهت بحث‌های آزاد مذهبی با سایر ادیان را دنبال می‌کرد. آن‌گونه که استاد عمیدزنجانی اظهار می‌کند: پیامبر اسلام ﷺ با تشکیل کنگره‌ها و صحنه‌های بحث آزاد برای طرح دلایل و اظهارنظرهای طرفین و روشن شدن حقیقت، سعی داشتند تا مخالفان را با استناد به ادله عقلی، به موضع پذیرش رسالت خویش سوق دهند. ایشان مناظرات را به‌صورت آزاد برگزار می‌کردند و سخنان مخالفان را به‌دقت می‌شنیدند و به‌طریقی که مایل بودند، پاسخ می‌دادند (عمیدزنجانی، ۱۳۸۸، ص ۳۵۰-۳۵۲).

## ۲-۳. آزادی بیان و محدودیت‌های آن در مکتب و نظام حقوقی اسلام

در نگاه اسلام، آزادی ویژگی خاصی دارد و متأثر از موازین اخلاقی، به‌مثابه آزادی تفسیر می‌شود. استلزام آزادی و آزادی، از وجوه متمایز آزادی در اسلام و اسناد حقوق بشری است و بدان معناست که آزادی را نه‌فقط برای خود، بلکه برای دیگران هم باید مطالبه کرد. انسان آزاده نه‌تنها آزادی را برای خود و قوم و ملت خود می‌خواهد، بلکه برای کل بشریت مطالبه می‌کند. هدف انسان آزاده، از خودخواهی به دیگرخواهی ارتقا یافته است. آزادی، خصیصه‌ای انسانی و عرفانی است. چنین خوانشی از آزادی، مختص اسلام و آورده اسلام است. درست به‌دلیل چنین نگاهی به آزادی در اسلام است که محدوده آزادی‌ها در اسلام نیز متمایز از اسناد حقوق بشری است:

۱. در حقوق بشر از نگاه اسلام، آزادی - که به‌عنوان اصل پذیرفته شده است - مطلق نیست؛ یعنی نباید چنین پنداشت که مردم هرچه را برگزینند، قانون زندگی است. اگر چنین بود، انسان موجودی خردمند بود که می‌توانست فارغ از رسل الهی خود را اداره کند. پس آزادی را باید در جایی محدود کرد. آزادی مطلق بالاترین درجه آزادی است؛ اما آزادی محدود و مقید به ضرورت‌های متعارف نیز تا جایی که انتخاب آزاد و دلخواه و حکومت اراده را از انسان نگیرد، باز هم آزادی و ارزش است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۳۳۹-۳۹۸). در غرب و اسناد بین‌المللی، هرچا سخن از آزادی به‌میان می‌آید، معمولاً بر مطلق بودن آن تأکید می‌شود؛ ولی در اسلام هیچ‌گاه آزادی مطلق برای افراد تجویز نشده است.

۲. از دیدگاه اسلام، آزادی حقیقی دو رکن دارد: یکی عصیان و تمرد؛ و دیگری تسلیم و انقیاد. بدون عصیان و تمرد، رکود و اسارت است؛ و بدون تسلیم و انقیاد در برابر اصول، هرج‌ومرج است. کلمه طیبه «لا اله الا الله» مشتمل بر هر دو رکن است. این دو عنصر، وابسته به یکدیگرند؛ نه آن تسلیم بدون این عصیان میسر است و نه این عصیان بدون اتکا به آن تسلیم، عملی است (مطهری، ۱۳۸۷، ص ۱۱۷-۱۱۹). از این رو آزادی بیان در اسلام

یک آزادی انضباطی با نظارت‌های شرعی است که زمینه‌ها، اهداف و ابزارهای آن معین شده است؛ به‌گونه‌ای که حق فرد را برای ابراز عقیده خود، به‌روشی که به‌نفع خود یا جامعه باشد، تضمین کرده، حقوق دیگران و شارع را نیز مراعات می‌کند (بن‌عواجی صلوی، ۱۳۹۱، ص ۲۴).

۳. مطابق حقوق بشر در اسلام، اگرچه لازمه حق طبیعی و حیثیت ذاتی انسان لزوم احترام به اوست، اما لازمه احترام به انسان، کاری به کار او نداشته نیست. در حقوق بشر غربی و به تبع آن در اسناد بین‌المللی، لازمه احترام به حیثیت ذاتی انسان این است که خواسته‌ها و تمایلات و انتخاب‌های هر انسانی نیز باید محترم شمرده شود؛ یعنی هر عقیده‌ای که انتخاب کرد نیز محترم است؛ هرچند آن عقیده سخیف‌ترین و موهن‌ترین عقاید به شأن و مقام انسان باشد؛ اما در نگرش اسلامی، انسان از آن حیث محترم است که به‌سوی یک هدف تکاملی طبیعی در حرکت است. هر عقیده‌ای که نیروهای کمال‌جوی انسان را راکد کند و در زنجیر قرار دهد، حتی اگر زاینده انتخاب انسان باشد، احترام ندارد؛ بلکه باید آن زنجیر را از دست و پای چنین انسانی باز کرد (مطهری، ۱۳۸۱، ص ۷۵-۷۹). جهان‌بینی حقوق بشری حاکم بر اسناد بین‌المللی - که وفق آن، از نظر عقیده و مذهب نباید مزاحم کسی شد - در واقع این امور را جزء امور خصوصی و سلیقه‌ای و ذوقی می‌پندارند؛ حال آنکه «ایمان و مذهب و توحید، مؤثر در سعادت بشری است و از دیدگاه اسلام اینها جزئی از حقوق بشر و حقوق عمومی همه انسان‌ها محسوب می‌شود» (مطهری، ۱۳۷۶، ص ۵۳-۵۶). چنین نگرشی به انتخاب عقیده، می‌تواند در آزادی بیان و ابراز آن عقیده نیز محدودیت ایجاد کند.

۴. در اسناد بین‌المللی، آزادی معمولاً بدون قید «مسئولانه» مطرح می‌شود؛ مگر صرفاً در مواردی که مزاحم حقوق دیگران باشد؛ اما در حقوق بشر در اسلام، آزادی همان‌گونه که به عدم تراحم با حقوق و آزادی‌های دیگران مقید است، به عدم تباه ساختن حیات معقول و تکاملی انسان نیز مقید است؛ لذا آزادی اسلامی واجد قید «مسئولانه» است (جعفری، ۱۳۸۸، ص ۲۲۱). انسان در نگرش اسلام، در عین اینکه باید آزاد باشد، مسئول نیز هست؛ یعنی آزادی او توأم با مسئولیت است: مسئولیت در برابر حقوق و آزادی دیگران؛ مسئولیت در برابر کرامت ذاتی خود و ارزش‌های جامعه؛ مسئولیت در برابر اصول و معیارهای مکتب وحی برای تعالی و تکامل فرد و جامعه. درست به همین دلیل است که تنها قید اصلی‌ای که برای آزادی بیان در اسناد بین‌المللی در نظر گرفته شده، محدودیت‌هایی است که به‌وسیله قانون موضوعه و منحصرأ به‌منظور تأمین شناسایی و مراعات حقوق و آزادی‌های دیگران بیان شده باشد؛ اما در اسلام، حق آزادی بیان نه‌تنها مشروط به عدم نقض حقوق عمومی دیگران، بلکه مقید به عدم تجاوز از معیارهای انسانی و ارزشی نیز است (ناصرزاده، ۱۳۷۳، ص ۹۱). بنابراین، آزادی بیان و قلم نباید به حق کرامت و شرافت انسانی و حیثیت ذاتی او لطمه‌ای وارد کند. تعارض میان «حق کرامت و شرف انسانی» و «حق آزادی مطلق قلم و بیان»، در اسلام به‌نفع کرامت، و در حقوق بشر به‌نفع آزادی حل می‌شود.

۵. در حقوق بشر اسلامی، آزادی مقدمه کمال است، نه خود کمال. به مرحله آزادی رسیدن، به مقدمه کمال رسیدن است. از این دیدگاه، ارزش آزادی به این نیست که انسان قدرت انتخاب موضوع و راهی از میان موضوعات و راه‌های مختلف را داشته باشد؛ بلکه ارزش آزادی به موضوع و راه انتخاب‌شده است (جعفری، ۱۳۸۸، ص ۶۷). این امر که آزادی از نگاه اسلام مقدمه است و در واقع طریقت دارد، نه موضوعیت، منجر به این می‌شود که آزادی، هدف و مطلوب مطلق نباشد؛ بلکه وسیله حیات تکاملی و خلاقیت ذاتی باشد. در این فرض، ارزش آزادی ذاتی نیست؛ بلکه اعتباری و عرضی است. بنابراین، آزادی بیان نیز فی‌نفسه مطلوب نیست؛ بلکه از حیث نقشی که در کشف حقیقت دارد، دارای مطلوبیت است.

۶. در حقوق بشر اسلامی، انسان به دو فضای باز و بلامانع نیازمند است: یکی فضای اجتماع و بیرون؛ و دیگری فضای روح و درون. بنابراین، آزادی در اسلام بر دو قسم است: آزادی معنوی و آزادی اجتماعی. آنجا که انسان باید از بند خرافات فکری یا هواهای نفسانی آزاد باشد، آزادی جنبه درونی و معنوی دارد و آنجا که دیگران نباید پیش پای انسان و راه و مسیر او قید و بندی ایجاد کنند، آزادی جنبه خارجی و بیرونی و اجتماعی دارد (مطهری، ۱۳۹۰، ص ۹۶-۹۹). آزادی بیان تعبیه‌شده در اسناد بین‌المللی، صرفاً بر مبنای آزادی اجتماعی شکل گرفته است؛ لکن آزادی بیان در نظام حقوقی اسلام نمی‌تواند فارغ از آزادی معنوی انسان باشد و این خود محدودیت دیگری بر آزادی بیان است. بر این اساس، انتشار فیلم‌های مستهجن، حسب اسناد بین‌المللی حقوق بشر می‌تواند مصداقی از آزادی بیان باشد؛ اما از منظر حقوق بشر در اسلام معیار آزادی معنوی انسان است.

### ۳-۳. محدودیت آزادی بیان در اعلامیه اسلامی حقوق بشر قاهره

اعلامیه حقوق بشر اسلامی قاهره (۱۹۹۰)، مصوب وزیران امور خارجه دولت‌های عضو سازمان همکاری اسلامی است. ماده ۲۲ اعلامیه مقرر می‌دارد:

۱. هر انسانی حق دارد که نظر خود را به هر شکلی که مغایر با اصول شرعی نباشد، آزادانه بیان کند؛
۲. هر انسانی حق دارد برای خیر و نهی از منکر، بر طبق ضوابط شریعت اسلامی دعوت کند؛
۳. تبلیغات، یک ضرورت حیاتی برای جامعه است و سوءاستفاده و سوءاستعمال آن و حمله به مقدسات و کرامت انبیا یا به‌کارگیری هر چیزی که منجر به ایجاد اختلال در ارزش‌ها یا متشتت شدن جامعه یا موجب زیان یا متلاشی شدن اعتقاد شود، ممنوع است؛
۴. برانگیختن احساسات قومی یا مذهبی و یا هر چیزی که منجر به برانگیختن هر نوع حس تبعیض نژادی گردد، جایز نیست.

حق دعوت به خیر و نهی از منکر و نیز حق تبلیغات در ماده ۲۲، هر کدام به‌نحوی از مصادیق همان آزادی بیان است که در بند الف به‌طور کلی آمده است. هر کدام از بندهای این ماده، شرایطی را برای آزادی بیان وضع می‌کند. این شرایط عبارت‌اند از: عدم مغایرت با اصول و ضوابط شرعی؛ عدم سوءاستفاده از این حق؛ عدم حمله به مقدسات و کرامت انبیا؛ عدم ایجاد اختلال در ارزش‌ها؛ عدم رواج تشدد در جامعه؛ عدم زیان رساندن به اعتقادات مردم؛ و

عدم برانگیختن احساسات قومی و مذهبی (افضلی، ۱۳۷۸، ص ۲۷۶-۲۷۷). علاوه بر قیودی که این ماده برای آزادی بیان مقرر کرده است، ماده ۲۴ اعلامیه نیز مقرر می‌کند: «کلیه حقوق و آزادی‌های مذکور در این سند، مشروط به مطابقت با احکام شریعت اسلامی است». در نتیجه، این اعلامیه هر نوع آزادی بیان را منوط به رعایت قوانین اسلامی کرده است.

### نتیجه‌گیری

ضوابط آزادی بیان، در اغلب اسناد بین‌المللی مشترک است. تقریباً همه اسناد از ضوابط مشابهی برای آزادی بیان استفاده کرده‌اند که می‌توان همه آنها را برگرفته از اعلامیه جهانی حقوق بشر دانست. اسناد بین‌المللی متضمن قواعدی هستند که می‌توان برای جامعه آزاد و دموکراتیک متصور شد؛ از جمله اینکه در ابراز عقاید نباید ترس و واهمه‌ای وجود داشته و فرد باید بتواند بدون نگرانی از ملاحظات و محدودیت‌ها، از آزادی بیان برخوردار باشد. دولت‌ها نیز نباید در آزادی بیان افراد جامعه دخالت کنند؛ مگر اینکه مغایر با نظم عمومی و الزامات اخلاقی، آن‌هم به صورت شدید، باشد. قوانین ملی دولت‌ها باید متضمن مقرراتی باشند که در کل نتوان مانع ابراز عقاید افراد شد؛ مگر در موارد استثنایی. مصادیق آزادی بیان، نه تنها برای بزرگسالان، بلکه در خصوص کودکان نیز صادق است و وفق کنوانسیون حقوق کودک، کودکان باید بتوانند آزادانه اندیشه‌های خود را بیان کنند.

با وجود این، نظر به محدودیت آزادی‌ها در اسناد بین‌المللی حقوق بشر، بر ضرورت تحدید آزادی بیان نیز تأکید شده است؛ خواه به دلیل توازن قدرت و آزادی و خواه به دلیل سوءبرداشت از آزادی بیان؛ زیرا آزادی‌ها، به ویژه آزادی بیان، تابع سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی‌اند و نمی‌توان درک نامحدودی از آزادی را برای یک جامعه متصور شد. ارزش واقعی یک آزادی بستگی به تعیین حدود آن دارد؛ ولی این محدودیت‌ها نباید مرتبط با ماهیت عقاید باشند؛ بلکه مرتبط با شرایطی هستند که خطری جامعه را تهدید کند یا امنیت کشوری در معرض مخاطره قرار گیرد. به نظر می‌رسد که در بین سازوکارهای بین‌المللی ایجادشده برای تحقق آزادی بیان، نظام قاره اروپا پیشتاز است. در مقابل، کلی‌ترین و بحث‌برانگیزترین محدودیت‌های آزادی بیان در میان اسناد بین‌المللی، متعلق به کنوانسیون آفریقایی حقوق بشر و ملت‌هاست که مطابق آن، دولت‌های آفریقایی می‌توانند محدودیت‌های گسترده‌ای در چارچوب قانون اعمال کنند و آزادی بیان را بنا به تشخیص خود با توجیهاتی کلی، نظیر حفظ امنیت ملی، محدود سازند.

آزادی بیان و محدوده آن در اسلام، با محتوای اسناد بین‌المللی تفاوت دارد. اسلام محدودیت‌های متفاوتی برای آزادی بیان وضع کرده است. در حقوق بشر اسلامی، آزادی صرفاً امری شکلی نیست که تنها آزادی انتخاب به انسان بدهد؛ بلکه امری ماهوی است که در مورد انتخاب‌های انسان هم قضاوت ماهوی صورت می‌گیرد.

به‌بیان‌دیگر، آزادی انتخاب انسان در صورتی واجد ارزش خواهد بود که گزینه انتخاب‌شده در راستای تعالی و تکامل و اقتضای کرامت انسانی او باشد. نظر به آنکه جامع‌ترین برنامه برای تعالی و تکامل انسان، که مبتنی بر مقتضای فطرت و کرامت او باشد، مکتب اسلام است، آزادی‌های اسلامی و از جمله آزادی بیان نمی‌توانند مغایر با قوانین اسلامی باشند. در نتیجه، اگر حاصل اعمال آزادی بیان، نقد و رد اسلام باشد، آزادی بیان از حیث ماهوی محدود می‌شود. از این رو عواملی مانند ارتداد، کفر، سب‌النبی، قذف، بغی و... مستقیماً بر محدوده آزادی بیان تأثیر گذارند. چنین منطقی به اعلامیه اسلامی حقوق بشر قاهره نیز سرایت کرده است؛ به گونه‌ای که مطابق ماده ۲۴ این منشور، آزادی بیان صرفاً در مطابقت با شریعت اسلامی پذیرفته می‌شود. این محدودیت می‌تواند مشابه همان قید «قانونی بودن» یا «در چارچوب قانون» مندرج در اسناد بین‌المللی باشد. بنابراین، در اسلام آزادی بیان علاوه بر محدودیت‌های شکلی از حیث آثار، محدودیت‌هایی ماهوی از حیث گزینه انتخاب و ابرازشده نیز دارد. البته در صورت تأمین ماهیت مطلوب برای آزادی بیان، اعمال این آزادی - مانند اسناد بین‌المللی - از حیث شیوه بیان محدودیتی ندارد؛ اگرچه از جنبه حوزه آزادی بیان، حسب ضوابط مکتب اسلام، محدودیت‌بردار است. حال با عنایت به اینکه محدودیت‌ها و ماهیت مطلوب برای آزادی، در راستای تضمین حیات تکاملی و اقتضای فطرت و کرامت تمهید شده است، آیا نمی‌توان آن را در راستای تحقق حقوق بشر تفسیر کرد؟



- احمدی، سیدمحمدصادق و همکاران، ۱۳۹۵، «بررسی تطبیقی محدودیت‌های آزادی بیان در تلویزیون از منظر اسناد بین‌المللی حقوق بشر و حقوق موضوعه ایران»، *پژوهش حقوق عمومی*، سال هجدهم، ش ۵۲، ص ۱۵۳-۱۷۷.
- اعلامیه جهانی حقوق بشر، ۱۹۴۸.
- افضلی، صادق، ۱۳۷۸، «آزادی بیان در اسلام و اعلامیه جهانی حقوق بشر»، *سراج*، سال ششم، ش ۱۶ و ۱۷، ص ۲۵۸-۲۸۰.
- بن سعود البشر، محمد، ۲۰۰۹، *حریه الرأی فی الاسلام و النظم الحداثیه*، الدورة الرابعة، مدینه النبی.
- بن عواجی صولی، عبدالحافظ، ۲۰۱۳م، «حرية التعبير عن الرأي في وسائل الإعلام في المجتمع المسلم والمجتمعات الغربية»، *منظمة المؤتمر الاسلامی*، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.
- جعفری، محمدتقی، ۱۳۸۸، *حقوق جهانی بشر*، چ دوم، تهران، مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه محمدتقی جعفری.
- رضوانی، سیدحسین، ۱۳۹۵، «حق آزادی بیان و مسئولیت بین‌المللی کشورها در قبال آن»، *سیاست خارجی*، سال سی‌ام، ش ۴، ص ۹۲-۶۵.
- سلیمانی، فاطمه و دیگران، ۱۳۹۵، «حق برخورداری کودکان از آزادی»، *کانون وکلای دادگستری*، ش ۱۵، ص ۱۵-۴۰.
- سودمندی، عبدالمجید، ۱۳۹۵، «اجزای حق آزادی بیان در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، *مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، دوره هشتم، ش ۲، ص ۸۷-۱۱۴.
- صفایی، سیدحسین، ۱۳۷۰، «حقوق بشر در اسلام و اعلامیه جهانی حقوق بشر»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۲۷، ص ۱-۱۶.
- عمیدزنجانی، عباسعلی، ۱۳۸۸، *فقه سیاسی: حقوق معاهدات بین‌المللی و دیپلماسی در اسلام*، چ ششم، تهران، سمت.
- کاتوزیان، امیرناصر، ۱۳۸۰، *مبانی حقوق عمومی*، چ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- مطهری، مرتضی، ۱۳۷۶، *جهاد*، چ هفتم، تهران، انتشارات اسلامی.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۸۱، *سلسله یادداشت‌ها (حرف الف)*، چ دوم، تهران، صدرا.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۸۷، *پیرامون انقلاب اسلامی*، چ نوزدهم، تهران، صدرا.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۹۰، *یادداشت‌های استاد مطهری (حرف الف)*، چ پنجم، تهران، صدرا.
- مطهری، محمد و علیرضا ناصری، ۱۳۹۴، «محدودیت‌های آزادی بیان و استانداردهای حاکم بر آنها در اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، در: *نخستین کنگره بین‌المللی جامع حقوق*، تهران، ایران.
- ملکوئی، سیدحسین و دیگران، ۱۳۹۵، «محدودیت‌های آزادی بیان در اعلامیه اسلامی حقوق بشر با رویکرد به اسناد بین‌المللی»، *حقوق اسلامی*، سال سیزدهم، ش ۵۰، ص ۱۵۷-۱۷۹.
- مهرپور، حسین، ۱۳۷۰، «دیدگاه اسلام در مورد آزادی عقیده و بیان»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره بیست و هفتم، ش ۱۱۴۵، ص ۷۵-۷۱.
- ناصرزاده، هوشنگ، ۱۳۷۲، *اعلامیه‌های حقوق بشر*، تهران، ماجد.
- ولوی، پروانه و دیگران، ۱۳۹۵، «کونوانسیون جهانی حقوق کودک و فرصت‌هایی که برای پرورش تفکر مستقل در کودکان ارائه می‌دهد»، *تفکر و کودک*، سال هشتم، ش ۲، ص ۱-۲۰.

Anayurt, Ömer, 2004, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Ankara, Seçkin Yay.

Bozkurt, Enver, 2003, *İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, Ankara, Nobel yay.

Civelek, Jale, 1992, "Evrensel Düzeyde Haklara Genel Bir Bakış", *Argumentum*, Yıl.3, SAYI. 25.

- Declaration of Principles on Freedom of Expression, 2000, Preamble.
- Defeis, Elizabeth F, 1992, "Freedom of Speech and International Norms: A Response to Hate Speech", *Stanford Journal of International Law*, V. 29, Issue 1, p. 57- 130.
- European Court of Human Rights*, 1989, Annex.
- Gülmez, Mesut, 2004, *Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması*, Ankara, TBB Yay.
- Hussain, A., 2001, "Report of the UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression", UN Doc. E/CN.
- Kabasacal Arat, Zahra F, 2012, "The United States, Justice, and Human Rights", *Journal of Human Rights*, V. 11 (3), p. 322-331.
- Kamber, Suat, 2012, *İfade Özgürlüğü*, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara.
- Kyung Hee Kim (2011). The creativity crisis: The decrease in creative thinking scores on the Torrance Tests of Creative Thinking. *Creativity Research Journal*, 23,p 285-295.
- Redmond, Sophie, 2007, *İfade Özgürlüğü Hakkını Düzenleyen Uluslararası Standartlar Düzeni, Türkçeye Çev. Tanıl Bora*, İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye, İletişim yay., İstanbul.
- Right to Freedom of Opinion and Expression*, UN Doc. E/CN.55/2006/4.
- Türköne, Mümtazer, 2003, *Siyaset*, Etkileşim Yayınları, Ankara.
- Ümit Kocasakal ve Diğerleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü Türk Ceza Hukuku Derneği, : www.tchd.org.tr
- UN Human Rights Committee (1989), Communications Nos.359/1989 and 385/1989, UN Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1.
- Uyar, Lema, 2006, *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006*, İstanbul Bilgi Üniversitesi yay.

## Limitations of Freedom of Expression in International Documents and Islam

**Seyyed-Taha Musavi Mirkalai/** Specialized Ph.D. of International Law, Islamic Azad University, Science and Research Campus, Tehran

✦ **Savalan Mohammadzadeh/** MA. of International Law at the University of Judicial Sciences and Administrative Services and Researcher at the Department of Human Rights and International Rights at the Judiciary Research Institute [savalan.mohamadzadeh75@gmail.com](mailto:savalan.mohamadzadeh75@gmail.com)

**Received:** 2021/07/23 - **Accepted:** 2021/09/29

### Abstract

Freedom of speech is one of the basic human rights and also one of the requirements for the flourishing of human talents in today's modern world. Becoming aware of international documents' and Islam's approach to the limitations of freedom of expression will provide the opportunity to determine the strengths and weaknesses of each approach, in the comparison of these two approaches. In addition, examining the limitations of freedom of speech in international documents and Islam will make it possible to evaluate the practice of Islamic governments in this regard and will show their outstanding points. The main question of this article is as follows: what is the international documents' and Islam's approach to the limitations of freedom of expression. Using a descriptive-analytical method, this article comes to the conclusion that the limitation of freedom of expression in international documents is different from its limitations in the Islamic Shari'a, in terms of conceptual scope and its range of inclusion. Nevertheless, this difference is rooted in the different foundations of the international law system on the one hand, and in the Islamic legal system on the other hand.

**Keywords:** fundamental human rights, freedom of expression, international documents, international human rights system, Islamic legal system.

## The Government's Civil Responsibility for Filtering, Considering Non-Iranian Laws and International Human Rights' Documents

**Hossein Sadeghi** / Assistant Professor of Private Law, University of Tehran, Tehran, Iran

✉ **Alireza Ghasemi**/ Student of Specialized Ph.D. in Jurisprudence and Private Law, Kharazmi University [ar.ghasemi56@gmail.com](mailto:ar.ghasemi56@gmail.com)

**Received:** 2021/07/30 - **Accepted:** 2021/10/26

### Abstract

Refining the cyber space, the government has created some challenges for the users of social interactions; because human's social life and physical social systems have been transferred to the virtual space, and improper refinement causes disruption of these systems. Therefore, the main question of this article is that if the filtering leads to some kind of harm for cyberspace users, will the governments be civilly responsible for the harms? The authors of this article have come to the conclusion that if a site or a channel that performs legal activities is refined, compensation is certain; however, if it is not possible to apply intelligent refining and the government legally applies unintelligent refining to avoid a security or economic threat, in that case, if the victims constitute the majority of the society, the government is not required to compensate the damage; but if the number of victims is limited and they are known, the government is obliged to compensate the damage.

**Keywords:** government, civil responsibility, electronic communications, refining, compensation, international documents.

## **Succession of the Present Government of Iraq; International Responsibility for Compensating the Damages Caused by the Forced War**

**Behzad Seyfi**/ Assistant Professor of International Law, Imam Khomeini University of Naval Sciences, Noshahr [seifyb@yahoo.com](mailto:seifyb@yahoo.com)

**Received:** 2021/08/06 - **Accepted:** 2021/11/17

### **Abstract**

Starting an imposed war, the Iraqi Ba'ath regime inflicted great losses on the Islamic Republic of Iran, and frequently violated the basic rules of the 'law of armed conflict'. This caused the international responsibility of the Iraqi government; however, with the overthrow of the Iraqi Ba'ath regime and the replacement of the last Iraqi government, compensation for the damages of the Islamic Republic of Iran faced some challenges. Nevertheless, the doctrine of international law has considered the consequences of the succession of governments regarding their international responsibility. According to the international law, political and governmental changes of countries will not affect their international responsibility and even their foreign debts. This matter has been somehow accepted in the 1983 Vienna Convention on Succession of States in respect of state property, archives and debts. Thus, the necessity of compensating damages and the close relationship between the population and the land with the successor country and the objectivity of the rights and obligations requires that the responsibility be transferred to the successor government. Proving the international responsibility of the Iraqi government in respect of the imposed war, this article proves that the current government of Iraq, as the continuation of the previous government, is legally the successor of the previous regime; and the obligations and rights of the Ba'ath government is transferred to the new government of Iraq, according to the principle of the succession of governments. Therefore, the government of Iran has the right to demand the damages of the forced war from the current government of Iraq.

**Keywords:** international responsibility, compensation, violation of humanitarian rights, government succession.

## **The Principle of Freedom: Its Explanation and an Enumeration of Some of Its Resulting Rights from Allameh Tabataba'i's Point of View**

✉ **Yasin Khorsandi Shamami** / MA of Laws at the Imam Khomeini Educational and Research Institute yasin.kh@chmail.ir

**Mohammad-Reza Bagherzadeh**/ Assistant Professor of the Department of Law at the Imam Khomeini Educational and Research Institute

**Seyyed Ibrahim Hosseini**/ Assistant Professor of the Department of Law at Imam Khomeini Educational and Research Institution

**Received:** 2021/50/30 - **Accepted:** 2021/10/06

### **Abstract**

Freedom is one of the basic principles of human rights granted by God to human. Man has the power of choice and no one has the right to become dominant on him or limit his freedom. The only one who has the right to limit his freedom, for the purpose of his happiness and perfection, is God, the creator of human. Some rights are considered for human being, based on the principle of freedom, in the context of society. My purpose in this research is to explain freedom as one of the basic principles of human rights and enumerate some of its instances from Allameh Tabatabai's point of view, using an analytical-descriptive method, with an emphasis on the "Al-Mizan" interpretation. This research studies freedoms such as personal freedom, the right to own and trade, the right to have welfare and the right to use natural resources.

**Keywords:** freedom, human rights, Allameh Tabataba'i, freedom of body, right of ownership, freedom of trade.

## The Role of the Branches of Administrative Justice Court in Dealing with Civil Liability Litigations Arising from Government Violations

✉ **Hossein A'ine-Negini**/Assistant Professor of the Department of Public Law, Tarbiat Modarres University, Tehran, Iran [h.negini@modares.ac.ir](mailto:h.negini@modares.ac.ir)

**Mohammad Amin Abrishmirad**/Assistant Professor of the Department of Law, Semnan University, Semnan, Iran

**Received:** 2021/10/23 - **Accepted:** 2021/12/01

### Abstract

One of the issues that has gone through many changes in the course of the development of Iran's legal and judicial system is determining the competent authority to deal with the litigations of civil liability of the government. As documented in Note 1, Article 10 of the Law of Organizations and the Rules of Procedure of the Court, approved in 2013, the jurisdiction to confirm the damages, in cases where the plaintiff believes that the government's violation has caused him some damages, was implicitly removed from the court's jurisdiction; and was considered - similar to "determining the amount of damages"- as the jurisdiction of public courts. Presenting a descriptive-analytical research, and evaluating the mentioned reform, I have considered this action of the legislator as a backward step for entrusting all the procedures of the people's proceedings from the government to the Administrative Court of Justice. I have also regarded the mentioned mechanism in contrary to Article 173 of the Constitution, which considers "restoring people's rights " as the jurisdiction of the court, and also in contrary to some principles of desirable proceeding, such as "preventing the prolongation of proceedings" and "guaranteeing specialization of judicial proceedings". Therefore, I have suggested that in future reforms, all the stages of litigations of government civil liability, including "verification of violation", "confirmation of damage" and "determining the amount of damage" and even "execution of the mentioned sentence", be under the jurisdiction of the Court of Administrative Justice in such cases.

**Keywords:** civil liability of the government, liability arising from violation, branches of the administrative justice court, confirmation of damage, restoring rights, case-based administrative actions.

# Abstracts

## The Legal Status of Article 100 of the Municipal Law: A Criticism and Review of the Existing Law and Its Plan Amendment

✉ **Fatemeh Afshari**/Assistant Professor of the Public Law Department of the Judiciary Research Institute mehr.solh399@yahoo.com

**Mina Akbari**/ Ph.D. of Public Law, University of Tehran, Farabi Campus

**Received:** 2021/10/10 - **Accepted:** 2021/11/23

### Abstract

The philosophy behind the creation of the Commission of Article 100 of the Municipal Law was to deal with unauthorized urban constructions. The experience of about fifty years of the implementation of this article has shown that the aforementioned commission has not been very successful in achieving this goal. The failure of the aforementioned commission in dealing with unauthorized construction led to the submission of a plan to amend Article 100 of the Municipal Law in the Islamic Council. The study of the proposed plan shows that approval of this plan cannot achieve the goals of its designers and may cause more corruption in some areas. Some of these issues are as follows: eliminating the four stages of proceedings of the Article 100 Commission and the Court of Administrative Justice and replacing it with the prosecutor's order, making the municipal officer a bailiff, no clear position for the prosecutor's order, eliminating the possibility of charging a fine for violations, and prescribing destruction for any kind of violations. Considering that the Islamic Council has considered the mentioned plan, I have made some suggestions to improve it and enrich its text.

**Keywords:** Commission of Article 100 of the Municipal Law, construction violations, supervision, quasi-judicial authorities, legal plan, Article 100 of the Municipal Law.



# Table of Contents

<b>The Legal Status of Article 100 of the Municipal Law: A Criticism and Review of the Existing Law and Its Plan Amendment / <i>Fatemeh Afshari / Mina Akbari</i></b> .....	7
<b>The Role of the Branches of Administrative Justice Court in Dealing with Civil Liability Litigations Arising from Government Violations / <i>Hossein A'ine-Negini / Mohammad Amin Abrishmirad</i></b> .....	23
<b>The Principle of Freedom: Its Explanation and an Enumeration of Some of Its Resulting Rights from Allameh Tabataba'i's Point of View / <i>Yasin Khorsandi Shamami / Mohammad-Reza Bagherzadeh / Seyyed Ibrahim Hosseini</i></b> .....	39
<b>Succession of the Present Government of Iraq; International Responsibility for Compensating the Damages Caused by the Forced War / <i>Behzad Seyfi</i></b> .....	53
<b>The Government's Civil Responsibility for Filtering, Considering Non-Iranian Laws and International Human Rights' Documents / <i>Hossein Sadeghi / Alireza Ghasemi</i></b> .....	69
<b>Limitations of Freedom of Expression in International Documents and Islam / <i>Seyyed-Taha Musavi Mirkalai / Savalan Mohammadzadeh</i></b> .....	81

**Director-in-charge:** *Imam Khomeini Educational and Research Institute*

**Managing Director & Editor in Chief:** *Seyyed Ebrahim Husseini*

**Deputy Editor-in-Chief:** *Ali Abolfazli*

**Executive Manager:** *Amir Hosein Nikpour*

**Editorial Board:**

**Mohammad Javad Arasta:** *Associate Professor, Pardis Farabi University*

**Mohammad Reza Bagherzadeh:** *Assistant professor IKI*

**Seyyed Ebrahim Hoseini:** *Assistant professor, IKI*

**Vali Rostami:** *professor, Tehran Univesity*

**Azizallah Fahimi:** *Associate Professor, Qom University*

**Reza Mohammadi Karaji:** *Assistant professor, IKI*

**Seyyed Fazlollah Mousavi:** *Professor, Tehran University*

**Ali Abolfazli:** *Fourth Level of Qom Seminary*

**Seyyed Ali MirDamad Najafabadi:** *Assistant professor, IKI*

**Seyyed Mahmud Nabaviyan:** *Associate professor, IKI*

---

**Address:**

IKI

Jomhori Eslami Blvd  
Amin Blvd., Qum, Iran

**Tel:** +982532113480

**Fax:** +982532934483

**Box:** 37185-186

[www.nashriyat.ir](http://www.nashriyat.ir) & [www.iki.ac.ir](http://www.iki.ac.ir)

<http://nashriyat.ir/SendArticle>

---