

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# فصلنامه دانش حقوق عمومی

علمی - پژوهشی

سال هفتم، زمستان ۱۳۹۷، شماره ۲۲

به موجب نامه‌ی شماره ۳/۱۸/۶۳۷۳۱ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۵ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری  
عنوان فصلنامه‌ی «بررسی‌های حقوق عمومی» به «دانش حقوق عمومی» تغییر یافته و  
درجه‌ی علمی - پژوهشی به این فصلنامه اعطا شد. این درجه شامل شماره‌های ۱ تا ۴  
فصلنامه‌ی بررسی‌های حقوق عمومی نیز می‌شود.

# فصلنامه دانش حقوق عمومی

علمی - پژوهشی

سال هفتم، زمستان ۱۳۹۷، شماره ۲۲

صاحب امتیاز: پژوهشکده شورای نگهبان

مدیر مسئول: عباسعلی کدخدایی

سر دبیر: سیامک رهپیک

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

- محسن اسماعیلی، دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران
- فیروز اصلانی، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- غلامحسین الهام، دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران
- محمدجواد جاوید، استاد حقوق عمومی دانشگاه تهران
- سیدمحمد حسینی، دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران
- ولی رستمی، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- سیامک رهپیک، استاد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- عباسعلی کدخدایی، استاد حقوق عمومی دانشگاه تهران و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- فرید محسنی، استادیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و عضو پژوهشکده شورای نگهبان

مقالات این فصلنامه لزوماً بیان کننده دیدگاه شورای نگهبان و پژوهشکده نیست.

نقل مطالب تنها با ذکر کامل مأخذ مجاز است.

---

آدرس: تهران، خیابان شهید سپهبد قمری، کوچه شهید دهقانی نیا (خسرو سابق)،

روبروی مسجد الرحمن، پلاک ۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان

صندوق پستی: تهران ۱۴۶۳ - ۱۳۱۴۵ | تلفن: ۸۸۳۲۵۰۴۵ - ۰۲۱ | فکس: ۸۸۳۲۵۰۸۰ - ۰۲۱

آدرس سامانه فصلنامه: mag.shora-gc.ir | E-mail: mag@shora-rc.ir

ارسال مقاله و پیگیری روند داوری آن و همچنین کلیه مکاتبات با دفتر فصلنامه

صرفاً از طریق سامانه فصلنامه انجام می‌گیرد.

قیمت: ۱۴۰/۰۰۰ ریال

- این فصلنامه در سامانه مخصوص خود به نشانی [mag.shora-gc.ir](http://mag.shora-gc.ir) و پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) نمایه می‌گردد.

- کلیه حقوق مادی برای فصلنامه‌ی «دانش حقوق عمومی» محفوظ است و آن دسته از نویسندگان محترمی که در صدد انتشار مقاله‌ی منتشره‌ی خود در مجموعه مقالات، یا بخشی از یک کتاب هستند، لازم است با ارائه در خواست کتبی، موافقت دفتر فصلنامه را اخذ نمایند.

### **خط‌مشی فصلنامه دانش حقوق عمومی**

خط‌مشی فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، انتشار مقالات علمی - پژوهشی در حوزه‌ی حقوق عمومی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. لازم است مقالات در جهت پیشرفت مطالعات مربوط به «حقوق عمومی» باشد. تحلیل نظرات و تجارب حقوقی مرتبط با حوزه‌ی حقوق عمومی با برخورداری از رویکرد نقد علمی از رؤس این خط‌مشی می‌باشد. محورهای این فصلنامه (اعم از مطالعات نظری و ناظر به یک یا چند کشور) عبارتند از:

- مطالعه‌ی نظام‌سازی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- مطالعه‌ی نقش و جایگاه کارویژه‌های شورای نگهبان در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

و بررسی نهادهای مشابه

- مطالعه‌ی مبانی، نظریات، ساختار و کارکرد دولت

- مطالعه‌ی ابزارهای کنترل حقوقی قدرت، بازنگری و ارتقاء آن

- مطالعه‌ی فقه حکومتی

- جایگاه مشارکت مردم در ایجاد مردم‌سالاری دینی

- مقررات‌گذاری و نظارت بر عملکرد دولت

### **راهنمای نگارش مقالات**

از نویسندگان محترم، با رعایت نکات زیر مقالات خود را از طریق سامانه فصلنامه ([mag.shora-gc.ir](http://mag.shora-gc.ir))

ارسال نمایند. صرفاً مقالاتی در نوبت ارزیابی قرار می‌گیرند که موارد زیر در آنها مراعات شده باشد:

۱. نام و نام‌خانوادگی و مشخصات نویسنده / نویسندگان به‌طور کامل و به صورت زیر در ابتدای مقاله ذکر شود:

۱-۱. در صورت تعدد نویسندگان، حتماً نویسنده مسئول مشخص گردد.

۱-۲. رتبه دانشگاهی - گروه علمی - دانشکده - دانشگاه - شهر - کشور

۱-۳. آدرس ایمیل نویسنده / نویسندگان نوشته شود.

۲. چکیده مقاله دارای ۲۰۰ واژه و در بردارنده‌ی موضوع مقاله، سؤال و روش تحقیق و مهم‌ترین نتایج و

فهرستی از واژگان کلیدی (۵ تا ۸ کلیدواژه) باشد.

۳. مقدمه مقاله حاوی موضوع و مسئله‌ی پژوهش، سؤال تحقیق، دلایل ضرورت تحقیق، تبیین روش تحقیق،

ارائه‌ی پیشینه‌ی موضوع و ادبیات تحقیق و مرور ساختار مقاله باشد.

۴. نتیجه مقاله حاوی پاسخ به سؤال تحقیق و ارزیابی آن باشد.

۵. ارجاع به منابع و مآخذ، در متن مقاله و در پایان نقل قول یا موضوع استفاده شده به شکل زیر آورده شود:
- ۵-۱. قرآن کریم: (نام سوره، شماره آیه). مثال: (حدید: ۲۵).
- ۵-۲. منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلف، سال نشر، جلد: صفحه - بدون درج مخفف ص): مثال: (حسینی، ۱۳۷۶، ج ۲: ۸۳).
- ۵-۳. منابع لاتین: (صفحه، جلد، سال نشر، نام خانوادگی مؤلف): مثال: (Plantinga, 1998, vol 2: 71).
۶. تکرار ارجاع یا اسناد مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان، پیشین و... (Ibid, op.cit) خودداری شود.
۷. چنانچه از نویسنده‌ای در یک سال بیش از یک اثر انتشار یافته باشد، با ذکر حروف الفبا (داخل قلاب) پس از سال انتشار، از یکدیگر متمایز شوند. مثال: (حسینی، ۱۳۷۶ [الف]، ج ۲: ۸۵). در چنین مواردی، در فهرست منابع نیز حرف مذکور در داخل قلاب پس از سال انتشار ذکر می‌گردد.
۸. تمام توضیحات اضافی و همچنین معادل انگلیسی اسامی خاص یا اصطلاحات (در صورت لزوم) با عنوان «یادداشت‌ها»، در انتهای متن مقاله آورده شود (ارجاع و اسناد در یادداشت‌ها مثل متن مقاله، به روش درون‌متنی [بند ۵] خواهد بود).
۹. در پایان مقاله، فهرست الفبایی منابع فارسی و لاتین به صورت زیر ارائه شود:
- ۹-۱. ابتدا منابع فارسی و عربی و سپس منابع لاتین.
- ۹-۲. کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (تاریخ چاپ)، نام کتاب، نام مترجم، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، جلد.
- ۹-۳. مقاله مندرج در مجلات: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره نشریه، شماره نشریه، صفحات مقاله.
- ۹-۴. مقاله مندرج در مجموعه مقالات یا دایره‌المعارف: نام خانوادگی و نام نویسنده (تاریخ چاپ): «عنوان مقاله»، نام کتاب، نام ویراستار، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، شماره جلد، صفحات مقاله.
۱۰. ترجمه انگلیسی عنوان مقاله، چکیده و کلیدواژه‌ها، نام و مشخصات نویسنده/نویسندگان، تماماً معادل فارسی آنها همراه مقاله ارسال گردد.
۱۱. مقاله در محیط Word2007، متن مقاله با قلم BLotus12 (لاتین TimesNewRoman11)، کتابنامه BLotus11 (لاتین TimesNewRoman10) و یادداشت‌ها BLotus10 (لاتین TimesNewRoman9) حروفچینی شود.
۱۲. عناوین (تیترها) با روش شماره‌گذاری عددی باشد. ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از راست به چپ تنظیم شود (تیتروهای اصلی با ۱، ۲ و... - تیتروهای فرعی با ۱-۱، ۱-۲ و... - تیتروهای فرعی تر با ۱-۱-۱، ۱-۱-۲ و... - و پس از آن با حروف ایجاد باشد).
۱۳. حجم مقاله، از ۴۵۰۰ کلمه کمتر و از ۷۵۰۰ کلمه بیشتر نباشد (از ابتدای مقاله تا پایان فهرست منابع).
۱۴. مقاله ارسالی نباید در هیچ مجله داخلی یا خارجی چاپ شده باشد.
۱۵. مقاله ارسالی نباید همزمان به سایر مجلات فرستاده شده باشد.
۱۶. فصلنامه در اصلاح و ویرایش مقالات آزاد است.

## فهرست مطالب

- تحلیل مبانی فقهی رویه شورای نگهبان در حقوق ولی دم در موارد پرداخت  
فاضل دیه ..... ۱
- مجید قورچی بیگی ، سهراب بهادری
- فرآیند و الزامات حقوقی تهیه و تصویب قوانین برنامه توسعه؛ مطالعه موردی  
لایحه برنامه ششم ..... ۲۳
- حامد نیکونهاد، سیده نگار موسوی
- آثار تصرفات دولت در اموال غیر منقول اشخاص در پرتوی نظرات فقهای  
شورای نگهبان ..... ۴۷
- سید حسن علوی نائینی ، مهدی عباسی سرمدی
- وضعیت حقوقی غیر اهل کتاب از منظر اصل چهاردهم قانون اساسی ..... ۷۵
- سید مصطفی میر محمدی میبیدی ، فیروز اصلانی
- تحلیل اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر ماهیت اموال  
عمومی ..... ۱۰۱
- حامد کرمی ، داود محبی
- تأملی بر آثار صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه؛ در پرتو بازشناسی این  
صلاحیت رئیس قوه در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری ..... ۱۲۳
- خیرالله پروین ، حسین آینه نگینی



## تحلیل مبانی فقهی شورای نگهبان پیرامون حقوق ولی دم در موارد پرداخت فاضل ديه

مجید قورچی بیگی،<sup>۱\*</sup> سهراب بهادری<sup>۲\*\*</sup>

۱. استادیار دانشگاه خوارزمی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، گروه حقوق جزا

۲. دانشجوی دکتری دانشگاه خوارزمی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، گروه حقوق جزا

پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۱۵

دریافت: ۱۳۹۷/۰۹/۱۴

### چکیده

قانونگذار نسبت به چگونگی اجرای قصاص در موارد پرداخت فاضل ديه دو رویکرد داشته که برآمده از دو نظر فقهی در این زمینه است. طبق دیدگاه مشهور فقها و مبنای مادهی ۲۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، اگر اجرای قصاص مستلزم پرداخت فاضل ديه باشد، فاضل ديه قبل از قصاص به فرد مرتکب پرداخت می‌شود و برای تبدیل قصاص به ديه رضایت جانی شرط است. با این حال، بر اساس نظر غیرمشهور و معیار مادهی ۴۴ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ و همچنین مادهی ۳۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در موارد پرداخت فاضل ديه، ولی دم بین قصاص با پرداخت فاضل ديه یا گرفتن ديه بدون رضایت مرتکب مخیر است. بر این پایه، با توجه به اصل ۹۱ قانون اساسی ضرورت دارد که رویه‌ی شورای نگهبان، به‌عنوان مرجع تشخیص مغایرت و عدم مغایرت قوانین با موازین شرعی، برای شناسایی مبانی فتوای معیار درباره‌ی اجرای قصاص در نمونه‌های پرداخت فاضل ديه بررسی شود. از همین رو، در این پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی با مراجعه به دیدگاه‌های شورای نگهبان در مرحله‌ی نظارت شرعی نشان می‌دهیم که تغییر فتوای مبنای قانون، نشان‌دهنده‌ی دقت این مرجع و کارآمد بودن فتوای فقهای شورای نگهبان در برطرف کردن نیازهای دستگاه قضایی است.

واژگان کلیدی: ولی دم، قصاص، ديه، فاضل ديه، قانون مجازات اسلامی، شورای نگهبان.

\* Email: majid.beyge@gmail.com

نویسنده مسئول

\*\* Email: bahadori.sohrab@ut.ac.ir

## مقدمه

صاحب‌نظران حوزه‌ی قانونگذاری اصول مختلفی برای قانون برشمرده و آن را بررسی کرده‌اند. به عقیده‌ی لون فولر، از صاحب‌نظران این حوزه، یکی از اصول<sup>۱</sup> عادلانه بودن قوانین آن است که قوانین «نباستی آن قدر زود به زود تغییر یابند که فرد تابع نتواند اعمال خود را با آنها جهت بدهد» (کلی، ۱۳۸۲، ۵۹۹-۶۶۰). چنانچه تغییر قانون ضرورت داشته باشد، توجیه تغییر در قوانین دو بُعد دارد و هم به قانون جدید و هم به قانون قدیم مربوط می‌شود. از یک سو، ممکن است قانون جدید مزیت‌های آشکاری داشته باشد و از سوی دیگر امکان دارد تغییر قانون به دلیل این باشد که قانون قدیمی منجر به بی‌عدالتی آشکار یا آنکه رعایت آن موجب ضرر فوق‌العاده می‌شده است (کلی، ۱۳۸۲، ۲۱۶).

یکی از رویه‌های قابل توجه در تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اتخاذ آرای خلاف فتوای معیار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ به‌عنوان مبنای قانونگذاری بود که این رویکرد منجر به تغییر قانون شد. چنین رویه‌ای، یعنی عدول از فتوای معیار در قانون قبلی، رویکردهای متفاوتی نسبت به چگونگی تقنین یک حکم فقهی در نظام حقوقی و عرضه‌ی آن حکم فقهی در قالب قانون ارائه می‌کند.

مسئله‌ی «اجرای قصاص در موارد تعذر پرداخت فاضل دیه» یکی از جلوه‌های تغییر فتوای معیار قانونگذاری است. در این باره، قانونگذار در ماده‌ی ۴۴ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ دیدگاه مشهور فقها را نپذیرفت: «هرگاه مردی زنی را به قتل رساند ولی دم مخیر است بین قصاص با پرداخت نصف دیه کامل به قاتل و بین مطالبه دیه زن از قاتل». در حالی که در ماده‌ی ۲۵۸ قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ نظر مشهور فقها خوشایند مقنن واقع شد: «هرگاه مردی زنی را به قتل برساند ولی دم حق قصاص قاتل را با پرداخت نصف دیه دارد و در صورت رضایت قاتل می‌تواند به مقدار دیه یا کمتر یا بیشتر از آن مصالحه نماید». با وجود این، در ماده‌ی ۳۶۰ قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲، مقنن دیدگاه مشهور فقها را نپذیرفت و نظر معیار قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ را قبول کرد: «در مواردی که اجرای قصاص مستلزم پرداخت فاضل دیه به قصاص‌شونده است، صاحب حق قصاص، میان قصاص با رد فاضل دیه و گرفتن دیه مقرر، ولو بدون رضایت مرتکب مخیر است». روشن است که وفق دیدگاه سابق قانونگذار برای گرفتن دیه رضایت جانی شرط است، ولی در دیدگاه اخیر اشاره‌ای به شرطیت رضایت جانی نشده است. در این زمینه، توجه به مبانی فقهی در عدول از یک نظر فقهی و گزینش فتوایی دیگر امری بسیار مهم است که می‌توان آن را در دو ساحت «چرایی» و «چگونگی» تحلیل کرد. آیا ضعف مستندات فقهی موجب ترجیح یک دیدگاه بر



دیدگاه دیگر شده است؟ آیا ملاک‌هایی مانند کارایی و تناسب با مقتضیات اجتماعی زمینه‌ساز اتخاذ فتوایی عکس فتوای پذیرفته‌شده قبلی برای تقنین می‌شود؟ آیا این تغییر رویکرد به صورت ضابطه‌مند و بر اساس معیارهای مشخص رخ داده است؟

بر اساس اصل ۹۱ قانون اساسی که وظیفه‌ی «پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آنان» به نهاد شورای نگهبان واگذار شده و همچنین نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۲۴۷۳ مورخ ۱۱/۱۰/۱۳۶۳ شورای نگهبان درباره‌ی شیوه‌ی تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت قوانین با موازین اسلامی، «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به‌طور فتوایی با فقهای شورای نگهبان است». بر اساس این، تحلیل و ارزیابی رویه‌ی شورای نگهبان به‌عنوان مرجع تشخیص مغایرت و عدم مغایرت قوانین با موازین شرعی، برای شناسایی منشأ عدول از یک نظر فقهی به نظری دیگر در مقام قانونگذاری، ضروری است.

در ادامه، با هدف شناسایی مهم‌ترین مبانی ترجیح فتوای غیرمشهور از سوی شورای نگهبان و یافتن علت این تغییر رویکرد، با روش توصیفی - تحلیلی در گام نخست دو نظر ارائه‌شده از سوی فقها تبیین و سپس تصویر جامعی از پیشینه‌ی تقنینی قانونگذار جمهوری اسلامی ایران ارائه می‌شود. در پسین گام نیز رویکرد نظارتی شورای نگهبان نسبت ماده‌ی ۳۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ واکاوی و ارزیابی می‌شود.

### ۱. حق ولی دم در حالت فاضل دیه

فقها درباره‌ی حق ولی دم در مواردی که استیفای قصاص مستلزم پرداخت فاضل دیه به مرتکب است دو نظر ارائه کرده‌اند:

#### ۱-۱. نظر تخییر بین قصاص با رد فاضل دیه یا اخذ دیه با توافق جانی

مشهور فقها بر این باورند که اگر اجرای قصاص مستلزم پرداخت فاضل دیه باشد، قصاص مرتکب در صورتی ممکن است که اولیای دم فاضل دیه را پیش از قصاص بپردازند. چنانچه اولیای دم از قصاص صرف‌نظر کنند و خواهان دیه باشند، تبدیل قصاص به دیه مشروط به رضایت مرتکب است. ادعای بلاخلاف و اجماع محصل و منقول (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲: ۸۲؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۱: ۴۶) مؤید این مهم است. برای نمونه، شیخ مفید، از فقهای متقدم امامیه، می‌نویسد: «هرگاه مردی زنی را عمداً به قتل برساند و اولیای دم آن زن دیه را برگزینند، قاتل باید به دیه رضایت دهد و چنانچه اولیای دم زن قصاص قاتل را انتخاب کنند، باید نصف دیه را به ورثه مقتض منه پرداخت کنند و اگر نصف دیه را نپردازند، قصاص مرتکب جایز نیست» (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ۷۳۹). شیخ طوسی، ابن براج، ابن حمزه، ابن زهره، ابن ادریس،

کیدری، محقق حلی، شهید ثانی، صاحب جواهر و امام خمینی (ره) برخی از قائلان این دیدگاه به شمار می‌آیند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ [ب]، ج ۵: ۱۴۵؛ ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲: ۴۶۰؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸، ۴۳۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷، ۴۰۴؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۳۲۴؛ کیدری، ۱۴۱۶، ۴۹۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۱۸۹؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ [الف]، ج ۵: ۴۴۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ [الف]، ج ۱۰: ۳۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲: ۸۲؛ موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۵۱۹).

گستره‌ی پرداخت فاضل دیه برای اجرای قصاص و همچنین شرطیت رضایت جانی برای تبدیل قصاص به دیه به حدی است که فقها تصریح کرده‌اند در هر شرایطی لازم است که فاضل دیه پرداخت شود یا اینکه جانی به دیه رضایت دهد. امام خمینی (ره) معتقد است: «لو امتنع ولی دم المرأة عن تأدیه فاضل الدیه أو کان فقیراً و لم یرض القاتل بالدیه أو کان فقیراً یؤخر القصاص إلى وقت الأداء و المیسرة؛ اگر ولی دم زن از ادای فاضل دیه خودداری کند یا اینکه ولی دم فقیر باشد و قاتل به دیه رضایت ندهد، اجرای قصاص تا زمان پرداخت فاضل دیه و حصول تمکن ولی دم به تأخیر می‌افتد» (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۵۱۹). آیت‌الله خامنه‌ای نیز در پاسخ به دو استفتاء درباره‌ی «چگونگی اجرای قصاص در صورت امتناع اولیای دم از پرداخت فاضل دیه» و «تکلیف قصاص در صورت اعسار از پرداخت فاضل دیه اولیای دم» این گونه پاسخ داده‌اند:

«سؤال: الف. در موارد لزوم پرداخت فاضل دیه، چنانچه اولیای دم خواهان قصاص باشند و با وجود تمکن مالی، از پرداخت فاضل دیه خودداری کنند و باعث تأخیر اجرای حکم قصاص شوند، آیا حاکم شرع می‌تواند ولی دم را به پرداخت دیه اجبار کند؟ ب. در این فرض تبدیل قصاص به دیه چه حکمی دارد؟ ج. اگر تبدیل قصاص به دیه جایز باشد، آیا رضایت یا عدم رضایت جانی در این امر تأثیری دارد؟»

پاسخ: الف. حق ندارد و بدون پرداخت فاضل دیه حق قصاص ندارد. ب. در این فرض نمی‌تواند قصاص کند و ثبوت دیه موقوف است به رضایت طرفین. ج. بلی جانی هم باید نسبت به دیه راضی باشد» (ره‌توشه قضایی، ۱۳۹۰، ۸۹-۹۰).

«سؤال: در مورد پرداخت فاضل دیه، چنانچه اولیای دم علی‌رغم اصرار بر قصاص، قدرت پرداخت فاضل دیه را ندارند و از طرفی به طور عادی نیز امیدی به تمکن آنان در آینده نباشد. آیا در این گونه موارد قصاص به طور قهری به دیه تبدیل می‌شود؟»

پاسخ: در فرض سؤال تا فاضل دیه پرداخت نشود، قصاص جایز نیست، و ثبوت دیه مشروط به قبول جانی است» (ره‌توشه قضایی، ۱۳۹۰، ۹۴-۹۵).

با این حال، برخی از مراجع معاصر معتقدند که اگر امیدی به تمکن اولیای دم در آینده نباشد قصاص به طور قهری به دیه تبدیل می‌شود. در استفتائی آمده است:

«چنانچه اولیای دم علی‌رغم اصرار بر قصاص، قدرت پرداخت فاضل دیه را نداشته باشند، و از طرفی به طور عادی نیز امیدی به تمکن آنان در آینده نباشد، بفرماید:

۱- آیا در این گونه موارد قصاص به طور قهری تبدیل به دیه می‌شود؟ جواب: در صورتی که امیدی به پرداخت فاضل دیه در آینده نزدیک نباشد، حکم قصاص تبدیل به دیه می‌شود.

۲- اگر (آن‌گونه که برخی از فقها می‌فرمایند) در این گونه موارد، وظیفه صبر کردن تا زمان توانایی ولی دم باشد، در مواردی که ممکن است انتظار قصاص سال‌ها به طول بکشد، و این امر برای قاتل و خانواده وی موجب عسر و حرج گردد، تکلیف چیست؟ جواب: در صورت احتمال یسار در آینده دور، تبدیل به دیه می‌شود» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۳: ۴۱۹-۴۲۰).

علت اصرار مشهور فقها بر ادای فاضل دیه و همچنین رضایت جانی این است که اصل اولیه در مجازات جنایت عمدی اولاً و بالذات قصاص است و اولیای دم مخیر در استیفای قصاص یا اخذ دیه نیستند و اخذ دیه نیازمند تصالح طرفین است که از آن با عنوان «وجوب تعیینی قصاص» یاد می‌شود (طوسی، ۱۴۰۰ [پ]، ۷۳۴؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸، ۴۳۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۳۲۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۶۲۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ [الف]، ج ۱۰: ۸۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲: ۲۷۸؛ موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۵۲۳).

در مقابل، برخی از فقها بر این باورند که ولی دم و مجنی علیه بین استیفای قصاص و اخذ دیه از جانی مخیرند، نه اینکه فقط حق استیفای قصاص داشته باشند. از این نظر تحت عنوان «نظر وجوب تخییری» یاد می‌شود. این دیدگاه به ابن جنید اسکافی و ابن ابی عقیل عمانی نسبت داده شده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ [پ]، ج ۹: ۲۸۶) در نقد نظر اخیر گفته شده است که «در مجموع، ادله‌ای که مستند نظر غیر مشهور قرار گرفته است، قادر به مقاومت در برابر ادله‌ی مشهور نیست به همین جهت فقهای عظام، نظر مشهور را با تعبیری که بیانگر اتقان و استحکام این نظر است پذیرفته‌اند. در کیفر قتل عمد، در صورت اجتماع شرایط، اصل اولی و حکم اصلی و ابتدایی، قصاص است، لذا اولیای دم میان اخذ دیه یا اجرای قصاص مخیر نمی‌باشند و حق آنها در اجرای قصاص یا عفو به صورت مطلق، متعین است» (توجهی، ۱۳۸۰، ۴۶-۴۷).

#### ۱-۱-۱. ادله

مشهور فقها برای اثبات ادعای خود مبنی بر قصاص به عنوان کیفر جنایت عمدی به ادله‌ی زیر

استناد جسته‌اند:

### ۱-۱-۱-۱ آیات

به باور معتقدان به قصاص، بر پایه‌ی آیات «كُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِيهَا النَّفْسَ بِالنَّفْسِ» (مائده: ۴۵)، «الجروح قصاص» (مائده: ۴۵)، «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (بقره: ۱۹۴)، «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ» (بقره: ۱۷۸) اگر افزون بر قصاص، دیه نیز در نظر گرفته شود، خلاف آیات است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۱۷۸).

### ۱-۱-۱-۲ روایات

صاحب جواهر ادعای می‌کند که نصوص متواتر بر این دلالت دارند که اصل اولیه در جنایت عمدی، قصاص است و به تخییر مجنی علیه یا اولیای دم در استیفای قصاص یا اخذ دیه اشعار ندارند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲: ۲۷۸-۲۷۹). از جمله‌ی این روایات، صحیح‌ه حلبی و عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) است:

«مَا رَوَاهُ الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ وَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغِيرَةَ وَ النَّضْرُ بْنُ سُؤَيْدٍ جَمِيعًا عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانَ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع يَقُولُ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا أُقِيدَ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَرْضَى أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ أَنْ يَقْبَلُوا الدِّيَةَ فَإِنْ رَضُوا بِالدِّيَةِ وَ أَحَبَّ ذَلِكَ الْقَاتِلُ فَالدِّيَةُ اثْنَا عَشَرَ أَلْفًا أَوْ أَلْفُ دِينَارٍ؛ حماد حلبی و عبدالله بن سنان روایت می‌کند که امام صادق (ع) می‌فرمود: کسی که مؤمنی را به قتل برساند، قصاص می‌شود مگر آنکه اولیای دم مقتول به دریافت دیه راضی باشند. از این رو، اگر اولیای دم به دیه رضایت داشته باشند و قاتل نیز موافق دیه باشد، دیه پرداخت می‌شود» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ [الف]، ج ۴: ۲۶۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹: ۵۳). در این روایت تعیین دیه با استثناء آمده است و این نشان می‌دهد که دریافت دیه یک حکم استثنائی به شمار می‌آید، نه یک مجازات اصلی در عرض قصاص.

### ۱-۱-۱-۳ اجماع

شیخ طوسی قصاص را به اجماع الفرقة منتسب می‌کند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۱۷۸). اجماعی که از سوی دیگر فقها نیز نقل شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲: ۲۷۸).

### ۱-۲ نظر تخییر بین قصاص با رد فاضل دیه یا اخذ دیه

برخلاف دیدگاه پیشین، برخی از فقها معتقدند که اگر پرداخت فاضل دیه با مانعی مواجه باشد، ولی دم می‌تواند دیه کامل را مطالبه کند. علامه حلی چنین می‌نگارد: «مرد آزاد در برابر

مرد آزاد و همچنین مرد آزاد در برابر زن آزاد به شرط رد فاضل دیه قصاص می‌شود. اگر ولی دم زن از پرداخت فاضل دیه امتناع ورزد یا اینکه ولی دم فقیر باشد، اقرب آن است که ولی دم زن می‌تواند دیه کامل زن را از مرتکب قاتل مطالبه کند» (علامه حلی، ۱۴۱۳ [ب]، ج ۳: ۵۹۴).

این دیدگاه علامه حلی، موافقت فرزندش، فخر المحققین، را در پی داشته است. البته فخر المحققین قول علامه به طور مطلق در حالت‌های امتناع و اعسار ولی دم را نپذیرفته، آن را به حالت اعسار ولی دم محدود کرده است. وی معتقد است: «و الأقوی عندی ان له المطالبة بالدية مع إعساره لا مع يساره و امتناعه؛ اقوی نزد من آن است که چنانچه ولی دم معسر باشد، می‌تواند دیه زن را مطالبه کند و اگر دارای تمکن مالی باشد، ولی از پرداخت فاضل دیه امتناع ورزد، مطالبه دیه کامل جایز نیست» (فخر المحققین، ۱۳۸۷، ج ۴: ۵۷۱).

آیت‌الله خوئی، از فحول فقهای معاصر، به صراحت بر این باور است که در هر شرایطی که اجرای قصاص مستلزم رد فاضل دیه از سوی ولی دم باشد، ولی دم بین قصاص با رد فاضل دیه یا مطالبه‌ی دیه کامل مخیر است. ایشان پس از آنکه حق ابتدایی و بالأصله‌ی ولی دم در قتل عمدی را قصاص می‌داند، تصریح می‌کند که مطالبه‌ی دیه از قاتل در صورت رضایت وی جایز است. ایشان در ادامه می‌آورد: «نعم، إذا كان الاقتصاص يستدعي الرد من الولي، كما إذا قتل رجل امرأة، كان ولي المقتول مخيراً بين القتل و مطالبه الدية؛ اگر اجرای قصاص مستلزم رد فاضل دیه از سوی ولی دم باشد، مانند اینکه مردی زنی را به قتل برساند، ولی دم بین قصاص و مطالبه‌ی دیه مخیر است (محقق خوئی، ۱۴۲۲، ج ۴۲: ۱۵۱-۱۵۴). ایشان در جای دیگری به تفصیل چنین می‌نویسد: «اگر ولی دم نتواند با پرداخت نصف دیه قصاص را اجرا کند، قصاص در حق ولی دم متعین نیست تا اینکه ملزم به پرداخت نصف باشد. به‌عنوان نمونه، اگر مردی زنی را به قتل برساند و اولیای دم مقتوله خواهان قصاص قاتل باشند باید [قبل از اجرای قصاص] نصف دیه را به اولیای دم قصاص‌شونده پرداخت کنند؛ لکن ولی دم زن ملزم نیست که تنها نصف دیه را پرداخت کند و مرتکب را قصاص نماید، بلکه وی می‌تواند دیه کامل را از مرد قاتل مطالبه کند» (محقق خوئی، ۱۴۲۲، ج ۴۲: ۳۱-۳۲).

به عبارت دیگر، اگر ولی دم بخواهد مرتکب را قصاص کند باید نصف دیه را بپردازد یا اینکه می‌تواند دیه کامل زن را از مرد مطالبه کند؛ زیرا حق ولی دم منحصر به قصاص با پرداخت نصف دیه نیست و می‌تواند بدو از قصاص صرف‌نظر کند و دیه را از مرتکب بگیرد. روحانی (قمی، ۱۴۱۲، ج ۲۶: ۱۱۵؛ قمی، بی‌تا، ج ۳: ۳۴۴)، وحید خراسانی (خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۵۳۳)، تبریزی (تبریزی، ۱۴۲۶، ۸۰) و فیاض کابلی (فیاض، بی‌تا، ج ۳: ۳۶۳) از دیگر موافقان این نظر هستند.

وجه ممیزه دیدگاه محقق خوینی و موافقان بعدی نظر ایشان با دیدگاه علامه حلی و فخر المحققین آن است که وفق نظر محقق خوینی قلمروی تخییر ولی دم در مطالبه‌ی دیه از مرتکب، مطلق است و اعسار یا امتناع ولی دم در پرداخت فاضل دیه را در بر می‌گیرد و مطالبه‌ی دیه از مرتکب یک حق بی‌قید برای ولی دم است؛ مثلاً اگر ولی دم توانایی پرداخت فاضل دیه را داشته باشد، با این حال به جای قصاص با پرداخت فاضل دیه می‌تواند دیه را از مرد مرتکب مطالبه و از قصاص صرف‌نظر کند. کما اینکه اگر در فرضی که زن سرپرست خانوار به قتل برسد، اولیای دم بر حسب مصلحت فرزندان آن زن می‌توانند تشخیص دهند که دریافت دیه نسبت به اجرای قصاص با پرداخت فاضل دیه برای آنان به‌صرفه‌تر است. در مقابل، بر اساس دیدگاه علامه حلی و فخر المحققین جواز مطالبه‌ی دیه به موارد امتناع و اعسار ولی دم از پرداخت فاضل دیه مقید است و موارد کمتری را شامل می‌شود.

#### ۱-۲-۱. ادله

قاعده‌ی «لایبطل دم امرء مسلم» و روایات دو دلیلی است که قائلان به تخییر برای اثبات ادعای خود ارائه کرده‌اند:

#### ۱-۲-۱-۱. قاعده‌ی لایبطل دم امرء مسلم

قائلان به تخییر ولی دم بین قصاص با رد فاضل دیه یا اخذ دیه از مرتکب، استدلال کرده‌اند که جایز ندانستن مطالبه‌ی دیه از سوی ولی دم مستلزم هدر رفتن خون مسلمان است؛ زیرا فرض آن است که ولی دم تمکن مالی لازم را برای پرداخت فاضل دیه ندارد و از طرفی، مرتکب نیز به پرداخت دیه بدل از قصاص رضایت نمی‌دهد (محقق خوینی، ۱۴۲۲، ج ۴۲: ۳۲-۳۳). بر اساس این، ولی دم می‌تواند دیه را از مرتکب مطالبه کند؛ زیرا هیچ وجه و سبیلی نسبت به هدر رفتن خون مسلمان وجود ندارد (علامه حلی، ۱۴۱۳ [ب]، ج ۳: ۵۹۴). بر این مبنای تنها راه جلوگیری از هدر رفتن خون مسلمان آن است که قائل شویم ولی دم می‌تواند از مرتکب دیه را مطالبه کند.

صاحب جواهر استدلال به هدر رفتن خون مسلمان برای اثبات جواز مطالبه‌ی دیه را برنمی‌تابد و چنین می‌گوید: «امتناع ولی دم از پرداخت فاضل دیه و همچنین فقر ولی دم نهایت چیزی که اقتضا دارند آن است که اجرای قصاص تا زمان ایسار ولی دم به تأخیر می‌افتد و چنین چیزی مصداق هدر رفتن خون مسلمان به شمار نمی‌آید» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲: ۸۲).

در جهت تقویت دیدگاه دوم و نقد نظر صاحب جواهر می‌توان گفت: «این سخن در صورتی که امید به تمکن مالی زن برود، صحیح است. در حالی که بحث در موردی است که اولیای دم زن توانایی پرداخت فاضل دیه را ندارند و امید به تمکن آنها در آینده نیست» (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۸، ۱۳۶).

## ۲-۱-۲-۱. روایات

دلیل دیگر این دسته روایاتی است که بر اخذ دیه توسط ولی دم بدون رضایت مرتکب دلالت دارند. از جمله این روایات صحیحی عبدالله بن مسکان و صحیحی عبدالله بن سنان است.

«عَلِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ مُوسَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُسْكَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِذَا قَتَلَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ فَإِنْ أَرَادُوا الْقَوْدَ أَدُّوا فَضْلَ دِيَةِ الرَّجُلِ وَأَقَادُوهُ بِهَا وَإِنْ لَمْ يَفْعَلُوا قَبِلُوا الدِّيَةَ دِيَةً كَامِلَةً وَ دِيَةُ الْمَرْأَةِ نِصْفُ دِيَةِ الرَّجُلِ؛ ابن مسکان از امام صادق (ع) روایت می‌کند: هرگاه مردی زنی را به قتل برساند، اگر اولیای دم زن خواهان قصاص باشند، فاضل دیهی مرد را به او پرداخت می‌کنند و قصاص می‌کنند و اگر فاضل دیه را پرداخت نکنند، دیهی کامل زن را دریافت می‌کنند و دیهی زن نصف دیهی مرد می‌باشد.» (طوسی، ۱۳۹۰ [الف]، ج ۴: ۲۶۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹: ۸۱).

«أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانَ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع يَقُولُ فِي رَجُلٍ قَتَلَ امْرَأَتَهُ مُتَعَمِّدًا فَقَالَ إِنْ شَاءَ أَهْلُهَا أَنْ يَقْتُلُوهُ يُؤَدُّوا إِلَى أَهْلِ نِصْفِ الدِّيَةِ وَإِنْ شَاءُوا أَخَذُوا نِصْفَ الدِّيَةِ خَمْسَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ؛ عبدالله بن سنان می‌گوید: از امام صادق (ع) در حالی که درباره‌ی مردی سخن می‌گفت که همسرش را به عمد کشته است، شنیدم: اگر اولیای دم زن خواهان قصاص باشند، قاتل را قصاص کرده و نصف دیه را به مقتصد منه می‌پردازند و چنانچه اولیای دم زن بخواهند نصف دیه به مقدار پنج هزار درهم می‌گیرند.» (طوسی، ۱۳۹۰ [الف]، ج ۴: ۲۶۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹: ۸۰).

فقهی ضمن صحیحی دانستن این روایات، در مسائل مختلف بر اساس آنها فتوا داده و استدلال کرده‌اند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳: ۴۵۱-۴۵۲؛ خوانساری، ۱۴۰۷، ج ۷: ۱۹۸-۱۹۹؛ محقق خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۲: ۳۹-۴۰، ۲۵۴؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ۳۹-۴۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۹: ۸۹؛ روحانی، ۱۴۱۲ [الف]، ج ۲۶: ۱۹۴). بر این مبنا، مناقشه‌ای در سند این روایات وجود ندارد تا استناد به آنها ضعیف شمرده شود.

این روایات مفید دو نتیجه‌ی مهم است: از یک طرف، قصاص مرتکب در صورتی ممکن است که فاضل دیه قبل از قصاص پرداخت شود. از طرف دیگر، دریافت دیه از مرتکب تنها منوط به خواست اولیای دم زن است و سخنی از رضایت مرتکب در این زمینه وجود ندارد. با توجه به نتیجه‌ی اخیر، مشاهده می‌شود که بین روایات مستند دیدگاه غیرمشهور با روایات مستند دیدگاه نخست اختلاف وجود دارد. گفتنی است بین روایات این دیدگاه‌ها تعارضی وجود

ندارد؛ زیرا در روایات مستند نظر اخیر، تعلق دیه به طور مطلق بیان شده است و شرطیت رضایت جانی در آنها وجود ندارد؛ ولی در روایات مقابل، به شرطیت رضایت جانی تصریح شده بود. تعارض زمانی صدق می‌کند که در روایات دسته اخیر عدم اشتراط رضایت جانی بیان شده باشد. افزون بر این، در روایات دسته نخست که بر رضایت مرتکب دلالت دارند، مسئله پرداخت فاضل دیه برای استیفای قصاص مطرح نیست؛ ولی در روایات اخیر که مطلبی بر رضایت مرتکب بیان نشده، به رد فاضل دیه قبل از اجرای قصاص اشاره‌ای نشده است. با این حال، با چشم‌پوشی از عدم تعرض به رد فاضل دیه در روایات دسته نخست می‌توان چنین گفت که روایات دسته‌ی نخست از حیث دلالتی بر روایات اخیر حکومت دارند؛ زیرا با افزودن شرط رضایت جانی، در حقیقت در مفاد آنها توسعه ایجاد کرده است.

برای جمع بین این دو دسته از روایات می‌توان از رویکرد محقق خوئی نیز بهره گرفت و چنین گفت که روایات دسته‌ی دوم مبنی بر عدم مصالحه با مرتکب و رضایت او برای اخذ دیه، به موارد رد فاضل دیه اختصاص دارد و روایات دسته‌ی نخست، مبنی بر مصالحه با مرتکب، به مواردی انصراف دارد که استیفای قصاص مستلزم پرداخت فاضل دیه نیست. (محقق خوئی، ۱۴۲۲، ج ۴۲: ۱۵۱-۱۵۴). تأمل در مواد ۳۵۹ و ۳۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حاکی از اتخاذ این رویکرد از سوی قانونگذار است. قانونگذار در ماده‌ی ۳۵۹ شرطیت «مصلحه با مرتکب و رضایت او» در مواردی که «قصاص مشروط به رد فاضل دیه نباشد و مجنی‌علیه یا ولی دم خواهان دیه باشند» را بیان داشته و بلافاصله ماده‌ی ۳۶۰ را به مواردی اختصاص داده که «قصاص مستلزم پرداخت فاضل دیه به قصاص‌شونده است» و مقرر می‌کند که «صاحب حق قصاص می‌تواند دیه مقرر در قانون را بدون رضایت مرتکب» بگیرد.

## ۲. رویکرد مراجع قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران

همان‌طور که بیان شد، فقهای امامیه دو نظر درباره‌ی اجرای قصاص در موارد مستلزم پرداخت فاضل دیه ارائه کرده‌اند که قانونگذار رویکردی دوگانه در پذیرش هر یک از آنها داشته است. این رویکرد در قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نمود پیدا کرده است. از آنجا که تمرکز این نوشتار بر قانون اخیر است، در ادامه به طور خلاصه پیشینه‌ی تقنینی گزارش می‌شود.

### ۲-۱. رویکرد مراجع قانونگذاری قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی

#### مصوب ۱۳۹۲

قانونگذار در دو بازه‌ی زمانی متفاوت به هر یک از نظرات پیش‌گفته صبغه‌ی قانون بخشید. قانونگذار در ماده‌ی ۴۴ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ دیدگاه مشهور را نپذیرفت:



«هرگاه مردی زنی را به قتل رساند ولی دم مخیر است بین قصاص با پرداخت نصف دیه کامل به قاتل و بین مطالبه دیه زن از قاتل». چنان‌که مشهود است در این ماده تنها به یکی از موارد پرداخت فاضل دیه توجه شده و موضوع ماده به فاضل دیه بین زن و مرد اختصاص یافته است.

با تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۰ شاهد تغییر رویکرد قانونگذار در عدول از موضع پیشین خود هستیم. در این باره، در ماده‌ی ۲۵۸ چنین مقرر شده بود: «هرگاه مردی زنی را به قتل برساند ولی دم حق قصاص قاتل را با پرداخت نصف دیه دارد و در صورت رضایت قاتل می‌تواند به مقدار دیه یا کمتر یا بیشتر از آن مصالحه نماید». محدود شدن پرداخت فاضل دیه به قتل زن و قصاص نفس و خلأ نسبت به قصاص مادون نفس در این ماده نیز پیدا است.

## ۲-۲. رویکرد مراجع قانونگذاری در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

بر اساس ماده‌ی ۳۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «در مواردی که اجرای قصاص، مستلزم پرداخت فاضل دیه به قصاص‌شونده است، صاحب حق قصاص، میان قصاص با رد فاضل دیه و گرفتن دیه مقرر ولو بدون رضایت مرتکب مخیر است». پیش از آنکه به بررسی فرایند نظارت شرعی شورای نگهبان توجه شود، ابتدا ضرورت دارد پیشینه و سیر تقنینی ماده‌ی ۳۶۰ از مرحله تدوین و مرحله تصویب آن تبیین شود.

### ۲-۲-۱. مرحله تدوین

در ماده‌ی ۱-۳۲۳ لایحه‌ی مجازات اسلامی که قوه‌ی قضائیه تهیه و توسط دولت به مجلس ارسال شد، مقرر بود: «در مواردی که اجرای قصاص مستلزم پرداخت فاضل دیه است، اولیای دم میان قصاص با رد فاضل دیه و گرفتن دیه مقرر شرعی از قاتل حتی بدون رضایت او، مخیر هستند».

### ۲-۲-۲. مرحله تصویب

کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۸۸/۵/۲۷ با حفظ اصل حکم در ماده‌ی پیشنهادی با اندک تغییری آن را تصویب کرد؛ «ماده ۳۶۱- در مواردی که اجراء قصاص، مستلزم پرداخت فاضل دیه به قصاص‌شونده است، صاحب حق قصاص، میان قصاص با رد فاضل دیه و گرفته دیه مقرر در قانون مخیر است ولو بدون رضایت مرتکب». جایگزینی «صاحب حق قصاص» با «اولیای دم» و «مرتکب» با «قاتل» دو تغییر اعمال‌شده در این ماده است. همان‌طور که روشن است، بین دیدگاه مدون و مصوب نسبت به اجرای قصاص در موارد پرداخت فاضل دیه هماهنگی و یکرنگی وجود دارد و در هر دو مرحله دیدگاه غیرمشهور پذیرفته شده است. بر این اساس، اگر صاحب حق قصاص خواهان دیه

باشد، در تبدیل قصاص به دیه نیازی به رضایت مرتکب نیست.

### ۳-۲-۲. مرحله‌ی نظارت

ردپای دو نظر ارائه شده از سوی فقها در بررسی ماده‌ی ۳۶۰ قانون فعلی در اظهارنظرهای فقهای شورای نگهبان مشهود است. در این زمینه، دو دیدگاه درباره‌ی مغایرت و عدم مغایرت ماده‌ی ۳۶۰ مصوبه با موازین شرعی وجود دارد. برخی از فقها به قول مشهور فقها تمسک جسته و خواستار مبنا قرار گرفتن آن مانند ماده‌ی ۲۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ شده‌اند و تبدیل قصاص به دیه بدون رضایت مرتکب را مغایر موازین شرع دانسته‌اند. این فقها چنین استدلال کرده‌اند: «الزام و اجبار قاتل به پرداخت دیه در قتل عمدی، خلاف موازین شرعی است؛ زیرا آنچه در اینجا متعین است، قصاص قاتل یا عفو مطلق است، مگر اینکه قاتل به پرداخت دیه رضایت دهد. در موارد ثبوت قصاص، نمی‌توان مرتکب را الزام به پرداخت دیه کرد. بنابراین، ذیل ماده‌ی مزبور که حق اخذ دیه را ولو بدون رضایت قاتل به ولی دم می‌دهد، مغایر با موازین شرع است» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۷، ۲۱۰-۲۱۱).

با وجود این، به نظر برخی دیگر از فقهای شورای نگهبان، این ماده مغایر با موازین شرع نیست. ایشان چنین ابراز کرده‌اند: «در برخی موارد که اولیای دم مقتول، امکان پرداخت فاضل دیه را برای اجرای قصاص ندارند، عدم اجرای قصاص و همچنین عدم پرداخت دیه توسط جانی، موجب می‌شود که خون مقتول هدر رود. همچنین پرداخت فاضل دیه، از جمله مواردی نیست که در شرع، بیت‌المال مسئول پرداخت آن معرفی شده باشد. بنابراین، برای جلوگیری از هدر رفتن خون مسلمان، می‌توان جانی را ملزم به پرداخت دیه کرد. بنابراین ماده‌ی مزبور، مغایر با موازین شرع نیست. همچنین عدم پرداخت فاضل دیه، موجب زندانی کردن جانی - به دلیل جلوگیری از فرار - تا زمان پرداخت فاضل دیه توسط صاحب حق قصاص است که این امر، از یک سو موجب ایجاد هزینه‌های فراوان برای حکومت است و از سوی دیگر، محبوس کردن قاتل در این فرض، با مبانی شرعی در تعارض است؛ زیرا آنچه در قبال جنایت جانی است، جان او است، نه سلب آزادی او برای مدت نامعلوم» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۷، ۲۱۱-۲۱۲). شورای نگهبان نظر اخیر را بر نظر پیشین ترجیح داد و مصوبه‌ی مجلس شورای اسلامی را مغایر با موازین شرع و قانون اساسی ندانست (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۷، ۲۱۲).

دقت نظر در اظهارات فقهای پیرو دیدگاه اخیر و همچنین نظر نهایی شورای نگهبان ما را به نکات زیر رهنمون می‌سازد:

اول. نقطه‌ی ثقل و محور اصلی اظهارات فقهای طرفدار تخییر صاحب حق قصاص در موارد

پرداخت فاضل دیه و موضوعیت ندادن به رضایت مرتکب در تبدیل قصاص به دیه، چالش‌های اجرایی فتوای مشهور در مقام عمل است. لا ینحل ماندن بسیاری از پرونده‌ها، زندانی شدن مرتکب و طولانی شدن روند دادرسی نشان می‌دهد که فتوای مشهور ظرفیت آن را نداشته است که اهداف تقنینی مطلوب قانونگذار را برآورده سازد. از این رو، کاربست‌های اجرایی فتوای فقهای شورای نگهبان بر چالش‌های اجرایی فتوای مشهور برتری دارد؛ زیرا فتوای مشهور منشأ آثار و پیامدهایی شده که پذیرش آن را با مشکل مواجه کرده است. توجه به ظرفیت و غنای منابع فقهی زمینه‌ساز گزینش کارآمدترین فتوا برای تبدیل آن به قانون است. به بیان بهتر، «اگر دستگاه فقهی اسلامی، خاصه امامیه، این قدر انعطاف دارد که دارد، اگر نظام حقوقی ما که باید تماماً اسلامی باشد آن قدر منعطف است و سوراخ سوزن آن به آن حد موسع است که گاه شتری با بارش از آن می‌گذرد، چرا گاه به حدی مضیق می‌شود که نخ‌چینی از آن عبور نمی‌کند تا بتواند پارگی‌های آن را بدوزد و نظام حقوقی را متحول کند و انسجام آن را تأمین نماید» (قربان‌نیا، ۱۳۹۳، ۱۵۰). بر این پایه، باید گفت که نه شهرت یک فتوا موجب ترجیح آن بر فتوای غیرمشهور معیار قانونگذاری بر پایه‌ی فقه محسوب می‌شود و نه غیرمشهور بودن یک فتوا دلیل بر ضعف و غیرشرعی بودن آن است. در این زمینه، ترتیب ارائه‌شده در نظر غیرمشهور «مسلماً به مصلحت نزدیک‌تر است و مبنای تبعیت از قول مشهور به شکل مطلق، مبنای صحیحی نمی‌باشد و لزومی ندارد تا زمانی که فتوای مخالف و مقرون به صلاحی وجود دارد قانونگذار خود را در تنگنا قرار داده و فقط به قول مشهور (هر چند خلاف مصلحت) تمسک کند» (قیاسی، ۱۳۷۵، ۱۴۷). نیز ضرورت دارد فتوایی ملاک شرعی بودن قوانین قرار گیرد که «کارایی آن بیشتر یا امکان اجرا شدن آن فراهم است» (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۵، ۳۰۰).

دوم. فقهای شورای نگهبان به ادله‌ی مختلفی برای اثبات ادعای خود مبنی بر عدم مغایرت تخییر صاحب حق قصاص و تبدیل قصاص به دیه بدون رضایت مرتکب با موازین شرعی استناد جسته‌اند. هرگاه پرداخت فاضل دیه با مانع مواجه باشد، برای اجرای قصاص دو راهکار مطرح می‌شود؛ یکی پرداخت فاضل دیه از بیت‌المال و دیگری حبس مرتکب تا زمان پرداخت فاضل دیه از سوی اولیای دم. به اعتقاد فقهای شورای نگهبان این دو راهکار با موازین شرعی مغایرت دارند. در ادامه، این موارد و همچنین دلیل سوم فقهای شورای نگهبان به تفکیک تبیین می‌شود.

### ۱-۳-۲-۲. عدم مسئولیت بیت‌المال نسبت به پرداخت فاضل دیه

یکی از راه‌های اجرای قصاص در موارد پرداخت فاضل دیه در صورتی که صاحب حق

قصاص از پرداخت فاضل دیه امتناع ورزد یا اینکه معسر باشد، پرداخت فاضل دیه از بیت‌المال است. عبارت «پرداخت فاضل دیه، از جمله مواردی نیست که در شرع، بیت‌المال مسئول پرداخت آن معرفی شده باشد» در اظهارات این دسته از فقها، در واقع پاسخی به حل مشکل عدم تمکن مالی صاحب حق قصاص از طریق پرداخت فاضل دیه از بیت‌المال است. به باور این فقها، مسئولیت بیت‌المال قدر متیقنی دارد و پرداخت فاضل دیه در قلمروی مسئولیت بیت‌المال نمی‌گنجد. بر این اساس، همچنان فتوای مشهور در موارد امتناع یا اعسار صاحب حق قصاص از پرداخت فاضل دیه به مصلحت نظام سیاست جنایی نیست.

یکی از مواد مرتبط با این موضوع، تبصره‌ی ماده‌ی ۳۸۳ مصوبه‌ی مجلس شورای اسلامی است که در آن چنین مقرر شده بود: «هرگاه زن مسلمانی عمداً کشته شود، حق قصاص ثابت است؛ لکن اگر قاتل، مرد مسلمان باشد، ولی دم باید پیش از قصاص، نصف دیه کامل را به او بپردازد و اگر قاتل، مرد غیرمسلمان باشد، بدون پرداخت چیزی قصاص می‌شود. در قصاص مرد غیرمسلمان به سبب قتل زن غیرمسلمان، پرداخت مابه‌التفاوت دیه‌ی آنها لازم است. تبصره: در صورتی که ولی دم، متقاضی قصاص باشد، در صورت عجز از پرداخت، فاضل دیه از بیت‌المال پرداخت خواهد شود».

درباره‌ی تبصره‌ی مذکور، فقهای شورای نگهبان اختلاف نظر داشتند و در نهایت شورای نگهبان پرداخت فاضل دیه از بیت‌المال در صورت عجز ولی دم را مغایر با موازین شرع دانست و مجلس شورای اسلامی برای تأمین نظر شورای نگهبان تبصره را حذف کرد. فقهای معتقد به عدم مسئولیت بیت‌المال چنین استدلال کرده‌اند: «پرداخت دیه از بیت‌المال در فرض ناتوانی ولی دم، برخلاف نظر امام خمینی(ره) [است] طبق نظر ایشان، باید تا زمان متمکن شدن ولی دم، اجرای قصاص به تأخیر افتد و بیت‌المال از این جهت مسئولیتی نخواهد داشت. بر این اساس، تبصره این ماده که در صورت عجز ولی دم، بیت‌المال را ملزم به پرداخت فاضل دیه می‌داند، مغایر با موازین شرع است».

دیدگاه دیگر فقهای شورای نگهبان آن است که پرداخت فاضل دیه از بیت‌المال با موازین شرع مغایر نیست و در پاسخ به دیدگاه پیشین آورده‌اند: «هرچند طبق نظر امام خمینی(ره)، در صورت فقر ولی دم و عدم امکان پرداخت دیه از سوی او باید تا زمان تمکن او صبر کرد، ولی تأخیر قصاص به زمان تمکن او، منافاتی با پرداخت دیه از بیت‌المال ندارد. به بیان دیگر، بیت‌المال می‌تواند در جهت کمک به ولی دم، دیه را پرداخت کند. بنابراین تبصره این ماده که به پرداخت دیه از بیت‌المال اشاره کرده است، مغایر با موازین شرع نیست. [همچنین] نظر امام خمینی(ره) در خصوص تأخیر اجرای قصاص تا زمان متمکن شدن ولی دم، مقید به امر

دیگری شده است. طبق نظر ایشان، در صورتی که ولی دم از پرداخت دیه ناتوان باشد و قاتل نیز راضی به پرداخت دیه نباشد، در این صورت، باید اجرای قصاص را تا زمان متمکن شدن ولی دم به تأخیر انداخت. بنابراین، از آنجا که در این ماده، علاوه بر ناتوانی ولی دم نسبت به پرداخت دیه، قید عدم رضایت قاتل یا فقیر بودن او اشاره نشده است، این ماده را نمی‌توان مغایر با نظر امام خمینی (ره) در این خصوص دانست» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۷: ۲۲۴).

نظر نهایی شورای نگهبان آن است که مسئولیت بیت‌المال نسبت به پرداخت فاضل دیه خلاف موازین شرع است: «تبصره ماده (۳۸۳) چون در لایحه دولت نبوده و به افزایش هزینه عمومی می‌انجامد و طریق تأمین آن نیز معلوم نشده است، مغایر اصل (۷۵) قانون اساسی شناخته شد. به‌علاوه خلاف موازین شرع نیز می‌باشد» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۶، ۱۴۰).

#### ۲-۲-۳-۲. عدم جواز شرعی حبس قاتل

اگر پرداخت فاضل دیه به هر دلیلی ممکن نباشد، به ناچار اجرای قصاص به تأخیر می‌افتد و در این حالت، به دلیل جلوگیری از فرار، مرتکب زندانی می‌شود. زندانی شدن مرتکب با موازین شرعی ناسازگار است و فرقی نمی‌کند که مدت حبس کوتاه باشد یا طولانی. عدم جواز حبس مرتکب به دلیل «لا یجنی الجانی علی أكثر من نفسه» است؛ مجازات جانی بیشتر از جانش جایز نیست. در این زمینه، در منابع روایی مانند الاستبصار بآبی با عنوان «حکم المرأة إذا قتلت رجلاً» (طوسی، ۱۳۹۰ [الف]، ج ۴: ۲۶۷) و در وسائل الشیعه «باب حکم الرجل یقتل المرأة و المرأة تقتل الرجل» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹: ۸۰) وجود دارد که اگر زنی مردی را به قتل برساند، روایات دلالت دارند که حق اولیای دم فقط منحصر به قصاص مرتکب است و جایز نیست که ولی دم هم قصاص زن قاتل و هم نصف دیه را مطالبه کند. دلیل عدم جواز شرعی چنین چیزی آن است که مجازات جانی بیش از جانش جایز نیست. در اینجا، به دو روایت اشاره می‌شود:

«عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: إِنْ قَتَلَتِ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ قُتِلَتْ بِهِ وَ لَيْسَ لَهُمْ إِلَّا نَفْسُهَا؛ حلبی روایت می‌کند: اگر زنی مردی را بکشد، قصاص می‌شود و تنها جان قاتل زن در اختیار ولی دم مرد است» (طوسی، ۱۳۹۰ [الف]، ج ۴: ۲۶۷). فقها این روایت را صحیح دانسته‌اند (شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۴: ۳۶۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ [الف]، ج ۱۰: ۳۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ [ب]، ج ۱۵: ۱۰۹؛ نجفی،

۱۴۰۴، ج ۴۲: ۸۳؛ لنگرانی، ۱۴۲۱، ۱۱۷-۱۱۸). بنابراین، به طور یقین می‌توان به آن عمل کرد و از حیث سندی مناقشه‌ای بر آن وارد نیست.

«الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الْمَرْأَةِ تَقْتُلُ الرَّجُلَ مَا عَلَيْهَا قَالُ لَا يَجْنِي الْجَانِي عَلَى أَكْثَرِ مِنْ نَفْسِهِ؛ هِشَامُ بْنُ سَالِمٍ عَنْ أَمَامٍ صَادِقٍ (ع) رَوَيْتَ مِنْ كُنْدٍ: إِنْ زَنَى مَرْدٌ رَأَى بِقَتْلِ بَرَسَانِدٍ، كَيْفَ زَنَ جَيْسَتُ؟ أَمَامٌ (ع) فَرَمَوْدُنْدُ: جَانِي بِيْشَ مِنْ جَانِشَ مَجَازَاتُ لَا يَجْنِي» (طوسی، ۱۳۹۰ [الف]، ج ۴: ۲۶۷؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹: ۸۳). روایت هشام بن سالم نیز به سان روایت پیشین صحیح است. از این رو، از حیث سندی قابلیت استناد دارد (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۴: ۴۸؛ مجلسی اول، ۱۴۰۶، ج ۱۰: ۳۴۰؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶، ج ۱۶: ۳۷۳؛ لنگرانی، ۱۴۲۱، ۱۱۸).

بر این اساس، چه از حیث تک گزاره‌ای و چه از بُعد مجموعی به این روایات توجه شود، حق ولی دم تنها به قصاص محدود است و چیزی فراتر از قصاص نفس برای ولی دم در نظر گرفته نشده است. بسیاری از فقها بر اساس این روایات فتوا داده‌اند که برای ولی دم مرد مقتول دیه مازاد بر قصاص نفس ثابت نمی‌شود (حلی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۱۵۷؛ صیمری، ۱۴۲۰، ج ۴: ۳۷۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ [الف]، ج ۱۰: ۳۹-۴۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ [ب]، ج ۱۵: ۱۰۹-۱۱۰؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴، ج ۴: ۴۱۶؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۱: ۴۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶: ۲۰۸؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۷: ۲۰۳؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ۴۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۸: ۲۱۸).

از عبارت «لا یجنی الجانی علی اکثر من نفسه» به عنوان قاعده‌ای فقهی یاد می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۸: ۲۲۱-۲۲۲؛ شیرازی، ۱۴۱۳، ۲۰۴). در مسئله‌ی اجرای قصاص در موارد پرداخت فاضل دیه نمی‌توان هم مرتکب را به قصاص محکوم کرد و هم افزون بر قصاص، برای مدتی او را حبس کرد. نظر شورای نگهبان مبنی بر اینکه «محبوس کردن قاتل در این فرض، با مبانی شرعی در تعارض است؛ زیرا آنچه در قبال جنایت جانی است، جان او است، نه سلب آزادی او برای مدت نامعلوم» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷، ۲۱۲) برخاسته از این بنیان شرعی است.

### ۳-۲-۲. قاعده لایبطل دم امرء مسلم

آخرین استدلالی که در این نوشتار ارائه می‌شود، نخستین استدلال آن دسته از فقهای شورای نگهبان است که مطالبه‌ی دیه بدون رضایت مرتکب را مطرح کرده‌اند. این استدلال دقیقاً مشابه همان استدلال قائلان به نظر غیرمشهور است که معتقدند اگر ولی دم نتواند دیه را از مرتکب بگیرد، موجب به هدر رفتن خون مسلمان خواهد شد (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷،

(۲۱۱). بر این پایه، «هدر رفتن و بیهوده ماندن خون مسلمان، یک قدر مسلم و متیقن دارد و آن زمانی است که قاتل زنده بماند و پس از جنایت نه تنها به اولیای دم چیزی نرسد، بلکه هیچ آسیبی نیز به قاتل نرسد» (توجهی، ۱۳۸۰، ۴۹). البته اجرای قصاص بدون پرداخت فاضل دیه موجب هدر رفتن نصف خون قاتل است و ترک قصاص به دلیل ناتوانی در پرداخت فاضل دیه موجب هدر رفتن تمام خون مقتوله می شود (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۱: ۴۶).

مؤید این استدلال آن است که جمود و اصرار بر فتوای مشهور با چالش جرم‌زا بودن مواجه است و زمینه‌ساز سوءاستفاده و تجری بیشتر مرتکبان می شود. توضیح بیشتر اینکه مرتکب ممکن است با اطلاع از وضعیت زن بزه‌دیده و عدم تمکن مالی وی یا اولیای دم او، به جنایت علیه آن زن اقدام کند و در مقام اجرای مجازات، ولی دم به پرداخت فاضل قادر نباشد. در نتیجه اجرای قصاص ممکن نخواهد بود و از طرفی از آنجا که تبدیل قصاص به دیه باید بر مبنای مصالح و تراضی طرفین صورت گیرد، مرتکب می‌تواند با اطلاع از وضعیت مجنی‌علیها رضایت ندهد و در این صورت نه اجرای قصاص ممکن است و نه محکومیت مرتکب به پرداخت دیه. اما بر مبنای رأی غیرمشهور که رضایت مرتکب را برای تبدیل قصاص لازم نمی‌داند، این اشکال برطرف می‌شود.

### نتیجه‌گیری

فقها دو دیدگاه درباره‌ی حق ولی دم در مواردی که اجرای قصاص مستلزم پرداخت فاضل دیه است، ارائه کرده‌اند. در دیدگاه نخست، مشهور فقها با این استدلال که اصل اولی در جنایت عمدی قصاص است، بر این باورند که حق ولی دم فقط به اجرای قصاص منحصر به رد فاضل دیه است و برای تبدیل قصاص به دیه به رضایت جانی نیاز است. دیدگاه دوم که در مقابل فتوای مشهور قرار دارد، ولی دم را بین اجرای قصاص با رد فاضل دیه یا اخذ دیه بدون رضایت مرتکب مخیر می‌داند.

قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در پذیرش هر یک از این دیدگاه‌ها میان دو سنگ آسیا گرفتار شده است. اتخاذ نظر غیرمشهور در قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱، مبنای قرار گرفتن فتوای مشهور در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و مجدداً بازگشت به دیدگاه غیرمشهور در قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ مؤید این مهم است. هدر رفتن خون مسلمان، عدم جواز شرعی حبس مرتکب تا زمان پرداخت فاضل دیه و عدم مسئولیت بیت‌المال نسبت به پرداخت فاضل دیه از جمله مبانی فقهی شورای نگهبان در تحلیل فرایند انطباق ماده‌ی ۳۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با موازین اسلامی است.

## منابع

۱. قرآن کریم.
۲. محقق اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ج ۱۴.
۳. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ ق)، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ج ۱۱.
۳. مجلسی اول، محمد تقی (۱۴۰۶ ق)، روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، چاپ دوم، ج ۱۰.
۴. مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی (۱۴۰۶ ق)، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، چاپ اول، ج ۱۶.
۵. بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (۱۴۱۳ ق)، المقنعۃ (للشیخ المفید)، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمه الله علیه، چاپ اول.
۶. پژوهشکده‌ی شورای نگهبان (۱۳۹۶ ش)، قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان، مصطفی زاده، فهیم، توکل پور، هادی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول.
۷. پژوهشکده شورای نگهبان (۱۳۹۷ ش)، مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توکل پور، هادی؛ مسعودیان، مصطفی؛ کوهی اصفهانی، کاظم، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول.
۸. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۶ ق)، تنقیح مبانی الأحكام - کتاب القصاص، قم: دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیها، قم، چاپ دوم.
۹. توجهی، عبدالعلی (۱۳۸۰ ش)، «ارتکاب قتل، سوزاندن مقتول، و خودکشی قاتل»، ماهنامه دادرسی، سال پنجم، شماره ۲۷، صص ۴۳-۵۰.
۱۰. جبعی العاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ ق)، [الف]، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة (المحشی - کلاتر)، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول، ج ۱۰.



۱۱. جبعی العاملی، شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ ق) [ب]، مسالک الألفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ اول، ج ۱۵.
۱۲. حاجی‌ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۵ ش)، بایسته‌های تقنین، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول.
۱۳. حاجی‌ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۸ ش)، «فاضل دیه و حبطه اختیار ولی دم در قتل زن»، مطالعات راهبری زنان، دوره‌ی ۱۲، شماره‌ی ۴۵، صص ۱۱۵-۱۴۲.
۱۴. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی (۱۴۱۸ ق)، ریاض المسائل (ط - الحدیثه)، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، چاپ اول، ج ۱۶.
۱۵. حلبی، ابن زهره، حمزه بن علی حسینی (۱۴۱۷ ق)، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق علیه‌السلام، چاپ اول.
۱۶. حلّی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ج ۳.
۱۷. حلّی، جمال‌الدین، احمد بن محمد اسدی (۱۴۰۷ ق)، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ج ۵.
۱۸. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ ق) [ب]، قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ج ۳.
۱۹. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ ق) [پ]، مختلف الشیعۀ فی أحكام الشریعۀ، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ج ۹.
۲۰. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰ ق)، تحریر الأحكام الشرعیۀ [الف]، تحریر الأحكام الشرعیۀ علی مذهب الإمامیه (ط - الحدیثه)، قم: مؤسسه امام صادق علیه‌السلام، چاپ اول، ج ۵.
۲۱. حلّی، فخر‌المحققین، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ اول، ج ۴.

٢٢. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن (١٤٠٨ ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ج ٤.
٢٣. حلی، مقداد بن عبد الله سیوری (١٤٠٤ ق)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی - ره، چاپ اول، ج ٤.
٢٤. خراسانی، حسین وحید (١٤٢٨ ق)، منهاج الصالحین (للوحد)، قم: مدرسه امام باقر علیه السلام، چاپ پنجم، ج ٣.
٢٥. خوانساری، سید احمد بن یوسف (١٤٠٥ ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ج ٧.
٢٦. سبزواری، سید عبد الأعلى (١٤١٣ ق)، مهذب الأحکام (للسبزواری)، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیت الله، چاپ چهارم، ج ٢.
٢٧. شیرازی، سید محمد حسینی (١٤١٣ ق)، الفقه، القواعد الفقہیة، بیروت: مؤسسه امام رضا علیه السلام، چاپ اول.
٢٨. شیرازی، ناصر مکارم (١٤٢٧ ق)، استفتائات جدید (مکارم)، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم، چاپ دوم، ج ٣.
٢٩. صیمری، مفلح بن حسن (حسین) (١٤٢٠ ق)، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار الہادی، چاپ اول، ج ٤.
٣٠. طرابلسی، ابن براج، قاضی، عبد العزیز (١٤٠٦ ق)، المهذب (لابن البراج)، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ج ٢.
٣١. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (١٣٩٠ ق) [الف]، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران: دار الکتب الإسلامیة، چاپ اول، ج ٤.
٣٢. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (١٤٠٠ ق) [پ]، النہایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، دار الکتب العربی، بیروت، چاپ دوم.
٣٣. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (١٤٠٧ ق) [ب]، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ج ٥.
٣٤. طوسی، محمد بن علی بن حمزه (١٤٠٨ ق)، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی - ره، قم، چاپ اول.

۳۵. عاملی، حرّ، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ج ۲۹.
۳۶. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۴ ق)، غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ج ۴.
۳۷. قربان‌نیا، ناصر (۱۳۹۳ ش)، ملاحظاتی درباره‌ی قانون مجازات اسلامی ۹۲، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول.
۳۸. قمی، سید صادق حسینی روحانی (۱۴۱۲ ق) [الف]، فقه الصادق علیه السلام (للمروحانی)، قم: دار الکتب - مدرسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ج ۲۶.
۳۹. قمی، سید صادق حسینی روحانی (بی‌تا) [ب]، منهاج الصالحین (للمروحانی)، بی‌جا: بی‌نا، بی‌چا، ج ۳.
۴۰. قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۷۵ ش)، «ضرورت بازنگری در قانون مجازات اسلامی»، نامه مفید، شماره پنجم، صص ۱۳۵-۱۴۸.
۴۱. کابلی، محمد اسحاق فیاض (بی‌تا)، منهاج الصالحین (للفیاض)، بی‌جا: بی‌نا، بی‌چا، ج ۳.
۴۲. کاشانی، حاج آقا رضا مدنی (۱۴۱۰ ق)، کتاب القصاص للفقهاء و الخواص، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۴۳. کیدری، قطب‌الدین، محمد بن حسین (۱۴۱۶ ق)، إصباح الشیعه بمصباح الشریعه، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول.
۴۴. کلی، جان موریس (۱۳۸۲ ش)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه: محمد راسخ، تهران: طرح نو، چاپ اول.
۴۵. لنکرانی، محمد فاضل موحدی (۱۴۲۱ ق)، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - القصاص، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، چاپ اول.
۴۶. موسوی خمینی، سید روح‌الله (بی‌تا)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، ج ۲.
۴۷. موسوی خویی (محقق خویی)، سید ابو القاسم (۱۴۲۲ ق)، مبانی تکملة المنهاج، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، چاپ اول، ج ۲.

۴۸. مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا (۱۳۹۰ ش)، ره توشه قضایی - استفتائات قضایی از محضر مرجع عالیقدر عالم تشیع حضرت آیت الله العظمی خامنه‌ای (مد ظله العالی) رهبر معظم انقلاب، قم: نشر قضا، چاپ اول.

۴۹. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن (۱۴۰۴ ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم، ج ۴۲.

---

### 1. Principle of legality

## فرآیند و الزامات حقوقی تهیه و تصویب قوانین برنامه‌ی توسعه؛ مطالعه‌ی موردی لایحه‌ی برنامه‌ی ششم

حامد نیکونهاد،<sup>۱\*</sup> سیده نگار موسوی<sup>۲\*\*</sup>

۱. استادیار دانشگاه قم

۲. کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه قم

دریافت: ۱۳۹۷/۷/۱۴ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۰/۰۸

### چکیده

رویکرد دولت یازدهم در ارائه‌ی لایحه‌ی برنامه‌ی ششم توسعه و واکنش نمایندگان مجلس به آن، عاملی برای توجه بیشتر حقوقدانان به ماهیت حقوقی برنامه‌های توسعه و نقطه‌ی عطفی برای بازنگری در مبانی قانونی و رویه‌ای قوانین برنامه‌ی توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور شد. محتوای موضوعی لوایح برنامه‌ی توسعه دربردارنده‌ی برنامه‌های میان‌مدت و بلندمدتی در موضوعات و زمینه‌های متعددی همچون اقتصاد کلان، نظام اداری، کشاورزی، آموزش عمومی و بیمه اجتماعی است که تهیه و تصویب این لوایح مستلزم هماهنگی قوا در انجام وظایف خود در این حوزه است. طبق رویه‌ی جاری، برنامه‌ی توسعه باید مطابق با سیاست‌هایی باشد که رهبر پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام، تصویب و ابلاغ می‌کند. سپس محتوای لایحه در دولت با محوریت سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور تهیه و تنظیم می‌شود و در آخر قوه‌ی مقننه مسئول بررسی لایحه و تصویب آن است. در این مقاله تلاش شد با شیوه‌ی تحلیل رویه‌ای به اختلاف پیش‌آمده میان دولت و مجلس در جریان تصویب برنامه‌ی ششم توسعه، همچون پرونده‌ای حقوقی نگریسته شود و با رویکردی تحلیلی به دلایل نمایندگان مجلس به‌عنوان خواهان پرونده و مستندات دولتمردان به‌مثابه خواننده پرداخته شود. از این رهگذر در این پرسش تأمل شد که فرایند تهیه و تصویب لایحه‌ی برنامه‌ی ششم توسعه از منظر حقوقی چگونه ارزیابی می‌شود. تحلیل رویه‌ای چالش پیش‌آمده

\* Email: hamednikoonahad@gmail.com

نویسنده مسئول

\*\* Email: snm1389@yahoo.com

و توجه به دیدگاه موافقان و مخالفان و تلقی دولت از برنامه‌نویسی و غور در اسناد و منابع حقوقی گویای آن است که اگرچه اقدام دولت با رویه‌ی مستقر اصطکاک دارد، ولی ظرفیت‌های موجود در اصول ۴۳، ۱۲۶ و ۱۳۴ قانون اساسی، توجیه حقوقی اقدامات دولت را فراهم می‌کند.

**واژگان کلیدی:** لایحه‌ی برنامه‌ی ششم توسعه، قانون برنامه‌ی توسعه، قانون برنامه و بودجه، برنامه‌های میان‌مدت، سیاست‌های کلی نظام، اصل ۱۳۴ قانون اساسی، اصل ۱۲۶ قانون اساسی، اصل ۴۳ قانون اساسی، الزام دولت به تهیه‌ی لایحه.

### مقدمه

برنامه‌های توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در زمره‌ی برنامه‌های میان‌مدت در مسائل کلان کشور هستند. برنامه‌هایی که حسب رویه‌ی اساسی موجود، مطابق با سیاست‌های کلی ابلاغی از سوی رهبری تدوین می‌شوند.

راجع به قوانین برنامه به صورت خلاصه باید گفت که امروزه به منظور برنامه‌ریزی در جهت توسعه و پیشرفت کشورها در ابعاد مختلف اقتصادی، اجتماعی، عمرانی، فرهنگی و مانند آن برنامه‌هایی تحت عنوان برنامه‌ی توسعه یا برنامه‌ی عمران چندساله تهیه می‌شود. در ایران نیز قوانین برنامه از سال ۱۳۲۸ با عنوان برنامه‌ی عمرانی، وارد نظام تقنینی کشور شد و در عمل تا پیش از انقلاب اسلامی شش «برنامه‌ی عمرانی» تصویب و اجرا شد. بعد از پیروزی انقلاب اسلامی این گروه قوانین با عنوان «قانون برنامه‌ی توسعه» به تصویب می‌رسد. البته این قوانین اولین بار بعد از انقلاب در سال ۱۳۶۸ به تصویب رسید و آغازگر برنامه‌های توسعه بود (رستمی، ۱۳۹۰: ۲۵۶).

خصوصیت استمرار قوانین، که بر اساس آن یک قانون تا به وسیله‌ی قانونی دیگر نسخ و یا ابطال نشود اجرای آن ادامه دارد (راسخ، ۱۳۸۴: ۴۵)، در قوانین برنامه جاری نیست. همچنین به واسطه‌ی اهمیت قانون برنامه، طبق قسمت ۵ بند ۱۱۷ و ماده‌ی ۱۸۱ قانون آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس<sup>۱</sup>، تصویب و اصلاح آن در مجلس نیازمند رأی موافق اکثریت دوسوم نمایندگان حاضر در جلسه‌ی رسمی است. به‌علاوه مجمع تشخیص مصلحت نظام از باب تفویض رهبری، به موجب بند ۲ و ذیل اصل ۱۱۰ قانون اساسی، از طریق هیئت عالی نظارت، اهتمام ویژه‌ای نسبت به قوانین برنامه از جهت انطباق آنها با سیاست‌های کلی نظام دارد.

برنامه‌های توسعه ارتباط دوسویه‌ای با بودجه‌های سالانه‌ی کشور دارند؛ به نحوی که از یک سو هرساله بودجه‌ی کشور مطابق با برنامه‌های توسعه میان‌مدت و سیاست‌گذاری‌های آن پیش‌بینی می‌شود و از سوی دیگر تخصیص بودجه نمایانگر توجه و اهمیت به برنامه‌های توسعه است. طبق مواعید تعیین‌شده در ماده‌ی ۸ قانون برنامه و بودجه‌ی کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ دولت موظف بود حداقل شش ماه پیش از پایان برنامه‌ی هر دوره، لایحه‌ی برنامه‌ی دوره‌ی بعد را برای تصویب به مجلس تقدیم کند.<sup>۲</sup> لوایح برنامه‌ی توسعه که مشتمل بر سیاست‌ها، هدف‌ها و برنامه‌ریزی‌هایی در امور اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در یک بازه‌ی زمانی معین هستند، در تمام مراحل، از تدوین لایحه تا تصویب آن به‌عنوان قانون برنامه، بر اساس ماده‌ی ۸ قانون برنامه و بودجه و مواد ۱۸۰ و ۱۸۱ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی حمایت می‌شوند. این نکته که تنها مستند قانونی لوایح

برنامه پنج ساله (و گاه شش ساله) تنها یک ماده باشد، نشان از کم توجهی قانونگذار به این مسئله است که در جای خود بررسی خواهد شد.

آنچه در این نوشتار با تبیین فرایند تهیه و تصویب قوانین برنامه‌ی توسعه در رویه‌ی حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران مطالعه می‌شود، چالش‌های حقوقی تهیه و تصویب لایحه‌ی برنامه‌ی ششم به صورت تحلیلی و در قالب پرونده است. از این رهگذر، تلاش می‌شود الزامات حقوقی فرایند تصویب این دست لوایح مطرح شود. سؤال اصلی این مقاله، این‌گونه صورت‌بندی می‌شود: فرایند تهیه و تصویب لایحه‌ی برنامه‌ی ششم توسعه از منظر حقوقی چگونه ارزیابی می‌شود؟

چالش پدید آمده میان قوای مجریه و مقننه درباره‌ی فرایند و مرجع تصویب برنامه و دیدگاه‌های مدافعان هریک و رفت و برگشت‌هایی که در فرایند تبادل لوایح گوناگون میان دولت و مجلس و شورای نگهبان وجود داشت، سبب توجه ویژه به برنامه‌ی ششم و بررسی موردی آن شد تا بتوان به این بهانه و با بازخوانی اسناد قانونی و رویه‌ی اساسی موجود، الگوی موجهی برای تهیه و تصویب برنامه‌های توسعه ارائه کرد. مواجهه‌ی علمی با پدیده‌های سیاسی نظام حقوقی به صورت یک پرونده، گامی مهم و ضروری برای شناسایی رویه‌های حاکم بر نظام سیاسی است. شناسایی رویه‌های اساسی به‌عنوان بخشی از دانش حقوق اساسی، مؤلفه مغفول مطالعات حقوق عمومی است. در این پژوهش تلاش شده تا با بررسی و تحلیل برخی از این رویه‌ها به صورت تحلیلی، این بعد از حقوق عمومی تقویت شود.

با وجود اهمیت لوایح برنامه‌ی توسعه و تأثیر آن در قوانین بودجه، متأسفانه قانونی که ماهیت و فرایند تهیه این لوایح را به نحوی مطلوب ساماندهی کند وجود ندارد. این امر اصلی‌ترین عامل پدید آمدن دیدگاه‌های متمایز درباره‌ی محتوای این سند و شیوه‌ی تصویب آن است. به همین دلیل، از طرفی دولت به‌عنوان نهاد اجرایی خواستار تدوین برنامه مطابق با تشخیص خود و از طرف دیگر قوه‌ی مقننه با ابزار تصویب لوایح در پی اعمال صلاح‌دید خود است.

لایحه‌ی ششم برنامه تحقق عینی این چالش‌ها بود، به گونه‌ای که از ابتدای تنظیم لایحه زمزمه‌های تغییر در نحوه‌ی ارائه برنامه و ماهیت آن از سوی دولت مطرح شد. دولت خود را متولی امور برنامه و بودجه می‌داند و مدعی است که در این امر مقررات قانونی خاصی از سوی قانونگذار تدوین نشده است و با ارائه دلایلی که مستند به قانون اساسی است، قانونی بودن عملکرد خود را موجه می‌کند. مجلس از طرف دیگر فقط تصویب لایحه‌ای از سوی دولت را به‌عنوان لایحه‌ی برنامه می‌پذیرد که بتوان عنوان قانونی لایحه را بر آن اطلاق کرد. از همین رو، لایحه‌ی تقدیمی دولت را به استناد رویه‌ی پذیرفته‌شده‌ی موجود، فاقد این عنوان و امری بدیع می‌داند.



در بخش اول با نگاهی گذرا به اولین برنامه‌ریزی‌های میان‌مدت و پیشینه‌ی برنامه‌ریزی در ایران به ضرورت برنامه‌ریزی می‌پردازیم. در بخش دوم به نظام حقوقی کنونی حاکم بر تهیه و تصویب قانون برنامه خواهیم پرداخت. این ساختار که در بیشتر موارد غیرمدون است، با نظام حقوقی مدون در ایران چندان همسو نیست. این دوگانگی ساختاری بعد از چندین سال در برنامه ششم ضعف خود را نشان داد. تعامل دولت و مجلس در این برنامه (بخش سوم مقاله) نشان داد که از منظر دولت، رویه‌ی شکل گرفته در ارتباط با لوائح برنامه‌های اول تا پنجم توسعه بی‌اعتبار است. دولت در حالی به ارائه دلایل و مستنداتش می‌پرداخت که از منظر اکثر نمایندگان همین رویه میزان سنجش لایحه دولت در برنامه‌ی ششم قرار گرفت و از آنجا که لایحه‌ی دولت به لحاظ شکلی و ماهوی مطابق رویه نبود، نتوانست موافقت نمایندگان را جلب کند.

### ۱. اهمیت برنامه‌ریزی و جایگاه برنامه‌های توسعه

در اهمیت برنامه از قول فانسوا پرو، برنده‌ی جایزه‌ی نوبل، در کتاب *مفهومی نواز توسعه* گفته شده که برنامه «تصویر کمی شده‌ای از ساختار مطلوب برای یک ملت در پایان مثلاً یک دوره‌ی پنج‌ساله است که متأثر از معیارهایی است که به طور سازگار طراحی شده‌اند و برای ترغیب یا تحت کنترل درآوردن فعالیت‌ها یا عملیات ویژه مورد استفاده قرار می‌گیرند» (به نقل از بهارستان فر و مرکز مالمیری، ۱۳۹۰: ۱۳ و ۱۴).

#### ۱-۱. ضرورت وجود قانون برنامه‌ی توسعه

برنامه نمایش منطقی یا رعایت سلسله مراتب فعالیت‌های مربوط به هم در یک رشته تصمیمات منظم برحسب دوره‌های زمانی است. برنامه‌ریزی فرایند تفکر در باب مسائل گوناگون و همه‌جانبه‌ای است که جهت‌گیری و آینده‌نگری را به صورت عملی دارد و بر محور خط‌مشی برنامه قرار می‌گیرد (زیاری، ۱۳۸۱: ۶۰۰). اگر توسعه را مجموعه‌ی آرمانی یک جامعه برای دستیابی به زندگی بهتر و متعالی بدانیم، توجه به توسعه و پیشبرد آن هم در جوامع توسعه‌یافته و هم جوامع در حال توسعه بدون توجه به سیاست دولت‌ها امری فراگیر خواهد بود، به گونه‌ای که توسعه از اهداف کلان جوامع و ملاکی برای مقایسه آنها است. با این اوصاف برنامه‌ریزی بهترین راه برای رسیدن به این اهداف آرمانی است و به‌عنوان چارچوبی معین برای رسیدن به اهداف توسعه در سطح جهان عموماً پذیرفته شده است. در واقع برنامه‌ریزی فرایندی برای دستیابی سریع‌تر و آسان‌تر به اهداف توسعه است که در آن مسیر، مراحل رسیدن به هدف و نحوه‌ی دستیابی به آن تعیین می‌شود (نجفی کانی و قدیری معصوم، ۱۳۸۲: ۱۱۱ و ۱۱۲).

در مصوبه‌ی مورخ ۱۳۷۶/۱۰/۱۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام درباره‌ی سیاست‌های کلی، در

تعریف برنامه چنین آمده است: «برنامه طراحی عملی و وجه اجرای سیاست‌های اجرایی [که] برای دوره خاص یا دوره مشخصی تدوین می‌شود. در واقع برنامه، دستور کار و عمل هریک از بخش‌های فعالیت در یک نظام است» (مجمع تشخیص مصلحت نظام، ج ۱: ۷۷). بنابراین، برنامه درصدد عملیاتی کردن آرمان‌ها است و تحقق عینی سیاست‌ها در ابعاد گوناگون منوط به تدوین برنامه‌های مدون و زمان‌بندی شده است.

## ۲-۱. پیشینه‌ی قانون برنامه‌ی توسعه

اندیشه‌ی برنامه و برنامه‌ریزی در ایران به زمان عباس میرزا، از شاهزادگان دوره‌ی قاجار، و جنگ‌های ایران و روس بازمی‌گردد. شکست ایران و لطمات ناشی از آن در دوره‌ی فتحعلی شاه مسائلی را پیش کشید که به زمان امیرکبیر (نخست‌وزیر ناصرالدین شاه قاجار) انجامید و سرانجام در دوره‌ی پهلوی اول با شعار نوگرایی، حرکت‌هایی برای داشتن برنامه و برنامه‌ریزی آغاز شد (زیاری، ۱۳۸۱: ۶۰۲ و ۶۰۳). بنابراین باید اذعان داشت که حل مسائل اقتصادی و اجتماعی از طریق برنامه‌ریزی علمی و فنی، مانند بیشتر کشورهای جهان سوم، خیلی دیر شروع شد.

تا پیش از پیروزی انقلاب اسلامی، شش برنامه تهیه و تنظیم و پنج برنامه اجرا شد. برنامه ششم به دلیل تقارن با پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ اجرا نشد. اولین برنامه در سال ۱۳۲۷ با فکر و نگرش برنامه‌ریزی در کشور از طریق ایجاد سازمان برنامه و بودجه با سازوکار انجام کار و ایجاد نظم در امور اقتصادی مطرح شد. برنامه‌ی دوم با همان روش تهیه شد؛ ولی به‌عنوان شالوده‌ریز توسعه‌ی اقتصادی و اجتماعی کشور شهرت یافت. به همین منوال از برنامه‌ی سوم به بعد نظام برنامه‌ریزی تکامل یافت و مشارکت بخش دولتی و خصوصی در آن دیده شد (نجفی کانی و قدیری معصوم، ۱۳۸۲: ۱۱۲). پنج برنامه‌ی عمرانی از قبیل برنامه‌ی عمرانی هفت‌ساله‌ی اول ۱۳۳۳-۱۳۲۷، برنامه‌ی عمرانی هفت‌ساله‌ی دوم ۱۳۴۱-۱۳۳۴، برنامه‌ی سوم عمرانی ۱۳۴۶-۱۳۴۲، برنامه‌ی چهارم عمرانی ۱۳۵۱-۱۳۴۷ و برنامه‌ی پنجم عمرانی کشور (تجدیدنظرشده) ۱۳۵۶-۱۳۵۲، همگی از برنامه‌های عمرانی مصوب در رژیم پیشین بوده‌اند که اجرا شدند.

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی و استقرار نظام جمهوری اسلامی، ایران از سال ۱۳۵۷ تا سال ۱۳۶۸ که یازده سال از پیروزی انقلاب می‌گذشت، به واسطه‌ی تحولات پس از انقلاب و جنگ تحمیلی، سند مدون برنامه‌ی توسعه نداشت و لویح توسعه در این مدت به دلایل گوناگون به تصویب مجلس نرسید. سرانجام در ۱۳۶۸/۱۱/۱۱ اولین برنامه‌ی توسعه ایران تهیه شد. پس از آن پنج برنامه‌ی توسعه تدوین، تصویب و اجرا شدند. برنامه‌ی اول توسعه (۱۳۷۲-)

۱۳۶۸)، برنامه‌ی دوم توسعه (۱۳۷۸-۱۳۷۴)، برنامه‌ی سوم توسعه (۱۳۸۳-۱۳۷۹)، برنامه‌ی چهارم توسعه (۱۳۸۹-۱۳۸۴)،<sup>۳</sup> برنامه پنجم توسعه (۱۳۹۵-۱۳۹۰)<sup>۴</sup> با عناوین مشابه «قانون برنامه‌ی توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیدند.<sup>۵</sup> بدین ترتیب پیشینه‌ی برنامه‌ریزی در ایران در قالب سند مدون برنامه، شامل پنج برنامه‌ی عمرانی قبل از پیروزی انقلاب اسلامی و پنج برنامه‌ی توسعه بعد از بازنگری در قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ است.

### ۳-۱. جایگاه قانون برنامه در سلسله مراتب هنجارهای حقوقی

اگر بخواهیم دقیق‌تر درباره‌ی جایگاه قانون برنامه‌ی توسعه در نظام حقوقی و در ساختار سلسله‌مراتب قوانین (به طور کلی) سخن بگوییم، توضیح و تحلیلی راجع به جایگاه قانون ارگانیک مفید به نظر می‌رسد. از نظر برخی حقوقدانان، قوانین مصوب قوای قانونگذاری به دو دسته‌ی عادی و ارگانیک تقسیم می‌شوند. هرچند قوانین ارگانیک توسط مجلس به تصویب می‌رسند «ولی به‌مثابه تدبیری برای اجرای قانون اساسی و تکمیل آن تلقی می‌شوند. ... بدین ترتیب، گرچه قوانین ارگانیک جزئی از قانون اساسی نیستند، اما جایگاهی برتر از قوانین عادی دارند. جایگاه خاص آنها به دلیل حدنصاب لازم برای تصویب و اصلاح، جایگاه ویژه در قانون اساسی، موضوعات مندرج در آنها و نقش آن مفاد در کنترل قضایی مصوبات پارلمان به لحاظ انطباق با قانون اساسی است» (مرکز مال‌میری، ۱۳۹۰: ۲۱۷ و ۲۱۸). البته چنین تفکیکی در نظم حقوق اساسی جمهوری اسلامی وجود ندارد و همه قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی به‌عنوان مرجع اختصاصی تقنین (اصول ۵۸ و ۷۱) اعتبار یکسان دارند و به طرز مشابهی بر طبق اصل ۹۴ برای شورای نگهبان فرستاده می‌شوند.

حد نصاب خاص (دوسوم نمایندگان حاضر) برای اصلاح قانون برنامه‌ی توسعه و یا اصلاح این قانون در ضمن لایحه‌ی بودجه و سایر طرح‌ها و لوایح، دلیلی مبنی بر قصد قانونگذار برای برتری بخشیدن به قانون توسعه نسبت به سایر قوانین نیست؛ چنان‌که نصاب خاص برای تصویب قانون آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس مقرر در اصل ۶۵ قانون اساسی، برتری خاصی از جهت سلسله‌مراتب برای این سند به ارمغان نیاورده است. افزون بر این، ویژگی موقتی بودن قانون برنامه‌ی توسعه می‌تواند تا حدی بر برتری قانون برنامه‌ی توسعه بر دیگر قوانین تأثیر منفی بگذارد. توضیح اینکه طبق تبصره‌ی ۳ ماده‌ی ۱۶۳ آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس، مدت اجرای اصلاحیه‌های قانونی آزمایشی و برنامه‌ی توسعه تابع اجرای اصل قانون خواهد بود.

یکی دیگر از مفاد آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس که می‌تواند در جهت اهمیت قانون برنامه‌ی توسعه به آن توجه کرد، تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۸۲ قانون مذکور در خصوص فرآیند رسیدگی به بودجه

سالانه است. در این ماده آمده است: «در جلسه علنی، تنها پیشنهادهایی که توسط نمایندگان و کمیسیون‌ها در زمان مقرر دریافت و به چاپ رسیده، مشروط به عدم مغایرت با قانون برنامه، قابل طرح می‌باشد...». قید «عدم مغایرت با قانون برنامه» قیدی کلی است که می‌تواند دلیلی بر اهتمام نظام حقوقی به تضمین ثبات این قانون محسوب شود؛ اگرچه، شأن بالاتری برای قانون برنامه در پی ندارد. با در نظر داشتن این واقعیت که قانون برنامه، برنامه‌ای میان‌مدت در مسائل کلان کشور است و در همه‌ی ادوار مطابق سیاست‌های کلی ابلاغ شده از سوی رهبری تدوین می‌شود اهمیت این برنامه دوجندان خواهد شد.

در مجموع به نظر می‌رسد قانونگذار و دیگر قوای حکومتی تلقی ویژه‌ای از قانون برنامه به‌عنوان قانونی حاوی احکامی کلی و فراگیر دارند که در قالب قانون برنامه‌ی پنج‌ساله راهنمای عمل دولت در زمینه‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. با این حال جایگاه قانون برنامه به‌عنوان یک قانون عادی در سلسله مراتب نظام حقوقی با ابهام مواجه است. هرچند همواره مجلس تلاش می‌کند بر اجرای مفاد قانون برنامه به‌عنوان قانون برنامه‌ی عمل دولت برای مدت زمان پنج سال تأکید شود، اما آنچه در عمل رخ می‌دهد، در راستای این تأکید نیست و بسیاری از مفاد قانون برنامه به دلایل مختلف به مرحله اجرا نمی‌رسند (مرکز مالگیری، ۱۳۹۰: ۲۱۹ و ۲۲۰).

به طور کلی، با وجود اینکه نمی‌توان قانون برنامه را قانونی ارگانیک شمرد، اما معیارهایی وجود دارد که نشان‌دهنده نوعی برتری این قانون نسبت به قوانین عادی است. برخی از این معیارها عبارت‌اند از: تدوین این قانون مبتنی بر سیاست‌های کلی اختصاصی برنامه مصوب رهبر، لزوم مطابقت برنامه با این سیاست‌ها از طریق نظارت ویژه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام، لزوم عدم مغایرت پیشنهادهای بودجه‌ای نمایندگان با قانون برنامه و در نهایت نصاب خاص برای تصویب و اصلاح این قانون.

## ۲. نظام حقوقی حاکم بر تهیه و تصویب قانون برنامه

در این بخش از نوشتار به مدد غور در اسناد قانونی گوناگون و دقت در رویه‌های شکل گرفته در خصوص تهیه و تصویب برنامه‌های توسعه، سعی می‌شود نظام حقوقی حاکم بر این فرایند تبیین شود. رویه‌های اساسی، که می‌توانند به تدریج به عرف‌های اساسی و لازم‌الاجرا در منظومه نظام حقوقی تبدیل شوند، از رهگذر اعمال صلاحیت نهادها، مراجع و مقامات مختلف حکومتی پدید می‌آیند. توضیح آنکه هنگامی که هر مقام یا مرجعی در صدد ایفای وظایف قانونی خویش برمی‌آید، ناگزیر تلقی خود را از اسناد قانونی ملاک عمل قرار داده، به اعمال صلاحیت می‌پردازد. تکرار و تداوم این عملکردها در طول زمان به تدریج رویه‌هایی را پدید می‌آورد؛ رویه‌هایی که برحسب تکرار به طور نسبی مقبول می‌افتند و در نظام حقوقی پذیرفته

می‌شوند؛ اما هنوز به قطعیت نرسیده‌اند. این عدم قطعیت در روند تصویب لایحه‌ی برنامه‌ی ششم به‌خوبی نمود پیدا کرد. اگر رویه‌ها با مخالفت سایر بازیگران سیاسی مواجه نشوند، به مرور مستقر شده، به اصولی تبدیل می‌شوند که قواعدی حقوقی و رای قانون اساسی ایجاد می‌کنند؛ به گونه‌ای که جزو قواعد نانوشته قانون اساسی قلمداد می‌شوند.

با وجود سابقه تدوین و تصویب دست‌کم ده لایحه‌ی برنامه در ایران، تاکنون در خصوص ترتیبات قانونی این روند به طور شایسته‌ای قانونگذاری نشده است. در قوانین موجود تنها ماده‌ی ۱ قانون برنامه و بودجه اشاره‌ای کاملاً گذرا به تعریف برنامه دارد. برابر این ماده «برنامه عمرانی پنج‌ساله - منظور برنامه جامعی است که برای مدت پنج سال تنظیم و به تصویب مجلسین می‌رسد و ضمن آن هدف‌ها و سیاست‌های توسعه اقتصادی و اجتماعی طی همان مدت مشخص می‌شود. در این برنامه کلیه منابع مالی دولت و همچنین منابعی که از طرف شرکت‌های دولتی و بخش خصوصی صرف عملیات عمرانی می‌گردد از یک طرف و اعتبارات جاری و عمرانی دولت و هزینه‌های عمرانی شرکت‌های دولتی و بخش خصوصی از طرف دیگر جهت وصول به هدف‌های مذکور پیش‌بینی می‌گردد». این مقرر به تعریف برنامه‌های عمرانی و موضوعات مطرح در آن پرداخته و توجهی به روند قانونی و حقوقی‌ای که لوائح برنامه تا مرحله اجرا باید طی کنند ندارد.

ماده‌ی ۷ قانون یادشده در مقام تبیین بخشی از فرآیند تهیه‌ی برنامه، سازمان برنامه و بودجه را موظف کرده است پیش از پایان هر دوره‌ی برنامه‌ی عمرانی پنج‌ساله، برنامه‌ی دوره‌ی بعد را بر اساس پیشنهادهای دستگاه‌های اجرایی و مطالعات خود و تلفیق آنها با در نظر گرفتن اولویت‌ها تهیه و به شورای اقتصاد<sup>۶</sup> تسلیم کند تا پس از بررسی و تأیید، برای طرح در هیئت وزیران ارسال کند. در ماده‌ی ۸ نیز به دولت تکلیف شده حداقل شش ماه پیش از پایان هر دوره‌ی برنامه، لایحه‌ی برنامه‌ی دوره‌ی بعد را جهت تصویب به مجلس تقدیم کند. از ماده‌ی اخیر سه تکلیف برای دولت استخراج می‌شود: ۱. لزوم تهیه‌ی «لایحه»ی برنامه از سوی دولت، ۲. لزوم ارائه‌ی لایحه‌ی برنامه به مجلس جهت «تصویب»، ۳. الزام دولت به تهیه‌ی لایحه‌ی برنامه دست‌کم شش ماه پیش از اتمام هر برنامه.

اما مؤخر بر این احکام، الزاماتی در قانون اساسی به‌عنوان قانون برتر مقرر شده است که می‌توان آنها را به نوعی در تعارض با احکام یادشده تلقی کرد؛ از جمله در اصل ۱۳۴ به تعیین برنامه و خط‌مشی دولت اشاره شده که به طور مطلق و بی هیچ قید و شرطی از سوی رئیس‌جمهور و با همکاری وزرا تهیه و تدوین می‌شود و نیازی به تصویب مجلس ندارد. اصل ۱۲۶ نیز مستقیماً رئیس‌جمهور را مسئول برنامه و بودجه‌ی کشور قرار داده است. با صراحت

قانون اساسی در این اصول، در پذیرش صلاحیت رئیس‌جمهور در امور برنامه و بودجه و تعیین و اجرای آن، تردیدی باقی نمی‌ماند. لذا نمی‌توان تدوین و تصویب امور برنامه را از اختیارات دولت خارج کرده، مجلس را مرجع صالح در این زمینه دانست. از طرفی با قبول صلاحیت قوه‌ی مجریه ناگزیر به پذیرش اصل تلازم که از لوازم اصل صلاحیت است خواهیم بود.

«مفهوم اصل این است که به‌عنوان مثال چنانچه قانونگذار صلاحیت یا اقتداری را به مقام عمومی اعطا می‌کند، آنچه از لوازم و تبعات چنین صلاحیتی است نیز در چارچوب آن قرار می‌گیرد، به گونه‌ای که بدون در نظر گرفتن لوازم و تبعات آن، هدف از اعطای چنین اقتداری محقق نخواهد شد و واگذاری صلاحیت‌ها امری لغو و بیهوده خواهد بود. ... اصل تلازم از بدیهیات عقلی است که هیچ انسان عاقلی آن را انکار نمی‌کند. البته گفتنی است که بدیهی و عقلی بودن این اصل در قلمرو حقوق عمومی به این معنا نیست که گستره کاربرد آن نامحدود است یا بر دیگر اصول در همه شرایط ترجیح دارد. در وضعیت‌ها و مواردی می‌توان به این اصل استناد کرد که قانونگذار به طور شفاف و روشن حکم مشخصی را بیان نکرده و یا سکوت، ابهام و تعارض در ادبیات قانونی وجود دارد و استناد به آن سازگار با سایر اصول حقوقی و اصول قانون اساسی باشد. در صورتی که متون قانونی تکلیف امری را به طور شفاف معین کرده است، استناد به اصل تلازم و جاهت حقوقی ندارد» (زارعی، ۱۳۹۴، ۲۴۹ و ۲۵۰).

به نظر می‌رسد استناد به اصل تلازم در بحث اخیر بجا و با منطق حقوقی سازگار است؛ چراکه قانونگذار در خصوص لوازم و تبعات صلاحیت دولت در امور برنامه از قبیل مقرره‌گذاری یا ارائه‌ی لایحه سکوت کرده و آنچه مطابق اصل مستفاد می‌گردد، صلاحیت رئیس‌جمهور و هیئت وزیران در داشتن این صلاحیت است.

علاوه بر مستندات قانونی بالا، آنچه تاکنون ملاک و مبنای تصویب این دسته از لوایح بوده، رویه‌ای است که در ارتباط میان دولت و مجلس شکل گرفته است. بر اساس این رویه، دولت و به طور خاص زیرمجموعه‌های آن (سازمان برنامه و بودجه<sup>۷</sup> و شورای اقتصاد) مسئول تدوین لوایح برنامه بوده‌اند. پس از ابلاغ سیاست‌های کلی برنامه‌ی پنج‌ساله از سوی مقام رهبری<sup>۸</sup> (مستند به بند نخست از اصل ۱۱۰ قانون اساسی)، دولت با در نظر گرفتن این سیاست‌ها و در راستای تحقق آنها و با بهره‌مندی از تخصص و توان کارشناسی خود، لایحه‌ی برنامه را برای مدت پنج سال با ذکر جزئیات در قالب جداول، شاخص‌ها و هزینه‌ها تهیه کرده، لایحه‌ی پیشنهادی خود را همچون سایر لوایح، جهت تصویب به مجلس ارسال می‌کرد. مجلس نیز هیچ‌گاه، حتی هنگامی که دولت در ارائه‌ی لایحه‌ی برنامه تأخیر داشته است، از صلاحیت موضوع اصول ۷۱ و ۷۴ قانون اساسی استفاده نکرده و اقدام به ارائه «طرح» برنامه‌ی

پنج‌ساله‌ی توسعه نکرده است<sup>۹</sup> و سعی کرده با رایزنی‌های سیاسی و استفاده از اهرم‌های نظارتی همچون تذکر و پرسش یا نطق نمایندگان، دولت را به ارائه‌ی لایحه‌ی برنامه ملزم کند.<sup>۱۰</sup> بنابراین، رویه‌ی اساسی نیز حاکی از لزوم تقدیم برنامه‌ی پنج‌ساله‌ی توسعه از طرف دولت و ضرورت تصویب برنامه در مجلس، همچون سایر لوایح پیشنهادی دولت، است. در واقع برای تصویب برنامه‌ی توسعه، فرایندی همچون فرایند تهیه و تصویب لایحه‌ی بودجه‌ی سالانه‌ی کشور، مقرر در اصل ۵۲ قانون اساسی، برای لوایح برنامه‌ی پنج‌ساله، طی شده است.<sup>۱۱</sup>

### ۳. تعامل دولت و مجلس در لایحه‌ی برنامه‌ی ششم (وجوه تمایز آن)

۹ تیر ۱۳۹۴ مقام رهبری سیاست‌های کلی برنامه‌ی ششم توسعه را همزمان به رئیس‌جمهور و رئیس مجلس شورای اسلامی و مجمع تشخیص مصلحت نظام ابلاغ کرد. مطابق رویه‌ی موجود لوایح برنامه‌ی توسعه باید بر اساس این سیاست‌های ابلاغی تدوین شوند. تأخیر دولت در ارائه‌ی لایحه به مجلس منجر به تمدید لایحه‌ی برنامه‌ی پنجم شد.

در نهایت دولت در آبان ماه ۱۳۹۴ «لایحه تنظیم برخی از احکام برنامه‌های توسعه کشور» را به مجلس تقدیم کرد. با این تفاوت که این لایحه همچون لوایح سابق، لایحه‌ی واحدی نبود. به عبارتی عملکرد دولت طی ماه‌های بعد نشان داد که دولت قصد دارد لایحه‌ی برنامه‌ی ششم را در سه لایحه‌ی مجزا و طی سه مرحله تقدیم مجلس کند. عملکرد دولت منجر به طرح نظرات بسیاری از سوی مخالفان و موافقان شد و اکثریت مجلس را در مقابل دولت قرار داد.

۱۳۹۴/۱۲/۴ سند برنامه و اسناد پشتیبان آن	۱۳۹۴/۱۰/۲۸ لایحه‌ی احکام مورد نیاز اجرای احکام توسعه	۱۳۹۴/۸/۴ لایحه‌ی تنظیم برخی از احکام برنامه‌های توسعه
---	--	---

واکاوی لوایح پیشنهادی دولت به مجلس پیرامون برنامه‌ی ششم (در یک نگاه)

#### ۳-۱. لایحه‌ی تنظیم برخی از احکام برنامه‌های توسعه‌ی کشور

دولت یازدهم برخلاف معمول ده برنامه‌ی گذشته، در ارائه‌ی لایحه‌ی برنامه به مجلس نوآوری یا بدعتی را به نمایش گذاشت. بدین نحو که در تاریخ ۱۳۹۴/۸/۵ لایحه‌ای با عنوان «لایحه تنظیم برخی از احکام برنامه‌های توسعه کشور» در پنجاه ماده را، برخلاف رویه‌ی شکل‌گرفته درباره‌ی برنامه‌های توسعه، به مجلس شورای اسلامی تقدیم کرد و نامی از لایحه‌ی برنامه‌ی توسعه برده نشد. این تفاوت تنها یک تفاوت عنوانی در لایحه‌ی برنامه‌ی توسعه نبود، بلکه زمره‌های تغییر محتوایی نیز از طرف دولت به گوش می‌رسید.

در مقدمه‌ی لایحه‌ی مذکور آمده بود: «در سال‌های اخیر احکامی با ماهیت دائمی بنا بر ضرورت در برنامه‌های توسعه تکرار شده و این امر منجر به حجیم شدن برنامه‌های مذکور با تکالیف متعدد برای دولت گردیده است، لذا به منظور رفع این مشکل و در جهت احصای احکام دائمی برنامه‌های یاد شده که بستر توسعه را فراهم می‌سازند، لایحه زیر برای تشریفات قانونی ارائه می‌شود». دو بخش دانستن احکام لوایح بحث جدیدی نیست و پیش از لایحه‌ی ششم نیز در آثار نویسندگان و پژوهشگران مطرح شده بود. در مقام اجرا و عمل نیز مشاهده شده است که برخی مواد لوایح سابق، بنا بر ماهیت آنها و اهدافشان، تا به امروز جاری هستند؛ برای مثال و به تصدیق مرکز پژوهش‌های مجلس، حدود ۶۰ حکم (در مقابل ۱۶۱ حکم جدید) از برنامه‌ی سوم توسعه به برنامه‌ی چهارم توسعه نیز تنفیذ شده است. معمولاً در برنامه‌های توسعه، احکام متعددی یافت می‌شود که از برنامه‌های گذشته تنفیذ شده است. بسیاری از این احکام به دلیل اهمیت‌شان تنفیذ می‌شوند. حال آنکه می‌توان احکام مهمی را که در بلندمدت مورد نیاز کشور هستند، در قالب قوانین دائمی تصویب کرد. لذا تنفیذ احکامی که لازم است به صورت احکام دائمی در کشور جاری شود، از این جهت باید بازنگری شوند.<sup>۱۲</sup>

این لایحه با قید دوفوریت تقدیم مجلس شد که فوریت آن در مجلس رأی نیاورد و به صورت عادی در دستور کار کمیسیون مشترک قرار گرفت. بعد از طرح نظرات مثبت و منفی نمایندگان در خصوص لایحه، نمایندگان به این نتیجه رسیدند که تبدیل احکام لایحه‌های قبلی به قانون، نه تنها از تکرار مواد مشترک در لوایح جلوگیری می‌کند، بلکه همانند اقدامی است که در قانون تنظیم مقررات بودجه‌های سالیانه انجام شده است.<sup>۱۳</sup> مجلس با کلیات لایحه‌ی تنظیم برخی از احکام برنامه‌های توسعه کشور (با عنوان لایحه احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور) موافقت کرد. در نهایت و در واپسین روزهای دوره‌ی تقنینی مجلس نهم و با قطعی شدن عدم امکان طرح و تصویب قانون برنامه‌ی ششم در این مجلس، نمایندگان احکام بسیاری که قصد الحاق به لایحه‌ی برنامه را داشتند، در قالب الحاقات به لایحه‌ی احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور پیشنهاد کردند. لذا به نظر می‌رسد که اصلاحات و الحاقات مجلس نسبت به لایحه‌ی دولت چندان در قالب اصلاح و تصویب لایحه‌ی دولت قرار نمی‌گرفت و به نوعی طرح جدیدی است که در قالب تصویب لایحه‌ی دولت اعمال شده است. مواد الحاقی مجلس به لایحه به هفتاد ماده رسید و از پنجاه ماده‌ی اولیه‌ی لایحه‌ی پیشنهادی دولت پیشی گرفت.

غیر از اصلاحات و الحاقاتی که به لایحه‌ی اصلی وارد شد، الحاقات اخیر احکام بسیار متکثر و متنوعی را وارد ساخت که به نوعی اصلاح‌کننده قوانین دیگر بود. یکی از



بخش‌های مهم مواد الحاقی نمایندگان، دائمی کردن قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران و تصویب احکامی در جهت اصلاح و توسعه‌ی دایره‌ی شمول این قانون بود. این‌گونه دخل و تصرف در لایحه‌ی به‌درستی توجه شورای نگهبان را جلب و شورا نظریه‌ی خود (شماره ۹۵/۱۰۲/۸۴۸ مورخ ۹۵/۳/۱۹) را به قرار زیر اعلام کرد: «علی‌رغم اشکالات و ابهامات متعددی که بر این مصوبه وارد است، نظر به اینکه علاوه بر اصلاحات و الحاقاتی که در متن لایحه‌ی تقدیمی دولت توسط مجلس به عمل آمده کلاً در ۵۰ ماده به تصویب رسیده است با عنایت به اینکه قریب به ۷۰ ماده به‌عنوان مواد الحاقی به آن افزوده شده است، از آنجا که لایحه‌ی دولت با مصوبه‌ی مجلس ماهیتاً اختلاف فاحش پیدا کرده و موارد اضافه شده به خصوص مواد الحاقی از مصادیق طرح موضوع اصل ۷۴ قانون اساسی محسوب نمی‌شوند و اصلاحات مذکور در اصل ۷۵ نیز در مورد آنها صدق نمی‌کند و این امور عرفاً اصلاح در لایحه نیز محسوب نمی‌گردد، لذا مصوبه‌ی مرقوم مغایر اصول فوق‌الذکر شناخته شد» (برای استدلال مشابه در موارد مشابه نک: اظهار نظر ۴۸۳۲۸ / ۹۱/۳۰/ مورخ ۱۳۹۱/۷/۲۳ شورای نگهبان درباره‌ی لایحه آیین دادرسی کیفری؛ اظهار نظر شماره‌ی ۷۸۶/۱۰۲/۹۵ به تاریخ ۱۳۹۵/۳/۱۷ درباره‌ی لایحه‌ی تأسیس صندوق بیمه‌ی همگانی حوادث طبیعی).

بدین ترتیب و پس از اعلام نظر شورای نگهبان، لایحه‌ی فوق دوباره در مجلس به گردش افتاد و در نهایت پس از جلسات متعدد در تاریخ ۱۳۹۵/۴/۳۰ لایحه‌ی احکام دائمی با اصلاحاتی (عمدتاً رفع اشکالات شکلی اعم از حذف برخی مواد الحاقی و ادغام برخی مواد با یکدیگر) در صحن علنی مجلس به تصویب رسید. شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۹۵/۶/۲۹ پس از بررسی اصلاحات به‌عمل‌آمده ۶۱ ایراد به ۴۱ ماده از لایحه‌ی احکام دائمی به استناد اصول قانون اساسی اعلام کرد. لایحه‌ی احکام دائمی مجدداً در دستور کار مجلس شورای اسلامی قرار گرفت تا اینکه با ارائه‌ی لایحه‌ی برنامه‌ی ششم و بعد از چندین جلسه (به این دو لایحه توأمان رسیدگی شد) به‌تدریج لایحه‌ی احکام کنار گذاشته شد؛ چراکه نمایندگان بر لایحه‌ی برنامه‌ی ششم تمرکز کردند. همچنین به نظر می‌رسد علت دیگر کنار نهادن لایحه‌ی احکام این بود که این لایحه مورد پسند نمایندگان نبود است. سرانجام لایحه‌ی احکام دائمی برنامه‌های توسعه‌ی کشور (با رسیدگی همزمان لایحه‌ی بودجه‌ی ۱۳۹۶ کل کشور و لایحه‌ی برنامه‌ی ششم توسعه) در دستور کار مجلس قرار گرفت و بعد از اصلاح ایرادات شورای نگهبان در ۷۳ ماده و ۱۰۰ تبصره در روز دهم بهمن ۱۳۹۵ در مجلس تصویب شد و در تاریخ ۲۷ بهمن نیز به تأیید شورای نگهبان رسید.

## ۲-۳. لایحه‌ی احکام مورد نیاز برای اجرای برنامه‌ی ششم توسعه (رویکرد دولت و واکنش مجلس نسبت به آن با نگاه به دلایل مخالفان و موافقان)

همان‌طور که در مقدمه بیان شد، دولت موظف بود تا شهریور ماه ۱۳۹۴ لایحه‌ی برنامه‌ی ششم را به مجلس تقدیم کند؛ ولی با چهار ماه تأخیر در ۲۸ دی ماه ۱۳۹۴ لایحه‌ی احکام مورد نیاز برای اجرای برنامه‌ی ششم توسعه را به همراه لایحه‌ی بودجه به مجلس تقدیم کرد. این تأخیر منجر به عدم اتمام فرایند تصویب لایحه در مجلس تا پایان سال ۱۳۹۴ شد. لذا مجلس قانون اصلاح ماده‌ی ۲۳۵ قانون برنامه‌ی پنج‌ساله‌ی پنجم توسعه را تصویب کرد. تمدید یک‌ساله‌ی برنامه‌ی پنجم تا پایان سال ۱۳۹۵ در تاریخ ۱۳۹۴/۱۲/۲۴ به تأیید شورای نگهبان رسید. لایحه‌ی تقدیمی (احکام مورد نیاز) نه به لحاظ ساختار و نه محتوا شباهتی به برنامه‌های توسعه نداشت و همان‌گونه که عنوان لایحه گویا است تنها شامل برخی احکام کلی در برخی موضوعات بود. واقعیت این است که آنچه دولت به مجلس ارائه کرد، فقط بخشی از لایحه‌ی برنامه بود. در فاصله‌ای کمتر از دو ماه سند برنامه و اسناد پشتیبان نیز به طور جداگانه تقدیم مجلس شد. طولی نکشید که نظرات کارشناسان و نمایندگان مجلس و متخصصان در خصوص لایحه آغاز شد.

در این قسمت با تشریح گلچینی از نظرات مستند و مستدل مخالفان و موافقان، رویکردها به اقدام دولت را بررسی می‌کنیم. با توجه به نظرات نمایندگان مجلس و نظرات کارشناس مرکز پژوهش‌های مجلس ابتدا به تبیین نظرات مخالف می‌پردازیم.

۱. عنوان لایحه «لایحه احکام مورد نیاز اجرای برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی» است. این لایحه یک لایحه‌ی عادی است، نه لایحه‌ی برنامه؛ زیرا نه تعریف علمی برنامه را دارد و نه تعریف قانونی آن را. در بند ۳ ماده‌ی ۱ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱، قانون معتبر حاکم بر برنامه‌ریزی و بودجه‌ریزی، مفاد و محتوای برنامه تعریف شده است. قانون فوق، لایحه‌ی تقدیمی را برنامه نمی‌شناسد. این ایراد مهم‌ترین ایراد وارد بر لایحه‌ی ۹۴/۱۰/۲۸ دولت بود.

۲. ذیل عنوان لایحه‌ی احکام مورد نیاز اجرای برنامه‌ی ششم، تعاریفی که معمولاً در ماده‌ی ۱ لوایح مشابه می‌آورند، آمده است؛ از جمله سند توسعه را چنین تعریف کرده است: «سند توسعه: مجموعه‌ای مشتمل بر اهداف کلی، راهبردها، راهکارها و سیاست‌ها، الزامات اساسی و منابع مورد نیاز آنها است». در مقدمه‌ی لایحه نیز با جمله‌ی «احکام مورد نیاز برای اجرای سند برنامه ششم توسعه...» برای چندمین بار تأیید می‌کند که این لایحه مقدمه‌ای است برای برنامه‌ی ششم که به تصویب هیئت وزیران رسیده است. «در واقع دولت قصد دارد مجوزهایی

را از مجلس بگیرد و خود بعدها اقدام به تصویب برنامه کند. این اقدام در برنامه‌نویسی نوعی بدعت است که دولت فعلی آن را باب کرده است. برنامه باید مبتنی بر رویکرد اسناد بالادستی مثل سیاست‌های کلی برنامه و سیاست‌های اقتصاد مقاومتی باشد که این طور نیست» (پورا برهیمی، سخنگوی کمیسیون تلفیق، روزنامه شرق - ۱۱ بهمن ۹۴).

احمد توکلی، نماینده مجلس، نیز در این باره گفت: «هیچ نماینده‌ای برنامه ششم را ندیده است. این اقدام دولت بدعت و کار جدیدی است و دولت می‌خواهد در حالی که نمایندگان برنامه را ندیده‌اند لایحه اجرای احکام آن را تصویب کنند. این نخستین بار است که چنین می‌شود و این امر با آیین‌نامه داخلی مجلس و قانون برنامه و بودجه مغایر و ناسازگار است. طبق قانون، مجلس باید برنامه توسعه را بررسی و تصویب کند و سپس آن را برای اجرا به دولت بدهد. دولت باید اصل لایحه برنامه ششم را به مجلس تقدیم کند» (احمد توکلی، روزنامه شرق، ۷ بهمن ۹۴).

به نظر می‌رسد قوه‌ی مجریه توجه نداشته است که افق برنامه پنج‌ساله عمدتاً فراتر از عمر دولت‌ها است و همواره این احتمال وجود دارد که دولت تصویب‌کننده بودجه در بخشی از زمان اجرای برنامه، دولت حاکم نباشد. بنابراین در صورت تصویب لایحه‌ی احکام توسط مجلس شورای اسلامی، مجوزهایی به دولت وقت داده می‌شد تا با استفاده از آن یک برنامه‌ی رفتاری مدون کند که قطعاً ورای دوره‌ی عمر دولت یازدهم می‌بود (بررسی لایحه‌ی احکام مورد نیاز اجرای برنامه‌ی ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۵-۱۳۹۹) پنج پیشنهاد برای رویکرد مجلس به لایحه‌ی احکام برنامه‌ی ششم، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی).

۳. در مستنداتی که دولت منتشر یا توزیع کرده است، جهت‌گیری مشخصی در مستندات یا وجود ندارد یا امکان ردیابی آن نیست و اغلب مطالبی ناپیوسته و نامنسجم در آنها درج شده است. در ادامه برخی از مهم‌ترین کاستی‌ها و غفلت‌های مستندات ارائه‌شده، بررسی شده است:

- نامشخص بودن نحوه‌ی مواجهه با بحران‌های اساسی پیش‌رو و جایگاه توسعه‌ی کشور در سال‌های آینده.

- نامشخص بودن رویکرد و اهداف کلی.

- ابهام در نحوه‌ی ارتباط برنامه‌های دوازده‌گانه مصوب ستاد راهبری و مدیریت اقتصاد مقاومتی با برنامه‌ی ششم توسعه.

- ایجاد تعهدات مالی گسترده برای دولت و نامشخص بودن نحوه‌ی تأمین منابع.

- بی‌توجهی به مسئله‌ی کسب مجوز در بسیاری از راهبردها.

- نادیده گرفتن ماهیت فراقوه‌ای بعضی سیاست‌ها.

- نامشخص بودن دستگاه متولی و پاسخگو (بررسی لایحه احکام مورد نیاز اجرای برنامه‌ی ششم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۹-۱۳۹۵) پنج پیشنهاد برای رویکرد مجلس به لایحه‌ی احکام برنامه‌ی ششم، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی).

۴. هیئت دولت نمی‌تواند قانونگذار باشد و تصویب سند توسعه نوعی مداخله در وظایف قوه‌ی مقننه و خلاف اصل استقلال قوا محسوب می‌شود. عنوان قانون باید تأیید و تصویب مجلس را به همراه داشته باشد.

از طرفی وقتی بودجه که طبق تعریف عملی و قانونی برنامه یک‌ساله است توسط مجلس رسیدگی و تصویب می‌شود، چگونه برنامه‌ی پنج‌ساله که سندی بالادستی است، می‌تواند با تصویب دولت قانون شود!

در مقابل، دولت و حامیان رویکرد برنامه‌نویسی دولت نیز به دلایلی تمسک جسته‌اند: رئیس‌جمهور در نامه‌ی شماره‌ی ۱۳۹۵۷۴ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۶ که لایحه‌ی بودجه و لایحه‌ی احکام مورد نیاز اجرای برنامه‌ی ششم در پیوست آن تقدیم مجلس شد، با استناد به اصل ۱۲۶ قانون اساسی درخواست کرد احکامی را مجلس تصویب کند که در اجرای برنامه، دولت بدان‌ها نیاز دارد. همچنین گفتنی است که بند ۲ اصل ۴۳ و اصول ۵۲، ۱۲۶ و ۱۳۴ قانون اساسی مسئولیت برنامه و بودجه و برنامه‌ریزی عمومی کشور را به دولت و رئیس‌جمهور داده است.

### ۳-۳. لایحه‌ی نهایی برنامه‌ی ششم توسعه

مجموعه‌ای از مستندات برنامه‌ی ششم توسعه مشتمل بر لایحه و اسناد پشتیبان، در مجلس نهم و سپس به مجلس دهم برای طی مراحل قانونی رسماً از سوی دولت ارائه شد. آنچه مشاهده شد لایحه‌ای سی و پنج ماده‌ای بود که به نظر می‌رسید به مواد متعددی که مجلس شورای اسلامی سابقاً به آن لایحه وارد کرده بود توجهی نداشت. البته نباید جداول اهداف کمی و منابع مالی را از نظر دور داشت. در این لایحه دولت پیوستی را مبنی بر ذکر پروژه‌های مصوب ستاد فرماندهی اقتصاد مقاومتی و دستگاه اجرایی مسئول، به تفکیک اهداف توسعه و ارتقای بهره‌وری و عدالت و اقتصاد دانش‌بنیان به لایحه افزود و در بخش دوم پیوست پروژه‌های اولویت‌دار اقتصاد مقاومتی سال ۱۳۹۵ را این بار به تفکیک دستگاه مسئول نام برد.

ارائه‌ی لایحه‌ی فوق از شدت مخالفت مجلس و نمایندگان در قبال دولت نکاست و روند تصویب لایحه‌ی احکام مورد نیاز برای اجرای برنامه را با مشکل جدی روبه‌رو کرد؛ به گونه‌ای که کلیات لایحه‌ی نهایی برنامه‌ی ششم توسعه در کمیسیون تلفیق با رأی بالا تصویب شد؛ اما

لایحه‌ی احکام مورد نیاز همچنان در دستور مجلس قرار داشت. تا اینکه رئیس مجلس در نامه‌ای به رهبری در خصوص این مسئله و وجود برخی نواقص در لایحه‌ی برنامه‌ی ششم کسب تکلیف کرد. مقام رهبری در پاسخ خود با بیان اینکه لایحه‌ی ارسالی دولت درباره‌ی برنامه در واقع «لایحه احکام مورد نیاز برای برنامه‌ی ششم توسعه» بوده است، دو راهکار مطرح کردند:

۱. تدوین و ارائه‌ی لایحه‌ی جدید به مجلس توسط دولت

۲. تکمیل و نگارش لایحه‌ی فعلی دولت در مجلس

با ورود مقام رهبری و ارائه‌ی راهکارهای ایشان در مقام ایفای بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، گرچه در راهکار اول دولت می‌توانست لایحه‌ی جدیدی به مجلس ارائه دهد؛ اما لایحه‌ی جدیدی ارائه نشد. مجلس برای تسریع در تصویب لایحه با وجود ایرادهای شورای نگهبان در دو مرحله به لایحه‌ی احکام دائمی و نشست‌ی که هیئت رئیسه مجلس با اعضای شورای نگهبان داشتند و نیز با عنایت به قیود جدی شورای نگهبان برای دخالت مجلس در لوایح پیشنهادی دولت و محدودیت اختیار اعمال تغییر در هنگام تصویب لوایح در مجلس، به راهکار دوم متوسل شد؛ چراکه مجوز تکمیل و نگارش لایحه‌ی فعلی در مجلس، نگرانی‌های مجلس را در مواجه شدن با ایرادات شورای نگهبان از بین برد.

در این راستا مرکز پژوهش‌های مجلس بعد از ارائه‌ی لایحه‌ی برنامه از طرف دولت در اظهار نظری کارشناسی اعلام کرد: «لایحه برنامه ششم ویژگی‌های یک برنامه توسعه را نداشته... . بنابراین انتظار می‌رود کلیات لایحه برنامه ششم توسعه به علت کاستی‌های جدی که در بخش‌های پیشین تبیین گردید، توسط مجلس مورد پذیرش قرار نگیرد. در صورت عدم رد کلیات لایحه برنامه ششم توسعه توسط مجلس محترم... مجلس مجبور به دخالت در محتوای برنامه خواهد شد. تجربه اظهار نظر شورای نگهبان در ارتباط با لایحه تنظیم برخی از احکام برنامه‌های توسعه کشور، حکایت از وجود محدودیت برای دخالت مجلس دارد، بنابراین نمی‌توان انتظار داشت، تلاش‌های همراه با حسن نیت نمایندگان محترم مجلس، بتواند کاستی‌های جدی لایحه برنامه ششم توسعه را مرتفع سازد».

پیشنهاد رد کلیات به قوت خود باقی نماند و مرکز پژوهش‌ها با چرخشی صحیح، به جای پاک کردن صورت مسئله، راهبردهایی را برای نزدیک کردن دیدگاه‌های دولت و مجلس در این خصوص ارائه داد. این مرکز در گزارش بعدی خود به درستی اذعان کرد که با رد کلیات لایحه‌ی برنامه‌ی ششم توسعه، ارائه مجدد لایحه به ماه‌های پایانی سال ۱۳۹۵ و انتهای دوره دولت یازدهم موکول خواهد شد و این امر منجر به خلأ برنامه‌ای در کشور خواهد شد.

رویکرد اخیر مرکز پژوهش‌ها و دیدگاه‌های منطبق بر واقع متخصصین جهت حل و فصل مسئله‌ی پیش‌آمده در جهت هم‌فکری دولت و مجلس و همکاری مؤثر دولت و مجلس در فرایند تصویب لایحه نقش بسزایی داشت.

### فرجام

چالش بروزیافته میان مجلس و دولت در فرایند و کیفیت تهیه و تصویب برنامه‌ی ششم توسعه‌ی کشور، علاوه بر اینکه کاستی‌های قانونی را نمایاند، نشان داد که در تحلیل نظام حقوقی نمی‌توان نسبت به رویه‌های اساسی بی‌تفاوت بود. رویکرد دولت در ارائه‌ی لایحه و اختلافات حاصل از آن به‌خوبی خلأهای موجود را روشن ساخت تا تلنگری باشد برای قانونگذاران که به تدوین قوانینی بپردازند تا وظایف و نحوه تعامل نهادهای مرتبط با تهیه‌ی برنامه به‌خوبی مشخص شود. گرچه این کاستی‌ها از قبل وجود داشت، اما پایبندی دولت‌های سابق به رویه‌ای مقبول مانع از توجه به این نواقص می‌شد.

تجربه نشان داده است که قوانین توسعه به مرور و در طول زمان تفصیلی‌تر و بر تعداد صفحات و مواد آنها افزوده شده است، به گونه‌ای که از اعداد و ارقام خارج شده، احکام کلی دارند و امور گوناگون و بی‌شماری را شامل شدند. این روند تا جایی پیش رفت که لوایح برنامه، محملی برای اصلاح قوانین عادی کشور شدند. این رویه نه‌تنها ناصواب بود، بلکه قانون توسعه نیز چنین ظرفیت قانونی‌ای نداشت؛ حقیقتی که در مقدمه اظهار نظر شورای نگهبان به شماره‌ی ۸۳/۳۰/۷۴۶۶ به تاریخ ۱۳۸۳/۳/۳ درباره لایحه‌ی برنامه‌ی چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۳ آمده است: «... با التفات به اینکه قانون برنامه، فارغ از وظیفه قانونگذاری تفصیلی در امور مختلف است».

ایرادات وارد بر لایحه‌ی احکام مورد نیاز اجرای برنامه را می‌توان شکلی و ماهوی دانست؛ برخی از این ایرادات عبارت‌اند از: «مغایرت با آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس»، «مغایرت با قانون برنامه و بودجه»، «ساختار شکنانه و بدعت بودن رفتار دولت در ارائه‌ی لایحه»، «دوپارچگی مفاد برنامه»، «نداشتن تعریف علمی و قانونی لایحه‌ی برنامه»، اینکه «دولت در لایحه‌ی احکام مورد نیاز اجرای برنامه‌ی ششم تعریفی از سند توسعه بیان می‌کند و این سند را موقوف به تصویب هیئت وزیران، نه مجلس، می‌داند»، «فراتر بودن عمر برنامه‌ی توسعه از عمر دولت حاکم»، «لازم‌الاتباع بودن این برنامه نسبت به دولت‌های بعد»، «تداخل وظایف» و «نواقص برنامه و غفلت در امور مهم و عدم سازگاری با اقتصاد مقاومتی و سیاست‌های کلی نظام». البته قانون یا مقرره‌ای ناظر بر بیان کامل الزامات شکلی و محتوایی لوایح توسعه وجود ندارد و قانون برنامه و بودجه نیز درحالی مورد استناد قرار می‌گیرد که ماده‌ی ۱ از برنامه‌ی «عمرانی»

پنج‌ساله سخن گفته، نه از برنامه «توسعه»ی پنج‌ساله. ساختار شکنانه دانستن اقدام دولت و بدعت دانستن اقدام آن، مستند به رویه‌ی شکل گرفته در لوایح ده‌گانه عمرانی پیش از انقلاب و لوایح توسعه بعد از انقلاب است. رویه‌ای که طی چندین سال ارتباط بین دولت و مجلس به وجود آمده و اکنون به‌عنوان ساختار از آن یاد می‌شود. البته این رویه پشتوانه‌ی صریح قانونی ندارد. آیا عمل برخلاف این رویه را در نظام حقوقی کشور می‌توان ایراد شکلی دانست؟ آیا رویه به خودی خود الزام‌آور است؟ به نظر می‌رسد نباید در تحلیل اقدام دولت از پرداختن به این نکته غافل شد که باید بررسی کنیم که اقدام دولت دقیقاً با کدام منبع حقوقی مغایر بوده است؛ با منبع اصلی و دسته اول نظام حقوقی یا با یک برداشت نه چندان صحیح از قانون و رویه‌ای متداول؟ با در نظر گرفتن مطالب مطرح شده درباره‌ی قانون برنامه و بودجه، روشن شد که تعریف قانونی برای اسناد توسعه در قوانین ما وجود ندارد؛ بنابراین نمی‌توان ادعای غیرقانونی بودن تعریف سند توسعه را در ابتدای لایحه اثبات کرد. تعریف علمی لایحه‌ی توسعه نیز بسته به دیدگاه‌های مختلف اهل فن متفاوت خواهد بود.

آیا دولت پای خود را فراتر از حیطه‌ی خود گذاشته است و در وظایف قوه‌ی مقننه دخالت کرده است؟ آیا برخلاف قانون احکامی را بر دولت‌های بعدی بار کرده است؟ صرف‌نظر از اسناد توسعه، دولت به‌جز تکلیف در خصوص لایحه‌ی بودجه، در ارسال سایر لوایح به مجلس اختیار کامل دارد (مستفاد از اصول ۷۴ و ۱۲۶). به‌علاوه دولت‌ها با تصویب آیین‌نامه‌های مختلف، که همگی عمری فراتر از دولت حاکم دارند، برای دولت‌های بعدی خود تعهد ایجاد می‌کنند. پس بر ایجاد تعهد بر دولت‌های آینده ایرادی وارد نیست؛ چراکه نه تنها این امر مغایرتی با اصل استقلال قوا ندارد، بلکه مطابق قانون اساسی است. سایر ایرادات در خصوص جامع نبودن مواد لایحه و عدم توجه به برخی مسائل حیاتی و مانند آن، با در نظر داشتن حق و تکلیف مجلس در بررسی و واکاوی لوایح در کمیسیون‌ها و صحن علنی، بدیهی است که ایرادات وارد نیستند. همان‌گونه که در خصوص هر لایحه‌ای را با دقت بررسی کند، دولت نیز متعهد است نظر مجلس را به‌عنوان نمایندگان مردم جلب کند. بنابراین، عموم این ایرادات رفع‌شدنی است و اختصاصی به لایحه‌ی برنامه ندارد.

با توجه به ارتباط وثیق میان برنامه پنج‌ساله به‌مثابه برنامه‌ای میان‌مدت و بودجه‌ی سالانه به‌مثابه برنامه‌ای کوتاه‌مدت، تدوین و تصویب قانون موضوع ذیل اصل ۵۲ قانون اساسی در خصوص ترتیبات بودجه‌ریزی و حدود صلاحیت دولت و مجلس و سایر ارکان نظم حقوقی اساسی در برنامه‌ریزی کلان و فرآیند تهیه و تصویب برنامه، گامی اساسی است. نقش ابتکاری انحصاری

دولت در تهیه‌ی لایحه مستند به اصول ۶۰، ۱۲۶، ۱۳۴ و بند ۲ اصل ۴۳ قانون اساسی، «حتی‌المقدور یکسانی دولت‌ت‌تهیه‌کننده برنامه و دولت‌مجری برنامه»، «نقش تکمیلی و تصویبی مجلس مستند و مقید به اصول ۵۸ و ۵۲ و ۷۴ قانون اساسی»، «لزوم ابتدای برنامه بر اسناد بالادستی به‌ویژه سیاست‌های کلی نظام (اصل ۵۷ و بند ۱ و ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی)» و «برنامه‌ای بودن مفاد لایحه‌ی برنامه و اشمال آن بر اعداد و ارقام و سنجه‌های کمی» از الزامات این فرایند است.



## منابع

۱. راسخ، محمد (۱۳۸۴)، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس، چاپ اول.
۲. رستمی، ولی (۱۳۹۰)، مالیه عمومی، تهران: نشر میزان.
۳. زارعی، محمدحسین (۱۳۹۴)، حاکمیت قانون و دموکراسی، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ اول.
۳. دبیرخانه مجمع تشخیص مصلحت نظام (۱۳۸۸)، مجموعه مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام (کلیات، سوابق و عملکرد)، تهران: مجمع تشخیص مصلحت نظام، دبیرخانه، اداره کل ارتباطات، ج ۱.
۴. بهارستان فر، محمدرضا و مرکز مالگیری، احمد (۱۳۹۰)، «ارزیابی برنامه‌ی توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در پرتو شاخصه‌های قانون خوب (با تأکید بر قوانین برنامه‌ی چهارم و پنجم توسعه)»، تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۱۲.
۵. زیاری، کرامت الله (۱۳۸۱)، «برنامه و برنامه‌ریزی در ایران»، مجله دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه تهران، شماره ۱۶۴.
۶. مرکز مالگیری، احمد (۱۳۹۰)، «تأملی در مرزهای سیاست‌گذاری و قانون‌گذاری - مطالعه موردی: مفاد قانون برنامه پنجم توسعه در حوزه فرهنگی»، مجلس و راهبرد، پاییز ۱۳۹۰، شماره ۶۷.
۷. نجفی کانی علی اکبر و مجتبی فدیری معصوم (۱۳۸۲)، «برنامه‌های توسعه بعد از پیروزی انقلاب اسلامی ایران و تأثیر آنها بر نواحی روستایی»، مجله پژوهش‌های جغرافیایی، شماره ۴۴.
۸. گزارشات بررسی لایحه احکام مورد نیاز اجرای برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره ۱ مسلسل ۱۴۶۴۹، تاریخ انتشار: ۱۳۹۴/۱۱/۴.
۹. گزارشات بررسی لایحه احکام مورد نیاز اجرای برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره ۱ مسلسل ۱۴۶۸۱، تاریخ انتشار: ۱۳۹۴/۱۱/۱۲.
۱۰. گزارشات بررسی لایحه احکام مورد نیاز اجرای برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره ۱ مسلسل ۱۴۷۷۶، تاریخ انتشار: ۱۳۹۵/۱/۱۷.
۱۱. آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، مصوب ۱۳۷۹ با اصلاحات و الحاقات بعدی.

۱۲. سیاست‌های کلی برنامه‌ی ششم توسعه، مصوب ۱۳۹۴.
  ۱۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ با اصلاحات ۱۳۶۸.
  ۱۴. قانون برنامه و بودجه کشور، مصوب ۱۳۵۱.
  ۱۵. قانون محاسبات عمومی کشور، مصوب ۱۳۶۶.
  ۱۶. لایحه‌ی احکام مورد نیاز اجرای احکام توسعه، مصوب ۱۳۹۴.
  ۱۷. لایحه‌ی تنظیم برخی از احکام برنامه ششم توسعه، مصوب ۱۳۹۴.
  ۱۸. لایحه‌ی سند برنامه و اسناد پشتیبان آن، مصوب ۱۳۹۴.
  ۱۹. مصوبه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام در سیاست‌های کلی نظام، مصوب ۱۳۷۶.
  ۲۰. روزنامه‌ی شرق، ۷ و ۱۱ بهمن ۱۳۹۴.
  ۲۱. سایت و خبرگزاری:
۲۲. سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان:  
<http://farsi.khamenei.ir/news-content?id=2692>  
<http://nazarat.shora-rc.ir/Default.aspx>

## یادداشت‌ها

۱. همه‌ی شماره‌های موارد آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس مطابق با متن تنقیحی معاونت قوانین مجلس شورای اسلامی نوشته شده است:

[https://ghavanin.parliran.ir/ghavanin/fa/Content/artghavanin\\_57411/359197](https://ghavanin.parliran.ir/ghavanin/fa/Content/artghavanin_57411/359197)

۲. در حال حاضر طبق ماده‌ی ۱۸۰ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس (ماده‌ی ۲۱۴ سابق اصلاحی ۱۳۹۷/۰۵/۲۸) دولت موظف است حداکثر تا پایان خرداد ماه سال پایانی قانون برنامه‌ی پنج‌ساله توسعه، لایحه‌ی برنامه‌ی توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بعدی را به مجلس تقدیم کند. البته بر اساس ماده‌ی ۱۲۴ قانون برنامه‌ی ششم توسعه مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ دولت موظف شد شش ماه قبل از پایان اعتبار این قانون، لایحه‌ی برنامه‌ی پنج‌ساله‌ی هفتم را به مجلس شورای اسلامی ارائه کند. با این وصف، در حال حاضر ماده‌ی ۱۸۰ ناسخ ماده‌ی اخیر است.

۳. با توجه به تصویب نشدن برنامه‌ی پنجم در موعد مقرر (پایان سال ۱۳۸۸) به موجب جزء الف بند ۹ قانون بودجه سال ۱۳۸۹ کل کشور مصوب ۱۳۸۸/۱۲/۲۴، قانون برنامه‌ی چهارم تا تاریخ لازم الاجرا شدن برنامه‌ی پنجم، تمدید شد و برنامه‌ی چهارم در عمل شش ساله شد.

۴. با توجه به تصویب نشدن برنامه‌ی ششم در موعد مقرر (پایان سال ۱۳۹۴)، به موجب قانون اصلاح ماده‌ی ۲۳۵ قانون برنامه پنج‌ساله توسعه‌ی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۴/۱۲/۱۸ قانون برنامه‌ی پنجم تا پایان سال ۹۵ تمدید شد و برنامه‌ی پنجم نیز در عمل شش ساله شد.

۵. البته در عناوین برنامه‌های دوم و چهارم، واژه‌ی «پنج‌ساله» نیز ذکر شده است.

۶. مواد ۲ و ۳ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱ به ترکیب و وظایف این شورا پرداخته است.

۷. با توجه به تحولات ساختاری سازمان یادشده از سال ۱۳۷۸ به بعد، در مقاطعی معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهور و سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی عهده‌دار این مسئولیت بوده‌اند.

۸. نخستین بار این سیاست‌ها در تاریخ ۱۳۷۲/۸/۱۸ با عنوان سیاست‌های برنامه پنج‌ساله‌ی دوم از سوی مقام رهبری به رئیس‌جمهور وقت در ۱۲ بند با این مقدمه ابلاغ شد؛ «آنچه سیاست‌های حاکم بر برنامه دوم را تشکیل می‌دهد، پس از لحاظ کردن احکام شریعت اسلامی که اصل مقرر در قانون اساسی است و به معنای آن است که باید همه مواد برنامه در بخش‌های اقتصادی و پولی و فرهنگی و سیاسی و اجتماعی و غیر آن با ظواهر احکام فقهی هیچ‌گونه تعارض و تنافی نداشته، بلکه در همه‌ی موارد مذکور در فقه اسلام بر آن منطبق باشد، به ترتیب زیر است...».

<http://farsi.khamenei.ir/news-content?id=2692>

۹. البته در موارد زیادی مجلس با ارائه طرح‌هایی از سوی نمایندگان با رعایت اصل ۷۴ قانون اساسی به اصلاح قوانین برنامه پرداخته است.

۱۰. در خصوص امکان الزام دولت به تقدیم لایحه به طور کلی، دو رویه‌ی متفاوت از شورای نگهبان وجود دارد. در حالی که در سال‌های نخستین پس از تصویب قانون اساسی قوانینی تصویب شدند که اساساً موضوع و عنوان آنها (و نه یکی از مواد طرح و یا معنای تلویحی و ضمنی مفاد ماده‌ای از آنها) الزام دولت به تهیه و تقدیم لایحه‌ی قانونی در موضوعی خاص و مشخص است، مانند «قانون الزام دولت به تقدیم لایحه‌ای در مورد نظام تبلیغاتی متحد مصوب ۱۳۶۱/۴/۲۷»، قانون «الزام دولت جهت تهیه‌ی لایحه‌ی پیاده کردن اصل ۴۹ قانون اساسی در مدت



چهار ماه مصوب ۱۳۶۰/۵/۲۰، قانون «الزام دولت جهت تنظیم لایحه‌ی قانونی نفت مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۵»، قانون «الزام دولت به تدوین لایحه‌ای در مورد آیین عبادی سیاسی حج مصوب ۱۳۶۲/۱/۲۸»، قانون «الزام دولت به تقدیم لایحه‌ی قانونی نظام تهیه و توزیع مصوب ۱۳۶۲/۱/۳۰»، قانون مربوط به «الزام دولت به دادن لایحه‌ی مقررات سالانه واردات و صادرات مصوب ۱۳۶۲/۸/۱»، قانون «الزام دولت در مورد تهیه‌ی لایحه‌ی خودکفائی شرکت‌های واحد اتوبوسرانی مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۱۸»، قانون «الزام دولت به منظور تهیه‌ی لایحه‌ی برنامه‌ی افزایش تولید محصولات اساسی کشاورزی مصوب ۱۳۶۵/۱/۲۶» که همه این موارد به تأیید شورای نگهبان رسیده است. اما از سال ۶۶ به بعد شورای نگهبان، رویه و رویکرد خود را تغییر داده و آن دسته از مصوبات مجلس را که به نوعی دال بر الزام دولت به تقدیم لایحه‌ی بوده است را با استدلال مشابهی مغایر اصل ۷۴ قانون اساسی اعلام کرده است. برای نمونه این شورا در اظهار نظر شماره‌ی ۱۰۰۳۰ مورخ ۱۳۶۶/۱۰/۱۵ در خصوص ماده‌ی ۱۲ (وزارت موظف است لایحه‌ی تغییر بنیادی نظام آموزشی و پرورشی مقاطع تحصیلی را بر اساس این قانون ظرف مدت ۳ ماه جهت تصویب به مجلس شورای اسلامی تقدیم کند). طرح اهداف و وظایف وزارت آموزش و پرورش مصوب ۱۳۶۶/۹/۱۹ چنین اعلام نمود که چون بر اساس اصل ۷۴ قانون اساسی لوایح قانونی با احراز ضرورت و نیاز از جانب دولت و با تصویب هیئت وزیران به مجلس تقدیم می‌شود، الزام وزارتخانه جهت ارائه‌ی لایحه، خلاف اختیاری است که قانون اساسی در این خصوص برای دولت در اصل ۷۴ پیش‌بینی کرده است. در گام بعد شورا در اظهار نظر شماره‌ی ۱۱۰۷ مورخ ۱۳۶۷/۲/۱۹ در مورد طرح الزام دولت به تقدیم لایحه‌ی برنامه‌ی زمان‌بندی ممنوعیت تدریجی واردات و کشت توتون، تولید و توزیع انواع سیگار مصوب ۱۳۶۷/۱۱/۲ با استدلالی مشابه اظهار نمود که نظر به اینکه بر اساس اصل ۷۴ لوایح قانونی با احراز ضرورت و نیاز از جانب دولت و یا تصویب هیئت وزیران به مجلس تقدیم می‌شود، الزام دولت به ارائه‌ی لایحه به موجب این مصوبه خلاف اختیاری است که قانون اساسی در این خصوص برای دولت پیش‌بینی کرده است و لذا ماده واحده را به اکثریت آرا مغایر با قانون اساسی شناخت. بدین ترتیب در حال حاضر، طبق رویه‌ی شورای نگهبان مصوباتی که دال بر الزام دولت به تقدیم لایحه باشند، مغایر با قانون اساسی است.

۱۱. البته در قانون نحوه‌ی بررسی و تصویب برنامه‌ی توسعه مصوب ۱۳۷۳/۳/۲۵ ترتیباتی برای نحوه‌ی بررسی این لایحه در مجلس پیش‌بینی شده است.

۱۲. سامانه قوانین و مقررات اداری، مالی و نظام اجرایی - کد رسمی شامد:

[http://shamad.saramad.ir/\\_layouts/shamadDetail.aspx?shamadcode=1-1-623-61-4-1](http://shamad.saramad.ir/_layouts/shamadDetail.aspx?shamadcode=1-1-623-61-4-1)

۱۳. نک: قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰ و الحاقیه‌های ۱ و ۲ مصوب ۱۳۸۴ و ۱۳۹۳.

## آثار تصرفات دولت در اموال غیرمنقول اشخاص در پرتوی نظرات فقهای شورای نگهبان

سید حسن علوی نائینی،<sup>۱</sup> مهدی عباسی سرمدی<sup>\*\*۲</sup>

۱. دانشجوی دکترای فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی

۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی

دریافت: ۱۳۹۷/۰۹/۲۲ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۲

### چکیده

قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور در قبال تملک اموال غیرمنقول توسط دولت جهت جبران خسارت ناشی از تملک، در غیراعیان، بهایی را در نظر نگرفته است. لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ پرداختن بها را الزامی دانسته است. شورای نگهبان طی نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ در راستای این قانون، نحوه‌ی تملک اراضی پیش از قانون مصوب ۱۳۵۸ را به دلیل ضرورت قاعده‌ی تسلیط، خلاف شرع دانسته است؛ اما با توجه به عطف به ماسبق نشدن قوانین، لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک برای تعیین بهای این‌گونه اراضی ناکارآمد است و این امر موجب تشتت آرای محاکم قضایی در احتساب قیمت یوم الاداء یا یوم التصرف است. این تشتت آراء در نحوه‌ی بررسی ضرورت میبچه به‌عنوان معیار مشخصی برای محکومیت یا براءت ذمه‌ی دستگاه‌های اجرایی مطرح است.

واژگان کلیدی: تملک، اموال غیرمنقول، دولت، مالکیت

\* Email: hs\_alavi\_naeeni@yahoo.com

\*\* Email: sarmadi@khu.ac.ir

### مقدمه

در نظام حقوقی ایران در زمینه‌ی تصرفات دولت در اموال غیرمنقول، شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور درباره‌ی تصرف اموال غیرمنقول خارج از محدوده‌ی شهرها تکلیف دولت را منحصر به پرداخت بهای اعیان می‌داند و در موعد اجرای آن به صراحت دولت را مأذون در تصرف اموال غیرمنقول تلقی می‌کند. این قانون مقرر داشته است: «اراضی واقع در خارج از محدوده قانونی شهرها که در مسیر راه‌های اصلی یا فرعی و یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های گاز و نفت قرار می‌گیرد با رعایت حریم مورد نظر که از طرف هیئت وزیران تعیین می‌گردد از طرف دولت مورد استفاده قرار می‌گیرد، بدون اینکه بابت این حق ارتفاق، وجهی پرداخت گردد».

پس از آن لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ / ۱۱ / ۱۷ با توسعه‌ی تکلیف دولت از حیث پرداخت خسارت به مالکین، هم اعیان اموال غیرمنقول هم عرصه را شامل شد. تعارض قوانین مزبور با مفاد بند ۱ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی منتفی است، زیرا اجتناب از عموماً مد نظر در قانون مدنی به لحاظ حقوقی میسر و امری پذیرفتنی است.

در رسیدگی محاکم دهه‌ی پنجاه همین دو قانون عمده و مهم جلب توجه می‌کند. آنچه مقاله‌ی حاضر با تفاوت بنیادین از سایر تحقیقات موجود بدان می‌پردازد این است که نظر شورای محترم نگهبان مقید است نه مطلق. و از این حیث مشخصاً ضرورت مبیحه، نظر شورای نگهبان را از اطلاق خارج می‌کند. همچنین عبارت ضرورت مبیحه با توسعه‌ی تکلیف دولت، وجه اشتراک ظریفی ایجاد کرده است بین شق ۹ بند ۵۰ که بر اساس آن دولت مکلف است به جبران خسارت اعیان و مفاد لایحه‌ی قانونی که تکلیف دولت را حائز دو جنبه‌ی جبران خسارات عرصه و اعیان می‌داند.

از منطوق نظریه‌ی شورای نگهبان مستنبط است که عدم وجود ضرورت مبیحه موجب ضمان ید محسوب است؛ لذا سؤال اصلی این است: آیا از مفهوم نظریه‌ی شورای نگهبان قابل استنباط است که وجود ضرورت مبیحه حاکی از عدم تحقق ضمان ید باشد؟ و اینکه با توجه به محدوده‌ی اعمال لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... و محدوده‌ی اعمال شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور، دامنه‌ی عمل به مفاد نظریه‌ی شورای نگهبان و تطبیق آن با موازین حقوقی، از جمله منع عطف به ماسبق دانستن لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... به چه صورت است؟

فرضیه‌ی این تحقیق بر این مطلب استوار است که منسوخ دانستن شق ۹ بند ۵۰ و نیز تعمیم

تکلیف پرداخت بهای یوم التصرف به قیمت یوم الاداء با استناد به نظریه‌ی شورای نگهبان از جایگاه لازم حقوقی را ندارد و محتوای نظریه‌ی مزبور صرفاً به انضباط اعمال حقوقی فعلی و آتی دولت همت گماشته است و نمی‌تواند ناسخ قانون یا به‌عنوان قانون، مستند صدور رأی قرار گیرد. حتی اگر نظر شورای نگهبان ناسخ مفاد شق ۹ بند ۵۰ قلمداد گردد، همچنان تکلیف محاکم در عمل به قانون منتفی نمی‌گردد و از طرفی نمی‌توان استنباط کرد که لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... عطف به ماسبق می‌گردد؛ بنابراین صرف‌نظر از جنبه‌ی نظری موضوع و اینکه شورای نگهبان از امکان نسخ قانون برخوردار است یا خیر، در عمل، محاکم ملزم به رعایت قانون هستند و نظر شورای نگهبان از جنبه‌ی تکلیفی برای قضات به منظور اعمال در آرای محاکم، محروم است. به عبارت دیگر، قاضی دادگاه با خلأ قانونی برخاسته از نسخ یک قانون توسط شورای نگهبان، مواجه با تکلیف نیست و نباید لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... با استنباط نسخ شق ۹ بند ۵۰ جایگزین شود؛ زیرا در این وضعیت شورای نگهبان با تفسیر از اصل ۴ قانون اساسی صرفاً نسخ قانون را بدون تعیین جایگزینی برای آن انجام داده و این امر موجد خلأ قانونی است. همین موضوع منشأ ظهور معیار مزبور در نظریه یعنی «ضرورت مبیحه» است و ضرورت مبیحه است که تملکات مغضوبه را به مأذونه بدل می‌کند. باید تأکید کرد که مفهوم نظریه‌ی شورای نگهبان نیز در فرض وجود ضرورت مبیحه، همانند لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... که در مواد ۴ و ۸ و ۹ و ۱۱ ضرورت مبیحه را مد نظر قرار داده است، به حد زیادی حاکی از عدم تحقق ضمان ید محسوب می‌گردد. بنابراین، بررسی ضرورت مبیحه در صدور آرای محاکم با تکیه بر معیار نوعی، اهمیت بسزایی دارد. مقاله حاضر در دو بخش تصرف اموال غیرمنقول اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی توسط دولت با توجه به بند ۱ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی و نظر شورای نگهبان و همچنین تکرار دیدگاه‌های قضایی در رابطه با تصرفات دولت مطابق شق ۹ بند ۵۰ به بررسی موضوع می‌پردازد.

### ۱. تصرف اموال غیرمنقول اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی توسط دولت با توجه به مفاد نظریه‌ی شورای نگهبان

اموال غیرمنقول در مباحث فعلی اعم است از اموال غیرمنقول تبعی و اموال غیرمنقول ذاتی (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۶) موضوع مواد ۱۲ و ۱۳ قانون مدنی. این تعریف در نظام‌های عرفی و حقوقی مختلف، متفاوت است (حسن‌زاده، ۱۳۹۳: ۱۹). همچنین در اراضی مفتوحه العنوه که تأکید فقهی بر عدم امکان نقل و انتقال آن و تسهیم همه‌ی مسلمین در سود حاصل از این اموال بوده، مانند بخش زیادی از زمین‌های ایران و عراق و عربستان (طالقانی، ۱۳۵۸: ۲۵۶)،

وضع از همین قرار است و شناسایی مالکیت در کشور اخیرالذکر و در سرزمین اعراب، اجبار اجتماعی و مطابق مبانی کلی اسلامی امری مقدس است (David & rowlanland 2002: 91)؛ اما بر اساس مبانی فقهی، دولت صاحب امتیازاتی است برای انتظام عمومی و جلب منافع جمعی، نظیر اینکه برای تعلیف حیوان و هزینه آن، حاکم می‌تواند حیوان را بفروشد (جمعی از مؤلفان، ۱۴۲۰: ۱۲۸). در مباحث فقهی مرتبط با مال لقطه نیز برای تبیین جایگاه حاکمیت، ملتقط محق در دریافت نفقه لقیط است و علت آن قاعده‌ی احترام به نفس معرفی شده است؛ اما رعایت مصلحت مالک، مورد اعتبار در مبحث لقطه است و به لحاظ عدم ثبوت ولایت برای ملتقط علیه، حاکم، ولی محسوب می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۸: ۲۳۴). از این موضوع سه مطلب استنباط می‌شود: اولاً، قاعده‌ی حکومت بر ممتنع غیرقابل تعمیم بوده و فارغ از تصدیگری، منحصر به اعمال حاکمیت است، به طوری که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طی رأی شماره‌ی ۱۴۳۲ مورخه‌ی ۱۳۸۷/۹/۱۴ بدان پرداخته است و رأی وحدت رویه‌ی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری تملک از طریق توافق را قرارداد خصوصی و تابع قانون مدنی می‌داند (محمدی، ۱۳۹۵: ۳۵ و ۳۶). ثانیاً، بر اساس تعالیم فقهی، حفظ حرمت مال غیر در ردیف احترام به نفس، حائز ارزش و اهمیت است. ثالثاً، صرف شناسایی صلاحیت برای حاکمیت اگرچه لازم است، اما شرط کافی محسوب نمی‌شود.

از باب قاعده‌ی حکومت بر ممتنع، رعایت حقوق مالکین این ضرورت را ایجاب می‌کند که انتقال یک‌جانبه‌ی مالکیت ممتنع، مؤخر بر پرداخت بها یا معوض به وی باشد و استمرار حقوق اشخاص تا طی مراحل نقل و انتقال ادامه یابد (Micheler, 2007:2). بر اساس این، چنانچه تصرفات شخص دریافت‌کننده‌ی بها یا معوض، مالکانه نبوده است، طرف مقابل نیز ظرف مدت مشخصی حق مراجعه و طرح دعوی علیه متصرف غیرقانونی را داشته باشد (Clare & Rodell, 2012: 32). تحلیل درست حق ارتفاق باید از حق ارتفاق در فرایند تصرف و بررسی دقیق این موضوع مد نظر باشد؛ مثلاً صرف نظر دولت از اراضی نیروگاه فسیلی در فرض تولید برق از طریق وزش باد و برخوردار از استانداردهای محیط زیست گویای عدم وجود ضرورت مبیحه در استمرار طرح و در نتیجه مانع دولت و مؤید ایجاد ضمان ید به حساب می‌آید.

برای بررسی تکلیف محاکم از حیث صدور حکم به پرداخت بها و جبران خسارت و در راستای موضوع حق ارتفاق و تبیین آن به شرح شق ۹ بند ۵۰ در ابتدای به محور ضرورت مبیحه، تکلیف محاکم از حیث محکومیت دولت به پرداخت بها و جبران خسارت متفاوت است؛ چنان‌که محاکم در فرض نسخ شق ۹ بند ۵۰ با صریح قانونی ماده‌ی ۱۰ «لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک...» مواجه‌اند و لازم است قیمت یوم الاداء محاسبه شود؛ اما در همه‌ی



موارد فوق با استناد به ماده‌ی ۲ قانون مدنی مالکین حداکثر ۱۵ روز بعد از انتشار مفاد نظریه، باید رجوع به دولت داشته باشند و تأخیر مالکین در اقامه‌ی دعوی و مراجعه به محاکم دادگستری، تکلیف علی‌حده بر دولت تحمیل نمی‌کند؛ زیرا محل قاعده‌ی اقدام است، به‌ویژه اینکه مطابق ماده‌ی ۲۰ آیین‌نامه‌ی داخلی شورای نگهبان، نظریه‌های این مرجع برای درخواست‌کننده و رئیس‌جمهور و روزنامه‌ی رسمی ارسال می‌شود.

البته، هم در فرض قائل بودن به نسخ و هم در فرض قائل بودن به حق ارتفاق و آثار ناشی از آن در قانون بودجه، موضوعی که برجستگی لازم و کافی دارد ضرورت مبیحه است که به نحوی مستولی بر قائل بودن به نسخ است. البته معیار ضرورت مبیحه نوعی است و برگرفته از ویژگی‌های خدمات عمومی است؛ نظیر الف) اصل انطباق، یعنی تطبیق با مقتضیات زمان، ب) اصل ثبات یا استمرار، یعنی تعطیل بردار نبودن در امور اداری، ج) اصل تساوی، یعنی بهره‌مندی یکسان همگان از منافع عمومی، د) اصل تقدم امور عمومی که از آن به امتیازات ناشی از قدرت عمومی نیز تعبیر می‌شود (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۴: ۲۳۸ و ۲۳۹). پویایی نظریه‌ی شورای نگهبان در همین عبارت خلاصه است و پیوند بین لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... و شق ۹ بند ۵۰ از همین عبارت نشئت می‌گیرد و محدوده‌ی اعمال مقررات لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... و شق ۹ بند ۵۰ مشخص می‌شود و اساساً پذیرش اصل نسخ نیز توسط نویسندگان مقاله مردود است.

اثر جدایی‌ناپذیر فقدان ضرورت مبیحه، احراز ضمان ید است و به دنبال آن جبران منافع مستوفات به اتفاق نظر فقهای امامیه و جبران منافع غیرمستوفات بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۷۰ و ۷۱). البته برابر توضیحات فوق و شناخت قاعده اقدام در این خصوص، به منظور شناخت محدوده اعمال لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... و نیز شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه که در یکی تکلیف بر پرداخت بهای اعیان و در دیگری تکلیف بر پرداخت بهای عرصه و اعیان بوده و با توجه به فصل مشترک هر دو قانون که ضرورت پرداخت خسارت ناشی از تملک اعیان مطرح است، باید تأکید کرد که در حیطه‌ی اجرای لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... و در حیطه‌ی اجرای شق ۹ بند ۵۰ در صورت فقدان ضرورت مبیحه، اجرای بند الف) ماده‌ی ۱۰ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... ضرورت دارد.

نظر به اینکه عمده‌ترین مصرف‌کنندگان زمین، دولت و شهرداری‌ها در قالب مؤسسات عمومی غیردولتی هستند (کامیار، ۱۳۹۳: ۱۲۴) و درباره‌ی ایجاد یک شاخص اجتماعی باید پیش‌بینی منبع و تخصیص، مورد سنجش باشد تا امری بلاارزش تلقی نشود (Gregory, 1977: 129) تأکید بر این است که اعمال حاکمیت در تصرف اموال غیرمنقول اشخاص متفاوت از شقوق دیگر

تصرف توسط دولت است؛ زیرا با ملاحظه‌ی مبانی حقوقی، در مواردی از انتفاء مالکیت خصوصی زائد بر نیاز شخصی، اگر مردم جامعه در حکومت اسلامی نیاز داشته باشند، نیز سخن در میان است (گرامی، ۲۷: ۱۳۸۵). البته همواره دلالت احکام فقهی این است که ضرورات محظورات را مباح می‌کند. این بیان مبتنی بر «الضرورات مبيحة للمحظورات» است (حسینی شاهرودی، ۱۴۰۲: ۱۶۱). بر مبنای مزبور، ضرورت از باب لزوم نفی حرج از تکلیف در محظورات تجویز شده است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۸۵). در همین رابطه و نظر به اینکه مبنای ضرورت نفی عسر و حرج است، وارد شده؛ «المیسور لایسقط بالمعسور» (بهبهانی، ۱۴۲۴: ۲۵).

### ۱-۱. بررسی بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مدنی به واسطه‌ی اجرای لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... و شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور

شق ۹ بند ۵۰ در پرداخت بهای اعیان و مقررات لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... در پرداخت بهای عرصه و اعیان کارایی حقوقی لازم را دارد؛ بر این اساس:

- الف) برابر شق ۹ بند ۵۰ فقدان ضرورت مبیحه باعث افزایش تکلیف دولت از جبران خسارت اعیان به جبران خسارات عرصه و اعیان اموال غیرمتقول اشخاص است. همین خصوصیت موصوف در نظریه‌ی شورای نگهبان موجب تقرب شق ۹ بند ۵۰ به موازین لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... به حساب می‌آید. از این حیث آرای دیوان عدالت اداری که از هیئت عمومی این مرجع صادر گردیده و در سه مورد مقدم بر نظریه‌ی شورای نگهبان و در یک مورد مؤخر بر دو نظر اول شورای نگهبان است نیز حائز توجه می‌باشد. همان مورد اخیرالذکر (دادنامه‌ی ۴-۲۰/۱۰/۱۳۸۹) است که با توجه به نظریه‌ی شماره‌ی ۲۲۸۱۸ / ۸۶/۳۰ / شورای نگهبان آرای ۶۰-۱۳۷۴/۴/۱۷ و ۱۷۳-۱۳۸۰/۵/۲۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری را نقض می‌کند.
- ب) بررسی هدف طرح سؤال از شورای نگهبان و اینکه اساساً چه موضوعی توجه و موشکافی مجلس را به‌عنوان مرجع قانونگذاری به بررسی طرح‌های اجرا شده‌ی سابق جلب نموده و بنیان نظریه‌ی دهه‌ی هشتاد را تشکیل داده حائز کمال اهمیت است. همچنین هریک از سه نظر شورای نگهبان در دهه‌ی هفتاد، هشتاد و نود با وابستگی به مبحث قانون و توجه به مصوبات قوه‌ی مقننه به‌عنوان مرجع رسمی در تصویب و نسخ صریح یا ضمنی قوانین، قابل بررسی است. نظریه‌ی اول صراحتاً تأکید نموده «قطع نظر از

اینکه اطلاق شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه در مورد اراضی موقوفه با تبصره ۴ ماده ۵ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک... نسخ شده و قانونیت ندارد، اطلاق آن در مورد این اراضی خلاف شرع است و باید به شرحی که در تبصره ۴ فوق‌الذکر آمده است قیمت آن و یا مال الاجاره‌اش پرداخت گردد». نظریه‌ی دوم به رهنمون قوه‌ی مقننه در تنظیم طرح و ارائه آن به مجلس برای تصویب می‌پردازد و نظریه‌ی اخیر نیز در پاسخ به سؤال سرپرست وزارت راه و شهرسازی در پنج بند مطرح و مؤید این مطلب است که امکان قیاس در نظریه با توجه به منصوص العله بودن نظریه فراهم و وحدت ملاک یا تنقیح مناط میسر است.

■ ج) درباره‌ی اینکه نسخ شق ۹ بند ۵۰ به واسطه‌ی مقررات لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... متصور است یا خیر، در تبصره‌ی ۵ ماده واحده‌ی قانون ابطال اسناد رقبات، آب و اراضی موقوفه بر لغو کلیه‌ی قوانین مغایر تأکید شده است. لذا هرچند مقنن برخلاف واژه‌شناسی حقوقی از کلمه نسخ، بهره‌برداری ننموده است، اما تبصره‌ی ۵ درباره‌ی موقوفات واقع در طرح‌های عمرانی مؤید نسخ جزئی شق ۹ بند ۵۰ است؛ چراکه در صدر ماده واحده تصریح شده است: «موقوفاتی که بدون مجوز شرعی به فروش رسیده یا به صورتی به ملکیت درآمده باشد به وقفیت خود برمی‌گردد». بر مبنای این، اطلاق ماده واحده‌ی قانون ابطال اسناد رقبات، آب و اراضی موقوفه با صراحت در معنا، حکم به اعاده‌ی وقفیت دارد.

■ د) اولاً برای تبیین محدوده‌ی اعمال مقررات لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... تبعیت از الزامات قانون اخیرالذکر برای تصرفات موضوع شق ۹ بند ۵۰ با قاعده‌ی منع عطف به ماسبق شدن قوانین، در تعارض است و همین امر راه را برای صدور آرای مستدل و مستند با اشکال مواجه می‌کند. اعمال مقررات هر قانون چنان‌که ماده‌ی ۴ قانون مدنی بدان تصریح دارد، ناظر بر آتیه است. از این موضوع به قلمرو حکومت قانون در زمان تأکید می‌گردد و حاوی دو قاعده است: ۱. آینده در حکومت قانون است، ۲. قانون بر گذشته خود حکومت ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۵ و ۲۶). نظام‌های حقوقی جهان عطف به ماسبق شدن قوانین را امری استثنایی می‌دانند و برای عطف به ماسبق شدن قانون ماهوی لاحق، اصرار بر تصریح در نص و متن قانون لاحق است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۴۵۳). صراحت شورای نگهبان در نظریه‌ی شماره‌ی ۷۷/۲۱/۴۲۹۶ و برداشت از بند ۲ نظریه‌ی شماره‌ی ۹۰/۳۰/۴۲۹۸۲ مبنی بر نسخ شق ۹ بند ۵۰ حاکی از اصرار بر

نامشروع بودن تصرفات دولت بوده و مؤید فقدان تام و تمام مشروعیت شق ۹ بند ۵۰ است. همچنین نتیجه‌گیری مبنی بر اینکه شق ۹ بند ۵۰ توسط شورای نگهبان نسخ گردیده و لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... جایگزین آن است، نتیجه‌گیری ناصحیحی است؛ چنان‌که بند ۵ نظریه‌ی ۹۰/۳۰/۴۲۹۸۲ شورای نگهبان بر حل مشکل از طریق مجلس اذعان به موضوع دارد و هرگز نمی‌توان از عبارت مزبور در نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ («البته قوانین مصوب پس از پیروزی انقلاب اسلامی که شامل این موارد می‌شود لازم است مورد توجه قرار گیرد») اقتباس به نسخ شق ۹ بند ۵۰ و جایگزینی مفاد مواد لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... را داشت.

در اجرای طرح‌های عمرانی با تصویب و لزوم اجرای لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... مقررات این قانون رعایت می‌شود و دولت طبق موازین حاکم بر قانون مزبور، بدو ملزم به استفاده از اراضی ملی است و سپس ابتدا ملزم به خرید توافقی اموال غیرمنقول اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی است. نظیر این تأکید اساسی، نظریه‌ی شماره‌ی ۶۰۷۶ شورای نگهبان است که حتی در مواجهه با آثار ملی نیز قصد و رضا را اولی دانسته، شمول قانون حفظ آثار ملی نسبت به املاک شخصی را مغایر با موازین شرع تشخیص داده‌اند (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷: ۴۴ و ۴۵ و ۴۶ و ۴۷).

ثانیاً برای تبیین محدوده‌ی اعمال شق ۹ بند ۵۰ باید دانست که اولین واژه کاربرد لفظ «اتلاق» است و نظریه‌ی شورای نگهبان اطلاق شق ۹ بند ۵۰ را خلاف شرع می‌داند. همین واژه در نظریه‌ی شماره‌ی ۸۷/۳۰/۲۹۳۴۹ مبنی بر تفسیر اصل ۶۹ مشهود است: «اتلاق علنی بودن مذاکرات مجلس شورای اسلامی و انتشار گزارش کامل آن از طریق رادیو و روزنامه رسمی برای اطلاع عموم، نسبت به مواردی که مشتمل بر توهین و هتک حیثیت و اشاعه فاحشه باشد، خلاف موازین شرع است. بنابراین اطلاق اصل ۶۹ در این موارد مقید می‌شود» (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷: ۳۲ و ۳۳ و ۳۴). با توجه به تحلیل این موضوع در علم اصول، ضرورت نفی اطلاق شق ۹ بند ۵۰ بر هر ضرورتی اولی است و پس از طرح نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ شورای نگهبان دیگر نمی‌توان بر اجرای شق ۹ بند ۵۰ با توجه به اصاله الاطلاق تأکید کرد.

پیش از این نیز مطابق نظریه‌ی نخست شورای نگهبان، اطلاق شق ۹ بند ۵۰ زایل شده است، نظیر نظریه‌ی شورای نگهبان به شماره‌ی ۷۷/۲۱/۴۲۹۶ که صرفاً معطوف به اموال غیرمنقول موقوفه است. نظریه‌ی اخیر شورای نگهبان اما علاوه بر تأکید بر نفی اطلاق شق ۹ بند ۵۰،

موازين هم ردیف با آن نظیر تبصره‌ی ۵۶ قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۴۳ کل کشور و بند ۸ ماده‌ی ۲۹ قانون برنامه‌ی پنج‌ساله سوم توسعه کشور ۱۳۴۶ و ماده‌ی ۱۸ قانون سازمان برق را نیز تحت الشعاع قرار می‌دهد. نظریات شورای نگهبان متعرض اراضی ملی نیست. این دسته اراضی، اعم از اینکه ابتدائاً به‌عنوان منابع طبیعی تحت مالکیت دولت بوده یا پس از واگذاری با ابطال تصرفات مالکین به مالکیت دولت اعاده گردد، از حیثه‌ی شمول نظریات شورای نگهبان خارج است و یک دستگاه اجرایی در برابر دستگاه اجرایی دیگر با خلاف شرع دانستن شق ۹ بند ۵۰ مسئولیتی ندارد.

این سه نظریه با توجه به کیفیت سؤالات مطروحه و مراجع طرح‌کننده و اینکه نحوه‌ی اظهار نظر شورای نگهبان مستقیم یا غیرمستقیم چه آثار و منافع را برای مرجع متبوع سؤال‌کننده به دنبال دارد، متفاوت است.

### ۱-۱-۱. تصرف مبتنی بر قصد و رضای طرفینی

آثار تصرفات دولت در اموال غیرمنقول اشخاص همانند بیع به‌عنوان عقدی از عقود معین حاصل وجه مغایه‌ای و تلاش دو طرف در کسب سود بیشتر و حائز تبعیت از قواعد عمومی قراردادها است. تلاش قانونگذار نیز در قوانینی نظیر لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... بر رعایت وجه مغایه‌ای در تعیین ثمن است؛ مانند الزام به تعیین سه نفر کارشناس به منظور حفظ حقوق مالکین در ماده‌ی ۴ قانون مزبور. در برخی کشورها تأکید بر این است که نفوذ قیمت‌گذاری باید تا حدی باشد که اشخاص، مراجعه برای معامله را تأمین‌کننده‌ی منافع یا حقوق خود بدانند (Davies, 2007: 36). این اعلام اراده اعم است از طریق لفظ و فعل. هرچند در معاطات نیز بنیان قصد طرفین مورد تردید است و از همین جهت برخی آن را موجد اباحه در تصرف می‌دانند (مشکینی، ۱۴۱۴: ۵۰۱). ضمناً عقد به معنی محصولی، عبارت از تعهد در قالب مال یا عمل و نیز در معنی مصدری، مصادف با ایجاد ماهیت حقوقی توسط دو طرف عقد است (شهیدی، ۲۷۸: ۱۳۸۴) و رضا جزو ماهیت عقد به حساب نمی‌آید تا تشکیل عقد متوقف بر تحقق رضا باشد؛ بلکه لحوق و تعقب رضا به عقد، شرط اعتبار آن است که با اجازه‌ی مالک و پس از عقد شکل می‌گیرد (شهیدی، ۳۵: ۱۳۸۳). اما در تکلیف و ضرورت وقوع بیع مال غیرمنقول، لازم است موازنه‌ی بین دو حق خصوصی رعایت شود (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۷۹). البته در اجرای ماده‌ی ۳ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... علی‌رغم قصد و رضای طرفینی، مراعات شقوق ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است؛ به نحوی که معامله بر عقارات و مساکن، بدون حفظ جهت معامله، موجد شبهه در تشکیل عقد است (طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۴۵). در نهایت اینکه موازنه بین دو

جنبه‌ی کلی ضرورت دارد: اول، قوانین مرتبط با حقوق عمومی از حیث تملک، دوم، رعایت شقوق و قواعد حقوق خصوصی در باب بیع.

### ۲-۱-۱. تصرف مبتنی بر اختیار قانونی برای یک طرف

۱. معرفی کارشناس منتخب توسط مالک و تراضی وی بر تعیین کارشناس مرضی طرفین با علم به تبعات آن استنباط عقد وکالت در فروش اموال غیرمنقول را نوید می‌دهد.  
 ۲. اکره مستند به ماده‌ی ۲۰۷ قانون مدنی از باب حکم مقامات صالحه‌ی قانونی مطرح نیست و مبتنی بر اختیار قانونی دولت است. در این مبحث به طور کلی ارزیابی توسط هیئت کارشناسان از شقوق ذیل برخوردار است:

الف) بعد از تعیین و تقویم بهای مال غیرمنقول، رضا ملحق می‌گردد. البته ممکن است رضا از طریق دریافت ثمن توسط مالک یا از لفظ و فعل دیگر وی استنباط گردد که در هر صورت ملحق به وجه نخست است. ب) سکوت نه مؤید الحاق رضا نه مؤید فقدان آن است که خود شقوق سه‌گانه‌ای را در بر می‌گیرد؛ نخست اینکه در حقوق خصوصی اثری بر سکوت مترتب نیست و فرض دیگر اینکه در مواردی استثنائی سکوت نه حائز اثر قانونی بلکه حائز آثار فقهی است و شق آخر اینکه در حقوق عمومی به‌ندرت سکوت حائز آثار قانونی است. در عرصه‌ی مباحث فقهی تملک اموال غیرمنقول، در غیر تصریح متعاملین یعنی در فرض سکوت طرفین یا یک طرف، سکوت مالک موجب نفوذ بیع یا ثبوت صلح نیست (مفید بغدادی، ۱۴۱۰: ۶۱۲).  
 ماده‌ی ۲۴۹ قانون مدنی نیز مبین همین معنا است. ج) هرچند با بیان فوق، در مرحله‌ی توافق اشخاص با دولت در ارجاع امر به هیئت کارشناسان، رضا محرز باشد، بقای رضا در مواردی نیز منتفی است؛ مانند آنجا که اعلام نظر کارشناسی درباره‌ی ثمن، شوق مؤکد و رغبت را به‌عنوان مقدمات رضا برای مالک ایجاد نمی‌کند و از این حیث اساس تشکیل رضا متزلزل، لذا ملحق به مورد آتی است.

۳. عمل مالک مبنی بر عدم معرفی کارشناس منتخب و عدم توافق بر تعیین کارشناس مرضی طرفین یا اظهار کاستی مبلغ تعیینی توسط دولت، مطابق ماده‌ی ۳ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... مبین فقدان قصد و رضا است.

مورد اول و وجه الف از مورد دوم بر مبنای ماده‌ی ۳ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... از حیث ساختاری با مفاد ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی در خصوص معاملات فی مابین اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی منطبق و تا حدود زیادی از موضوع مقاله خارج است.  
 مورد سوم و فرض ج از مورد دوم نیز مستند به ماده‌ی ۴ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... و فارغ از بند ۱ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی حائز بررسی است.

## ۲-۱. ضرورت و مصلحت در نظریات شورای نگهبان از حیث تطبیق با شق ۹

### بند ۵۰

چنان‌که در تبیین آیه‌ی ۶۱ سوره‌ی مبارکه‌ی هود آمده است: «اگر انسانی بین مصلحت خود و جامعه تضادی ببیند مصلحت جامعه را ترجیح خواهد داد» (شیخ صدوق، ۱۴۰۹، ج ۴: ۲۰۵) موضوع فعلی نیز دقیقاً گویای همین تعارض و تبعاً در مقام بیان همین مصلحت است؛ اما نباید به واسطه‌ی این موضوع، انواع تحمیل و اجبار را بر مالکین اموال غیر منقول روا دانست.

این عبارت مندرج در نظریه‌ی شورای نگهبان که «تملک بر مبنای شق ۹ بند ۵۰ در فرض عدم وجود ضرورت مبیحه خلاف شرع است»، حکایت از توجه به مبنای فقهی قاعده‌ی تسلیط و اصل ضمان ید داشته و قطع نظر از اینکه نظارت استصوابی شورای نگهبان بر تصویب قوانین در مجلس شورای اسلامی با قوانین مصوب رژیم‌های سیاسی سابق، از جمله شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور متفاوت بوده، به لحاظ قانونی مطابق اصل ۹۶ قانون اساسی، آنچه برای شورای نگهبان الزام‌آور است، بررسی قوانین از حیث مخالف نبودن مصوبات با شرع و قانون اساسی است، نه الزاماً از منظر موافق بودن قوانین با شرع و قانون اساسی؛ برای مثال قانون بیمه‌ی اجباری هرچند مبنای شرعی ندارد، اما مخالف شرع نیست و همین موضوع برای اظهار نظر فقهای شورای نگهبان لازم و کافی است. مطابق مشروح مذاکرات شورای نگهبان، یکی از صاحب‌نظران در جلسه، به منظور مذاقه در شق ۹ بند ۵۰ بیان داشته‌اند: «فقط اینکه گفته‌اند مفت باشد خلاف شرع است». از دیگر حضار در همین جلسه با شناخت ریشه‌های فقهی موضوع، برای دقت نسبت به شأنیت نظارت استصوابی شورای نگهبان، بر مورد توجه قرار گرفتن قوانین مصوب جمهوری اسلامی ایران تأکید دارند.

به منظور رفع خلأ قانونی و در نتیجه خلاف شرع دانستن شق ۹ بند ۵۰، مهم‌ترین قانون لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... است؛ اما توجه به لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... منافی قاعده‌ی منع عطف به ماسبق دانستن قانون به حساب می‌آید. بر اساس این، اولاً با تفسیر حقوقی صحیح از شق ۹ بند ۵۰ ضرورتی به اخذ نظر شورای نگهبان نبوده، ثانیاً پس از طرح سؤال توسط مجلس درباره‌ی شق ۹ بند ۵۰ جزئی‌نگری در حیطه‌ی تعیین بها و مواردی از این دست وظیفه‌ی نهاد قانونگذاری است تا تکلیف محاکم و مجریان مشخص شود. البته در موضوع حاضر، علاوه بر تدقیق در اصل ۹۴ و فقدان ضرورت اظهار نظر شورای نگهبان، مجلس خود سائل و خود تارک این مسئله است؛ زیرا پس از اخذ نظر شورای نگهبان، قانونگذاری و جزئی‌نگری مدونی در این رابطه نداشته است.

در حال حاضر برخی نظام‌های حقوقی، مقدمه‌ی سلب مالکیت خصوصی و هرگونه تصرف

اموال اشخاص توسط هر نهاد دولتی یا مؤسسات و سازمان‌های عمومی را به نحوی می‌دانند که با تشکیل انجمن متشکل از اعضای که به‌عنوان نماینده‌ی گروه‌های مختلف جامعه هستند، از پایمال شدن حقوق مربوطه جلوگیری کنند (Reynolds, 2010: 8). صرف‌نظر از سابقه‌ی اولین قانونگذاری توجه به اینکه موضوع مقاله حداقل از حیث تغلیب، دولت را در بر می‌گیرد به این توضیح بسنده می‌گردد که از نظر اولویت اجرایی در طرح‌ها، رویه‌ی شهرداری نیز به‌عنوان مؤسسه‌ای عمومی و غیردولتی، متفاوت از دولت است. در حال حاضر انحصاراً ارجاع به قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مد نظر نهاد مزبور است (میرزایی، ۱۰۸: ۱۳۸۷). همچنین برای تملک، قانون نحوه‌ی تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها حائز توجه است.

در نظریات و مطالعات بین‌رشته‌ای برخی نویسندگان حقوق عمومی، عقیده بر این است که اعمال برخی سیاست‌های توخالی از طرف دولت مرکزی، برای مثال بین چوپانان، نقش دولت فدرال را راجع به حقوق مالکانه آنها محدود می‌کند (Karen, 2002: 209). لذا در تفسیر نظر شورای نگهبان نیز توجه به اصل فوق‌الذکر ضروری است. از طرفی در تبادل برخاسته از سنجش ضرورت و گزینش مصلحت در نظریه‌ی شورای نگهبان در موارد دیگری نیز توجه شورای نگهبان به آثار اجتماعی آن موضوع قابل مشاهده است؛ زیرا این مرجع در مواردی به تعدیل دیدگاه سابق خود می‌پردازد؛ از جمله شورای نگهبان مطابق مفاد روزنامه‌ی رسمی مورخه‌ی ۱۳۶۷/۸/۲۴ ماده‌ی ۱۳۰۹ قانون مدنی را از این حیث که شهادت در قالب بینه‌ی شرعیه در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش بوده، خلاف موازین شرع اعلام و ابطال کرد؛ اما پس از اصلاحات قانون در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ به رغم حفظ محتوای سابق ماده‌ی ۱۳۰۹ قانون مدنی و چهره‌ی امری مستنبط از آن، این قانون را تأیید کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۷۸۳). در بیان چارچوب حقوق و آزادی‌های اشخاص مهم این است که به طور کلی طرح مصادیقی از رفاه اجتماعی بر پایه حفظ آزادی‌ها میسر است (Drover, 2014: 19). البته با گذر زمان طولانی از نخستین قانونگذاری در حیطه‌ی تصرفات اموال غیرمنقول اشخاص، مسلم این است که در رابطه با تداخل بین قاعده‌ی تسلیط و قاعده‌ی لاضرر، تأکید متوجه قاعده تسلیط است.

واژه‌ی «مسلطون» در قاعده‌ی تسلیط، همه‌ی مردم را معاً و توأمأً مسلط می‌داند و همه‌ی اشخاص در عرض یکدیگر بر اموال خودشان تسلط دارند (مشهدی، ۱۳۹۴: ۷۹ و ۱۰۹ و ۱۱۰). تفسیر جمعی از قاعده‌ی تسلیط، مشکل را حل نمی‌کند، علاوه بر آنکه ممکن است در فرض پذیرش شمول اصل ۴۰ قانون اساسی بر اشخاص حقوقی حقوق عمومی به اشکال تصرف دولت بر اموال غیرمنقول اضافه کند. همچنین درباره‌ی تزامم اصل تسلیط و قاعده‌ی لاضرر



همه پذیرفته‌اند که هر جا اجرای حقوق ناشی از مالکیت با اصل لاضرر تراحم داشت، تقدم قاعده‌ی لاضرر ملاک است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۱۴ و ۳۱۵).

### ۳-۱. بازتاب ضرورت مبیحه و بررسی نسخ در نظریه‌ی شورای نگهبان

ظهور و توسعه در روایات، مؤید پذیرش قاعده‌ی «الضرورات تبيح المحذورات» قلمداد شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۶، ۱۰۲). ضرورت مبیحه از حیث حکم تکلیفی نهفته در نظریه‌ی شورای نگهبان مورد طرح و بررسی است. نظر مزبور مؤید حکم وضعی نیست. استناد شورای نگهبان نیز بر همین مبنا است؛ اما شورای نگهبان صلاحیت باطل دانستن قوانین مصوب مجلس به هنگام تصویب را دارد و مطابق قانون اساسی صلاحیت مستقیم دال بر ابطال مصوبات منتفی است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۰). نتیجه‌ی حاصل این‌که بررسی و مطالعه در یک نظام حقوقی منوط است بر توجه نسبت به منابع حقوقی موجود در آن جامعه. کسب نظرات اجتماعی ممکن است مادون یا مافوق سایر منابع، نتایج و عایداتی داشته باشد و مقایسه بین وابستگی رفاه اجتماعی با این موضوع به طور مطلق یا وابسته آثار مثبتی به دنبال دارد (Horst, 2007: 611).

در تحلیل ضرورت مبیحه، اعمال حاکمیتی و تصدیگری عناوینی است که در نگاه نخست وجود ضرورت مبیحه را تأیید یا رد می‌کند؛ به عبارتی در اعمال تصدیگری بررسی ضرورت مبیحه از اساس، سالبه به انتفا موضوع است، به‌ویژه اینکه در نظام حقوقی ایران اساس روابط دستگاه‌های اجرایی با افراد مردم، غیرقراردادی و منطبق با قانون است. به عبارتی اراده‌ی طرفین، مبتنی بر شرایطی است که قانون تعیین کرده، نه مبتنی بر اصل آزادی اراده‌ها (شهیدی، ۱۳۸۹: ۹۰). حقوقدانان در این عرصه صرفاً از اراده عمومی نظیر تأثیر اراده عمومی در تشکیل دولت سخن می‌گویند (جوان، ۱۳۲۹: ۴۰۶). همچنین از نتایج اصل حاکمیت قانون استنباط می‌شود که اولاً و بالذات قانون لازم‌الاجرا است، به خصوص ایجاد امور عمومی و اعمال اداری باید به موجب قانون صورت پذیرد (سنجایی، ۱۳۷۶: ۲۴۷ و ۲۴۸). نظریه‌ی شورای نگهبان درباره‌ی ضرورت مبیحه راه مغری برای دولت به حساب نمی‌آید تا دولت بدون توجه به مفاد لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... اقدام به تملک نماید و محکومیت دولت را در محاکم دادگستری به دنبال نداشته باشد.

در بحث نظری درباره‌ی بررسی نسخ به واسطه‌ی نظریه‌ی شورای نگهبان باید گفت: اولاً، مطابق شق ۹ بند ۵۰ بحث از تصرف است و تملک صورت پذیرفته؛ ثانیاً، با تصویب لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... عملاً شق ۹ بند ۵۰ در طرح‌های سابق‌الاجرا بوده و بی‌ارتباط با طرح‌های اجرایی فعلی است؛ ثالثاً، عمل مادی تصرف اموال غیرمنقول اشخاص توسط دولت

صرفاً دارای نقطه شروع نبوده و دولت در ادامه مصون از احقاق حق مالکین نیست، در نتیجه حتی در مورد طرح‌های اجرایی سابق نیز موضوع از شمول شق ۹ بند ۵۰ خارج و ضرورتاً مفاد ماده‌ی ۱۲ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... لازم‌الاجرا است. ضمن اینکه شق ۹ بند ۵۰ با کاربرد عبارت «ایجاد حق ارتفاق» موجب حق تصرف برای دولت است، نه مؤید تملک اموال غیرممتول اشخاص؛ زیرا در شناسایی حق ارتفاق، دیگر مالکیت بر موضوع ارتفاق جایگاهی ندارد.

## ۲. تکثر دیدگاه‌های قضایی درباره‌ی تصرفات دولت مطابق شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور

در این بحث و در بیان تکثر دیدگاه‌های قضایی، توجه به آرای وحدت رویه‌ی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ضرورت دارد. باید اضافه کرد که آرای مزبور برای محاکم دیوان لازم‌الاتباع است و الزام آن برای محاکم عمومی لحاظ نشده است.

رای شماره‌ی ۴-۱۳۸۹/۱۰/۲۰-۱۳۸۹/۱۰/۲۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ناقض آرای ۶۰-۱۳۷۴/۴/۱۷ و ۱۷۳-۱۳۸۰/۵/۲۱-۱۳۸۰/۵/۲۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری است و این مرجع طبق ماده‌ی ۵۴ الحاقی به قانون آیین دادرسی سابق دیوان عدالت اداری، دو دادنامه‌ی مذکور را نقض نموده و عمده‌ی استناد دیوان عدالت اداری نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ است. رای شماره‌ی ۲۰۴ مورخه‌ی ۱۳۶۹/۶/۱۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با صراحت در معنا اشعار می‌دارد: «نظر به اینکه ماده‌ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه مصوب اسفند ماه ۱۳۵۱ مقرر نموده، هرگاه برای اجرای طرح‌های عمرانی احتیاج به خرید اراضی اعم از دایر و بایر باشد و اعیانی و تأسیسات خصوصی باشد، به طریق زیر عمل خواهد شد. و این عبارت صریح است در اینکه دولت موظف است زمین‌های مورد نیاز برای طرح‌های عمرانی را خریداری نماید و لازمه خرید، پرداخت بهاء مبیع است به مالک آن و شق ۹ ماده مذکور که دولت را از پرداخت بهاء معاف نموده مخصوص به حقوق ارتفاتی املاک مجاور است و شامل مؤلف اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود». بر اساس دادنامه‌ی ۴-۱۳۸۹/۱۰/۲۰-۱۳۸۹/۱۰/۲۰ غصب و تصرف و تسلط از غیرحق اراضی و املاک افراد بوده و این اقدام مغایر با اصل ۴۰ قانون اساسی و قاعده‌ی تسلیط تعیین شده است.

تفسیر دوسویه<sup>۱</sup> از اصل ۴۰ قانون اساسی در بیان «اعمال حق» صرفاً اراده بر اشخاص حقیقی نداشته و بر اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و اشخاص حقوقی حقوق عمومی مشتمل است. در مواردی آیین‌نامه برخلاف قانون نیز به توسعه‌ی اختیارات دولت می‌کوشد؛ نظیر ماده‌ی ۳۷ آیین‌نامه‌ی قانون زمین شهری که هرچند تبصره‌ی ۹ ماده‌ی ۹ این قانون بهای اعیان را به طور مطلق مد نظر دارد، اما آیین‌نامه لزوم پرداخت بهای اعیان را

منحصر به اراضی دایر می‌داند و اراضی بایر را از شمول تبصره‌ی ۹ ماده‌ی ۹ خارج می‌کند (جامه‌بزرگ، ۱۳۶۹: ۱۷۰). این در صورتی است که میان دولت و غیر آن تفاوتی وجود ندارد؛ زیرا امروزه و در جوامع فعلی حتی مراقبت از حقوق اقتصادی اشخاص از بدو امر تا خاتمه‌ی امور وظیفه‌ای برای مداخله‌کننده محسوب می‌شود (Gail, 2011: 93)، اعم از آنکه دولت به واسطه‌ی مزایای قدرت عمومی در مقام مداخله باشد یا اینکه سایر اشخاص به واسطه‌ی آرای قضایی موجب قدرت عمومی باشند.

درباره‌ی رژیم سیاسی حاکم در موعد تصویب این دو قانون، تئوری نقل یا عدم نقل مسئولیت دول بعد از انقلاب‌ها حائز توجه است. افراط در رعایت محض حقوق خصوصی، حائز مضار حقوقی است؛ نظیر اینکه در اتخاذ رویه‌ای افراطی، بدون توجه به حقوق عمومی، از تملک تعبیر به غصب گردد. ضمن توجه به اینکه از احکام غصب استرداد مال به مالکیت مالک است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۸۶) و چون قضات تابع نظر اخیرالذکر نیز به لحاظ قانونی خود را از صدور حکمی این چنین، ناتوان می‌بینند، ضمن محکومیت دولت به پرداخت قیمت یوم الاداء تحمیلات دیگری را نیز بر دولت به‌عنوان خوانده‌ی دعوی روا می‌دانند. در مقابل محاکم دیگر نظیر شعبه‌ی سوم دادگاه تجدید نظر استان قم تأکید می‌کنند: «تصرفات تجدیدنظرخواه تصرفات غاصبانه نبوده تا مشمول الغاصب یؤخذ بأشده الاحوال گردد، بلکه تصرفات مبیحه دولت بر اساس مقررات قانونی زمان خودش صورت پذیرفته است» (دادنامه‌ی شماره‌ی ۸۸۰۹۹۷۲۵۱۸۳۰۰۵۷۶ مورخه‌ی ۱۳۸۸/۷/۳۰).

در ادامه سه دیدگاه از نظریه‌ی شورای نگهبان ارائه می‌گردد که نویسندگان مقاله خود قائل به نظر دوم هستند.

### ۱-۲. نظریه‌ی شورای نگهبان مؤید خلع ید و مسئولیت مدنی

به لحاظ اینکه خلع ید منبعت از غصب است، درباره‌ی غصب بر غصب موضوع ماده‌ی ۳۱۶ قانون مدنی و انتقال مال غصبی موضوع ماده‌ی ۳۲۳ همین قانون، الزاماً پرداخت منافع را به دنبال دارد و البته در این دو فرض التزام به تأدیه از حیث تضمین حق نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۳۰). در تحلیل اینکه نظریه‌ی شورای نگهبان مؤید خلع ید یا مثبت پرداخت قیمت یا معوض باشد، بدو احراز مسئولیت خواننده ضرورت دارد و در ما نحن فیه نه تقصیر در فعل مثبت - تعدی - و نه در خودداری - ترک فعل - قابل سنجش است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷: ۳۰۴).

بر مبنای «ضمان» و آثار ناشی از آن نیز رویه‌ی قضایی درج واژه مزبور در نظریه‌ی را نپذیرفته و حتی محاکم در مقام عدول از شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه نیز درباره‌ی پذیرش ضمان برای دولت تردید کرده‌اند و منع خلع ید نقطه اشتراک رویه‌ی قضایی پذیرنده و

عدول‌کننده از شق ۹ بند ۵۰ است.<sup>۲</sup> ضمن وجود احتمال جدی بر عدم دسترسی به اسناد اداری مربوطه و نتیجتاً محکومیت‌های مالی برای دولت، احتمال پرداخت بهای اعیان به نحوی که پوشش بهای عرصه و اعیان را در تاریخ تصرف به دنبال داشته، وجود دارد؛<sup>۳</sup> زیرا در سنوات جریان شق ۹ بند ۵۰ برخلاف وضع فعلی، بهای زمین در مقایسه با قیمت اعیان بسیار ناچیز بوده و اندکی تسامح در تعیین بهای اعیان، خسارت عرصه را نیز جبران و رضایت مالکین را در بر می‌گرفته است.

## ۲-۲. نظریه‌ی شورای نگهبان از منظر مسئولیت مدنی دولت

در عرف حقوقی ارتفاق را حق عینی قائم به ملک دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۷۸). تعریف قانون مدنی از حق ارتفاق نیز مؤید حقی است برای شخص در ملک دیگری. چنانچه تعریف قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور از حق ارتفاق با توجه به اطلاق ماده‌ی ۹۳ قانون مدنی تحقق یافته باشد و حق شخص در ملک دیگری بدون نیاز به مالکیت سابق مد نظر باشد، بی‌توجهی به تعریف صحیح ارتفاق می‌تواند منشأ مسئولیت مدنی دولت قلمداد گردد. بر همین اساس می‌توان محدوده‌ی اعمال شق ۹ بند ۵۰ را در حیطه‌ی تعریف صحیح از حق ارتفاق یعنی حق عینی قائم به ملک به حساب آورد. در غیر این صورت، شق ۹ بند ۵۰ از کارایی حقوقی خارج می‌شود؛ زیرا لازم است دولت ابتدا مالکیت داشته باشد تا پس از آن از ارتفاق استفاده کند، نه اینکه ابتدا از ارتفاق بهره‌مند شود، سپس بحث از اصل ۴۴ و ماده‌ی ۲۶ قانون مدنی مطرح گردد.

شق ۹ بند ۵۰ با کاربرد کلمه‌ی «استفاده» متعرض این مطلب است که دولت پس از تملک مطابق شقوق ۵ و ۷ و ۸ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه، بابت استفاده از اراضی واقع در خارج از محدوده‌ی شهرها با رعایت حریم مورد لزوم، وجهی پرداخت نمی‌کند؛ اما مطابق شقوق متعدده‌ی بند ۵۰، تملک الزاماً توأم با پرداخت بها صورت می‌پذیرد و پس از تملک دولت برای استفاده از آنچه در حکم ملک است نظیر استفاده از حریم اموال غیرمنقول مورد تملک با مجوز قانونی (شق ۹ بند ۵۰) روبه‌رو است. در قانون برنامه‌ی سوم عمرانی کشور مصوب ۱۳۴۶ نیز ارتفاق ملهم همین معنا است.

مطابق عموماً حقوقی، رکن رکن مسئولیت مدنی ورود ضرر است و ضرورت دارد که در ورود ضرر، مسلم و مستقیم بودن ضرر بررسی شود (امامی، ۱۳۹۲: ۶۷۶). مسئولیت مدنی دولت، از ابتدای بر تئوری خطا یا تئوری خطر فراتر رفته و دولت در مواردی مسئولیت بدون تقصیر دارد و حتی بعضاً دولت در علل قهری<sup>۴</sup> نیز مسئولیت مدنی پیدا می‌کند. چنانچه به لحاظ ایجاد منافع عمومی و مصالح اجتماعی به شخص یا اشخاص خسارت برسد، دولت

موظف به جبران است و به دلیل این طرز تفکر و در نتیجه، نقض کارایی ماده‌ی ۱۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، مواد پیشنهادی ۱ و ۲ از لایحه‌ی قانونی مسئولیت مدنی ۱۳۸۲، که مخالف اصل عدم مسئولیت دولت است، اصل را بر مسئولیت مدنی دولت می‌نهد (بیزدانیان، ۱۳۹۵: ۵۵۸ و ۵۶۱ و ۵۷۷). دو رکن فعل زیانبار و وقوع زیان به‌عنوان ارکان متشکله‌ی مسئولیت مدنی در نظریه‌ی وینریب، برابر لحاظ شده‌اند و ضرر زدن به تنهایی بدون اینکه شخصی زیان دیده باشد و زیان دیدن تنها بدون اینکه شخصی ضرر زده باشد، موجب مسئولیت مدنی قلمداد نمی‌گردد (بادینی، ۱۳۸۴: ۱۱۷ و ۱۱۸ و ۴۹۶).

حکم قضایی یا مجوز قانونی هردو رکن و اصل مسئولیت مدنی را منتفی می‌کند. البته درج عوامل رافع مسئولیت در قانون ضروری است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۱۵). با این توجه، اولاً منبعث از مباحث اصولی و برابر بخش اخیر ماده‌ی ۴ قانون مدنی، نگاه فقه‌قربایی خلاف اصل است. ثانیاً مطابق مضمون «عدم البیان فی مقام البیان بیان علی العدم» سکوت قانونگذار مانع پذیرش «لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک...» به‌عنوان جایگزین شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه است. مسلماً شورای نگهبان نیز با وصف لزوم توجه بر سازوکار بودجه‌های سنواتی کشور، الغای وضعیت مالی دولت را اراده نکرده است. ثالثاً تفسیر صحیح از شق ۹ بند ۵۰ توسط مجلس در راستای بخش نخست اصل ۷۳ قانون اساسی موجب انتفاء ضرورت سؤال از شورای نگهبان بوده است. در حال حاضر با توجه به بخش دوم اصل ۷۳ قضات می‌توانند با تفسیر صحیح و در قالب مسئولیت مدنی دولت به دادرسی بپردازند.

### ۳-۲. نظریه‌ی شورای نگهبان در اعمال حاکمیت دولت و جبران خسارت

نفس جلب منافع عمومی از عوامل رافع مسئولیت دولت قلمداد نمی‌گردد، خصوصاً اینکه مفهوم منفعت عمومی یک تعریف دقیق ندارد و تفکیک بین منافع خصوصی<sup>۵</sup> و منافع جامعه‌ستیز<sup>۶</sup> از منفعت عمومی دشوار است (گرچی ازندریانی، ۱۳۹۴: ۱۱۲). لافریر در کتاب حقوق/داری اعمال حاکمیت را ناشی از قدرت و اعمال تصدی را مباشرت دولت به اداره‌ی اموال عمومی می‌داند (سنجابی، ۱۳۷۶: ۱۹۲ و ۱۹۳). برخی مانند مسائل مرتبط با احوال شخصیه، حفظ اموال منقول و غیرمنقول را در زمره‌ی مسئولیت‌های متقابل دولت اسلامی و دارالحرب می‌دانند (عمید زنجانی، ۱۳۸۳: ۲۶۷). همچنین گاه دولت به یک بنگاه خصوصی با تمام ویژگی‌های آن بدل می‌گردد. در این وضعیت دولت به طور مطلق در مقام جلب سود اقدام می‌کند. حقوقدانان دولت را در این حالت از حیث مبادرت به اعمال تصدیگری تابع مقررات حقوق خصوصی می‌دانند؛ یعنی اعمال حقوقی دولت از نظامی تبعیت می‌کند که اعمال حقوقی اشخاص حقوقی خصوصی تابع آن است. اما دولت را باید مبتنی بر

اعمال تصدیگری و نفي اعمال حاکمیتی دانست. همچنین دولت مصون از ارائه‌ی فهرست تفکیکی از اقدامات خود در باب اعمال حاکمیتی یا تصدیگری است؛ لذا تشخیص بین این دو آسان نیست.

رأی وحدت رویه‌ی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره‌ی ۱۴۳۲ مورخه‌ی ۱۳۸۷/۹/۱۴ موجبات ابطال تملک دولت در راستای ماده‌ی ۳ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... را بعد از عدم ضرورت اجرای طرح، منتفی می‌داند. به عبارت دیگر، تملک از طریق توافق دولت با سایر اشخاص، قرارداد خصوصی محسوب و ضمن تبعیت از ماده‌ی ۳ قانون اخیرالذکر و برخلاف ماده‌ی ۴ آن، تابع قانون مدنی و شرایط اساسی صحت معامله است (محمدی، ۱۳۹۵: ۳۵ و ۳۶). دولت فعلی نه اراده بر نقض تکلیف داشته، نه اراده بر انجام فعل یا ترک فعل و نه امکان ابراز چنین قصد و اراده‌ای متصور بوده است. در لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... نیز صرفاً اقدامات آتی پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون توسط دولت مطرح است.

اساساً علت مبادرت دولت به امور عمومی، قانون مصوب قوه‌ی مقننه است؛ به عبارتی قصد قانونگذار شاخص اصلی در عناصر تشکیل‌دهنده‌ی یک خدمت یا امر عمومی به حساب می‌آید (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴: ۲۳۴ و ۲۳۵ و ۲۳۶). برخی در باب اعمال حاکمیت، دولت - کشور را دارای دو نوع شخصیت حقوقی می‌دانند و از تئوری حاکمیت عموم<sup>۷</sup> و به دنبال آن نظریه‌ی قرارداد اجتماعی سخن می‌گویند (صفار، ۱۳۹۵: ۱۴۸ و ۱۴۹).

در اعمال حاکمیتی برخلاف اعمال تصدیگری، استیلای نظام‌مند کل دولت مد نظر است. هرچند یک دستگاه اجرایی مشخص مسئول است، از دولت تحت عنوان همان دستگاه اجرایی و شخص حقوقی بحث نمی‌شود؛ بلکه دولت در قالب شخصیت حقوقی مطرح است. بنابراین، این موارد و موارد متعدد دیگر هرگاه ناشی از اعمال حاکمیت باشد، توجه سود یا زیان به دولت به‌عنوان شخص حقوقی ناممکن است، بلکه شخصیت حقوقی دولت متبلور می‌گردد؛ زیرا دولت ناظر اموال عمومی است نه منتفع از اموال عمومی. قوه‌ی قضائیه نیز بر این موضوع کوشش دارد؛ هرچند، برخی نظارت قضایی بلاقید را مانعی بر اصل تفکیک قوا دانسته‌اند (خسروی، ۱۳۹۴: ۱۰۹ و ۱۲۶). به طور کلی نظارت قضایی فارغ از نظارت تنفیذی و نظارت تنفیذی فارغ از نظارت تشریحی فاقد جایگاه مناسب حقوقی است.

از طرفی نظریه‌ی شورای نگهبان، بهای یوم التصرف را تکلیفی دانسته که دولت بدون توجه به موازین شرعی از انجام آن امتناع کرده است؛ لذا چنان‌که مطابق قواعد حقوقی دولت جانشین با تغییر رژیم سیاسی حاکم، مطلقاً مسئول تکالیف دولت سابق قلمداد گردد، باز این مسئولیت را

با توجه به تکلیف دولت سابق در پرداخت بهای اراضی به قیمت روز اجرای طرح می‌توان به قیمت یوم التصرف تفسیر کرد<sup>۱</sup> و اضافه بر آن از باب مسئولیت مدنی کاهش ارزش پول لحاظ شود. شناخت این موضوع در تقارن هرچه بیشتر احکام محاکم با واقع، نقشی اساسی ایفاء می‌کند؛ چنان‌که در مسئولیت مدنی دولت ناشی از خطای کارمند تقصیر حرفه‌ای غیر عمدی، تقصیر حرفه‌ای عمدی یا در حکم عمد و تقصیر غیر حرفه‌ای، دولت صرفاً در حالت نخست مسئولیت دارد (غمامی، ۱۳۷۶: ۱۲۸).

این مطلب برای جمع بین منافع عمومی و حقوق خصوصی لازم‌الرعايه است. هرچند دلیل عدم پذیرش ترجیح منافع عمومی بر مالکیت خصوصی، عموم و اطلاق برخاسته از کتاب، سنت، اجماع و عقل باشد، اجماع فقها در این خصوص فاقد ارزش استدلالی است؛ زیرا احتمال قوی وجود دارد که این اجماع مستند به ادله چهارگانه اخیرالذکر باشد (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۳۰). نکته جالب توجه اینکه لزوم احترام به مالکیت قانونی اشخاص تا حدی است که حتی در رواج برده‌داری نیز اشخاص مسئول، بر حفظ حقوق بردگان تسخیرشده نظارت داشتند (Penningroth, 2003: 91). قطع نظر از ایرادات حقوقی موجود، با تکیه بر این مطلب که عموماً حقوق خصوصی صحبت از مالکیت قانونی داشته و به این دلیل که قانون چنین محدودیت‌هایی را بر مالکیت اشخاص تحمیل نموده، حتی عمل به قانون خلاف نسبت به اقدام خلاف قانون در اولویت است.

### نتیجه‌گیری و پیشنهادها

در پاسخ به سؤال اصلی با توجه به اینکه بعد از انتشار نظریه‌ی شورای نگهبان در روزنامه‌ی رسمی تاکنون مرجع سؤال‌کننده، یعنی مجلس شورای اسلامی، خود نیز به لحاظ لزوم احتساب بودجه برابر اصل ۷۵ قانون اساسی مطابق با وظیفه‌ی ذاتی جاری اقدام ننموده است، لذا با تقویت فرضیه‌ی مندرج در مقاله، قطع نظر از اینکه قیمت یوم الاداء، تکلیف بمالایطاق برای دولت به حساب می‌آید، باید توجه داشت که بنیان نظریه‌ی شورای نگهبان بر ضرورت مبیحه استوار است. ضرورت مبیحه فصل مشترک بین شق ۹ بند ۵۰ و لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... است؛ زیرا دولت در فرض عدم وجود ضرورت مبیحه، بر مبنای ضمانت‌پذیری دارایی تکلیف در اعیان و عرصه اموال غیرمنقول است. انحصار تکلیف دولت در شق ۹ بند ۵۰ به تعهد در قبال اعیان، فاقد وجاهت است؛ اما تندروری در این زمینه و عطف به ماسبق دانستن لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... نیز ضمن اینکه از موقعیت مناسب حقوقی بهره‌مند نیست، در رابطه با فزونی آرای فاقد استدلال و استناد علیه دولت مؤثر است. بنابراین استنباط ضرورت پرداخت بهای اموال غیرمنقول به قیمت یوم الاداء ناممکن است. در

نتیجه در فرض قائل بودن به نسخ، مقتضای نظر شورای نگهبان پرداخت بهای مرتبط با پانزده روز بعد از تاریخ درج نظر در روزنامه‌ی رسمی کشور است. استثنائات وارد بر نتیجه‌ی مندرجه در سطور اخیر از این قرار است: ۱- چنانچه دولت قصد اجرای طرح جدید در حیطه‌ی طرح سابق که به واسطه‌ی شق ۹ بند ۵۰ تصرف گردیده را داشته باشد، نباید بر مبنای وجود ضرورت مبیحه نحوه‌ی تصرفات را مشروع پندارد و خود را بی‌نیاز از مذاکره با مالک به حساب آورد؛ زیرا هر آینه اقدام جدید فی‌نفسه اعراض از طرح سابق را به دنبال دارد و به‌مجرد این امر، قانون جاری (لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک...) حاکم بر اقدام فعلی دولت است، نه قانون سابق (شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه).

۲- بنا بر توضیح بند ۱ همچنین اگر دولت قصد تصرف این‌گونه اموال را نه در حیطه‌ی اموال عمومی و برای طرح اجرایی جدید، بلکه برای تملک در قالب اموال دولتی داشته باشد، به طریق اولی محروم از وجاهت حقوقی لازم است و توافق با مالک ضرورتی اجتناب‌ناپذیر به حساب می‌آید.

۳- با توجه به رویکرد و توجه محض از دید حقوق خصوصی، ماده‌ی ۴ لایحه‌ی قانونی مسبوق الذکر و شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه از جهت تجلی حقوق عمومی و استیلای لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... با یکدیگر تعارض ندارند؛ زیرا هریک از موعد اجرای مشخص برخوردار است؛ لذا در فرضی که می‌خ‌کوبی یا شروع و مقدمات فنی طرح مقدم بر لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... باشد، اما شروع رسمی و مقدمات محسوس اجرای طرح برای سایرین و آنچه به تعبیر عرف عام و عرف خاص شروع مراحل اجرایی پروژه است مؤخر بر لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... باشد، باز نظر شورای نگهبان مانع استناد به شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور است؛ خصوصاً اینکه در سؤال رئیس مجلس از واژه‌ی «استمرار» برای این نحوه از اقدام دولت نام برده شده است. با مذاقه در مطالب بالا به طور کلی نتایج حاصل اینک:

۱. در نظریه‌ی نخست شورای نگهبان، از کل تصرفات صورت پذیرفته توسط دولت، صرفاً متعرض اراضی موقوفه بوده و نظریه‌ی تداخلی با سایر اموال غیرمنقول موضوع تصرف دولت در راستای شق ۹ بند ۵۰ ندارد؛ اما از حیث صراحت در اعلام ماهیت نامشروع امر، وحدت ملاک برای املاک غیرموقوفه نیز میسر است؛ هرچند، تا پیش از اعلام نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ محاکم راه را برای ورود به موضوع هموار ندانسته‌اند و شورای نگهبان نیز از فراگیری نظریه‌ی نخست و تعمیم آن به املاک طلق اجتناب داشته است؛ زیرا اگرچه موضوع سؤال املاک موقوفه بوده، اما شأنیت شورا مقتضای اعلام نظر صریح



در حیطه‌ی کل تصرفات دولت بوده و قاعدتاً با دلایل مد نظر شورای نگهبان این مهم صورت نپذیرفته است. در ادامه اما در نظریه‌ی شماره‌ی ۹۰/۳۰/۴۲۹۸۲ شورای نگهبان برای جلوگیری از تفسیر به مطلوب توسط مراجع اجرایی کشور صراحت در متن و محتوا مسلم و مشهود است. سه نظریه‌ی مزبور، مروج مقابله با اصل منع عطف به ماسبق شدن قوانین به حساب نمی‌آید و اساساً شورای نگهبان نمی‌تواند قانونی را باطل و قانون دیگری را جایگزین آن کند؛ اما نظریه‌ی نخست شورا، با ابتناء بر ماده واحده‌ی قانون ابطال اسناد رقبات، آب و اراضی موقوفه از قابلیت تعمیم به گذشته و به عبارتی عطف به ماسبق شدن برخوردار است.

۲. مقررات لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... در ماده‌ی ۱۰ این ابهام را ایجاد می‌کند که قانونگذار سعی داشته از قوانین سابق، خلاف قاعده عدول کند، به عبارتی ابهام مزبور حاکی از این است که لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... علاوه بر اینکه ناظر به آتیه است، بر تصرفات سابق دولت دلالت دارد؛ اما ابهام برخاسته از ماده‌ی ۱۰ هرگز تحقق غصب را متبادر به ذهن نمی‌کند؛ زیرا تبادر ذهنی از غصب خلاف تصرف در راستای قانون است و هرچند عمل دولت خلاف شرع باشد، در حیطه‌ی قانون بوده و دیگر بحث از غصب، سالبه به انتفاء موضوع است.

۳. اینکه نظریات متعدد شورای نگهبان دقیقاً چه قسمتی از مقررات شق ۹ بند ۵۰ را خلاف شرع دانسته و علت ورود شورای نگهبان در چه راستایی بوده و استعمال چه مرجعی عامل ورود و اظهار نظر شورا شده است، تکلیف آن مرجع را دوچندان می‌کند.

۴. با فرض نسخ شق ۹ بند ۵۰ تکلیف محاکم از حیث اصل و جبران خسارت به شرح بند ۵ قابل بررسی است؛ اما مهم آن است که اولاً ماده‌ی ۱۰ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... گویای در معنای نسخ نبوده و ثانیاً قسمت اخیر ماده‌ی ۱۲ همین قانون نیز با رفع ابهام احتمالی در ماده‌ی ۱۰ همانند صدها قانون دیگر قوانین مغایر، بعد از تصویب این قانون را ملغی می‌کند و ارتباطی به نسخ شق ۹ بند ۵۰ ندارد.

۵. بنا بر نظریه‌ی شورای نگهبان در صورت فقدان ضرورت مبیحه، تکلیف دولت از حیث تحقق غصب به‌عنوان یکی از شقوق ضمان قهری قابل اعمال و بررسی است. به عبارت دیگر، فقدان ضرورت مبیحه با تجمیع سایر شرایط، موجب تحقق فعل خلاف شرع و ضمان ید است و اثر مستقیم وجود ضرورت مبیحه، فقدان ضمان ید است؛ اما نظریه‌ی مزبور ناسخ شق ۹ بند ۵۰ به حساب نمی‌آید و از طرفی مقررات لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... نیز با غض نظر از نظریه‌ی شورای نگهبان فی نفسه ناسخ شق ۹ بند ۵۰

ماده واحده‌ی قانون بودجه‌ی ۱۳۵۲ کل کشور محسوب نمی‌گردد؛ زیرا ماده‌ی ۱۰ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... به اراضی و املاکی توجه دارد که پیش از تصویب لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... دولت موظف به پرداخت اصل و خسارات است.

■ در این صورت تشکیل شرایط شق ۹ بند ۵۰ تکلیف محاکم در صدور آرای قضایی مبتنی است بر اینکه دولت از امکان جبران خسارت لازم التأدیه بر مبنای تاریخ انتشار نظریه‌ی شورای نگهبان محروم است؛ یعنی به ترتیب زیر، امکان تمسک به تاریخ انتشار نظریه و مبنای ماده‌ی ۲ قانون مدنی برای دولت منتفی است و معیار پرداخت، شقوق ماده‌ی ۱۰ قانون مزبور یعنی بر اساس قیمت یوم الاداء است، بدون کم و کاست. حتی محکومیت دولت پس از طی مدت مقرر در ماده واحده‌ی قانون نحوه‌ی پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی بلامانع است.

■ در حالت دیگر و با فرض اصرار بر نسخ شق ۹ بند ۵۰، به واسطه‌ی نظریه‌ی شورای نگهبان، راهکار حقوقی در خصوص اصل پرداخت، بر اساس قیمت روز لازم‌الرعايه بودن نظریه با توجه به تاریخ انتشار در روزنامه‌ی رسمی (چراکه تصرف بر مبنای قانون مجری در تاریخ تصرف پذیرفته هرچند بعد از آن بنا به هر موجبی نسخ گردیده است) به انضمام خسارت تأخیر تأدیه (در صورت مطالبه) پس از طی مدت مقرر در ماده واحده‌ی قانون نحوه‌ی پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی، تا تاریخ اجرای حکم دادگاه است.

محکومیت‌های قضایی دستگاه‌های اجرایی، با سکوت قوه‌ی مقننه در عدم ارائه‌ی طرح برای تصویب همراه است و نیز سکوت مراجع نظارتی نظیر سازمان بازرسی کل کشور و دیوان محاسبات به لحاظ پرداخت محکوم به راجع به دعاوی مرتبط با شق ۹ بند ۵۰ از غیرمحل و ردیف مشخص برای دستگاه اجرایی محکوم علیه.

همچنین در رفع سوء آثار محکومیت‌های دولت راجع به شق ۹ بند ۵۰، با توجه به پذیرش مسئولیت اجرای قانون اساسی توسط رئیس دولت یا رئیس‌جمهور، ضمن ارائه‌ی لایحه به قوه‌ی مقننه، هرگونه اقدام قانونی علی‌حده نیز امکان تحقق دارد تا دولت طبق قانون مکلف به اجرای فقه‌قربانی لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک... گردد، نه طبق نظر هر دستگاه اجرایی یا مطابق آرای متفاوت محکومیت‌اصداری از محاکم دادگستری. با توجه به ضرورت مزبور پیشنهاد می‌شود به موجب نظریه‌ی شورای نگهبان و تأکید مزبور در بند ۳، سیر مراحل تدوین و تصویب قانون با تعیین مدت برای دولت و مالکین، محقق گردد، با این وصف که موازنه‌ی

لازم بین مالکین اعم از آنکه کل ملکیت ایشان یا جزئی از آن در اجرای طرح‌های دولت تصرف شده است، در قالب قانون به وقوع برسد.

### منابع

۱. امامی، میرسیدحسن (۱۳۹۲)، حقوق مدنی، تهران: اسلامیه، چاپ سی و چهارم.
۲. بادینی، حسن (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳. بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۱)، قواعد فقهیه، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، مؤسسه‌ی عروج.
۴. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم آل عصفور (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضره فی احکام العبره الطاهره، تصحیح محمدتقی ایروانی و سید عبدالرزاق مقدم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، جلد هفدهم، چاپ اول.
۵. بهبهانی، محمدباقر بن محمداکمل (۱۴۲۴ق)، مصابیح الظلام، قم: مؤسسه علامه المجددالوحید البهبهانی، جلد هشتم، چاپ اول.
۶. جامه‌بزرگ، محمد (۱۳۶۹)، تملک اراضی توسط دولت و شهرداری‌ها، همدان: شرکت انتشارات مسلم، چاپ اول.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۵)، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ شانزدهم.
۸. جمعی از مؤلفان (۱۴۲۷ق)، مجله الفقه اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دایرة المعاف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد پنجاهم، چاپ اول.
۹. جوان، موسی (۱۳۲۹)، مبانی حقوق، تهران: چاپ رنگین، جلد سوم، چاپ پنجم.
۱۰. حسن‌زاده، بهرام (۱۳۹۳)، حقوق تحلیلی اراضی و املاک، تهران: جنگل، چاپ سوم.
۱۱. حسینی شاهرودی، سید محمود بن علی (۱۴۰۲ق)، کتاب الحج (فقه استدلالی)، قم: مؤسسه انصاریان، جلد سوم، چاپ اول.
۱۲. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر علامه حلی (۱۴۱۲ق)، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه، جلد دهم، چاپ اول.
۱۳. خسروی، حسن (۱۳۹۴)، حقوق اساسی، تهران: خرسندی، چاپ دوم.
۱۴. زین‌الدین بن علی، شهید ثانی (۱۳۸۶)، فقه استدلالی، سیدمهدی دادمرزی و علیرضا امینی و محمدرضا آیتی (ترجمه الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة)، قم: کتاب طه، چاپ دوازدهم.
۱۵. سنجابی، کریم (۱۳۷۶)، حقوق اداری ایران، تهران: مهرآیین، چاپ سوم.

۱۶. شهیدی، لیلا (۱۳۸۹)، شخص طرف معامله، تهران: طرح نوین اندیشه، چاپ اول.
۱۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، اصول قراردادها و تعهدات، تهران: مجد، جلد دوم، چاپ سوم.
۱۸. شهیدی، مهدی (۱۳۸۴)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد، جلد اول، چاپ چهارم.
۱۹. صدوق قمی، محمدبن علی بن بابویه (۱۴۰۹ق)، من لایحضره الفقیه، ترجمه علی اکبر غفاری و محمدجواد صدر بلاغی، تهران: صدوق، چاپ اول.
۲۰. صفار، محمدجواد (۱۳۹۵)، شخصیت حقوقی، تهران: بهنامی، چاپ دوم.
۲۱. طالقانی، محمود (۱۳۵۸)، اسلام و مالکیت، تهران: میرداماد، چاپ دوم.
۲۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴)، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ دهم.
۲۳. طرابلسی، ابن براج (۱۴۰۶ق)، المهدب، تصحیح جمعی از محققین و مصححین تحت اشراف شیخ جعفر سبحانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، جلد اول، چاپ اول.
۲۴. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۴۲۱ق)، فقه سیاسی، تهران: امیرکبیر، جلد سوم، چاپ چهارم.
۲۵. غمامی، مجید (۱۳۷۶)، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، تهران: دادگستر، چاپ اول.
۲۶. فتحی، محمد و کاظم کوهی اصفهانی (۱۳۹۷)، نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول.
۲۷. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۷)، مبانی مسئولیت مدنی، تهران: میزان، چاپ پنجم.
۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، حقوق مدنی - وقایع حقوقی - تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوازدهم.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، قانون مدنی درنظم حقوقی کنونی، تهران: میزان، چاپ سی و دوم.
۳۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، اثبات و دلیل اثبات، تهران: میزان، چاپ هفتم.
۳۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ صدم.
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، الزام‌های خارج از قرارداد-قواعد عمومی-، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران، دانشگاه تهران.
۳۳. کامیار، غلامرضا (۱۳۹۳)، حقوق شهری و شهرسازی، تهران: مجد، چاپ ششم.

۳۴. گرامی، محمدعلی (۱۳۵۸)، مالکیت‌ها، چاپ دوم، قم، روح قم.
۳۵. گرجی ازندریانی، علی اکبر (۱۳۹۴)، مبانی حقوق عمومی، چاپ پنجم، تهران، جنگل.
۳۶. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰)، قواعد فقه - بخش مدنی - مالکیت و مسئولیت، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سی و سوم.
۳۷. محمدی، امید (۱۳۹۵)، تملک اراضی اشخاص در طرح‌های عمومی و عمرانی شهرداری‌ها و دولت در نظم حقوق کنونی، تهران: جاودانه، چاپ اول.
۳۸. مشکینی، میرزا علی (۱۴۱۴ق)، مصطلحات الفقه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
۳۹. مشهدی، ابراهیم و آناهیتا عسگری فراهانی (۱۳۹۴)، حقوق مالکانه با نگاهی بر اجرای قانون تملک اراضی در ایران و فقه امامیه، تهران: مؤسسه انتشاراتی جهان جام جم، چاپ اول.
۴۰. مفید بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (۱۴۱۰ق)، المقنعه، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول.
۴۱. میرزایی، علیرضا (۱۳۸۷)، تملک اراضی توسط دولت و شهرداری‌ها، تهران: صابریون، چاپ اول.
۴۲. نجفی، محمدحسن (صاحب الجواهر) (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، لبنان: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.
۴۳. ویژه، محمدرضا و حسن امجدیان (۱۳۹۴)، «رویکرد فقهای شورای نگهبان در زمینه رویارویی مالکیت خصوصی و منفعت عمومی - مقاله مطالعه رویه‌ای -»، دوفصلنامه دانش حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، شماره ۱۲، ص ۲۳-۴۶.
۴۴. یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۵)، قواعد عمومی مسئولیت مدنی، تهران: میزان، جلد چهارم، چاپ اول.

1. C. Penningroth (2003), *The Claims of Kinfolk African, American Property and Community in the Nineteenth-Century South Dylan, Carolina: The University of North Press Chapel Hill and London.*

2. C. rowlanland and David A Frank (2002), *Shared land/Conflicting Identity Robert, USA: Michigan State University Press East Lansing.*

3. Davies Margaret (2007), Property Meanings, USA: First published by Cavendish.
4. Gail. L. L. B-Hons (2011), Housing Law and practice, London: College of Law Publishing Braboeuf Manor.
5. Horst Zank (2007), Social welfare functions with a reference income, USA: Springer.
6. F. Gregory Hayden (1977), "Toward a Social Welfare Construct for Social Indicators", American Journal of Economics and Sociology, Vol. 36, No. 2.
7. G. Drover and D. Woodsworth (2014), Social welfare theory and social policy, Canada: First published by CASWE.
8. Micheler Eva (2007), Property in Securities A Comparative Study, London: Cambridge university press.
9. Harris Clare and Anne Rodell (2012), Property law and practice, London: College of Law Publishing.
10. Karen R. Merrill (2002), Public Lands and Political, California: university of california press.
11. Reynolds Susan (2010), Before eminentdomain Toward a History of Expropriation of Land, Carolina: University of North Carolina Press.

## یادداشت‌ها

### 1. Bold interpretation.

۲. برخی از آرای‌ها که با رد دعوی اجرت‌المثل، مؤید شناسایی درستی تصرفات دولت مطابق شق ۹ بند ۵۰ قانون برنامه و بودجه بوده؛ اما با توجه به نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ شورای نگهبان، دولت را در پرداخت بهای یوم‌الاداء ملزم می‌کند عبارت‌اند از: دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۵۱۹۷۷۰۰۴۳۷ شعبه‌ی دوم دادگاه عمومی حقوقی نیشابور و دادنامه‌ی شماره‌ی ۸۸۰۹۹۷۲۵۱۳۳۰۰۳۶۰ شعبه‌ی سیزدهم دادگاه عمومی حقوقی قم و دادنامه‌ی شماره‌ی ۸۷۰۹۹۷۲۵۵۰۴۰۰۳۹۵ شعبه‌ی چهارم دادگاه عمومی حقوقی قم و دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۲۰۹۹۷۲۱۶۲۸۰۱۰۰۱ شعبه‌ی دویست و سیزدهم دادگاه عمومی حقوقی تهران و دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۴۱۳۲۷۰۰۹۴۴ شعبه‌ی سوم اهر. با نتیجه‌ی واحد و استدلال متفاوت دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۸۰۹۹۷۳۶۳۳۶۰۰۰۱۷ شعبه‌ی پنجم دادگاه عمومی حقوقی خمینی شهر.

۳. برخی اسناد رسمی اقرار حاکی از آن است که مالکین پیش از وصول بهای اعیان نسبت به بی‌ادعایی خود در راستای بهای عرصه و اعیان اذعان و سپس مبادرت به دریافت وجه داشته‌اند که به لحاظ کتابت آنها و عدم دسترسی به جست‌وجوی رایانه‌ای در اختیار دولت قرار ندارد و از دفترخانه تنظیم کننده به دست آمده است و چه‌بسا به صورت تعهدنامه در دستگاه اجرایی ذیربط تنظیم شده است.

### 4. Force majeure or Act of god.



---

5. Private interest.

6. Anti-social interest.

7. Popular sovrcignty.

▲. ملاحظه‌ی نظر مؤافق در احکام دیوان عدالت اداری و احکام محاکم دادگستری نیز میسر گردید؛ نظیر دادنامه‌های شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۱۳۷۹ مورخه‌ی ۱۳۹۱/۷/۳۰ و شماره‌ی ۸۱۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۱۲۶۱ مورخه‌ی ۱۳۸۸/۷/۳۰ و شماره‌ی ۸۱۰۹۹۷۲۵۱۷۳۰۰۵۷۸ مورخه‌ی ۱۳۸۸/۷/۳۰ و شماره‌ی ۸۱۰۹۹۷۲۵۱۷۳۰۰۵۷۷ مورخه‌ی ۱۳۸۸/۷/۳۰ و شماره‌ی ۸۱۰۹۹۷۲۵۱۷۳۰۰۷۵۴ مورخه‌ی ۱۳۸۸/۱۰/۱ شعبه‌ی سوم دادگاه تجدیدنظر استان قم و دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۲۰۹۹۷۲۵۱۲۶۰۱۰۹۲ مورخه‌ی ۱۳۹۲/۴/۱ شعبه‌ی ششم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان قم.

## وضعیت حقوقی غیر اهل کتاب از منظر اصل چهاردهم قانون اساسی

سید مصطفی میرمحمدی میبدی،<sup>۱\*</sup> فیروز اصلانی<sup>۲\*\*</sup>

۱. استادیار دانشگاه میبد

۲. دانشیار دانشگاه تهران

دریافت: ۱۳۹۷/۰۸/۲۹ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۰۸

### چکیده

اتباع غیرمسلمان جمهوری اسلامی ایران به اعتبار تدین یا عدم تدین به یکی از ادیان ابراهیمی، به اهل کتاب و غیر اهل کتاب تقسیم می‌شوند. فقها درباره‌ی وضعیت حقوقی غیر اهل کتاب نظرات متفاوتی را ارائه نموده‌اند. با توجه به محتوای اسلامی قوانین جمهوری اسلامی ایران و مناقشاتی که مدت‌ها است درباره‌ی حقوق این دسته از غیرمسلمانان وجود دارد، بررسی علمی این موضوع، اهمیت ویژه‌ای دارد. مرتبط‌ترین اصل قانون اساسی به موضوع جایگاه حقوقی غیر اهل کتاب، اصل چهاردهم است که به نوعی نقشه‌ی راه نحوه‌ی تعامل حقوقی مسلمانان و حکومت جمهوری اسلامی ایران را با این دسته از غیرمسلمانان ترسیم نموده است. در تحقیق پیش رو با انتخاب نظر عدم حرابت غیر اهل کتاب به صرف مشرک بودن، تلاش شده تا با بررسی دقیق اصل چهاردهم، مصادیق حقوق انسانی غیر اهل کتاب و نحوه‌ی رفتار توأم با اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی با آنان تبیین شود. همچنین با نگاهی انتقادی به قسمت ذیل اصل چهاردهم وضعیت حقوقی آن دسته از غیر اهل کتابی که علیه اسلام و نظام جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام می‌کنند، با اتکا به قوانین موجود و فتوای امام خمینی (ره) روشن و کیفیت برخورد توأم با قسط و عدل اسلامی با آنان نیز تبیین شده است.

**واژگان کلیدی:** غیر اهل کتاب، اصل چهاردهم قانون اساسی، حقوق انسانی، کافر حربی، حق حیات.

\* Email: mo.mirmohamadi@ut.ac.ir

نویسنده مسئول

\*\* Email: aslanif@ut.ac.ir



### مقدمه

غیرمسلمانان غیر اهل کتاب آن دسته از غیرمسلمانانی هستند که مسیحی، یهودی یا زرتشتی نیستند. این افراد در کشورمان زندگی می‌کنند و از اتباع جمهوری اسلامی ایران محسوب می‌شوند و اگرچه مرام و عقیده‌ای خلاف ادیان به رسمیت شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را پیشه ساخته‌اند، اما به‌عنوان یک انسان، حقوقی دارند که به نظر می‌رسد دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان موظف به رعایت آن هستند.

البته در عبارات برخی از فقها این دسته از غیرمسلمانان در جامعه اسلامی نه‌تنها از بسیاری حقاها محروم‌اند، بلکه برای آنکه با اعلام جنگ مسلمین مواجه نشوند و به قتل نرسند، باید مسلمان شوند (شیخ طوسی، ۱۴۱۶، ج ۵: ۵۳۸ و ۵۳۹). عده‌ای دیگر از فقها چنین اعتقادی ندارند و صرفاً امکان جهاد و قتال با غیر اهل کتابی که به جنگ با مسلمانان برمی‌خیزد یا علیه مسلمانان توطئه و اقدام می‌کند را تأیید می‌کنند (جوادی آملی، ۱۳۹۱: ۱۳۴). این اختلاف نظرات باعث شده تا در عمل هم رفتارهای متفاوتی درباره‌ی غیر اهل کتاب اتخاذ شود تا این موضوع یکی از چالش‌های نظام جمهوری اسلامی ایران باشد. به همین دلیل پرداختن علمی به این مسئله و یافتن نظر قانونگذار در این باره اهمیت بالایی دارد.

بی‌تردید در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مرتبط‌ترین اصل به وضعیت حقوقی غیرمسلمانان غیر اهل کتاب، اصل چهاردهم است که به صورت مطلق به تمام غیرمسلمانان پرداخته است. در این پژوهش که به شیوه‌ی توصیفی و کتابخانه‌ای انجام شده و سابقه‌ای بر آن (غیر از پرداخت‌های پراکنده و اجمالی برخی حقوقدانان به اصل ۱۴) یافت نمی‌شود، درصدد آن هستیم که با تکیه و تأکید بر بخش‌های مختلف این اصل بسیار مهم که عمدتاً مورد غفلت واقع شده است، وضعیت غیر اهل کتاب در قانون اساسی را بررسی کنیم و به این سؤال اساسی پاسخ دهیم که با عنایت به اصل چهاردهم، رفتار حقوقی مسلمانان و دولت جمهوری اسلامی ایران با این دسته از اتباع کشور چگونه باید باشد.

در این مقاله ناظر به اصل چهاردهم، ابتدا مفهوم و مصادیق «غیرمسلمانان» در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بازشناسی می‌شوند. در ادامه «حق حیات» دسته‌های مختلف از غیر اهل کتاب در جمهوری اسلامی بررسی و سپس حقوق مندرج در این اصل برای غیر اهل کتابی که به دنبال تعدی و تجاوز به اسلام و جمهوری اسلامی نیستند، تبیین شده است. دست‌آخر به بررسی وضعیت حقوقی آن دسته از غیر اهل کتابی که علیه اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام می‌کنند، پرداخته شده است.

### ۱. غیرمسلمانان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

در قانون اساسی کشورمان، به طور صریح، نامی از غیرمسلمانان غیر اهل کتاب آورده نشده و صرفاً در برخی از اصول به غیرمسلمانان کتابی اشاره کرده است. فقط در اصل چهاردهم به شکل عام از «غیرمسلمانان» (اعم از اهل کتاب و غیر اهل کتاب) یاد شده است. در اصل سیزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اقلیت‌های دینی شناخته شده در کشور شامل سه دین مسیحی، کلیمی و زرتشتی می‌شود. در همین اصل به برخی از حقوق مبنایی آنان اشاره شده است.

در اصل بیست و ششم، انجمن‌های مربوط به این سه اقلیت دینی آزاد شمرده شده است، مشروط به اینکه اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی را نقض نکنند.

در اصل شصت و چهارم، قانونگذار پنج نماینده از مجموع نمایندگان مجلس را با ترکیب «زرتشتیان» و «کلیمیان» هر کدام یک نماینده، «مسیحیان آشوری» و «مسیحیان کلدانی» مجموعاً یک نماینده و «مسیحیان ارمنی جنوب» و «مسیحیان ارمنی شمال» هر کدام یک نماینده، به اقلیت‌های دینی شناخته شده تخصیص داده است. متعاقباً در اصل شصت و هفتم نیز در این باره مقرر شده است که نمایندگان اقلیت‌های دینی سوگند نمایندگی خود را با ذکر کتاب آسمانی خود یاد خواهند کرد.

همان‌گونه که دیده شد در قانون اساسی کشورمان، این چهار اصل به صراحت درباره‌ی غیرمسلمانان اهل کتاب به تقریر حکم پرداخته است. در اصل چهاردهم قانون اساسی قید «اهل کتاب» به واژه‌ی غیرمسلمانان اضافه و از عبارت اقلیت‌های دینی شناخته شده نیز استفاده نشده، بلکه حکم عامی درباره‌ی کلیه غیرمسلمانان صادر شده است. متن این اصل از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به شرح ذیل است:

«به حکم آیه شریفه لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان موظفند نسبت به افراد غیرمسلمان با اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی عمل نمایند و حقوق انسانی آنان را رعایت کنند. این اصل در حق کسانی اعتبار دارد که بر ضد اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام نکنند.»

مروری بر مشروح مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی نشان می‌دهد که برخی از نمایندگان این مجلس معتقد بودند این اصل بیشتر برای تأمین حقوق انسانی آن دسته از غیرمسلمانانی به

تصویب رسیده است که دینشان در جمهوری اسلامی ایران به رسمیت شناخته نشده است (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۱۷۸۳). به عبارت دیگر، این اصل صرفاً شامل حال غیرمسلمانان غیرمسیحی، غیریهودی و غیرزرتشتی و در یک کلام غیرمسلمانان غیر اهل کتاب است. برخی از حقوقدانان نیز این نظر را اختیار کرده، معتقدند موضوع اصل چهاردهم شامل کسانی است که یا اصولاً به هیچ مذهبی اعتقاد و وابستگی دینی ندارند یا پیرو ادیان و مذاهب غیررسمی و خارج از قلمرو اصل دوازدهم و سیزدهم هستند (عمیدزنجانی، ۱۳۸۷: ۸۷؛ کعبی، ۱۳۹۵، ج ۲: ۲۶۱).

افزون بر آن، تعبیر افراد غیرمسلمان حاکی از آن است که قانونگذار اساسی در اصل مذکور، تعمداً از کلمه «افراد» استفاده کرده و واژه‌ها یا عباراتی چون «اقلیت» یا «تشکل دینی و مذهبی و سیاسی» را به کار نبرده و به این وسیله افراد را به صورت فردی مد نظر قرار داده است.

به هر تقدیر چه بپذیریم که دایره‌ی شمول اصل چهاردهم غیرمسلمانان اهل کتاب را هم در بر می‌گیرد و چه آنکه حکم اصل مذکور را صرفاً شامل حال غیرمسلمانان غیر اهل کتاب بدانیم، در هر دو صورت خللی در منطوق این پژوهش ایجاد نخواهد شد و از این اصل، دست‌کم می‌توان کلیاتی از حقوق غیر اهل کتاب را استنباط کرد.

## ۲. برخورد توأم با «اخلاق حسنه»، «قسط» و «عدالت» اسلامی با غیرمسلمانان و لزوم رعایت «حقوق انسانی» آنان

قسمت صدر اصل چهاردهم، دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان را موظف کرده تا با افراد غیرمسلمان، با اخلاق حسنه، قسط و عدل اسلامی عمل کنند و حقوق انسانی آنان را رعایت کنند. سؤالی که ممکن است ایجاد شود آن است که مقصود از مفاهیمی چون «اخلاق حسنه»، «عدل» و «قسط» چیست و مصادیق حقوق انسانی افراد غیرمسلمان کدام است؟

### ۱-۲. اخلاق حسنه

عبارت «اخلاق حسنه» در علم حقوق از الفاظ رایج است و به غیر از اصل چهاردهم قانون اساسی در برخی از قوانین عادی هم استفاده شده است.<sup>۱</sup> همچنین در قوانین برخی دیگر از کشورها نیز استفاده از این واژه به چشم می‌خورد.<sup>۲</sup>

در تعریف اخلاق حسنه گفته شده که مقصود از آن، قواعدی است که رعایت آن در زمان و مکان معین توسط اکثریت یک اجتماع، لازم شمرده یا عمل به آنها نیکو تلقی می‌شود؛ لکن فاقد ضمانت اجرا است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۰). البته وقتی این قواعد، در مراجع رسمی به تصویب برسد و جنبه حکم قانونی پیدا کند، ضمانت اجرا هم خواهد داشت. بی‌شک

عادات و رسوم در شکل‌گیری قواعد اخلاقی تأثیر فراوانی دارد و قابل انکار نیست که بسیاری از این قواعد، به حکم عقل و وجدان، از دیرباز لازمه‌ی خوب بودن و پرهیز از کژروی و گناه است؛ مانند لزوم رد امانت، راستگویی، عفاف و پای‌بند بودن به عهد و جبران زیان نامشروع. مایه‌ی اصلی این قواعد هم تعالیم مذهبی است و هیچ فرد منصفی قادر نیست اثر عمیق دین در اخلاق را انکار کند. البته به نظر می‌رسد زمانی تعریف از اخلاق حسنه کامل‌تر باشد که به جنبه‌ی سلبی آن نیز توجه شود. با این وصف، اخلاق حسنه را می‌توان این‌گونه تعریف کرد: مجموعه‌ای از قواعد (با ترکیبی از رسوم اجتماعی و تعالیم دینی و داوری‌های عقلی) که در زمان و مکان معین توسط اکثریت یک اجتماع، رعایت آن لازم شمرده می‌شود و عدم اجرای آن وجدان عمومی جامعه را جریحه‌دار می‌سازد.

با تعریف فوق، این قسمت از اصل چهاردهم قانون اساسی را می‌توان این‌گونه تفسیر کرد که مسلمانان و دولت جمهوری اسلامی ایران باید در قبال آن دسته از غیرمسلمانانی که بر ضد اسلام و جمهوری اسلامی توطئه و اقدام نمی‌کنند، رفتاری پیشه کند که اکثریت افراد اجتماع آن را لازم و عدم اجرای آن را قبیح تلقی کنند. البته واضح است که با توجه به توضیحات قبلی، این رفتارها باید از چارچوب قواعد شرعی خارج نشود؛ برای مثال برخورد با اخلاق حسنه خود خلاف امتنان یا موجب سلطه‌ی غیرمسلمان بر مسلمان و خدشه به سیادت اسلام و یا آنکه باعث ایجاد احترام و ترویج مکتب نامشروع آنان نشود.

نکته‌ای که باید به آن توجه کرد این است که این اصل، مسلمانان و دولت جمهوری اسلامی ایران را «موظف» به عمل با اخلاق حسنه در قبال غیرمسلمانان کرده است. از طرفی همان‌گونه که در بالا ذکر شد، اخلاق حسنه، فاقد ضمانت اجرا است، مگر آنکه قانونگذار به طور صریح، احترام به رفتار اخلاقی خاص را الزامی بشمرد و تخطی از آن را ممنوع اعلام کند. بنابراین اصل چهاردهم لزوم مراعات اخلاق حسنه را در این خصوص تبدیل به هنجار قانونی کرده است.<sup>۳</sup>

دسته‌ای از نویسندگان از واژه‌ی اخلاق حسنه‌ی مذکور در اصل چهاردهم، مفاهیمی چون «محبت» و «مودت» را برداشت کرده‌اند و معتقدند دولت و ملت اسلامی موظفند در برخورد خود چنان رفتار نیکو و توأم با محبتی از خود نشان دهند که غیرمسلمانان غیر اهل کتاب، احساس آرامش خاطر کند (هاشمی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۱۸۹). البته باید توجه داشت که اگرچه در منابع دینی بر نیکی و احسان به غیرمسلمانان تأکید شده است؛ اما برای جلوگیری از تشویق آنان به عقیده‌ی نادرستشان و همچنین منع استیلا‌ی کفار بر مسلمانان، برای این احسان و امتنان خطوط قرمزی پیش‌بینی شده است؛ از جمله نفی دوستی با کفار و نیز پذیرش ولایت و

سرپرستی آنان (مطهری، ۱۳۹۰: ۲۴۱). اگر گروهی از مردم دچار یک نوع بیماری هستند، بشردوستی ایجاب می‌کند که آنها را نجات دهیم و تا وقتی که نجات نیافته‌اند بشردوستی ایجاب می‌کند که به آنها نیکی کنیم؛ اما بشردوستی ایجاب نمی‌کند که هیچ محدودیتی میان آنها (که از قضا بیماری‌شان مسری است) و افراد سالم و شفایافته برقرار نکنیم.

## ۲-۲. قسط و عدل اسلامی

در اصل چهاردهم قانون اساسی، مسلمانان و دولت جمهوری اسلامی موظف شده‌اند تا علاوه بر اخلاق حسنه، به قسط و عدل اسلامی درباره‌ی غیرمسلمانان نیز عمل نمایند. حال سوال اینجاست که منظور از قسط و عدل چیست؟

بسیاری معتقدند واژه‌های «عدالت» و «قسط» مترادف هستند (امام خمینی، ۱۳۷۶: ۵۵۷؛ و مطهری، ۱۳۸۹، ج ۱۵: ۹۹۶) و آن را به این شکل تعریف نموده‌اند: «اعطاء كل ذي حق من القوى حقه و وضعه في موضع الذي ينبغي له؛ عدالت این است که هر صاحب حقی را به حش برسانی و آن را در جایگاه مناسب خویش قرار دهی».

از طرفی این اعتقاد نیز وجود دارد که واژه‌های «قسط» و «عدل» به‌جای یکدیگر قرار می‌گیرند و چون مترادف و هم‌معنا بودن این دو واژه شهرت دارد، غالباً در به‌کارگیری این دو، توجهی به تفاوت کاربرد آنها نمی‌شود. مطابق با این نظر، «قسط» به معنای تقسیم عادلانه و نقطه‌ی مقابل آن تبعیض است. بنابراین قسط آن است که حق هرکس به او برسد و به دیگری داده نشود. «عدالت» در مقابل جور و تجاوز به حقوق دیگران است، به این صورت که فردی حق دیگری را غصب کرده و برای خود بردارد. می‌دانیم عدالت کامل در جامعه انسانی آن زمان برقرار می‌شود که نه کسی تجاوز به حقوق دیگری کند و نه حق کسی را به دیگری دهد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ج ۴: ۴۵۶-۴۵۵).

از تعبیری که در بعضی احادیث آمده تفاوت دیگری نیز استفاده می‌شود و آن این است که عدالت درباره‌ی حکومت و داوری است و قسط در مقابل تقسیم حقوق. در لسان العرب می‌خوانیم که در بعضی از احادیث آمده: «اِذَا حَكَمُوا عَدَلُوا وَ اِذَا قَسَمُوا اَقْسَطُوا؛ آنها هنگامی که حکومت می‌کنند عدالت پیشه می‌کنند و هنگامی که تقسیم می‌نمایند رعایت قسط می‌کنند» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۷: ۳۷۷). در تأیید این نظر باید اذعان داشت که واژه قسط غالباً با واژه‌هایی چون کیل، میزان و وزن همراه است<sup>۴</sup> و بیشتر هنگامی که از «عدالت اجتماعی» سخن می‌رود، قسط را به کار برده‌اند.

نکته‌ای که باید به آن توجه داشت این است که مکاتب گوناگون بشری، برداشت واحدی از

مفهوم عدالت ندارند و به نظر می‌رسد هر نظریه‌ی عدالت یک آرمان نهایی سیاسی دارد که بر پایه‌ی آن مفهوم عدالت تعیین می‌شود. توضیح آنکه در هر مکتب یک ارزش اخلاقی وجود دارد که در درجه‌بندی ارزش‌ها در بالای فهرست جای می‌گیرد و در واقع، هدف نهایی برای سایر ارزش‌ها است. پس از تعیین هدف نهایی یک مکتب، رسم بر آن است که واژه‌ی جذاب «عدالت» برای توصیف نظم اجتماعی و ترتیبات سیاسی معینی، که هدف مد نظر را عملی می‌سازد، به کار گرفته شود. به این دلیل است که برخی، عدالت را به حق برخورداری از مالکیت خصوصی و توزیع قدرت و برخی دیگر این مفهوم را به دسته‌ای از آزادی‌های برابر، برابری فرصت‌ها و تأمین رفاه اساسی و توزیع ثروت تعریف می‌کنند (حاجی حیدر، ۱۳۸۸: ۱۰).

به همین سبب، در اصل چهاردهم قید «اسلامی» به واژه‌ی قسط و عدل اضافه شده تا هم از تفاسیر انحرافی از این دو واژه جلوگیری شود و هم بنای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در ابتدای قوانین و مقررات کشور بر موازین شرعی حفظ گردد.

برخی عدالت از نگاه اسلام را مراعات موارد ذیل توأم با نگاهی غیرجانبدارانه نامیده‌اند: الف) خودداری از تعرض به جان، مال و آبروی افراد جامعه و نیز حفاظت از آنها؛ ب) مجازات افراد، به دلیل انجام کارهایی نادرست که به طور روشن و پیش از ارتکاب، به‌عنوان جرم اعلام شده باشند، با رعایت تناسب میان جریمه و جرم؛ ج) توزیع سودها و زحمات‌های زندگی اجتماعی بر حسب لیاقت‌ها، نیازهای اساسی و توان افراد جامعه (حاجی حیدر، ۱۳۸۸: ۱۹).

با توجه به این موارد به نظر می‌رسد مقصود قانونگذار اساسی از این جمله که دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان موظفند نسبت به افراد غیرمسلمان با قسط و عدل اسلامی عمل کنند آن است که باید از تعرض به جان، مال و آبروی افراد کلیه غیرمسلمانی که بر ضد اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام نمی‌کنند خودداری شود و اگر آنان مرتکب تخلف یا جرمی شدند با رعایت اصل تناسب جرم و مجازات آنان را مجازات کند. همچنین به میزان وفاداری، لیاقت، نیازهای اساسی و توان این دسته از غیرمسلمانان، آنان محق یا مکلف خواهند بود. پرواضح است که عدم تدین به دین و مذهب رسمی کشور در ارزیابی وفاداری و لیاقت آنان مؤثر خواهد بود. بنابراین هر شهروندی حتی غیرمسلمان غیر اهل کتاب در سایه‌ی دولت اسلامی از تمام حقوق انسانی برخوردار خواهد بود و دولت اسلامی، نسبت به او متعهد است، البته مادامی که قواعد حقوق شهروندی را به نیکی همچون مسلمانان رعایت کند. طبیعی است که این عده از شهروندان به دلیل فقدان اماره لازم برای ثبوت وفاداری به حاکمیت یا حداقل فراهم نبودن اسباب جلب اعتماد کامل، نباید توقع تصدی مشاغل کلان و امور کلیدی در دولت اسلامی یا هر دولت دیگر مغایر با آرمان‌های خویش را داشته باشند (جاوید، ۱۳۹۲: ۱۴۷).

## ۲-۳. حقوق انسانی

### ۱-۳-۲. ابعاد حقوق انسانی غیر اهل کتاب

قانونگذار در اصل چهاردهم قانون اساسی، پس از موظف کردن مسلمانان و دولت جمهوری اسلامی ایران به برخورد همراه با اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی با غیرمسلمانان، یک تکلیف دیگر را نیز برای آنان مقرر می‌کند که آن الزام به رعایت حقوق انسانی غیرمسلمانان است. همه‌ی افراد از آن جهت که انسان هستند دارای حداقل حقوقی هستند که ربطی به حیثیت، تابعیت، نژاد، عقیده، مذهب، رنگ و جنس آنان ندارد؛ این حقوق را «حقوق انسانی» می‌نامند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۳۱). حقوق انسانی مترادف با مفهوم «حقوق بشر» است و برای هر دو، تعاریف مشابهی ارائه شده است.

امام علی(ع) در نامه‌ی مشهور خود به مالک اشتر می‌فرماید: «وَأَشْعِرْ قَلْبَكَ الرَّحْمَةَ لِلرَّعِيَّةِ وَالْمَحَبَّةَ لَهُمْ وَاللُّطْفَ بِهِمْ وَلَا تَكُونَنَّ عَلَيْهِمْ سُبُعًا ضَارِيًا تَغْتَنِمُ أَكْلَهُمْ فَإِنَّهُمْ صِنْفَانِ إِمَّا أَخٌ لَكَ فِي الدِّينِ وَإِمَّا نَظِيرٌ لَكَ فِي الْخَلْقِ؛ مهربانی به رعیت و دوست داشتن آنها و لطف در حق ایشان را شعار دل خود ساز. چونان حیوانی درنده مباش که خوردنشان را غنیمت شماری، زیرا آنان دو گروه هستند یا هم‌کیشان تو هستند یا همانندان تو در آفرینش» (نهج‌البلاغه: نامه‌ی ۵۳). همان‌گونه که پیداست، حضرت علی(ع) انسان‌ها را صرف‌نظر از دین و آیین‌شان واجد حقوقی می‌داند که حاکمان و والیان در جامعه اسلامی موظف به رعایت آن هستند. البته ضابطه‌ی خاصی که معرفت کمیت این حقوق باشد وجود ندارد و حدود و ثغور آن بستگی به طرز فکر اکثریت یک ملت و تمدن و سوابق تاریخی آن و نیز ایدئولوژی حاکم بر جامعه دارد. این موضوع باعث شده حتی در میان اندیشمندان غربی نیز در احصاء مصادیق حقوق بشر، اختلاف‌نظر مشاهده شود؛ برای مثال در حالی که در اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، مصادیق متعددی برای حقوق بشر ذکر شده، اندیشمندان بسیار مشهور و سرشناسی چون جان راولز<sup>۵</sup> صرفاً چهار حق را در زمره‌ی مصادیق حقوق بشر می‌نامد که عبارت‌اند از: ۱. حق حیات (یعنی حق معیشت و امنیت)، ۲. حق آزادی، به معنای آزادی از قید بردگی، کار اجباری و نیز میزان کافی از آزادی وجدان، یعنی حلی که آزادی دین و اندیشه را تضمین کند، ۳. حق مالکیت خصوصی و ۴. حق برابری صوری، یعنی رعایت این اصل که با موارد مشابه باید به نحو مشابه رفتار شود).

تلقی راولز از آزادی‌های بنیادین به مراتب محدودتر از آن چیزی است که در متن اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر آمده است. راولز مشخصاً آزادی بیان و حق بحث و تبادل نظر و نیز

تجمعات مسالمت‌آمیز را از مصادیق حقوق بشر نمی‌داند. همچنین او حقوق مربوط به اعتراض مسالمت‌آمیز، مشارکت در اداره‌ی کشور، حق دسترسی به خدمات عمومی و نیز برگزاری انتخابات واقعی و دوره‌ای بر مبنای حق رأی عمومی را نیز به‌عنوان مصادیق حقوق بشر تأیید نمی‌کند. راولز تسلط یک گروه مذهبی خاص و نابرابری در آزادی دینی را در یک جامعه غیرلیبرال و غیردموکراتیک اما «موجه»، مجاز می‌داند و معتقد است چه‌بسا بتوان وجود نوعی تبعیض دینی را در مقام احراز مشاغل سیاسی و قضایی حساس و مهم پذیرفت. «آزادی دین» نزد او به این معناست که افراد جامعه حق دارند بدون ترس به دین محبوب خود باور داشته باشند و مناسک دینی خود را به‌جا آورند، اما تصدیق این آزادی به معنای نفی هرگونه تبعیض دینی نیست. همچنین راولز در قلمرو حقوق اقتصادی و اجتماعی، که او مجموعه‌ی این حقوق را به «حق معیشت» منحصر می‌کند، حقوق بشر را حق بهره‌مندی از «حداقل امنیت اقتصادی» می‌داند (Rawls, 2001: 65).

البته این به آن معنا نیست که در احصاء مصادیق مختلف حقوق انسانی، هیچ اشتراکی در مکاتب مختلف وجود نداشته باشد؛ برای مثال در هر دو نظام اسلام و غرب، حق حیات شایسته، حق آزادی، حق امنیت، ممنوعیت شکنجه و رفتار ظالمانه و ممنوعیت رفتار خلاف شئون انسانیت از مصادیق مشترک حقوق بشر در نظر شده‌اند (جعفری، ۱۳۹۰: ۲۱۱). مع الوصف باید قبول کرد که این اشتراک نظر در بسیاری از حقوق دیگر مشاهده نمی‌شود. بنابراین حقوقی که به نام حقوق بشر تشریح می‌شود، با توجه به ویژگی‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جامعه‌ای که این حقوق در آنجا تعریف می‌شود، شکل متفاوتی به خود می‌گیرد. از این رو، حقوق بشر هیچ‌گاه در چارچوب یک تعریف عام و قابل پذیرش عمومی نگنجیده است (Wallace, 1997: 277). چنان‌که برخی از دولت‌های جهان، نظیر جمهوری اسلامی ایران، هند، چین و برزیل اعلام کرده‌اند که حقوق بشر مد نظر غرب برخلاف فرهنگ و عقیده‌ی آنها است و در مسائل حقوق بشر باید به فرهنگ‌های بومی توجه شود و معیارهایی که صرفاً بر مبنای فرهنگ و سنن و فلسفه‌ی غربی است، نباید جهانی تلقی شود (کرمی، ۱۳۷۵: ۸۸).

اگرچه با توضیحات قبل، روشن است که مصادیق حقوق انسانی مذکور در اصل چهاردهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را باید مبتنی بر تعریفی که اسلام از آن ارائه کرده، بازشناخت. از دیدگاه اسلام، محدوده‌ی حقوق و آزادی‌های انسان، توسط همان مبدأ تحدید اصل هستی، یعنی پروردگار متعال، تعیین می‌شود. او که وجودی محدود به انسان‌ها بخشیده و برای هر چیز اندازه‌ی خاصی تقدیر نموده،<sup>۶</sup> تنها مرجع تعیین حدود آزادی است؛ چون غیر از



او هیچ‌کس از حیطه‌ی هستی انسان آگاه نیست و اگر کسی خود را رهای از هر قیدی پنداشت، وصف نامحدود را برای موصوف محدود شایسته دانسته است (جوادی آملی، ۱۳۹۳: ۱۰). بنابراین باید هریک از مصادیقی که برای حقوق بشر مطرح شده است را بر موازین شرعی ارائه و در همان چارچوبی که شارع مقدس مقرر نموده آن را برای غیر اهل کتاب تعریف کرد. قانونگذار در اصل بیستم قانون اساسی، به‌صراحت بر این موضوع تأکید کرده و مقرر داشته همه‌ی افراد ملت اعم از زن و مرد، یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه‌ی «حقوق انسانی» با رعایت «موازین اسلامی» برخوردارند.

برخی از نویسندگان (هاشمی، ۱۳۸۴: ۵۹۷) اصول ۲۴ گانه مذکور فصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (که با عنوان حقوق ملت نام‌گذاری شده است) را همان حقوق انسانی مورد اشاره در اصل چهاردهم دانسته‌اند و معتقدند کلیه حقوقی که در این اصل به آن اشاره شده، شامل غیرمسلمانان غیر اهل کتاب هم می‌شود و با تصریح اصل چهاردهم مبنی بر تکلیف دولت جمهوری اسلامی و مسلمانان به رعایت حقوق انسانی غیرمسلمانان (حتی غیر اهل کتاب) می‌توان آنان را در ردیف همه افراد ملت، برخوردار از حقوق مذکور در قانون اساسی دانست.

اما ملاحظه اصول مندرج در فصل سوم قانون اساسی، بیانگر آن است که معدودی از حقوق مندرج در این فصل را نمی‌توان در زمره حقوق بنیادین انسان محسوب کرد و شاید منشأ این اشکال آن جا باشد که به تفاوت حقوق بشر و حقوق شهروندی توجه نشده و کلیه‌ی حقوق مندرج در فصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جزء حقوق انسانی یا همان حقوق بشر محسوب شده که حقوقی فراملی و متعلق به تمام انسان‌ها فارغ از هر مذهب و جنسیت و نژاد و... است. در حالی که برخی از حقوقی که در این فصل ذکر شده، مصداق حقوق شهروندی است و در شرایط عادی در نظر گرفتن چنین حقوقی در نظام جمهوری اسلامی ایران برای افرادی که به اسلام و سایر ادیان ابراهیمی معتقد نیستند، منطقی به نظر نمی‌رسد؛ از جمله‌ی این حقوق می‌توان به تشکیل راهپیمایی‌ها و اجتماعات اشاره کرد.

باید توجه داشت برخی فرق و نحله‌هایی که ذیل ادیان ابراهیمی مانند اسلام، مسیحیت، یهودیت و زرتشتیت تعریف نمی‌شود، حاوی موازین و مفاهیمی هستند که با نظم عمومی و اخلاق حسنه سازگار نیست و شبهه‌ی فساد عقیده در آنان جدی است. بعضاً از آنها با عنوان «فرق ضاله» نیز یاد شده است. پیروان این عقاید اگرچه از حقوق انسانی بهره‌مندند، اما حسب مورد از برخی یا تمام مصادیق حقوق شهروندی محروم می‌شوند؛ چراکه فساد عقیده‌ی آنان ممکن است «حقوق انسانیت» (مطهری، ۱۳۸۹، ج ۲۰: ۲۴۲) را در جامعه‌ی اسلامی خدشه‌دار کند.

یکی از مهم‌ترین مصادیق حقوق انسانیت، حق مردم بر «خداپرستی» و «توحید» است. انسان‌ها در جامعه‌ی اسلامی حق دارند خدا را شناخته، او را پرستش کنند و از هجوم و نفوذ اعتقادات بیمار و انحرافی در امان باشند. اگر کسانی به هر نحو مانع این امر شوند و با راه‌های مختلف حقیقت را بر مردم مشتبه ساخته، موجبات انحراف آنان را فراهم سازند، یکی از مهم‌ترین حقوق اجتماعی افراد را نادیده گرفته‌اند و مانع شناخت حقیقت شده‌اند. اسلام بی‌توجهی به مذهب و عقیده‌ی صحیح توحیدی را نمی‌پذیرد. اسلام ترویج بی‌دینی و لاابالی‌گری مذهبی و اخلاقی را با کرامت ذاتی انسان منافی می‌داند؛ لذا آن را تشویق نمی‌کند، بلکه درست در جهت حفظ حقوق اساسی به طرق منطقی، مانع آن می‌شود (مهرپور، ۱۳۸۶: ۳۸).

در مقدمه‌ی قانون اساسی کشورمان نیز بر همین معنا تأکید شده و رسالت قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران این دانسته شده است که زمینه‌های اعتقادی نهضت را عینیت بخشد و شرایطی را به وجود آورد که در آن انسان با ارزش‌های والا و جهان‌شمول اسلامی پرورش یابد. همچنین در بند اول اصل سوم قانون اساسی، دولت جمهوری اسلامی ایران موظف شده است تا برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه‌ی امکانات خود را جهت ایجاد محیطی مساعد برای رشد فضائل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوا و مبارزه با کلیه‌ی مظاهر فساد و تباهی، به کار برد. طبعاً با در نظر گرفتن برخی حقوق برای افراد غیرمسلمانی که گرایش‌های فاسد عقیدتی دارند، کاملاً قابل پیش‌بینی است که زمینه‌ی نفوذ و گسترش فساد و تباهی و اختلال در اخلاق و نظم عمومی، توسط این افراد ایجاد شود. این موضوع حتی به نوعی در اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر نیز مشاهده می‌شود و بند دوم ماده‌ی ۲۹ این اعلامیه اشعار می‌دارد که برای اجرای حقوق در نظر گرفته شده در این سند، هر کس فقط باید در برابر محدودیت‌هایی قرار گیرد که توسط قانون صرفاً به هدف تأمین شناسایی و احترام به حقوق و آزادی‌های دیگران و برآوردن مقتضیات منصفانه‌ی اخلاق، نظم عمومی و رفاه همگانی در یک جامعه‌ی دمکراتیک تعیین می‌شود.

قانونگذار عادی نیز بر همین اساس، مبادرت به وضع برخی قوانین جهت محدود کردن برخی حقوق پیروان فرق انحرافی و فاسد نموده تا حسب حکم کلی قانون اساسی، ضمن مقابله با مظاهر فساد و تباهی، از حدود الهی و فضائل اخلاقی صیانت کند؛ مثلاً در بند ۱۴ ماده‌ی ۱۴ قانون استخدام کشوری، یکی از شرایط داوطلبان جهت استخدام در دستگاه‌های دولتی «عدم محکومیت به فساد عقیده» است. بنابراین، چنانچه فردی با داشتن این‌گونه عقاید، تقاضای استخدام کند از استخدام وی خودداری خواهد شد. همچنین بند ۳۴ ماده‌ی ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، عضویت در یکی از فرقه‌های ضاله که از نظر اسلام مردود شناخته شده‌اند،

را در ردیف تخلفات اداری به شمار آورده است.

بنابراین، به نظر می‌رسد بخش مورد بحث از اصل چهاردهم را این‌گونه می‌توان تبیین کرد که مسلمانان و دولت جمهوری اسلامی ایران، موظفند حقوق بنیادین و ناظر به انسان بودن غیرمسلمانانی که ضد اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدامی نمی‌کنند، را رعایت کنند. البته با این مقرر از قانون اساسی و نیز حکم همین اصل مبنی بر لزوم رعایت اخلاق حسنه و عدل اسلامی در حق غیرمسلمانان به نظر می‌رسد بتوان بیشتر حق‌هایی که در فصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به آن اشاره شده است، را در حق غیر اهل کتاب نیز مجری دانست. قدر متیقن اینکه تمام اصولی که در آن قانونگذار با سوره‌های کلی اعم از سالبه و موجب حکمی را مقرر کرده، شامل حال غیر اهل کتاب نیز خواهد شد. با این وصف، قطعاً می‌توان حقوق زیر را که در فصل سوم قانون اساسی مقرر شده است، جزء حقوق انسانی قلمداد نمود که حکومت موظف است این امتیازات را برای تمام مردم از جمله غیر اهل کتاب مهیا سازد؛ حقوقی چون آموزش و پرورش رایگان، منع تفتیش عقاید و هرگونه شکنجه و اجبار به شهادت دادن یا سوگند خوردن، حق برخورداری از اصل برائت، برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری، پیری، ازکارافتادگی، بی‌سرپرستی، درراه‌ماندگی، حوادث و سوانح، نیاز به خدمات بهداشتی - درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه و غیره، آزادی شرکت در احزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی و منع اجبار به شرکت در آنها، داشتن مسکن متناسب با نیاز، منع بازداشت یا مجازات خودسرانه و بدون حکم قانونی و خارج از روند دادگاه صالح، منع هرگونه هتک حرمت و حیثیت زندانی و فرد تبعیدی، تفهیم اتهام کتبی به متهم، دادخواهی عادلانه و حق دسترسی و شکایت به دادگاه‌های صالح، حق انتخاب وکیل در دادگاه‌ها، حق برخورداری از تابعیت ایرانی و ... .

البته این به آن معنا نیست که غیر اهل کتاب از سایر امتیازات بی‌بهره خواهند بود؛ بلکه مراد این است که آنان از حقوق مندرج در فصل سوم قانون اساسی که برای همه‌ی اتباع ایران در نظر گرفته شده، قطعاً برخوردارند و آن دسته از حقوق و امتیازاتی که در این فصل با قیودی چون «موازین اسلامی»، «اسلام»، «مصالح عمومی»، «حقوق عمومی» و ... محدود شده است را باید با تطبیق خاص بر غیر اهل کتاب مطالعه کرد و اگر در نظر گرفتن این حقوق برای غیر اهل کتاب با موازین شرعی منافاتی نداشت، آنان از این دسته از حقوق نیز بهره‌مند خواهند بود. بدیهی است که بررسی تک‌تک این حقوق، مجال مستوفی را می‌طلبد.

البته فصل سوم قانون اساسی به تمام حق‌ها اشاره نکرده است و برای آنکه تکلیف این دسته از

غیرمسلمانان در برخورداری یا عدم برخورداری از این حقوق روشن شود باید ناظر به موازین شرعی و قواعد فقهی‌ای چون نفی سبیل، عدالت، احسان، وفای به عهد، حفظ اسلام و... در قوانین مختلف این موارد روشن شوند؛ مثلاً فقها بر مبنای قاعده‌ی نفی سبیل که یکی از شاخصه‌های تعیین‌کننده‌ی حدود روابط مسلمانان با افراد غیرمسلمان است، حکم به عدم جواز ازدواج زن مسلمان با مرد غیرمسلمان، عدم جواز ولایت کافر بر محجور و صغیر مسلمان، عدم جواز شفعه کافر بر مسلمان و فسخ ازدواج زن تازه‌مسلمان با مرد کافر کرده‌اند (کعبی، ۱۳۹۵، ج ۲: ۲۸۱).

با این وصف، می‌توان به ادعای تعارض دو اصل سیزدهم و چهاردهم که توسط برخی نویسندگان (سالارزایی، ۱۳۹۰: ۳۰) ناظر به موضوع «حقوق انسانی» مطرح شده است، پاسخ گفت. از نظر اینان تعارض دو اصل مذکور از آن جهت است که اصل ۱۳ صرفاً غیرمسلمانان اهل کتاب را در احوال شخصیه‌ی خود آزاد دانسته و در نتیجه غیرمسلمانان غیر اهل کتاب را از این حق مسلم محروم کرده است. حال آنکه در اصل چهاردهم قانون اساسی دولت جمهوری اسلامی و مسلمانان موظف شده‌اند حقوق انسانی تمامی غیرمسلمانان - اعم از اهل کتاب و غیر اهل کتاب - را رعایت کند. با توضیحات پیش‌گفته به نظر می‌رسد قانونگذار اساسی کشورمان عمل بر طبق آیین خود در احوال شخصیه را جزء حقوق انسانی قلمداد ننموده، لذا غیر اهل کتاب را برخوردار از این حق نمی‌داند. مفسده‌ی در نظر گرفتن چنین حقی برای پیروان هر فرقه و آیینی هم چندان پوشیده نیست؛ چراکه در برخی از آیین‌ها درباره‌ی احوال شخصیه، احکامی وجود دارد که با اخلاق و نظم عمومی کاملاً منافات دارد و حتی بعضاً نظام‌های عرفی و غیردینی نیز این حد از آزادی را برناتافته‌اند.

### ۲-۳-۲. «حق حیات»: مهم‌ترین حق انسانی غیر اهل کتاب

حیات و حفظ نفوس، به طور طبیعی بر دیگر حقوق انسان‌ها تقدم دارد؛ زیرا بدون حیات، دیگر حقوق ارزش یا کاربرد چندانی ندارد. حق زندگی و حیات، مهم‌ترین حقی است که در مجموعه‌ی حقوق بشر به آن توجه شده است و به همین جهت لازم است درباره‌ی نسبت غیر اهل کتاب با این مصداق بسیار مهم از حقوق انسانی بررسی کافی صورت گیرد. به خصوص به این دلیل که برخی فقها قائل به چنین حقی برای غیر اهل کتاب نیستند و طبعاً وقتی این دسته از غیرمسلمانان از این حق محروم باشند، از بسیاری مصادیق حقوق انسانی دیگر هم متمتع نخواهند بود.

از دیدگاه اسلام، برخلاف برخی مکاتب غربی، حق حیات یک حق مطلق نیست (مصباح یزدی، ۱۳۸۳: ۱۴۱) و فقط تا وقتی که فرد، مزاحم حیات دینی و اجتماعی مردم نباشد، قانون

باید از حق حیات او دفاع و امنیت لازم را برایش فراهم کند. بر همین اساس، خدای متعال در قرآن کریم فرمود: «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ؛ هیچ کس را که خدا (خون و جان) او را محترم داشته است، نکشید مگر به حق. این را خدا به شما توصیه می‌کند، باشد که بیندیشید» (انعام: ۵۱).

بدون شک از خلال مفاد اصل چهاردهم قانون اساسی، می‌توان قائل شدن حق حیات را برای «آن دسته از غیرمسلمانانی که علیه اسلام و جمهوری اسلامی توطئه و اقدام نمی‌کنند» برداشت کرد؛ اما پیش از آن باید شقوق مختلفی را که در اصل مذکور درج شده، به دقت بررسی کنیم. اصل چهاردهم قانون اساسی شامل دو بخش است؛ قسمت صدر این اصل درباره‌ی آن دسته از غیرمسلمانانی است که ضد اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام نکنند و قسمت ذیل آن درباره‌ی غیرمسلمانانی است که ضد اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام کنند. با دقت در آیه‌ی هشتم سوره‌ی ممتحنه که در این اصل به آن اشاره شده است درمی‌یابیم که آیه‌ی مذکور، ناظر به غیرمسلمانان مورد اشاره در صدر اصل است و منطوق آن ارتباطی با غیرمسلمانان توطئه‌گر علیه اسلام و جمهوری اسلامی ایران ندارد و قانونگذار بنا به حکم این آیه، مقرر داشته که دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان موظفند نسبت به افراد غیرمسلمان با اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی عمل نمایند و حقوق انسانی آنان را رعایت کنند.

چون قسمت صدر اصل چهاردهم، حکم مندرج در خود را مستخرج از آیه‌ی هشتم سوره‌ی ممتحنه معرفی کرده، لاجرم باید دایره‌ی شمول آن را در محدوده‌ی غیرمسلمانانی که مد نظر پروردگار متعال در این آیه بوده، تفسیر کرد. از سوی دیگر باید توجه داشت حتی غیرمسلمانان غیر اهل کتاب هم در دسته‌های مختلفی تقسیم می‌شوند؛ اعم از کفار حربی، کفار معاهد، کفار مستأمن و کفار مهادن. برای یافتن منظور قانونگذار قسمت صدر اصل چهاردهم از اینکه منظورش کدام دسته از این غیرمسلمانان است، باید به تفسیر آیه‌ی ۸ سوره‌ی ممتحنه مراجعه کرد. البته باید توجه داشت که در قسمت ذیل اصل چهاردهم به دسته‌ای از غیرمسلمانان اشاره شده که مشمول حکم آیه‌ی هشتم از سوره‌ی ممتحنه نیستند که در این باره در ادامه بیشتر توضیح داده خواهد شد.

خدای متعال در این آیه و آیه‌ی بعدی سوره‌ی ممتحنه، از نیکی کردن نسبت به آن دسته از کفار که در راه دین با مسلمانان پیکار نکردند و آنان را از خانه و دیارشان بیرون نراندند نهی نمی‌کند و مسلمانان را تنها از دوستی و رابطه با کافرانی نهی می‌کند که در امر دین با آنان پیکار کردند و از خانه‌هایشان بیرون راندند یا به بیرون راندنشان کمک کردند. خدای متعال

اگرچه اعتقادات غیرمسلمانانی را که بر ضد جامعه‌ی اسلامی توطئه نمی‌کنند، مبعوض دانسته است اما مسلمانان را نهی نمی‌کند که با آنان زندگی مسالمت‌آمیز داشته باشند و با آنان به نیکی و عدالت رفتار کنند؛ چون خداوند عدالت‌پیشگان را دوست دارد، هرچند این عدالت نسبت به کافران باشد (جوادی آملی، ۱۳۹۱: ۱۳۴).

بنابراین حکم قسمت صدر این اصل شامل تمام غیرمسلمانانی است که با مسلمانان و حکومت اسلامی سر جنگ ندارند؛ لذا قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای این دسته از غیرمسلمانان (اعم از اهل کتاب و غیر اهل کتاب) حقوقی را در نظر گرفته و دولت و شهروندان مسلمان را مکلف به رعایت این حقوق کرده است. پرواضح است که متمتع شدن از این حقوق زمانی معنا می‌یابد که فرد غیرمسلمان صاحب حیات باشد. از این مسئله می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، علاوه بر آنکه خون آن دسته از غیرمسلمانان غیر اهل کتابی که سر جنگ با حکومت اسلامی ندارند را محترم شمرده، برخلاف فتاوی‌ای برخی فقها (شیخ طوسی، بی‌تا، ج ۲: ۵۰۹؛ نجفی، ۱۴۱۰، ج ۲۱: ۲۳۱) مسلمانان را مختار در به قتل آنان (در صورت اسلام‌نیاوردنشان) نکرده و حقوقی برای آنان در نظر گرفته است. مفاد حقوقی قسمت صدر اصل چهاردهم را می‌توان چنین بیان داشت که هرچند حکومت در کشور ایران وفق اصول مختلف قانون اساسی از جمله اصل چهارم و اصل دوازدهم، اسلامی و مذهبی است، اما با وجود این، در جمهوری اسلامی ایران هیچ دین و مذهبی، شرط تمتع از حقوق انسانی نیست؛ لذا هر ایرانی با هر نوع گرایش دینی و مذهبی از بسیاری حقوق مندرج در فصل سوم قانون اساسی، تحت عنوان «حقوق ملت» بهره‌مند خواهد بود (عمیدزنجانی، ۱۳۸۷: ۸۷). علاوه بر این، بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران نیز در تاریخ دوم بهمن ۱۳۶۲ در پاسخ به استفتایی که توسط یکی از اعضای شورای عالی قضایی وقت انجام شد، غیرمسلمانان غیر اهل کتاب را مانند اهل ذمه در پناه اسلام و «محقون الدم» دانست و مالشان را محترم شمرد (امام خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱۸: ۳۰۴).

بنابراین کاربرد تعبیر «افراد غیرمسلمان» در قانون اساسی و به رسمیت شناخته نشدن فرق و مذاهب غیر اهل کتاب در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، بدان معنی است که این فرق و مذاهب غیررسمی از امتیازات قانونی ادیان و مذاهب رسمی، نمی‌توانند استفاده کنند (برای نمونه حقوقی که در اصول دوازدهم، سیزدهم، ۲۶ و ۶۴ صرفاً به مسلمانان غیرشیعه و غیرمسلمانان اهل کتاب اعطا شده است). از نظر قانون اساسی، چنین مرام‌هایی دین تلقی نمی‌گردد؛ ولی این به آن معنا نیست که این دسته از غیرمسلمانان از تمام حق‌ها و مهم‌تر از همه، از «حق حیات» نیز محروم باشند. به همین دلیل قانونگذار جمهوری اسلامی، غیر اهل

کتاب را به صورت مطلق، مهدورالدم ندانسته و در ماده‌ی ۳۱۰ قانون مجازات اسلامی حتی برای قتل کفار غیر اهل کتابی که معاهد یا مستأمن نیستند، مجازات در نظر گرفته است.

### ۳. حقوق غیرمسلمانانی که ضد اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام کنند

اصل چهاردهم قانون اساسی، پس از آنکه به حکم آیه‌ی هشتم سوره‌ی ممتحنه، دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان را موظف می‌کند که نسبت به افراد غیرمسلمان با اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی عمل و حقوق انسانی آنان را رعایت کنند، در ادامه (قسمت ذیل اصل) قیدی به این قاعده کلی وارد می‌کند و آن را از اطلاق خارج می‌سازد. بنا بر این قید، اصل «لزوم رعایت اخلاق حسنه، قسط و عدل اسلامی و نیز حقوق انسانی» صرفاً درباره‌ی آن دسته از غیرمسلمانانی جاری خواهد بود که بر ضد اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام نکنند.

با نگاهی دقیق‌تر به قسمت ذیل اصل چهاردهم به نظر می‌رسد بتوان مدعی شد که این بخش از اصل مذکور به دقت تنظیم نشده و اشکالاتی بر آن وارد است؛ از جمله آنکه لزوم برخورد توأم با قسط و عدل اسلامی با تمامی موجودات روی زمین، تکلیفی است که استثناپذیر نیست و مسلمانان حق ندارند با هیچ بشری (اعم از مسلمان و غیرمسلمان، اهل کتاب و غیر اهل کتاب، توطئه‌گران و غیرتوطئه‌گران) از مدار قسط و عدل اسلامی خارج شوند. البته هیچ تردیدی نیست که قسط و عدل اسلامی درباره‌ی تمام این اصناف، یک حکم ثابت صادر نمی‌کند و به مقتضای وضعیت حقوقی هر فرد، نوعی از قسط و عدالت اسلامی تعریف می‌شود؛ مثلاً قسط و عدل اسلامی این طور حکم می‌کند که با مسلمانان به گونه‌ای رفتار شود و با غیرمسلمانان غیر اهل کتاب به گونه‌ای دیگر و با غیر اهل کتاب توطئه‌گر رفتاری متفاوت باید داشت. این موضوع درباره‌ی مفهوم «حقوق انسانی» نیز صادق است و هیچ فردی از جمله غیرمسلمانانی که حتی علیه اسلام و نظام جمهوری اسلامی ایران، توطئه و اقدام می‌کنند، از حقوق انسانی خود محروم نخواهند بود. از نظر اسلام مجرمی که هزاران نفر را کشته و هزاران جنایت کرده است که اگر بنای اعدام بخواند باشد صد بار باید اعدام شود، در عین حال هم حقوقی دارد و حق او نباید نادیده گرفته شود (مطهری، ۱۳۸۹، ج ۲۴: ۱۷۸).

از آیه‌ی مذکور در صدر اصل چهاردهم (آیه‌ی ۸ سوره‌ی ممتحنه) نیز این طور استنباط نمی‌شود که پروردگار متعال برای کسانی که علیه اسلام و نظام اسلامی توطئه و اقدام می‌کنند، از سوی مسلمانان عدالت‌ورزی و مراعات حقوق انسانی آنان را جایز نشمرده باشد. آیه‌ی مذکور صرفاً در مقام بیان نحوه‌ی تعامل مسلمانان با آن دسته از غیرمسلمانانی است که با

مسلمانان به قتال برنخواستند و آنان را از شهر و دیارشان بیرون نراندند. از سوی دیگر در آیات متعددی از قرآن کریم شاهد آن هستیم که پروردگار متعال به صورت مطلق به عدالت‌ورزی (فارغ از مذهب، جنسیت، قوم و نژاد و...) دستور داده است.<sup>۷</sup> بنابراین اینکه افراد غیرمسلمان، اگر بر ضد اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام کنند، دیگر مسلمانان و دولت جمهوری اسلامی موظف نیستند با آنان با قسط و عدل اسلامی رفتار و حقوق انسانی‌شان را مراعات کنند، منطقی نیست؛ اگرچه بدون شک همان قسط و عدل اسلامی اقتضا دارد که با این دسته از غیرمسلمانان، رفتاری متفاوت با غیرمسلمانانی که علیه اسلام و نظام اسلامی توطئه و اقدام نمی‌کنند، اتخاذ شود و غیرمسلمانان توطئه‌گر از برخی حقوق محروم شوند؛ چنان‌که در تمام نظام‌های حکومتی دنیا توطئه‌گران و متجاوزان از بسیاری از حقوق محروم می‌شوند.

ممکن است گفته شود مقصود از ذیل اصل چهاردهم، آن است که مسلمانان و دولت جمهوری اسلامی در صورت توطئه و اقدام غیرمسلمانان دیگر «موظف» به رعایت قسط و عدل اسلامی و حقوق انسانی آنان نیستند و این «تکلیف» تبدیل به تخییر می‌شود؛ اما مطابق با مطالبی که در سطور پیشین ارائه شد، باطل بودن چنین ادعایی روشن است؛ چراکه رعایت عدالت و حقوق انسانی از امور تخییری نیست و افراد و دولت‌ها در هر صورتی، مکلف به رعایت آنها هستند. نکته‌ی دیگر اینکه همان‌طور که قبلاً توضیح داده شد، در منابع دینی، مطابق با احکام اولیه‌ی اسلام، دستور قتال با آن دسته از مشرکینی که سر جنگ و ستیز با مسلمانان دارند و به طرق مختلف به مسلمانان تعدی می‌کنند یا مانع نشر اسلام هستند، صادر شده است. حال سؤال این است که آیا کسانی که در جمهوری اسلامی ایران علیه اسلام و نظام توطئه و اقدام می‌کنند نیز مشمول این حکم هستند یا خیر؟

در فرهنگ لغت «توطئه» به معنای «مقدمه چیدن برای وصول به امری» و «اقدام» هم به معنای «دست به کار شدن» تعریف شده است (معین، ۱۳۵۳، ج ۱: ۳۲۳ و ۱۱۶۷). بنابراین معنای توطئه و اقدام در اصل چهاردهم این است که فرد غیرمسلمان علیه اسلام و جمهوری اسلامی ایران به آماده‌سازی مقدماتی بپردازد و سپس برای عملیاتی شدن این مقدمات، دست به کار شود و اقدامات عینی انجام دهد. به نظر می‌رسد عبارات به کار رفته ذیل این اصل بسیار کلی است و شامل هر نوع اقدام کوچک و بزرگی علیه جمهوری اسلامی می‌شود.

البته در جرائمی که مستلزم سلب حیات مجرم است و مقید به قشر خاصی نشده، طبعاً غیرمسلمانان غیر اهل کتاب نیز مستثنا نخواهند بود و مجازات آنان در این‌گونه موارد (از جمله در جرائمی چون ساب النبی، محاربه، افساد فی الارض و بغی) نه به دلیل غیرمسلمان بودن (و



حربی شدن) آنان بلکه به سبب شدت آسیب و قبح این جرایم است. اگر کسی به این جرایم محکوم شود، صرف نظر از مسلمان یا غیرمسلمان بودنش مجازات خواهد شد. سؤال اینجاست که اگر غیر اهل کتاب، مرتکب جرایمی شوند که مصداق مقابله با حاکمیت اسلام و حکومت اسلامی باشد و البته مجازات آن برای مسلمانان «سلب حیات» نباشد، آیا آنان وفق ادله شرعی که قبلاً از خلال آیات و روایات بیان شد، حربی محسوب می‌شوند و احترام از جانشان برداشته خواهد شد یا آنکه آنان به همان مجازاتی محکوم می‌شوند که محکمه حکومت اسلامی در حق سایر اقشار جامعه روا می‌دارد؛ برای مثال در فصل اول کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی که اختصاص به جرایم ضد امنیت داخلی و خارجی کشور دارد به جرایمی نظیر تبلیغ علیه نظام،<sup>۸</sup> جاسوسی،<sup>۹</sup> تشکیل گروه‌های برهم‌زننده‌ی امنیت کشور،<sup>۱۰</sup> افشای اطلاعات طبقه‌بندی شده‌ی نظام،<sup>۱۱</sup> همکاری با دول خارجی متخاصم،<sup>۱۲</sup> تهدید به بمب‌گذاری،<sup>۱۳</sup> تحریک مردم به جنگ و کشتار<sup>۱۴</sup> اشاره شده است. البته مجازات هیچ‌یک از این جرایم در شرایط عادی، سلب حیات نیست، اما سؤال این است که آیا غیر اهل کتاب نیز مانند سایر اقشار جامعه به همین مجازات محکوم خواهند شد یا آنکه مشمول حکم آیات قرآن کریم و روایات معصومین (ع) درباره‌ی «کفار حربی» خواهند بود. به نظر می‌رسد غیرمسلمان در صورت ارتکاب هر یک از عناوین مجرمانه‌ی فوق، تبدیل به کافر حربی (حتی در مضیق‌ترین تعاریف از آن) خواهد شد؛ چراکه هیچ‌یک از فقهای امامیه در این نکته تردید نکرده‌اند که غیر اهل کتابی که علیه اسلام و نظام اسلامی توطئه می‌کند، کافر حربی است و اگر اختلاف نظری درباره‌ی تعریف کافر حربی میان فقها دیده می‌شود، مربوط به سایر مصداق غیرمسلمانان غیر اهل کتاب است. لذا در صورت ارتکاب جرایم فوق توسط غیر اهل کتاب، مسلمانان با اذن حاکم اسلامی قادر به ستیز با وی خواهند بود، مگر اینکه آن فرد مسلمان شود که در این صورت به مجازاتی که برای مسلمانان در نظر گرفته شده، محکوم خواهد شد. البته در قانون مجازات اسلامی این مجازات برای غیرمسلمانان، پیش‌بینی نشده است و می‌توان با مراجعه به مواد ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی و اصل ۱۶۷ قانون اساسی، کافر حربی را به مجازات مذکور محکوم کرد.<sup>۱۵</sup>

با این حال، امام خمینی (ره) در سوم بهمن سال ۱۳۶۲، در پاسخ به استفتاء یکی از اعضای شورای عالی قضایی در این باره نظر جدیدی صادر فرمودند. این فتوا از آن جهت که امام خمینی (ره) ولی فقیه بودند و رهبری نظام جمهوری اسلامی ایران را بر عهده داشتند و در این مورد مطابق با فتوای ایشان عمل شد، اهمیت بسیار زیادی دارد. عضو شورای عالی قضایی به نمایندگی از این شورا از رهبر انقلاب پرسیده بود: «آیا غیرمسلمانان که در مملکت ایران

زندگی می‌نمایند، از اهل کتاب یا غیر آنها اگر مرتکب جرمی بشوند که حد یا تعزیر دارند، مانند سرقت و زنا یا جاسوسی یا افساد یا محاربه یا قیام علیه حکومت و همانند اینها آیا مانند مسلمانان باید مجازات شوند یا آنکه مجازات آنها در مانند جاسوسی به بعد احتیاج به اشتراط ترک دارد و یا آنکه چون با مثل جاسوسی حربی شوند به مانند کفاری که شرایط ذمه عمل نکنند با آنان معامله گردد، یعنی برگرداندن به مأمن و یا تخییر حاکم بین قتل یا فدیة یا استرقاق که حضرت عالی در مسئله هشت تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۰۳ در تخییر اشکال فرمودید. از طرف شورای عالی قضایی - ابوالفضل میرمحمدی».

امام خمینی (ره) در پاسخ، فتوای ذیل را صادر فرمودند: «بسمه تعالی. کفار مزبور در پناه اسلام هستند و احکام اسلام مانند مسلمان‌های دیگر درباره آنها جاری است و محقون الدّم بوده و مالشان محترم است. روح‌الله الموسوی» (امام خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱۸: ۳۰۴).

فتوایی که امام خمینی (ره) درباره‌ی غیرمسلمانان متجاوز - اعم از اهل کتاب و غیر اهل کتاب - صادر فرمودند، کماکان به قوت خود باقی است و توسط کارگزاران جمهوری اسلامی ایران تبعیت می‌شود و در محدوده‌ی سؤالی که از امام خمینی (ره) شده، هم‌اکنون درباره‌ی غیرمسلمانان غیر اهل کتاب، همان قوانینی اعمال می‌شود که درباره‌ی سایر اقسام ملت اجرا می‌شود. در قوانین جمهوری اسلامی ایران نیز همین روند دنبال شده است و قانونی که با فتوای مذکور مغایرت داشته باشد، مشاهده نمی‌شود. بنابراین در حال حاضر حتی اگر غیر اهل کتاب مرتکب جرایمی علیه امنیت ملی شوند و در جرگه‌ی کفاری که سر ستیز با اسلام و جامعه‌ی اسلامی دارند، قرار گیرند، صرفاً به مجازاتی محکوم می‌شوند که قانونگذار درباره‌ی همه‌ی مجرمین به تناسب جرمشان مقرر کرده است.

### نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، رسمیت ادیان ابراهیمی از جمله اسلام، مسیحیت، یهودیت و زرتشتیت پیش‌بینی و به مقتضای آن حقوق متنوعی برای آنان در نظر گرفته شده است. در مقابل، سایر فرق و مذاهب به رسمیت شناخته نشده‌اند؛ لذا پیروان این فرق و مذاهب قادر نخواهند بود از امتیازات حقوقی پیروان ادیان رسمی استفاده کنند؛ اما این باعث نمی‌شود که این افراد که با عنوان غیر اهل کتاب شناخته می‌شوند از حقوق انسانی، از جمله‌ی مهم‌ترینشان یعنی حق حیات، نیز محروم شوند؛ چرا که قسمت صدر اصل چهاردهم و آیه‌ای که در این اصل به آن اشاره شده، حقوق انسانی را برای این افراد در نظر گرفته است، مشروط بر آنکه علیه مسلمانان و جمهوری اسلامی توطئه و اقدام نکنند. در این اصل مسلمانان و دولت جمهوری اسلامی ایران مکلف شده‌اند تا در قبال غیر اهل کتاب با «اخلاق حسنه» و «قسط و

عدل اسلامی» عمل کنند و «حقوق انسانی» آنان را مراعات کنند؛ یعنی رفتارشان با آنان به گونه‌ای باشد که در چارچوب قواعد شرعی، اکثریت اعضای جامعه آن را لازم و عدم اجرای آن را قبیح بدانند. همچنین نباید به جان، مال و آبروی غیر اهل کتاب تعرض صورت گیرد و اگر آنان مرتکب تخلف یا جرمی شدند با رعایت اصل تناسب جرم و مجازات حسب موازین شرعی، آنان را مجازات کنند.

از سوی دیگر آنان مانند مسلمانان از تمام مصادیق حقوق انسانی که حقوقی فراملی و بشری است، بهره‌مند خواهند بود؛ حقوقی چون آموزش و پرورش رایگان، منع تفتیش عقاید، هرگونه شکنجه و اجبار به شهادت دادن یا سوگند خوردن، برخورداری از اصل برائت، برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری، پیری، ازکارافتادگی، بی‌سرپرستی، درراه‌ماندگی، حوادث و سوانح، نیاز به خدمات بهداشتی - درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه و غیره، آزادی شرکت در احزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی و منع اجبار به شرکت در آنها، داشتن مسکن متناسب با نیاز، منع بازداشت یا مجازات خودسرانه و بدون حکم قانونی و خارج از روند دادگاه صالح، منع هرگونه هتک حرمت و حیثیت زندانی و فرد تبعیدی، تفهیم اتهام کتبی به متهم، دادخواهی عادلانه و حق دسترسی و شکایت به دادگاه‌های صالح، حق انتخاب وکیل در دادگاه‌ها، حق برخورداری از تابعیت ایرانی و ... .

درباره‌ی آن دسته از غیر اهل کتابی که علیه اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام می‌کنند، اگرچه بیشتر فقها به حرابت و لزوم قتال با آنان نظر دارند؛ اما مطابق با فتوای امام خمینی (ره) باید احکام اسلام مانند مسلمان‌های دیگر درباره‌ی این دسته از غیرمسلمانان جاری شود. در قوانین جمهوری اسلامی ایران هم به همین منوال عمل شده است. البته رویکرد قانونگذار اساسی کشورمان در قسمت ذیل اصل چهارده قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ به این دلیل که این اصل، برخورداری از قسط و عدل اسلامی و نیز حقوق انسانی را صرفاً به غیرمسلمانانی که علیه اسلام و جمهوری اسلامی ایران، توطئه و اقدام می‌کنند، محدود کرده است، حال آنکه مطابق با منطق اسلام، تمام انسان‌ها از حقوق انسانی برخوردارند و هیچ انسانی مستثنا از برخورد توأم با قسط و عدل اسلامی نیست.

## منابع

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دارصادر، ج ۷.
۲. جاوید، محمدجواد (۱۳۹۲)، «تبعیض مثبت در اسلام و حقوق اقلیت‌های دینی در حکومت اسلامی»، فصلنامه حکومت اسلامی، شماره ۶۷، ص ۱۴۷.
۳. جعفری، محمدتقی (۱۳۹۰)، حقوق جهانی بشر، تهران: مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷)، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش.
۵. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق بشر، قم: مرکز نشر اسراء.
۶. حاجی حیدر، حمید (۱۳۸۸)، «بررسی جامع مفهوم عدالت از دیدگاه اسلام»، دوفصلنامه معرفت سیاسی، شماره ۷، ص ۱۹.
۷. خمینی، سید روح‌الله (۱۳۷۶)، شرح چهل حدیث، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۸. خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۵)، صحیفه امام، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ج ۱۸.
۹. سالارزایی، امیرحمزه (۱۳۹۰)، «مطالعه تطبیقی حقوق غیرمسلمانان اهل ذمه در قانون اساسی ایران و پاکستان»، فصلنامه مطالعات شبه قاره، شماره ۸، ص ۳۰.
۱۰. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی (۱۳۶۴)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۱۱. طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی) (بی تا)، النهایه، بیروت: دارالکتب العربی، ج ۲.
۱۲. کرمی، جهانگیر (۱۳۷۵)، شورای امنیت سازمان ملل متحد و مداخله بشردوستانه، تهران: انتشارات وزارت امور خارجه.
۱۳. کعبی، عباس (۱۳۹۵)، تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر اصول قانون اساسی، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ج ۲.
۱۴. عمیدزنجانی، عباسعلی (۱۳۸۷)، کلیات حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات مجد.
۱۵. مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۸۳)، جنگ و جهاد در قرآن، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).
۱۶. مطهری، مرتضی (۱۳۹۰)، تعلیم و تربیت در اسلام، تهران: انتشارات صدرا.

۱۶. مطهری، مرتضی (۱۳۸۹)، مجموعه آثار شهید مطهری، تهران: انتشارات صدرا، ج ۱۵ و ۲۰ و ۲۴.
۱۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۶)، پیام قرآن، قم: دارالکتب اسلامی، ج ۴.
۱۸. مهرپور، حسین (۱۳۸۶)، حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات اطلاعات.
۱۹. نجفی، محمدحسن (۱۴۱۰ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: داراحیاء التراث العربی، ج ۲۱.
۲۰. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۴)، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران: انتشارات میزان.
۲۱. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۸)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات میزان، ج ۱.

## منابع لاتین

1. John Rawls (2001), *The Law of Peoples*, Massachusetts: Harvard University Press.
2. Rebecca. M. M. Wallace (1997), *International law*, London: Sweet and Maxwell.

## یادداشت‌ها

۱. از جمله در مواد ۶ و ۲۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی، ماده ۳۵۲ قانون آیین دادرسی کیفری، مواد ۹۶۰، ۹۷۵ و ۱۲۹۵ قانون مدنی، بند ۲ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی، ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و قانون سردفتران و دفتریاران، بند «و» ماده ۴ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، بند ۲ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی، ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی قانون انطباق امور اداری و فنی مؤسسات پزشکی با موازین شرع مقدس، ماده ۲۲۸ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران و... .
۲. از قبیل ماده ۶ قانون مدنی فرانسه، ماده ۱۹ قانون تعهدات سوییس و ماده ۳۳ قانون مدنی یونان.
۳. این مطلب به‌عنوان یک قاعده، مورد قبول صاحب‌نظران است که در هر مورد که نیکوکاری و عدالت



مقتضی داشته باشد، اولی از نظر اخلاقی و دومی از نظر قانون الزامی، ضرورت پیدا می‌کند (جعفری، ۱۳۹۰: ۱۸۵).

۴. برای مثال در آیه‌ی ۲۵ سوره‌ی حدید «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ» واژه‌ی قسط با واژه‌ی میزان و در آیه‌ی ۹ سوره‌ی الرحمن «وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ» کلمه‌ی قسط با واژه‌های میزان و وزن و در آیه ۱۵۲ سوره‌ی انعام «وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ»، واژه‌ی قسط با میزان و کیل همراه شده است.

#### 5. John Rawls

۶. اَنَا كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ (قمر: ۴۹).

۷. از جمله آیه‌ی ۸ سوره‌ی مائده، آیه ۹ سوره‌ی حجرات، آیه‌ی ۹۰ سوره‌ی نحل و آیه‌ی ۲۹ سوره‌ی اعراف.

۸. ماده‌ی ۵۰۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده).

۹. ماده‌ی ۵۰۱ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده).

۱۰. ماده‌ی ۴۹۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده).

۱۱. ماده‌ی ۵۰۵ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده).

۱۲. ماده‌ی ۵۰۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده).

۱۳. ماده‌ی ۵۱۱ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده).

۱۴. ماده‌ی ۵۱۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده).

۱۵. پرواضح است که در این صورت، رفتار واحد کافر حربی دارای دو عنوان مجرمانه‌ی حدی (تصریح قرآن به قتل حربی) و تعزیری (مواد مندرج در فصل اول کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی) خواهد بود و از باب تعدد معنوی، کافر حربی مطابق با ماده‌ی ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی به مجازات اشد محکوم خواهد شد.

## تحلیل اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبثنی بر ماهیت اموال عمومی

حامد کرمی<sup>\*۱</sup> داود محبی<sup>\*\*۲</sup>

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه شاهد

۲. استادیار دانشگاه قم

دریافت: ۱۳۹۷/۰۷/۲۳ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۹/۱۸

### چکیده

دانش حقوق عمومی به دنبال حمایت از منفعت عمومی است. یکی از مهم‌ترین مصادیق آن، اموال عمومی و حفاظت از این سرمایه‌ی ملی است. در بسیاری از نظام‌های حقوقی برای نگهداری از اموال عمومی ممنوعیت ارجاع اختلافات مربوط به آن را اعمال می‌کنند. هدف از این قاعده جلوگیری از تعیین تکلیف نسبت به اموال عمومی در روندهای غیرقضایی مانند داوری است. این قاعده در اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی به صورت نسبی پذیرفته شده است؛ بدین معنا که ارجاع این اختلافات با تأیید هیئت دولت یا مجلس شورای اسلامی امکان‌پذیر است. این اصل به دلیل ابهام در نگارش و عدم وضوح مبنا نزد نگارندگان، در مرحله اجرا با مشکلاتی مواجه شده است. منظور قانونگذار از اموال «عمومی و دولتی» و «موارد مهم داخلی» در این اصل چیست و صلاحیت هیئت دولت و مجلس در این موارد تا کجاست؟ این مقاله اصل مذکور را مبثنی بر دوگانگی اموال عمومی تحلیل می‌کند و معتقد است معیار اصلی در فهم این اصل «اموال عمومی» است، نه «اشخاص عمومی». این مقاله همچنین صلاحیت مجلس شورای اسلامی را تنها در موارد مهم داخلی به «اموال ملی» منحصر می‌داند.

واژگان کلیدی: اموال عمومی، اموال دولتی، داوری، حقوق ایران، قانون اساسی.

\* Email: hamed.karami@ut.ac.ir

نویسنده مسئول

\*\* Email: mohebbi.law82@yahoo.com

## مقدمه

اموال عمومی توسط اشخاص عمومی برای انجام وظایف و تعهدات آنها به کار گرفته می‌شود. از آنجا که برخی از اموال عمومی اهمیت بیشتری دارند، حقوق اداری و رای قواعد حقوق مدنی در زمینه اموال، قواعد خاصی را برای حمایت بیشتر از این اموال وضع کرده است. مهم‌ترین قاعده اصل غیرقابل واگذاری بودن است که سبب تقسیم‌بندی اموال عمومی به اموال ملی و اختصاصی شده است (کرمی، ۱۳۹۷: ۲۳). یکی دیگر از قواعد حاکم بر اموال عمومی «ممنوعیت ارجاع به داوری» اختلافات مربوط به این اموال است که در حقوق اداری اموال به رسمیت شناخته شده است. این قاعده با هدف حمایت از اموال عمومی، تصمیم‌گیری درباره‌ی اموال عمومی را در نتیجه‌ی اختلافات اشخاص عمومی با دیگران اصالتاً در صلاحیت مرجع قضایی می‌داند و سپردن سرنوشت این اموال را به طرق غیرقضایی، از جمله داوری، منع می‌کند. این قاعده در برخی کشورها به صورت مطلق اعمال می‌شود؛ یعنی اصولاً ارجاع به داوری توسط اشخاص عمومی در اختلافات مربوط به اموال عمومی ممنوع است. در برخی کشورها نیز اجرای این قاعده به صورت نسبی است، بدین معنا که با اخذ مجوز از مراجعی مانند هیئت دولت یا پارلمان، امکان رجوع به داوری وجود دارد.

در حقوق ایران منشأ این قاعده اصل ۱۳۹ قانون اساسی است و تقریباً پیش از آن مسبوق به سابقه نیست. این حکم در پیش‌نویس اولیه‌ی قانون اساسی و با الهام از نظام حقوقی فرانسه نگاشته شده است و در عمل در طول سال‌های اجرا همواره با مشکلاتی روبه‌رو بوده است. به نظر می‌رسد عمده‌ترین مشکل در این زمینه روشن نبودن مبنا و هدف این حکم نزد قانونگذار اساسی و بعد از آن دولت و مجلس است. این اموال در اختیار چه اشخاصی است؟ به عبارت دیگر اموال چه اشخاص عمومی‌ای مشمول این قاعده است؟ ممنوعیت ارجاع به داوری اموال عمومی زائیده‌ی دوگانگی حقوقی نظام فرانسه است که در دوگانگی اموال عمومی یعنی اموال ملی و اختصاصی اشخاص عمومی متبلور است. اصل ۱۳۹ قانون اساسی توسط نویسندگان مختلفی بررسی شده است؛ اما یکی از جنبه‌های مغفول این تتبع‌ها تحلیل مبتنی بر ماهیت اموال عمومی است. قانون اساسی در اصل مذکور تکلیفی برای مشخص کردن «موارد مهم» ارجاع به داوری بر عهده‌ی قانونگذار نهاده که تا به امروز به دلیل پیش‌گفته اقدامی در این زمینه صورت نگرفته است که خود به مشکلات اجرایی دامن می‌زند.

این تحقیق به دنبال تحلیل اصل ۱۳۹ قانون اساسی با تکیه‌ی بر ماهیت اموال عمومی است تا بتواند تفسیری مبنایی و کارآمد از این اصل ارائه دهد و منظور از «موارد مهم» و نیز صلاحیت هیئت دولت و مجلس را در این باره مشخص کند. از این رو ابتدا مفهوم اموال عمومی که در



اصل ۱۳۹ نیز بدان اشاره شده است تبیین می‌شود و در مرحله‌ی بعد، از این مسئله سخن گفته خواهد شد که اموال عمومی در اختیار چه اشخاص عمومی‌ای قرار می‌گیرد. در نهایت نیز اصل ۱۳۹ قانون اساسی بر اساس این تحلیل‌ها تفسیر خواهد شد.

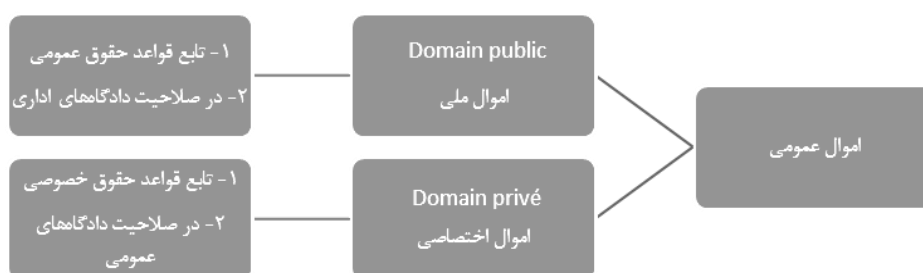
### ۱. اموال عمومی

اموال عمومی در حقوق اداری به مجموعه‌ی اموال دولت و سایر اشخاص عمومی اطلاق می‌شود. در این مجموعه‌ی اموال با دو دسته‌ی اموال «ملی و اختصاصی» با قواعد و ضوابط خاص مواجهیم که در اختیار اشخاص عمومی هستند. نظام حقوقی حاکم و دادگاه‌های صالح در زمینه‌ی هر کدام از این اموال متفاوت است. دسته‌ی اول تابع قواعد حقوق عمومی و اختلافات مربوط به آن در صلاحیت دادگاه‌های اداری است، در حالی که بر اموال دسته‌ی دوم قواعد حقوق خصوصی حاکم است و دادگاه‌های عمومی (قضایی) به اختلافات آن رسیدگی می‌کند (کریمی، ۱۳۹۳: ۳۹). این تمایز بنیادین میان اموال اشخاص عمومی مبتنی بر دوگانگی حقوقی فرانسه (عمومی - خصوصی) به وجود آمده است (Févrot, 2012: 841).

در واقع اشخاص عمومی در زمینه اموال دسته‌ی اول در موضع برتر قرار دارند، حال آنکه دسته‌ی دوم اموال آنها مانند سایر اشخاص خصوصی تابع قواعد مالکیت مدنی است. اموال دسته‌ی اول که عمدتاً اموال طبیعی و زیرساخت‌ها و ابنیه‌ی عمومی را شامل می‌شود، نیازمند حمایت ویژه‌ی قواعد حقوق عمومی است. نکته اشتراک این دو گروه از اموال این است که جزء اموال عمومی و تحت سلطه‌ی اشخاص عمومی هستند.

در حقوق ایران از دو اصطلاح «اموال عمومی و اموال دولتی» به‌عنوان برابر نهاد استفاده شده است. به این ترتیب اموال عمومی اموالی است که مورد استفاده عموم قرار می‌گیرد و اموال دولتی اموالی است که در اختیار دولت قرار دارد. به نظر می‌رسد این معادل‌سازی صحیح نباشد؛ چراکه هنگام صحبت از اموال اشخاص عمومی اصطلاح «اموال دولتی» برای اشخاص عمومی غیر از دولت (مانند مؤسسات عمومی غیردولتی) ناصحیح و غیردقیق است. البته در برخی از آثار حقوقی و نیز «قانون آیین‌نامه‌ی مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶» و «قانون تشکیلات و وظایف و انتخابات شوراهای و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵» از اصطلاح «اموال عمومی و اموال اختصاصی» استفاده شده است که به نظر در حقوق ایران قابل قبول است. در هر صورت این ترجمه و معادل‌سازی از حقوق فرانسه که در قوانین اساسی و عادی ایران صورت گرفته است جامع و دقیق نیست؛ چراکه اموال دولتی نیز عمومی هستند و از سوی دیگر اموال در اختیار اشخاص عمومی غیردولتی که در دسترس عموم نیستند نیز در چارچوب اصطلاح «اموال دولتی» نمی‌گنجد. از این رو دوگانگی «اموال ملی و اموال اختصاصی» برای

استفاده پیشنهاد می‌شود و در این پژوهش از آن استفاده خواهد شد. تصویر زیر نمایی کلی از اموال اشخاص عمومی ارائه می‌دهد.



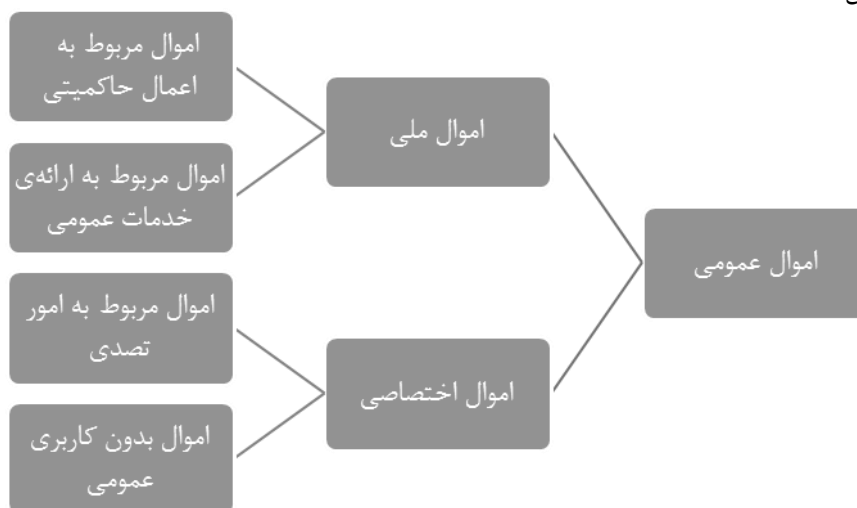
## ۲. مبنای تمایز میان اموال عمومی

تمایز بین اعمال حاکمیتی و تصدی اداره اصلی‌ترین مبنای نظری شکل‌گیری دوگانگی میان اموال اشخاص عمومی است. هرچند این تفکیک یادگار دوره‌ای است که حقوق اداری متکی به ایده‌ی «قدرت عمومی»<sup>۱</sup> بود، اما در دوره‌ی تفوق مفهوم «خدمات عمومی»<sup>۲</sup> نیز تمایز میان اموال اداره ادامه‌ی حیات داده است. فرای مباحث نظری، همواره اموالی اعم از طبیعی و مصنوع وجود داشته که با منافع جامعه ارتباط تنگاتنگ دارد و انتظار حمایت از آن از جانب دولت به‌عنوان قدرت برتر برای نفع‌رسانی به همه مطرح است. این ضرورت کارکردی فارغ از نوع فضای نظری حقوق اداری، تمایز میان اموال را استمرار بخشیده است. قواعد خاص حاکم بر اموال اداره یکی از اصلی‌ترین مظاهر «امتیازات قدرت عمومی» است.

حقوقدانان فرانسوی در ابتدای قرن نوزدهم با تفاسیر خود از قانون مدنی فرانسه، تمایز میان دو دسته اموال را به وجود آوردند. عامل اصلی پیدایش این دکترین احساس فزاینده نسبت به ضرورت پذیرش یک نظام مغایر از حقوق مدنی<sup>۳</sup> برای اموال ملی بود؛ نظامی که بتواند به صورت ویژه از این اموال در قالبی جدید حفاظت مؤثر کند. بنابراین اموال ملی از قلمرو حقوق مدنی خارج و تابع قواعد حقوق عمومی شد (مؤتمنی، ۱۳۹۰: ۳۰۵). تا پیش از آن به دلیل اینکه دولت را در قالب یک شخص مدنی (شخص حقوقی حقوق خصوصی) می‌دیدند، او را مالک خصوصی تمام اموال خود می‌پنداشتند، به این دلیل تمایزی میان اموال تحت اختیار دولت نبود؛ اما به مرور مفهوم شخصیت و مالکیت خصوصی پاسخگویی اقتضائات و شرایط خاص اموال ملی نبود. این اموال به دلیل اهمیت و جایگاه اقتصادی بالا، محتاج حمایت

و نظارت بیشتر دولت در راستای منافع عمومی بودند به همین سبب، این اموال تابع قواعد خاص حقوق عمومی قرار گرفتند و از سایر اموال دولت که تابع مالکیت خصوصی او بود متمایز شدند.

تمایز بین «اموال ملی» و «اموال اختصاصی» در دل اموال اداره از قرن نوزدهم مطرح شد (Gaudemet, 2014: 37). در اموال ملی یک نفع عام مطرح است، در حالی که در اموال اختصاصی، اداره به دنبال منافع خاص خود از جمله منافع اقتصادی و مالی است، نه منفعت عمومی. ضرورت حمایت از اموالی که منفعت عمومی را تأمین می‌کنند، باعث شکل‌گیری مفهوم اموال ملی شد که اداره از «امتیازات قدرت عمومی» برای حفاظت از آن بهره می‌برد (مؤتمنی، ۱۳۹۰: ۸).



### ۳. دارندگان اموال عمومی

مالکیت یک مال عمومی تنها توسط یک مجموعه‌ی عمومی امکان‌پذیر است. مالکیت عمومی اولین شرط مدیریت عمومی است. یک فرد یا به صورت عام یک شخص خصوصی، هرگز نمی‌تواند مالک یک مال عمومی باشد. هرچند، یک شخص عمومی می‌تواند مالک خصوصی باشد. هیچ تردیدی نسبت به امکان مالکیت «مجموعه‌های سرزمینی» مانند شهر و روستا بر یک مال ملی وجود ندارد. در مقابل، مدت‌ها درباره‌ی امکان مالکیت مؤسسات عمومی بحث و گفت‌وگو صورت گرفته و امروزه این امکان پذیرفته شده است. در گذشته اعتقاد بر این بود که مؤسسات عمومی تنها می‌توانند مالک اموال اختصاصی شوند. دلیل جدی بر این امر مطرح نشده است؛ اما برخی از حقوقدانان علت آن را ماهیت غیرسرزمینی آنها دانسته‌اند؛ چراکه از

گذشته همواره اراضی شاخص‌ترین مصداق اموال ملی بوده است. به تدریج به این نظریه، به‌ویژه درباره‌ی مؤسسات عمومی اداری، انتقاد و در نهایت منسوخ شد. از سال ۱۹۸۴ شورای دولتی فرانسه این امکان را به کلیه‌ی مؤسسات عمومی «چه صنعتی و چه بازرگانی» داده است (Mansuy, 1984: 347). در واقع مؤسسات عمومی هم به صورت غیرمستقیم وابسته به سرزمین هستند و در راستای منافع هریک از مجموعه‌های سرزمینی فعالیت می‌کنند. بنابراین انجام یک امر عمومی را بر عهده دارند. از دیگر سو، به دلیل اینکه مؤسسات دارای شخصیت حقوقی هستند، توانایی تملک این اموال را دارند و هیچ مانعی در این مسیر متصور نیست (Gaudemet, 2014: 176).

حال این مسئله مطرح می‌شود که در حقوق ایران با تمایزی که میان ملی و اختصاصی (اموال عمومی و اموال دولتی) داده شد، آیا اشخاص از نظر قانون می‌توانند مالک اموال ملی باشند یا خیر. اگر پاسخ مثبت است کدام اشخاص عمومی این ویژگی را دارند. البته نظام حقوقی ایران در زمینه‌ی شناخت اشخاص عمومی و به دنبال آن شناخت ماهیت اموال آنها دچار پیچیدگی و اضطراب فراوانی است. علی‌رغم این پیچیدگی ما به صورت کلی اشخاص عمومی را بررسی می‌کنیم و وارد مصادیق گمراه‌کننده نمی‌شویم. در ادامه اشخاص عمومی‌ای که در حقوق اداری ایران به رسمیت شناخته شده‌اند، اعم از نهادهای متمرکز و نهادهای غیرمتمرکز سرزمینی فنی، و نسبت آنها با اموال عمومی مورد مذاقه قرار می‌گیرد:

### ۱-۳. دولت (وزارتخانه‌ها و نهادهای وابسته که شخصیت حقوقی جدایی از دولت ندارند)

درباره‌ی شخصیت حقوقی دولت در قوانین تصریحی صورت نگرفته است و این مفهوم به‌عنوان امری بدیهی در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است. در زمینه‌ی وزارتخانه نیز در هیچ‌یک از قوانین دلیلی بر شخصیت مستقل از دولت وجود ندارد؛ بنابراین وزارتخانه‌ها اجزای شخصیت حقوقی واحد دولت به حساب می‌آیند. در این مسئله که دولت مالک اموال ملی می‌شود تردیدی وجود ندارد.

### ۲-۳. نهادهای عدم تمرکز سرزمینی

آنچه در حقوق فرانسه در زمینه عدم تمرکز سرزمینی اتفاق افتاده این است که مجموعه‌های انسانی ساکن در بخشی از سرزمین فرانسه مانند کمون، دپارتمان و رژیون دارای شخصیت حقوقی مستقل از دولت شده‌اند. شوراها و شهرداری ارکان این مجموعه‌ها محسوب می‌شوند. بنابراین اموال در اختیار شهرداری و شوراها متعلق به آن واحد سرزمینی است که شخصیت دارد، نه خود این ارکان.

در حقوق ایران این روند همراه با افت و خیز و ابهام است. قانون بلدیہ مصوب ۱۲۸۶ نخستین متن در این زمینه است. در ماده ۲ این قانون از اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهر سخن گفته است و در ماده ۳ دایره اقدامات بلدیہ را محدود به حدود شهر و اراضی متعلق به شهر می‌داند. در ماده ۴ اقدامات انجمن و اداره بلدیہ، از جمله بیع و شراء و هرگونه معاملات و مدعی و مدعی علیه واقع شدن، را از طرف و به اسم شهر برمی‌شمرد. در ماده ۷۰، قبول اعانات را به «اسم شهر» و توسط بلدیہ و انجمن شهر می‌داند. فضای کلی حاکم بر این قانون و عبارات آن دال بر شخصیت داشتن شهر است که توسط ارکان خود، یعنی انجمن شهر و بلدیہ، اداره می‌شود. شهر قابلیت تملک و پذیرش اموال را به‌عنوان اولین اثر شخصیت حقوقی دارد و اما ارکان آن به اسم و نام او اعمال حقوقی را انجام می‌دهند.

بند ۳ و ۸ ماده ۲۹ نظامنامه بلدیہ ۱۳۰۹ در چرخشی تاریخی به همان عبارات سابق، این بار اموال را متعلق به بلدیہ می‌نامد و هیچ سخنی از شهر و اموال آن به میان نمی‌آورد. قانون تشکیل شهرداری و انجمن شهرها و قصابات مصوب ۱۳۲۸ در بند ۱ ماده ۳۵ وظیفه انجمن را «نظارت در اداره کردن و حفظ سرمایه و دارایی نقدی و جنسی اموال منقول و غیرمنقول متعلقه به شهر یا قصبه و نگهداری حساب درآمد و هزینه شهر» می‌داند. این عبارات دلیلی بر پذیرش شخصیت حقوقی برای شهر و روستا است. از سویی، در این قانون انجمن شهر شخصیت حقوقی ندارد و شهرداری نماینده شخصیت حقوقی شهر در دعاوی است.

در قانون شهرداری ۱۳۳۴ از اموال متعلق به شهر و قصبه سخن به میان آمده و به شهرداری این اختیار داده شده است تا برای شهر اموالی را بخرد یا بفروشد (بند ۳ ماده ۴۵ و بند ۷ ماده ۵۴). فصل هفتم قانون آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶ به اموال شهرداری‌ها می‌پردازد و در ماده ۴۵ اموال در اختیار شهرداری‌ها را اعم از منقول و غیرمنقول بر دو نوع تقسیم می‌کند: «اموال اختصاصی و اموال عمومی؛ اموال اختصاصی شهرداری اموالی است که شهرداری حق تصرف مالکانه نسبت به آنها را دارد از قبیل اراضی و ابنیه و اثاثیه و نظائر آن. اموال عمومی شهرداری اموالی است که متعلق به شهر بوده و برای استفاده عموم اختصاص یافته است، مانند معابر عمومی، خیابان‌ها، میداين، پل‌ها، گورستان‌ها، سیل برگردان، مجاری آب و فاضلاب و متعلقات آنها، انهار عمومی، اشجار اعم از اشجاری که شهرداری یا اشخاص در معابر و میداين عمومی غرس نموده باشند، چمن‌کاری، گل‌کاری و امثال آن». همان‌طور که گذشت این قانون نیز از اموال متعلق به شهر سخن می‌گوید.

در قوانین مربوط به شوراها و شهرداری‌ها و نیز قانون تقسیمات کشوری که پس از انقلاب تصویب شده‌اند. بیانی مبنی بر دارا بودن شخصیت توسط شهر و روستا به‌عنوان مبنای

تقسیمات مطرح نشده است. قانون تشکیلات شوراهای کشوری ۱۳۶۱ در اقدامی بی سابقه شوراهای را واجد شخصیت حقوقی نموده و حق اقامه دعوی علیه اشخاص حقیقی و حقوقی و دفاع در مقابل دعاوی آنان را به او واگذار کرده است (ماده ۱۷). این قانون در ماده ۲۰، شوراهای را مالک اموال منقول و غیرمنقول با عنوان خود می داند. بند ص ماده ۶۸ این قانون، یکی از وظایف شورای روستا را نظارت بر حفظ و نگهداری تأسیسات عمومی و عمرانی و اموال و دارایی های روستا می داند. در بند ۴ ماده ۶۹ نیز وظیفه دهیار را همکاری در حفظ و نگهداری تأسیسات عمومی و عمرانی و اموال و دارایی های روستا تبیین می کند. بنابراین می توان گفت روستا را یک شخصیت حقوقی دارای اموال می داند، هرچند به شورای روستا هم شخصیت حقوقی داده است. در این قانون تصریحی از شخصیت حقوقی شهر وجود ندارد، بلکه در بند ۸ ماده ۷۱، اموال منقول و غیرمنقول شهرداری را ذکر کرده است. البته در بند ۳۰ از اموال عمومی و اختصاصی شهرداری یاد می کند که به قانون آیین نامه مالی شهرداری ها ۱۳۴۶ برمی گردد و بر این اساس باید شخصیت حقوقی شهر را به صورت ضمنی پذیرفت، هرچند شورای شهر شخصیت حقوقی دارد.

قانون وظایف و تشکیلات شوراهای و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ در ماده ۷۵ کلیه اموال منقول و غیرمنقول در اختیار شورای اسلامی شهر را برخلاف قانون ۱۳۶۱، متعلق به شهرداری می داند. همچنین برخلاف قانون ۱۳۶۱ عبارتی حاکی از شخصیت شورا بیان نمی کند. در بند ص ماده ۶۸ دوباره به اموال متعلق به روستا اذعان و در بند ۸ ماده ۷۱، شورا را موظف به نظارت بر اموال شهرداری می کند. در بند ۳۰ همین ماده دوباره از اموال عمومی و اختصاصی شهرداری صحبت می کند. بند ۱۴ ماده مذکور نیز انجام معاملات را به اسم شهر و شهرداری و در بند ۱۶ طرف دعاوی را شهرداری می داند.

سیر تحولات قانونی در این زمینه به گونه ای است که در ابتدا قانونگذار به شهر و روستا شخصیت حقوقی داده است و ارکان این دو مجموعه سرزمینی شخصیت مجزا نداشتند و تمامی اعمال حقوقی آنها به نام مجموعه سرزمینی بوده است؛ اما در نهایت، قانونگذار از این خواسته خود دست برمی دارد و در دوراهی رد یا استمرار شخصیت حقوقی شهر و روستا، این شخصیت را در کنار شخصیت دادن به شهرداری ها و شوراهای محلی حفظ می کند. به نظر می رسد این رویه ناشی از تجربیات عملی در عرصه عدم تمرکز است. در ابتدا روند عدم تمرکز رو به رشد بود؛ اما از زمانی این روند کند و حتی متوقف و به نوعی به عقب گرد تبدیل شد. شهرداران و شهرداری ها که بیشتر تحت تأثیر مقامات مرکزی بودند، عمده اختیارات را به نفع خود مصادر می کردند، تا جایی که مالکیت شهر تبدیل به مالکیت شهرداری شد.

در عمل از دهه‌ی چهل شمسی آیین‌نامه‌ی مالی شهرداری‌ها را باید به‌مثابه مبنایی خدشه‌ناپذیر پذیرفت و قوانین بعدی را در سایه آن تفسیر کرد. بر اساس قانون مذکور و قوانین بعدی در این موضوع و علی‌رغم فراز و نشیب‌های قانونی باید این نظریه را به‌عنوان جمع میان قوانین پذیرفت که شهر و روستا در جایگاه دو واحد مبنایی تقسیمات کشوری و تفویض اختیارات توسط قدرت مرکزی، شخصیت حقوقی دارند و از این رو دارای اموال عمومی خاص خود هستند. از سوی دیگر ارکان این دو مجموعه‌ی سرزمینی نیز شخصیت حقوقی مجزا دارند.

قانون فهرست مؤسسات عمومی غیردولتی مصوب ۱۳۷۳ به‌صراحت شهرداری‌ها را مؤسسه‌ی عمومی غیردولتی می‌داند. به نظر می‌رسد این مسئله در راستای عدم توجه یا نادیده گرفتن شخصیت حقوقی شهر است. این امر موجب شده که عدم تمرکز در ایران از الگوی فرانسوی خود تخطی کند. اصول حقوقی نیز بر این مسئله تکیه دارد که شهرداری‌ها و شوراهای محلی رابطه‌ای مانند حکومت با کشور داشته باشند و هر دو دارای شخصیت حقوقی واحد باشند. بر همین اساس در حقوق اداری فرانسه هنگام بیان مجموعه‌های سرزمینی، از دولت به معنای عام یا همان کشور (Estat) به‌عنوان اولین مصداق یاد می‌شود و پس از آن رژیون، دپارتمان و کمون مطرح می‌شود. در هر صورت باید اموال شهرداری‌ها و شوراهای نیز بر اساس معیارهایی که در گفتار گذشته مطرح شد، به اموال ملی و اموال اختصاصی تقسیم شود.

### ۳-۳. مؤسسات دولتی

مؤسسات دولتی یکی از انواع مؤسسات عمومی در ایران است که آخرین بار توسط ماده‌ی ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری تعریف شده است.<sup>۴</sup> این قانون تکلیف را درباره‌ی این مؤسسات به‌روشنی مشخص کرد و شخصیت حقوقی مجزا از دولت را برای آنها به رسمیت شناخت. منظور از استقلال حقوقی در ماده‌ی فوق همان شخصیت حقوقی است. پیش این قانون درباره‌ی شخصیت حقوقی مؤسسات دولتی تردیدهایی وجود داشت. بر اساس این قانون، این اشخاص باید در همه‌ی امور، از جمله امور مالی، مستقل از دولت عمل کنند؛ اما در عمل و دست‌کم در زمینه‌ی امور مالی هیچ تفاوتی میان وزارتخانه و مؤسسه دولتی نیست؛ یعنی اموال مؤسسه دولتی هم از آن دولت است و این مؤسسات نمی‌توانند مالک مالی شوند و صرفاً بهره‌بردار آن مال هستند. هر مال عمومی و دولتی‌ای که در اختیار این مؤسسات است، متعلق به دولت خواهد بود.

این رویه که مبتنی بر قانون محاسبات است، پس از تصویب قانون مدیریت خدمات نیاز به بازنگری دارد. ماده‌ی ۱۱۴ قانون محاسبات عمومی کلیه‌ی اموال غیرمنقول وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی را متعلق به دولت اعلام می‌دارد. آیین‌نامه‌ی اموال دولتی مصوب ۱۳۷۲ در

ماده‌ی ۲ «اموال دولت» را اموالی می‌داند که توسط وزارتخانه‌ها، مؤسسات یا شرکت‌های دولتی خریداری می‌شود یا به هر طریق قانونی دیگری به تملک دولت درآمده یا درمی‌آیند.

#### ۳-۴. شرکت دولتی

شرکت‌های دولتی زائیده‌ی دولت رفاهی است که با هدف کسب سود و درآمدزایی برای تأمین منابع خدمات عمومی و نیز شکستن انحصار در برخی از بازارها به وجود آمد. پویایی و سهولت ساختار و قواعد حاکم بر شرکت‌ها، دولت‌ها را به استفاده از این ابزار ترغیب کرد. بنابراین علی‌القاعده شرکت دولتی برای انجام امور تصدی دولت شکل گرفته است. ماده‌ی ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری شرکت دولتی را بنگاهی اقتصادی می‌داند که به موجب قانون برای انجام قسمتی از تصدی‌های دولت ایجاد شده و بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سرمایه و سهام آن متعلق به دولت است. برخلاف مؤسسات دولتی، قانون مذکور اشاره‌ای به واجد شخصیت حقوقی بودن شرکت دولتی نکرده است و صرفاً تشکیل آن را مانند وزارتخانه موکول به تصویب قانون کرده است.

ماده‌ی ۴ قانون محاسبات عمومی نیز شرکت دولتی را این‌گونه تعریف کرده است: «شرکت دولتی واحد سازمانی مشخصی است که با اجازه‌ی قانون به صورت شرکت ایجاد شود و یا به حکم قانون و یا دادگاه صالح ملی شده یا مصادره شده و به‌عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری شرکت‌های دولتی ایجاد شود، مادام که بیش از پنجاه درصد سهام آن متعلق به شرکت‌های دولتی است، شرکت دولتی تلقی می‌شود». از این رو شاید بتوان گفت این شرکت-ها شخصیت حقوقی ندارد؛ اما قانون تجارت که در زمینه شرکت‌ها حاکم است، این‌گونه تعیین تکلیف کرده است: «ماده‌ی ۵۸۷ - مؤسسات و تشکیلات دولتی و بلدی به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت دارای شخصیت حقوقی می‌شوند».

بنابراین شرکت‌های دولتی دارای شخصیت حقوقی و به تبعیت از آن دارای استقلال مالی هستند. مستفاد از مواد ۱۱۱ تا ۱۱۸ قانون محاسبات عمومی نیز این است که شرکت‌های دولتی می‌توانند مالک اموال خاص خود شوند. تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز نسبت به مالکیت شرکت دولتی اشعار دارد: «در مواردی که با حفظ مالکیت دولت (یا شرکت دولتی) بهره‌برداری بخشی از دستگاه ذی‌ربط به بخش غیردولتی واگذار گردد...». شورای نگهبان نیز در پاسخ به استفساریه‌ی وزیر جهاد کشاورزی در خصوص اصل ۱۳۹ قانون اساسی نظریه‌ی مشورتی را در جلسه‌ی مورخ ۷۲/۹/۱۷ انشاء نموده و اموال شرکت‌های دولتی را اعم از اموال دولتی و عمومی دانسته است: «اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی به



لحاظ صراحت و وضوح نیازی به تفسیر ندارد و اعضای شورای نگهبان به اتفاق آراء اصل مذکور را شامل اموال شرکت‌های دولتی نیز می‌دانند.

بنابراین اموال شرکت‌های دولتی را باید بر اساس معیارهای پیش‌گفته به اموال ملی و اختصاصی تقسیم کرد. ضرورت این مسئله از آنجا دو چندان می‌شود که شرکت‌های دولتی اموال فراوانی در اختیار دارند و بر اساس قواعد سهل‌گیرانه‌ی تجاری در آنها تصرف می‌نمایند و حتی برخی از آنها از امتیازات قدرت عمومی برخوردارند. به همین دلیل ماده‌ی ۸۶ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، شرکت‌های دولتی را نیز مشمول مقررات خود دانسته است. پس قواعد ناشی از قانون اخیر درباره‌ی اموال و مالکیت که پیش‌تر گفته شد بر این شرکت‌ها نیز حاکم است.

### ۵-۳. مؤسسات عمومی غیردولتی

این مؤسسات نمونه‌ی بارز عدم تمرکز فنی هستند که دولت مرکزی به آن تن می‌دهد. بر اساس ماده‌ی ۵ قانون محاسبات عمومی، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی از نظر این قانون، واحدهای سازمانی مشخصی هستند که با اجازه‌ی قانون به منظور انجام وظایف و خدماتی که جنبه‌ی عمومی دارد، تشکیل شده یا می‌شود. ماده‌ی ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز این اشخاص را تعریف کرده است: «واحد سازمانی مشخصی است که دارای استقلال حقوقی است و با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا می‌شود و بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) بودجه‌ی سالانه آن از محل منابع غیردولتی تأمین گردد و عهده‌دار وظایف و خدماتی است که جنبه‌ی عمومی دارد». به نظر می‌رسد تعریف اخیر جامع‌تر باشد و بتوان مصادیق بیشتری را تحت شمول این تعریف قرار داد. البته این تعریف نواقصی دارد که اکنون محل بحث نیست و بر همین اساس که شخصیت حقوقی این اشخاص پذیرفته شده است، می‌توان به توانایی مالکیت آنها اذعان کرد.

ماده‌ی ۱۱۳ قانون محاسبات و تبصره‌ی ۱ آن مؤید توانایی تملک مؤسسات عمومی غیردولتی به نام خود هستند.<sup>۵</sup> بر اساس تبصره‌ی ماده‌ی ۵ قانون محاسبات عمومی، فهرست این قبیل مؤسسات و نهادها با توجه به قوانین و مقررات مربوط، از طرف دولت پیشنهاد و به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید. این عمل با تصویب قانون فهرست مؤسسات عمومی غیردولتی در ۱۳۷۳ و اصلاحات بعدی آن صورت پذیرفت. البته بر اساس تعریف قانون مدیریت خدمات کشوری نباید تعداد این مؤسسات را محدود به قانون فهرست دانست.

این مؤسسات که از ارائه‌دهندگان بزرگ خدمات عمومی هستند، در عمل اموال گوناگونی را در اختیار دارند که باید آنها را در قالب مالکیت عمومی دید و بر اساس معیارها در قلمرو یکی

از اموال ملی و اختصاصی دانست؛ برای نمونه مقدمه و بند ۳ ماده ۲ لایحه قانونی اساسنامه‌ی بنیاد مستضعفان بیان می‌کند: «به منظور تمرکز اموال خاندان پهلوی و همه کسانی که با وابستگی به این خاندان ثروت‌های نامشروع به دست آورده‌اند و دادگاه انقلاب حکم استرداد اموال مزبور را صادر کرده و می‌کند و تملک آنها از طرف مستضعفان و به مصرف رساندن همه درآمدهای آن اموال در راه بهبود وضع زندگی و به‌خصوص مسکن آنان». بنابراین اموالی اعم از منقول، غیرمنقول، طبیعی و مصنوع در راستای ارائه‌ی خدمات عمومی در مالکیت آن است. همچنین بر اساس ماده ۳ قانون نحوه‌ی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، مالکیت مؤسسات عمومی غیردولتی در زمینه‌ی ارائه‌ی بخش‌هایی از خدمات عمومی پذیرفته شده است که بر اساس این، اموالی که در راستای خدمات عمومی در تملک آنها است اموال ملی محسوب می‌شود.

### ۶-۳. نظام‌های صنفی و حرفه‌ای

نظام‌های صنفی و حرفه‌ای اشخاصی حقوقی<sup>۶</sup> هستند که علاوه بر پیگیری حقوق صنفی خود، از طرف دولت وظیفه‌ی نظارت و نظم‌دهی به صاحبان مشاغل و حرف را بر عهده می‌گیرند. این اشخاص بر اساس معیارهای قانون مدیریت خدمات کشوری در قالب مؤسسه‌ی عمومی غیردولتی جای می‌گیرند؛ هرچند، این ماهیت توسط دیوان عدالت اداری برای ایشان به رسمیت شناخته نشده است. اعمال نظارت و نظم‌دهی یک عمل عمومی و حاکمیتی است که در راستای عدم تمرکز به این اشخاص واگذار شده است. هدف از تشکیل آنها نظارت بر بخش خصوصی از طریق خود آنها است که این خود مرتبه‌ای از مردم‌سالاری است. به این دلیل که ساختار، سرمایه و اموال این شخصیت‌ها از طریق اعضای صنف تهیه می‌شود، جزء اموال عمومی نیستند و از این رو آنها را از نهادهای واسطه‌ای جامعه مدنی دانسته‌اند. به تعبیری این نوع نهادها تابع یک نظام حقوقی مختلط هستند. انجام امور حاکمیتی و عمومی آنها تابع حقوق عمومی است و در مواردی از امتیازات قدرت عمومی بهره‌مندند؛ اما سایر امور ایشان، از جمله امور مالی آنها، تابع حقوق خصوصی است (مؤتمنی، ۱۳۹۰: ۱۶۱). در عمل هم نمونه‌ای مشاهده نشده است که اموال عمومی در تملک نظام‌های حرفه‌ای قرار گیرد. وزارت اقتصاد و دارایی به‌عنوان ناظر بر اموال دولت و اشخاص عمومی هیچ رابطه‌ی مستقیمی با این اشخاص ندارد. تصمیم‌گیری و نظارت بر اموال این نظامات بر عهده هیئت مدیره آنها است (برای مثال ماده ۲۲-۲۷ آیین‌نامه‌ی کانون وکلا و ماده ۱۳ قانون نظام پزشکی). البته متصور است دولت در قالب کمک، اموالی را در اختیار این اشخاص قرار دهد. ماده ۱۱۰ و ۱۲۰ قانون محاسبات این اختیار را به وزارتخانه‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی

داده است تا اموال منقول و غیرمنقول خود را به طور امانی در اختیار مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی قرار دهند. بنابراین این مؤسسات حق تصرفات مالکانه نسبت به اموال امانی مذکور را ندارند و باید نسبت به تصرفات خود در این اموال به نهادهای نظارتی پاسخگو باشند.

در یک نتیجه‌گیری کلی باید گفت در نظام حقوقی ایران، به‌جز مؤسسات دولتی، سایر اشخاص عمومی مجزای از دولت توانایی و اجازه تملک اموال ملی را دارند.

#### ۴. اصل داوری‌پذیر نبودن اموال اشخاص عمومی

امروزه رجوع به داور به‌عنوان یکی از شیوه‌های حل اختلاف غیرقضایی، گسترش فراوانی یافته است. استفاده از داوری در زمینه‌ی اموال عمومی تا پیش از اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران<sup>۷</sup> در حقوق ایران مسبوق به سابقه نبود و تابع قواعد عام داوری در حقوق خصوصی بود. این اصل به‌عنوان یک قاعده‌ی حمایتی، قواعد داوری را تحت تأثیر قرار داد و در سال‌های گذشته محل بحث‌های فراوان در زمینه‌ی اجرای آن شد. پیش از ورود به تحلیل این اصل، باید مبانی شکل‌گیری اصل ممنوعیت ارجاع به داوری در اموال عمومی را بررسی کرد.

#### ۴-۱. مبنای ممنوعیت ارجاع به داوری دعاوی اموال عمومی

سه دیدگاه عمده درباره‌ی ممنوعیت ارجاع به داوری اموال عمومی در حقوق اداری مطرح شده است:

##### ۴-۱-۱. تمایز میان اعمال حاکمیتی و تصدی اداره:

شکل‌گیری این اصل ریشه در دوره‌ای دارد که تمایز میان اعمال حاکمیتی و تصدی در حقوق اداری نظریه‌ی غالب بود. به همین دلیل ماده‌ی ۲۰۶۰ قانون مدنی فرانسه ممنوعیت ارجاع به داوری را پذیرفته، اما مؤسسات عمومی تجاری و صنعتی را از این مسئله منع کرده است؛ یعنی دعاوی مربوط به امور حاکمیتی از جمله دعاوی مربوط به اموال ملی قابلیت ارجاع به داوری را ندارند، در صورتی که اموال اختصاصی‌ای که در امور تصدی استفاده می‌شوند، داوری‌پذیرند.

مقتضیات اعمال تصدی مانند امور تجاری و صنعتی ایجاب می‌کند که به دور از تشریفات رسیدگی در دادگاه، این اختلافات در مسیر سهل و سریع داوری قرار گیرد. البته امروزه با تقویت نظریه‌ی مالکیت بر اموال ملی در فرانسه، برخی از اختلافات ناشی از این اموال هم قابل ارجاع به داوری شده است؛ مانند آیین‌نامه‌ی سال ۲۰۰۷ که در آن ارجاع به داوری درباره‌ی «امواج رادیویی» را به‌عنوان مال ملی تجویز کرده است (Gaudemet, 2014: 114). بر

اساس این، تنها دعاوی مربوط به اموال ملی قابلیت ارجاع به داوری ندارد و دعاوی اموال اختصاصی تابع قواعد عام داوری است.

#### ۲-۱-۴. حمایت از منفعت عمومی

طرفداران این دیدگاه معتقدند که به دلیل حمایت از اشخاص عمومی و اموال ایشان که حمایت از منافع عمومی را در پی دارد، دعاوی مربوط به کلیه اموال اشخاص عمومی، اعم از اموال ملی و اموال اختصاصی، قابل ارجاع به داوری نیست. هرچند بر این مبنا، ممنوعیت ارجاع به داوری توسط اشخاص عمومی در کلیه اختلافات با اشخاص خصوصی طرفدارانی دارد، اما این رویکرد در عمل باعث مشکلات فراوانی است؛ چراکه دست دولت را در همه‌ی زمینه‌ها می‌بندد و عملکرد آن را کند می‌کند و او مجبور است برای حل اختلاف پیرامون اموال نسبتاً کم‌اهمیت تن به مسیر پیچیده‌ی دادرسی دهد. به لحاظ نظری هم تمامی اموال عمومی درجه اهمیت یکسانی ندارند؛ بنابراین درجه‌ی حمایت از آنها نیز باید متفاوت باشد. بنابراین اگر مسئله‌ی داوری‌پذیر نبودن صرفاً به اموال ملی محدود شود، معقول‌تر و کارآمدتر است.

#### ۳-۱-۴. عدم مالکیت اشخاص عمومی بر اموال عمومی

این دیدگاه به نظریه‌ی نگهداری<sup>۸</sup> بازمی‌گردد، به این معنا که داوری‌پذیر نبودن اموال عمومی را به این دلیل می‌پذیریم که اشخاص عمومی مالک اموال ملی نیستند و صرفاً وظیفه‌ی نگهداری آنها را دارند. بنابراین نمی‌توانند دعاوی مربوط به آن را صلح نموده یا به داوری ارجاع دهند؛ چراکه کسی پای در مرحله‌ی داوری می‌گذارد که صلاحیت پذیرش هر نوع تصمیمی را داشته باشد. بنابراین اداره یا نمی‌تواند به داوری رجوع کند یا باید از مقنن اجازه‌ی این عمل را داشته باشد.

#### ۲-۴. داوری‌پذیر نبودن دعاوی مربوط به اموال اشخاص عمومی در حقوق

##### ایران

در حقوق ایران اصل ۱۳۹ قانون اساسی در زمینه‌ی مذکور مطرح است که محل تضارب و اختلاف آرا نیز بوده است. این اصل در پیش‌نویس اولیه‌ی قانون اساسی وجود داشته و به نظر می‌رسد متخذ از حقوق فرانسه است. هرچند در انتخاب واژگان متن دقت کافی صورت نگرفته است. سابقه‌ی تاریخی و ذهنیت منفی نسبت به نهادهای بین‌المللی باعث شده است تا به طور کلی دعاوی مربوط به اموال اشخاص عمومی در عرصه‌ی بین‌المللی قابل صلح و ارجاع به داوری نباشد. قوه‌ی مؤسس به دنبال حمایت از اموال عمومی به دلیل اهمیت بالای آنها است، به همین دلیل در این اصل تکیه‌ی اصلی بر «اموال» است، نه «اشخاص»؛ یعنی کلیه‌ی اموال «عمومی و دولتی» و رای اینکه در اختیار چه شخص عمومی‌ای است، مشمول اصل داوری‌پذیر نبودن است. البته اصل داوری‌پذیر نبودن در حقوق ایران قاعده‌ای مطلق محسوب نمی‌شود؛ چراکه دستگاه‌های اجرایی بدو نمی‌توانند اقدام به

صلح دعاوی یا ارجاع به داوری در زمینه‌ی این اموال نمایند؛ اما با تصویب هیئت دولت و در مواردی مجلس شورای اسلامی این امر امکانپذیر است.

در این اصل سخنی از اشخاص عمومی به میان نیامده است. پیش از این به تفصیل توضیح داده شد که در حقوق ایران به جز دولت، سایر اشخاص عمومی نیز می‌توانند مالک اموال ملی باشند. عدم اشاره به دارندگان این اموال و تکیه بر خود «اموال عمومی و دولتی» بیانگر اراده و فهم قانونگذار اساسی از مسئله است. بنابراین نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۷۲/۹/۱۷ به درستی اموال شرکت‌های دولتی را تابع حکم اصل مذکور دانسته است. ماده‌ی ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز به تکرار عبارات اصل ۱۳۹ قانون اساسی پرداخته و نکته‌ی جدیدی را بیان نموده است.

آنچه در تحلیل اصل ۱۳۹ قانون اساسی کمتر بررسی شده، منظور از «اموال عمومی و دولتی» است. فهم ما از این اموال زمانی اهمیت دو چندان پیدا می‌کند که بر اساس اصل مذکور در «موارد مهم داخلی» ارجاع به داوری و صلح دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد. بر اساس این، تمامی موارد ارجاع به داوری و صلح دعاوی باید توسط هیئت وزیران تصویب شود و به اطلاع مجلس برسد؛ اما دعاوی‌ای که طرف مقابل آن خارجی است و موارد مهم داخلی، الزاماً نیازمند مصوبه‌ی مجلس خواهد بود.

درباره‌ی صلاحیت هیئت دولت در این زمینه و نیز صلاحیت مجلس درباره‌ی دعاوی با طرف خارجی، تقریباً مشکل و ابهامی وجود ندارد. البته درباره‌ی اینکه منظور اصل، تصویب ارجاع به داوری یا تصویب گنجاندن شرط داوری در قراردادهای دولتی است، بحث‌های فراوانی صورت گرفته که موضوع پژوهش حاضر نیست. نقطه‌ی ابهام در این اصل منظور از «موارد مهم داخلی» است. چه مواردی را می‌توان مهم یا غیر مهم دانست؟ معیار و ضابطه‌ی این تفکیک چیست؟ اثر مهم این تمایز این است که مشخص شود چه مواردی نیازمند تصویب مجلس است. در اصل ۱۳۹ ضابطه‌ای برای تفکیک مطرح نشده است و قانون اساسی نیز برای تبیین آن به قانون عادی ارجاع داده است. در قوانین و مقررات نیز تصریح مشخصی در این باره وجود ندارد. شاید بتوان ادعا کرد هم دولت و هم مجلس درگیر این قید نبوده‌اند یا اگر بدان التفات داشته‌اند به دلیل نبود معیار مشخصی برای تمایز موارد مهم و غیرمهم از آن چشم‌پوشی کرده‌اند. به نظر می‌رسد معیار تفکیک موارد مهم را باید در ماهیت اموال عمومی و دولتی جست؛ وگرنه شخص عمومی طرف دعوا معیار مناسب و دقیقی نخواهد بود، به همین دلیل قانونگذار اساسی نیز بدان اشاره و تأکیدی نکرده است. آیا اموال عمومی و دولتی دو عنوان و مفهوم مجزا هستند (دوگانگی) یا هر دو در یک معنا و

برای تأکید با دو لفظ مطرح شده‌اند (یگانگی)؟ با هریک از این دیدگاه‌ها می‌توان اصل ۱۳۹ قانون اساسی را تحلیل کرد:

#### ۱-۲-۴. تحلیل اصل ۱۳۹ مبتنی بر دوگانگی اموال اشخاص عمومی

اگر اموال عمومی و دولتی را کلیه‌ی اموال تحت تصرف اشخاص عمومی بدانیم، یعنی اموال ملی و اموال اختصاصی دولت و اشخاص عمومی، پس دعاوی مربوط، به هیچ‌یک از اموال اشخاص عمومی قابل صلح و ارجاع به داوری نیست و به تصویب هیئت دولت و اطلاع مجلس و در موارد خارجی و مهم داخلی به تصویب مجلس احتیاج دارد. در این معنا، مبنای اول یعنی حمایت از اموال اشخاص عمومی (منفعت عمومی) را باید تقویت کرد. البته چون همه‌ی اموال در یک سطح از اهمیت نیستند، مجوز ارجاع به داوری در مواردی توسط هیئت وزیران و در موارد مهم با مجلس است. در این خوانش، منظور قانونی اساسی از اموال عمومی و دولتی همان اموال ملی و اختصاصی است و این اصطلاح درست به کار رفته است. قانون اساسی به دنبال حمایت از کلیه‌ی اموال اعم از عمومی و دولتی است که یکی از دلایل این مسئله بدینی به طرف‌های خارجی و وادادگی دولت‌ها در تاریخ اخیر ایران است. از این رو «موارد مهم داخلی» را باید اموال ملی به شمار آورد که ارجاع به داوری آن نیازمند تأیید مجلس است. اموال اختصاصی صرفاً مصوبه‌ی هیئت دولت و مطلع بودن مجلس را نیاز دارد. در این اصل به صراحت مفاهیم دوگانه‌ی اموال عمومی و دولتی آمده است؛ اما در مشروح مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی بیانی مبنی بر تمایز میان اموال عمومی و دولتی ذکر نشده و حتی به نوعی مترادف با یکدیگر به کار رفته است.

برای تکمیل و تبیین بیشتر این معیار می‌توان از مفاد اصل ۸۳ قانون اساسی و مواد ۲۴ تا ۲۷ قانون مدنی و تبصره‌ی ماده‌ی ۱۱۲ و ماده‌ی ۱۱۵<sup>۹</sup> قانون محاسبات عمومی استفاده و اموال منقول و غیرمنقول ملی‌ای که غیرقابل واگذاری هستند و ارجاع دعاوی آنها به داوری در موارد داخلی نیازمند تصویب مجلس است را شناسایی کرد. آخرین قانونی که در این زمینه می‌تواند استفاده شود، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، مصوب ۱۳۸۶ است که در راستای سیاست‌های کلی ابلاغی از طرف مقام رهبری و در راستای اجرای اصل مذکور تدوین شده است. ماده‌ی ۱۰۲ این قانون، گروهی از فعالیت‌ها را به صورت انحصاری در اختیار دولت می‌داند؛ به تعبیر دیگر، ارائه‌ی خدمات عمومی در این بخش‌ها را مستقیماً و منحصراً در صلاحیت دولت می‌داند؛ لذا بر اساس معیار پیش‌گفته، اموال مربوط به انجام امور حاکمیتی و اموالی که به ارائه‌ی خدمات عمومی اختصاص یافته‌اند، جزء اموال ملی به حساب می‌آیند.

## ۲-۲-۴. تحلیل اصل ۱۳۹ قانون اساسی مبتنی بر یگانگی اموال اشخاص

### عمومی

نگاه دوم این گونه می‌تواند باشد که منظور قانونگذار اساسی را از «اموال عمومی و دولتی»، اموال ملی بدانیم. به عبارت دیگر در اینجا واژه‌ی دولتی دارای معنای مستقل نیست؛ بلکه در تبیین و توضیح اموال عمومی ذکر شده است. حتی می‌توانیم استفاده از این عبارات را معادل‌سازی ناصحیح و ترجمه‌ی غلط از حقوق فرانسه بدانیم. در این صورت، منظور از اموال عمومی و دولتی صرفاً اموال ملی است و اموال اختصاصی اشخاص عمومی را در بر نمی‌گیرد؛ یعنی دستگاه‌های اجرایی رأساً در زمینه‌ی اموال اختصاصی می‌توانند به داوری یا صلح دعاوی مبادرت ورزند؛ اما در زمینه‌ی اموال ملی باید به حکم اصل مذکور پایبند باشند.

با این دیدگاه برای تبیین معیار «موارد مهم داخلی» می‌توان به تفکیک میان اموال طبیعی و مصنوع در دل اموال ملی تمسک جست. به تعبیری به دلیل اهمیت اموال طبیعی ملی که ثروت ملی کشور محسوب می‌شوند، اختیار تصمیم‌گیری در زمینه‌ی صلح یا ارجاع به داوری دعاوی آن را در صلاح‌دید مجلس شورای اسلامی بدانیم. با توجه به اقتباس این مفهوم از حقوق فرانسه، این نگاه دور از ذهن نیست و در تأیید آن می‌توان به تمایز اعمال حاکمیتی و تصدی و اموال متعلق به این اعمال استناد کرد که در حقوق فرانسه معیار داوری‌پذیری است. بر اساس توجیه نظریه‌ی نگهداری نیز چون دولت و اشخاص عمومی بر اموال ملی مالکیت ندارند، نمی‌توانند دعاوی آنها را صلح کنند یا به داوری ارجاع دهند. از سوی دیگر، چون بر اموال اختصاصی خود مالکیت دارند و حق واگذاری آن را مانند اشخاص خصوصی دارند می‌توانند دعاوی مربوط به آن را صلح نموده یا به داوری بسپارند. پیش‌تر گفته شد که ماهیت امور اقتصادی با داوری همخوان‌تر است، هرچند طرف دیگر ماجرا حفظ منافع عمومی و جلوگیری از سوءاستفاده‌ی مستخدمان عمومی از اختیار صلح دعاوی یا ارجاع به داوری است. با این تفصیل و برای تأمین مبانی سه‌گانه‌ی مذکور و بر اساس منطوق اصل ۱۳۹ به نظر می‌رسد باید قائل به تفصیل شد. هرچند فلسفه‌ی حمایتی از کلیه‌ی اموال عمومی بسیار مهم است اما افراط در آن عملاً دولت را دچار مشکل می‌کند. پس باید به دنبال راه‌حلی میانه در بین مبانی مذکور بود.

هرچند بازنگری در متن این اصل در اولویت است، اما در شرایط فعلی می‌توان با تفسیری درست از این اصل شرایط اجرای هدف قانونگذار اساسی را تأمین کرد.

### نتیجه‌گیری

داوری‌پذیر نبودن اموال عمومی یکی از قواعد حمایتی حقوق عمومی از این اموال است که آن را از اموال خصوصی متمایز می‌سازد. این قاعده به صورتی غیردقیق در اصل ۱۳۹ قانون

اساسی وارد نظام حقوقی ما شده است. سابقه‌ی این قاعده در دنیا به تمایز میان اعمال حاکمیتی و تصدی اشخاص عمومی برمی‌گردد که خود منجر به تفکیک اموال ملی و اموال اختصاصی شده است. اموال ملی به دلیل اهمیت بیشترشان نیاز به حمایت بیشتر دارند و دعاوی مربوط به آنها قابل واگذاری به داوری نیست؛ چراکه منفعت عمومی را نمی‌توان به یک روند غیرقضایی وا نهاد. در اموال اختصاصی که دولت پیگیر امور تصدی و منفعت خود است، بر مبنای ماهیت امور تجاری و اقتصادی، دولت می‌تواند اختلافات مربوط به این اموال را به داوری بسپارد.

عدم رعایت مبنای این حکم در اصل مذکور موجب ابهام در متن و سردرگمی در اجرای آن شده است. با توجه به تکلیف قانون اساسی در انتهای اصل ۱۳۹ تا کنون قانونی برای تبیین مفهوم «موارد مهم داخلی» به تصویب مجلس نرسیده است و عملکرد دولت و مجلس در این زمینه محل پرسش و ابهام است. بنابراین ضرورت پر کردن خلأ قانون مذکور بسیار حس می‌شود؛ چراکه مرتبط با سرمایه و ثروت ملی کشور است. تا پیش از تدوین قانون در این باره، می‌توان تفسیری مبنایی با تکیه‌ی بر الزامات اجرایی آن ارائه نمود تا راهگشا باشد. در این نوشتار دو تفسیر عمده از اصل مذکور ارائه شد که برگزیدن هر یک متکی به ضوابطی مانند اصول حکمرانی خوب است. واگذاری اختیارات به دستگاه‌های اجرایی در زمینه‌ی اموال عمومی نیازمند بسترسازی‌های قانونی و مدیریتی فراوانی است تا منجر به سوءاستفاده و حیف و میل اموال عمومی نشود.

## منابع

۱. جلالی، محمد و حامد کرمی (۱۳۹۳)، «تمایز میان اموال اشخاص عمومی در حقوق فرانسه»، نشریه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، شماره ۲، دوره ۵ پاییز و زمستان.
- سعدی، حسینعلی (۱۳۸۸)، بررسی انفال در عصر غیبت با تکیه بر مسائل مستحدث، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۲. طاهری، مسعود و محمدعلی انصاری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران: محراب فکر، ج ۳.
۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، اموال و مالکیت، تهران: میزان.
۴. کرمی، حامد (۱۳۹۷)، حقوق اداری اموال، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵. کرمی، حامد (۱۳۹۵) «راهکارهای حمایت حقوقی از اموال عمومی»، نشریه‌ی دانش حقوق عمومی، شماره ۱۶، دوره ۵ زمستان.
۶. کنعانی، محمدطاهر (۱۳۸۷)، تملک اموال عمومی و مباحث، تهران: میزان.



۷. مشروح مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی (۱۳۶۴)، تهران: اداره کل فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۸. مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۰)، حقوق اداری، تهران: سمت.
9. Debbasch, C. (1999), *Droit administratif des biens*, Paris: PUF.
10. Févrot, O. (2012), *Définition du domaine public et dualisme juridictionnel*, AJDA,
11. Gaudemet, Y. (2002), *Droit administratif des biens*, Paris: L.G.D.J.
12. Gaudemet, Y. (2014), *Traite de Droit Administratif*, Paris: L.G.D.J.
13. Guettier, C. (2008), *Droit administratif des biens*, Paris: PUF.
14. Linotte, D. (2012), *Droit public économique*, Paris: lexisnexis. Private Law, vol. 3, Tehran: Mehrab-e- Fekr pub.

## یادداشت‌ها

1. Puissance publique.
2. Service publique.
3. Exorbitante de droit civil.

۴. ماده‌ی ۲: «واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد شده یا می‌شود و با داشتن استقلال حقوقی، بخشی از وظایف و اموری را که بر عهده یکی از قوای سه‌گانه و سایر مراجع قانونی می‌باشد انجام می‌دهد».

۵. ماده‌ی ۱۱۳ - کلیه اموال و دارایی‌های منقول و غیر منقولی که از محل اعتبارات طرح‌های عمرانی (سرمایه‌گذاری ثابت) برای اجرای طرح‌های مزبور خریداری و یا بر اثر اجرای این طرح‌ها ایجاد و یا تملک می‌شود اعم از اینکه دستگاه اجرایی طرح، وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی و یا مؤسسه و نهاد عمومی غیر دولتی باشد تا زمانی که اجرای طرح‌های مربوط خاتمه نیافته است متعلق به دولت است و حفظ و حراست آنها با دستگاه‌های اجرایی ذریبط می‌باشد و در صورتی که از اموال مذکور برای ادامه عملیات طرح رفع نیاز شود واگذاری عین و یا حق استفاده از آنها به سایر دستگاه‌های دولتی و همچنین فروش آنها تابع مقررات فصل پنجم این قانون خواهد بود و وجوه حاصل از فروش باید به حساب درآمد عمومی کشور واریز گردد. تبصره‌ی ۱ - اموال منقول و غیر منقول موضوع این ماده پس از خاتمه‌ی اجرای طرح‌های مربوط در مورد طرح‌هایی که توسط وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی اجرا می‌شود کماکان متعلق به دولت خواهد بود و در مورد طرح‌هایی که مجری آنها شرکت‌های دولتی یا نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی هستند به حساب اموال و دارایی‌های دستگاه مسئول بهره‌برداری طرح منظور خواهد شد.

۶. در زمینه شخصیت حقوقی نظامات حرفه‌ای برای نمونه موارد زیر را درباره‌ی کانون وکلا بنگرید: قانون وکالت ۱۳۱۴ماده‌ی ۱۷ - کانون وکلاء مؤسسه‌ای است ملی و دارای شخصیت حقوقی از حیث نظامات تابع وزارت عدلیه و از نظر عواید و مخارج مستقل می‌باشد.



قانون وکالت ۱۳۱۵ ماده ۱۸ - کانون وکلاء مؤسسه‌ای است دارای شخصیت حقوقی از حیث نظامات تابع وزارت عدلیه و از نظر عوائد و مخارج مستقل می‌باشد.

قانون لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری ۱۳۳۳ ماده ۱ - کانون وکلای دادگستری مؤسسه‌ای است مستقل و دارای شخصیت حقوقی که در مقر هر دادگاه استان تشکیل می‌شود.

۷. اصل یکصد و سی و نهم: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند».

۸. بر اساس نظریه‌ی نگهداری اشخاص عمومی من جمله دولت مالک اموال ملی نیستند؛ بلکه مالکیت این اموال از آن ملت است و دولت صرفاً وظیفه نگهداری و اداره آن را دارد. این دیدگاه تا اواخر قرن پیش نظریه‌ی غالب در حقوق فرانسه بوده است؛ اما امروزه نظریه‌ی مالکیت اشخاص عمومی بر اموال ملی پذیرفته و اجرا می‌شود. قانون «مالکیت اشخاص عمومی» فرانسه مصوب سال ۲۰۰۶ میلادی به وضوح از این دیدگاه تبعیت می‌کند.

۹. «اموال منقولی که فروش آنها به موجب قانون ممنوع می‌باشد، از شمول این ماده مستثنی می‌باشد»؛ اما در ماده‌ی ۱۱۵ برای اموال غیرمنقول غیرقابل واگذاری مصادیقی را بیان کرده است: «فروش اموال غیر منقول وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی که مازاد بر نیاز تشخیص داده می‌شود به استثنای اموال غیرمنقول مشروحه زیر: ۱ - اموال غیر منقولی که از نفایس ملی باشد.

۲ - تأسیسات و استحکامات نظامی و کارخانجات اسلحه و مهمات‌سازی.

۳ - آثار و بناهای تاریخی.

۴ - اموال غیر منقول که در رابطه با مصالح و منافع ملی در تصرف دولت باشد.

۱۰. گروه سه - فعالیت‌ها، مؤسسات و شرکت‌های مشمول این گروه عبارت‌اند از:

(۱) شبکه‌های مادر مخابراتی و امور واگذاری بسامد (فرکانس)،

(۲) شبکه‌های اصلی تجزیه و مبادلات و مدیریت توزیع خدمات پایه‌ی پستی،

(۳) تولیدات محرمانه یا ضروری نظامی، انتظامی و امنیتی به تشخیص فرماندهی کل نیروهای مسلح،

(۴) شرکت ملی نفت ایران و شرکت‌های استخراج و تولید نفت خام و گاز،

(۵) معادن نفت و گاز،

(۶) بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بانک ملی ایران، بانک سپه، بانک صنعت و معدن، بانک توسعه صادرات، بانک کشاورزی، بانک مسکن و بانک توسعه تعاون،

(۷) بیمه مرکزی و شرکت بیمه ایران،

(۸) شبکه‌های اصلی انتقال برق،

(۹) سازمان هواپیمایی کشوری و سازمان بنادر و کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران،

(۱۰) سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی،

(۱۱) رادیو و تلویزیون.

مطابق بند ج ماده‌ی ۳ سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در فعالیت‌ها و بنگاه‌های مشمول گروه سه ماده‌ی ۲ این قانون منحصراً در اختیار دولت است. تبصره‌ی یک بند ج این مالکیت را به صورت صددرصدی بیان می‌کند و امکان مشارکت بخش غیردولتی را رد می‌سازد: «خرید خدمات مالی، فنی، مهندسی و مدیریتی از بنگاه‌های

بخش‌های غیردولتی در فعالیتهای گروه سه ماده‌ی ۲ این قانون به شرط حفظ مالکیت صددرصد (۱۰۰٪) دولت طبق آیین‌نامه‌ای که ظرف مدت شش‌ماه به پیشنهاد وزارت امور اقتصادی و دارایی با هماهنگی دستگاه‌های ذی‌ربط به تصویب هیئت وزیران می‌رسد، مجاز است.»

## تأملی بر آثار صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه در پرتو بازشناسی این صلاحیت در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری

خیرالله پروین،<sup>۱\*</sup> حسین آینه نگینی<sup>۲\*\*</sup>

۱. استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه تهران

دریافت: ۱۳۹۷/۰۷/۱۳ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۰۲

### چکیده

همچنان‌که مراعات دقایق علمی - تخصصی در پیش‌بینی یک صلاحیت در نظام حقوقی اهمیت والایی دارد، توجه به اصول تخصصی در طراحی شیوه‌ی ظهور و بروز و پیاده‌سازی این صلاحیت نیز از اهمیتی مضاعف برخوردار است. نظام حقوقی ایران در کنار صلاحیت‌های متعدد اداری و اجرایی، صلاحیت قضایی را نیز برای رئیس قوه‌ی قضائیه پیش‌بینی کرده است. بر مبنای عبارت صدر چکیده، هدف در این مقاله آن است که بر مبنای اراده‌ی اخیر قانونگذار (قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری)، ضمن تبیین جهت‌گیری قانونگذار در تشریح صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه، آثار این صلاحیت را در نظم حقوقی ایران تبیین کنیم. بررسی‌های انجام شده نشان داد که از یک سو جهت‌گیری قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در این زمینه نه تنها گامی به سوی مطلوب‌سازی این موضوع محسوب نمی‌شود، بلکه در بخش وسیعی از این موضوع گامی مغایر اصول و قواعد حقوقی در این زمینه بوده است. از سوی دیگر شیوه‌ی پیش‌بینی شده برای ظهور و بروز صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه در نظم حقوقی ایران، نه تنها با اصول حقوقی‌ای مانند قاعده‌ی اعتبار امر مختوم و استقلال قاضی همخوانی ندارد، بلکه با توجه به حجم وسیع پرونده‌های قوه‌ی قضائیه با مصلحت قضایی کشور نیز هماهنگ نیست.

**واژگان کلیدی:** رئیس قوه‌ی قضائیه، صلاحیت قضایی، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، آثار صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه، خلاف بین شرع، استقلال قاضی.

\* Email: khparvin@yahoo.com

نویسنده مسئول

\*\* Email: hosseinayene69@gmail.com

### مقدمه

مبتنی بر منطوق اصل ۱۵۷ قانون اساسی، نظام حقوقی ایران در کنار صلاحیت‌های اداری و اجرایی رئیس قوه قضائیه، صلاحیت‌های متعدد قضایی نیز برای این مقام ترسیم کرده است.<sup>۱</sup> با پیش‌بینی صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه در قانون اساسی، در سیر تاریخی تصویب قوانین عادی صلاحیت قضایی این مقام در قوانین و مقررات مختلفی تبیین و تشریح شده است. برخی از مهم‌ترین متون قانونی راجع به این صلاحیت رئیس قوه قضائیه عبارت‌اند از:

- قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۸ مجلس شورای اسلامی: این قانون ضمن مجری دانستن قانون اختیارات و وظایف رئیس قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۹، در ماده ۲ به صراحت ریاست قوه قضائیه را مقامی قضایی معرفی می‌کرد.<sup>۲</sup> قانون یاد شده ضمن قرار دادن این جایگاه برای رئیس قوه قضائیه، در ادامه‌ی ماده مقرر کرده بود «هرگاه رئیس قوه قضائیه ضمن بازرسی، رأی دادگاهی را خلاف بیّن شرع تشخیص دهد، آن را جهت رسیدگی به مرجع صالح ارجاع خواهد داد».<sup>۳</sup>
- قانون اصلاح ماده ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مصوب ۱۳۸۵/۱۰/۲۴ مجلس شورای اسلامی: مفاد این قانون صلاحیت اعاده آرای که از سوی رئیس قوه قضائیه خلاف بیّن شرع شناخته می‌شود را در صلاحیت رئیس قوه قضائیه قرار داده است.<sup>۴</sup>
- ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری<sup>۵</sup> مصوب ۱۳۹۲: در این ماده‌ی قانونی نیز مقنن صلاحیت اعاده‌ی دادرسی آرای قطعی، که از سوی رئیس قوه قضائیه مغایر شرع بیّن تشخیص داده شود، را در صلاحیت رئیس قوه قضائیه تعریف کرده است.

توجه به مستندات یاد شده و دیگر متون قانونی راجع به صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه حاکی از این است که در بعد ماهوی صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه، محدود به اعلام مغایرت آرای قطعی محاکم با شرع بوده و در بُعد شکلی نیز این مقام صرفاً صلاحیت اعاده‌ی آرای صادره به منظور رسیدگی مجدد را داشته است. در ادامه‌ی سیر تبیین صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه در قوانین عادی، این موضوع در سال ۱۳۹۲ در برخی مواد قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری<sup>۶</sup> ظهور و بروز یافت. با این توضیح که در نگاه اول به مواد درباره‌ی این موضوع در این قانون، این‌گونه به نظر می‌رسد که در قانون اخیرالذکر نه‌تنها این صلاحیت رئیس قوه قضائیه در بُعد ماهوی متحول شده، بلکه از دیدگاه برخی صاحب‌نظران بُعد شکلی این صلاحیت رئیس قوه قضائیه نیز در این قانون متحول شده و در برخی فروض صلاحیت رئیس قوه قضائیه

محدود به اعاده آرا به منظور رسیدگی مجدد نبوده و این مقام صلاحیت تبیین رأی صحیح در این موضوعات را نیز یافته است.

بر اساس این، ضرورت را آن یافتیم تا در این مقاله با شیوهی توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسناد موجود، ضمن بررسی و تبیین ابعاد صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه در این قانون، در پرتو این تحولات، به این سؤالات بپردازیم: آثار صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه در نظام حقوقی ایران چیست؟ آیا مفاد قانون یاد شده در جهت مطلوب - سازی شیوهی ظهور و بروز شأن قضایی رئیس قوه قضائیه در نظم حقوقی ایران گام برداشته است؟ در پاسخ به این پرسش‌ها، تبادر اولیه به ذهن آن است که با توجه به مفاد قوانین و مقررات سابق درباره‌ی این موضوع، شیوهی عملیاتی کردن این صلاحیت رئیس قوه قضائیه با برخی اصول دادرسی چون اصل استقلال قاضی هماهنگ نیست.

در مقاله‌ی حاضر تلاش بر آن است تا مبتنی بر شناسایی و تبیین صلاحیت‌های قضایی رئیس قوه قضائیه در قانون دیوان، آثار این صلاحیت در نظم حقوقی ایران تبیین شود. عمده پژوهش‌های انجام شده راجع به این موضوع به تشریح ابعاد صلاحیت رئیس قوه قضائیه مبتنی بر ماده‌ی ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری (قانون اصلاح ماده‌ی ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مصوب ۱۳۸۵/۱۰/۲۴ مجلس شورای اسلامی) پرداخته‌اند. بنابراین جنبه‌ی نوآورانه‌ی این پژوهش آن است که نویسندگان تلاش خواهند کرد تا مبتنی بر تبیین صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه در قانون دیوان، آثار شیوهی ظهور و بروز این صلاحیت رئیس قوه قضائیه در نظام حقوقی ایران را بررسی کنند.

برای پاسخ به سؤالات یاد شده در این مقاله ابتدا ابعاد صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه در قانون دیوان و در ادامه مبتنی بر یافته‌ها، آثار شیوهی ظهور و بروز این صلاحیت رئیس قوه قضائیه در نظم حقوقی ایران را بررسی خواهیم کرد تا از این رهگذر جهت‌گیری نظام حقوقی ایران را در این موضوع تبیین کنیم.

### ۱. تبیین صلاحیت‌های قضایی رئیس قوه قضائیه در قانون دیوان

فارغ از صلاحیت‌های متعدد اداری و سازمانی<sup>۷</sup> پیش‌بینی شده برای رئیس قوه قضائیه در قانون دیوان، در این قانون صلاحیت‌های متعدد با ماهیت قضایی نیز برای این مقام پیش‌بینی شده است. با توجه به اینکه بخشی از صلاحیت قضایی پیش‌بینی شده برای رئیس قوه قضائیه در این قانون مربوط به شعب دیوان و بخشی دیگر مربوط به هیئت عمومی است، در ادامه در دو بند به تفکیک این موضوع را بررسی می‌کنیم.

## ۱-۱. صلاحیت قضایی رئیس قوهی قضائیه دربارهی آرای شعب دیوان عدالت

### اداری

مستند به مادهی ۲ قانون دیوان، شعب دیوان مرکب از شعب بدوی و تجدید نظر هستند. مادهی ۶۵ این قانون نیز مقرر کرده است که همهی آرای شعب بدوی قابل تجدید نظرخواهی در شعب تجدید نظر تجدید نظرند. با رسیدگی به اعتراض از آرای صادره از شعب بدوی در شعب تجدید نظر، حکم موضوع قطعیت یافته و لازم‌الاجرا خواهد بود. علاوه بر این، هرگاه در مدت تعیین شده (دربارهی افراد مقیم ایران ظرف بیست روز و افراد مقیم خارج از کشور ظرف دو ماه) نسبت به آرای شعب بدوی تجدید نظرخواهی صورت نگیرد، این آرا نیز قطعیت یافته، لازم‌الاجرا می‌شوند.

مادهی ۷۹ قانون دیوان راجع به آرای قطعی صادره از شعب دیوان (اعم از تجدید نظر و بدوی) مقرر کرده است که هرگاه رئیس قوهی قضائیه یا رئیس دیوان این آرا را خلاف بین شرع یا قانون تشخیص دهند،<sup>۸</sup> موضوع از طریق رئیس دیوان با ذکر دلیل برای رسیدگی مجدد به شعبه هم‌عرض ارجاع می‌شود؛ با ذکر این نکته که مستند به تبصرهی این ماده، هرگاه رأی قطعی موضوع این ماده از شعب بدوی صادر شده باشد، در این صورت پرونده برای رسیدگی مجدد به یکی از شعب تجدید نظر ارجاع می‌گردد.

با این مقدمه اهم ابعاد صلاحیت قضایی رئیس قوهی قضائیه نسبت به آرای قطعی شعب دیوان را در دو بند از نظر می‌گذرانیم.

### ۱-۱-۱. معیار بررسی آرای شعب دیوان توسط رئیس قوهی قضائیه

همچنان‌که اهم مواد قوانین مبین و شارح صلاحیت قضایی رئیس قوهی قضائیه در مقدمه نشان داد، صلاحیت ایشان در بررسی آرای قطعی محاکم، در نظم جاری حقوقی تا قبل از قانون دیوان، محدود به اعلام موارد مغایر شرع بوده است. به عبارت دیگر، مبنای بررسی آرای قطعی نزد رئیس قوهی قضائیه در قوانین یادشده، صرفاً مسائل و احکام شرعی است.<sup>۹</sup> مستفاد از مفاد مادهی ۷۹ قانون دیوان آن است که معیار نظارت قضایی رئیس قوهی قضائیه بر آرای قطعی شعب دیوان نه تنها مسائل و احکام شرع، بلکه مواد و احکام قانونی نیز است. بنابراین قانونگذار در تحولی بزرگ، ضمن تغییر در معیار نظارت رئیس قوه بر آرای صادره، بررسی قانونی آرای قطعی صادره از شعب دیوان را نیز در عداد صلاحیت‌های رئیس قوهی قضائیه قرار داده است.

نکته‌ی دیگر در تبیین معیار صلاحیت قضایی رئیس قوهی قضائیه در این قانون، بررسی عبارت «خلاف بین شرع و قانون» است. عبارت یاد شده معیار نظارت قضایی رئیس قوهی قضائیه بر

آرای شعب دیوان را مغایرت بین آرا با «شرع» و «قانون» دانسته است. تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی ۱۳۸۵/۱۰/۲۴، مراد از خلاف بین شرع را مغایرت رأی صادره با مسلمات فقه و در موارد اختلاف نظر بین فقها، ملاک عمل را نظر ولی فقیه یا مشهور فقها دانسته بود.

در شرح «خلاف بین قانون» نیز تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۸ یادشده، اصلاحی ۱۳۸۱/۸/۲۷ این عبارت را خلاف نص صریح قانون دانسته بود؛ اما این بند در اصلاحات بعدی این قانون حذف شد. بر اساس این، در نظم حقوق کنونی، با توجه به گستره‌ی مفهومی عبارت «خلاف بین قانون»، هرگونه مغایرت آرا با قوانین در شمول مفهومی - مصداقی این عبارت می‌گنجد.

### ۲-۱-۱. اثر ایراد رئیس قوه قضائیه درباره‌ی آرای شعب دیوان

ماده‌ی ۷۹ قانون دیوان در تبیین اثر ایراد رئیس قوه قضائیه نسبت به آرای قطعی صادره از شعب دیوان مقرر کرده است که هرگاه رئیس قوه قضائیه رأی را خلاف بین شرع یا قانون تشخیص داد، پرونده از طریق رئیس دیوان برای رسیدگی ماهوی و صدور رأی به شعبه‌ی صالح ارجاع می‌شود. بر اساس این، نه تنها مستند به مفاد ماده‌ی یاد شده در سیر تبیین شده برای این موضوع، این فرایند برای هر رأی فقط یک بار می‌تواند عملی شود و رأی صادره توسط شعب دیوان پس از اعلام ایراد قطعی است، بلکه شعبه‌ی رسیدگی کننده به اعاده نیز صلاحیت تام در رسیدگی داشته، می‌تواند مطابق علم و یافته‌های خویش رأی صادر کند. بر این مبنا اگرچه همچنان که ذکر شد، مستند به این ماده ایراد رئیس قوه قضائیه - چه در بعد شرعی و چه در بعد قانونی - باید مدلل باشد، اما شعب دیوان به هیچ روی ملزم به تبعیت از نظر و استدلال رئیس قوه قضائیه نبوده، خود مستقلاً اقدام به بررسی رأی موضوع ایراد کرده، رأی قطعی صادر می‌کنند.

### ۲-۱-۲. صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه درباره‌ی آرای هیئت عمومی

راجع به صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه نسبت به آرای هیئت عمومی دیوان، ماده‌ی ۹۱ قانون دیوان از جمله طرق طرح مجدد آرای هیئت عمومی برای رسیدگی مجدد (در موارد مغایرت آرای صادره با قانون یا تعارض با یکدیگر و...) را اعلام «اشتباه» از سوی رئیس قوه قضائیه دانسته است. علاوه بر این، ماده‌ی ۹۴ این قانون نیز راجع به این موضوع مقرر کرده است که هرگاه رئیس قوه قضائیه آرای هیئت عمومی دیوان را خلاف موازین شرع تشخیص دهد، هیئت عمومی با توجه به نظر رئیس قوه قضائیه تجدید نظر کند. بر اساس این، به منظور تبیین رابطه‌ی مفهومی مواد یاد شده و تشریح ابعاد صلاحیت رئیس قوه قضائیه در مورد آرای هیئت عمومی دیوان در ادامه این موضوع را بررسی خواهیم کرد.



### ۱-۲-۱. معیار نظارت رئیس قوه قضائیه بر آرای هیئت عمومی

راجع به نظارت رئیس قوه قضائیه بر آرای هیئت عمومی، اولین نکته‌ی سؤال از معیار نظارت این مقام است. به دیگر سخن باید پرسید که معیار نظارت رئیس قوه قضائیه در نظارت بر آرای هیئت عمومی چیست. در پاسخ به این سؤال اگرچه تبادر اولیه و برداشت منطقی از مفاد و منطوق ماده‌ی ۹۴ آن است که صلاحیت رئیس قوه قضائیه در نظارت بر آرای هیئت عمومی محدود به موازین شرعی است، اما با نظر به مفاد ماده‌ی ۹۱ و به صورت خاص اطلاق کلیدواژه‌ی «اشتباه» در این ماده، برداشت یاد شده محل تأمل است. به یقین تبادر اولیه از اصطلاح «اشتباه»، اعم از اشتباه حقوقی است. اشتباه می‌تواند منتج از مسائل شرعی، عرفی، قانونی و... باشد. بر این اساس جمع بین دو ماده‌ی یاد شده در تشریح صلاحیت رئیس قوه قضائیه این‌گونه است که معیار صلاحیت نظارتی این مقام در نظارت بر آرای هیئت عمومی، فراتر است از مسائل و احکام شرعی و شامل مواد قانونی نیز می‌شود. این برداشت نه تنها با جمع بین مفاد دو ماده‌ی یاد شده هماهنگی دارد، بلکه با سایر مفاد این قانون، از جمله ماده‌ی ۷۹ راجع به صلاحیت نظارتی رئیس قوه بر آرای قطعی شعب دیوان نیز هماهنگی دارد.

### ۱-۲-۲. اثر نظارت رئیس قوه قضائیه بر آرای هیئت عمومی

فارغ از بعد ماهوی و مبناشناسی صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه درباره‌ی آرای هیئت عمومی، از دیگر ابعاد مبهم این صلاحیت رئیس قوه قضائیه، بُعد شکلی این نظارت است. بر این مبنا سؤال دیگر در ارتباط با صلاحیت نظارتی رئیس قوه قضائیه نسبت به آرای هیئت عمومی، آن است که آیا صلاحیت رئیس قوه قضائیه در نظارت بر این آراء، محدود به ارجاع آرای مغایر با شرع برای رسیدگی مجدد است یا اینکه این نهاد ملزم به تبعیت از نظر رئیس قوه و اعلام کننده‌ی نظر ایشان است.

در پاسخ به این سؤال برخی حقوقدانان و نویسندگان مستند به عبارت ماده‌ی ۹۴ که مقرر کرده است «... هیئت عمومی با توجه به نظر رئیس قوه قضائیه تجدید نظر نماید»، چنین بیان کرده‌اند که «هر وقت رئیس قوه قضائیه رأی هیئت عمومی را خلاف شرع تشخیص داد آن را فاقد اعتبار اعلام و به محض اطلاع هیئت عمومی از نظر رئیس قوه قضائیه بایستی در رأی هیئت عمومی تجدید نظر شود» (دلآوری، ۱۳۹۲: ۴۳۹-۴۳۸). از عبارت یاد شده این برداشت می‌شود که به اعتقاد این نویسنده، هیئت عمومی در چنین مواضعی ملزم به اعلام نظر رئیس قوه قضائیه است و نمی‌تواند رأیی مغایر با نظر رئیس قوه قضائیه صادر کند. به دیگر سخن، بنا بر این اندیشه، در این موارد هیئت عمومی دیوان صرفاً انشاء کننده نظر رئیس قوه قضائیه است و صلاحیت صدور رأیی خارج از نظر رئیس قوه قضائیه را ندارد. در مقابل، برخی

نویسندگان بدون استناد و استدلال بر این موضوع، صرفاً نظر رئیس قوه قضائیه را برای هیئت عمومی دیوان لازم‌الاتباع ندانسته‌اند (مولایی، ۱۳۹۳: ۱۵۴؛ نجابت‌خواه، ۱۳۹۴: ۱۲). توجه به عبارت «با توجه به نظر رئیس قوه قضائیه تجدید نظر نماید» در ماده‌ی ۹۴ قانون یاد شده چه‌بسا تبادر اولیه را بر پذیرش نظر و اعتقاد اول مطرح شده و الزام هیئت عمومی به انشاء نظر رئیس قوه قضائیه سوق دهد. بر اساس این، الزام‌آور ندانستن نظر رئیس قوه قضائیه، به‌خصوص هنگامی که ایشان رأی هیئت عمومی را مغایر با شرع می‌داند، با توجه به مجتهد بودن این مقام، نیازمند استدلال و استناد است. در ادامه اهم استدلال‌های این موضوع بیان خواهد شد.

در پاسخ به فرض الزامی بودن نظر رئیس قوه قضائیه برای هیئت عمومی باید گفت که آیا این برداشت با نظم حقوقی و مفاد قوانین و مقررات و به صورت خاص با مفاد قانون دیوان هماهنگی دارد یا نه؟ چگونه می‌توان با این قبیل تفاسیر، از استقلال قاضی در نظم حقوقی سخن گفت؟ به یقین مفسر در تفسیر عبارات و واژگان قانونی ملزم و پایبند به اصول و مبانی پذیرفته شده در نظام حقوقی است. چگونه می‌تواند پذیرفت که نظر رئیس قوه قضائیه مستند به ماده‌ی ۷۹ قانون یاد شده، در مواردی که وی رأی قطعی شعب را مغایر با احکام شرع بداند، برای ۳ قاضی (شعب تجدید نظر) لازم‌الاتباع نیست و این قضات می‌توانند با وجود نظر مدلل رئیس قوه قضائیه رأی مغایر نظر ایشان صادر کنند؛ حال چگونه ممکن است که در هیئت عمومی که با حضور جمع کثیری از قضات دیوان (حداقل دو سوم قضات دیوان) تشکیل شده، نظر رئیس قوه قضائیه بر نظر ایشان تحمیل شده و هیئت ملزم به اعلام نظر رئیس قوه قضائیه در قالب رأی خود باشد. همچنین اگر هدف مقنن آن بود که در این موارد صرفاً نظر رئیس قوه قضائیه انشاء و اعلام شود، این موضوع نیازمند تشکیل هیئت عمومی و حضور تعداد زیاد قضات دیوان نبود. چرایی طرح این ابهام آن است که انشاء و اعلام نظر رئیس قوه قضائیه در قالب رأی، نه‌تنها نیازمند تشکیل هیئت عمومی دیوان نیست، بلکه توسط یک قاضی نیز می‌توانست انجام شود.

علاوه بر این در بسیاری از موارد شورای نگهبان الزام قاضی به پذیرش نظر مراجع عالی قضایی را مغایر شرع دانسته و مصوبات با این مضمون را محل ایراد دانسته است. از جمله می‌توان به نظر شماره‌ی ۷۹/۲۱/۱۵۳۸ مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۲۰ شورای نگهبان در پاسخ به نامه‌ی یکی از قضات دادگاه عمومی، راجع به مفهوم ماده‌ی ۴۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی که به‌صراحت بیان می‌کرد «... دادگاه مرجوع‌الیه طبق استدلال هیئت عمومی دیوان عالی کشور حکم مقتضی صادر می‌نماید...» این‌گونه نظر داد که:

جمله ذیل ماده‌ی ۴۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی به این عبارت که... دادگاه مرجوع‌الیه طبق استدلال هیئت عمومی دیوان عالی کشور حکم مقتضی صادر می‌نماید... چون به حسب اطلاق قاضی را ملزم نموده است که به مطلبی حکم کند که خودش آن را قانونی یا شرعی نمی‌داند، خلاف شرع شناخته شد و اگر این‌گونه اصلاح شود که دادگاه مرجوع‌الیه با ملاحظه استدلال هیئت عمومی دیوان عالی کشور حکم مقتضی را صادر خواهد کرد. رفع اشکال خواهد شد.

علاوه بر این، شورا در نظریه‌ی شماره‌ی ۲۲۲۲ مورخ ۱۳۸۲/۱/۲۴ در بررسی مصوبه‌ی مجلس راجع به «لایحه اصلاح مواد فصل دوم قانون تعیین حدود و وظائف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۵/۸/۲۲»، الزام قاضی به تبعیت از حکم شعب دیوان عالی کشور را خلاف موازین شرع و مغایر اصل ۱۶۷ قانون اساسی دانسته است. در بیان مغایرت این مصوبه با اصل ۱۶۷ این‌گونه مقرر می‌کند که «مستفاد از اصل ۱۶۷ قانون اساسی آن است که قاضی مکلف است منحصراً مطابق قوانین مدونه حکم صادر کند و چنانچه حکم قضیه را در قوانین مدونه نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم صادر نماید و طریق دیگری پیش‌بینی نشده است، لذا از این جهت مغایر اصل مذکور شناخته شد». استدلال‌های یاد شده توسط شورای نگهبان راجع به موضوعات مطرح شده، به‌ویژه استناد به اصل ۱۶۷ و تحدید منابع استنادی قاضی در نظم حقوقی - قضایی ایران، در نقض فرض الزام‌آور بودن نظر رئیس قوه‌ی قضائیه برای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز قابل استناد است. توضیح آنکه مستند به اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی یا قضات رسیدگی‌کننده باید حکم هر دعوا را از منابع ذکر شده در اصل ۱۶۷ (قوانین و در سکوت قانون منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر) استخراج کنند. بر اساس این، نمی‌توان قضات را محدود به نظر رئیس قوه‌ی قضائیه و ادله ایشان دانست.

توجه به همه‌ی نکات یاد شده حاکی از آن است که مقصود عبارت «هیئت عمومی با توجه به نظر رئیس قوه قضائیه تجدید نظر نماید»، نه آن است که هیئت عمومی دیوان در این موارد نظر رئیس قوه‌ی قضائیه را اعلام کند یا اینکه نظر رئیس قوه‌ی قضائیه برای هیئت عمومی فصل‌الخطاب باشد، بلکه این هیئت صرفاً بنا بر مجوز صادره از سوی رئیس قوه‌ی قضائیه در رأی خود تجدید نظر می‌کند. در نتیجه، ممکن است نظر رئیس قوه‌ی قضائیه یا نظری دیگری را در رأی انشاء کند. به دیگر سخن، مقصود از عبارت «با توجه به نظر رئیس قوه قضائیه تجدید نظر می‌نماید»، صدور مجوزی برای افتتاح مسیری جهت امکان‌پذیر شدن تجدید نظر در آرای هیئت عمومی دیوان است. با این شرح که اعلام ایراد توسط رئیس قوه‌ی قضائیه یکی از طرق بازنگری و تجدید نظر

در آرای هیئت عمومی دیوان است. به واقع مقصود از «تجدید نظر» در این عبارت نه تجدید نظر ماهوی، بلکه تجدید نظر شکلی و به معنای مجوز تجدید نظر است. علاوه بر این، تأملی در رابطه‌ی دو ماده‌ی ۹۴ و ۹۱ قانون دیوان نیز مؤید این برداشت از عبارت یاد شده است. توضیح آنکه اطلاق واژه «اشتباه» در ماده‌ی ۹۱ یارای آن دارد تا مفاد ماده‌ی ۹۴ را به‌عنوان مصداقی از مصداق ماده‌ی ۹۱ محسوب کنیم که قانونگذار از باب اهمیت موضوع در ماده‌ی ۹۴ بر آن تأکید کرده است. بر اساس این و مبتنی بر مفاد ماده‌ی ۹۱، تفسیر عبارت «با توجه به نظر رئیس قوه تجدید نظر می‌نماید»، آن است که با ایراد و اعلام اشتباه از سوی رئیس قوه‌ی قضائیه اعم از اینکه اشتباه از بعد شرعی باشد یا سایر ابعاد، پرونده بار دیگر در هیئت عمومی مطرح شده، مجدداً رسیدگی می‌شود.<sup>۱۰</sup>

بنابراین، عبارت صدر ماده‌ی ۹۱ (طرح آراء قبلی هیئت عمومی برای رسیدگی مجدد...) مفسر عبارت «هیئت عمومی با توجه به نظر رئیس قوه قضائیه تجدید نظر می‌نماید» در ذیل ماده‌ی ۹۴ است. تفسیر بیان شده از ماده‌ی ۹۴ و صلاحیت اعمال نظارت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه راجع به آرای هیئت عمومی، نه‌تنها با اصول دادرسی همچون اصل استقلال قاضی سازگار است، بلکه با ادبیات و مفاد سایر مواد قانون دیوان از جمله مواد ۷۱ و ۹۱ نیز همخوانی و هماهنگی بیشتری دارد. با این شرح که مستند به ماده‌ی ۷۱ در صورت اعلام مغایرت شرعی آرای قطعی صادره از شعب دیوان توسط رئیس قوه‌ی قضائیه پرونده یکبار دیگر برای رسیدگی مجدد به شعبه اعاده می‌شود، بدون اینکه شعبه مذکور ملزم به تبعیت از نظر رئیس قوه‌ی قضائیه باشد. بنابراین اگر عبارت یاد شده در ماده‌ی ۹۴ این قانون را به معنای الزام هیئت عمومی به تبعیت از نظر رئیس قوه بدانیم، این سؤال ایجاد خواهد شد که با چه منطقی می‌توان پذیرفت که هرگاه مخاطب اعلام مغایرت شرعی سه نفر از قضات دیوان (تعداد اعضای شعب تجدید نظر دیوان عدالت اداری) باشند، شعبه ملزم به تبعیت از نظر رئیس قوه‌ی قضائیه نخواهند بود؛ اما هرگاه تعداد کثیری از قضات دیوان (حداقل دو سوم قضات دیوان) مخاطب اعلام ایراد رئیس قوه‌ی قضائیه بودند، این هیئت ملزم به تبعیت از نظر رئیس قوه‌ی قضائیه بوده و صرفاً صلاحیت اعلام و ابلاغ نظر رئیس قوه قضائیه را در آن موضوع خواهند داشت.

## ۲. آثار صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه در نظم حقوق کنونی

مستند به قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات مصوب و مجری در نظم حقوقی ایران، رئیس قوه‌ی قضائیه واجد شأن و صلاحیت قضایی است. در بخش اول این مقاله نیز صلاحیت قضایی این مقام در ارتباط با دیوان عدالت اداری و آرای صادره از این محکمه عالی بررسی

شد. به یقین فلسفه‌ی تعبیه‌ی صلاحیت قضایی این مقام و البته شیوه‌ی ظهور و بروز این صلاحیت در نظام حقوقی ایران، اجرای احسن قوانین و در نهایت اتقان آرا و تحقق بیش از پیش عدالت در جامعه بوده است. با وجود فلسفه‌ی یاد شده راجع به نظارت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه بر آرای قطعی محاکم، نمی‌توان این نکته را از نظر دور داشت که شیوه‌ی مقرر برای اعمال این صلاحیت رئیس قوه‌ی قضائیه در نظم حقوقی - قضایی کنونی ایران آثار متعددی را در پی خواهد داشت که در ادامه اهم این موضوعات بررسی خواهد شد.

### ۱-۲. صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه و قاعده «اعتبار امر مختوم»

چگونه می‌توان پذیرفت که پرونده‌ای در دادگاه مطرح شود و در نهایت طرف اصیل در آن پرونده قهراً جای خود را به وراثت به‌عنوان قائم‌مقام خود دهد، اما همچنان پرونده در مراحل دادرسی باشد؟ آیا به واقع می‌توان این موضوع را احقاق حق نامید یا اینکه این موضوع احقاق حق را از مفهوم تهی کرده است؟ بر مبنای این ضرورت اختتام دعاوی در زمان مناسب و منطقی، از جمله دغدغه‌های هر نظام حقوقی - قضایی است. بر همین اساس، در نظام حقوقی و دادرسی، اعتبار امر مختوم نه تنها یکی از اصول دادرسی محسوب می‌شود، بلکه این مهم را می‌توان از لوازم و اقتضائات امنیت قضایی در جامعه دانست (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۶۰۵). مقصود از اعتبار امر مختوم آن است که هرگاه موضوعی طرق معمول دادرسی اعم از تجدید نظر و فرجام را گذراند و حکم آن موضوع در زمره‌ی احکام نهایی درآمد، حکم صادره در موضوع مطروحه نه تنها نسبت به اطراف دعوا یا قائم‌مقام ایشان اعتبار داشته و باید اجرا شود، بلکه نسبت به سایر محاکم نیز اعتبار داشته و سایر محاکم نیز صلاحیت ورود و رسیدگی مجدد آن موضوع را نخواهند داشت.

«اعتبار امر مختوم» اگرچه با قاعده‌ی «فراغ دادرسی» و «اعتبار امر قضاوت شده» ارتباط نزدیک دارد، اما از نقطه‌نظر حقوقی با این قواعد متفاوت است. با این شرح که مقصود از قاعده‌ی «فراغ دادرسی» در فرایند دادرسی آن است که هرگاه دادگاه راجع به موضوعی اعلام نظر کرد، پس از آن بدون سبب قانونی<sup>۱۱</sup> نمی‌تواند به رأی صادره ورود کرده، مفاد آن را تغییر دهد؛ اگرچه، سایر محاکم ناگزیر به پیروی از مفاد این رأی نیستند (شمس، ۱۳۸۷: ۱۱۳).

از «اعتبار امر قضاوت شده» در فرایند دادرسی آنگاه سخن به میان می‌آید که رأی صادره قطعیت یافته باشد. به این معنا که با صدور رأی قطعی، هیچ دادگاهی حق استماع مجدد دعوا را ندارد؛ اما با وجود این، هنوز اعتبار حکم صادره موقت بوده و محتمل است که مراجع عالی قضایی، از جمله دیوان عالی، رأی صادره را نقض کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۵-۱۷؛ مدنی، ۱۳۷۵: ۵۲۶؛ شمس، ۱۳۸۰: ۴۷۰).

نظم در دادرسی و مراعات امنیت قضایی در جامعه حکم می‌کند که موضوعات و پرونده‌های مطروحه در دادگستری پایان یابد، در غیر این صورت نه تنها هیچ پرونده‌ای به سرانجام نمی‌رسد، بلکه امنیت قضایی افراد در جامعه نیز به مخاطره خواهد افتاد. پاسخگوی این ضرورت در دادرسی قاعده «اعتبار امر مختوم» است. این قاعده مبتنی بر این فرض قانون تبیین شده است که رأی دادگاه برآمده از حقیقت و موافق و مطابق با آن است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۰). بنا بر این توضیح «اعتبار امر قضاوت شده» قرین به آرای قطعی و «اعتبار امر مختوم» قرین آرای قطعی - نهایی است. در برهه‌ی زمانی‌ای که حجم موضوعات و پرونده‌های موجود در دادگاه‌ها افزون و فراتر از توان و قابلیت سیستم قضایی است، تلاش در جهت تحقق این اصل دادرسی نه امری مطلوب، بلکه ضرورتی انکارناپذیر برای نظام حقوقی ایران است.

با وجود همه‌ی فرایندهای رسیدگی که در نظم حقوقی آمده است، شیوه‌ی پیش‌بینی صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه در بسیاری از موارد، این قاعده‌ی اساسی دادرسی را نقض می‌کند تا جایی که این مرحله (اعاده‌ی پرونده از سوی رئیس قوه‌ی قضائیه برای رسیدگی مجدد) به موجب قانون به‌عنوان یکی از مراحل عادی و جاافتاده در نظم و فرایند دادرسی کشور ظاهر شده است. آیا به راستی هدف از وضع صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه در قانون اساسی، تعبیه‌ی چنین فرایندی برای اعمال در نظم حقوقی بوده است؟ یا آنکه این صلاحیت نه به‌عنوان صلاحیتی که فرایندی نو در دادرسی دراندازد و اعتبار دعاوی مختومه اعم از کیفری، مدنی و اداری را تحت الشعاع قرار دهد پیش‌بینی شده بود؟

به یقین فلسفه‌ی پیش‌بینی این صلاحیت برای رئیس قوه‌ی قضائیه در قانون اساسی افزودن چنین مرحله‌ای به مراحل دادرسی و اطاله بیش از پیش رسیدگی‌ها نبوده است. اهمیت توجه به این موضوع آنگاه مضاعف می‌شود که در بسیاری از موارد، صلاحیت پیش‌بینی شده برای ریاست قوه‌ی قضائیه در نظارت بر آراء، فاقد تحدید زمانی است و این مقام می‌تواند حتی آرای را با گذشت ده‌ها سال مغایر شرع (و در مورد آرای صادره از دیوان عدالت اداری مغایر شرع یا قانون) تشخیص و رسیدگی مجدد به آن را در محاکم صالح تجویز نماید.

## ۲-۲. صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه و استقلال قضات

اصل «استقلال قضایی» که با محوریت «استقلال قضات» در دستگاه قضایی تعریف می‌شود، از بنیادی‌ترین اصول دادرسی منصفانه در دستگاه عدالت‌گذار قضایی محسوب می‌شود؛ موضوعی که نه تنها قوانین و هنجارهای داخلی کشورها به شیوه‌های مختلفی به منظور تضمین آن تلاش کرده‌اند (پروین و اصلانی، ۱۳۹۱: ۲۷۰-۲۶۶ و بارنت، ۱۳۸۶: ۱۶۹)، بلکه فراتر از این، در بسیاری اسناد بین‌المللی نیز مورد تأکید قرار گرفته است (رستمی، آقایی‌طوق، لطفی، ۱۳۸۸:

۲۶). این اصل، حراست و حفاظت از استقلال قضات در برابر هجمه‌ها، اعم از هجمه‌ها و فشارهای درون‌سازمانی و برون‌سازمانی را بر عهده دارد. عدم مراعات این اصل در دستگاه قضایی، حصول اهداف این قوه را با خدشه مواجه خواهد کرد؛ موضوعی که فرجام آن جز تهدیدی برای حیات نظام قضایی یک جامعه و به مسلخ رفتن عدالت و عدالت‌گذاری در جامعه نخواهد بود.

مقصود از استقلال قضات آن است که قضات در مقام رسیدگی و صدور رأی صرفاً قانون، منابع معتبر و علم خویش را مبنا قرار داده، توجهی به خواسته‌های دیگران در این زمینه نداشته باشند و در این سیر از هرگونه فشار درون و برون‌سازمانی در امنیت بوده، در تصمیم‌گیری خویش از هیچ مانع خارجی‌ای نهراسند. از اصطلاح استقلال قضات ممکن است عدم تأثیرپذیری قضات از مقامات و نهادهای خارج از قوه قضائیه، به‌ویژه قوه مجریه به ذهن متبادر شود، اما در عالم واقع بیش از آنکه استقلال قضات از طریق مسئولان و مقامات سایر قوا و به صورت خاص قوه مجریه مخدوش شود، ممکن است از سوی مقامات درون قوه قضائیه مخدوش گردد. البته گفتنی است که این خدشه صرفاً بُعد ظاهری و دستور علنی مقامات و نهادهای بالادستی به قضات را شامل نمی‌شود، بلکه گاهی اظهار عقیده و نظر یک مقام عالی در قوه قضائیه، هرچند به صورت غیررسمی راجع به یک پرونده یا موضوع، می‌تواند ناخودآگاه یا خودآگاه استقلال نظر قاضی را مخدوش و سیر تفکر وی را به سمت و سویی دیگر سوق می‌دهد.

بر اساس این، یکی از لوازم مهم در حراست از استقلال قضات، عدم اظهار عقیده پیشینی مسئولان عالی قضایی اعم از اظهار نظر رسمی یا غیررسمی راجع به موضوعات و پرونده‌های مطروحه در دادگاه‌ها است. به این معنا که مقامات و مسئولان این قوه قبل از صدور رأی نهایی و پیش از اینکه قاضی مربوط راجع به موضوعی اظهار عقیده کرده باشد، از هرگونه اظهار نظر تخصصی راجع به موضوع مطروحه خودداری کنند.

با التفات به این مقدمه، بررسی این موضوع در پرتو شیوه‌ی اعمال صلاحیت‌های قضایی رئیس قوه قضائیه در نظم حقوقی کشور ایران می‌تواند در مطلوب‌سازی جایگاه این صلاحیت رئیس قوه قضائیه در نظم حقوقی ایران مثمر ثمر باشد.

همچنان‌که بحث شد در ادبیات حقوقی - قضایی ایران از ادبیات گوناگونی برای تبیین صلاحیت قضایی رئیس قوه و صلاحیت این مقام در برخورد با آرای مغایر قانون و شرع سخن رفته است. در برخی مواد قانونی همچون ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ قانونگذار این صلاحیت رئیس قوه قضائیه را با عبارت «تجویز اعاده دادرسی» تعریف

کرده است. این موضوع در ماده‌ی ۷۹ قانون دیوان با عبارت «...با ذکر دلیل پرونده را برای رسیدگی ماهوی و صدور رأی» بیان شده است. فراتر از این، ماده‌ی ۹۴ قانون اخیرالذکر در تبیین صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه نسبت به آرای صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از عبارت «... هیئت عمومی با توجه به نظر رئیس قوه قضائیه تجدید نظر می‌نماید» استفاده کرده است.

با توجه شیوه‌ی تقریر این قوانین، اگرچه همه‌ی این عبارات استقلال قاضی در صدور رأی را مخدوش می‌کند، اما عیار این خدشه در فحوای این عبارات متفاوت است. آنگاه که رئیس قوه‌ی قضائیه حکمی را مغایر شرع یافت، مستند به ماده‌ی ۴۷۷ یادشده، صرفاً تجویز اعاده دادرسی را صادر می‌کند، چنان‌که سلف این حکم یعنی ماده‌ی ۱۸ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب نیز در این موضوع نتیجه ایراد شرعی رئیس قوه‌ی قضائیه به آرای صادره را اعاده دادرسی و ارجاع پرونده برای رسیدگی مجدد دانسته بود. با این شرح که با صدور رأی قطعی، مستند به قاعده‌ی «اعتبار امر مختوم» هیچ دادگاهی صلاحیت ورود به رأی صادره را ندارد. بر اساس این، رئیس قوه‌ی قضائیه با صدور این مجوز، صرفاً ورود مجدد به این موضوع را تجویز می‌کند. اگرچه از عبارت این ماده‌ی قانونی صرفاً این برداشت ممکن است، اما به یقین با توجه به عبارات صدر ماده که این تجویز را منوط به تشخیص خلاف بین شرع بودن رأی از سوی رئیس قوه‌ی قضائیه دانسته است، قاضی‌ای که برای رسیدگی مجدد به این موضوع انتخاب می‌شود با این پیش‌فرض که این رأی توسط رئیس قوه مغایر شرع دانسته شده است به بررسی مجدد موضوع و صدور رأی خواهد پرداخت. بنابراین استقلال تام و لازم برای بررسی موضوع مطروحه را در بُعد ذهنی نخواهد داشت؛ چراکه با پیش‌فرض اینکه رأی صادره خلاف شرع بوده وارد به رسیدگی به موضوع خواهد شد.

این موضوع در ماده‌ی ۷۹ قانون دیوان نیز استمرار یافت. با این توضیح که مستند به این ماده هرگاه رئیس قوه‌ی قضائیه رأی قطعی شعب دیوان را خلاف بین شرع یا قانون یافت با ذکر دلیل، پرونده برای رسیدگی مجدد ارجاع می‌شود. بر اساس این، ایراد مستدل رئیس قوه‌ی قضائیه نسبت به آرای شعب، سبب خواهد شد تا استقلال قاضی در استنباط و استدلال بر مبنای قوانین و منابع، محدود به ادله‌ی ذکر شده از رئیس قوه‌ی قضائیه شود. اگرچه این ماده‌ی قانونی صلاحیت رسیدگی مجدد ماهوی و شکلی برای شخص قاضی قائل شده و قاضی مربوط ملزم به تبعیت از ادله رئیس قوه‌ی قضائیه در موضوع مطروحه نشده است، اما نمی‌توان در این موضوع ادعا کرد که با وجود ذکر ادله توسط رئیس قوه‌ی قضائیه، قاضی همچنان به صورت مستقل و بر اساس استدلال‌ها و مستندات خود به بررسی موضوع و نهایتاً صدور رأی اقدام می‌کند.



سیر این موضوع آنگاه به نهایت می‌رسد که در ماده‌ی ۹۴ قانون دیوان، مقرر شده است «در صورتی که آرای هیئت عمومی دیوان از سوی رئیس قوه‌ی قضائیه خلاف موازین شرع تشخیص داده شود، هیئت عمومی با توجه به نظر رئیس قوه قضائیه تجدید نظر می‌نماید». اگرچه عبارت اخیر این ماده دارای ابهام است، اما همچنان که برخی نویسندگان معتقدند که مقصود قانونگذار از عبارت «... هیئت عمومی با توجه به نظر رئیس قوه قضائیه تجدید نظر می‌نماید» در این ماده آن است که قانونگذار هیئت عمومی دیوان عدالت اداری را موظف کرده است تا رأی سابق خود را نقض و مطابق با نظر رئیس قوه‌ی قضائیه اقدام به صدور رأی کند. به دیگر سخن، با تفسیر این گروه از نویسندگان، ماده‌ی ۹۴ قانون دیوان عدالت اداری ناقض صریح اصل استقلال قاضی در نظام حقوقی ایران است.

### ۳-۲. صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه و اطاله‌ی دادرسی

اگرچه اجرای عدالت هدف نهایی و اصیل قوه‌ی قضائیه و قضات دادگاه‌ها محسوب می‌شود، اما زمان تحقق این موضوع نیز برای نظام قضایی و به‌ویژه برای اصحاب دعوا اهمیت مضاعفی دارد. اهمیت زمان احقاق حق در برخی موارد کمتر از نفس احقاق حق نیست. هر نظام حقوقی باید همچنان‌که در احقاق عدالت جسور است در سیر تحقق این مهم نیز چابکی لازم را داشته باشد. اگرچه توجه به این بعد از دادرسی در همه‌ی نظام‌های حقوقی اهمیت بالایی دارد، اما شرایط نظام حقوقی ایران و حجم وسیع پرونده‌ها و موضوعات مطروحه در دادگاه‌ها اهمیت این موضوع را دوچندان کرده است. از جمله ابزارهای شایسته توجه در تحقق این مهم، در کنار فراهم کردن امکانات اداری، سازمانی و استخدامی قوه‌ی قضائیه، حتی‌المقدور کاستن از مراحل رسیدگی به دعاوی است. رسیدگی مراجع قضایی به موضوعات و پرونده‌هایی که چندین نوبت به آنها رسیدگی شده، نه‌تنها احقاق حق در این قبیل پرونده‌ها را با تأخیر زیاد همراه می‌کند، بلکه فرصت لازم برای رسیدگی به موضوعات و پرونده‌های مطروحه‌ی جدید نیز از دادگاه‌ها می‌گیرد.

بنا بر اهمیت و لزوم احقاق عدالت در نظم حقوقی ایران، مراحل متعدد دادرسی در همه‌ی پرونده‌ها، اعم از پرونده‌های کیفری، مدنی و اداری، پیش‌بینی شده است تا نظام حقوقی با حساسیت کافی این مهم را به سرانجام رساند. بر اساس این، اصل بر این است که در پرونده‌های مختوم به رأی قطعی و نهایی، عدالت محقق شده و صاحب حق به حق خود رسیده است. بنابراین افزودن مراحل زائد بر مراحل عادی دادرسی یا باید حذف شود یا در صورت وجود باید به حداقل این مراحل بسنده شود. بر مبنای این مقدمه و با توجه به غیرعادی بودن اعاده پرونده‌ای که منجر به صدور رأی قطعی و نهایی شده از سوی رئیس قوه‌ی قضائیه برای

رسیدگی مجدد، نباید روز به روز و با تصویب قوانین، این صلاحیت را چنان برجسته و گسترده کنیم که در سیر دادرسی همه‌ی موضوعات و پرونده‌ها پس از طی سیر طبیعی و عادی دادرسی بار دیگر از این مرحله‌ی فوق‌العاده نیز استفاده کنند. توجه به سیر قانونگذاری نظام حقوقی ایران در این موضوع همچنان‌که بررسی شد، نشان می‌دهد که این موضوع در نظم حقوقی ایران نادیده انگاشته شده است. در تشریح این موضوع در نظم حقوقی به چند مورد اشاره می‌کنیم:

- توسعه‌ی مصادیق و پرونده‌های تحت شمول صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه: این صلاحیت رئیس قوه‌ی قضائیه در قوانین سابق بر قانون دیوان، محدود به اعاده‌ی آرای خلاف بینه‌ی شرع شده بود؛ اما با تصویب قانون اخیرالذکر در تبیین این صلاحیت رئیس قوه‌ی قضائیه طرحی نو در انداخته شد و صلاحیت قضایی این مقام علاوه بر اعاده‌ی آرای مغایر بینه‌ی شرع به آرای مغایر بین قانون نیز گسترش یافت. با توجه به نبود ملاک و معیاری مشخص در تفکیک موارد بین و غیر بین مغایر با قانون، مستند به این ماده‌ی قانونی می‌توان نسبت به همه‌ی آرای صادره در شعب دیوان عدالت اداری به‌عنوان راه‌حلی طاری از طریق پیش‌بینی شده در ماده‌ی ۷۹ این قانون و صلاحیت رئیس قوه‌ی قضائیه نیز استفاده کرد. با تصویب این قانون که اراده‌ی اخیر قانونگذار در این موضوع محسوب می‌شود، حجم پرونده‌ها و موضوعاتی که می‌توان از طریق مندرج در این ماده مجدداً رسیدگی و دادرسی کرد به‌شدت افزایش خواهد یافت.

- قرار دادن مقاماتی در عرض رئیس قوه‌ی قضائیه با صلاحیتی مشابه: اصل بر این است که در تفسیر و تبیین موارد و موضوعات فوق‌العاده و استثنایی به قدر متیقن اکتفا شده، از گسترش این موضوعات ممانعت گردد. این مهم راجع به صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه به‌عنوان یک مرحله‌ی استثنایی در دادرسی، نه تنها در بعد مصادیقی مراعات نشده و بر شمار مصادیق تحت شمول این صلاحیت افزوده شده است، بلکه قوانین اخیرالتصویب، از جمله ماده‌ی ۷۹ قانون دیوان این صلاحیت رئیس قوه‌ی قضائیه را برای مقاماتی چون رئیس دیوان عدالت اداری نیز به رسمیت شناخته است. بر اساس این، صلاحیتی که روزگاری در نظم حقوقی کشور جنبه‌ی فوق‌العاده و استثنایی داشت، روزه‌روز بر مصادیق آن افزوده و حتی برای مقامات و نهادهایی دیگر نیز به رسمیت شناخته شد.

توجه به نکات پیش‌گفته در این بند نشان داد که اگرچه شأن نزول صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه یعنی تحقق کامل عدالت در نظم حقوقی ایران ارزش والایی دارد، اما به هیچ روی نباید این مهم منجر به اطاله‌ی دادرسی و بی‌رغبت شدن برخی افراد جامعه از پیگیری

احقاق حقوقشان در جامعه شود؛ چراکه تعدد مراحل و فرایندهای دادرسی چنانکه می‌تواند در برخی شرایط محقق عدالت باشد، در برخی حالات نیز به علت ایجاد اطاله در رسیدگی‌ها بسیاری از افراد را از پیگیری و احقاق حقوقشان در جامعه بی‌میل و بی‌رغبت می‌کند که این همان تضییع حق و عدالت است. شایسته است تا در نظم حقوقی این‌گونه مراحل استثنایی به صورت محدود و موردی تبیین شود و چنین صلاحیتی برای سایر مقامات و نهادها پیش‌بینی نشود.

### نتیجه‌گیری

اگرچه در نظم حقوقی ایران رئیس قوه قضائیه صلاحیت قضایی دارد، اما به یقین تعبیه‌ی این مهم در نظم حقوقی به منظور اجرای بیش از پیش عدالت بوده و ترسیم این صلاحیت در قانون اساسی به هیچ‌روی نافی این موضوع نیست که شیوه‌ی ظهور و بروز این مهم در نظم حقوقی نمی‌تواند مغایر با اصول دادرسی یا مانعی در جهت احقاق به موقع حق یا مغایر با مصلحت سیستم قضایی کشور باشد. بررسی‌ها در این پژوهش نشان داد که شیوه و الگوی طراحی شده برای ظهور و بروز صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه در قالب قوانین عادی در نظم حقوقی کنونی ایران با برخی اصول دادرسی، از جمله استقلال قاضی، اعتبار امر مختوم و... همخوانی ندارد.

سیر قانونگذار در این موضوع حاکی از آن است که این موضوع نه تنها در نظام حقوقی ایران رو به اصلاح نیست، بلکه تصویب قانون دیوان و شیوه‌ی تعبیه‌ی صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه در این قانون پوشش‌دهنده‌ی اشکالات و آسیب‌های این شیوه‌ی اعمال صلاحیت نظارتی رئیس قوه قضائیه در نظم حقوقی ایران نبود و بر آسیب‌های این موضوع نیز افزود. از جمله این آسیب‌ها می‌توان به تعبیه‌ی صلاحیت نظارت قانونی رئیس قوه قضائیه بر آرای قطعی شعب دیوان عدالت اداری و قرار دادن رئیس دیوان در کنار رئیس قوه قضائیه به منظور اعمال این صلاحیت و نیز در تفسیر برخی صاحب‌نظران، از بین بردن ابتکار عمل هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مواردی که رئیس قوه قضائیه آرای این هیئت را مغایر شرع دانست، اشاره کرد. این در حالی است که اعمال صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه در نظم حقوقی باید به صورت استثنایی ظهور و بروز داشته باشد.

برای حل این موضوع پیشنهاد می‌شود که با توجه به استثنایی بودن این فرایند در نظم حقوقی ایران، این مهم (نظارت قضایی) محدود به شخص رئیس قوه قضائیه باشد و قانونگذار از افزودن بر شمار مراجع ناظر در این حوزه خودداری کند و نظارت مقاماتی چون رئیس دیوان عدالت اداری نیز که به موجب قانون دیوان این صلاحیت را یافته است، از این حیطه حذف

شود. علاوه بر این، اگرچه نظارت بر مبنای شرع نیز در نظم حقوقی دارای آثار یاد شده است، اما دست کم نظارت بر مبنای قانون - آن گونه که در قانون اخیرالذکر آمده است - حذف شود. از سوی دیگر باید شمار پرونده‌های موضوع نظارت قضایی محدود شود. همچنین در صورت اعلام مغایرت رأیی با شرع، این مقام یا خود اقدام به صدور رأی کند یا اینکه شعبه‌ای خاص برای این موضوع با قدرت و استقلالی زائد بر سایر محاکم برای این موضوع پیش‌بینی شود تا از این رهگذر استقلال قاضی در قوه‌ی قضائیه حراست شود.

### منابع

#### الف) قوانین و اسناد

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۲. قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۴ مصوب کمیسیون مشترک دادگستری مجلسین.
۳. قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۸ مجلس شورای اسلامی.
۴. قانون اصلاح ماده‌ی ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مصوب ۱۳۸۵/۱۰/۲۴ مجلس شورای اسلامی.
۵. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، مجلس شورای اسلامی.
۶. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، مجلس شورای اسلامی و مجمع تشخیص مصلحت نظام.

#### ب) کتب

۱. بارنت، اریک (۱۳۸۶)، مقدمه‌ای بر حقوق اساسی، ترجمه عباس کدخدایی، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم.
۲. پروین، خیرالله و فیروز اصلانی (۱۳۹۱)، اصول و مبانی حقوق اساسی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوم.
۳. رستمی، ولی و مسلم آقایی طوق و حسن لطفی (۱۳۸۸)، دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول.
۴. دلاوری، محمدرضا (۱۳۹۲)، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوق کنونی، تهران: اویشن شمال، چاپ اول.
۵. شمس، عبدالله (۱۳۸۰)، آیین دادرسی مدنی، تهران: میزان، ج ۱، چاپ ۵.
۶. شمس، عبدالله (۱۳۸۷)، آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین، تهران: دراک، ج ۲، چاپ ۴.

۷. صدرالحفاظی، نصرالله (۱۳۷۲)، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: شهریار، چاپ اول.
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸)، اعتبار امر قضاوت شده در دعاوی مدنی، تهران: میزان، چاپ هفتم.
۹. مدنی، جلال‌الدین (۱۳۷۵)، آیین دادرسی مدنی، تهران: گنج دانش، چاپ ۴.
۱۰. مولاییگی غلامرضا (۱۳۹۳)، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل، چاپ اول.
۱۱. یزدان‌مهر، محمد (۱۳۹۴)، تحلیلی بر قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: مجد.

### پ) مقالات

۱. نجابت‌خواه، مرتضی (۱۳۹۴)، «نظام حقوقی حاکم بر رسیدگی مجدد آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۲.
۲. خیرالله پروین و آئینه‌نگینی حسین (۱۳۹۴)، «صلاحیت قضایی رئیس قوه قضائیه؛ از نفی تا اثبات»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۲، صص ۴۶-۲۳.

### یادداشت‌ها

۱. برای مطالعه درباره‌ی صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه رجوع کنید به: خیرالله پروین و آئینه‌نگینی حسین (۱۳۹۴)، «صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه؛ از نفی تا اثبات»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۲، صص ۴۶-۲۳.
۲. ماده‌ی ۲ قانون اختیارات و وظایف رئیس قوه‌ی قضائیه: «ریاست قوه‌ی قضائیه سمت قضایی است و هرگاه رئیس قوه‌ی قضائیه ضمن بازرسی، رأی دادگاهی را خلاف بین شرع تشخیص دهد آن را جهت رسیدگی به مرجع صالح ارجاع خواهد داد».
۳. اگرچه این ماده به موجب تبصره‌ی ۶ قانون اصلاح ماده‌ی ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۵/۱۰/۲۴ منسوخ اعلام شد، اما هدف از ذکر این ماده در این مقام صرفاً در جهت تشریح صلاحیت قضایی رئیس قوه‌ی قضائیه در نظام حقوقی ایران بوده است.
۴. قانون اصلاح ماده‌ی ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب: «آراء غیرقطعی و قابل تجدیدنظر یا فرجام همان است که در قانون آئین دادرسی ذکر گردیده، تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی طبق مقررات آئین دادرسی مربوط انجام خواهد شد. آراء قطعی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، نظامی و دیوان عالی کشور جز از طریق اعاده دادرسی و اعتراض ثالث به نحوی که در قوانین مربوط مقرر گردیده قابل رسیدگی مجدد نیست مگر در مواردی که رأی به تشخیص رئیس قوه‌ی قضائیه خلاف بین شرع باشد که



در این صورت این تشخیص به عنوان یکی از جهات اعاده دادرسی محسوب و پرونده حسب مورد به مرجع صالح برای رسیدگی ارجاع می‌شود.

تبصره ۱ - مراد از خلاف بین شرع، مغایرت رأی صادره با مسلمات فقه است و در موارد اختلاف نظر بین فقها ملاک عمل نظر ولی فقیه و یا مشهور فقها خواهد بود.

۵. ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری: «در صورتی که رئیس قوه قضائیه رأی قطعی صادره از هریک از مراجع قضایی را خلاف شرع بین تشخیص دهد، با تجویز اعاده دادرسی، پرونده را به دیوان عالی کشور ارسال تا در شعبی خاص که توسط رئیس قوه قضائیه برای این امر تخصیص می‌یابد رسیدگی و رأی قطعی صادر نماید. شعب خاص مذکور مبنیاً بر خلاف شرع بین اعلام شده، رأی قطعی قبلی را نقض و رسیدگی مجدد اعم از شکلی و ماهوی به عمل می‌آورند و رأی مقتضی صادر می‌نمایند.

تبصره ۱- آراء قطعی مراجع قضایی (اعم از حقوقی و کیفری) شامل احکام و قرارهای دیوان عالی کشور، سازمان قضایی نیروهای مسلح، دادگاه‌های تجدیدنظر و بدوی، دادسراها و شوراها حل اختلاف می‌باشند.

تبصره ۲- آراء شعب دیوان عالی کشور در باب تجویز اعاده دادرسی و نیز دستورهای موقت دادگاه‌ها، اگر توسط رئیس قوه قضائیه خلاف شرع بین تشخیص داده شود، مشمول احکام این ماده خواهد بود.

تبصره ۳- در صورتی که رئیس دیوان عالی کشور، دادستان کل کشور، رئیس سازمان قضایی نیروهای مسلح و یا رئیس کل دادگستری استان در انجام وظایف قانونی خود، رأی قطعی اعم از حقوقی یا کیفری را خلاف شرع بین تشخیص دهند، می‌توانند با ذکر مستندات از رئیس قوه قضائیه درخواست تجویز اعاده دادرسی نمایند. مفاد این تبصره فقط برای یک بار قابل اعمال است؛ مگر اینکه خلاف شرع بین آن به جهت دیگری باشد.

۶. در ادامه‌ی مقاله عنوان قانون به اختصار از عبارت «قانون دیوان» استفاده می‌شود.

۷. به عنوان نمونه‌ای از صلاحیت‌های اداری و سازمانی این مقام در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری می‌توان به ماده ۲ این قانون اشاره کرد که مقرر می‌کند: «دیوان در تهران مستقر است و متشکل از شعب بدوی، تجدیدنظر، هیئت عمومی و هیئت‌های تخصصی می‌باشد. تشکیلات قضایی، اداری و تعداد شعب دیوان با تصویب رئیس قوه قضائیه تعیین می‌شود».

۸. در تبیین مفهوم خلاف بین قانون و خلاف بین شرع، تبصره ۱ ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (اصلاحی ۱۳۸۱/۸/۲۷) مقرر کرده بود که «مراد از خلاف بین این است که رأی بر خلاف نص صریح قانون و یا در موارد سکوت قانون مخالف مسلمات فقه باشد». البته در اصلاح این ماده قانون در تاریخ ۱۳۸۵/۱۰/۲۴ در تبصره ۱ این ماده در تشریح خلاف بین شرع آمده بود که «مراد از خلاف بین شرع، مغایرت رأی صادره با مسلمات فقه است و در موارد اختلاف نظر بین فقها ملاک عمل نظر ولی فقیه و یا مشهور فقها خواهد بود».

۹. در تبیین سابقه‌ی موضوع باید توجه داشت که ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی ۱۳۷۱/۸/۲۷، صدور مجوز اعاده دادرسی آرای مخالف بین قانون را نیز در صلاحیت رئیس

قوه‌ی قضائیه قرار داده بود؛ اما این مهم در اصلاح سال ۱۳۸۵ این قانون، از شمول صلاحیت رئیس قوه‌ی قضائیه حذف شد.

۱۰. برخی نویسندگان واژه «اشتباه» در این ماه را صرفاً به موارد خروج دیوان از حدود صلاحیت و ایرادات شکلی آرا تفسیر کرده‌اند (یزدان‌مهر، ۱۳۹۴: ۶۳۱). همچنان که در متن ذکر شد با توجه به اطلاق این واژه، تحدید شمول مصادیق آن نیازمند استدلال و استناد است.

۱۱. مقصود از سبب قانونی آن است که قانون قاضی را مجاز به تغییر مفاد رأی صادره توسط خود ایشان کند؛ برای مثال بخش اخیر ماده‌ی ۵ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۴ راجع به شیوه جبران خسارات بدنی مقرر کرده است که «اگر در موقع صدور حکم تعیین عواقب صدمات بدنی به طور تحقیق ممکن نباشد دادگاه از تاریخ صدور حکم تا دو سال حق تجدیدنظر نسبت به حکم خواهد داشت».

**درخواست اشتراک  
فصلنامه‌ی علمی - پژوهشی  
دانش حقوق عمومی**

<b>الف) اطلاعات فردی:</b>	
نام خانوادگی:	نام:
رتبه‌ی علمی (اختیاری):	آخرین مدرک تحصیلی (اختیاری):
<b>ب) اطلاعات مربوط به مؤسسات و کتابخانه‌ها:</b>	
نام مؤسسه / کتابخانه:	وابسته به:
<b>ج) نشانی (برای ارسال مجله):</b>	
آدرس:	
کدپستی:	تلفن:
تلفن همراه:	نمابر:
پست الکترونیک:	شماره‌ی اشتراک (در صورت داشتن اشتراک سابق):
اشتراک از شماره‌ی:	تا شماره‌ی:

بهای اشتراک سالانه (چهار شماره): ۵۶۰/۰۰۰ ریال بعلاوه‌ی هزینه‌ی ارسال  
علاقمندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های ارسال نیز می‌شود، به حساب  
زیر نزد بانک صادرات ایران به نام «انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان» واریز و علاوه بر  
تکمیل فرم مربوطه در سامانه فصلنامه به آدرس [mag.shora-rc.ir](mailto:mag.shora-rc.ir)، تصویر فیش را در  
سامانه پیوست نمایند.

شماره حساب: ۰۱۰۸۱۲۹۰۹۳۰۰۹ شماره کارت: ۶۰۳۷۶۹۱۹۸۰۰۴۷۳۷۷

شماره شبا: ۰۹ ۰۹۳۰ ۸۱۲۹ ۰۰۱۰ ۰۰۰۰ ۰۱۹۰ IR۸۷

تهران، خیابان شهید سپهبد قرنی، کوچه شهید دهقانی‌نیا (خسرو سابق)، روبروی مسجد الرحمن،

پلاک ۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی

کدپستی: ۱۴۶۳-۱۳۱۴۵

تلفن: ۰۲۱-۸۸۳۲۵۰۴۵ فکس: ۰۲۱-۸۸۳۲۵۰۸۰





# **Reflection on the Effects of the Judicial Competence of the Head of Judiciary in the Light of its Recognition within the Act on the Organization and Procedure of the Administrative Justice Court**

**Kheiroollah Parvin<sup>1\*</sup> & Hosein Ayene-negini<sup>2</sup>**

1-Professor of university of Tehran

2-Ph. D student of university of Tehran

## **Abstract**

Due to the high importance of anticipating a competence in the legal system, paying attention to special principles in its designation and realization is also of extra importance. The judicial system of Iran besides various administrative and executive competences has anticipated the judicial competence for the head of judiciary. The purpose of this paper, while clarifying the orientation of the legislator in expressing the judicial competence of the head of judiciary is to state the effects of such competence in accordance with the Act on the Organization and Procedure of the Administrative Justice Court. The results indicate that not only the orientation of the aforesaid law doesn't pave the way for such an issue, but also it is inconsistent with the principles and legal rules. Besides, the procedure anticipated for the emergence of judicial competence of the head of judiciary contradicts with judicial principles like *res judicata* or claim preclusion and independence of judges. This is also disharmonic with judicial interests due to the vast amount of judicial files in the Judiciary.

## **Keywords:**

Head of Judiciary, Judicial Competence, Act on the Organization and Procedure of the Administrative Justice Court, Effects of Judicial competence of the Head of Judiciary, Obvious Contradiction with Sharia, Independence of Judge.

---

\* Email: [khparvin@yahoo.com](mailto:khparvin@yahoo.com)

# **Analysis of the Article 139 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran Based on the Nature of Public Properties**

**Hamed Karami<sup>1\*</sup> & Davoud Mohebbi<sup>2</sup>**

1-Assistant professor of university of Shahed

2-Assistant professor of university of Qom

## **Abstract**

Public law knowledge seeks to protect public interests. Public properties and the protection of these national capitals are as of the most important examples of public interests. For the maintenance of the public properties, many legal systems impose a ban on the referral of disputes in this regard to arbitration. The purpose of this rule is to prevent decision-making about public properties in non-judicial procedures such as arbitration. This rule is relatively accepted in Article 139 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran in the sense that the referral of these disputes to arbitration is possible by the approval of the government or the Islamic Consultative Assembly. Due to the ambiguity in writing and lack of clarity of its basis, this Article has encountered difficulties during the implementation phase. What does the legislator mean by “public and government properties” and “important domestic matters” in this Article and what is the scope of the competence of the government and the parliament in this matter? This article analyzes the Article based on the duality of public properties and believes that the main criterion in understanding this Article is “public properties” and not “public persons” and that the jurisdiction of the Islamic Consultative Assembly is restricted to the “national properties” only in the important internal affairs.

## **Keywords:**

Public Properties, Government Properties, Arbitration, law of Iran, Constitution.

---

\* **Email:** hamed.karami@ut.ac.ir

# **Legal Status of the Non-Muslims with no Scripture in the Light of the Article 14 of the Constitution of of the Islamic Republic of Iran**

**Seyed Mostafa Mirmohammadi Meibodi<sup>1\*</sup> & Firouz Aslani<sup>2</sup>**

1-Assistant professor of university of Meibod

2-Associate professor of university of Tehran

## **Abstract**

Non-Muslim citizens of the Islamic Republic of Iran, in terms of being a believer or not in one of the Abrahamic religions are divided into the People of the Book (Ahl al-Kitāb) and the People with no Scripture. The Islamic jurists have had different opinions about the legal status of the People with no Scripture. Due to the Islamic content of the Islamic Republic of Iran's laws and the controversies regarding the rights of this category of non-Muslims, the study of such issue is of particular importance. The most relevant article of the Iranian Constitution in terms of the People with no Scripture is the Article 14 which clarifies the legal interaction of the state and Muslims with them. This study, while precisely considering the Article 14 of the Constitution aims to explain the human rights of the People with no Scripture and the manner to behave them with good morality and Islamic justice. In this line it is supposed that the People with no Scripture aren't Kafir Harbi just due to hesitation. Besides, based on the existing laws and Fatwas of Imam Khomeini, the legal status of those People with no Scripture who conspire and act against the Islam and the Islamic Republic of Iran has been clarified.

## **Keywords**

People with no Scripture, Article 14 of the Constitution, Human Rights, Kafir Harbi, Right to Life.

---

\* **Email:** mo.mirmohamadi@ut.ac.ir

# **Effects of the Government Possessions over Immovable Properties in the Light of the Guardian Council's Decisions**

Seyed Hasan Alavi Naeini<sup>1\*</sup> Mahdi Abbasi Sarmadi<sup>2</sup>

1-Ph. D student of university of Kharazmi

2-Assistant professor of university of Kharazmi

## **Abstract**

The Plan and Budget Act of 1973 has not taken into account the cost of compensation for the possession of the immovable properties by the government save for standing properties. Such compensation is required by the Statutory Bill on the Purchase and Possession of Lands and Real Estates for the Implementation of Public, Development and Military Plans in 6 Feb 1980. This law is held by the Guardian Council contrary to Sharia, that is, the absolute legal power of the owner to exercise dominion over property (Taslit Rule). Nevertheless, due to the non-retroactivity of the laws, the aforesaid statutory bill is inefficient in determining the price of such lands which has led to conflicts in the judicial verdicts, including the calculation of the price at the time of payment or occupancy day.

## **Keywords**

Possession, Immovable Properties, Government, Ownership.

---

\* Email: hs\_alavi\_naeeni@yahoo.com

# Process and Legal Requirements of the Preparation and Approval of the Development plan Laws; Case Study of the Sixth Plan Bill

Hamed Nikonahad<sup>1\*</sup> & Seyedeh Negar Mousavi<sup>2</sup>

1-Assistant professor of university of Qom

2-Masters student of university of Qom

## Abstract

The approach of the eleventh government in presenting the Sixth Development Plan Bill and the reaction of the MPs to it became a factor for more attention by legal scholars regarding the legal nature of the development plans. This was a turning point to review the legal and procedural bases of the economic, social and cultural development plan laws. Given the subject matter of the development plan bills, which include mid-term and long-term plans in a variety of topics such as macroeconomics, administrative system, agricultural system, public education, social insurance, and so on, the preparation and approval of these bills require the coordination of the Powers in carrying out their duties in this area. According to the current procedure, the development plan should be in accordance with the policies that the leader ratifies after consulting with the Nation's Exigency Council. Subsequently, the content of the bill is prepared and regulated by the government through the Country's Management and Planning Organization. In the end, the legislature is responsible for reviewing the bill and its approval. This paper attempts to consider the disagreement between the government and parliament during the approval of the Sixth Development Plan as a legal case with an analytical method. Hence, the reasons of the MPs as the plaintiffs, and the arguments of the government as the defendant are explored and thereby, the process of preparation and approval of the Sixth Development Plan bill is legally evaluated. Besides, procedural analysis of such challenge, paying attention to the views of the supporters and opponents, and the government's perception of planning indicate that although the government's action was in contrast to its current procedure, but the existing capacities in Articles 43, 126 and 134 of the Constitution provides legal justification for government actions.

## Keywords

Sixth Development Plan Bill, Development Plan Law, Budget and Plan Law, Mid-Term Plans, General Policies of the System, Article 134 of the Constitution, Article 126 of the Constitution, Article 43 of the Constitution, Obliging the Government to Present Bill.

---

\* Email: hamednikoonahad@gmail.com

# **The Evolutions of the Jurisprudential Foundations of the Guardian Council's Precedent regarding the Avenger of Blood's Rights and in cases of Paying the Extra Diya**

**Majid Ghourchibeigi<sup>1\*</sup> & Sohrab Bahadori<sup>2</sup>**

1-Assistant professor of university of Kharazmi

2-Ph. D student of university of Kharazmi

## **Abstract**

The legislator has had two different approaches in terms of paying the Extra Diya (Blood Money) originating from two jurisprudential viewpoints. According to well-known opinion and based on the article 258 of the Islamic Penal Code Act of 1992, Extra Diya if required is paid to the convict before Qisas and its conversion to Diya demands the consent of the convict. However, in accordance with the unpopular opinion and based on the criteria of article 44 of the Hudud and Qisas Act of 1983, and also the article 360 of the Islamic Penal Code of 2014, if extra Diya is required, the avenger of blood is authorized for Qisas with paying that or getting Diya without the consent of the convict. So, with regard to Article 91 of the Constitution, it is necessary to consider the precedent of the Guardian Council as the competent authority to determine the compatibility or inconsistency of laws with Sharia criteria so as to figure out the foundations of the standard Fatwa regarding the implementation of Qisas in cases of Extra Diya. Therefore, in this research through a descriptive-analytic method and with reference to the viewpoints of the Guardian Council's jurists, it is proved that the evolutions in this regard indicate the accuracy and efficiency of the Fatwas of the Guardian Council's jurists in solving the problems of the Judiciary.

## **Keywords**

Avenger of Blood, Qisas, Diya (Blood Money), Extra Diya, Islamic Penal Code, Guardian Council.

---

\* Emeail: majid.beyge@gmail.com

# Contents

■ The Evolutions of the Jurisprudential Foundations of the Guardian Council's Precedent regarding the Avenger of Blood's Rights and in cases of Paying the Extra Diya.....	1
● Majid Ghourchibeigi & Sohrab Bahadori	
Process and Legal Requirements of the Preparation and Approval of the Development plan Laws; Case Study of the Sixth Plan Bill.....	23
● Hamed Nikonahad & Seyedeh Negar Mousavi	
■ Effects of the Government Possessions over Immovable Properties in the Light of the Guardian Council's Decisions .....	47
● Seyed Hasan Alavi Naeini & Mahdi Abbasi Sarmadi	
■ Legal Status of the Non-Muslims with no Scripture in the Light of the Article 14 of the Constitution of of the Islamic Republic of Iran .....	75
● Seyed Mostafa Mirmohammadi Meibodi & Firouz Aslani	
■ Analysis of the Article 139 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran Based on the Nature of Public Properties .....	101
● Hamed Karami & Davoud Mohebbi	
■ Reflection on the Effects of the Judicial Competence of the Head of Judiciary in the Light of its Recognition within the Act on the Organization and Procedure of the Administrative Justice Court.....	123
● Kheirollah Parvin & Hosein Ayene-negini	



In The Name Of Allah the Compassionate the Merciful

# **Public Law Knowledge Quarterly**

**Vol. 7, Winter 2019, No. 22**

**Publisher: Guardian Council Research Institute**

**Responsible Editor: Abbas Ali Kadkhodaei**

**Chief Editor: Siyamak Rahpeyk**

## **The Editorial Board:**

- **Mohsen Esmaeili** (Associate Professor of Private Law, Tehran University)
- **Firooz Aslani** (Associate Professor of Public Law, Tehran University)
- **Gholam Hossein Elham** (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Tehran University)
- **Mohammad Javad Javid** (Professor of Public Law, Tehran University)
- **Sayyed Mohammad Hosseini** (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Tehran University)
- **Vali Rostami** (Associate Professor of Public Law, Tehran University)
- **Siyamak Rahpeyk** (Professor of Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services & Member of Guardian Council Research Institute)
- **Abbas Ali Kadkhodaei** (Professor of Public Law, Tehran University & Member of Guardian Council Research Institute)
- **Farid Mohseni** (Assistant Professor of Criminal Law & Criminology, University of Judicial Sciences and Administrative Services & Member of Guardian Council Research Institute)

---

**Address: Guardian Council Research Institute, No. 12, Dehghaninia Alley,  
Sepahbod Gharani St, Tehran. Iran**

**P.O.Box: 13145-1463**

**Tel: +98 21 88325045 Fax: +98 21 88325080**

**E-mail: mag@shora-rc.ir**

**mag.shora-gc.ir**