

# فصلنامه پژوهش‌های فقهی و حقوقی



**نگاهی نوبه شرکتهای تجاری در قوانین و مقررات مناطق آزاد ایران**

( دکتر ربیعا اسکینی | مجتبی موحدی مرام )

**طلاق بالعوض در نظر فقهاء امامیه مبتنی بر نظر صاحب جواهر و میرزای قمی**

( حجت الاسلام دکتر مصطفی مصطفوی | حجت الاسلام محمد امین کیخافرزانه )

**مقایسه مصلحت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و قانون اساسی جمهوری عربی مصر**

( سید احسان رفیعی علوی | امیر قائدی )

**نصیحت، اعتراض و بغی نسبت به حاکم عادل در نظام ولایی**

( دکتر محمد جواد جاوید | محمد حسین میرحسینی )

**آیادین می تواند مانعی برای انتساب بدون اجازه‌ی اثر غیر به خود، در مالکیت فکری در**

**کشورهای اسلامی باشد؟ ( ترجمه: سعید محبوب )**





صلى الله عليه وآله

فصلنامه علمی - تخصصی

پژوهش‌های فقهی و حقوقی

پژوهشکده مجازی حقوق



دوره دوم  
شماره سوم  
تابستان ۱۳۹۲



## شناسنامه



مدیر مسئول : دکتر عباسعلی کدخدایی

سر دبیر: دکتر عبدالرضا جمالزاده

هیئت تحریریه :

- ۱- عباسعلی کدخدایی ( دانشیار دانشگاه تهران )
- ۲- سید محمد حسینی ( دانشیار دانشگاه تهران )
- ۳- حمید بهرامی احمدی (استاد دانشگاه باهنر کرمان )
- ۴- محسن اسماعیلی (دانشیار دانشگاه امام صادق علیه السلام )
- ۵- محمدجواد جاوید ( دانشیار دانشگاه تهران )
- ۶- حسینعلی مؤذن زادگان (دانشیار دانشگاه علامه طباطبایی(ره) )
- ۷- رضا موسی زاده ( دانشیار دانشکده روابط بین الملل )
- ۸- محمد شعبانی ( دانشیار دانشگاه تهران )
- ۹- عبدالرضا جمالزاده ( دانشیار دانشگاه شهید محلاتی )
- ۱۰- خیرالله پروین ( دانشیار دانشگاه تهران )
- ۱۱- سیامک رهپیک ( دانشیار دانشگاه علوم قضایی )

طراحی و صفحه آرایی : مهدی فلاحیان

\* مسئولیت صحت مطالب و مقالات بر عهده نویسندگان می باشد .

رایانامه : VILAW@AUTLOOK.COM

آدرس : تهران، میدان هفتم تیر، خیابان خردمند جنوبی، نیش کوچه جمال، سازمان بسیج حقوقدانان، مرکز پژوهشکده مجازی حقوق

شماره تماس: ۸۸۴۴۱۷۰۴

قیمت : ۳۵۰۰ تومان

پژوهش‌های حقوقی

مقاله‌های ارسالی باید در زمینه‌ی فقهی - حقوقی و دارای جنبه آموزشی یا پژوهشی و حاصل کار پژوهشی نویسنده یا نویسندگان باشد. مقاله یا بخشی از آن نباید در هیچ مجله‌ای در داخل یا خارج از کشور در حال بررسی بوده یا منتشر شده باشد یا هم‌زمان برای سایر نشریه‌ها ارسال نشده باشد.

مقاله باید دارای (۱)عنوان، (۲) اسامی نویسندگان به همراه عناوین و رایانامه و آدرس ایشان، (۳) چکیده حداکثر در ۲۵۰ کلمه، (۴) کلید واژه شامل ۵ تا ۷ واژه، (۵) متن اصلی، (۶) جمع بندی و نتیجه گیری، (۷) منابع و مأخذ باشد. ترجمه سه موارد (۱) تا (۴) به زبان انگلیسی الزامی است. مقاله‌های برگرفته از پایان نامه‌ها و رساله‌های دانشجویان با نام استاد راهنما، مشاوران و دانشجو و با تاییدیه استاد راهنما و مسئولیت وی منتشر می‌شود.

زبان رسمی نشریه فارسی است (با این حال مقاله‌های به زبان انگلیسی نیز قابل بررسی خواهد بود).

مقاله‌های علمی - مروری و ترجمه شده از زبان‌های دیگر قابل پذیرش نخواهد بود.

نشریه در رد یا قبول، ویرایش، تلخیص یا اصلاح مقاله‌های پذیرش شده آزاد است و از بازگرداندن مقاله‌های دریافتی معذور است. اصل مقاله‌های رد شده یا انصراف داده شده پس از شش ماه از آرشيو مجله خارج خواهد شد و مجله هیچگونه مسئولیتی در قبال آن نخواهد داشت. مسئولیت صحت و سقم مطالب مقاله به لحاظ علمی و حقوقی و مسئولیت آراء و نظرات ارائه شده به عهده نویسنده‌ی مسئول مکاتبات است و چاپ مقاله به معنی تأیید تمام مطالب آن نیست.

مقالات باید در قالب فایل متنی (word ۲۰۰۷) به همراه شماره تماس و رزومه نگارندگان به رایانه فصلنامه ارسال گردد. نگارنده /نگارندگان به همراه مقاله باید فرم مسئولیت (شامل تأیید صحت مندرجات مقاله و عدم ارایه مقاله به مجله‌ی دیگر) را به دفتر مجله تحویل دهند. دستوره‌های نقطه گذاری در نوشتار متن رعایت شوند. به طور مثال گذاشتن فاصله قبل از نقطه (.)، کاما (،) و علامت سوال (؟) لازم نیست، ولی بعد از آنها، درج یک فاصله الزامی است. حداکثر حجم مقاله‌ها همراه با جدول‌ها و نمودارها نباید از ۲۰ صفحه (۶۰۰۰ کلمه) بیشتر باشد. پس از چاپ مقاله نسخه‌ای از نشریه حاوی مقاله مورد نظر به تعداد نویسندگان، برای نویسنده مسئول مکاتبات ارسال خواهد شد.

ارجاعات مجله باید درون متنی باشد و مجله از پذیرش مقالات دارای پانوشت معذور

است. ارجاع همانند (مطهری، ۱۳۶۴ : ۱۲۸)



در صورت مشخص نبودن نویسنده، تاریخ نشر یا ناشر از عبارات های بی نامی تا و بی جا استفاده شود)

\* کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده/ نویسندگان. (سال انتشار). عنوان کتاب. محل نشر: ناشر. نوبت و ویرایش یا چاپ. مانند: طباطبایی مومنی، منوچهر (۱۳۸۴)، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ هفتم.

\* کتابی که به جای مؤلف با عنوان سازمان‌ها یا نهادها منتشر شده است: نام سازمان- یا نهاد. (سال انتشار). عنوان کتاب. محل نشر: مؤلف. نوبت و ویرایش یا چاپ.

0 فصلی از یک کتاب یا مقاله-ای از یک مجموعه مقاله که به وسیله افراد مختلف نوشته شده اما مؤسسه یا افراد معینی آن را گردآوری و به چاپ رسانده اند: نام نویسنده/ نویسندگان. (سال انتشار). عنوان مقاله. در نام گردآورنده (گردآورنده)، نام مجموعه مقالات، (شماره صفحه هایی که فصل کتاب یا مقاله در آن درج شده). محل نشر: ناشر.

0 کتابی که مؤلف خاصی ندارد: عنوان کتاب. (سال انتشار). محل نشر: ناشر. نوبت و ویرایش یا چاپ.

0 کتاب ترجمه شده: نام خانوادگی، نام نویسنده/ نویسندگان. (سال ترجمه). عنوان کتاب به فارسی. نام و نام خانوادگی مترجم/ مترجمان. محل نشر: ناشر.

0 پایان نامه: نام خانوادگی، نام نگارنده پایان نامه. (سال). عنوان پایان نامه. ذکر پایان نامه بودن منبع. دانشگاه.

\* مقاله: نام خانوادگی، نام نویسنده/ نویسندگان (سال) عنوان مقاله، نام نشریه. صاحب امتیاز، سال، دوره یا شماره، شماره صفحه-هایی که مقاله در آن درج شده.

\*مقاله های چاپ شده در روزنامه-ها: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال، روز ماه) عنوان مقاله؛ نام روزنامه، شماره صفحه.

\* مقاله ترجمه شده: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال) عنوان مقاله، (نام و نام خانوادگی مترجم با ذکر عنوان مترجم) نام نشریه-ای که مقاله ترجمه شده در آن درج شده. صاحب امتیاز، سال، دوره یا شماره، شماره صفحه-ها.

\* مقالاتی که دو نویسنده دارند، نام نویسندگان را در یک ردیف به کار ببرید تا امتیاز آنها محفوظ باشد.

• از نویسنده مسئول یا هر دو نویسنده ایمیلشان درج شود.

• حتما بر روی همسان سازی ها از نظر شکل دقت شود.



نگاهی نو به شرکتهای تجاری در قوانین و مقررات مناطق آزاد ایران ..... ۸

( دکتر ربیعا اسکینی، مجتبی موحدی مرام )

طلاق بالعوض در نظر فقهاء امامیه مبتنی بر نظر صاحب جواهر و میرزای قمی ..... ۲۵

حجت الاسلام مصطفی مصطفوی، حجت الاسلام محمد امین کیخافزانه)

نصیحت، اعتراض و بغی نسبت به حاکم عادل در نظام ولایی ..... ۴۱

( دکتر محمدجواد جاوید، محمد حسین میرحسینی )

مقایسه مصلحت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و قانون اساسی جمهوری  
عربی مصر (سید احسان رفیعی، امیر قائدی ) ..... ۵۷

آیا دین می تواند مانعی برای انتساب بدون اجازه ی اثر غیر به خود، در مالکیت فکری در

کشورهای اسلامی باشد؟ ( ترجمه : سعید محبوب ) ..... ۷۸

چکیده به زبان انگلیسی ..... ۹۵





## نگاهی نوبه شرکتهای تجاری در قوانین و مقررات مناطق آزاد ایران

دکتر ربیعا اسکینی  
مجتبی موحدی مرام

### چکیده

تا پیش از تصویب قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی، تنها ملاک تصمیم در موضوعاتی شامل زمان ایجاد شخصیت حقوقی، ترکیب سهامداران آن، امکان حضور اشخاص حقیقی و حقوقی بیگانه در اداره و کنترل شرکت، ضوابط و شرایط عملی تشکیل و ثبت شرکت‌ها در مناطق آزاد ایران و مزایای حضور در این مناطق، قوانین داخلی حاکم بر شرکت‌های تجاری از جمله قانون تجارت، لایحه اصلاحی آن و دیگر قوانین ثبتی بود تا اینکه با تصویب قانون مذکور تحولاتی در عرصه حقوق مرتبط با شرکت‌ها پدید آمد. لذا آنچه در این پژوهش مورد نظر نگارنده قرار گرفته است بررسی تأثیر قوانین خاص مناطق آزاد ایران بر موضوعات حاصل از تأسیس شرکت‌های تجاری در این مناطق و امتیازات و معافیت‌های قانونی حاصله می‌باشد، چرا که ایجاد مناطق آزاد به خودی خود به معنی مستثنی کردن برخی مقررات دست و پاگیر داخلی و فراهم نمودن مشوق‌های قانونی جهت جذب سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی به عرصه‌های اقتصادی این مناطق است.

**واژگان کلیدی:** تشکیل شرکت، ثبت شرکت، مرجع ثبت شرکت، اصل ۸۱ قانون اساسی، تابعیت، مناطق آزاد تجاری



## مقدمه و کلیات

قدیمی ترین بندر آزاد جهان که مشخصاً برای افزایش حجم داد و ستد پایه گذاری شده بود بندر آزاد رومی ها واقع در جزیره دلوس در دریای اژه بود که هدف از ایجاد آن افزایش حجم مبادلات بین مصر، سوریه و شمال آفریقا و آسیا بود. اما اولین منطقه آزاد جهان به مفهوم امروزی بندر آزاد هامبورگ بود که در قرن نوزدهم میلادی در اروپا با انعقاد قراردادی پایه گذاری شد و شرط شده بود صنایع مستقر در بندر هامبورگ نباید با صنایع داخلی رقابت نمایند. (موسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، ۱۳۶۹: ۵۵) در عین حال در خارج اروپا و امریکای شمالی تا سال ۱۹۳۴ منطقه آزاد وجود نداشت که در سال مذکور قانون مناطق آزاد ایالات متحده امریکا تصویب رسید و در سال ۱۹۵۰ اصلاح شد، بطوریکه در سال ۱۹۸۲ در امریکا حدود ۷۰ منطقه آزاد تأسیس شده بود. سپس کشورهای دیگری نیز مبادرت به انجام این امر نمودند که از نمونه های موفق مناطق آزاد امروز جهان می توان به مناطق آزاد چین و مالزی اشاره کرد.

در ایران نیز بر اساس تبصره ۱۹ «قانون برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران» به دولت اجازه داده شد که حداکثر در سه نقطه از مناطق مرزی کشور منطقه آزاد تجاری - صنعتی تأسیس نماید. با تصویب قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران<sup>۱</sup> در سال ۱۳۷۲ گام مهمی در جهت فعال شدن امکانات بالقوه اقتصاد ملی و استفاده از فرصتها و موقعیتهای ویژه راهبردی جغرافیایی کشور برداشته شد و کیش و قشم و چابهار وارد عرصه مناطق آزاد جهان شدند. یک دهه پس از این در شهریور ۱۳۸۲ «قانون ایجاد مناطق آزاد تجاری - صنعتی آبادان و خرمشهر، جلفا و بندر انزلی» به تصویب رسید و در نتیجه مناطق اروند، جلفا (ارس) و انزلی نیز به جمع مناطق آزاد کشور پیوستند تا بر پایه ساز و کارهای قانونی در جهت تحقق اهداف ملی تعیین شده اقدام نمایند.

تأسیس این مناطق به منظور تسریع در انجام امور زیر بنایی، عمران و آبادانی، رشد و توسعه اقتصادی، سرمایه گذاری و افزایش درآمد عمومی، ایجاد اشتغال سالم و مولد، تنظیم بازار کار و کالا، حضور فعال در بازارهای جهانی، تولید و صادرات کالاهای صنعتی و تبدیلی و ارائه خدمات عمومی انجام گرفت. از آنجا که دستیابی به اهداف مزبور خود مدیریتهای پویا را طلب می کرد که بتوانند فارغ از مقررات دست و پاگیر داخلی کار ساماندهی و راه اندازی مناطق آزاد را به انجام برسانند لذا «قانون چگونگی اداره مناطق آزاد



تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران» با لحاظ نمودن اهداف مورد نظر، اداره مناطق آزاد را به سازمانهایی بصورت شرکت با شخصیت حقوقی مستقل موسوم به «سازمان منطقه آزاد» محول نمود. این شرکتها از شمول قوانین و ضوابط حاکم بر شرکتهای دولتی و سایر مقررات عمومی دولتی نیز مستثنی شدند و اداره آن به هیأت مدیره ای متشکل از سه یا پنج نفر محول گردید. تمام این تحولات با هدف تبدیل مناطق آزاد به سکوهای صادراتی کشور و حرکت به سوی اقتصاد جهانی صورت پذیرفت.

از قبل مشخص بود که عمده فعالان مناطق آزاد کشور شرکتهای تجاری خواهند بود، لذا قانونگذار با روشن بینی و بهره مندی از تجارب سایر کشورها، زمینه تحولاتی را در حقوق این شرکتها ایجاد کرد که پرداختن به مقررات ناظر بر شرکتهای تجاری همچون ضوابط ثبت شرکتها در محدوده مناطق آزاد، تسهیلات اقتصادی و معافتهای مالیاتی در نظر گرفته شده برای آنها موضوع مقاله حاضر می باشد. لذا در دو بخش به طرح و بیان تحولات تشکیل و ثبت شرکتهای تجاری در این مناطق و سپس بررسی تسهیلات و معافتهای قانونی موجود در مناطق آزاد خواهیم پرداخت.

### بخش نخست: تحولات قوانین مناطق آزاد در زمینه تشکیل و ثبت شرکتها

در ابتدا اگر بخواهیم تعریفی از مناطق آزاد ارائه دهیم باید بگوییم «منطقه آزاد» قلمرو معینی است که غالباً در مجاورت یک بندر واقع گردیده است که از شمول برخی مقررات عمومی دست و پاگیر کشور متبوع، خارج است و با استفاده از مزایایی مانند بخشودگی مالیاتی و عوارض گمرکی و معافیت از مقررات ویژه صادرات و واردات با جذب سرمایه گذاری خارجی و جذب تکنولوژی مدرن به توسعه سرزمین اصلی کمک کرده و خود نمونه کوچکی برای توسعه یافتگی سرزمین اصلی تلقی می گردد. در عین حال همانطور که پیشتر نیز اشاره شد عمده فعالان مناطق آزاد را شرکتهای تجاری تشکیل می دهند و طبیعتاً آنها هستند که بیشترین بهره مندی را از قوانین تشویقی و حمایتی خواهند داشت. دقت در مقررات مناطق آزاد ایران نشان می دهد که بخشی از احکام راجع به شرکتهای تجاری عملاً همان تکرار مقررات سرزمین اصلی و بیان قواعد عام حقوق شرکتهاست که حتی در صورت سکوت نیز برای مناطق آزاد لازم الرعایه می بودند اما آن بخش از مقررات که اختصاصاً به مناطق آزاد مربوط می گردد از برخی جهات تازگی داشته و بعضی از آنها در عین حال نوعی تحول در تدوین مقررات ثبتی شرکتهای تجاری محسوب می گردد که در این بخش به بیان این تحولات در زمینه ثبت شرکتهای تجاری

در مناطق آزاد ایران خواهیم پرداخت.

## ۱- ایجاد مرجع جدید برای ثبت شرکتهای تجاری

تا قبل از تصویب قانون مناطق آزاد «سازمان ثبت اسناد و املاک کشور» که جزء تشکیلات قوه قضاییه است، تنها مرجع قانونی برای ثبت شرکتهای تجاری محسوب می گردید که در تهران از طریق اداره ثبت شرکتهای و مالکیت صنعتی و در شهرستانها توسط دوایر و یا متصدیانی در ادارات ثبت اسناد و املاک به ثبت شرکتهای تجاری مبادرت می نمود. لیکن با وضع ماده ۲۲ قانون مناطق آزاد و بویژه تصریح ماده ۲ «ضوابط ثبت شرکتهای سازمانهای مناطق آزاد اختیار یافتند که برای به ثبت رساندن شرکتهای تجاری در محدوده این مناطق، واحدهایی موسوم به «واحد ثبت شرکتهای و مالکیتهای صنعتی و معنوی» تأسیس نمایند. ماده ۲۲ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی بیان می کند: «ثبت شرکتهای و مالکیتهای صنعتی و معنوی، همچنین ثبت کشتیها، شناورها و هواپیماها در هر منطقه توسط سازمان آن منطقه با رعایت اصل هشتاد و یکم<sup>۱</sup> قانون اساسی طبق ضوابط مصوب هیأت وزیران انجام می شود». از سوی دیگر هیأت وزیران به استناد اصل یکصد و سی و هشتم قانون اساسی (ماهانامه مناطق آزاد، ۱۳۷۲: ۳۰) و به منظور ایجاد هماهنگی در بین سازمانهای مناطق آزاد وظایف و اختیارات خود را به شورایی با ریاست رییس جمهور و عضویت برخی اعضای هیأت دولت محول نمود. فلذا اکثریت وزرای عضو شورای عالی مناطق آزاد با استفاده از تفویض اختیار هیأت دولت، در جلسه مورخ ۷۴/۲/۴ به وضع مصوبه «ضوابط ثبت شرکتهای و مالکیتهای صنعتی و معنوی در مناطق آزاد» همت گماشته<sup>۲</sup> و زمینه اجرای ماده ۲۲ قانون مناطق آزاد در قسمت مربوط به ثبت شرکتهای و مالکیتهای صنعتی و معنوی را فراهم ساختند. بعلاوه سازمانهای هر منطقه به استناد ماده ۲۲ ضوابط مزبور که می گوید: «دستور العمل اجرایی این تصویب نامه توسط سازمان هر منطقه ... تهیه و به اجرا گذارده می شود»، دستور العمل اجرایی خاصی را برای هر منطقه تصویب نمود. در عین حال هیأت مدیره و مدیر عامل سازمان هر منطقه نیز وفق بندهای «پ» و «ر» ماده ۱۷ اساسنامه سازمانهای مناطق آزاد، اختیاراتی در زمینه چگونگی ثبت شرکتهای دارا شدند.

این واحدها جزء تشکیلات سازمانهای مناطق آزاد و وابسته به قوه مجریه اند که در زمینه ثبت اشخاص حقوقی، مرجعی هم عرض با سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به شمار می روند. بدین ترتیب مقررات مناطق آزاد برای نخستین بار مراجع ثبت



اشخاص حقوقی وابسته به قوه مجریه را در کشور ما پیش بینی نمود. البته این دوگانگی خود در ابتدا سبب بروز اختلافاتی بین سازمان ثبت و شورای عالی مناطق آزاد گردید بطوریکه رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، طی دادخواستی به دیوان عدالت اداری ابطال مصوبات شورای عالی مناطق آزاد را بدلیل مغایرت با قوانین ثبتی کشور درخواست کرده بود لیکن هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۲۳ مورخ ۷۶/۹/۱ تصویب ضوابط ثبت شرکتها و اصلاحیه آن توسط شورای عالی مناطق آزاد را در اجرای ماده ۲۲ قانون مناطق آزاد دانسته و مقررات مزبور را تنفیذ نمود.

بطور کلی واحدهای ثبتی مناطق آزاد از امتیازات این مناطق محسوب می گردند که با سرعت عمل و به دور از بروکراسی معمول در دوایر ثبتی سرزمین اصلی، نقش مؤثری در تسهیل امر سرمایه گذاری ایفا می نمایند. این واحدهای ثبتی باید با توسل به نوآوری و نیز استفاده از تجارب ارزشمند ادارات ثبت سرزمین اصلی به حل و فصل مسائل ثبتی مربوط پردازند و با ایجاد هماهنگی بین مراجع هم عرض نواقص موجود را برطرف نمایند.

## ۲- فراهم ساختن امکان ثبت شرکتهای خارجی در خارج از تهران

ارتباطات تجاری بین المللی ضرورتی است که برای نیل به اهداف مناطق آزاد می بایست همواره مورد نظر واقع گردد. لذا بطور ویژه ای به امکان فعالیت شرکتهای خارجی در این مناطق نگریده شده و در کنار قانونگذار ایرانی که از دیرباز به تدوین قوانین لازم در این خصوص اقدام نموده، مقررات خاصی هم برای تسهیل سرمایه گذاری اشخاص حقوقی خارجی در مناطق آزاد در نظر گرفته شده است. از جمله مهمترین مقررات سرزمین اصلی در بحث فعالیت خارجیان قانون راجع به ثبت شرکتها مصوب ۱۳۱۰/۳/۱۱ می باشد. ماده ۳ قانون ثبت شرکتها، قاعده کلی و اصلی برای روشن کردن وضعیت شخصیت حقوقی شرکتهای خارجی را در سرزمین اصلی بیان می کند.

بموجب این ماده «... هر شرکت خارجی برای اینکه بتواند بوسیله شعبه یا نماینده به امور تجاری یا صنعتی یا مالی در ایران مبادرت نماید باید در مملکت اصلی خود شرکت قانونی شناخته شده و در اداره ثبت اسناد تهران به ثبت برسد.» پس شرکت خارجی در کشور ما بشرطی از شخصیت حقوقی برخوردار می شود که اولاً: در سرزمین اصلی خود شرکت قانونی محسوب شود. ثانیاً در ایران به ثبت برسد. بدین ترتیب یک شرکت خارجی نمی تواند ابتدا به ساکن با تابعیت خارجی برای نخستین بار در ایران

متولد شود بلکه بدو باید در کشور متبوع خود دارای شخصیت حقوقی بوده و با ارائه مدارک لازم این امر را اثبات نموده و سپس در کشور ما به ثبت برسد.

شرکت خارجی از لحظه ثبت در ایران است که شخصیت حقوقی پیدا می‌کند بدین ترتیب قوانین ایران در خصوص زمان آغاز شخصیت حقوقی شرکتها، شیوه دوگانه‌ای را اتخاذ کرده‌اند. یعنی برخلاف شرکتهای ایرانی قبول شخصیت حقوقی برای شرکتهای خارجی متوقف بر ثبت است. باید دقت شود که موجودیت شرکت خارجی در ایران منوط به رعایت هر دو شرط است و با نبود یکی از آنها شرکت خارجی غیرموجود تلقی می‌شود. فی‌المثل در انگلستان «Partnership» شخصیت حقوقی مستقل از شرکا ندارد، بنابراین در ایران هم نمی‌تواند از شخصیت حقوقی برخوردار شود. (اسکینی، ۱۳۷۹: ۷۶) همچنین شخصیت حقوقی شرکت خارجی در کشور متبوع تابع مقررات همان کشور است مثلاً اگر در کشور مزبور شرکتها بدون نیاز به ثبت قانونی شناخته شوند اداره ثبت شرکتهای ایران نیز بدون نیاز به ثبت در کشور مبدأ آن را معتبر خواهد شناخت. ادارات ثبت شرکتهای به استناد ماده ۱۸ «نظامنامه اجرا قانون ثبت شرکتهای» پس از ثبت شرکت خارجی در دفتر، مدرکی بنام «گواهی تصدیق ثبت شرکت خارجی» صادر و به متقاضی تسلیم می‌نمایند. تاریخ صدور گواهی تصدیق ثبت، زمان آغاز شخصیت حقوقی شرکت خارجی در ایران تلقی می‌شود.

در نتیجه شرکتهای خارجی جهت فعالیت در هر نقطه سرزمین اصلی مکلف به ثبت شعبه یا نماینده خود در اداره ثبت شرکتهای تهران می‌باشند. از سوی دیگر برای نیل به هدف جذب سرمایه‌های خارجی در مناطق آزاد لازم است همین دید در قوانین این مناطق نیز وجود داشته باشد. لذا بند ۱-۳ ماده ۳ ضوابط ثبت شرکتهای مالکیت صنعتی امکان ثبت شعب شرکتهای خارجی را در مناطق آزاد بطور ویژه پیش‌بینی کرده است به این ترتیب که ثبت شرکتهای و مؤسسات غیر تجاری ایرانی و خارجی از وظایف واحدهای ثبتی مناطق آزاد محسوب می‌شود و در صورتی که شرکتهای خارجی منحصراً قصد فعالیت در مناطق آزاد را داشته باشند، کافی است به ثبت شعبه یا نماینده خود در واحد ثبتی منطقه مورد نظر اقدام نمایند.

بدین ترتیب در حال حاضر دو مرجع برای ثبت شرکتهای خارجی در کشور ما وجود دارد. ثبت شرکتهای خارجی که قصد فعالیت در سرزمین اصلی را داشته باشند در تهران و ثبت شرکتهای خارجی فعال در مناطق آزاد توسط واحدهای ثبتی مربوط به این مناطق بعمل می‌آید. بدیهی است که شرکتهای خارجی علاقه مند به فعالیت همزمان در



سرزمین اصلی و مناطق آزاد، مکلفند شعب شرکت خود را در هر دو مرجع بطور جداگانه به ثبت برسانند.

در عین حال در مناطق آزاد نیز همانند سرزمین اصلی تأسیس ابتدا به ساکن شرکت خارجی پیش بینی نشده بلکه لازم است این شرکتها بوسیله نماینده یا شعبه اقدام به فعالیت نمایند. تنها استثناء پیش بینی تأسیس موسسه اعتباری غیربانکی خارجی در تبصره ۲ ماده ۱۸ قانون مناطق آزاد است که بدون سابقه در کشور اصلی ابتدائاً در مناطق آزاد ایران تشکیل می‌شود و بر اساس ملاک کنترل تابعیت خارجی دارد.

### ۳- تعیین تاریخ ثبت بعنوان زمان تشکیل شرکت

در حقوق ایران، شرکتهای تجارتي از تاریخ تشکیل دارای شخصیت حقوقی هستند و قانونگذار برای تشکیل هر قسم از شرکتهای هفتگانه پیش بینی شده در ماده ۲۰ قانون تجارت شرایط خاصی را پیش بینی نموده است.<sup>۱</sup> دقت در مقررات مربوط به شرایط تشکیل شرکتهای تجارتي نشان می‌دهد که شرکتهای تجارتي بدون نیاز به ثبت تشکیل می‌شوند و تشریفات ثبت آنها فی الواقع فقط به ثبت رساندن تشکیل شرکت است بر همین مبنا ماده ۵۸۳ قانون تجارت بدون اشاره به قید ثبت، کلیه شرکتهای تجارتي را دارای شخصیت حقوقی دانسته است. استاد ستوده تهرانی معتقد است «همانطور که شناسنامه طفل را بدنیا نمی‌آورد ثبت نیز طبق قانون تجارت ایران مولد شخصیت حقوقی نیست بلکه ثبت شرکت تأیید شرکت است که قبل از ثبت تأسیس شده و شخصیت حقوقی پیدا کرده است». (ستوده تهرانی، ۱۳۷۷: ۳۱۵) مطابق با نظریه شخصیت حقوقی برای شرکت تجاری، با ایجاد هر شرکت، یک شخص حقوقی در عالم پدید آمده که از نام، اقامتگاه، تابعیت، حقوق، دارایی و تعهدات مستقل از شرکا برخوردار است. (صفار، ۱۳۷۳: ۱۶۹) لکن در کشور ما ثبت شرکت، شرط صحت شرکت نیست اما می‌توان ثبت را اماره صحت شرکت و قرینه‌ای بر وجود شخصیت حقوقی آن دانست. علی‌ایحال باید بخاطر سپرد که خلاف این اماره را همواره می‌توان ثابت نمود لذا گفته شده است حتی ثبت شرکت در مرجع ثبت شرکتهای به این معنا نیست که شرکت واقعاً وجود دارد و هرگاه معلوم شود که ثبت شرکت بدون توجه به شرایط تشکیل شرکت انجام گرفته عمل ثبت شرکت عملی باطل تلقی می‌گردد. هرچند به عقیده برخی صاحب‌نظران حقوق تجارت، شرکت تجاری که دارای شخصیت مستقل از شرکاست در موقع تأسیس باید به اداره ثبت شرکتها اعلام گردد تا نامش در دفتر ثبت شرکتها ثبت شود. (نفرشی، ۱۳۷۸:

۸۰) در حقیقت ثبت شرکت تأیید وجود شرکت است که قبل از ثبت تأسیس شده و شخصیت حقوقی پیدا کرده است.

در هر حال مقررات مربوط به زمان تشکیل شرکتهای تجاری به دلیل ناهماهنگی و نیز ایجاد مشکلات متعدد باید مورد بازنگری قرار گیرد. مثلاً وفق مقررات قانونی، شرکت تجاری قبل از ثبت تشکیل شده و دارای شخصیت حقوقی است و اصولاً باید بتواند حقوق خود را اجرا نماید. اما در عمل، عرف تجاری و حتی برخی مقررات دولتی انجام معامله با شرکتهای تازه به ارائه آگهی روزنامه رسمی که پس از ثبت شرکت منتشر می‌گردد، منوط می‌سازند. در نتیجه شرکتهای تجاری علیرغم داشتن اهلیت، قادر به اجرای کامل حقوق خود نمی‌شوند همچنین رویه قانونگذار ما موجب می‌شود که فعالان عرصه اقتصاد بدون رعایت قانون شرکتهایی را ایجاد نموده و معاملاتی را انجام دهند که طبعاً ممکن است عواقب ناگواری را در بر داشته باشد. دشواری تهیه دلیل محکمه پسند برای اثبات وجود شرکتی که بدون ثبت تشکیل شده است، مسأله مشابهت نام شرکتهای و نیز عدم اطلاع اشخاص ثالث از حقیقت وضع شرکتهای طرف معامله از دیگر نتایج منفی قبول شخصیت حقوقی شرکتهای تجاری بدون نیاز به ثبت آنها می‌باشد.

برخلاف مقررات سرزمین اصلی ماده ۹ ضوابط ثبت شرکتهای و مالکیتهای صنعتی و معنوی مناطق آزاد مقرر نموده است اشخاص حقوقی پس از ثبت دارای شخصیت حقوقی خواهند بود و بر اساس قوانین و مقررات حاکم در منطقه فعالیت می‌نمایند. در محدوده این مناطق ثبت شرکتهای تجاری شرط تشکیل آنها محسوب می‌شود و شرکتهای تا قبل از ثبت فاقد شخصیت حقوقی هستند. حال اگر جمعیتی گرد هم آیند و معاملات تجاری انجام داده و بعد از مدتی تشکل خود را به صورت شرکت تجاری به ثبت برسانند معاملات قبل از تاریخ ثبت آنها مربوط به شرکت نیست. این تشکل تا قبل از ثبت حتی مشمول احکام شرکتهای عملی هم نخواهد بود. یعنی ماده ۲۲۰ قانون تجارت فقط در سرزمین اصلی قابل اعمال است زیرا مطابق قانون تجارت شرکت تضامنی بدون نیاز به ثبت دارای شخصیت حقوقی است. پس در غیر مناطق آزاد شرکتهای ثبت نشده فعال در تجارت، شرکت تضامنی قلمداد می‌شوند ولی در محدوده مناطق آزاد شرکت تضامنی به مانند سایر شرکتهای تجاری قبل از ثبت فاقد شخصیت حقوقی است. لذا ماده ۲۲۰ ق.ت در این مناطق قابل اعمال نمی‌باشد (نیک هسجین، ۱۳۷۸: ۱۱۵) و حکم ماده ۹ قانون مذکور در مقایسه با قانون تجارت از جمله مقررات خاص است که قلمرو مکانی آن صرفاً محدوده مناطق آزاد کشور می‌باشد.



دقت در مفاد ماده فوق‌الذکر که تصریح نموده «اشخاص حقوقی پس از ثبت دارای شخصیت حقوقی خواهند بود» حاکی از آن است که حکم مذکور همه اشخاص حقوقی مناطق آزاد از جمله شرکتهای تجارتي را شامل می‌شود زیرا در آن لفظ اشخاص حقوقی بطور عام و مطلق و بدون قید استعمال شده است. بدین ترتیب شرکتهای تجارتي با تمامی اقسام و مصادیق آن در محدوده مناطق آزاد از تاریخ ثبت دارای شخصیت حقوقی بوده و ثبت شرکت شرط صحت آن محسوب می‌شود.

این نحوه نگرش قانونگذار در مقررات میهن ما کاملاً تازگی داشته و برای نخستین بار است که قانونگذار، زمان تشکیل شرکت تجارتي را زمان ثبت آن دانسته است. لذا باید ماده ۹ ضوابط مزبور را تحولی نو و گامی تازه در حقوق شرکتهای تجارتي در ایران بدانیم.

وضعیت نامطلوب رژیم حقوقی زمان تشکیل شرکتهای تجارتي در سرزمین اصلی و اهمیت ایجاد اطمینان در معاملات بازرگاری اصولی در مقررات تشکیل شرکتهای تجارتي را به ضرورتی مبرم و اجتناب‌ناپذیر بدل ساخته است. لذا مناسب‌تر آن است که قانونگذار تاریخ دقیق و روشنی را بعنوان ملاک واحد برای ایجاد شخصیت حقوقی همه اقسام شرکتهای تجارتي و برای کلیه نقاط کشور تعیین نماید که بنظر می‌رسد بهترین تاریخ زمان ثبت شرکت است. این تجربه در کشورهایی نظیر انگلیس، امریکا، فرانسه، و بسیاری از کشورهای جهان با توفیق همراه بوده و لذا در کشور ما نیز با بکار بستن آن می‌توان به ناهماهنگی‌های موجود سر و سامان داد (اسکینی، ۱۳۷۹: ۶۱).

تصویب ماده ۹ ضوابط ثبت شرکتهای و مالکیت‌های صنعتی و معنوی در مناطق آزاد تجاری - صنعتی که ملاک مورد نظر را برای تشکیل شرکتهای تجارتي اعمال نموده این امید را به وجود می‌آورد که قانونگذار در اصلاحات قانون تجارت با وضع مقرراتی مشابه برای همه کشور نابسامانیهای رژیم حقوقی تشکیل شرکتهای تجارتي پایان دهد. باشد که تجربه اجرای موفق این قاعده در محدوده مناطق آزاد روند تغییرات قانون تجارت را در زمینه مورد نظر تسریع نماید.

## بخش دوم: امتیازات و معافیت‌های قانونی تشکیل شرکت‌ها در مناطق آزاد

همانطور که پیشتر عنوان شد یکی از اهداف این تحقیق شناسایی آثار تشکیل شرکت‌ها در مناطق آزاد ایران و امتیازاتی که قانونگذار برای سرمایه‌گذاری در این مناطق مقرر نموده است می‌باشد. طبعاً شناخت این تسهیلات ما را یاری خواهد کرد تا جایگاه



حقوقی شرکت‌ها را در مناطق آزاد بهتر بشناسیم. ضمن اینکه مناطق آزاد با دارا بودن قانون خاص و رویکرد مثبت برنامه چهارم توسعه، پرچمدار اصلاح قوانین در کشور محسوب می‌شود و هنگامی که رویه‌ای در منطقه‌ای از کشور پاسخ مناسبی می‌دهد شایسته است که به آن موضوع در سراسر سرزمین اصلی نیز جامه عمل پوشانده شود. لذا یکی از اهداف و دلایل وجودی این مناطق، استفاده از محیط کوچک و مساعد آنها برای اصلاح ساختاری قوانین حقوقی و اقتصادی و نشر آن به سراسر کشور می‌باشد. بر این اساس در بندهای بعدی با استفاده از قوانین و مقررات مناطق آزاد، مستنداً به شرح ویژگیها و امتیازات تشکیل شرکت و بطور کلی سرمایه‌گذاری در مناطق آزاد خواهیم پرداخت.

#### ۱- معافیت مالیاتی ۲۰ ساله:

یکی از مزایای مهمی که در مناطق آزاد، برای سرمایه‌گذاران و شرکت‌های تجاری در نظر گرفته شده است، معافیت مالیاتی ۲۰ ساله برای دریافت کنندگان مجوز فعالیت اقتصادی می‌باشد.

ماده ۱۳ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری می‌گفت: «اشخاص حقیقی و حقوقی که در منطقه به انواع فعالیتهای اقتصادی اشتغال دارند نسبت به هر نوع فعالیت اقتصادی در منطقه آزاد از تاریخ بهره‌برداری مندرج در مجوز به مدت پانزده سال از پرداخت مالیات بر درآمد و دارایی موضوع قانون مالیاتهای مستقیم معاف خواهند بود و پس از انقضای پانزده سال تابع مقررات مالیاتی خواهند بود که با پیشنهاد هیأت وزیران به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید.» البته با توجه به انقضای مهلت ذکر شده نیاز بود که ادامه روند معافیت فعالان اقتصادی تعیین تکلیف شود که مدت معافیت مذکور با پیشنهاد دولت و به منظور افزایش مزیت سرمایه‌گذاری در این مناطق و با موافقت مجلس شورای اسلامی، به بیست سال افزایش یافت<sup>۱</sup>. همانگونه ملاحظه می‌گردد انواع فعالیتهای اقتصادی که منجر به کسب درآمد و افزایش دارایی گردد از پرداخت مالیات معاف خواهند بود. مشروط بر اینکه این اشخاص اقدام به اخذ مجوز فعالیت اقتصادی نموده باشند. بدین ترتیب بنظر می‌رسد حتی کارمندان و کارگران فعال در منطقه آزاد نیز از پرداخت مالیات تا ۲۰ سال معاف باشند، چرا که ماده مذکور معافیت را شامل اشخاص حقیقی و حقوقی دانسته که به انواع مشاغل اقتصادی اشتغال دارند.



سوالی که در رابطه این ماده مطرح می‌شود این است که فعالیتهای صورت گرفته از زمان ایجاد و تأسیس مناطق آزاد که در سال ۱۳۶۹ صورت پذیرفته تا زمان تصویب قانون اخیر در ۱۳۷۲/۶/۷ نیز مشمول معافیتهای مذکور خواهد بود یا خیر؟ در راستای این موضوع، این استفسار از مجلس محترم صورت گرفت که آیا معافیت مالیاتی موضوع ماده ۱۳ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران در فاصله زمانی میان ایجاد مناطق آزاد و شروع فعالیت تا زمان تصویب قانون یاد شده قابل اعمال است یا خیر؟ که نظر مجلس طی قانون تفسیر راجع به ماده ۱۳ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد در ۱۳۷۴/۱/۲۰ طی ماده واحده‌ای بدین شرح اعلام گردید: «معافیت مالیاتی موضوع ماده ۱۳ قانون فوق‌الذکر در فاصله زمانی میان ایجاد مناطق آزاد و شروع فعالیت تا زمان تصویب قانون یاد شده نیز قابل اعمال می‌باشد». بدین ترتیب این ماده واحده، در خصوص معافیت مالیاتی مذکور، قائل به عطف بماسبق آن تا زمان ایجاد مناطق آزاد تجاری شده است.

## ۲- تضمین و حمایت از حقوق قانونی سرمایه‌گذاری خارجی:

یکی از مهمترین دغدغه‌های سرمایه‌گذاران خارجی در دو دهه اخیر عدم حمایت قانونگذار ایرانی از اصل سرمایه آنان و رایج بودن مصادره (Expropriation) اموال شرکت‌های خارجی در قلمرو کشور ایران بوده است. با وقوع انقلاب اسلامی و شعار محوری استقلال، آزادی، جمهوری اسلامی بسیاری از فعالیتهای شرکت‌های خارجی در ایران از طریق ملی کردن (Nationalization) یا سلب مالکیت اموال متوقف گردید. این هراس بعد از آن برای سرمایه‌گذاران خارجی وجود داشت که در صورت شروع فعالیت، مجدداً چنین وضعی برای آنها پیش آید. از سوی دیگر در سالهای پس از جنگ با رونق گرفتن سازندگی در کشور، توسعه سرمایه‌گذاری خارجی بیش از پیش ضروری به نظر می‌رسید تا از این طریق کشور بتواند از تسهیلات مالی منابع خارجی چه در قالب قراردادهای فاینانس، یوزانس، بیع متقابل و یا شیوه‌های دیگر تأمین مالی بهره‌مند گردد. با اینکه قانون جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی (مصوب ۱۳۳۴/۹/۷) همچنان ملاک عمل واقع می‌شد لکن آنچنانکه باید و شاید، شرایط ورود سرمایه‌های خارجی را مهیا نمی‌نمود، در نتیجه مشکل عدم ورود سرمایه به کشور همچنان ملاحظه می‌شد. تا اینکه این قانون مناطق آزاد بود که ورود سرمایه‌های خارجی و اتباع ایرانی مقیم خارج از کشور را بطور کامل مورد حمایت قرار داد. با تصویب قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری

در سال ۱۳۷۲، اولین قدم در تضمین صددرصدی حقوق قانونی سرمایه‌گذاران خارجی برداشته شد. بر این اساس ماده ۲۱ قانون مذکور، اصلاحی مصوب ۱۳۷۸/۴/۳۰ مقرر داشت: «حقوق قانونی سرمایه‌گذاران خارجی که پذیرش سرمایه آنها به تصویب هیأت وزیران رسیده است مورد تضمین و حمایت است. سرمایه سرمایه‌گذاران مذکور چنانچه در مواردی به وسیله قانون به نفع عموم ملی شود یا اینکه از سرمایه‌گذاران یاد شده سلب مالکیت شود، جبران عادلانه خسارت به عهده دولت می‌باشد.»

در عین حال تبصره ماده ۱۰ مقررات سرمایه‌گذاری در مناطق آزاد، اصلاحی مصوب ۱۳۸۰/۳/۱۹، نیز اشعار می‌دارد: «سرمایه سرمایه‌گذاران خارجی که پذیرش آنها مطابق تبصره ۱ ماده ۶ این مقررات به تصویب اکثریت وزرای عضو شورای عالی مناطق آزاد رسیده باشد، چنانچه در مواردی به وسیله قانون به نفع عموم ملی شود یا اینکه از سرمایه‌گذاران یاد شده سلب مالکیت شود، جبران عادلانه خسارت به عهده دولت جمهوری اسلامی ایران می‌باشد. پرداخت خسارت به مأخذ ارزش بازاری سرمایه‌گذاری بلافاصله قبل از ملی شدن و یا سلب مالکیت خواهد بود و سرمایه‌گذار خارجی باید ظرف مدت سه ماه از تاریخ ملی شدن یا سلب مالکیت تقاضای جبران خسارت را به سازمان منطقه تسلیم نماید.»

در نتیجه می‌توان گفت اصل مهمی که در قوانین مناطق آزاد مورد نظر واقع گردید آن است که سرمایه پذیرفته شده خارجی که رعایت قواعد ورود به این مناطق را نموده، مصادره یا سلب مالکیت و یا ملی نخواهد شد. چنانچه امر مزبور برای حفظ و حمایت از منافع عمومی و به موجب فرآیند قانونی، انجام پذیرد می‌بایست در مقابل آن، پرداخت غرامت مناسب به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه‌گذاری بلافاصله قبل از ملی شدن یا سلب مالکیت صورت گیرد. هر چند صرف تضمین اصل مال و سود آن نمی‌تواند جاذبه فراوانی برای سرمایه‌گذار خارجی باشد و لازم است بسیاری از اصلاحات سیاسی، قانونی و اقتصادی در حیطه مناطق آزاد از جمله امر مهم توسعه زیرساختها جهت افزایش بهره‌وری صورت پذیرد. اما به هر ترتیب یکی از موانع اصلی سرمایه‌گذارهای خارجی بالا بودن ریسک سرمایه‌گذاری است که به وسیله مؤلفه مذکور تا حدودی کاهش خواهد یافت.

تجربه مثبت این رویکرد در مناطق آزاد و تأثیر آن در جذب سرمایه‌های داخلی و خارجی سبب شد که قانونگذار جمهوری اسلامی ایران اقدام به تصویب قانونی جامع در خصوص جذب سرمایه‌گذاری خارجی با عنوان قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی



(FIPPA)<sup>۱</sup> در ایران بنماید که البته اصول این قانون پیشتر در مناطق آزاد تجاری تجربه شده بود و چنین حمایتی در سراسر کشور ضروری به نظر می‌رسید که این امر مهم در سال ۱۳۸۰ صورت پذیرفت.

### ۳- در نظر گرفتن تسهیلات ارزی برای سرمایه‌گذاری:

ورود و خروج آسان ارز و دسترسی به آن با توجه به اهداف سرمایه‌گذاران در مناطق آزاد امری ضروری می‌باشد. اینکه اشخاص حقیقی و حقوقی بتوانند براحتی معاملات ارزی انجام دهند و یا سودهای به دست آمده از سرمایه‌گذاری خود را به شکل ارز از کشور خارج کنند امتیاز مهمی برای آنها محسوب می‌گردد. هر چند دولتها در گسترش معاملات ارزی بین اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی در داخل کشور با موانعی مواجه هستند اما به دلیل تشویق سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی، در مناطق آزاد دنیا می‌بینیم که انتقال ارز براحتی انجام می‌گیرد. مناطق آزاد ایران نیز از این ویژگی مستثنی نیستند و قانونگذار تسهیلات ارزی خاصی را پیش‌بینی نموده است که در ادامه به شرح آن خواهیم پرداخت:

۱- بر اساس ماده ۱۲ مقررات سرمایه‌گذاری در مناطق آزاد تجاری - صنعتی مصوب ۱۳۷۳/۲/۱۹ «خروج سود ویژه و مبالغ مربوط به اصل و منافع حاصل از فعالیتهای اقتصادی سرمایه‌های خارجی و سرمایه‌های ارزی ایرانیان و همچنین مبالغ ناشی از فروش یا واگذاری این گونه سرمایه‌ها از مناطق مجاز است.» که البته برای تحقق این امر لازم است سرمایه‌گذار درخواستی را مبنی بر خروج سرمایه یا سود آن به سازمان هر منطقه ارائه نماید و آن سازمان پس از احراز اینکه مبالغ مورد درخواست برای خروج از مناطق، حاصل به کار انداختن سرمایه ثبت شده سرمایه‌گذاران در موضوع مجوز سرمایه‌گذاری بوده تأییدیه لازم را ظرف یک هفته از تاریخ وصول درخواست صادر می‌نماید.

ماده ۲۰ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد نیز همین مفهوم را به طور کلی‌تری بیان می‌نماید. در این ماده آمده است: «ورود و خروج سرمایه و سود حاصل از فعالیتهای اقتصادی در هر منطقه آزاد می‌باشد.»

۲- آئین‌نامه اجرایی عملیات پولی و بانکی در مناطق آزاد مصوب ۱۳۷۸/۹/۹ پا را از این هم فراتر نهاده و در ماده ۱۰ خود بیان می‌دارد: «نقل و انتقال کلیه ارزها از خارج از کشور به مناطق و از مناطق به خارج از کشور توسط اشخاص حقیقی و حقوقی آزاد است.» هر چند برای حفظ منافع داخلی در تبصره این ماده نقل و انتقال ارز از سایر نقاط کشور

توسط اشخاص مذکور به مناطق و بالعکس تابع مقررات ارزی کشور دانسته شده است.

۳- خرید و فروش ارز نیز در مناطق به آسانی انجام می‌گیرد ضمن اینکه ماده ۹ آئین‌نامه مذکور خرید و فروش کلیه ارزها در مقابل ریال یا سایر ارزها و کلیه معاملات و نقل و انتقالات ارزی در مناطق توسط اشخاص حقیقی و حقوقی را آزاد دانسته، ماده ۱۱ آئین‌نامه می‌گوید: «نرخ خرید و فروش ارزها در مناطق و تبدیل آنها به ریال بر اساس عرضه و تقاضا در بازار آزاد تعیین می‌شود.» البته با توجه به تحولات ارزی اخیر در کشور بانک مرکزی طی بخشنامه ای در مرداد ماه ۱۳۹۱ محدودیتهایی را مقرر نموده که به نظر مخالف با متن و روح قوانین ذکر شده می‌باشد. بر این اساس شعب بانک های مستقر در مناطق آزاد ملزم شدند تا صرفا نسبت به فروش ارز با دریافت هم‌ارز ریالی به نرخ رسمی و انتقال آن در قالب ابزارهای بانکی شامل گشایش اعتبار اسنادی، ثبت سفارش برات اسنادی و حواله به واحدهای تولیدی مستقر در مناطق مزبور جهت ورود مواد اولیه و کلیه کالاهای مورد نیاز خط تولید پس از احراز هویت متقاضی و همچنین ارزیه تاییدیه سازمان مناطق آزاد مبنی بر تولیدی بودن واحد مورد بحث، با رعایت شرایط خاصی اقدام نماید. ([www.itmen.ir](http://www.itmen.ir))

#### ۴- حاکمیت شرایط و مقررات ساده کار:

موضوع دیگری که جزء مزایای مناطق آزاد محسوب می‌شود وضع مقررات ساده اشتغال برای کارگران و کارفرمایان است. به دلیل دست و پا گیر بودن قانون کار جمهوری اسلامی ایران برای سرمایه‌گذاری مناطق آزاد، قانون‌گذار باستناد مجوز ماده ۱۲ قانون مناطق آزاد مصوب ۱۳۷۲/۶/۷، تصویب مقررات مربوط به اشتغال نیروی انسانی، بیمه و تأمین اجتماعی را در صلاحیت هیأت وزیران قرار داده است که وزرای عضو شورای عالی مناطق آزاد بر اساس اختیاراتی که دریافت کردند مقررات مذکور را در تاریخ ۱۳۷۳/۲/۱۹ مصوب نمودند.

در این مقررات نقاط ابهام و مشکل آفرین موجود در قانون کار برطرف شده و کارفرما می‌تواند به راحتی و با فراغ بال به انعقاد قرارداد کار با افراد بپردازد. مواردی از قبیل ابهام در انعقاد قرارداد شفاهی یا کتبی، عدم امکان قطع همکاری کارگر در شرایط آسان، دفاع یک جانبه هیأت‌های حل اختلاف و تشخیص وزارت کار و امور اجتماعی از کارگر و بی‌توجهی به مشکلات کارفرما همه مسائلی هستند که مقررات اشتغال در مناطق آزاد سعی در حل آن داشته و در این امر نیز موفق بوده است. این امر تا جایی پیش رفته



که ممکن است با الهام از تجربه مثبت این مقررات در مناطق آزاد، قانون کار حاکم بر سراسر کشور نیز در آینده‌ای نزدیک توسط مجلس شورای اسلامی اصلاح گردد و همین رویکرد را در سرزمین اصلی اتخاذ نماید.

ماده ۷ مقررات مذکور، قرارداد کار را عبارت از قرارداد کتبی می‌داند فلذا به هیچ وجه استناد به قرارداد شفاهی پذیرفته نخواهد شد.

حتی تبصره ۳ ماده ۷ نیز امکان فسخ یک جانبه قرارداد کار در صورت پیش‌بینی فسخ در قرارداد را مطرح می‌نماید. در این تبصره تصریح شده «در مورد قراردادهای با مدت موقت و یا کار معین، هیچ یک از طرفین مجاز نیست به طور یک جانبه مبادرت به فسخ قرارداد نماید، مگر در موارد پیش‌بینی شده در قرارداد کار». ضمن اینکه فسخ یک جانبه قرار داد ممکن است مورد اعتراض هر یک از طرفین متضرر واقع شود که مرجع حل اختلاف تنها به جبران خسارت حکم می‌نماید و رویه موجود در ادارات کار شهرستانها که عموماً به بازگشت به کار کارگران رای می‌دهند در مناطق آزاد مشاهده نمی‌شود.

در عین حال مراجع حل اختلاف در صورت اخراج کارگر و شکایت او نسبت به این موضوع رسیدگی کرده در صورتی که اخراج کارگر را موجه تشخیص دهد ضمن تأیید اخراج وی، کارفرما را ملزم خواهد ساخت که در قبال هر سال خدمت تنها حقوق ۱۵ روز کارگر را به او بپردازد و اگر اخراج او از سوی هیأت رسیدگی موجه تشخیص داده نشود کارفرما مخیر می‌گردد تا یا کارگر را به کار برگردانده و حقوق ایام بلا تکلیفی وی را بپردازد و یا آنکه در قبال هر سال خدمت، حقوق ۴۵ روز وی را به عنوان خسارت اخراج بپردازد. به هر ترتیب نظر کارفرما در اخراج کارگر محترم خواهد بود. این موضوعات در مواد ۳۳ و ۳۴ مقررات اشتغال بیان شده است.

ضمن اینکه مقررات مزبور امکان اشتغال و بهره‌گیری از اتباع خارجی را پیش‌بینی نموده است. در هر صورت نسبت کارگران خارجی نباید از ده درصد کل شاغلان هر منطقه بیش‌تر باشد و لازم است پروانه اشتغال برای اتباع خارجی توسط واحد کار و خدمات اشتغال در منطقه پس از تشخیص و درخواست سازمان منطقه مربوطه صادر گردد.

نکته جالب دیگری که در مقررات مذکور وجود دارد تعهد اتباع خارجی مشغول کار در مناطق آزاد به آموزش تخصص‌های خود به کارگران ایرانی است.<sup>۱</sup>

#### ۵- امکان ورود اتباع خارجی بدون اخذ روادید:

ماده ۲ مقررات ورود و اقامت اتباع خارجی در مناطق آزاد بیان می‌دارد «اتباع خارجی برای ورود مستقیم به مناطق از طریق مبادی ورودی و خروجی نیاز به تحصیل قبلی روادید نخواهند داشت.» واضح است قانونگذار، با هدف تسهیل در ورود و خروج اتباع بیگانه چنین موضوعی را پیش‌بینی کرده است. بدین ترتیب اتباع خارجی در مبادی ورودی مناطق، بدون اخذ روادید کافی است اسناد مسافرتی خود را ممهور به مهر اجازه اقامت نمایندگان نیروی انتظامی نموده و وارد مناطق شوند.

این اجازه اقامت همانگونه که در تبصره ۳ ماده مذکور آمده است به مدت دو هفته صادر می‌شود و طبق تقاضای سازمان تا شش ماه قابل تمدید خواهد بود.

چنین امتیازی تنها برای مناطق آزاد در نظر گرفته شده است و «اتباع خارجی برای ورود به مناطق متصل به سایر نقاط کشور که امکان ورود مستقیم به آنها مقدور نمی‌باشد باید از نمایندگیهای جمهوری اسلامی ایران در خارج از کشور تحصیل روادید نمایند.»

#### ۶- وضع مقررات حمایتی واردات و صادرات و امور گمرکی:

ماده ۱۴ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد مقرر می‌دارد: «مبادلات بازرگانی مناطق با خارج از کشور پس از ثبت گمرکی از شمول مقررات صادرات و واردات مستثنی هستند و مقررات صدور و ورود کالا و تشریفات گمرکی در محدوده هر منطقه به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید.»

#### الف) تسهیلات واردات کالا به مناطق آزاد:

۱) قاعده کلی در خصوص واردات کالا در مناطق آزاد در ماده ۲ مقررات مذکور . اصلاحی مصوب ۱۳۷۶/۴/۳۰ بیان شده است. این قاعده می‌گوید: «ورود هر نوع کالا به هر یک از مناطق مجاز است.» البته این قاعده، استثنائاتی هم دارد یعنی ورود کالاهایی که به موجب شرع مقدس اسلام یا قوانین کشور که در آنها نام مناطق آزاد تصریح شده باشد، ممنوع است یا اگر بر اساس مقررات ویژه منطقه، غیرمجاز باشد.

هر چند واردات کالاهای ممنوع به شرح فوق، به مناطق آزاد صورت نمی‌گیرد، لیکن بر اساس تبصره بند ۷ ماده ۵ مقررات فوق الذکر «ترانزیت خارجی کالاهای ممنوعه قانونی مستلزم اخذ مجوز از شورای عالی مناطق آزاد می‌باشد.» در نتیجه تنها از این طریق



است که کالاهای ممنوع به جهت ترانزیت به مقصد کشورهای خارجی وارد مناطق آزاد می‌شوند که به استناد قانون این امر می‌بایست در نهایت سادگی و با کمترین تشریفاتی صورت پذیرد.

۲) معافیت از تمام یا بخشی از عوارض گمرکی جهت واردات برخی کالاهای صنعتی و تولیدی

ماده ۵ مقررات مزبور روشهای مجاز ورود کالا به مناطق و وضعیت معافیت یا عدم معافیت عوارض گمرکی را بیان کرده است. بر این اساس بند یک ماده مذکور انواع واردات و شمول عوارض آن را اینگونه مقرر می‌دارد: «۱ - کالاهایی که از خارج یا سایر نقاط کشور و یا دیگر مناطق آزاد تجاری - صنعتی کشور وارد می‌شوند چنانچه از نوع مصالح، ابزار و لوازم ساختمانی برای احداث واحد تولیدی، تجاری، خدماتی، مسکونی و فعالیتهای زیربنایی (به استثنای وسایل تزئینی و مبیل) باشند با تشخیص سازمان منطقه و به میزان مورد نیاز از پرداخت عوارض بندری و فرودگاهی معاف هستند ولی مشمول پرداخت هزینه‌های خدماتی می‌باشند.

۲ - ماشین‌آلات، مواد اولیه، اجزا و قطعات مورد نیاز تولید، تجهیزات و ابزارآلات تولیدی، قطعات یدکی ماشین‌آلات تولیدی، وسایل نقلیه سرمایه‌ای (به استثنای اتومبیل‌سواری و قایق تفریحی) از پرداخت عوارض بندری و فرودگاهی معاف ولی مشمول پرداخت هزینه‌های خدماتی می‌باشند.

۳ - کالاهایی که از خارج یا سایر مناطق آزاد کشور (به استثنای کالاهای موضوع بندهای ۱ و ۲ این ماده) به منطقه وارد و ترخیص قطعی می‌گردند مشمول پرداخت عوارض بندری و فرودگاهی می‌باشند و در صورتی که کالاهای مذکور صدور مجدد شوند صرفاً عوارض بندری و فرودگاهی اخذ شده قابل استرداد خواهند بود -

#### ب) امتیازات صادرات کالا از مناطق:

۱) در خصوص صادرات کالا نیز ضابطه اصلی مجاز بودن صدور کالای ساخته شده در منطقه به خارج از کشور یا دیگر مناطق آزاد و سایر نقاط کشور است؛ چه اینکه مواد اولیه به کار رفته در آن از داخل کشور تأمین شده باشد یا از خارج و یا از دیگر مناطق آزاد.

۲) دومین نکته در زمینه صادرات هزینه بسیار پائین و مراحل ساده برای صدور مجدد کالا می‌باشد. این دیدگاه را ماده ۷ مقررات مذکور عنوان می‌کند و می‌گوید صدور



کالا از مناطق تابع ضوابط تعیین شده به وسیله سازمان منطقه در چارچوب این مقررات است و در نهایت سادگی و با کمترین تشریفات خواهد بود.»

۳) در عین حال امکان صدور کالاهای تولید شده در مناطق آزاد به سرزمین اصلی نیز در چارچوب نظام ارزش افزوده وجود دارد. مقررات مذکور ارزش افزوده را اینگونه تعریف می‌کند: «ما به التفاوت قیمت کالا، پس از کسر ارزش موادی که در تولید آن به کار رفته است» اما بند ۲ ماده ۹ این مقررات اصلاحی مصوب ۱۳۷۳/۵/۳۱ در خصوص این موضوع می‌گوید: «ورود کالای تولید شده در منطقه به سایر نقاط کشور در حد ارزش افزوده به اضافه مواد اولیه داخلی به کار رفته در آن از پرداخت حقوق گمرکی و سود بازرگانی معاف می‌باشد و تنها حقوق گمرکی و سود بازرگانی مواد اولیه و قطعات وارداتی بکار رفته در کالای یاد شده دریافت خواهد شد.» این بند گویای این مطلب است که تنها به مواد اولیه و قطعات وارداتی کالا، عوارض گمرکی تعلق می‌گیرد.

## نتیجه گیری

مناطق آزاد به دلیل حکومت قوانین و مقررات خاص، از اجرای برخی قوانین داخلی معاف و در عین حال مشمول برخی قوانین حمایتی و تشویقی می‌باشند. بر این اساس، در قلمرو مناطق آزاد ثبت شرکت‌ها لازمه تشکیل شرکت قلمداد شده است، این مطلب را ماده ۹ ضوابط ثبت شرکت‌ها در مناطق آزاد بیان می‌دارد. موضوع فوق نه تنها برای نخستین بار مورد نظر قانونگذار ایرانی واقع شده بلکه به تبع آن موجب نسخ ضمنی برخی دیگر از مواد لازم‌الاجرای قوانین تجاری مانند مواد ۲۲۰ قانون تجارت و ۲ ثبت شده است.

از دیگر تحولات مناطق آزاد امکان ورود مستقیم خارجی‌ان به عرصه تولید و سرمایه‌گذاری در مناطق است. در حالی که تفسیر شورای نگهبان از اصل ۸۱ قانون اساسی، حاکی از ممنوعیت ثبت شرکت و مؤسسات خارجی در ایران بود، اما قوانین و مقررات مناطق آزاد، بگونه‌ای دیگر به این موضوع نگریست. بر این اساس در قوانین سرمایه‌گذاری مناطق آزاد الزاماً تشکیل هر شرکت و اخذ مجوز برای آن، کسب امتیاز محسوب نمی‌گردد بنابراین بیگانگان می‌توانند در مناطق آزاد ایران اقدام به تشکیل شرکت بنمایند، بی آنکه امتیازی در موضوع شرکت کسب کرده باشند. در نتیجه دولت نه تنها می‌تواند به خارجی‌ان اجازه تشکیل شرکت بدهد بلکه قادر است از طریق قراردادهای غیر از امتیاز انحصاری و با استفاده از شیوه‌های رقابتی مانند مزایده اجازه فعالیت را به آن‌ها اعطا نماید. در نهایت هم با پرداختن به امتیازات سرمایه‌گذاری در مناطق آزاد، ویژگیهای این موضوع نسبت به سایر



نقاط کشور را مورد اشاره قرار دادیم. امید است با بهره‌گیری از تجارب موجود در عرصه مناطق آزاد به تدریج ورود سرمایه‌های خارجی به کشور تسهیل گردد.

### منابع و مآخذ:

- ۱) اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت شرکت‌های تجاری، جلد اول، چاپ چهارم، سمت، تهران، بهار ۱۳۷۹.
- ۲) اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت شرکت‌های تجاری، جلد دوم، چاپ دوم، سمت، تهران، تابستان ۱۳۷۸.
- ۳) عیسی تفرشی، محمد، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری، جلد اول، چاپ اول، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ۱۳۷۸.
- ۴) ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ چهارم، دادگستر، تهران، پائیز ۱۳۷۷.
- ۵) صفار، محمدجواد، شخصیت حقوقی، چاپ اول، دانا، تهران، پائیز ۱۳۷۳.
- ۶) نیک هشجین، یونس، «نقش ثبت در حیات اشخاص حقوقی در سیستم حقوقی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه مفید قم، سال تحصیلی ۱۳۷۷-۱۳۷۸.
- ۷) «ایرادات شورای نگهبان بر قانون مناطق آزاد تجاری - صنعتی»، ماهنامه مناطق آزاد، شماره ۳۱، شهریور ۱۳۷۲.
- ۸) روزنامه رسمی.
- ۹) مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، مناطق آزاد، چاپ دوم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش بازرگانی، ۱۳۶۹.
- ۱۰) مجموعه قوانین و مقررات بازرگانی و تجاری، تدوین غلامرضا حجتی اشرفی، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
- ۱۱) مجموعه قوانین و مقررات مناطق آزاد تجاری - صنعتی و مناطق ویژه اقتصادی، چاپ اول، ریاست جمهوری اداره تنقیح قوانین و مقررات، تهران، پائیز ۱۳۸۱.

## طلاق بالعوض در نظر فقهاء امامیه مبتنی بر نظر صاحب جواهر و میرزای قمی

حجت الاسلام دکتر مصطفی مصطفوی<sup>۱</sup>  
حجت الاسلام محمد امین کیخافرزانه<sup>۲</sup>

### چکیده:

طلاق در برخی از صور مورد مناقشه و اختلاف بین فقهاء قرار گرفته است و از آن جمله طلاق بالعوض می باشد که از دیدگاه برخی از فقهاء مثل مرحوم صاحب جواهر غیر مشروع و از نظر برخی فقهاء دیگر مشروع و مقبول است به نظر می رسد در طلاق بالعوض تعهد به طلاق در برابر هر چیز دیگر که مالیت داشته باشد قرار می گیرد و هیچ مشکل شرعی و قانونی ندارد و قابلیت اجرای آن در نظام حقوقی ایران چه در قالب عقود معین و چه در قالب عقود غیر معین براساس ماده ۱۰ ق.م. وجود دارد.

### واژه‌های کلیدی:

طلاق بالعوض - ماهیت عوض - طلاق خلع - طلاق مبارات - طلاق در معنی اعم

۱. عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق(ع)

۲. معاون آموزش سازمان بسیج حقوقدانان کشور، عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی(ره)



## مقدمه :

طلاق در نظام‌های حقوقی مختلف به شیوه‌های گوناگون به عنوان یک عمل حقوقی یک طرفه یا دو طرفه برای از بین بردن قید ازدواج و نکاح بین زن و شوهر پیش‌بینی شده در نظام حقوقی ما اصولاً طلاق مبتنی بر اراده‌ی مرد گذاشته شده است و نه زن، لکن تنها در صورت کراهت و ناخوشایندی زن از زندگی زناشویی او می‌تواند با بخشیدن مهریه یا دادن مقداری پول به مرد او را به طلاق دادن تشویق کند که در این صورت طلاق خلع محقق خواهد شد، در این تحقیق مبتنی بر نظرات فقهی و با روش توصیفی تحلیلی این مطلب بررسی می‌شود که اصولاً آیا بدون وجود کراهت و ناخوشایندی در زن او می‌تواند به این علت که بیمار است و یا توان اعمال زناشویی را ندارد و یا بچه‌دار نمی‌شود پولی به مرد دهد تا در مقابل مرد هم او را طلاق دهد؟ و یا اینکه مهرش را به او ببخشد. به همین منظور این سئوالات طرح می‌گردند که ماهیت طلاق بالعوض چیست آیا همان خلع و مبارات است؟ ماهیت عوض در طلاق خلع و طلاق بالعوض چیست؟ و آیا طلاق بالعوض ذاتاً جزء طلاق‌های بائن است یا رجعی؟ در پاسخ به سئوالات فوق به نظر می‌رسد که طلاق بالعوض قسم مستقلی از طلاق است که در آن بدون وجود کراهت زن از مرد، زن مقداری پول به مرد می‌دهد تا در مقابل مرد هم او را طلاق دهد. هم چنین عوض جزء ماهیت طلاق نمی‌باشد بلکه شرط خارج از طلاق است و طلاق بالعوض ذاتاً رجعی می‌باشد لکن می‌توان حق رجوع را مرد اسقاط کند.

طلاق بالعوض توسط فقهائى مثل شهيد ثانی در لمعه دمشقیه و نیز علامه حلی و محقق حلی از متقدمین و فقهائى مثل صاحب جواهر و میرزای قمی در غنائم الایام مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته است لکن در بین حقوقدانان معاصر به ندرت به بررسی ابعاد و زوایای آن پرداخته شده است بنابراین این ضرورت دارد در یک پژوهش فقهی و حقوقی به بررسی دقیق این نوع از طلاق مبادرت شود.

به نظر می‌رسد زمانی که زن مشکل جسمانی دارد و یا بچه‌دار نمی‌شود و یا حتی در صورت تعدد زوجات مرد، او قصد جدایی را دارد راهکار خوبی برای تحقق طلاق می‌باشد. این مقاله در قالب یک پژوهش توصیفی □ تحلیلی و مبتنی بر روش کتابخانه‌ای بوده و سیر مباحث به شرح آتی الذکر می‌باشد: بررسی ماهیت طلاق و موجبات طلاق، انواع طلاق و جایگاه طلاق خلع و مبارات، و سپس ماهیت طلاق بالعوض مورر بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

## ۱. ماهیت طلاق

طلاق در نظام حقوقی ما عمل یک طرفه حقوقی است (ایقاع) که در آن مرد با اعمال اراده‌اش قید نکاح را از بین می‌برد (طلاق: ازاله قید نکاح بغیر عوض بصیغه طالق) شهید ثانی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۶۱۴) و از این طریق هم مرد و هم زن ملزم به رعایت حقوق و تکالیفی که به واسطه ازدواج ایجاد شده است نمی‌باشند پس این نظر که طلاق می‌تواند در حالت خلع و مبارات نوعی معاوضه و مبتنی بر اراده‌ی زن و مرد باشد در حقوق ما مورد پذیرش واقع نشده است (ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی) (۱۱۴۶ قانون مدنی) (۱۱۴۷ قانون مدنی) طلاق مصدر است و به معنی رها شدن آمده و در اصطلاح طلاق ایقاعی است تشریفاتی که به موجب آن مرد، به اذن یا حکم دادگاه، زنی را که بطور دائم در قید زوجیت اوست، رها می‌سازد. از این تعریف خصوصیت‌های زیر استنباط می‌شود: (طاهری، ۱۳۷۵، جلد ۳، ص ۱۰)

۱- طلاق ایقاع است: یعنی تنها به اراده مرد یا نماینده او واقع می‌شود و نیازی به موافقت زن ندارد. درست است که مطابق تبصره ماده ۳ از لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص زن و شوهر می‌توانند درباره طلاق توافق کنند و به استناد همین توافق از رجوع به دادگاه معاف شوند، ولی باید دانست که طلاق به تراضی یا با صدور حکم و اذن دادگاه انجام نمی‌شود. دخالت دادگاه یا تراضی مجوز واقع ساختن و ثبت طلاق در محضر است و در عمل حقوقی اثر ندارد. البته مقصود این نیست که زن هرگز نمی‌تواند درخواست طلاق کند یا رای دادگاه هیچ اثری در وقوع آن ندارد. زن حق دارد که با شرایط معین اجبار مرد را به طلاق بخواهد و دادگاه نیز در چنین موردی حکم به طلاق می‌دهد، ولی نکته در این است که باید بین موجبات طلاق و شرایط و ارکان وقوع آن تفاوت گذارد، در همه موارد، خواه در خواست کننده طلاق شوهر باشد یا زن، مرد باید صیغه طلاق را بگوید و آن را واقع سازد. در مواردی که زن درخواست طلاق دارد، دادگاه شوهر را اجبار به طلاق می‌کند و نمی‌تواند بطور مستقیم نکاح را منحل سازد (ماده ۱۱۲۹ ق.م)، منتها اگر شوهر به اختیار حکم را اجرا نکند دادگاه که مطابق اصول کلی، نماینده قانونی ممتنع است (الحاکم ولی الممتنع) از طرف او زن را طلاق می‌دهد. (بخش اخیر ماده ۱۱۳۰ ق.م)

۲- طلاق عمل تشریفاتی است. ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی در بیان همین شرایط می‌گوید: «طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد.»



۳- طلاق به اذن یا حکم دادگاه واقع می‌شود. طبق تبصره ۲ از ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص، بایستی با تشریفات خاص و پس از رجوع به داوری، از دادگاه اذن به طلاق بگیرد. این اذن در قانون حمایت‌خانواده «گواهی عدم امکان سازش» نامیده می‌شود. ضمانت اجرای تخلف از این حکم در قانون پیش‌بینی نشده‌است، ولی به نظر نمی‌رسد طلاق که بدون اذن دادگاه و خود سرانه واقع شود، باطل باشد.

۴- طلاق وسیله انحلال نکاح دائم است: اگر زناشویی برای مدت معین باشد - نکاح منقطع یا متعه انحلال آن به وسیله بذل مدت از طرف شوهر یا در اثر تمام شدن مدت انجام می‌گیرد. چنانکه ماده ۱۱۲۰ ق. مدنی می‌گوید: «عقد نکاح به فسخ یا بطلان یا بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود.»

## ۱-۲. موجبات طلاق

با اینکه طلاق به اراده شوهر یا نماینده قانونی او واقع می‌شود اما گاه خود او مایل به طلاق دادن زن است و گاه زن از دادگاه می‌خواهد تا شوهر را به دادن طلاق اجبار کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۵، جلد ۱، ص ۳۵۶)

قانون در هر دو مورد، به تناسب درخواست کننده طلاق، اذن یا حکم دادگاه را ضروری دانسته است، بدین معنی که به عنوان مقدمه باید از دادگاه درخواست رسیدگی بشود. این درخواست، در مورد زن باید مستند به دلایل و جهاتی باشد که در قانون برای درخواست طلاق پیش بینی شده است و این جهات قانونی را «موجبات طلاق» می‌نامیم. در قانون مدنی از نظر امکان جدایی، تفاوت کامل بین زن و مرد وجود دارد. در قوانین حمایت‌خانواده سعی شد که آن دو را در وضعی یکسان قرار دهند. با وجود این، چون تفاوت طبیعی زن و مرد امری نیست که با قانون بتوان آن را از بین برد، ناچار در همان امر نیز تفاوت در احکام تا حدودی اجتناب ناپذیر می‌نمود. ولی لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص دوباره نظام قانونی مدنی را با اندک تفاوتی برقرار ساخت. شوهر می‌تواند هرگاه بخواهد زن را طلاق دهد ولی ناگزیر است از دادگاه اذن بگیرد و این اذن در صورتی داده می‌شود که داوران منتخب نتوانند در اصلاح بین آن دو توفیقی به دست آورند ولی برعکس، زن تنها در موردی می‌تواند حکم به اجبار شوهر را از دادگاه بگیرد که موجب مشروعی داشته باشد.

بنابراین موجبات طلاق را بر حسب اینکه مربوط به زن یا شوهر است می‌توان

به دو گروه تقسیم کرد.  
بنابراین طلاق به یکی از طرق ذیل انجام می‌گیرد:

### ۱-۲-۱. طلاق به اراده مرد:

طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، مرد هر وقت که بخواهد می‌تواند زنش را طلاق دهد. و این حکم مبتنی بر فقه اسلام است که اصولاً «اختیار طلاق را به دست مرد سپرده است. و این قاعده را با غلبه احساسات در زن و اینکه در حقوق اسلامی مرد در تشکیل خانواده از سهم بیشتری برخوردار بوده و بار گران مخارج و مسئولیت خانواده بیشتر بر دوش او سنگینی می‌کند و به همین نسبت علاقه‌اش به برهم نखوردن خانواده شدیدتر می‌باشد، توجیه کرده‌اند. (نوری، ۱۳۴۷، ص ۲۲۷) وعده‌ای دیگر در توجیه اختیار مرد در طلاق گفته‌اند: هر زمان که شعله محبت و علاقه مرد خاموش شود، ازدواج از نظر طبیعی مرده است. (مطهری مرتضی، ۱۳۷۴، ص ۲۸۲)

### ۱-۲-۲. طلاق به اراده ی زن

قانون مدنی در موارد خاص به زن اجازه داده که از دادگاه تقاضای طلاق کند. این موجبات از فقه اسلامی گرفته شده است. به موجب مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی، زن در موارد زیر می‌تواند برای طلاق به دادگاه رجوع کند: که اهم آن‌ها عبارتند از: عدم ایفای حقوق واجب، سوء معاشرت، ابتلا به امراض مسری صعب‌العلاج، غیبت بیش از چهار سال، اختیار همسر دیگر بدون رضایت زوجه،

ج) توافق زوجین: در فقه امامیه و قانون مدنی از «طلاق خلع و مبارات» بحث شده است که نوعی طلاق با توافق طرفین است. در طلاق خلع و مبارات زن مالی به شوهر می‌دهد تا از این طریق رضایت شوهر را برای طلاق جلب نماید. طلاق خلع، بر اساس کراهت زن و طلاق مبارات، بر اساس کراهت طرفین واقع می‌شود.

طلاق به عوض، بدون کراهت از ناحیه زن و شوهر را «شهید ثانی» نیز در برخی صور پذیرفته (شرح لمعه، ج ۲، کتاب الطلاق، ص ۱۴۷) و مرحوم میرزای قمی پس از اینکه مدت‌ها با این نظر مخالف بوده است، موافقت خود را با دلایلی چند با نظر شهید ثانی اعلام فرموده است. (غنائم الایام: رساله فی انفراد الطلاق بالعوض عن الخلع، ص ۶۳۵ به بعد) و صاحب جواهر سخت مخالف طلاق به عوض است و می‌گوید ای کاش میرزای



قمی به مخالفت خود با شهید ثانی باقی می‌ماند، و دلایل میرزای قمی را نیز رد می‌کند. (جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۵۵) در حقوق ایران، توافق زوجین نیز یکی از موجبات طلاق است. در بعضی از کشورها مانند فرانسه طلاق به رضایت طرفین را جایز نمی‌دانند و آن را بر خلاف نظم عمومی تلقی می‌کنند. لیکن در همین کشورها هرگاه زوجین با طلاق موافق باشند در عمل تحصیل آن دشوار نیست، چه آنان می‌توانند با ظاهرسازی و استناد به یک علت‌ساختگی مانند زنا یا اهانت‌شدید، حکم طلاق را به دست آورند. در قانون مدنی نیز طلاق به رضایت طرفین تحت عنوان خلع و مبارات به تبعیت از فقه اسلامی شناخته شده است.

د) به موجب ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده مواردی که هر یک از زن و شوهر می‌تواند در خواست طلاق کند:

۱- در صورتی که زن یا شوهر به حکم قطعی به مجازات پنج‌سال یا بیشتر یا به جریمه‌ای که بر اثر عجز از پرداخت، منجر به پنج سال حبس شود و یا به حبس و جریمه‌ای که مجموعاً منتهی به پنج‌سال حبس یا بیشتر شود محکوم گردد و حکم به حبس یا جریمه در حال اجرا باشد.

۲- ابتلا به هرگونه اعتیاد مضر که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانواده خللی وارد آورد و ادامه زندگی زناشویی را غیر ممکن سازد

۳- هر گاه زوج بدون رضایت زوجه همسر دیگری اختیار کند.

۴- هر گاه یکی از زوجین زندگی خانوادگی را ترک کند، تشخیص ترک زندگی خانوادگی با دادگاه است.

۵- در صورتی که هر یک از زوجین در اثر ارتکاب جرمی که مغایر حیثیت خانوادگی و شئون طرف دیگر باشد به حکم قطعی در دادگاه محکوم شود. تشخیص اینکه جرمی مغایر حیثیت و شئون خانوادگی است با توجه به وضع و موقع طرفین و عرف و موازین دیگر با دادگاه می‌باشد.

این موارد، به استثنای مورد سوم که مخصوص زن می‌باشد، هم برای زن و هم برای مرد است و هر یک از زوجین می‌تواند به استناد یکی از موجبات مذکور تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش کند. هرگاه گواهی مزبور به تقاضای زن صادر شود، مرد به دستور دادگاه مکلف خواهد بود با رعایت مقررات قانون مدنی در دفتر رسمی حاضر شده زن را طلاق دهد و اگر حاضر به طلاق دادن زن نشود نماینده دادگاه از جانب شوهر،



زن را طلاق خواهد داد و ذیل سند طلاق را امضا خواهد کرد. البته این ترتیب در صورتی است که مرد ضمن عقد نکاح برای طلاق به زن وکالت نداده باشد. در حقیقت، قانون حمایت خانواده برای اینکه به سنن و مذهب تا حدی احترام بگذارد و به طلاق زنانی که طبق ماده ۱۱ این قانون گواهی عدم امکان سازش به دست می‌آورند صورت شرعی بدهد، از یک فن حقوقی پیش بینی شده در فقه اسلامی و قانون مدنی استفاده کرده و مقرر داشته است که مندرجات ماده ۱۱ قانون بصورت شرط ضمن العقد در سند نکاح (عقدنامه) قید و در این موارد به زن وکالت بلاعزل از جانب مرد برای اجرای طلاق داده شود (ماده ۱۷). بنابراین در صورتی که مرد چنین وکالتی ضمن عقد نکاح به زن داده باشد زن می‌تواند پس از صدور گواهی عدم امکان سازش، خود را از طرف مرد مطلقه سازد. از بررسی موجبات طلاق، به ترتیبی که گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که مواردی که زن می‌تواند تقاضای طلاق کند بیشتر از مواردی است که به مرد اجازه درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش داده شده است.

## ۲. طلاق در بیان فقه امامیه

طلاق در بیان فقه امامیه (که قانون مدنی ما هم مطابق با آن تنظیم شده است) به اقسام زیر تقسیم می‌شود: ۱. طلاق سنی، به معنی ااعم که مقابل طلاق بدعی و حرام است و طلاق سنی به معنی الاخص یعنی مرد زنش را طلاق دهد و سپس او را رها کند تا عده او تمام شود و سپس او را به عقد خود در آورد (با عقد جدید) طلاق سنی به معنی ااعم شامل: طلاق ۱. رجعی، ۲. بائن، ۳. عدی می‌شود. (عده‌ای مثل شهید ثانی طلاق عدی را زیر مجموعه طلاق رجعی می‌دانند)

### ۲-۱. اقسام طلاق

#### ۲-۱-۱. طلاق بائن:

۱. ابتدائاً بینونت دارد (جدایی بدون امکان رجوع در عده) طلاق زنی که با او آمیزش جنسی انجام نشده (غیر مدخول بها)
۲. طلاق زن یائسه که قدرت جنسی ندارد
۳. طلاق زن صغیره (غیر بالغ).



۴. طلاق سوم بعد از دو بار رجعت

۵. طلاق خلع و مباراه که زن به بذل رجوع نکند.

## ۲-۲. ماهیت طلاق خلع و مبارات

خلع و مبارات یکی از اسباب جدایی زن و مرد است همراه با عوض معلوم که از سوی زن به مرد داده می شود با صیغه «خالعتک و بارأتک». لازم به ذکر است که درباره ی ماهیت خلع و مبارات دو نظر وجود دارد:

### ۲-۲-۱. نظر مشهور

نظر مشهور که خلع و مبارات را ایقاع می داند و عوض که زن به مرد می دهد تا او را طلاق دهد را تنها باعث و انگیزه ی ایجاد کردن جدایی و طلاق توسط مرد می داند همچنان که مرحوم صاحب جواهر هم این نظر را تأیید می کند هیچگونه معاوضه ی حقیقی در خلع و مبارات محقق نمی شود. (صاحب جواهر، ۱۳۷۵، جلد ۳۳، ص ۵۴).

### ۲-۲-۲. (نظر شهید ثانی در لمعه و میرزای قمی در غنائم الایام)

نظر شهید ثانی در لمعه و میرزای قمی در غنائم الایام این است که خلع و مبارات ماهیتاً نوعی معاوضه و عقد دو جانبه هستند و عوض را زن می دهد در مقابلش مرد او را طلاق می دهد چنان که اگر زن بعد از جدایی تقاضای استرداد عوض را از مرد کند مرد هم در عده می تواند دوباره به زنش برگردد و طلاق از باین به رجعی تغییر ماهیت می دهد. (شهید ثانی، ۱۳۷۸، ص ۵۱). لکن شهید ثانی در مسالک می گویند طلاق در معنی اعم محقق شده هر چند خلع محقق نشده زیرا این جا مقصود جدایی بوده که حداقل آن واقع شده هر چند مرد حق رجوع در عده را دارد، (شهید ثانی، بی تا، جلد ۲، ص ۵۱)

در واقع صاحب جواهر بر این اعتقاد است که اگر عوض باطل شود کلا خلع باطل می شود و اصلاً جدایی محقق نخواهد شد زیرا مقصود طرفین بر خلع بوده و نه طلاق بدون عوض، پس با توجه به قاعده (ما قصدلم یقع و ما وقع لم یقصد) باید گفت نه خلع واقع شده و نه طلاق (صاحب جواهر، ۱۳۷۵، جلد ۳۳، ص ۵۸).

به نظر می رسد صاحب جواهر طلاق را به معنی اخص مقابل خلع و مبارات می داند بنابراین عدم تحقق خلع را به معنای تحقق طلاق رجعی نمی داند، بر خلاف نظر

شهید ثانی در مسالک الافهام، اما اینکه زن باید به مرد عوض بدهد و این جزء ماهیت خلع است و رجوع زن به عوض موجب بطلان خلع می‌شود با اینکه ایشان ماهیت خلع را نوعی معاوضه نمی‌دانند، در تعارض است. چون برای مرد در حال رجوع زن به عوض، صرفاً انگیزه طلاق از بین رفته است و اراده و قصد که عامل انشاء عقد و ایقاع می‌باشد، همچنان باقی است، پس اصولاً عقد همچنان باید در این صورت باقی باشد و صرفاً حق خیار فسخ برای مرد ایجاد شود.

### ۳. ماهیت طلاق بالعوض (از نظر صاحب جواهر و میرزای قمی)

طلاق بالعوض در کتب فقهی ذیل مبحث احکام طلاق خلع و مبارات بیان می‌شود عده‌ای مثل صاحب جواهر کلاً طلاق بالعوض را چیزی جدا از طلاق خلع و مبارات نمی‌دانند بنابراین عوض را تنها در صورت تحقق شرایط طلاق خلع صحیح می‌دانند (از جمله وجود کراهت و ناخوشایندی از سوی زن) (صاحب جواهر، جلد ۳۳، ۱۳۷۵، ص ۵۵). بنابراین طبق این مبنا طلاق بالعوض تغییری دیگر از طلاق خلع است اما عده‌ای مثل مرحوم میرزای قمی بر این عقیده‌اند که طلاق بالعوض قسم مجزائی از طلاق خلع و مبارات است. (میرزای قمی، بی تا، ص ۶۴۰)

ایشان دو تعبیر را در بیان مطلب می‌آورند اول اینکه طلاق بالعوض در تقسیم‌بندی طلاق بالمعنی اعم یکی از اقسام طلاق می‌باشد در مقابل خلع و مبارات زیرا در خلع و مبارات لزوماً شرایطی وجود دارد که در طلاق بالعوض موجود نمی‌باشند از جمله کراهت زن از شوهر که در طلاق بالعوض شرط نمی‌باشد.

بنابراین طلاق به معنی اعم شامل بائن و رجعی می‌شود، طلاق بالعوض هم ذیل انواع طلاق رجعی قرار می‌گیرد این بدین دلیل است که اولاً کراهت زن در طلاق بالعوض شرط نمی‌باشد در حالی که نظر اجماع فقها برای تحقق خلع و مبارات، لزوم تحقق کراهت زن است دوم اینکه باصیغه انت خالعتک واقع می‌شود و نه با لفظ انت طالق. اما در طلاق بالمعنی الاخص باید گفت طلاق بالعوض جزء خلع محسوب است لکن عوض مذکور به خاطر کراهت زوجه به زوج داده نمی‌شود بلکه علتی دیگر باعث دادن عوض از سوی زوجه می‌شود لکن آثار طلاق خلع مثل عدم رجعی بودن در طلاق بالعوض هم جاری خواهد بود.

انواع طلاق در معنای اعم عبارت‌اند از: ۱- رجعی = طلاق بالعوض، عدی. ۲-



بائن = خلع و مباراه ،

انواع طلاق در معنی اخص عبارت اند از: ۱- طلاق ۲- خلع و مبارات، طلاق بالعوض .

ایشان بعد از بیان این دو تقسیم بندی، تقسیم بندی اول را مورد قبول تر می دانند زیرا لفظ خالعتک و نیز عوض در مقابل کراهت زن در طلاق بالعوض موجود نمی باشند بنابراین باید طلاق بالعوض را یکی از اقسام طلاق دانست که با صیغه انت طالق و بدون لزوم کراهت زن محقق می شود. (میرزای قمی، غنائم الایام، بی تا، ص ۶۴۰).

### ۳-۱. ماهیت طلاق بالعوض از منظر مرحوم میرزای قمی

مرحوم میرزای قمی ۴۰ سال با نظر مرحوم شهید ثانی در لمعه مبنی بر اینکه طلاق بالعوض بدون کراهت زن انجام می شود و بائن هم می باشد مخالف بوده لکن بعد از آن در می یابد که نظر شهید ثانی صحیح است و رساله طلاق بالعوض را می نگارد در این رساله ماهیت طلاق بالعوض یکی از موارد ۵ گانه فرض شده است.

الف. طلاق یک عقد معاوضه حقیقی است که یک عوض طلاق است و در مقابل دیگری (زن) هم مقداری پول را پرداخت می کند به طرف اول (مرد) و اینکه دو طرف ملزم هستند به تعهد خود عمل کنند شامل عموم اوفوا بالعقود خواهد شد بنابراین در مقابل عوض (فدیة) مرد موظف به طلاق دادن زن می شود پس بینویت از عموم اوفوا بالعقود به دست نمی آید بلکه لزوم طلاق از اوفوا بالعقود به دست می آید. یعنی طلاق رجعی است و مرد در عده می تواند رجوع کند لکن طبق قاعده لزوم، ملزم است که زن را طلاق دهد اگر او را طلاق نداد می تواند زن او را اجبار نماید (توسط حاکم) اگر الزام عملی نشد خود حاکم طلاق زن را اجرا می کند.

ب. طلاق در واقع در قالب یک عقد صلح محقق می شود به این صورت که زن در مقابل طلاق دادن مرد، مقداری پول را به او صلح می کند، لکن این صلح عقدی لازم برای طرفین است بنابراین در مقابل طلاق توسط مرد، زن مقداری پول را به او صلح می کند. لکن باز هم طلاق رجعی است و مرد در عده حق رجوع دارد هر چند طبق ادله الزام ملزم به اجرای تعهدش (اجرای صیغه طلاق) می باشد.

ج. هبه معوض: مرد زنش را طلاق می دهد و در مقابل زن هم مقداری مال را به او هبه می کند لکن طلاق شرط ضمن عقد است و در اصل هبه دخالتی ندارد لکن برای

طرف مقابل (مرد) به علت عموم المؤمنون عند شروطهم الزام آور است، و باید طلاق را اجرا کند و گرنه زن می تواند هبه را فسخ کند

د. عقد جعاله: زن در مقابل عملی که شوهر انجام می دهد مالی برای او قرار می دهد بنابراین شوهر زنش را طلاق می دهد و زن هم در مقابل عمل او پولی را به او در آینده خواهد داد، لکن قبل انجام تعهد طرفین، این عقد جایز است. طلاق در ضمن بیع لازم شرط می شود که عموم المؤمنون عند شروطهم موجب می شود که فرد ملزم به طلاق باشد و اگر تخلف از شرط کرد زن می تواند عقد را فسخ کند و به تبع مالش را نیز بگیرد (عوض) و به علت اینکه اصل عقد که لازم باشد شرط هم لازم می شود و مرد موظف به طلاق دادن زن می گردد. (قاعده ی الشروط تابعه للعقود).

ه. شرط ضمن ایقاع: مرد زنش را طلاق می دهد و در ضمن طلاق شرط می کند که زن هم در صورت تحقق طلاق مقداری پول را به او بدهد. در این صورت باید گفت مرد می تواند زن را ملزم به پرداخت کند (مرحوم میرزای قمی، بی تا، ص ۶۴۵). لکن به نظر می رسد می توان به حکم حاکم از اموال زن عوض را پرداخت کرد و اگر پرداخت عوض میسر نشد مرد حق فسخ طلاق را دارد.

این ۶ صورت را مرحوم میرزای قمی برای تبیین ماهیت طلاق بالعوض با این فرض که طلاق بالعوض یکی از اقسام طلاق به معنی الأعم است بیان می کند که در این صورتها طلاق بالعوض کاملاً متفاوت از خلع و مبارات می باشد.

### ۳-۲. نقد و بررسی دو نظریه درباره ی طلاق بالعوض

۱. صاحب جواهر طبق اجماع و نیز آیه ۲۲۹ سوره بقره استدلال می کند که آیه شریفه دادن عوض را دائر مدار کراهت زن از مرد می داند (عوض با کراهت زن رابطه ای مستقیم دارد) و عناوین طلاق حصری هستند و اصلاً طلاق با عنوان طلاق بالعوض که ماهیتی چون معاوضه داشته باشد وجود ندارد پس در صورت وجود اخلاق نیک، نه خلع درست است و مرد هم مالک عوض نخواهد شد و اصلاً جدائی رخ نمی دهد. ایشان خوف تعدی به حدود الهی را علت حصر طلاق در صور مذکور می دانند و می فرمایند در آیه شریفه علت طلاق خلع ترس از انجام حدود الهی است چون زن از مرد کراهت دارد و شاید نتواند حدود الهی را که بر او واجب است انجام دهد مقداری پول به مرد می دهد تا او را طلاق دهد پس تفسیر مضیق، محدودیت را در دادن عوض بیان می کند. بنابراین طلاق



بالعوض مصداق شرعی جز خلع ندارد و طلاق بالعوض در بیان مرحوم میرزای قمی و خلع و مبارات را متباینین می‌نامند. لکن شهید ثانی در مسالک هم خلع را دائر مدار کراهت زن می‌دانند اما می‌گویند می‌توان گفت ادله طلاق بالعوض ماهیتاً از طلاق خلع خارج‌اند هر چند در آثار با طلاق مشترک‌اند اما این نظر را مخالف اجماع فقهای شیعه می‌دانند و در ضمن ایشان می‌گویند اگر شرایط طلاق خلع نباشد طلاق رجعی اتفاق می‌افتد پس ما باین بودن طلاق بالعوض را از کجا و با چه ادله‌ای می‌آوریم حال که ادله طلاق‌های باین محدوداند و محصور؟ (شهید ثانی، بی‌تا، جلد ۲، ص ۵۱).

۲. میرزای قمی در جواب می‌گوید: اولاً ما از طریق ادله کلی اوفوا بالعقود و المؤمنون عند شرطهم لزوم طلاق دادن در برابر عوض را استنباط می‌کنیم و هر چند طلاق بالعوض ایقاع باشد باز ادله مذکور شامل این مورد نیز می‌شود، زیرا لزوم انجام تعهدات شامل ایقاعات هم می‌شود. در مقابل صاحب جواهر جواب می‌دهد که اولاً این ادله شامل ایقاع نمی‌شوند و در ثانی هیچ یک از علماء گذشته به این ادله استناد نکرده‌اند بنابراین ما نمی‌توانیم بدین دلیل طلاق بالعوض را قبول کنیم، (صاحب جواهر، ۱۳۷۵، جلد ۳۳، ص ۵۸). و در واقع می‌گویند مخالف اجماع فقهاست. در جواب باید گفت امروزه تقریباً اکثر حقوقدانان ادله‌ی الزام عقود را به ایقاعات هم تسری می‌دهند. بنابراین می‌توان به پاسخ صاحب جواهر خدشه وارد کرد.

### ۳-۳. ماهیت عوض در طلاق بالعوض

میرزای قمی در یک تحلیل جامع می‌گویند:

۱. در حالتی که ما ماهیت عوض در طلاق بالعوض را هبه معوض بدانیم، باید دانست عوض خارج از ماهیت عقد هبه است و به عنوان یک شرط ضمن هبه ذکر می‌شود بنابراین مثل طلاق خلع عوض جزء ماهیت طلاق نمی‌باشد دوماً اینکه در هبه هم می‌توان شرط عینی هم دینی نمود بنابراین شرط طلاق هم یک فعل حقوقی است (طبق ماده ی ۸۰۳ قانون مدنی) و قابلیت شرط کردن ضمن هبه را دارد حال که ماهیت هبه و طلاق دو چیز متفاوت‌اند و البته باید گفت اصلاً به معنای تشریح در دین نیز نمی‌باشد بلکه شرط ضمن عقد هبه، به عنوان هبه معوض الزام آور است و این الزام از قواعد عمومی دریافت می‌شود.

۲. اگر ما ماهیت عوض را در ضمن عقد صلح و یکی از عوضین عقد صلح هم

بدانیم باز هم عوض داخل در ماهیت طلاق نمی‌باشد در عقد صلح هم می‌توان همه چیز را تا حدی که حرامی حلال نشود و یا حلالی حرام نشود موضوع عقد صلح قرار داد پس طلاق را هم به عنوان یک عمل حقوقی می‌توان یکی از عوضین در صلح قرار داد و دادن عوضی توسط زن به مرد را به عنوان عقد صلح باید مطرح کرد و نه اینکه آن را تشریح در دین و یکی از مصادیق خلع بدانیم. (میرزای قمی، بی‌تا، غنائم الایام، ص ۶۴۴).

۳. عقد جعاله: در عقد جعاله زن در مقابل کاری که مرد انجام خواهد داد (عمل حقوقی طلاق) مقداری پول به او می‌دهد که باز عوض را زن به علت عقد جعاله به مرد می‌دهد و مرد هم به علت الزام موجود در عقد جعاله است که باید زن را طلاق دهد پس عوض از ماهیت طلاق خارج است و از این جهت نه تشریح در دین است و نه طلاق بالعوض را زیر مجموعه طلاق خلع قرار می‌دهد بلکه طلاق بالعوض را شامل عمومات احکام طلاق رجعی قرار می‌دهد.

۴. طلاق در ضمن یک بیع اگر شرط شود هم باید گفت عوض مذکور به علت بیع رد و بدل می‌شود و الزام به طلاق دادن توسط مرد هم شامل اصل کلی المؤمنون عند شروطهم است پس باز هم عوض در ماهیت طلاق دخیل نمی‌باشد.

۵. شرط ضمن ایقاع، اینکه ما ضمن ایقاع (طلاق) شرط عوض کنیم شامل قواعد کلی عقود و ایقاعات می‌شود که طبق آن‌ها ما اگر شرط خلاف مقتضی عقد نکنیم و غیر مشروع هم نباشد آن شرط مورد قبول است و لازم الاجرا برای مشروط له می‌باشد.

۶. عقد معاوضه: در عقد معاوضه ما هر چیز که نامشروع نباشد را می‌توانیم مورد معاوضه و مبادله قرار دهیم بنابراین باز هم عوض برای مرد در مقابل طلاق مقرر می‌شود لکن باز هم عوض خارج از ماهیت طلاق می‌باشد و به علت عموم قواعد عقد معاوضه مرد ملزم به طلاق دادن زن می‌شود.

### ۳-۴. نقد و بررسی نظر مرحوم صاحب جواهر درباره اثر طلاق خلع و مبارات در مقایسه با طلاق بالعوض

بیان صاحب جواهر مبنی بر اینکه تنها در خلع و مبارات است که عوض جزء ماهیت طلاق است در بیان میرزای قمی هم تأیید می‌شود و ذکر ادله‌ی بالا دلالت می‌کند که زن در قالب یک عقد خارج لازم است که عوضی را به مرد می‌دهد تا او را طلاق دهد و شامل عموم اوفوا بالعقود می‌شود و به نظر می‌رسد مناقشه صاحب جواهر بر اینکه



ادله‌ی الزام شامل این مورد نمی‌شود قابل خدشه است و ایشان برای بیان خود دلیل خاصی ذکر نکرده‌اند. (صاحب جواهر، ۱۳۷۵، ج ۳۳، ص ۵۸). فخر المحققین و شهید ثانی هم به این نکته اشاره دارند که اگر عوض جزء ماهیت طلاق باشد جایز نمی‌باشد خارج از خلع و مبارات تحقق یابد لکن عوض در طلاق بالعوض یک شرط خارج از ماهیت طلاق می‌باشد پس بنابراین با اصل قواعد طلاق تنافی ندارد. (میرزای قمی، بی تا، ص ۶۴۱). طلاق خلع و مبارات که بر مبنای کراهت زن از مرد است جزء طلاق‌های بائن محسوب می‌شود و اثر این است که مرد نمی‌تواند به همسرش در زمان عده و یا بعد آن جز از طریق انعقاد عقد جدید نکاح رجوع کند.

بنابراین بائن بودن جزء ذات طلاق خلع و مبارات است زیرا مرد پولی را دریافت می‌کند تا نتواند دیگر به زنش رجوع کند زیرا زن از مرد و زندگی زناشویی خود کراهت دارد و اینکه مرد بتواند باز هم در زمان عده رجوع کند خلاف مقتضی و اراده‌ی دادن عوض از سوی زن است، مگر اینکه خود زن عوض را درخواست کند در این صورت طلاق از بائن بودن به رجعی بودن تغییر ماهیت خواهد داد زیرا می‌توان گفت زن با درخواست عوض داده شده به مرد گویی از اراده‌ی خود مبنی بر کراهت از مرد و درخواست جدایی از او صرف نظر کرده است پس علی‌الاصول مرد هم از زنش کراهتی نداشته و تنها به خاطر دریافت عوض راضی به طلاق دادن او شده است باید حق رجوع داشته باشد اما در طلاق بالعوض با آن تعبیری که آن را تحلیل کردیم از منظر میرزای قمی باید گفت اولاً طلاق بالعوض ماهیتاً با طلاق خلع متفاوت است، و ادله الزام طلاق بالعوض شامل قواعد عمومی قراردادها می‌شود مثل (اوفوا بالعقود) (المؤمنون عند شروطهم). ولی طلاق خلع شامل ادله شرعیه خاص مثل آیه ۲۲۹ سوره‌ی بقره می‌باشد، که ذاتاً بائن فرض شده است لکن همچنان که میرزای قمی در رساله طلاق بالعوض می‌گویند (میرزای قمی، بی تا، ص ۶۴۸). باید قواعد حاکم بر طلاق بالعوض را شامل طلاق بالمعنی الاعم دانست بنابراین چون طلاق‌های بائن حصر شرعیه دارند پس طلاق بالعوض با صیغه انت طالق از سوی مرد با اراده‌ی یک طرفه مرد اعمال می‌شود و ذاتاً رجعی است، بنابراین ما طلاق بالعوض را ذاتاً بائن نمی‌دانیم که لازم باشد آن را به قول (صاحب جواهر، ۱۳۷۵، جلد ۳۳، ص ۵۶). صاحب جواهر ذیل طلاق خلع بیاوریم و بعد بگوئیم خلع دائر بر کراهت است حال که در طلاق بالعوض لزوماً کراهتی از سوی زن وجود ندارد و طلاق بالعوض مخالف اجماع و آیه ۲۲۹ بقره می‌باشد و از این طریق ما طلاق بالعوض را خارج از خلع و مبارات می‌دانیم و الزام



مرد به طلاق دادن با یکی از طرق مذکور مثل عقد جعاله و یا هبه معوض و غیره ایجاد می‌شود ولی طلاق ذاتاً رجعی است مگر اینکه مرد ضمن طلاق و یا ضمن عقد اصلی حق خود بر رجوع به همسرش را اسقاط کند که در این صورت بینیت طلاق بالعوض تنها به معنای اسقاط حق رجوع است و نه اینکه بگوئیم ذاتاً این طلاق بائن باشد بنابراین بیان صاحب جواهر که می‌گویند طلاق بالعوض جعل شرعی است با این توضیحات رد می‌شود و نیز قبلاً گفتیم ماهیت عوض در طلاق بالعوض جزء ذات طلاق نمی‌باشد بلکه یا شرط ضمن عقد یا شرط ضمن ایقاع است و حال اینکه طلاق خلع اصولاً مبتنی بر دادن عوض از سوی زن (عوض جزء ذات خلع و مبارات است) و تحقق عنصر کراهت زن است پس با این تعبیر به نظر می‌رسد بیان میرزای قمی درباره‌ی طلاق بالعوض نه به معنای جعل شرعی باشد و نه به معنای اینکه لزوماً باید طلاق بالعوض را ذیل طلاق خلع مطرح نمود، بلکه یک طلاق خاص است و کاملاً با ادله شرعی مطابقت دارد.

### نتیجه‌گیری :

دو نظر برجسته درباره‌ی طلاق بالعوض در فقه امامیه مطرح شده است و بنابر تحلیل بزرگانی مثل مرحوم صاحب جواهر طلاق بالعوض همان طلاق خلع است که لزوماً در آن عنصر کراهت زوجه از زوج باید تحقق پذیرد و خارج از آن، اولاً: طلاق بائن وجود ندارد که همراه با پرداخت عوض از سوی زوجه باشد. ثانیاً: ماهیت عوض نیز جزء ماهیت طلاق خلع است و نمی‌شود ما از طریق شرط ضمن عقد و یا ایقاع دیگری آن را منعقد کنیم زیرا ادله لزوم عقد در ایقاعات جاری نمی‌شوند.

لکن شهید ثانی و میرزای قمی بر این عقیده‌اند که طلاق بالعوض یکی از اقسام طلاق است که قواعد عمومی طلاق بر آن حاکم است و نه قواعد خلع و مبارات و با صیغه انت طالق رخ می‌دهد بدون لزوم وجود کراهت از سوی زن نسبت به همسرش، بنابر این ادله‌ای مثل بچه‌دار نشدن و یا مشکلات جسمانی و ...، عوض در طلاق بالعوض جزء ماهیت طلاق نمی‌باشد بلکه یکی از عوضین عقد و یا شرط ضمن عقد و یا ایقاع است و طلاق به عنوان یک عمل حقوقی توسط مرد مورد تعهد قرار می‌گیرد در ازاء دریافت آن عوض. این طلاق ذاتاً رجعی است (زیرا طلاق‌های بائن محدود هستند و نمی‌توان در دین تشریح



کرد زیرا این‌ها ادله خاص دارند لکن تنها می‌توان از طریق اسقاط حق رجوع از طرف مرد به نوعی رجوع را منتفی کرد و در واقع اثر طلاق باین را بر آن بار کرد. و ادله‌ی الزام مرد به طلاق زن هم از طریق قواعد عمومی مثل (المؤمنون عند شروطهم) و (اوفوا بالعقود) به دست می‌آیند و نه از ادله‌ی طلاق و به نظر می‌رسد استدلال‌های میرزای قمی در رساله الطلاق بالعوض بسیار قوی و مقبول می‌باشند و جواب‌های اشکالات و خدشه‌های وارده کاملاً متین و مستحکم در این رساله داده است.

### منابع:

قرآن کریم

### منابع فارسی

۱. امامی، حسن (۱۳۷۲) حقوق مدنی، ج ۵، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
۲. روزنامه کیهان، شماره ۱۰۸۴۶، ۱۲ آبان ۱۳۵۸
۳. صفایی، سید حسین و اسد... امامی (۱۳۷۰) حقوق خانواده، ج ۱، تهران، چاپ مؤسسه نشر دانشگاه تهران.
۴. طاهری، حبیب‌الله (۱۳۷۵) حقوق مدنی، جلد ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵) حقوق مدنی خانواده، جلد ۱، تهران.
۶. مطهری، مرتضی (۱۳۷۴) نظام حقوق زن در اسلام، قم: صدرا.
۷. نوری، یحیی (۱۳۴۷) حقوق زن در اسلام و جهان، تهران: موسسه مطبوعاتی فراهانی.

### منابع عربی

۱. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۳۷۰) وسایل الشیعه - ج ۱۵، ص ۳۳۹، باب ۲۹ از ابواب مقدمات طلاق، بیروت، دار التراث العربی.
۲. شهید ثانی (۱۳۷۸) شرح لمعه، ج ۲، کتاب الطلاق، قم، موسسه انتشارات دار العلم
۳. عاملی زین دین بن نور دین (شهید ثانی) (بی تا) مسالک الافهام الی التقیح شرائع الاسلام، ج ۲ (چاپ قدیمی)، (چاپ جدید جلد ۹) چاپ مؤسسه معارف اسلامی قم.
۴. قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۵) جامع الشتات، کتاب الطلاق، تهران، کیهان.
۵. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۳۷۷) شرایع الاسلام، جلد ۲، تهران، المكتبة العلمیة الاسلامیة.
۶. میرزای قمی، غنائم الایام (بی تا) رساله فی انفراد الطلاق بالعوض عن الخلع (چاپ سنگی) رساله طلاق بالعوض.
۷. نجفی، محمد حسن (صاحب جواهر) (۱۳۷۵) جلد ۳۳ (چاپ جدید) قم، چاپ مؤسسه معارف اسلامی).

## نصیحت، اعتراض و بغی نسبت به حاکم عادل در نظام ولایی

دکتر محمدجواد جاوید<sup>۱</sup>  
محمدحسین میرحسینی<sup>۲</sup>

### چکیده:

یکی از مسائلی که در حکومت‌های مختلف جدا از این که نوع حکومت چه باشد مطرح می‌شود مسئله نظارت بر ارکان حکومت است. یکی از ارکان حکومت ولایی، حاکم عادل یا ولی فقیه می‌باشد. در آغاز شاید به اشتباه این‌گونه فرض شود که ولایت مطلقه فقیه بدین معنا می‌باشد که فرد و نهادی بر ولی فقیه نظارت ندارد در حالیکه این‌گونه نمی‌باشد و در مقابل نه تنها نهادی برای نظارت به کار ولی فقیه در نظر گرفته شده است به نام مجلس خبرگان رهبری بلکه با توجه به متون دینی و سخنان باارزش معصومین مردم هم به صورت مستقیم حق نصیحت و امر به معروف و نهی از منکر حاکم را دارند. در اینکه مردم حق نصیحت حاکم را دارند شکی باقی نمی‌ماند اما اینکه در صورت نگرفتن نتیجه حق اعتراض دارند یا نه باید مورد بررسی قرار گیرد و در صورتیکه حق اعتراض دارند این اعتراض چه زمانی رنگ و بوی بغی به خود می‌گیرد.

### واژه‌های کلیدی:

حاکم عادل، مردم، امر به معروف و نهی از منکر، نصیحت، اعتراض، بغی.



## مقدمه

یکی از موضوعاتی که در مسئله حکومت مطرح می‌شود، رابطه حاکم و مردم می‌باشد. همان‌گونه که از عنوان بحث برداشت می‌شود، حیطة بحث ما نظام ولایی می‌باشد که این نظام در میان حکومتها یک سری شاخصه‌های به خصوصی دارد که آن را از مابقی حکومتها متمایز می‌کند. از آن جمله اعتقاد به دینی بودن حکومت و اجرای دستورات شریعت در حکومت می‌باشد. حاکم این نظام ولایی باید دارای یکسری شرایطی باشد از جمله: فقیه بودن، عادل بودن و ... نقش مردم در نظام ولایی در ایجاد حق برای حاکم نمی‌باشد بلکه نقش آنها در مرحله اجرای حق ولایت برای فقیه جامع شرایط می‌باشد. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، قسمتی از این نقش مردم، در مجلس خبرگان نهادینه شد یعنی مردم خبرگان را انتخاب کنند و سپس خبرگان فقیه‌ی را که دارای شرایط لازم می‌باشد را شناسایی کند.

پس یکی از رابطه‌هایی که میان حاکم و مردم در نظام ولایی می‌باشد همین انتخاب خبرگان رهبری می‌باشد. یکی دیگر از مباحثی که مطرح می‌شود مسئله نظارت مردم بر حاکم عادل می‌باشد. در اینجا این مسئله که حاکم عادل چه شرائطی را باید دارا باشد و اینکه در صورت عادل بودن مردم می‌توانند بر او نظارت داشته باشند و دایرة این نظارت تا چه حدی است مطرح می‌شود. آیا در حکومت ولایی ساختاری برای این نظارت در نظر گرفته شده است یا نه؟ در صورت مثبت بودن پاسخ آیا خارج از این ساختار هم می‌توان نظارت کرد یا نه؟

مسئله مشورت و نصیحت و امر به معروف و نهی از منکر از موضوعات نزدیک به بحث ماست که در متون دینی ما مطرح شده‌اند. علاوه بر سخنان گوهربار پیامبر و ائمه علیهما السلام آنها به خصوص پیامبر و امیرالمؤمنین علیهما السلام نیز بر این مسئله تأکید می‌کند. با توجه به نکات ذکر شده در این جا سؤالاتی مطرح می‌شود که به آن اشاره می‌شود: آیا نظارت مردم بر حاکم عادل پذیرفته شده است؟ آیا این نظارت فقط در حد امر به معروف و نهی از منکر و نصیحت است و یا فراتر می‌رود؟ در صورت عدم افاقه نصیحت آیا مردم می‌توانند اعتراض کنند؟ دامنه این اعتراض تا کجا می‌باشد؟ آیا نظام ولایی ساختاری برای این نظارت مردمی در نظر گرفته است؟ در صورت وجود ساختار آیا مردم خارج از این ساختار می‌توانند عمل کنند یا خیر؟ در صورت خارج شدن حاکم از



عدالت آیا حیطة دخالت مردم به سرنگونی حاکم و حکومت می‌رسد یا نه؟ در صورت حق اعتراض مردم مرز آن با مسئله بغی در کجاست؟ علاوه بر مباحث مذکور، بحث شورش یا نافرمانی مدنی نیز یکی دیگر از مباحثی است که در این حوزه مطرح می‌شود و اینکه آیا امکان نافرمانی مدنی در حکومت حاکم عادل اسلامی وجود دارد؟ در جامعه اسلامی ممکن است افراد غیرمسلمانی نیز زندگی می‌کنند که اهل ذمه باشند، آیا این گروه نیز حق نصیحت یا اعتراض یا نافرمانی مدنی را دارند یا نه؟

در این زمینه متون دینی ما مشورت و امر به معروف و نهی از منکر و نصیحت حاکم مباحثی مطرح کرده است و بحث نافرمانی مدنی هم بیشتر در فضایی متأثر از حقوق غرب مطرح می‌شود. اما به صورت مستقل در کتب مختلف و حقوق اساسی به این مباحث پرداخته شده است و بیشتر در مورد نقش مردم در حکومت که در مرحله اجرایی کردن حق ولایت برای ولی فقیه مطرح می‌شود، سخن گفته شده است. این موضوع به صورت پراکنده و به مناسبت‌های مختلف و به صورت کوتاه در کتابهایی با موضوع ولایت فقیه، حکومت اسلامی و حقوق مردم در حکومت اسلامی مطرح شده است.

یکی از عواملی که باعث شده است این موضوع انتخاب شود، ادعای برخی از غربیان و سرسپردگان داخلی آنهاست مبنی بر اینکه نظام ولایی یک دیکتاتوری است و مردم در آن هیچ‌گونه حقی ندارند، در حالیکه با توجه به متون دینی ثابت خواهد شد که مردم در حکومت اسلامی و ولایی حقوقی دارند که در نظام‌های ظاهراً متمدنی غربی وجود ندارد. این تحقیق به صورت کتابخانه‌ای و با مراجعه به متون موجود در مورد این مسئله قصد تحلیل شرایط موجود را دارد که جنس داده‌های آن کیفی می‌باشد و در طبقه‌بندی از نظر بنیادی و کاربردی در زمره طبقه بنیادی قرار می‌گیرد. بالاخره وضعیت رابطه مردم و حاکم عادل در این مورد در سه فصل نصیحت حاکم عادل، اعتراض به حاکم عادل و نافرمانی مدنی یا شورش، مورد بررسی قرار می‌گیرد و در آخر نتیجه‌ای از کل تحقیق گرفته می‌شود.

## فصل اول: نصیحت حاکم عادل

نصیحت بیان جملاتی از روی خیر خواهی می‌باشد. (فرهنگ دهخدا) رابطه حاکم و مردم را اگر بخواهیم با رویکرد نظارتی در متون دینی جستجو کنیم با ادبیاتی مثل نصیحت حاکم، امر به معروف و نهی از منکر وی رو به رو می‌شویم. مثلاً در قرآن از ویژگی‌های



مؤمنان آورده است. «امروا بالمعروف و نهوا عن المنکر» (سوره حج، آیه ۴۱) این معنا در آیات دیگری (سوره آل عمران، آیات ۱۰۴ و ۱۱۴، سوره توبه آیات ۷۱ و ۱۱۲) از قرآن نیز آمده است.

همانگونه که در متون فقهی آمده است امر به معروف و نهی از منکر دو حالت زبانی و عملی دارد. (شهید ثانی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۴۵۳) که در اینجا بحث ما بر روی قسمت زبانی آن می‌باشد. و با توجه به اطلاقی که در آیه شریفه وجود دارد حکم آن شامل مردم در برابر حاکم نیز می‌شود. از طرف دیگر در سیره پیامبر صلی الله و علیه و آله و حضرت امیر نیز این دیده می‌شود علاوه بر تأکید فراوانی که در سخنان این دو بزرگوار دیده می‌شود. در این دیدگاه مردم حق دارند که بر کار حاکمان نظارت کنند و در مورد تصمیماتشان از آنها توضیح بخواهند و آنها موظفند که به سؤالات مردم پاسخ دهند. مردم حق دارند که در صورت دیدن رفتار و عمل خلاف معمول از طرف والی، نسبت به وی ظنین شوند و این والی است که باید در جهت رفع سوءظن‌ها وقایع را برای مردم شرح دهند.

امام علی علیه السلام به مالک اشتر اینگونه می‌نویسند: «اگر رعیت بر تو گمان ستم برد، عذر خود را آشکارا با آنان در میان گذار و با این کار از بدگمانیشان درآر». (نهج البلاغه، ۱۳۸۱، ص ۵۸۷) محمد همان‌گونه که از کلام امام مشخص می‌شود حاکم ملزم به پاسخگویی به مردم می‌باشد یعنی در صورتیکه مردم احساس کردند حاکم از مسیر حق خارج شده است و او را نصیحت کردند و به راه درست راهنمایی کردند، حاکم ملزم است به سخن آنها توجه کند علاوه بر آن اگر جوابی دارد به آنها پاسخ دهد و آنها را از وضعیتی باخبر کند.

این مسئله یعنی نظارت مردمی و امر به معروف و نصیحت حاکم توسط مردم در صدر اسلام نیز سابقه داشته است. مرحوم نائینی می‌فرماید: «در صدر اسلام، استحکام این دو اصل و مسئولیت مربوط به آنها بجائی رسیده بود که حتی خلیفه ثانی با آن ابهت و هیبت بواسطه یک پیراهن که از حله یمانیه بر تن پوشیده بود، چون قسمت آحاد مسلمین از آن حله‌ها به آن اندازه نبود، در فراز مبنی استیضاح شد و در جواب امر آحاد، لاسمعاً و لاطاعه شنیده و با ثبات آنکه پسرش عبدالله قسمت خود را به پدرش بخشید و آن پیراهن از این دو سهم ترتیب یافته است، اعتراض ملت را فرو نشاند». (به نقل از فصلنامه کتاب نقد، ۱۳۷۷، ص ۲۵۵)

همانگونه که دیده می‌شود علاوه بر مستندات قرآن و روایی، سنت پیامبر و

حضرت علی علیه‌السلام و همچنین فضای جامعه اسلام، این حق را برای مردم ثابت و مشروع می‌دانستند که حاکم خود را نصیحت و امر به معروف کنند و در مقابل حاکم نیز جوابگو باشد.

مرحوم نائینی در جای دیگری پا را فراتر نهاده و نظارت را تکلیف مردم می‌داند: «چه از وظایف حسبه بودن وظایف سیاسیة اولاً و بالذات، مسلم است و عموم ملت از این جهت مالیاتی که می‌دهند، حق مراقبت و نظارت دارند، و از باب منع از تجاوزات، در باب نهی از منکر، مندرج است به هر وسیله که ممکن شود بر همگان واجب است و تمکن از آن در این باب به انتخاب ملت متوقف است.» (همان، ۱۳۷۷، صفحه ۲۷۶)

برای بررسی این مسئله می‌توانیم به آراء و سیره امام خمینی رحمه الله علیه نیز رجوع کنیم. اهمیت آراء امام به این دلیل است که علاوه بر فقیه بودن ایشان به عنوان اولین فقیهی که اقدام به تشکیل حکومت کرد تجربه عملی نیز دارا می‌باشد. ایشان می‌فرمایند: «هر فردی از افراد ملت حق دارد که مستقیماً در برابر سایرین، زمامدار مسلمین را استیضاح کند و او باید جواب قانع کننده دهد. در غیر این صورت اگر بخلاف وظایف اسلامی خود عمل کرده باشد، خود به خود از مقام زمامداری معزول است.» (مقصود رنجبر، ۱۳۸۲، ص ۱۴۴)

از این سخن امام نیز به خوبی جایگاه بحث مشخص می‌شود. امام در سخن خود می‌فرماید «افراد ملت» در حالیکه ممکن است عده‌ای از افراد این ملت مسلمان نباشند حال وضعیت آنها چه می‌شود آیا آنها هم از این حق برخوردارند یا خیر؟ در اینجا باید تقسیم‌بندی‌ای مدنظر قرار گیرد. غیر شیعه ممکن است مسلمان اهل سنت باشد یا صاحب ادیان دیگر و یا کافر. در مورد اهل سنت که امام می‌فرماید: «در جمهوری اسلامی همه برادران سنی و شیعه در کنار هم و با هم برادر و در حقوق مساوی هستند» (سیف الله حرامی، ۱۳۸۵، ص ۷۸) پس در مورد مسلمانان می‌توان گفت که از حقوق یکسانی در این زمینه برخوردارند. مابقی را نیز می‌توان به اهل ذمه و غیر اهل ذمه تقسیم کرد. اهل ذمه کسانی هستند که می‌توانند با بستن پیمان دائم با حکومت اسلامی از حقوق معینی برخوردار شوند. این دسته کسانی هستند که پیرو یکی از ادیان مسیحی، یهودی و مجوسی باشند. (شهید ثانی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۴۴۲)

«امام در پاسخ پرسش چگونگی حقوق اقلیتها در جمهوری اسلامی عموماً بر حق همه آنها به عنوان یک شهروند ایرانی که طبعاً در چهارچوب قوانین معین می‌آید تأکید



کرده‌اند. فقط در مواردی مانند توطئه و مضر به حال مملکت بودن را استثنا کردند.» (همان، ص ۷۵) در مورد اهل ذمه هم باید گفت که در حیطة حقوق اختلافی که اصل ۱۳ به آن اشاره کرده حق نظارت دارند و می‌توانند نظرات خود را با حاکم اسلامی در میان بگذارند و در مابقی موارد نیز مانند دیگر شهروندان حق نظارت دارند. در مورد کافران غیر اهل ذمه باید گفت که طبق اصل ۱۴ قانون اساسی دولت و مردم موظف به رعایت اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی درباره آنان می‌باشند و حقوق انسانی آنها مدنظر قرار بگیرد.

در کل می‌توان نتیجه گرفت اسلام افراد امت اسلامی را چه مسلمان و چه غیر مسلمان را به دید کرامت نگریسته و این حق یعنی نصیحت حاکم را به آنها داده است در صورتیکه این افراد در مقابله با نظام اسلامی نباشند «به تعبیر روشن‌تر، همه افراد و گروههایی که مشمول اصل چهاردهم قانون اساسی هستند جزء ملت ایران و دارای همه آن حقوق و آزادی‌هایی هستند که در فصل سوم قانون اساسی تحت عنوان حقوق ملت آمده است» (عباسعلی، عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ص ۲۵۰)

تا اینجا بیشتر از دید دینی و مذهبی به مسئله نگریسته شد حال می‌خواهیم به سراغ مسئله نظارت در قانون اساسی برویم. این مسئله در اصل هشتم قانون اساسی آمده است: «در جمهوری اسلامی ایران دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ی است همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت، شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون معین می‌کند» همان‌گونه که در متن اصل هشتم قانون اساسی دیده می‌شود صراحتاً به این نظارت در الب امر به معروف و نهی از منکر اشاره شده است و منظور از دولت در این اصل همان معنای اعم آن یعنی حکومت می‌باشد پس ناظر بر حاکم اسلامی نیز می‌باشد. «به طور کلی همه انواع نظارت که ز سوی مردم به طور مستقیم مانند رأی دادن و شرکت در انتخابات انجام شده و یا غیر مستقیم مانند نظارت موضوع اصل ۵۷ قانون اساسی به لحاظ اینکه رهبر به طور غیرمستقیم منتخب مردم است اعمال می‌شود از مصادیق دعوت به خیر محسوب خواهند شد.» (عباسعلی عمید زنجانی و ابراهیم موسی زاده، ۱۳۸۹، ص ۷۷)

نظارت را می‌توان به بخش‌های مختلفی تقسیم کرد: نظارت حقوقی، نظارت سیاسی، نظارت اداری، نظارت قضایی. حال با تعمیم معنای سه واژه خیر، معروف و منکر به این نتیجه می‌رسیم که ماهیت نظارت عمومی از نوع نظارت حقوقی نیست چون مفهوم کلمات مذکور به واجب و حرام و به طور کلی موارد مذکور در قانون اختصاص ندارد بلکه همه عملکردها و رویکردهای دولت (به معنای اعم) را در برمی‌گیرد. به این ترتیب این





نوع نظارت را باید نظارتی سیاسی دانست و از ویژگی‌های نظارت سیاسی می‌توان به این موارد اشاره کرد: ۱- نظارت شخصی و فردی ۲- نظارت فراقانونی ۳- فقدان ضمانت اجرا ۴- مشخص نبودن مسئول ۵- اختلاف نظر در ارزیابی سیاسی ۶- فقدان مرجع رسمی برای رسیدگی.

باید توجه کرد در مورد امر به معروف و نهی از منکر، حاکم اسلامی بعضی از این ویژگی‌ها صدق نمی‌کند زیرا یک نهادی برای این نظارت در مراحل بالاتر شکل گرفته است به نام خبرگان رهبری، که مردم به صورت غیرمستقیم نظارت می‌کنند علاوه بر این خبرگان موظف است به پیشنهادات و گزارشات مردمی نیز توجه کند و آنها را در صورت صحت پیگیری کند.

در نتیجه می‌توان این‌گونه گفت که امر به معروف و نهی از منکر در مراحل اولیه و مردمی یک نظارت سیاسی است اما در صورت راهیابی به مجلس خبرگان یک نظارت حقوقی می‌باشد.

«اصل ۲۳ قانون اساسی، به طور غیرمستقیم ضمن تصریح به آزادی عقیده و مصونیت افراد نسبت به اعتقادات فردی، به مصونیت بیان که ناشی از مصونیت عقیده است، اشاره دارد» همان، ص ۸۴ (قاعدتاً یکی از اشکال آزادی بیان، ابراز عقیده و نصیحت به حاکم اسلامی است بنابراین اصل ۲۳ قانون اساسی نیز مؤیدی بر این حق مردم در مقابل حاکم می‌باشد. اصل دیگری که ما می‌توانیم برای استناد از آن استفاده کنیم، اصل ۲۴ قانون اساسی است که طبق آن صراحتاً، نشریات و مطبوعات را در بیان مطالب آزاد شمرده مگر مواردی که مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشد. بنابراین مردم می‌توانند از طریق مطبوعات به امر به معروف و نهی از منکر حاکم بپردازند. همان‌گونه که گفته شد فقط این آزادی نباید به مبانی اسلام ضربه وارد کند.

پس نظارت مردم از طریق نصیحت و امر به معروف و نهی از منکر، بوسیله ادله شرعی، سخنان و سیره امام خمینی رحمه الله علیه و اصول قانون اساسی تأیید شده در عمل با توجه به اینکه از زمان مطرح شدن این مباحث یعنی صدر اسلام و عملی شدن آن پس از ۱۴۰۰ سال با یک فترت زمانی وجود دارد، و در طول زمان ساختارها و نهادهای مربوطه شکل نگرفته‌اند و اوضاع و احوال جامعه و حکومت نسبت به زمان صدر اسلام تغییر کرده است، و ارتباط مردم با حاکم مانند آن زمان نمی‌باشد به دلیل ضروریات روزگار، بنابراین برای اینکه این نوع نظارت تبدیل به یک نظارت حقوقی شود نهادی به عنوان مجلس خبرگان رهبری در نظر گرفته شده است که در فصل بعد به آن رسیدگی خواهد شد.



## فصل دوم: اعتراض به حاکم اسلامی

اعتراض را می‌توان این‌گونه تعریف کرد: قول یا فعلی که فرد بوسیله آن ابراز نارضایتی می‌کند. در واقع حلقهٔ میان نصیحت و نافرمانی می‌باشد یعنی شدت آن از نصیحت بیشتر است اما به معارضت و مخالفت عملی در حد نافرمانی هم نمی‌رسد. این حالت زمانی صور می‌گیرد که افراد جامعه از نصیحت و امر به معروف و نهی از منکر خود نتیجه‌ای نبینند. در اینجا وارد مرحله بعدی یعنی اعتراض می‌شوند. طبق ادله‌ای که برای اثبات نصیحت آورده شد، امکان اعتراض به حاکم اسلامی نیز می‌باشد اما این در حدی است که ثبات و نظم و امنیت جامعه اسلامی به هم نخورد و گرنه وارد مرحله نافرمانی مدنی خواهد شد.

در اینجا برای بررسی چگونگی اعتراض به مبحثی که در فصل گذشته مطرح شد می‌پردازیم و آن نظارت ساختاری می‌باشد. همان‌گونه که گفته شد در صدر اسلام به دلیل بسط بودن جامعه و عدم به وجود آمدن نهادهای گوناگون امکان نصیحت و امر به معروف و نهی از منکر به صورت مستقیم وجود داشت. اما با مرور زمان و پیچیده شدن نهادهای جامعه کم کم امکان این امر به صورت مستقیم محدود شد. پس از انقلاب، یکی از نهادهایی که به وجود آمد مجلس خبرگان رهبری است. یکی از وظایفی که بر عهده آن گذاشته شده است پیگیری همین مسئله می‌باشد.

زمانی که بخواهیم امکان نصیحت و امر به معروف و نهی از منکر را عملی کنیم با مشکلاتی رو به رو می‌شویم که از آن جمله می‌توان به این موارد اشاره کرد: ۱- با توجه به اینکه قانون اساسی فقط به اصل مسئله پرداخته است و چگونگی و حدود و کیفیت آن را به قانون عادی ارجاع داده است، بنابراین قبل از مشخص شدن جزئیات آن توسط قانون عادی امکان اجرا پیدا نمی‌کند. ۲- از آنجایی که در صورت عملی شدن این عمل، این نوع نظارت، نظارتی نهادینه شده نمی‌باشد، حالتی اخلاقی به خود می‌گیرد و نمی‌توان مجموعه مردم را به عنوان نهادی نظارتی، موظف به این کار کرد و در صورت سرباز زدن از این کار آنها را مورد بازخواست قرار داد. ۳- نه تنها ضمانت اجرایی از سوی مردم وجود ندارد بلکه از طرف حاکمان نیز که مخاطب مردم قرار می‌گیرند هم ضمانت اجرایی وجود ندارد به دلیل گستردگی و تعداد زیاد ناظران امکان پاسخ‌گویی به مطالبات در این زمینه، از طرف رهبری یا هر مقام دیگری غیرمقدور می‌باشد. ۴- هر چه بر تعداد ناظران افزوده شود، کار از نظر کیفی افت می‌کند حال اگر زمانی را در نظر بگیریم که ناظران میلیونی

هر کس از نظر خود نسبت به حاکم در صدد انجام وظیفه امر به معروف و نهی از منکر باشند، همچنین نظارتی هیچ وقت دقیق، تخصصی و کارآمد نخواهد بود. با توجه به اشکالاتی که مطرح شد شاید بهترین راهی که برای عملی کردن نصیحت و امر به معروف و نهی از منکر نسبت به حاکم پیش روی ما قرار بگیرد، اعمال این نظارت از طریق مجلس خبرگان است. خبرگان علاوه بر وظایف تشخیص رهبری و نظارت بر او طبق آیین نامه داخلی مجلس خبرگان یکی از وظایف کمیسیون تحقیق کسب اطلاعات در زمینه موارد مطرح شده در اصل ۱۱۱ قانون اساسی می باشد. به موجب ماده ۳۳ این آیین نامه «کمیسیون تحقیق موظف است هرگونه اطلاع لازم را در رابطه با اصل ۱۱۱ در محدوده قوانین و موازین شرعی تحصیل نماید، همچنین نسبت به صحت و سقم گزارشات رسیده در این رابطه تحقیق و بررسی کند و در صورتی که لازم بداند با مقام معظم رهبری در این زمینه ملاقات نماید» تبصره همین ماده، دبیرخانه خبرگان را مأمور تسلیم گزارشات به کمیسیون تحقیق کرده است. بنابراین از این طریق مردم می توانند هم نصیحت و امر به معروف خود را به نمایندگان خود در خبرگان و یا دبیرخانه منتقل کنند تا پس از بررسی در کمیسیون تحقیق به صورت تخصصی، مواردی را که صحیح تشخیص داده شد، از طریق این کمیسیون به رهبر منتقل شود. این یک نوع نظارت مردمی غیر مستقیم می باشد و در اینجا است که نظارت سیاسی مردمی با نظارت حقوقی مجلس خبرگان با هم گره می خورند.

از طرف دیگر با توجه به مباحث مطرح شده در فصل اول و ضرورت پذیرش امر به معروف و نهی از منکر از سوی حاکم، پسندیده است که دفتر مقام معظم رهبری نیز بخش ویژه‌ای را برای دریافت انتقادات و پیشنهادات مردم که مضمون نصیحت را در برمی گیرد تأسیس کند تا علاوه بر مسیر غیرمستقیم خبرگان، انتقال دیدگاهها به صورت مستقیم هم امکان پذیر باشد و مردم بتوانند وظیفه خود را انجام دهند.

ارتباط مطالب مطرح شده در مورد نظارت غیرمستقیم مردم با اعتراض آنها در این می باشد که اعتراض هم همانند نصیحت در متون دینی راهکار ساختاری و نظام‌مندی ندارد و در آغاز اسلام به صورت مستقیم بوده است به دلیل اینکه امکان برقراری رابطه مستقیم میان حاکم و مردم بوده است اما با توجه به شرایط امروزی و عدم امکان ایجاد رابطه مستقیم میان حاکم و مردم بهترین راهکاری که به نظر می رسد از طریق مجلس خبرگان می باشد یعنی مردم اعتراضات خود را به گوش نمایندگان خود و یا دبیرخانه مجلس خبرگان برسانند تا در مسیر رسیدگی قرار داده شود.



از طرف دیگر می‌توان راهکار دیگری نیز برای رساندن اعتراض خود به حاکم اسلامی در قانون اساسی پیدا کرد. که در اصل ۲۷ به آن اشاره شده که آن هم از راه تجمع و راهپیمایی می‌باشد. طبق اصل ۲۷ «تشکیل اجتماعات و راه پیمایی‌ها، بدون حمل سلاح، به شرط آنکه محلّ به مبانی اسلام نباشد، آزاد است» در این اصل دو شرط برای آزادی تجمع آمده است، یکی عدم حمل اسلحه، که در اینجا مواردی مانند نافرمانی مدنی از طریق شورش و ضدیت مسلحانه از شمول اصل خارج می‌شود و دیگری عدم اخلال به مبانی اسلام است که در واقع به این نکته اشاره می‌کند که این تجمع نباید با ماهیت نظام اسلامی در تعارض باشد. تشکیل اجتماعات یا در تأیید دولتهاست و یا در راستای نقد و اعتراض بر عملکرد آنها و در هر دو صورت اعمال دولت‌ها قابل نظارت بوده و ناشی از نتیجه‌گیری از نظارت مردمی بر اعمال حکومت و دولتمردان است» و این نوع نظارت از اقسام نظارت سیاسی می‌باشد.

تشکیل اجتماعات با اهداف سیاسی و نشان دادن موافقت یا مخالفت خود در تاریخ اسلام نیز سابقه دارد. یکی از موارد آن اعتراض جمعی مسلمانان به عملکرد خلیفه سوم در مراحل اولیه بود که با توجه به خارج شدن خلیفه از معیار حق مسلمانان به صورت گروهی دست به اجتماع زده و اعتراضات خود را به گوش خلیفه رساندند. می‌توان این‌گونه گفت که ادله‌ای بر جواز اعتراض به حاکم وجود دارد که به دلیل عدم کارایی عملکرد مستقیم، یک مسیر غیر مستقیم توسط مجلس خبرگان در نظر گرفته شده است و علاوه بر این، اصل ۲۷ قانون اساسی نیز راهکار آزادی تجمع‌هاست و راهپیمایی را در نظر گرفته است. (همان، صفحه ۸۹)

## فصل سوم: بغی و نافرمانی مدنی

مسئله بغی و نافرمانی زمانی پیش می‌آید که مراحل قبلی یعنی نصیحت و اعتراض کارساز نیاید و این مسئله را می‌توان از زوایای گوناگونی بررسی کرد. اگر بخواهیم با دید دینی به مسئله نگاه کنیم، شورش و اقدام عملی بر علیه حکومت دارای دو حالت است یا بر علیه حاکم عادل است که در ادبیات دینی به آن بغی گفته می‌شود و یا بر علیه حاکم جور. برای مثال می‌توان به دو واقعه قیام امام حسین علیه السلام و قیام مردم مدینه بر علیه عثمان اشاره کرد. در هر دو این قیام‌ها حاکم جامعه از راه عدالت و اسلام خارج شده بود و قیام‌کنندگان برای حفظ اسلام و جامعه اسلامی راه دیگری جز قیام در پیش رو نداشتند. اما قیام در مقابل حاکم عادل در متون بغی ناروا

شمرده شده است و جرم محسوب می‌شود. شهید اول در کتاب القواعد و الفوائد مسئله شورش مردم علیه حاکمی که با آن بیعت کرده‌اند را مطرح می‌کند و در صورت عدول حاکمان از تعهدات خود برای اقامه عدل و روی آوردن به ظلم و ستم، قیام و شورش را تجویز و آن را به عنوان تنها راه حل اصلاح می‌داند. علامه حلی هم بحث بغی را در دو قسم بررسی کرده، قسم اول شورش علیه حکومت عدل که آن را بغی ناروا می‌داند و قسم دوم شورش بر علیه امام جائز می‌داند که این قسم را بغی مجاز می‌داند.

قیام و شورش برای تغییر ساختار نظام حاکم، نوعی نظارت سیاسی است و هنگامی بروز می‌کند که مردم در خصوص اصلاح حاکم و یا نظام حاکم به بن‌بست رسیده باشند. تمامی راههای اصلاح طلبانه هم بسته یا بی‌فایده باشد. یکی از دلایلی که برای نظارت سیاسی بودن آن می‌توان به آن اشاره کرد این است که موضوع براندازی برای هیچ نظامی قابل پیش‌بینی حقوقی نیست و حداکثر مطلبی که در قانون‌های اساسی بدان اشاره شده است بازنگری قانون اساسی می‌باشد و ایجاد تحولات اساسی از راه قانونی تنها به وسیله همه‌پرسی امکان‌پذیر است و همه‌پرسی هم براندازی نظام را در برمی‌گیرد. بنابراین می‌توان این راه را یک نوع نظارت سیاسی است.

در اینجا یک دوگانگی پدید می‌آید که از طرفی مردم حق خود می‌دانند که به دلایل فساد حاکم دست به قیام بزنند و از طرف دیگر حاکم خود را قانونی و دارای مشروعیت می‌بیند. آیت الله عمید زنجانی(همان، ص ۹۳) برای رهایی از این حالت دوگانگی، دو راه حل پیشنهاد می‌دهند. ۱- حکمیت: حکمیت سیاسی از تعمیم حکمیت در رفع اختلاف خانوادگی بین زن و شوهر است که در قرآن آمده است که تعمیم آن از سیره معصومین علیهم السلام به دست آمده است، همانگونه که امام علی علیه‌السلام با وجود ناحق بودن موضع شورشیان، حکمیت را پذیرفت. ۲- مداخله قدرت بی‌طرف: این راه حل زمانی مطرح می‌شود که طرفین متوسل به مخاصمات مسلحانه بشوند و خطر توسعه جنگ و خونریزی در میان باشد. که این راه حل را قرآن بیان می‌کند: «هر گاه دو گروه از مؤمنان درگیر شدند میان آن دو صلح برقرار کنید اگر یکی از دو طرف حمله را آغاز کرد و قرارداد صلح را زیر پا گذاشت او را سرکوب کنید تا به امر الهی تن در دهد و به مقتضای قرارداد و حکم الهی عمل کند».(سوره حجرات، آیه ۹)

البته در نظام جمهوری اسلامی ایران برای این مسئله یک راه حل ساختاری نیز در نظر گرفته شده است که آن مجلس خبرگان است. طبق اصل ۱۱۱ قانون اساسی، خبرگان وظیفه دارند بر صلاحیتهای رهبری نظارت داشته باشند و در صورت عدول از معیارها وی را



برکنار کنند.

بنابراین طبق متون و معارف دینی قیام علیه حاکم یا علیه حاکم جور است که بسیار پسندیده و ممدوح می‌باشد و آیات و روایات زیادی در تأیید این قیام آمده است و اصلاً انقلاب اسلامی ایران نیز از همین قیام بوده است. و یا علیه حاکم عادل است که این نوع حرکتها که باعث از بین رفتن نظم و امنیت جامعه اسلامی می‌باشد بسیار ناپسند می‌باشد و همان طور که در آیه ۱۹۱ سوره بقره آمده است ناپسندی فتنه از قتل هم بیشتر است.

به این مسئله از دید دیگری هم می‌توان نگاه کرد و آن هم نگاه حقوق غرب به این مسئله که با عنوان نافرمانی منی از آن یاد می‌کند. این اصطلاح برای اولین بار از سوی «هنری دیوید شرو» متفکر و فیلسوف آمریکایی در سال ۱۸۴۹ میلادی به کار برده شد و به عقیده او، نافرمانی مدنی اقدامی است مسالمت‌آمیز که شهروندان در راستای سرپیچی علنی و اعلام شده از قانون معینی و در جهت رسیدن به هنجارهایی متعالی و مشروع صورت می‌دهند. البته تعریف این معنا در کلام متفکران و حقوقدانان مختلف غرب متفاوت می‌باشد.

برای نافرمانی مدنی ویژگی‌هایی را ذکر کرده‌اند که به آن اشاره می‌شود: ۱- علنی بودن: به این معنا که در منظر و مرئی عمومی صورت می‌گیرد و نیروهای انتظامی می‌توانند در هنگام وقوع، آن را کنترل کنند. ۲- جمعی بودن: نافرمانی مدنی هنگامی روی می‌دهد که تعداد قابل توجهی از شهروندان، بدین نتیجه می‌رسند که راههای عادی اعلام اعتراض، دیگر عمل نمی‌کند و شکایات شنیده و رسیدگی نمی‌شوند. ۳- مسئولیت‌پذیری: فرد نافرمان باید آماده مجازات باشد. این مسئله نشان می‌دهد که فرد مذکور نه با دولت و نه سایر شهروندان نمی‌جنگد بلکه موقعیت خود را همچون فردی برابر با سایرین می‌پذیرد. ۴- عدم خشونت: در میان تمام ابزارهای نافرمانان برای به دست آوردن افکار عمومی به کار می‌گیرند تنها خشونت است که می‌تواند باعث شود تا نافرمان به عنوان شورش خوانده شوند. ۵- وجود احتمال عقلایی در حصول نتیجه: هر چند که در مورد این شرط میان صاحب نظران اختلاف است اما گفته شده است نافرمانی مدنی زمانی باید صورت بگیرد که موجب جذب چشمگیر اجتماع وسیعی گردد و احتمال معقولی از پیشبرد اهداف و پیروزی وجود داشته باشد. ۶- تطابق هدف و وسیله: یعنی قانونی و محلی که مورد مناقشه است باید مورد تخطی قرار بگیرد و گرنه گسترش آن به سایر قوانین و محلها، جمله به حکومت محسوب می‌شود.



در میان متفکران غربی در مورد پذیرش نافرمانی مدنی به عنوان یک حق برای شهروندان اختلاف نظر می‌باشد. عده‌ای معتقدند نافرمانی مدنی، واجد یک تناقض مفهومی است چون زمانیکه حکومتی تشکیل شد و مشروعیت آن توسط شهروندان پذیرفته شد، قانون مصوب حکومت بر همه لازم الاجرا می‌باشد. اگر دولت از موازین و اصولی که بر اساس آن تشکیل یافته سرپیچی کند، باید خود را اصلاح کند. نکته مهم این است که اقتضای نظم و آرامش در جامعه یا پیگیری اعتراضات از مجاری قانونی می‌باشد و در صورت عدم توجه، حکومت دیگر مشروعیتی ندارد آنچنان که نافرمانان مدنی ادعا می‌کنند. بنابراین تصور نوعی از قانون شکنی که بتوان وصف مدنی را بر آن حمل نمود مفهوماً محال عقلی خواهد بود. در مقابل عده‌ای دیگر نسبت به هسته اصلی نافرمانی مدنی یعنی اخلاق‌گرایی تأیید می‌کند. این عده معتقدند اخلاقی بودن یک امر یا قانونی بودن آن متفاوت می‌باشد پس بنابراین زمانی که قانونی غیر اخلاقی بود باید بر علیه آن عمل کرد. (دکتر فیروز اصلانی، محمد جواهری طهرانی، ۱۳۸۹، ص ۲۷۳).

می‌توان این‌گونه استنباط کرد که مفهوم بغی در اسلام، فراتر از مفهوم نافرمانی می‌باشد زیرا بغی مقابله و معارضه با حکومت را در برمی‌گیرد اما در نافرمانی مدنی فقط با آن قانون غیرعادلانه برخورد می‌شود. به هر حال می‌توان با شرایطی نافرمانی مدنی و قیام بر علیه حاکم را پذیرفت. در جامعه اسلامی حاکمیت مطلق متعلق به خداوند است و حاکمان جامعه تا زمانی مشروعیت دارند که در این گام یعنی اجرای فرامین الهی گام بردارند. پس زمانیکه از این مسیر خارج شدند دیگر مشروعیت ندارند بنابراین قیام بر علیه آنها، قیام علیه حاکم عادل محسوب نمی‌شود. همچنان که امیرمؤمنان می‌فرمایند: «لا طاعة لمخلوق فی معصیة الخالق» (نهج البلاغه، حکمت ۱۶۵)

اما در مقابل هم قیام علیه حکومت عادل و حاکم عادل اسلامی به شدت نهی شده است و دارای اشد مجازات در اسلام می‌باشد. بنابراین یا عدول حاکم از عدالت محرز می‌شود که قیام مردم علیه حاکم جور می‌شود و یا از طریق خبرگان مردم به دنبال رسیدن هدف خود می‌روند و در صورت عدم نتیجه و مشخص نبودن وضعیت دو راه حل حکمیت و یا مداخله قدرت بی‌طرف باقی می‌ماند.

## نتیجه‌گیری

نگاه غرب به رابطه مردم با حاکم با نگاه دینی متفاوت می‌باشد. علاوه بر متون دینی و روایی، تأییدات بسیاری در تاریخ اسلام وجود دارد. مبنی بر حق مردم به نصیحت



حاکم و امر به معروف و نهی از منکر او، یکی از مصادیق اصلی که در مورد امر به معروف و نهی از منکر صدق پیدا می‌کند حاکم جامعه اسلامی می‌باشد زیرا سرنوشت مردم و جامعه در دستان او می‌باشد و در صورت خارج شدن از مسیر حق، خسارات جبران‌ناپذیری به اسلام وارد می‌شود. اما شیوه نصیحت و امر به معروف و نهی از منکر با توجه به گذر زمان و وجود مقتضیات و ضروریتهای جدید دیگر فقط به همان شیوه مستقیم صدر اسلام نمی‌باشد. پس از انقلاب اسلامی ایران یکی از نهادهایی که تشکیل شد مجلس خبرگان رهبری بود. یکی از وظایف این مجلس رسیدگی به اطلاعات و درخواستهای رسیده از طرف مردم بود و در صورت تشخیص صحت آن انتقال به مقام معظم رهبری است. بنابراین یک نظام ساختاری مردمی برای این وظیفه مردم یعنی نصیحت و امر به معروف و نهی از منکر حاکم در نظر گرفته شد. این نهاد از آنجا مردمی است که اعضای آن توسط رأی مستقیم مردم انتخاب می‌شوند. علاوه بر این اسلام علاوه بر حقی که به مردم برای نصیحت حاکم داده است، آن را طبق قاعده امر به معروف و نهی از منکر یک وظیفه دینی نیز می‌داند. یکی دیگر از ابزارهای که می‌توان از آن استفاده کرد مطبوعات و نشریات می‌باشد که در قانون اساسی به آن اشاره شده است.

در مورد اعتراض به حاکم عادل می‌توان این‌گونه گفت که به دلیل عدم توجه به نصیحت‌ها، مردم یک قدم جلوتر گذاشته و دست به اعتراض می‌زنند. در حالیکه هنوز عدالت حاکم ساقط نشده است. در این مورد هم به دلیل مقتضیات زمان دیگر نمی‌توان به روش مستقیم دست به آن زد. در اینجا است که یکی دیگر از کارکردهای مجلس خبرگان مشخص می‌شود و آن رساندن اعتراضات مردمی به مقام معظم رهبری است. علاوه بر این طبق اصل ۲۷ قانون اساسی، مردم در برگزاری اجتماعات آزادند ولی با وجود دو شرط ۱- بدون حمل سلاح ۲- عدم اخلال مبانی اسلام. بنابراین برگزاری اجتماعات اعتراض‌آمیز نیز وسیله‌ای است که می‌توان به وسیله حاکم عادل اعتراض کرد.

در صورت عدم کارایی دو راهکار قبلی نوبت به بغی و نافرمانی مدنی می‌رسد که بغی ادبیاتی اسلامی و نافرمانی مدنی ادبیاتی غربی می‌باشد. در اسلام مواجهه با حاکم دو حالت دارد با حاکم عادل است که در این صورت به شدت از آن نهی شده است و بالاترین مجازات برای آن در نظر گرفته شده است. در حالت دیگر قیام در مقابل حاکم جور می‌باشد که در اینجا در صورت ساقط شدن حاکم از عدالت، مردم هم از طریق خبرگان می‌توانند عمل کنند هم در صورت عدم حصول نتیجه دست به قیام علیه حاکم بزنند و این مسئله نه تنها در اسلام نهی نشده است بلکه بر آن تأکید شده است که اگر حاکم و



حکومت از مسیر حق و عدالت خارج شدند مردم موظف با بازگرداندن آنها و در صورت عدم نتیجه برکناری آنها از حکومت می‌باشد.

نافرمانی مدنی نیز واژه‌ای است که در غرب، در مورد این مسائل مطرح می‌باشد. علاوه بر اختلاف نظر اندیشمندان غربی بر سر معنای این واژه، بر سر پذیرش نافرمانی به عنوان یک حق شهروندی نیز اختلاف نظر دارند. در کل باید گفت که نافرمانی مدنی، زمانی صورت می‌گیرد که حکومت در تقنین، اصل اولیه‌ای که شهروندان آنها را پذیرفته بودند و حکومت را ملزم به اجرای آن کرده بودند زیر پا بگذارد، در اینجا شهروندان حق دارند در مورد این قانون یا مسئله خاص دست به عدم پایبندی بزنند. در این جا اقدام شهروندان به معنای عدم پایبندی به تمام حکومت نیست بلکه با این کار می‌خواهند حکومت را متوجه اقدام نادرست خود بکنند تا دست به اصلاح بزنند.



## منابع

### منابع مستقیم:

- رنجبر، مقصود، حقوق و آزادی‌های فردی از دیدگاه امام خمینی رحمه الله علیه، چاپ اول، انتشارات مرکز اسناد انقلاب اسلامی، تهران، ۱۳۸۲.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد ۱، چاپ دوم، ارغوان دانش، ۱۳۸۴.
- صرامی، سیف‌الله، حقوق مردم در حکومت از دیدگاه امام خمینی رحمه الله علیه، چاپ دوم، چاپ و نشر عروج، ۱۳۸۵.
- عمید زنجانی، عباسعلی، حقوق اساسی ایران، چاپ اول، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۵.
- عمید زنجانی، عباسعلی، موسی زاده، ابراهیم، نظارت بر اعمال حکومت و دالت اداری، چاپ اول، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۹.
- فصلنامه کتاب نقد، سال دوم، شماره مسلسل ۸، چاپ دوم، مؤسسه فرهنگی اندیشه معاصر، تهران، بهمن ۱۳۷۷.
- نهج البلاغه، ترجمه محمد دشتی، چاپ بیست و یکم، انتشارات الهادی، ۱۳۸۱.

### مقاله

- دکتر فیروز اصلانی، محمد جواهری طهرانی، نافرمانی مدنی، سرابی در مسیر عدالت طلبی جوانان، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی حقوق جوانان در جامعه اسلامی، زمستان ۱۳۸۹.

### منابع غیرمستقیم

- بهشتی، محمد حسین، ولایت، رهبری، روحانیت، چاپ سوم، بنیاد نشر آثار و اندیشه‌های شهید آیت الله دکتر بهشتی، تهران، ۱۳۸۳.
- جوان آراسته، حسین، گزینش رهبر و نظارت بر او در نظام جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ۱۳۸۸.
- محمدی، حیدر، قدرت سیاسی از دیدگاه امام علی علیه‌السلام، چاپ اول، دفتر نشر و پخش معارف، قم، ۱۳۸۰.

## مقایسه مصلحت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و قانون اساسی جمهوری عربی مصر مطالعه موردی آراء دادگاه قانون اساسی مصر در خصوص اسلامیت قوانین.

سید احسان رفیعی علوی<sup>۱</sup>  
امیر قائدی<sup>۲</sup>

### چکیده:

یکی از وقایع مهم و تأثیرگذار بر حقوق اساسی در دنیای اسلام، موج بازگشت به خود پس از انقلاب اسلامی ایران است. اسلام گریان در پی احیای ارزش‌های اسلامی در زندگی سیاسی و حیات اجتماعی خود بر آمدند. نهادهای حقوق عمومی نوین مانند: دادگاه عالی قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت نظام و شورای نگهبان قانون اساسی متولی اصلی این نمود در نهادهای سیاسی اداری کشورهای اسلامی هستند. مقارنه تطبیقی این نهادها می‌تواند به وضوح بیشتر و نقاط ضعف و قدرت این نهادها پی ببرد. در تطبیق دو نهاد می‌توان به مبانی نظری این دو نهاد نیز نظری داشت. در این مقایسه به این مهم می‌پردازیم که آیا دین و خاصه مصلحت در این نهادها تنها به عنوان یک پارادایم جامعه‌شناختی مطرح است یا اینکه واقعاً به عنوان منبع قانون‌گذاری ظرفیت، ایجابی قانون را دارد.



## مقدمه:

حقوق عمومی در هر کشور بافت اصیل فلسفه سیاسی آن کشور را به خوبی نشان می‌دهد. اگر قانون اساسی را میثاق مدون فلسفه سیاسی یک کشور دولت بدانیم و منبع اصیل و بنیادی در حقوق عمومی تلقی کنیم، لاجرم پارادایم‌های اساسی حقوق عمومی در گفتگوی تطبیقی را نیز بایستی بر اساس این قانون حل و فصل نماییم.

به طور مثال اگر در پی این هستیم که بدانیم منفعت عمومی و یا خدمات عمومی به عنوان یک موضوع علمی از موضوعات حقوق اساسی و حقوق عمومی در یک نظام حقوق عمومی چگونه تبیین و پرداخته می‌شوند و با مؤلفه‌های رایج در بحث مورد نظر تا چه حد قابل تطبیق هستند بایستی به قانون اساسی این نظام حقوقی پرداخته شود.

پرداختن به وضعیت نهادهای سیاسی اداری در قانون اساسی علاوه بر اینکه می‌تواند به شدت به گسترش حقوق اساسی در نظام حقوقی کمک نماید، در یک مقایسه تطبیقی می‌توان به پیوستگی‌ها و روابط بین دو نظام حقوقی در جهت منافع بین‌المللی مشترک نیز وارد شویم. گذر از وضعیت موجود در جهان اسلام و سیر حرکت به سمت مطلوب نیاز به همکاری علمی عمیق خصوصاً در حوزه‌های حقوق عمومی دارد.

سؤال اصلی نگارنده در این جستار این است که ابتناء حقوق اساسی در مصر بر اسلام به عنوان منبع حقوق تا چه حد است و در مقایسه با جمهوری اسلامی، تا چه حد اسلامیت قوانین اسلامی حفظ شده است.

به عنوان سؤال فرعی این جستار در کنار سؤال اصلی جویاییم بدانیم که تنها دستگاه حافظ اسلامیت نظام حقوقی مصر، دادگاه عالی قانون اساسی تا چه حد توانسته است که مؤلفه‌های اسلامی و به طور خاص مصلحت را در حقوق اساسی مصر به عنوان یک عنصر بنیادی در حقوق اساسی اسلامی به اجرا در آورد؟

لازم است تا در این نوشتار چند موضوع به ترتیب بررسی شود: تئوری حقوق اساسی در مصر و ایران، وضعیت نهادهای سیاسی اداری در قانون اساسی دو کشور، جامعه‌شناسی سیاسی ایران و مصر، رویکرد نهادهای سیاسی اداری به اسلامیت در قانون اساسی و رویه عملی این نهادها و مبانی نظری در حوزه اندیشه سیاسی و فقه حکومتی در فقه اهل سنت و شیعه.

نگارنده در این مرحله فرضیه مدونی را دنبال نمی‌کند و از فرضیه کشفی برای موضوع مورد بحث استفاده می‌کند، اما با توجه به مطالعات انجام شده معتقد است که: اسلامیت به عنوان منبع حقوق اساسی در مصر مطرح نبوده است و نشانی نیز جز اشاره

برخی از نصوص نمی‌توان در این خصوص دنبال نمود، در مقابل این اندیشه شکل نظریه سیاسی دولت در اسلام در قانون اساسی جمهوری اسلامی به خوبی کیفیت و کمیت اسلامی در قوانین را به خوبی تضمین نموده است.

در بخش اول از این نوشتار ابتدا مفهوم فقهی فلسفی مصلحت در فقه شیعه و حنبلیه (به عنوان اکثریت اعتقادی مردم مصر) بررسی می‌شود تا با یک آشنایی اولیه به سراغ مبادی بعدی بحث تطبیقی خود برویم.

## ۱. تئوری های مصلحت در فقه سیاسی اسلام:

تاریخ اندیشگی در اسلام سبب بروز نحل مختلف اندیشه در حوزه اجتماعی شده است و مصلحت یکی از افتراقات جدی در فقه سیاسی اسلام تلقی می‌شود. برخی از مذاهب مصلحت را تا سر حد یک دلیل برای اجتهاد برده‌اند. (حکیم، ۱۳۷۸: ۳۴۸) برخی از مذاهب نیز چون امامیه از پذیرش آن به عنوان یک دلیل در اعداد دلایل کشفی در اجتهاد به جد و به صورت اجماعی عدول کرده‌اند. (علیدوست، ۱۳۹۰: ۳۴) غالباً مصلحت حجتی را به مذاهب اهل سنت نسبت می‌دهند و عللی را نیز در واکاوی فقه سیاسی اهل عامه در این رابطه می‌توان بیان نمود. ضعف در مدارک و اسناد خصوصاً در نصوص سنت امام، عدم استغنائی کافی در اصول عملیه و تفکر سماعی (فیرحی، ۱۳۹۰: ۲۳)، مرجعیت در حوزه سیاسی و الزام پاسخ به مستحدثات فراوان در فقه سیاسی را دلایل جدی بودن مصلحت در میان ایشان دانست. (علیدوست، ۱۳۹۰: ۳۸) در ذیل بر آنیم که ابتدا تعریفی از مصلحت ارائه نموده و مذهب رسمی هر دو کشور که بنا به بیان قانون اساسی مرجع و منبع قانون‌گذاری در این کشورهاست بررسی نماییم، پس از این مرحله خواهیم توانست وارد در حقوق عمومی و نهادهای آن شده و موضوع سؤال خود را بررسی نماییم.

### ۱/۱. مفهوم شناسی مصلحت در فقه اسلام:

مصلحت در مقابل مفسده به معنای خیر، صلاح و منفعت است. (احمدبن فارس، ۱۴۰۴: ۳۰۳) مصالح، جمع مصلحت به معنای نیکی‌ها است؛ یعنی آنچه موجب آسایش و سود باشد. مصالح معاش و معاد به معنی چیزهایی است که خیر و مصلحت دنیا و آخرت با آن توأم است. (دهخدا، ۱۳۷۰: ۱۸۵)

نکته مهم در تعریف مصلحت این است که از نگاه دینی، مصلحت اختصاص به خیر و منفعت دنیایی ندارد، بلکه امری که منفعت اخروی داشته باشد؛ نیز مصلحت نامیده



می‌شود، هر چند از جهت دنیوی منفعتی نداشته باشد، چنانکه اگر امری دارای منفعت تخیلی یا حیوانی باشد، اما برای عقل و شخصیت انسانی و معنوی فرد ضرر داشته باشد، از نگاه دینی، مصلحت نیست. آیت‌الله جوادی در این رابطه می‌نویسد: مصلحت در جامعه اسلامی، مصلحتی است که هم مربوط به دنیای مردم باشد و هم مربوط به آخرتشان، هم حسنه دنیا باشد و هم حسنه آخرت.

برخی گفته‌اند: مقصود شرع نسبت به خلق پنج امر است بدین ترتیب: حفظ دین حفظ نفوس حفظ عقول حفظ نسل حفظ اموال پس آنچه متضمن و متکفل حفظ این اصول پنج‌گانه باشد مصلحت و آنچه سبب تقویت آن‌ها باشد مفاسد نامیده می‌شود. (غزالی، ۱۴۰۰: ۱۴۰)

التهایه آنکه در خصوص تفسیر و تعریف مصلحت آنچه در فوق بیان شد میان مذاهب اسلامی تردید نیست، بلکه در معیار این مفهوم بسیط محل مناقشه است. به طوری که با پذیرش مفهوم و مؤلفه‌هایی بر آن موضوعی در اعداد مصادیق مصلحت می‌گنجد و با عدم پذیرش برخی از این مؤلفه‌ها در مذاهب دیگر آن موضوع در مصادیق در نزد گروه دیگر نمی‌گنجد.

مصلحت در فقه اسلام چنانچه بیان شد مصلحت در مبادی اجتهاد قرار دارد و مجتهد یکی از موضوعاتی که بایستی در خصوص اندیشگی خود رعایت کند و در تطور اندیشه خود در افتاء رعایت نماید، مسئله مصلحت است، همانند سایر مبادی مفهومی در فقه سیاسی اسلام این مبدأ نیز تحدیدات و ممیزات خاص خویش را دارد که در ذیل خواص آن را بر خواهیم شمرد:

۱. طریق فهم مصلحت: همانند سایر مفاهیم شرعی بایستی یکی از ادله حجیت شرعی، عقل مبرهن و نقل معتبر مبنای این افتاء باشد. هرگاه مبنای حکمی قرار است که مصلحت باشد لازم است تا یکی از حجج فوق این حکم را تأیید نماید. تعجب از کسانی چون ابواسحاق شاطبی است که عقل را حتی با فرض قطعی بودن آن برای درک مصالح و مقاصد صالح ندانسته، توجیه اندیشه خود را این قرار داده‌اند که عقل بسترهای لازم را برای درک مصالح ندارد. (شاطبی، بی‌تا: ۳۸) حال آنکه در حجیت عقل تکوین و فهم عمومی متقن است.

۲. مصلحت حکمی و حکم مصلحت: در اینکه احکام الهی در شریعت تابع مصالح و مفاسد واقعی هستند؛ غیر از گروه اندک تردید نشده است، اینکه فهم همه موارد علت حکم شارع چیست و مناط مورد نظر شارع چه بوده است موضوعی است که امکان فهم آن به

صورت جامع وجود ندارد، این موضوع را مصلحت حکمی می‌گوییم و یک موضوع پیش حکمی در تشریح است و غالباً در کلام محل بحث است. آنچه موضوع این وجیزه است حکم مصلحت است و در حقیقت حکم به ایجاب و سلب از موضوعه حقیقه محل تنازع است و مجتهد می‌کوشد از طریق روش‌شناسی اجتهاد اقدام به صدور حکمی بر اساس مصلحت نماید. در خصوص مصلحت حکمی و ابتدای احکام الهی بر حکمت تنها می‌توان این استفاده را نمود که به سند معقول و منطوق این ابتناء می‌توان در حکم مصلحت نیز جواز شرعی آن را در نصوص مشاهده نمود. در حقوق عمومی در دو مرحله مصلحت مورد نظر است:

۱. مرحله تقنینی: در این مرحله قانون‌گذار می‌کوشد تا بهترین قانون را ایجاد نماید و مبنای برخی از اقدامات وی مانند منفعت عمومی و خدمات عمومی می‌تواند مصلحت باشد. در حقیقت فلسفه نیاز به قانون در جامعه اسلامی با وجود نصوص شرعی و حیانی همین عنوان مصلحت، عقل عملی، پرهیز از تفسیر غیر منطقی و جری عادلانه رفتار حکومت با مردم است.

۲. مرحله اجرایی: در این مرحله نهادهایی که از اقتدارات حقوق عمومی استفاده می‌کنند یا در راستا حقوق مردم اقدامات قضایی اداری انجام می‌دهند به موضوع مصلحت مستمسک می‌جویند و اقدام خود را مباح می‌نمایند. در حقیقت ظرفیت‌های قانون اساسی که به عنوان صلاحیت و ولایت در امر به صاحبان این مناصب می‌رسد در اجرا بر اساس این اصل ممکن و معتدل و منقح می‌شود. یکی از منابع تفسیر متون که منضبط در اختیار نهادهای حقوق عمومی قرار می‌گیرد همین مصلحت در اجرا است که در قانون با ظرفیت صلاحیت قید و پویایی حقوق عمومی را بار و بار می‌کند و نیاز هر لحظه‌ای را به حقوق عمومی پوشش می‌دهد.

## ۱/۲. مصلحت در فقه سیاسی شیعه:

فقه امامیه در متون تراث اسلامی خود مصالح مرسله را نپذیرفته است. در متون فقه شیعه در هیچ حکمی مشاهده نمی‌شود که منبع ایجاد و سلب حکمی مصلحت تلقی شده باشد و دلیل قلمداد شده باشد و تنها گاه می‌توان به عنوان مؤیدی بر حجت شرعی بیان شده است و گاهی نیز مسامحتاً به کار رفته است. (علیشاهی قلعه جوقی و ناصری مقدم، ۱۳۸۰: ۵۶) این اجماع بر حذف مصلحت از اعداد حجج شرعی از آن جهت است که:

۱. عدم وجود نص شرعی بر حجیت مصلحت در اعداد دلایل استنباط: در نصوص



شرعی برای اینکه بتوان مصلحت را در کنار سایر ادله فقهی مانند کتاب، سنت و عقل نشانید وجود ندارد و برای حجیت دلیل نیاز به نص صریح در نتیجه است. علت به طور کامل واضح است اگر بنا بر این باشد که در استنباط حکمی مجتهد به دلیلی رجوع نماید نیاز به آن است دلیل و اتقان آن در حجیت بخشی به گزاره اجتهادی متقن باشد که چنین دلیلی وجود ندارد. البته که مصلحت در فقه و اجتهاد حائز اهمیت فوق‌العاده است، از این جهت که به حکم اولی وارد و سبب حالت تغییر در حکم می‌شود و در تمشیت حکم مجتهد تأثیر می‌گذارد. اگر به مسامحه مصلحت را حالت وقوع امر ملزوم در حکم بنامیم، آنگاه وجه حجیت مصلحت خود عقل تکوینی و متشرع است که حجت مصلحت است و لذا امر به حجیت و در اعداد دلایل استنباط بودن خارج است.

۲. عدم وجود تحدیدات برای مصلحت در صورت پذیرش حجیت آن: از آنجایی که در فقه شیعه حجیت ادله اجتهادی در عرض هم است و نه در طول هم، پذیرش مصلحت به عنوان دلیل سبب رواج تشتت و عدم امنیت حقوقی و سیاسی در نظام حقوقی خواهد بود. اگر به پذیریم دلیل حکمی مصلحت در ممیزات عملی آن نیز سبب موضعی شدن حکم در مقاطع بدون انضباط خواهیم شد.

اما در فقه سیاسی شیعه و سیاق ساختاری آن در فقه حکومتی، محل پذیرش مصلحت، محل تدبیر عقل نظری پس از کرد نظری عقل است. بدین معنا که پس از حسن و قبح عقلی در مقام عمل مجتهد با عنصر مصلحت روبرو می‌شود که لازم است این عنصر عقلی-عملی را در حکم خود ملحوظ نماید. بدین صورت که مصلحت در عقل تکوینی به عنوان مرجح معقول بر حکم اول صادر شده است. در عمل به حکم عقل نظری مصداق عملی مصلحت نیز ثابت و محرز می‌شود. اکنون این عقل است که حکم به مصلحت می‌دهد. (به عنوان دلیل شرعی) به طور مثال: حکم اول بنا به معقول و نص شرع حکم به وجود حق مالکیت برای فرد می‌دهد. از سویی نیز به حکم عقل و شرع این مالکیت خصوصی نمی‌تواند سبب بروز ضرر مستقیم و محرز برای جامعه و دیگران باشد. حال مصلحت در مقام تقنین و اجرا خواهد توانست محدودیت‌هایی را برای حق مالکیت خصوصی اعمال نماید. البته سنجه‌های زیادی در فقه سیاسی و حکومتی شیعه برای عمل به مصلح وجود دارد که از طریق نقل و عقل وارد شده است و محدودیت‌های زیادی برای عمل به مصلحت به وجود می‌آورد که سبب می‌گردد تا تشتت و عدم امنیت حقوقی در حکم قانونی وارد نشود. این مقال را مجال طرح این سنجه‌ها نیست و تنها به ماهیت وقوع حکم پرداخته می‌شود. این اندیشه سیاسی منضبط از فقه سیاسی به دنیای



فقه حکومتی وارد شده و در ساختار حکومت و نهادهای سیاسی وارد می‌شود و به بیان قانون اساسی به میثاق جمهور مردم تبدیل می‌شود. در این قسمت از بحث به متن میثاق قانون اساسی وارد شده و مصلحت را در قانون اساسی جمهوری اسلامی که یک حکومت مردم سالار دینی بر آمده از فقه حکومتی شیعه است مشاهده می‌نماییم.

### ۱/۳. مصلحت در نهادهای سیاسی اداری در قانون اساسی جمهوری اسلامی:

اصل چهارم قانون اساسی بیان می‌دارد:

کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.

بند الف بند ششم اصل دوم نیز اشعار می‌دارد:

اجتهاد مستمر فقهای جامع‌الشرایط بر اساس کتاب و سنت معصومین سلام‌الله‌علیهم‌اجمعین.

از این بیان ابتناء دائمی و متغیر ملزوم در حقوق عمومی برای حفظ پویایی جامعه سیاسی به خوبی به مشام می‌رسد. این دو مقدمه به خوبی نشان می‌دهد که قانون اساسی در پی احیای مؤلفه‌های مصلحت منضبط در فقه حکومتی در قانون اساسی بوده است. این مقدمه نظری سبب به وجود آمدن برخی از نهادهای سیاسی اداری در پی احیای مصلحت در قانون اساسی بوده است که در ذیل بنا داریم به اختصار بدان بپردازیم. مقدمتا لازم است تا این موضوع را بیان نمایم که تمام نهادهای سیاسی اداری در حقوق عمومی جمهوری اسلامی به قدر صلاحیت خود مفوض از ولایت تامه مطلقه از قاعده عمومی مصلحت بهره‌مند هستند بدین ترتیب که: چنانچه ذکر شد مصلحت در فقه شیعه استوار بر عقل عملی است و چنانچه بر اساس عقل نظری در فقه سیاسی موجد صلاحیت برای ایجاد نهادی داشتیم و اقدام به دایر نمودن آن نموده‌ایم. در فقه حکومتی نهاد و نظام سازی مذکور ساختار می‌یابد، حال به قدر صلاحیت نهاد نظام سازی شده خواهد توانست تا به مصلحت عمل نماید و در حقیقت هر بار تصمیم‌گیری در این نهاد که مستلزم استفاده از صلاحیت در مرحله اول و اقدام به عقل عملی در مرحله دوم است ملازمه با اقدام به استفاده از قاعده مصلحت دارد، به بیان دیگر قاعده مصلحت، قاعده عمومی رفتار نهادها در فقه حکومتی شیعه است و به اندازه صلاحیت و به روش خاص هر نهاد سیاسی ارتباط دارد.



پس هر نهاد در قانون اساسی جمهوری اسلامی در مقام فعل خود حائز استفاده از قاعده مصلحت است. به طور مثال: مجلس شورای اسلامی که صلاحیت در تقنین دارد به اندازه صلاحیت مفوضی که دارد و به روشی که برای تقنین در قانون اساسی آمده است می تواند از قاعده مصلحت بهره مند شود (این نمونه مصلحت در مقام تقنین) یا دیوان عدالت اداری در مقام حل منازعات حقوق عمومی این اقتدار صلاحیتی را دارد که با استفاده از صلاحیت خود اقدام به قضاوت بر مبنای مصلحت نماید. (نمونه در مصلح قضایی) یا اختیارات قوه مجریه در تفسیر قوانین و اجرای قوانین هر آینه موجه مصلحت است. (مصلحت در مقام اجرا) در کنار این موارد جدی ترین مجرای مصلحت در فقه حکومتی اصلی ترین موضوع در فقه حکومتی یعنی احکام حکومتی هستند که در کنار احکام اولیه ولایت فقیه در اجرای حق حاکمیت و در راستای حفظ مصلح عمومی در شریعت حق اقدام به آن را دارد. (هشام احمد عوض جعفری، ۱۹۹۵ م: ۱۷۱) را به طول خواهد کشید اگر بنا باشد تا تمام موارد فوق به قلم تحریر در آید، لذا در اینجا به مستقیم ترین نهاد سیاسی در قانون اساسی جمهوری اسلامی خواهیم پرداخت.

#### ۱/۴. مجمع تشخیص مصلحت نظام:

نهادهای سیاسی اداری در حقوق عمومی بر اساس نیازهای جامعه سیاسی ویر مبنای فلسفه سیاسی تشکیل می شوند. این ساختار پذیری صورت های فلسفه سیاسی در قانون اساسی جمهوری اسلامی یک گوشه دیگر از نیاز جامعه دینی به نظامات اجتماعی خصوصاً میثاق جمهور مردم با حاکم در حکومت اسلامی را نشان می دهد. مبانی نظری تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام در آینه تاریخ سیاسی به این تطور بوده است که: مجلس شورای اسلامی در پی احیای نیازهای مستحدث جامعه دینی اقدام به تصویب قوانین مورد نیاز می نماید. (باقری خوارزمی، ۱۳۸۷: ۹۶) این اقدام از سویی با برخی از نصوص شرعی در تعارض قرار داشت. لازمه تصویب این قوانین به ظاهر زیر پا قرار دادن این نصوص بود. در اینجا بر اساس قاعده تبعیت و پی بنیان های احکام ثانوی لازم بود تا یک نهاد سیاسی اداری ایراد عملی ما بین نیازهای مستحدث در جامعه دینی (که مجلس متکفل آن بود) با حفظ نصوص شرعی لازم رعایه اولیه آشتی دهد که منتج به نهاد تشخیص مصلحت نظام شد.

در سال ۱۳۶۰ در پی تصویب قانون اراضی شهری شورای نگهبان قانون اساسی

اعلام نمود که:

قسمت‌هایی از ماده ۷ و ۸ و تبصره‌های آن‌ها و ماده ۱۰ که به اراضی بایر و دایر ارتباط دارد و مغایر با آیهی کریمه: *يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجْرَةً عَنِ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ* و حدیث معروف: *لَا يَحِلُّ مَالُ أَمْرِي مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ* (محمد بن حسن طوسی، ج ۱۷: ۱۲۳) و قاعده مسلمة: الناس مسلطون علی اموالهم می‌باشد به اکثری آراء فقها رد شد. (مجموعه نظریات شورای نگهبان قانون اساسی، ج ۱: ۱۰۰)

پس از این درگیری‌هایی نیز در خصوص قانون کار به وجود آمد که در نهایت منجر به تصویب مجمع شد. در پی اختلافات بین مجلس و شورای نگهبان و بحث‌های حقوق عمومی بین قوای حاکمیتی در تاریخ ۱۳۶۶/۱۱/۱۷ دستور تشکیل مجمع صادر شد: گرچه به نظر اینجانب پس از طی این مراحل، زیر نظر کارشناسان که در تشخیص این امور مرجع هستند، احتیاج به این مرحله نیست لکن برای غایت احتیاط در صورتی که بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان شرعاً و قانوناً توافق حاصل نشد، مجمعی ... برای تشخیص مصلحت نظام اسلامی تشکیل گردد و در صورت لزوم از کارشناسان دیگری هم دعوت به عمل آید و پس از مشورت‌های لازم رأی اکثریت اعضای حاضر این مجمع مورد عمل قرار گیرد. حضرات آقایان توجه داشته باشند که مصلحت نظام از امور مهمه‌ای است که گاهی غفلت از آن موجب شکست اسلام عزیز می‌گردد. (موسوی خمینی، ۱۳۷۰: ج ۱۴)

اهمیت پیدا کردن قاعده تبعیت و مصلحت و احکام حکومتی در این نگاه بنیان‌گذار اندیشه سیاسی جمهوری اسلامی به خوبی مشخص است. علاوه بر آنکه آنچه ایشان در ابتدای نامه مطرح می‌کنند به خوبی نشان دهنده این بیان است که همه نهادهای سیاسی در صورت رعایت مصلحت به ایراد بر نخواستند خورد و تنها در جهت احتیاط ایشان حکم به تأسیس مجمع می‌دهند. البته توجه و اهتمام قاعده در مسئله کاملاً مبرز است و ایشان در بند ۶ دستور بازنگری به ریاست جمهور این مسئله را نیز باز مطرح و در متن قانون اساسی وارد شده است. جالب آنکه بدو تشکیل این مجمع خود به استناد حکم حکومتی بوده است.

التهیه آنکه قانون اساسی جمهوری اسلامی بر مدار مبانی نظری خود که در بادی امر مطرح شد قاعده مصلحت در فقه سیاسی و حکومتی خود پذیرفته است و امکان اجرای آن در غالب نهادهای سیاسی نیز پیش بینی شده است. نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز در همین راستا به موارد خاص و مهم رسیدگی می‌نماید.

در این مرحله بر آنیم که پس از بررسی نظام حقوق عمومی ایران در خصوص



مصلحت وارد در اندیشه حقوق عمومی کشور مصر شویم.

## ۲ مصلحت در قانون اساسی مصر:

یکی از بزرگ‌ترین کشورهای جهان اسلام کشور مصر است. از آنجایی که مطالعه تطبیقی قانون اساسی و حقوق عمومی کشورهای اسلامی می‌تواند به گسترش حقوق عمومی اسلام بینجامد و از سویی نیز می‌تواند حقوق عمومی خارجی این کشورها را به هم نزدیک نماید چنانچه در مقدمه ذکر شد در این مرحله به بررسی مسئله مصلحت در این نظام حقوقی و خاصه در آراء دیوان قانون اساسی مصر خواهیم پرداخت. در ابتدا لازم است تا با قانون اساسی و فقه اهل سنت در خصوص مصلحت مقداری آشنا شده و سپس به دیوان عالی قانون اساسی کشور مصر بپردازیم.

### ۲/۱. تئوری قانون اساسی مصر در حقوق عمومی:

تئوری قانون اساسی یا نظریه سیاسی دولت غالباً به مبانی مشروعیت و قدرت سیاسی در یک قانون اساسی می‌پردازد. هر قانون اساسی لاجرم به وسیله یک تئوری حمایت می‌شود. امکان وجود قانون اساسی بدون نظریه دولت منتفی است. (Hampton, ۱۹۹۷) دولت‌ها را از حیث حمایت از ارزش‌های سیاسی می‌توان به سه دسته تقسیم نمود. دولت‌های ایدئولوگ، دولت‌های دینی و دولت‌های سکولار. (فیرحی، ۱۳۹۰: ۲۰) دولت ایدئولوگ: تنها یک تفسیر از ارزش‌ها وجود دارد که تحمیل بر سایر تفکرات می‌شود و امکان اجتهاد و تفکر در آن راه ندارد و سرکوب‌گری هر نوع اندیشه در خصوص الزام قدرت سیاسی را دامن خواهد زد. دولت دینی دولت اندیشه و ارزش‌های دینی است که مدار آن اجتهاد و تفقه است و در درون گفتمان خود گفتگوهای اندیشه‌ای را می‌پذیرد و مدارا در آن در حوزه اندیشه در جریان است. دولت سکولار: مدعی عدم داوری ارزشی و انتخاب پلورالیسم فکری است. البته این که چه طور ممکن است دولت و نظریه سیاسی بدون ارزش بتواند تشکیل مبنای الزام‌آور قانونی دهد از تسلسلات دولت سکولار است که این مقال را این مجال نیست.

با رجوع به متن قانون اساسی در هر کشور می‌توان به مؤلفه‌ها و ممیزهای قانون اساسی در هر کشور پی برد. قانون اساسی مصر با این اصل آغاز می‌شود که:

ماده ۱: جمهوری عربی مصر یک کشور سوسیالیست - دموکراتیک است که بر اساس اتحاد نیروهای مردمی اداره می‌شود. مردم مصر جزئی از ملت عرب هستند که برای تحقق اتحاد

عرب تلاش می‌کنند.

این ماده در بخش اول قانون اساسی مصر که بخش اول و اصلی معرفی نوع نظام سیاسی است آورده شده و معرف آن است که کشور مصر یک کشور سوسیال دمکرات است و منبع مشروعیت بخش قدرت سیاسی و قانونگذاری دمکراسی است. حرکت سوسیال دموکراسی معاصر مسیر اصلاح نظام سرمایه‌داری را با در نظر گرفتن عدالت اجتماعی طی می‌کند. در حقیقت غالباً این کشورها در پی اندیشه‌ای اصلاحی برای روش سرمایه‌داری لیبرالیستی در قانون اساسی به وجود آمده و در اغلب این مکاتب مسائل ناسیونالیستی نیز در جریان است که به خوبی در اصل اول قانون اساسی جمهوری عربی مصر مشخص است. کشور مصر ریشه‌ای قانون اساسی خود را به پان عربیسم و امدار است و قومیت‌گرایی عربی بدون در نظر گرفتن وضعیت ادیان در میان اعراب، این تفکر که در حقیقت مرجعیت نژادی را پذیرفته است در مصر شکل ضد سرمایه‌داری نیز به خود گرفت و وارد در حقوق اساسی مصر شده است. (Étienne, ۲۰۰۲: ۵۹) این ماده در قانون اساسی سابق مصر نیز وجود داشت و در اصلاحات جدید انقلاب مصر نیز برای خود در قانون اساسی جا یابی نمود. در مصر جریان حقوق عمومی یک جریان به کلی سکولار است که همواره با اعتراضات جنبش‌های اسلام‌گرا رو برو بوده است. اصول سوسیال دمکراسی به خوبی و وضوح در ادبیات حقوق عمومی وارد شده است و منبع قانون‌گذاری در این دست قانون اساسی‌ها غالباً عوامل جامعه‌شناختی است؛ زیرا در نزد گروه‌های چپ حقوق تفسیری از جامعه و خواستگاه عمومی آن است. در نگاه حقوق عمومی جامعه‌گرا در حقیقت حقوق واقعیت اجتماعی است که می‌توان به آن نگاه فیزیک شناختی نمود. (دورکیم، ۱۳۸۳: ۳) در واقع نگاه اثبات‌گرایانه و روش اثبات‌گرایانه در این حقوق به صورت جدی در جریان است. حقوق عمومی مصر به جد تحت تأثیر این تفکر است. با اینکه مصر مستعمره انگلستان بود اما نظام حقوق عمومی مصر بیشتر به این اندیشه‌های میانه فرانسوی متمایل است. تأسیس دادگاه قانون اساسی مصر نیز همین موضوع را اثبات می‌نماید. شاید این استعمار سبب این گرایش سیاسی است.

اما قانون اساسی مصر در اثر نگاه جنبش‌های اسلام‌گرا و موج بیداری اسلامی به سمت قانون اساسی اسلامی حرکت نمود. (که هم اکنون شاهد ناکامی احزاب اسلام‌گرا در اتفاقات اخیر در حقوق عمومی مصر هستیم). (حذف مرسی و احزاب حامی آن) این شدت گرفتن قدرت در احزاب اسلام‌گرا در مصر دامن به تصویب قانون اساسی مصر در ماده دو قانون اساسی شد. در حقیقت پس از اصلاحات قانون اساسی مصر این فشار



یک بار در سال ۱۹۷۱ یک مطرح شد که اسلام را یکی از منابع قانون اساسی مصر مطرح می‌کرد. (Clark B, ۲۰۱۳) سپس پس از فشارهای تمامی ناپذیر اسلام‌گرایان مصر در ۱۹۸۰ اصل فوق به این صورت تغییر کرد که شریعت منبع اصلی حقوق در مصر خواهد بود. پس از جریان انقلاب مردم مصر در مقابل دیکتاتور سابق این کشور در پیش نویس نهایی قانون اساسی با توجه به مشکلات که اصل فوق به عمل آمده بود که سبب برخی از تفسیرهای ناروا از متن ماده دو قانون اساسی شده بود در ماده چهارم پیش نویس نهایی قانون اساسی آورده شد که هیئتی از دانشگاه الأزهر در جهت تفسیر و اسلامی سازی قوانین به صورت مستقل ایجاد شود. که در جریان تصویب به تصویب نرسید متن نهایی همان متن سابق بود که مصدر اصلی و منبع اصلی را اسلام می‌دانست. پس از تغییرات ماه‌های اخیر در مصر و سرنگونی دولت مصر و تشکیل دولت موقت در مصر در بیانیه جدید قانون اساسی مصر نیز همان متن سابق ماده اول و دوم با هم تلفیق و در ماده اول بیانیه اعلام شده است که تغییر چندانی مشاهده نمی‌شود.

اصول اول قانون اساسی در حقوق اساسی تطبیقی مؤلفه‌های اساسی حکومت و مبانی الزام‌آور حقوق سیاسی را در همه قوانین اساسی بیان می‌کند. چند موضوع در خصوص این دو ماده اصلی که جنس و فصل حکم سیاسی و نوع الزام پذیری قانون اساسی مصر را بیان می‌کند لازم به ذکر است.

۱. در ماده اول قانون اساسی مصر نوع حکومت مصر، حکومت دموکراسی مردمی قلمداد شده که مبانی الزام اور حکم سیاسی در آن اتحاد مردم بیان شده است. از این بیان و نوع حکومت منبع حقوق و قانون‌گذاری نیز مشخص است که از حق سیاسی و تقنینی از محل نمایندگی و قانون‌گذاری حداکثری تأمین می‌شود. پس ابتدای به منبع اسلامی در حقوق مصر نمی‌تواند موید حق سیاسی و تقنینی در اسلام باشد چه اینکه عملاً هم راهی برای تأمین حق اسلامی جز ماده دو وجود ندارد که در ذیل در مورد آن بحث خواهیم کرد. نوع حکومت‌ها خود بر انگیزه از منبع حقوق در آن نظام سیاسی است و به نظر نمی‌رسد که تئوری قانون اساسی مصر قانون اسلامی باشد تا الگوهای آن را مانند مصلحت حفظ نماید. جمهوری عربی مصر نوع حکومت و مشی تقنینی آن را نشان می‌دهد و بیان ما را که حقوق عمومی و تقنین را در مصر حقوق جامعه اسلامی میدانیم نه حقوق اسلامی تقویت می‌کند.

۲. ماده دو قانون اساسی مصر چونان که سایر قوانین اساسی در فصلی عوامل جامعه‌شناختی خود را بیان می‌کند عوامل جامعه‌شناسی سیاسی مصر را بیان می‌کند: خط، زبان، قومیت، دین و... در کنار عوامل نژادی و جامعه‌شناسی دیگر که در جامعه سیاسی

مصر بیان شده است عامل دین اسلام نیز بیان شده است که منبع قانون گذاری است. این نوشتار نیز این موضوع را تقویت می کند که اسلام بیان شده در قانون اساسی مصر عربی عامل جامعه شناختی است و نه عامل موجودیت و مشروعیت بخش به حکم سیاسی در مصر و سهم اسلام و عربیت و سایر عوامل برابر است.

۳. قانون اساسی مبانی الزام آور فلسفه سیاسی است و به نوعی در پی تأمین منبع حق و تقنین در هر نظام سیاسی است و لذا دستگاه های قانون اساسی یا تأمین کننده منبع حقوق در اسلام هستند یا تضمین کننده این منبع حال آنکه در فلسفه سیاسی و قانون اساسی مصر هیچ دستگاهی جز دادگاه قانون اساسی مصر برای این تأمین و تضمین وجود ندارد که به لحاظ ماهیتی نیز این دستگاه توانایی این تأمین را ندارد و به عبارتی ساختار دستگاه سکولار دادگاه قانون اساسی توانایی حفظ ماهیت شریعت را ندارد و در متون و آراء آن نیز که در ذیل بحث خواهد شد به خوبی قابل مشاهده است. از سویی نیز برای تأمین هر حق در حقوق اساسی در هر کشور دستگاهی برای تأمین و تضمین آن ارزش خلق می شود که چنین دستگاهی در حقوق عمومی مصر مشاهده نمی شود. در پیش نویس ۲۰۱۱ قانون اساسی مصر دانشگاه الازهر و شیخ الازهر به عنوان یک دستگاه در حقوق عمومی مصر در جهت حراست از نهاد شریعت ایجاد شده بود که در متن نهایی مصوب به تصویب نرسید و نهاییه نهاد شریعت در حقوق عمومی مصر بی متولی ماند.

## ۲/۲. دادگاه عالی قانون اساسی مصر:

یکی از شیوه های کنترل سلسله مراتب قوانین و مقررات کنترل قضایی از طریق مراجعی مانند دادگاه قانون اساسی است که غالباً وظیفه کنترل قانون اساسی را بر عهده دارد و می کوشد تا قانون و میثاق مرجع مورد تجاوز از سوی سایر مراجعی که حق مقررات گذاری دارند قرار نگیرد. (Leslie F, ۱۹۸۶: ۵۷) دادگاه عالی قانون اساسی مصر به در سال ۱۹۶۹ میلادی تأسیس و بر اساس قانون اساسی این کشور (که یک فصل از مواد قانون اساسی را از ماده ۱۷۴ تا ۱۷۸ به خود اختصاص داده است.) مرجع عالی کنترل قوانین در تعارض با قانون اساسی است. قانون شماره ۴۸ سال ۱۹۷۹ نیز در خصوص صلاحیت و شرایط این دادگاه تصویب شده است که بر اساس آن ۵ وظیفه اساسی بر این دادگاه عالی مترتب است:

۱. نظارت بر قوانین و مقررات دولتی از جهت تعارض با قانون اساسی. (قانون

شماره ۴۸، ۱۹۹۷: ماده ۲۵)



۲. صلاحیت در تفسیر در خصوص پیش‌نویس قوانین مجلس مصر.
  ۳. مرجع عالی تعیین صلاحیت بین مراجع قضایی واداری در مصر.
  ۴. مرجع عالی در خصوص آراء متعارض دادگاه‌ها در نظام حقوقی مصر.
  ۵. تفسیر قانون اساسی مصر و ابطال قوانین و مقررات مصوب از طرف رئیس جمهور و مجلس مصر در خصوص تعارض با قانون اساسی. (قانون شماره ۴۸، ۱۹۹۷: ماده ۲۶)
- رئیس دیوان از بین قضات انتخاب و قضات از اساتید وکلا و قضات کشور مصر با حداقل سن ۴۳ سال انتخاب می‌شوند که بایستی حداقل ۳ تا ۸ سال فعالیت تخصصی در کارنامه خود داشته باشند. روش ارجاع دعوا به دیوان یا از راه قرار اناطه از طرف دادگاه در حال بررسی است یا آنکه ذینفع با شرایط خاص است (عادل عمر شریف، ۱۹۸۸: ۱۳۴) که در حال حاضر مجال سخن بر آن نیست.

دادگاه قانون اساسی مصر در حقیقت مرجع کنترل و تفسیر قانون اساسی است و از آنجایی که ماده دو قانون اساسی مصر را تنها در پناه این نهاد سیاسی می‌توان تشریح و لزوم آن را در قوانین خواست لذا بارها اسلام‌گرایان این تفسیر را از این مرجع خواسته بودند؛ که شرح آن را می‌توانید در برخی متون بخوانید. (لمباردی، ۱۳۸۱: ۲۷۴) اما سؤال ما به صورت اختصاصی در خصوص امکان حکم به مصلحت در تفسیر متون قانون اساسی مصر در نزد این مرجع است.

دیوان در آراء مختلفی در خصوص تفسیر ماده دو روش خود را اینگونه بیان می‌کند که: قصد دارد تا ابتدا اصول کلی حقوقی اسلام را در قرآن بیابد و سپس بر اساس اهداف شریعت به تفسیر و امکان سنجی آن رأی دهد. (محمد رفعت عبد الوهاب، ۱۹۹۰: ۳۴۷) در حقیقت در اینجا در پی ایجاد حکم بر اساس مصلحت نیستیم چون دادگاه عالی قانون اساسی مصر مرجع تقنینی نیست بلکه مرجع تفسیری است و لذا تنها در خصوص تفسیر می‌تواند فعالیت کند. چنانچه در بادی امر اشاره شد مصلحت در هر عمل حقوق عمومی می‌تواند راه داشته باشد البته با این مقدمه که مصلحت را در مقام عقل عملی حاکم بدانیم و نه در مرجع حکم سازی در مرحله اولیه. در حقیقت اگر بخواهیم در دادگاه عالی قانون اساسی مصر صحبت کنیم باید تفسیر مصلحت‌گرا در خصوص آراء آن بررسی کنیم.

### ۲/۳. مصلحت در دادگاه عالی قانون اساسی مصر:

در حقیقت اگر بخواهیم بدانیم که نحو تمسک به مصلحت در اندیشه حقوق عمومی مصر چگونه است باید در ابتدا بدانیم نگرش حوزه اندیشه به دین در حوزه اندیشه



سیاسی و فلسفی در مصر چگونه است. این دعوی که چگونه می‌توان از دین در بطن جامعه امروز بهره برد و امکان‌سنجی حضور دین در ادبیات علوم انسانی تا چه حد است؟ بسیار مرتبط با پاسخ ما در خصوص مصلحت در حقوق عمومی مصر خواهد بود.

### ۲/۳/۱. فلسفه حقوق عمومی مدرن مصر:

دادگاه عالی قانون اساسی مصر در رویه قضایی خود به مذاهب چهارگانه و اجماع این مذاهب پرداخته است. (Clark B, ۲۰۰۹: ۲۳۰) در حقیقت از آنجایی که حقوق اسلامی به روایات فقه مذاهب مختلف دارای تنوع افتاء است دادگاه عالی قانون اساسی به این مفهوم پرداخته است که چه تعریفی از قرائت شریعت دارد. جمعیت مصر را از حیث پیروان مذاهب ۶۰ در صد حنفی‌ها تشکیل می‌دهند که بایستی به این خاطر مرجع افتاء در نظریه‌پردازی‌ها باشد. (Clark B, ۲۰۰۹: ۲۳۴) جالب آن است که بدانیم بر اساس مذهب حنفی و به روایت اکثریت فقهای این مذهب مصلحت در میان حنفی‌ها به صورت مستقل کاربردی ندارد. (قطب مصطفی سانو، ۱۴۲۰: ۷۰) تنها در کنار کاربرد قیاس و استحسان و... رنگ به خود می‌گیرد. در حقیقت این چند بیان پراکنده نشان می‌دهد که حقوق عمومی مصر در روایت سنتی خود جای چندانی برای استفاده از مصلحت در فقه سنتی اهل تسنن مصر ندارد و علاوه آنکه آنچه به عنوان متدلوژی در تفسیر شاهد بیان آن از سوی دادگاه قانون اساسی مصر هستیم، هیچ شباهتی به اصول فقه سنی رایج در فکر عربی اسلامی مصر ندارد. از سویی نیز چنانچه می‌دانیم فهم معرفتی محقق در فقه اسلام بسیار حائز اثر است که در اینجا چنانچه در فوق اشاره شد، قضات دادگاه عالی قانون اساسی هیچ کدام مفتی نیستند و هر کدام تنها تحصیلات آکادمیک حقوقی دارند و لذا امکان تفسیر اصول از منابع شرعی به روش اجتهاد فقه سنی اماکن پذیر نیست و علاوه آنکه چنین ادعایی نیز در دادگاه قانون اساسی مصر به صراحت رد شده است؛ که در منبع سابق پی نوشت کاملاً محرز است.

البته بایستی ذکر شود که این تشتت ناموزون که منبع حقوق عمومی مصر را سرگردان نموده است و نمود خارجی آن تحولات اسفبار منازعات سیاسی مصر است گاه نیز به سوی یک تأویل صحیح می‌رفته است چنانچه در متن پیش‌نویس نهایی قانون اساسی ۲۰۱۱ مصر برای ایجاد یک تفسیر صحیح قدم‌هایی برداشته شد که در فوق بدان اشاره کردیم، اما این تحولات ناکام ماند.

اما اینکه در حقیقت آنچه روش‌شناسی عملکرد دادگاه قانون اساسی مصر است



چیست؟ سؤال مناسبی است که به خوبی ما را به پاسخ نهایی خود خواهد رساند. جریان فکر عربی مصر در حقوق عمومی یک نواعتزالی‌گرایی است. در حقیقت ناشی از برخورد اندیشمندان مصر با تفکرات غربی در قرن حاضر و ناکافی بودن فکر عربی سنی در مقابل آن اندیشه نو معتزلی به وجود آمد که در پی یک تفسیر از دین در دنیای حقوق عمومی و سیاسی مصر داشت. در حقیقت روش‌های تأویل‌گرایانه جدید فکر غرب مانند هرمنوتیک در پی تفسیر و قرائتی روز آمد برای مصر اندیشگی بود. در حقیقت اگر به تئوری‌های حقوق اسلامی و تحولات اصول فقه سنی در فکر عربی نگاه کنیم به خوبی در پایان این جریان که ختم به بحران مدرنیته و سودانگاری دینی و لیبرالیسم دینی می‌شود، خواهیم دید که پارادایم‌های حقوق عمومی مصر و نگاه اندیشه‌ای دادگاه عالی قانون اساسی مصر همان اندیشه واقعیت اجتماعی و واکنش‌تئوریک (Wael, ۱۹۹۷: ۲۳۴) به آن است که در جریان آراء دادگاه عالی قانون اساسی مصر است. حقیقت حوزه حقوق عمومی در مصر با نگاه به تئوری مقاصد شریعت و اعمال روش هرمنوتیکال به این نظریه یک تفکر نو معتزله را در حقوق عمومی مصر رایج می‌کند. به خوبی در آراء مربوط به حجاب و ربا و نفی آن در نظام اسلام شعارهای فکر تطور پذیر معنای متن را می‌توان دید، خالی کردن متن از معنای رسوب‌گذاری شده تاریخی و اعمال روش‌های فکری جدید در آن جان کلام روش در حقوق عمومی مصر است.

نگارنده مبسوط نظری در فقه اهل سنت و گردش فکر آن دارد که از آنجایی که سبب اطاله کلام خواهد شد از بیان آن پرهیز می‌کند و تنها چند جمله کلیدی آن را بیان می‌کند: فقدان قدرت و عمق اندیشه در فقه اهل سنت، وادادگی فرهنگی عوامل نزول فکر اهل سنت به وضعیت اندیشه در مصر است که آسیب آن را دامن مردم مصر گرفته است. در نتیجه می‌توان آنچه در رویه عملی دادگاه عالی قانون اساسی مصر در جریان است را نه مصلحت و تئوری فقه اسلامی دانست، بلکه آنچه مجراست قرائت لیبرالی از فقه اسلام با روش‌های نوین اندیشه غرب است.

### نتیجه‌گیری:

به عنوان نتیجه می‌توان موارد ذیل را بیان نمود:

۱. پیش‌درآمد تفسیر و تبیین هر مفهوم مانند مصلحت در هر نظام حقوقی نگاه به فصول ممیزه هر نظام حقوقی است و کوشش در کل‌نگری سیستمی صواب‌ترین برداشت از یک مفهوم سیاسی حقوقی در نظام حقوقی است که بایستی مبنای هر نوع روش در حقوق

عمومی قرار گیرد.

۲. حقوق عمومی جمهوری اسلامی یک حقوق اسلامی و منابع و روش‌ها در تفسیر و شکل‌دهی قوانین آن مبتنی بر نگره‌های اسلامی است. این حقوق اساسی در خود سازوراهای فراوانی را برای تبیین مفهوم ارزشی فقه حکومتی شیعه پیش‌بینی نموده است تا جریان اندیشه حقوق اساسی به زوال نرود.

۳. حقوق عمومی مصر در حقیقت یک ترجمه از حقوق عمومی سکولار دمکرات است و نهادهای سیاسی اداری آن نیز نهادهای ترجمه‌ای از همین متون است و در این نظام‌ها دین نمی‌تواند منبع حقوق باشد بلکه تنها یک مؤلفه جامعه‌شناختی در جامعه سیاسی است. نهادهای سیاسی اداری قانون اساسی مصر آمادگی کافی برای تحمل نگره‌های اسلامی را ندارد و تنها کوششی حداقلی برای درک حقیقت جامعه سیاسی مصر در جهت جامعه اسلامی تلقی می‌شود.

۴. تئوری مصلحت در غالب عقل عملی در تمامی ارکان و صلاحیت‌های حقوق عمومی جمهوری اسلامی در جریان است و قانون اساسی این ظرفیت را به خوبی در غالب نهادهای سیاسی اداری و صلاحیت‌های قانونی ایجاد شده به وسیله این قانون تعبیه نموده است. نهادهای چون شورای نگهبان قانون اساسی و مجمع تشخیص مصلحت نظام به همین جهت تمشیت شده‌اند و صلاحیت‌های چون حکم حکومتی نیز مصادیقی از این تئوری را در حقوق اساسی جمهوری اسلامی نشان می‌دهد.

۵. تئوری مصلحت در حقوق عمومی و قانون اساسی مصر از جهت اسلامی جایگاهی ندارد و تنها از حیث آنچه در یک حکومت سکولار برای جامعه مسلمانان است رایج است. نهادهای اداری اساسی جمهوری عربی مصر ظرفیت کافی از لحاظ نظری و فکری برای فهم و اعمال مصلحت را ندارد و تنها با تمسک به روش‌های جدید در فلسفه سیاسی در پی تبیین برخی مؤلفه‌ای مصلحت در حقوق عمومی مصر می‌باشد.

۶. به قدری تئوری حقوق اساسی در مصر در بین دو جریان فکری سکولار و اسلام‌گرا در حال مواج قرار دارد که انضباط سیاسی را نمی‌توان در احیای اندیشه در آن دید. این فقر تئوریک که نمود عملی نشان داده است، ناشی از فقر فکر سنی است و گرایش‌های طبقه اندیشه مصر.



## منابع:

### فارسی و عربی:

- قرآن کریم.  
قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.  
قانون اساسی جمهوری عربی مصر.  
ابوحامد محمد، غزالی؛ المستصفی من علم الاصول؛ ج ۱، نشر دالفکر العربی؛ ۱۴۰۰ ق؛ بیروت.  
احمد بن فارس؛ معجم مقاییس الغه؛ ج ۳، تحقیق عبدالسلام محمد هارون؛ ۱۴۰۴ ق؛ قم.  
امیل دورکیم؛ قواعد روش جامعه شناسی؛ ترجمه علی محمد کاردان، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳؛ تهران.  
بابایی مجید؛ شریعت حکم حکومتی؛ حکومت اسلامی؛ شماره ۶۲؛ زمستان ۱۳۹۰؛ تهران.  
باقری خوارزمی محمد حسین؛ مجلس در اندیشه سیاسی امام خمینی (ره)؛ مرکز اسناد انقلاب اسلامی؛ ۱۳۸۷؛ تهران.  
البغدادی فواد کاظم؛ دراسات: الامام علی (ع) و مصلحه الاسلام العلیا؛ رساله الثقلین، شماره ۱۹ و ۲۰؛ ۱۴۱۷ ق؛ قم.  
البوطی، محمد سعید رمضان؛ ضوابط المصلحه فی الشریعه الاسلامیه، بیروت؛ دارالمتحد، ۱۴۱۲ ق، قاهره.  
حسینی، سید علی؛ نگاهی به تطور مصلحت در فقه شیعه؛ مجله طلوع، شماره ۱ سال ۱۳۸۱، تهران.  
حکیم، محمد تقی؛ الاصول العامه الفقه المقارن؛ چاپ دوم؛ موسسه آل بیت؛ ۱۳۷۸؛ قم.  
دهخدا، علی اکبر؛ لغت نامه دهخدا؛ ج ۱۲، نشر علم؛ ۱۳۷۰؛ تهران.  
شاطبی، ابواسحاق؛ الموافقات فی اصول الشریعه؛ ج ۲ بی تا؛ بی جا.  
عادل عمر شریف، قضاء الدستوریة بالقضاء الدستوری فی مصر، مطابع دار الشعب، القاهره، ۱۹۸۸.  
عظیمی گرگانی هادی؛ مصلحت شناسی بارویکرد حکومتی؛ فقه و تاریخ تملدن؛ شماره ۱۹؛ بهار ۱۳۸۸؛ قم.  
علیدوست، ابوالقاسم؛ فقه و مصلحت؛ سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه؛ ۱۳۹۰؛ تهران.  
علیدوست ابوالقاسم؛ دین شریعت و مصلحت؛ قیسات؛ شماره ۲۰؛ ۱۳۹۰؛ قم.  
علیشاهی قلعه جوقی و ناصری مقدم؛ چیستی و کارکردهای مذاق شریعت، مجله فقه اصول، شماره ۲؛ ۱۳۸۰؛ مشهد.  
فیرحی داود؛ نظام سیاسی دولت در اسلام؛ نشر سمت؛ ۱۳۹۰؛ تهران.  
فیرحی داود؛ نظام سیاسی و دولت در اسلام؛ انتشارات سمت؛ ۱۳۹۰؛ تهران.  
قانون شماره ۴۸ قانون المحکمه الدستوریة العلیا. ۱۹۹۷.  
قطب مصطفی سانو؛ معجم مصطلحات اصول الفقه؛ دالفکر المعاصر؛ بیروت؛ ۱۴۲۰.

کلارک لمباردی؛ اسلام و حقوق اساسی در مصر؛ ترجمه حسن رضایی؛ مجله راهبرد؛ سال ۱۳۸۱؛ شماره ۲۴؛ تهران کلانتری علی اکبر؛ مصلحت در فقه شیعه و پاسخ به شبهات فکری آن؛ نشریه فقه اهل بیت؛ شماره ۳۶؛ سال ۱۳۸۹؛ قم.  
متن نهایی پیش نویس قانون اساسی مصر در سال ۲۰۱۱.

مجموعه نظریات شورای نگهبان قانون اساسی؛ ج ۱؛ نشر مرکز تحقیقات؛ ج ۱ تهران.  
محمد بن حسن طوسی؛ التّهذیب، ج ۷، ص ۲۱۵، حدیث ۲۵ و شیخ حرّعاملی؛ وسائل الشّیعه؛ ج ۱۳، ج ۱۷، بی تا؛ بیجا

محمد بورکاب؛ المصالح المرسله و اثرها فی مرونه الفقه الاسلامی؛ دالفکر اسلامی؛ ۱۴۱۲؛ بیروت.  
محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوری: المبادئ الدستوریة العامّة - دراسة النظام الدستوری المصری، دار المعارف، ۱۹۹۰ الإسكندریة.

ملک افضلی اردکانی؛ حکم حکومتی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ حکومت اسلامی؛ شماره ۶۲؛ زمستان ۱۳۹۰؛ تهران.

هشام احمد عوض جعفر؛ الابعاد السیاسیه لمفهوم الحاکمیه: رویه المعرفیه؛ الولايات المتحده الامریکیه؛ المعهد المعالمی للفکر الاسلامی؛ ۱۹۹۵؛ م: قاهره.  
منابع انگلیسی:

.59. 2002. Étienne Balibar, Immanuel Maurice Wallerstein. Race, nation, class: ambiguous identities  
Clark B. Lombardi & Nathan J. Brown, Islam in Egypt's New Constitution, Foreign Policy(De  
islam\_in\_egypts\_new\_/13/12/2012/13,2012,10:23AM),<http://mideast.foreignpolicy.com/posts.c>

.(19-2013 .constitution (Univ. of Wash. Sch. of Law Research Paper No

Clark B. Lombardi, Egypt's Supreme Constitutional Court: Managing Constitutional Conflict in  
an Authoritarian, Aspirationally «Islamic» State, in Constitutional Courts: A Comparative Study  
JCL) (2009 Andrew Harding & Peter Leyland eds. Wildy, Simmonds & Hill Publishing) 41-217  
.Studies in Comparative Law No

.Political Philosophies and Political Ideologies. WestviewPress. p. xiii. (1997) Hampton, Jean  
Leslie F. Goldstein, Popular Sovereignty, the Origins of Judicial Review, and the Revival of  
(1986) 48 Unwritten Law, Journal of Politics

Wael Hallaq. A history of Islamic legal theories: an introduction to Sunn ul al-fiqh (New York:  
(1997 ,Cambridge University Press



## آیا دین می تواند مانعی برای انتساب بدون اجازه ی اثر غیر به خود، در مالکیت فکری در کشورهای اسلامی باشد؟<sup>۱</sup>

ترجمه: سعید محبوب<sup>۲</sup>

این تحقیق موضع سنت های حقوقی اسلامی (دین) را نسبت به انتساب بدون اجازه اثر غیر به خود<sup>۳</sup> در مالکیت فکری بررسی می کند. اگر چه مسلمانان ممکن است در اینکه دین چه چیزی می گوید اختلاف داشته باشند، اما بسیاری از آنها دین را به عنوان قانون خدا و جزء مقوم نظام اعتقاد اسلامی می نگرند. از آنجا که میزان انتساب بدون اجازه اثر در کشورهای اسلامی، در پرتو وجود قوانین حقوق مالکیت فکری رسمی، بطور قابل توجهی بالاست، ضروری است، سنجیده شود که آیا هیچ گونه ارتباطی میان دین با چنین پدیده ای هست.

فرضیه ما این است، اگر چه کشورهای اسلامی سازمان ها یا قوانینی رسمی دارند که از حقوق مالکیت فکری حمایت می کنند، اما توجه اندکی به نهادهای غیررسمی، یا اخلاق بشری، در ارتباط با انتساب بدون اجازه اثر در حقوق مالکیت فکری دارند؛ که به صورتی منفی بر سطح ضمانت اجرای حقوق مالکیت فکری در این کشورها تاثیر می گذارد. مسلمانان ممکن است در موارد نقض حقوق مالکیت فکری متقاعد نشده باشند، اگر چه غیر قانونی، مخالف اخلاق یا حرام اسلامی است. به منظور سنجش سطح پایبندی مسلمانان به دین و برای تایید فرضیه مان، جدول پایبندی دینی را تهیه کردیم (RLI). مقایسه ی پایبندی پیروان مذاهب مختلف با آن اسلام، کشورهای اسلامی بالاترین سطح دینی را دارند، که تاثیر مستقیمی بر سطح اطاعت از دین دارد. نتیجتاً، تحقیقی پیرامون اینکه دین چگونه انتساب اثر غیر به خود را در حقوق مالکیت فکری می بیند مورد نتیجه قرار

۱- این مقاله ترجمه ای است از اثر:

Nora El-Bialy and Moamen Gouda (۲۰۱۱)، The Journal of World Intellectual Property, Vol. ۱۴, no. ۶, pp. ۴۴۱-۴۶۶, doi: 10.1111/j.1747-0428.2011.01966.x

۲- Sd.mahjoob@gmail.com/ The Student of Intellectual Property Right/ university of Allameh Tabataba'ei/ Tehran

۳- در این ترجمه، به جای عبارت اخیر در برخی موارد از عبارت «انتساب بدون اجازه اثر» و در برخی موارد از «نقض» استفاده شده است. نقض هر چند دارای معنایی عام تر از انتساب بدون اجازه اثر غیر است، اما در برخی مواقع در فهم مقصود مولف، مناسب تر به نظر می رسد.



گرفته است.

همچنان که اسلام به طور کلی انتساب اثر غیر به خود را ممنوع می کند، تحقیق مزبور، با پیشنهاد مجموعه ای از توصیه ها که می تواند به طور موثری به حداقل کردن نقض حقوق مالکیت فکری در کشورهای اسلامی کمک کند نتیجه گیری می کند.

## کلید واژگان

حقوق مالکیت فکری، نهادهای غیر رسمی، دین، ضمانت اجرا

## مقدمه

معنای تحت اللفظی دین در زبان عربی «راه رسیدن به منبع آب»، است. مفهوم آن این است که منبع زندگی برای مسلمانان است. دین آمده است تا به «احکام لازم الاجرای الهی» معنی دهد، راه صداقت و حقیقت که یک مسلمان باید در زندگی از آن پایبندی کند تا مطیع اراده خدا باشد (اسپوزیتو، ۱۹۹۱). به این ترتیب، دین باید اساس هر جامعه اسلامی باشد. خدوری (۱۹۸۴) به دین به عنوان آنچه که توماس آکویناس آن را «قانون ابدی» می خواند، نگاه می کند، چرا که دین به طور عمده از وحی مشتق شده است، و در واقع بهترین نمونه از اراده ی خدا و عدالت است. این امر توسط همه ی مسلمانان در همه ی جهان پذیرفته شده است که دین معلول دو منبع مکتوب است: قرآن، کتاب مقدس اسلام که شامل فرمان خدا که به صورت وحی در مدت ۲۳ سال به حضرت محمد وحی شده است و سنت - کردار و گفتار پیامبر- که منبع اخلاق و هنجار اسلامی برای رفتار مسلمان شد.

حقوق اسلامی (فقه) کارایی دین را از طریق منابع ثانویه به پرسش هایی گسترش داده است که مستقیماً توسط منابع اولیه اشاره نشده است. این منابع ثانویه معمولاً عبارتند از: توافق ضمنی علمای دینی (اجماع) و قیاس از قرآن و سنت (قیاس). همانطور که دین توسط مسلمانان مورد احترام است و به عنوان حقوق خدایی دیده می شود، ضروری می نماید که مورد مطالعه قرار بگیرد که چگونه نگرش مسلمانان را نسبت کدهای قانونی اخیراً تحمیل شده که توسط کشورهای اسلامی به عنوان عضوی از جامعه بین المللی رواج داده شده است؛ تحت تاثیر قرار می دهد. برای مثال حقوق مالکیت فکری. بر این اساس، این تحقیق عمدتاً، موضع سنت های حقوقی اسلامی را (از این به بعد، دین) در رابطه با انتساب بدون اجازه ی اثر غیر به خود در حقوق مالکیت فکری بررسی می کند.



در سال ۲۰۰۸، سرقتِ نرم افزارهای کامپیوترهای شخصی، ۴۱ درصد از کل نرم افزار کامپیوترهای شخصی موجود در سراسر جهان اعلام شد. در همان سال، خسارت ناشی از انتساب اثر غیر به خود در حقوق مالکیت فکری به ۵۳ میلیارد دلار آمریکا رسید، که قابل مقایسه با ارزش ۴۸ میلیارد دلار آمریکا در سال گذشته است. به عبارت دیگر، برای هر ۱۰۰ دلار از نرم افزار قانونی فروخته شده، ۶۹ دلار سرقت شده بود. متوسط میزان انتساب بدون اجازه اثر در حوزه نرم افزار در خاورمیانه، آسیا و اقیانوسیه، امریکای لاتین و مرکزی و اروپای شرقی، به ۶۳ در سال ۲۰۰۸ رسیده است. بر این اساس، بیش از نیمی از کاربران نرم افزار در این مناطق از نرم افزار سرقت شده استفاده می کنند. (بی اس ای، ۲۰۰۹).

اگر چه اکثر کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی (WTO)، پیش از این، با قوانینی برای مقابله و جلوگیری از نقض حقوق مالکیت فکری، به پیش آمده اند، اما موارد نقض این چنینی به علت فقدان قابل ملاحظه‌ای ابزار موثر برای ضمانت اجرای این حقوق و مقررات رو به رشد است.

چندین مکانیسم رسمی قانونی برای نظارت موثرتر بر ضمانت اجرای قوانین حقوق مالکیت فکری توسط سازمان های بین المللی و دولت های محلی پیدا شده است، با این حال، اخلاق غیر رسمی و نهادهای معنوی موجود در این کشورها، نگرانی واقعی در این مورد ندارند.

در حالی که براساس قانون گذاری رسمی، انتساب اثر غیر به خود بدون اجازه در حقوق مالکیت فکری، غیر قانونی در نظر گرفته شده است، در کشورهای ناقص، می تواند با تکیه بر نهادهای غیررسمی به عنوان امر مشروع اخلاقی مورد حکم واقع شود، که این مشروعیت توسط ارزشها و اصول اخلاقی تایید شده توسط ایدئولوژی غالب در جوامع مربوطه ارائه شده است.

در نتیجه، این امر به صورت منفی ضمانت اجرای حقوق مالکیت فکری را به عنوان ضمانت اجرای حقوق در کشورهایی که به لحاظ اخلاقی، انتساب بدون اجازه اثر را پذیرفته اند تحت تاثیر قرار می دهد، که ممکن است خودشان به اندازه کافی انگیزه برای اجرای قوانین حقوق مالکیت فکری و جلوگیری از انتساب بدون اجازه اثر نداشته باشند.

افزون بر این، احساسات ناقصین از گناه، و ترس از شرم و خجالت، در حداقل نگه داشته می شود چرا که او به ایدئولوژی جامعه عمل می کند که آن جامعه چنین عملی





را محکوم نمی کند. با این حال، این اقدام تنها وقتی که جوامع از سطح نسبتا بالایی از پایبندی اعضای جامعه مزبور به چنین ایدئولوژی برخوردار است، قابل مشاهده است. اگر اعضای جامعه تمایل به پایبندی به ایدئولوژی خاصی داشته باشند که موافقت با قوانین حقوق مالکیت فکری دارد، در نتیجه سطح ضمانت اجرا بالاتر خواهد بود، چرا که مجریان قانون همانند نقض کنندگان به اعمال آنچه که به آن براساس قوانین حقوق مالکیت فکری معتقدند هم نوا خواهند بود.

با این حال، اگر همان ایدئولوژی طرفدار حقوق مالکیت فکری و یا نهاد غیررسمی در جامعه ای دیگر وجود داشته باشد که سطح پایبندی بالایی به دین نداشته باشند، تاثیر ضمانت اجرا حداقل خواهد بود. از منظر اقتصادهای سازمانی جدید (NIE)، دین همان طور که اخلاقیات و رفتار پیروانش را جهت می دهد به عنوان نهادی غیر رسمی در نظر گرفته شده است، در حالی که بسته به سطح دینداری یا پایبندی است که آنها به سوی قواعد و احکام آن حرکت می کنند. بنابراین، دینی که انتساب بدون اجازه اثر در حقوق مالکیت فکری را به عنوان یک اقدام نادرست می بیند، قادر به حمایت از روند ضمانت اجرای رسمی قوانین حقوق مالکیت فکری در صورت پایبندی بالای اکثریت جامعه فوق الذکر، در جامعه است. بر این اساس، تجزیه و تحلیل عمیق تر از درک دین در مورد انتساب بدون اجازه اثر در حقوق مالکیت فکری، فقط در جوامعی ارزشمند است که پایبندی بالای دینی دارند.

این مقاله شکست قوانین حقوق مالکیت فکری رسمی کنونی را به عنوان یک نتیجه ی احتمالی از جدایی نهادهای رسمی و غیر رسمی در یک کشور بررسی می کند، توصیف می کند که چگونه پایبندی دینی می تواند برای محدود کردن این شکاف مورد استفاده قرار گیرد و در نهایت تجزیه و تحلیل جامعی در رابطه با جایگاه انتساب بدون اجازه اثر در حقوق مالکیت فکری در دین اسلامی ارائه می دهد تا قادر به ترسیم توصیه های مربوط با خط مشی باشد.

این مقاله متشکل از شش بخش است، در حالی که بخش اول ادبیات اقتصادی بر حقوق مالکیت فکری را بررسی می کند، اساسا ارتباط بین نهادهای غیررسمی و انتساب بدون اجازه ی اثر در حقوق مالکیت فکری را بررسی می کند، بخش دوم نقش نهادهای غیر رسمی را در تغییر کارآمد رفتار انسانی در پرتو قوانین رسمی کنونی توضیح می دهد. مدلی را ارائه می دهیم که تاثیر و تاثیر میان قاعده رسمی، دین و رفتار انسان را تحلیل می کند و توصیف می کنیم که چگونه این ارتباط با انشعاب میان نهادهای رسمی و غیر



رسمی می تواند تحت تاثیر واقع شود تا شکست پروسه‌ی جابجاسازی حقوق مالکیت فکری را توضیح دهیم. در بخش سه، شاخص «پابندی دینی» را محاسبه و از توصیف آماری استفاده می کنیم تا قادر به ترسیم نتایج در مورد پابندی دینی در میان فرقه های مذاهب مختلف باشیم.

یافته اصلی این است که جوامع مسلمان هنوز تندترین جوامع در پیروی از محدودیت های دینشان هستند. نتایج حاصل از این اندازه گیری، در تحلیل نقش دین به عنوان نهاد غیر رسمی موجود، در شکل دادن به رفتار انسان نسبت به درک اخلاق حمایت از حقوق مالکیت فکری به کار برده شده است. بخش چهار، بر روی ساز و کار فرمول گذاری قضاوت حقوقی اسلام تمرکز می کند. این حائز اهمیت است که ببینیم دقیقا در چه جایی حقوق مالکیت فکری ذیل چنین چارچوب حقوقی اسلامی منطبق می شود. با این حال، این امر تنها اگر محصولات حقوق مالکیت فکری خودش، مکانیزم قیمت گذاری اسلامی را نقض نکنند، می تواند متوجه شود. به عبارت دیگر، آنها باید به شیوه ای منصفانه فروخته شوند. بنابراین، بخش پنجم اساسا به ضمانت اجرای غیر رسمی قوانین حقوق مالکیت فکری در کشورهای اسلامی با بررسی تعامل میان قیمت های محصولات حقوق مالکیت فکری و نوع ضمانت اجرای مزبور که بر اساس مشارکت جامعه در محکوم کردن و متوقف کردن انتساب بدون اجازه اثر غیر به خود است؛ می پردازد. بخش شش، با تاکید بر یافته های اصلی این مقاله به نتیجه گیری می پردازد.

## حقوق مالکیت فکری در ادبیات اقتصادی

بسیاری از متون موجود در برخورد با حقوق مالکیت فکری معمولا بر دو نقطه مورد پژوهش متمرکز می شوند. اول به طور اساسی به بررسی اثر حقوق مالکیت فکری در نوآوری می پردازند، در حالی که دومی رابطه بین ضمانت اجرای حقوق مالکیت فکری و رشد اقتصادی را مورد تجزیه و تحلیل قرار می دهد. سطوح مختلف تجزیه و تحلیل خواه ملی، منطقه ای یا جهانی در این پژوهش ها استفاده شده است. با توجه به گذشته، مطالعات متعددی نشان می دهد که حقوق مالکیت فکری به صورت گسترده نوآوری را پرورش می دهد، که به صورتی مثبت بر رشد و رفاه در آینده تاثیر می گذارد. (به عنوان مثال آفرانس و هافمن، ۲۰۰۳، چین و گروسمن، ۱۹۸۸، دایوان و رودریک، ۱۹۹۱؛ هلپ من، ۱۹۹۳، هو و ماتیوس، ۲۰۰۵؛ کان وار و اونسون، ۲۰۰۳، لای و کیو، ۲۰۰۳، لژه، ۲۰۰۷. مک کالمن، ۲۰۰۰، اشنايدر، ۲۰۰۵؛ یانگ و مس کاس، ۲۰۰۱). به همین ترتیب، قسمت دیگر



نوشتار اقتصادی از این فرضیه ها پشتیبانی می کند که حقوق مالکیت فکری به صورت مثبتی بر توسعه اقتصادی تاثیر می گذارد (به عنوان مثال فالوی و همکاران، ۲۰۰۶؛ گولد و گرابن، ۱۹۹۶؛ جینارت و پارک، ۱۹۹۷؛ مارکوزن، ۱۹۹۸، پریمو باراگا و فینک ۱۹۹۸، اشنایدر، ۲۰۰۵، تامپسون و عجله، ۱۹۹۹). با این وجود، تعداد قابل توجهی از تحقیقات نظری مخالف در هر دو قسمت دارند و استدلال می کنند که قوانین حقوق مالکیت فکری به ویژه در کشورهای در حال توسعه نوآوری را مهار کرده و رشد اقتصادی را متوقف می کند. (به عنوان مثال بولدین و لوین، ۲۰۰۸، کینسلا، ۲۰۰۱؛ میسون، ۲۰۰۹؛ پنروز، ۱۹۵۱، پلنت ۱۹۷۴. استیگلیتز، ۲۰۰۶. ورزولا، ۲۰۰۴).

نتیجه گیری متداول از اکثر مطالعات حقوق مالکیت فکری خواه به نفع حقوق مالکیت فکری در مورد اول باشد یا خیر - این است که انتساب خلاف واقع در حقوق مالکیت فکری اساسا با سطح درآمد سرانه و یا توسعه اقتصادی هر کشور مرتبط است. به عبارت دیگر، در کشورهای ثروتمند (کشورهای غربی) انتقال حقوق مالکیت فکری به صورت رسمی نسبت به کشورهای فقیر تر محتمل تر است. این یافته، توسط ماسکوس و پنوبارتی (۱۹۹۵)، جینارت و پارک (۱۹۹۷) ماسکوس (۲۰۰۰)، مارون و استیل (۲۰۰۰) و هوستد (۲۰۰۰) تایید شده است. به تازگی، مطالعاتی در مورد تجزیه و تحلیل اثرات طیف وسیعی از اقتصاد داخلی، متغیرهای سیاسی و اجتماعی، مانند اندازه هزینه های اقتصاد، تحقیق و توسعه، سطح آموزش و پرورش، باز بودن اقتصادی، فشار سیاسی، آزادی سیاسی، آزادی بازار، تحریم ها و فرهنگ در انتساب اثر غیر به خود در حقوق مالکیت فکری شروع شده است. (نگاه کنید به بزمن و دپکن، ۲۰۰۴، دپکن و سیمونز، ۲۰۰۴، فیشر و آندرس ۲۰۰۵، گراسمن و لای، ۲۰۰۴، شادلن و همکاران، ۲۰۰۴؛ ون کرانن بورگ و هوگنبریک، ۲۰۰۵). تقریبا همه ی این مطالعات، این ادعا را تایید می کنند که عوامل اقتصادی، سیاسی و قانونی رسمی به طور قابل توجهی بر میزان انتساب بدون اجازه ی اثر غیر به خود موثر است. با این حال، هیچ یک از آنها به وضوح عوامل فرهنگی و نهاد ها غیررسمی تاثیر احتمالی آن ها را بر اجرای قانون مالکیت فکری مشخص نکرده اند.

همانطور که از نوشتار فوق استنباط می شود، رابطه منفی بین سطح توسعه اقتصادی و نقض اثر در حقوق مالکیت فکری وجود دارد. با این حال، ارتباط مهم دیگر هم چنین، استناد از خلال نوشته ها بین توسعه اقتصادی و تعصب دینی است. چنین ارتباطی در خلال دو فرضیه ی اصلی بررسی می شود: فرضیه سکولاریزاسیون و فرضیه مدل بازار-دین. فرضیه سکولاریزاسیون تاثیر تعصب دینی مرتبط با مذاهب مختلف را بر توسعه اقتصادی



بررسی می کند(بارو و مک کلری، ۲۰۰۳، بلوم و دادلی، ۲۰۰۱ کاوال کانتی و همکاران، ۲۰۰۷؛ چاوز، ۱۹۹۴؛ گری یر، ۱۹۹۷؛ نولند، ۲۰۰۵؛ نورت و جوین، ۲۰۰۴).



شکل ۱: نشان دادن الگوی بین المللی تعصب دینی (گالوپ، ۲۰۰۹)

منبع: کرابتر و پلهام، چه اشتراکاتی ایرانیان و آلابامیان دارند، وبسایت گالوپ، ۹ فوریه ۲۰۰۹

اگرچه دین نقش مهمی در شکل دهی فرهنگ، بازی می کند(لوئیس-فرانندز و دیاز، ۲۰۰۲)، مطالعاتی که به ارتباط میان حقوق مالکیت فکری و عوامل فرهنگی پرداخته، تاکنون دین را به حساب نیاورده اند. کواچیک (۲۰۰۷) تایید می کند که مدل فرهنگی هافستد (هافستد، ۱۹۸۱، ۲۰۰۴) متداول ترین مدل فرهنگی به کار گرفته شده در تحقیق نفیض در نرم افزار می باشد(نگاه کنید به عنوان مثال دپکن و سیمونز، ۲۰۰۴. هوستد، ۲۰۰۰؛ کی و همکاران ۲۰۰۶ کپیر و همکاران ۲۰۰۴، مورس، ۲۰۰۳؛ رن کانین و گوئرروکاسمانو، ۲۰۰۱؛ شین و همکاران، ۲۰۰۴. علاوه بر این، در شور و همکاران ذکر شده است(۲۰۰۱). تحقیق میان فرهنگی که به ارتباط بین انتساب اثر غیر به خود در حقوق مالکیت فکری و رفتار اخلاقی می پردازد، محدود باقی می ماند. سوین یارد و همکاران (۱۹۹۰) نگرش ها نسبت به قوانین کپی رایت نرم افزار و نیات رفتاری نسبت به این قوانین در ایالات متحده و سنگاپور را تجزیه و تحلیل کردند و فهمیدند که هر دو نگرش و نیت رفتاری آمریکایی ها نسبت به سنگاپوری ها با قوانین کپی رایت هماهنگ تر است. علاوه بر این، نویسندگان در یافتند که «نه تنها فرهنگ آسیایی پشتیبانی کمتری برای قانون کپی



رایت فراهم می کند بلکه پشتیبانی بیشتری از منافع انسانی که ممکن است برآمده از انتساب بدون اجازه اثر غیر باشد می کند. «. الجابری و عبد القادر (۱۹۹۷) مدلی برای کشف تاثیر اعتقادات فردی و جمعی در نقض کپی رایت نرم افزار در عربستان سعودی با اجرای یک تحقیق استنباط کردند. نتایج این مطالعه نشان می دهد که اعتقادات، چه برای افراد و یا برای همسالان، اثرات قابل توجهی بر توجه اخلاقی برای احترام یا تجاوز به نرم افزار حفاظت شده دارد. الشیخ و همکاران (۲۰۰۶) مطالعه ای مشابه در مورد اردن انجام دادند و دریافتند که اکثریت پاسخ دهندگان به نظر سنجی (۶۳٪) بر این باورند که انتساب اثر غیر به خود بدون اجازه، غیراخلاقی و نادرست است. نویسندگان بر این باورند که افزایش آگاهی نسبت به پیامدهای اخلاقی منفی انتساب بدون اجازه ی اثر غیر به خود، می تواند مفید باشد. اخیراً، های (۲۰۰۸) به بررسی اثر متقابل فناوری، کاربران نرم افزار، و رژیم های نظارتی مرتبط با انتساب بدون اجازه اثر غیر، در اوکراین پرداخته است. نویسنده نتیجه گیری کرده است که «به خاطر اینکه هر کشوری تاریخ خود را دارد، فهم سنتی و هنجارهای اجتماعی که کاربران اینترنتی در آن طرح می گردند، در هر کشور کاملاً متفاوت است.

## تأثیرات متقابل میان قوانین و رفتار بشر

پریمو براگا و فینک (۱۹۹۸) استدلال کرده اند که برای کشورهای در حال توسعه، این امر که به سادگی نهادهای حقوق مالکیت فکری و مقرراتی که توسط کشورهای صنعتی بیش از چند دهه توسعه داده شده را در کشورشان عیناً انجام دهند، ناکارآمد خواهد بود، چراکه این دو گروه از کشورها علاوه بر منسأهای حاکمیتی مختلف از ساختارهای مختلفی برای حفاظت از حقوق مالکیت فکری استفاده می کنند. از این رو، احتمال موفقیت اجرای نهادهای غربی کپی شده از طریق یک استراتژی سیاسی تعیین شده توسط دولت ملی بسیار ضعیف است. بنابراین، به منظور تضمین اثربخشی قوانین ملی که حاصل موافقتنامه های بین المللی، مانند قوانین حقوق مالکیت فکری هستند، چه باید کرد؟ کلید پاسخ به این سوال است که ما را در شناسایی نقش مکمل نهادهای رسمی و غیر رسمی حقوق مالکیت فکری در رابطه متقابل میان قاعده و رفتار قادر می سازد. یک گام مثبت محتمل در جهت اصلاح رژیمهای حقوق مالکیت فکری در کشورهای در حال توسعه از طریق ایجاد توافق ملی در هر کشور است. این گام می تواند زمینه ای برای تدوین طراحی جدید نهادهای جدید حقوق مالکیت فکری در نظر گرفته شود که برای اجرا در یک جامعه ی مشخص

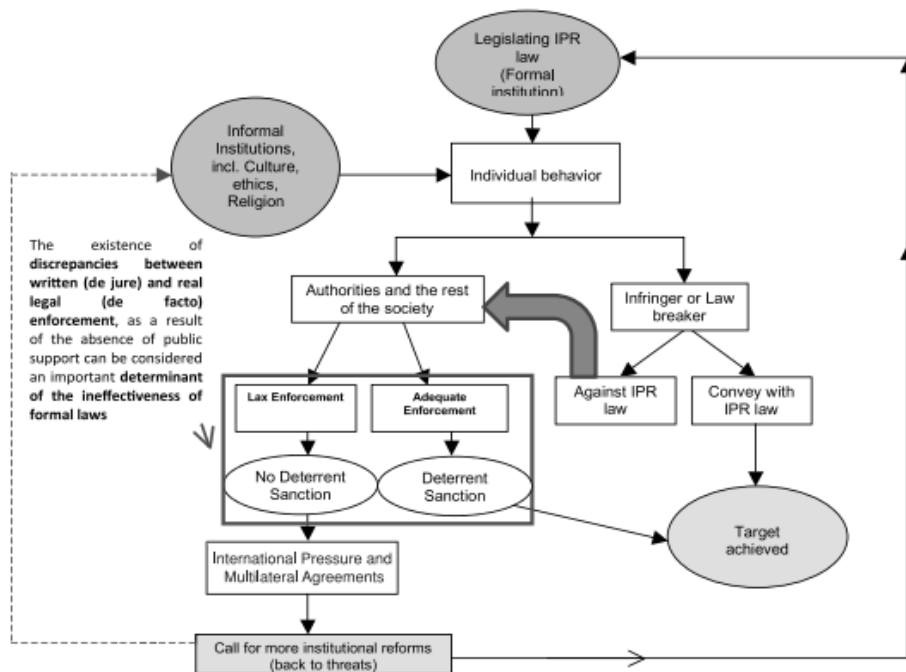


آسان تر است. به عنوان نتیجه گیری، انگیزه برای احترام به حقوق مالکیت فکری ایجاد شده است؛ در مجموع گروه‌هایی که از اقتصاد به صورت منفی متأثر شده‌اند، می‌توانند شناسایی گردند و بعد از آن، مکانیسم‌های جبران خسارتی مناسب، برای تضمین اینکه آن‌ها زیان دیده‌اند، می‌تواند طراحی گردد. (پریمو براگا و فینک، ۱۹۹۸، ص ۵۵۲). مردم معمولاً به انگیزه‌ها احترام می‌گذارند و طبق قانون خاص تحمیلی توسط جامعه و یا دولت عمل می‌کنند. تا زمانی که انگیزه‌ها برای پیروی از یک قانون خاص وجود نداشته باشد، مردم از آن قانون پایبندی نمی‌کنند.

با صحبت در مورد اثر قوانین، برخی ممکن است استدلال بکنند که مجازات بازدارنده برای برآورد تأثیر هر نهاد رسمی کافی است. با این حال، ما باید متوجه باشیم که مجازات باید متناسب با جرم باشد و بنابراین هر کشور، تعیین مجازات متناسب بدون اجازه‌ی اثر غیر را بر اساس قضاوت‌های ارزشی شخصی‌اش انجام می‌دهد.

به علاوه، وجود یک مجازات بازدارنده‌ی اعلام شده توسط قانون، لزوماً به معنی بازدارندگی عملی در واقعیت نیست. براساس اظهار غاده خلیفه، مدیر رسمی مبارزه با نقض اثر در مایکروسافت مصر، با مقایسه میزان نقض نرم افزار که توسط مطالعه جهانی اتحادیه کسب و کار نرم افزار (BSA)، تهیه شده است با تعداد موارد واقعی پرونده‌هایی که به صورت واقعی به خاطر نقض نرم افزار در همان کشور مجازات شده‌اند، اختلافات بسیاری می‌تواند مشاهده شود (ارتباطات شخصی، ۶ آوریل ۲۰۰۵).

ضمانت اجرای سست، حاکی از این است که پرونده‌های نقض، ممکن است توسط دادستان به دادگاه آورده شود، ولی قضات مجازات نکنند و یا اینکه ناقضین ممکن است توسط پلیس در وهله اول دستگیر نشوند. به این ترتیب، قانون حقوق مالکیت فکری بازدارنده نمی‌شود و ممکن است قدرت خود را بعد از مدتی از دست بدهد. این واقعیت زمانی که نهادهای غیررسمی و قواعد فرهنگی و اجتماعی نیز، این قوانین رسمی را حمایت نمی‌کنند حتی بیشتر آشکار می‌شود. (NIE) توضیحی شفاف در مورد شکست احتمالی قوانین به عنوان نوعی از نهاد‌های رسمی ارائه می‌دهد، هنگامی که توسط هنجارها، فرهنگ، باورها و دین جامعه که نهادهای غیر رسمی نامیده شد، حمایت نمی‌شود.



شکل ۲: رابطه ی متقابل میان قوانین و رفتار بشری

نهادهای رسمی و غیررسمی به طور کلی می توانند دارای ارتباط خشتی، مکمل، جایگزین و یا متضاد باشند. (کیویت و ویت، ۱۹۹۵). مکمل بودن می تواند به نتایج مطلوب منجر شود، با این حال متضاد بودن، هرگز منجر به نتایج رضایت بخش نمی شود. از این رو، یک نفر می تواند دین را به عنوان ابزاری موثر برای هدایت مردم نسبت به جدا کردن آنچه درست از نادرست است؛ بداند. علاوه بر این، ممکن است دین به عنوان منبع اصلی شناخت اخلاق و رفتار در یک جامعه خاص در نظر گرفته شود. این ابزار ممکن است نتایج قابل توجهی به ویژه در کشورهایی که پایبندی قوی به دین دارند به دست بدهد.

شکل ۲ ارائه دهنده ی یک مدل تقابل میان تحمیل یک قاعده ی رسمی و رفتار انسان است. به عبارت دیگر، توضیح می دهد که چگونه جامعه به نهادهای رسمی تحمیل واکنش نشان می دهد. (به عنوان مثال قانون حقوق مالکیت فکری). منسفیلد (۱۹۹۴) سه حوزه وابسته در ارزیابی قدرت اعمال حقوق مالکیت در یک کشور را مورد مطالعه قرا می دهد. این سه حوزه عبارتند از قوانین، زیرساخت های حقوقی و تمایل حکومت ها



به اینکه به طور فعالی حقوق مالکیت فکری را لازم الاجرا کنند<sup>۳</sup>. بنابراین، از یک سو، حکومت فقط تصویب کننده ی قانون نیست بلکه باید به اهمیت آن اعتقاد و باور داشته باشد و به صورت عملی آن را در جهت رسیدن به حقوق مالکیت فکری کارآمد اجرا کند. از سوی دیگر، پشتیبانی عمومی باید وجود داشته باشد. جامعه باید به دلایل اخلاقی و رای یک قانون خاص آگاهانه هدایت و تشویق شود. چنین دلایل اخلاقی به طور مستقیم یا غیر مستقیم، از طریق پابندی به یک دین خاص می تواند موثر باشد. افتراق بین رفتار واقعی و رفتار مورد انتظار شهروندان پس از انتشار این قانون را می توان به الزام اخلاقی و رفتاریشان نسبت داد. به عبارت دیگر، انتظار می رود که بتوان قانون منتشر شده ی جدید را به طور موثرتری در جامعه ای که پابند به یک قانون خاص اخلاقی و فکری که در راستای پشتیبانی از این قانون خاص است، نسبت به یک جامعه که در آن موضع اخلاقی خود را در اجرای خلاف آن می بیند، اجرا کرد.

شکل فوق توسط نویسندگان طراحی شده است، به خصوص برای توضیح اینکه، یک منتسب کننده ی اثر دیگران به خود، باید میان پابندی از قانون یا نافرمانی از قوانین و مقررات حقوق مالکیت فکری در کشورش یکی را انتخاب کند. گفته شده است این قانون در صورتی که ناقض از آن پیروی کند، به طرز کارآمدی اجرا می شود. با این حال، اگر ناقض، بخواهد که نقض اثر کند، سود این نقض باید بیشتر از هزینه باشد، تا احساس گناه وی را در بر بگیرد و همچنان که احتمال گرفتار شدن می باشد، ضرب در جریمه و شرمساری اجتماعی تبعی شود. وی این را تحمل می کند اگر گرفتار شود.

در اینجا، پس زمینه اخلاقی و فکری جامعه از عوامل مهم است که اقدام منتسب کنندگان آثار دیگران به خود را کنترل می کند. به این دلیل است که، اولاً در وهله ی اول، احساس گناه ناقض، به طور مستقیم متاثر از اخلاق وی می باشد. دوم، شرمساری اجتماعی مرتبط با مجموعه قوانین اخلاقی جامعه نیز هست، و در نهایت، انگیزه مجریان قانون به اعمال قانون نیز تحت تاثیر استانداردهای اخلاقی و رفتاری خودشان است.

در یک جامعه به شدت دینی، مجریان قانون، و همچنین جامعه به عنوان یک کل، می تواند هر نوع قانون رسمی را اگر با آموزه های دین غالب در تضاد ببیند، بی ارزش بداند. بر این اساس، این مدل تکرار می شود تا زمانی که سود شکستن نهادهای رسمی، بر هزینه های آن بچربد. وجود تفاوت هایی بین قانون و اجرای آن، به عنوان نتیجه ی فقدان حمایت عمومی (نهاد هاداخلی و یا غیر رسمی در برابر یا مکمل نهاد هارسمی یا





خارجی عمل می کنند) می تواند از مهم ترین عوامل ناکارآمدی قوانین رسمی در نظر گرفته شود. شکل ۲ می تواند به عنوان پایه ای برای ارائه یک توضیح سیاسی- اقتصادی برای تاثیر و تاثر متقابل بین طرح های طراحی شده توسط هر نهاد رسمی و الگوی رفتار فردی استفاده شود. ممکن است درک و بینش بهتری نسبت به دلایل احتمالی نهاد هاققوق مالکیت فکری در کشورهای در حال توسعه ارائه دهد. در مقایسه ی دزد مغازه با منتسب کنندگان آثار دیگران به خود، می توان گفت که دومی نسبتا آگاهی بیشتری از عواقب کیفری عملش دارد. اگر دزد مغازه دستگیر شود، پلیس او را مجازات می کند و این عمل به طور کامل، با پذیرش عمومی در همان جامعه برای مجازات دزد، مورد حمایت قرار می گیرد.

مورد نقض حقوق مالکیت فکری به طور کلی و نقض محصولات کپی رایت به صورت خاص در کشورهای در حال توسعه متفاوت است، بعید است که آنها دستگیر شوند، و اگر ناقض دستگیر شود به ندرت اتفاق می افتد که در موردش مجازات صحیحی اجرا شود. علاوه بر این، جامعه او را در برابر اعمال خود مورد بی مهری قرار نمی هد، و انتظار نمی رود که اعضای دیگر جامعه اقدامات نقض کننده را در وهله اول برای دستگیری به پلیس گزارش دهند. بنابراین، یافتن یک راه حل کاملا کارآمد در درون نظام قانونی مزبور دشوار است. با این حال، دین می تواند نقش مهمی در این مورد ایفا کند. در جوامع به شدت دینی، اگر قانون مغایر با تعالیم دین شایع باشد، اکثر افراد معمولا توجه کمی به قانون رسمی می کنند. اطلاعات به دست آمده توسط نظر سنجی گالوپ از ۱۴۳ کشور، نشان می دهد که ۹۲٪ از ساکنان مورد مطالعه در میان کشورهایی که متوسط درآمد سالانه ی ۲۰۰۰ دلار آمریکا یا کمتر دارند، اظهار کرده اند، که دین نقش مهمی در زندگی روزانه آنها بازی می کند. در مقابل، در میان ثروتمندترین کشورهای مورد بررسی -آنهايي که به طور متوسط درآمد سالانه ۲۵۰۰۰ دلار آمریکا یا بیشتر است- این رقم به ۴۴٪ کاهش می یابد (کراپتر و پلهام، ۲۰۰۹ الف). این نشان می دهد که کشورهای فقیر دینی تر هستند. علاوه بر این، همانطور که قبلا ذکر شد و با توجه به گزارش BSA در انتساب بدون اجازه اثر (۲۰۰۹)، انتساب اثر غیر به خود عمدتا در کشورهای در حال توسعه است. (نگاه کنید به شکل ۱) این نشان می دهد که مشکل انتساب اثر غیر به خود در حقوق مالکیت فکری در مورد کشورهای در حال توسعه شدیدتر است و همچنان که این کشورها تمایل به دینی تر شدن دارند؛ ممکن است کسی فکر کند که دین به عنوان یک ابزار موثر برای



رفتار غیر اخلاقی نقض حقوق مالکیت فکری در این جوامع موثر است. به طور خلاصه، می‌توان گفت که اساساً تأثیر نهادهای رسمی به طور کلی و قوانین حقوق مالکیت فکری به طور خاص، منوط به دستیابی به مشروعیت از طریق اقدامات ملی است، که حاکی از این است که ضمانت اجرای قانون جدید باید توسط خود جامعه مورد تأیید قرار بگیرد. آنها باید اهمیت قانون را دریابند، انتظار می‌رود منافع ویژه‌ی انتقال آن را کسب کنند و ارزش‌های اخلاقی در پس احترام به آن را درک کنند. به عبارت دیگر، قانون یا نهاد رسمی باید بومی شود. تصویب قوانین جدید و یا نهادها، باید همراه با آگاهی بخشی بومی در مورد ضرورت نهاد مزبور باشد و به علاوه پیوند مخصوصی با فاکتورهای غیررسمی یا فرهنگی کشور مورد در خواست داشته باشد. انگیزه‌های دینی با توجه به اینکه مردم دینی هستند، یا به عبارت دیگر مشتاق به پایبندی از دینشان هستند؛ می‌تواند چنین مکانیسم حمایت رسمی را ایجاد بکند، که هزینه نقض اثر را افزایش بدهد.

## ارتباط پایبندی دینی جهانی با انتساب اثر غیر به خود در

### حقوق مالکیت فکری

همان‌گونه که در بخش قبل توضیح داده شد، نهادهای غیر رسمی ممکن است متضمن مکانیسم حمایت غیر رسمی ویژه‌ای باشند که بتواند مانع نقض حقوق مالکیت فکری گردد. با این وجود، به علت غیر رسمی بودن این مکانیسم حمایتی، در وهله‌ی اول، به طور کلی وابسته به وفادارای و پایبندی افراد نسبت به نهاد غیر رسمی خاص است. همچنان که دین در این مطالعه به عنوان نهادی غیر رسمی مورد توجه واقع شده است، ضروری است تا بررسی کنیم جوامع مختلف، به چه میزان پایبندی به آموزه‌های دینی دارند و آیا این آموزه‌های دینی می‌تواند در کاهش سطح نقض حقوق مالکیت فکری در جوامع مربوطه کمک نماید؟ بنابراین، میزان تعصب دینی در این کشورها را برای سنجش میزان پایبندی به نهادهای برآمده از دین، تحلیل می‌کنیم.

اندازه‌گیری‌های متنوعی از تعصب دینی قبلاً انجام شده است. شاخص تعصب دینی گالوپ (کراپتر و پلهام، ۲۰۰۹ ب) یکی از اندازه‌گیری‌های اساسی در میان کشورهاست. گالوپ از پاسخ دهندگان در ۱۴۳ کشور و سرزمین می‌پرسد آیا دین نقشی مهم در زندگی روزانه آن‌ها را بازی می‌کند یا خیر؟ با این وجود از آن‌جا که شاخص فقط براساس این سؤال مشخص است، محدود است چرا که مشخص نمی‌کند که پاسخ

دهندگان به چه میزان دینشان را در کارهای روزانه اعمال می کنند. با وجود این، «شاخص کثرت گرایی» ارائه شده از سوی آن ها، برای هدف ما ناکافی است. بنابراین تعداد محدودی از کشورهایی که تحلیل شده اند، اغلب کشورهای غربی بوده اند. بر این اساس، این مطالعه، یک اندازه گیری جدید ارائه می دهد. شاخص «پابندی دینی» (RLI) که قبلا گفته شد برای سنجش میزان پابندی از دین از مناسب تر است.

فرضیه ی اصلی از شاخص پابندی دینی، براساس اشکالی است که توسط WVS تهیه شده است. WVS در آخرین دوره از ۱۹۸۱ تا ۲۰۰۸، با همکاری با مطالعه ارزش های اروپایی (EVS)<sup>۱</sup> در ۹۷ نظام اجتماعی که تقریباً ۹۰ درصد جمعیت جهان را دربرمی گیرد، پنج موج از نظرسنجی های ملی پاسخ دهندگان استخراج کرد. WVS اساساً به اینکه مردم در جوامع مختلف از زندگی چه می خواهند و چه باوری از آن دارند (۲۰۰۹، WVS الف). ما مجموعه ای از سئوالات که نشانگر درجه ی تعصب دینی در جوامع مختلف است را انتخاب کردیم. این سئوالات از قرار زیرند:

- نشان بدهید که دین چقدر در زندگی شما مهم است. (سؤال ۷۹). از پاسخگویان خواسته شد تا پاسخ هایشان را در یکی از ۴ قالب زیر بدهند: بسیار مهم، نسبتاً مهم، کمی مهم، کلاً غیر مهم.

- می توانید بگویید که به چه میزان شما به این سازمان های خاص اعتقاد دارید: کلیساها.

(سؤال ۷ ۱۳۱). از پاسخگویان خواسته شد تا پاسخ هایشان را در یکی از ۴ قالب زیر بدهند:

مقدار زیاد. نسبتاً مهم. کمی مهم. کلاً غیر مهم.

- صرف نظر از عروسی، تشییع جنازه و غسل تعمید، در این ایام، هر چند وقت، شما در مراسم دینی شرکت می کنید؟ (سؤال ۷ ۱۸۶). از پاسخگویان خواسته شد تا پاسخ هایشان را در یکی از ۷ قالب زیر بدهند: بیشتر از یک بار در هفته، یک بار در هفته، یک بار در ماه، فقط در روزهای مقدس/ کریسمس / روز عید پاک، یک بار در سال، قلیل، عملاً هرگز. • جدای از اینکه به کلیسا می روید یا خیر، آیا می توانید بگویید که شما انسانی دینی هستید؟

The European Values Study is a large-scale, cross-national, and longitudinal survey research program on basic human 1970s, at that time an informal values, initiated by the European Value Systems Study Group (EVSSG) in the late grouping of academics. Now, it is carried on in the setting of a foundation, using the (abbreviated) name of the group European Values Study (EVS). The EVSSG aimed at designing and conducting a major empirical study of the moral and social values underlying European social and political institutions and governing conduct. They addressed the following questions: Do Europeans share common values? Are values changing in Europe and, if so, in what directions? Do Christian values continue to permeate European life and culture? Is a coherent alternative meaning system replacing that of Christianity? What are the implications for European unity

(توضیحات به نقل از «<http://staff.um.edu.mt/aabe2/EVS.htm>» از مترجم)



• از پاسخگویان خواسته شد تا پاسخ هایشان را در یکی از ۴ قالب زیر بدهند: یک فرد دینی، فردی غیر دینی، ملحدی که متقاعد به وجود خدا شده، پاسخ دیگر.

• به طور کلی، فکر می‌کنید که کلیساها در کشور شما آیا پاسخ‌های مناسب به مشکلات اخلاقی و نیازهای افراد می‌دهند؟ (سئوال ۷ و ۱۸۸). از پاسخگویان خواسته شد تا پاسخ هایشان را فقط با بلی و خیر بدهند.

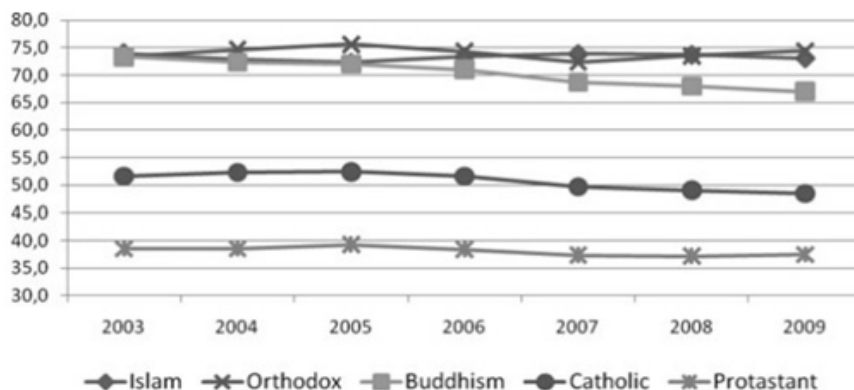
کشور مورد نمونه ما، اساساً همه ی ۸۵ کشوری که شهروندانشان در مورد اولویت‌های دینی و فرقه‌ای مطالعه شده است را در بر می‌گیرد و در میان چهارمین و پنجمین مطالعه ی WVS می‌باشد که بین سال‌های ۱۹۹۹ و ۲۰۰۸ اجرا شده است. ما کشورهای نمونه را براساس فرقه‌های دینی غالب تقسیم کردیم. به همین سبب، از اطلاعاتی که توسط **adherents.com** (۲۰۰۵) تهیه شده است، استفاده می‌کنیم. وبسایت ویژه‌ای که مجموعه‌ای از بیش از ۴۳۸۷۰، آمار در ارتباط با پایبندی دینی و استناد جغرافیایی دینی می‌باشد. (**Adherents.com**) خودش را به عنوان دومین سایت دینی عمومی پربازدید در اینترنت با متوسط ۱۳۵۰۰ بازدیدکننده خاص، در هر روز توصیف می‌کند. اگرچه این منبع اطلاعات لازم را در مورد دین اکثر کشورها ارائه می‌دهد، اما فرقه دینی خاصی که توسط اکثریت در برخی از کشورها مورد پایبندی قرار می‌گیرد داده نشده است. در نتیجه منبع دیگر (CIA, **World Factbook** ۲۰۱۰) استفاده گردیده تا یافتن فرقه‌های مذاهب مفقوده برای کشورهای باقی مانده بررسی مجدد گردد. (برای دیدن لیست کامل، بنگرید به جدول الف ۱، ضمیمه ۱). گام بعدی، تجمیع نتایج سئوال‌ات انتخابی برای هر کشور بود. مقصود در اینجا، همانند سازی درصد اشخاص دینی در هر کدام از کشورهای نمونه در میان مجموعه ی پاسخ دهندگانی بود که به دینی خاص اعتقاد و براساس آن عمل می‌کردند. برای سئوال اول، (اهمیت دین در زندگی) درصد پاسخ دهندگانی که دو پاسخ اول را انتخاب کردند (بسیار مهم و نسبتاً مهم) باهم محاسبه شد. این همچنین در مورد سئوال دوم اجرا شد. (اعتقاد به کلیساها). همچنین درصد پاسخ دهندگان که یکی از دو پاسخ (مقدار زیاد، و نسبتاً زیاد) را انتخاب کردند جمع شد. هم‌چنین برای سئوال سوم، (شرکت در مراسم دینی)، درصد پاسخ‌های دو پاسخ‌های اول را باهم محاسبه کردیم (بیشتر از یک بار در هفته و یک بار در هفته). هم‌چنین برای پرسش چهارم (فرد دینی) درصد پاسخ‌های آری را نشان می‌دهیم. مشابه همین در مورد پنجمین و آخرین سئوال صورت گرفت (آیا کلیساها پاسخ مناسب به مشکلات اخلاقی می‌دهند). این فهمیده شد، که این درصدهای جمع‌آوری شده، تاکنون درصدهای جامعه‌ای است که متمایل به دین در هر کدام از کشورهای نمونه است. به منظور ساخت مقیاسی منحصر به فرد از پایبندی دینی به نوع دین، یک تحلیل ترکیبی



اصولی لازم است تا استنباط اوزان مختلف اهمیت هریک از پنج سؤال را برای محاسبه ی شاخصی جدید ممکن سازد. (برای تفصیل بیشتر بنگرید به جدول الف ۲ تا الف ۴ در ضمیمه ۲). بر این اساس، شاخص پایبندی دینی یک میانگین وزنی از پنج سؤال WVS می باشد. از آن جا که هندوئیسم و شیتو از طریق نمونه ما فقط در یک کشور، هر یک نشان داده شده است، از تحلیل ما کنار گذاشته می شود. ارزش های منتج، هنجارگذاری شده است، به خاطر اینکه نرخ شاخص (۰ و ۱) است، که ۰ نشانگر فقدان یا سطح قلیلی از تعصب دینی است و ۱ سطح بالای تعصب دینی را نشان می دهد. میانگین شاخص پایبندی دینی از هریک از فرقه های دینی، سپس برای مقایسه محاسبه شده است. (برای لیست کامل شاخص پایبندی دینی نسبت به نوع کشور و دین، بنگرید به جدول الف ۶ در ضمیمه ۲). نتیجه، همان گونه که در جدول ۱ قابل مشاهده است، نشان می دهد که کشورهای اسلامی، پایبندی بالایی به اسلام دارند، از آن جا که میانگین گروه های شاخص پایبندی دینی، به ۰/۷۳ می رسد، نشانگر سطح بالای پایبندی دینی است. این امر روشن تر می شود زمانی که با گروه های میانگین از دیگر مذاهب مقایسه شود که میانگین شاخص پایبندی دینیشان بین ۰/۳۴ (بودیسم) و ۰/۴۹ (ارتدوکس) می باشد.

Table 1: RLI by Religion

	Count	Mean	Median	Standard Deviation	Range	Minimum	Maximum
Buddhism	3	0.34	0.23	0.20	0.36	0.21	0.57
Catholic	35	0.47	0.49	0.23	0.87	0.02	0.89
Islam	18	0.73	0.77	0.15	0.50	0.42	0.92
Orthodox	13	0.49	0.44	0.16	0.52	0.26	0.78
Protestant	14	0.36	0.26	0.27	0.76	0.11	0.87





با استفاده از اطلاعات نقض نرم افزاری که توسط گزارش سالانه ی BSA تهیه شده است، بدست آوردیم. تهیه اطلاعات میان سال های ۲۰۰۳ و ۲۰۰۹ بوده و بعضی محدودیت ها در پوشش آن وجود داشت. بنابراین تعداد کمی از کشورها از مجموعه داده ها افتاده است. شکل سه، نموداری گرافیکی از نرخ متوسط انتساب اثر غیر به خود از کشورهای تحت بررسی بین سال های ۲۰۰۳ تا ۲۰۰۹ فراهم کرده است.

جدول ۲، آمارهایی از نقض حقوق مالکیت فکری توسط گروه‌های دینی ارائه می دهد. می توان دید که ارتدوکس مسیحیت و اسلام بالاترین نرخ نقض را در میان کشورهای مربوطه دارند. (جدول ۲). لازم به یادآوری است که اگرچه کشورهای بودایی نیز نرخ بالایی از نقض دارند، نمونه ی ما فقط سه گروه از کشورها را در برمی گیرد. بنابراین استنباط دقیق از نرخ نقض در جوامع بودایی برای محاسبه بسیار سخت است.

برای ارتباط دادن این دو نتیجه با یکدیگر، شکل ۴، ارتباط میان دو متغیر ما را توضیح می دهد. می تواند استنباط شود که کشورهای اسلامی سطح بالایی از نقض حقوق مالکیت فکری و تعصب دینی دارند. تا حدی این نتیجه تعجب آور نیست، چرا که همه ی کشورهای اسلامی مورد نمونه ی ما، جز کشورهای درحال توسعه در نظر گرفته می شوند، بنابراین همان طور که گفته شد، گرایش به سطح پایین توسعه اقتصادی و سطح بالای نقض و تعصب دینی دارند. این امر حتی موقعیت کشورهای پروتستان را که اغلب شامل کشورهایی با سطح بالای توسعه ی اقتصادی هستند توضیح می دهد. افزون بر این، این کشورها به موازات سطح تعصب دینی، نقض کمتری دارند. کشورهای اسلامی ثابت شد که نسبتاً در مقایسه با گروه‌های دینی نزدیکشان (کشورهای ارتدوکس) که هم چنین اکثر کشورهای در حال توسعه را تشکیل می دهند، بیشتر دینی اند.

Table 2: Average Piracy Rate by Religion, 2003-9

	Count	Mean	Median	Standard Deviation	Range	Minimum	Maximum
Buddhism	3	70.3	78.3	22.8	43.6	44.6	88.1
Catholicism	31	49.7	45.9	16.7	61.3	21.0	82.3
Islam	13	74.4	76.7	12.2	39.8	52.0	91.8
Orthodox	12	76.6	77.5	13.0	43.6	51.4	95.0
Protestant	13	38.3	28.9	19.5	69.7	20.7	90.4

Source: Business Software Alliance (BSA), Annual BSA and IDC Global Software Piracy Study, Various Issues.

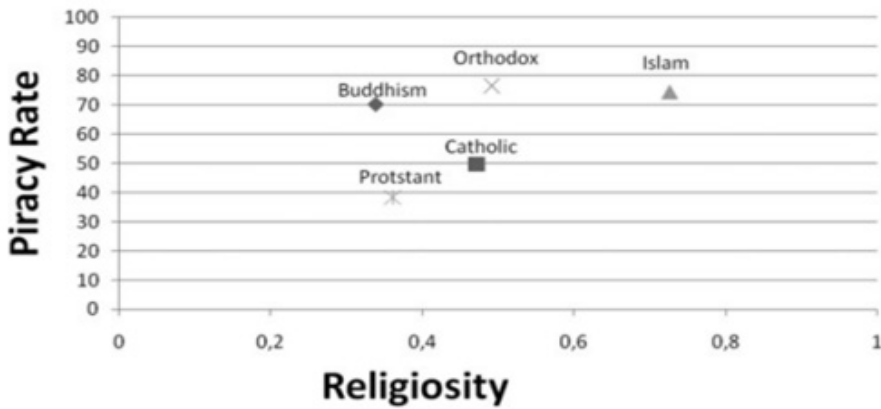


Figure 4: Linking IPR piracy to religiosity

منبع: به روشنی از این نتیجه به دست می آید که جوامع اسلامی، پابندی بیشتری به دین نسبت به دیگر پیروان دیگر مذاهب دارند. همچنان که اسلام نظام ارزشی برای پیروانش ارائه می دهد، اساسا در جوامع آن ها، در سطحی کلان منعکس شده است. این می تواند به عنوان نهادی غیر رسمی به بهبود رفتار این جوامع به سوی قواعد رسمی شناخته شده ی اخیر استفاده گردد. اکثر جوامع مسلمان، هنوز به پابندی از قواعد دینشان، مشتاق اند و با استفاده از جملات قران، به دنبال پاسخ ها هستند. براین اساس، ضروری است، بپرسیم آیا اسلام به عنوان یک دین که توسط رهروانش مطبوعانه مورد پابندی است، می تواند به عنوان مکانیسم اجرایی غیر رسمی برای حمایت از فرآیند اجرای حقوق مالکیت فکری در کشورهای اسلامی مورد استفاده قرار گیرد. به عبارت دیگر، آیا رویه ی حقوقی متعلق به این دین، می تواند یک اعتقاد را در میان مسلمانان به صورت قاعده در آورد که نقض حقوق مالکیت فکری، غیر اخلاقی است و توسط اسلام منع شده است. بدین طریق، نوعی از مکانیسم مجازات غیر رسمی که بتواند هزینه ی جانبی نقض حقوق مالکیت فکری را افزایش دهد و در این کشورها به صورت مستقیم با نقض مبارزه کند ایجاد کند؟ به این منظور، مطالعه ای از نظر اسلام در مورد انتساب غیر واقع اثر غیر به خود در حقوق مالکیت فکری ضروری می باشد.



## دیدگاه دین در مورد انتساب خلاف واقع اثر غیر به خود در حقوق مالکیت فکری چیست؟

### اسلام و حمایت از حقوق مالکیت فکری

همانطور که ذکر شد، اسلام از پیروان خود پایبندی به یک سیستم بزرگ از قوانین، مقررات، ارزش ها و چارچوب هنجاری که تمام جنبه های زندگی مسلمانان را دربرمی گیرد، می خواهد. گیب (۱۹۵۰) بیان می کند که دانشمندان مسلمان، قانون را به عنوان یک امر مستقل برای فرمانبری در نظر نمی گیرند. آنها در عوض، قانون را به عنوان شیوه ی عملی آموزه های دینی و اجتماعی که توسط حضرت محمد [ص] وضع شده در نظر می گیرند، چرا که یا تمایزی اندک و یا هیچ تمایزی میان «قانون» و «دین» در ذهن مسلمانان اولیه وجود نداشته است.

حتی در قرآن دو جنبه در کنار هم یافت می شود، و یا هر دو با هم ارتباط تنگاتنگی دارند و نیز در حدیث (سخنان حضرت محمد). مطالعه و تفسیر قرآن گاهی اوقات شامل (قانون) و گاهی شامل (دین) است (گیب ۱۹۵۰).

منابع اصلی دین قرآن، سنت (کلمات، اعمال و شیوه حضرت محمد (ص)) و همچنین بیان و درک انسان از منابع مذکور اولیه است (علی، ۲۰۰۹، ص ۱۱۷). در تحلیل ما استنباط انسانی مورد تاکید است، چرا که، به عنوان نمونه کمالی (۱۹۹۱) مورد تاکید قرار می دهد، «قرآن و سنت به خودی خود حاوی مقدار بسیار ناچیزی از روش شناسی است، بلکه به نشانه هایی که از طریق آن، قوانین دین می تواند استنباط شود اشاره می کند. همان طور که جامار (۱۹۹۲) اشاره می کند، به منظور ایجاد یک قاعده قانونی خاص که توسط مسلمانان پیروی شود، یک نفر باید قادر به اشاره به آیه خاصی از قرآن و سنت حضرت محمد (ص) باشد که به طور مستقیم در آن قاعده ی حقوقی استفاده شود که قوانین و مقررات روشنی در آن مورد بدهد. اگر ثابت شود که این کار امکان ندارد، بنابراین اگر یک نکته خاص در طول تاریخ بتوان یافت که تمامی حقوقدانان مسلمان بر تفسیر خاصی از یک متن خاص اسلامی موافقت کرده اند، پس در این مورد، این اتفاق نظر آنها ممکن است به عنوان منبع معتبر بر سنت های حقوقی اسلامی متکی باشد. این را یا تحت عنوان اجماع و یا استدلال قیاسی (قیاس) که قیاس در سنت حقوقی اسلام بسیار محدود است (جمار، ۱۹۹۲، ص ۲) می گویند. قیاس گسترش سنت قانونی خاص اسلام از





صورت اصلی به صورتی جدید است، زیرا شالوده مورد جدید همانند قبلی است. مورد اصلی توسط متن داده می شود قیاس به گسترش حکم همان متن به موضوعات جدید تلاش می کند، مورد اصلی مرتبط با نصی ارائه شده است، و قیاس سعی در تسری قاعده به مورد جدید دارد. (کمالی، ۱۹۹۱، ص ۱۸۰). با این حال، به نظر می رسد که قیاس مناسب ترین ابزار تقنینی، در مواردی است که به خاطر پیشرفت فرهنگ و دانش [در عصر جدید] در زمان حضرت محمد (ص) در ۱۵۰۰ سال پیش بینی نشده بود. برگر (۲۰۰۶).

جامار (۱۹۹۲) دین را به سه حوزه تقسیم می کند: اول، مناطقی که دارای قوانین و مقررات روشن و دقیق است، مانند وظایف روحانی و ارث. دوم، مناطقی که برخی از اصول کلی اما با برخی مبهمات داده شده، حقوق قرار داده‌ها، و در نهایت، مناطقی که خارج از مرزهای حقوقی اسلام است مانند رشته ی حقوق مالکیت فکری. در نتیجه، قضات مسلمان موظف به تدوین و فرموله کردن حکم اسلامی مربوط به حقوق مالکیت فکری، هستند با در نظر گرفتن اینکه این قوانین به طور کلی توسط دین ممنوع نشده اند و مطابق با اصول دین هستند.» (جامار، ۱۹۹۲، ص ۳). روش اصلی برای استخراج قوانین اسلامی حقوق مالکیت فکری قیاس است (استدلال قیاسی).

براساس نظر نورت (۱۹۹۰)، مالکیت فکری، می تواند از یک طرف به صورت مالکیت صنعتی (حمایت از اختراع ثبت شده و یا اسرار تجاری یا مدل های کاربردی)، و یا از سوی دیگر به صورت یک کار هنری و یا برنامه نرم افزار (حمایت شده توسط کپی رایت) باشد. سند (۱۹۹۷) حقوق مالکیت فکری را قانون مرتبط می کند و حقوق مالکیت فکری را به عنوان رشته ای حقوقی که به حقوق مالکیت در اموال نامحسوس می پردازد توصیف می کند و آن را به خلاقیت ذهن و فکر انسان ارجاع می دهد. بدین ترتیب، هنگامی که به حقوق مالکیت فکری می پردازیم، ما با مشکل ارائه کالاهای عمومی مواجه ایم. بنابراین، می توان ادعا کرد که اسلام دو نوع مالکیت فکری را مورد شناسایی قرار داده است، به عنوان کالای عمومی یا خصوصی. میزان قابل توجهی از ادبیات قرآنی و سنت، به شدت به سرقت و تقلب نسبت به اموال عمومی و خصوصی می تازد. در نتیجه، قاضی مسلمان در مقابله با انتساب خلاف واقع اثر غیر به خود در حقوق مالکیت فکری از قیاس استفاده می کند، زمانی که ادبیات قرآنی و سنت از طریق تفسیر برای دربرگرفتن حقوق مالکیت فکری قابل تسری است. (بنگرید الغمدی، ۲۰۰۵، ص ۳۹. جامار، ۱۹۹۲، ص ۳-۴) است. علاوه بر این، بسیاری از فتواها به صورت گسترده مخالف انتساب خلاف واقع اثر غیر به خود در حقوق مالکیت فکری است. وب سایت اسلامی (وب سایت [islamweb.net](http://islamweb.net))



۲۰۰۹)، ۱۹۴ فتوا را که حقوق مالکیت فکری را از هر جنبه پوشش می دهد، لیست می کند. علاوه بر این، آکادمی بین المللی فقه اسلامی که متشکل از بالاترین مقامات دینی اسلامی در همه کشورهای اسلامی است به موضوع حقوق مالکیت فکری در دور پنجم که در کویت در سال ۱۹۸۸ برگزار شد توجه کرده اند و فتوایی را به تصویب رسانده اند. اجماع اساسی در تمام این فتاوی همان طور که یک محقق به عنوان یک شخص می توانست در باره ی نظر اسلام در مورد انتساب خلاف واقع اثر غیر به خود پژوهش بکند، اینست که اینگونه انتساب خلاف واقع در اسلام ممنوع شده است (نگاه کنید به ابوالخیر ۲۰۰۲؛ الغمدی، ۲۰۰۵؛ النگار، ۲۰۰۲، امان الله، ۲۰۰۶، خلیل، ۲۰۰۳). لیستی از آیات قرآنی که برای ممانعت از انتساب خلاف واقع اثر غیر به خود در حقوق مالکیت فکری استفاده شده

است، از قرار زیر است، از جمله:

• وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَ تَذُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ وَ اَمْوَالِ يَكْدِيْغَرٍ رَا بِه بَاطِل (و ناحق) در میان خود نخورید! و برای خوردن بخشی از اموال مردم به گناه، (قسمتی از) آن را (به عنوان رشوه) به قضات ندهید،

در حالی که می دانید (این کار، گناه است)! (سوره ۲، آیه ۱۸۸)

• يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَ لَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ای کسانی که ایمان آورده اید! اموال یکدیگر را به باطل (و از طرق نامشروع) نخورید مگر اینکه تجارتي با رضایت شما انجام گیرد. و خودکشی

نکنید! خداوند نسبت به شما مهربان است. (سوره ۴، آیه ۲۹)

• إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا خداوند به شما فرمان می دهد که امانتها را به صاحبانش بدهید! و هنگامی که میان مردم داوری می کنید، به عدالت داوری کنید! خداوند،

اندرزهای خوبی به شما می دهد! خداوند، شنوا و بیناست. (سوره ۴، آیه ۵۸)

• تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَىٰ وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ وَ اتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ (همواره) در راه نیکی و پرهیزگاری با هم تعاون کنید! و (هرگز) در راه گناه و تعدی همکاری

نمایید! و از (مخالفت فرمان) خدا بپرهیزید که مجازات خدا شدید است! (سوره ۵، آیه ۲)

• فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَ الْمِيزَانَ وَ لَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَ لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ و از اموال مردم چیزی نکاهید! و در روی زمین، بعد از آنکه (در پرتو ایمان و دعوت انبیاء) اصلاح شده است، فساد نکنید! این برای شما بهتر است

اگر با ایمان هستید! (سوره ۷، آیه ۸۵)



• یا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ای کسانی که ایمان آورده اید! به خدا و پیامبر خیانت نکنید! و (نیز) در امانات خود خیانت روا مدارید، در حالی که میدانید (این کار، گناه بزرگی است)! (سوره ۸، آیه ۲۷)

حدیث نیز در مواردی علیه نقض اثر در حقوق مالکیت فکری، در اسلام وجود دارد که برخی عبارتند از:

- «مسلمانان باید به تعهدات خود پایبند باشد، به جز تعهدی که حرام (نامشروع) را حلال (مشروع) و یا حلال را حرام کند». (الترمذی، شماره حدیث ۱۲۷۲).
- «هر کس قبل از دیگران در به دست آوردن چیزی که حلال است پیش قدم شود حق او در تصرف و بهره مندی بیشتر است (از دیگران)». (در القاری، ۱۹۸۵، شماره ۴۹۲)
- متقلب از ما نیست. حيله و کلاهبرداری منتهی به جهنم اند. (ابن حنبل، شماره ۴۹۶۸).
- به کسی که به تو خیانت کرده خیانت مکن، و بدی را با خوبی برگردان. (السنانی، شماره ۱۴۸۳).

سنت های حقوقی اسلامی، اعمال یک مسلمان را به پنج دسته اصلی (واجب)، مستحب (توصیه شده)، مباح (اجازه داده شده است، نه واجب و نه توصیه شده)، مکروه (توصیه شده در مقابل نهی شده) و حرام (ممنوع) تقسیم می شود. در متون اسلامی و فتواها، برای انتساب بدون اجازه ی اثر در حقوق مالکیت فکری، بالاترین درجه از ممنوعیت در نظر گرفته شده، یعنی حرام اعلام شده است. این به وضوح نشان می دهد که اسلام اساساً از قوانین و مقررات - خواه ملی یا بین المللی - که نقض حقوق مالکیت فکری را ممنوع می کند؛ حمایت می نماید.

اگر چه سنت حقوقی اسلامی به طور کلی انتساب اثر غیر را در حقوق مالکیت فکری ممنوع می کند؛ اما هنوز هم بسیاری از عوامل مهم وجود دارند که حقوقدانان مسلمان زمانی که هر گونه فتوا مربوط به موضوع حقوق مالکیت فکری صادر می کنند بسیار در آن دقت می کنند. فتوا به طور کلی وابسته به زمان و مکان است، بنابراین برای حقوقدانان مسلمان اهمیت کلیدی دارد که یک تصویر واقعی و دقیق از وضعیت کنونی داشته باشند؛ به طوری که فتواها بتواند تا حد امکان با واقعیت های ممکن منطبق باشد. ابن قیم (متوفی ۱۳۴۹) اشاره می کند که «فتوا می تواند به دلیل تفاوت در زمان، مکان، شرایط، عرف و تجربه تغییر کند». فتواها به عوامل متعددی که نقش بسیار مهمی در تعیین میزان ممانعت از نقض حقوق مالکیت فکری دارند، وابسته هستند؛ همان گونه که توسط حقوقدانان مسلمان دیده می شود. و آنها همه ی انواع حقوق مالکیت فکری نقض شده



(چه برای مقاصد آموزشی به کار رود و یا تفریحی، اسلام وب ۲۰۰۹)، را در بر می گیرد؛ در دسترس بودن از موضوع تحت حمایت حقوق مالکیت فکری برای خرید (وب اسلامی، ۲۰۰۹)، خواه عمل انتساب خلاف واقع برای استفاده شخصی باشد خواه برای نشر عمومی (وب اسلامی، ۲۰۰۹) و مهمتر از همه، اگر قیمت تحت حمایت از حقوق مالکیت فکری برای مصرف کننده ی خواهان، برای خرید بیش از حد بالا باشد. (ابوالخیر، ۲۰۰۲ وب اسلامی، ۲۰۰۹؛ خلیل، ۲۰۰۳).

### استراتژی قیمت گذاری بنابر قواعد اسلامی

براساس بشار (۱۹۹۷)، دین اسلامی، قیمت ها را به دو گروه قانونی و غیر قانونی طبقه بندی کرده است. قیمت قانونی، منطبق با قیمت بازار براساس دین است. چنین قیمتی باید عاری از تلاش عمدی برای تقلب، فریب و تدلیس، دروغ یا خودداری از دادن اطلاعات خاص در رابطه با کالا یا خدمات باشد. قیمت قانونی، همه ی الزامات قانونی ممکن دین را در فرآیند شکل دهی داراست. حقوقدانان مسلمان، این قیمت های قانونی را برای حکومت در بازار روا می دانند و زمانی که آن ها را با انصاف و عدالت و منافع اجتماعی در تضاد می بینند، اجازه نمی دهند. قیمت غیر قانونی، در مقابل، قیمتی است که از الزامات قانونی اسلامی پایبندی نمی کند. احتمالاً، چنین قیمتی بالاتر از قیمت معمولی است. قیمت گذاری غیر قانونی، اگر یک شرکت، عرضه را با ایجاد یک کمبود عرضه ی مصنوعی ماهرانه کنترل کند، ممکن است رخ دهد. بنابراین، قیمت هایی که در بازار پدیدار می شود، اگر احتکارکنندگان یا کارتل های تولید محصولات در خروجی اعمال نفوذ کنند یا مانع از رقابت دیگران در بازار شوند، بنابر فقه اسلامی، غیرشرعی و غیر قانونی محسوب می شوند (بشار، ۱۹۹۷، صص ۴۲-۴۱).

فلمث (۱۹۹۸)، به عنوان یک نمونه در رساله اش در حقوق مالکیت فکری، به استفاده نادرست از کپی راییت و محدودیت های انحصاری مالکیت فکری که به صاحبان کپی راییت حق انحصاری برای تولید، استفاده، کپی، فروش یا واردات اشیای مرتبط با اختراع یا کپی راییت را برای زمانی محدود می دهد اشاره می کند که به آن ها اجازه می دهد تا به عنوان انحصارگرانی محدود و موقت عمل کنند. بنابراین، کنترل ماهیت محصولات مورد حمایت، از طریق استفاده از روش هایی است که در غیر اینصورت ممکن است حقوق ضد تراست را نقض کنند.



استیگلیتز (۲۰۰۸)، یافته ی فلمث را تایید می کند و اشاره می کند که حقوق مالکیت فکری قدرت انحصاری ایجاد می کند که می تواند در قدرت نفوذی بیشتر از قدرت انحصاری مورد استفاده قرار بگیرد. واضح ترین مثال میکروسافت است که قدرت انحصاری اش را در تولید سیستم هایی برای دستیابی به موقعیت غالب در برنامه هایی مانند ورد (مایکروسافت آفیس) و مرورگران اینترنتی (اینترنت اکسپلورر) قوی تر کرده است. خلیل (۲۰۰۳) نتیجه گیری می کند که اسلام اقدامات انحصاری توسط دارندگان کپی رایت را براساس احادیث منع می کند. انحصارگر یک خطاکار است. (مسلم، شماره ۳۰۱۲) در این مورد، حقوقدانان مسلمان، به همهی مسلمانان اجازه می دهد تا به صورت غیرقانونی نرم افزار را فقط برای اهداف شخصی و نه به قصد فروش آن. کپی کنند. (وب اسلامی، ۲۰۰۹). حقوقدانان مسلمان، چنین موردی را به عنوان ضرورت نگاه می کنند و فقط آن را به میزانی محدود جایز می دانند. آیه های قرآنی این ضرورت را حق می داند:

• إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَ مَا أَهْلًا بِهِ لَعَنَ اللَّهُ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (قرآن، سوره بقره، آیه ۱۷۳)

• ..... وَ قَدْ فَضَّلْ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ (قرآن، سوره انعام، آیه ۱۱۹)

به طور خلاصه می توان گفت، که منع اسلامی از حقوق مالکیت فکری به صورت مستقیم نیست چنانکه دز دیگر مقالاتی که به این موضوع پرداخته اند تصور می شود (به عنوان مثال. الغمدی، ۲۰۰۵، امان الله، ۲۰۰۶، جمار ۱۹۹۲). ما اثبات کردیم که حقوقدانان مسلمان اعتقادشان را در فتوای مرتبط با حقوق مالکیت فکری بر نیاز اجتماعی و وضعیت اقتصادی استوار می کنند، همچنان که در مورد اقلام حمایت شده ی فکری است. اکثر جامعه شناسان مسلمان از سطح نازل توسعه ی اقتصادی که منجر به درآمد کم بخش بزرگی از مسلمانان در این جوامع می شود، رنج می برند.

افزون بر این قیمت های اقلام فکری تحت حمایت، که از کشورهای توسعه یافته می آیند، نسبتاً برای عامه ی مسلمانان گران باقی می ماند. در نتیجه حقوقدانان مسلمان، ممکن است فتاوی مغایری مبنی بر اجازه به نقض محصولات حقوق مالکیت فکری به علت قیمت های گزافشان صادر کنند. به عبارت دیگر، فتاوی مرتبط با حقوق مالکیت فکری به طور کلی، اقدامات نقض کننده را ممنوع می کند، اما با توجه به قیمت های بسیار گزاف محصولات اصلی که توسط شرکت های انحصاری بین المللی بدون هیچ گونه ضرورت تولید برای فقرا تولید می شوند، فتوایی ممکن است ملایم تر باشند که منجر به تاثیر بحث برانگیزی به مقدار حمایت از نقض گردند.



این حقیقت می‌تواند روشن سازد که چرا فتاوی متعدد نقض حقوق مالکیت فکری را منع می‌کنند و مقارن با آن، کشورهای اسلامی چنین میزان بالایی از نقض دارند. در بخش بعد، مکانیزمی از اینکه چگونه ضمانت اجرای غیررسمی حقوق مالکیت فکری می‌تواند نقش موثرتری در کشورهای اسلامی ایفا کند، پیشنهاد می‌دهیم.

## نتیجه گیری و توصیه راهکار

این تحقیق چهار همیاری به گسترش اقتصاد نهادی ارائه می‌دهد. آپر (۲۰۰۸) می‌گوید که (NIE) مطمئناً در مورد مسائل مهم مرتبط با کشورهای در حال توسعه متمرکز است، با این حال پیشنهادات گسترده‌ای فراهم می‌کند و در ارائه سیاست مشاوره‌ای روشن برای فرار از کمبودهای نهادی در چنین کشورهایی ناتوان است. بر این اساس، این مقاله، ابتدا روش تئوری جدیدی برای مفهوم نهادینه‌ی شده‌ی نهادها ارائه می‌دهد، منطقه‌ای که تاکنون توسط اکثر نوشتارهای اقتصادی نهادی مورد غفلت قرار گرفته است. این نوع تحقیق، معمولاً برای دیگر علوم اجتماعی، مخصوصاً جامعه‌شناسان باقی می‌ماند. ما استدلال می‌کنیم که نهادهای رسمی تحت نظارت سیاسی اگر بدون هیچ‌گونه حمایت توسط نهادهای غیررسمی حاکم در کشور باشد، ممکن است نتایج رضایت بخش اندکی داشته باشد. پژوهش و تئوریزه کردن براساس مکانیسم‌های هنجارهای غیررسمی، به سایر علوم اجتماعی مخصوصاً جامعه‌شناسان واگذاشته شده بود. دوم، ارتباط انتساب خلاف واقع در حقوق مالکیت فکری و NIE در هر دو فرضیه و تجزیه و تحلیل‌ها، واقعی در نظر گرفته شد. در نتیجه، این امر ابزارهای مورد استفاده توسط چنین مطالعاتی از جمله در تجزیه و تحلیل دلایل نامحسوس در ورای افزایش میزان نقض در جوامع مختلف، مخصوصاً کشورهای در حال توسعه را تحت تاثیر قرار داد. سوم، از طریق این پژوهش، تجزیه و تحلیلی از پایداری دینی به عنوان تلاشی برای ارزیابی دین به عنوان یک ساختار نهادی غیررسمی حاکم بر جوامع مختلف صورت گرفت. تصور غلط شایع در نوشتار علوم اجتماعی این است که یک جامعه خاص یک عمل خاصی را به خاطر گرایش دینی انتخاب کرده‌اند، با این حال، به طور منطقی قابل درک است که با توجه به تعدد عواملی که خارج از محدوده این مطالعه است جوامع مختلف در پایداری خود به دین متفاوت هستند. با تکیه بر این سنجش، ارتباط بین قوانین و رفتار جوامع، آشکارتر می‌شود، چرا که ابعاد دین با همه



ی پیامدهایش بر نهادهای غیر رسمی بر تحلیل اضافه شده است. سرانجام، تجزیه و تحلیل ارتباط میان نقض حقوق مالکیت فکری و اسلام به عنوان یک نهاد غیر رسمی صورت گرفت.

ما معتقدیم که با تجزیه و تحلیل و درک ساختار غیر رسمی حاکم بر نقض حقوق مالکیت در کشورهای اسلامی می توانیم روش کارآمدتری برای مبارزه با این رفتار غیر قانونی، بدون نیاز به تحمل هزینه های اضافی اجرا، ارائه دهیم. با استفاده از آمار توصیفی، سعی می کنیم فرضیه مان را بیشتر تایید کنیم که از نقض حقوق مالکیت در کشورهای اسلامی به طور موثرتری می تواند جلوگیری شود، اگر ابعاد دینی در مبارزه با این عمل غیر قانونی یکپارچه شوند. این می تواند از طریق افزایش آگاهی حقوقدانان مسلمان بر شدت عمل در سخت گیری بر مشکل نقض حقوق مالکیت فکری و پیامد اقتصادی آن صورت بگیرد.

اشاره شد که آکادمی بین المللی فقه اسلامی در سال ۱۹۸۸ فتوایی در منع نقض حقوق مالکیت فکری صادر کرد. این آکادمی متشکل از بالاترین مقامات دینی در کشورهای اسلامی است (مفتی بزرگ در کشورهای سنی و آیت الله در کشورهای شیعه)، همچنان که در جوامع مسلمان بسیار با نفوذ اند به نحوی که آن ها اعتقادات رسمی و فتواهای را در تفسیر دین را صادر می کنند، از متون اسلامی برای کارهای عملی پیروان در سطح ملی نیز استنباط می کنند. نتایج تحقیق ما نشان می دهد که مردم کشورهای اسلامی بسیار به این رهبران دینی اعتماد دارند، از متوسط ۸۳٪ از نمونه های جمع آوری شده از این کشورها یا «میزان بسیار زیاد اعتماد» یا «نزدیک به اعتماد بسیار زیاد» نسبت به مراجع دینی به دست آمده است. فتواهای رسمی صادر شده توسط آن دسته از رهبران نیز، در تثویز کردن قانونی آن توسط شیوخ در مساجد بسیار موثر است، چرا که این شیوخ توسط حکومت استخدام می شوند. یک جنبه مهم که باید به هر حال توسط دارندگان واقعی در نظر گرفته شود، استراتژی قیمت گذاری در کشورهای در حال توسعه، علی الخصوص کشورهای اسلامی می باشد. اگر چه اسلام، ابتدائاً نقض حقوق مالکیت فکری را ممنوع می شمارد اما با این حال قیمت های گزاف مهم و ضروری حقوق مالکیت فکری، به صورت معکوس در درجه منع اسلام تاثیر می گذارد.

بنابراین، استراتژی قیمت گذاری نه تنها برای کشورهای در حال توسعه لازم است، بلکه هم چنین برای گروه های مصرف کننده ی مختلف همان کشور مانند دانشجویان، ادارات دولتی و بخش خصوصی نیز لازم است. در نهایت، یک کمپین متمرکزتر توسط



حقوقدانان مسلمان در مقابل نقض حقوق مالکیت فکری در کشورهای مسلمان باید راه اندازی گردد. یکپارچه سازی دین در کمپین، در مبارزه با نقض حقوق مالکیت فکری، لازم است با تحقیق بیشتر در این موضوع مورد توجه قرار گیرد. بنابراین، این تحقیق می تواند دعوتی برای انجام پژوهش های بیشتر در ارتباط بین پایبندی در سایر ادیان و نقض حقوق مالکیت فکری باشد.





## **A New Look at Business Entities Laws and Regulations in Iran's Free Zones**

**Dr.Rabia Eskini**  
**Mojtaba Movahedi**

### **Abstract**

In Iran, the internal law was the only means to settle disputes and issues such as the time of legal identification, sharing configuration, legal aspects of the firms' management, etc before the ratification of the regulations of the free trade zone. This new set of regulations made an evolutionary change in this regard. This research tried to study the influence of the regulations of free trade zone on settlement of registration-related disputes, since making free trade zone entails offering legal motives to absorb foreign investors and pave the way for more economic activities in these areas.



## Grant a divorce in Imami jurists

Dr. Mostafa Mostafavi  
Mohammad Amin Keikhafarzane

### Abstract

Marriage and divorce in a society based on the principles and religious values and traditions of society. Marriage and divorce in Iranian society based on Shi'a jurisprudence is designed. However, some forms of divorce has been disputed, and the dispute between jurists including grants divorce from the point of view of some jurists, such as the sahebe javaher is illegitimate and some other jurists is legitimate and acceptable. Seems in the grant divorce, to be the reverse anything that taxes are not religious laws have no problem allowing its implementation in the Iranian legal system there.

**Keywords:** belavaz divorce, Nature of Instead, deposed Divorce,  
Divorce means ranging



## **Political Protest and sedition against Just Ruler in Vilayat Faqih System**

**Dr.Mohammad Javad Javid  
Mohammad Hosein Mirhoseini**

### **Abstract**

Regardless of the model of state, one of the most significant problems for a political system of any kind, is the supervision and preservation as to its constitutive components. One of the constitutive components of Shia political system – Guardianship of Scholars or Vilayat Faqih – is the just ruler. Prima facie, it might seem that there is no any supervising system upon Faqih ruler – an Islamic scholar as ruler -, but this idea is not a matter of fact. Because in addition to the Assembly of Islamic Experts - Majles Khobregan – as a supervising institution, religious texts – Quran and Hadiths – make a room for people. People’s right for controlling their government is determined under the rubric of the Principle of Enjoining Good and Prohibiting Wrong – Amr bil Maroof and Nahi ani Munkar – and the Principle of Advice for Kings. There is no doubt that in Islamic political system, people has the right to advise their ruler, but the problem rests on the extent to which they can control their government. Provided that the government does not reply to people’s advice, has people the right to commit protest? And what is the distinguishing factor of political protest from political sedition - Baghy –.

**Keywords:** Just ruler, People, Enjoining Good and Prohibiting Wrong, Advice, Protest, Sedition



## **Good intention to compare the constitution of the Islamic Republic of Iran and the constitution of Arabic Republic of Egypt, The Case of the Egyptian constitution on Islamic laws, court decisions**

Seyyed Ehsan Rafiee Alavi  
Amir Ghaedi

### **Abstract**

One of the major events affecting constitutional rights of in the Islamic world is a wave to return to Iran after the Islamic Revolution. Islamists seek to revive Islamic values in political life, their social life support systems were. New institutions of public law Such as: the Supreme Court, constitution, constitution Guardian Council and the Expediency Council has the primary custodian of the administrative and political institutions in Islamic countries. Adaptive conjunction institutions can more clearly the strengths and weaknesses of these institutions would follow. Institutions can adapt to both the theoretical foundations of the theory. In contrast to the importance of religion and in particular examine whether the good intention in the entity is considered merely as a sociological paradigm, or as a source of legislation truly capacity affirmativa laws.



## **Can Shari'a be a Deterrent for Intellectual Property Piracy in Islamic Countries?**

Translate by : Saeed Mahjoob

### **Abstract**

This study examines the stance of Islamic legal traditions (Shari'a) towards intellectual property (IP) piracy.

Although Muslims may differ on what Shari'a dictates, most of them view Shari'a as God's law and as a main ingredient of Islamic belief system. Since piracy rates in Islamic countries are considerably high in light of existing formal IPR laws, it becomes essential to test if Shari'a has any relation with such phenomenon. Our hypothesis is that, although Muslim countries have formal institutions or laws that protect intellectual property rights (IPR), little attention is given to informal institutions, or human morals, regarding IPR piracy, which negatively affects the enforcement level of IPR laws in these countries. Muslims may not be convinced that IPR violations, although illegal, are unethical or forbidden by Islamic Shari'a. In order to test the level of adherence of Muslims to Shari'a to support our hypothesis, we develop a "religious loyalty" index (RLI). Comparing adherence of followers of different religions with those of Islam, Muslim countries have the highest religiosity level, positively affecting obedience level to Shari'a. Consequently, an investigation of how Shari'a views IPR piracy is conducted. As Islam generally prohibits IPR piracy, the study concludes by offering a set of policy recommendations that can effectively help in minimizing IPR piracy in Muslim countries.

**Keywords:** intellectual property rights (IPR); informal institutions; religion; enforcement

# Contents

<b>A New Look at Business Entities Laws and Regulations in Iran's Free Zones .....</b>	<b>8</b>
<b>Grant a divorce in Imami jurists .....</b>	<b>25</b>
<b>Political Protest and sedition against Just Ruler in Vilayat Faqih System .....</b>	<b>41</b>
<b>Good intention to compare the constitution of the Islamic Republic of Iran and the constitution of Arabic Republic of Egypt .....</b>	<b>57</b>
<b>Can Shari'a be a Deterrent for Intellectual Property Piracy in Islamic Countries? .....</b>	<b>78</b>



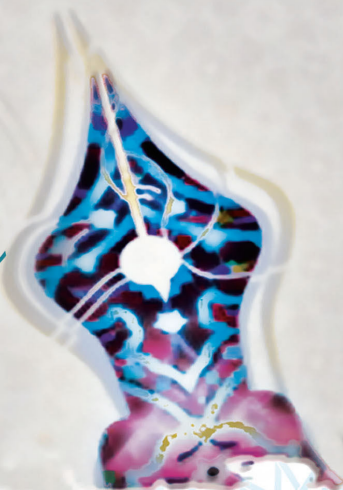


Legal Jurisprudential Reaserches (L.J.R)

Volume 2/ Number 1 / spring2013



# Legal Jurisprudential Reaserches



**A New Look at Business Entities Laws and Regulations in Iran's Free Zones** (Dr.Rabia Eskini | Mojtaba Movahedi )

**Grant a divorce in Imami jurists**  
(Dr.Mostafa Mostafavi | Mohammad Amin Keikhafarzane)

**Political Protest and sedition against Just Ruler in Vilayat Faqih System**  
( Dr.Mohammad Javad Javid | Mohammad Hosein Mirhoseini )

**Good intention to compare the constitution of the Islamic Republic of Iran and the constitution of Arabic Republic of Egypt**  
(Seyyed Ehsan Rafiee Alavi | Amir Ghaedi )

**Can Shari'a be a Deterrent for Intellectual Property Piracy in Islamic Countries?** ( translate by Saeed Mahjoob )

virtual law research institute  
of jurists Basij organization

