

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکزی

دانشکده ادبیات و علوم انسانی، گروه فقه و حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)

گرایش :

فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان :

بررسی فقهی و حقوقی

قوانین و نهادهای نظارت بر قضات در دستگاه قضایی

استاد راهنما :

دکتر یوسف درویشی هویدا

پژوهشگر :

یونس محمدی

زمستان ۱۳۹۳

تقدیم به :

ولا تحسبن الذين قتلوا في سبيل الله امواتا بل احياء عند ربهم يرزقون

پدر جان:

توی کتابم بابا هر چقدر آب می داد

مادر نشانم عکس توی قاب می داد

این پایان نامه تقدیم می شود به پدر شهیدم و مادر صبورم

تشکر و قدردانی :

شکر شایان نثار ایزد منان که توفیق را رفیق راهم ساخت تا این پایان نامه را به پایان برسانم .

به مصداق «من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق» بسی شایسته است:

از استاد فرهیخته و اندیشمندم جناب آقای دکتر یوسف درویشی هویدا به عنوان استاد راهنما که همواره نگارنده را مورد لطف و محبت خود قرار داده اند، کمال تشکر را دارم.

از جناب آقای دکتر علی بهرامی نژاد مدیریت محترم گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی که در دوران تحصیل از نظرات حکیمانه ایشان بهره مند شدم.

از اساتید بزرگوام در مدت تحصیل دوره کارشناسی ارشد جناب آقای دکتر احمدرضا خزائی، آقای دکتر مجید وزیری، آقای دکتر جمشید معصومی و سرکار خانم دکتر زهرا فهرستی که در راه کسب علم و معرفت مرا یاری نمودند.

از روسای محترم کل دادگستری استان تهران جناب آقای سید علیرضا آوایی و آقای دکتر غلامحسین اسماعیلی.

از معاونت های اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضاییه و دادگستری کل استان تهران که پایان نامه بنده را مورد حمایت خود قرار دادند.

از مسئول محترم نظارت و ارزشیابی بر قضات دادگستری استان تهران جناب آقای ابوالفضل ضیایی.

وباتقدیر وتشکر از:

کلیه مسئولین، کارشناسان و کارکنان دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.

چکیده

قوه قضائیه مکلف است تحقق دادرسی عادلانه را به نحوی تضمین نماید که همگان به نحو برابر از استقلال، بیطرفی، سلامت، عدالت و شایستگی در دادرسی ها، بهره مند شده و وجود آنرا احساس نمایند. این هدف تنها با به کار بستن قوانین عادلانه و قضات شایسته قابل دسترس نیست، بلکه نظارت صحیح نیز لازمه ی تحقق آن است.

در آخرین اراده ی قانونگذار برای اعمال چنین نظارتی، با عنوان قانون نظارت بر رفتار قضات، اهدافی چون تنوع پاسخهای انتظامی، رعایت حریم خصوصی، یکسان سازی آیینهای رسیدگی به تخلفات، انتظام دهی به مسأله ی تعلیق انتظامی قضات و ارتقاء شغلی آنان، مدنظر قرار گرفته است. در این نوشتار با بررسی مقررات این قانون، میزان تحقق اهداف مذکور بررسی میشود.

واژگان کلیدی: قاضی، نظارت، قانون، رفتار قضایی، تعقیب انتظامی

فهرست مطالب

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۱.....	مقدمه
	فصل اول: کلیات
۳.....	مقدمه
	۱- طرح تحقیق
۳.....	۱-۱ بیان مسئله تحقیق.....
۳.....	۲-۱ اهمیت موضوع تحقیق.....
۴.....	۳-۱ هدفهای تحقیق.....
۴.....	۴-۱ سوالات تحقیق.....
۴.....	۵-۱ فرضیه های تحقیق.....
۵.....	۶-۱ سابقه تحقیق.....
۵.....	۷-۱ روش جمع آوری و تجزیه و تحلیل اطلاعات.....
	۲- واژه شناسی
۶.....	۱-۲ انواع نظارت در فقه و حقوق ایران.....
۶.....	۱-۱-۲ نظارت اطلاعی.....
۶.....	۲-۱-۲ نظارت استصوابی.....
۶.....	۳-۱-۲ نظارت مطلق.....
۹.....	۴-۱-۲ نظارت حکومتی.....
۹.....	۵-۱-۲ نظارت رهبری.....

۱۰	۶-۱-۲ نظارت قانونی.....
۱۰	۷-۱-۲ نظارت اجرایی.....
۱۱	۸-۱-۲ نظارت قضایی.....
	فصل دوم:نگاهی به مقررات مربوط به نظارت بر قضاات و وجوه مختلف مسئولیت قاضی
۱۳	مقدمه.....
۱۳	۱- تاریخچه مربوط به قوانین و مقررات نظارت بر قضاات و مراجع قضائی.....
۲۳	۲- ویژگی‌های قضاات در نظارت قضائی.....
۲۳	۲-۱- از جهت شخصیت و موقعیت قاضی:.....
۲۴	۲-۲- از جهت ویژگی شغل قضا:.....
۲۵	۳- جرم انگاری در حوزه رفتار حرفه ای قضاات.....
۲۶	۳-۱- دلایل توجیهی جرم انگاری در حوزه ی رفتار حرفه ای قضاات.....
۲۷	۳-۱-۱- دسته بندی رفتارهای حرفه ای قضاات:.....
۲۸	۳-۱-۲- تحلیل رفتارهای حرفه ای قضاات بر اساس ملاک های جرم انگاری.....
۳۳	۴- مصونیت قاضی.....
۳۳	۴-۱- انواع مصونیت.....
۳۴	۴-۲- مبانی مصونیت.....
۳۵	۴-۳- قلمرو مصونیت.....
۳۵	۵- مسئولیت مدنی قاضی.....
۳۶	۵- ۱- نظریه‌های مختلف در خصوص اصل ۱۷۱ قانون اساسی.....
۳۸	۵- ۲- ضرر ناشی از فعل قاضی و نحوه جبران آن:.....
۳۸	۵-۲-۱- خسارت مادی.....

۳۹.....۲-۲-۵ خسارت معنوی.....

۳۹.....۳- ۵ دادرسی مسئولیت مدنی ناشی از فعل قاضی.....

۳۹.....۱-۳-۵ مرجع صالح برای تشخیص تقصیر و اشتباه قاضی.....

۴۰.....۲-۳-۵ مرجع صالح برای طرح دعوای جبران خسارت.....

فصل سوم: ویژگی‌های قاضی در فقه امامیه

۴۲.....مقدمه.....

مبحث اول: شرایط قاضی

۴۲.....۱- بلوغ:.....

۴۲.....۱-۱- ادله اعتبار بلوغ:.....

۴۲.....۱-۱-۱ کتاب.....

۴۳.....۱-۱-۲ سنت.....

۴۳.....۱-۲-۳ اجماع.....

۴۴.....۲- عقل:.....

۴۴.....۱-۲- ادله اعتبار عقل:.....

۴۴.....۱-۱-۲ سنت.....

۴۴.....۱-۲-۲ اجماع.....

۴۵.....۳- ایمان:.....

۴۵.....۱-۳- ادله اعتبار ایمان:.....

۴۵.....۱-۳-۱ کتاب.....

۴۵.....۱-۳-۲ سنت.....

۴۶.....۱-۳-۳ اجماع.....

- ٤- عدالت: ٤٦
- ٤-١- ادله اعتبار عدالت: ٤٦
- ٤-١-١- سنت ٤٦
- ٤-١-٢- اجماع ٤٧
- ٥- طهارت مولد: ٤٧
- ٥-١- دليل اعتبار طهارت مولد: ٤٧
- ٦- علم (اجتهاد) ٤٨
- ٦-١- ادله اعتبار اجتهاد ٤٨
- ٦-١-١- كتاب ٤٨
- ٦-١-٢- سنت ٤٨
- ٦-١-٣- اجماع ٤٩
- ٦-٢- اقسام اجتهاد: ٥٠
- ٦-٢-١- اجتهاد مطلق ٥٠
- ٦-٢-٢- اجتهاد متجزى ٥١
- ٧- ذكورت: ٥٣
- ٧-١- ادله اعتبار ذكورت: ٥٣
- ٧-١-١- سنت ٥٣
- ٧-١-٢- اجماع ٥٤
- ٨- كتابت: ٥٤
- ٩- حرّيت: ٥٤
- ١٠- بصر: ٥٥

مبحث دوم: آداب قضاوت

۱-معانی

- ۱-۱ معنای لغوی ادب..... ۵۶
- ۲-۱ معنای اصطلاحی..... ۵۷
- ۲-اموری که برای قاضی مستحب است..... ۵۷
- ۱-۲ برگزیدن افراد مورد اعتماد..... ۵۷
- ۲-۲ در مرکز شهر ساکن شود..... ۵۸
- ۳-۲ آمدنش را اعلان کند..... ۵۹
- ۴-۲ در مکان معلومی بنشیند..... ۶۰
- ۵-۲ در آغاز کار، امانت ها و سپرده های مردم را از حاکم معزول بگیرد..... ۶۱
- ۶-۲ پشت به قبله نشستن..... ۶۳
- ۷-۲ پرس وجو از زندانیان..... ۶۳
- ۸-۲ پرس وجو از وصی ایتم..... ۶۴
- ۹-۲ تحقیق در مورد افراد امین و مورد اعتماد حاکم پیشین..... ۶۴
- ۱۰-۲ بررسی گمشده ها و یافته ها..... ۶۵
- ۱۱-۲ احضار عالمان به هنگام صدور رای..... ۶۵
- ۱۲-۲ ظاهر شکوهمند و با آرامش و وقار..... ۶۶
- ۱۳-۲ تنبیه اخلاق گران نظم دادگاه..... ۶۶
- ۳-اموری که برای قاضی مکروه است..... ۶۷
- ۱-۳ داشتن حاجب..... ۶۷
- ۲-۳ مسجد را محل دائمی قضاوت قرار دادن..... ۶۷
- ۳-۳ قضاوت در حالت خشم و حالات همانند که ذهن آدمی را به خود مشغول می کند..... ۶۸

۳-۴ خرید و فروش شخصی..... ۶۸

۳-۵ برای حکم درباره خود، وکیل بگیرد..... ۶۹

۳-۶ ترش رویی یا خوشرویی برای طرفین دعوا..... ۶۹

فصل چهارم: بررسی قانون جدید نظارت بر قضات و آئین نامه آن

مقدمه..... ۷۱

۱- موضوعات مورد نظارت بر قضات..... ۷۳

۲- وظایف دادرسی انتظامی قضات..... ۷۴

۳- مشمولان قانون..... ۷۶

۳-۱- جرایم و تخلفات قضات روحانی..... ۷۷

۴- بررسی آیین رسیدگی به تخلفات انتظامی قضات..... ۷۸

۵- مجازات‌های انتظامی قضات..... ۷۹

۶- محاسن قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰..... ۸۳

۶-۱- اصلاح موضوع صدور تعلیق برای قضات..... ۸۳

۶-۲- تفصیل و متنوع نمودن مجازات‌های انتظامی..... ۸۴

۶-۳- مکلف نمودن روسای دادگستری استان در پذیرش شکایات انتظامی..... ۸۴

۶-۴- پذیرش اظهارات اشخاص مطلع در اثبات شکایت انتظامی..... ۸۴

۶-۵- افزایش مدت مرور زمان از دو سال به سه سال..... ۸۵

۶-۶- تعیین دادگاه عالی تجدید نظر انتظامی قضات جهت تجدید نظر به رای دادگاه انتظامی..... ۸۵

۶-۷- دودرجه‌ای بودن رسیدگی به صلاحیت قضات..... ۸۵

۶-۸- مرجع رسیدگی به اعاده دادرسی..... ۸۵

۶-۹- نحوه جبران خسارات اشخاص در صورت عمدیانه تقصیر قاضی..... ۸۶

- ۶-۱۰- تعیین دادرسی انتظامی به عنوان مرجع اجراکننده آرای دادگاه انتظامی و تجدیدنظر..... ۸۶
- ۶-۱۱- اخذ اظهارات و دفاعیات قاضی در صورت اقدام جهت تعلیق..... ۸۶
- ۶-۱۲- پرداخت حق سنوات در صورت محکومیت به انفصال از خدمات قضائی با دولتی..... ۸۷
- ۷- معایب و کاستی‌های قانون نظارت بر قضات مصوب ۱۳۹۰..... ۸۷
- ۷-۱- کاهش اشخاص تردیدکننده نسبت به صلاحیت قضات..... ۸۷
- ۷-۲- از بین رفتن حق اعاده دادرسی و کلاً نسبت به آرای دادگاه انتظامی..... ۸۷
- ۷-۳- مشخص نبودن قابلیت نقض رای دادگاه صادرکننده..... ۸۸
- ۷-۴- عطف به ماسبق نشدن قانون کنونی در صورت مناسب تر بودن..... ۸۸
- ۷-۵- حذف (مرجع رسمی) به عنوان یکی از اشخاصی که می‌توانست طرح شکایت انتظامی نماید..... ۸۸
- ۷-۶- تعیین مجازات واحد برای تخلفات مختلف..... ۸۹
- ۷-۷- بایگانی نمودن مورد اعلام شده تخلف توسط دادستان انتظامی صرفاً در محدوده بند ۶ ماده ۲۲..... ۸۹
- ۷-۸- مشخص نبودن چگونگی تکمیل تحقیقات دادرسی در صورت داشتن نقص پس از صدور کیفرخواست..... ۸۹
- ۷-۹- جای خالی نظارت بر اموال قضاوت..... ۹۰
- ۷-۱۰- تعیین مدت زمان ده روزه جهت اظهار نظر کمیسیون رسیدگی به صلاحیت قضات..... ۹۰
- ۷-۱۱- به موجب اصل ۱۶۴ قانون اساسی..... ۹۱
- ۷-۱۲- تقویت دادگاه عالی و دادرسی عالی انتظامی قضات..... ۹۲
- ۷-۱۳- ادعای جبران خسارت ناشی از اشتباه یا تقصیر قاضی..... ۹۲
- ۷-۱۴- رعایت نکردن مقررات مربوط به صلاحیت رسیدگی..... ۹۴
- نتیجه گیری..... ۹۵
- پیشنهادها..... ۹۷
- فهرست منابع..... ۹۸
- چکیده انگلیسی..... ۱۰۲

هر دستگاه و لو مجموعه ای کوچک به قانونی برای نظارت نیازمند می باشد. نظارت بر رفتار اقشار جامعه علی الخصوص کارمندان دولت به معنای عام، اعم از اداری و قضایی لازمه یک جامعه سالم می باشد. از آنجائیکه توسل به دستگاه قضا جهت احقاق حق توسط مردم آخرین گزینه ای است که انتخاب می گردد لذا اهمیت نظارت بر رفتار قضات در راستای عدم تضییع حق و نیز برپایی عدالت بیشتر نمایان می گردد. در خصوص نظارت بر اعمال و رفتار قضات پراکندگی بسیاری در قوانین کشور ما وجود داشت که با تصویب قانون کنونی این پراکندگی تا حدودی سروسامان گرفت. شاید قانون کنونی چیزهای تازه ای برای گفتن نداشته باشد اما همین جمع آوری قوانین پراکنده خدمتی بزرگ به جامعه، علی الخصوص جامعه قضات محسوب می گردد.

نظارت امری اساسی، مهم و شاهرگ حیاتی هر جامعه ای است و رابطه ی نظارت و جامعه مثل رابطه ی پرتوهای خود با منبع آن است. اگر نظارت از جامعه ای رخت بر بندد آن جامعه دچار تزلزل شده و هرج و مرج و نابسامانی به جای امنیت و آسایش می نشیند لذا مناسب است نظارت ها به نحوی صورت گیری که تامین کننده اهداف جامعه در جنبه های مختلف باشد.

با توجه به نقش محوری قضات در تحقق دادرسی منصفانه، باید این حق برای مردم تبیین شود که حاکمیت، نظارت لازم را بر رفتار قضات اعمال می کند؛ زیرا مسئولیت اجرای صحیح قانون و تضمین معیارهای مطلوب رفتار قضایی متوجه حکومت ها است؛ تا جایی که چگونگی اجرای عدالت کیفری، یکی از شاخص های سنجش کارآیی حکومت های سیاسی محسوب می شود. این مهم زمانی دست یافتنی است که در ابتدا، افرادی برای تصدی منصب قضایی انتخاب شوند که از شایستگی، استعداد و دانش لازم برخوردار باشند و سپس رفتار و عملکرد آنان همواره تحت کنترل و نظارت صحیح باشد. بازرسی از عملکرد قضات و نظارت بر رفتار آنان، از اصول و قواعد خاصی پیروی می کند؛ امری که اختصاص به عصر معینی نداشته و همواره مورد توجه بوده است.

همین امر سبب شد که در سال های اخیر با تصویب قانون نظارت بر رفتار قضات باهدف یکسان سازی این مقررات و با نگاهی نو به فرایند نظارت ها، قوه قضاییه لایحه ی جامعی را تدوین و جهت تقدیم به مجلس شورای اسلامی به دولت ارسال نماید. لایحه ای که با عنوان قانون نظارت بر رفتار قضات، وجهه و وصف قانونی یافت. در این نوشتار در صدد بررسی نوآوری های این قانون هستیم.

فصل اول:

کلیات

مقدمه:

در این فصل که تحت عنوان کلیات می باشد به طرح کلی تحقیق شامل بیان مساله تحقیق، اهمیت موضوع تحقیق، هدفهای تحقیق، سوالهای تحقیق، فرضیه های تحقیق، سابقه تحقیق و روش جمع آوری و تجزیه و تحلیل داده ها می پردازیم.

۱- طرح تحقیق

۱-۱- بیان مساله تحقیق

در این پژوهش که به عنوان بررسی فقهی و حقوقی قوانین و نهادهای نظارت بر قضات در دستگاه قضایی می باشد به بحث و بررسی راجب مفاهیم قضاوت و ویژگی های قاضی و نظارت و نهادهایی که عهده دار نظارت هستند چه از نظر فقهی و چه از نظر حقوقی خواهیم پرداخت و بدنبال حل این مساله اساسی هستیم که تصویب قانون نظارت بر قضات تا چه حد میتواند در تحقق عدالت قضایی گام بردارد و آیا میتوان با داشتن چنین قوانین و نهادهای نظارتی مشکل ارتکاب جرم توسط شخص قاضی را پیشگیری کرد یا نه؟

۱-۲ اهمیت موضوع تحقیق:

اجرای عدالت در دستگاه قضائی هنگامی عملی خواهد شد که افرادی برای منصب قضا انتخاب شوند که از سلامت روانی و جسمی و شایستگی و استعداد و دانش لازم و کافی برخوردار باشند زیرا قاضی با جان، مال، عرض و ناموس مردم سروکار دارد و اصولاً با عمل به قوانین حافظ آنها نیز به شمار می رود و برای اینکه قضات از خطا و انحراف به دور باشند و یا حتی در جهت تشویق آنها همواره عملکردشان باید تحت کنترل و نظارت صحیح حکومت و دستگاه قضایی قرار گیرد و قانون نظارت بر رفتار قضات تضمینی است برای امنیت شغلی قاضی و رعایت عدالت و انگیزه انتخاب این موضوع استفاده و بهره گیری از قانون نظارت بر رفتار قضات در کاهش جرایم و پیشگیری از وقوع جرم توسط قضات می باشد.

۱-۳-اهداف تحقیق:

۱-بررسی معانی و مفاهیم نظارت

۲-بررسی پیشینه تاریخی قوانین نظارتی

۳-بررسی مشروعیت بحث نظارت در فقه امامی و ادله آن

۴-بررسی قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰

۵-بررسی نهادهای نظارت بر رفتار قضات

۶-بررسی لزوم نظارت بر رفتار قضات

۱-۴-سوالات تحقیق:

۱-از نظر فقهی و حقوقی قاضی باید دارای چه ویژگی ها و خصوصیات باشد؟

۲-اهمیت نظارت بر رفتار قضات از چه لحاظی می باشد؟

۳-چه قوانینی برای نظارت بر رفتار قضات وضع گردیده اند؟

۴-چه نهادهای بر رفتار قضات نظارت دارند؟

۵-قانون نظارت بر قضات چه محاسن و معایبی دارد؟

۱-۵-فرضیه های تحقیق

از آنجا که قاضی با جان، مال، عرض و ناموس مردم سروکار دارد باید دارای ویژگی هایی از قبیل (بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، ظهارت مولد، علم و ذکوریت باشد)

۲- از آنجا که قاضی امکان خطا و اشتباه دارد برای اینکه از خطا و انحراف به دور باشند و یا حتی در جهت تشویق آنها همواره عملکردشان باید تحت کنترل و نظارت صحیح حکومت قرار گیرد.

۳- در حال حاضر قانون نظارت بر رفتار قضات به همراه آیین نامه آن مصوب ۱۳۹۰ در جهت نظارت صحیح بر رفتار قضات وضع گردیده است هرچند قبل از تصویب این قانون قوانین پراکنده ای نیز وجود داشته اند.

۴- دادسرا و دادگاه انتظامی قضات عهده دار اجرای موضوعات مطرح شده در قانون نظارت بر رفتار قضات می باشد.

۵- قانون نظارت بر قضات دارای محاسنی از جمله: اصلاح موضوع صدور تعلیق برای قضات، تفصیل و متنوع نمودن مجازات های انتظامی، افزایش مدت مرور زمان از دو سال به سال می باشد و هم چنین دارای معایب و کاستی هایی از جمله: تعیین مجازات واحد برای تخلفات مختلف، عطف به ماسبق نشدن قانون کنونی، از بین رفتن حق اعاده دادرسی و کلا نسبت به آرای دادگاه انتظامی می باشد.

۱-۶- سابقه تحقیق:

در مورد موضوع مورد پژوهش تا کنون تحقیق جامع و کاملی که بر اساس جمع آوری نظرات فقهی و حقوقی برگرفته از قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰ به عمل نیامده است.

۱-۷- روش جمع آوری و تجزیه و تحلیل اطلاعات:

روش جمع آوری و تجزیه این پژوهش به صورت توصیفی بوده که با مراجعه به منابع مکتوب، کتابخانه ها، منابع اینترنتی و نرم افزارهای الکترونیکی فقهی و حقوقی و با استفاده از روش فیش برداری اطلاعات و مطالب مرتبط جمع آوری گردیده است.

۲- واژه شناسی

۲-۱ انواع نظارت در فقه و حقوق ایران

۲-۱-۱ نظارت اطلاعی

به نظارتی گفته می‌شود که ناظر موظف است تنها از وضعیتی که مجریان انجام می‌دهند، اطلاع یابد. سپس بدون آنکه خود اقدام عملی کند و نحوه اجرا را تأیید یا رد کند، آنچه را مشاهده کرده به مقام دیگری گزارش دهد. ناظر اطلاعی شخصی است که کارها باید با اطلاع او انجام شود؛ ولی لازم نیست که این اعمال باتصویب و موافقت قبلی او باشد. (مشکینی، تحریرالمعالم، ۱۴۰۶ ه.ق، ۵۸)

۲-۱-۲ نظارت استصوابی

«استصواب» که واژه عربی است با واژه «صواب» هم ماده است. «صواب» به معنای درست در مقابل خطا و «استصواب» به معنای صائب دانستن و درست شمردن است؛ مثل اینکه گفته شود: این کار صحیح و بی اشکال است.

در اصطلاح «نظارت استصوابی» به نظارتی گفته می‌شود که در آن ناظر، در موارد تصمیم‌گیری حضور دارد و باید اقدامات انجام شده را تصویب کند تا جلوی هر گونه اشتباه و یا سوء استفاده از جانب مجریان گرفته شود. بنابراین نظارت استصوابی نظارت همراه با حق دخالت و تصمیم‌گیری است. این گونه نظارت را نظارت فعال نیز می‌گویند.

۲-۱-۳ نظارت مطلق

در این شیوه از نظارت هر عملی که کارگزار انجام می‌دهد، منوط به تأیید ناظر است و در صورت سکوت یا عدم اظهار نظر و یا عدم حضور او، کلیه اقدامات کارگزار غیر قانونی و بی اعتبار است.

مواردی که شک در ثبوت نظارت نداریم و اصل وجود نظارت محرز است، لیکن نوع نظارت را نمی‌دانیم و برای ما قابل تشخیص نیست، در چنین مواردی قاعده چه چیزی را اقتضا می‌کند؟ نظارت حمل بر استصوابی می‌شود یا استطلاعی و یا هیچکدام؟ در پاسخ از این پرسش، فرض‌های متفاوتی قابل تصور است:

۱- قرینه ای وجود دارد؛ مانند متعارف بودن

روشن است در مواردی که نظارتی خاص متعارف بود؛ به گونه ای که اطلاق نظارت قابل حمل بر آن متعارف است، باید طبق آن غالب و متعارف عمل کرد و جای تمسک به اصل عدم نظارت نیست؛ زیرا همان متعارف، قرینه برای تفسیر نظارت و رفع حیرت و تردید می باشد.

برای نمونه، امام خمینی (قدس سره) در موارد شک در ناظر بر وصیت و این که نظارت او استطلاعی است یا استصوابی، متعارف را نظارت استطلاعی شمرده، می فرماید: «و لعل الغالب المتعارف فی جعل الناظر فی الوصایا هو النحو الأول». (خمینی، ۱۳۷۹، ۱۰۱)

۲- قرینه ای موجود نیست

در صورت فقدان غالب و متعارف، چون قرینه ای در میان نیست، اطلاق نظارت نمی توان کرد. در این فرض، دو احتمال قابل طرح است :

الف) از آنجا که شک در محدوده ی اختیارات ناظر است و در حقیقت شک در اقل و اکثر می باشد، در مقدار متیقن و حداقل نظارت؛ یعنی نظارت استطلاعی، حکم به ثبوت نظارت می شود، ولی در مقدار اکثر و بیش از آن، که نظارت استصوابی است، با تمسک به اصل عدم نظارت، عدم نظارت استصوابی را نتیجه می گیریم.

ب) در صورت فقدان قرینه ی غالب و متعارف، آنجا که شک در نوع نظارت است، تمسک به اصل عدم نظارت و استنتاج نظارت استطلاعی نادرست است و این مدعا از تحلیل ماهیت نظارت و اهداف و غایات آن، قابل استنتاج است.

از طبع و ماهیت قضیه ی نظارت می توان فهمید که هدف جاعل حق نظارت، آن است که جلوی خطا و اشتباه ولی شرعی گرفته شود. بنابراین، اقتضای ماهیت نظارت آن است که ناظر توان جلوگیری و اثر گذاری بر تصمیمات مجریان امر را دارد، در غیر این صورت نظارت لغو و بی معنا خواهد بود.

به عبارت بهتر، براساس دلالت اقتضا و این که جعل نظارت بر خلاف حکمت و بیهوده نباشد، نظارت مشکوک بر نظارت استصوابی حمل می شود نه استطلاعی

حضرت امام (قدس سره) در تعریف و معرفی نظارت استصوابی و استصوابی فرموده اند:

«يجوز للموصى أن يجعل ناظرا على الوصى و وظيفته تابعه لجعله، فتارة: من جهة الاستيثاق على وقوع ما أوصى به، يجعل الناظر رقبيا على الوصى بأن يكون أعماله بإطلاعه حتى أنه لورأى منه خلاف ما قرره الموصى لا يعترض عليه و أخرى: من جهة الاطمئنان بأنظار الوصى و الاطمئنان بأنظار الناظر، يجعل على الوصى أن يكون أعماله على طبق نظره و لا يعمل إلا ما رآه صلاحا، فالوصى و إن كان وليا مستقلا في التصرف لكنه غير مستقل في الرأى و النظر، فلا يمضى من أعماله إلا ما و افق نظر الناظر فلو استبد الوصى بالعمل على نظره من دون مراجعة الناظر و اطلاعه و كان عمله على طبق ما قرره الموصى فالظاهر صحته و نفوذه على الأول بخلافه على الثانى.» (خمینی ، ۱۳۷۹، ۱۰۰)

جایز است وصیت کننده، ناظری بر کارهای وصی قرار دهد و وظیفه ی ناظر آن است که طبق قرار وصیت کننده عمل کند. گاهی وصیت کننده برای این که اعتماد پیدا کند که وصیت او به درستی به اجرا در می آید، ناظری را تعیین و با وصی همراه می کند تا کارهای وصی با نظارت ناظر انجام گیرد و اگر کار خلافی از او سر زد، اعتراض کند و نیز گاهی انتخاب ناظر بر آن است که وصیت کننده به نظرات وصی اعتماد کند و نیز گاهی انتخاب ناظر بر آن است که وصیت کننده به نظرات وصی اعتماد و اطمینان ندارد و به عکس، نظرات ناظر را می پسندد و از این رو، با وصی قرار می گذارد که کارهایش را طبق نظر ناظر انجام دهد و بی صلاح دید او کاری انجام ندهد. وصی، اگر چه ولی مستقل در تصرف است لیکن در رأی و نظر مستقل نیست و تنها آن بخش از کارهایش پذیرفته و نافذ است که موافق با نظر ناظر باشد. پس اگر در کارش استبداد رأی داشته باشد و به نظر خود عمل کند و ناظر را در جریان کارها قرار ندهد، اما طبق دستور و وصیت وصیت کننده عمل کند، بنا بر وجه اول صحیح و بنا بر وجه دوم باطل است.»

طبق این تعریف در نظارت استصوابی باید تمامی تصمیمات با مراجعه به ناظر اتخاذ شود و در صورتی که بدون رأی و نظر وی تصمیمی بگیرد، این تصمیم باطل است و از نظر شرعی نافذ نیست. بنابراین، به تصویب ناظر رسیدن تصمیمات و بر طبق نظر او عمل کردن، از مقدمات نظارت استصوابی است.