



FRL

The Fundamental Researches in Law

پژوهش های بنیادین در حقوق

اولین نشریه علمی / تخصصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

شماره اول / پائیز ۱۴۰۲

■ عناوین مقالات:

- ۱. بحران شیوع بیماری های واگیردار و نقش هوانوردی کشوری در مهار آن
■ مهدی علیاری
- ۲- تفسیر الفاظ قانون به سمت عدالت
■ محمد خاک باز
- ۳- اهمیت اصل نظارت و مصادیق ضروری آن در دستگاه های اجرائی
■ محمد پاک گوهر، مریم سرمست
- ۴- تحلیل و بررسی جرایم مربوط به حوزه دارو و درمان توسط شاغلین حرفه پزشکی و دارویی
■ سمیرا تاج خراسانی
- ۵- وضعیت حقوقی کودکان خارج از عقد نکاح در حقوق ایران و فقه امامیه
■ عصمت سوادى، محبوبه قربانی
- ۶- نقش حقوق بین الملل عام در عرصه جهانی شدن
■ حسین شهرکی، عسگر جلالیان
- ۷- ترجمه بستر ساز تشکیل قانون اساسی در ایران
■ انیس پورخسروانی

ISLAMIC AZAD UNIVERSITY OF RAFSANJAN

- The crisis of the spread of Contagious diseases and the role of national aviation in its containment
Mahdi Aliyari
- Interpreting the words of the law towards justice
Mohammad Khakbaz
- The importance of the principle of supervision and its essential examples in executive bodies
Mohammad Pak Gohar, Maryam Sarmast
- Analysis and investigation of crimes related to medicine and treatment by medical and-pharmaceutical professionals
Samira Taj Khorasani
- The legal status of children out of wedlock in Iranian law and Imami jurisprudence
esmat savadi , mahboubehghorbani
- The role of general international law in the field of globalization
hossein shahraki , askar jalalian
- Translation of the foundation for the formation of the constitution in Iran
anis porkhosravani

FRL

پژوهش های بنیادین در حقوق

The Fundamental Researches in Law

First Volume/ Autumn 1402



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

پژوهش های بنیادین در حقوق

دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

FRL

The Fundamental Researches in Law

شماره نخست / پائیز ۱۴۰۲

پژوهش های بنیادین در حقوق

صاحب امتیاز

دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

مدیر مسئول

دکتر پونه طبیب زاده استادیار حقوق بین الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

سر دبیر

دکتر محمود قیوم زاده خرنقی استاد الهیات، کلام اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساوه

مدیر داخلی

مهندس سید مصطفی ترابی راد - مربی کامپیوتر (نرم افزار)

ویراستار

محمدحسین پورمحمدعلی

اعضای هیئت تحریریه:

حسین میرمحمدصادقی استاد حقوق جزا و حقوق قراردادها دانشگاه شهید بهشتی

امیر حمزه سالارزائی استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان

حسین احمری دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

سیدحسن وحدتی شبیری دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

مهدی عباسی سرمدی دانشیار حقوق بین الملل دانشگاه خوارزمی

محمدرضا کاظمی گلوردی استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

سید مهدی احمدی موسوی استادیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

طرح روی جلد: خانم معصومه خان محمدی

صفحه آرا: محمدحسین پورمحمدعلی

نشانی: رفسنجان بلوار ولایت ، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان ، دانشکده حقوق و علوم سیاسی،

کد پستی: ۷۷۱۸۱۸۴۴۸۳

تلفن: ۰۳۴-۳۴۳۳۳۰۹۱

همراه: ۰۹۱۳۳۹۱۲۸۳۷

پست الکترونیک: rafsanjan.jftrl@gmail.com

اصول و راهنمای نگارش مقالات

- مقاله باید نتیجه تحقیقات نویسنده/ نویسندگان باشد.
 - مقاله نباید در نشریه دیگری منتشر شده باشد و تا اتمام داوری نیز نباید به مجله دیگری فرستاده شود.
 - مسئولیت مطالب و محتوای مقاله برعهده نویسنده مسئول است.
 - مقاله نباید از ۱۵ صفحه کمتر و از ۲۵ صفحه بیشتر باشد و تعداد واژگان مقاله حداکثر ۸۰۰۰ واژه باشد.
 - مقاله باید مطابق راهنمای تدوین مقاله بر صفحه کاغذ (A4)، با قلم B Lotus شماره ۱۳ و فاصله بین خطوط یک و در محیط واژه پرداز (word) نوشته شده باشد.
 - متون و واژه های انگلیسی با فونت Times new roman شماره ۱۰ نوشته شود.
 - نام کامل نویسنده یا نویسندگان، مرتبه علمی، دانشگاه محل تدریس یا تحصیل، رشته تحصیلی، ایمیل، شماره همراه و نشانی پستی نویسنده باید در صفحه جداگانه ای ضمیمه شود.
 - ارسال مقاله تنها از طریق سامانه فصلنامه پژوهش های بنیادین در حقوق به نشانی زیر امکان پذیر است. (برای این کار ابتدا باید از طریق گزینه "ورود به سامانه" در سامانه مذکور ثبت نام کنید.)
- (<https://sanad.iau.ir/journal/jftrl>)

مطالب و مقالات پژوهش های بنیادین در حقوق

لروما بیانگر دیدگاه های دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان نیست.

فهرست مطالب

- ۱- بحران شیوع بیماری های واگیردار و نقش هوانوردی کشوری در مهار آن.....۹
- ۲- « تفسیرالفاظ قانون به سمت عدالت».....۴۳
- ۳- اهمیت اصل نظارت و مصادیق ضروری آن در دستگاههای اجرائی.....۶۱
- ۴- تحلیل و بررسی جرایم مربوط به حوزه داروودرمان توسط شاغلین حرفه پزشکی و دارویی.....۷۷
- ۵- وضعیت حقوقی کودکان خارج از عقد نکاح در حقوق ایران و فقه امامیه.....۹۷
- ۶- نقش حقوق بین الملل عام در عرصه جهانی شدن.....۱۱۹
- ۷- ترجمه بستر ساز تشکیل قانون اساسی در ایران.....۱۳۱

The crisis of the spread of Contagious diseases and the role of national aviation in its containment

Mahdi Aliyari

Date Received : 1 October 2023 Date accepted : 12 October 2023

abstract :

The international community was for more than three years embroiled in a health-biological catastrophe caused by Covid¹⁹-disease, which has probably spread due to the inherent speed of air transport and has seriously endangered the health of the world's people and unprecedentedly reduce or stopped all activities, including air transport activates around the world and sent many people into the jaws of death.

Undoubtedly, civil aviation has long been recognized as the fastest means of transportation and commercial transfer within and beyond national borders and it has often been used as a means of appeasing people, especially in providing relief to communities in distress, whether natural disasters, famines, diseases, or wars. In other words, air transport has played two opposite roles in this type of crisis in the last two decades in two different directions: First) to accelerate the transmission of epidemic and pandemic diseases; Second) to play a positive role in managing and controlling disease due to having a previous plan for the readiness and sustainability of global aviation in a critical situation. This paper seeks to explain the above duplicate with analytical and descriptive view with library method in the context of international aviation law.

Key Words: International Civil Aviation, Contagious diseases, Healthy Right, ICAO, Air Transportation, Covid¹⁹-.



بحران شیوع بیماری های واگیردار و نقش هوانوردی کشوری در مهار آن

مهدی علیاری^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۲۰

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۷/۰۹

چکیده:

جامعه بین المللی بیش از سه سال درگیر فاجعه ای زیستی ناشی از بیماری واگیردار کووید-۱۹ بود؛ که شاید به دلیل سرعت ذاتی حمل و نقل هوایی در سراسر جهان انتشار یافت و "سلامتی" انسان را مورد تهدیدی جدی قرار داد. این بیماری که باعث یک همه گیری نگران کننده در جهان گردید؛ به طور بی سابقه ای کلیه فعالیت ها از جمله فعالیت های حمل و نقل هوایی را در سراسر عالم کاهش داد یا به طور کلی متوقف کرد و نیز عده زیادی را به کام مرگ فرستاد. بی شک هوانوردی کشوری از دیرباز به عنوان سریع ترین وسیله انتقال و حمل و نقل تجاری درون مرزهای ملی و فراسوی آن شناخته شده است و بارها نیز به عنوان وسیله ایجاد سلامتی، رفاه و آرامش به انسان ها به ویژه در امر امدادسانی به جوامع در مصیبت ها خواه فجایع طبیعی، قحطی ها و بیماری ها یا جنگ ها مورد استفاده قرار گرفته است. از این رو حمل و نقل هوایی در این نوع بحران های بهداشتی، پزشکی طی دو دهه اخیر دو نقش متضاد را در دو جهت متفاوت ایفا کرده است: اول) از جهت تسریع انتقال بیماری های اپیدمیک و پاندمیک؛ دوم) از جهت ایفای نقش مثبت در مدیریت و مهار بیماری به دلیل برخورداری از یک برنامه پیشینی برای آمادگی و پایداری حمل و نقل هوایی جهانی در وضعیت بحرانی! اما آیا در بحران فعلی نیز وضع چنین بوده است؟ این مقاله در پی تبیین دو نقش متفاوت ذکر شده با نگاه تحلیلی و توصیفی و پاسخ به این پرسش به شیوه کتابخانه ای در چارچوب حقوق بین الملل هوایی است.

کلمات کلیدی: هوانوردی کشوری بین المللی، بیماری های واگیردار، حق سلامتی، ایکائو، وسائل حمل و نقل هوایی، و ویروس کووید-۱۹.

۱- دانش آموخته دکتری رشته حقوق بین الملل عمومی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

یکی از اولین واکنش‌های دولت‌ها به شیوع کووید-۱۹ و اعلام همه‌گیری آن توسط رئیس سازمان بهداشت جهانی در ۳۰ ژانویه ۲۰۲۰، قطع پروازها، بستن مرزها، تعلیق صدور و حتی لغو ویزاهای ورود و بازگرداندن اتباع از کشورها به خصوص از کشور چین بود. در ادامه این سازمان و سازمان بین‌المللی هوانوردی کشوری و «یاتا» که تجربه حوادث مشابه اما نه با این ابعاد گسترده را در مورد بیماری‌های فراگیری چون سارس و آنفلانزای پرندگان را داشتند؛ اقدام به روزآمد کردن دستورالعمل‌های صادره پیشینی و ارجاع همگان از جمله شرکت‌ها و فرودگاه‌ها برای اجرای دقیق آن‌ها نمود، بدون این که توصیه ای به قطع پروازها و روابط تجاری کنند. اما شوک ناشی از سرعت انتقال بیماری، گستردگی ابتلاء به آن و نیز تعداد بالای کشته‌ها به علت عوارض ناشی از آن و همچنین ناشناخته بودن این بیماری و کمبود تجهیزات تشخیصی، پیشگیری، درمانی و قطعی نبودن شیوه‌های مراقبت و درمان و نیز داروهای تأثیرگذار و شفافبخش دولت‌ها را دچار سردرگمی جدی کرد و دولت‌ها را وادار به اقدامات موقت سخت گیرانه، تعلیق برخی آزادی‌ها به‌ویژه در مورد تردد شهری و بین شهری، محدودیت سفر اتباع کشورها به خارج، حتی با توسل به نیروی انتظامی و نظامی و اعمال جریمه‌های سنگین مالی، زندان و بسیاری فعالیت‌های روزمره و اقتصادی به دلیل قرنطینه کردن شهرها و فاصله گذاری اجتماعی و هوشمند کرد. با کاهش سفر و مسافران و اهمیت یافتن بهداشت در سفرهای محدود هواپیماها، نحوه انتقال مسافران و بارها، رفتارخدمه پروازی، اقدامات جاری در فرودگاه‌ها، نحوه نظافت و گندزدایی در فرودگاه‌ها با استقرار واحدهای بهداشت مرزی و مقرر نمودن غربالگری و در صورت لزوم قرنطینه مسافران و هواپیماها و خدمه تغییرات جدی کرد. این تغییرات و رویدادهایی که پس از آن به تغییرات بیش‌تر انجامید ضرورت مطالعه عمیق‌تر در روش‌ها، قوانین، مقررات و دستورالعمل‌ها برای ارزیابی مجدد

آن‌ها و در صورت لزوم بازنگری در مقررات، رویه‌ها و رفتارها را از منظر هوانوردی کشوری برای بالا بردن آمادگی‌ها و بهینه کردن واکنش‌ها به این بحران‌ها که اعلام شرایط اضطراری را ایجاب کرد باعث تعلیق بسیاری از قوانین، مقررات و قراردادهای معتبر موجود و روال‌های جاری می‌گردد و دست کم تبیین وضع موجود با در نظر گرفتن سازکارهای معاهدات بین‌المللی به‌ویژه معاهده هوانوردی کشوری بین‌المللی^۱ (کنوانسیون شیکاگو) ضروری ساخت. از این‌رو این مقاله درصدد برآمده است ابتدا وضعیت اضطراری موجود را با نگاه تحلیلی تبیین و سپس به شیوه توصیفی آن را در پرتو حقوق بین‌الملل سلامت و حقوق بین‌الملل هوایی (هوانوردی) تبیین و سازوکارهای پیش‌بینی‌شده در اسناد بین‌المللی و نیز نارسایی‌های اجرایی را در این زمینه را توضیح و تشریح نماید. به این منظور ابتدا بیماری‌های واگیردار را که با وسایل نقلیه هوایی قابل انتقال هستند، به‌عنوان بحرانی تهدیدکننده برای فعالیت هوانوردی کشوری بین‌المللی و آثار آن بررسی می‌نماید^۲ و در ادامه موضوع سلامتی^۳ مسافران و کارکنان بخش هوانوردی را به‌عنوان یک موضوع بسیار مهم برای هوانوردی کشوری بین‌المللی به‌مثابه بخش غیر جدایی‌ناشدنی از موضوع "ایمنی" پرواز موردتوجه قرار دهد و در همین راستا با استناد به معاهده هوانوردی کشوری بین‌المللی تعهدات دولت‌ها در قبال سلامتی اتباع خود و مردم جهان و نیز سازوکارهای حقوقی سازمان بین‌المللی هوانوردی کشوری (ایکائو)^۴ و سازمان‌های همکار مانند انجمن حمل‌ونقل بین‌المللی هوایی (یاتا)^۵ و شورای بین‌المللی فرودگاه‌ها را در جهت جلوگیری، مدیریت و مهار بیماری‌های واگیردار تشریح کند. ضرورت پرداختن به این موضوع با وجود فروکش کردن دامنه این همه‌گیری در جهان از نظر

۱- Convention on International Civil Aviation (Chicago Convention).

۲- سایر بحران‌های تهدیدکننده را می‌توان این موارد دانست که اغلب آن‌ها هوانوردی کشوری را تحت تأثیر خود قرار داده اند: ۱. بحران‌های سیاسی-نظامی؛ ۲. بحران‌های اقتصادی؛ ۳. بحران‌های امنیتی خاص هوانوردی؛ ۴. بحران‌های انسانی یا اجتماعی؛ ۵. بحران‌های زیست محیطی؛ و ۶. بحران‌های بهداشتی و پزشکی.

۳- Health.

۴- International Civil Aviation (ICAO).

این نویسنده آن است که این امر در پیوند با حمل و نقل هوایی در کشور مورد بررسی و تحلیل حقوقی قرار نگرفته است و بیم آن می‌رود که دوباره بیماری مسری دیگری به صورت پاندمیک خواه دست‌ساز یا طبیعی صنعت هوانوردی و مردم جهان را تحت تأثیر خود قرار دهد و آسیب‌های جبران‌ناپذیری را به آن‌ها وارد کند.

۱. بحران شیوع بیماری‌های واگیردار فراگیر^۱ و همه گیر^۲، تهدیدی برای هوانوردی کشوری:

۱-۱- گسترش و انتقال بیماری‌های مسری به مثابه یک بحران بهداشتی - پزشکی

طی قرن‌ها میلیون‌ها انسان از بیماری‌ای که از دیگر کشورها انتقال یافته بود و به اتباع آن سرزمین‌ها سرایت کرده بود، کشته شده‌اند. بزرگ‌ترین همه‌گیری (آنفلانزا) طی سال‌های ۱۹۱۸-۱۹۱۹ رخ داد که تخمین زده می‌شود باعث مرگ چهل و چهار میلیون نفر در سراسر جهان شد.^۳ صرف نظر از عامل مهاجرت انسان‌ها، جابه جایی آنان از هر طریقی باعث انتقال بیماری‌ها از جمله بیماری‌های عفونی مسری به سایر نقاط اولیه و آن سوی مرزهای جغرافیایی و سیاسی شده است. این خطر طی دو قرن اخیر که وسائل حمل و نقل رشد و ارتباطات و روابط بین المللی گسترده‌تر و مسافرت‌ها سهولت بیشتری یافته اند، به عنوان تهدیدی جدی برای سلامتی و ایمنی مردم جهان اهمیتی دو چندان پیدا کرده است. زیرا امروزه بیماری‌های فراگیر و همه گیری‌ها سهل‌تر و سریع‌تر از گذشته از طریق سفر به‌ویژه حمل و نقل هوایی انتشار می‌یابند. این حوادث به طور قطع بر کارایی و نیز می‌تواند بر ایمنی فعالیت‌های هوانوردی تأثیر منفی به جا می‌گذارند. همچنین به اقتصادهای ملی و بنگاه‌های خصوصی صدمه وارد می‌کند که به صنعت هوانوردی وابستگی دارند و نیز کارگران و

۱- Epidemic.

۲- Pandemic.

۳- Abeyratne, Ruwantissa, I.R., *Convention on International Civil Aviation, A Commentary*, Springer, 2013, p.221.

مسافران بخش هوانوردی را در معرض مخاطرات بهداشتی می - گذارند.^۱ این وضعیت در حقیقت بحرانی را در جوامع داخلی و گاه بین المللی به پا می کند که می توان آن را "بحران های پزشکی و بهداشتی" در حیطه هوانوردی کشوری نامید. همچنین بحران ها می توانند برای هوانوردی کشوری مخاطره آمیز باشند و به تهدید امنیت و یا تهدید یا نقض صلح جهانی بیانجامند. در عین حال ذکر این واقعیت نیز ضروری است که این بحران ها به صورت شبکه وار به یکدیگر اتصال و ارتباط دارند و گاه یکی دیگری را در پی دارد و یکی به دیگری مبدل می شود. آثاری که از این بحران ها باقی می ماند گاه آن قدر عظیم و عمیق بوده است که مسیر تاریخ و ساختارهای اجتماعی و سیاسی جوامع را تغییر داده و به طور قابل ملاحظه ای جمعیت نژادها، کشورها و قاره ها و در یک کلمه جهان را وادار به جابجایی کرده است یا تعداد آن را به طور قابل ملاحظه ای تقلیل داده است. از این رو تلاش های بسیاری برای مدیریت، مهار و درمان آن ها از سوی دولت ها و خدمتگزاران جامعه پزشکی - درمانی صورت گرفته است. جمعیت رو رشد حال حاضر جهان حاصل مبارزه و خاموش نمودن شعله ها و گاه ریشه کنی آن بیماری ها است. اما جهان همواره با خطر بیماری های ژنتیکی و بیوتروریسم نیز که نتیجه غفلت یا دستکاری بشر در طبیعت و در باکتری ها و ویروس ها است، مواجه می باشد که خارج از موضوع این مقاله ولی مرتبط به آن است.

۱-۲- آثار حقوقی اعلام وضعیت اضطراری بهداشتی بر حقوق بشر

همان گونه که در دوران همه گیری ویروس کرونا در جهان شاهد بودیم اعلام وضعیت اضطراری بهداشتی به عنوان یک نگرانی بین المللی برخی حقوق و آزادی های افراد را که در قوانین اساسی کشورها و در اسناد حقوقی بین المللی شناسایی گردیده اند، به طور موقت محدود و معلق کرد. این محدودیت ها در واقع آثار حقوقی اعلام وضعیت اضطراری بهداشتی است که به اعتقاد حقوق دانان

۱- . Public Health and Aviation: a multi-sectoral challenge, available at: [www.skybrary.aero> index.php>public_Health_Aviation](http://www.skybrary.aero/index.php/public_Health_Aviation), Mar 23,2020.

ناقض حقوق بین الملل می باشد. از این رو باید برای آن‌ها چاره یا توجیهی برای آن‌ها جست. دست کم از نظر عده‌ای دیگر، این وضعیت پرسش‌هایی را در خصوص حدود اختیارات در وضعیت‌های ملی اضطراری و ارتباط آن با ملاحظات حقوق بشری برای اطمینان از این که اقدام به دادرسی عادلانه، تناسب اقدامات در مقایسه با میزان خطرهای ناشی از آن و همچنین نسبت به لزوم پاسخگویی^۱ ملی و بین‌المللی مطرح کرد.^۲

۱-۲-۱- محدودیت‌های مسافرتی ناقض حقوق بین الملل و پیامدهای آن

پس از بروز بحران گسترش بیماری کووید-۱۹ دولت‌ها به تکاپو افتادند تا پاسخی مناسب به آن بدهند. تدابیر مختلف آن‌ها طیف گستره‌ای از محدودیت‌ها را از هشدارهای عمومی به قرنطینه اجباری و منزوی کردن افراد تا منع سفر و قرنطینه کردن شهرها و در برخی موارد کشورها را شامل شد. در ابتدا پروازهای مستقیم به و از مناطق با خطر بالا قطع شد. به نحوی که به سرعت شرکت‌های مهم بسیاری پروازهای تجاری خود را به چین متوقف کردند و با گسترش بیماری به سایر کشورها پروازها به سایر کشورها نیز متوقف گردید. همزمان دولت‌ها به طور موقت از ورود اتباع دیگر کشورها که به کشورهایی که ویروس کرونا در آن جا شیوع یافته بود یا با افرادی که از آن مناطق به سایر کشورها وارد می‌شدند یا با آن افراد تماس داشته اند، به کشورشان ممانعت به عمل آوردند. به طور مثال ورود کسانی که تازه به چین سفر کرده بودند، به خاک امریکا منع شد.^۳ این اقدامات در واقع نه تنها به معنای تعلیق اجرای موافقت‌نامه‌های (دو جانبه) خدمات (حمل و نقل)

۱- . Response.

۲- . Bruci Gian Luca, **The Outbreak of Covid-19 Coronavirus: are the International Health Regulations fit for purpose?** February 27, 2020, available at: [www.ejiltalk.org › the-outbreak-of-covid-19-coronavirus-are-the-inte](http://www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-covid-19-coronavirus-are-the-inte), p.1.

۳- .Vedaschi, Arianna and Chiara Graziani, **Coronavirus, Health Emergencies and Public Law Issues**, 6 March 2020, available at: [verfassungsblog.de › coronavirus-health-emergencies-and-public-law-...](http://verfassungsblog.de/coronavirus-health-emergencies-and-public-law-...), p.1.

هوایی^۱ بین دولت‌ها می‌باشد بلکه تعلیق موافقت نامه حمل و نقل هوایی بین المللی^۲ (چهارمین سند پیوست معاهده هوانوردی کشوری بین المللی) بود. در حقیقت دولت‌های زیادی با این فرض که از اختیارات استثنایی برخوردار هستند، وضعیت اضطراری ملی اعلام کردند. به طور مثال دولت چین مبادرت به قرنطینه شهر ووهان نمود و ایالات متحده اقدام به منع سفر اروپائیان به امریکا کرد و سایر کشورها نیز مرزهای خود را به روی یکدیگر بستند. در واقع دولت‌ها به طور فزاینده ای سعی در محدود کردن "آزادی تحرک" شهروندان خود و دیگران برای پاسخ به بیماری ویروس کرونا سال ۲۰۱۹ (کووید-۱۹) برآمدند. این محدود کردن سفر شاید روند گسترش همه گیری را کند کرد ولی متوقف نکرد.^۳ با این حال ضرورت و فایده واکنش نسبت به سلامتی همگانی بر نقض حقوق بین الملل چربید. بر مبنای مقررات بین المللی بهداشت (IHR) - مصوب ۲۰۰۵- که برای تمامی دولت‌های عضو سازمان جهانی بهداشت الزام آور است، تدابیر سلامتی نباید محدود کننده ترافیک بین المللی و نباید برای افراد تهاجمی یا مزاحم‌تر از جایگزین‌های معقول در دسترس باشد.^۴ به رغم اثربخشی تدابیر جامعه محور سلامتی مانند فاصله گذاری اجتماعی^۵ و رصد تماس‌ها، باید ضرورت ممنوعیت سفر با گزینه‌های کم‌تر محدود کننده مورد ارزیابی قرار گیرد، زیرا گسست‌های جهانی از یاد می‌یابند و الزامات مقررات بین المللی بهداشت را نقض می‌شوند.^۶ به طور کلی مقررات بین المللی بهداشت تلاش دارند تا تعیین کنند که چگونه دولت‌ها می‌توانند برای مقابله با تهدیدهای جمعی سلامتی همگانی گردهم آیند، در حالی که ممنوعیت‌های ملی سفر موجب جدایی ملت‌ها از

۱- . Air Services Agreement (ASA).

۲- . International Air Transport Agreement.

۳- . Chinazzi, M. et al., **The effect of travel restrictions on the spread of the 2019 novel coronavirus (COVID-19) outbreak**, *Science*, Vol.368, Issue 6489, 24 Apr 2020, P.395.

۴- . Art. 43 of IHR.

۵- . Social distancing.

۶- . Contact tracing.

۷- . Habibi. et al., **Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak**, *Lancet*, No.395, 2020 , p.664.

طریق انزوای غیر ضروری اقتصادی و نقض حقوق می‌گردد. اگر چه مقررات بین‌المللی بهداشت تقاضا می‌کند که تدابیر سلامتی با احترام کامل به کرامت و حقوق بشر و آزادی‌های اساسی افراد اجرا گردند،^۱ محدودیت سفر مجموعه‌ای از حقوق اولیه مرتبط به آزادی تردد را به طور غیر ضروری نادیده می‌گیرد. در واکنش‌ها به کووید-۱۹ اقدامات نظام‌مند فاصله‌گذاری اجتماعی توصیه شده توسط سازمان جهانی بهداشت باعجله در محدود کردن فوری سفر، محدود کردن آزادی‌های فردی هنگام شعله‌ور شدن آتش واکنش‌های ملی گرایانه کنار گذاشته شد. با این حال سازمان جهانی بهداشت به طور مکرر تدابیر تهاجمی را ستوده است که توسط دولت‌ها اتخاذ گردیدند،^۲ اما باید توجه داشت که محدودیت‌های تحمیل شده بر سفر، "همبستگی جهانی" را از ریشه می‌خشکاند، در حالی که سازمان جهانی بهداشت در پاسخ به این تهدید مشترک در پی تحقق آن است. تأثیر ممنوعیت‌های سفر بر سلامتی همگانی در شیوع‌های پیشین محدود بوده است،^۳ زیرا مقابله با بیماری با همکاری بین‌المللی و حمایت از حقوق افراد ارتباطی ناگسستنی دارد.^۴ بیش از اجرای محدودیت اجباری سفر، دولت‌ها باید توصیه‌های سازمان جهانی بهداشت را در خصوص حکمرانی شفاف، توسعه ظرفیت آزمایش مسافران و اجرای فاصله‌گذاری اجتماعی برای حمایت از سلامتی همگانی را عملی سازند. همه‌گیری کووید-۱۹ نظام‌های ملی را به بوتۀ آزمون خواهد گذارد اما جهان زمانی امن‌تر است که تمامی واکنش‌های ملی با ضرورت‌های سلامتی همگانی و حقوق جهانی سلامت منطبق باشد.^۵ ناگفته نماند که به این نکته سازمان جهانی بهداشت نیز در سال ۱۹۷۵ زمان صدور بیانیه خط مشی سازمان، ضمن

۱- . Art. 3 of IHR.

۲- . Kupferschmidt, K., and Cohen, J., **Can China's COVID-19 strategy work elsewhere?** Science, 2020 Mar 6, No. 367, p.1062.

۳- . Errett, N., A., Sauer LM, Rutkow L., J. **Emerg. Manag., an integrative review of the limited evidence on international travel bans as an emerging infectious disease disaster control measure**, Journal of Emergency Management, No.18(1), (2020), p.7.

۴- . Human Rights Watch, **Human Rights Dimensions of Covid-19 Response**, 2020.

۵- . Mason Benjamin Meier, Habibi Roojin and Yang Tony Y., **Travel restrictions violate international law**, science, 27 Mar 2020, Vol.367, Issue 6485, p.1436.

گنجاندن دیدگاه خود در مورد سلامتی و حقوق بشر در آن، به این موضوع نیز اشاره کرد: "فرد موظف است زمانی که مبتلا به بیماری قابل انتقال (شامل بیماری‌های مقاربتی)^۱ می‌باشد یا در معرض آلودگی قرار گرفته است، به مراجع بهداشتی اطلاع دهد و باید تحت آزمایش، درمان، نظارت، انزوا یا بستری شدن قرار گیرد." البته [در چنین مواردی به‌ویژه انزوا و بستری کردن اجباری] این حق [مشمول محدودیت آزادی تحرک^۲، حق آزادی^۳ و امنیت فردی^۴ می‌گردد].^۵

۱-۲-۲- تداخل حوزه حقوق بین‌الملل سلامت با دیگر حوزه‌های آن و نقش پیشروی حقوق

بین‌الملل در مهار بحران‌ها

فراتر از اسناد مربوط به بیماری‌های همه‌گیر سازمان بهداشت جهانی، اسناد بین‌المللی دیگری نیز با توجه به طبیعت توسعه‌یابنده و در هم تنیدگی وجوه سلامتی انسان تدوین گردیده‌اند که به این بیماری‌ها مرتبط هستند. در واقع حقوق بین‌الملل در باره این موضوعات دچار گسست شده است زیرا به تعبیری نظام‌های حقوقی مختلف از غایت‌شناسی‌های^۶ متفاوتی پیروی می‌کنند.^۷ به نحوی که اگر آن را در قلمرو هوانوردی در نظر بگیریم، در آن صورت بحث جاری همزمان در بخش‌های متداخلی همچون حقوق بشر، اختیارات شورای امنیت سازمان ملل متحد و حقوق بین‌الملل هوایی باید مورد تحلیل قرار گیرد. از این رو به طور نمونه مقررات ناظر بر "سفر" در

۱- Venereal diseases.

۲- Freedom of movement.

۳- The right to liberty.

۴- The right to security of person.

۵- The Individual's Duty to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms Under Article 20 of the Universal Declaration of Human Rights, 100 UN Sales No. E.82.XIV.1, (1983).

۶- Teleology.

در واقع غایت نظام سلامت، پاسخگویی به بیماری‌های واگیردار است و غایت حقوق هوانوردی کشوری پاسداری از حق تردد یا آزادی رفت و آمد افراد می‌باشد. این دو فرجام (Teleo) گاه در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند.

۷- Von Bogdandy, Armin and Pedro A. Villarreal, **International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis**, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-07, p.16.

IHR هم زمان در چارچوب صلاحیت معاهده هوانوردی کشوری بین‌المللی نیز قرار می‌گیرند. با این حال هنگام همپوشانی دو نظام بهداشتی و سفرهای هوایی این IHR می‌باشد که "هدایت گر اصلی" واکنش‌ها به بیماری واگیردار^۱ است، همان گونه که در بحران ابولا در غرب افریقا طی سال‌های ۲۰۱۶-۲۰۱۴، مشاهده گردید.^۲ در واقع نگرانی اصلی در مورد پاسخگویی به بیماری‌های همه‌گیری این است که آن تدابیر بالقوه در حقوق بین‌الملل را ایجاد می‌کنند. با این که ماده (۳) و ماده (۳۲) مقررات بین‌المللی بهداشت احترام به حقوق بشر را خواستار شده‌اند اما این مواد نه مشخصات بیش‌تری از چگونگی احترام به حقوق بشر را بیان کرده‌اند، نه توضیح بیش‌تری را در باره این که این حقوق در وضعیت‌های بحرانی چگونه باید مورد حمایت قرار گیرند، داده‌اند. به عبارت دیگر ماده (۳۲) که لزوم احترام به کرامت، حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین مسافران را یادآور می‌شود، مقررهای بدون هر گونه تعیین تکلیفی است. در حالی که هر دو معاهده حقوق سیاسی و مدنی و اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به طور مستقیم به موضوع همه‌گیری ارتباط دارند. در مورد حقوق سیاسی و مدنی^۳، اقداماتی همچون منزوی کردن اجباری و قرنطینه، اقدامات غیر دارویی سنتی، تدابیر فاصله‌گذاری اجتماعی مصداق تحدید آن حقوق به شمار می‌آیند. زیرا افراد و ادار می‌شوند که در یک فضای بسته برای یک دوره زمانی معین مشروط به استثنائاتی اقامت کنند - که امکان دارد به شورش اجتماعی و نافرمانی مدنی بیانجامد، همان گونه که از جمله در چین در سال ۲۰۲۲ شاهد بودیم- در واقع بر اساس تعاریف ماده (۱) IHR انزوا برای اشخاصی که بیماری آنان تأیید شده، قرنطینه برای افرادی که علائم بیماری را ندارند اما مشکوک به بیماری هستند به دلیل این که به طور مثال در تماس با افرادی که خودشان بیمار بوده‌اند یا در منطقه با نقل و انتقال

۱- . Contagious diseases.

۲- . Gearoid O Cuinn and Stephanie switzer, **Ebola and the airplane: securing mobility through regime interactions and legal adaptation**, Leiden Journal of International Law, No.32,2019, p.86-89.

۳- . International Covenant Civil and Political Rights (ICCPR).

بالا بوده- اند، تجویز می‌گردد. ^۱ این اقدامات اغلب زمانی که درمان‌های دارویی قطعی وجود نداشته باشد، ضروری تشخیص داده می‌شود. بدیهی است که این چنین تدابیری آزادی تحرک^۲ افراد را از آنان سلب می‌کند. ^۳ در سخت‌گیرانه‌ترین الگوها، این اقدامات می‌توانند به دلیل وجود شرایطی که بازداشت محسوب می‌گردند،^۴ حتی محدود کننده آزادی افراد باشند، به‌ویژه هنگامی که به واسطه تهدید به انجام مجازات مالی سنگین یا حتی مجازات زندان افراد وادار به اقامت در مکانی خاص شوند. ^۵ بدیهی است که ایجاد توازن بین آزادی‌ها از جمله حق تردد و حق تجمع از یک سو و حق بر سلامتی از سوی دیگر بسیار مشکل است. دشواری کار هم در این است که در حقوق بشر معاصر دودسته حقوق مدنی، سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از ارزشی برابر برخوردار می‌باشند. به عبارت دیگر وظیفه حفاظت از آزادی‌ها (حقوق مدنی- سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) از یک طرف و حمایت از جان انسان‌ها در برابر بیماری‌های همه گیر (حق بر سلامتی) از طرف دیگر هر دو موضوعاتی حقوق بشری با ارزشی یکسان هستند که وظیفه ادای دست کم بخش عمده‌ای از آن‌ها برعهده دولت‌ها است. در این شرایط چاره‌ای نمی‌ماند جز این که "شواهد علمی" در اجرای متوازن آن‌ها^۶ در مواردی که در دسترس هستند، عامل تعیین کننده باشند. به عبارت روشن‌تر توجیه نهایی اتخاذ تدابیر محدود کننده باید متکی به علم^۷ به‌ویژه به تحقیقات پزشکی فراگیرانه^۸ اتکاء داشته باشد. ^۹ بنابراین همان

۱- . Lawrence Gostin and Benjamin E. Berkman, **Pandemic Influenza: Ethics, Law and the Public's Health** administrative Law Review, No.59,2007, p.171.

۲- . Freedom of movement.

۳- . Art. 12, para. 3 of ICCPR: "The [right to liberty of Movement] shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order, **public health** or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant". (Emphasis added by authors).

۴- . Art. 9 of ICCPR.

۵- . Von Bogdandy, Armin and Pedro A. Villarreal, op. cit., supra note 40 at 7, p.17.

۶- . Scientific evidences.

۷- . Science.

۸- . Medical-epidemiological.

۹- . Ibid., p.20.

گونه که حقوق دانان تأکید کرده‌اند اگر از نقطه نظر علمی اقدام محدودکننده برای دستیابی به هدف اصلی مؤثر و ضروری تلقی گردد و آن هدف جلوگیری از گسترش بیماری باشد، آن گاه این اقدام به نظر موجه خواهد بود. از این رو هدف دیگر IHR بازداشتن دولت‌ها از اتخاذ تدابیر محدودکننده بدون وجود دلایل علمی است. بنابراین توصیه فنی WHO تنها به تعیین این امر که کدام اقدامات امکان دارد قابل قبول باشند، کمک می‌کند^۱ و دولت‌ها با توجه به ماهیت غیر الزام آور توصیه‌های سازمان اقدام مقتضی را تشخیص و اتخاذ می‌کنند. با این حال دولت‌ها در انجام اقدامات پیشگیرانه و درمانی در مورد بیماری‌های همه گیر به واسطه عضویت در سازمان الزام دارند.

۲- نگرش هوانوردی کشوری به مقوله سلامتی

۲-۱- وجوه اهمیت سلامتی برای صنعت هوانوردی کشوری

موضوع سلامتی و بهداشت محیط صنعت هوانوردی همواره برای دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و دست‌اندرکاران بخش‌های دولتی و خصوصی هوانوردی کشوری از جمله شرکت‌های هواپیمای فرودگاه‌ها مهم بوده است. برای دولت‌ها از جهت تعهد آن‌ها در قبال حفظ سلامتی اتباعشان خواه در مسافرت‌ها و خواه در غیر آن. با این حال اهمیت آن به دلیل احتمال انتقال بیماری‌ها و ابتلاء دیگران و گسترش دایره اقدامات ضروری مقابله با آن‌ها بیش‌تر بوده است. اهمیت سلامتی برای سازمان‌های بین‌المللی به جهت انتقال آن‌ها از کشوری به کشور دیگر و فراگیری یا همه‌گیری و لزوم مقابله مشترک با بیماری‌ها و بازگرداندن شرایط عادی و جلوگیری از بروز تنش‌ها و برهم خوردن صلح و امنیت در روابط دولت‌ها و ملت‌ها افزون‌تر گردیده است. از نظر متصدیان حمل‌ونقل هوایی علاوه بر موارد بالا که بیانگر لزوم حفاظت و تلاش در مسیر تحقق

حق بر سلامتی به عنوان حق عام و بشری که به حق حیات^۱ ارجاع دارد، سلامتی در هوانوردی کشوری از دو دیدگاه نیز با اهمیت و حیاتی تلقی می‌گردد: اول- از این جهت مسافر و خدمه عملیاتی سرمایه و مشتری آن‌ها محسوب می‌گردد؛ ۲ دوم- از این جهت که مفهوم "سلامتی" به نوعی جزو ایمنی و با ایمنی پرواز مرتبط است. بنابراین از هر دو جهت باید مورد توجه و حمایت قرار گیرد. صرف نظر از این که به عنوان عضوی از جامعه ملی در قبال سلامتی شهروندان و به عنوان یک بازیگر بین‌المللی در برابر سلامتی جامعه بین‌المللی مسئولیت دار ند.

۲-۲- مفهوم سلامتی و جایگاه آن در هوانوردی کشوری

۲-۲-۱- مفهوم موسع و مضیق سلامتی

در یک مفهوم کلی "سلامتی" از نظر سازمان جهانی بهداشت^۳ حالتی تعریف گردیده که شامل "رفاه کامل فیزیکی، روانی و اجتماعی است و نه نبود بیماری یا ناتوانی".^۴ از این رو طبق اساسنامه سازمان یادشده که در سال ۱۹۴۶ به تصویب دولت‌ها رسیده است، هدف این نهاد "دسترسی به بالاترین سطح ممکن سلامتی" است.^۵ با توجه به این که سلامتی در رابطه با اشخاص مختلف،

۱- حق بر سلامتی به عنوان حق بنیادین انسان که به مقوله "حیات بشری" ارجاع دارد، در نظام حقوق داخلی و نظام حقوق بین الملل برای بقا و زندگی مناسب انسان دارای اهمیت بسزا و جایگاه رفیعی دارد. زیرا حیات ارزشمندترین دارایی وی می باشد و کرامت ذاتی بشر اقتضاء دارد که به بالاترین استانداردهای زندگی دست یابد. در این میان بی شک مؤلفه سلامتی از زیر بنایی ترین ابزار دستیابی به آن سطح و حق بر سلامتی از ابتدایی ترین و ضروری ترین حق های تأمین حیات انسان به شمار می آید. از این رو باید به آن حق احترام گذارد، به تأمین آن اهتمام نمود و با تمامی شیوه ها و وسائل باید از آن حمایت کرد و در این زمینه دولت ها وظایف اختصاصی خود را در برابر اتباع خود و وظیفه عمومی خویش را در قبال همه انسان ها با اشتراک مساعی و همکاری با دیگر دولت ها باید با حسن نیت اجرا نمایند. نک. قلمرو حق سلامتی در نظام بین المللی حقوق بشر، احسان جاوید- صابر نیاورانی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۱، زمستان ۱۳۹۲.

۲- بی شک خدمه عملیاتی به عنوان کارکنان صف در صنعت حمل و نقل هوایی علاوه بر این که با ارزش ترین سرمایه شرکت های هواپیمایی به شمار می آیند از نظر بازرگانی در بنگاه های اقتصادی که خدمت ارائه می کنند خود نیز مشتری ردیف دوم محسوب می گردند و باید همچون خریدار خدمت و کالا رضایت او را جلب نمود تا به مشتریان ردیف اول خدمت رسانی نمایند.

3- World Health Organization (WHO).

4- Constitution of World Health Organization, Basic Documents, Forty-fifth edition, Supplement, October 2006, Preamble.

5- Article 1 of Constitution of World Health Organization.

محیط زندگی و نوع فعالیت و کار آنان جنبه نسبی و ذهنی می‌یابد، مفهوم مخالف آن نیز یعنی "بیماری" هم حالت شخصی و نوعی پیدا می‌کند. بنابراین اقدامات مقابله‌ای و به عبارت دیگر تکالیف و تعهدات دست اندرکاران حفظ و اعاده سلامتی نیز متفاوت می‌شود. به طور نمونه در صورتی که از منظر هوانوردی به سلامتی نگاه شود سلامتی به عنوان مسسئولیتی بین‌المللی تعهد متصدیان حمل و نقل هوایی در انتقال افراد تنها به میزانی است که وظیفه جلوگیری از آسیب، جراحی یا مرگ به درستی انجام گرفته باشد و نه تندرستی فیزیکی یا روانی فرد تأمین شده باشد. اگر چه این اقدام به خودی خود، گاه امر دشواری است که باید البته با حفظ کامل مقررات و فرآیندهای مربوط به ایمنی و امنیت پرواز انجام گیرد اما با معنای مضیق سلامتی همخوانی دارد نه با مفهوم موسع آن که مورد نظر سازمان جهانی بهداشت و حصول به آن هدف آن سازمان به شمار می‌آید. در واقع سلامتی در این سیاق جزئی از مقوله ایمنی پرواز محسوب می‌گردد.

۲-۲- جایگاه سلامتی در ایمنی هوانوردی

"ایمنی"^۲ در لغت "مصونیت از خطر" است^۳ و به تعبیری "مصون ماندن از آسیب و خسارت"^۴ می‌باشد. در حالی که در حمل و نقل هوایی همیشه خطر در کمین است و از گریز و گزیری از تصادف یعنی خطر نیست. بنابراین نمی‌توان در هوانوردی نیز "ایمنی هوانوردی"^۵ را نیز نبود خطر دانست.^۶ در آن صورت واقع‌گرایانه تر آن خواهد بود که ایمنی را به "کاهش دادن تصادف به

1- . Abeyratne, R.I.R., op.cit., supra note 8 at 2, p.225.

2- . Safety.

3- . Glynnis Chantrell, The Concise Oxford Dictionary, 9th. Edn, Oxford University Press, 1995, p.926.

4- . Miller, C. O., **State of the Art in Air Safety**, Journal of Air Law and Commerce, Vol.34, No.3, 1968, p.343.

5- . Aviation safety.

۶- . جباری، منصور و مرضیه قلندری، نظارت بر استانداردها و رویه های پیشنهادی هوانوردی، جله حقوقی بین المللی، شماره ۵۳، پاییز، زمستان ۱۳۹۴، ص.۷۱.

حداقل ممکن" تعبیر کنیم.^۱ اما "ایمنی در هوانوردی" به گفته کارشناسان حقوق هوانوردی علاوه بر جنبه فنی، از جنبه‌های سیاسی، راهبردی و حقوقی نیز برخوردار است^۲ که البته به آن جنبه سلامتی را هم باید افزود، زیرا فقدان تندرستی شخص و سلامتی جامعه گونه دیگری از خطر را متوجه فرد و جامعه می‌کند که تجربه ابتلای گریزناپذیر بشر به بیماری‌های نشان می‌دهد که همواره در انتظار انسان‌ها است. بنابراین چاره کار هم زیستی یا مهار و درمان با بیماری‌ها است. با این که برای واژه ایمنی معانی مانند "نبود حوادث قابل اجتناب"^۳ یا "کاهش خطرات تا حد ممکن"^۴ نیز پیشنهاد شده بود^۵ ولی به نظر می‌رسد با توجه به پویایی مفهوم ایمنی بتوان هدف "مدیریت خطر" جایگزین هدف مصونیت از خطر نمود^۶ که با تحلیل میزان خطر و راه‌کارهای دفع موارد غیرمتعارف آن همراه است. به این دلیل کمیسیون ناوبری هوایی ایکائو^۷ "ایمنی هوانوردی" را حالت "مصونیت از خطر غیرمتعارف خسارت به اشخاص یا هواپیما و یا اموال" تعریف کرده است.^۸ با این تعریف از ایمنی دفع خطر غیرمتعارف خسارت به شخص، تعریف دیگری از سلامتی در سفر هوایی است که با جلوگیری از بروز آن به قدر ممکن در سفرهای هوایی، ممانعت از گسترش آن به‌ویژه از انواع واگیردار آن، مدیریت و مهار بیماری انتقال‌یافته از طریق حمل‌ونقل هوایی و ایستگاه‌های هوانوردی میسر می‌گردد. علاوه بر این که هر بیماری که متوجه سرنشینان هواپیما به‌ویژه خدمه پروازی شود، ایمنی به مفهوم دقیق و فنی آن را به مخاطره می‌اندازد. به این ترتیب سلامتی در هوانوردی جزئی از ایمنی پرواز تلقی می‌شود.

۱- صادقی مقدم، حسن، اشراقی آرانی، مجتبی، تحلیل تأثیر ثبت مصلحتی هواپیما در ایمنی هوانوردی، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۵، بهار ۱۳۹۳، ص. ۶۶.

۲- Huang, Jiefeng, *Aviation Safety through the Rule of Law: ICAO's Mechanisms and Practices*, Kluwer Law International, 2009, p.7.

۳- No(avoidable) accidents.

۴- As few accidents as possible.

۵- Wassenberg, H., *Safety in Air Transportation and Market Entry*, Air and Space Law, Vol.23, No.2,1998, p.83.

۶- Ibid.

۷- Air Navigation Commission (ANC).

۸- ICAO working paper AN-WP/7699,2001, para 2.2.

۳- نقش هوانوردی کشوری و نهادهای بین المللی آن در مدیریت و مهار بیماری های واگیردار

۳-۱- نقش هواپیما در انتقال و مهار بیماری های واگیردار

در باره منشأ و چگونگی انتشار و گسترش این نوع بیماری ها مانند سل، سارس، سرماخوردگی، آنفولانزا، ابله، ابولا، سرخک، مالاریا، تب زرد یافته های علمی موجود قطعیت و جامعیت کافی ندارند ولی از واقعیت هایی حکایت می کنند که نشانگر افزایش بروز بیماری های عفونی واگیردار در سه دهه اخیر است. در عین حال باید بین داده های آماری و تحلیل هایی که هواپیماها را باعث ایجاد و تشدید بیماری نشان می دهند و داده ها و تحلیل هایی که نقش آن ها و پایانه های مسافری را در انتقال و گسترش بیماری های مذکور اثبات می کند، تفاوت قائل شد. آن چه که مسلم است این است که تمامی مسافرت های خارجی هوایی انتقال دهنده این بیماری ها نبوده اند و بین سالانه بیش از سه میلیارد نفر مسافر هواپیما کسر کوچکی از این تعداد شامل بیمارانی بوده اند که از این طریق آلوده یا ناقل بیماری شده اند. البته قابل قبول است که امکان دارد گزارش ها به طور دقیق تهیه یا جمع آوری یا تحلیل نشده اند ولی هر گاه بیماری فراگیر یا همه گیر بوده و باعث فوت مسافران بیمار شده مورد توجه واقع شده اند و به تحلیل علل آن و اتخاذ مقابله با آن پرداخته شده است و اینک ابعاد گسترده کووید-۱۹ هوشیاری بیش تر و آمادگی افزون تری را در همه ابعاد و تمامی بهره برداران ایجاد می کند. همان طور که پیش از این بیان شد باید بین بیماری که حین پرواز یا محل نشستن، اسکان یا توقف مسافر حادث می شود و بیماری که در دوران کمون است و علائم ظاهری آن بروز نکرده و با سفر هوایی به دیگران سرایت یا به مکان های دیگر منتقل شده است، تفکیک کرد. زیرا اقداماتی که باید در باره هر یک از وضعیت ها به طور اصولی توسط دولت ها، متصدیان حمل و نقل هوایی و اداره کنندگان فرودگاه ها صورت گیرد و نیز مسئولیت های آن ها در صورت مشاهده غفلت، بی مبالاتی و تقصیر تفکیک کرد. به طور مثال حین پرواز، هواپیماها در درون کابین از سامانه های تهویه هوایی استفاده می کنند که هوا را به میزان ۲۰ بار تا ۳۰ بار در ساعت جا به جا می کنند. سامانه های تهویه

هوایمهای مدرن ۵۰ درصد هوای کابین را به طور چرخشی به بیرون می‌فرستد و برای تزریق و گردش مجدد هوا از تصفیه‌کننده‌های هوایی خاص با کارایی بالا^۱ عبور می‌دهد که در اتاق‌های عمل یا بخش‌های ویژه بیمارستانی به کار گرفته می‌شوند. طی پرواز کابین هوایم محیط بسته و تهویه شده‌ای است که مسافران را در معرض کاهش اکسیژن‌رسانی به تمامی ارگانسیم یا بافت‌های بدن^۲ ناشی از فشار هوا، کاهش رطوبت هوا قرار می‌دهد. یک سامانه جانبی خودکار نیز میزان فشار، حرارت، تهویه و تصفیه هوا و مخلوط کردن هوای تازه با هوای بازگشتی تزریق شده به داخل کابین را در فضای داخلی کابین هوایم نظارت و تنظیم کند و یا حتی تغییر دهد. این تصفیه‌کننده‌ها می‌توانند به میزان ۹۹/۹۷٪ ذرات تا اندازه ۰/۳ میکرون و بزرگ‌تر را جذب نمایند و تصفیه کنند. از این رو تصفیه‌کننده‌ها گرد و غبار، گازها، باکتری‌ها و قارچ‌ها را پالایش نمایند. همچنین قادر هستند به طور مؤثر و کارآمد ذرات ویروسی را جذب کنند، ویروس‌هایی که به طور عادی از طریق قطرات تنفسی^۳ منتشر می‌شوند. در هنگام توقف هوایم پیش یا پس از پرواز نیز دستگاه‌های جداگانه‌ای در فرودگاه‌ها به نام دستگاه تهویه هوا^۴ به دو صورت متحرک و ثابت که مورد اخیر به پل‌های هوایی انتقال مسافر به داخل پایانه‌ها متصل هستند، هوای تازه را به درون کابین یا راهروی انتقال مسافر تزریق می‌کنند. باین‌حال با توجه به این که در کابین هوایم، مسافران در مجاورت یکدیگر قرار دارند که می‌تواند این شرایط موجب انتقال بیماری از بیمار ناقل به مسافر یا خدمه سالم گردد. طبق یافته‌های فعلی موجود خطر انتقال بیماری به مسافران فاقد علامت در داخل هوایم با نشستن در دو ردیف اطراف مسافر بیمار طی مسافرتی هوایی با بیش از ۸ ساعت وجود دارد. بدیهی است این روش انتقال مختص هوایم نیست و در

۱- High Efficiency Particular Air (HEPA) Filter.

۲- Hypoxia.

۳- از این رو از نظر متخصصان تهویه هوا یک متغیر حیاتی و تأثیرگذار در زمینه خطر انتقال عفونت است. بنابراین کوشش در جهت افزایش کارایی تهویه هوا خطر انتقال بیماری را کاهش می‌دهد.

۴- Droplet nuclei.

۵- Air conditioner unit (ACU).

شرایط عادی در هر اجتماع انسانی یا تجمعی در هر مکانی از جمله در پایانه‌های مسافری فرودگاه‌ها حین سفر هوایی فرد اتفاق بیافتد. چون ممکن است ویروس آلوده کننده انسان از طریق هوا^۱ یا وسایل بی جان از جمله خود هواپیما^۲ یا واسطه‌های جاندار اعم از انسان یا غیر انسان رخ دهد. در آن صورت وظایف پیشگیری و مقابله سایر مراجع و دست اندرکاران سفرهای هوایی مطرح می‌گردد. تأمین سامانه‌های تهویه در پایانه‌های فرودگاهی متناسب، اطلاع رسانی و آگاهی بخشی، غربالگری با تجهیزات مربوط در فرودگاه‌ها، تهیه امکانات قرنطینه مسافران و خدمه و افراد در تماس با آنان در ورود، صدور گواهی‌های سلامت و استتکاف از سوار کردن مسافر مبتلا توسط مأموران بهداشت مرزی، شرکت‌های هواپیمایی و خدمات دهنده فرودگاهی پیش و پس از انجام پرواز و رعایت الزامات بهداشتی و پزشکی توسط فرد بیمار از جمله وظایف مطروح در این زمینه می‌باشد که طبق قوانین ملی کشور مبدأ و کشور مقصد پرواز و مقررات بین‌المللی سازمان‌های تخصصی مربوط در سفرهای داخلی و خارجی باید مراعات شوند.

۳-۲- معاهده هوانوردی کشوری بین‌المللی و سازکارهای ایکائو در مقابله با بیماری‌های واگیردار و تکالیف دولت‌ها

جامعه بین‌المللی هوانوردی کشوری اقدامات خود را در زمینه مقابله با گسترش بیماری‌های واگیردار قابل انتقال از طریق حمل و نقل هوایی در دو سطح انجام داده است:

۱. آینده نگری در قالب معاهده ۱۹۴۴ شیکاگو با طراحی ماده (۱۴)؛ و ۲. تصویب قطعنامه‌ها، پیوست‌های معاهده مذکور و تدوین و ابلاغ رویه‌های استاندارد و توصیه شده و دستور العمل‌های خاص بر اساس مواد (۳۷) و (۳۸) معاهده. اما پیش از آن که به تفصیل به هر کدام بپردازیم، شایسته است این نکته را یادآور شویم که از یک سو مفهوم عام ایمنی در هوانوردی یعنی دور کردن خطر

۱- قطرات بزرگ و سازکارهای انتقال از طریق هوا شاید بیشترین میزان خطر را برای مسافران در داخل هواپیما داشته باشد.
 ۲- گاه امکان دارد حشرات ناقل بیماری مالاریا، تب دانگ و تب زرد که نوعی پشه هستند با هواپیما به اماکن دیگر منتقل شوند. از این رو ضد عفونی کردن هواپیما پیش از فرود و مهار عامل انتقال بیماری در اطراف فرودگاه‌ها و انجام اقدامات و اجرای دستورالعمل‌های آلودگی زدایی پس از سفر به مناطق آلوده برای پیشگیری از بروز بیماری توسط مقررات بین‌المللی بهداشتی توصیه شده است.

محتمل به قدرِ مقدور، شامل مفهوم سلامتی (Health) به طور کلی نیز می‌گردد. زیرا در واقع سلامتی در هوانوردی یعنی تأمین ایمنی جان انسان‌ها و محیط کار آنان در برابر آلودگی‌ها و بیماری‌ها از جمله بیماری‌های واگیردار به عنوان خطری که سلامتی مسافران، خدمه پرواز و کارکنان بخش‌های مختلف در فرودگاه‌ها و سلامتی محیط کار و فعالیت آنان را تهدید می‌کنند که در صورت بروز آن‌ها هوانوردی کشوری را با اختلال مواجه می‌سازد و پی آمدهای اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و حتی پزشکی را به دنبال دارد. از سوی دیگر موضوع تأمین ایمنی پرواز مهم‌ترین رسالت معاهده شیکاگو و بنیادی‌ترین هدف ایکائو و جزو الزامات اصلی دولت‌های عضو به شمار می‌آید، بنابراین ضروری است تا رعایت الزامات ایمنی به عنوان اهداف کلی که در ماده (۴۴) معاهده که اهداف ایکائو را ذکر می‌کند، بیان شده است، مورد توجه قرار گیرند.

۳-۲-۱- بندهای (الف) و (ت) ماده (۴۴) معاهده هوانوردی کشوری بین المللی

در بند (الف) ماده مذکور اطمینان از ایمنی و رشد منظم هوانوردی کشوری بین المللی را در سراسر جهان و در بند (ت) آن ماده برآوردن نیاز مردم جهان به حمل و نقل ایمن، مستمر، کارآمد و اقتصادی را از اهداف ایکائو برمی‌شمرد. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که ایمنی هوانوردی در کنار رشد و فعالیت منظم و مستمر و اقتصادی آن مورد نظر تدوین کنندگان معاهده و بنیانگذاران ایکائو بوده است، در نتیجه اختلال در ایمنی، اختلال در روند جاری هوانوردی را در پی دارد. ۲۷ از این رو برای جلوگیری از اختلال در هوانوردی کشوری باید ایمنی با تمامی وجوه آن را که شامل سلامتی جان سرنشینان هواپیما و محیط کار سالم فعالان بخش هوانوردی در فرودگاه‌ها می‌شود، تأمین نمود.

۳-۲-۲- ماده (۱۴) معاهده هوانوردی کشوری بین المللی

با توجه به تجربیات مرگبار بیماری‌های مسری قرون نوزدهم و بیستم، معاهده ۱۹۴۴ شیکاگو در این مورد به طور مشخص با پیش بینی این گونه بحران‌ها در آینده با درج ماده (۱۴) معاهده

با عنوان "جلوگیری از گسترش بیماری‌ها"^۱ در معاهده، دولت‌های امضاء کننده آن را مکلف کرده است که با اتخاذ تدابیری از گسترش بیماری‌های واگیردار "با وسایل نقلیه هوایی"^۲ جلوگیری کنند و در این موضوع با سایر نهادهای درگیر مشورت نمایند. در حال حاضر برای کمک به اجرای ماده (۱۴) سازمان بین‌المللی هوانوردی کشوری (ایکائو)^۳ با سازمان جهانی بهداشت (سازمان جهانی سلامت)^۴، انجمن بین‌المللی حمل و نقل هوایی (یاتا)^۵، شورای بین‌المللی فرودگاه‌ها^۶ و تعداد دیگری از نهادهای علاقه‌مند باید با یکدیگر همکاری می‌کنند. البته چنین خطری به عنوان یک تهدید مهم برای سلامتی و ایمنی از دیرباز تا کنون برای بشر وجود داشته‌است و با شیوع سراسری کووید-۱۹ در بیش از ۲۰۴ کشور جهان هشدار عظیم را به جهانیان راجع به اهمیت و تأثیرگذاری بحران‌های بهداشتی و پزشکی در زندگی انسان‌ها یادآور گردید. در تحلیل حقوقی این ماده باید گفت که این ماده در مورد سلامتی سرنشینان پرواز مسئولیت را بر دوش دولت‌ها برای اتخاذ تدابیری در مورد جلوگیری از گسترش بیماری از طریق حمل و نقل هوایی تحمیل می‌کند. در حالی که در واقع این ماده در سال ۱۹۴۴ برای پرداختن به بیماری‌های قابل انتقال رایج پیش از جنگ جهانی دوم طراحی شده بود، در عین حال بسیار منعطف به نظر می‌رسد، زیرا این امکان را می‌دهد که بیماری‌های امروزی را نیز در برگیرد که از آن میان می‌توان به بیماری‌هایی که طی دهه‌های اخیر انتشار یافته‌اند، مانند سارس^۷، آنفولانزای پرندگان^۸ و کرونا (کووید-۱۹)^۹ اشاره کرد. این ماده به صراحت مسئولیت اولیه را به عهده دولت‌ها می‌گذارد تا تدابیری مؤثر برای جلوگیری از بیماری‌های انتقال یابنده از طریق حمل و نقل هوایی را در هواپیما اتخاذ نمایند و به طور تلویحی از دولت‌ها

-
- ۱- . Prevention of Spread of Disease.
 - ۲- . By means Air Navigation.
 - ۳- . International Civil Aviation Organization (ICAO).
 - ۴- . World Health Organization (WHO).
 - ۵- . International Air Transport Association (IATA).
 - ۶- . International Council Airports (ICA).
 - ۷- . SARS (severe acute respiratory syndrome)
 - ۸- . Avian Flu.
 - ۹- . Coronavirus (COVID-19).

می‌خواهد که دستورالعمل‌هایی را با همکاری نهادهای بین‌المللی مربوط خطاب به شرکت‌های هواپیمایی صادر کنند. در واقع شکی نیست که این شرکت‌های هواپیمایی هستند که باید خود را برای مواجهه با برخی مسائل قانونی مربوط به رفتار خویش آماده کنند. به عبارت روشن‌تر در درجهٔ اول از شرکت‌های هواپیمایی انتظار می‌رود که مقررات بین‌المللی قابل اجرای بهداشتی و قوانین کشورهای را که هواپیما در خاک آن کشورها فرود می‌آید، مورد تأیید قرار دهند.^۱ همچنین شرکت‌های هواپیمایی که وظیفه مراقبت از مسافران خود را بر عهده دارند باید همهٔ احتیاط‌های لازم را برای حفظ حقوق مسافران انجام دهند. بنابراین اگر عوامل پذیرش مسافر در فرودگاه مبدأ فردی را مشاهده کنند که آشکارا به نظر مریض می‌رسد و در پیشخوان پذیرش^۲ مسافر بی وقفه سرفه می‌کند، نمی‌توانند وضعیت او را نادیده بگیرند. زیرا این امر امکان دارد بر اساس اصول حقوقی یا مقررات قانونی مسئولیت مدنی^۳ شرکت هواپیمایی یا شرکت خدمات دهنده در فرودگاه به آن شرکت را مطرح سازد. در هر حال طبق قواعد حقوقی مربوط تقصیر^۴ یا قصور^۵ که موجب ایجاد خسارت جانی و مالی به سایر مسافران، خدمه پرواز و کارکنان دست اندر کار بخش هوانوردی کشوری شامل کارکنان شرکت‌های هواپیمایی و شرکت‌های خدمات دهنده در فرودگاه و کارکنان بخش‌های امنیتی و خدماتی دولتی و غیر دولتی فعال در فرودگاه و در هواپیما شود، مسئولیت آور است. زیرا ممکن است اتهام نادیده گرفتن سهوی یا عمدی دست‌اندرکاران بخش هوانوردی کشوری به‌ویژه شرکت‌های هواپیمایی و متصدیان اداره فرودگاه‌ها را مطرح سازد. از این رو ضروری است تا این شرکت‌ها و متصدیان و کلیه خدمات دهندگان بخش دولتی و خصوصی فعال در هوانوردی کشوری هوشیاری لازم را در امر توجه

۱- . World Health Organization, International Health Regulations, Third Annotated Edition, WHO: Geneva 1983.

۲- . Check-in counter.

۳- . Tort Law.

۴- . Negligence.

۵- . Recklessness.

بر شرح حال مسافر^۱ در وضعیت‌های خطرناک یا تهدیدها به خرج دهند. در این میان فن آوری برای تأیید سلامتی یا تشخیص بیماری یا افراد مشکوک به بیماری از سال ۲۰۰۵ که برای اولین بار در هنگ کنگ برای غربالگری حرارت دمای بدن مسافران ورودی و فنون تصویرسازی مادون قرمز حرارت بدن آنان به هنگام اوج گیری بیماری سارس در شرق آسیا مورد استفاده قرار گرفت،^۲ نقش بسزا و روزافزونی پیدا کرده- است که می‌تواند به سهولت در فرودگاه‌ها در دسترس قرار گیرد.

۳-۲-۳- تصویب پیوست‌های معاهده و رویه‌های استاندارد و توصیه شده^۳ حاوی مقررات بهداشت همگانی و دستورالعمل‌های مربوط به آن

مواد (۳۷) و (۳۸) معاهده مستند قانونی تهیه و ابلاغ هجده پیوست^۴ معاهده شیکاگو هستند. معاهده شیکاگو در این مواد به شورای ایکائو این اختیار را داده است که رویه‌های استاندارد و توصیه شده را برای کمک به ارتقاء یکنواختی اجرا توسط دولت‌های عضو معاهده تدوین و صادر نماید که در این بین تعدادی از آن‌ها به اجرای ماده (۱۴) معاهده می‌پردازند که عبارت می‌باشند از: ۱. پیوست شماره (۶): عملیات هواپیما^۵؛ ۲. پیوست شماره (۹): تسهیلات^۶؛ ۳. پیوست شماره (۱۱): خدمات رفت و آمد (ترافیک) هوایی^۷ (و رویه‌های مرتبط به خدمات ناوبری هوایی^۸ مدیریت رفت و آمد هوایی^۹)؛ ۴. پیوست شماره (۱۴): فرودگاه‌ها^{۱۰}؛ و ۵. پیوست شماره (۱۸): حمل و نقل ایمن کالاهای خطرناک^{۱۱} از طریق هوایی. این پیوست‌ها ضمن آن که

۱- . Passenger profiles.

۲- . Abeyratne, R., op.cit., supra note 86 at 12, p.223.

۳- . Procedures.

۴- . Annexes.

۵- . Operations.

۶- . Facilitations.

۷- . Air Traffic Services (ATS).

۸- . Air Navigation Services.

۹- . Procedures for Air Navigation Services – Air Traffic Management (PANS- ATM).

۱۰- . Aerodromes.

۱۱- . Dangerous Goods.

خود حاوی مقررات اجرایی در مورد موضوعات سلامت و بهداشت حوزه هوانوردی کشوری می‌باشند، در عین حال نیز به مناسبت موضوع خود محمل صدور دستورالعمل‌های اجرایی در زمینه مسائل بهداشت و سلامت در بخش حمل و نقل هوایی هستند. به طوری که در بخش دوم بندهای (D) و (E) پیوست شماره (۹) معاهده تحت عنوان "تسهیلات" مشاهده می‌کنیم که به موضوع ضد عفونی کردن داخل هواپیما و بند (E) بخش هشتم آن به اجرای مقررات بهداشتی اشاره شده است. همچنین در این پیوست به امکانات و تسهیلات موجود در فرودگاه‌ها در رابطه با حوادث غیر منتظره حوزه بهداشت و سلامت و لزوم تبعیت دستورالعمل‌های بین المللی بهداشتی و برنامه توسعه بهداشت ملی توجه گردیده است. پیوست شماره (۱۴) معاهده نیز به لزوم تأسیس مراکز فوریت‌های پزشکی در فرودگاه‌ها برای ارائه خدمات پزشکی در مواقع اضطراری پزشکی و بهداشتی پرداخته است.

۳-۳- اقدامات ایکائو در رابطه با مهار بیماری‌های واگیردار

در بحران فراگیری سارس ایکائو و یاتا با بهره‌گیری از تجربیات بیماری‌های واگیردار پیشین که از طریق حمل و نقل هوایی انتقال یافته بودند، برنامه‌ای جامع از اقدامات را تدوین کردند. هر دو سازمان تنگاتنگ با سازمان جهانی بهداشت طی زمان ظهور بحران سارس کار کردند و به تلاش‌های خود تا به این زمان در زمینه تهدیدهای تازه برای بهداشت همگانی ادامه داده‌اند. در ۳۱ همین راستا گروه مشورتی پزشکی یاتا^۱ با سازمان جهانی بهداشت برای تدوین دستورالعمل^۲ کارکنان پذیرش [مسافر]، مهمانداران^۳، کارگران نظافت و کارکنان فنی [هواپیما] در سال ۲۰۰۳ همکاری زیادی نموده است. از این رو می‌توان گفت که ایکائو اکنون از یک رویکرد

۱- IATA's Medical Advisory Group.

۲- Guideline.

۳- Cabin crew.

نظام‌مند^۱ راجع به شیوع^۲ محتمل بیماری‌های واگیردار^۳ بهره می‌برد. به طوری که شورای ایکائو طی همایشی که در سال ۲۰۰۳ برای بررسی موضوع تشکیل داد و هشت پیشنهاد را جهت جلوگیری از بیماری‌های واگیردار به فرودگاه‌ها ارائه داد^۴ و سپس در سی و پنجمین نشست مجمع عمومی ایکائو که در سپتامبر/ اکتبر ۲۰۰۴ برگزار گردید، دولت‌های متعاقد قطعنامه^۵ A ۱۲-۳۵^۶ را به تصویب رساندند که اعلام می‌کرد که پشتیبانی از سلامتی مسافران و خدمه‌ها در پروازهای بین‌المللی یک جزء تفکیک ناپذیر از ایمنی مسافرت‌های هوایی است و شرایط باید به گونه‌ای باشد که از مراقبت به موقع آن‌ها به شیوه کارآمد از نظر اقتصادی اطمینان حاصل گردد. طی این قطعنامه از شورا خواسته شده است که رویه‌های استاندارد و توصیه شده^۷ پیوست‌های^۸ موجود معاهده شیکاگو را مرور کند و اگر ضروری باشد رویه استاندارد و توصیه شده جدیدی را تصویب کند، هم‌زمان توافق‌های نهادینه شده^۹ را برای هماهنگی تلاش‌ها توسط دولت‌های متعاقد و سایر اعضای جامعه بین‌المللی هوانوردی کشوری حفظ نماید. به این ترتیب به روشنی مشهود است که ایکائو و یاتا در پشتیبانی از سلامتی مسافران و خدمه بر این اصل تمرکز دارند که از گسترش بیماری قابل انتقال در داخل هواپیما اجتناب شود.^{۱۰} در سال ۲۰۰۶ نیز گروه کاری ایکائو پیشنهاداتی را برای اصلاح پیوست (۹) معاهده شیکاگو به شورای ایکائو ارائه نمود که شامل اقداماتی بود تا مسئولان فرودگاه‌ها باید در مورد سلامتی مسافران انجام می‌دادند و شورا آن‌ها را به طور کامل پذیرفت و به دولت‌ها برای اجرا توصیه کرد. پیوست (۱۴) معاهده شیکاگو

۱- . Systematic approach.

۲- . Outbreak.

۳- . Communicable.

۴- . جباری، منصور، حقوق هوایی از منظر حقوق داخلی و بین‌المللی، انتشارات شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص. ۹۷.

۵- . Protection of the health of the passengers and crews and prevention of the spread of communicable Diseases through international travel, Assembly Resolutions in Force (as of 8 October 2004), ICAO Doc 9848, at 1-50.

۶- . Standards and Recommended Practices (SARPs).

۷- . Annexes to Chicago Convention.

۸- . Institutional arrangement.

۹- . Abeyratne, R.I.R., op.cit., supra note 86 at 12, p.224.

نیز حاوی برخی دستورالعمل‌های مرتبط شامل تخلیه اضطراری هواپیما و یا هوای داخل کابین است که به سلامتی مسافران ارتباط دارند.^۱ همچنین برای کمک به دولت‌ها به منظور اجرای بهداشت همگانی مربوط به رویه‌های استاندارد و توصیه شده و آمادگی برای برنامه حسابرسی نظارت بر ایمنی جهانی^۲، ایکائو یک برنامه کمکی تدارک دیده است که ترتیبات همکاری برای جلوگیری و مدیریت حوادث بهداشت همگانی در هوانوردی کشوری^۳ نامیده می‌شود. نشست سالانه CAPSCA را که همه مشارکت کنندگان را برای تسهیل رشد شبکه چند وجهی و برای توسعه یا اصلاح اساسی راهنما دور هم گرد می‌آورد که در هر یک از مناطق پنج‌گانه (آسیا-پاسیفیک، افریقا، امریکا، اروپا و خاورمیانه) برگزار می‌شود. به علاوه CAPSCA بازدیدهایی را مقرر نموده است که به تک تک دولت‌ها و فرودگاه‌های بین‌المللی کمک می‌کنند. در چنین بازدیدهایی یک تیم کوچک از کارشناسان (دو یا سه نفر، در حالت ایده آل شامل کارکنان هر دو بخش هوانوردی و بهداشت همگانی) یک فرودگاه را بازدید، در شرایط عادی بیش از دو روز و تقبل تحلیل اشکال برنامه آمادگی ملی/ بومی در برابر رویه‌های استاندارد و توصیه شده مربوط به ایکائو، سازمان بین‌المللی سلامت (۲۰۰۵)^۴ و راهنمای اساسی مرتبط را پیش بینی می‌کند. گزارش محرمانه‌ای برای یاری دولت به منظور ارتقاء که برنامه آمادگی است، پیش بینی شده است.^۶

۳-۴- اقدامات یاتا در رابطه با مقابله با بیماری‌های واگیردار

انجمن حمل و نقل هوایی بین‌المللی صرف نظر از همکاری نزدیک با ایکائو و سازمان جهانی

۱- همان.

۲- ICAO Universal Safety Oversight Audit Programme.

این برنامه به طور کامل از ابتدای ژانویه ۲۰۱۳ راه اندازی گردید.

۳- Collaborative Arrangement for the Prevention and Management of Public Health Events in Civil Aviation (CAPSCA).

۴- Guidance material.

۵- حاوی مقالات زیادی در باره عملیات فرودگاه و هواپیما می باشد.

۶- اطلاعات بیش تر در باره CAPSCA به تارنمای CAPSCA مراجعه شود.

بهداشت و شورای بین المللی فرودگاهها با اقدام به تدوین و ارایه دستورالعمل های پیشنهادی به شرکت های هواپیمایی رسالت خود را در راستای پاسداری از سلامت و بهداشت مسافران هواپیما را به انجام رساند. دستور العمل پزشکی یاتا در راستای مدیریت و نظارت بر حوزه بهداشت و سلامت می تواند در پیشگیری یا گسترش بیماری های مسری شرکت های هواپیمایی را کمک نماید. این دستورالعمل حاصل کار گروه مشاوره پزشکی یاتا است. یاتا همچنین دستورالعمل هایی را برای سلامتی و بهداشت خدمه پروازی و کارکنان شرکت های خدمات دهنده به هواپیماها^۱ به ویژه در رابطه با تشخیص و مقابله با بیماری های واگیردار تدوین نموده است. از جمله این که استفاده از دستگاه تب سنج را در بسته پزشکی هواپیمایی برای تشخیص و غربالگری اولیه افراد مشکوک به بیماری واگیردار را در هواپیما از سال ۲۰۰۵ توصیه کرده است و یا این که از شرکت های هواپیمایی عضو خواسته تا سوار کردن افراد بیمار و مشکوک به بیماری خودداری کنند و به مسافران خود در رابطه با شیوع بیماری های نادر آگاهی های لازم را بدهند. همچنین در مورد حمل بیمارانی که ندانسته سوار هواپیما شده اند، دستورالعمل های خاصی را تدوین و ارایه کرده است.

۳-۵- شورای بین المللی فرودگاهها

در کنار همکاری این نهاد با سایر ارکان صنعت هوانوردی کشوری از جمله اهداف این شورا ضمن حفظ و توسعه ایمنی حمل و نقل هوایی، ایجاد محیط زیست سالم است. این شورا از سال ۲۰۰۶ پس از شیوع بیماری آنفولانزا بر اساس طرح سازمان جهانی بهداشت اقدام به تدوین و ارایه دستورالعمل موقتی در زمینه همکاری فرودگاهها با مراجع دولتی بهداشتی و پزشکی و نیز اتخاذ تدابیر خاص در مورد پیشگیری و مقابله با شیوع بیماری های مسری آنفولانزا و سارس نمود که مورد استفاده ویروس کرونای-۲ نیز می باشد.

۱- Airport handling/ services companies.

۳-۶- جمع بندی اقدامات ایکائو در وضعیت‌های اضطراری

وضعیت‌های اضطراری بهداشت همگانی یا وضعیت‌های بالقوه اضطراری نوظهور نیستند اما افزایش آن در دهه‌های اخیر در فعالیت‌های هوانوردی احتمال این که مسافرت هوایی شیوع بین‌المللی بیماری را بیش‌تر خواهد داد، بیش از گذشته کرده است و این که هوانوردی خود و اقتصادهایی که بر آن اتکا دارند در ابعاد وسیعی متأثر خواهند شد. از این رو دولت‌ها باید برنامه‌های آمادگی بهداشت همگانی مرتبط با هوانوردی را تدوین و آن‌ها را بی‌آزمایند که با برنامه‌های آمادگی همگانی عمومی دولت یکپارچه است. در یک سطح دولتی این امر نیاز به ارتباط و همکاری بین-وزرای سلامت و حمل و نقل دارد که تجربه نشان داده است که بهتر می‌تواند توسعه یابد. همچنین نیاز به هماهنگی در یک سطح وزرا در مناطق (پنجگانه جغرافیایی) و نیز جهانی است زیرا تهدیدهای مربوط به بهداشت همگانی به ندرت با مرزهای بین‌المللی محدود می‌شوند. یک برخورد هماهنگ شده مبتنی بر فرآیندهای پذیرفته شده، درست و کارآمد علمی^۱ به احتمال زیاد مؤثر و در مسافرت مردم^۲ اطمینان ایجاد می‌کند. سازمان‌های منطقه‌ای و بین‌المللی سهم اصلی را در ایفای نقش در تسهیل چنین هماهنگی دارند. ایکائو ارتباط‌هایی را با سازمان جهانی بهداشت، شورای بین‌المللی فرودگاه‌ها، یاتا و سایر مشارکت‌کنندگان ایجاد کرده است که راجع به برنامه ریزی مشترک آمادگی در یک سطح جهانی و منطقه‌ای کار می‌کند. برنامه^{۳۵} CAPSCA برای کمک به دولت‌ها برای تدوین برنامه‌ها در سطح ملی و عملیاتی در دسترس است. برنامه‌ریزی درست کمک خواهد کرد که اطمینان حاصل گردد که واکنش به وضعیت اضطراری بهداشت همگانی بعدی به موقع و مناسب خواهد بود، احتمال انجام اقدامات نامناسب خودجوش کاهش و بازگشت سریع به روال عادی بهبود خواهد یافت، زمانی که تهدید نسبت به بهداشت رفع شود.

۱- Scientific best practice.

۲- Travelling Public.

گسترش جهانی سارس (کووید-۲) حقوق بین الملل را در مقام پاسخگویی به این همه گیری کم سابقه قرار داده است، در همان حال دیگر بخش های حقوق همچون حقوق اساسی و حقوق کیفری نیز در کانون توجه می باشند. با وجود این که حقوق بین الملل ابزار اصلی مقابله با ویروس نیست، در حال حاضر هیچ ابزار بین المللی در این بحران مطمئن به نظر نمی رسد. زیرا منطقی که توسط دولت ها به کار گرفته شده است، به نظر می رسد منطق ملی گرایی باشد، در حالی مدعی هستند که در این بحران ما همگی با هم هستیم. با این که به نظر می رسد ماهیت همه گیری بیماری کووید-۱۹ همکاری همه جانبه دولت ها را می طلبد ولی بیش از پیش از هم گسیختگی جامعه بین المللی را شاهد هستیم و روشن است که نهادهای بین المللی همچون سازمان جهانی بهداشت و ایکائو تا رهبری جهانی مدیریت بحران های ناشی از بیمارهای همه گیری تا چه اندازه فاصله دارد. این در حالی است که حقوق بین الملل و به ویژه حقوق بین الملل سلامت مقررات تخصصی را در این زمینه تدوین کرده است. قواعدی که روی هم رفته دقیق هستند و راهنمای عملی مفیدی باشند و به کار ارزیابی عملکرد دولت بیایند. از این رو معلوم شد که زمانی که در رویداد همه گیری ویروس کرونا WHO به طور جدی وارد شد شکاف های عمیق حقوقی ظاهر گردید و آشکار گردید که همه دولت ها از تمامی آن سازمان در موقع بحران مقررات پیروی نمی کنند. اما چاره ای جز این نیست که باید همچنان به نظام بین المللی حقوقی که سازمان جهانی بهداشت تدارک دیده استناد جست و از آن برای مقابله استمداد گرفت ولی در رفع ضعف های آن کوشید. پس به نظر می رسد که در این میان نقش حقوق بین الملل با نهادهای بین المللی خود در حالی که همه گیری غوغا می کند همچنان مطمح نظر است اما مورد ارزیابی ملت ها، نخبگان حقوقی و سیاسی قرار دارد. در حال حاضر شاید ضعیف ترین واکنش از آن شورای امنیت سازمان ملل متحد باشد که پس از دو نشست بی حاصل اقدامی انجام نداده

است. از این رو هنوز باید دستاوردهای سازمان جهانی بهداشت و سازمان بین‌المللی هوانوردی کشوری را پاس داشت که بدون چارچوب‌های تعبیه شده آن‌ها پاسخ‌های متنوع دولت‌ها تحت فشار زیاد بحران جاری می‌تواند حتی بیش از این متفاوت باشد و میزان عدم اطمینان باز هم بیش‌تر گردد.

در همین راستا این مقاله با بررسی توصیفی و تحلیلی خود دو نتیجه کلی گرفت که:

اول- با این که شاید هوانوردی کشوری در تسریع انتقال‌های بیماری اپیدمیک و پاندمیک در ابتدا نقش داشته است ولی با قطع سریع پروازهای مسافری، دیگر عامل اصلی گسترش به شمار نمی‌آید و عواملی همچون شفافیت ناکافی و دیر اعلام شدن وضعیت همه‌گیری بیماری دولت‌ها، عدم آمادگی و رویکردهای متفاوت و متناقض دولت‌ها و ناکافی بودن امکانات بهداشتی و درمانی و رعایت نکردن دستورالعمل‌های بهداشتی، ناشناخته بودن، اطلاعات ناکافی در مورد آن و ابهام در منشاء تولید آن عاملی بزرگ‌تر در شیوع و شعله ور شدن آن و مقابله با آن محسوب می‌شوند؛

دوم- هوانوردی کشوری در بخش مسافری چندان فرصت نیافت تا نقش مثبت خود را در مدیریت و مهار بیماری با وجود داشتن برنامه‌ای پیشینی برای آمادگی در وضعیت‌های بحرانی با قطع سریع پروازهای مسافری با وجود توصیه سازمان جهانی بهداشت به حفظ آن‌ها ایفاء نماید ولی در بخش باری با انتقال کالاهای بهداشتی و کالاهای ضروری و حمل کارکنان درمانی دولت‌ها برای یاری دولت‌های دیگر در مقابله با بیماری توانست نقش مفیدی را برعهده بگیرد. از این رو این نقش باید در ادامه در مسیر راه اندازی مجدد بخش‌های آسیب دیده اقتصاد کشورها و حفظ سطح معقول کسب و کارها بیش از پیش و سرعتی افزون‌تر به کار گرفته شود. سخن آخر این که وسعت و سرعت گستردگی این بحران چنان عظیم و غافلگیرانه بود که همه پیش‌بینی‌های پیشینی برای پایداری حمل و نقل هوایی جهانی را بی نتیجه ساخت و آینده نامعلومی

را پیش روی صنعت هوانوردی قرار داد که محتمل است تنها موضوع قابل پیش بینی سلسلهٔ ورشکستگی‌ها در آن باشد. با این حال مشخص است که از این پس "سلامتی" جهان در کنار "امنیت" بر تارک "ایمنی پرواز" خودنمایی خواهد کرد.

منابع: الف- پارسی: کتاب:

۱. جباری، منصور، حقوق هوایی از منظر حقوق داخلی و بین المللی، انتشارات شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۳.

مقالات:

۱. جباری، منصور و مرضیه قلندری، نظارت بر استانداردها و رویه‌های پیشنهادی هوانوردی، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۵۳، پاییز، زمستان ۱۳۹۴.

۲. صادقی مقدم، حسن، اشراقی آرانی، مجتبی، تحلیل تأثیر ثبت مصلحتی هواپیما در ایمنی هوانوردی، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۵، بهار ۱۳۹۳.

ب- انگلیسی:

A: Books:

1. Abeyratne, Ruwantissa, I.R., Convention on International Civil Aviation, A Commentary, Springer, 2013.
2. Glynnis Chantrell, The Concise Oxford Dictionary, 9th Edn, Oxford University Press, 1995.
3. Roberts, Mark A., Role of Aviation in Transmission of Disease, In Fundamentals of aerospace Medicine, Roy L. DeHart ed., 2 ed., Chapter 33, 1996.

B: Articles:

1. Gearoid O Cuinn and Stephanie switzer, Ebola and the airplane: securing mobility through regime interactions and legal adaptation, Leiden Journal of International Law, No.32, 2019.
2. Habibi R., G. L. Bruci, T. C. de Campos, D. Chirwa, M. Cinà, S. Dagron, M. Eccleston-Turner, Forman L., L.O. Goštin, B.M. Meier, S. Negri, G. Ooms, S. Sekalala, A. Taylor, A.E. Yamin, S.J. Hoffman, Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak, Lancet, No.395, 2020.
3. Huang Jiefeng, Aviation Safety through the Rule of Law: ICAO's Mechanisms and Practices, Kluwer Law International, 2009.
4. Kupferschmidt K. and J. Cohen, Can China's COVID-19 strategy work elsewhere? Science, 2020 Mar 6, No. 367.
5. Lawrence Goštin and Benjamin E. Berkman, Pandemic Influenza: Ethics, Law and the Public's Health administrative Law Review, No.59,

2007.

6. Mason Benjamin Meier, Roojin Habibi and Y. Tony Yang, Travel restrictions violate international law, science, 27 Mar 2020, Vol.367, Issue 6485.

7. Miller, C. O., State of the Art in Air Safety, Journal of Air Law and Commerce, Vol.34, No.3,1968.

8. -----, Public Health and Aviation: a multi-sectoral challenge, available at: [www.skybrary.aero> index. php> public_Health_Aviation](http://www.skybrary.aero/index.php/public_Health_Aviation), Mar 23,2020.

9. Vedaschi Arianna and Chiara Graziani, Coronavirus, Health Emergencies and Public Law, Issues,6 March 2020, available at: verfassungsblog.de/coronavirus-health-emergencies-and-public-law-....

10. Von Bogdandy, Armin and Pedro A. Villarreal, International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Paper No. 2020-07

11. Wassenbergh, H., Safety in Air Transportation and Market Entry, Air and Space Law, Vol.23, No.2, 1998.

C: Conventions, Agreements and Documents:

1. Air Services Agreement (ASA).
2. Collaborative Arrangement for the Prevention and Management of Public Health Events in Civil Aviation (CAPSCA).
3. Constitution of World Health Organization, Basic Documents, Forty-fifth edition, Supplement, October 2006.
4. Convention on International Civil Aviation (Chicago Convention).
5. International Air Transport Agreement.
6. International Covenant Civil and Political Rights (ICCPR).
7. International Health Regulations (IHR).



8. Protection of the health of the passengers and crews and prevention of the spread of communicable diseases through international travel, Assembly Resolutions in Force (as of 8 October2004), ICAO Doc 9848.

9. Procedures for Air Navigation Services – Air Traffic Management (PANS- ATM).

10. World Health Organization, Statement on the second meeting of the International Health. 3.Regulation2005)), Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus(2019-nCOV), available at <https://bit.ly/2WCrm4a>.

11. ICAO working paper AN-WP/7699,2001.

12. World Health Organization, International Health Regulations, Third Annotated Edition, WHO: Geneva 1983.

Interpreting the words of the law towards justice

Mohammad Khakbaz

Date Received : *17 October 2023* Date Accepted : *30 October 2023*

abstract :

From one point of view, sciences are divided in to two categories :

١- sciences that are sacred in themselves and brung man to perfection like the Quran, Ethics and Etc ٢- sciences that arent sacred in themselves but it is valuable if it serves humanity. law and medicine are in the second category. The art of the lawyer is that interpret and execute the words and materials of the law in such a way that justice be done not that the implementation of the law itself will destroy justice .During the rule of no harm, the Prophet of Islam (PBUH) interpreted and performed the hadith of domination in such a way that any misuse of the words of this hadith was denied by Samra Ibn Jundab And made it clear to law students that they were not confined to the terms of the law. The interpretation of the law towards justice has always been emphasized by the elders of law, provided that it must be within the framework of correct legal principles. The author of the article has done a lot of research on this view for many years. In the books of practical treatise on penalty clause, the three-volume course of commutative justice and the rule of balance and other writings Details, conditions and effects of the theory according to which Instead of paying attention to and enforcing the law, pay more attention to the spirit and purpose of law and justice And along with that, we have brought jurisprudential, legal and judicial documents.

Keywords : justice, spirit of law, appearance of law.

« تفسیر الفاظ قانون به سمت عدالت »

محمد خاکباز^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۸

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۷/۲۵

چکیده:

علوم از یک دیدگاه بر دو قسم هستند: ۱. علومى که به خودى خود مقدس اند و انسان را به کمال مى‌رسانند مانند قرآن، اخلاق و غیره ۲. علومى که به خودى خود قداستى ندارند بلکه در صورتى ارزشمند است که بوسیله آن خدمتى به بشریت صورت گیرد. علوم حقوق و پزشکی در زمره دسته دوم هستند. هنر حقوقدان در این است که الفاظ و مواد قانون را طوری تفسیر و اجرا کند که عدالتی برپا شود نه آنکه اجرای قانون خودش سبب تخریب عدالت گردد. پیامبر اسلام (ص) در جریان قاعده لاضرر، حدیث تسلیط را به گونه ای تفسیر و اجرا فرمودند که هرگونه سوء استفاده از الفاظ این حدیث توسط سمره ابن جندب نفی گردید و به دانشجویان حقوق بعد خود فهماندند که در چهارچوب الفاظ قانون محصور نباشند. تفسیر قانون به سمت عدالت همواره مورد تاکید بزرگان حقوق بوده است البته به شرطی که حتما در چهارچوب اصول صحیح حقوقی واقع شود زیرا در غیر این صورت به هرج و مرج و بی عدالتی منجر می شود همان طور که اطاعت بی تعقل از قانون به تخریب عدالت منتهی می گردد. نگارنده مقاله نیز سالهاست پیرامون این دیدگاه تحقیقات زیادی صورت داده است. در کتابهای رساله عملی در وجه التزام، دوره سه جلدی عدالت معاوضی و قاعده موازنه^۲ و دیگر نوشته ها، جزئیات، شرایط و آثار نظریه ای که بموجب آن بجای توجه و اجرای ظاهر قانون به روح و هدف قانون و عدالت توجه بیشتری شود را به همراه مستندات فقهی، حقوقی و آرای قضایی تحلیل کرده ایم.

کلیدواژه‌ها - عدالت، روح قانون، ظاهر قانون.

۱- محمد خاکباز، رساله عملی در وجه التزام، تهران، نشر مجد .

۲- دوره سه جلدی عدالت معاوضی و قاعده موازنه، تهران، نشر مجد .

در این مقاله به بررسی حکم پرونده داوری پرداخته می‌شود که به‌ظاهر با مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. مخالف است چون بدون الزام اولیه، بدواً به مطالبه خسارت علیه سازنده رای صادر شده است ولی بنفع ستمدیدگانی است که مدتهاست حقتشان ضایع شده بود. همچنین دو مورد از خواسته های خواهان‌ها «مطالبه خسارت تخلف از ایفای تعهدات از شریک سازنده» و «خسارات تأخیر در پرداخت آن خسارات وفق شاخص رسمی» بود. اگرچه مطالبه «خسارت از خسارت» در حقوق مسئولیت مدنی ایران، جایگاه قانونی ندارد ولی داور به هر دو مورد رای صادر کرد با این استدلال که آنچه خواهان خواسته است اساساً خسارت از خسارت نیست بلکه «افت ارزش پولی» است که در نتیجه ثبوت دین بر ذمه خوانده و عدم پرداخت آن بایستی پرداخت شود. به بیان دیگر از موضوع خسارت از خسارت، خروج تخصصی و موضوعی دارد. این رای با استدلالی محکم و حقوقی به نحوی توجیه شده است که پس از اعتراض محکوم علیه در دادگاه نخستین و همچنین دادگاه تجدیدنظر تأیید گردیده است. در این مختصر تنها به بیان موردی از چگونگی تفسیر قانون به سمت عدالت خواهیم پرداخت تا مورد استفاده دوستان وکیل و قاضی در پرونده‌های مشابه واقع گردد:

تو خود از این مُجمل * بخوان حدیث مفصّل را

۱. جایگاه عدالت در نهاد داوری

داور که مجری عدالت خصوصی^۱ طرفین است و نهاد داوری از جمله نهادهای پیشرفته حقوق امروز دنیاست. یکی از نوآوری‌های داوری آنست که داور می‌تواند تصمیم خود را مستند به «عدالت و انصاف» نماید به شرطی که آن مبنای عدالت با نظم پذیرفته شده قضایی موجود منافات نداشته باشد و بتواند استدلال صحیحی برای آن ارائه دهد. در فقه اسلام و به طور خاص در فقه امامیه^۲ توجه بسیاری بر اجرای عدالت برای قاضی شده است حتی در نحوه نگاه کردن و

۱- . privatization justice .

۲- . همین که در دین اسلام «عدالت» یکی از اصول دین و به عقیده برخی از اصول مذهب می‌باشد. ملا احمد نراقی، رسایل و وسایل، ج ۲، قم، کنگره بزرگداشت ملا احمد و مهدی نراقی، ۱۴۲۲ ه. ق، محقق حامد ناجی اصفهانی، ص ۱۴۵. یکی از بزرگترین جلوه های توجه به عدالت است که پروردگار اساس خلقت و پاداش و صواب را بر اساس عدل استوار کرده است. ضرورت عدالت برای شهادت شهود یا تصدی قضاوت هم یکی دیگر از آن جلوه ها می‌باشد که آیه ۲۸۲ سوره بقره « مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ » بر این مفهوم دلالت دارد. مقداد ابن عبدالله سیوری حلی، کنز العرفان فی فقه القرآن، ج ۲، قم، قدس، ص ۵۳۶.

سخن گفتن با اصحاب دعوا قاضی باید عدالت را رعایت کنند^۱ و به قدری رعایت عدالت برای قاضی در پندار و گفتار و کردار در روایات توصیه شده که حتی کسی که دشمنی شخصی با قاضی دارد، از عدالت او ناامید نشود^۲ پس با وجود این همه مستندات، نباید تردیدی به خود راه داد که «قاعده عدل و انصاف» یکی از اصول دادرسی اسلام است و اگر قاضی مستندات قانونی چاره‌ای برای آن نیافت بتواند به عدالت استناد کند؛ ولی تصمیم خود را متکی به استدلال قوی کند. به امید آنکه دستگاه قضایی به این سمت و سو حرکت نماید. در هر حال در آرای داوری این امکان برای داوران بیشتر وجود دارد. در راه داوری که شرح آن خواهد گذشت؛ داور بر خلاف قالب سنتی که مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. بعنوان قاعده عمومی قرارداده ارائه داده است؛ رای به پرداخت خسارت علیه شریک سازنده صادر کرده است که شرح آن خواهد آمد. قسمتی از این رای درباره دلیل صدور رای به پرداخت خسارت بعنوان اولین ضمانت اجرای تخلف شریک سازنده و برخلاف ظاهر مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. بیان شده است. این جملات را که آنها را می‌توان زیباترین قسمت استدلال حکم دانست، چنین بیان می‌دارند: «به موجب نتیجه‌ای که از قاعده لاضرر و اصل ۴۰ قانون اساسی بدست می‌آید» استناد به مواد قانونی و قواعد حقوقی نباید دستاویزی جهت ایجاد عسر و حرج برای ستمدیدگان در احقاق حقوق مسلم خود باشد» و همچنین هرگونه سوء استفاده از حق و عسر و حرج در اجرای قوانین الهی و بشری نفی می‌گردد. همچنین در این رأی داوری جلوه‌های مختلفی از اصول شکلی و ماهوی حقوق وجود دارد که می‌تواند برای خوانندگان، وکلای، قضات و داوران محترم مفید واقع شود. برای آگاهی بیشتر خوانندگان گردشکار و متن و تحلیل رای را در قسمت بعدی می‌آوریم.

۲. رای داور و گردشکار آن

شماره پرونده اصلی: ۹۷۰۹۹۸۲۶۱۰۹۰۱۰۱۰۳۴ با یگانگی شعبه ۹۷۱۱۷۶

شماره پرونده تقابل: ۹۸۰۹۹۸۲۶۱۰۹۰۰۰۴۱

خواهان‌های دعوی اصلی و خوانندگان دعوی تقابل آقایان: ۱. محمدحسن ۲. جمشید ۳. صحبت الله ۴. محمد مهدی ۵. خانم فاطمه با وکالت خانم دکتر سعیده به آدرس تهران یوسف آباد... خواننده دعوی اصلی و خواهان دعوی تقابل: آقای احمد به آدرس کرج میدان جمهوری...

۱- عن امیرالمومنین (علیه السلام): «من ابْتَلَى بِالْقَضَاءِ فُلْيُؤَسَّ بَيْنَهُمْ فِي الْإِشَارَةِ وَفِي النَّظَرِ وَفِي الْمَجْلَسِ.» ابو جعفر طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۶، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ه. ق، ص ۲۲۶؛ مجلسی دوم، ملاذ الاختیاری فی فهم تهذیب الاخبار، ج ۱۰، محقق سید مهدی رجایی، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی، ۱۴۰۶ه. ق، ص ۳۴؛ فاضل موحدی لنگرانی، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله: القضاء و الشهادات، محقق حسین واثقی و محمد مهدی مقدادی، قم، نشر ائمه، ۱۴۰۲ه. ق، ص ۷۵؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۳، ص ۴۲۸ با همین مضمون از پیامبر (ص) نیز روایت شده است. همو، الميسوط في فقه الامامية، ج ۸، ص ۸۸ از روایات فراوانی که در مورد قضاوت آمده است نیز حساسیت بالای دین اسلام به رعایت عدالت در مقام قضاوت فهمیده می‌شود مثل اینکه: «من ابْتَلَى بِالْقَضَاءِ فَلَا يَقْضِي وَهُوَ غَضْبَانٌ.» کسیکه در مقام دادرسی است نباید در حال عصبانیت، قضاوت نماید. محمدباقر اصفهانی «مجلسی دوم»، ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، ج ۳، صص ۱۱ و ۱۱؛ مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول، ج ۲۴، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ه. ق، ۱۴۰۴ه. ق، محقق سید هاشم رسولی، ص ۲۷۷؛ حسین علی منتظری نجف آبادی، دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، ج ۲، قم، تفکر، ۱۴۰۹ه. ق، ص ۱۹۷.

۲- حسین بن محمد بحرانی، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع (اللیفوض)، ج ۱۴، محقق محسن آل عصفور، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا، ص ۵۵؛ سید جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراء، ج ۱، قم، موسسه امام صادق(ع)، ۱۴۱۸ه. ق، ص ۳۲۹.

خواسته دعوی اصلی: ۱. مطالبه هزینه‌های اجرای ۴۳ مورد از تعهدات خوانده در اجرای قرارداد فعلاً موقوف به ۲۰۱ میلیون ریال و بعداً وفق نظر کارشناس ۲. مطالبه خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات مقوم به ۲۰۱ میلیون ریال ۳. مطالبه خسارات تاخیر تادیه ۴. هزینه داور ۵. هزینه کارشناسی ۶. حق الوکاله ۷. هزینه دادرسی خواسته دعوی تقابل: مطالبه خسارات بند ۱-۱ ماده ۹ قرارداد ۵۲۴۴-۱۳۹۲/۳/۳ از قرار روزانه سیصد هزار تومان بابت تاخیر در تنظیم سند رسمی سه دانگ به نام ایشان.

۱-۲ گردشکار پرونده

در روز ۱۳۹۸/۱/۱۹ بموجب صورت جلسه شعبه ۹ دادگاه عمومی حقوقی کرج به شماره ۹۸۰۹۰۰۶۶۱۰۹۰۰۰۰۶ موضوعات مورد اختلاف طرفین پرونده‌های اصلی و تقابل به داور اینجانب ارجاع شد. بنده نیز اوراق پرونده را مشاهده نمودم که بموجب نامه ۱۳۹۶/۵/۲۷ داور قبلی آقای مجید (مدیر دفتر املاک) انصراف صریح خود را از داوری اعلام نموده است و سپس به طور یک طرفه اقدام به صدور رای نموده است که بی اعتباری و بطلان رای ایشان بوجوب دادنامه ۱۳۹۸/۹/۲۸-۰۱۳۳۴ شعبه ۹ دادگاه عمومی حقوقی کرج اعلام شده است. مجدداً بنده و طرفین در روز ۱۳۹۸/۱/۲۸ در دفتر شعبه ۹ دادگاه عمومی حقوقی کرج حاضر شدیم و بموجب موافقت نامه داور ۱۳۹۸/۱/۲۸ طرفین قرارداد و سایر جزئیات آنرا امضاء نمودند. در این موافقت نامه شیوه ابلاغ جلسات و رای داور از کلیه شیوه‌های ابلاغ اعم از تماس تلفنی، ایمیل، تلگرام، واتس آپ به شماره موبایل وکیل خواهان‌ها خانم سعیده به شماره «...» و خواننده دعوا آقای احمد به شماره «...» از طریق شماره همراه داور، محمد خاکباز به شماره «...» معتبر شناخته شد و کلیه لوائح طرفین به موبایل بنده ارسال می‌گردید و در راستای تبادل لوائح برای طرفین ارسال می‌شد. همچنین ابلاغ جلسات هم از این طریق بعمل می‌آمد. در جلسه روز ۱۳۹۸/۱/۲۸ ساعت ۱۰/۳۰ صبح که از قبل دعوت طرفین صورت گرفته بود؛ طرفین پرونده و وکیل خواهان‌ها حاضر بودند و جلسه در اتاق دفتر شعبه ۹ حقوقی برگزار شد. خواننده دعوی اصلی آقای... به نظریه کارشناسی سابق منعکس در پرونده آقای بهبود... استناد نمود و وکیل خواهان‌ها اظهار داشتند که آن کارشناسی را قبول نداشته و تقاضای ارجاع امر به کارشناس دارم. داور وفق اختیار تفویضی مبنی بر ارجاع امر به کارشناس و انتخاب کارشناس «قرار کارشناسی» صادر و کارشناس رسمی قوه قضائیه آقای مهندس یدالله... را بعنوان کارشناس تعیین نمود. متعاقباً پس از انجام تشریفات مقرر مندرج در لایحه و نامه ارجاعی به کارشناس به کارشناسی ارجاع شد. صبح روز ۴۳ مورد مندرج در لایحه و نامه ارجاعی به کارشناس به کارشناسی ارجاع شد. صبح روز ۱۳۹۸/۲/۱۵ برای اجرای قرار کارشناسی جناب آقای مهندس... تعیین و در حضور تمامی طرفین پرونده و بنده (داور)، کارشناس محترم یکایک موارد مورد تقاضا را بررسی فرمودند و تخلفات متعدد سازنده (خواننده) که در اجرای مورد قرارداد مشارکت محرز بود؛ توسط بنده نیز به وضوح مشاهده گردید. در نهایت کارشناس نظریه مکتوب خود را به شرح مکتوب موجود در پرونده اعلام نمودند که خلاصه نظریه در صفحه هشتم این بود که: «مبلغ برآورد و هزینه‌های نواقص و معایب ساختمان که ناشی از عملکرد سازنده بوده است مبلغ ۸۵۳۶۱۴۰۰۰ ریال معادل هشتاد و پنج میلیون و سیصد و شصت و یک هزار و چهارصد تومان برآورد می‌شود.» نظریه کارشناسی وفق ماده ۲۶۰ ق.ا.د.م در روز ۱۳۹۸/۳/۲۲ برای طرفین ارسال شد تا چنانچه مطلبی به طور نفی یا اثباتی دارند، به طور کتبی اعلام نمایند. هیچیک از طرفین اعتراض مکتوبی تا انقضای هفت روز مقرر در ماده ۲۶۰ ق.ا.د.م از روز ۱۳۹۸/۳/۲۲ تا ۱۳۹۸/۳/۲۹ اعلام نداشتند. صرفاً خواننده محترم آقای احمد در آخرین جلسه رسیدگی مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۶ ساعت ۵ عصر که در ملک محل قرارداد مشارکت برگزار شد اظهار فرمودند که: نظریه کارشناسی غیر عادلانه است و اعتراض

دارم ولی دلیل متعارف و معقولی که داور را توجیه نماید ابراز نگردید. به نظر داور، کارشناسی صورت گرفته مطابق اوضاع و احوال موجود است (ماده ۲۶۵ ق.ا.د.م) و پرونده آماده صدور رای می‌باشد. (بخش اخیر ماده ۲۶۰ ق.ا.د.م) اگرچه حقیقت پرونده تا حدود زیادی برای داور کشف گردید؛ ولی برای اقناع وجدانی بیشتر و رسیدگی به آخرین دفاعیات طرفین، در روز یکشنبه ۱۳۹۸/۳/۲۶ ساعت ۵ عصر جلسه ای در محل مورد قرارداد مشارکت واقع در کرج خیابان مطهری کوچه ... پلاک... با حضور طرفین تشکیل گردید و آخرین دفاعیات طرفین استماع و مکتوب گردید و ختم رسیدگی اعلام شد. اکنون داور به شرح زیر اقدام به صدور رای می‌نماید:

۲-۲ رای داور

الف- موضوع دعوا

در این پرونده خواهان‌ها آقایان محمدحسن، جمشید، صحبت الله، محمد مهدی و خانم فاطمه با وکالت خانم دکتر سعیده به طرفیت آقای احمد فرزند به خواسته‌ای زیر طرح دعوا نمودند:

۱. مطالبه هزینه‌های اجرای ۴۳ مورد از تعهدات خوانده در اجرای قرارداد فعلاً مقوم به ۲۰۱ میلیون ریال و بعداً وفق نظر کارشناس ۲. مطالبه خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات مقوم به ۲۰۱ میلیون ریال ۳. پنج میلیون تومان هزینه داوری ۴. شش میلیون و پانصد هزار تومان هزینه کارشناسی ۵. خسارات تاخیرتادیه وفق شاخص رسمی ۶. حق الوکاله ۷. هزینه دادرسی طرح دعوی نموده اند. در مقابل خوانده آقای احمد به طرفیت خواهان‌ها به خواسته مطالبه خسارات بند ۳-۱ قسمت ب ماده ۶ قرارداد ۵۲۴۴-۱۳۹۲/۳/۳ از قرار روزانه سیصد هزار تومان بابت تاخیر در تنظیم سند رسمی سه دانگ به نام ایشان طرح دعوا نموده است. داور با تکیه بر تمام دلایل و جهات حکمی و موضوعی زیر اقدام به صدور رای می‌نماید:

ب- منطوق رای و جهات حکمی و موضوعی

۱. خواسته خواهان دعوی تقابل مبنی بر مطالبه وجه التزام

۴۷ در خصوص خواسته خواهان دعوی تقابل آقای احمد... مبنی بر مطالبه خسارات موضوع بند ۳-۱ قسمت ب ماده ۶ قرارداد مشارکت در ساخت بابت تاخیر در انتقال سند رسمی از قرار روزی سیصد هزار تومان، وفق اسناد موجود و بررسی‌های بعمل آمده مشخص گردید که پایانکار در تاریخ ۱۳۹۵/۹/۲۰ صادر شده است و اساساً قبل از اخذ پایانکار، امضای سند رسمی از ناحیه خواهان‌ها به دلیل تقصیر و سهل انگاری خود سازنده غیرمقدور بوده است. با توجه به معاوضی و متقابل بودن تعهدات طرفین و اینکه در تعهدات معاوضی «جهت تعهد هر طرف ایفای تعهد طرف مقابل است» و بموجب «دکترین عوض»^۱ و «نظریه دستهای ناپاک» دستی که پاک

1- . (Hunt ,1394 : 159). Doctrin of Consideration.

نیست نمی تواند مطالبه پاکی نماید. ^{۱)} (Unclean hands doctrin در اینجا مشروطاً له شرط مذکور یعنی شریک سازنده (آقای احمد) به تعهد اولیه خود مبنی بر گرفتن پایانکار در موعد مقرر عمل نکرده است بنابراین تاخیر در تنظیم سند رسمی، مستند به سهل انگاری خود خواهان بوده است که قاعده اقدام در فقه امامیه موجبی برای نفی مسئولیت از متعهد در چنین حالاتی و بارشدن مسئولیت و خسارات بر ذمه خود متعهد له می باشد. علاوه بر اینکه حتی اگر خواهان به فرض مجال می توانست این خسارات را مطالبه نماید با خسارات موضوع بند ۱-۲ قسمت ب ماده ۶ قرارداد مبنی بر تاخیر در تحویل ملک مورد مشارکت به طور قهری وفق ماده ۲۹۵ ق.م.ت.ه.ا می گردید که این موضوع طبق ماده ۱۴۲ آ.د.م.مورد استناد وکیل خواهانها واقع شد. نظر به تمام جهات فوق و رعایت اصل همبستگی تعهدات معوض و عدالت قراردادی و موازنه حقوق طرفین یک عقد معاوضی و قاعده فقهی اقدام که اصل ۱۶۷ قانون اساسی ما استناد مراجع رسیدگی به این مبانی فقهی را معتبر می شناسد؛ «حکم بر بطلان دعوی خواهان در خصوص مطالبه این خسارات» صادر و اعلام می گردد.

۲. خواسته خواهانهای اصلی مبنی بر مطالبه خسارات و هزینه های انجام شده

در خصوص خواسته خواهانهای پرونده اصلی مبنی بر مطالبه هزینه و خسارات وارد شده بر آنها ناشی از تقصیرات و تخلفات خوانده (سازنده) آقای احمد... در اجرای قرارداد مشارکت ۱۳۹۲/۳/۳-۹۰۴۳۶۶ و متمم آن به شماره ۹۰۴۳۶۵ که ریز آن موارد تخلفات (۴۳ مورد) تقاضای ارجاع به کارشناسی گردید. با توجه به جهات زیر، حقانیت خواهانها در مطالبه خسارات مسلم می باشد: الف- داور با مشاهده خود و نظریه کارشناسی به قطع و یقین در خصوص نواقص موجود ملک مورد قرارداد مشارکت واقع در کرج خیابان مطهری... پلاکهای ثبتی فرعی ۳۷۴۰ و ۳۷۴۱ و ۳۷۴۲ و ۳۷۴۳ از ۱۵۵ اصلی رسیده است. ریز تقصیرات سازنده و نواقص موجود در نظریه کارشناسی ۱۳۹۸/۳/۲۵-۹۸/ک/۱۰۴۹ منعکس گردیده و در آن آمده است: «مبلغ برآورد و هزینه های نواقص و معایب ساختمان که ناشی از عملکرد سازنده بوده است و مبلغ ۸۵۳۶۱۴۰۰۰ ریال معادل هشتاد و پنج میلیون و سیصد و شصت و یک هزار و چهارصد تومان برآورد می شود.» بسیاری از موارد این تقصیرات به رویت خود داور رسیده و برای شخص بنده مسلم گردید و حقانیت خواهانها برای بنده محرز گردید و مشاهده بارز این نواقص تاب تعارض با یک گواهی بازرسی فنی در مورد آسانسور که از سوی سازنده محترم آقای احمد ارائه گردید؛ ندارد. ب- همچنین از یک سو خواهانها بارها و در دفعات زمانی مختلف، پس از ساخت و تحویل ملک، الزام شریک سازنده آقای احمد را به رفع نواقص و معایب فنی مورد قرارداد وفق ماده ۲۳۷ قانون مدنی خواسته اند ولی اقدامی از ناحیه ایشان صورت نگرفته است و در نتیجه چون الزام

۱- بموجب این نظریه ادعای دادخواهی که خود بر خلاف وجدان و با سوء نیت عمل کرده است؛ مسموع نیست : payne, 76-86 : 2002. آرای فراوانی از محاکم بدوی، تجدیدنظر و دیوان عالی کشور با این محتوا وجود دارد که در دعوی مطالبه وجه التزام، دادگاه موضوع ایفای تعهد اولیه خواهان را مورد رسیدگی قرار می دهد و به استناد اینکه خواهان خودش به تعهد اولیه اش در برابر خوانده عمل نکرده است، دعوی او را محکوم به بطلان یا بیحقی کرده است. برای مشاهده آراء و تحلیل آنها مراجعه شود به : محمدخاکباز، رساله عملی در وجه التزام، تهران، مجد، ۱۳۹۸، صص ۴۵ تا ۹۵. همچنین این دیدگاه بر اساس قاعده عدالت معاوضی توجیه حقوقی دارد. جدای از تعریف هایی که در فلسفه حقوق بعمل آمده است؛ عدالت معاوضی از دیدگاه کاربردی به این معناست که: «رعایت موازنه حقوق قراردادی طرفین عقد معاوضی اقتضای این را دارد که حقوق طرفین قرارداد مانند دو کفه ترازو با هم برابری نمایند که به آن عدالت معاوضی یا قراردادی می گویند و هرگاه این تعادل مخلدش گردد باید بوسیله قانون و اصول حقوقی جبران گردد.» محمدخاکباز، عدالت معاوضی و قاعده موازنه، جلد اول، تهران، مجد، ۱۳۹۶، ص ۹۴.

محقق نشده است؛ آنها ناچار و برای انتفاع از ملک و جلوگیری از آسیب بیشتر ملک، خودشان رفع نواقص و معایب موجود ملک را انجام داده اند. فاکتورهای انجام این امور هم به رویت رسید و اکنون خواهان دریافت آن هزینه‌ها وفق ماده ۲۳۸ قانون مدنی می‌باشند. ج- از سوی دیگر تعهدات فنی سازنده (خوانده) از نوع «وحدت مطلوب» بوده که مطلوب همان اجرای صحیح موارد مندرج در قرارداد مشارکت و تحویل ملک مورد دعوا به مالکین بوده به نحوی که عرفاً آماده استفاده بدون ضرر مالکین باشد و این تعهدات از ناحیه سازنده (احمد) به نحو حداقل مطلوب مورد قرارداد یا عرف محل صورت نگرفته است و قاعده عمومی تعهدات مندرج در ماده ۲۲۰ ق.م. مبنی بر انجام تعهدات قراردادی و در سکوت الزام به ایفای نتایج عرفی قرارداد نقض شده است و وفق ماده ۲۲۱ ق.م. خودداری از ایفای تعهد سازنده در این مورد به حکم عرف به منزله تصریح است. د- از دیگر جهت اصول قانون اساسی بر عموم یا اطلاق تمام قوانین حکومت دارد و به موجب نتیجه‌ای که از قاعده لاضرر و اصل ۴۰ قانون اساسی بدست می‌آید «استناد به مواد قانونی و قواعد حقوقی نباید دستاویزی جهت ایجاد عسر و حرج برای ستمدیدگان در احقاق حقوق مسلم خود باشد» و همچنین هرگونه سوء استفاده از حق و عسر و حرج در اجرای قوانین الهی و بشری نفی می‌گردد. در این دعوا نیز تقصیرات و تخلفات متعدد شریک سازنده در ساخت و تحویل و بدهکاری‌های ایشان از بابت انشعاب آب و دیگر مسائل سبب آزار فراوان برای مالکین ساختمان شده است که در نتیجه مراجعات مکرر به ایشان نتوانسته اند ایشان را متقاعد به اجرای تعهدات قراردادی و پرداخت بدهی‌های خود نمایند و ناگزیر از اقدام قانونی در مراجع قضایی گردیدند. ه- نظر به اینکه کیفیت فنی و سلامت تعهدات مورد قرارداد مشارکت، باید ابتدا وفق قرارداد و در صورت سکوت قرارداد، طبق متعارف محل به عنوان «مفسر اراده ضمنی طرفین» صورت می‌گرفت که وفق نظریه کارشناسی، تعهدات قراردادی و همچنین متعارف محل در بسیاری از موارد محقق نشده است. و- از سوی دیگر ارکان مسئولیت مدنی قراردادی در این دعوا جمع است: اولاً قرارداد معتبر بین خواهان و خوانده در قرارداد مشارکت وجود داشته دوم: تخلف از ارکان آن صورت گرفته است سوم: به طرف متعهده یعنی مالکین خسارت وارد شده است که در نظریه کارشناسی میزان دقیق آن یعنی ۸۵۳۳۶۱۴۰۰۰ ریال تقویم شده است. باتوجه به تمام مراتب فوق حکم بر محکومیت خوانده آقای احمد... به پرداخت مبلغ هشتاد و پنج میلیون و سیصد و شصت و یک هزار و چهارصد تومان در حق خواهان‌ها به نسبت سهم‌الشرکه هر یک از آنها در ملک مورد قرارداد مشارکت صادر و اعلام می‌نماید و ریز محکومیت به شرح زیر است: الف- وفق پاسخ استعلامی که از اداره آب و فاضلاب استان البرز به عمل آمد و نامه رسمی ۶۷۵۷/۷۱ - ۱۳۹۸/۳/۲۰ در پاسخ آن جواب داده شده است و در بند ۱ نظریه کارشناسی منعکس شده است؛ حکم به پرداخت مبلغ سی و یک میلیون و صد و هیجده هزار و دو بیست تومان (۳۱۱۱۸۲۰۰۰ ریال) بابت انشعابات آب از سوی سازنده در حق خواهان‌ها صادر می‌نماید. (وفق مدارک باید ۲۰ انشعاب آب گرفته می‌شد که ۷ انشعاب صادر شده است. صرف نظر از اینکه حسب الاظهاریکی از خواهان‌ها، ظاهراً سازنده از پس‌ورد شخص دیگری برای صدور قبض ده واحدی آب سوء استفاده کرده است و این موضوع، مشکلات زیادی را برای مالکین مجتمع ایجاد نموده و باعث ایجاد زحمت پیگیری حقوقی آنها در اداره آب کرج شده است)

پ- بابت بدهی آب‌بهای مصرفی دوره ساخت حکم به پرداخت ۱۴۴۹۰۱۰۰۰ ریال در حق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ت- بابت بدهی سقف کاذب لابی و پارکینگ حکم به پرداخت ۳۴۶۵۰۰۰۰ ریال در حق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ث- بابت نصب آنتن مرکزی حکم به پرداخت ۷۰۰۰۰۰۰ ریال در حق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ج- بابت قفسه‌بندی کمدها که در قرارداد نثویان قید شده است و فقط یک طبقه اجرا شده است، حکم به پرداخت ۲۰۰۰۰۰۰۰ ریال در حق خواهان‌ها صادر می‌نماید. چ- بابت پکیچ و پره‌های رادیاتور حکم به پرداخت

۳۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ح- بابت نصب سنگ دیوار راه‌پله که وفق قرارداد باید تا زیر سقف صورت می‌گرفت ولی کامل انجام نشده است، حکم به پرداخت ۱۶۸۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. خ- بابت برند شیرآلات فهرمان که در قرارداد قید شده ولی از نوع آرتین اجرا شده است، حکم به پرداخت ۵۰۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. د- بابت درب پارکینگ که به نحو کرکره‌ای و غیر از کیفیت مورد تعهد در قرارداد، اجرا شده است؛ حکم به پرداخت ۳۱۶۷۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ذ- بابت درب ورودی پارکینگ و آسانسور، حکم به پرداخت ۶۵۰۸۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ر- بابت منبع آب و پمپ حکم به پرداخت ۱۵۰۰۰۰۰۰ هزار ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ز- بابت تحکیم سنگ نمای ساختمان و ترمیم سنگ‌های ریخته، حکم به پرداخت ۶۰۰۰۳۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. س- بابت جعبه فیوز نورپردازی لابی حکم به پرداخت ۷۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ش- بابت موزائیک کف پارکینگ حکم به پرداخت ۳۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ص- بابت موزائیک پشت‌بام که مابه‌التفاوت بین موزائیک و ایزوگام فویل دار بوده و در قرارداد قید شده، حکم به پرداخت ۲۰۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ض- بابت روشویی حمام‌ها، حکم به پرداخت ۱۵۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ع- بابت درب‌های ضد آب، حکم به پرداخت ۱۴۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. غ- بابت اتاق آسانسور، حکم به پرداخت ۲۵۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ف- بابت کف‌شور پمپ آب حکم به پرداخت ۲۰۰۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ق- بابت دیوار و نما کنار آسانسور، حکم به پرداخت ۴۰۵۰۰۰۰۰۰ ریال درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. ن- بابت اجرای کاشی بین کابینت‌ها، حکم به پرداخت ۱۹۲۰۰۰۰۰۰۰ ریال مابه‌التفاوت بین کاشی اجرا شده و کاشی تزئینی درحق خواهان‌ها صادر می‌نماید. درنهایت داور وفق عموم قواعد الزام به ایفای شرط و تعهد، المومنون عند الشروطهم، ماده ۱۰ ا.ق.م، رعایت عدالت قراردادی و اصل همبستگی تعهدات مَعْوَض، قاعده اقدام، ضمن صدور حکم بر بطلان دعوای تقابل آقای احمد در مطالبه خسارات قراردادی، حکم به محکومیت ایشان (آقای احمد) به پرداخت مبلغ هشتاد و پنج میلیون و سیصد و شصت و یک هزار و چهارصد تومان در حق خواهان‌های اصلی به نسبت سهم شرکت خود صادر و اعلام می‌نماید.

۳. خواسته خواهان‌ها مبنی بر خسارات تاخیرتادیه

در خصوص خواسته خواهان‌ها مبنی بر مطالبه خسارات تاخیرتادیه دین اصلی یعنی ۸۵۳۶۱۴۰۰۰ ریال مندرج در نظریه کارشناسی، با توجه به اینکه از تاریخ مطالبه وفق ماده ۲۲۶ ق.م و مواد ۵۲۰ و ۵۲۲ ق.آ.د.م دین بر ذمه خوانده اشتغال پیدا کرده و ثابت می‌شود و ارکان ضرر قابل مطالبه جمع است: ۱. ضرر مسلم ۲. مستقیم ۳. جبران نشده ۴. مشروع و قانونی می‌باشد حکم به محکومیت خوانده به پرداخت خسارات تاخیرتادیه مبلغ ۸۵۳۶۱۴۰۰۰ از تاریخ مطالبه به موجب دادخواست تا روز اجرای حکم وفق شاخص رسمی بانک مرکزی صادر و اعلام می‌نماید.

۴. خواسته خواهان‌ها مبنی بر هزینه‌های دآوری و کارشناسی

در خصوص خواسته خواهان‌ها مبنی بر مطالبه هزینه‌های دآوری و کارشناسی که به طرفیت خوانده مطرح شده است؛ باتوجه به اینکه اصل خواسته‌های آنها مورد پذیرش واقع شده است و تخلفات متعدد خوانده محترم سبب پرداخت هزینه دآوری و کارشناسی شده است و قاعده تسبیب در فقه امامیه و حقوق ما مطالبه این گونه خسارات را به رسمیت می‌شناسد؛ حکم بر

محکومیت خوانده آقای احمد خزائیان به: ۱. پرداخت پنج میلیون تومان بابت هزینه دآوری و ۲. شش میلیون و پانصد هزار تومان بابت پرداخت اجرت کارشناسی در حق خواهان‌ها به نسبت سهم شرکت هریک، وفق ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ و روح کلی حاکم بر مواد ۳۳۱ تا ۳۳۵ قانون مدنی صادر و اعلام می‌نماید.

۵. خواسته خواهان‌ها مبنی بر مطالبه حق الوکاله و هزینه دادرسی

در خصوص خواسته خواهان‌ها مبنی بر مطالبه حق الوکاله با توجه به مبانی پیش‌گفته و قاعده تسبیب و مواد ۱ ق.م.م و مواد ۵۱۵ و ۵۲۰ ق.ا.د.م حکم به محکومیت خوانده به پرداخت حق الوکاله وکیل خواهان‌ها صادر و اعلام می‌نماید ولی در خصوص مطالبه هزینه دادرسی با توجه به اینکه در دآوری هزینه دادرسی پرداخت نشده است و از موضوع صلاحیت اظهار نظر داور خارج بوده و در صلاحیت دادگاه می‌باشد قرار عدم استماع دعوای خواهان‌ها صادر می‌نماید تا حق خود را در این باره در دادگاه مطالبه نمایند. رای داور، حضوری و به درخواست محکوم لهم یا یکی از آنها (به نسبت سهم شرکت خود) قابل صدور اجرائیه وفق ماده ۴۸۸ قانون آیین دادرسی مدنی در شعبه نهم دادگاه عمومی حقوقی کرج می‌باشد.»

داور منتخب دادگاه و مرضی‌الطرفین

ب- تحلیل رای داور

رای فوق در پرراندن نکات فراوان شکلی و ماهوی می‌باشد و بسیاری از این نکات در گردشکار رای و متن آن به تفصیل آمده است و از این جهت می‌تواند مورد استفاده علمی علاقه‌مندان واقع شود. دآوری از موضوعات به روز و کاربردی حقوق امروز ایران و کشورهای پیشرفته دنیا می‌باشد که اگر فرهنگ و شیوه صحیح استفاده از داور در دعوای نهادینه شود بسیاری از مشکلات حل شده و از تراکم پرونده‌ها در دستگاه قضایی کم می‌شود. از جمله نکات مندرج در این پرونده موارد زیر است:

الف- نکات شکلی

۱. شیوه ابلاغ‌ها

باید توجه داشت «اصول دادرسی» باید در رسیدگی داور رعایت شوند ولی داور الزامی به رعایت «تشریفات خاص دادرسی» ندارد. توضیح آنکه اصول دادرسی منصفانه و عادلانه در تمام رسیدگی‌ها اعم از رسیدگی دادگاه، داور، شورای حل اختلاف، مراجع اداری چون کمیسیون‌های حل اختلاف مالیاتی، هیأت حل اختلاف کارگر و کارفرما و غیره باید اجرا شوند. قواعدی چون بی‌طرفی دادرسی، اصل فراغ دادرسی، محدود بودن رسیدگی دادگاه به خواسته، مستدل و مستند بودن آراء از جمله اصول دادرسی هستند یا اصل تناظر، که لازمه یک دادرسی منصفانه است و

طبق اصل تناظر، خواننده باید فرصت و امکان دفاع در برابر ادعاهای خواهان را داشته باشد.^۱ وجه تمیز اصل از تشریفات آنکه «تشریفات» امری شکلی و برای بهتر جریان یافتن امور مربوط باشد، یک رسیدگی است ولی «اصل» به مانند تنه درخت یا قلب انسان می باشد که اگر وجود نداشته باشد، یک دادرسی درست جریان پیدا نمی کند. یکی از تشریفات دادرسی شیوه ابلاغ‌هاست. اصل اینکه ابلاغ صورت بگیرد و طرفین در برابر خواسته‌ها و لوائح دفاعی یکدیگر، فرصت و امکان دفاع پیدا کنند؛ مربوط به اصل تناظر بوده و باید رعایت شود ولی اینکه ابلاغ‌ها به چه صورت انجام شود، در زمره تشریفات دادرسی است. اصولاً در محاکم ابلاغ‌ها به شیوه سنتی و پست سفارشی دو قبضه انجام می شود که در یک نسخه رسید داده می شود و یک نسخه توسط مأمور ابلاغ برمی گردد (ماده ۶۹ ق.ا.د. م) یا به نشانی مخاطب الصاق می شود (ماده ۷۰ ق.ا.د. م) اخیراً به موجب قوانین خاص، ابلاغ‌ها به وسیله پیامک به شماره همراهی که طرفین موقع طرح دعوا اعلام کرده‌اند، صورت می گیرد ولی داور مقید به این شیوه‌های ابلاغ نیست بلکه او می تواند در موقع تنظیم موافقت نامه داور با طرفین، شماره همراه یا ایمیلی از طرفین بگیرد و ضمن اینکه خودش نیز شماره‌ای معرفی می کند؛ اعلام دارد که از این پس تا ختم رسیدگی، کلیه ابلاغ‌ها و تصمیمات جزئی و کلی داور به وسیله پیامک یا تلگرام، واتس‌آپ، لاین، ایمو، ای دی اینستاگرام، ایمیل و غیره صورت می گیرد و تمامی آنها به حکم قانون معتبر می باشد. حتی می توان در قرارداد داورى پیش بینی کرد که مسئولیت عدم اطلاع طرفین از این ابلاغ‌ها پس از ارسال توسط داور بر عهده خود طرفین می باشد. شیوه ابلاغ آن لاین در رسیدگی داور به پرونده فوق اجرا شد و در گردشکار رای داور آوردیم. در بخشی از آن آمده است: «در این موافقت نامه شیوه ابلاغ جلسات و رای داور از کلیه شیوه‌های ابلاغ اعم از تماس تلفنی، ایمیل، تلگرام، واتس‌آپ به شماره موبایل وکیل خواهان‌ها خانم س رجبی به شماره «...» و خواننده دعوا آقای احمد خزائیان به شماره «...» از طریق شماره همراه داور، محمد خاک‌باز به شماره «...» معتبر شناخته شد» فراتر از آن داور می تواند رای خود را به شیوه‌ای که صلاح بداند ابلاغ نماید و مکلف نیست که حتماً آنرا به دفتر دادگاه تحویل دهد. در ماده ۴۸۵ ق.ا.د. م می خوانیم: «چنانچه طرفین در قرارداد داورى، طریق خاصی برای ابلاغ رای داورى پیش بینی نکرده باشند، داور مکلف است رای خود را به دفتر دادگاه ارجاع کننده دعوا به داور یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد، تسلیم کند. دفتر دادگاه اصل رای را بایگانی نموده و رونوشت گواهی شده آنرا به دستور دادگاه برای اصحاب دعوا ارسال می دارد.» از ماده ۴۸۵ ق.ا.د. م می توان برای ابلاغ‌ها تا قبل از صدور رای داور هم وحدت ملاک گرفت. به موجب این ماده دو حالت برای ابلاغ وجود دارد:

حالت اول- ارجاع به داورى از طریق دادگاه

دعوا از طریق شعبه خاصی از دادگاه به داور ارجاع شده باشد که در این صورت داور باید ابلاغ‌های خود را از طریق دفتر همان شعبه صورت دهد مگر آنکه در موافقت نامه داورى، شیوه خاص دیگری را چون پیامک یا ایمیل و غیره برای ابلاغ پیش بینی کرده باشد.

حالت دوم- ارجاع به داورى از سوی طرفین

۱- عبدالله شمس، دوره پیشرفته آیین دادرسی مدنی، ج ۱، تهران، دراک، ۱۳۹۳، ص ۱۳۰ به فرموده برخی حقوقدانان تمام مقررات دادرسی باید در پرتو اصل تناظر تفسیر شوند. محمدعلی موحد، دره‌های حق و عدالت طبیعی تا حقوق بشر، تهران، کارنامه، ۱۳۸۴، ص ۶۰۲؛ مصطفی فضائلی، دادرسی عادلانه در محاکمات کیفری بین المللی، تهران، شهردانش، ۱۳۸۹، ص ۳۷.

دعوا از طریق شعبه خاصی از دادگاه به داور ارجاع نشده باشد؛ بلکه داور یا داوران منتخب از سوی طرفین تعیین شده باشد که در این صورت داور باید ابلاغ‌های خود را از طریق دفتر دادگاه صالح انجام دهد مگر آنکه در موافقت‌نامه داور، شیوه خاص دیگری را چون پیامک یا ایمیل و غیره برای ابلاغ پیش‌بینی کرده باشد. منظور از دادگاه صالح هم دادگاهی است که اگر قرار بود طرفین به دادگاه برای حل اختلافشان مراجعه می‌کردند، به آن دادگاه مراجعه می‌کردند. باید توجه داشت در هر دو حالت بالا اگر داور در موافقت‌نامه داور، شیوه خاص دیگری را چون پیامک یا ایمیل و غیره برای ابلاغ پیش‌بینی کرده باشد، همان شیوه برای ابلاغ‌ها معتبر است.

۱. رعایت ماده ۲۶۰ ق.آ.د.م

به موجب ماده ۲۶۰ ق.آ.د. م طرفین پس از اعلام نظر کارشناس می‌توانند به دفتر دادگاه مراجعه کرده و پس از مشاهده نظر کارشناسی، اعتراض یا تأیید یا هر گونه مطلب اثبات یا نفی خود را به طور مکتوب بیان دارند. در بخشی از این ماده می‌خوانیم: «... وصول نظر کارشناس به طرفین ابلاغ خواهد شد. طرفین می‌توانند ظرف یک هفته از تاریخ ابلاغ به دفتر دادگاه مراجعه کنند و با ملاحظه نظر کارشناس، چنانچه مطلبی دارند نفیاً یا اثباتاً به طور کتبی اظهار نمایند پس از انقضای مدت یاد شده، دادگاه پرونده را ملاحظه و در صورت آماده بودن، مبادرت به انشای رای می‌نماید.» در رسیدگی فوق، چون شیوه ابلاغ تصمیمات داور به وسیله شماره تلگرام و واتس‌آپ تعیین شده بود «نظریه کارشناسی» از همان طریق به طرفین ابلاغ شد ولی هیچ‌یک از طرفین به صورت لایحه مکتوب اعتراضی به این نظریه نکردند صرفاً خواننده دعوا (شریک سازنده در قرارداد مشارکت) به طور شفاهی و مطالبی تائیدی در تلگرام در مخدوش بودن نظریه کارشناسی و اعتراض به آن بیان فرمود ولی لایحه مکتوبی عرضه نداشت تا هفت روز مندرج در ماده ۲۶۰ ق.آ.د. م سپری شد و آنگاه داور رای خود را انشاء و به طرفین ابلاغ نمود. در تحلیل ماده ۲۶۰ ق.آ.د.م باید به چند نکته توجه داشت: نخست آنکه سپری شدن هفت روز مندرج در ماده ۲۶۰ ق.آ.د. م الزامی و امری است چون در راستای اصل تناظر می‌باشد. لحن ماده فوق و قید «یک هفته» و «پس از انقضای مهلت یاد شده» در ماده فوق، دلالت بر امری بودن حکم این ماده دارد. دوم اینکه اعتراض به نظر کارشناسی به تصریح این ماده باید کتبی باشد. به دیگر سخن، قید «به طور کتبی» در ماده مذکور احترازی است و مفهوم وصف آن حجت است. نکته سوم اینکه به تصریح ماده ۲۶۰ ق.آ.د. م «وصول نظر کارشناس» به طرفین ابلاغ می‌گردد نه خود نظریه. به این مفهوم که دادگاه یا داور به طرفین ابلاغ می‌کند که کارشناس تعیین شده، نظریه مکتوب خود را ارائه داده است. اکنون می‌توانید به دفتر دادگاه یا دفتر داور مراجعه نموده و اعتراض مکتوب خود را بیان فرمایید. اگر داور، دفتر خاصی برای خود تعیین نکرده باشد می‌تواند اعلام دارد که برای ملاحظه نظر کارشناس به دفتر دادگاه مراجعه نمایید یا اینکه اگر در قرارداد داور پیش‌بینی شده باشد، می‌تواند اصل نظریه کارشناسی را از طریق فضای مجازی چون تلگرام، واتس‌آپ یا ایمیل برای طرفین ارسال نماید که در پرونده بالا به همین طریق صورت گرفت. نکته چهارم اگر یکی از طرفین نزد داور یا دادگاه به نظریه کارشناسی در مهلت یک هفته مندرج در ماده ۲۶۰ ق.آ.د.م اعتراض نماید و تقاضای ارجاع امر به هیات سه یا پنج یا هفت نفره کارشناسی را نماید ولی برای داور یا دادگاه محرز شود که نظریه فوق مطابق با واقعیت و اوضاع و احوال موجود است، می‌تواند ضمن رد اعتراض با دلیل، رای خود را صادر نماید زیرا مرجع رسیدگی تکلیف به شنیدن و پذیرش اعتراض دارد ولی تکلیف در قبول اعتراض و عدول از نظریه کارشناسی ندارد و از سوی دیگر نظریه کارشناسی در حد یک «اماره قضایی» است که ممکن است داور یا قاضی را به ظن قوی یا ضعیف برساند بنابراین نباید امر عدالت را به بهانه اعتراض غیرموجه به این نظریه که گاهی هم با قصد وقت کشی و اطاله دادرسی صورت می‌گیرد؛ به تأخیر انداخت.

عبارت «در صورت آماده بودن مبادرت به انشای رای می‌نماید» در بخش اخیر ماده ۶۲ ق.آ.د. م این مطلب را می‌رساند که تشخیص آماده بودن یا نبودن پرونده رای صدور رای یا داور یا دادگاه است. بعلاوه ماده ۵۶۲ هم بیانگر این مطلب است که نظر کارشناسی «در حد یک اماره» قابل قبول است نه دلیل قاطع. مفهوم مخالف این ماده هم بر این موضوع دلالت دارد که در صورت انطباق نظریه کارشناسی با اوضاع موجود، دادگاه به آن ترتیب اثر می‌دهد. در این ماده می‌خوانیم: ماده ۶۲ ق.آ.د. م - «در صورتی که نظر کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد، دادگاه به آن ترتیب اثر نخواهد داد.» در پرونده فوق بسیاری از تخلفات خواننده آقای احمد در اجرای قرارداد مشارکت برای شخص داور محرز شد زیرا خود داور آنها را با چشم مشاهده کرد و کارشناسی تکمیل بر دلیل و اقرار و وجدانی داور گردید. خلاصه آنکه در بخش‌هایی از گردشکار رای داور تمام مراتب فوق منعکس گردید. در این بخش‌ها می‌خوانیم: «نظریه کارشناسی وفق ماده ۶۲ ق.آ.د. م در روز ۸۹۳۱/۳/۲۲ برای طرفین ارسال شد تا چنانچه مطلبی به طور نفی یا اثباتی دارند، به طور کتبی اعلام نمایند. هیچ‌یک از طرفین اعتراض کتوبی تا انقضای هفت روز مقرر در ماده ۶۲ ق.آ.د. م از روز ۸۹۳۱/۳/۲۲ تا ۸۹۳۱/۳/۹۲ اعلام نداشتند. صرفاً خواننده محترم آقای احمد در آخرین جلسه رسیدگی مورخ ۸۹۳۱/۳/۶۲ ساعت ۵ عصر که در ملک محل قرارداد مشارکت برگزار شد اظهار فرمودند که: نظریه کارشناسی غیر عادلانه است و اعتراض دارم ولی دلیل متعارف و معقولی که داور را توجیه نماید؛ ابراز نگردید. به نظر داور، کارشناسی صورت گرفته مطابق اوضاع و احوال موجود است (ماده ۶۲ ق.آ.د. م) و پرونده آماده صدور رای می‌باشد. (بخش اخیر ماده ۶۲ ق.آ.د. م)»

ب- نکات ماهوی رای داور

نکات زیر در ماهیت رای قابل توجه و استفاده علمی می‌باشد:

۱. مطالبه خسارات تخلف از انجام تعهد

قسمتی از رای داور درباره مطالبه وجه التزام تاخیر در امضای سند رسمی از سوی شریک سازنده علیه مالکین است که این خواسته ایشان محکوم به بطلان گردیده است زیرا خودش تعهد اولیه اش را در قبال آنها یعنی گرفتن پایانکار در موعد مقرر را انجام نداده است و داور به این علت حکم بر بیحقی خواهان صادر کرده است. درباره این موضوع در کتاب رساله عملی در وجه التزام در یک فصل مستقل به نام «توجه به تعهد متقابل مشروط له در دعوی مطالبه وجه التزام» تحلیل کرده ایم. صرفاً در قسمتی از استدلال رای داور آمده است: «پایانکار در تاریخ ۱۳۹۵/۹/۲۰ صادر شده است شده است و اساساً قبل از اخذ پایانکار، امضای سند رسمی از ناحیه خواهان‌ها به دلیل تقصیر و سهل انگاری خود سازنده غیرمقدور بوده است. با توجه به معاوضی و متقابل بودن تعهدات طرفین و اینکه در تعهدات معاوضی «جهت تعهد هر طرف ایفای تعهد طرف مقابل است» و بموجب «دکترین عوض»^۱ و «نظریه دستهای ناپاک»^۲ دستی که پاک نیست نمی‌تواند مطالبه پایی نماید. ^۲ (Unclean hands doctrine) ... «حکم بر بطلان دعوی خواهان در خصوص

۱- Doctrin of Consideration. (Hunt, 1394 : 159) .

۲- بموجب این نظریه ادعای دادخواهی که خود بر خلاف وجدان و با سوء نیت عمل کرده است؛ مسموع نیست : payne,

مطالبه این خسارات» صادر واعلام می‌گردد.»

۲. تَهَاتَر (Set off loss against gain`s)

وکیل خواننده دعوی تقابل در پاسخ به خواسته خواهان (آقای احمد- شریک سازنده) مبنی بر مطالبه خسارات تاخیر در تنظیم سند رسمی به تَهَاتَر ماده ۲۹۵ ق.م.ا استناد فرمودند که ما نیز محق در مطالبه خسارات تاخیر در تحویل ملک هستیم و با هم تَهَاتَر می‌شود. باید توجه داشت تَهَاتَر یک واقعه حقوقی قهری در ماده ۲۹۵ ق.م.ا است. ثلاثی مزید بر وزن تَفَاعُل و از ریشه فعل «هَتَرَ» در لغتنامه به معنای چیزی را از بین بردن و «هتر» به معنای دروغ آمده است. ^۱ تَهَاتَر واقعه حقوقی قهری می‌باشد یعنی حادثه قهری و بدون اراده اشخاص است که اثر حقوقی آن سقوط تعهد است. لحن ماده ۲۹۵ ق.م.ا بیانگر آن است:

«تَهَاتَر قهری است و بدون اینکه طرفین در این موضوع تراضی نمایند، حاصل می‌گردد بنابراین به محض اینکه دو نفر در مقابل یکدیگر در آن واحد مدیون شدند، هر دو دین تا اندازه ای که با هم معادله می‌نمایند بطور تَهَاتَر برطرف شده و طرفین به مقدار آن در مقابل یکدیگربری می‌شوند.» با وجود اینکه تَهَاتَر قهری است ولی همان طور که برخی حقوق دانان فرموده اند: باید از ناحیه ذی نفع به آن استناد شود^۲ البته به عقیده برخی دیگر استناد به تَهَاتَر ضروری نیست زیرا متوسل شدن به تَهَاتَر در ماده ۱۸۳۸ ق.م.ا تیویبی آمده است و در قوانین موضوعه ما نیامده است بلکه تَهَاتَر قهری از مظاهر حقوق فطری است که حتی در روستاهای دور از مراکز تمدن شهری مردم به حکم فطرت به تَهَاتَر استناد کرده و دیون همدیگر را ساقط شده می‌دانند. ^۳ به نظر می‌رسد اگر دادرسی یا داور بتواند از اسناد و دلایل ارائه شده، خود به تَهَاتَر بین دو دین پی ببرد می‌تواند رای خود را مستند به تَهَاتَر نماید بدون آنکه استنادی صورت گرفته باشد ولی اگر نتواند آن را کشف نماید وفق ماده ۱۴۲ ق.ا.د.م و بدون دعوی تقابل قابل استناد از سوی خواننده می‌باشد. در این ماده می‌خوانیم: ماده ۱۴۲ ق.ا.د.م: «دعوی متقابل بموجب دادخواست اقامه می‌شود لیکن دعوی تَهَاتَر، صلح، فسخ، ردّ خواسته و امثال آن که برای دفاع از دعوی اصلی اظهار می‌شود؛ دعوی متقابل محسوب نمی‌شود و نیاز به تقدیم دادخواست جداگانه ندارند.» در هر حال در قسمتی از رای داور به شرح زیر به تَهَاتَر نیز استناد شده است: «علاوه بر اینکه حتی اگر خواهان به فرض محال می‌توانست این خسارات را مطالبه نماید با خسارات موضوع بند ۱-۲ قسمت

۱- هَتَرَ - هتراً عَرَضَ فُلَانٌ اَبْرُوهُ فُلَانِي رَا بَرَدَ. الهتر دروغ، مصیبت، حادثه ناگوار. تَهَاتَرُ الرَّجُلَانِ : آن دو مرد علیه یکدیگر ادعائی کردند. التَهَاتَرُ : شهادتهایی که یکدیگر را تکذیب کنند. محمد بندرریگی، ترجمه منجد الطلاب، ص ۶۲۵. در نوشته‌های فقهی یکی از عبارات‌های معادل تَهَاتَر همان «تَقَاص» یا «تَصَارُفٌ بَمَا فِي الذِّمَمِ» است که در ابواب پراکنده فقهی یافت می‌شود. نقل از شرایع الاسلام، کتاب الرهن، الفصل الخامس فی المرتهن، ص ۱۲۰ بوسیله: مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، ش ۱۱۷، ص ۱۷۲ مثلاً صاحب جواهر در باب رهن آورده که یکی از شرایط مال مرهون آن است عین مملوک بوده و بتوان آن را قبض کرد و فروخت بنابراین مال کلی که وجود عینی ندارد را نمی‌توان رهن داد ولی طلبکار و بدهکار می‌توانند آنرا در رابطه داخلی خود تَهَاتَر نمایند. محمد حسن نجفی، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۵، ص ۱۱۷ و نباید چنین تصور شود که این تَهَاتَر مصداق بیع دین به دین است بلکه توافقی نافذ است. محمد حسن نجفی، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۴، ص ۵۳ و علی اکبر سیفی مازندرانی، فقه استدلالی، تهران، موسسه نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۳۰ ه.ق، ص ۳۱۰.

۲- دکتر ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان، ۱۳۸۳، یادداشت ۲ ماده ۲۹۵.

۳- دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۱، حاشیه اول ماده ۲۹۵ و حاشیه ششم ماده ۲۹۴.

ب ماده ۶ قرارداد مبنی بر تأخیر در تحویل ملک مورد مشارکت به طور قهری وفق ماده ۲۹۵ ق.م.ت.هاتر می‌گردید که این موضوع طبق ماده ۱۴۲ آ.د.م مورد استناد وکیل خواهان‌ها واقع شد... حکم بر بطلان دعوی خواهان در خصوص مطالبه این خسارات صادر و اعلام می‌گردد.»

۳. ایراد به اجرا نشدن مراتب ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م.

شریک سازنده (خواننده) در دفاع از خواسته خواهان‌ها (مالکین) مبنی بر مطالبه خسارات ناشی از تخلف در ساخت و ساز و تحویل ملک که به شرح نظریه کارشناسی مبلغ هشتاد و پنج میلیون و سیصد و شصت و یک هزار و چهارصد تومان برآورد گردیده است، با راهنمایی قبلی وکلاء، اظهار داشتند که باید وفق مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. عمل می‌کردند و ابتدا به وسیله دادخواست یا اظهارنامه انجام این تعهدات را مطالبه می‌کردند ولی داور به شرح استدلال‌های زیر حکم به محکومیت خواننده به پرداخت این خسارات صادر کردند. درست است که قانون تکلیف اجرای تعهدات تخلف شده را در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. تعیین کرده است ولی وضع این مواد نباید زنجیری برپای عدالت باشد و خود را در حصار این قالب‌های مکانیکی محصور کنیم. مواد فوق در خصوص تعهداتی است که قابلیت الزام دارند نه تعهداتی چون ساخت ملک که مالک از نحوه اجرای کار پیمانکار بی‌خبر است و در آخر با پروژه‌ای سراسر نقص مواجه می‌شود و در هنگام اجرای آن، نه امکان، نه وقت و نه شرایط نظارت بر کار پیمانکار را خواهد داشت. یکی از عمده استدلال‌های داور این است که نباید تفسیر قوانین وسیله سوء استفاده از حق ستمگر باشد که در اصل ۴۰ ق.ا. و قاعده لاضرر نهی شده است. کل استدلال‌های داور در این باره را در رای آورده‌ایم ولی در بخش‌هایی از استدلال رای داوری خوانیم: ۱. همچنین از یک سو خواهان‌ها بارها و در دفعات زمانی مختلف، پس از ساخت و تحویل ملک، الزام شریک سازنده آقای احمد را به رفع نواقص و معایب فنی مورد قرارداد وفق ماده ۲۳۷ قانون مدنی خواسته‌اند ولی اقامی از ناحیه ایشان صورت نگرفته است... ۲. از سوی دیگر تعهدات فنی سازنده (خواننده) از نوع «وحدت مطلوب» بوده... ۳. قاعده عمومی تعهدات مندرج در ماده ۲۲۰ ق.م. مبنی بر انجام تعهدات قراردادی و درسکوت الزام به ایفای نتایج عرفی قرارداد نقض شده است و وفق ماده ۲۲۱ ق.م. خودداری از ایفای تعهد سازنده در این مورد به حکم عرف به منزله تصریح است... ۴. از دیگر جهت اصول قانون اساسی بر عموم یا اطلاق تمام قوانین حکومت دارد و بموجب نتیجه ای که از قاعده لاضرر و اصل ۴۰ قانون اساسی بدست می‌آید «استناد به مواد قانونی و قواعد حقوقی نباید دستاویزی جهت ایجاد عسر و حرج برای ستمدیدگان در احقاق حقوق مسلم خود باشد» و همچنین هرگونه سوء استفاده از حق و عسر و حرج در اجرای قوانین الهی و بشری نفی می‌گردد... ۵. از سوی دیگر ارکان مسئولیت مدنی قراردادی در این دعوا جمع است... امید است تحلیل این پرونده مورد استفاده پژوهشگران و عدالت خواهان، وکلا و قضات دادگستری واقع شده باشد.

نتیجه گیری

۱. دو مورد از اهداف عالی علم حقوق «اجرای عدالت» و «تامین نظم اجتماع» است پس اگر اجرای ظاهر قانونی با نظم و عدالت منافات داشته باشد وکلا و قضات در مقام دفاع و صدور رای بایستی به نحوی آنرا تفسیر و اجرا نمایند که این دو هدف تامین شود. ۲. اجرای ظاهر قانون هیچگاه نباید

۱- برای مشاهده و بررسی رای یاد شده و سایر آراء مراجعه شود به: محمد خاکباز، عدالت و انصاف درآینه آرای قضایی: گزیده آراء تحلیل آنها، جلد اول، تهران، جنگل، ۱۳۹۹.

به تخریب هدف آن منتهی شود. پیامبراسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) ۱۴۰۰ سال پیش این نکته را با روشنفکری در حدیث لاضرر به تمام دانشجویان حقوق بعد از خود فهماند زیرا استناد سمره ابن جندب به ظاهر حق مالکیت خود باعث اضرار به غیر می شد و ریشه این تصور اشتباه به وسیله پیامبر قطع شد و در اصل ۴۰ قانون اساسی ما بصورت قاعده «منع سوء استفاده از حق» جلوه گر شد. ۳. یکی از مواردی که اجرای ظاهر قانون به هرج و مرج و بی عدالتی منتهی می شود جایی است که شریک سازنده در ساخت و تحویل بنا تخلفات متعدد صورت داده است و مالک هم امکان اطلاع از تخلفات او در جریان ساخت ملک را نداشته است و اکنون با بنایی مخالف با مواد قرارداد مشارکت مواجه می شود. در این شرایط اجرای مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م جاییگاهی ندارد زیرا الزام و انجام تعهد به خرج دیگری امکان ندارد یا اگر امکان داشته باشد، با عسر و حرج فراوان برای خواهان روبرو است پس طرح دعوی مطالبه خسارت بهترین و عادلانه ترین راه ممکن است زیرا تعهد سازنده از نوع «وحدت مطلوب» بوده است که اکنون زمان اجرای تعهد پایان یافته است و اگر مالک را مکلف به طرح خواسته اولیه الزام کنیم اول باعث اطلاع دادرسی و طرح دعوی متعدد و تحمیل هزینه و وقت بیهوده بر اصحاب دعوا و بیت المال شدیم دوم با مبانی تعهد وحدت مطلوب منافات دارد. سوم با طرف تجاوزکار همکاری کرده ایم و باعث تشویق طرف تجاوزگر و سوء استفاده از حق شدیم (اصل ۴۰ ق.ا و قاعده لاضرر) ۴. مطالبه خسارت از خسارت ممنوع است ولی دریافت «افت ارزش پول» هیچگاه خسارت محسوب نشده و از آن عنوان خروج تخصصی دارد به خصوص در شرایطی که دادرسی و اجرای حکم قطعی سالها به طول می انجامد و محکوم به ارزش ناچیزی پیدا می کند. در غیر این صورت با طرف تجاوزکار همکاری کرده ایم و با آیه «لا تعاونوا علی الاثم و العداون» منافات دارد و دری از سوء استفاده از حق را برای تجاوزکار باز کردیم (اصل ۴۰ ق.ا و قاعده لاضرر) ۵. اصل ۴۰ ق.ا و قاعده لاضرر از اصول مهم اخلاقی، انسانی، حقوقی ما هستند که بر عموم تمام قوانین عادی کشور حکومت دارند و اگر به درستی تفسیر و اجرا شوند در بسیاری از موارد ستمدیدگانی که به دستگاه قضایی و حمایت و کلا پناه می آورند از دادگستری بعنوان مرجع عمومی دادخواهی ناامید نمی شوند.

منابع و مواخذ

الف- فارسی

۱. بندرریگی، محمد. ترجمه منجد الطلاب، تهران: اسلامی، ۱۳۶۲.
۲. سیفی مازندرانی، علی اکبر. فقه استدلالی، تهران، موسسه نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۳۰ه.ق.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۱.
۴. خاکباز، محمد. رساله عملی در وجه التزام. تهران، مجد، ۱۳۹۸.
۵. خاکباز، محمد. عدالت و انصاف درآینه آرای قضایی: گزیده آراء و تحلیل آنها. جلد اول، تهران: جنگل، ۱۳۹۹.
۶. خاکباز، محمد. عدالت معاوضی وقاعده موازنه: تبیین ماهیت، مجاری و مصادیق، جلد اول، تهران: مجد، ۱۳۹۶.
۷. کاتوزیان، ناصر. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان، ۱۳۸۳.
۸. شمس، عبدالله. دوره پیشرفته آیین دادرسی مدنی، ج ۱، تهران، دراک، ۱۳۹۳.
۹. شهیدی، مهدی. سقوط قراردادها و تعهدات. تهران، مجد، ۱۳۹۲.
۱۰. موحد، محمدعلی. دره‌های حق و عدالت طبیعی تا حقوق بشر، تهران، کارنامه، ۱۳۸۴.
۱۱. فضائی، مصطفی. دادرسی عادلانه در محاکمات کیفری بین المللی، تهران، شهردانش، ۱۳۸۹.

ب- عربی

۱۲. ابن بابویه قمی، محمد (شیخ صدوق). «من لایحضره الفقیه». جلد ۲ و ۳، قم، اسلامی، ۱۴۱۳ه.ق.
۱۳. اصفهانی، محمد باقر (مجلسی دوم). «مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول». جلد ۲۴، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ه.ق، محقق سیدهاشم رسولی.
۱۴. اصفهانی، محمد باقر (مجلسی دوم). «ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار». جلد ۱۰، محقق سید مهدی رجایی، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی، ۱۴۰۶ه.ق.
۱۵. بحرانی، حسین بن محمد. «الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع (للفیض)». جلد ۱۴، محقق محسن آل عصفور، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۱۶. سبحانی، سیدجعفر. «نظام القضاء و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه العَرَاء». جلد ۱، قم، موسسه امام

صادق (ع)، ۱۴۱۸هـ. ق.

۱۷. سیوری حلی، مقداد ابن عبدالله. «کنزالعرفان فی فقه القرآن». جلد ۲، قم، مرتضوی، ۱۴۲۵هـ. ق.
۱۸. طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن. «المبسوط فی فقه الامامیه»، جلد ۳ و ۸، قم، الاسلامی، ۱۴۲۸هـ. ق.
۱۹. طوسی، ابی جعفر. «الخلاف». الجزء الثالث، محقق و مصحح علی خراسانی، سید جواد شهرستانی، مهدی طه نجف، مجتبی عراقی، قم، الاسلامی، ۱۴۰۷هـ. ق.
۲۰. طوسی، ابی جعفر. «تهذیب الاحکام». جلد ۶، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷هـ. ق.
۲۱. عاملی، زین الدین (شهید ثانی). «مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام». جلد ۱۳، تحقیق گروه پژوهش موسسه معارف اسلامی، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳هـ. ق.
۲۲. لنکرانی، فاضل. «تفصیل الشریعه فی شرح تحریرالوسیله: القضاء و الشهادات»، قم، نشرائمه، محقق حسین واثقی و محمد مهدی مقدادی، ۱۴۰۲هـ. ق.
۲۳. ۱۱. نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. جلد ۲۴ و ۲۵، بیروت، دارالتراث العربی، محقق: عباس قوچانی و علی آخوندی، ۱۴۰۴هـ. ق.

ج- لاتین

Hunt. Martin (1394). A level and level law. By: mohamad taghi rafie. Tehran : Majd.



**The importance of the principle of supervision and its essential
examples in executive bodies**

Mohammad Pak Gohar, Maryam Sarmašt

Date Received : 26 October 2023

Date Accepted : 30 October 2023

abstract

In this research, the importance of the principle of supervision and its examples in executive bodies are investigated with the aim of improving the administrative system. The supervision of the government started after the legalism movement and was born of the libertarian ideas of the last few centuries. The introduction of supervision is to pay attention to the principle of the rule of law, as one of the important principles of public law, according to which all government forces and government activities must act according to the law so that the agencies do not violate the rights of individuals. In this article, theoretically and with Using the analytical and descriptive method to examine various examples of the principle of supervision, including the supervision of the recruitment, performance, training and promotion of human forces, which can affect the performance of executive bodies; we pay The main question is the necessity of monitoring and monitoring examples in executive bodies. The main conclusion of the work is based on the fact that the principle of supervision in organizations has a strong deterrent role against administrative violations and supervision along with the guarantee of implementation is the most important method for implementing the goals of the administrative system, but this does not mean neglecting other methods and implementing a The mixed system for monitoring is a place for reflection according to the conditions of each society.

Key words: supervision, inspection, executive bodies, administrative health



اهمیت اصل نظارت و مصادیق ضروری آن در دستگاه‌های اجرائی

۱ - مریم سرمست^۱ - محمد پاک گوهر^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۸

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۸/۰۴

چکیده:

در این پژوهش، اهمیت اصل نظارت و مصادیق آن در دستگاه‌های اجرائی با هدف بهبود سیستم اداری مورد بررسی است. نظارت بر دولت پس از نهضت قانون گرائی آغاز شد و زاینده اندیشه های آزادی طلبانه چند قرن اخیر بود. مقدمه نظارت، توجه به اصل حاکمیت قانون، به عنوان یکی از اصول مهم حقوق عمومی است که به موجب آن تمام قوای حکومتی و فعالیت‌های دولتی باید طبق قانون عمل کنند تا نهادهای کارگزار موجب تضییع حقوق افراد نشوند. در این مقاله به شیوه نظری و با استفاده از روش تحلیلی و توصیفی، به بررسی مصادیق مختلف اصل نظارت از جمله نظارت بر نحوه استخدام، عملکرد، آموزش و ارتقاء نیروهای انسانی که می تواند بر عملکرد دستگاه‌های اجرائی، تاثیر گذار باشد؛ می پردازیم. سوال اصلی، ضرورت وجود نظارت و مصادیق‌های نظارتی در دستگاه‌های اجرائی است. رهاورد اصلی کار نیز مبتنی بر این است که اصل نظارت در سازمان‌ها، نقش بازدارندگی قوی در برابر تخلفات اداری دارد و نظارت همراه با ضمانت اجراء مهم‌ترین شیوه برای اجرای اهداف سیستم اداری می‌باشد اما این به معنای غفلت از سایر روش‌ها نیست و اجرای یک سیستم مختلط برای نظارت با توجه به شرایط هر جامعه، محل تأمل است.

کلمات کلیدی: نظارت، بازرسی، دستگاه‌های اجرائی، سلامت اداری

۱ - دکترای حقوق عمومی و رئیس اداره حقوقی حفاظت محیط‌زیست استان کرمان.. Maryam.sarmašt@gmail.com

۲ - دانشجوی دکترای حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان. mv.pakgohar@gmail.com

نظارت یک موضوع چندوجهی است که در ابعاد مختلف حقوقی، اجتماعی، سیاسی و غیره به شدت تأثیرگذار می‌باشد. این مسئله همواره به دلیل همین تأثیرگذاری چندجانبه، بخش مهمی از مسائل حقوق را به طور اعم و حقوق عمومی را به طور اخص به خود اختصاص داده؛ زیرا تردیدی نیست که نظارت صحیح در دستگاه‌های اجرائی دارای اهمیت است و حتی انعکاس مستقیمی در رضایتمندی مردم از نظام سیاسی - حکومتی خواهد داشت. نکته قابل توجه این است که در مباحث نظارتی اغلب از مفاهیم و انواع نظارت صحبت می‌شود اما به موضوع مصادیق نظارت کمتر پرداخته می‌شود. حال آنکه اگر این مصادیق شناسائی و تحت نظارت قرار گیرند به میزان گسترده‌ای کارکردهای حقوق اداری در ابعاد مختلف تحقق یافته و از قانون شکنی و فساد جلوگیری می‌شود. در این مقاله با رویکرد تحلیلی و توصیفی ضمن تبیین مفاهیم و انواع نظارت، مصادیق ضروری نظارت در دستگاه‌های اجرائی بررسی شده‌اند. از قبیل نظارت بر استخدام و جذب نیرو، نظارت بر عملکرد و انجام وظایف کارکنان، نظارت بر انتصاب‌های اداری و ارتقاء شغلی، نظارت بر توزیع امکانات و تجهیزات اداری. غفلت از هر کدام از مصادیق یاد شده؛ در دراز مدت و حتی در کوتاه مدت موجب آسیب نظام اداری و دورماندن از تحقق اهداف قانونی خواهد شد. اهمیت نظارت به ویژه از این حیث مهم است که به طور کلی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و قانون خدمات کشوری بر اهمیت داشتن یک نظام اداری کارآمد و حذف تشکیلات غیرضروری تأکید شده است. برای نظارت انواع و اهداف گوناگونی بیان شده است. در این مقاله از زاویه دیگری به نظارت نگاه شده و در واقع نظارت تأسیسی در جنبه اداری مدنظر است. یعنی اگر از اولین سنگ بنا برای جذب و استخدام نیروی انسانی، آموزش کارکنان، رعایت شایسته سالاری در انتصاب‌ها و ارتقاء شغلی و بالاخره عملکردها یک نظارت قوی، جدی و همراه با تضمین کافی وجود داشته باشد؛ اصل نظارت به شکل مناسبی تحقق یافته و نظام اداری از آسیب‌های سیستمی در امان می‌ماند. بدون شک بی توجهی به سیستم‌های نظارتی فعال و پاسخگو، موجب فساد اداری شده تا آنجا که ریشه‌های توسعه و تعالی کشور را خشکانده، دولت‌ها را از درجه مشروعیت و مقبولیت ساقط نموده و ثبات و امنیت جوامع را به مخاطره می‌اندازد و با خدشه دار کردن نظام سالم و پیشرو اداری مانع از توسعه سیاسی و اجتماعی جامعه می‌شود.

مفهوم نظارت

نظارت مجموعه اختیارات و اقداماتی است که به منظور جلوگیری از انحراف سازمان‌های اداری از اهداف و وظایف قانونی‌شان به عمل می‌آید و هدف از آن بررسی، جستجو، کنکاش و اطلاع از اشتباه‌ها، معایب کار، نواقص و تخلفات نیروهای انسانی می‌باشد تا به موقع و با کمترین صرف وقت و هزینه بتوان نسبت به جبران و رفع آنها اقدام نمود. در تعریف مصطلح، «نظارت» به مجموعه عملیاتی گفته می‌شود که طی آن، میزان تطابق عملکرد اشخاص با قوانین و مقررات سنجیده می‌شود تا از این طریق، به مطابقت نتایج عملکرد با هدفهای مطلوب، اطمینان به دست

آید.^۱ «نظارت» در حقوق اساسی نیز بررسی، ممیزی و ارزشیابی کارهای انجام شده یا در حین انجام و انطباق آنها با تصمیمات اتخاذ شده و همچنین، قانون و مقررات در جهت جلوگیری از انحراف افراد تعریف شده است.^۲ به طور خلاصه «نظارت» در مفهوم حقوقی عبارت است از بازرسی، سنجش و ارزیابی اقدامات مجریان و ناظر کسی است که به منظور چنین بازرسی، ارزیابی و سنجشی تعیین می‌شود.^۳ آنچه در مجموع نظریات مختلف در تعریف «نظارت» می‌توان یافت آنکه در همه تعاریف، نظارت را نوعی آگاهی و اطلاع از آنچه در حال وقوع است دانسته‌اند. به عبارتی نظارت مقایسه ضمنی بین آنچه هست و آنچه باید باشد و انجام اموری در راستای رسیدن به هدف مطلوب است.^۴ این نظارت می‌تواند در موضوعات مختلف یا به شیوه‌های مختلفی اعم از پیشینی یا پسینی، استصوابی یا استطلاعی، مستقیم یا غیرمستقیم، نهان یا آشکار و بسیاری انواع دیگر اعمال گردد. به این ترتیب هم از خطاهای احتمالی و آتی جلوگیری می‌شود و هم نقص‌ها و مشکلات موجود آشکار و برای اصلاح آنها اقدام می‌گردد و منجر به روند تکاملی و کارآمدی بهینه حرکت خواهد شد. نظارت دارای انواع، مراتب و اصولی است که حوزه وسیع و قابل بحثی در حقوق عمومی را شامل می‌شود.

اهداف نظارت

در نظارت بر دستگاه‌های اداری هدف اصلی تطبیق اعمال اداره با قانون، امکانات و مقتضیات موجود، اقتصاد و کارایی است. تطبیق اعمال اداره با قانون: نظر به اینکه رسالت اصلی قوه مجریه، اجرای مصوبات قانونی نهادهای تقنینی و در راس آنها قوه مقننه است لذا مهم‌ترین هدف در نظارت حصول اطمینان از رعایت قوانین و مقررات در تصمیمات و اعمال اداری است و قسمت مهم این نوع نظارت مربوط به اعمال حقوقی و اقدامات مالی دستگاه دولتی است. تطبیق اعمال اداره با امکانات و مقتضیات موجود: در این روش بازرسی اداری از آزادی عمل برخوردار است و عملکرد اداری را با توجه به تجهیزات فیزیکی و نیروی انسانی موجود مورد ارزیابی قرار می‌دهد. کنترل او توأم با ارائه پیشنهاد است و اغلب به دلیل محدودیت امکانات و مقتضیات نتیجه بازرسی رضایت بخش است. لکن به نظر می‌رسد ارزیابی مقتضیات، ارتباط تنگاتنگی با مقوله مصالح عمومی داشته باشد و به نوعی بازرسی به دنبال هدایت مجموعه‌های اداری و اجرائی در مسیر جلب رضایت اجتماعی و تأمین مصالح، منافع و مقتضیات عمومی برآید، چرا که مصلحت یک مفهوم عام‌تر نسبت به قانون و مقررات است و انتظاری است، که فرد ناظر از یک نظام اداری خوب دارد. تطبیق اعمال اداره با اقتصاد و کارایی: در اینجا اصلی‌ترین هدف نظارت به معیار توازن و تعادل موجود بین ارزش خدمات اداری و بهای تمام شده آن بر می‌گردد. البته صرفه جوئی صحیح در هزینه‌ها، معیار موثر دیگری است که معمولاً چشمان تیز بین ناظر یا ناظران را متوجه خود می‌کند. در حالی که در نظارت از جهت کارایی، مقصود آن است که ببینیم

۱- اخوان کاظمی، بهرام، نظارت در نظام اسلامی، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ۱۳۹۵.

ص ۳۱.

۲- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، بایسته های قانون اساسی، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۷، ص ۱۵۲.

۳- عمید زنجانی، عباسعلی، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۹۷، ص ۱۵.

۴- همان، ص ۱۶.

اداره با صرف چه میزان از نیرو قادر به انجام هدفهای خود می‌باشد؟ به عبارت دیگر منظور از کارائی این است که بتوان با صرف حداقل تلاش حداکثر سود را در زمان مناسب بدست آورد. در این نوع از نظارت گاهی از شیوه مقایسه نیز بین چند دستگاه اداری مرتبط استفاده می‌شود تا بهترین نتیجه گیری بدست آید.

انواع نظارت

نظارت را از دیدگاه‌های گوناگونی می‌توان دسته بندی نمود:

یکی از این انواع، دسته بندی نظارت بر دو نوع کلی است: «نظارت حکومتی» و «نظارت مردمی» از طرفی نظارت مردمی را هم به اقسامی همچون: نظارت افکار عمومی، نظارت احزاب و اجتماعات، نظارت مطبوعات و رسانه‌ها قسمت کرده‌اند.^۱ نظارت را از جهت ماهیت می‌توان به انواع مختلفی همچون: نظارت سازمانی (اعم از سلسله مراتبی و نظارت قیمومتی) و نظارت کیفی (سیاسی یا پارلمانی، قضایی، اداری، مالی)، تقسیم نمود. در تعریف چهار مدل نظارت کیفی نیز گفته شده: نظارت سیاسی عبارتست از مطالعه، بازرسی و رسیدگی که از جانب نهادها یا مقام‌های سیاسی کشور بر مراجع و نهادهای حکومتی، مستخدمان و اموال آنان صورت می‌گیرد؛ تا از حسن جریان امور اطمینان حاصل شود.^۲ مراد از نظارت قضایی، نظارتی است که از سوی قوه قضائیه اعمال می‌گردد و یکی از اصول پذیرفته شده‌ی حقوقی در غالب نظام‌های حقوقی دنیا به شمار می‌رود. این اصطلاح به طور خاص در خصوص نظارت نهاد قضایی بر اقدامات و تصمیمات مقامات اجرایی و قدرتهای حکومتی به کار می‌رود.^۳ نظارت اداری که از آن تحت عنوان نظارت سلسله مراتبی نیز یاد کرده اند، نظارتی است که در دستگاه اداری کشور و از سوی این دستگاه اعمال می‌گردد. این نظارت از نظر سلسله مراتب نظارتی، مکملی بر نظارت سیاسی است که از سوی سازمان‌های دولتی یا سازمان‌های محلی صورت می‌گیرد.^۴ نظارت مالی به مفهوم نظارت بر تمامی تصرفات دستگاه‌های دولتی و همه نهادهایی است که به نحوی از انحاء از بودجه دولتی استفاده می‌کنند به کار می‌رود.^۵ نوع دیگر تقسیم بندی نظارت درونی و بیرونی است. نظارت درونی، نظارتی است که از درون پیکره یک نهاد و سازمان بر عملکردهای آنان و اعضایشان اعمال می‌شود؛ اما نظارت بیرونی، از سوی یک شخص یا مقام یا سازمانی خارج بر اعمال شخص یا مقام یا سازمان دیگر اعمال می‌شود.^۶ از نظر ظاهری، صوری و شکلی نیز نظارت بر دو نوع مستمر و موردی است. در یک بخش بندی دیگر، نظارت از نظر زمانی به

۱- پیشین، ص ۶۱.

۲- همان، ص ۵۳.

۳- بهادری جهرمی، علی، ابوالحسنی، محسن، آشنائی با مفاهیم حقوق عمومی، ناشر پژوهشکده شورای نگهبان، تهران، ۱۳۹۷، ص ۳۹.

۴- عمید زنجانی، همان، ص ۱۳۱.

۵- عمید زنجانی، همان، ص ۱۹۷.

۶- جوان آراسته، حسین، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، مرکز چاپ و نشر دارالحدیث، قم، ۱۳۹۷، ص ۱۸۳.

دو نوع پسینی و پیشینی تقسیم می‌شود. به نظارت پسینی، نظارت ارشادی و به نظارت پیشینی نظارت تعقیبی هم گفته می‌شود. نظارت تقسیم‌بندی دیگری به نام استصوابی و استطلاعی دارد. نظارت استطلاعی، نظارتی است که اعمال حقوقی با اطلاع ناظر صورت می‌پذیرد و ناظر از چگونگی جریان امور باخبر می‌شود ولی نمی‌تواند در تصمیم‌گیری‌ها دخالت کند. در نظارت استصوابی هم اعمال حقوقی که به وسیله مجریان انجام می‌گیرد، زیر نظر مستقیم و با تصویب و صلاحدید ناظر صورت خواهد گرفت.^۱ برخی پژوهشگران نیز به شکل کلی از عبارت «نظارت قانونی» استفاده می‌کنند. نظارت قانونی همانا بررسی انطباق اعمال دولتمردان و نهادها با قوانین و مقررات توسط مرجع و مقام ناظر، با هدف نظم حقوقی و قانونمند بودن تمامی امور حکومت و در نهایت رسیدن به حاکمیت قانون است.^۲ البته در یک نگاه فراهخشی این نوع از نظارت را می‌توان شامل تمامی انواع پیش گفته قلمداد نمود. هر یک از این نظارت‌ها نیز به شیوه‌های مختلفی قابل اعمال و اجرا هستند. با توجه به انواع و اقسام نظارت در این مقاله بحث محوری ما بر مصادیق نظارت در دستگاه‌های اجرائی تمرکز دارد؛ که عمدتاً موارد زیر را در بر می‌گیرد:

نظارت بر جذب و استخدام نیرو

نظارت بر عملکرد کارکنان

نظارت بر آموزش و بازآموزی نیروی انسانی

نظارت بر انتصاب‌های شایسته و مسیر ارتقاء اداری

نظارت بر توزیع امکانات و تجهیزات

بدون شک در تحقیقات آتی می‌توان در مورد نحوه و اشکال نظارت بر هر مصداق از قبیل نظارت درونی یا بیرونی، نظارت پیشینی یا پسینی و غیره دست به کار نگارش زد.

نظارت بر جذب و استخدام نیرو

فرایند جذب و استخدام نیروی انسانی یکی از پیچیده‌ترین فرایندهای سازمانی است که عدم موفقیت در آن، می‌تواند باعث ناکارآمدی، فساد و حتی اضمحلال شود. یکی از مهم‌ترین دارایی هر سازمان، منابع انسانی آن سازمان است و به همین خاطر باید با داشتن یک استراتژی و برنامه‌ریزی دقیق، تمام فرایند جذب و استخدام را بر اساس قانون مدیریت کرده و مراحل انجام فرایند جذب و استخدام نیروی انسانی را با توجه به نیازهای مجموعه معین کرد. فرایند جذب و استخدام نیروی انسانی به مراحل گفته می‌شود که با کمک آن یک موقعیت خالی در سازمان بررسی شده و با توجه به نیازمندی‌های آن جایگاه، متقاضیان ارزیابی خواهند شد و سپس متناسب‌ترین فرد برای استخدام در آن شغل، انتخاب می‌شود. یکی از مؤثرترین انواع نظارت،

۱- همان، ص ۱۸۴.

۲- عمید زنجانی، عباسعلی، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۹۷ص ۲۳۱.

این است که فرایندهای استخدام نیرو از مرحله آگهی، ثبت نام، برگزاری آزمون، اعلام نتایج، مصاحبه، گزینش، تحقیق و معرفی نهائی افراد زیر ذره بین نظارت قانونی باشد تا همه چیز بر طبق قانون پیش رفته و از هرگونه اعمال نفوذ و نظر شخصی، آشنابازی، سفارش گرفتن و انتخاب های سلیقه ای پیشگیری شود. به عبارتی مفهوم شایسته سالاری برای جذب نیروی انسانی باید رعایت شود. استخدام دولتی یکی از مباحث مهم حقوق اداری است که هدف آن این است که چگونه باید کارمندان را از بین افراد مختلف انتخاب و آنها را بر طبق اصول و موازین صحیح اداری هدایت کرد؛ تا دولت بتواند حداکثر بهره را ببرد. این مهم از اولین قانون استخدام کشوری مصوب سال ۱۳۰۱ شمسی تا کنون و قانون مدیریت خدمات کشوری مد نظر بوده اما نحوه اجرای قوانین در طول زمان به دلیل فقدان نظارت های کافی موجب شده نه تنها مجریان امور رعایت مفاد قانونی را نکردند بلکه در مواردی با تصمیمات سلیقه ای، اعمال نفوذ و آشنا بازی فرایندهای استخدام را از مسیر صحت و سلامت دور کرده و بجای جذب نیروهای کارآمد، شاهد جذب افرادی نزدیک به لایه های قدرت و برخوردار از سفارش های گوناگون بوده ایم. حتی در برخی دستگاه های اجرائی به راحتی آشنا بازی و حضور زنجیره ای از افراد یک فامیل در مراحل مختلف جذب نیرو اتفاق افتاده است. بخصوص که در برخی ادوار دولت، وجود سیاست های اجرائی مبنی بر وجود شرکت های خدماتی و جذب نیروی شرکتی، بر خلاف هدف اولیه از تأسیس این شرکت ها محقق شده و این شرکت ها واسطه جذب نیروهای سفارشی در بدنه دولت شده اند. چنین وضعیتی هائی مصادق کامل اهمیت نظارت بر جذب نیرو می باشد. استخدام سالم و قانونی سبب می شود تا افراد توانمند و دارای دانش و کارائی به بدنه قوه مجریه پیوند بخورند و تحقق اهداف اداری سهل الوصول باشد. در حالی که وجود نیروهای سفارشی و رابطه ای در عمل تضعیف اهداف اداری را به دنبال داشته و حتی موجب سوء استفاده نیز می شود. نیروهای سفارشی در مواردی از نظر فیزیکی و توان جسمی، هیچ انطباقی با شرح وظایف تخصصی خود ندارند مانند آنچه که در جذب نیروهای محیط بان در سازمان حفاظت محیط زیست شاهد هستیم. در مواردی نیروها هیچ سنخیتی با ماهیت تخصصی فعالیت های محوله ندارند مانند سیستم جذبی که در برخی سنوات از سوی آموزش و پرورش اجرائی شده و توجه شایسته ای به ماهیت وظایف و رشته تحصیلی داوطلبان نشده است. از دیگر سو میزان علاقمندی و جذابیت و مطلوبیت یک کار، با نظرات داوطلب یک اصل مهم است اما در جذب های سفارشی و مبتنی بر آشنائی تقریباً موضوع علاقمندی و تخصص هیچ جایگاهی ندارد و بیش از هر چیز به تصاحب یک پست دولتی به عنوان مسیری برای پیشرفت و به عبارتی سکوی پرتاب نگاه می شود. قانون مدیریت خدمات کشوری در فصل های ششم و هفتم ضوابط قانونی جذب نیرو را تصریح کرده است.

- ورود به خدمت و تعیین صلاحیت استخدامی افرادی که داوطلب استخدام در دستگاه های اجرایی می باشند براساس مجوزهای صادره، تشکیلات مصوب و رعایت مراتب شایستگی و برابری فرصت ها انجام می شود.^۱

- به کارگیری افراد در دستگاه‌های اجرایی پس از پذیرفته شدن در امتحان عمومی که به طور عمومی نشر آگهی می‌گردد و نیز امتحان یا مسابقه تخصصی امکان‌پذیر است. دستورالعمل مربوط به نحوه برگزاری امتحان عمومی و تخصصی به تصویب شورای توسعه مدیریت می‌رسد.^۱

از تاریخ تصویب این قانون، استخدام در دستگاه‌های اجرایی به دو روش ذیل انجام می‌پذیرد.

الف - استخدام رسمی برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی.

ب - استخدام پیمانی برای تصدی پست‌های سازمانی و برای مدت معین.^۲

- مجموع مجوزهای استخدام دستگاه‌های اجرایی با رعایت فصل دوم این قانون در برنامه‌های پنجساله تعیین می‌گردد و سهم هر یک از وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی با پیشنهاد سازمان به تصویب هیأت وزیران می‌رسد.^۳

تبصره - هر گونه به کارگیری نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرایی خارج از مجوزهای موضوع این ماده خلاف قانون محسوب و ممنوع می‌باشد و پرداخت هرگونه وجهی به افرادی که بدون مجوز به کار گرفته می‌شوند تصرف غیر قانونی در اموال عمومی محسوب می‌گردد.^۴

- هر نوع به کارگیری افراد در دستگاه‌های اجرایی به غیر از حالات مندرج در ماده (۴۵) و تبصره ماده (۳۲) این قانون ممنوع می‌باشد.^۵

مع الوصف چنانکه گذشت؛ بارها قوه مجریه قانون را دور زده؛ در یک مقطع زمانی از طریق شرکت‌های خدماتی و در دوره دیگری از طریق تصویب سهمیه‌های ویژه برای جذب فرزندان شاهد بدون برگزاری آزمون! اگر چه در شکل ظاهر توجیه و تفسیر داشته؛ ولی پر واضح است که عدول از اصل قانونی مندرج در فصول قانون مدیریت خدمات کشوری رخ داده است. موارد یاد شده منصرف از زمانی است که مسئولان امر با نفوذ و آشنا بازی به ویژه در بخش مصاحبه‌های شغلی موجبات ورود افراد سفارشی را فراهم می‌آورند. بر اهل فن و کسانی که سابقه اجرائی دارند؛ پوشیده نیست که مسیرهای غیر عادی برای ورود قراردادی به خدمت دولت برای افراد خاص وجود دارد. به عنوان مثال از طریق جذب نیرو برای طرح‌های مطالعاتی و در قالب قرارداد. علی‌هذا به همه این دلایل یک نظارت قوی برای استخدام و به کارگیری نیروها لازم است. در روند اصلاحات نظام استخدامی کشور از یک طرف می‌بایست از مطالعات تطبیقی و تجارب اندوخته سایر کشورهای پیشرو بهره‌برداری کرد و از سوی دیگر، با عطف توجه به ظرفیت‌ها و موقعیت‌های داخل کشور، نیل به الگوی مطلوب و بومی استخدام عمومی را وجهه همت خود گمارد. نیل به این مهم به‌طور کلی در سه سطح منقش می‌گردد؛ نخست، تعیین هدف

۱- همان، ماده ۴۴.

۲- همان، ماده ۴۵.

۳- همان، ماده ۵۱.

۴- همان، تبصره ماده ۵۱.

۵- همان، ماده ۵۲.

و رویکردی که در پی انتظام نظام مزبور متصور و مورد انتظار است و آن را می توان در «کارآمدی اقتصادی و عدالت استخدامی» مزین و متبلور ساخت؛ دوم، بنای مبنای مزبور و طرح پیکره نظام استخدامی بوده و سوم تضمین بهینه حقوق استخدامی از طریق تمهید مقرراتی درخور از خلال سازوکارهای اداری و قضایی است.^۱

نظارت بر عملکرد کارکنان

نظارت کارآمد بر عملکرد نیروهای انسانی، یکی از نیازهای اساسی سازمانها برای مدیریت منابع انسانی می باشد؛ با گسترش سازمانها و پیدایش مسائل و پیچیدگی مدیریت آنها، اهمیت نظارت مطلوب بر کارکنان دولت بیشتر احساس شده و دامنه‌ی فعالیتها و وظایف بخش نظارتی نیز گسترده تر شده است. از این رو، در سازمانهای گوناگون، مدیران همواره می کوشند با استفاده از سیستمهای نظارتی کارآمد و با به کارگیری شیوههای مؤثر بر اجرای هر چه بهتر برنامهها و عملکرد افراد تحت امر خود نظارت کنند.^۲ نظارت بر عملکرد یک امر تخصصی است زیرا در هر دستگاه اجرائی با طیفهای متنوع و گستردهای از وظایف عمومی و تخصصی سروکار داریم. برای نظارت صحیح باید ابتدا شاخصهای واقعی عملکرد را شناسائی کرد. سپس برای هر شاخص، معیارهای مربوط به آن را تعریف و در بازههای زمانی مختلف مورد ارزیابی قرار داد.

- تجربه اداری ناظر بر این است؛ که کنترل عملکرد باید از حضور و غیاب کارکنان شروع شود. تا نظم واقعی در دستگاهی ایجاد نشود؛ اهداف اداری محقق نخواهد شد.

- یکی از بارزترین شیوههای کنترل عملکرد، به صدور مجوزهای مختلف برمی گردد. دستگاههای اجرائی، مراجعینی دارند که برای امور مختلف نیازمند اخذ مجوز از ادارات دولتی هستند. اگر نحوه صدور این قبیل گواهیها تحت نظارت قرار گیرد و کارکنان موظف به گزارش دهی بموقع و صحیح باشند؛ از ایجاد بسیاری از گلوگاههای فساد جلوگیری می شود.

- مأموریتها و جلسات اداری از دیگر ابعادی است که نیازمند نظارت می باشد؛ تا از هر گونه احکام مأموریت صوری جلوگیری شده و هر گونه جلسه اداری از حالت تشریفاتی و انجام وظیفه صوری خارج شده و نتیجه بخش باشد.

- پرداخت مزایای دولتی از قبیل اضافه کار، پاداش و غیره باید توسط چشم ناظران کنترل شود در فضایی که تبعیض در پرداختها وجود دارد؛ کارکنان دلسرد شده و عملکردها تضعیف می شود.

- بحث آمار و گزارشهای اداری از دیگر مواردی است که نیازمند نظارت می باشد تا از تهیه عملکردهای نظارتی و نمایشی پیشگیری شود.

۱- گرجی از ندریانی، مبانی حقوق عمومی، انتشارات جنگل، تهران، چاپ هفتم، ۱۴۰۰، ص ۱۷.

۲- موسی زاده، رضا، حقوق اداری، نشر میزان، تهران، ج ۱-۲، ۱۳۹۶، ص ۴۲

به هر حال عملکرد کارکنان بخش بسیار مهم فعالیت‌های اداری است که قسمت اعظم آن هم تخصصی است. برای نظارت بر عملکردها باید از ناظرین و بازرسین متخصص و بی‌طرف استفاده کرد. یکی از آسیب‌های جدی در بحث نظارت این است که نظارت بر عملکرد کارکنان جدی گرفته نمی‌شود و با گذشت زمان حتی اگر بهترین نیروها را استخدام کرده باشیم؛ تحت تأثیر جو موجود و ضعف نظارت بر وظایف کارکنان، روزمرگی گریبان گیر مجموعه اداری شده و به اجرای وظایف محوله به دور از هر گونه خلاقیت و دلسوزی بسنده می‌کنند. فصل یازدهم از قانون مدیریت خدمات کشوری در باره ارزیابی عملکرد کارکنان دولت است. مواد ۸۱ الی ۸۳ اشعار می‌دارد:

– دستگاه‌های اجرایی مکلفند براساس آیین نامه ای که با پیشنهاد سازمان به تصویب هیأت وزیران می‌رسد، با استقرار نظام مدیریت عملکرد مشتمل بر ارزیابی عملکرد سازمان، مدیریت و کارمندان، برنامه‌های سنجش و ارزیابی عملکرد و میزان بهره‌وری را در واحدهای خود به مورد اجرا گذاشته و ضمن تهیه گزارش‌های نوبه‌ای و منظم، نتایج حاصل را به سازمان گزارش نمایند.^۱

– سازمان موظف است استقرار نظام مدیریت عملکرد را در سطح کلیه دستگاه‌های اجرایی پیگیری و نظارت نموده و هر سال گزارشی از عملکرد دستگاه‌های اجرایی و ارزشیابی آنها در ابعاد شاخص‌های اختصاصی و عمومی و نحوه اجرای احکام این قانون را براساس آیین نامه ای که با پیشنهاد سازمان به تصویب هیأت وزیران می‌رسد، تهیه و به رئیس جمهور و مجلس شورای اسلامی ارائه نماید.^۲

– سازمان موظف است هر ساله براساس شاخص‌های بین‌المللی و گزارش‌های دریافتی از دستگاه‌های ذی ربط، پس از انطباق با چشم انداز ابلاغی، جایگاه و میزان پیشرفت کشور را در مقایسه با سایر کشورهای جهان تعیین و گزارش لازم را به رئیس جمهور و مجلس شورای اسلامی ارائه نماید و از نتایج آن در تدوین راهبردهای برنامه‌های توسعه استفاده نماید.^۳

نظارت بر آموزش و بازآموزی نیروی انسانی

قسمت ب از ذیل بند ششم اصل دوم قانون جمهوری اسلامی ایران از جمله اهداف خود را «استفاده از علوم و فنون و تجارب پیشرفته بشری و تلاش در پیشبرد آنها» معرفی می‌کند. صرفنظر از این مبنای قانونی، مجموعه ای که از آموزش فاصله می‌گیرد همانند آب راکدی است که در گذر زمان می‌گندد و از آب زلال که مایه حیات و زندگی است محروم می‌ماند. آموزش از ارکان مهم هر مجموعه اداری است تا از آن طریق کارکنان دانش خود را به روز کرده نقاط قوت و ضعف خود را بازبایی کنند. در رفع نقاط ضعف کوشیده و نقاط قوت را تقویت نمایند. امروزه

۱- قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۵، ماده ۸۱

۲- همان، ماده ۸۳

۳- همان، ماده ۸۵

هیچ سازمان اداری و اجرایی نمی‌بینیم که تقویم آموزشی نداشته باشد و در طول سال چندین دوره آموزشی برگزار نکند. با این همه ضعف نظارت بر مقوله آموزش سبب شده تا در واقعیت نقاط ضعف زیر بر تحقق اهداف آموزشی غلبه کنند. حضور برخی از کارکنان در دوره‌های آموزشی، یک حضور واقعی و فعالانه نیست. این وضعیت به ویژه در آموزش‌های آنلاین بیشتر احساس می‌شود. ارزیابی واقعی در دوره‌های آموزشی اجراء نمی‌شود. امتحانات پایان دوره به دور از کنترل و سنجش واقعی معلومات شخص آزمون دهنده هستند. عزم جلدی برای تطبیق عناوین دوره‌های آموزشی با وظایف کارکنان دیده نمی‌شود. در حالی که باید در کنار عناوین، همه ساله سرفصل‌های آموزشی نیاز سنجی شده و بر اساس دانش روز ارائه شوند.

فصل نهم از قانون مدیریت خدمات کشوری بر عدالت آموزشی و اجرای آموزش تأکید دارد. از جمله برخی مواد این فصل عبارتند از:

ماده ۵۸- سازمان موظف است به منظور ارتقای سطح کارایی و اثربخشی دستگاه‌های اجرایی، نظام آموزش کارمندان دستگاه‌های اجرایی را به گونه ای طراحی نماید که همراه با متناسب ساختن دانش، مهارت و نگرش کارمندان با شغل مورد نظر، انگیزه‌های لازم را جهت مشارکت مستمر کارمندان در فرایند آموزش تأمین نماید به نحوی که رابطه ای بین ارتقای کارمندان و مدیران و آموزش برقرار گردد و از حداقل سرانه ساعت آموزشی براساس مقررات مربوط در هر سال برخوردار گردند.^۱

ماده ۵۹- دستگاه‌های اجرایی مکلفند با رعایت مقررات این قانون و نظام آموزش کارمندان دولت، برنامه‌های آموزشی کارمندان خود را تدوین نمایند.^۲

- کارمندان موظفند همواره نسبت به توانمندسازی و افزایش مهارت‌ها و توانایی‌های شغلی خود اقدام نمایند. دستگاه‌های اجرایی شیوه‌ها و الگوهای لازم برای افزایش توان و توان سنجی مداوم کارمندان خود را که توسط سازمان تهیه و ابلاغ می‌شود به مورد اجرا خواهند گذارد.^۳

نظارت بر انتصاب‌های شایسته و مسیر ارتقاء اداری

امروزه، شایسته‌سالاری^۴ و استفاده از نیروهای کارآمد یکی از اصول اساسی و از عوامل موفقیت سازمان‌ها در حرکت به سمت پویایی و تحولی است. به عبارت دیگر شایسته‌سالاری به عنوان رمز پیروزی حرکت‌های توسعه‌ای، در درون سازمان‌ها می‌باشد؛ به شکلی که مدیران در هیچ

۱- همان، ماده ۵۸.

۲- همان، ماده ۵۹.

۳- همان، ماده ۶۲.

۴- شایسته‌سالاری (به انگلیسی: meritocracy) به شیوه‌ای از حکومت یا مدیریت گفته می‌شود که در آن دست‌اندرکاران بر پایه توانایی و شایستگی‌شان برگزیده شوند و نه بر پایه قدرت مالی یا موقعیت اجتماعی و خویشاوندی. فناوری‌های نوین و شتاب تحول و تغییر، نیاز به نیروی انسانی متخصص را بیش از پیش کرده است.

شرایطی نباید خود را بی‌نیاز از توجه به مفاهیم و آموزه‌های آن بدانند.^۱ شایستگی یک دانش، مهارت، توانایی و یا ویژگی است؛ که با عملکرد و کارایی بالایی در ارتباط است؛ مانند حل مسأله، تفکر تحلیلی با رهبری. در برخی از تعاریف شایستگی به معنی انگیزه‌ها، باورها و ارزش‌ها است. شایستگی عبارت است از مجموعه‌ای از دانش، مهارت و نگرش که تحت تأثیر شغل نقش یا مسئولیت قرار می‌گیرد که با عملکرد کاری در ارتباط است و می‌تواند در برابر استانداردهای قابل قبول اندازه‌گیری شود و نیز قادر است تا از طریق آموزش و توسعه، بهبود و رشد یابد. شایستگی ویژگی اساسی یک فرد است؛ که به طور علمی با کارایی و اثربخشی، ملاک و محور برای عملکرد بهتر و برتر در موقعیت شغلی در ارتباط می‌باشد.^۲ با بررسی و جمع‌بندی مفاهیم ذکر شده در شایستگی می‌توان به تعریف جامع‌تری رسید. که عبارت است از: «مجموعه ویژگی‌ها، توانایی‌ها و مهارت‌های فردی و متغیرهای شخصیتی فرد که باعث می‌شود. افراد در موقعیت‌های گوناگون عملکردی اثربخش‌تر و کارا تر (بهره‌ورتر) در جهت تحقق اهداف فرد، سازمان و جامعه از خود بروز دهند.» آنچه قابل توجه است مفهوم شایسته‌سالاری در بستر نظارت سازمانی تحقق پیدا می‌کند و مهم‌ترین موضوع در تحقق شایسته‌سالاری همانا بحث انتصاب‌های اداری، رشد و ارتقاء جایگاه سازمانی افراد می‌باشد. فقط با وجود نظارت‌های واقعی است که از رشد ناحق و غیرقانونی برخی افراد در تصاحب جایگاه‌های اداری می‌توان جلوگیری نمود و بجای آن اصل شایسته‌سالاری را پیاده کرد. این مفهوم از مفاهیم اصلی در دانش حقوق عمومی است. «مطالعات حقوق عمومی جامعه انسانی را از منظر چگونگی شکل‌گیری و تنظیم مناسبات افراد با یکدیگر و در گروه‌های خانواده و جامعه مورد تحلیل قرار می‌دهد. دانشی که از یک سو به توصیف، ارزیابی و سنجش روابط مقامات عمومی و شهروندان می‌پردازد و از سوی دیگر مفاهیم و ابزارهای لازم را برای توصیه و تجویز راهکارهای شایسته جهت تنظیم بهینه و کارآمدتر روابط شهروند و دولت در اختیار دارد.»^۳ در حال حاضر حقیقت حاکم بر دستگاه‌های اداری در انتصاب افراد برای جایگاه‌های اداری، فاصله زیادی تا معیارهای واقعی شایستگی دارد. به عبارتی سیستم اتوبوسی رایج است. مدیران با دوستان خود می‌آیند و می‌روند. در حالی که انتصاب شایسته مستلزم رعایت اصول و معیارهای قانونی از نظر تخصص گرائی، سابقه کاری، محبوبیت سازمانی، توانایی و غیره می‌باشد. از نظر مبانی قانونی به صورت عام در قانون اساسی و به صورت خاص در قانون مدیریت خدمات کشوری بر این امر صحه گذاشته شده است:

ماده ۵۳- انتصاب و ارتقای شغلی کارمندان باید با رعایت شرایط تحصیلی و تجربی لازم و پس از احراز شایستگی و عملکرد موفق در مشاغل قبلی آنان صورت گیرد.^۴

ماده ۵۴- به منظور استقرار نظام شایستگی و ایجاد ثبات در خدمت مدیران، دستگاه‌های اجرایی موظفند اقدامات زیر را انجام دهند: الف - در انتخاب و انتصاب افراد به پست‌های مدیریت

۱- گرجی از ندریانی، مبانی حقوق عمومی، انتشارات جنگل، تهران، چاپ هفتم، ۱۴۰۰، ص ۴۰

۲- مدنی، سید جلال الدین، اصول مبانی و کلیات حقوق اداری، نشر پایدار، تهران، ۱۳۸۶، ص ۲۰۱

۳- پیشین، ص ۱۴

۴- قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۶، ماده ۵۳.

حرفه ای، شرایط تخصصی لازم را تعیین نموده تا افراد از مسیر ارتقای شغلی به مراتب بالاتر ارتقا یابند. در مواردی که از این طریق امکان انتخاب وجود نداشته باشد، با برگزاری امتحانات تخصصی لازم، انتخاب صورت می پذیرد. دستگاه های اجرایی می توانند برای حداکثر پانزده درصد (۱۵٪) سمت های مدیریت حرفه ای از افراد شایسته (با رعایت تخصص و تجربه شاغل نسبت به شغل، بدون رعایت سلسله مراتب مدیریتی) خارج از دستگاه استفاده نمایند.^۱

ماده ۵۵- سازمان مکلف است به منظور حفظ سرمایه های انسانی و شناسایی افراد واجد شرایط احراز پست های مدیریت نسبت به ایجاد بانک اطلاعات مدیران جهت استفاده مقامات و مدیران ذی ربط اقدام نماید.^۲

ماده ۵۶- سازمان موظف است برنامه ها و سامانه های اجرایی مؤثری را برای آموزش مدیران متناسب با وظایف و نقش های مورد انتظار در بخش ها و دستگاه های اجرایی کشور تنظیم نماید و هر گونه انتصاب و ارتقای مدیران منوط به طی دوره های ذی ربط می باشد.^۳

نظارت بر توزیع امکانات و تجهیزات

بحث نظارت بر توزیع امکانات یک عامل مهم در نظارت واقعی است. با کمال تأسف امکانات را بر اساس نیاز سنجی واقعی و نوع وظایف افراد تقسیم نمی کنند. معمولاً توزیع امکانات بر اساس نوع مقام و جایگاه اداری و میزان دوستی و قربات با مدیران و مسئولان است. این مشکل از تقسیم خودروهای اداری شروع می شود و حتی دامنه آن نحوه توزیع دستگاه های رایانه و مبلمان اداری را هم دربر می گیرد. این همه در حالی است که قانون مدیریت خدمات کشوری در ماده ۱۱۵ خود پیش بینی شورای تحول اداری را با رویکردهای مطلوب اداری از جمله در بحث فضاها، تجهیزات و امکانات دارد: بند ۱۴ از ماده ۱۱۵ قانون مدیریت خدمات اشعار دارد: «تصویب دستورالعمل ناظر بر بهره برداری مطلوب از فضاها و تجهیزات و وسائط نقلیه اداری، جابه جایی و تأمین ساختمان های اداری.» از طرفی با وجود الزام قانونی برای تهیه دستورالعمل درباره تجهیزات و ملزومات اداری، در عمل حرکت جدی مشاهده نمی شود و همچنان بهترین امکانات و تجهیزات در مراکز استان ها باقی مانده و شهرستان های دور از مرکز علی رغم اینکه خط مقدم اجرای اهداف سازمانی هستند؛ از نظر تجهیزات اداری در محرومیت به سر می برند.

نتیجه گیری:

در هر کشوری قوه مجریه به دلیل تعدد دستگاه های اداری مختلف، پراکندگی آنها از نظر استقرار در کلیه مناطق کشور، برخورداری از بودجه های متنوع جاری، هزینه ای، عمرانی و ... در واقع بیشترین امکانات و قسمت اعظم قدرت زمامداری را در بحث نیروی انسانی و منابع مالی در اختیار دارد. بنابراین هر چند اصل تفکیک قوا و اصل حاکمیت قانون از اصول مهمی هستند که

۱- همان، ماده ۵۴.

۲- همان، ماده ۵۵.

۳- همان، ماده ۵۶.

مقامات اداری را مکلف می‌کند تا همواره در تصمیماتی که می‌گیرند و اعمالی که انجام می‌دهند خواه ناظر به فرد یا ناظر به جمع، قوانین و مقررات را رعایت کنند اما لازم است نظارت‌های کافی به همراه تعیین مصادیق نظارت نیز پیش‌بینی شود تا از انحراف مسیر اداری جلوگیری شود. از طرفی دستگاه‌های اداری مجری تصمیمات قدرت سیاسی هستند و با عملکرد خود می‌توانند در رضایت یا عدم رضایت مردم از نظام سیاسی و هیأت حاکم نقش آفرین باشند. لذا در کنار راه‌های مختلف نظارت، انتخاب سیستم نظارتی مختلط هم می‌تواند مد نظر قرار گیرد این سیستم امروزه در کشورهای فرانسه و انگلستان هم مورد توجه قرار گرفته و در ایران هم جای تأمل دارد زیرا ما نمی‌توانیم به نفع یکی از راه‌های کنترلی یاد شده صریحاً و با قاطعیت اظهار نظر کنیم بلکه با یک نگاه فرابخشی بهتر است بگوئیم این کنترل‌ها مکمل هم هستند و با به وجود آوردن همه این کنترل‌ها ست که می‌توان از یک دستگاه اداری خوب، موثر و قاطع برخوردار شد. وفق اصل سوم قانون اساسی ایجاد نظام اداری صحیح و سالم از جمله حقوق مسلم ملت و تکالیف حاکمیت است. مکانیزم نظارتی دقیق، فعال و به‌موقع، موجب ارزیابی مستمر مدیریت حاکم بر اداره، سازمان و مؤسسه و تطابق آن با اهداف سازمانی متبوع می‌شود. اصول هادی مدیریت در برهه کنونی، مشتمل بر اصل عدم تمرکز اداری و جلب مشارکت مردمی در تصمیم‌سازی، قانون‌گرایی و ضابطه‌مندی، التزام به آزادی‌های فردی، عدالت‌محوری، تقید و تعهد قدرت عمومی به مقتضیات منافع عامه، تنها در سایه کنترل، نظارت و راهبردی نهادهای بازرسی، بروز و ظهور خواهد داشت؛ خصوصاً آن که نظریه موسوم به دولت رفاه اجتماعی که امروزه دکترین موجه و مقبول نظام‌های اداری کارآمد جهان است، می‌طلبد دولت نقش فعالانه، کاربردی و هدفمندی ایفا نماید؛ ناکارآمدی سیستم کنترل و نظارت، عامل اصلی ظهور و بروز فساد در سطوح مختلف نظام اداری کشور تلقی گردیده و تالی فاسدهای فراوانی در روند ارائه خدمات عمومی ایجاد می‌نماید. ناتوانی در نظارت منطقی و قانونی به معنی دگرگونی از وضع ابتدایی و طبیعی، کاسته‌شدن در کمیت و کیفیت، سوءاستفاده از امکانات و منابع عمومی برای منافع و سود شخصی از سوی مدیران، کارگزاران و کارکنان سازمان‌های اداری و مؤسسات عمومی است که پیامدهای منفی چون عدم ثبات اقتصادی، بی‌انضباطی و رکود، توزیع نامناسب امکانات و تسهیلات، عدم عدالت اقتصادی و اجتماعی و آثار وضعی فراوانی چون تورم لجام‌گسیخته، کاهش درآمدها و قدرت خرید مردم، اختصاصی‌سازی به‌جای خصوصی‌سازی، رانت‌خواری و... به دنبال دارد. هدف نظام نظارت و بازرسی کشور، بسترسازی برای تحقق نظارت در مصادیق واقعی و مورد نیاز است تا از بروز ناهنجاری‌هایی چون زد و بند، باج‌خواهی و پارتی‌بازی، سوء استفاده از موقعیت‌های شغلی، مزایده و مناقصه‌های صوری، ارتشا و اختلاس، فروش اطلاعات محرمانه، تبارگرایی و فامیل‌بازی و ... جلوگیری شود و به سلامت نظام اداری کمک نماید.

منابع:

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
۲. قانون دیوان عدالت اداری
۳. قانون مدیریت خدمات کشوری
۴. قانون بازرسی کل کشور
۵. اخوان کاظمی، بهرام، نظارت در نظام اسلامی، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ۱۳۹۵.
۶. امامی، محمد، استوارسنگری، کورش، حقوق اداری، جلد اول، نشر میزان، تهران، چاپ اول ۱۳۸۶
۷. امیر ارجمند، اردشیر، جزوه حقوق اداری، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۸۵
۸. بهادری جهرمی، علی، ابوالحسنی، محسن، آشنائی با مفاهیم حقوق عمومی، ناشر پژوهشگاه شورای نگهبان، تهران ۱۳۹۷
۹. جوان آراسته، حسین، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، مرکز چاپ و نشر دارالحدیث، قم، ۱۳۹۷.
۱۰. طباطبائی موتمنی، منوچهر، حقوق اداری، انتشارات سمت، تهران، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷
۱۱. طباطبائی موتمنی، منوچهر، حقوق اداری تطبیقی، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۵
۱۲. عمید زنجانی، عباسعلی، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۹۷
۱۳. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، بایسته های قانون اساسی، نشر میزان. تهران، ۱۳۹۷.
۱۴. گرجی ازندریانی، مبانی حقوق عمومی، انتشارات جنگل، تهران، چاپ هفتم، ۱۴۰۰.
۱۵. گرجی ازندریانی، علی اکبر، رضائی، مرتضی، طرح تطبیقی الگوی استخدام عمومی در حقوق اداری ایران، مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۱، سال ۱۴۰۰، شماره ارتبه الف وزارت علوم ISC صص ۱۷ تا ۳۸.
۱۶. مدنی، سید جلال الدین، اصول مبانی و کلیات حقوق اداری، نشر پایدار، تهران، ۱۳۸۶
۱۷. موسی زاده، رضا، حقوق اداری، نشر میزان، تهران، ج ۱ و ۲- ۱۳۹۶
۱۸. هاشمی، سیدمحمد، حاکمیت و نهادهای سیاسی، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۷

35 The Fundamental Researches in Law



Analysis and investigation of crimes related to medicine and treatment by medical and pharmaceutical professionals

Samira Taj Khorasani

Date Received : 10 October 2023

Date Accepted : 13 October 2023

Abstract:

One of the tasks of the governments and those in charge of the field of medicine and treatment in the country is to provide health, treatment and medicine needs for different members of the society. Success in this sector depends on various factors, including: the existence of clear, precise and comprehensive laws and regulations that are in line with the existing conditions and the power of the country's executive forces. The existence of a structure appropriate to the existing situation of different parts of the country so that the laws can be implemented in a correct and precise manner. Existence of caring, experienced and motivated forces, far away from financial concerns, to implement the developed policies well. If a part of this process is defective and inefficient, it will cause problems to other parts and the overall goals will fail. In the current research, the author intends to focus on medicine and describe the system that governs it, to deal with the issue of crimes related to medicine and treatment from the point of view of legislators, executive directors and investigating judges with the aim of identifying existing problems and obstacles.

Keywords: medical crimes, treatment field, medicine, criminology



تحلیل و بررسی جرایم مربوط به حوزه دارو و درمان توسط شاغلین حرفه پزشکی و دارویی

سمیرا تاج خراسانی

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۷/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۲۱

چکیده:

یکی از تکالیف دولت‌ها و متولیان حوزه دارو و درمان کشور، تأمین نیازهای بهداشتی، درمانی و دارویی برای آحاد مختلف جامعه است. موفقیت در این بخش به عوامل مختلفی بستگی دارد. این عوامل عبارتند از: وجود قوانین و مقررات شفاف، دقیق و جامع که منطبق با شرایط موجود و توان نیروهای اجرایی کشور باشد. وجود ساختار متناسب با وضعیت موجود بخش‌های مختلف کشور تا به شکلی صحیح و دقیق قوانین قابل اجرا باشند. وجود نیروهای دلسوز، باتجربه و با انگیزه که به دور از دغدغه‌های مالی، سیاست‌های تدوین شده را به خوبی به مورد اجرا بگذارند. چنانچه بخشی از این فرآیند، معیوب و ناکارآمد باشد؛ سایر بخش‌ها را دچار مشکل نموده و اهداف کلی با ناکامی مواجه خواهند شد. در پژوهش حاضر نگارنده بر آن است تا با محور قرار دادن دارو و تشریح نظام حاکم بر آن، به موضوع جرایم مربوط به حوزه دارو و درمان از دیدگاه مقنن، مدیران اجرایی و قضات رسیدگی کننده با هدف شناسایی مشکلات و موانع موجود بپردازد.

واژگان کلیدی: جرایم پزشکی، حوزه درمان، دارو، جرم شناسی

دارو به عنوان یک مؤلفه اساسی و بنیادی در معالجه و درمان بیماریها همواره در برنامه‌های استراتژیک دولت‌ها جایگاه ممتازی داشته و در پرتو آن از یک سو کشورهای مرفعی و شرکت‌های بزرگ داروسازی در دنیا منافع سیاسی و اقتصادی خود را بر درمان بیماران نیازمند متمرکز کرده‌اند. علیرغم وجود دارو به علل مختلف بخشی از مردم جهان قادر به تهیه داروهای مورد نیاز خود نیستند و از سوی دیگر سود جویان و مافیای بین المللی دارو به اشکال مختلف درصدد تسلط بر نظام توزیع دارو در کشورهای مختلف می باشند. یکی از تکالیف دولت‌ها و متولیان امور دارویی کشور، تأمین نیازهای بهداشتی، درمانی و دارویی برای آحاد مختلف جامعه است. وضع قوانین در حوزه های جدیدی مانند دارو باید مبتنی بر مطالعات علمی و توجه به دیدگاه‌های مختلف باشد. از آنجایی که نگرش هر یک از متخصصین و کارشناسان با دیگری متفاوت است مثلاً نگاه یک پزشک یا داروساز با نگاه یک متخصص امور اقتصادی و یا جرم شناسی نسبت به پدیده دارو و جرایم دارویی متفاوت است؛ لذا تدوین قوانین و مقررات خصوصاً قوانین و مقررات جزایی نیازمند توجه به تمامی ابعاد می‌باشد. بر همین اساس قانون گذاری که صرفاً نظریات یک گروه را ملاک تدوین قوانین قرار میدهد دارای نقصان و ضعف فراوانی بوده و در اجرا دچار مشکلات اساسی خواهد بود. بنابراین برای پرهیز از یکسوگرایی از یک طرف باید با توجه به نظریات مختلف و همچنین استفاده از تجربیات سایر کشورهای جهان در تدوین قوانین اقدام نمود و از طرف دیگر، بستر اجرای این قوانین باید به شکل صحیح فراهم باشد و سیستم اجرایی کشور ظرفیت تحمل و اجرای قوانین را در خود ایجاد کند. تخلفات و جرایم پزشکی، خاصه جرایم و تخلفات مربوط به دارو به دلیل ارتباط مستقیم این نوع پدیده ها با جان و مال افراد می‌تواند؛ ضرورت هر نوع تحقیق و بررسی در مورد این رشته از علوم در قسمت مباحث کیفری را توجیه نماید. در کنار این آثار سوء اجتماعی می‌توان به آثار پنهان این نوع پدیده‌ها بر اقتصاد کشور اشاره کرد، چرا که با این نوع تولیدات اعتماد از مردم سلب می‌شود و گرایش مردم به استفاده از داروهای خارجی بیشتر می‌شود؛ که در دراز مدت به توسعه و رشد کشور در حال توسعه‌ای چون ایران صدمات جدی وارد می‌کند، لذا این موارد و سایر آثار سوء این نوع جرایم می‌تواند ضرورت این تحقیق را توجیه نماید.

۱- مفهوم شناسی

۱-۱ دارو:

برای دارو تعریف‌های مختلفی شده است ولی طبق تعریف سازمان جهانی بهداشت، هر ماده یا مخلوطی از مواد که برای استفاده در درمان، تسکین، پیشگیری یا تشخیص یک حالت غیر طبیعی جسمانی و یا علائم ناشی از آن، همچنین برای بازسازی، طبیعی کردن یا تغییر کار اندام‌های انسان یا حیوان به کار می‌رود دارو نامیده می‌شود.^۱ پس دارو شامل ترکیبات و مواد بسیار زیادی می‌شود

۱- محمد معین، ۱۳۸۳، فرهنگ فارسی معین، ج دوم د-ق-موسسه انتشارات امیرکبیر، ص ۴۸۶.

که شاید تا به حال فکر نمی‌کردید بعضی از آنها دارو باشند.

الف- تعریف لغوی- «آنچه پزشک جهت معالجه ی بیماری برای خوردن و نوشیدن یا مالیدن تجویز کند. دوا، درمان، علاج، دواجات (غلط مشهور)، بیهوشی، دویایی که بدان شخصی را بیهوش کنند برای عمل جراحی و غیره»^۱. «دارو ماده ای برای معالجه یا جلوگیری بیماری در انسان یا حیوان و یا هرگونه ماده ای که برای تأثیر گذاشتن بر ساخت یا عملکرد اعضای بدن انسان یا حیوان بکار برود^۲. هدف از آن تغذیه نباشد، هرگونه ماده ای که به عنوان دارو بکار رود. به عبارتی دیگر دارو «در لغت به معنی هر چیزی است که با آن دردی را درمان کنند یا جوهر یا ماده ای که قطع بیماری کند».

ب- تعریف اصطلاحی: در قوانین ایران از دارو تعریفی به عمل نیامده، لیکن در تبصره ۳ ماده ۳ قانون اصلاح قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۱۳۳۴/۳/۲۹ (مصوب ۱۳۷۴/۱/۲۹) قانونگذار برخی مصادیق دارو را برشمرده و مقرر میدارد: «کلیه فرآورده های تقویتی، تحریک کننده، ویتامین‌ها و غیره که فهرست آنها توسط وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی اعلام و منتشر میگردد.» جزء ارقام دارویی هستند.

۱- ۲- جرایم دارویی:

در قوانین جزایی ایران از جرایم دارویی نیز تعریفی به عمل نیامده است. حقوقدانان و اساتید حقوق جزا نیز تعریفی از آن به دست نداده‌اند. لیکن بنابر تعاریفی که از دارو و جرم ارائه گردید جرایم دارویی را میتوان چنین تعریف کرد: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعلی که موجب اختلال در روند ساخت، تولید، توزیع، خرید و فروش و مصرف صحیح دارو گردیده و در قانون برای آن مجازات یا اقدامات تامینی و تربیتی پیش بینی شده باشد، جرم دارویی محسوب میشود».

۲- جرایم مندرج در قانون مربوط به امور پزشکی و دارویی:

جرایم را میتوان از جهات مختلف و ابعاد متفاوت تقسیم بندی کرد. با توجه به ویژگیهای خاص جرایم دارویی، میتوان آن را از حیث فاعل و مرتکب جرم به دو دسته تقسیم نمود.

۱- جرایمی که توسط شاغلین حرف پزشکی و وابسته به آن و کسانی صورت میگیرد که در زمینه امور دارویی فعالیت دارند. ۲- جرایم دارویی که توسط افراد عادی صورت میگیرد^۳.

۱- آقای بهمن، فرهنگ حقوقی بهمن، انگلیسی به فارسی

۲- دهخدا علی اکبر، ۱۳۷۷، لغت نامه، جلد ۷، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، ص ۱۰۲۸۲.

۳- عباسی، محمود، ۱۳۷۹، مجموع قوانین مقررات پزشکی و دارویی، انتشارات حقوقی تهران، جلد ۲، ص ۹۰.

۲-۱ - خرید و فروش غیرمجاز دارو توسط افراد موضوع ماده ۳ قانون مربوط به مقررات پزشکی و دارویی

ماده ۳ قانون فوق مقرر میدارد: «هرکس بدون داشتن پروانه رسمی به امور پزشکی، داروسازی، دندانپزشکی، آزمایشگاهی، فیزیوتراپی و مامایی اشتغال ورزد یا بدون اخذ پروانه از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی اقدام به تأسیس یکی از موسسات پزشکی مصرح در ماده (۱) نماید یا پروانه خود را به دیگری واگذار نماید یا پروانه دیگری را مورد استفاده قرار دهد، بلافاصله محل کار او توسط وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی تعطیل و به حبس تعزیری از شش ماه تا سه سال و پرداخت جریمه نقدی از پنج میلیون تا پنجاه میلیون ریال محکوم خواهد شد و در صورت تکرار به حبس از دو تا ده سال و پرداخت جریمه از پنج میلیون تا صد میلیون ریال یا دو برابر قیمت داروهای مکشوفه (هرکدام که بیشتر باشد) محکوم خواهد شد». «تبصره ۲- در صورتی که هریک از مسئولین موضوع ماده ۳ و یا مسئولین مرکز ساخت، تهیه، توزیع و فروش دارو، تجهیزات و ملزومات پزشکی مبادرت به خرید و فروش غیرقانونی موارد فوق نماید و یا از توزیع و ارائه خدمت خودداری و یا موجب اختلال در نظام توزیعی دارویی کشور شوند علاوه بر مجازات مقرر در ماده ۳ به محرومیت از اشتغال در امور دارویی محکوم خواهند شد.»

الف- عنصر قانونی این جرم تبصره ۲ ماده ۳ فوق الذکر است، عنصر مادی آن شامل فعل خرید و فروش دارو است و عنصر روانی آن قصد خرید و فروش است بدون اینکه مجوز آن قبلاً کسب شده باشد. این جرم نیازی به سوء نیت خاص ندارد.

ب- مستفاد از عبارت «مبادرت به خرید و فروش غیرقانونی دارو» صرف خرید یا فروش جرم نیست بلکه شکل گیری هر دو عمل یعنی خرید و فروش شرط تحقق آن است، بنابراین در صورتی که پزشکی صرفاً برای مصرف شخصی خود یا دیگری دارویی خریداری نماید، این عمل جرم نیست ولی اگر دارویی را به صورت غیرمجاز بخرد و به اشخاص دیگر و لو آشنایان و فامیل و یا بیماران خود بفروشد جرم منظور واقع گردیده است. در صورتی که قانونگذار به جای «واو» در عبارت خرید و فروش از «یا» استفاده میکرد، آنگاه خرید و فروش هریک به تنهایی جرم محسوب میشد و در صورت ارتکاب هر دو عمل توسط یک فرد، مرتکب به هر دو مجازات محکوم میگردد و عنوان تعدد مادی جرم را داشت.

۲-۲ - خودداری از توزیع و ارائه خدمات دارویی

الف- عنصر قانونی این جرم نیز تبصره دو ماده فوق الاشعار است و عنصر مادی آن استتکاف و خودداری از توزیع و ارائه خدمات است؛ که به صورت ترک فعل بروز میکند. عنصر روانی این جرم سوء نیت عام است و به صرف عدم ارائه خدمات دارویی جرم تحقق میشود و انگیزه مرتکب اعم از کسب مال و یا چیز دیگر تأثیری در تحقق جرم منظور ندارد.

ب- مستفاد از کلمه «خدمات» این نیست که باید بیش از یک خدمت امتناع گردد برای مثال

اگر فردی به داروخانه مراجعه و با ارائه نسخه پزشک، دارویی را مطالبه کند و مسئول داروخانه علیرغم دارا بودن آن دارو از ارائه خدمت به او امتناع نماید، عناصر جرم مذکور فراهم خواهد بود.

ت- این عمل، علاوه بر اینکه جرم محسوب میشود از موارد تخلفات انتظامی است که در گفتار مربوط به خود بحث خواهد شد.

۲ - ۳ - اداره امور فنی مؤسسه‌ی دارویی توسط افراد فاقد صلاحیت

الف- عنصر قانونی این جرم ماده ۱۴ و عنصر مادی آن فعل مثبت اداره کردن و عنصر معنوی آن نیز سوء نیت عام است. این جرم از جرایم مطلق است یعنی حصول نتیجه مجرمانه اعم از اینکه این اداره کردن منجر به کسب منفعت و یا فروش اقلام دارویی بشود یا نشود، شرط تحقق جرم نیست.

ب- برابر ماده ۲۱ آئین نامه داروخانه ها و ماده ۲۴ آئین نامه انتظامی، رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه ای ... امور فنی داروخانه، باید توسط مسئول فنی اداره شود و حضور فعال وی در هنگام عرضه، توزیع و فروش ضروری است. هرچند مطابق ماده ۴ آئیننامه داروخانه ها، مسئول فنی میتواند قسمتی از وظایف خود را به داروساز واجد شرایط دیگری که در داروخانه فعالیت دارد؛ تفویض نماید ولی این امر رافع مسئولیت قانونی مسئول فنی در قبال اموری که در داروخانه اتفاق میافتد نخواهد بود.

۲ - ۴ - تخلف در نرخ گذاری نسخه توسط مسئولین موضوع ماده ۳ اصلاحی:

تبصره ۴ (الحاقی ۲۳/۱/۱۳۶۷) در صورتی که مؤسسات مذکور در این قانون و همچنین مؤسسين آنها از ضوابط و مقررات و نرخ‌های مصوب وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مذکور در آیین نامه‌های مربوط تخلف نمایند و یا فاقد صلاحیت‌های مربوط تشخیص داده شوند وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مکلف است موضوع را در محاکم قضایی مطرح نماید. دادگاه پس از بررسی در صورت ثبوت تخلف با رعایت شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب جرم و مراتب تأدیه پروانه تأسیس یا پروانه مسئولان فنی را موقتاً^{۸۱} یا به طور دائم لغو می‌نماید.

۲ - ۵ - توزیع داروهای فاسد یا تاریخ مصرف کوتاه یا منقضی شده توسط شرکت‌های توزیع کننده دارو:

الف- عنصر قانونی این جرم، تبصره ۴ ماده ۱۴ و عنصر مادی آن فعل مثبت توزیع و پخش داروهای فاسد و ... است. عنصر روانی جرم قصد توزیع کردن دارو با شرایط فوق به عنوان

۱- ماده ۴ ق.م.ا.پ.د: هر موسسه پزشکی و داروی که امور فنی آن روزانه توسط افراد فاقد صلاحیت اداره شود از طرف وزارت بهداشتی تعطیل و صاحب پروانه برای بار اول تا یک سال و برای دفعات بعد، هر دفعه تا دو سال حق افتتاح مجدد آن موسسه را حتی به نام دیگری نخواهد داشت و شخص یا اشخاص فاقد صلاحیت به مجازات مذکور در ماده ۳ محکوم خواهند شد.

ب- با استفاده از واژه «توزیع» اگر داروهای مذکور در محلی نگهداری شود حتی اگر به قصد توزیع باشد؛ بزه واقع نخواهد شد. توزیع داروها میتواند در داروخانه و یا در بازار آزاد صورت گیرد. زیرا توزیع به صورت عام به کار رفته و تفاوتی در توزیع به صورت قانونی و غیرقانونی نمیکند. هرچند در صورت اخیر، موضوع جرم، میتواند از مصادیق جرم مذکور در تبصره ۲ ماده ۳ اصلاحی نیز باشد؛ که چون عمل واحد دارای عناوین متعدد میباشد، تعدد معنوی خواهد بود.

ت- استفاده‌ی داروهای مذکور در فوق توسط بیماران شرط تحقق جرم نیست.

ث- به نظر میرسد؛ دلیل آوردن داروهای با تاریخ مصرف کوتاه در کنار داروهای فاسد و داروهای با تاریخ منقضی این باشد که به لحاظ فاصله بین عرضه و توزیع دارو و مصرف آن توسط بیمار مدت زمانی به طول میانجامد که عموماً تاریخ اعتبار دارو به اتمام خواهد رسید، لذا چون مردم به داروخانهها و مراکز دولتی اطمینان نسبی دارند و معمولاً توجه و دقتی نسبت به تاریخ داروها نمیکند امکان مصرف آن وجود دارد. لذا قانونگذار آنها را در حکم داروهای با تاریخ مصرف منقضی آورده است.

۲- ۶- گرانفروشی شرکت‌های توزیع کننده دارو:

مطابق قوانین و آئیننامه های مربوط به دارو، داروها دارای قیمت مصوب هستند لذا شرکت‌های توزیع کننده دارو خواه خود تولید کننده باشند و خواه وارد کننده، مکلفند تمام داروها را با قیمت رسمی به فروش برسانند و به هیچ وجه حق افزایش قیمت آن را ندارند. به همین منظور گرانفروشی توسط شرکت‌های توزیع کننده برابر تبصره ۴ ماده ۱۴ جرم انگاری شده است.

۲- ۷- واردات غیرمجاز دارو توسط واردکنندگان، تولیدکنندگان و مؤسسات یا شرکت‌های دارویی:

الف- عنصر قانونی این جرم ماده ۱۵ اصلاحی و عنصر مادی همانا عمل وارد کردن دارو به کشور بدون اخذ مجوز است. در اینجا از لحاظ عنصر روانی نیازی به سوء نیت خاص نیست و عمد مرتکب در واردات دارو بدون مجوز کفایت میکند. ماده ۱۵ اصلاحی ۱۳۶۷/۱/۲۳: «کسانی که بدون اجازه وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مواد دارویی و یا فرآورده های بیولوژیک مندرج در ماده ۱۴ را وارد نمایند و یا در داخل کشور بسازند با رعایت شرایط و امکانات خطای و دفعات و مراتب جرم و مراتب تأدیب به حکم دادگاه مواد مذکور به نفع وزارت بهداشت ضبط و در صورت لزوم معدوم و مرتکبین در مرحله اول به جزای نقدی از ۵۰۰ هزار تا ۵ میلیون ریال و در مرحله دوم از ۵ میلیون ریال تا ۱۰ میلیون ریال و در صورت تکرار علاوه بر لغو پروانه به حداکثر مجازات نقدی در مرحله دوم محکوم خواهند شد.»

ب- چون در صدر ماده از کلمه «کسانی» استفاده شده لذا صدر ماده، مربوط به اشخاص حقیقی است و قسمت ذیل ماده همان گونه که تصریح شد؛ مربوط به وارد کنندگان، تولید کنندگان و

مؤسسات یا شرکت‌های دارویی یعنی اشخاصی حقوقی است.

ت- در خصوص واردات و صادرات غیرمجاز تبصره یک ماده ۳ نیز حکم مشابهی دارد ولی ماده صدر الذکر صرفاً در خصوص واردات است و شامل صادرات نمیشود. در خصوص واردات دارو میتوان به حکم کلی قاچاق در قانون مجازات مرتکبین قاچاق مصوب ۱۳۱۲/۱۲/۲۹ (اصلاحی سال ۱۳۷۳) نیز توجه داشت. هم چنین قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۷۴/۲/۱۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام، که مقررات خاصی در مورد قاچاق کالا را بیان داشته است.

۲ - ۸ - ساخت غیرمجاز دارو توسط شرکت‌های توزیع کننده دارو:

الف- عنصر قانونی این جرم ماده ۱۵ و عنصر مادی آن عمل ساختن و عنصر روانی آن سوء نیت عام است یعنی صرف ساختن دارو به صورت غیرمجاز برای تحقق جرم کفایت میکند. ضمن اینکه از جرایم مطلق بوده و نیازی به حصول نتیجه مجرمانه به معنی استعمال و استفاده از داروهای غیرمجاز ساخته شده نیست.

ب- قید جمله «در داخل کشور بسازد» از اصل سرزمینی بودن مقررات جزایی موضوع ماده ۳ قانون مجازات اسلامی پیروی کرده است. بنابراین اگر دارویی در خارج از کشور ساخته شود حتی اگر ساخت آن در خارج کشور به صورت غیرمجاز باشد، از نظر این ماده جرم نیست لیکن ورود غیرمجاز آن به کشور جرم دیگری را باعث خواهد شد که شرح آن گذشت.

۲ - ۹ - دخل و تصرف در فرمول یا ترکیب یا شکل یا بسته بندی دارو یا فرآورده بیولوژیک توسط سازندگان دارو، قبل از کسب مجوز:

الف- عنصر قانونی این جرم ماده ۱۶ اصلاحی^۱ و عنصر مادی آن فعل دخل و تصرف در فرمول یا ترکیب یا ... دارو است و عنصر معنوی آن سوء نیت عام بوده لذا برای ارتکاب آن قصد مجرمانه خاص لازم نیست، یعنی موضوع جرم از جرایم عمدی است.

ب- دخل و تصرف به معنی تغییر دادن و منظور تغییراتی است که دارو را از حالت اولیه خارج کند، خواه این تغییر نسبت به شکل و بسته بندی ظاهری دارو باشد و خواه نسبت به ماهیت و خاصیت آن.

۳- جرایم مندرج در قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی

مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در زمینه تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی که در

۱- ماده ۱۶ اصلاحی ۱۳۶۷/۱/۲۳: سازنده داروها و مواد بیولوژیک موضوع این فصل پس از تحصیل پروانه حق ندارند فرمول و ترکیب و شکل و یا بسته بندی دارو یا فرآیند بیولوژیک خود را قبل از کسب اجازه مجدد از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی تغییر داده و یا دخل و تصرف در آن نمایند. در صورت ارتکاب برحسب مورد به مجازات مذکور در ماده ۱۵ محکوم خواهد شد.

۱۳۶۷/۱۲/۲۳ به تصویب رسید؛ بدو صلاحیت رسیدگی و اتخاذ تصمیم در زمینه جرائم پزشکی را در اختیار دولت و سپس در صلاحیت دادسراها و دادگاه‌های انقلاب اسلامی قرار داد.

این مصوبه گرچه تقریباً قسمت عمده‌ای از جرائم پیش‌بینی شده در قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۲۹ خرداد ماه ۱۳۳۴ و اصلاحیه‌های بعدی آن را در بر می‌گرفت و مصوبه مؤخر بر قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی خوردنی و آشامیدنی محسوب می‌گردد؛ لیکن با توجه به اینکه صلاحیت رسیدگی به این جرائم در اختیار دولت قرار دارد و ماده ۴۴ قانون مذکور نیز مقرر نموده: «اعمال تعزیرات حکومتی موضوع این قانون مانع اجرای مجازات‌های قانونی دیگر نخواهد بود.» از زمان تصویب این قانون چه در زمانی که اجرای این قانون در صلاحیت قوه مجریه بود و چه زمانی که رسیدگی به جرائم موضوع قانون مذکور به دادسراها و دادگاه‌های انقلاب اسلامی محول گردید هرگز اعمال و اجرای آن مانع اجرای قوانین و مقررات دیگر پزشکی از جمله قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی... مصوب سال ۱۳۳۴ نگردید؛ ضمن اینکه اساساً پاره‌ای از جرائم پزشکی و دارویی مصرحه در قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی در قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی مصوب سال ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز پیش‌بینی گردیده است. اعمال و اجرای قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و اصلاحیه‌های بعدی آن و سایر قوانین و مقررات حاکم بر قصور و سهل‌انگاری پزشکان صاحبان حرف و ابسته در انجام وظیفه تا قبل از تصویب قانون اصلاح ماده سه قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی... در صلاحیت دادسراها و دادگاه‌های عمومی و حتی در برخی از شهرستان‌ها شعبه خاصی و در تهران ناحیه ویژه‌ای از دادرسی عمومی تهران و شعبه ویژه‌ای از دادگاه کیفری دو به آن اختصاص یافته بود. با تصویب قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی مصوب سال ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام که قسمت عمده‌ای از جرائم پزشکی و دارویی مندرج در قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی را به صورت تکراری و با وضع قواعد مشابه و نتیجتاً با لحاظ تعدد مراجع صلاحیت‌دار پیش‌بینی نموده بود و از طرفی قانون مؤخر بر قانون مذکور محسوب می‌گردد مشکلات عدیده‌ای را برای دستگاه قضایی اعم از دادسراها و دادگاه‌های عمومی و انقلاب و سایر مراجع ذیربط از جمله وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سازمان‌های منطقه‌ای بهداشت و درمان استان‌ها یا دانشگاه‌های علوم پزشکی و خدمات بهداشتی و درمانی ایجاد کرده بود. این مهم زمانی درخور توجه بیشتر قرار گرفت که مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیدگی به جرائم پزشکی و دارویی موضوع تعزیرات حکومتی را مجدداً در اختیار دولت (سازمان تعزیرات حکومتی) قرار داد و پرونده‌های متشکله در دادسراها و دادگاه‌های انقلاب اسلامی که دوران همزمانی با اجرای قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب و تشکیل سازمان تعزیرات حکومتی را می‌گذرانید با صدور قرار عدم صلاحیت به سازمان تعزیرات حکومتی ارسال شد و قابل توجه است که مجلس شورای اسلامی با وضع قانون اصلاح ماده سه قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی... در ۲۹ فروردین ماه ۱۳۷۴ رسیدگی به برخی از جرائم پزشکی و دارویی را در صلاحیت دادگاه‌های انقلاب اسلامی قرار داد و بدین ترتیب در حال حاضر برخی از جرائم پزشکی و دارویی به ویژه قصور و سهل‌انگاری پزشکان و تخلف از

مقررات صاحبان حرف پزشکی و دارویی در دادگاه‌های عمومی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و صلاحیت رسیدگی به پاره‌ای از این جرائم با دادگاه‌های انقلاب اسلامی است و بخش عمده‌ای از آن در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است. به موجب ماده واحده‌ی مذکور که به قانون اصلاح ماده سه قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوراکی آشامیدنی مصوب سال ۱۳۳۴ موسوم است؛ موارد زیر ممنوع است:

۱. تأسیس مراکز پزشکی، داروسازی، دندانپزشکی، آزمایشگاه، پلی‌کلینیک، مؤسسات فیزیوتراپی، الکتروفیزیوتراپی، هیدروتراپی لابراتوار، کارخانه داروسازی، درمانگاه، بخش تزریقات و پانسمان و... به هر نام و عنوان بدون اخذ پروانه از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی؛

۲. اشتغال به امور مذکور بدون اخذ پروانه؛

۳. دخالت در امور پزشکی و دارویی؛

۴. واردات و صادرات و خرید و فروش دارو بدون اخذ مجوز از وزارت بهداشت

۵. خرید و فروش غیر مجاز دارو و ملزومات پزشکی؛

۶. خودداری از ارائه خدمات پزشکی؛

۷. اختلال در نظام توزیع دارویی کشور؛

۸. ورود و عرضه و فروش فرآورده‌های تقویتی، تحریک کننده، ویتامین‌ها و غیره بدون اخذ مجوز از وزارت بهداشت؛

۹. واگذاری و اداره مؤسسه‌ی پزشکی به غیر بدون اخذ مجوز از وزارت بهداشت؛

۱۰. واردات و صادرات و خرید و فروش داروهای دامی بدون اخذ مجوز و پروانه قانونی از سازمان دامپزشکی جرم محسوب و مرتکبین این گونه جرائم به مجازانه‌ای مقرر در ماده سه قانون مذکور محکوم می‌شوند. همان‌گونه که تبصره ۶ قانون مزبور تصریح نموده: «جرائم موضوع این قانون در دادگاه انقلاب اسلامی رسیدگی خواهد شد.» تردیدی نیست که تبصره ۶ قانون مذکور بر موضوعات مطرح شده در ماده واحده‌ی قانون اصلاح ماده سه قانون یاد شده قابل اعمال است و قابل تسری بر سایر مواد قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی در مواد خوراکی و آشامیدنی مصوب سال ۱۳۳۴ نیست. بنابراین جرائم فوق در دادگاه‌های انقلاب اسلامی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و رسیدگی به سایر موارد مندرج در قانون مذکور که از شمول قانون اصلاح ماده واحده خارج است در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است.

۱۱. اهم این جرائم عبارتست از:

۱۲. اداره‌ی مؤسسه‌ی پزشکی و دارویی توسط افراد مسئول فنی

۱۳. واگذاری و اداره‌ی مؤسسه پزشکی و دارویی به افراد فاقد صلاحیت؛

۱۴. انتشار آگهی تبلیغاتی به منظور گمراهی بیماران؛
۱۵. انتشار آگهی تبلیغاتی بر خلاف اصول فنی و شئون پزشکی و عفت عمومی؛
۱۶. استفاده از عناوین مجعول و خلاف حقیقت روی تابلو و سرنسخه؛
۱۷. وعده فریبنده به بیماران؛
۱۸. دخل و تصرف و تغییر در نسخه پزشک؛
۱۹. دخالت داروسازان در امور مختص به طبابت؛
۲۰. تبدیل تاریخ استعمال دارو؛
۲۱. تغییر قیمت تعیین دارو؛
۲۲. تصدی آزمایشگاه تشخیص طبی بدون اخذ مجوز و تأیید صلاحیت متصدی از سوی وزارت بهداشت؛
۲۳. انجام آزمایش دیگری غیر از رشته مقرر در پروانه آزمایشگاه؛
۲۴. تصدی مسئولیت بیش از یک آزمایشگاه؛
۲۵. خرید و فروش خون و دیگر محصولات که عناصر اصلی آن میکروب، سرم یا خون است بدون اخذ اجازه مخصوص از وزارت بهداشت؛
۲۶. تخلف از مقررات قانون طبابت اتباع بیگانه توسط پزشکان بیگانه؛
۲۷. اشتغال به کار آزاد پزشکی در تهران و مرکز استان‌ها برای پزشکان خارجی
۲۸. دخالت پزشکان خارجی در امور سیاسی؛
۲۹. ورود هر نوع سرم، واکسن و مواد غذایی شیرخواران، داروهای اختصاصی و آنتی‌بیوتیک بدون اخذ پروانه؛
۳۰. تهیه مواد دارویی و تقلبی؛
۳۱. عرضه و فروش داروی تاریخ مصرف گذشته.

رسیدگی به این جرائم و دیگر جرائم مصرحه در قانون مذکور و اصلاحیه سال ۱۳۶۷ در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است. همچنین در زمینه‌ی شکایات مردم از پزشکان و صاحبان حرفه‌های پزشکی دایر بر قصور و سهل‌انگاری در انجام وظایف قانونی، دادگاه‌های عمومی صالح به رسیدگی می‌باشند. تا قبل از اجرای قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در تهران ناحیه‌ی ویژه‌ای از دادرسی عمومی جهت رسیدگی به جرائم مذکور اختصاصی یافته بود. پس از اجرای قانون مذکور رسیدگی به جرائم پزشکی و دارویی بجز آن بخش از جرائمی که در صلاحیت دادگاه‌های انقلاب اسلامی و سازمان تعزیرات حکومتی قرار دارد در شعبه ۳۹ دادگاه عمومی تهران مستقر در مجتمع قضایی ویژه مورد رسیدگی واقع می‌شود و در برخی از مراکز

استان‌ها و شهرهای بزرگ نیز شعبه ویژه‌ای جهت رسیدگی به این گونه جرائم اختصاص یافته است. هر چند یک اصل کلی حقوقی پذیرفته شده وجود دارد که وضع هر قانونی را ناشی از حکمتی می‌داند لیکن بر ما پوشیده است این مهم از چه حکمتی برخوردار است که قانونگذار رسیدگی به موضوعات مطرح شده در یک ماده قانونی را آن هم پس از اصلاح نه وضع ابتدایی آن، در صلاحیت دادگاه‌های انقلاب اسلامی قرار داده است در حالی که رسیدگی به جرائم مندرج در ۱۸ ماده دیگر این قانون در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است؟! قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی مصوب ۲۳ اسفند ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز با وضع مقررات مشابهی رسیدگی به جرائم پزشکی و دارویی بخش دولتی را در صلاحیت قوه مجریه و بخش غیر دولتی را در صلاحیت دادرها و دادگاه‌های انقلاب اسلامی قرار داده سپس مجمع مذکور در مصوبه ۱۳۶۹/۹/۲۷ خود تعزیرات حکومتی بخش دولتی را نیز در صلاحیت دادرها و دادگاه‌های انقلاب اسلامی و با تصویب ماده واحده قانون اصلاح قانون تعزیرات حکومتی در مورخ ۱۳۷۳/۷/۱۹ مجدداً اعمال تعزیرات حکومتی بخش دولتی و غیر دولتی به قوه مجریه- سازمان تعزیرات حکومتی محول گردید. ضمن اینکه با اجرای قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب رسیدگی به جرائم پزشکی و دارویی- موضوع قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام از صلاحیت دادگاه‌های انقلاب اسلامی خارج شد. نمایندگان ویژه رئیس‌جمهور در ستاد پشتیبانی برنامه تنظیم بازار بر اساس اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی و به استناد تصویب نامه شماره ۲۸۷/ت/۴۰۲۱۴ هـ مورخ ۷۳/۷/۲۳ که به عنوان تصمیم هیأت وزیران اتخاذ شده است در تصمیم شماره ۱۳۰۱۵ مورخ ۱۳۷۳/۹/۲ خود دارو، شیرخشک و لوازم پزشکی یکبار مصرف- موضوع فصل دوم قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی مصوب سال ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام را مشمول طرح قرار داده و فصل اول و سوم قانون مزبور که مربوط به جرائم پزشکی و مواد خوردنی، آشامیدنی، آرایشی و بهداشتی می‌باشد در مصوبه‌ی شماره ۱۰۱۱۹ مورخ ۱۳۷۴/۸/۱۷ ستاد پشتیبانی برنامه تنظیم بازار مشمول طرح قرار گرفت. به هر حال این قانون از ۴ فصل شامل ۴۴ ماده و ۹ تبصره تشکیل شده؛ فصل دوم آن به جرایم دارویی اختصاص دارد و در تاریخ ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است. در ادامه ضمن بیان عنوانهای کیفری این قانون به تشریح نکات مهم آن خواهیم پرداخت.

۳- ۱- عرضه و فروش داروی فاقد پروانه ساخت یا مجوز ورود از طرف داروخانه (ماده ۱۳):

الف- اصولاً داروهایی که در ایران قابل عرضه و فروش می‌باشند از دو حالت خارج نیستند، یا این داروها ساخت داخل کشور بوده و توسط شرکت‌های داروسازی داخلی تولید میشوند و یا اینکه مستقیماً از خارج از کشور وارد میگردند و به استناد ماده ۱۴ ق.م.ا.پ.د و تبصره ۳ ماده ۴ قانون مقررات صادرات و واردات مصوب ۱۳۶۶ و آئین‌نامه‌های مربوطه تولیدکننده و واردکننده مکلفند؛ موافقت وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی را جلب نمایند. مطابق بند ۱۷ از ماده یک قانون تشکیلات و وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مصوب ۱۳۶۷/۳/۳ تعیین ضوابط مربوط به ورود، ساخت، نگهداری، صدور، مصرف و انهدام فرآورده‌های دارویی از وظایف این وزارتخانه است و به استناد بند ۵ و ۶ از ماده ۷ این قانون، وزارت مذکور میتواند

شرکت‌های تولیدی برای تهیه دارو و مواد اولیه و مواد بیولوژیک و شرکت‌های خدماتی برای ورود و توزیع دارو ایجاد نماید. لازم به ذکر است که مطابق تبصره ۳ ماده ۳ اصلاحی قانون مربوط به مقررات پزشکی و دارویی مصوب ۱۳۳۴، تنها داروهایی می‌توانند تولید شوند و یا مجوز واردات اخذ نمایند که اسامی آنها در فهرست داروهای مجاز کشور (فارماکوپه) به ثبت رسیده باشد.

ب- عنصر قانونی این جرم ماده ۱۳ ق.ت.ح.ب.د. است. مطابق این ماده فعل نگهداری داروهای مذکور در متن ماده، جرم نیست لیکن از سیاق عبارت این ماده و سایر مواد مذکور در این قانون به نظر میرسد؛ عرضه و فروش هر یک جداگانه جرم محسوب میشود و اگر مسئول داروخانه این نوع داروها را در معرض خرید مشتریان گذارد و اقدام به فروش این اجناس نماید؛ دو جرم واقع شده که از مصادیق تعدد مادی جرم محسوب میشود. ولی اگر داروها را در محلی مخفی نماید و به مشتریان خود بفروشد صرفاً فروش داروی فاقد پروانه ساخت یا مجوز ورود محسوب میگردد.

ت- مجازات این جرم در مرتبه اول جمع آوری داروهای غیر مجاز است، در حالی که اولاً مرجع جمع آوری کننده مشخص نشده و ثانیاً تکلیف داروهای جمع آوری شده از لحاظ اینکه آیا باید ضبط یا معدوم یا مسترد شوند را مشخص نکرده است. برای حل این مشکل و سکوت قانونگذار باید به تبصره ۲ ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی ۹۲ استناد کرد و نسبت به داروهای مکشوفه تصمیم مقتضی اتخاذ نمود.

۳-۲ - تأسیس داروخانه بدون اخذ پروانه:

الف- عنصر قانونی این جرم ماده ۱۴^۱ و عنصر مادی آن فعل مثبت تأسیس داروخانه و عنصر روانی آن سوء نیت عام میباشد. ضمن اینکه از جرایم مطلق است و به محض تأسیس و راه اندازی داروخانه بدون کسب مجوز، جرم منظور واقع شده و نیازی به فروش دارو در این مرکز نمیباشد.

ب- همین عنوان در ماده ۳ اصلاحی قانون مربوط به مقررات امور پزشکی ... نیز آمده ولی شمول قانون اخیر عام و کلی است.

ت- تعطیلی محل داروخانه نوعی مجازات اصلی است نه یک اقدام پیشگیرانه.

۳-۳ - عدم حضور مسئول فنی در ساعات مقرر داروخانه (ماده ۱۶):

الف- عنصر مادی بند ۳ عرضه و فروش دارو که هر یک جرم فعل هستند و عنصر مادی بند ۴ عدم حضور مسئول فنی است که جرم ترک فعل است.

۱- ماده ۱۴ ق.ت.ح.ب.د: عرضه و فروش دارو باید با حضور مسئول فنی انجام گیرد و تخلف از آن جرم محسوب شده و محل مذکور بلافاصله تعطیل میگردد.

ب- از آن جهت که امور مربوط به دارو دارای بعد تخصصی و فنی بوده و به لحاظ پیوند آن با مساعدت بیماران از اهمیت ویژه ای برخوردار است و بیماران از خواص داروها و تداخل های دارویی و ضرر و زیان هایی که بعضی از داروها میتوانند بر روی انسان بگذرانند واقف نیستند لذا ضرورت دارد که نسخه پزشک توسط داروساز خوانده شود.^۱

در داروسازی واژه تداخل زمانی به کار میرود که اثرات یک دارو در حضور داروهای دیگر، غذا، آشامیدنی و یا عوامل شیمیایی محیطی تغییر نماید.

اشتباهات پزشکان که ناشی از عدم رعایت اصول نسخه نویسی صحیح است؛ اگر توسط داروساز تشخیص داده نشود میتواند منجر به پیامدهای خطرناک و گاهی مرگبار برای بیمار شود. حضور مسئول داروخانه در تمام ساعات فعالیت داروخانه امری ضروری است. مطابق ماده ۲۱ آئیننامه داروخانه ها، مسئول فنی برحسب موضوع بحث دارای وظایف ذیل است:

الف- عرضه و فروش دارو و کنترل کلیه نسخ و مهر و امضای آنها.

ب- درج نحوه مصرف دارو بر روی بسته بندی داروهای تجویز شده برطبق دستور پزشک معالج و تذکرات لازم برحسب ضرورت.

ج- مشاوره با پزشک معالج بیمار در مواردی که ابهام و تردید در نسخه تجویزی ملاحظه گردد.

۳- ۴- تهیه داروی خارج از شبکه مجاز توسط داروخانه (ماده ۱۷):

همان گونه که شرکت های توزیع دارو وظیفه دارند داروهای تولیدی و یا وارداتی را مطابق ضوابط به داروخانه ها و مراکز صلاحیت دار تحویل نمایند، داروخانه ها نیز مکلفند داروهای خود را منحصرأ از شرکت های مجاز توزیع دارو که از طرف وزارت بهداشت تعیین و اعلام میشوند تهیه نمایند. (بند ۳ ماده ۲۰ آئیننامه داروخانه ها)^۲

۳- ۵- ارائه دارو بدون نسخه پزشک (ماده ۱۸):

داروخانه مکلف است کلیه اقلام دارویی را صرفأ با نسخه پزشک معتبر ارائه دهد. تبصره ماده ۱۸ اعلام میدارد: «لیست اقلامی که ارائه ی آنها بدون نسخه پزشک مجاز میباشد از سوی وزارت

۱- جهت مطالعه بیشتر، رک: فرشید ملک مرزبان، ارزیابی میزان تشخیص خطاهای دارویی توسط داروسازان در شهر تهران، پایان نامه دکتری، دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی، دانشکده داروسازی

۲- نظریه اداره حقوقی به شماره ۷/۶۳۲۵-۷/۲۹/۷۲/۱۰:

اگر کسی که دارو را برای فروش تهیه کرده است دارای پروانه رسمی بوده ولی دارو را از غیرشبکه های توزیع تعیین شده از سوی وزارت بهداشت تهیه کرده باشد عملش مشمول ماده ۱۷ قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی ... است. گرچه در ماده مذکور از داروخانه نام برده است ولی چون داروخانه نه شخصی حقوقی است و نه شخص حقیقی لذا منظور از آن متصدی داروخانه است. اگر کسی دارو را برای فروش تهیه و عرضه نموده، فاقد پروانه رسمی باشد عملش مشمول ماده ۳ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و ... است.

بهداشت درمان و آموزش پزشکی اعلام می‌گردد. بنابراین اصل آن است که هیچ دارویی را نمیتوان بدون نسخه پزشک عرضه نمود و یا به فروش رساند مگر اینکه مطابق اعلام وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی عرضه آن بدون نسخه مجاز باشد. لذا مسئول فنی داروخانه نمیتواند به اعتبار اینکه نمایانسته فروش دارویی خاص بدون نسخه ممنوع است، خود را مقصر نداند.»^۱

۳- ۶- عرضه دارو به قیمت غیررسمی (ماده ۱۹):

اصولاً دارو دارای قیمت رسمی است. داروخانه نمیتواند قیمت بازار آزاد آن را ملاک قیمت گذاری دارو قرار دهد. این ماده صرف عرضه یعنی در معرض فروش گذاردن را برای تحقق جرم کافی دانسته است. اگر دارویی در داروخانه به قیمت غیررسمی عرضه و سپس به فروش برسد دو جرم واقع شده و از مصادیق تعدد مادی جرم محسوب شده و هریک مجازات مستقل را دارند. علاوه بر اینکه این عمل از مصادیق تخلف انتظامی نیز محسوب میشود که در گفتار مربوطه بحث خواهد شد.

۳- ۷- مهور نکردن و عدم درج قیمت در نسخه دوم بیمه‌ی خدمات درمانی (ماده ۱۹):

الف- موارد فوق به صورت ترک فعل صورت می‌گیرد و به محض تحویل نسخه به بیمار و عدم انجام تکلیف قانونی فوق، جرم منظور واقع شده است.

ب- به نظر میرسد این جرایم، از جرایم عمدی هستند. بنابراین اگر از روی سهو و فراموشی صورت گیرد؛ این جرم محقق نشده است. مزیت مهر داروخانه، شناسائی داروخانه موردنظر است.

۳- ۸- نگهداری یا عرضه یا فروش داروهای فاسد و یا تاریخ گذشته (ماده ۲۰):

الف- هریک از افعال نگهداری، عرضه و فروش مربوط به داروهای فاسد یا تاریخ گذشته جرم است. بنابراین اگر مسئول داروخانه داروهای فاسد و یا تاریخ مصرف گذشته را در داروخانه نگهداری نماید سپس به مشتری عرضه کند و با درخواست مشتری به او بفروشد، مرتکب سه جرم شده و از مصادیق تعدد مادی بوده و مطابق ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی ۹۲، مجازات خواهد داشت.

ب- با توجه به شرح قسمت پایانی ماده، این جرم اختصاص به داروخانه دارد ولی تبصره ۴ ماده

۱- نظریه شماره ۷/۲۲۲-۱۳۶۹/۳/۱ اداره کل حقوقی قوه قضائیه:

صرفنظر از اینکه برابر ماده ۱۸ قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی ... دارو باید در مقابل نسخه پزشک ارائه شود و ارائه آن بدون نسخه پزشک موجب تعزیر است و مجازاتهایی برای آن در نظر گرفته شده است، برای کسانی که بدون داشتن پروانه اقدام به تأسیس داروخانه مینمایند برابر ماده ۳ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی ... مصوب ۱۳۳۴ مجازات حبس و غرامت هم تعیین شده بنابراین چون خصوصیتی در محل داروخانه نیست و فروش دارو بدون داشتن پروانه ممنوع است مجازات فوق شامل فروشندگان دوره گرد هم شده و میتوان آنان را برابر ماده ۳ قانون مذکور تحت پیگرد قرار داد.

۱۴ مربوط به شرکت‌های توزیع کننده دارو است.

۳ - ۹ - خودداری از عرضه دارو (ماده ۲۳):

داروخانه مکلف است؛ کلیه داروهایی که به صورت قانونی خریداری شده و در فهرست دارویی کشور مجاز اعلام شده را در معرض فروش و عرضه قرار دهد و نمیتواند داروهای کمیاب را به جهت فروش آزاد و یا به انگیزه دیگر مخفی نماید.

در ماده ۷ همین قانون صرف اختفاء و امتناع جرم نیست؛ بلکه باید به قصد گرانفروشی و یا تبعیض در فروش باشد. در حالی که در این ماده صرف خودداری از فروش جرم تلقی شده است و نیازی به سوء نیت خاص ندارد.

۳ - ۱۰ - تهیه دارو توسط شرکت‌های توزیع کننده دارو از شرکت‌های غیرمجاز (ماده ۲۸):

الف- تهیه دارو، هرگونه بیع، خرید و فروش و معامله ای را شامل میشود که موجب انتقال مالکیت از یک شرکت تولیدی غیرمجاز و یا انتقال مالکیت از یک واردکننده غیرمجاز دارو به یک شرکت توزیع کننده دارو صورت گیرد. شرکت توزیع کننده دارو باید از شرکت‌های قانونی و معتبر باشد ولی در شرکت‌های تولیدی و وارداتی غیرمجاز، این شرط وجود ندارد.

ب- شرط تحقق این جرم آن است که داروهای مورد بحث با ارز دولتی تولید و یا وارد شده باشند. مفهوم مخالف این شرط آن است که اگر داروها با ارز غیردولتی و بدون حمایت دولت تولید یا وارد شده باشند مشمول مقررات این ماده نخواهد شد. شرکتهای توزیع کننده میتوانند داروهای خود را از شرکت‌های تولیدی و یا وارداتی غیرمجاز هم دریافت دارند ولی به نظر میرسد مفهوم مخالف ماده مصداق ندارد زیرا برابر سایر مقررات مربوط به دارو کلیه داروها به لحاظ حساسیت موضوع باید از طریق منابع معتبر خریداری شوند.

۳ - ۱۱ - قرار دادن اقلام دارویی در اختیار واحدهای غیرمجاز توسط شرکت‌های توزیع دارو (ماده ۲۹):

همان گونه که شرکت‌های توزیعی وظیفه دارند؛ داروهای خود را از مجاری قانونی و شرکت‌های معتبر خریداری کنند؛ در توزیع دارو نیز شرکت‌های توزیع کننده باید داروها را در اختیار واحدهای مجاز قرار دهند. لذا با تحویل دارو به واحدهای غیرمجاز این جرم محقق خواهد شد خواه این داروها فروخته شده باشد و خواه فروخته نشده باشد.

نتیجه گیری

واقعیت آن است؛ که سیاست دولت در حوزه مربوط به دارو و درمان کشور چه از لحاظ کیفی و چه از لحاظ کمی، نتوانسته انتظارات مردم را برآورده نماید. لذا عموم مردم این دغدغه و

نگرانی را دارند که اگر خود یا یکی از بستگان آنها بیمار گردد؛ چگونه و از چه مرکزی داروی موردنیاز خود را تهیه نمایند. برای بیماران خاص که مدام دارو مصرف مینمایند نیز این اطمینان وجود ندارد که پس از اتمام دوره ی مصرف، مجدداً بتوانند همان داروهای موردنیاز را فراهم نمایند. دلیل این نگرانی فقدان ثبات اقتصادی، سیاسی و یا هر امر دیگری که باشد؛ واقعیتی است که به تفصیل مورد مطالعه قرار گرفت و آنچه که در نتیجه این بحث میتوان به آن پرداخت، به شرح زیر است:

توضیح این نکته با بیان اصل علت و معلول ضروری به نظر می رسد. برابر اصل کلی «هیچ معلولی بدون علت نیست و هر پدیده ای میتواند یک علت و یا علل متعددی داشته باشد» گاهی اوقات به طور قطع و یقین نمیتوان یک دلیل و یا عامل را دلیل وقوع جرمی دانست. فقر میتواند یکی از عوامل موثر در وقوع جرم باشد ولی همه فقرا مجرم نیستند.

در صورتی که بودجه مربوط به بخش دارویی کشور به میزان متناسب با نیاز دارویی محاسبه شود با برنامه ریزی دقیق میتوان ضمن ایجاد فرصتهای کافی برای بخش تولید داخلی درصد ارتقاء سطح کمی و کیفی محصولات دارویی برآمد و در عین حال برای جلوگیری از اختلال در نظام توزیع دارو، متناسب با تقاضای داخلی میتوان، داروهای موردنیازی را که قادر به تولید آن نیستیم؛ از خارج وارد نمائیم.

اگر با برنامه ای درازمدت کارخانجات تولیدکننده داخلی دارو مورد حمایت جدی قرار گیرند و از طرفی بودجه کافی برای بخش تجهیزات در نظر گرفته شود؛ شاهد شکوفایی این صنعت خواهیم بود. لیکن ضرورت دارد در کوتاه مدت نیز نیاز بخش مصرف شناسایی و حتی بیش از حد نیاز بازار مصرف اشباع شود تا فرصتی برای سودجویان و دلالان باقی نماند.

توجه به این نکته ضروری است که بودجه ای که برای این امر اختصاص خواهد یافت به مراتب کمتر از بودجه ای است که در نظام عدالت کیفری (پلیس، دادگستری، زندان و ...) برای شناسایی مجرمین و مجازات کیفری آنها در نظر گرفته میشود.

نتیجه آنکه پیشگیری مقدم بر درمان است و باید تمامی پهنشهای مسئول اعم از نمایندگان مجلس، مقامات اجرایی، قضایی و مسئولین دولتی خصوصاً مدیران وزارت بهداشت در اتخاذ تصمیمات خود اولویت را به امر پیشگیری از وقوع جرم معطوف نمایند.

منابع:

الف) کتابها:

اردبیلی م. حقوق جزای عمومی، جلد اول، نشر میزان، چاپ سوم. ۱۳۸۰

امین شیرازی ا. اسلام پزشک بیدارو، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم. ۱۳۷۶

- آخوندی م. آئین دادرسی کیفری، جلد اول و دوم، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۶۸
- آخوندی م. آئین دادرسی کیفری، جلد چهارم، انتشارات اشراق (دانشگاه قم)، چاپ اول، شهریور. ۱۳۷۹
- آشوری م. جایگزینهای زندان یا مجازاتهای بینابین، نشر گرایش، چاپ اول. ۱۳۸۲
- آشوری م. آئین دادرسی کیفری، جلد اول، انتشارات سمت، چاپ هشتم. ۱۳۸۳
- آقایی ب. فرهنگ حقوقی بهمن، انگلیسی به فارسی.
- دلماش مارتی م. نظامهای بزرگ سیاسی جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، نشر میزان، جلد اول، چاپ اول. ۱۳۸۱
- دهخدا ع. لغت نامه، جلد ۷، چاپ دوم، دانشگاه تهران، تهران. ۱۳۷۷
- رحمانی م. داروشناسی کاربردی، ویرایش سوم، موسسه انتشارات جعفری، تهران. ۱۳۸۴
- روشه س.. جامعه غیر مدنی، ترجمه محمود عباسی، انتشارات حقوقی تهران. ۱۳۸۱
- عباسی م. دوره دازده جلدی سلسله مباحث حقوق پزشکی، انتشارات حقوقی. ۱۳۸۲
- لازرژ ک. درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، نشر میزان، چاپ اول. ۱۳۸۲
- معین م. فرهنگ فارسی معین، موسسه انتشارات امیرکبیر، جلد ۲، تهران. ۱۳۸۳
- ب- مقالات:
- اسماعیلی ب. صادرات دارو، ماهنامه دارویی رازی، شماره ۱۱. ۱۳۷۹
- عباسی م. عوامل اجتماعی موثر بر ارتکاب جرایم پزشکی و دارویی، ضمیمه کتاب تقریرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی، انتشارات حقوقی. ۱۳۸۲
- کبریایی زاده ع. ماهنامه دارویی رازی، شماره ۹، سال ۱۲. ۱۳۸۰
- محلاتی و. ماهنامه دارویی رازی، شماره ۷، سال ۱۳. ۱۳۸۱
- منتظری ع. ماهنامه دارویی رازی، شماره ۸، شهریور، ۱۳۸۴.
- نجفی ابرند آبادی ع. پیشگیری از بزهکاری و پلیس محلی، مجله امنیت، شماره ۲۶، ۲۵، ۲۰، ۱۹. ۱۳۷۹
- د- پایان نامه‌ها:

اکبری ر. جرایم بهداشتی، درمانی و دارویی در قانون تعزیرات حکومتی، کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، سال تحصیلی ۸۳-۸۲.

جلالوند م. بررسی تداخلات دارویی و خطاهای منجر به کسورات در نسخ بیمه، دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی، دانشکده داروسازی، سال تحصیلی ۸۲-۸۱، شماره ۶۷۷.

زارعیان ح. بررسی جرایم مربوط به مواد دارویی و آرایشی و بهداشتی، کارشناسی ارشد، حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، زمستان ۸۴.

95 The Fundamental Researches in Law



The legal status of children out of wedlock in Iranian law and Imami jurisprudence

esmat savadi , mahboubehghorbani

Date Received : 26 October 2023

Date Accepted : 30 October 2023

abstract :

Children born out of the marital relationship , are those who are considered legitimate or illegitimate children as per the regulations and/ or in case of absence of the provisions of law, according to the decree of the religious authorities. In case the children are deemed legitimate, like the children born after mistaken intercourse, they shall enjoy the rights appertaining to the legal and legitimate children. But in case they are deemed illegitimate children, like those who are born through adultery, their lineage shall be considered unlawful and illegitimate according to the legal view. Following the Emamieh jurisprudence, as mentioned in article ۱۱۶۷ of the Civil Code of the Islamic Republic of Iran, a child born through adultery shall not belong to the adulterer. This concept means that the law overlooks the natural descent of the illegitimate child, as well as the legal effects of the relationship such as guardianship, custody, maintenance, and legacy. So the rights and duties laid down in the law for the children shall only include the legitimate children. Now this fundamental question arises that where the illegitimate children stand in our legal system and who is responsible for their financial and non-financial rights? This thesis investigates the children born out of the marital relationship as well as their rights and it aims at proposing appropriate suggestions in concert with the equality of the rights of the children in question with those born in a marital relationship.

Key Words: Legal Status, Children born through adultery, Left infant, Children born after mistaken intercourse, Children born after artificial insemination, Law of Islamic Republic of Iran, Emamieh Jurisprudence



وضعیت حقوقی کودکان خارج از عقد نکاح در حقوق ایران و فقه امامیه

عصمت سوادى^۱، محبوبه قربانی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۸

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۷/۲۵

چکیده:

کودکان خارج از عقد نکاح، کودکانی هستند که بر حسب قانون و یا در صورت فقدان مواد قانون بر اساس فتاوی علمای، کودکان مشروع یا نامشروع محسوب می شوند. در صورت مشروع شناخته شدن مانند کودکان ناشی از وطی به شبهه، این کودکان از حقوق کودکان مشروع و قانونی بهره مند می شوند. اما در صورت نامشروع شناخته شدن مانند ولدزنا، مطابق دیدگاه حقوقی، نسب این کودکان، نامشروع و غیرقانونی است و قانون مدنی ایران هم در ماده ۱۱۶۷ به پیروی از فقهای امامیه، طفل متولد از زنا را ملحق به زانی نمیداند. مفهوم عدم الحاق آن است که قانون، نسب طبیعی کودک نامشروع را نادیده میگیرد و آثار قانونی نسب مانند ولایت قهری، حضانت، نفقه و ارث را بر آن مترتب نمیکند. نتیجه آنکه حقوق و تکالیفی که قانون برای اولاد در نظر گرفته است، به کودکان مشروع اختصاص می یابد. حال پرسش اساسی این است که کودکان نامشروع چه جایگاه قانونی در نظام حقوقی ما دارند و حقوق مالی و غیرمالی این کودکان بر عهده چه کسانی است؟ این مقاله کودکان خارج از نکاح و حقوق آنها را مورد بررسی قرار داده است و سعی در ارائه پیشنهادهای مناسب در جهت برابری حقوق کودکان موضوع این مقاله با کودکان حاصل از عقد نکاح داشته است.

واژه‌های کلیدی: وضعیت حقوقی، کودکان، حقوق ایران، فقه امامیه، خارج از عقد نکاح.

۱- نویسنده مسئول، استادیار گروه معارف اسلامی، دانشکده علوم انسانی، واحد تهران غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

E_savadi@yahoo.com

۲- دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد تهران غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Mahboubehghorbani8@gmail.com

«فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَ نَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ»

پس هنگامی که کار را به پایان رساندیم و از روح خود در او دمیدم همگی بر او سجده کنید.

انسان به عنوان خلیفه خداوند بر روی زمین و اشرف مخلوقات از مقام و منزلت ممتاز و پر ارجی برخوردار است. حتی خداوند در وصف این موجود در سوره احزاب آیه ۷۲ می‌فرماید: که ما امانت را بر آسمان‌ها و زمین و کوه‌ها عرضه کردیم آنها امتناع کردند و طاقت امانت را نداشتند و انسان آن امانت را بر دوش گرفت. ارتباط جنسی نامشروع یکی از گناهان و جرائمی است که شارع مقدس به خاطر حفظ و صیانت جامعه و اهمیت مساله کیفر سختی را برای مرتکبین آن مقرر نموده است. نویسندگان محترم حقوقی تاکنون با توجه به بررسی صورت گرفته توسط محقق کمتر به بررسی موضوع این اثر به طور تفصیل در حقوق ایران پرداخته‌اند. در فقه اسلام علی‌الخصوص فقه امامیه که مبنا منشأ قوانین مدنی می‌باشد و بنا به تجویز اصل ۱۶۷ قانون اساسی که در صورت سکوت قانون، یکی از منابع حقوق به شمار می‌رود کمتر به طور تفصیل به این موضوع پرداخته شده است. ولی فقهای معاصر فتاوایی در خصوص مسائلی از قبیل نفقه و حضانت داده‌اند. در فقه امامیه و فقه عامه فقها در خصوص ارث و الحاق نسب مقرراتی را عنوان داشته‌اند ولی در خصوص مسائلی از قبیل نفقه، حضانت، ولایت و قیمومت کمتر بحث نموده‌اند و در خصوص مسائلی از قبیل تابعیت، اقامتگاه، هویت، شناسنامه، نام و نام خانوادگی، بحث و تجزیه و تحلیل واقع نشده است. در اینجا سعی شده که نظریه مشهور فقها و حقوقدانان و فتاوی‌ای مراجع تقلید معاصر و استدلال‌ها و استنباط‌های شخصی از قوانین و اصول و قواعد کلی پذیرفته شده بیان گردد.

بند نخست: کودک

در اصطلاح حقوقی به کسی گفته می‌شود که از نظر سن به نمو جسمی و روحی لازم برای زندگی در اجتماع نرسیده است، با توجه به مواد ۹۵۸ و ۱۲۰۷ قانون مدنی کودک از کلیه حقوق مدنی برخوردار است و از این حیث با بزرگسالان فرقی ندارد، اما قانوناً نمی‌تواند حق خود را اعمال و اجرا کند. فرد زمانی طفل است که بالغ نشده باشد و قانون مدنی ایران در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ اعلام داشته است که «سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری است»، بنابراین تا زمانی که به سن بلوغ نرسیده است طفل خواهد بود. بنابراین مطابق قانون ایران طفل پسر تا ۱۵ سالگی و دختر تا ۹ سالگی و مطابق کنوانسیون ۱۹۸۹ تا ۱۸ سالگی طفل است.

۱ - اقسام کودکان خارج از عقد نکاح

اقسام کودکان خارج از عقد نکاح عبارتند از: کودک ناشی از زنا، کودک ناشی از وطی به شبهه، کودک ناشی از تفخیز، کودک ناشی از تلقیح مصنوعی، کودک سر راهی (لقیط)، کودک رضائی، کودک ناشی از رحم اجاره‌ای در متن ذیل به تفصیل بیان شده است.

۲- عوامل پیدایش کودکان خارج از عقد نکاح

هم چنانکه می دانیم تولد طفل نامشروع در نتیجه یک عمل غیر شرعی و خلاف عرف اجتماعی و قانون است و عوامل متعددی در ایجاد این مسئله دخالت دارند که می توان در دو عنوان کلی فردی و اجتماعی بررسی کرد البته باید اذعان نمود که دانستن علل پیدایش اطفال نامشروع و افزایش آن مطالعه وسیعی را ایجاب می نماید و می تواند موضوع یک بحث مستقل باشد و آنچه را که مسلم و غیر قابل انکار است رابطه ی نزدیکی بین پیدایش اینگونه اطفال و عوامل محیطی وجود دارد و تاثیر هر یک از این عوامل نسبت به وضعیت زندگی و اجتماعی افراد مختلف است چنانکه در بعضی مناطق عوامل اجتماعی در پیدایش اینگونه اطفال مؤثرتر است و در بعضی مناطق عوامل شخصی اثر دارد .

الف : عوامل اجتماعی

عوامل اجتماعی که در پیدایش اینگونه اطفال میتوانند موثر باشد ممکن است به صورت محیط اجتماعی و اقتصادی و قانونی و یا جنگ باشد.

ب: علل فردی

مجموعه عواملی هستند که در ارتباط با ویژگیها و خصوصیات انسان بوده و از شخص وی سرچشمه میگیرند و گاهی نیز بعد از ولادت بر شخص عارض می شوند عوامل شخصی را می توان در دو گروه تقسیم بندی نمود: عوامل شخصی روانی و عوامل شخصی جسمانی.

۳- آمار کودکان نامشروع نسبت به مشروع

آماری که نسبت اطفال نامشروع را با اطفال مشروع در ایران نشان دهد مشخص نبوده و نمی تواند کاملاً منظور ما را تأمین کند و ادارات ثبت احوال و آمار نیز اطلاعات دقیقی در این باره در اختیار افراد قرار نمی دهند زیرا این مواردی است که کمتر به آن توجه می شود یا اگر به آن توجه کنند سعی میکنند این گونه اطفال را به فردی منتسب کنند و آمار دقیقی در این باره ارائه نشده است البته در این باره طرق آمارگیری نیز مختلف است و از طرف دیگر اغلب آمارهای بدست آمده نیز ناقص می باشد باشد زیرا گاهی اوقات آمار زمان ولادت در نظر گرفته می شود بدون آنکه عوارض بعدی آن از قبیل نفی ولد - ابطال نکاح و فرزند خواندگی را مورد توجه قرار دهند و گاهی نیز فقط متولدین زنده را بیان میکند بدون اینکه متولدین مرده را به حساب آورند و چه بسا بعضی از زنان وقتی که اینگونه اطفال را به دنیا می آورند هیچگاه ولادت را به مراکز آماری اطلاع نمی دهند و این طفل به صورت بدون شناسنامه باقی می ماند ولی آنچه که مسلم است اینگونه اطفال در ایران وجود دارند و این مسئله قابل انکار نیست و افزایش کودکان خیابانی می تواند دلیلی بر این مطلب باشد.

در لغت نسب مصدر است و به معنی قرابت و علاقه و رابطه بین دو شیء است. دکتر کاتوزیان می‌گویند: نسب در لغت به معنی نژاد و اصل و خویشاوندی است. نسب عرفاً و لغتاً رابطه است اعتباری که از پیدایش یک انسان از انسان دیگر انتزاع می‌شود.

۱. تقسیم بندی نسب به نسب‌های ششگانه

در این مبحث موضوع این است که چند نسب وجود دارد و چه نسب‌هایی از نظر قانونگذار مشروع و واجد آثار می‌باشد و اینکه آیا فرزند نامشروع جزء نسب‌های پنجگانه این مبحث می‌باشد و یا خیر. این نسب‌های شش گانه عبارتند از:

نسب قانونی

نسب شبه (ولد شبه)

نسب بیولوژیکی (نامشروع)

نسب تکنولوژیکی (تلقیح مصنوعی)

نسب قراردادی (فرزند خواندگی)

نسب ناشی از زنا (ولد الزنا)

که به ترتیب مورد بحث قرار می‌گیرند.

الف: نسب قانونی

نسب قانونی که به آن نسب مشروع نیز اطلاق می‌شود. در تعریف آن گفته‌اند: «نسب قانونی عبارت از خویشاوندی طفل به پدر و مادری می‌باشد که در حین انعقاد نطفه بین آنان نکاح صحیح اعم از دائم یا منقطع موجود بوده است.»

نسب مشروع که خود دو گونه است: نسب مشروع واقعی و نسب مشروع حکمی.

ب: نسب شبهه (ولد شبهه)

«الشبهه» در لغت به معنای خلط امور با یکدیگر است. شبهه عبارت است از تصور خلاف واقع و نسب ناشی از شبهه عبارت است از رابطه جنسی زن و مرد به طور نامشروع بدون اینکه در حین نزدیکی به غیر مشروع بودن عمل خود آگاهی داشته باشند به خود ممکن است حکمیه یا موضوعیه باشد.

با توجه به تقسیم شبهه به موضوعیه و حکمییه هرگاه در اثر نزدیکی به شبهه اعم از حکمی یا موضوعی، نطفه ای منعقد و طفلی متولد گردد، ولد مزبور، ولد شبهه نامیده می‌شود. طفل متولد از نزدیکی به شبهه فقط ملحق به طرفی می‌شود که در اشتباه بوده و در صورتی که هر دو در اشتباه باشند ملحق به هر دو خواهد بود. با توجه به الحاق نسب ناشی از شبهه به نسب صحیح و قانونی برابر ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی.

ج: نسب بیولوژیکی (نامشروع)

هرگاه در نتیجه رابطه نامشروع زن و مرد از قبیل تفخیز طفلی به دنیا آید. در نسب این کودک فی ما بین فقها اختلاف است. برخی نسب او را ناشی از شبهه و برخی دیگر نسب او را ناشی از زنا و به تعبیر دیگر نامشروع و طفل را ولدالزنا، فرزند طبیعی و فرزند نامشروع گویند.

د: نسب تکنولوژیکی (تلقیح مصنوعی)

تلقیح مصنوعی از پدیده‌های نسبتاً جدید و زاینده دانش امروزی است. تلقیح مصنوعی در ابتدا برای تکثیر گیاهان و حیوانات در نظر گرفته شده ولی اخیراً این روش برای انسان‌ها نیز به کار می‌رود. تلقیح مصنوعی عبارت است از داخل کردن منی مرد به وسیله آلات پزشکی و یا هر وسیله دیگر غیر از مقاربت در رحم زن که موجب آبستن شدن زن گردد. در قانون مدنی ایران مقررات در زمینه لقاح مصنوعی و جواز و یا ممنوعیت آن و مشروعیت و یا عدم مشروعیت طفل حاصل از آن پیش بینی نشده ولی با توجه به اظهار نظر فقها و مراجع تقلید که در صورت عدم وجود قانون بنا بر تجویز ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی که یکی از منابع حقوق خصوصی می‌باشد مورد بررسی واقع می‌شود.

انواع تلقیح را می‌توان به ۴ نوع تقسیم کرد:

بند اول: تلقیح همگن یا تلقیح اسپرم شوهر با تخمک زن (خارج از رحم) و قرار دادن جنین در رحم عملی است مشروع؛ بنابراین هیچ عنوان حرامی بر آن بار نمی‌شود؛ افزون بر اینکه برائت عقلی و شرعی دلیلی است بر اثبات جواز و حلیت آن، مضافاً اینکه أصالة الإباحه نیز در این مورد جاری می‌شود. لذا طفل مولود نیز مشروع و قانونی بوده و کلیه آثار حاصل از نزدیکی طبیعی بین زن و شوهر بر چنین طفلی نیز مترتب می‌گردد. آیت الله مکارم شیرازی: «تلقیح نطفه به حلیله خود (زن حلال خودش) در صورتی که خود زوج متصدی باشد، اشکال ندارد. اولاد حلال زاده به هر دو ملحق است.» آیت الله خامنه‌ای: «عمل مذکور فی نفسه اشکال ندارد؛ ولی واجب است از مقدمات حرام مانند: لمس و نظر، اجتناب شود.» آنچه لازم به ذکر است، امروزه تلقیح مصنوعی با نطفه شوهر مشکل حقوقی و شرعی ندارد و از لحاظ نسب و آثار و تبعات متفرع بر آن مشکلی ایجاد نمی‌کند. طفلی که بدین ترتیب پدید می‌آید؛ متعلق به زن و شوهر است و همه آثار مربوط به نسب صحیح و مشروع بر آن بار می‌شود.

بند دوم: تلقیح مصنوعی ناهمگن یا تلقیح اسپرم مرد بیگانه با تخمک زن و قرار دادن آن در رحم زن

با توجه به آنکه قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور به تصویب رسیده است، جنین های حاصله از تلقیح خارج از رحم زوج های قانونی و شرعی پس از طی تشریفات مندرج در آن قابل انتقال به رحم زنانی است که پس از ازدواج و انجام معاینات پزشکی ناباروری آنها (هر یک به تنهایی یا هر دو) مسلم شده است.

بند سوم: تلقیح مصنوعی همگن و مادر جانشین که همان رحم اجاره ای است

جایز است و فرزند مشروع است. طفل حاصل از جنین بارور شده یا پرورش یافته دو همسر خارج از رحم مادر سه فرض دارد: در آزمایشگاه، جنین مذکور به رحم زنی که با شوهر رابطه زوجیت دارد (به عنوان همسر دوم) منتقل گردد، و فرضی که جنین مذکور به رحم زنی منتقل شود که با شوهر رابطه زوجیت ندارد. به اعتقاد نگارنده با اتکاء به وحدت ملاک حاکم بر قرابت رضاعی و این که در فرض مورد بحث نیز همان ملاک موجود بوده وجه قویتری موجود است بنابراین رابطه نسب را بین ثالث و طفل پرورش یافته در رحم او می توان برقرار دانست. بدین توضیح که چون در قرابت رضاعی آن چه منشاء قرابت می گردد روئیدن گوشت و استخوان از شیر مادر رضاعی بر طفل شیرخوار است و در اینجا نیز بی تردید جنین از خون ثالث تغذیه نموده و رشد می نماید، بنابراین موجبات برقراری رابطه نسب بین کودک و ثالث فراهم می گردد. و موجب حرمت نکاح و محرمیت به میزانی که از قرابت رضاعی ناشی می شود خواهد گردید.

بند چهارم: تلقیح مصنوعی با تخمک غیر همسر، تابع احکام باروری با مرد بیگانه است جایز است و فرزند مشروع است.

ح: نسب قراردادی (لقیظ)

سر راهی یا لقیظ عبارتست از مولودی غالباً تازه به دنیا آمده که خانواده اش او را در راهی یا مکان عامی مثل کنیسه یا مسجد به منظور فرار از تهمت زنا یا ترس از فقر با سبب دیگری رها کرده باشند. حکم طفل سر راهی همه فقهای مذاهب اسلامی عقیده دارند که بین لقیظ و ملتقط ارث نیست زیرا این عمل برای خیر و احسان و تعاون بر نیکی و تقوی است. در قانون ایران از این کودکان تحت عنوان کودکان بی سرپرست نام برده است و روابط و مقررات قانونی آن را نخستین بار در قانون حمایت از کودکان بی سرپرست مورخ ۱۲ فروردین ۱۳۵۴ مدون کرده است. در مورد کودک سر راهی باید گفت که اصل بر مشروع بودن و قانونی بودن اینگونه کودکان است مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد. اصولاً فرزند نامشروع به کودکی اطلاق می گردد که تولد وی از زنا ثابت شده باشد. لذا درباره کودکی که نسب او مشخص نیست نمی توان گفت که دارای نسب نامشروع است.

و: نسب ناشی از زنا (ولد الزنا)

نسب ناشی از زنا زمانی است که پدر و مادر طبیعی طفل هنگام انعقاد نطفه در حال ارتکاب زنا بوده اند، و رابطه زوجیت بین آنها وجود نداشته و نسبت به هم اجنبی بوده اند. در چنین شکلی از رابطه نامشروع طفل متولد از زنا یا به اصطلاح ولد الزنا است.

در حقوق ایران نسب نامشروع به رسمیت شناخته نشده و طفل ناشی از روابط آزاد زن و مرد، به زناکار ملحق نمی شود. در ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی بیان کرده که ولد ناشی از زنا به زانی ملحق نمی شود.

بند سوم: تحلیل و بررسی مواد قانونی و رای وحدت رویه در مورد فرزند نامشروع در حقوق ایران

ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی در مورد فرزند نامشروع

سرپرست ممکن است به موجب قانون یا بر حسب قرارداد، تکلیف به نگهداری یا مواظبت از مجنون یا صغیر را بر عهده داشته باشد. هر کدام از سرپرستان، اعم از قانونی مانند پدر و مادر یا قراردادی مانند بیمارستان یا مهد کودک، در صورتی که در نگهداری صغیر یا مجنون کوتاهی کند مسئول جبران خسارات وارده از طرف آنها خواهند بود. اینکه اگر فرزند نامشروع (ولد زنا مرتکب ورود خسارت به دیگران شود، پدر یا مادر عرفی او مسئول جبران زیان هستند یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد. در حقوق ایران، طبق ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود»، لکن به موجب رای وحدت رویه شماره ۶۱۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، زانی را پدر عرفی طفل تلقی کرد؛ در نتیجه، کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهده او می باشد؛ بنابراین، اگر پدر عرفی که سرپرست قانونی طفل به شمار می رود، در نگهداری او تقصیر کند و طفل خسارتی به دیگران بزند، پدر عرفی (زانی) طبق ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی عهده دار جبران زیان خواهد بود.

رای وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۰۴/۰۳ از هیأت عمومی دیوان عالی کشور

در مورد دادخواستهای طرح شده در دو فقره پرونده مبنی بر الزام خواننده به اخذ شناسنامه جهت فرزند مشترک، چون طفل متولد شده، ناشی از رابطه نامشروع بین طرفین دعوا بوده است و پرونده های کیفری مربوط به این امر دلالت دارد و با توجه به اینکه چنین طفلی از نظر لغت و در عرف فرزند زانی نامیده می شود و از نظر فقهی و قانونی تنها توارث و نظایر آن در مورد وی نفی گردیده است و نیز با توجه به فتوای حضرت امام خمینی (ره) به شرح مسئله سه از موازین قضایی که نفقه اینگونه فرزندان را بر عهده پدر دانسته اند، اخذ شناسنامه نیز بر عهده پدر عرفی که همان خواننده دعوی است می باشد. بنا به مراتب رای شعبه سی دیوان عالی کشور که بر این اساس صادر شده موجه بوده، معتقد به تأیید آن می باشیم، مشاور نموده و اکثریت بدین شرح رای داده اند. به موجب بند الف ماده یک قانون ثبت احوال مصوب سال ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است و تبصره ماده ۱۶ و ماده ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که ازدواج پدر و مادر به ثبت نرسیده باشد و اتفاق در اعلام ولادت و صدور شناسنامه نباشد با اینکه ابوبن طفل نامعلوم باشد تعیین تکلیف کرده است لیکن در مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید با استفاده از عموماً و اطلاق ماده یاد شده و مسأله ۳ و مسأله ۴۷ از موازین قضایی از دیدگاه حضرت امام خمینی (ره)، زانی پدر عرفی طفل تلقی و نتیجه کلیه تکالیف مربوط

به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است و لذا رای شعبه سی ام دیوانعالی کشور که با این نظر مطابقت دارد به نظر اکثریت اعضای هیات عمومی دیوانعالی کشور موجه و منطبق با موازین شرعی و قانونی تشخیص می گردد. این رأی به استناد ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضایی مصوب تیر ماه سال ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها در موارد مشابه لازم الاتباع است. نظر غالب این است که این طفل به پدر منتسب نمی گردد و عده ای از فقها چه شیعه و چه سنی بر آن ادعای اجماع کرده اند. در نتیجه چون قانون مدنی ایران اقتباس از فقه امامیه است بر اساس نظر اکثر فقهای امام به طفل ناشی از زنا به زانی ملحق نمی گردد، قانون مدنی ایران نیز در ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی بیان کرده است که طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود البته در این ماده منظور از الحاق، الحاق قانونی می باشد نه الحاق عرفی و طبیعی. بنابراین مطابق این ماده طفل ناشی از زنا قانوناً به زناکار منتسب نمی گردد و اگر پدر و مادر هر دو زناکار باشند طفل به هیچ یک ملحق نخواهد شد. البته بر اساس رای وحدت رویه ای که در سال ۱۳۷۶ صادر شده است پدر طفل نامشروع هر چند که پدر قانونی او نمی باشد ولی پدر طبیعی او است و تمامی حقوق و تکالیف که پدر در مقابل فرزند (غیر از ارث) را دارا می باشد و فرقی بین طفل مشروع و نامشروع در سایر حقوق در تکالیف وجود ندارد. اگر گفته شود که رأی وحدت رویه با ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی تعارض دارد در جواب می توان گفت آنچه را که در ماده قانون مدنی درباره عدم الحاق ولد زنا به زانی ذکر گردیده است الحاق قانونی و شرعی می باشد ولی در رأی وحدت رویه طفل را به صورت عرفی به پدر طبیعی ملحق شده است و تمامی آثار طفل مشروع را درباره او جز مسئله ارث در نظر گرفته است بنابراین می توان گفت رأی وحدت رویه هیچ تعارضی با ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی ندارد از طرف دیگر مطابق این رأی پدر طفل حتی اگر نامشروع باشد موظف به انجام کلیه تکالیف فرزند خود می باشد با این توجیه می توان گفت اعم از ماده ۱۱۶۷ است. با توجه به اینکه این رأی یک نوع رابطه حقوقی بین فرزند نامشروع و پدر عرفی اش ایجاد می کند و از طرفی مخالف قول مشهور فقهای امامیه می باشد. با این حال هر چند این رأی از پشتوانه فقهی برخوردار است و بدلیل مصالح اجتماعی چنین رای صادر شده است ولی قول مشهور فقها بر عدم انتساب طفل نامشروع به پدرش می باشد.

۱. آثار و نتایج نسب نامشروع

الف: حقوق مالی فرزند نامشروع

نفقة

طبق ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی نفقه عبارت است از مسکن، البسه، غذا و اثاث البیت که به طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم. هر چند که ماده مذکور در خصوص مفهوم نفقه زن می باشد ولی با توجه به موارد ذکر شده در این ماده می توان مفهومی از نفقه را برای فرزند نامشروع استفاده نمود. ماده ۱۱۶۵ ق.م. مقرر می دارد: «طفل متولد از نزدیکی به شبهه فقط ملحق به طرفی می شود که در اشتباه بوده و در صورتی که هر دو در اشتباه بوده اند ملحق به هر دو خواهد بود.»

در صورتی که اشتباه از طرف پدر فرزند نامشروع باشد بنا بر مستفاد از ماده ۱۱۹۹ ق.م. نفقه ولد برعهده اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب. اما در صورتی که مادر در اشتباه بوده و نسب نسبت به پدر نامشروع باشد، این مورد مانند فرضی است که در صورت عدم وجود پدر یا اجداد پدری یا عدم قدرت آنها به پرداخت نفقه به عهده مادر خواهد بود. در صورتی که پدر مطلع و آگاه بر عمل نامشروع بوده، می توان وفق مواد ۱ و ۹ قانون مسئولیت مدنی او را به پرداخت نفقه طفل محکوم نمود. ماده ۹ این قانون مقرر نموده است که اگر دختری مورد تجاوز قرار گرفته، حق گرفتن خسارات مادی و معنوی را داراست. هزینه و نفقه طفلی که ناخواسته و بالاجبار و همراه با تقصیر پدر در دامن مادر قرار گرفته است از نمونه های بارز ضرر مادی و معنوی به مادر است. در این صورت دعوی مسئولیت مدنی به وسیله مادر با مشکلی رو به رو نخواهد شد و با وجود مواد ۱ و ۹ قانون مسئولیت مدنی دادگاه قادر خواهد بود که حکم به جبران خسارت مادی و معنوی وارد شده به مادر و نیز نفقه و مخارج طفل بدهد. علاوه بر مورد فوق برخی از حقوقدانان از باب تسبیب پدر را به تامین مخارج کودک ملزم نموده اند. آقای دکتر حسن امامی تکلیف نفقه این گونه کودکان را بدین صورت معین می کند: می توان بر آن بود که انفاق به کسی که محتاج می باشد از واجبات کفایی است و عمل و وجدان اجتماعی بر متمکن لازم می داند که از او نگاه داری و به او انفاق کنند و پدر و مادر طبیعی که سبب ایجاد طفل بوده اند. از دیگران نسبت به آن طفل اولی می باشند. بنابراین بی مناسبت نیست پدر و مادر را از باب تسبیب ملزم به انفاق به طفل دانست.

ارث فرزند نامشروع

توارث یکی از آثار نسب مشروع است. فرزند نامشروع که به والدین خویش ملحق نمی گردد از این حق محروم می باشد. اکثر فقهاء اسلام معتقدند که فرزند ناشی از زنا از پدر و مادر طبیعی خویش ارث نمی برد. همین طور اگر ولد زنا فوت شود و فاقد اولاد مشروع زوج یا زوجه باشد ماترک او به مادر وی تعلق نخواهد گرفت. بلکه ترکه او متعلق به امام است و چنانچه کسی کفیل مخارج او باشد در صورت فوت ولد زنا مشار الیه از او ارث می برد. قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه، در ماده ۸۸۴ قانون با عبارت «ولد الزنا از پدر و مادر و اقوام آنها ارث نمی برد.» رابطه توارث بین والدین طبیعی و فرزند نامشروع را منتفی دانسته و با توجه به قسمت اخیر ماده از موجبات ارث وجود رابطه نسبی مشروع می باشد. لذا ولد نامشروع و والدین طبیعی هیچ کدام از یکدیگر ارث نمی برند. نکته دیگر اینکه بین فرزندان نامشروع که از یک پدر با یک مادر و یا پدر و مادر مشترک به وجود آمده اند، هیچ گونه ارتباطی موجود نیست و از لحاظ نسب با هم رابطه ای ندارند. بنابراین بین برادران و خواهران طبیعی توارثی وجود ندارد. همچنین بین فرزندان طبیعی و نامشروع پدر و مادر و فرزندان مشروع و ناشی از ازدواج صحیح آنان رابطه نسبی وجود ندارد و از لحاظ ارث نیز توارثی میان آنان وجود ندارد. ولی، بین آنان تحریم ازدواج وجود دارد و از نظر حرمت نکاح نسب ناشی از زنا با نسب ناشی از نکاح صحیح یکسان شناخته شده است. قانون مدنی نیز در ماده ۱۰۴۵ حرمت نکاح بین اقارب نسبی ناشی از زنا را پذیرفته است. هر چند که قانونگذار ولد الزنا را از ارث محروم دانسته است که عدم توارث نسب نامشروع والدین طبیعی برگرفته از متون فقهی و فتاوی فقهای امامیه می باشد ولی محرومیت ایشان از ارث از آنچه که کودک طبیعی

هیچ گونه دخالتی در عمل ارتكابی والدین نداشته و مرتكب تقصیری نشده و در اثر عمل هوسرانی دو نفری به وجود آمده و بنا به تاکید قرآن کریم که وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ به نظر می رسد که بایستی اصلاحاتی در ماده ۸۸۴ قانون مدنی صورت گیرد با این که با تصویب ماده واحدی مستقل یا اضافه نمودن تبصره ای به ماده مذکور به طریقی از کودک طبیعی حمایت نمود.

وصیت به فرزند نامشروع

در این مبحث در خصوص شرایط موصی و موصی له علی الخصوص موصی له مشاهده می گردد قانونگذار نکته موصی یا موصی له بایستی دارای نسب مشروع باشد و یا به عبارت دیگر طهارت مولد باشد و تنها شرط را برای موصی له اهلیت تمتع دانسته است. بنابراین استنباط می گردد با توجه به عدم محرومیت فرزند نامشروع از قبول و تملک موصی به برابر شرایط مقرر قانونی وصیت به فرزند نامشروع بدون هیچ تردیدی صحیح و واجد آثار می باشد.

ب: حقوق غیر مالی فرزند نامشروع

در این مبحث در خصوص حقوق غیر مالی که برای کودک نامشروع متصور است و یا احیاناً بحث بر سر این است که کودک نامشروع با توجه به بعضی از نصوص قانونی و ممنوعیت وی از بعضی از حقوق مالی نسب مشروع آیا از حقوق غیر مالی نیز محروم است؟ یا اینکه فرزند نامشروع مشمول محرومیت مطلق نیست بلکه از بعضی از آثار قانونی ممنوع می باشد. در این بخش حقوقی که برای نسب مشروع متصور می باشد و قانونگذار برای روابط و نسب مشروع شناخته در خصوص فرزند نامشروع مورد تجزیه و تحلیل واقع و النهایه منجر به نتیجه مطلوبی خواهد شد.

حضانت

قانون مدنی ماده ۱۱۷۲ و ۱۱۶۸ حضانت کودکان حقوق تکلیف ابوی ندانسته براین اساس پدر و مادر نمی توانند آن را اسقاط یا به دیگری منتقل کنند یا در ازای آن مطالبه اجرت نمایند. اصلاح ماده ۱۱۶۹ در سال ۱۳۷۲ حضانت پسر و دختر تا ۷ سال با الویت مادرست. با توجه به برای وحدت رویه و بر اساس ماده ۱۱۶۸ حضانت و نگهداری کودکان نامشروع حق و تکلیف ابوین طبیعی اوست.

ولایت

اکثر فقهای امامیه ولایت از آثار حقوقی نسب مشروع و به دلیل آنکه کودک خارج از نکاح از نظر شرعی نسبتی با ابوین ندارد از این رو پدر و جد پدری ولایتی برای کودکان ندارند. قانون مدنی در ماده ۱۱۸۱ هریک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند اما پدر و جد پدری بر کودک خارج از نکاح ولایت ندارد و همچنین حق اداره کردن اموال کودک را با توجه به رای وحدت رویه شماره ۷۱۶ در خصوص ولایت کودک خارج از نکاح تحت

ولایت قهری قرار دارد اما در خصوص ولایت نوعی حق سلطه که نیازمند قانون که پدر عرفی اعطا نمی گردد. بنابراین مطابق ماده ۱۲۸۱ باید برای نصب آنان نصب قیم نمود.

شناسنامه

رای شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۰۴/۰۳ رای وحدت رویه هیئت عمومی دیوانعالی کشور به موجب بند الف ماده یک قانون ثبت احوال مصوب سال ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال، ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است. تبصره ماده ۱۶ و ماده ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که ازدواج پدر و مادر به ثبت نرسیده باشد و اتفاق در اعلام ولادت و صدور شناسنامه نباشد یا اینکه ابوین طفل نامعلوم باشد. تعیین تکلیف کرده است، لکن در مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید. زانی پدر عرفی طفل تلقی و نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می باشد و حسب ماده ۸۴۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است. ولی با عنایت به رای وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۰۴/۰۳ برگرفته از فتوی امام (ره) که اخذ شناسنامه و انتخاب نام و نام خانوادگی برای طفل نامشروع را توسط والدین جایز دانسته است. که همانطور که رای وحدت رویه بر اساس ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ برای کلیه محاکم الزامی می باشد لذا در صورتی که والدین طبیعی برای انتخاب نام و نام خانوادگی طفل به اداره ثبت احوال مراجعه نمایند اداره ثبت احوال مکلف خواهد بود تا نسبت به صدور شناسنامه برای فرزند نامشروع و درج نام خانوادگی پدر طبیعی اقدام نمایند بنابراین با تصویب رای وحدت رویه مذکور توسط هیات عمومی دیوان عالی کشور که ملهم است فتوای حضرت امام خمینی می باشد و در حکم قانون بودن آن به ماده قانونی مذکور قیل و قال ها در این خصوص محملی نخواهد داشت.

تابعیت

۱۰۷ تابعیت را به رابطه سیاسی و معنوی که شخصی را به دولت معینی مرتبط می سازد تعریف کرده اند. قوانین تابعیت کشورهای مختلف من جمله ایران این اصل را مورد توجه قرار داده اند که هر فردی بایستی تابعیتی داشته باشد و دوم اینکه هیچ فردی نبایستی بیش از یک تابعیت داشته باشد و سوم اینکه تابعیت یک امر همیشگی و زوال ناپذیر نیست. با روشن شدن تابعیت شخص، حقوق و تکالیف وی نسبت به کشورش مشخص می گردد و اینکه بر اعمال او مانند ازدواج، اطلاق چه قانونی باید حکومت نمایند، آشکار می گردد. با عنایت به بندهای ماده ۹۷۶ ق.م. ملاحظه می شود که این طفل متولد از والدین طبیعی، اگر یکی از والدین این طفل بنا به تجویز بند ۴ ماده مذکور در ایران متولد شده باشد یقیناً طفل مذکور دارای تابعیت ایرانی خواهد بود ولی اگر هر دو والدین در خارج متولد شده باشند مسلماً این طفل دارای تابعیت ایرانی نخواهد بود و دادگاه صالح به رسیدگی برای نسب طفل با توجه به اینکه طفل مذکور در اثر عمل والدین به وجود آمده و عمل والدین جرم تلقی می شود و با توجه به اصل و قاعده کلی در حقوق جزا (اصل سرزمینی بودن جرم) دادگاه محل وقوع جرم صالح به رسیدگی است.

اگر مانند بحث های قبلی قائل بشویم که اطلاق ماده ۱۱۶۷ ق.م. فقط مربوط به ارث می شود ولی دیگر آثار حقوقی برای این شخص محفوظ می باشد که با استناد به یک سری قواعد از قبیل لاضرر و مسئولیت مدنی، این امر محقق گشته و انهایه حضانت و قیمومیت این کودک طبیعی به والدین طبیعی سپرده شود. بنابراین ماده ۱۰۰۶ ق.م. که اقامتگاه صغیر و محجور را اقامتگاه ولی یا قیم آنها دانسته است و از نوع اقامتگاه اجباری است.

۲. تاثیر نسب نامشروع در مسائل کیفری و حقوق اجتماعی

الف: تاثیر نسبت نامشروع در مسائل کیفری

ولی دم

با عنایت به اینکه اولیاء دم که قصاص و عفو در اختیار آنهاست همان ورثه مقتول اند، مگر شوهر یا زن که در قصاص و عفو و اجرا اختیاری ندارد سوالی که در این خصوص وجود دارد این است که در صورتی که فرزند طبیعی به قتل برسد آیا پدر طبیعی حق اجرای قصاص یا رضایت به جانی را دارد یا خیر؟ با توجه به تصریح ماده ۸۸۴ ق.م. مبنی بر عدم وجود توارث بین کودک طبیعی و پدر طبیعی، بعید است که این حق برای پدر طبیعی محفوظ باشد و با توجه به قاعده کلی، الإِمَامُ وَارِثٌ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ حاکم شرع جایگزین پدر طبیعی در اجرای قصاص یا عفو جانی خواهد بود. روشن است که حسب ماده ۳۰۰ قانون مجازات اسلامی حکم قتل عمد قصاص است و بدیهی است اگر کسی فرزند طبیعی را بکشد نیز قصاص خواهد شد و سوالی که در این خصوص به ذهن متبادر می گردد این است که در صورتی که پدر فرزند طبیعی خود را بکشد آیا در خصوص ولد طبیعی همین حکم جاری است یا خیر؟ در اینجا از یک طرف با نسبی رو به رو هستیم که قانون و شرع آن را به رسمیت نشناخته و نمی پذیرد و از طرفی مانند نسب مشروع آثاری برای آن قائلند از قبیل حرمت نکاح، نفقه و حضانت و به رسمیت شناختن این آثار در اجرای حکم قصاص شک و تردیدی را در می آورد و در صورت شک و تردید با توجه به قواعد مسلم فقهی (تدرأ الحدود بالشبهات) قاعده تفسیر قانون به نفع متهم، مشکل بتوان حکم به قصاص از طرف پدر طبیعی داد.

قذف

قذف بنا به ماده ۲۴۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱ عبارت است از نسبت دادن زنا یا لواط به شخص دیگر هر چند مرده باشد. حد قذف نسبت به فرزند نامشروع با عنایت به ماده ۲۵۲ قانون مجازات اسلامی انتساب این افعال به شخصی اصولاً موج اذیت و آزار وی می گردد، بنابراین مسلم خواهد بود که قاذف به نسبت فرزند نامشروع به تعزیر محکوم نمی گردد.

ب: تاثیر نسب نامشروع در مسائل اجتماعی

آیا وجود و احراز نسب نامشروع مانع برخورداری وی از بعضی حقوق اجتماعی می گردد یا خیر و یا اینکه نسب نامشروع موجبی برای محرومیت وی از حقوق اجتماعی نخواهد بود؟

ازدواج

درست است که فرزند ناشی از رابطه نامشروع در حقوق ایران از نظر ارث اثر حقوقی ندارد ولی از بعضی از جهات مثل همین نکاح همان اثری را که از رابطه ی مشروع حاصل می شود؛ دارا می باشد. طبق ماده ۱۰۴۵ ق.م آنچه در مورد منع نکاح موثر است.

قضاوت

فقههای امامیه متقدمین و متاخرین بالاتفاق معتقد بر این می باشند که چنانچه نسبی نامشروع باشد حق قضاوت کردن ندارد و ولد الزنا را محروم از این حق دانسته و حتی در کتب فقهی در باب القضا یکی از شرایط قاضی را طهاره مولد دانسته اند. حتی از فقههای معاصر حضرت امام قانونگذار جمهوری اسلامی در بند ۲ ماده واحده قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری مصوب اردیبهشت ماه ۱۳۶۱ یکی از شرایط قضاوت دادگستری را طهاره مولد دانسته است.

شهادت

قانون مدنی در ماه ۱۲۵۸ دلایل اثبات دعوی را به قرار ذیل بیان داشته است:

۱- اقرار ۲- اسناد ۳- شهادت ۴- امارات ۵- قسم

با توجه به تتبع صورت گرفته در آراء فقها و نظریات علی الخصوص فقههای امامیه می گردد که تمام فقها با اجماع یکی از شرایط شاهد را طهاره مولد می دانند. در شرایط شاهد، شاهد باید بالغ مگر شهادت بر جروح در صورتی که به ده سال برسد و یاد داشته باشند و اتفاق بر امر مباحی داشته باشند و اینکه مومن (شیعه) باشد و همچنین طهاره مولد. ماده ۱۵۵ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب سال ۱۳۷۸، به ذکر شرایط شاهد اختصاص داشت اما قانونگذار در قانون جدید آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲، به ذکر شرایط شاهد اشاره ای نکرده است. به همین دلیل به نظر می رسد که این ماده قانونی نسخ شده است. با این حال در خصوص شرایط شاهد، می توان به این ماده توجه کرد. بر اساس ماده ۱۵۵ قانون سابق، در مواردی که قاضی به شهادت شاهد به عنوان دلیل شرعی استناد می کند، لازم است شاهد دارای شرایطی از قبیل بلوغ، عقل، ایمان، طهارت مولد، عدالت، عدم وجود انتفاع شخصی برای شاهد یا رفع ضرر از وی، عدم وجود دشمنی دنیوی بین شاهد و طرفین دعوا و عدم اشتغال به تکدی و ولگردی باشد.

رهبری

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۱۰۹ قانون اساسی شرایط لازم را برای رهبری به شرح صفات سه گانه ذیل مقرر داشته است.

۱. صلاحیت علمی لازم برای فتوا در ابواب مختلف فقه
۲. عدالت و تقوی لازم برای رهبری امت اسلام

۳. بینش صحیح سیاسی و اجتماعی، تدبیر، شجاعت

با عنایت به اصل مذکور ملاحظه می گردد که قانونگذار جمهوری اسلامی از وصف طهاره مولد در شرایط رهبری خودداری نموده است. از آنجا که اعتقاد به ولایت فقیه در قانون اساسی اصولاً برگرفته از فقه امامیه می باشد و اصل ولایت فقیه و راس حکومت با ولی فقیه عادل بعد از انقلاب اسلامی ایران تجلی یافته هرچند که شرط مذکور در قانون اساسی ذکر نشده و این دلیل بر این نیست که وجود شرط مذکور برای رهبری لازم نباشد چون که فقه امامیه و قانونگذار ایران در خصوص مسائلی که از اهمیت خیلی کمتر برخوردار می باشد. مثل قضاوت، شهادت و امام جماعت و... وجود شرط مذکور را لازم دانسته بعید است مساله به این مهمی و اینکه رهبر به اعتقاد ما رهبر مسلمانان جهان می باشد. وجود شرط مذکور ضروری نباشد. وقتی در مسائل کم اهمیت وجود شرط مذکور لازم و ضروری بود به طریق اولی و آن هم مسئله به این خطیری وجود شرط مذکور لازم نباشد.

ریاست جمهوری

با توجه به مستحذنه بودن این موضوع و عدم وجود سابقه موضوع، در فقه امامیه و فتاوای فقها در جواب به این سوال دقیقاً مثل جواب سوال رهبری خواهد بود و آن این که با توجه به وجود شرط طهارت مولد برای بعضی از مسائل کم اهمیت تر وجود شرط برای ریاست با توجه به شغل خطیر آن به طریق اولی لازم می باشد.

خبرگان رهبری

جواب به این سوال دقیقاً مثل جواب سوال رهبری خواهد بود و آن این که با توجه به وجود شرط طهاره مولد برای بعضی از مسائل کم اهمیت تر وجود شرط برای ریاست با توجه به شغل خطیر آن به طریق اولی لازم می باشد.

نتیجه گیری:

بنا به تعریف ارائه شده از نسب نامشروع (به نسبی که از روابط نامشروع زن و مردی که در علقه زوجیت نباشد بوجود آمده باشد) اینگونه برداشت می شود که مفهوم نامشروع در مقاله به معنی خلاف قانون نمی باشد بلکه خلاف دین مبین اسلام می باشد و چنانچه مراد مفهوم اول باشد بایستی بسیاری از نسبها نامشروع تلقی شوند و حال آنکه قانونگذار آنها را نسب مشروع تلقی می نماید مثل عدم رعایت زوجین به ثبت واقعه ازدواج با توجه به تکالیف قانونگذار به ثبت هر ازدواج و طلاق و چنانچه زوجین بدون رعایت تکالیف قانونی مذکور مبادرت به ازدواج نمایند و طفلی از آنها متولد گردد هم در فقه و هم در قانون مدنی چنین نسبی را مشروع می دانند.

اثبات نسب مشروع، بیولوژیکی و غیر، اصولاً به وسیله اقرار که فقه ما آن را به عنوان سید الدلائل می دانند و اماره فراش امکان پذیر می باشد اقرار به نسب برخلاف سایر اقرارها دارای ویژگی خاصی است و آن اینکه نفوذ اقرار مقرر منوط به تصدیق مقرر می باشد و اماره فراش به

عنوان یک اماره قانونی تلقی می‌شود اثبات خلاف آن به طریق لعان و سایر ادله دیگر قابلیت ثبوت دارد.

بند اول: در نظام حقوقی ایران فرزند مشروع با فرزند نامشروع به لحاظ خاستگاه حقوقی متفاوت است. به بیان دیگر در حقوق ایران خود پاکی نسب و طهارت نسل موضوعیت دارد

بند دوم: در نظام حقوقی ایران، طفل نامشروع، به مادر و پدر طبیعی خود ملحق نمی‌شد اما با صدور رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور در جهت حمایت از اطفال نامشروع تکالیفی بر گردن ابویین طبیعی می‌باشد که عبارتند از:

الف: نفقه طفل نامشروع بر گردن ابویین او می‌باشد، چرا که شرع اسلام هیچ‌گونه طفلی را در جامعه بدون حمایت رها نکرده است؛ لذا بر مردم واجب کفایی است که حمایت از طفل نامشروع نمایند، اما پدر و مادر طبیعی این طفل اولی بر حمایت از این فرزند می‌باشند؛ چرا که طبق اصل کل نفس بما کسبت رهینه و رعایت مصلحت طفل و اینکه آنها در تولد طفل مؤثر بوده‌اند، این امر بر عهده آنهاست.

ب: توارث بین ولد زنا و پدر عرفی اش نمی‌باشد زیرا توارث از آثار نسب قانونی می‌باشد و بین ولد زنا و ابویین اش نسب مشروع وجود ندارد. در این مسئله اجماع میان فقهای امامیه وجود دارد و قانون مدنی ایران که منبعث از فقه امامیه است. قائل به عدم ارث بری می‌باشد.

ج: در مسأله ازدواج فرقی میان طفل مشروع و نامشروع نیست. در فقه امامیه و در قانون مدنی ایران، فرزند ناشی از زنا در مسأله ازدواج حکم فرزند مشروع و قانونی دارد و نکاح این افراد با اقربای نسبی و سببی خود ممنوع می‌باشد؛ زیرا طفل متولد از رابطه جنسی نامشروع، رابطه خونی و زیستی با پدر و مادر خویش دارد و چون موانع نکاح به اعتبار رابطه خونی است، بنابراین اطفال متولد از زنا مشمول حرمت نکاح می‌باشند.

د: نام خانوادگی و تابعیت و اقامتگاه اطفال نامشروع همان نام خانوادگی و تابعیت و اقامتگاه پدر عرفی اش می‌باشد.

ه: در فقه امامیه فرزندان نامشروع از حقوقی مانند حق حیات، حق نام و ملیت، حق ابراز تمام حقوق اجتماعی و فردی برخوردار می‌باشند و فقط در تصدی بعضی از مناصب به جهت اهمیت آن، طهارت مولد شرط شده است.

بند سوم: مناصبی که اطفال نامشروع از آن محروم هستند، عبارت است از:

الف) قضاوت، ب) شهادت، ج) امام جماعت، د) مرجعیت تقلید.

که علت محرومیت از این مناصب آن است که اعمالی مثل امامت جماعت یا قضاوت کردن، قرار گرفتن در جایگاه پیامبر و ائمه است و فردی که عهده دار انجام این امور می‌شود لازم است از طهارت وجود و باطن برخوردار باشد چون این افراد اقتضای ارتکاب به شقاوت

بیشتری دارند ضمن آنکه این مناصب با حقوق مردم در ارتباط است، اما این محرومیت بدین معنا نیست که بگوییم عوامل وراثتی و نسب تعیین کننده سعادت یا شقاوت فرد می باشد، بلکه طفل نامشروع می تواند با تلاش و کوشش به سعادت برسد.

بند چهارم: در حقوق ایران، صدور رأی وحدت رویه و بار شدن تکالیفی بر گردن پدر عرفی به جهت حمایت از اطفال نامشروع می باشد که در پیدایش خود هیچ نقشی نداشته اند و در ایران تأسیس حقوقی به نام مشروع گردانیدن اطفال نامشروع وجود ندارد به این دلیل است که در قوانین ایران که برگرفته از فقه جعفری است طهارت نسل یکی از مقاصد کلان شریعت می باشد از این رو در آثار حقوقی نسب ناشی از روابط نامشروع تأثیر شایانی دارد.

در خصوص آثار و نتایج نسب طبیعی در بخش حقوق مالی فرزند نامشروع عمدتاً مباحثی از قبیل ارث، نفقه مورد بحث واقع شده اند که در خصوص ارث در فقه امامیه و قانون مدنی معتقد بر این هستند که رابطه توارث بین فرزند نامشروع و والدین طبیعی وجود ندارد ولی در خصوص نفقه فرزند نامشروع بین حقوقدانان و فقهای امامیه اختلاف نظر وجود ندارد و فقهای معاصر از قبیل امام خمینی (ره) و مرحوم آیت العظمی موسوی اردبیلی فرزند نامشروع را مستحق نفقه می دانند و حقوقدانان غالباً با استناد به قواعد مسئولیت مدنی والدین طبیعی را مکلف به پرداخت نفقه می دانند.

در بخش حقوق غیرمالی فرزند نامشروع که شامل حقوقی از قبیل حرمت نکاح، ولایت، قیمومیت، حضانت تابعیت، اقامتگاه می باشد، یکی از آثار نسب مشروع که حرمت نکاح با اقارب می باشد بر نسب طبیعی بار می شود که به نظر می رسد ممنوعیت این حق برای نسب طبیعی بیشتر ناظر به وضعیت فیزیولوژی می باشد ولی در خصوص آثار غیر مالی حقوق دانان اصولاً معتقد بر این هستند از آن جا که براساس ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی ولد الزنا ملحق به زانی نمی شود و آثار فوق از آثار نسب مشروع می باشد لذا نسب نامشروع فاقد چنین آثاری است و در خصوص آثار دیگر از قبیل قضاوت، حقوقدانان و فقها با تأثیر از قانون و فقه امامیه معتقد بر این هستند که نسب طبیعی از تصدی به این امور ممنوع می باشد و تصدی آن را برای نسب قانونی لحاظ داشته اند.

پیشنهادات

از مجموع مطالب اینگونه پیشنهاد می گردد که با توجه به کنوانسیون حقوق کودک که تمام حقوق برای تمامی کودکان لحاظ داشته و پیشرفت تکنولوژی و پیشرفت جامعه و تکلیف قانونگذار به والدین کودک قراردادی مبنی بر انتقال قسمتی از دارایی خود به کودک بدون سرپرست با عنایت به اینکه هیچ گونه رابطه خونی حتی غیر شرعی بین کودک قراردادی و والدین آنها وجود ندارد استناد به ماده ۱۱۶۷ قانون و النهایه محدودیت حقوق و آثار برای نسب طبیعی به دلایل ذیل نیاز به اصلاح دارد:

۱ عدم مدخلیت نسب طبیعی در فعل ارتكابی، عدم وجود تقصیر و خطا از وی بلکه در اثر فعل ناخواسته و هوسرانی دیگران تکوین یافته است، وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى.

۲ برخورد دوگانه با نسب طبیعی موجه نیست چون که اگر قائل به محرومیت هستیم و اینکه آثار و حقوق بایستی در اثر رابطه مشروع باشد: لذا قائل شدن بعضی از حقوق برای وی قابلیت توجیه ندارد.

لذا قائل نشدن هیچ گونه تکلیفی و مشقتی برای والدین طبیعی نه تنها، موجب جریحه دار شدن آنها نمی‌گردد و با اطلاع به اینکه قانونگذار هیچ گونه تکلیفی را برای آنها مقرر نداشته آزادانه تر مبادرت به این عمل خواهند نمود.

و موجب تحمیل هزینه‌های مضاعف از قبیل سرپرستی، تحصیل آموزش و تربیت بر دولت خواهد شد. لذا پیشنهاد می‌گردد درج ماده ای مستقل به قانون مدنی یا الحاق تبصره ای در ذیل ماده ۱۱۶۷ ضروری میباشد.

مانند حمایت موضوع قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست که قانونگذار والدین قراردادی را مکلف به انتقال بخشی از دارایی خود به کودک قراردادی نمود. به لحاظ حمایت از این کودک و مجازات فاعلین آنها را تکلیف به انتقال قسمتی از اموال خود به مشارالیه نمود و علما تکلیف این چنینی تأثیر بسزایی در جلوگیری از عمل منهیبه زنا خواهند نمود چون که و هوسرانان عامل به این باشد که بعد از ارتکاب عمل مکلف به انتقال دارایی به فرزند نمی‌خواهند بود. یک الزام و حالت پیشگیرانه از وقوع جرم خواهد داشت.

-ماده ای مستقل :

ماده ... والدین طبیعی مکلف خواهند بود قسمتی از اموال خود را به فرزند نامشروع منتقل نمایند.

یا

ماده ... والدین طبیعی مکلف خواهند بود قسمتی از اموال خود را به فرزند نامشروع از طریق وصیت تملیکی منتقل نمایند.

یا

- الحاق تبصره به ماده ۱۱۶۷ :

ماده ۱۱۶۷ : ولدالزنا به زانی ملحق نمی‌شود.

تبصره: والدین طبیعی مکلف به تربیت، حضانت، نفقه، آموزش و انتقال قسمتی از دارایی خود به او خواهند بود.

منابع

کتاب :

الف) پارسی

- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، چاپ هشتم جلد ۴. (۱۳۷۱)
- امامی، سید اسدالله، صفایی، سید حسین، حقوق خانواده، موسسه انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، جلد ۲، ناشر تاریخ انتشار. (۱۳۷۶)
- پیوندی، غلامرضا، حقوق کودک، سازمان انتشارات فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، چاپ اول (۱۳۹۰)
- حرم پناهی، محسن، «تلقیح مصنوعی»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۱۰ (۱۳۷۶)
- خامنه‌ای، سیدعلی، اجوبه الاستفتائات، انتشارات بین المللی الهدی، ج ۲. (۱۳۷۸ ه. ش)
- خراسانی، محمودرضا، درآمدی بر حقوق کودک، مطالعه تطبیقی در نظام‌های ملی و بین المللی، تهران، نشر میزان، چاپ اول (۱۳۸۹)
- خمینی (ره)، روح الله، تحریر الوسیله، ترجمه محمدباقر موسوی همدانی، دارالعلم قم، چاپ ۵. (۱۳۷۰)
- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران. (۱۳۷۳)
- شهیدی، مهدی، به وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی دوره دهم (۱۳۳۷)
- عبادی، شیرین، حقوق کودک، نشر کانون. (۱۳۷۶)
- کاتوزیان، ناصر، وصیت در حقوق مدنی ایران، انتشارات ققنوس چاپ سوم، (ترجمه وصیت از کتاب ج ۲ کتاب وصیت). (۱۳۸۶)
- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد ۲ (۱۳۶۷)
- صفایی، سید حسین، و امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، تهران، میزان، چاپ یازدهم. (۱۳۸۵)
- محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، (نکاح و انحلال آن)، تهران، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی. (۱۳۷۲)
- مکارم شیرازی، ناصر، مجموعه استفتائات جدید، قم، مدرسه علی بن ابی طالب ۷، چاپ اول. (۱۳۷۵)
- مهرپور، حسین، حقوق بشر در اسناد بین المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران. (۱۳۸۶)

اسناد :

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مجموعه قوانین آیین دادرسی مدنی قربانی فرج الله

قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۲۱ فروردین ۱۳۷۹.

(قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست)، مجموعه کل قوانین و مقررات حقوقی انتشارات مجد خسروی، محمد رضا، ۱۳۹۳

قانون مدنی، (اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات)، معاونت پژوهشی ریاست جمهوری ۱۳۸۷.

(قانون مربوط به حق حضانت) قانون حمایت خانواده و مجموعه کل قوانین و مقررات حقوقی، انتشارات مجد ۱۳۹۳ خسروی، محمد رضا.

کنوانسیون حقوق کودک

(ب) غیر پارسی

-عربی:

قرآن کریم

الشهید الثانی، مسالک الأفهام فی شرح (إلى تنقیح) شرائع الإسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق، جلد ۸.

المحقق الثانی (المحقق الکرکی)، ۱۴۱۴ ق؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، چاپ دوم، جلد ۱۲

الشیخ الطوسی، الخلاف فی الاحکام، جامعه مدرسين، جلد ۵

الحائری الطباطبایی، سید علی بن محمد، ریاض المسائل فی التحقيق الاحکام بالادلة، جلد ۱۵، ۱۱۶۱ ق

۱۱۵

الحر العاملی، الشیخ محمد بن الحسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد اول، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ۱۴۰۹ ق.

شهید اول، لمعه دمشقیه، ج ۱، ترجمه علی شیروانی و محسن غرویانی، ج ۲، ۱۳۸۲.

محقق حلی، شرایع الاسلام، چاپ دار الاضواء، بیروت، چاپ دوم سال سدوم، ج ۳، سال ۱۴۰۳.

محقق داماد، سید مصطفی؛ بررسی فقهی حقوق خانواده، (نکاح و انحلال آن)، تهران، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۲

محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۱، ج ۲۱، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.

مقالات و نشریات

(الف) پارسی

پورقهرمانی، بابک، نگاهی به کنوانسیون حقوق کودک و مباحثی پیرامون آن، ۱۳۸۸، فصلنامه رواق اندیشه، شماره ۲۸

حسینی، مریم، مروری بر پیمان نامه حقوق کودک در پرتو قوانین ایران قضاوت آذر و دی ۱۳۸۴ شماره ۳۵.

عظیم زاده اردبیلی، فائزه، خانواده و بنیان حقوق کودک، فقه و حقوق خانواده (ندای صادق) تابستان ۱۳۸۲ شماره ۳۰.

انگلیسی :

لورراسا- میشل، مسئولیت مدنی، ترجمه دکتر محمد اشتری، ناشر نشر حقوقدان، ۱۳۷۵.

Convention on the Rights of the Child

III The Fundamental Researches in Law





The role of general international law in the field of globalization

hossein shahraki , askar jalalian

Date Received : 26 October 2023

Date Accepted : 30 October 2023

abstract :

Globalization of public international law is said to be a set of processes by which countries become increasingly connected and dependent. In the period of globalization, which is the period of transcending the national territories and entering the global context, pluralism increases and governments get out of their limited form and find global territory. The importance of globalization is due to the fact that in the present era, the nature of power has changed and besides governments, international civil organizations, international non-governmental organizations, international interstate organizations, informal multilateral organizations, parties, media, Ethnic groups, syndicates, multinational companies, individuals and international public opinion have also played a role, which has caused the international system to become polygonal; Therefore, due to the erosion of the governments' sovereignty along with the fading of the borders, we are witnessing a change in the activity and function of the governments in the space of interaction and competition with transnational and transnational actors, and due to the assimilation and homogenization of rules, concepts and certain legal institutions at the domestic and international levels. It becomes international.

Keywords: international law, general international law, globalization, international system



نقش حقوق بین الملل عام در عرصه جهانی شدن

عسکر جلالیان^۱، حسین شهرکی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۸

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۷/۲۵

چکیده:

فرآیند جهانی شدن حقوق بین المللی عمومی به مجموعه فرآیندهایی گفته می‌شود؛ که به موجب آن کشورها به نحو فزاینده‌ای با هم مرتبط و وابسته می‌شوند. در دوره جهانی شدن که دوره فرا رفتن از سرزمین‌های ملی و ورود به متن جهانی است، تکثر گرائی افزایش پیدا می‌کند و دولت‌ها از شکل محدود خود خارج و قلمرو جهانی پیدا می‌کنند. اهمیت جهانی شدن به این دلیل است که در عصر حاضر، ماهیت قدرت متحول شده است و در کنار دولتها، نهادهای مدنی بین المللی، سازمانهای مردم نهاد بین المللی، سازمانهای بین الدول بین المللی، نهادهای چند جانبه غیر رسمی، احزاب، رسانه‌ها، قومیت‌ها، سندیکاها، شرکتهای چند ملیتی، افراد و افکار عمومی بین المللی نیز نقش آفرین شده‌اند؛ که در مجموع موجب چند ضلعی شدن نظام بین الملل شده است. بنابراین با توجه به فرسایش حاکمیت دولتها در کنار کم‌رنگ شدن مرزها، شاهد تغییر فعالیت و کارکرد دولتها در فضای تعامل و رقابت با بازیگران فراملی و فروملی هستیم. این امر باعث همسان سازی و یکسان سازی قواعد، مفاهیم و نهادهای حقوقی خاصی در سطح داخلی و بین المللی می‌شود.

کلیدواژه‌ها: حقوق بین الملل، حقوق بین الملل عمومی، جهانی شدن، نظام بین الملل

Dr_ajalalian@yahoo.com

۱- دانشیار حقوق بین الملل دانشگاه پیام نور تهران

h_shahraki67@yahoo.com

۲- دانشجوی دکتری، گروه حقوق عمومی، دانشگاه آزاد رفسنجان، رفسنجان، ایران

واژه حقوق بین الملل برای اولین بار توسط یک فیلسوف انگلیسی به نام جرمی بنتام ابداع شد.^۱ طبق تعریف کلاسیک این حقوق شامل مجموعه قوانین حاکم بر روابط بین دولت‌ها می باشد.^۲ در این تعریف ابتدایی، افراد و سازمان‌های بین المللی از دایره شمول حقوق بین الملل خارج هستند در حالی که امروزه با توجه به پیشرفت و اقتضائات جوامع کنونی، حقوق بین الملل مدرن شامل قوانین، هنجارها و استانداردهایی است که میان دولت‌ها و دیگر نهادهایی که به طور قانونی به عنوان بازیگران بین المللی شناخته می‌شوند اعمال می‌شود. با مطرح شدن مسائلی مانند حقوق بشر، امور اقتصادی و تجاری نوین و حقوق مرتبط با فضای ماوراء جو، گستره موضوعات و بازیگران حقوق بین الملل نیز افزایش یافته است. ساختار اصلی حقوق بین الملل از زمان رنسانس در اروپا شکل گرفت. هر چند ریشه‌های آن را می‌توان در حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات میان مردم خاورمیانه باستان مشاهده نمود.^۳ یکی از قدیمی ترین این موافقت نامه‌ها قبل از میلاد مسیح، در منطقه بین النهرین و همچنین در زمان رامسس دوم به وجود آمده است. بسیاری از مفاهیمی که امروزه زیر بنای حقوق بین الملل محسوب می‌شوند در دوران امپراتوری رم پایه ریزی شده اند. به عنوان مثال «قانون ملت‌ها» توسط رومی‌ها ابداع شد^۴ تا روابط بین خارجی‌ها و شهروندان رومی را اداره کند. این قانون رفته رفته در سطح گسترده تری از جانب سایر کشورها مورد استقبال قرار گرفت.^۵ باید در نظر داشت حقوق بین الملل از مفهومی تحت عنوان آداب و نزاکت بین المللی متمایز است. زمانی که مجموعه اقدامات قانونی غیر الزام آوراز حدود مرزها بگذرند و توسط دول مختلف مورد پذیرش قرار بگیرند در قالب کدهای اخلاقی بین المللی یا همان آداب و نزاکت بین المللی متبلور می‌شوند. قوانین حقوق بین الملل نیز عمدتاً وضعیتی مشابه با آداب بین المللی دارند و مجمع عمومی سازمان ملل متحد از قدرت لازم برای وضع قوانین الزام آور جز در موارد محدود مانند تعیین بودجه ی این سازمان، پذیرش اعضای جدید با دخالت شورای امنیت و مواردی از این دست برخوردار نیست.^۶

تعریف حقوق بین الملل عمومی :

حقوق بین الملل مجموعه قواعد و مقرراتی است که بر جامعه بین الملل حاکم است، جامعه بین الملل تحت پوشش یک سلسله قواعد حقوقی بوده و متعهد به رعایت و اجرای کامل آن‌هاست. میان حقوق بین الملل و جامعه بین الملل یک ارتباط جامعه شناختی برقرار است. حقوق بین الملل از آن زمان که جامعه بین الملل را از شکل صرفاً سیاسی خارج نمود و نمادی حقوقی به آن بخشید؛ حقوق جامعه بین الملل تلقی شد.^۷

۱- لاگ، مارک، ۱۳۷۵، اقتصاددانان بزرگ قبل از کینز، غلامعلی فرجادی، بی‌جا، وتقی
 ۲- بنتام، جرمی، ۱۳۸۵، مقدمه ای بر اصول اخلاق و قانونگذاری، ترجمه علی قنبریان، نشر فرهیختگان
 ۳- محمدرضا ضیائی بیگدلی، حقوق بین الملل عمومی، ج ۱، ص ۶۳۲، تهران ۱۳۸۴ ش.
 ۴- صالح، علی پاشا؛ (۱۳۹۰)، سرگذشت قانون (مباحثی از تاریخ حقوق، دورنمایی از روزگاران پیشین تا امروز)، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران
 ۵- هوشنگ مقتدر، حقوق بین الملل عمومی، ج ۱، ص ۱۴، تهران ۱۳۸۳ ش.
 ۶- میرزایی، سعیده، ۱۳۹۱، عرف بین المللی و نزاکت بین المللی، پایگاه بصیرت <https://basirat.ir/fa/news/265184/>
 ۷- دانشنامه جهان اسلام، بنیاد دائرة المعارف اسلامی، برگرفته از مقاله «حقوق بین الملل»، شماره ۶۳۴۴

قوانین حقوق بین المللی :

قوانین حقوق بین المللی در حیطه ضمانت اجرا از استحکام لازم برخوردار نیستند و تنها نهاد تصمیم گیرنده در این زمینه شورای امنیت سازمان ملل متحد است که تحت شرایطی می تواند با استفاده از اهرم فشار کشورها را به انجام تصمیمات خود وادار کند.^۱ زمانی این اقدام از سوی شورای امنیت مجاز می باشد که کشور خاطی قبلاً از انجام وظایف خود سر باز زده باشد. یکی دیگر از اختیارات این نهاد داشتن حق وتو (مخالفت با تصویب پیش نویس قانون) از سوی اعضای اصلی شامل آمریکا، فرانسه، انگلیس، روسیه و چین می باشد. قوانین مرتبط در این زمینه معمولاً به ندرت توسط ابزارهای نظامی و یا حتی استفاده از تحریم های اقتصادی به اجرا در می آیند. دولت هایی که قوانین بین المللی را نقض می کنند به علت تحت الشعاع قرار گرفتن اعتباری که نزد دیگر دولت ها دارند روابط آتی آن ها ممکن است؛ با خلل عمده ای مواجه شود. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری، سه منبع حقوق بین الملل که شامل معاهدات، عرف و اصول کلی حقوقی می شود را شناسایی کرده است. معاهدات در معنای عام دربردارنده موافقت نامه ها، قرارداد های عمومی و منشور می شود که به واسطه آن ها کشورهای مختلفی با شرایط مذاکره شده موافقت می کنند. معاهدات ممکن است دو جانبه یا چند جانبه باشند. عمده معاهدات به جز مواردی که از مذاکرات سلاح های استراتژیک نشأت می گیرند به صورت چند جانبه منعقد می شوند. از جمله مهم ترین این معاهدات می توان کنوانسیون ژنو ۱۹۴۹ و کنوانسیون حقوق دریاهای ۱۹۸۲ را نام برد.^۳ عرف که به عنوان منبع دوم حقوق بین الملل مورد اشاره واقع شده است شامل دو عنصر اساسی می باشد. اولین عنصر، رفتار نیست که مکرراً از جانب دولت ها صورت گرفته است و دومین عنصر، پذیرش این رفتار در سطح بین المللی می باشد.^۴ سومین منبع اصول کلی حقوقی اند که به معنای مکانیزمی برای رسیدگی به مسائل بین المللی که پیش از این مضمون معاهدات یا قواعد عرفی نیستند می باشد. یکی از اصول بسیار مهم، اصل حسن نیت است که ناظر بر ایجاد و انجام تعهدات حقوقی می باشد. این اصل در تفسیر معاهدات و ابهام زدایی نقش ویژه ای دارد.

قلمرو حقوق بین الملل :

حقوق بین الملل حقوق جامعه بین الملل است و کلیه قواعد آن بر کل جامعه قابل اجراء می باشد. امروزه معمولاً حقوق بین الملل به دو قلمرو خاص و عام طبقه بندی شده است. حقوق بین الملل عام، مجموعه قواعدی است که در جامعه بین الملل جهانی قابل اجراء است. این قواعد باید از سوی تمام یا اکثریت قابل توجهی از کشورهای بزرگ پذیرفته شده باشد. در این صورت حقوق بین الملل عام حتی برای کشورهایی که رسماً آن را نپذیرفته اند نیز تعهد آور است. مانند عهد نامه ی ۱۹۴۹ ژنو در مورد جنگ! حقوق بین الملل خاص، دسته ای از قواعد و مقررات بین المللی است که رعایت آن فقط در جوامع خاصی که در آن ها حداقل دو کشور گردهم آمده

۱- رضا موسی زاده، سازمانهای بین المللی، ج ۱، ص ۵۳-۵۴، تهران ۱۳۷۸ ش.

۲- ضیائی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین الملل عمومی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲، چاپ هجدهم، ص ۲۰۰-۲۲۰

۳- عبداللهی، محمدعلی، آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی، دفتر مطالعات نظام اسلامی، ۱۳۹۳

۴- عبداللهی، محمدعلی، همان

باشند؛ الزامی است. از جمله موافقت نامه همکاری های اقتصادی - بازرگانی - علمی - فرهنگی دو یا چند جانبه.^۱

جهانی شدن حقوق بین الملل عام :

جهانی شدن فرآیندی است که با تحول تاریخی جوامع انسانی مرتبط است، اما تا قرنهای پانزده و شانزده، توسعه ابعاد آن برجسته نبود. جهانی شدن، فرآیندی است که با آگاهی کنشگران انسانی پیش می رود. پیش از انقلاب کپرنیک و فهم انسان از زمین در نقش یک فضای سیاره ای و جهانی، تقریباً باورنکردنی بود؛ زیرا تا آن زمان ساکنان قاره های مختلف کم و بیش از وجود یکدیگر بی خبر بودند و پس از آن اندیشه شکل گیری اقتصاد جهانی سرمایه داری شکل گرفت. بنابراین جهانی شدن فرآیندی زمانمند، مربوط به دوران اخیر و شروع آن همزمان با نوگرایی است.^۲ جهانی شدن به عنوان موضوعی عمده در روابط بین الملل، ظرف چند دهه اخیر موجب بروز تغییراتی شگرف در نظام بین الملل شده است. این پدیده چند وجهی، چند لایه و چند جانبه، آثار و پیامدهای قابل توجهی را بر نظام بین الملل در بر داشته که برخی از آن آثار و پیامدها از این قرارند: تشدید تعاملهای فرامرزی، وابستگی متقابل کشورها، ارتباطات و پیوندهای بین مرزی، تغییر در ماهیت قدرت، تنوع در نوع و تعداد بازیگران، گسترش حیطه ها و عرصه های تعاملات بین المللی و کشتار در نحوه تأثیرگذاری بازیگران بر فرایندهای تصمیم گیری در روابط بین الملل.^۳ به این ترتیب، جهانی شدن حقوق بین الملل عمومی به عنوان بخشی خاص از جهانی شدن به فرآیندی اطلاق می شود که به همسان سازی و یکسان سازی قواعد، مفاهیم و نهادهای حقوقی خاصی در سطح داخلی و بین المللی می انجامد. این فرایند، تمام قلمروهای هنجاری یا تمام قلمروهای سرزمینی را به طور یکنواخت پوشش نمی دهد اما تأثیرات عمده و جریان سازی بر نظام های حقوقی داخلی و بین المللی بر جای می گذارد. رسالت جهانشمول حقوق بین الملل که از آثار نویسندگانی نظیر کلسن و کانت نشأت می گیرد، امری تازه و بدیع نیست. حقوق بین الملل مدرن با فرسودن دیوار حاکمیت دولت، اراده دولت را برای تقنین در قلمروهای داخلی و بین المللی دچار چالش های فکری و عملی نموده است.^۴ حقوق بین الملل ضمن ایجاد تعهد در حوزه هایی جهانشمول به جهانی شدن حقوق کمک می نماید. به ویژه می توان به تغییر فضای حقوق بین الملل از ساختی دوجانبه گرایانه به سوی اهداف چندجانبه، بین الملل گرایانه و جهانشمول اشاره نمود؛ که ساختار، هنجارها و اهداف حقوق بین الملل را نگرشی تازه بخشیده است.^۵ جهانی شدن حدود صلاحیت داخلی کشورها را کاهش داده است و حاکمیت ملی به شدت در مواردی نظیر مسائل حقوق بشر و یا قوانین تحمیلی توسط ارگانهای مالی و توسعه ای بین المللی متأثر از حقوق فراملی گردیده است؛ به عنوان مصداق این امر میتوان

۱- ارنس هاس، آلن وایتسنگ، قلمرو حقوق بین الملل، ترجمه دکتر طباطبایی جلفایی، نشریه کانون وکلا، شماره ۱۰۶، ۱۳۴۶

۲- جلالی پور، حمیدرضا، تیموری، سید رحیم (۱۳۹۳). جهانی شدن سیاست و چالش دولت - سرزمین وبر، مطالعات تحقیقات اجتماعی در ایران، دوره ۲، شماره ۴، زمستان.

۳- دهشیری، محمد (۱۳۹۳). جهانی شدن و نظام بین الملل، فصلنامه مطالعات راهبردی سیاستگذاری عمومی، دوره ۵، شماره ۱۴، پیاپی ۱۴، اردیبهشت

۴-، مقامی، امیر، کارکرد حقوق بین الملل در فرآیند جهانی شدن حقوق نشریه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۳، ۱۳۹۰

۵- مقامی، امیر، همان

به این موضوع اشاره کرد که چگونه یک دولت میتواند در همان معنای سنتی حاکم باشد زمانی که مردم آن میتوانند به یک دادگاه عالی تر مثل دادگاه حقوق بشر اروپا و یا دادگاه عدالت اروپا علیه دولت خود متوسل شوند و این یعنی اینکه قوانین وضع شده در خارج از حکومت بر قوانین وضع شده در درون حکومت ارجحیت دارند. البته این نکته نیز قابل ذکر است که همزمان در سطحی دیگر صلاحیت بین المللی دولتها افزایش یافته چراکه هر دولتی طبق معاهدات موجود نظیر دیوان کیفری بین المللی می تواند نسبت به شرایط موجود در یک کشور و یا سازمان بین المللی مدعی و پیگیر شود.^۱ فرآیند جهانی شدن حقوق از منظر حقوق بین الملل به طور خاص از دو مرحله اساسی تشکیل شده است:

۱. جمع آوری، کشف و شناسایی هنجارها و قواعد جهانی

۲. تکثیر این هنجارها و قواعد در سطوح مختلف حقوقی در گستره جهانی یا حداقل خیلی وسیع و گسترده^۲

۱. شناسایی هنجارهای بین المللی:

نخستین گام در فرآیند جهانی شدن حقوق، مرحله جمع آوری، کشف و شناسایی هنجارها و قواعد جهانی است که بتواند قابلیت پذیرش بین المللی و جهانی داشته باشد.^۳

مفاهیم کلیدی این مرحله عبارتند از:

سازمانهای بین المللی:

سازمانهای بین المللی و در رأس آنها سازمان ملل متحد از طریق کمیسیون حقوق بین الملل نقش کلیدی در تدوین قواعد حقوق بین الملل دارد یا کمیسیون تجارت بین المللی ملل متحد که در تلاش برای یکسان سازی قواعد تجارت در عرصه بین المللی حائز اهمیت است.^۴ در همین مبحث، کمیسیون حقوق بشر قبلی و شورای حقوق بشر کنونی و همچنین کمیته حقوق بشر مبتنی بر میثاق حقوق مدنی و سیاسی که بر اجرای قواعد حقوق بشر در کشورهای عضو میثاق و حتی با استفاده از رویه هایی مانند قطعنامه ۱۵۰۳ شورای اقتصادی و اجتماعی ملل متحد بر سایر کشورها نظارت دارد و سایر ارکان خود، حتی در مواردی شورای امنیت، تلاش می نماید؛ قواعد نسبتاً یکسان یا مشابهی در برخی زمینه ها و یا عرفهای موجود را کشف و منظم نمایند. همچنین است وضعیت سازمانهای دیگری همچون سازمان بین المللی کار که روابط کار را بر «تدوین» صرفاً اساس مقاله نامه ها و توصیه نامه ها در چارچوب اساسنامه خود در سراسر جهان تنظیم می نماید. همچنین نقش سازمان تجارت جهانی، هم در جهانی شدن اقتصاد و هم

۱- کیانی و عباسی، مجید و علی اکبر، حکمرانی جهانی و حقوق جهانی؛ گذار از حقوق بینالملل دولتمحور در عصر جهانی- شدن، فصلنامه مطالعات راهبردی سیاستگذاری عمومی، شماره ۹، خرداد ۱۳۹۱

۲- مقامی، امیر، همان

۳- شریعت باقری، محمدجواد، حقوق کیفری بین المللی، نشر جنگل، تهران، ۱۳۸۴

۴- بیگ زاده، ابراهیم، تاثیر سازمانهای غیردولتی در شکل گیری و اجرای قواعد بین المللی، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره

در جهانی شدن حقوق، بی بدیل است. با توجه به روشهای مشخص حقوقی و اقتصادی برای حل و فصل اختلافات در این نهاد، این سازمان نسبت به سازمان بین المللی کار، ضمانت اجرای بیشتری برای پیشبرد اهداف یکسان سازی خود در دست دارد.^۱

دیپلماسی چندجانبه :

دیپلماسی چند جانبه نیز در جهانی شدن حقوق در سازمانهای بین المللی یا معاهدات بین المللی نقش اساسی ایفا می کند. به هنگام تصویب معاهداتی که اصولاً از خصلت جهان شمولی برخوردارند، مانند میثاقها و اسناد خاص حقوق بشر، کنوانسیونهای مربوط به حقوق بشردوستانه و یا معاهده هایی چون معاهده رم ۱۹۹۸ برای تأسیس دیوان کیفری بین المللی یا حتی سایر معاهدات مربوط به حقوق بین الملل عمومی مثل کنوانسیون ۱۹۸۲ مونته گوبی حقوق دریاها یا کنوانسیون های مختلف مربوط به حقوق دیپلماتیک و کنسولی و...، جهانشمولی مورد نظر مؤسسان و بنیانگذاران جهت تدوین و تصویب کنوانسیون های مزبور، بدون تبادل نظر، چانه زنی، مذاکره، یارگیری و حتی بده - بستان های سیاسی تأمین نمی شود. زیرا متن نهایی باید حتی الامکان مورد وفاق جامعه بین المللی باشد. از همین روست که تلاش می شود؛ این معاهدات از طریق اجماع و نه با رأی گیری به تصویب برسند. طی قرن بیستم به ویژه با تشکیل جامعه ملل و پس از آن سازمان ملل متحد، این نوع از دیپلماسی اهمیت بیشتری پیدا کرد و با توجه به صلاحیت عام سازمان ملل و توجه جامعه جهانی به حل اختلافات از طرق مسالمت آمیز به ویژه روش سیاسی مذاکره بر اهمیت آن افزوده شده است.^۲

نقش سازمانهای بین المللی در جهانی شدن :

علاوه بر معاهدات بین المللی، شناسایی قواعد ممکن است از طریق سازمانهای بین المللی، قطعنامه ها و اسناد آنها ناشی شود. در این راستا، نقش سازمانهای تخصصی خاص، سازمانهای با صلاحیت عام و سازمان های غیر دولتی مورد بررسی قرار می گیرد.^۳

سازمانهای تخصصی :

یکی از سازمانهای تخصصی که نقش موثری در شناسایی قواعد حقوقی دارد؛ سازمان بین المللی کار است زیرا تقریباً مسائل، خواستها و نیازهای جامعه کارگری در همه جهان یکسان است و این امر به یکسان سازی قوانین کار کشورهای جهان به وسیله سازمان بین المللی کار منجر شده است که اساساً مبتنی بر اعلامیه ۱۹۹۸ سازمان بین المللی کار در مورد اصول و حقوق بنیادین کار بوده است. بر این اساس دولتهای عضو موظفند گزارش خود را در باره تصویب و اجرای مقوله نامه ها به سازمان ارائه کنند. اصل بر این است که مقوله نامه باید به تصویب دولت های عضو برسد. در غیر اینصورت دولتی که آن را تصویب نکرده است؛ باید عوامل دخیل در عدم تصویب

۱- کمالی، عبدلی و دیگران، محبوبه و مهران و دیگران، جایگاه حقوق بین الملل در عرصه جهانی شدن، کنفرانس بین المللی پژوهش در علوم و تکنولوژی، روسیه، مرداد ۱۳۹۵

۲- رنجبری، ابوالفضل (۳۱۵۱)، حقوق کار، چاپ ششم، تهران: مجد

۳- سماواتی، حشمت اهلل (۳۱۵۹)، حقوق تجارت بین الملل، چاپ سوم، تهران: ققنوس.

مقاله نامه را به دفتر بین المللی کار توضیح دهد. مهم ترین ضمانت اجرای عدم تصویب مقاله نامه ها بدون عذر موجه، اعلام عمومی نام دولت متخلف است.^۱

سازمانهای با صلاحیت عام :

اعلامیه ها و قطعنامه های مجمع عمومی و شورای امنیت سازمان ملل درباره برخی مسائل حقوقی، نشانه ایده ها و ایده آل هایی است که می تواند در حقوق داخلی کشورها منعکس گردد. به عنوان مثال، مجمع عمومی چندین قطعنامه درباره سیاست کیفری تصویب نموده است که در جای خود به آنها اشاره خواهد شد. به همین نحو است وضعیت برخی قطعنامه های شورای امنیت که از میان آنها می توان به قطعنامه های مربوط به تأسیس دو دادگاه کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق (قطعنامه شماره ۵۱۹) و رواندا (قطعنامه ۳۸۸) در سالهای ۱۹۹۳ و ۱۹۹۴ اشاره نمود که حاوی تعهداتی برای دولتهای عضو نیز هست. ماده ۹۳ اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق، دولتها را مکلف می کند در انجام تحقیقات و تعقیب اشخاصی که نزد این دادگاه متهم هستند؛ با دادگاه همکاری نمایند و هرگونه تقاضای تعاون قضایی و یا هرگونه دستوری از شعب دادگاه را بدون تأخیر ناموجه به اجرا بگذارند. یا این که شورا در ۱ آگوست ۲۰۰۰ با تصویب قطعنامه ۱۳۱۵ اقدام به تشکیل دادگاه اختصاصی سیرالئون نمود که به طور مثال در این قطعنامه، مخالفت شورای امنیت با عفو متهمین به جنایات بین المللی می تواند؛ پایه نظریات حقوقی دیگری در این خصوص باشد.^۲

سازمانهای غیر دولتی :

این سازمانها نیز در شناسایی قواعد حقوقی تاثیرگذار بوده اند. بسیاری از قواعد حقوق تجارت بین الملل برگرفته از قواعد مصوب اتاق بازرگانی بین المللی است که یک نهاد غیر دولتی و مجمعی از بازرگانان خصوصی تنظیم و تدوین کند. علاوه بر این، سازمانها در حوزه حقوق بشر نیز به عنوان رکن مهم و بنیادین روند جهانی شدن حقوق، نقش پررنگی دارند. البته عمده فعالیت آنها متمرکز بر اجرا و تضمین رعایت قواعد حقوق بشر است.^۳ به عنوان مثال، این سازمانهای غیر دولتی حامی حقوق محیط زیست بودند که بانی نظرخواهی مشورتی از دیوان بین المللی دادگستری در باره کاربرد سلاحهای هسته ای به وسیله سازمان جهانی بهداشت و مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۴ شدند و نهایتا این سازمانها نقش برجسته خود را در مراحل تدوین اساسنامه دیوان کیفری بین المللی به نمایش گذاشتند؛ تا جایی که گزارشهای این سازمانها طبق ماده ۱۵ اساسنامه رم می تواند منبعی معتبر برای آغاز تحقیقات قضایی به وسیله دادستان

۱- دلماس مارتی، میری (۲۰۱۰)، «دیوان بین المللی کیفری و میانکنش های حقوق داخلی و بین المللی»، روح الدین کرد علیوند، مجله حقوقی، ۱۱.

۲- کمالی، محبوبه، عبدلی، مهرا، باستان، الناز و خرمی، علیرضا (۱۳۹۵). جایگاه حقوق بین الملل در

عرصه جهانی شدن، چهارمین کنفرانس بین المللی پژوهش در علوم و تکنولوژی، سن پترزبورگ - روسیه، مرداد

۳- زایدل، آیگناتس و هومن فلدنر، حقوق بین الملل اقتصادی، ترجمه سید قاسم زمانی، تهران، شهر دانش، ۱۳۷۹، چاپ

اول، ص ۱.

دیوان باشد.^۱ سازمان دیگری که در این عرصه فعالیت گسترده ای دارد سازمان عفو بین الملل است از جمله فعالیتهای این سازمان می توان به گزارش نسبتاً مفصل آن در باره تعهدات دولت ها در باره صلاحیت جهانی اشاره کرد که به وظیفه دولتها در وضع و اجرای قوانین مربوط به صلاحیت جهانی در باره جرائم بین المللی می پردازد. با توجه به این موارد و توضیحات می بینیم سازمانهای بین المللی بر روند شناسایی قواعد حقوقی تاثیر گذار بوده اند.^۲

۲. تکثیر و گسترش هنجارهای بین المللی :

گام دوم فرایند جهانی شدن، پذیرش قواعدی که طبق موازین تقنینی حقوق بین الملل، کشف، تنظیم و تدوین شده اند؛ توسط کشورهای جهان است تا موجبات گسترش و تکثیر آنها فراهم گردد. تکثیر و توزیع قواعد شناسایی شده ابتدا در مورد معاهدات بین المللی روشن است. وقتی قاعده ای طبق معاهدات بین المللی شناسایی شد؛ نمایندگان دولتهای عضو اقدام به امضای آن می کنند و در حقوق اساسی کشورهای مورد نظر لحاظ می شود.^۳ البته طبق ماده ۱۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در باره حقوق معاهدات، «رضایت کشوری به التزام در قبال معاهده ای از طریق امضا، مبادله اسناد تشکیل دهنده معاهده، تفیذ، پذیرش، تصویب یا الحاق یا به هر وسیله دیگر که مورد توافق قرار گرفته باشد» اعلام می شود. معمولاً در معاهدات، تصویب معاهده به وسیله هر کشور بر اساس حقوق اساسی خود به وسیله مرجع یا مراجع صلاحیت دار، به منزله اعلام رضایت دولت نسبت به لازم الاجرا شدن آن معاهده تلقی می شود. روند تکثیر قواعد هنگامی که قاعده حقوقی بر اثر معاهده های بین المللی شناسایی می شود بسیار شفاف، آشکارتر و به راحتی از نظر حقوقی قابل توضیح و توجیه خواهد بود.

تاثیر جهانی شدن بر ساختار نظام بین الملل :

جهانی شدن هم موجب از بین رفتن تمایز بین درون و برون شده و همچنین موجبات تولید الگوهای جدید قدرت را فراهم آورده که متضمن تغییراتی عمیق در شیوه های رفتار بازیگران و نیز در ساختارهای توسعه یابنده در جهان پیچیده کنونی بوده است.^۴ در عصر جهانی شدن، روابط افقی قدرت بین مرزهای ملی از اهمیت بیشتری برخوردار شده است. در این رهگذر، نوعی گذار به ابعاد نوظهور قدرت، اصالت یافتن مشخصه های فرهنگی، معنایی، هنجاری، گفتمانی و نامتقارن و اشاعه معانی غیرنظامی قدرت مانند قدرت اقتصادی، قدرت تکنولوژیک، قدرت بازیگری و قدرت اجماع سازی در عصر جهانی شدن، در حال رخ دادن است. ظهور بازیگران غیر دولتی از سازمانها گرفته تا حتی افراد و نقش آفرینی آنها در کنار دولتها، یکی از ویژگیهای دوران انتقالی در نظام بین الملل به شمار می آید. بدین ترتیب، منابع غیر نظامی قدرت

۱- جلالی، محمود، مقامی، امید (۱۳۹۰). کارکرد حقوق بین الملل در فرایند جهانی شدن، فصلنامه حقوق؛ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۳، پائیز.

۲- احمدیان، فاطمه، حقوق بین الملل عمومی و سازمانهای بین المللی، تهران، ناشر پوران پژوهش، ۱۳۸۶، چاپ اول، ص ۸۱-۷۹.

۳- کمالی و عبدلی، همان

۴- اسلوتر، آن ماری و ویلیام بروک-سویت (۲۰۱۵) «آینده حقوق بین الملل، حقوق داخلی (یا حقوقی مشابه حقوق اروپایی) است؟»، محمدعلی صالح چی و هیبت اهلل نژندی منش، سیاست خارجی، سال ۹۰، شماره ۱.

و به ویژه قدرت اقناعی و گفتمان‌های تأثیرگذار جهانی در شکل‌گیری ساختار آتی روابط بین الملل نقش برجسته‌ای دارند.^۱ ارتقای نقش و گستره فعالیت سازمانهای بین‌المللی بین الدول، نهادهای بخش خصوصی، نهادهای مالی جهانی و نهادهای مدنی بین‌المللی، موجب هم‌پیوندی دولتها در نظام بین‌الملل شده و وابستگی و نزدیکی شدن دولت - ملتها به یکدیگر را سبب گردیده است. پیوستگی متقابل دولتها به یکدیگر و تغییر ظرف فعالیت آنها از تصدی‌گری به تنظیم‌کننده روابط بین‌نهادهای داخلی، منطقه‌ای و جهانی، موجب بروز نظم جهانی پساوستفالی شده است. از این فرایند جهانی شدن با عناوین عصر اطلاعات، عصر ارتباطات، جامعه شبکه‌ها، تمدن چهارم، تمدن انفورماتیکی و ... یاد می‌شود؛ که باعث ایجاد تغییر در ماهیت قدرت، نوع و تعداد بازیگران نظام بین‌الملل شده است.^۲

تأثیر جهانی شدن بر کارکرد نظام بین‌الملل :

در عصر جهانی شدن، فرایندها در مقایسه با ساختارها اهمیت بیشتری دارد. تغییرات در عصر حاضر سریع و زودگذر است و اقتصاد جهانی، محیط زیست و فناوری دائماً در حال تغییر است. همین پیچیدگی شرایط معاصر، باعث افزایش تعاملات و تمایلات منطقه‌ای، پیوند عمیق جوامع، ماهیت جامعه بشری و در نهایت تحول نظام بین‌الملل شده است. نظامها در دولت‌ها به نظام‌های چند لایه و چندجانبه حکمرانی جهانی بدل شده به طوری که دولت‌ها، ملت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و نهادهای جامعه مدنی بین‌المللی به عنوان یک کل به هم پیوسته در دهکده جهانی فعالیت می‌کنند.^۳

نتیجه‌گیری :

سازمانهای بین‌المللی اعم از دولتی و غیردولتی، حرفه‌ای یا عام‌همگی عملاً توانسته‌اند گستره وسیعی از قواعد و هنجارهای حقوقی را که قابلیت پذیرش جهانی دارند از طریق معاهدات بین‌المللی، اساسنامه‌ها، اسناد پیشنهادی و قطعنامه‌ها، جمع‌آوری و شناسایی نمایند. هنگامی که شناسایی یک قاعده از طریق معاهده‌ای بین‌المللی صورت می‌پذیرد؛ تکثیر قواعد در حقوق کشورهای مختلف از طریق تصویب معاهده و انطباق قوانین داخلی با آن به عنوان یک تعهد بین‌المللی و برای رهایی از مسؤولیت بین‌المللی انجام می‌پذیرد.

منابع :

۱. احمدیان، فاطمه، حقوق بین‌الملل عمومی و سازمان‌های بین‌المللی، تهران، ناشر پوران پژوهش، چاپ اول (۱۳۸۶)
۲. ارنس هاس، آلن وایتینگ قلمرو حقوق بین‌الملل، ترجمه دکتر طباطبایی جلفایی، نشریه کانون وکلا، شماره ۱۰۶ (۱۳۴۶)
۳. اسلوتر، آن ماری و ویلیام بروک - وایت «آینده حقوق بین‌الملل، حقوق داخلی (یا حقوقی مشابه

۱- بیگ زاده، ابراهیم، همان

۲- کاسسه، آنتونیو (۳۱۵۸)، حقوق بین‌الملل، ترجمه حسین شریفی طرازکوهی، چاپ اول، تهران: میزان.

۳- دهشیری، محمد (۱۳۹۳). جهانی شدن و نظام بین‌الملل، فصلنامه مطالعات راهبردی سیاستگذاری عمومی، دوره ۵، شماره ۱۴، پیاپی ۱۴، اردیبهشت.

حقوق اروپایی) است؟»، محمدعلی صلح چی و هیبت اهلل نژندی منش، سیاست خارجی، سال ۹۰، شماره ۱. (۱۳۸۵)

۴. بنتام، جرمی، مقدمه ای بر اصول اخلاق و قانونگذاری، ترجمه علی قنبریان، نشر فرهیختگان (۱۳۸۵)

۵. بیگ زاده، ابراهیم، تاثیر سازمانهای غیردولتی در شکل گیری و اجرای قواعد بین المللی، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۱۵ (۱۳۷۴)

۶. جلالی، محمود، مقامی، امید. کارکرد حقوق بین الملل در فرایند جهانی شدن، فصلنامه حقوق؛ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۳، پائیز (۱۳۹۰)

۷. جلائی پور، حمیدرضا، تیموری، سید رحیم. جهانی شدن سیاست و چالش دولت - سرزمین وبر، مطالعات تحقیقات اجتماعی در ایران، دوره ۲، شماره ۴، زمستان. دانشنامه جهان اسلام، بنیاد دائره المعارف اسلامی، برگرفته از مقاله «حقوق بین الملل»، شماره ۶۳۴۴ (۱۳۹۳)

۸. دلماس مارتی، میری، «دیوان بین المللی کیفری و میانکنش های حقوق داخلی و بین المللی»، روح الدین کرد (۱۳۵۰)

۹. دهشیری، محمد. جهانی شدن و نظام بین الملل، فصلنامه مطالعات راهبردی سیاستگذاری عمومی، دوره ۵، شماره ۱۴، پیاپی ۱۴، اردیبهشت

۱۰. رنجبری، ابوالفضل حقوق کار، چاپ ششم، تهران: مجد (۱۳۵۱)

۱۱. زایدل، آیگناتس و هوهن فلدرن، حقوق بین الملل اقتصادی، ترجمه سید قاسم زمانی، تهران، شهر دانش، چاپ اول. (۱۳۷۹)

۱۲. سماواتی، حشمت الله، حقوق تجارت بین الملل، چاپ سوم، تهران: ققنوس. (۱۳۹۵)

۱۳. شریعت باقری، محمدجواد، حقوق کیفری بین المللی، نشر جنگل، تهران (۱۳۸۴)

۱۴. صالح، علی پاشا؛ سرگذشت قانون (مباحثی از تاریخ حقوق، دورنمایی از روزگاران پیشین تا امروز)، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران (۱۳۹۰)

۱۵. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین الملل عمومی، تهران، گنج دانش، چاپ هجدهم (۱۳۸۳)

۱۶. عباسی، مجید، کیانی، علی اکبر، حکمرانی جهانی و حقوق جهانی؛ گذار از حقوق بین الملل دولت محور در عصر جهانی شدن. نشریه مطالعات راهبردی، شماره ۹، زمستان. (۱۳۹۱)

۱۷. عبداللهی، محمدعلی، آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی، دفتر مطالعات نظام اسلامی (۱۳۹۳)

۱۸. کاسسه، آنتونیو، حقوق بین الملل، ترجمه حسین شریفی طرازکوهی، چاپ اول، تهران: میزان. (۱۳۸۵)

۱۹. کمالی، محبوبه، عبدلی، مهران، باستان، الناز و خرمی، علیرضا (۱۳۹۵). جایگاه حقوق بین الملل در عرصه جهانی شدن، چهارمین کنفرانس بین المللی پژوهش در علوم و تکنولوژی، سن پترزبورگ - روسیه، مرداد

۲۰. کمالی، محبوبه، عبدلی، مهران، باستان، الناز و خرمی، علیرضا (۱۳۹۵). جایگاه حقوق بین الملل در عرصه جهانی شدن، چهارمین کنفرانس بین المللی پژوهش در علوم و تکنولوژی، سن پترزبورگ - روسیه، مرداد.

۲۱. کیانی و عباسی، مجید و علی اکبر، حکمرانی جهانی و حقوق جهانی؛ گذار از حقوق بینالملل دولتمحور در عصر جهانی شدن، فصلنامه مطالعات راهبردی سیاستگذاری عمومی، شماره ۹، خرداد (۱۳۹۱)

۲۲. لاگ، مارک، اقتصاددانان بزرگ قبل از کینز، غلامعلی فرجادی، بی جا، وثقی (۱۳۷۵)

۲۳. محمدرضا ضیائی بیگدلی، حقوق بین الملل عمومی، ج ۱، تهران (۱۳۸۴)

۲۴. مقامی، امیر، کارکرد حقوق بین الملل در فرایند جهانی شدن حقوق نشریه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۳ (۱۳۹۵)

۲۵. مقتدر، هوشنگ، حقوق بین الملل عمومی، ج ۱، تهران (۱۳۸۳)
۲۶. موسی زاده، رضا، سازمانهای بین المللی، ج ۱، تهران (۱۳۷۸)
۲۷. میرزایی، سعیده، عرف بین المللی و نزاکت بین المللی (۱۳۹۱)



Translation Of The Foundation For The Formation Of The Constitution In Iran

Anis Porkhosravani

Date Received : 26 October 2023

Date Accepted : 30 October 2023

abstract :

Translation in its current form started from the Qajar period. The movement of Iranians to Europe and the education of Iranian students in the West, as well as the establishment of Dar al-Funun and the teaching of European professors in it, showed the necessity of dealing with translation even more. The acquaintance of Iranians living in Europe and some Iranian employees of European embassies with the thoughts of Europeans provided the basis for Iranians to pay attention to social, cultural and political differences with European countries. Iranians turning to the translation of scientific texts and various European achievements paved the way for political and social reforms and the establishment of the rule of law. In this article, the role and position of translation in the creation of political and social developments leading to the formation of the constitutional revolution and the regulation of the constitution in Iran is analyzed and investigated with the descriptive-analytical method. The results of this research show that translation has been able to serve social reforms and, in a period of time, lay the foundation for the formation of Iranian society.

Key words: translation, constitutional revolution, political reforms, constitution



ترجمه بستر ساز تشکیل قانون اساسی در ایران

انیس پورخسروانی ۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۸

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۴/۰۴

چکیده:

ترجمه متون مختلف به شکل امروزی از دوران قاجار شروع شده است. رفت و آمد ایرانیان به اروپا برای تجارت، اعزام دانشجویان به اروپا، تحصیل دانش‌آموزان ایرانی در غرب، تأسیس دارالفنون و همچنین تدریس معلمان اروپایی در آن لزوم پرداختن به ترجمه را هرچه بیشتر نمایان کرد. آشنایی با نهادهای پارلمان، دادگاه و اصطلاحات قانونگذاری، دموکراسی و همچنین تجدد خواهی، توسعه شهری، صنعت و از همه مهمتر افکار و نگرش اروپائیان توسط دانش‌آموختگان ایرانی در اروپا و بعضی کارمندان ایرانی سفارتخانه‌های اروپایی، زمینه توجه ایرانیان به تفاوت‌های اجتماعی، فرهنگی و سیاسی با کشورهای اروپایی را فراهم ساخت و روی آوردن ایرانیان به ترجمه متون علمی و دستاوردهای مختلف اروپایی راه را برای ایجاد اصلاحات سیاسی، اجتماعی و ایجاد حاکمیت قانون ایجاد کرد. در این مقاله قصد بر آن است؛ تا به شیوه نظری و با روشی توصیفی - تحلیلی نقش و جایگاه ترجمه در ایجاد تحولات سیاسی و اجتماعی منجر به شکل‌گیری انقلاب مشروطه، تشکیل مجلس و تدوین قانون اساسی در ایران به بررسی گذاشته شود. نتایج این پژوهش بیانگر آن است؛ که ترجمه در یک دوره زمانی توانسته است در خدمت اصلاحات اجتماعی و زمینه ساز تشکیل قانون اساسی در جامعه ایرانی قرار بگیرد.

کلمات کلیدی: ترجمه، انقلاب مشروطه، اصلاحات سیاسی، قانون اساسی

۱. انیس پورخسروانی، استادیار گروه علوم سیاسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سیرجان، سیرجان، ایران

ترجمه در ایران با به قدرت رسیدن دولت قاجار شکل جدیدی پیدا کرد. این روند به این دلیل در جامعه شکل گرفت؛ که ارتباطات ایرانیان با جهان غرب بیشتر شد. از سویی درگیری ها و جنگ های میان ایران و روسیه که نتیجه آن ناکامی، شکست و جدا سازی بخشی های وسیعی از سرزمین ایران بود؛ هم برای صاحب منصبان با درایت و هم انسانهای آزاد اندیش فرصتی بود؛ تا با نگرستن به وضع موجود و مقایسه وضع دشمن با خود به فکر چاره اندیشی برای اصلاح اساسی جامعه باشند. از این رو بهترین وسیله برای شناخت بیشتر اروپاییان، مطالعه آثار و اندیشه های آنان بود؛ که این امر تنها از طریق دانستن زبان و ترجمه آثار ایشان میسر بود. از این رو به فکر افتادند؛ محصلینی را به کشورهای اروپایی برای یادگیری زبان و دانش آنان اعزام کنند. از سوی دیگر تأسیس دارالفنون خود نیاز به معلمین زبده داشت که بیشتر آنان از ممالک اروپایی برای تدریس علوم جدید به ایران آورده شدند. اغلب این معلمین از مترجمین بنام آن زمان نیز بودند. از این رو مترجمینی که در این دوره دست به ترجمه می زدند را می توان به سه گروه تقسیم کرد.

الف. نخستین گروه کارشناسان اروپایی بودند که به دلایل سیاسی، نظامی و علمی در ایران مقیم شدند. اینان زبان فارسی را در ایران آموخته بودند و بنابر تقاضای شخصیت ها و رجال قجری و بعضاً بر اثر نیاز حلقه های آموزشی در دارالفنون به ترجمه و نگارش از زبان های بیگانه اهتمام ورزیدند. ژول ریشار^۱ از مشهورترین این مترجمان است. او کتاب های تاریخ ناپلئون، تاریخ اسکندر، جلوس نیکلای اول و مملکتداری او را ترجمه کرد. جیمز کمل^۲ تاریخ اسکندر را به دستور عباس میرزا از کتاب های مختلف ترجمه و گردآوری کرد. مادروس داود خانف کتاب تاریخ روسیه از سرگئی سلیانف^۳ را در سال ۱۲۸۲ق و روزنامه ژورنال دوسن پترزبورگ^۴ را در سال ۱۲۹۶ق برای ناصرالدین شاه به فارسی ترجمه کرد. بارون نورمان^۵، تاریخ بیزمارک (بیسمارک)^۶ دکتر موریتس بوش^۷ آلمانی را به فارسی برگرداند. همچنین میرزا آنتوان خان^۸ کتابی در فن عکاسی از زبان فرانسه به فارسی ترجمه کرد. اوانس خان هم سفرنامه استانلی به افریقا را ترجمه و به ناصرالدین شاه اهدا کرد.^۹

ب. گروه دوم از مترجمان دوره قاجار، ایرانیانی بودند که برای تحصیل به اروپا سفر کردند و در آن جا زبان های خارجی را آموختند. افزون بر ایشان گروهی به واسطه خدمت در سفارتخانه

۱-Joule Richards

۲-James camel

۳-Sergey selyanov

۴- Journal de St. Petersburg

۵-Baron Norman

۶-Bismarck

۷-Maurits Bosch

۸-Antoine Khan

های غربی و یا همکاری با کارشناسان غربی، با زبان های اروپایی آشنا شدند و به کار ترجمه آثار تمدن غرب مبادرت کردند.

میرزا رضا مهندس باشی از نخستین افرادی بود که به تشویق عباس میرزا برای تکمیل تحصیلات به اروپا سفر کرد. وی پس از بازگشت، کتاب هایی چون تاریخ تنزل و خرابی دولت روم، تاریخ ناپلئون اول، صواعق النظام و رساله در فشنگ را به فارسی ترجمه کرد.^۱

او همچنین به دستور عباس میرزا که مصمم بود علل پیشرفت روسیه را بداند کتاب پطر کبیر اثر ولتر^۲ را به فارسی ترجمه کرد. میرزا عیسی خان گروسی از دیگر مترجمان پرکار این دوره است؛ که چندین سفرنامه خارجی را چون سفرنامه شارل ژلیه، سفرنامه سوماترا از مسیوت، سفرنامه شام دکتر لرت (لرته) و سفرنامه موننگرو، اثر شارل ایریارت را به فارسی ترجمه کرد. مترجم دیگری به نام علی مترجم به ترجمه روزنامه ها و اخبار آن برای ناصرالدین شاه اقدام می کند و ترجمه هایی از چند شماره روزنامه سن پترزبورغ، روزنامه علمی ینگو دنیا و سفرنامه موزر از او موجود است. میرزا محمّدطاهر نیز تعدادی از رمان های مشهور آن دوره چون سه تفنگدار و پس از بیست سال، الکساندر دوما را ترجمه کرد.^۳

ج. گروه سوم کسانی بودند که قصد اصلی آنان ایجاد اصلاحات در جامعه بود. اینان یا همان محصلینی بودند که در مدارس اروپایی آموزش دیده و با جوامع آنجا به خوبی آشنا شده و در بازگشت از آن دیار هر کدام به نوعی در صدد بودند تا با ایجاد پیشنهادات اصلاحی، جامعه را از ورطه هلاکت نجات دهند و یا آن دسته از زبان آموختگان و کارکنان کنسولگری و یا سفارت خانه های کشورهای اروپایی در ایران بودند که به خوبی با فرهنگ، زبان و اندیشه غربیان آشنا شده و حتی سال هایی از عمر خود را در کشور های مذکور سپری کرده بودند. آنان با ترجمه بخش هایی از قوانین کشورهای که در آن بسر برده بودند و گنجاندن آن در پیشنهادهای اصلاحی خود آرزومند تغییرات اساسی در جامعه ایران بودند.

بند اول - ترجمه راهی به سوی اصلاحات اجتماعی در ایران

همانطور که گفته شد؛ گروه سوم از نسل مترجمین عهد قاجار افرادی بودند؛ که با قصد اصلاحات در جامعه به ترجمه متون اقدام می کردند. آنان با مشاهده پیشرفت جوامع کشورهای اروپایی هر کدام پیشنهادهای اصلاحی خود را به حکومت عرضه می کردند. از بین این اشخاص می توان به میرزا ملکم خان و یوسف خان مستشار الدوله اشاره کرد. میرزا ملکم خان که یکی از دانش آموختگان فرنگ بود به این منظور اصولی از اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه را در هشت فقره ترجمه و تلخیص و دفتری بنام دفتر تنظیمات جمع آوری می کند.^۴ ملکم خان

۱- همان، ص ۱۲۴.

۲- Francois Voltaire

۳- پیشین.

۴- اصل، حجت اله، ۱۳۷۶ زندگی و اندیشه های میرزا ملکم خان ناظم الدوله، تهران، ص ۳۹

باجلب نظر شاه این دفتر را فراهم آورد؛ که به نوعی از جنبش تنظیمات معاصر در امپراتوری عثمانی نیز ملهم بود و به عنوان یکی از نخستین پیشنهاد های نظام یافته برای اصلاحات اجتماعی ایران در قرن نوزدهم شناخته می شد.^۱ این رساله در واقع متضمن نخستین طرح قانون اساسی است که به شاه تقدیم می شود. او هدف از تنظیم چنین دفتری را بیماری دولت، وضعیت خطرناک آن و ناآگاهی و ناکارآمدی بزرگان قوم می داند که بخاطر شعور پایین، توانایی درک خطر وضعیت دولت را ندارند. دفتر تنظیمات ملکم دفتری است که برای بهبود اوضاع اسفناک ایران با توجه به احوال مغرب زمین و انقلاب فرانسه نوشته شده است. او می گوید: «در ایران با وجود همه نعمات طبیعی و فراهم بودن اسباب ترقی، دولت منکوب دول اطراف است و گرفتار انواع ذلت! به حقیقت اولیای مردم باید چقدر تدبیر کرده باشند که چنین ملکی را به چنین ذلت رسانیده باشند.» او خواهان تغییر وضع حکمرانی و حرکت در مسیر ترقی است و برای اصلاح امور سیاسی در ایران پیروی از نظم غربی را پیشنهاد می کند. او در این رساله سه نوع حکومت را مطرح می کند. حکومت «مطلق غیر منظم» که مدل دولت های آسیایی می باشد؛ که امور آنان پریشان است زیرا بر هیچ قاعده ای استوار نیستند. حکومت «مطلق منظم» که اختیار قانونگزاری اجرایی با شخص پادشاه است اما متمایز از یکدیگرند. نوع سوم حکومت «معتدل» است که ملت اختیار وضع قانون را در آن دارد و دولت مجری آن است. ملکم در طرح قانون اساسی خود نظامی که مطرح کرده به ظاهر نظام مطلق است و اجرای حکومت ایران را بر قانون دانسته است که در آن اختیار وضع قانون بر عهده مجلس تنظیمات است و مجلس و وزیران اداره حکومت را بر عهده دارند. با این وصف شکل حکومت پیشنهادی او دولت منظم است.

دومین شخصی که تاثیرگذار بر جریان ترجمه و آشنایی ایرانیان با متون حقوقی غرب می باشد؛ میرزا یوسف خان تبریزی ملقب به مستشارالدوله است. او فرزند حاجی میرزا کاظم تاجر تبریزی، از رجال سیاسی دوره قاجار، به سال ۱۲۳۹ق در تبریز به دنیا آمد و در همان شهر به تحصیل ادبیات عرب و علوم دینی پرداخت. در جوانی به خدمت کنسولگری انگلیس در تبریز درآمد؛ اما چندی بعد، از این سمت استعفا داد و مستخدم وزارت امور خارجه شد. میرزا یوسف به دلیل آشنایی با امور کنسولی به فرمان ناصرالدین شاه در ۱۲۷۰ق به سمت سرکنسول ایران در حاجی ترخان روسیه انتخاب شد. هشت سال در این سمت ماند سپس به کشور بازگشت. اما پس از چند ماه، مجدداً راهی حاجی ترخان شد. در این مرحله بود که به قصد دیدار از سایر نقاط روسیه به مسکو و سن پترزبورگ رفت. او در این دوره بر یافته های او از اوضاع کشورهای اروپایی افزود. چه او پیشتر با منشیگری در کنسولگری انگلیس در تبریز با شیوه های حکومتداری در غرب آشنا شده بود و هشت سال اقامت در حاجی ترخان، این فرصت را برای او فراهم آورده بود که از نزدیک با نحوه اداره امور روسیه آشنا گردد. میرزایوسف پس از عزیمت به پترزبورگ، شش ماه با عنوان وزیر مختار ایران به کار پرداخت و از ۱۲۸۰ق به مدت چهارسال در سمت ژنرال کنسول ایران در تفلیس گمارده شد. سپس در ۱۲۸۳ق با سمت شارژدافر (کاردار) ایران در فرانسه، از راه استانبول به پاریس رفت. او سه سال در این سمت ماند و در این مدت چهار بار

۱- آبراهامیان، ی رواند، (۱۳۷۷) ایران بین دو انقلاب، ترجمه، کاظم فیروز مند، حسن شمس آوری، محسن مدیر شانه چی، نشر مرکز، تهران، ص ۶۰.

به لندن سفر کرد. او در یکی از این سفرها با میرزا ملکم‌خان ملاقات کرد. در ۱۲۸۶ق به تهران بازگشت اما برای بار دوم با سمت کنسول ایران در پاریس به فرانسه برگشت. او در این سفر، دست به نگارش کتابی با عنوان «یک کلمه» زد.^۱ که بسیاری معتقدند این کتاب ترجمه قانون اساسی فرانسه است. اندیشه‌های مستشارالدوله را می‌توان در نامه‌ای جست که در پایان عمر خود زمانی که در آذربایجان به عنوان کارگزار مشغول بکار بود برای مظفرالدین شاه قاجار نوشت. این نامه که در اصل نصیحت نامه‌ای به شاه است در برگیرنده تمام اندیشه‌ها، خواست‌ها و آرزوهای مستشارالدوله است. بخشی از این نوشته‌ها اختصاص به تأسیس قوانین جدید دارد. او می‌گوید: «رفع خطرات و چاره اشکالات ایران را به دو کلمه می‌توان اصلاح کرد که باید از اعمال گذشته چشم پوشید و شروع به تأسیس قوانین تازه نمود. از این راه می‌توان احترام و اعتبار سابقه دولت و ملت قدیم ایران را در انظار اقوام خارجه و ملل متمدنه و همسایگان مجدداً جلب کرد؛ و این مطلب در نظر خردمندان مستقیم‌الدرار، چنان واضح و آشکار است که محتاج به هیچ دلیل و برهان نیست. محتمل است بدین وسیله آثار و اسبابی که نیک‌بختی مملکت را امنیت تواند داد؛ بدست آید که بعدها مأمورین دوایر دولتی که از عالی و دانی و بزرگ و کوچک در اعمال و افعالی که در خور درجه مأموریت ایشان است، خود را به انقیاد و اطاعت مواد و احکام قانونیه مکلف بدانند و مساوات حقوقیه به عموم اهالی و زیردستان از هر صنف و طایفه داده شود و برای حصول صلاح آنها، هرگونه تدبیری که لازم است به کار برند.» چنان که از نوشته‌های مستشارالدوله بر می‌آید راه نجات ایران را در ایجاد قانون می‌داند و در هر نوشته‌ای که به سوی مظفرالدین شاه روانه می‌سازد بر لزوم وجود قانون برای کوتاه کردن دست درباریان از امور و سلیقه‌ای عمل کردن آنها تأکید می‌کند. تلاش مستشارالدوله برای نزدیکی قوانین منبعث از غرب با تفکرات اسلامی را میتوان در لابه لای سطوح کتاب یک کلمه او جستجو کرد. مستشار الملک از نوشتن کتاب یک کلمه با ترجمه فقرات نوزده گانه قانون اساسی فرانسه قصد داشت؛ تا این فقرات مبنای حکومت قانون و حقوق جدید در جامعه ایران باشد.^۲ او تمام سعی خود را برآن داشته تا میان قوانین اسلامی و قانون اساسی فرانسه تطبیق برقرار کند و در واقع منشاء آن قانون را آیات و روایات اسلامی بداند.

بند دوم - جنبش ترجمه زمینه ساز انقلاب مشروطه

به تعبیر صاحب نظران انقلاب زمانی رخ میدهد؛ که رفتار خشونت آمیز پذیرفته شده و این حالی است که تمامی روشهای دیگر برای تحول شکست خورده است. در واقع بروز انقلاب مبین احساس ناتوانی و شکست یک نظام اجتماعی است.^۳ انقلاب را باید در بطن نظامهای اجتماعی محل وقوع آنها مطالعه کرد. اگر نظام توانایی هماهنگی با تغییرات محیطی و نتایج متأثر از ارزشهای داخلی و خارجی و همچنین تحولات محیط داخلی و بین المللی را داشته باشد؛ به حالت تعادل باز می‌گردد. عدم هماهنگی میان محیط و ارزشها شرط لازم برای وقوع انقلاب

۱- مستشارالدوله، میرزا یوسف، به کوشش صادق فیض، انتشارات صباح، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۲، صص ۱۳ و ۱۴.

۲- آراین پور، یحیی، از صبا تا نیما، زوار، تهران، ۱۳۸۷، صص ۲۸۲.

۳- مستشارالدوله، میرزا یوسف، به کوشش صادق فیض (۱۳۸۲) انتشارات صباح، چاپ اول، تهران، صص ۴۵

۴- ملکوتیان، مصطفی (۱۳۷۲) سیری در نظریه های انقلاب، قومس، تهران صص ۸

است. از این روی می توان گفت: یک انقلاب نتیجه نظام اجتماعی نا متعادل است.^۱ انقلاب مشروطه نیز تحت چنین شرایطی بوجود آمد. تحولات جوامع غربی در زمینه های علمی، فنی، اقتصادی، سیاسی و آگاهی روشنفکران ایرانی از این تحولات که نتیجه و اثر مستقیم از جنبش ترجمه داشته است؛ محیط را برای آگاهی سازی داخلی و تفکر در مورد علت های عقب ماندگی ایرانیان در مقابل جهان غرب منجمله اروپا فراهم ساخت. نتیجه این تحولات انقلاب مشروطه بود که در تاریخ سیاسی ایران از اهمیت والایی برخوردار است. اهمیت آن را باید در تغییر ساختار حاکمیت و تدوین و شکل گیری قانون اساسی برای ایران دانست. باید توجه داشت که انقلاب مشروطه نخستین جلوه گاه جدال مستقیم فرهنگ سنتی ایرانی - اسلامی و مدرنیته ی غربی بود. آدو عامل مهم در چگونگی شکل گیری انقلاب مشروطه و عواملی که از خارج از ایران تاثیر گذار بر مشروطه بودند؛ عبارتند از: یکی عوامل ارزشی خارجی مثل تفکرات در زمینه آزادی، وطن، پارلمان، قانون اساسی، حکومت قانون و تعلیم و تربیت که همه اینها به مدد حرکت ترجمه وارد ایران شده بودند و دیگری عوامل محیطی خارجی که گویای آشنایی ایرانیان با پیشرفتهای صنعتی غرب، گسترش شهر نشینی، رشد جمعیت، ورود صنایع و حرفه های نو به ایران است. هر دو عامل بر شکل گیری انقلاب مشروطه تاثیرگذار بوده است. انقلاب مشروطه نیز خود شروع تحولات جدیدی بود؛ که منجر به تشکیل مجلس و تدوین و شکل گیری قانون اساسی شد.

بند سوم - انقلاب مشروطه و تشکیل مجلس

یکی از اساسی ترین بنیانهای نهضت مشروطیت تأسیس مجلسی بود؛ که نمایانگر خواست و اراده ی مردم و مشارکت سیاسی آنان باشد. تأسیس مجلس شورای ملی یکی از شروط متحصنین بود. اما هنگامی که ناصرالدین شاه حکم تأسیس مجلس را امضا کرد به خاطر خواست روحانیت، نام آن را به مجلس شورای اسلامی تغییر داد. هرچند بعدها دوباره نام مجلس شورای ملی بر آن نهاده شد.^۲ در میان نهادهای سیاسی، مجلس مهمترین ابزار سیاست است که مانند یک نیروی متعادل کننده از ستیزهای اجتماعی و سیاسی می کاهد؛ مطالبات ملی را در مسیر مشخص و قانونی به پیش می برد و زیاده روی دولت را مهار می کند و در عین حال اقتدار آن را توجیه می کند. (ملایی توانی، ۱۳۸۳: ۱۱۵)^۴

مجلس به عنوان نهادی مطرح می شد؛ که اراده ملت در آن تجلی می یافت، زیرا اساس حکومت و بنیادهای قدرت از ملت و اراده عمومی ناشی می شد. ازین رو مجلس نماد واقعی نظام

۱- کوهن، گویل (۱۳۷۲) تاریخ سانسور در مطبوعات، تهران، ص ۱۳۵.

۲- لمبتون، آن کاترین، ایران عصر قاجار (ضمایم مترجم)، ترجمه: سیمین فصیحی، تهران، انتشارات جاودان خرد، ۱۳۷۵

۳- اکبرزاده، فریدون (۱۳۸۰) نقش رهبری در نهضت مشروطه، ملی نفت و انقلاب اسلامی، مرکز اسناد انقلاب اسلامی، تهران، ۱۳۸۰، ص ۴۳.

۴- ملایی توانی، علی رضا، مشروطه و جمهوری ریشه های نابسامانی، نظم دموکراتیک در ایران، نشر گسترش، تهران، ۱۳۸۳، ص ۱۱۵.

مشروطه و مردمی ترین رکن آن به حساب می آمد،^۱ صدور فرمان مشروطیت که به مثابه تغییر نظام سیاسی ایران بود شور و هیجان زیادی را در بین اقشار ملت بوجود می آورد.^۲ سیزده مرداد ۱۲۸۵ ه.ش در تاریخ ایران از اهمیت زیادی برخوردار است زیرا در آن تاریخ شاه، فرمان تشکیل مجلس را صادر کرد؛ اما ملیون به دلیل نیامدن نام ملت در عنوان اصلی با آن مخالفت کردند اما روز بعد اعلامیه ای از سوی شاه صادر شد که عبارت افراد ملت در آن گنجانده شده بود ولی نام مجلس ملی در آن مجلس شورای اسلامی آمده بود که باز با مخالفت ملیون روبرو شد به دلیل اعتراض ملیون نام مجلس به مجلس شورای ملی تغییر یافت.^۳

سرانجام در روز یکشنبه ۱۸ شعبان ۱۳۲۴ ه.ق مجلس شورای ملی با حضور وزیران و نمایندگان سیاسی خارجی در کاخ گلستان به وسیله مظفرالدین شاه افتتاح شد در این جلسه علمایی مانند طباطبایی و بهبهانی و تنی چند از مجتهدین تهران نیز حضور داشتند.^۴ تشکیل مجلس، قدرت سلطنت را کاهش می داد و وزیران را مکلف می ساخت تا در مقابل نمایندگان مجلس پاسخگو باشند.

بند چهارم - لزوم نگارش قانون اساسی

با آغاز به کار مجلس شورای ملی مهمترین وظیفه ای که در پیش روی آن قرار داشت تدوین و تصویب قانون اساسی مشروطه بود قانون اساسی که از آن بعنوان نظام نامه اساسی یاد می شد در ۵۱ ماده تدوین و در روز ۱۴ ذی القعدة ۱۳۲۴ ه.ق به امضای مظفرالدین شاه و محمد علی میرزای ولیعهد رسید. در مورد چگونگی نگارش قانون اساسی گفته شد؛ که مشیر الملک و مؤتمن الملک پسران صدر اعظم آن را ترجمه کردند این قانون بر اساس قانون اساسی بلژیک نوشته شد که خود آن قانون نیز از قانون اساسی فرانسه اقتباس شده بود.^۵ هرچند به گفته ای علاوه بر قانون اساسی ۱۸۳۱ م. بلژیک قانون اساسی بلغارستان را نیز مبنای نگارش قانون اساسی مشروطه می شناسند.^۶ نظرات دیگری نیز مبنی بر اینکه قانون اساسی ایران ترجمه شده و بطور مستقیم از اعلامیه حقوق بشر فرانسه و نظام های دموکراتیک و سکولار غرب اخذ شده است که در آن آزادی های فردی، حقوق انسان، مساوات و برابری همه اقشار در برابر قانون، آزادی عقیده، بیان و قلم به گونه ای اساسی تضمین گشته بود.^۷ قانون اساسی مشروطیت مخالفان و موافقانی داشت. موافقان با دلایلی چون تعدد قوانین در باره یک جرم و گاه تناقضات میان آنها همچنین تابعیت از مقتضات زمان همانند اصولیون به مشروطه خواهی روی آوردند. افرادی چون مستشارالدوله

۱- همان

۲- شمیم، علی اصغر، ایران در دوره سلطنت قاجار، نشر زریاب، تهران ۱۳۷۹، ص ۲۴۱.

۳- آقاری، ژانت، مشروطه ی ایران، ترجمه رضایی، انتشارات بیستون، تهران، ۱۳۷۹، ص ۱۲۳.

۴- پیشین، ص ۲۶۵.

۵- هدایت، مهدی قلی خان، خاطرات و خطرات، زوار، تهران، ۱۳۴۴، ص ۶۴.

۶- آقاری، ژانت، پیشین، ص ۹۴.

۷- ملایی توانی، علی رضا (۱۳۸۳) مشروطه و جمهوری ریشه های نابسامانی، نظم دموکراتیک در ایران ۱۲۷۴، نشر گسترش، تهران، ص ۵۸.

و فتحعلی آخوند زاده از این دست بودند.^۱ در مقابل این قانون مخالفانی نیز داشت این مخالفان هم از دربار بودند و هم افراد غیر دربار! افراد درباری به خاطر کاهش نفوذ خود مخالف مشروطه بودند اما علمای دینی براین باور بودند که با اعتقاد به دین اسلام به عنوان آخرین و کاملترین دین الهی بر آن بودند که اسلام برآورنده تمام نیاز های بشری حتی در قضیه وضع قانون بوده است. از جمله شیخ فضل الله نوری معتقد بود که انسان همواره از برآورد قانونی برتر از قانون اسلام عاجز است چون اکثریت قریب به اتفاق مشروطه طلبان خواهان اقتباس قانون از غرب بودند. لذا مخالفان مشروطه با ترجیح دادن قوانین اسلامی با قانون های غیر اسلامی مخالفت کرده و قانون اساسی را حتی در تعارض با شرع دانستند و قانون گذاری را در حکم بدعت می شمردند.^۲ سر انجام در روز ۲۷ جمادی الثانی (بیست ششم مرداد ۱۲۸۵) به دعوت دولت عده ای از بزرگان در مدرسه نظام دور هم جمع شدند. وهیأتی مرکب از مرتضی قلی صنیع الدوله، محتشم السلطنه مشیر الملک (حسن پیرنیا) مؤتمن الملک (حسین پیرنیا) مهدی قلی خان مخبر السلطنه، هدایت محمد قلی خان مخبرالملک و چند تن دیگر مأمور تهیه نظامنامه انتخابات شدند. هیچ یک از علماء در این هیئت حضور نداشتند. (مجلس شورای ملی) همه اعضای این هیئت نسبت به حقوق کشورهای اروپایی مانند آلمان و فرانسه آگاهی داشتند. از جمله کسانی که با این هیأت همکاری داشت؛ محمد خان صدیق حضرت از استادان مدرسه علوم سیاسی بود.^۳ مخبر السلطنه هدایت می نویسد ما همگی قوانین اساسی فرانسه و بلژیک را خوانده بودیم کشوری که در مسیر ناشناخته ای قدم می گذارد باید به آهستگی حرکت کند. متأسفانه قانون اساسی بلژیک که بر اساس قانون اساسی فرانسه نوشته شده بود الگوی ما قرار گرفت. پس از گذشت سی و چند روز از امضای فرمان مشروطیت قانون انتخابات در ۱۹ رجب ۱۳۲۴ (شهریور ۱۲۸۵) به امضاء رسید و انتخاب نمایندگان به صورت طبقاتی و صنفی انجام شد. نخستین دوره مجلس که باید آن را مجلس مؤسسان خواند پس از دوماه از تاریخ فرمان مشروطیت ۱۸ شعبان ۱۳۲۴ ق. ۱۴ مهر ۱۲۸۵ برابر با ۱۷ اکتبر ۱۹۰۶م. تشکیل شد. دوازده روز پس از افتتاح مجلس، قانون اساسی از طرف صدر اعظم به مجلس داده شد ولی مجلس آن را مستبدانه دانست و آن را برگرداند. نمایندگان خود به تدوین قانون اساسی پرداختند. طرح قانون اساسی را مشیر الملک و مؤتمن الملک تهیه و به قول کسروی ترجمه کرده بودند. مجلس مقرر کرد؛ که هیئت متشکل از صنیع الدوله، مهدی قلی خان مخبر السلطنه، محمد قلی خان مخبر الدوله، میرزا حسن خان مشیر الدوله و عده ای از نمایندگان مجلس مأمور نوشتن قانون اساسی شدند و آن را به نظر سیدین (سید محمد طباطبایی و سید عبدالله بهبهانی) نیز رساندند که مورد تایید قرار گرفت و پس از تصویب برای توشیح فرستادند. (مجلس شورای ملی ۱۳۴۶: ۳)^۴

به بهانه بیماری مظفرالدین شاه مدتی در توشیح قانون اساسی تاخیر شد و سپس درباریان رفع

۱- مهرآبادی، میترا (۱۳۸۴) پژوهش نامه تخصصی تاریخ، دانشگاه آزاد اسلامی بجنورد، ص ۱۳.

۲- اکبرزاده، فریدون، پیشین، ص ۷۹

۳- پزشک زاده، ایرج، ۱۳۸۵، امروزی بر تاریخ انقلاب مشروطیت ایران، انتشارات نهضت مقاومت ملی، ص ۸۸.

۴- هدایت، پیشین ص ۹۹.

۵- رحیمی، مصطفی (۱۳۵۷) قانون اساسی و اصول دموکراسی، امیرکبیر، تهران، ص ۷۶.

۶- مجلس شورای ملی، مجموعه قوانین دوره قانونگذاری نخست - ۱۲ مهر ۱۲۸۵ تا ۲ تیر ۱۲۸۷

بعضی از ایرادها را بهانه قرار دادند. برای رفع آن ایرادها کمیسیون مرکب از نمایندگان دولت: محتشم السلطنه، موید الدوله و مشیر الملک با چند تن از نمایندگان تشکیل شد که سر انجام متن قانون اساسی در روز ۱۴ ذی القعدة ۱۳۲۴ق. به امضای شاه رسید و فردای همان روز به مجلس تقدیم شد. عناوین قانون اساسی ایران عبارتند از: در تشکیل مجلس - در وظایف مجلس و حدود و حقوق آن - در اظهار مطالب به مجلس شورای ملی - عنوان مطالب از طرف مجلس - در شرایط تشکیل مجلس سنا همه این عناوین در قانون اساسی بلژیک زیر عنوان سوم (قوای مملکت) و فصل یکم (مجلس ها) در آن دارای ۵۱ اصل است. در ماده ۲۵ تا ماده ۶۰ آمده است. قانون اساسی ایران دارای ۵۱ اصل می باشد که چهل اصل آن مختص ایران است اما بقیه آن از قانون اساسی بلژیک اقتباس شده است.

بند پنجم - تلاش مستشارالملک برای نزدیکی قوانین منبعث از غرب با تفکرات اسلامی

مستشار الملک در نوشتن کتاب (یک کلمه) با ترجمه فقرات نوزدگانه قانون اساسی فرانسه قصد داشت تا این فقرات مبنای حکومت قانون و حقوق جدید در جامعه ایران باشد. او تمام سعی خود را برآن داشته تا میان قوانین اسلامی و قانون اساسی فرانسه تطبیق برقرار کند و در واقع منشاء آن قانون را آیات و روایات اسلامی بداند. لازم است برای روشن شدن موضوع به ذکر فصولی از کتاب یک کلمه بپردازیم.

بند ششم - خلاصه فصل یازدهم از کتاب یک کلمه

«فقره یازدهم تحریر اصول دخل و خرج دولت و نشر آن است. بدهی اهالی را قدر معینی لازم است و این قدر معین را در مقابل خرج دولت، مقیاس و میزانی است ضرور. اگر مخارج یک دولت، محرر و معلوم نباشد، تعیین مالیات بر وجه عدالت میسر نشود و مقدار احتیاج ادارهها چون اداره لشکر و اداره داخله و اداره خارجه و غیره بدین طریق معلوم می شود. یعنی قبل از وقت مشخص می کنند که برای وزارت جنگ فلان مقدار و برای وزارت داخله، فلان مقدار و برای وزارت خارجه، فلان مقدار مخارج خواهد شد و با این طرز، خلاصی از اسراف در خرج دولت و رفع تعدی نسبت به رعایا آسان می گردد و از آن طرف هم چون اهالی می دانند که مخارج لازمه دولت فلان مقدار است، در ادای آن تعلل نمی ورزند. پس این قاعده نیز در شریعت مطهره اسلامی به باب تبلیغ و تفهیم مطابق است با حدیث «فَلْيَبْلُغِ الشَّاهِدُ مِنْكُمْ الْغَائِبَ» یعنی، شما که در این مجلس حاضرید، تبلیغ بکنید غایبان را.

بند هفتم - بخشی از فصل دوازدهم کتاب یک کلمه

«فقره دوازدهم از فقرات نوزده گانه، هر وزیر و امیر و حاکم در مأموریت خود مسئول بودن است. سبب مسئول بودن این است که هر مأمور مکلف است به متابعت احکام قانون، چون سایر مکلفان و این قاعده نیز از شریعت اسلام است، زیرا که در قرآن عظیم هر تکلیفی به صیغه جمع آمده «أَطِيعُوا وَأُتُوا» فرموده و خطاب عام کرده، حتی ذات پیغمبر، صلی الله علیه و آله، را از تکلیف استثنا ننموده. مسلمانان که بر مکلف بودن انبیاء و اولیاء معتقدند، هیچ حاکم و امیری را از تکلیف

آزاد نمی توانند شمرد. حدیث: «كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَ كُلُّكُمْ مَسْئُولٌ» مؤید این قول است.

بند هشتم - فصل سیزدهم کتاب یک کلمه

«فقره سیزدهم، تفریق قدرت تشریح از قدرت تنفیذ است. مقصود از این سخن آن است که وضع و تنظیم قوانین در اختیار مجلسی باشد و تنفیذ و اجرای آن در دست مجلس دیگر. چنان که آن مجلس هیچ گونه بیم و امید از این مجلس نداشته باشد، تا که هر یک از دو مجلس ودیعه خود را با استقلال و آزادی تمام حفظ توانند کرد. اگر در فواید و محسنات تفریق دو اختیار مذکور، صد جلد کتاب نوشته شود، باز هزار یک فواید آن را شرح نمی توان داد. الان هرگونه ترقی و قدرت و قوت و ثروت و معموریت و تجارت که در دول فرنگستان دیده می شود، از نتایج جدایی دو اختیار است، و هر قسم بی نظمی و بی پولی و عدم قدرت و نکث در صنایع و تجارت و زراعت در مشرق زمین مشاهده می شود، از اختلاط و امتزاج دو اختیار است. عقلای روی زمین از روی تحقیق و تجربه گفته اند: در دولتی که دو اختیار مخلوط هم استعمال بشود، ممکن نیست که باعث ضعف و خرابی و بلکه بالمآل سبب انقراض آن دولت نگردد. بالجمله این قانون مستحسنه فرنگستان نیز از قوانین قدیمه اسلامیه است، چنان که در ایام پیشین، مجتهد و مفتی در وظیفه خود، و والیان و محتسبان در وظیفه اجرا و تنفیذ، مستقل بودند. اگر چه تنظیم قانون و تنفیذش در حقیقت به مرجع واحد، یعنی به وحدت امامت مربوط است، ولی در ترتیب، تفریق واجب است. چنانکه شیخ علی کرکی در شرح شرایع الاسلام در کتاب امر به معروف می گوید: «و یفرق بین الحکم و افتوی بان الحکم انشاء قول فی حکم شرعی یتعلق بواقعه شخصیة کالحکم علی عمرو و بنبوت دین زید فی ذمته. و أما الفتوی فأنها بیان حکم شرعی لایتعلق بماده شخصیة و إنما هو علی وجه کلی فهو فی الحقیقه بیان مسئله شرعیه».

بند نهم - فصل هفدهم از کتاب یک کلمه

فقره هفدهم عدم شکنجه و تعذیب است.

مادام که هر گناهی را در کتاب قانون جزای مخصوص و معین موجود است، تعذیب جانی برای اقرار گرفتن و به بهانه های دیگر غیرممکن است؛ و جزای هر تقصیر قبل از وقت در کتاب قانون معین است و احدی از حکام و امراء و سران لشکر، جرأت و قدرت ندارند که نسبت به زیردستان خود بدون حکم قانون به هوای نفس، به جهت اقرار گرفتن یا سبب های دیگر که محض ظن باشد، چوبی بزنند یا شکنجه بکنند یا فحشی بگویند. حتی در قانون ایشان، چوب و تازیانه ممنوع است و در لسان ایشان فحش و دشنام نیست. و این قسم تنبیهات را که خلاف شأن انسانیت است در حق اسب و استر و سایر حیوانات بارکش هم روا نمی دانند. این قانون شریف نیز طبق قانون اسلام است، چنان که خدای تعالی در قرآن مجید می فرماید: «و من جاء بالسبیة فلا یجزی إلا مثلها» ایضاً در سوره نحل [آیه ۱۲۶] فرموده: «و ان عاقبتکم فعاقبوا بمثل ما عوقبتکم» ایضاً در سوره آل عمران آیه ۲۴ و در سوره زمر آیه ۷۰.

بند دهم - فصل نوزدهم

«فقره نوزدهم از فقرات نوزده گانه حقوق عامه، بنای مکتب‌خانه‌ها و معلم‌خانه‌ها برای تربیت اطفال فقرا است. چون تعلم علوم و معارف در فرنگستان، مطلقاً از الزم امور و اقدم وظایف است، لهذا تعلیم اطفال فقرا و مساکین حتی نابینایان را از حقوق عامه شمرده‌اند. بنابراین نقل بعضی آثار شرعیه از آیات قرآن و احادیث نبوی در شرف علم در اینجا مناسب افتاد. من جمله خدای تعالی در قرآن مجید می فرماید: «يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ» یعنی، خدای تعالی اهل علم و دانش را درجات عالیّه وعده فرموده. ایضا در سوره زمر [آیه ۹ می فرماید]: «هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ» تقدیم عالمان و تأخیر جاهلان را اشاره فرموده و ایضا در سوره بقره آیه ۲۷۲ و ایضاً در سوره طه آیه ۱۱۳ و در سوره علق آیه‌های ۳ و ۴ و در سوره عنکبوت آیه ۲ و در سوره نحل آیه ۴۵ و در سوره بنی اسرائیل آیه ۱۳ در شرف و فضیلت علم تأکیدات بلیغّه فرموده. و حدیث معاذبن جبل در فضیلت علم و تعلم در کتاب جامع ابن عبدالبر، مسطور است که جناب رسالت پناه، صلی الله علیه و آله، فرموده: «تَعَلَّمُوا الْعِلْمَ فَإِنَّ تَعَلَّمَ حَسَنَةً، وَطَلَبَهُ عِبَادَةً، وَذَكَرْتَهُ تَسْبِيحًا وَ النَّبْحُ عَنْهُ جِهَادٌ وَ تَعْلِيمُهُ لِمَنْ لَا يَعْلَمُهُ صَدَقَةٌ وَ بَدَلُهُ لَأَهْلَهُ قُرْبَةٌ. لِأَنَّهُ مَعَالِمُ الْحَلَالِ وَ الْحَرَامِ وَ مَنَارُ سُبُلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ وَ هُوَ الْإِنْسِ فِي الْوَحْشَةِ وَ الصَّاحِبُ فِي الْغُرْبَةِ وَ الْمُحَدِّثُ فِي الْخَلْقِ وَ الدَّلِيلُ عَلَى السَّرَاءِ وَ الضَّرَاءِ وَ السَّلَاحُ عَلَى الْأَعْدَاءِ وَ الزَّيْنُ عِنْدَ الْأَخْلَاءِ يَرْفَعُ اللَّهُ بِهِ أَقْوَامًا فَيَجْعَلُهُمْ فِي الْخَيْرِ قَادَةً وَ أُمَّةً تَقْتَصِ اثْرَهُمْ وَ يَقْتَدِي بِفِعَالِهِمْ. تَرَمَّقُ أَعْمَالَهُمْ وَ تَقْبَسُ اثْرَهُمْ وَ تَرْغَبُ الْمَلَائِكَةُ فِي خَلْتِهِمْ وَ بَاجْتَنَحَتَهَا تَمَسَّحُهُمْ. يَسْتَغْفِرُ لَهُمْ كُلَّ رَطْبٍ وَ يَأْبَسُ وَ حَيْتَانُ الْبَحْرِ وَ هُوَ أَمَةٌ وَ سَبَاعُ الْبَرِّ وَ انْعَامُهُ لِأَنَّ الْعِلْمَ حَيَوَةُ الْقُلُوبِ مِنَ الْجَهْلِ وَ مَصَابِيحُ الْأَبْصَارِ مِنَ الْعُمَى. يَبْلُغُ الْعَبْدُ بِالْعِلْمِ مَنَازِلَ الْأَنْبِيَاءِ وَ الدَّرَجَاتِ الْعُلَى فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ. التَّفَكُّرُ فِيهِ يُعَدِّلُ الصِّيَامَ وَ مَدَارَسَتَهُ تُعَدِّلُ الصِّيَامَ. بِهِ تَوْصَلُ الْأَرْحَامُ وَ بِهِ يَعْرِفُ الْحَلَالُ وَ الْحَرَامُ وَ هُوَ إِمَامُ الْعَقْلِ وَ الْعَقْلُ تَابِعُهُ وَ يُلْهَمُهُ السَّعَادَةَ وَ يُحَرِّمُهُ الْأَشْقِيَاءَ» و قال ایضاً «لَا يُقْبَضُ الْعِلْمُ انْتِزَاعًا مِنَ النَّاسِ وَ لَكِنَّهُ يُقْبَضُ الْعُلَمَاءَ» یعنی، علم قبض نمی شود و نمی میرد، لکن علماء قبض میشوند. و قال ایضاً «أَطْلَبُوا الْعِلْمَ مِنَ الْمَهْدِ إِلَى اللَّحْدِ» و مضمون کلام معجز نظام جناب ولایت مآب علی، علیه السلام: «الْعِلْمُ عِلْمَانُ عِلْمُ الْأَبْدَانِ وَ عِلْمُ الْأَدْيَانِ وَ الْعَقْلُ عَقْلَانُ عَقْلُ الْمَعَاشِ وَ عَقْلُ الْمَعَادِ» ملتفت باید شد که علم ابدان را بر علم ادیان مقدم داشته. اگر چه در ایران مدارس بسیار هست و تحصیل علوم می کنند اما از برای معاد است نه از برای معاش. با اینکه پیغمبر (ص) فرموده: «مَنْ لَا مَعَاشَ لَهُ لَا مَعَادَ لَهُ.» و آن قسم تحصیل در جنب تحصیل علوم صنایع و معاش اهل فرنگستان، مثل چراغ است در مقابل آفتاب و مانند قطره است در جنب دریا. از اشعه علوم فرنگیها ذره‌ای به ایران تابیده، صنعت طباعت و آبله کوبی و تلغراف و عکس تصویر ایجاد شده که منافع و محسناتش مستغنی از بیان است.»^۱

بند یازدهم - موارد گرفته شده از قانون اساسی بلژیک

در اینجا به شرح مواردی می پردازیم که با کمی تغییرات از قانون اساسی بلژیک گرفته شده

- ۱- اصل دوم قانون اساسی، این اصل در مورد نمایندگان مجلس شورای ملی است این اصل از ماده ۲۳ قانون اساسی بلژیک گرفته شده است. در آن ماده آمده بود. «اعضای هر دو مجلس (نمایندگان و سنا) تنها نماینده حوزه انتخابیه: شهرستان یا بخش خود نبوده بلکه نماینده ملت بشمار می آیند» در حالیکه بر اساس اصل دوم قانون اساسی ما «مجلس شورای ملی نماینده قاطبه اهالی مملکت ایران است. که در همه امور معاشی و سیاسی مملکت خود مشارکت دارند.» (خوبروی ۱۱۲: ۷۷۳۱-۱۱۲-۰۱۲)
- ۲- اصل ۵ قانون اساسی از با تغییرات ۱۵ ماهه قانون اساسی بلژیک گرفته شده است. در این ماده نمایندگان برای مدت چهار سال انتخاب می شوند و در پایان دو سال انتخاب نیمی از آنان تجدید می شود
- ۳- اصل ۲۱ قانون اساسی ایران درباره عدم تعرض به نمایندگان مجلس و یا دستگیری آنان در موارد جنحه جنایت است که این اصل از ماده ۵۴ قانون اساسی بلژیک گرفته شده است. با این تفاوت که در ایران برخلاف بلژیک تنها نمایندگان مجلس شورای ملی از این مصونیت برخوردار می شوند.
- ۴- همچنین اصول ۳۱، ۴۳ و ۵۳ قانون اساسی ایران که در باره علنی و محرمانه بودن جلسه های مجلس است که این سه اصل از ماده ۳۳ قانون اساسی بلژیک با تغییراتی گرفته شده است
- در ماده ۳۳ قانون اساسی بلژیک آمده است «جلسات هر دو مجلس علنی است؛ اما هر یک از دو مجلس می توانند بنا به تقاضای رئیس و یا ۰۱ نفر از اعضای خود بطور محرمانه مذاکره کند. هر یک از دو مجلس می تواند با موافقت اکثریت مطلق نمایندگان خود، مورد مذاکره محرمانه رادر جلسه علنی نیز مطرح کند» در قانون اساسی ایران (اصل ۳۱) تنها جز اول ماده ۳۳ قانون اساسی بلژیک (علنی بودن جلسه ها) گرفته شده است. اما با توجه به بی سابقه بودن مشارکت تماشاچیان و روزنامه نویسان در جلسات، حدود و وظایف آنان را هم ذکر کرده اند.
- ۵- اصل ۴۱ قانون اساسی درباره نظام نامه داخلی مجلس است که در قانون اساسی بلژیک (ماده ۶۴) دربار هر دو مجلس بوده در حالیکه در قانون اساسی ایران در مورد مجلس شورای ملی است.
- ۶- اصل ۴۴ قانون اساسی تصویب نظام نامه داخلی مجلس سنا را در صلاحیت مجلس شورای ملی دانسته است. در قانون اساسی بلژیک (ماده ۶۴) به هر یک از دو مجلس اجازه تهیه و تصویب نظامنامه داخلی خود را داده است که این امر ناشی از بد بینی تدوین کنندگان قانون بود که از وجود مجلس سنا و شیوه انتخاب نمایندگان آن بود که نصف اعضای آن به وسیله پادشاه انتخاب می شدند.
- ۷- اصل ۱۳ قانون اساسی در مورد حضور وزرا در مجلس، با تغییراتی از ماده ۸۸ قانون اساسی بلژیک گرفته شده است.
- ۸- اصل ۸۳ قانون اساسی درباره رد یا قبول مطالب از سوی نمایندگان مجلس شورای ملی با تغییراتی از ماده ۹۳ قانون اساسی بلژیک است.
- ۹- اصل ۳۴ در مورد مجلس سنا که جلسات آن بعد از تشکیل اجلاس مجلس شورای ملی خواهد بود از ماده ۹۵ قانون اساسی بلژیک اقتباس شده با این تفاوت که در اصل ۳۴ بعد از

نتیجه گیری:

آن چه از مطالب نوشته شده در این مقاله بر می آید؛ این است که ترجمه متون سیاسی، اجتماعی از زبان های اروپایی توانست بر آگاهی ایرانیان بیفزاید. مطالعه متونی که محتوایی سیاسی، اجتماعی داشتند؛ ایرانیان را با مفاهیم جدیدی آشنا کرد. مفاهیمی که از واژه هایی مانند قانون، مجلس، ملت، عدالتخانه و غیره بر می آمد. در آغاز کار عباس میرزا دستور به ترجمه کتاب پطر کبیر داد او هدفی جز شناخت بیشتر از اوضاع کشور روسیه نداشت. کشوری در کنار مرزهای ایران که توانسته بود با به دست آوردن پیروزی های پیاپی در جنگ با ایران بخش های وسیعی از خاک کشور را به تصرف خود در آورده و ضمیمه خاک خود کند. در دوران زمامداری ناصر الدین شاه، شاه خود دستور به ترجمه برخی متون تاریخی با هدف تجلیل از حکومت خود می داد. غافل از اینکه مطالعه این کتب، ایرانیان را متوجه تفاوت های فاحش میان پادشاهان ایران و شاهان اروپایی و فقر و تهیدستی مردم ایران و زندگی ثروتمندانه اروپاییان می کرد و بدینوسیله موجبات تضعیف پایه های سلطنت قاجار را فراهم می آورد. از سوی دیگری بسیاری از افراد روشنفکر دست به ترجمه متونی با ماهیت سیاسی، اجتماعی زدند که هدف آنان از این کار روشنگری در جامعه ایران برای تغییر در ساختار سنتی و برقراری نظم و عدالت و ایجاد اصلاحات پایدار در جامعه استبداد زده و نا به سامان ایران بود. ملکم خان منشور حقوق بشر فرانسه را به فارسی ترجمه کرد تا لزوم وجود قانون را در کشور به پادشاه گوشزد کند و داری برای درمان ضعف و نابسامانی جامعه ایران بیابد. مستشار الدوله با انتشار کتاب یک کلمه فقرات نوزده گانه ای از قانون اساسی فرانسه را ترجمه و با تطبیق آن با آیات و روایت اسلامی ضمن پایه گذاری نخستین قانون اساسی برای کشور به علما، دربار و مردم عادی این نوید را داد؛ که قوانین جدید هیچگونه مغایرتی با احکام شرعی ندارند. با پیگیری اندیشه های جدید و مقایسه بین وضعیت کشور ایران و ملل اروپایی راز عقب ماندگی جامعه ایرانی به نحوه ی حکومت و قدرت حاکمه بر آن باز گشت. نگرش مردم نسبت به نوع حکومت و اداره ی مستبدانه کشور از سوی شاهان که اجازه هیچ دخالتی در امور مملکت را به افراد کار آمد و خیر خواه نمی دادند؛ عوض شد. مردم به این موضوع آگاهی پیدا کردند؛ که صاحب منصبان برای اینکه تسلط موروثی شان بر کشور از دست نرود با هرگونه حرکت مترقیانه و اصلاح طلبانه از سوی افرادی حتی از درون نظام مانند عباس میرزا، قائم مقام، امیر کبیر، سپه سالار و غیره بشدت مقابله کرده اند و به هر روش که توانسته اند؛ موجبات شکست این اصلاحات را فراهم آورده اند. این روشنگری ها اقشار مختلف مردم از روحانیون گرفته تا روشنفکران و مردم عادی را با یکدیگر متحد کرد؛ تا علیه یکی از مستبدانه ترین نظام های سیاسی خاور میانه دست به شورش و انقلاب بزنند و یکی از بزرگترین جنبش های سیاسی - اجتماعی معاصر ایران را بوجود آورند و پادشاه را مجبور به امضای فرمان مشروطیت کردند. با امضای فرمان مشروطیت و باز گشایی مجلس لزوم نگارشی قانون اساسی بیش از پیش احساس شد. در این جا نیز ترجمه به کمک قانون نویسان آمد. آنان که از تحصیلکردگان و زبان دانان بودند با ترجمه ی بخش هایی از قانون اساسی

کشورهای اروپایی به ویژه بلژیک، نخستین طرح قانون اساسی را به نگارش در آوردند. هرچند بعداً ایراداتی به آن گرفته شد در نهایت، قانون اساسی با ۵۱ اصل به تصویب رسید که ۱۱ اصل آن ترجمه و اقتباس از قانون اساسی کشور بلژیک بود.

منابع:

منابع پارسی:

- ۱- آبراهامیان، یرواند، ایران بین دو انقلاب، ترجمه، کاظم فیروزمند، حسن شمس آوری، محسن مدیر شانه چی، نشر مرکز، تهران، ۷۷۳۱.
- ۲- آدمیت، فریدون، اندیشه‌های میرزا آقاخان کرمانی، طهوری، تهران، ۲۸۳۱.
- ۳- آدمیت فریدون، اندیشه ترقی و حکومت قانون عصر سپهسالار، چاپ سوم، خوارزمی، تهران، ۵۸۳۱.
- ۴- اکبرزاده، فریدون، نقش رهبری در مشروطه، نهضت ملی نفت و انقلاب اسلامی، مرکز اسناد انقلاب اسلامی، تهران، ۰۸۳۱.
- ۵- آراین پور، یحیی، از صبا تا نیما، زوار، تهران، ۷۸۳۱.
- ۶- اصلیل، حجت‌الله، زندگی و اندیشه میرزا ملکمخان ناظم‌الدوله، نی، تهران، ۶۷۳۱.
- ۷- آقاری، ژانت، مشروطه ی ایران، ترجمه رضایی، انتشارات بیستون، تهران، ۹۷۳۱.
- ۸- خامه ای، انور، خاطرات سیاسی، تهران، ۱۷۳۱.
- ۹- پزشک زاده، ایرج، مروری بر تاریخ انقلاب مشروطیت ایران، انتشارات نهضت مقاومت ملی ایران، پاریس، ۲۸۳۱.
- ۱۰- توکلی طوقی، محمد، اثر آگاهی از انقلاب فرانسه در شکل‌گیری انگاره مشروطیت در ایران، ایران نامه، سال هشتم، شماره سوم، تابستان، ۹۶۳۱.
- ۲۱- خوبروی، محمد رضا، نقدی بر فئودالیسم، شیرازه، تهران، ۷۷۳۱.
- ۳۱- رحیمی، مصطفی، قانون اساسی و اصول دموکراسی، امیرکبیر، تهران، ۷۵۳۱.
- ۴۱- شمیم، علی اصغر ایران در دوره سلطنت قاجار، نشر زریاب، تهران، ۹۷۳۱.
- ۵۱- فشاهی محمدرضا، تحولات فکری و اجتماعی در جامعه فئودالی ایران، گوتنبرگ، تهران، ۶۸۳۱.
- ۶۱- مجلس شورای ملی، مجموعه قوانین دوره قانونگذاری نخست - ۲۱ مهر ۵۸۲۱ تا ۲ تیر ۷۸۲۱
- ۷۱- کوهن، گوئل، تاریخ سانسور در مطبوعات، تهران، ۲۷۳۱.
- ۸۱- فیض، سید صادق، مستشارالدوله، میرزا یوسف، انتشارات صباح، چاپ اول، تهران، ۲۸۳۱.
- ۹۱- ملک‌زاده، مهدی، تاریخ انقلاب مشروطیت، علمی، تهران، ۳۷۳۱.
- ۱۰۲- ملایی توانی، علی رضا، مشروطه و جمهوری ریشه‌های نابسامانی، نظم دموکراتیک در ایران ۴۷۲۱-۴۸۳۱، نشر گسترش، تهران، ۳۸۳۱.
- ۱۲- ملکوتیان، مصطفی، سیری در نظریه‌های انقلاب، قومس، تهران، ۲۷۳۱.
- ۲۲- مهرآبادی، میترا، پژوهش‌نامه تخصصی تاریخ، دانشگاه آزاد اسلامی بجنورد، ۴۸۳۱.
- ۳۲- نیکی آر کدی، ریشه‌های انقلاب ایران، ترجمه عبدالرحیم گواهی، دفتر نشر

فرهنگ اسلامی، تهران، ۲۸۳۱.

- ۴۲- وطن دوست، غلامرضا، اندیشه های سیاسی میرزا یوسف خان مستشارالدوله
و مشروطه ایران؛ سمینار بررسی مبانی فکری و اجتماعی مشروطیت ایران بزرگ داشت
آیت الله محمد کاظم خراسانی، انتشارات دانشگاه تهران، ۶۸۳۱.
- ۵۲- هدایت، مهدی قلی خان، خاطرات و خطرات، زوار، تهران، ۴۴۳۱.

