

بسم الله الرحمن الرحيم

ماهنامه خبری آموزشی

مادرسه حقیقی

سال پانزدهم، شماره ۱۳۸، مرداد ۱۳۹۹

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسئول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

شورای سردبیری: دکتر مهدی جلیلی، داریوش سپنتا، سید عبدالرضا علوی حجازی، نفیسه مستقل

طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمد حسن عقیلی

ویراستار: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهامی

دبیر تحریریه این شماره: مینا سالمی

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: محمد ابراهیمی، محمود بافنده، نسیم پرستگاری، وجیهه جاوید مقدم، فرزاد

جوادی نژاد، مهناز دره شیری، آرمان زینلی، نغمه فقیهیان، محمد فلاح‌پور، دکتر محسن قجاوند،

علی اکبر محمدی

و با تشکر از: مرتضی جنتیان - محمد حمید سلیمانی

آرای نویسندگان، دیدگاه **مادرسه حقیقی** نیست.

نشریه **مادرسه حقیقی** در وبسایت کانون وکلای دادگستری اصفهان به نشانی زیر در دسترس

است.

www.isfahanbar.org

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

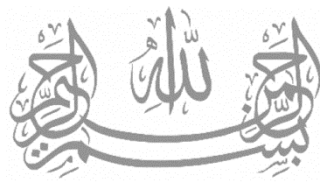
فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: madreseyehoghough@isfahanbar.org



شيوه‌نامه «ميرسپه حقوق»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه دیگری منتشر نشده باشد.
- مسئولیت اصالت عنوان مطالب ارسالی به عهده‌ی ارسال کننده آن است.
- هیأت تحریریه در نشر، تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
- رعایت نکات زیر در مطالب ارسالی:
 - ذکر نام، نام خانوادگی، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیک نگارنده.
 - حجم مطالب ارسالی بین ۵ تا ۱۵ صفحه (تا هفت هزار کلمه)
 - ارجاع به منابع در مقالات به صورت درون‌متنی و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)
 - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیرنویس.
 - ذکر فهرست منابع استفاده‌شده در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به شکل زیر:
 ۱. کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). نام کتاب. در صورت ترجمه نام و نام خانوادگی مترجم. محل انتشار: ناشر.
- **نمونه:** جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- ۲. مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). عنوان مقاله. در صورت ترجمه نام مترجم. نام مجله. شماره مجله. شماره صفحات مقاله در آن مجله.
 - **نمونه:** هاشمی نژاد، مجید. (۱۳۷۷). نقش سند رسمی در عقد موضوع مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت. *مجله کانون*. شماره ۷: ص.ص. ۱۴۹-۱۴۵.
- در صورت استفاده از مطالب سایت‌های خبری یا دارای مطالب موثق، مشخص نمودن قسمت جداگانه، در پایان مقاله و پس از ذکر منابع فارسی و انگلیسی، تحت عنوان سایت‌ها.
- ارسال مطالب در محیط word 2010 با فونت 2 Mitra 13 تنظیم و به نشانی الکترونیکی: madreseyehoghough@isfahanbar.org
- مطالب ارسالی در دو قالب، قابل نشر است:
 - الف) مقالات که دارای ساختار چکیده (شامل حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۵۰ کلمه و دارای حداقل ۳ و حداکثر ۵ واژه کلیدی)، مقدمه، متن، نتیجه و منابع است و در بخش نخست منتشر می‌شود.
 - ب) نکات، مطالب، یادداشت‌ها، نظرات و نقدهای حقوقی که لزومی به پیروی از ساختار شکلی مقالات ندارد.
- مقاله ارسالی، داوری و پس از پذیرش ویرایش خواهد شد.
- اولویت چاپ با مقالاتی است که موضوعات کاربردی و مفیدی برای حرفه وکالت دارند یا موضوعاتشان جدید است.
- مفاد و مندرجات مقالات منحصراً مبین نظر شخصی نویسنده است و موضع رسمی کانون و کلا محسوب نمی‌شود.



فهرست مطالب

سرمقاله؛ قانون اساسی؛ زندانی حقوق عمومی ... ۴

مقالات

قانون اساسی در دستگاه قضا: اصل آزادی..... ۱۰

دکتر سید محمد صادق احمدی

از قانون اساسی تا اصول اساسی؛ نگاه به قانون اساسی

از منظر فلسفه حقوق ۱۴

دکتر مهدی شهبابی

لایحه ای در دفاع از قاضی القضاة معزول!..... ۱۶

دکتر محمد مهدی الشریف

بررسی انتقادی صلاحیت عام قانونگذاری مجلس

شورای اسلامی..... ۳۰

مسلم آقایی طوق

حق بر سلامت، کرونا، آزمون آزمون ها ۴۶

مصطفی ابراهیم نژاد

استثنایی بر اصل حکمت قانونگذار ۵۹

فرهاد فرزاد

مبانی فقهی و حقوقی مسولیت مدنی ناشی از

محصولات تراریخته..... ۶۴

حمید روستایی صدراآبادی، سعیده سلیمانی پای طاق

نگاهی به اصل بیست و پنجم قانون اساسی با تکیه

بر یک رأی..... ۸۹

مینا سالمی

نقدی بر صلاحیت دیوان عدالت اداری در

قراردادهای اداری ۹۸

میثم ابوطالبی نجف آبادی/پریسا کلانتری دهقی

گزیده سخنرانیها

سخنرانی دکتر سید جواد طباطبایی در همایش ملی

« قانون اساسی و دولت مشروطه در ایران » ۱۱۸

گزارشی از سخنرانی اساتید سید محمد هاشمی، داود

فیرحی و محمدجعفر حبیبزاده در همایش «شهادت

بهشتی و قانون اساسی سال ۵۸»..... ۱۲۳

بایسته‌های حرفه وکالت

ادب اقتضا می کند ۱۳۶

مهران الشریف

پند استاد؛ درسی از آیت الله دکتر مصطفی محقق

داماد..... ۱۳۷

نگار جلیلی

آرای وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی قوه

قضائیه ۱۴۲

گزیده مقالات کاربردی ۱۴۸

محمد فلاح پور

معرفی کتاب (۱)..... ۱۵۳

رسول فروغی

معرفی کتاب (۲) ۱۵۸

سیدجواد موسوی

زنگ تفریح

قانون اساسی به بیان طنز ۱۶۴

دکتر محمد رضا محمدی جرقویه ای

ملی سبزه حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال
پانزدهم

شماره
۱۳۸

پایان مهر ۱۳۸۸



سرمقاله

قانون اساسی؛ زندانی حقوق عمومی

در نسبت بین حقوق عمومی و قانون اساسی، برداشت‌ها و مباحث متنوع و جدیدی مطرح شده است. رویکردهای جدید حقوق بشری و حقوق بین الملل و تاثیر آن در حقوق داخلی کشورها، نحوه نگرش به قانون اساسی و بهرمندی از اصول حقوق عمومی را در هر کشور براساس مؤلفه‌های داخلی کشورها با تغییراتی جدی و یا محدود مواجه ساخته است. این موضوعات به خودی خود، درخور توجه جدی و بررسی همه جانبه است.

از منظری دیگر، مباحث مربوط به حقوق عمومی و قانون اساسی، غالباً مباحثی نظری و تئوری قلمداد می‌گردند که دست‌اندرکاران اجرای قوانین و شاغلین به رشته حقوق و رشته‌های فضا و وکالت را چندان علاقه و روی خوشی به آن نیست؛ زیرا در نظر آنان، این مباحث دارای چندان فواید و آثار عملی و اجرایی نیستند و این گروه‌ها نمیتوانند وقت محدود خود را، که به شدت درگیر امور اجرایی است، بدان مشغول سازند.



اما آنچه با عنوان قانون اساسی و حقوق عمومی در این مقاله مورد توجه است، بیچ کدام از دو بحث یاد شده و مباحث پیرامونی آن نیست. بلکه سخن بر سر آن است که جامعه حقوقی خواه در دانشگاه و هنگام فراگرفتن بالاترین واحدهای دوس مختلف حقوق و خواه در هنگام کارآموزی قضاوت یا وکالت و یا در مرحله به کارگیری آموخته‌های خویش در مسند قضا و یا کسوت و وکالت، آندوخته‌ای در خور برای استفاده از قانون اساسی ندارند و از آندوخته‌ی اندک خویش در زمینه‌ی قانون اساسی، بهره‌ای نمی‌برند و عملاً آن را به‌بوته فراموشی سپرده‌اند؛ دانشجویان مادر دوره‌ی کارشناسی رشته حقوق و تنها در قالب درس حقوق اساسی ۲ و پس از آنکه نظام‌های مختلف سیاسی و حکومتی شناخته می‌شود، با قانون اساسی آشنا می‌شوند. در دوس دیگر از قبیل مقدمه علم حقوق و نیز بحث از منابع حقوق، دوس حقوق خصوصی، جزا و غیره تنها از قانون اساسی به عنوان یکی از منابع اصلی حقوق داخلی کشور یاد می‌شود.

مکمل تدریس درس حقوق اساسی، علی القاعده اساتید حقوق عمومی اند و تمام ارتباط آنان در خصوص حقوق اساسی و قانون اساسی با دانشجویان در همین حد خلاصه شده و اتمام می‌پذیرد.

اساتید شاخه‌های دیگر حقوق نیز بنا به روش کتب آموزشی و یا هر دلیل سنتی یا مدرن دیگر و یا کمی فرصت، به تدریس و در آموزش دوس خود در قالب حقوق خصوصی، جزا، بین الملل، اداری و... در اقسام مختلف حقوق مابومی یا شکی مبادرت می‌ورزند و هرچند چنان که ذکر شد از اولین و اصلی ترین منابع خود، قانون اساسی را ذکر نمی‌کنند، در عمل چه بسا در طول ترم با تدریس در یک شاخه‌ی حقوق، بیچ گاه حتی نامی از قانون اساسی برده نمی‌شود.



بدین ترتیب می‌توان گفت ما اهلی حقوق در دانشگاه هرچند در میان و نظر، اعتقاد و یکپارگی داشته باشیم، اما در عمل دست به دست یکدیگر، قانون اساسی را در دو واحد درسی حقوق اساسی ۲ زندگی کرده ایم و مجال آزادی و یا حتی مرخصی به او برای سرزدن به دیگر شاخه‌های حقوق و دوس متعدد رشته حقوق را نمی‌دهیم.

چنان که در سرمقاله دی ماه گذشته (شماره ۱۳۱ مدرسه حقوق) گفته شد، قاضی و وکیل مادر مقام استدلال و دفاع و یا طرح دعوی و یا مطالبه حق، عملاً بیچ‌گاه از قانون اساسی استفاده نمی‌کند و آن را از حیطه استدلال خارج ساخته است. در حالی که وظیفه‌ی اساتید از دو جهت اقتضا دارد تا به موضوع قانون اساسی در عموم دوس حقوق توجه ویژه و شایسته داشته باشند.

نخست اینکه قانون اساسی به عنوان میثاق ملی و اساسی، تعیین حدود و حقوق ملت و اختیارات حاکمیت در خور هرگونه توجه است و این توجه می‌تواند موجب آشنایی، تعمیق، ایجاد، حفظ و بقای حقوق ملت باشد و حاکمیت و مردم را در مقابل یکدیگر به ادای تکلیف و خودداری از هرگونه تعدی به حقوق دیگران باز دارد و پایه و اساس دیگر حقوق را توأم بخشد و تقویت کند و از کجروی و انحراف در شناخت و بهره‌برداری از آن پیشگیری نماید و موجب اصلاح روش‌های فرسوده، ناسالم و اشتباه در اجرای حقوق و احقاق آن گردد.

جهت دیگر لازم برای اساتید در پرداختن به قانون اساسی در دوس غیر از حقوق اساسی آن است که در حوال عموم دوس در رشته حقوق اعم از حقوق خصوصی، جزا، بین الملل، در هر یک



از قالب‌های شگنی یا ماهومی، دارای اصول و قواعدی است که این اصول و قواعد در قانون اساسی تاسیس و تبیین شده‌اند. حتی حدود و ثغور اصلی بسیاری از حقوق فردی و جزایی نیز در قانون اساسی آمده است. پس شایسته و حتی لازم و ضروری است که دانشجوی حقوق، قبل و حین آشنایی با هر یک از دروس در رشته حقوق، اصول و مبانی درس مورد نظر را از قانون اساسی به تفصیل و دقت کامل فراگیرد و آن‌گاه با اندوخته‌ای درخور از این اصول و قواعد، درس خود را بیاموزد و از فروع به ظرافت‌های هر درس آگاهی یابد.

نتیجه آنگاه فارغ‌التحصیل رشته حقوق، پس از فراغت از تحصیل در دوره کارشناسی، دیدی وسیع از قانون اساسی خواهد داشت و بایستواند ای محکم و پایه‌هایی خدشه‌ناپذیر، وارد جامعه و جامعه حقوق می‌شود و از این سنگ بنا در رشته شغلی خود در عالم حقوق اعم از تدریس، قضاوت، وکالت، مشاوره، سر دقمری و یا هر امر دیگری در بنای ساختمان حقوقی فکری و اجرایی خویش بهره گرفته، این اصول را نصب العین خود قرار داده، حرکت خویش را در راستای یشاق ملی یعنی قانون اساسی قرار می‌دهد.

این اندوخته‌ی اصیل و ریشه‌دار است که در صورت اشتغال به هر امر حقوقی، شاعلین در این رشته را وامی‌دارد تا در مقام به‌کارگیری آموخته‌های خود، بیچ‌گاه اصول ممتقن قانون اساسی را از یاد نبرند و در جای‌جای حرکت و سکون خود، از این اصول الهام گیرند و آن را سرمشق امور حقوقی خویش قرار دهند.

۷

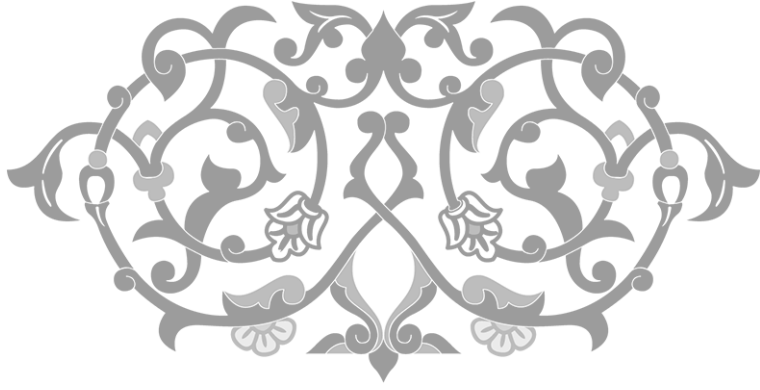
اکنون و هرچند به دلایل پیش گفته، عموم را چندان توشه‌ای از مباحث قانون اساسی



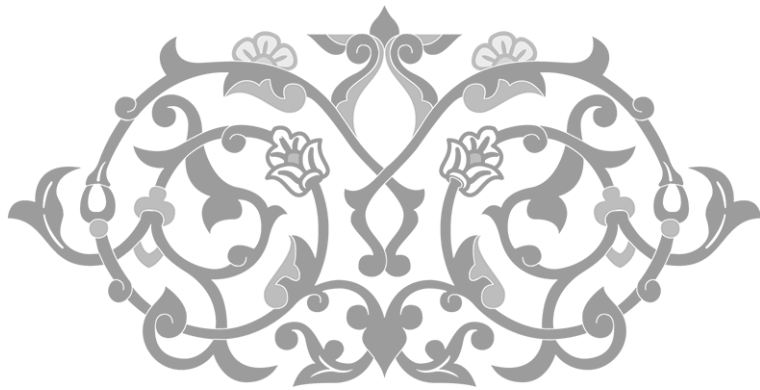
نیست، به نظرمی رسد به عنوان جبران گذشته و قضای مافات، لازم است اندوخته‌های خود در زمین‌های قانون اساسی را ارتقاء بخشیم و در عین حال از هرگونه دانش خود از قانون اساسی، در عمل و در تصمیم‌گیری یا انجام وظایف و کالتی بهره ببریم و قلم‌های خود را در راه حقوق و گسترش عدالت، به زینت قانون اساسی یارایم و باین‌پشتوانی محکم آن را استوار سازیم.

راه و روش این بزمندی، در نظر و عمل در اختیار استاید، همکاران و صاحب نظران است که «مدرسه حقوق» در نشر آن آماده‌ی هرگونه انجام وظیفه خواهد بود.

مدیر مسئول



مقالات





قانون اساسی در دستگاه قضا:

اصل آزادی

دکتر سید محمد صادق احمدی^۱

در بین موضوعات مختلفی که در خصوص قانون اساسی به ذهن متبادر می‌شود و فکر هر حقوقدانی را به خود معطوف می‌سازد، نقش قوه قضاییه به لحاظ اثرگذاری مستقیم در تامین حق‌ها و آزادی‌های شهروندان جامعه سیاسی بیش از همه مورد توجه است. تضمین هر حق و هر نوع آزادی^۲ نیازمند پیش بینی قواعد الزام آوری است که اجرای درست آنها وابسته به کارآمدی سازوکارهای تضمینی و قوه قضاییه است. قانون اساسی هر قدر در تبیین حق‌ها و آزادی‌ها موفق عمل نماید اگر هدف و غایت نظم اساسی در دادرسی‌ها و تفسیرهای قضایی از قواعد اساسی ملاک قرار نگیرد، تنها نگارشی بیش به شمار نمی‌آید. در نظام‌های مدون، قانون اساسی در سلسله مراتب قواعد حقوقی، بالاترین و ارزشمندترین قواعد را به خود اختصاص می‌دهد. این جایگاه یک وضعیت نظری صرف نیست بلکه در عمل نیز باید تمامی ارکان حاکمیتی و به ویژه قوه قضاییه از این برتری تبعیت نماید. این رجحان پس از فهم قواعد اساسی و نظام ارزشی موضوع آن باید در درون نظم فکری دادرسان شکل بگیرد تا همه قواعد عادی را در بستر قواعد برتر و غایات مورد نظر آنها تفسیر نمایند.

فلسفه وجودی قانون اساسی، تحدید قدرت و تضمین حق‌ها و آزادی‌های اساسی مردم است. هیچ حقی و هیچ آزادی را نمی‌توان محدود ساخت مگر در مرز حق و آزادی دیگری. پس اصل و پیش فرض، آزادی و فقدان هرگونه مانع غیرموجه و مغایر با غایات

۱. عضو هیئت علمی دانشگاه، وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.

۲. مفهوم آزادی را نیز می‌توان به عنوان حق در نظر گرفت.



قانون اساسی حتی مانع قانونی است که در اصل نهم قانون اساسی با صراحت تام آمده است و تمامی حاکمیت بدون هر گونه استثنایی بدان ملتزم می‌باشند. تحقق «آزادی» یکی از آرمان‌های اصلی انقلاب و از اهداف راهبردی است که هم در مقدمه قانون اساسی و هم در متن آن مورد تصریح قرار گرفته است. «هیچ مقامی حق ندارد به نام استقلال و تمامیت ارضی کشور آزادی‌های مشروع را هرچند با وضع قوانین و مقررات سلب نماید.»^۳ پس مقنن نیز می‌بایست در تقنین به این اصل ملتزم باشد. تمام اصول مندرج در فصل سوم موکدا و در سایر اصول به تناسب موضوع بر این محور تبیین گردیده است. علاوه بر این، مبانی زیر اصل بودن آزادی را در قانون اساسی را اثبات می‌کند:

کرامت انسانی و ارزش والای انسانی به عنوان یکی از پایه‌های نظام^۴ در تلازم با آزادی است و بی آن امکان تحقق نخواهد داشت. تکیه بر کرامت انسانی، لاجرم ملازمات آن را که آزادی از بنیادی ترین آن‌هاست مورد تاکید قرار می‌دهد. پذیرش و تاکید بر نظارت همگانی بر قدرت در اصول مختلف قانون اساسی، همچنین تکیه بر اداره امور کشور با اتکا به آرای عمومی^۵ و امانی بودن قدرت در سوگند رییس جمهور^۶ و نمایندگان^۷ به حق تعیین سرنوشت مردم و در نهایت به پذیرش آزادی و مبنا بودن آن در حاکمیت باز می‌گردد که هر یک تفصیل مستوفایی را می‌طلبد که در این مجال مختصر امکان پردازش مصلب میسر نیست. بنابراین سنجه‌های نهفته در اصول مختلف قانون اساسی در همجواری با ملاک مندرج در اصل نهم آزادی را بر هرگونه تحدیدی برتری می‌بخشد و محدودیت‌های غیرموجه و مغایر با قانون اساسی به خصوص مغایر با اصل نهم را هرچند توسط قانون نیز ایجاد شود فاقد اعتبار اعلام می‌دارد. بنابراین از اصول مختلف قانون اساسی می‌توان اصل بودن «آزادی» را دریافت نمود و به استناد آن قوانین و مقررات جاری را تفسیر و به مرحله اجرا نشانند.

۳. اصل نهم قانون اساسی.

۴. بند ۶ اصل ۲.

۵. اصل ۶.

۶. اصل ۱۲۱.

۷. اصل ۶۷.



قدرت معمولاً با تکیه بیش از حد بر استقلال، وحدت، تمامیت ارضی و برداشت امنیت محورانه از آنها و الویت بخشی بر این مفاهیم، در مقام تحدید و تضییق حق‌ها و آزادی‌ها بر می‌آید. نقطه آغازین حرکت قوه قضاییه از همین تلاقی مفاهیم یادشده با حق‌ها و آزادی‌های مردم است، که با تکیه بر اصول یاد شده در مقابل این روند بایستد و حقوق مردم را پشتیبانی نماید و از تعدی به حقوق مردم به بهانه به خطر افتادن امنیت و استقلال و مصالح کشور جلوگیری نماید. در اینجا در مقام تبیین مفهوم آزادی و ابعاد آن نیستیم و تنها به لزوم توجه تکلیفی دادرسان قوه قضاییه به الویت بخشی به این مفهوم اساسی اکتفا می‌کنیم.

دستگاه قضا به موجب اصل ۱۵۶ قانون اساسی با هدف پشتیبانی و حمایت از حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع تشکیل گردیده است. بنابراین همه وظایف و اختیارات قانونی آن می‌بایست بر محوریت تحقق این اهداف انجام شود. این صلاحیت در دو سطح درونی (ایفای وظایف قانونی) و برونی (نظارت بر درستی انجام صلاحیت‌های سایر دستگاه‌های عمومی و دولتی) انجام پذیر است. رسیدگی‌های قضایی در مقام حل اختلافات تنها بخشی از وظایف این قوه را تشکیل می‌دهد و سایر وظایف از جمله بندهای دوم و سوم اصل ۱۵۶ که به مراتب از سایر وظایف و صلاحیت‌های دستگاه قضا مهمتر است مورد بی توجهی واقع شده است. اولین گام در اساسی سازی آن است که دادرسان در رسیدگی‌های قضایی بر مبنای قانون اساسی و الویت بخشی بر اهداف میثاق ملی سیر کنند و در صدور، ارزیابی و بازنگری از احکام قضایی در معنای اعم، اولین ضابطه را انطباق و هم مسیری آنها با غایات قانون اساسی یعنی تضمین و تامین حق‌ها و آزادی‌ها و تحدید قدرت قرار دهند. حتی در قلمرو اسرار حاکمیتی همچون استقلال، وحدت و تمامیت ارضی کشور، اصل بر تحقق حق‌ها و آزادی‌هاست و تنها در صورتی می‌توان به تحدید آن پرداخت که تقویت و بهبود حقوق مردم جز از طریق محدودیت ممکن نباشد و لذا با یک نگاه کاملاً استثنا محورانه می‌بایست تحدید را تبیین نمود.^۸

۸. ویژگی‌های رویکرد استثنا محور خود نیازمند تشریح و تفصیل است و در این مطلب کوتاه نمی‌توان بدان پرداخت.



امنیت به مثابه مفهوم پایه صدر اصل نهم در پرتو فهم دقیق آزادی و تمرکز تمامی حاکمیت به خصوص دستگاه قضا بر آن و دلبستگی فکری و اندیشه ای همه اجزا درونی بدان حاصل می‌گردد. تاکید مقنن اساسی به پیوستگی آزادی و استقلال و تمامیت ارضی با تکیه بر این نکته مهم که حتی با وضع قوانین و مقررات نیز نمی‌توان به بهانه این مفاهیم آزادی‌های مشروع و قانونی مردم را محدود و سلب نمود، نگاه اصل محورانه قانون اساسی به حق‌ها و آزادی‌های مردم را به شایستگی نشان می‌دهد. این مهم محقق نمی‌گردد جز آنکه حقوق عمومی و خصوصا حق‌های بنیادین مردم در نگاه انسان بما هوانسان فهم گردد و کرامت ذاتی انسان نه در لفظ که در باور به جان نشسته باشد. آنچه در عمل شاهد آنیم، فراغت از این اصل بنیادین نظام مردم سالارانه است که مهمترین و پایه ای ترین تکیه گاه تضمین آرمان‌های انقلاب محسوب می‌شود.

آنچه گفته شد، تنها یادآوری امکان و الزام اجرای قانون اساسی در فرایند دادرسی‌های قضایی است و شایسته است قوه قضاییه نسبت به سایر وظایف مندرج در قانون اساسی خصوصا احیا و پشتیبانی همه جانبه از حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی و گسترش عدل، برنامه‌های راهبردی مشخصی را تدوین و به مرحله اجرا درآورد.



از قانون اساسی تا اصول اساسی

نگاه به قانون اساسی از منظر فلسفه حقوق

دکتر مهدی شهبابی^۱

تحول مفهومی و کارکردی قانون اساسی مبتنی بر قرارداد اجتماعی، تحول بنیادینی است که بدون توجه به آن، حتی تفسیر قانون اساسی نیز چالش برانگیز خواهد بود. معنای این تحول، عبور از قانون اساسی به اصول اساسی است. منظور، بی تردید، بازگشت به دوران اصول اساسی عرفی در ساختار پیشامدرن نیست؛ اصولی که می‌توانست بر اساس نظم خودجوش اجتماعی تحلیل شود و یا حاصل دیالکتیکی باشد که حقوق را به مثابه واقعیت و هست طبیعی می‌نگریست و همین اصول اساسی عرفی، حاصل و نتیجه یا حسن ختام همان دیالکتیک انگاشته می‌شد. اصل ارث بری اعمال حاکمیت مصداقی از اصول اساسی عرفی است.

می‌دانیم که در پارادایم مدرنیته، منشأ اصل اساسی اراده و یا ذهن انسانی و نه طبیعت اشیاء تلقی می‌گردد. نسبت قانون اساسی با اصول اساسی نسبت بیانی و تضمینی است. پذیرش اینکه این نسبت، ایجاد باشد، یعنی اصول اساسی به وسیله قانون اساسی ایجاد شده باشند، اگرچه ممکن است در چارچوب نظریه فرمان بنتام و یا اوستین پذیرفتنی باشد، اما با اندیشه حقوق طبیعی مدرن که ادعا دارد چارچوب نظری مدرنیته است، چندان همخوانی ندارد؛ قرارداد اجتماعی در این پارادایم چارچوب تضمین حقوق و آزادی‌های فردی است و اگر قانون اساسی بیان دیگری از همین چارچوب است، پس نمی‌تواند کارکردی متفاوت از خود قرارداد اجتماعی داشته باشد.

۱. دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان، وکیل دادگستری.



با اینحال، تحولات نظام‌های حقوقی، به ویژه از نیمه دوم قرن نوزدهم به بعد، گذار قانون اساسی از کارکرد تضمینی به کارکرد ایجادی را در پی داشت؛ به عبارت دیگر، تلقی این شد که قانون اساسی نقش ایجاد اصل اساسی را دارد و به این ترتیب، خارج از قانون اساسی نمی‌توان به دنبال اصل اساسی بود.

نیمه دوم قرن بیستم را باید دوره باز احیای اندیشه حقوق طبیعی مدرن دانست. در رابطه با قانون اساسی، نمود این احیا، همان روند اساسی سازی حقوق است. اساسی سازی اگرچه در ساختار حقوق آنگلو ساکسون به معنای شونگی اصول اساسی و نه ایستایی و متافیزیکی بودن آنها است، اما، در رابطه با ساختار رومی ژرمنی، به معنای امکان جستجوی اصول اساسی در خارج از قانون اساسی است.

این تحول نباید برای حقوقدانان نظام حقوقی ایران بیگانه باشد. به گمان نگارنده، این تلقی که قانون اساسی، قالب ایجاد اصول اساسی است، حکایت از پذیرش اراده گرایی دولتی به عنوان مبنای اعتبار اصول اساسی و قواعد حقوقی دارد. امری که بی تردید با عقلانیت طبیعی به عنوان مبنای ادعایی حقوق و آزادی‌های فردی مؤانست ندارد. بی تردید، این اراده گرایی، با اراده شارع به عنوان مبنای اعتبار اصول و قواعد در نظام حقوقی ایران نیز مطابقت ندارد. پس، باید پذیرفت که اساسی سازی حقوق، با ساختار حقوقی ایران انطباق و سازگاری بیشتری دارد؛ گویا، تحولی است که انتظار آن می‌رفته است؛ ذهن قانع نمی‌شود که اصل لاضرر اساسی باشد، اما اصل نفی عسر و حرج به عنوان اصل اساسی پذیرفته شود. پرسش این است که اگر، قانون اساسی قالب یگانه اصل اساسی نیست و می‌توان از آن عبور کرد و اصل اساسی را خارج از آن یافت، پس ملاک برای شناخت اصل اساسی چیست؛ پاسخ را باید در مبنای اعتبار قواعد و اصول که همان اراده شارع است جستجو کرد.



لایحه ای که در پی می‌آید، در دفاع از حقوق ملکی آقای دکتر حسین نجفی است که می‌توان ایشان را آخرین وزیر دادگستری قبل از پیروزی انقلاب اسلامی شمرد. داستان بازداشت و آزادی ایشان در روزهای آغازین پس از پیروزی انقلاب اسلامی، داستانی شنیدنی است. ضمن تشکر از آقای دکتر محمدمهدی الشریف به خاطر در اختیار قرار دادن آن، متذکر می‌گردم مطالعه مقدمه و لایحه، خواننده را از هر توضیح دیگری بی‌نیاز خواهد ساخت.

لایحه ای در دفاع از قاضی القضاة معزول!

دکتر محمدمهدی الشریف^۱

روند اجمالی پرونده: ۲

چنانکه در لایحه، تفصیل آن خواهد آمد شهرداری شهرستان دُرچه، به ادعای وقوع باغ آقای نجفی در طرح عمرانی، با وی وارد مذاکره شده و با مبلغ ناچیزی باغ وی را تملک می‌نماید. پس از سال‌ها بر مالک معلوم می‌گردد که اساساً هیچ طرحی در کار نبوده و ادعای شهرداری صرفاً برای واداشتن ایشان به توافق با شهرداری به مبلغ ناچیز بوده است! دکتر نجفی از طریق یکی از وکلای برجسته‌ی اصفهان، شکوائیه‌ای به دیوان عدالت اداری تقدیم می‌دارد. شعبه ۳۰ دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۸۸/۹/۲۲ رای صادر و تملک را تایید و به اعتراض دکتر نجفی و وکیل وی وقعی نمی‌نهد. استدلال شعبه به اختصار این بوده که اولاً این توافق به درخواست مالک صورت گرفته و ثانیاً در آن زمان طرحی وجود نداشته و مبنای توافق، قانون نحوه خرید و تملک اراضی نبوده تا برای بطلان آن بتوان به عدم رعایت تشریفات قانونی در آن متمسک شد و ثالثاً شاکی دکترای

۱. دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان، وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.

۲. چندین سال پیش توسط جناب آقای قائم فرد، به منزل آیت الله مستجابی (زید عزه) دعوت شدم. هنگام ورود پیرمردی موقر- که مورد احترام کامل میزبان بود- مشغول نقل خاطره بود. از آنجای تعریفِ خاطره رسیدم که پیرمرد می‌گفت: «وقتی مرا به دادگاه انقلاب می‌بردند، <



حقوق خصوصی داشته و احتمال اغفال و فریب وی از سوی شهرداری احتمال بعیدی است.

مامور مراقب با اطمینان از اعدام شدن من، پیشنهاد نوشتن وصیت‌نامه و خداحافظی با خانواده را کرد. با ورود به دادگاه انقلاب آیت‌الله محمدی گیلانی-که ریاست دادگاه را به عهده داشت- به طرف من آمد، اما به خلاف تصور مرا در آغوش گرفت و سپس نوشته‌ای از آیت‌الله پسندیده (برادر امام خمینی) را نشانم داد با این مضمون که هر لحظه بازداشت نجفی "ذنب لایغفر" (گناه نابخشودنی) است. پس از اثبات بی‌گناهی من، با ترتیبی که آسیب به من نرسد، رها و روانه‌ی خانه شدم. بعد از مدت‌ها در مقام بررسی علت لطف آیت‌الله پسندیده برآمدم. ایشان فرمودند علاوه بر اعتقاد راسخ به بی‌گناهی شما، ما دو دین نیز به شما داشتیم؛ یکی خانوادگی و دیگر شخصی. خانوادگی از آن جهت که زمان ورود من و برادرم امام خمینی برای آغاز طلبگی از خمین به اصفهان، جد شما مرحوم آقا نجفی بدون آشنایی قبلی، مدتی ما را در منزل شخصی خویش اسکان داد تا مدرسه و حجره‌ای تهیه شود و دین شخصی آنکه، در ماجرای قیام خرداد ۱۳۴۲ دفتر ازدواج من- به دلیل داشتن نسبت برادری با امام- تعطیل شد اما شما به عنوان رییس شعبه دیوان عالی کشور، طی تماس با مسئولین وقت و قبول مسئولیت معارضه‌ی با ساواک، دفتر مرا به من برگرداندید.

القصة این پیرمرد متشخص و موقر- که در زمان نگارش این کلمات قریب یک قرن از عمر وی می‌گذرد و با احوالی ناخوش تقریباً در کشاکش بین دنیا و آخرت بسر می‌برد- کسی نبود جز آقای دکتر حسین نجفی، قاضی عالی رتبه و شریف عدلیه پیش از انقلاب، دارای درجه‌ی دکترای حقوق خصوصی از دانشگاه تهران و استاد دانشگاه ملی آن روزگار، که مدت کوتاهی دادستان کل کشور و در چند ماه نزدیک به انقلاب یعنی از ۷ آبان تا ۱۲ دی ماه ۱۳۵۷ (روز ورود مرحوم امام خمینی به ایران) که تصور می‌شد انتخاب دولت مردان خوشنام، شاید آتش انقلاب را فرونشاند، به عنوان وزیر دادگستری تعیین گردید. هر چند پس از آقای نجفی وزیر دیگری نیز چند روز سکاندار عدلیه شد، ولی دولت آن چنان مستعجل بود که می‌توان دکتر نجفی را آخرین وزیر دادگستری دوران پهلوی بشمار آورد.

باری چند سال بعد، دوست و همکار خوبم آقای محمدحسین نوری، به دلیل اطلاع از علاقه‌ی من به شخصیت دکتر نجفی، پیشنهاد همراهی دفاع از پرونده‌ی ایشان را مطرح نمود، من این دعوت را با کمال میل پذیرفتم. وقتی جناب نوری ماجرای ظلمی که به دکتر نجفی رفته بود را برایم تعریف کرد، در تصمیم خود مصمم تر شدم.

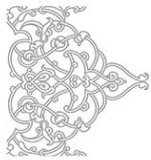
←



هر چند آرای دیوان عدالت در آن زمان قطعی بود، اما با اعلام اشتباه احد از قضات صادرکننده‌ی رای، زمینه تقاضای اعمال ماده ۱۶ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ فراهم می‌گردد و شعبه اول تشخیص دیوان عدالت اداری - که دادرسی آن آقای مرتضی اشراقی دادستان سابق اصفهان و ظاهرا از ارادتمندان دکتر نجفی بوده است - رای شعبه ۳۰ را نقض و با صدور قرار عدم صلاحیت، پرونده را برای رسیدگی به دادگاه خمینی شهر اصفهان ارجاع می‌دهد. استدلال شعبه‌ی تشخیص این بود که صلاحیت دیوان، ناظر به شکایت افراد از تصمیمات و اقدامات اداری است و در پرونده‌ی حاضر سخن از توافق بین شهرداری و مالک است و «دعای مربوط به قراردادها با توجه به دو طرفه بودن آنها مصداق تصمیم و اقدام اداری موضوع ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری محسوب نمی‌شود... مضافا اینکه دو جانبه بودن قراردادها، به دعای مربوط به آن حالتی ترافعی می‌بخشد». جالب است که شعبه‌ی تشخیص علیرغم اینکه معتقد به عدم صلاحیت دیوان در خصوص این موضوع است، ظاهرا به قصد کمک به یک قاضی پیشکسوت و شریف، گریزی نیز به ماهیت زده و در مقدمه‌ی رای خود تصریح می‌نماید با توجه به اینکه در زمان تملک، طرح مصوبی وجود نداشته و رضای مالک، ناشی از اعتماد به اقوال و رفتار شهرداری مبنی بر وجود طرح بوده، در نتیجه رضای مالک حاصل از اغواء و فریب بوده و از موارد عدم نفوذ معامله است.

به هر حال با ارجاع پرونده به شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی خمینی شهر، دادگاه در رای مورخ ۱۳۹۳/۷/۲۶ مجددا ادعای مالک را مقرون به صحت ندانسته و خواسته ابطال توافق صورت گرفته با شهرداری را نمی‌پذیرد! استدلال دادگاه این است که منشا تملک شهرداری، وقوع عقد بیع بین طرفین بوده و وقوع در طرح، علت عمده‌ی عقد نبوده تا اشتباه در آن خللی به بیع وارد آورد و رضای مالک برای اجرای طرح خاصی نبوده و برای خواهان، وجود و عدم طرح یا نوع آن اهمیتی نداشته است و نهایتا با توجه به اصل صحت، حکم به صحت توافق بین مالک و شهرداری می‌نماید.

لایحه ای که تقدیم می‌گردد، لایحه ای است که در مقام تجدیدنظرخواهی تقدیم و تنظیم گردیده که البته بنده در تدوین لایحه از مشورت و تذکر نکات سودمندی از سوی جناب آقای نوری بهره مند بودم. پیش از تقدیم لایحه لازم می‌دانم اجمالی از آنچه قبل از این مرحله بر سر پرونده رفته را عرض نمایم؛



لایحه ای که در پی می‌آید، تجدیدنظرخواهی ای است که از سوی بنده و جناب نوری نسبت به این رأی صورت گرفته و خوشبختانه در این مرحله، قضات محترم دادگاه تجدیدنظر اصفهان، این روند معیوب را اصلاح و نهایتاً رأی به ابطال تملک شهرداری صادر نمودند؛

متن لایحه تجدیدنظرخواهی

ریاست محترم محاکم تجدیدنظر استان اصفهان

بعد التّحیه؛ احتراماً در فرجه‌ی قانونی، مراتب اعتراض خود به دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۳۶۳۳۲۰۰۶۷۸ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۲۶ که توسط شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی دادگستری شهرستان خمینی شهر در پرونده کلاسه ۹۳۰۱۱۵ صادره گردیده را اعلام و از قضات معظم دادگاه تجدیدنظر استدعای بذل توجه و احقاق حقوق حقه‌ی موکل که به نحو حیرت‌آوری مورد تعدی و در معرض تضییع قرار گرفته است را دارد.

الف - خلاصه ماجرا

در سال ۱۳۷۵ شهردار وقت شهرستان درچه، موکل را به دفتر خود دعوت و به ایشان اعلام می‌دارد که ملک ایشان در مسیر یکی از طرح‌های عمرانی شهرداری قرار گرفته است و از وی درخواست می‌کند که با شهرداری در واگذاری ملک توافق نماید. موکل که سابقه‌ی سال‌ها قضاوت شرافتمندانه و صادقانه در محاکم دادگستری و از جمله دیوان عالی کشور را در کارنامه داشته و به هیچ روی احتمال کذب و دروغ‌گویی از سوی یک مسئول رسمی آن هم درخصوص امر خطیری همچون حق الناس را نمی‌داده، به این سخنان اعتماد نموده و با علم به اینکه با وجود طرح مصوب، گریزی از انتقال ملک نیست و عدم توافق نیز نمی‌تواند جلوی فرایند تملک قهری از سوی دولت را بگیرد، به امضای توافقنامه با ثمن بخش رضا می‌دهد. پس از مدتی و با تغییر مسئولین وقت شهرداری درچه، پیگیری این فرایند تقلب‌آمیز متوقف می‌شود و حتی مبلغ ناچیز مذکور در توافق نیز به موکل پرداخت نمی‌شود. با اعتراض و پیگیری موکل، متأسفانه مسئولین جدید نیز بجای جبران مافات و جلوگیری از این روند ناسالم، از این معامله‌ی پرسود و سوسه شده و موکل را به امضای موافقت جدیدی وادار می‌نمایند (نامه مورخ ۱۳۷۷/۴/۲۰ شهرداری درچه خطاب به مدیر کل فنی استانداری اصفهان که مربوط به دو سال بعد از توافق اولیه است و در آن تصریح گردیده «به نظر این شهرداری {قیمت مذکور در توافقنامه} از قیمت



واقعی زمین به مراتب کمتر است» در پرونده مضبوط است).
به هر روی پس از گذشت سال‌ها و البته عدم پرداخت حتی مبلغ اندک مورد توافق، موکل با کمال شگفتی متوجه می‌گردد که باغ آباد وی - که به بهانه‌ی وقوع در طرح از چنگ وی درآمده - به حال خود رها گردیده و هیچ اقدامی در آن صورت نگرفته است. با پیگیری موکل، بر وی مکشوف می‌شود که اساساً طرحی در کار نبوده و تمام این تمهیدات، جز نیرنگی برای فریب ایشان و گرفتن ملک مشروع وی با سوء استفاده از نجابت و حسن ظن ایشان به مسئولین مربوطه نبوده است. اکنون موکل که در ایام کهولت و پیری و طبعاً در مضیقه مالی بسر می‌برد، در پی دادخواهی و رفع ظلم از خود برآمده و بحق از محکمه عدالت و هم قطاران قضایی خود انتظار دارد غبار از چهره عدالت شسته و حق را از محاق بدرآورده و اجازه ندهند جور آشکار و ظلم مسلمی که از شدت وضوح و آشکاری هر وجدان ساده و سالمی بر ناروایی آن صحنه می‌گذارد، با ابهام افکنی و زیاده‌گویی مدعیان، چهره حق بجانب گرفته و از محکمه عدالت، صورت مشروعیت به خود گیرد.

ب- اشکالات وارد بر رأی صادره

هر چند نادرستی عمل شهرداری، آنچنان واضح است که تصور آن موجب تصدیق به بطلان آن است و هر وجدان سلیم و منصفی به زشتی و نادرستی آن حکم می‌کند، اما با اعتدال از قضات معظم دادگاه تجدیدنظر از باب تذکار که به گفته ذکر حکیم، مؤمنان را در آن فایده است، به توضیح واضحات پرداخته و پیشاپیش از تصدیع و تطویلی که غرضی جز احقاق حق ندارد، پوزش می‌طلبید. از آنجا که به زعم راقمان سطور، توافقنامه موضوع دعوا، هم بر اساس قواعد عمومی حاکم بر معاملات و هم از حیث قواعد اختصاصی حاکم بر خرید و تملک اموال مورد نیاز دستگاه‌های اجرایی، فاقد شرایط لازم برای صحت و اعتبار است، ایرادات خود را در دو بخش تقدیم می‌دارد:

۱- بطلان توافقنامه بر مبنای قواعد اختصاصی حاکم بر خرید و تملک اراضی مورد

نیاز دولت:

الف- یکی از اشکالات اساسی و عمده که دادنامه معترض عنه از آن رنج می‌برد این است که دادگاه محترم بدوی تصور نموده‌اند آنچه تحت عنوان توافقنامه بین موکل و شهرداری صورت گرفته است، مانند یک قولنامه یا یک بیع متعارف است، که برای صحت



آن کافی است شرایط مقرر در قانون مدنی در آن فراهم باشد، در حالی که چنانکه از عنوان توافقنامه و مصرحات موجود در متن آن بر می آید، این توافقنامه به استناد «لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت» مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب و نیز «ماده واحده تقویم ابنیه و املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری ها» صورت گرفته است و شهرداری به تجویز قوانین یاد شده، اجازه یافته با موکل وارد مذاکره و گفتگو شود. هر چند چنانکه به تفصیل خواهیم گفت، این توافق حتی بر مبنای قواعد عمومی حاکم بر بیع نیز فاقد شرایط صحت است. اما با اندک تأملی معلوم می‌شود که اساساً این گونه توافقات، برای صحت خود می‌بایست علاوه بر شرایط عمومی، واجد شرایط اختصاصی پیش بینی شده در قانون «لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت» نیز باشند. چنان که از عنوان این قانون هویدا است، این قانون بر «خرید» و «تملک» اراضی و املاک مورد نیاز دولت حکومت دارد و برای «خرید» ملک برای طرح‌های عمرانی و عمومی نیز مقررات پیش بینی شده در این قانون باید رعایت گردد. نکته دقیقی که تفتن بدان ضرورت دارد، تشخیص ماهیت و جایگاه «توافق» مذکور در این لایحه قانونی است. هر چند در ماده ۳ این قانون، از توافق دستگاه اجرایی و مالک در مورد بهای ملک سخن به میان آمده، اما این توافق مسبوق و ملحق به سایر مواد این قانون بوده و باید در این متن و زمینه خاص معنا گردد. برای فهم این موضوع و تشخیص جایگاه و ماهیت «توافق» مذکور در ماده ۳ این قانون، نگاهی اجمالی به قانون ضروری است. در ماده نخست این قانون آمده که: اگر دستگاه اجرایی برای طرح‌های عمرانی خود «نیاز» به ملک یا اراضی اشخاص داشته باشد و اعتبار آن را قبلاً تأمین کرده باشد، «می‌تواند» ملک مورد نیاز خود را خرید یا تملک نماید. بنابراین، این ماده در صورت وجود «نیاز» دستگاه اجرایی، **اختیار** «خرید یا تملک» را تجویز نموده است و در غیر صورت نیاز، خرید یا تملک به استناد این قانون فاقد مجوز و غیرقانونی است. شرطیت «نیاز» دستگاه اجرایی» چندان اساسی است که قانونگذار در ماده ۲ قانون مقرر می‌دارد: «برنامه‌های مذکور در ماده ۱ شامل برنامه‌هایی است که اجرای به موقع آن برای امور عمومی و امنیتی دستگاه اجرایی «لازم و ضروری» باشد. ضرورت اجرای طرح باید به تأیید و تصویب بالاترین مقام اجرایی دستگاه اجرایی برسد».

بنابراین علاوه بر وجود اصل «ضرورت» برای خرید یا تملک و «فوریت» آن،



تشخیص ضرورت نیز باید به «تصویب بالاترین مقام اجرایی» دستگاه رسیده باشد. هر چند با اجتماع شرایط فوق، دستگاه اجرایی، قانونا امکان تحصیل ملک مورد نیاز خود را با پرداخت بهای عادلانه آن خواهد داشت، اما قانونگذار ترجیح داده که در مرحله نخست، بهای عادلانه با توافق و تراضی مالک تعیین گردد. به دیگر سخن جلب توافق مالک نه برای اصل انتقال، بلکه برای تعیین عوض و بهای آن است. از این رو چنانچه مالک به این توافق رضا ندهد، باز ملک او به دستگاه دولتی منتقل خواهد شد و عدم توافق وی، فرایند تملک را متوقف نخواهد کرد، در حالیکه در بیع‌های عادی اگر مالک با مشتری بر سر قیمت به توافق نرسند، انتقال و تملیک منتفی خواهد شد.

نگاهی ساده به ماده ۳ قانون نحوه تملک، به خوبی بر این مدعا گواهی می‌دهد. به موجب این ماده: «بهای عادلانه اراضی، ابنیه، مستحذات، تأسیسات و سایر حقوق و خسارات وارده از طریق «توافق» بین دستگاه اجرایی و مالک یا مالکین و صاحبان حقوق تعیین می‌گردد». به بیان روشن تر توافق موضوع ماده ۳، بخشی از فرایند تملک و نوعی تصمیم حکومتی و اداری است که قانونگذار از دستگاه اجرایی خواسته، در صورت امکان و در مرحله اول، قیمت و معوض ملک را با توافق مالک تعیین نماید والا اگر مالک نسبت به اصل انتقال یا قیمت ملک حاضر به توافق نشود، نوبت به مرحله بعدی رسیده و قیمت ملک بر اساس نظر کارشناس تعیین می‌گردد. صدر ماده واحده «نحوه تقویم ابنیه و املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها» (که به عنوان مستند قانونی در توافقنامه موضوع این پرونده از آن نام برده شده) نیز دقیقا همین معنا را القاء می‌کند. به موجب این ماده واحده: «در کلیه قوانین و مقرراتی که شهرداری‌ها مجاز به «تملک» ابنیه، املاک و اراضی قانونی مردم می‌باشند در صورت عدم توافق بین شهرداری و مالک، قیمت ابنیه، املاک و اراضی بایستی به قیمت روز تقویم و پرداخت شود.»

چنانکه پیداست علیرغم اینکه موضوع این ماده واحده موارد «جواز تملک» ابنیه و اراضی توسط شهرداری است، رجوع به قیمت روز، منوط به عدم توافق با مالک شده است. پس برخلاف تصور اولیه، «تملک» نقطه مقابل «توافق» نیست و توافق بر سر قیمت خود جزئی از فرایند تملک ملک توسط شهرداری است منتهی در تملک، گاه در قیمت با مالک توافق می‌گردد و گاه بدون توافق مالک قیمت تعیین می‌شود. به اشاره عرض می‌کند که قانون نحوه خرید و تملک، یکی از نخستین و بارزترین جلوه‌های اختیارات حاکم اسلامی یا ولایت فقیه است که در ابتدای انقلاب به تصویب رسید و یکی از مبانی آن قاعده لاضرر است و همانگونه که در ماجرای سمیره، پیامبر بزرگوار اسلام



به عنوان حاکم جامعه اسلامی در وهله‌ی نخست با سمره وارد گفتگو شده و خواستند نخله را از او خریداری نمایند و چون لجاجت و امتناع وی را دیدند، به قهر متوسل شده و دستور به قلع درخت خرماى او دادند، در این قانون نیز اعمال ولایت و حاکمیت بصورت تدریجی و پس از عدم جلب توافق مالک صورت می‌گیرد ولی در هر حال مداخله پیامبر یا دولت اسلامی از باب حاکم جامعه اسلامی و به عنوان یک امر حکومتی است، نه یک امر شخصی و مربوط به حوزه اشخاص حقوق خصوصی.

کوتاه سخن اینکه توافق مذکور در لایحه‌ی قانونی نحوه خرید و تملک، یک بیع عادی یا یک قولنامه مشمول قانون مدنی نیست بلکه مرحله‌ای از مراحل پیش بینی شده در قانون نحوه خرید و تملک است که مرحله بعدی آن، تملک قهری یا انتقال ملک با پرداخت قیمت تعیین شده از سوی کارشناس است. بنابراین توافق موضوع این قانون، توافق مقدم بر تملک قهری است، نه یک توافق ساده و آزاد و ضمانت اجرای عدم پذیرش این توافق، نه انتقال بلکه ورود به مرحله بعدی یعنی تملک قهری بر اساس قیمت کارشناسی است. نتیجه‌ی روشن آنچه گفته شد این است که اگر شرایط لازم برای اعمال لایحه قانونی «نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی و نظامی» مانند نیاز دستگاه اجرائی (ماده ۱)، تامین اعتبار (ذیل ماده ۱)، تشخیص فوریت و ضرورت و وجود طرح مصوب از سوی عالی‌ترین مقام دستگاه (ماده ۲) و عدم امکان تامین نیاز دستگاه از املاک دولتی و ملی (تبصره ۱ ماده ۲ لایحه‌ی نحوه خرید و تملک) فراهم نباشد، تملک ملک اشخاص چه با توافق بر قیمت (ماده ۳) چه بدون توافق بر قیمت و ارجاع به کارشناس (ماده ۴) موضوعیت نداشته و مجوز قانونی ندارد.

نیاز به درنگ ندارد که در قضیه متنازع فیله، تمامی شرایط لازم قانونی زیر پا گذاشته شده و شهرداری با وقاحت تمام اقدام به تنظیم «توافقنامه انتقال و واگذاری عرصه و اعیان و حقوق واقع در مسیر شهرداری‌ها» با موکل نموده و در این توافقنامه صراحتاً لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی... و ماده واحده نحوه تقویم ابنیه و املاک مورد نیاز شهرداری‌ها را به عنوان مستند قانونی اختیار خود ذکر نموده، در حالی که اساساً هیچ طرح مصوبی در خصوص این ملک وجود نداشته و هنوز نیز وجود ندارد و نه فقط وجود طرح مصوب - که لازمه ضروری اعتبار چنین توافقی است - بلکه حتی نیاز احتمالی و آتی نیز به این ملک وجود نداشته به گونه‌ای که به تصریح کارشناس رسمی دادگستری در تأمین دلیلی که سال‌ها پس از این توافق صورت گرفته «اشجار متن ملک... حداقل در ۱۵ سال اخیر هرس نشده است و هیچ گونه آثاری از عمران بعد از تملک آن مشاهده



نگریدید» (تامین دلیل مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۱۵). جالب است که حتی وجوه نازلی که برای این ملک در نظر گرفته شده بود نیز جز قسط اول آن (۵ میلیون تومان) به مالک پرداخت نشده در حالیکه به صراحت ماده ۱، هر گونه اقدام در خصوص خرید یا تملک منوط به این است که اعتبار آن قبلاً تأمین شده باشد. بر بنیاد آنچه معروض افتاد، بنظر می‌رسد با توجه به اینکه شرایط امری مقرر در قانون حاکم بر خرید و تملک و مهم تر و مقدم بر همه، عدم وجود ضرورت و فقدان طرح مصوب که شرط لازم برای استناد به لایحه نحوه خرید و تملک است رعایت نگردیده، تردیدی در بطلان توافق مستند به این قانون وجود ندارد. اهمیت این شرط چندان اساسی است که حتی بر اساس آراء دیوان عدالت اداری اگر طرح مصوبی وجود داشته ولی زمان اعتبار طرح مصوب منقضی شده باشد، در حکم عدم طرح مصوب بوده و تملک فاقد مشروعیت و توجیه قانونی خواهد بود (رای شماره ۲۵۱۷ مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۲۳ شعبه ۳۰ دیوان عدالت اداری مبنی بر اینکه پس از انقضای ۵ سال طرح‌های کمیسیون ماده ۵ قانون شورای عالی شهرسازی کان لم یکن شده و دیگر طرحی وجود ندارد تا نیاز باشد نسبت به ابطال آن اتخاذ تصمیم گردد) و همچنین به موجب رأی وحدت رویه شماره ۱۴۰۳ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۳۰ دیوان عدالت اداری در خصوص تملک زائد بر محدوده طرح‌های مصوب «تمسک به قوانین فوق الذکر یعنی قانون نحوه خرید و تملک و قانون نحوه تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های عمومی و شهرداریها» به منظور تملک اراضی و ابنیه زائد بر آن که تابع احکام قانون مدنی است و جاهت قانونی ندارد». بر اساس این رای وحدت رویه در جایی که طرح مصوب وجود داشته، ولی تملک اعم از اینکه در قیمت با مالک توافق شده یا نشده باشد، زائد بر طرح بوده، تملک بی اعتبار است و این حکم به طریق اولویت در جایی که از اساس طرحی وجود نداشته مجرا خواهد بود.

ب- نکته‌ی دیگر اینکه شهرداری‌ها صرفاً جهت اجرای طرح و تملک اراضی، اختیار توافق با مالک را دارند و اگر موضوع توافق یک معامله عادی و خارج از فرایند تملک باشد، اختیار توافق با مالک را ندارند چرا که اولاً حسب بند ۱۴ ماده ۷۱ قانون تشکیلات و انتخابات شورای اسلامی و انتخاب شهردار مصوب ۱۳۷۵ کلیه معاملات شهرداری باید به تصویب شورای اسلامی شهر برسد در حالی که در توافقات مربوط به اجرای طرح و تملک چنین شرطی نه در لایحه مذکور و نه در ماده واحده قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۱۳۷۰ پیش بینی نشده است و لذا اگر توافقی خارج از



چهارچوب قوانین ناظر به تملک صورت گیرد، لزوماً باید این شرط در آن رعایت گردد. ثانیاً در مورد معاملات شهرداری، علاوه بر شرایط اساسی صحت معامله بایستی شرایط ویژه خرید و فروش که به شکل مزایده و مناقصه می‌باشد رعایت شود. به موجب آیین نامه مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶ در ماده ۴ صراحتاً اعلام داشته که معاملات عمده باید به طور کلی با تشریفات مناقصه یا مزایده عمومی و یا مناقصه محدود انجام شود. بنابراین شهرداری در خارج از موضوع تملک بر اساس طرح مصوب، اختیار توافق با مالک را جز در قالب مناقصه یا مزایده و با رعایت تشریفات قانونی که از جمله آنها تصویب شورای اسلامی شهر است، ندارد.

۲- بطلان توافق بر مبنای قواعد عمومی معاملات

چنانکه اشاره شد توافقنامه متنازع فیه، حتی اگر یک توافق عادی یا بیع نامه مشمول قانون مدنی نیز تلقی گردد- که چنین نیست- فاقد شرایط لازم برای صحت و اعتبار است. چنانکه قضات معظم دادگاه محترم تجدیدنظر مستحضرنند، یکی از شرایط اساسی و بلکه از مقومات یک تراضی و توافق، وجود اراده و رضای سالم طرفین است. بموجب ماده ۱۹۱ قانون مدنی، رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست. اشتباه نیز طبق گفته اساتید حقوق عبارت است از تصور خلاف واقع. حال در مانحن فیه با وجود اسناد رسمی یا در حکم رسمی غیر قابل انکار، تردیدی نمی‌توان کرد که رضای موکل در نتیجه‌ی تصور خلاف واقع یعنی تصور وقوع ملک ایشان در مسیر طرح‌های عمرانی شهرداری بوده است. برای مؤثر بودن اشتباه، برخی از حقوقدانان لازم دانسته‌اند که اشتباه داخل در حیطه‌ی تراضی و قصد مشترک قرار گرفته باشد و اشتباه یک طرفه، هر چند در امور اساسی و جوهری عقد باشد، مؤثر در بطلان نیست. هر چند لزوم این شرط به شدت محل تردید است و در اغلب موارد اشتباه در جنس، اشتباه مربوط به مشتری است و در اشتباه در شخصیت طرف نیز اساساً فرض اشتراک در اشتباه مصداق ندارد، اما به هر حال در مانحن فیه وجود این شرط یعنی ورود اشتباه در قلمرو تراضی محرز است، زیرا هم در عنوان توافقنامه و هم در محتوای آن به وقوع ملک در طرح تصریح شده است.

رفع چند اشکال محتمل:

الف- ممکن است گفته شود هر چند قانونگذار در ماده ۱۹۹ بطور کلی و عام رضای



حاصل از اشتباه را نامعتبر دانسته اما در مواد بعدی این اطلاق را محدود به دو مورد یعنی اشتباه در «خود موضوع معامله» و اشتباه در «شخصیت طرف که علت عمده عقد باشد» نموده است. بنابراین هر چند مشتبه بودن موکل در این توافق محرز است، اما اشتباه وی نه از قسم اشتباه در خود موضوع است و نه از قبیل اشتباه در شخصیت طرف عقد و در نتیجه این اشتباه تأثیری در سرنوشت توافق نخواهد داشت.

این شبهه هر چند ظاهری موجه دارد اما به دلایل متعددی نادرست بوده و خلاف مبنای قانون مدنی است؛

اولاً همان گونه که اساتید بزرگ حقوق مدنی ایران بیان نموده اند، یکی از اقسام اشتباه مؤثر، اشتباه در علت عمده عقد است و در واقع اشتباه در خود موضوع معامله و اشتباه در شخصیت طرف قرارداد که علت عمده عقد است، چیزی جز مصادیق اشتباه در علت عمده عقد به حساب نمی‌آیند. به دیگر سخن از تامل در موارد و مصادیقی که قانونگذار اشتباه را موجب بطلان یا عدم نفوذ عقد تلقی کرده، به خوبی این قاعده استفاده می‌شود که آنچه در واقع دلیل نادرستی عقد است این است که در علت عمده تعهد اشتباه صورت گرفته است. استاد دکتر صفایی در صفحه ۸۸ از کتاب قواعد عمومی قراردادهای خود اولین مورد از اشتباه مؤثر را اشتباه در علت یا جهت تعهد ذکر کرده است. به گفته ایشان: «اگر در عقود معوض در وجود علت و به تعبیر دیگر عوضی که تعهد در ازای آن ایجاد می‌شود اشتباهی روی دهد یعنی به غلط تصور شود که جهتی برای تعهد وجود داشته، در حالی که واقعا وجود نداشته، عقد باطل است. این اشتباه به قدری مهم است که می‌توان گفت اراده را نابود می‌کند و از این رو موجب بطلان عقد می‌گردد».

استاد دکتر جعفری لنگرودی نیز در آثار مختلف خود از جمله در کتاب دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ذیل عنوان اشتباه در علت عقد به بطلان عقد در صورت چنین اشتباهی تصریح کرده و اشتباه در علت را از زمره اشتباهات موجب بطلان قلمداد می‌کند: «علت وجودی یک عقد در نظر عاقد ممکن است اشتباهی بوده و واقعیت نداشته باشد لکن عاقد آن را واقع بیندارد... این عقد باطل است».

مثالی که استاد جعفری برای این نوع اشتباه می‌زند بسیار جالب و کاملاً قابل تطبیق با مانحن فیه است. به گفته ایشان: «بدهکاری به بستانکاری می‌گوید که توانایی پرداخت تمام بدهی را ندارد و درخواست ارفاق می‌کند. بستانکار هم به گمان صدق او، طلب خود را صلح به اقل می‌کند، لکن پس از عقد معلوم می‌شود که او دروغ گفته است. این عقد باطل است زیرا علت انعقاد صلح به اقل، ارفاق به بدهکار ناتوان در پرداخت بوده است



و حال آنکه این علت وجود خارجی نداشته است و مصالح در تصور این علت در اشتباه بوده است» (ص ۱۷۶)

و بالاخره مرحوم استاد کاتوزیان نیز - که روانش شاد باد - در کتاب اعمال حقوقی خود (ص ۸۷) تصریح می‌نماید که اشتباه در علت عمده عقد موجب بطلان عقد است و بطلان موضوع ماده ۲۰۱ در باب اشتباه در شخص را نیز از موارد اعمال همین قاعده بر می‌شمارد. از نظر ایشان ملاک برای علت عمده تلقی شدن یک امر این است که اگر طرف عقد از آن مطلع بود از تراضی خودداری می‌کرد. به گفته ایشان: «در صورتی اشتباه به صحت عقد لطمه می‌زند که ثابت شود اگر مُشْتَبِه از حقیقت امر آگاه بود از تراضی خودداری می‌کرد. پیش از انعقاد قرارداد جهات گوناگونی دو طرف را به انجام معامله تحریک می‌کند. ولی پاره ای از این جهات، علت اصلی یا عمده تصمیم گرفتن است و اشتباه هنگامی می‌تواند مستند بطلان عقد واقع شود که ناظر به این علت باشد. چنانکه ماده ۲۰۱ قانون مدنی همین قاعده را در مورد اشتباه در شخص طرف اعمال کرده است.»

ثانیا آنچه از اساتید بزرگ حقوق مدنی ایران نقل گردید، با قاعده‌ی مسلم فقهی «العقود تابعه للقصود» نیز همخوان بوده و هرگونه تردید در اعتبار و صحت آن را منتفی می‌سازد.

اکنون از محضر قضات شرافتمند دادگاه تجدیدنظر می‌پرسیم آیا اگر به کسی از سوی مقامات رسمی گفته شود که ملک او در مسیر طرح‌های عمرانی شهرداری واقع شده و برای توافق در قیمت با وی وارد مذاکره و توافق شوند، آیا علت عمده‌ی تن دادن شخص به امضای توافقنامه، چیزی جز وقوع ملک وی در طرح بوده است؟ این پرسش با قوت بیشتر در مانحن فیه، که موکل ۲۴۰۰۰ متر باغ مشجر و آباد خود را به اقرار خود شهرداری «به مراتب کمتر از قیمت واقعی» واگذار می‌کند، قابل طرح است؟ آیا اگر کسی مدعی شود که علت عمده‌ی توافق موکل، وقوع ملک موکل در طرح و ناگزیری وی در انتقال آن به شهرداری نبوده است، سخنی به گزاف و مخالف بدهت نگفته است؟

ب- ممکن است گفته شود اشتباهی که در مانحن فیه مطرح است، از قسم اشتباه در انگیزه و جهت یا داعی است و به تصریح اساتید حقوق، اشتباه در انگیزه مؤثر در سرنوشت عقد نیست. در پاسخ به این شبهه محتمل به عرض می‌رسد اولاً چنانچه از اساتید بزرگ همچون مرحوم استاد کاتوزیان نقل شد، اشتباه اگر در جهت اصلی و عمده عقد باشد، موجب بطلان عقد بوده و نباید آن را با یک اشتباه ساده در انگیزه و داعی یکسان پنداشت. ثانیا اشتباه در علت را نباید با اشتباه در انگیزه و جهت - که تاثیری در درستی



ترازی ندارد-خلط نمود. انگیزه امری است که به حسب فرض، در حین عقد وجود ندارد و عقد برای «وصول» و تحقق آن منعقد می‌شود. مثلاً شخصی منزلی را اجاره می‌کند تا در آن مدرسه دایر کند یا کسی گاوی را می‌خرد تا آن را قربانی کند. اما علت امری است که در زمان عقد موجود بوده و وجود آن باعث تحریک شخص به انعقاد عقد می‌گردد. مثلاً شخصی به دیگری مدیون است و این مدیونیت، علت وصیت وی به نفع دائن می‌گردد. یا شخصی فقیر است و این وضعیت باعث می‌گردد که طلبکار، طلب خود را با وی صلح به اقل کند و یا شخصی به دلیل وصیت پدر خود مالی را به کسی هبه می‌کند. حال در مثال‌های فوق اگر شخص به غلط تصور مدیونیت به دیگری را داشته یا به اشتباه، بدهکار را فقیر پنداشته و یا وصیتی که بر مبنای آن یکی از اموال موروثی را به شخصی هبه کرده باطل و بی اعتبار یا مجعول بوده و یا پدر از آن وصیت رجوع کرده بوده، در تمامی این موارد ما با اشتباه در علت تعهد روبرو هستیم، نه اشتباه در انگیزه. اکنون در مانحن فیه نیز کاملاً روشن است که وقوع ملک در طرح، علت عمده و محرکه‌ی عقد بوده، نه انگیزه‌ای که موکل در پی تحصیل آن بوده است. یعنی موکل به دلیل اینکه تصور می‌کرده ملک او واقع در طرح است و ملزم به انتقال است به توافق تن داده است، نه اینکه موکل ملک خود را به این انگیزه داده تا در طرح واقع شود!

ج - قطع نظر از مبنای «اشتباه در علت عمده» که مستند روشنی برای بطلان توافق موکل با شهرداری است، حتی بر مبنای کسانی که بر اساس ظاهر قانون مدنی، اشتباه مبطل را منحصر به اشتباه در خود موضوع معامله و اشتباه در شخص طرف می‌دانند نیز توافقیانه معترض عنه، محکوم به بطلان است. به اجمال عرض می‌کند که تمامی شارحان قانون مدنی در تبیین مراد قانون مدنی از اشتباه در «خود موضوع معامله» نهایتاً آن را به اشتباه در اوصاف اساسی و جوهری تفسیر نموده‌اند. مثال مشهور اشتباه در عتیقه دانستن گلدان، دقیقاً نتیجه و نمونه‌ی روشنی از این تفسیر است. به نظر می‌رسد شهرت این تحلیل، ما را از ذکر منابع و عبارات اساتید حقوق بی نیاز نموده است. حال باز می‌پرسیم آیا در نظر عرف، وصف وقوع یک ملک در مسیر خیابان یا یکی دیگر از طرح‌های عمرانی شهرداری، آن هم با وصف فعلیت و فوریت که در صورت عدم توافق، ملک بصورت قهری تملک خواهد شد، یک وصف اساسی و جوهری تلقی نمی‌شود؟ آیا اهمیت این وصف، کمتر از وصف عتیقه بودن برای گلدان است؟ قضاوت در این مورد را به وجدان بیدار و عدالتخواه قضات معظم واگذار می‌کند.

التهایه با عنایت به مراتب معروضه و نظر به اینکه دادگاه محترم بدوی نیز هیچ



استدلال قابل اعتنایی در ردّ دعوی موکل مطرح نموده است، از محضر قضات معظم دادگاه تجدیدنظر استدعا دارد با درایت و فطانت خود و با تکیه بر اصول و قواعد مسلم حقوقی، به این روند ملالت بار خاتمه داده و موجبات احقاق حقوق مغضوبه موکل - که خود سال‌ها به عنوان یکی از پاکدست‌ترین و خوشنام‌ترین قضات عالی‌رتبه نظام قضایی ایران به وظیفه حق‌گزاری و دادگستری مشغول بوده و بحق از همکاران قضایی خود توقع اعانت و عنایت دارد - را فراهم نمایند.

با تجدید احترام

رأی شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر اصفهان (۱۳۹۶/۵/۸)

«...تجدیدنظر خواهی وارد است و بی شک قصد و اراده واقعی متعاقدين از شرایط صحت هر معامله بوده و قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد نماید، موجب تحقق عقد می‌گردد و در ما نحن فیه تنظیم هر دو توافقنامه ۱۳۷۵/۴/۱۱ و ۱۳۷۷/۴/۸ بر روی فرم‌های مخصوص تعیین تکلیف املاک واقع در مسیر طرح‌های عمرانی شهرداری و همچنین قید عبارت (ملک واقع در طرح شهرداری) در سند رسمی انتقال شماره ۹۰۴۹۹-۷۷/۵/۷ دفترخانه ۳۱ اصفهان حاکی از اینکه عملیات خلاف واقع و مزورانه شهرداری درچه، در تبیین وجود طرح مصوب در شکل‌گیری قصد واگذاری باغی که در طرح است و الزاماً می‌بایستی به شهرداری واگذار گردد، نقش اساسی دارد و در نامه شماره ۳۱۵۵-۷۷/۴/۲۰-۲۰ شهردار وقت درچه، خطاب به مدیرکل فنی استانداری نیز به خرید باغ به قیمتی به مراتب کمتر از قیمت واقعی اذعان گردیده، که مفید‌تاثیر وجود طرح در اراده‌ی فروشنده است که در مجموع عملیات مزبور شهرداری شهر درچه در اعلام وجود طرح عمرانی، مخلّ قصد انشاء و اشتباه تجدیدنظرخواه بوده و موجب بی‌اعتباری و بطلان واگذاری باغ مذکور گردیده، لذا دادگاه مستنداً به مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ قانون مدنی و ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، ضمن وارد دانستن تجدیدنظرخواهی حکم به بطلان معامله پلاک... و ابطال سند رسمی پلاک مزبور را صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره قطعی است.»



بررسی انتقادی صلاحیت عام قانونگذاری مجلس شورای اسلامی

مسلم آقایی طوق^۱

درآمد

صلاحیت قانونگذاری قوه مقننه سالهاست مورد بحث و بررسی حقوقدانان حقوق عمومی و همچنین اندیشمندان علوم سیاسی قرار گرفته است. مسأله اصلی در این بررسیها و کاوشها این است که قوه مقننه تا چه حد می‌تواند (و باید) در امر قانونگذاری دخالت کند. در واقع، بحث اصلی بر سر ایجاد یک نقطه تعادل میان مشروعیت دموکراتیک پارلمانها و کارآمدی و تأثیرگذاری آنهاست.^۲ عواملی که به ظهور چنین مسأله‌های منجر شده، متفاوتند. محدودیت تعداد اشخاصی که در قوه مقننه به عنوان نماینده (و یا سایر عناوین) مشغول به کار هستند و حجم عظیم مسئولیتهایی که بر دوش میکشند، ساختار بسیار ساده و کوچک قوه مقننه در اغلب کشورها و بودجه کمی که معمولاً در اختیار دارند در کنار برخی عوامل دیگر، قوه مقننه را در مقابل قوه مجریه در وضعیت خاصی قرار داده است.

هنگامی که نظریه پردازان فلسفه سیاسی قوای سه گانه و روابط بین آنها را تدوین و ترسیم میکردند، قوه مقننه در چنین وضعیت نامناسبی قرار نداشت. حال آنکه شرایط مزبور تا حدود زیادی تغییر کرده است. به همین خاطر، اغلب سخن گفتن از نظریه تفکیک قوا و

۱. عضو هیأت علمی دانشگاه علوم قضایی.

Email: moslemtog@yahoo.com

2. See: Norton, P. (1990), "Parliament in the United Kingdom: Balancing Effectiveness and Consent?", West European Politics, Vol.13, No.3, pp.10-31; Elgie, Robert and John Stableton (2006) "Testing the Decline of Parliament Thesis: Ireland, 1923-2002", Political Studies, Vol.54, pp.465-485.



خصوصاً قوه مقننه و قوه مجریه با استناد و با تکیه بر نظریاتی که به ویژه در قرن ۱۹ میلادی ارائه شده است، نوعی کجفهمی بوده و بدین ترتیب میتوان تکیه بیش از حد به مجالس قانونگذار به عنوان تنها طریق نمایندگی در نظام‌های مردم‌سالار را مورد تخطئه قرار داد.

متأسفانه علیرغم اینکه بحث پیرامون حدود صلاحیت قانونگذاری قوه مقننه قدمت قابل توجهی در ادبیات حقوق عمومی معاصر دارد، در ایران چندان توجهی بدان نشده است. در این نوشته سعی شده با ترسیم و معرفی مهمترین مباحثی که در این خصوص ارائه شده است، ضمن پرداختن به مبانی نظری این مسأله، به جایگاه این مباحث در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران پرداخته شود. با این هدف، مباحث به دو قسمت اصلی تقسیم شده است. در قسمت اول، رویکرد حقوق عمومی مدرن نسبت به صلاحیت قانونگذاری قوه مقننه مورد بررسی قرار گرفته است. نخست نامطلوب بودن اتخاذ رویکرد سنتی به صلاحیت قانونگذاری قوه مقننه در چند دهه اخیر مورد اشاره قرار گرفته و سعی شده است هرمنوتیک تفکیک قوا و صلاحیت قوه مقننه مد نظر قرار گیرد تا بتوان بر مبنای آن، لزوم استناد به نظریه یا نظریات جدید درباره صلاحیت قوه مقننه را توجیه نمود. در قسمت دوم، رویکرد حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران نسبت به صلاحیت قانونگذاری قوه مقننه مورد توجه واقع شده است. حدود و ثغور صلاحیت قانونگذاری مجلس شورای اسلامی در قانون اساسی ایران با توجه به تاریخ انقلاب اسلامی و مشروح مذاکرات مجلس تدوین قانون اساسی و همچنین در عمل بررسی شده و پرکاری قوه مقننه به عنوان یکی از مهمترین عوامل ضعف نظام قانونگذاری ایران و در نتیجه ضعف حاکمیت قانون در ایران معرفی شده است. نهایتاً راهکاری برای خروج از این وضعیت نامناسب ارائه شده است.

بند اول

رویکرد حقوق عمومی نوین نسبت به صلاحیت قانونگذاری قوه مقننه

رویکرد کنونی حقوق عمومی نسبت به قوه مقننه به خاطر ناکامیهای رویکرد سنتی به صلاحیت قانونگذاری این قوه و همچنین، تحت تأثیر رویکرد حقوق عمومی مدرن نسبت



به اداره امور عمومی^۳ دچار تغییرات اساسی شده است. بدین ترتیب، در نوشته‌هایی که در خصوص قوه مقننه نوشته میشود، همواره باید این تغییرات را در نظر گرفت. در این قسمت، نخست نتایج نامطلوب رویکرد سنتی به صلاحیت قانونگذاری قوه مقننه مورد اشاره قرار گرفته و پس از آن به بررسی هرمنوتیکی تفکیک قوا و صلاحیت قوه مقننه پرداخته شده است تا بتوان بر مبنای آن، لزوم استناد به نظریه یا نظریات جدید درباره صلاحیت قوه مقننه را توجیه نمود.

الف- ناکامی‌های رویکرد سنتی به صلاحیت قانونگذاری قوه مقننه

اصل حاکمیت پارلمان^۴ در نتیجه تلاش‌های فکری اندیشمندانی همچون ژان ژاک روسو در حقوق عمومی قرن نوزدهم مورد تأیید برخی از نظام‌های سیاسی قرار گرفت. خصوصاً در فرانسه این اصل تا آنجا مورد توجه بود که قضات (به عنوان اعضای قوه قضائیه) دهان یا زبانی شناخته شدند که تنها باید سخنان مقنن را تکرار کنند و نه بیشتر.^۵ همچنین، به قوه مجریه تنها صلاحیت اجرای قوانین اعطا شد و اموری همچون تصویب آیین نامه اجرایی قوانین خارج از حدود صلاحیت این قوه شناخته شد. روسو تنها پارلمان را جانشین اراده عمومی میدانست و به همین خاطر، تمام مشروعیت دموکراتیک را از آن پارلمان میدانست. یکی از مهمترین نتایج این وجهه مشروعیت بخشی پارلمان، صلاحیت عام قانونگذاری قوه مقننه بود که در قرن نوزدهم و تا حدودی دو ثلث نخست قرن بیستم حاکم بود.

بر اساس اصل حاکمیت پارلمان، مشروعیت دموکراتیک تنها از طریق پارلمان منتقل میشود. به همین خاطر، از یکسو قوای حکومتی باید بر اساس قوانین مصوب پارلمان حرکت کنند و از سوی دیگر، پارلمان در خصوص تمامی مسائل و امور کشور میتواند قانونگذاری کند. در چنین فضایی، حدود صلاحیت قانونگذاری قوه مقننه بسیار فراخ و گسترده است. پارلمان حق دارد در «تمامی زوایای» «تمامی امور مربوط به یک کشور» قانونگذاری کند و اقدامات دو قوه دیگر و سایر نهادهای حکومتی تنها در این چارچوب

3 . Public Administration

4 . Sovereignty of Parliament

۵. آقای طوق، مسلم (۱۳۸۵)، «بررسی و ارزیابی سرمنشأ نظام حقوقی»، نشریه حقوق اساسی،



قابل تأیید است. به تدریج، با دور شدن از فضایی که اصل حاکمیت پارلمان در آن به وجود آمده بود، چنین تفسیر گسترده‌ای از صلاحیت قانونگذاری قوه مقننه مورد تردید واقع شد. این تردیدها مبانی متعددی دارند که در زیر به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱. محدود بودن تعداد نمایندگان پارلمان: تعداد اشخاصی که انجام وظایف قوه مقننه را بر عهده دارند در مقایسه با حجم عظیم وظایف مزبور بسیار ناچیز است. به عنوان مثال، در مجلس شورای اسلامی دوره دهم، حدود ۱۸۰ قانون تصویب شد. ۶ استیضاح و ۳۲ طرح تحقیق و تفحص و بیش از سه هزار سؤال درباره عملکرد دولت در کنار سایر وظایفی که طبق قانون اساسی و سایر قوانین بر عهده مجلس و نمایندگان مجلس قرار گرفته است، نشانگر حجم بزرگ کار قوه قانونگذاری است. چنین حجم عظیمی از قانونگذاری را اگر در کنار سایر وظایف مجلس شورای اسلامی از جمله وظایف نظارتی قرار دهیم و تعداد نمایندگان مجلس (۲۹۰ نفر) و روزهای کاری مجلس را در طول سال (در بهترین حالت، حدود ۲۳۰ روز) در نظر بگیریم، این عدم تناسب بین تعداد نمایندگان مجلس و بار سنگین وظیفه‌های که بر دوش دارند، آشکار خواهد شد.
۲. محدودیت بدنه قوه مقننه: در اغلب کشورها، پارلمان ساختاری بسیار ساده و کوچک دارد. این ساختار ساده و کوچک به پارلمان اجازه نمیدهد که بتواند وظایف گسترده را به خوبی انجام دهد. به همین خاطر، سپردن صلاحیت عام و مطلق قانونگذاری به پارلمان بیش از آنکه واقعنگری باشد، یک نوع آرمانگرایی و شعار سیاسی است.
۳. بودجه کم: پارلمان‌ها در مقابل وظایفی که بر دوش دارند، بودجه کمی دارند. با توجه به اینکه بودجه قوه مقننه در مقایسه با قوه مجریه بسیار کمتر است، نمیتوان انتظار داشت که این قوه بتواند قوی‌تر از قوه مجریه عمل کند. نمیتوان انتظار داشت که قوه مقننه با بودجه کم بتواند صلاحیت عام قانونگذاری خود را به نحو احسن انجام دهد.
۴. پیچیدگی امور عمومی: دولت اعمال گوناگونی انجام میدهد. از تولید موشک‌های قاره پیما تا پرداخت یارانه به کاغذ، از پیوستن به کنوانسیون‌های حقوق بشری گرفته تا واردات دارو بخشی از امور عمومی است که دولت انجام آنها را بر



عهده گرفته است. تصمیم گیری در خصوص همه این مسائل و بررسی همه جوانب امر نیازمند مشارکت تعداد بسیاری زیادی از اشخاص حقیقی و حقوقی متخصص و غیرمتخصص است و نمیتوان تصمیمگیری درخصوص این موضوعات را تعداد محدود نمایندگان مجلس واگذار کرد.

۵. جهانی سازی: روابط بین دولت‌ها بیش از پیش افزایش یافته و پیچیده تر شده است. دولت‌ها اغلب اوقات یا در حال انجام مذاکرات با سایر کشورها یا سازمانهای بینالمللی هستند و یا در حال امضای قرارداد با آنها. حجم عظیمی از این قراردادها، کنوانسیونها، قطعنامه‌ها و مواردی از این قبیل، ضرورت فعالتر شدن قوای مجریه را بیشتر می‌کند. قوای مجریه وارد مذاکره با قوای مجریه سایر کشورها شده و پس از روزها، هفته‌ها و شاید ماه‌ها مذاکره به نتایجی می‌رسند که عموماً بهتر از آن ممکن نبود. پس از انجام مذاکرات قراردادهایی امضا می‌شود و سپردن تصویب همه این قراردادها به پارلمان که در هیچکدام از این مراحل حضور نداشته است، در اغلب موارد عواقب نامطلوبی دارد.

۶. ناکارآمدی: زمانی که اندیشمندانی همچون منتسکیو و هابز آثار خود را به نگارش در می‌آوردند، وظایف دولت اندک بود.^۶ با توجه به اینکه دولت‌های کنونی در مقایسه با دولت‌های زمان متفکران عصر روشنگری همچون روسو بیشتر در امور جامعه درگیر هستند و فعالیت‌های متنوع و عمده‌ای انجام می‌دهند، همواره نیازمند سرعت عمل در انطباق با ضرورت‌ها و نیازهای روز هستند. اگر حجم عمده قدرت در دستان پارلمان باشد، بدنه اداری نظام سیاسی که با امور روزمره درگیر است نمی‌تواند به طور کارآمد و مؤثر پاسخگوی نیازهای روز باشد. به همین خاطر، ترجیح بر این است که پارلمان‌ها فقط در سطوح کلی و تعیین چارچوب‌های کلی فعال باشند و اختیار تصمیم‌گیری را در باقی موارد به دولت‌ها واگذار کنند.

۷. عدالت اداری: در برخی از کشورها همچون ایران، امکان شکایت از قوانین مصوب مجلس وجود ندارد و به همین خاطر، اگر شهروندان تحت تأثیر

6. Herman, Valentine and Juliet Lodge (1978), The European Parliament and the European Community, London: Macmillan Press LTD, p.17.



پیامدهای نامطلوب یک مصوبه پارلمان قرار بگیرند، ممکن است امکان شکایت برای آنها وجود نداشته باشد. حال آنکه اگر همین مصوبه توسط دولت وضع شده باشد، میتوانند از آن نزد دادگاه‌های اداری شکایت کرده و ابطال آنرا مطالبه کنند.

مسائلی از این قبیل باعث میشوند که صلاحیت عام قانونگذاری پارلمان محل تردید باشد. به نظر میرسد با وجود تردیدهای مزبور، نمی‌توان همچنان به صلاحیت عام قانونگذاری مجلس پایبند بود. برای بیان لزوم اصلاح و تغییر رویکرد سنتی باید به بررسی هرمنوتیکی عوامل صلاحیت عام مجلس در طول بیش از دو قرن پرداخت.

ب- هرمنوتیک تفکیک قوا و صلاحیت قانونگذاری قوه مقننه

نظریه تفکیک قوا در فضایی مطرح شد که به نحو عمده‌های متفاوت از فضایی که است که هم اکنون اصل مزبور در آن اجرا میشود. تفکیک قوا در مقابل نظام خودکامه و قدرت مطلق مطرح شد.^۷ نظامی که برخاسته از رأی و خواست مردم نبود. اگر پژوهشگری که امروز در خصوص نظریه تفکیک قوا به بررسی میپردازد، ادبیات به کار گرفته در هر دو دوره را مورد توجه قرار دهد و مفاهیم به کار گرفته شده در آن دوره را شناسایی کند، خواهد توانست با آگاهی از این دو فضای متفاوت بهتر و دقیقتر به بررسی خود ادامه دهد.

رعیتی که دو سده پیش و به هنگام نظریه پردازی در خصوص نظریه تفکیک قوا نگران اجحافات بود که هر روز ممکن بود از ناحیه پادشاه و یا عمال او وارد شود، امروز دیگر شهروندی است که هر سال بر پای صندوقهای رأی حاضر شده و مأموران بلند پایه دولتی را انتخاب میکند. پادشاهی که در زمان نظریه پردازی در خصوص تفکیک قوا درون ساختاری بسیار ساده و قابل ترسیم بیشترین وقت خود را صرف دفاع از قلمرو خود و یا یورش به قلمرو پادشاهان دیگر می‌نمود و یا مالیات‌ها را کم یا زیاد میکرد هم اکنون به دولتی تبدیل شده است که با ساختاری بسیار پیچیده به امور مختلفی میپردازد که احصای

۷. عباسی، بیژن (۱۳۸۹)، مبانی حقوق اساسی، تهران: جنگل، چاپ دوم، ص ۳۰۵؛ هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۰)، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، تهران: میزان، ص ۲۴۰.



همه موارد آن به آسانی امکانپذیر نیست. پادشاهی که در دوره ارائه نظریه تفکیک قوا و تا مدت‌ها بعد از آن به تنهایی می‌توانست همسنگ با قوه مقننه و یا برتر از آن مطرح شود، هم اکنون در اغلب موارد تحت عنوان رئیس جمهور یا نخست وزیر و یا عناوین مشابه دیگر، تنها جزئی از بدنه بسیار عظیم قوه مجریه است. حتی گاه در برخی از کشورها همچون انگلستان، قوه مجریه از دل پارلمان ایجاد می‌شود و بنابراین، با قوه مجریه ای که مدنظر اندیشمندان تفکیک قوا قرار داشت، متفاوت است.^۸

بدون انجام این تأمل هرمنوتیکی و بدون در نظر داشتن تفاوت‌هایی که ذکر شد و تفاوت‌های بسیار دیگری که در اینجا ذکر نشده است، نمی‌توان فهم درستی از تفکیک قوا و نقش پارلمان‌ها داشت. به بیان روشن‌تر، آزادی و رهایی رعایا از قدرت یک پادشاه غیر انتخابی و تحدید اختیارات وسیع وی مهمترین دغدغه نظریه پردازان نخستین تفکیک قوا بود. حال آنکه در نظام‌های دموکراتیک کنونی چنین دغدغهای بدان شکل وجود ندارد و یا در صورت وجود، از اهمیت بسیار کمتری برخوردار است.

نظریه پردازان نخستین تفکیک قوا برتری پارلمان را به عنوان نتیجه طبیعی نظریه خود می‌پنداشتند؛ زیرا هدف آنها تحدید اختیارات پادشاه بود که هم قوه مقننه، هم قوه مجریه و هم قوه قضائیه را بر عهده داشت. نزع قوه مقننه از مقام پادشاهی و تقیید مقام مزبور به وسیله مصوبات قوه مقننه نوپایی که نماینده مردم بود، اساس نظریه تفکیک قوا بود. با تغییر فضای سیاسی، هدف نظریه‌پردازان نخستین نیز اهمیت خود را در مقابل اهداف نظریه پردازان کنونی تفکیک قوا تا حدود زیادی از دست می‌دهد.

در همین راستا، می‌توان به نظر قاضی لوییس برندیس در رأی دیوان عالی آمریکا در قضیه مایر اشاره کرد. از نظر وی «نظریه تفکیک قوا توسط کنوانسیون قانون اساسی ۱۷۸۷ برای جلوگیری از قدرت خودسرانه پذیرفته شد نه برای ارتقای کارآمدی دولت. هدف این نبود که از بروز اختلاف در دولت جلوگیری کند، بلکه هدف این بود که از طریق اختلاف غیرقابل اجتناب موجود در توزیع قدرت در بخش‌های مختلف حکومت، مردم را از شر استبداد نجات دهند». از قاضی وارن در دعوی ایالات متحده علیه براون (۱۹۶۵) نیز اظهار نظر مشابهی نقل شده است.^۹ این ایده مورد قبول در قرن هجدهم است که با

8 . Kabasakal, Mehmet (2018), "Measuring the Decline of Parliaments: New Indicators and Turkey as an Illustrative Case", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Vol.73, No.1, p.270.

9 . Fisher, Louis (1971), "The Efficiency Side of Separated Powers", Journal of American



تزریق ناکارآمدی حساب شده در کالبد دولت، می توان حقوق و آزادی های مردم را از دست اندازی های آن دور کرد. اما باور کنونی این است که با کارآمدی و پاسخگویی بیشتر دولت، مردم آزادی بیشتری خواهند داشت.^{۱۰}

ج- صلاحیت قانونگذاری در پرتو حقوق عمومی مدرن

هر نظریه‌ای از جمله نظریه تفکیک قوا، در بستری از اقتضات زمانی مجال بروز پیدا میکند و با تغییر این اقتضات، خود نظریه نیز نیازمند اصلاح است تا بتواند به اقتضات جدید پاسخهای نو ارائه کند. هر چند در دوره ای که نظریه تفکیک قوا مطرح شد، تجزیه قوای مطلق پادشاهی و تحدید آن مهمترین دغدغه و هدف بود، حقوق عمومی مدرن اقتضات بسیار متفاوتی دارد: اداره کارآمد و مناسب امور عمومی و عدالت اجتماعی را شاید بتوان یکی از مهمترین این اهداف و مقتضیات به شمار آورد. نیل به این اهداف نیازمند یک ساختار سیاسی متفاوت از ساختار سنتی است که برای نیل به اهداف دیگر طراحی شده بود.

با تردیدهایی که رویکرد عملگرا به تفکیک قوا در خصوص اصل حاکمیت پارلمان و صلاحیت عام قانونگذاری قوه مقننه مطرح کرده است، قوه مجریه اهمیت از دست داده خود را مجدداً کسب کرده است. قوه مجریه هم اکنون قوهای انتخابی است با بدنه‌های گسترده و مملو از کارشناسان و متخصصان که به صورت روزمره به دنبال یافتن پاسخهایی مناسب برای مسائل ساده و پیچیده امور عمومی است و در این مسیر نیازمند صلاحیتی بیشتر از آن چیزی است که در نظریه سنتی تفکیک قوا برای آن در نظر گرفته شده است؛ یعنی اجرای قوانین. از منظری عملگرا، توانایی این قوه در حل و فصل امور مربوط به حوزه وظایف خود و یافتن پاسخ به مقتضیات نیازی اساسی است. قوه مجریه باید بتواند با فراغ بال جهت انجام وظایف خود مقررات لازم را تصویب و یا نسخ کند. آنچه در بخش بعد مد نظر قرار گرفته است، تأملی بر حقوق اساسی ایران و ارائه نقدی از نظام قانونگذاری آن در پرتو مطالبی است که در این بخش ارائه شد.

Studies, Vol. 5, No.2, p.116.

10 . Hall K. L., Ely, Jr. J. W., Grossman J. B. (eds) (2005) *Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford: Oxford University Press, p.911.



بند دوم

رویکرد قانون اساسی ایران نسبت به صلاحیت قانونگذاری مجلس

قانون اساسی ایران صلاحیت عام قانونگذاری مجلس را مورد پذیرش قرار داده است. با این وجود، نحوه بیان و پردازش موضوع در قانون اساسی به گونه‌ای است که می‌توان آنرا منطبق با الزامات حقوق عمومی مدرن اجرا کرد. آنچه در این قسمت مورد توجه قرار خواهد گرفت، بررسی صلاحیت عام قانونگذاری مجلس در قانون اساسی ایران و بررسی امکان انطباق آن با رویکرد حقوق عمومی نوین است.

الف- صلاحیت قانونگذاری مجلس شورای اسلامی در قانون اساسی

انقلاب اسلامی سال ۱۳۵۷ ایران، در فضا و زمینهای رخ داد که در آن فضا، اصل تفکیک قوای سنتی و اصل حاکمیت پارلمان به عنوان یکی از نتایج مهم آن به راحتی می‌توانست مطرح شود. انقلاب اسلامی واکنشی نسبت به عملکرد اجحاف آمیز و غیر قابل تأیید شاه و قوه مجریه نظام مشروطه پهلوی بود و به همین خاطر، یکی از عوامل مهمی بود که می‌توان پذیرش اصل صلاحیت عام قانونگذاری مجلس را به آن نسبت داد.

بر اساس اصل ۷۱ قانون اساسی، «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند». متأسفانه در خصوص این اصل بسیار مهم که در جلسه سی و دوم مجلس خبرگان تدوین قانون اساسی مورخ ۵ مهر ماه ۱۳۵۸ با ۵۸ رأی موافق (و ۴ رأی مخالف) از ۶۲ رأی به تصویب رسید، بحثی صورت نگرفته است. با وجود این، می‌توان با در کنار هم قرار دادن اصول مختلف قانون اساسی تصویری نسبتاً روشن در خصوص موضوع ارائه کرد.

اصول ۷۱، ۷۲، ۸۵ و ۱۳۸ مهمترین اصولی هستند که می‌توان با تکیه بر آن رویکرد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را در ارتباط با صلاحیت قانونگذاری مجلس و حدود و ثغور آن شناسایی کرد. در کل بر اساس این رویکرد، مجلس شورای اسلامی علاوه بر موارد ۴۸ گانه‌ای که قانون اساسی صراحتاً یا تلویحاً به صلاحیت قانونگذاری مجلس اشاره کرده است، در تمامی موارد دیگر می‌تواند با رعایت حدود مقرر در قانون اساسی قانون وضع کند. عبارت «در عموم مسائل» دارای دو جنبه است. بر اساس جنبه نخست، صلاحیت قانونگذاری مجلس به لحاظ موضوعی هیچ محدودیتی نداشته و نهاد مزبور می‌تواند در خصوص تمامی موضوعات و امور به وضع قانون بپردازد (قانونگذاری



عرضی). بر اساس جنبه دوم، صلاحیت قانونگذاری مجلس در خصوص یک موضوع خاص نیز محدودیتی ندارد و میتواند ریزترین جزئیات مربوط به یک موضوع را نیز در قانون مورد اشاره قرار دهد (قانونگذاری طولی). اصل ۷۲ در مقابل این صلاحیت عام و دوگانه عرضی و طولی، تنها اصول قانون اساسی و احکام مذهب رسمی کشور را به عنوان محدوده تعیین کرده است.^{۱۱} درون چنین محدوده فراخی، مجلس شورای اسلامی از صلاحیت بی بدیلی در نظام حقوقی کشور برخوردار است.

صلاحیت عام قانونگذاری مجلس شورای اسلامی در حقوق اساسی ایران تا آنجا مورد توجه و پذیرش واقع شده است که نهادی مهم و پر هزینه همچون شوراهای اسلامی تقریباً کارکرد خود را از دست داده است. بدین ترتیب، میتوان اصل ۷۱ قانون اساسی را دارای دو معنای مثبت و منفی دانست. بر اساس معنای مثبت آن، مجلس میتواند در خصوص ریزترین موارد عموم مسائل کشور - چه ملی و چه محلی، چه جزئی و چه کلی و چه پر اهمیت و چه کم اهمیت - قانونگذاری کند. بر اساس معنای منفی نیز «تنها» مجلس میتواند قانونگذاری کند. بر اساس همین برداشت افراطی از اصل حاکمیت پارلمان، شوراهای محلی در حقوق ایران کارکرد خود را که عبارت از تمثیت امور محلی است، از دست داده و به یک مقام نظارتی با کارکردی بسیار محدود تبدیل شدهاند.^{۱۲}

متأسفانه این وضعیت در عمل به دلیل استناد به پارهای از مفاهیم تعریف نشده از سوی شورای نگهبان، بدتر شده است. در مبحث بعد، این مسأله مورد توجه قرار گرفته است.

از طرف دیگر، صلاحیت دولت در وضع مقررات بسیار محدود در نظر گرفته شده است. اصل ۱۳۸ قانون اساسی مقررات دولت را تنها در چارچوب متن و روح قوانین مصوب مجلس مورد تأیید قرار میدهد. این اصل پس از بیان اینکه هیأت وزیران و هر یک از

۱۱. بر اساس بخشی از اصل مزبور "مجلس شورای اسلامی نمیتواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد".

۱۲. برای آگاهی بیشتر از جایگاه نامناسب شوراهای محلی در حقوق اساسی ایران نک: آقای طوق، مسلم (۱۳۸۷)، "عدم تمرکز اداری در ایران؛ نگاهی انتقادی به شوراهای اسلامی در ایران"، مجلس و پژوهش، سال ۱۴، شماره ۵۶، صص. ۸۰-۵۷.



وزیران میتوانند به تصویب آئین نامه و مقررات دولتی بپردازند، اعلام میکند که «مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد». مفاد همین بخش از اصل با اعلام اینکه مفاد مقررات دولتی نه تنها با متن بلکه با روح قوانین نیز نباید مخالفتی داشته باشد، برای تحدید بیش از اندازه صلاحیت مقررات سازی دولت کافی است.

ب- صلاحیت قانونگذاری مجلس شورای اسلامی در عمل

در عمل، صلاحیت عام قانونگذاری مجلس تقریباً مورد تأیید و قبول همگانی واقع شده است.^{۱۳} هم اکنون تقریباً تمامی اقدامات وزارتخانهها، سازمانها و ارگانهای دولتی مستقیماً توسط مجلس شورای اسلامی تنظیم می‌شود. نظام قانونگذاری ایران، در طول بیش از صد سال فعالیت خود و بر اساس رویکرد سنتی خود نسبت به اصل تفکیک قوا و نتیجتاً پذیرش اصل حاکمیت پارلمان (خصوصاً پس از انقلاب اسلامی) در خصوص رطب و یابس مسائل کشور قانونگذاری کرده است. بدین ترتیب، صلاحیت قانونگذاری در هر دو معنای طولی و عرضی آن در عمل توسط مجلس اجرا شده است.

آنچه در این میان تأمل برانگیز است، رویکرد شورای نگهبان در خصوص اصل ۸۵ قانون اساسی است. شورای نگهبان از تاریخ ۱۷ آذرماه ۱۳۶۰ که نخستین بار مصوبه مجلس را با استناد به اصل مزبور رد کرده است، تاکنون نزدیک به ۵۰ بار به این اصل استناد کرده و مصوبه مجلس را مغایر با قانون اساسی تشخیص داده است.^{۱۴} با بررسی همه موارد مزبور، می‌توان این رویکرد را مورد شناسایی قرار داد. شورا در تمامی این موارد، سپردن تصویب، تعریف و ایجاد برخی مسائل را به هیأت وزیران و یا سایر نهادها را «تفویض قانونگذاری» تلقی کرده و به همین خاطر مصوبه مجلس را مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی تلقی کرده است. برای نمونه، شورای نگهبان در نظریه مورخ ۲۳ خردادماه ۱۳۶۲ به شماره ۸۸۸۶ در خصوص لایحه خدمت نیمه وقت بانوان اعلام کرد که:

۱۳. البته در سالهای اخیر، این تأیید به نفع نهادهای دیگر از جمله شورای عالی انقلاب فرهنگی و مجمع تشخیص مصلحت نظام کمرنگ تر شده است.

۱۴. آقای طوق، مسلم (۱۳۹۱)، «تبیین مفهوم اصل عدم تفویض قانونگذاری در پرتو اصل برتری قانون اساسی، نقدی بر رویه شورای نگهبان»، پژوهش حقوق عمومی، سال ۱۴، شماره



«ماده واحده^{۱۵} از لحاظ اینکه تعیین نموده ترتیب انجام خدمت نیمه وقت و وضع پست ثابت سازمانی و میزان حقوق و غیره باید طبق آئین نامه تعیین و علاوه بر آن نیز باید پرداختها طبق آئین نامه انجام شود، با اصل ۸۵ قانون اساسی مغایرت دارد.»^{۱۶} همچنین شورا در نظریه مورخ ۲ اردیبهشت ماه ۱۳۷۷ به شماره ۷۷/۲۱/۲۶۲۸ در خصوص لایحه اساسنامه بنیاد شهید انقلاب اسلامی اعلام کرد که:

«بند ۲ ماده ۴ که تعیین مصادیق و چگونگی تشخیص شهید و بالتبینه تعریف شهید را به آئین نامه محول نموده^{۱۷} به لحاظ اینکه این امر تقنینی تلقی میگردد، خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی است.»

همچنانکه اشاره شد، بیش از ۵۰ نمونه از چنین اظهارنظرهایی را میتوان در طول فعالیت نظارتی شورای نگهبان مشاهده نمود. مهمترین مسأله‌های که در این خصوص جلب توجه میکند این است که شورا در تمام این اظهار نظرها، قاطعانه به «تقنینی بودن» برخی از امور و نهایتاً عدم تفویض آنها به یک نهاد دیگر توسط مجلس اشاره کرده است. به بیان دیگر، شورا برخی امور را قانونگذاری محسوب میکنند. با توجه به اینکه تنها مبنای شورا در نظارت بر رعایت قانون اساسی توسط مصوبات مجلس، متن خود قانون اساسی است، معلوم نیست که شورای مزبور تعریف خود را از مفهوم «قانونگذاری» از کدام اصل یا اصول آن استخراج کرده است.

۱۵. بر اساس ماده واحده مزبور "وزارتخانهها و ... میتوانند در صورت تقاضای بانوان مستخدم رسمی و ثابت و پیمانی خود و موافقت بالاترین مقام مسئول خدمت آنها را نیمه وقت تعیین نمایند. نحوه و ترتیب انجام خدمت نیمه وقت و وضع پست ثابت سازمانی و میزان حقوق و مزایا و نحوه محاسبه سنوات خدمت و بازنشستگی و اعطای پایه و ارتقای گروه و مرخصی به موجب آئین نامهای که از طرف سازمان امور اداری و استخدامی کشور تهیه شده و به تصویب هیأت وزیران میرسد، مشخص خواهد گردید".

۱۶. مجموعه نظریات شورای نگهبان، ج ۱، صص. ۳۸۸-۳۸۷.

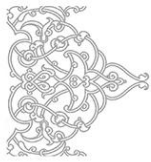
۱۷. طبق بند مزبور "مصادیق و چگونگی تشخیص شهید و خانواده‌های شاهد به موجب آئین نامه‌ای خواهد بود که حداکثر ظرف مدت سه ماه توسط بنیاد با همکاری و هماهنگی ستاد کل نیروهای مسلح و وزارت اطلاعات تدوین و به تصویب هیأت وزیران میرسد، تعیین خواهد می‌شود".



هر چند بر اساس اصل ۵۸ قانون اساسی «اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است» ولی با این وجود در هیچکدام از اصول قانون اساسی تعریفی از خود قانون ارائه نشده است. در غیاب چنین تعریفی از قانون، به نظر می‌رسد هر آنچه که قوه مقننه در اعمال صلاحیت خود مبنی بر اصل ۵۸ تحت عنوان قانون تصویب می‌کند، پس از طی مراتب لازم، «قانون» محسوب می‌شود. در نتیجه، تمامی اظهار نظرهایی را که شورا طی آن مصوبه مجلس را به خاطر مغایرت با بخش مربوطه از اصل ۸۵ خلاف قانون اساسی قلمداد کرده است، میتوان به دو دسته تقسیم نمود. دسته نخست اظهار نظرهایی هستند که طی آن شورا مصوبه مجلس را به این خاطر رد کرده است که مجلس صلاحیت تصمیم‌گیری در خصوص موضوعاتی را به نهادهای دیگر سپرده است که قانون اساسی صلاحیت تصمیم‌گیری در خصوص آنها را تنها به مجلس اعطا کرده است. قانون اساسی در خصوص بیش از ۴۰ موضوع، وظیفه تصویب قانون را بر عهده مجلس نهاده است. بدیهی است، چنین اموری در حدی که قانون اساسی تعیین کرده است، بر مبنای خود قانون اساسی امور تقنینی محسوب می‌شوند. مانند تعیین حدود آزادی‌های سیاسی و اجتماعی (موضوع بند ۷ اصل ۳)، طرز تشکیل و حدود اختیارات و وظایف شوراها (موضوع اصل ۷) و یا تعیین شرایط، حدود و کیفیت امر به معروف و نهی از منکر (موضوع اصل ۸). چنین اظهار نظرهایی بسیار کم هستند. دسته دوم اظهار نظرهایی هستند که طی آن شورا مصوبه مجلس را به این خاطر مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی قلمداد کرده است که مجلس صلاحیت تصمیم‌گیری، تعریف، ایجاد و یا توضیح برخی مسائل و مصادیق را بر عهده دولت و یا نهادهای دیگر نهاده است. فهرست بلندی از چنین اظهار نظرهایی را میتوان تهیه کرد.

در تمامی اظهار نظرهای دسته دوم، شورا وارد یک بحث مفهوم‌شناسانه شده است. اینکه قانون و به تبع، قانونگذاری چیست، یک مسأله مفهومی و مربوط به فلسفه حقوق است. هنوز بر سر اینکه قانون چیست، هیچ توافقی وجود ندارد و شایسته نیست که شورا خود را در چنین موضع نامطمئن و نامعلومی قرار دهد. از سوی دیگر، چنین موضع مبهمی به شورا اجازه میدهد که در موارد لزوم مصوبه مجلس را خلاف قانون اساسی تشخیص داده و رد کند.

توجه به رویکرد شورای نگهبان در اینجا بدین خاطر اهمیت داشت که برای برون رفت از نتایج نامطلوبی که گاه در اثر پذیرش صلاحیت عام قانونگذاری مجلس به



وجود می آید، نیازمند تغییر نگرش شورا نسبت به اصل ۸۵ قانون اساسی هستیم. در مبحث آتی، به هنگام معرفی راهکاری برای جلوگیری از چنین نتایج نامطلوبی، اهمیت مطالب ارائه شده در این مبحث آشکار خواهد شد.

ج- تعیین چارچوب برای صلاحیت قانونگذاری مجلس شورای اسلامی

هدف از آنچه در بخش نخست و دو مبحث بخش حاضر ارائه شد، تمهید این مطلب بود که نهادهای مختلف قوه مجریه شامل هیأت وزیران و سازمانهای تخصصی مثل سازمان محیط زیست، باید بیش از پیش بتوانند در عرصه قاعده گذاری کشور نقش داشته باشند. نحوه پرداختن به موضوع قانونگذاری و صلاحیت عام قانونگذاری مجلس در قانون اساسی به گونهای است که اجازه میدهد در موارد لزوم تفاسیری ارائه داد که با شرایط و الزامات پیش آمده بیشترین انطباق را داشته باشد.

همچنانکه اشاره شد، اصل ۸۵ قانون اساسی صلاحیت قانونگذاری را غیر قابل تفویض به غیر دانسته است.^{۱۸} اغلب مباحثی که در جلسه سی و دوم مجلس تدوین قانون اساسی مورخ ۵ مهرماه ۱۳۵۸ به هنگام طرح اصل مزبور صورت گرفته است، پیرامون ذیل آن اصل یعنی در خصوص قوانین آزمایشی و نقش کمیسیونهای داخلی مجلس بوده و اشاره‌های به هدف از طرح این اصل نشده است، به جز بحث کوتاهی که از سوی شهید بهشتی مطرح شده و در آن به هدف از طرح این اصل اشاره شده است. بر اساس اظهارات ایشان:

«البته این از سنتهای سیئه است که مجالس مقننه گاهی اوقات مسائلی را که حتی در حد قانون بوده است، اظهارنظرش را به دولت‌ها واگذار کرده‌اند که به شکل تصویب نامه عمل کنند. این است که میخواهیم جلوی این قبیل اعمال گرفته شود.»^{۱۹}

بنابراین، اصل ۸۵ با یک دید منفی نسبت به قوه مجریه مطرح و تصویب شده است. با رفع چنین نگرانیهایی در خصوص قوه مجریه، اعمال وسیع این اصل و استناد گسترده به

۱۸. بر اساس صدر اصل مزبور "سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمیتواند اختیار قانونگذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند".

۱۹. مشروح مذاکرات مجلس تدوین قانون اساسی، ج ۲، ص. ۷۴۶.



آن در راستای رد مصوبات مجلس نمیتواند به لحاظ هرمنوتیکی توجیه پذیر باشد؛ زیرا همچنانکه اشاره شد، این اصل در پاسخ به فضایی تصویب شده است که اکنون دیگر چنین فضایی وجود ندارد. البته این بدین معنا نیست که اکنون دیگر نمیتوان به این اصل استناد جست. آنچه مد نظر است تنها این است که در فضای مردم سالارانهای که هم اکنون بر نحوه بر سر کار آمدن قوه مجریه در پرتو حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران حاکم است، باید تفسیری همگرا از اصل مزبور ارائه شود. با ارائه چنین تفسیر همگرایی که در آن هم به فلسفه تصویب اصل ۸۵ توجه شده و هم به شرایط و مقتضیات روز، میتوان دایره صلاحیتهای قوه مجریه را در امر قاعده گذاری در کشور وسیع تر نمود.

بر اساس این تفسیر هرمنوتیک، در تمام مواردی که مجلس، قانونگذاری را در خصوص موضوعاتی که در دایره صلاحیت انحصاری وی قرار دارد، به نهاد دیگر تفویض می کند، می تواند آن را مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی اعلام کند. ولی در سایر موارد، هنگامی که مجلس تصمیم گیری در خصوص برخی از امور را به دولت و یا نهادهای دولتی واگذار نموده است، شورا میتواند با در نظر گرفتن تغییراتی که در شرایط و مقتضیات روز صورت گرفته است، مصوبه مجلس را مورد تأیید قرار دهد. با اتخاذ چنین رویکردی که بر اساس اصول علم هرمنوتیک ارائه شده است، میتوان ضمن رعایت متن قانون اساسی به مقتضیات زمان نیز پاسخهای مناسبی داد.

نتیجه

این اصل حقوق اداری که در صورت وجود قانون، اداره نمیتواند از احکام آن سرپیچی کند و این واقعیت که در همه زمینهها نمیتوان منتظر تعیین تکلیف توسط قوه مقننه ماند و مسائلی از قبیل کاستیهای پارلمان و لزوم برخورداری از یک اداره کارآمد، حقوق عمومی مدرن را بر آن داشته است که راهکارهای جدیدی در خصوص روابط بین قوای مقننه و مجریه ارائه کند. یکی از این راهکارها، تحدید صلاحیت عام قانونگذاری پارلمان و ترمیم جایگاه قوه مجریه در مقابل آن، میباشد.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هر چند در اصل ۷۱ صلاحیت عام قانونگذاری مجلس و در اصل ۸۵ عدم امکان تفویض صلاحیت قانونگذاری را مورد تأیید قرار داده است، با این وجود، به گونهای تنظیم یافته است که میتوان نتایج آن را با مقتضیات زمان سازگار نمود. عدم ارائه تعریف از «قانون» در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به



حقوقدان حقوق عمومی ایران کمک میکند تا بتوانند با ارائه تفسیری هرمنوتیک از چرایی تصویب اصل ۸۵ قانون اساسی، رویکرد حقوق عمومی مدرن در خصوص صلاحیت قانونگذاری مجلس و نقش قوه مجریه در ارتباط با مسأله قاعده سازی را مورد پذیرش قرار دهند.

آنچه در حقوق اساسی مدرن بیشتر مورد توجه قرار گرفته است، این است که پارلمان فرآیندها را مورد توجه قرار دهد نه محتوا را. به عبارت دیگر، پارلمان می تواند با تعیین جزئیات فرآیند تصمیم گیری، نظارت های لازم را بر قوه مجریه اعمال کند. حال ممکن است مرجع این نظارت خود پارلمان باشد یا نهادهای قوه قضائیه. حال آنکه در نظریه سنتی حقوق اساسی، آنچه بیشتر دارای اهمیت بود، محتوای آن چیزی بود که قوه مجریه باید آن را صرفاً به عنوان مجری باید انجام می داد.

منابع

- الف- فارسی
- آقای طوق، مسلم (۱۳۸۵)، «بررسی و ارزیابی سرمنشأ نظام حقوقی»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۶ و ۷.
- آقای طوق، مسلم (۱۳۸۷)، "عدم تمرکز اداری در ایران؛ نگاهی انتقادی به شوراهای اسلامی در ایران"، مجلس و پژوهش، سال ۱۴، شماره ۵۶.
- آقای طوق، مسلم (۱۳۹۱)، «تبیین مفهوم اصل عدم تفویض قانونگذاری در پرتو اصل برتری قانون اساسی، نقدی بر رویه شورای نگهبان»، پژوهش حقوق عمومی، سال ۱۴، شماره ۳۸.
- عباسی، بیژن (۱۳۸۹)، مبانی حقوق اساسی، تهران: جنگل، چاپ دوم.
- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۰)، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، تهران: میزان.



حق بر سلامت، کرونا، آزمون آزمون ها

مصطفی ابراهیم نژاد^۱

چکیده

حق بر سلامتی از حقوق بنیادین و پیشینی انسان‌ها است، که بر سایر حقوق ذاتی بشر اولویت داشته و مقدمه بهره‌مندی از سایر حقوق همچون کرامت و آزادی است؛ ضرورت و اهمیت برخورداری از این حق به حدی است که کشورها در قوانین اساسی خود به وجود این حق تصریح نموده اند. جمهوری اسلامی ایران نیز در قوانین خود به تأمین بهداشت و درمان جامعه اشاره نموده است و با عضویت در پروتکل‌ها و سازمان‌های بین‌المللی همچون میثاق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۷ و سازمان بهداشت جهانی به دستورالعمل‌ها و قوانین این نهادها متلزم گردیده است.

حق بر سلامت در صورت بروز بیماری شامل کلیه اقداماتی است که از لوازمات تحقق این حق است و دولت‌ها موظفند در شرایط بحران‌های ملی و بین‌المللی اقدام نمایند، از این رو در صورت بروز بیماری همه‌گیر اتخاذ حمایت‌های متناسب با بیماری همچون شناسایی و پیشگیری به موقع بیماری، اطلاع‌رسانی دقیق و واقعی به مردم، تأمین ملزومات بهداشتی و درمانی، درمان بیماران و حمایت‌های مالی و معنوی از جامعه از مهم‌ترین تکالیف دولت‌ها تلقی می‌شود.

تأمین سطح کیفیت سلامتی جامعه به نحو مؤثری به توسعه اقتصادی و رشد معرفتی و فرهنگی مردم و حاکمان بستگی دارد و کشورهایی که از این حیث توسعه یافته تلقی می‌گردند در بهره‌مند نمودن آحاد جامعه از این حق بنیادین مطلوب‌تر عمل می‌نمایند.

واژگان کلیدی: حق بر سلامت، حق بنیادین، تعهد دولت، توسعه اقتصادی، رشد فرهنگی.

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای گلستان.



مقدمه

حیات آدمی ارزشمندترین دارایی او تلقی می‌گردد و حفظ آن از ضرورت‌های اجتناب‌ناپذیر است؛ بدیهی است که برخورداری از یک نظام بهداشتی استاندارد حق شهروندان یک جامعه و احقاق این امر از تکالیف دولت‌ها است که در پرتو حق حیات سالم از حقوق ذاتی و طبیعی و بنیادین بشر است.

در این میان چندی است که بیماری‌ای به نام ویروس کرونا «کووید-۱۹» در سطح جهان شیوع پیدا کرده و کشورها رویکردهایی جهت مقابله با آن اتخاذ کرده‌اند. حساسیت موضوع و دامنه شمول آن به حدی است که می‌توان گفت جدی‌ترین چالش بشر بعد از جنگ جهانی دوم این بیماری است؛ با این وصف فارغ از پیچیدگی‌ها و دشواری‌های درمان این بیماری، عملکرد کشورها در پیشگیری و عدم شیوع آن و ارائه خدمات بهداشتی و درمانی، امری بسیار مهم در گسترش دامنه این ویروس تلقی می‌شود.

۱- تعریف سلامتی

سلامتی در لغت فقدان بیماری مستمر و عافیت و تندرستی و یا کارکرد عادی و بهینه یک ارگانیزم در حالتی بدون بیماری یا ناهنجاری است (لاست، ۱۳۶۷: ۱۱). سازمان بهداشت جهانی در مقدمه اساسنامه خود سلامتی را عبارت از رفاه یا آسایش کامل جسمانی، روانی و اجتماعی و نه صرفاً نبودن بیماری دانسته است؛ با این وصف تعریف سازمان بهداشت جهانی صرفاً نقص در ارگان یا کارکرد عادی بخشی از اعضاء انسان نیست، بلکه سلامت روانی و اجتماعی را نیز در نظر داشته است؛ و تحقق سلامتی را در پرتو بهداشت روانی و اجتماعی فرد امکان‌پذیر دانسته است؛ لکن کشورها متناسب با الگوهای توسعه‌ی خود و رشد و پیشرفت در حوزه‌های مختلف اقتصادی، بهداشتی و فرهنگی عملکردهای متفاوتی از خود بروز می‌دهند.

۲- مفهوم و قلمرو حق بر سلامتی

۴۷

حق بر سلامتی را یکی از حقوق شخصی شهروندان دانسته‌اند و مقصود از حق شخصی حقی است که فارغ از وابستگی‌های دینی و قومیتی و سیاسی و به صرف شهروند



بودن در یک کشور فرد را مستحق بهره‌مندی از آن می‌نماید (عباسی، رضایی، دهقانی، ۱۳۹۳، ۱۸۴). از سویی دیگر و با توجه به تعریف سازمان بهداشت جهانی از سلامت می‌توان گفت که کلیه حقوق و اقداماتی که سلامتی جسمانی و روحی و اجتماعی شهروندان و جامعه را تأمین نمایند و مستلزم یک زندگی سالم باشد در قلمرو حق بر سلامتی می‌گنجد که با این وصف شامل حق برخورداری از اصول بهداشتی و مراقبتی، بهره‌مندی از ضرورت‌های بهداشتی در پیشگیری از بیماری، حق بر درمان بیماری و حمایت از اصول بهداشتی و پزشکی می‌باشد.

۱-۲- بهره‌مندی از سلامت حقی بنیادین

سلامتی به عنوان یک حق بنیادین اولین بار در سال ۱۹۴۶ در اساسنامه‌ی سازمان جهانی بهداشت به رسمیت شناخته شد و در مقدمه آن حق هر انسان برای دسترسی به بالاترین سطح ممکن سلامتی مورد توجه قرار گرفته است. "حق بنیادین در نظام حقوق بشر به حقی اطلاق می‌شود که برای تحقق و بهره‌مندی از سایر حق‌ها و آزادی‌ها ضرورت دارد، حال اگر محتوای حق بر سلامتی را با این تعریف بسنجیم، متوجه بنیادین و اساسی بودن آن خواهیم شد، چرا که بسیاری از حق‌ها و آزادی‌ها بدون برخورداری از سلامتی و بهداشت، بی‌معنا خواهند بود، چگونه می‌توان از خدمات بهداشتی استاندارد محروم بود و از کرامت و حیثیت انسانی صحبت کرد؛ از سوی دیگر، کرامت انسانی در دامنه‌ی جسم و روان سالم معنای حقیقی خود را به دست خواهد آورد" (جاوید، نیاورانی، ۱۳۹۳)

۳- تعهد دولت در تضمین سلامتی شهروندان

بقا و رشد یک جامعه به سلامتی جسمی و روحی آن وابسته است؛ دولت در معنای عام آن یعنی حاکمان نمایندگان مردم برای تمشیت امور مردم محسوب می‌شوند و مقبولیت خود را از مردم کسب می‌نمایند؛ بدیهی است که از مهم‌ترین وظایف نماینده‌نه تنها تضمین سلامتی جامعه می‌باشد، بلکه پاسخگویی نسبت به اعمال و رفتار خود به موکلین از اقتضات این نمایندگی است؛ چرا که نتیجه عملکرد حاکمان در سرنوشت شهروندان آن جامعه تأثیر خواهد گذاشت؛ از سویی دیگر از آنجایی که بروز خطا در



حاکمان عقلاً محتمل است ضرورت نظارت مردم بر ایشان امری اجتناب ناپذیر است تا با تحقق نظارت از یک طرف زمینه بروز فساد کاهش یابد و از طرف دیگر حق بر آگاهی مردم نیز به عنوان یکی از حقوق اساسی آنان تحقق یابد؛ با این وصف در نظام جمهوری اسلامی ایران که متکی به دین اسلام بوده و بر مبنای احکام اسلامی اداره می‌شود حاکمان نه تنها باید وفق موازین قانونی عمل نمایند بلکه ضرورتاً باید مطابق با اصول و دستورات دینی به عنوان مبنایی اخلاقی و در شأن و جایگاهی که پیشوایان دینی رفتار می‌نمودند نسبت به اداره مملکت اقدام نمایند. در خطبه ۲۲۴ نهج البلاغه حضرت علی(ع) در حفظ شأن و ارزش و حرمت جان انسان‌ها می‌فرماید: به خدا قسم حاضرم شب را بر روی پشته و شتری از خارهای گزنده بیدار باشم و در حالیکه بسته به زنجیر بر روی زمین به این سو و آن سو بکشانند ولی حاضر نیستم بر یکی از بندگان خدا ستم کرده و در قیامت شرمسار خدا و رسول او باشم. (دشتی، ۱۳۸۴، ۳۲۶)

در جایی دیگر در خصوص نظارت مردم بر حاکمان می‌فرماید: از گفتن حق و مشورت به عدل از من خودداری ننمایید؛ زیرا من آن چنان برتر نیستم تا از خطا مصون و در رفتار ایمن باشم، مگر آنکه خدا مرا بر نفس خود مسلط کند. از این بیانات می‌توان نتیجه گرفت که حفظ جان انسان‌ها و پاسخگویی مسئولان و نظارت مردم بر ایشان از اهمیت بسیار زیادی در سیره پیشوایان دینی برخوردار بوده است. از این رو ارائه خدمات بهداشتی و درمانی استاندارد جهت برخورداری یک جامعه سالم از جمله وظایف اصلی حاکمان محسوب می‌گردد که این امر در قوانین داخلی و تعهدات بین‌المللی دولت‌ها نیز بیان شده است؛ احقاق این حق بنیادین به همراه خود حقوقی دیگر را برای آحاد جامعه به همراه می‌آورد که از لوازمات و مقومات تعهد دولت به ایجاد یک نظام مطلوب سلامت می‌باشد که از جمله این حقوق می‌توان به حق حمایت متناسب با بیماری و حق بر دسترسی آزاد اطلاعات و انتشار آن در حوزه سلامت و تحقق حق اساسی نظارت مردم بر رفتار و عملکرد مسئولان اشاره کرد.

۱-۳- تکلیف به حمایت متناسب با بیماری

این تکلیف که طیف وسیعی از اقدامات دولت را بر عهده می‌گیرد دربرگیرنده‌ی دو ظرفیت کلیدی نظام مراقبت و پاسخ دهی است و شامل کلیه اقداماتی است که سلامت



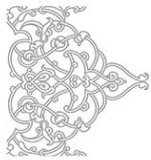
فردی و عمومی جامعه را تضمین می‌کند و شناسایی سریع و به موقع بیماری، اقدامات راجع به پیشگیری از شیوع ویروس، فراهم نمودن و توزیع وسایل بهداشتی و درمان مبتلایان و حمایت‌های مالی و... را در بر می‌گیرد. در بسیاری از مواقع کیفیت و کمیت غلبه بر یک بیماری همه گیر به نحو قابل توجهی به مدیریت و عملکرد مسئولان در مسائل پیش گفته مرتبط است، در این خصوص با توجه به این که ویروس کرونا ابتدا در چین و سپس در چند کشور همسایه آن شیوع پیدا کرد و پس از هفته‌ها در ایران گسترش یافت این سؤال مطرح است که آیا مسئولان حوزه سلامت اقدامات متناسب برای مقابله با این ویروس در حوزه پیشگیری از جمله منع نمودن تردد با کشورهای درگیر این بیماری و یا تولید ملزومات بهداشتی و اطلاع رسانی به موقع در کشور را انجام داده‌اند؟ و یا چرا پس از شناسایی اولیه بیماری در استان قم نسبت به قرنطینه کردن این شهر برای جلوگیری از شیوع آن در کل کشور اقدام نمودند؟ و مسئولان با چه منطق بهداشتی نسبت به قرنطینه کردن این شهر که در واقع اقدامی جهت ممانعت بیشتر از شیوع بیماری در کل کشور می‌باشد اقدامی بعمل نیاورده‌اند؟ در حالی که کشورهای درگیر با این بیماری حسب اصول بهداشتی و توصیه سازمان بهداشت جهانی نسبت به قرنطینه کردن شهر یا شهرهایی که ویروس کرونا در آن شیوع داشته است اقدام کرده‌اند. با این وصف تکلیف به حمایت متناسب باید دربرگیرنده‌ی بهترین عملکرد نظام مدیریت سلامت و شایسته‌ترین تصمیمات حاکمان مطابق با استانداردهای جهانی برای مبارزه با بیماری باشد.

۲-۳- حق بر سلامت در قوانین ملی

در قوانین ایران در خصوص حق بر سلامت قواعدی وضع گردیده است که در برخی از این قوانین به صراحت به وجود این حق اذعان شده است و در برخی دیگر از قوانین به طور غیر مستقیم از حقوق شهروندان در حوزه سلامت حمایت شده است.

۱-۲-۳- حق بر سلامت در قانون اساسی ایران

قانون اساسی که میثاق ملی هر کشوری محسوب می‌گردد بیانگر اهداف و آرمان‌ها و ساختارهای بنیادی و کلان یک کشور و نحوه دست‌یابی به آن هاست که در نتیجه



با رویکرد ارتقاء زندگی فردی و اجتماعی شهروندان در ابعاد مختلف و از جمله در حوزه سلامت و بهداشت جامعه تدوین یافته است.

اصل ۲۹ قانون اساسی بیان می‌دارد: برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری، از کارافتادگی، بی سرپرستی، در راه ماندگی، حوادث و سوانح و نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه و غیره حقی است همگانی. دولت موظف است طبق قوانین از محل درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم، خدمات و حمایت‌های مالی فوق را برای افراد یک کشور تأمین کند. همچنین در بند ۱ از اصل ۴۳ در مقام بیان نیازهای اساسی ملت تأمین بهداشت و درمان را از ضرورت‌های لازم دانسته است. بنابراین دولت در معنای اعم کلمه و بر مبنای قانون اساسی وظیفه تحقق و برخورداری شهروندان از نظام مطلوب سلامت را بر عهده دارد.

۲-۲-۳- حق دسترسی به اطلاعات و انتشار آن در حوزه سلامت

به موجب مواد ۲ (آزادی اطلاعات) و ۵ (حق دسترسی به اطلاعات) و ۱۰ (تکلیف به انتشار) از قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات دسترسی به اطلاعات نهادها و سازمان‌ها، حق شهروندان و ارائه آن از وظایف ارگان‌ها می‌باشد؛ قانون مذکور در راستای حمایت از این حقوق بنیادین شهروندان در مواد ۲۱ و ۲۲ از فصل ششم مسئولیت‌های مدنی و کیفری را وضع نموده و در ماده ۲۲ ممانعت از دسترسی آزاد به اطلاعات را جرم انگاری نموده است؛ بنابراین از جمله حقوق قانونی مردم دسترسی به آمار مبتلایان به ویروس کرونا و میزان کشته شدگان و سایر اطلاعات مرتبط در این بیماری است و از سوی دیگر مسئولان نیز وظیفه انتشار صحیح و واقعی از وضعیت ویروس کووید ۱۹ در کشور را دارند.

به نظر می‌رسد فلسفه وضع این قانون که از قوانین مترقی و از لوازمات یک حکومت دموکراتیک است امکان آگاهی جامعه است که از حقوق شهروندان می‌باشد؛ بدیهی است که این آگاهی نحوه عمل و رفتار مردم در برخورد با چالش‌ها و معضلات اجتماعی را روشن می‌نماید، به عنوان نمونه در صورتی که کشوری در خصوص آمار واقعی از میزان مبتلایان و کشته شدگان ویروس کرونا پنهان کاری نماید و یا در زمان و به موقع اطلاع رسانی نکند و در واقع جان مردم خود را فدای مصالح سیاسی و یا اقتصادی نماید علاوه



بر نقض حقوق مردم، موجب سردرگمی و نتیجه گیری نادرست شهروندان در برخورد با آن پدیده می‌شوند که این امر نیز به نوبه‌ی خود می‌تواند حل آن معضل اجتماعی یا درمانی را پیچیده تر نماید و از سویی دیگر امکان تصمیم و سنجش کیفیت و سطح عملکرد حاکمان در مواجهه با چالش‌ها را از مردم سلب می‌نمایند.

۳-۳- حق بر سلامت در نظام حقوق بین الملل

نظام بین الملل که تشکیل یافته از کشورهای جهان است به مثابه‌ی مجموعه‌ای است که اعضاء آن با یکدیگر اشتراکات و مراودات سیاسی، اقتصادی، علمی و فرهنگی دارند و گسترش و درهم تنیدگی این مناسبات به گونه‌ای است که ایجاد یک بحران برای یک کشور می‌تواند به سرعت تبدیل به یک مسأله‌ی بین المللی شود و تمامی کشورهای جهان را درگیر نماید، از این رو جامعه جهانی با آگاهی از ضرورت حفظ سلامتی برای قوام و حیات نسل انسان‌ها سازمان‌ها و پروتکل‌هایی برای تحقق این امر ایجاد نمود و شناسایی این حق را فراتر از یک حق اخلاقی و به عنوان یک حق قانونی در نظام بین الملل به رسمیت شناخت و برای مواجهه با این چالش‌ها اقدام به ایجاد نظام قانونی فراگیر نمود، تا در زمان مورد نیاز براساس قوانین و پروتکل‌های واحد و استانداردهای مشخص تدابیر متناسب اتخاذ گردد؛ با این وصف ویروس کووید ۱۹ که ابتدا در شهر ووهان مشاهده شد و سپس به سرعت تمامی کشور چین و پس از آن اکثر قریب به اتفاق کشورهای جهان را درنوردید و با تبدیل شدن این ویروس به یک پاندمی جهانی سازمان بهداشت جهانی را بر آن داشت تا با اعلام وضعیت اضطراری بین المللی از تمامی کشورها درخواست نماید که مطابق با استانداردهای بین المللی به مبارزه با این ویروس اقدام نمایند و با توسل به همکاری بین المللی کشورها و استفاده از ظرفیت‌ها و ساختارهای یگدیگر راهکارهای مؤثری در کنترل و مهار این تهدید جهانی داشته باشند.

"به طور کلی در نظام بین المللی حقوق بشر و به ویژه در زمینه‌ی حق بر سلامتی، در یک تقسیم‌بندی سه دسته تعهد کلی برای دولت‌ها قابل شناسایی است: تعهد به رعایت، حمایت و اجرا. با این وصف به اجمال می‌توان گفت که تعهد به رعایت و احترام به حق بر سلامتی مستلزم اینست که دولت‌ها به طور مستقیم یا غیرمستقیم از مداخله در بهره‌مندی از حق بر سلامتی اجتناب کنند. تعهد به حمایت، دولت را ملزم می‌کند که از بهره‌مندی از حق بر سلامتی در برابر مداخلات و مزاحمت‌های طرفین ثالث حمایت به عمل آورد



و در نهایت تعهد به اجرا در بردارنده‌ی طیف وسیعی از اقدامات قانونی، قضایی، مالی و... جهت اجرا و پیشبرد حق بر سلامتی است" (ایده، کراوزه، روساس، امیرارجمند، ۱۳۸۹، ۱۷۵)

دولت جمهوری اسلامی ایران با عضویت در سازمان بهداشت جهانی و قبول کنوانسیون‌های بین‌المللی همچون میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در خصوص بیماری‌های همه‌گیر تعهداتی را پذیرفته است؛ براساس ماده ۱۲ میثاق حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۷ دولت‌های عضو، حق شهروندان را به برخورداری از مطلوب‌ترین حالت سلامت جسمانی و روحی به رسمیت شناخته است.

سازمان بهداشت جهانی در سال ۲۰۰۵ مقررات مقابله با بیماری‌های واگیر را تدوین و دولت‌ها را به انجام اقدامات لازم و متناسب برای پیشگیری و از بین بردن بیماری فراخواند و از آن‌ها خواسته در صورت شیوع بیماری مسری و واگیردار در کم‌ترین زمان ممکن (ماده ۶ حداکثر طی ۲۴ ساعت) سازمان بهداشت جهانی را مطلع از این امر نماید؛ وفق ماده ۵۸ قانون فوق‌الذکر این مقررات جایگزین کلیه توافقنامه‌ها و کنوانسیون‌های بهداشتی بین‌المللی منعقد، گردیده است. لازم به ذکر است که نمایندگان اعزامی وزارت امور خارجه و بهداشت جمهوری اسلامی ایران در مجمع ای که با حضور ۱۴۰ کشور عضو سازمان بهداشت جهانی در ۲۵ می ۲۰۰۵ در پنجاه و هشتمین اجلاس مجمع سازمان تشکیل شده بود حضور یافتند و به نمایندگی از ایران این مقررات را پذیرفتند و با این وصف اجرای قوانین این سند از وظایف دولت جمهوری اسلامی ایران محسوب می‌شود.

آنطور که در پیشگفتار این سند آمده است هدف از مقررات بهداشتی بین‌المللی که برای اولین بار در سال ۱۹۶۹ در بیست و دومین اجلاس مجمع عمومی سازمان بهداشت جهانی به تصویب رسید، مدیریت یک نظام جهانی برای کنترل و جلوگیری از انتشار بیماری‌های واگیردار با اهمیت بین‌المللی بود و "گستره این مقررات را عبارت است از: پیشگیری، محافظت، کنترل و فراهم نمودن پاسخ بهداشت عمومی به انتشار بین‌المللی بیماری‌ها به نحوی که متناسب و محدود به خطر بهداشت عمومی شده و از تداخل بی‌مورد در مسافرت‌ها و تجارت بین‌المللی پرهیز گردد دانست" (همتی، اکبری، مقررات بهداشتی بین‌المللی ۲۰۰۵، ۱۳۹۶). سازمان بهداشت جهانی با ارائه و تعریف استانداردهای مشخص در خصوص کلیه مفاهیم مرتبط به بیماری در ماده ۱ این مقررات



همچون بیماری، ناحیه آلوده، مقامات مسئول، آلودگی زدایی، موازین بهداشتی، عفونت، قرنطینه، نظام مراقبت و بسیاری از مفاهیم دیگر درصدد شفاف نمودن نحوه کنترل و مقابله با بیماری به شکل واحد برای تمامی کشورهاست؛ این نکته را نیز باید در نظر داشت که هر چند کشورها مکلف به اقدام براساس قوانین سازمان هستند لکن وفق ماده ۴۳ در صورتی که اقدامات دولت‌ها مطابق با قوانین ملی خود باعث حفظ سلامت عمومی در سطحی بالاتر یا هم سطح با توصیه‌های سازمان شود و شامل موارد منع شده تصریحی در مقررات سازمان بهداشت جهانی برای کشورها نباشد میتواند در پاسخ به خطرات بهداشتی خاص یا فوریت‌های پزشکی براساس قوانین ملی عمل نمایند.

براین اساس دولت جمهوری اسلامی ایران مکلف است ضمن اطلاع رسانی دقیق، کلیه اقدامات لازم برای پیشگیری از شیوع و کنترل ویروس کووید ۱۹ را مطابق با مقررات سازمان بهداشت جهانی انجام نماید.

۴- توسعه یافتگی و بر خورداری از سلامت

یکی از مقولات بسیار مهم در بهره مندی از نظام مطلوب سلامت، توسعه یافتگی کشورها در حوزه اقتصادی و فرهنگی است که هر یک تأثیر به سزایی در پیشگیری و درمان بیماری دارد.

۴-۱- توسعه یافتگی اقتصادی

"حق بر سلامت نه تنها یک مفهوم حقوقی است بلکه یک مفهوم اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی و توسعه ای است که از یک طرف تحقق کامل استاندارد عالی سلامتی را به اقدامات متنوع تقنینی، اجرایی، مالی و اقتصادی گره زده است و از طرف مقابل ماهیت و محتوایی متغییر به این حق بخشیده است چرا که میزان تحقق این حق در هر کشور با توجه به وضعیت منابع موجود، سطح امکانات فنی، رشد اقتصادی و توسعه ای، متفاوت از سایر کشورها می‌باشد و به همین علت محتوای این حق از یک رویکرد حداکثری و روبه افزایش تبعیت می‌کند و هر چه امکانات و منابع بیشتری به بخش سلامت عمومی جامعه اختصاص یابد به همان اندازه میزان رشد و توسعه این حق و ارتقاء استانداردهای سلامت جسمی و روانی در آن جامعه افزایش خواهد یافت." (جاوید، ۱۳۹۸)

بهرمندی از حق سلامتی رابطه ای مستقیم با توسعه یافتگی نظام اقتصادی و



ساختارهای بهداشتی و درمانی دارد و به هر میزان که قدرت اقتصادی بیش تر باشد سرریز آن در حوزه‌های مجاور توسعه ای از جمله نظام سلامت نمایان می‌گردد و کشورهای این حق موفق تر عمل می‌کنند. از سویی دیگر ظرفیت اقتصادی کشورها نیز در حل بحران‌ها به نحو حمایت‌های مالی از شهروندان از عوامل مؤثر در کنترل هر چه سریع تر بیماری است.

" اصول توسعه در تمامی کشورها یکسان و جهان شمول است" (سریع القلم، ۱۳۹۳، ۱۶) براین اساس معیارهای استاندارد بین المللی و جهان شمول در مواجهه با این چالش‌ها وجود دارد؛ لکن نظام سلامت در ایران برای عملکرد مطلوب و کارآمد باید الگوهای توسعه ای خود را متناسب با ساختارهای اجتماعی و فرهنگی و بومی کشور شکل دهد؛ به عنوان مثال نمی‌توان بین توسعه نظام سلامت و یا عدم توسعه آن انتخابی داشت در حالی که می‌توان بین نوع و شیوه مدیریت نظام سلامت، اولویت بندی‌های توسعه ای در بخش بهداشت و درمان، کیفیت سرمایه گذاری در بخش‌های مختلف و... متناسب با ظرفیت‌ها و ساختارهای بومی عمل کرد.

"باید توجه داشت که داشتن چارچوب واقع بینانه لازمه هر گونه تلاش برای صورت بندی راه‌ها و شیوه‌های ترویج پیشرفت اجتماعی و اقتصادی در ایران است؛ چرا که حتی رویکردهای صرفاً تکنولوژیک در خصوص توسعه مدرن اقتصادی هم، بر پایه چارچوب مرجع گسترده تری قوام می‌یابند که اگر نامناسب باشد اهداف مورد نظر در این رویکردها تحقق نخواهد یافت. در واقع یکی از علت‌های مهم شکست پی در پی طرح‌های تکنولوژیک در کشورهای توسعه نیافته را باید این دانست که اینگونه طرح‌ها بر نوعی پیشینه فرهنگی و تاریخی پایه گرفته‌اند که کاربست مستقیم آن‌ها را در مورد واقعیت‌های بسیار متفاوت اجتماعی و تاریخی تقریباً بی فایده می‌سازد" (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۵۹)

۲-۴- رشد فکری و فرهنگی مردم و حاکمان

در حالی که ویروس کرونا در اسفند ۹۸ و فروردین ۹۹ در مرحله اوج و شیوع اول خود قرار داشت مهم ترین توصیه بهداشتی مسئولان سلامت مبنی بر عدم خروج از منزل و یا رعایت حداقل‌های اصول بهداشتی همچون زدن ماسک و شست و شوی مرتب دست‌ها از سوی بخش قابل توجهی از مردم رعایت نمی‌گردید و به نظر می‌رسد فارغ از



علل و عوامل اقتصادی و معیشتی، پاسخ به این پرسش را می‌توان در مقوله فرهنگی جستجو کرد؛ هر چند که گسست موجود میان مردم و حاکمان نیز می‌تواند باعث عدم توجه به توصیه‌های آنان گردد.

رشد فرهنگی و فکری جامعه تأثیر بسیار زیادی در حل معضلات و بحران‌های ملی دارد، بدیهی است که وجود رشد فرهنگی در بین حاکمان و مردم برای مواجهه با چالش‌ها بسیار مؤثر است، از آنجایی که حل مسائل اساسی در گرو همکاری مردم با حاکمان است موفقیت مسئولان به طور قابل توجهی به این امر وابسته است، لکن این مسأله که چه عللی باعث این همکاری یا رفتار متناسب جامعه در مواجهه با بحران‌های مهم می‌شود به عواملی می‌توان اشاره نمود: از یک سو شخصیت افراد جامعه که محصول اجتماعی شدن و تربیت خانواده و جامعه است در کنش‌ها و رفتارهای آنان بسیار مؤثر است؛ خوبی و بدی و این که چه رفتاری پسندیده یا ناپسند تلقی می‌گردد امری است که از طریق نظام آموزشی و مهارت‌های زندگی و اجتماعی و توسط نهادهای یک کشور به اشخاص القاء می‌گردد، البته باید این نکته را نیز در نظر داشت که تصمیمات و رفتار حاکمان در شکل‌گیری کنش‌ها و رفتارهای اجتماعی نیز بسیار مؤثر است (مطالعه بیشتر به: صانعی، جامعه‌شناسی ارزش‌ها)؛ از سویی دیگر تقویت و گسترش فرهنگ استدلالی به معنای حاکمیت عقلانیت فرهنگی جامعه در مواجهه با مسائل و پذیرش یا رد مقولات اجتماعی و فرهنگی با استدلال از جمله عواملی است که مؤثر در حل معضلات اجتماعی است؛ در این میان اصل تکامل جامعه در امور اجتماعی که در بستر زمان حاصل می‌شود را نیز نباید فراموش نمود.

این نکته را نیز نباید از نظر دور داشت که توسعه یافتگی اقتصادی سبب رشد فکری و توسعه فرهنگی خواهد شد و تجربه کشورهای توسعه یافته خصوصاً در آسیای شرقی دلیلی محکم در این خصوص می‌باشد.

از سوی دیگر تصمیمات حاکمان در خصوص اقدامات لازم برای پیشگیری از بیماری و درمان بیماران به طور قابل توجهی به پیش فرض‌های فکری و معرفتی و نگرش دولت‌ها به ارزش و اهمیت حیات انسان‌ها بستگی دارد که این مسأله نیز در مسئولیت‌پذیری و مدیریت مؤثر آنها تأثیر خواهد داشت، با این اوصاف این که منطقه یا شهری نیاز به قرنطینه یا اعمال محدودیت در تردد دارد و یا انجام آزمایشات پزشکی در مورد بیماران مشکوک در چه زمانی و چه مرحله‌ای باید انجام شود و یا این که سطح کنترل و



ارتباطات بین المللی و محدودیت در مبادی ورود به کشور جهت جلوگیری از ورود و شیوع بیماری در چه اندازه ای باشد و یا تعطیلی مراکز عمومی به چه کمیتی یا کیفیتی صورت گیرد یا سطح مدیریتی و تصمیم گیری‌های کلان برای مبارزه با بیماری تا چه اندازه باشد همگی نمایانگر رشد فکری و فرهنگی حاکمان به جایگاه حیات آدمی و کیفیت سطح زندگی از منظر آنان و مسئولیت پذیری دولت‌ها نسبت به مردم است و قطعاً یکی از مصادیق این مسئولیت پذیری حمایت‌های مالی و معنوی متولیان امر از مردم می‌باشد.

لازم به ذکر است که ساختار معیوب نظام مدیریت سلامت در ایران نیز اثر خود را در رویارویی با بحران‌های بهداشتی خواهد گذاشت از این رو در حالی که پیشگیری و درمان دو پایه نظام سلامت در هر کشوری محسوب می‌شود و تأمین سلامتی شامل اقداماتی بسیار کم هزینه در زمینه پیشگیری و بسیار پر هزینه در زمینه درمان است به نظر می‌رسد که تکیه نظام سلامت در ایران بیشتر از این که در حوزه بهداشت باشد، در حوزه‌ی درمان است و درمان محوری در ایران مقدم بر پیشگیری است که این رویکرد در عمل و در مبارزه با ویروس کرونا خود را نمایان ساخته است. با این وصف پیشرفت‌های پزشکی و افتخار به آن زمانی در عمل به و به طور عینی اثرگذار و قابل تحقق است که در دو مسأله‌ی مدیریت مؤثر و مطلوب نظام سلامت و نگرش حاکمان به ارزش و جایگاه حیات آدمی به عنوان مقدمات عملکرد کارآمد وجود داشته باشد و در عمل و در مواجهه با چالش‌ها با محک آزمون نتایج قابل قبول کسب گردد.

مؤخره

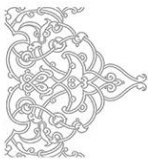
حق بر سلامت از حقوق بنیادین مردم است که در قوانین ملی و بین المللی به آن اشاره و تصریح شده است و دولت‌ها موظفاند در مواجهه با بیماری‌های واگیر ضمن رعایت حقوق بنیادین مردم در بیان واقعیت‌های موجود و اطلاع رسانی به موقع و واقعی و ارائه خدمات بهداشتی و درمانی، اقدامات لازم جهت عدم شیوع و درمان بیماران مطابق با استانداردهای بهداشتی و پزشکی جهت ریشه کن کردن ویروس کرونا را تدبیر نمایند و با جدیت در مبارزه و اتخاذ سیاست‌های سختگیرانه و فوری هر چه سریع تر نسبت به از بین بردن ویروس کرونا عمل نمایند. ویروس کرونا در ایران آزمونی اساسی برای سنجش سطح نظام سلامت و



عملکرد مدیریت اداره کنندگان کشور است و مبنایی جهت تعیین کیفیت توسعه یافتگی اقتصادی در بخش بهداشت و درمان و رشد فرهنگی مردم و حاکمان خواهد بود که قضاوت تاریخی آن با آیندگان خواهد بود.

منابع:

- ایده، آسیورن. کراوزه، کاتارینا و روساس، آلن، (۱۳۸۹)، حقوق اقتصادی-اجتماعی و فرهنگی، ترجمه ی: اردشیر امیر ارجمند با همکاری گروه مترجمان، چاپ اول، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- جاوید، احسان، (۱۳۹۸)، شیوع ویروس کرونا به مثابه وضعیت اضطراری بین المللی، ظرفیت‌ها و ساز و کارهای حقوقی بین المللی
- جاوید، احسان. نیاورانی، صابر، (۱۳۹۳)، قلمرو حق بر سلامتی در نظام بین الملل حقوق بشر، فصلنامه پژوهشی حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبایی، دوره ۱۵، شماره ۴۱، ص.ص ۴۷-۷۰
- دشتی، محمد، (۱۳۸۴)، نهج البلاغه، چاپ اول، ۱۴۸۴، جمال
- سازمان بهداشت جهانی، مقررات بهداشتی بین المللی ۲۰۰۵، وزرات بهداشت درمان و آموزش پزشکی - مرکز مدیریت بیماری‌های واگیر، (۱۳۹۶)، مترجم: پیمان همتی و حسین اکبری و گروه مترجمان، ویرایش سوم، تندیس
- سریع القلم، محمود، (۱۳۹۳)، عقلانیت و توسعه یافتگی ایران، چاپ هفتم، انتشارات فرزنان روز.
- صانعی، پرویز، (۱۳۷۲)، جامعه شناسی ارزش‌ها، چاپ اول، انتشارات گنج دانش.
- عباسی، محمود. رضایی، راحله. دهقانی، غزاله، (۱۳۹۳)، مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در نظام حقوقی ایران، فصلنامه حقوق پزشکی، سال هشتم، شماره ۳۰، ص.ص ۱۸۳-۱۹۹
- کاتوزیان، محمد علی، (۱۳۹۲)، نه مقاله در جامعه شناسی تاریخی ایران نفت و توسعه اقتصادی، مترجم علیرضا طبیب، چاپ چاپ پنجم، نشر مرکز.
- لاست، جان م، (۱۳۶۷)، فرهنگ اپیدمیولوژی، کیومرث ناصری، دانشگاه تهران.



استثنایی بر اصل حکمت قانونگذار

فرهاد فرزاد^۱

در آموزه‌های حقوقی همواره بن بست‌های دریافت علت احکام مقررات را محمول بر حکمت مقنن تلقی و در نتیجه پذیرای آن می‌شویم اما یکی از مصوبات مجلس محترم دهم شورای اسلامی، بند «ب» ماده ۱۱۳ قانون برنامه ششم توسعه جمهوری اسلامی ایران این فرض را مخدوش و به جای بهبود شرایط و گره‌گشایی از مشکلات مردم (بانوان مطالبه‌گر مهریه) با توجه به وضعیت عمومی جامعه و خانواده و سایر مواردی که در پی می‌آید، شرایط صعب و بینتیجه‌ای را از برای این جمعیت محترم رقم زده است. بنابراین با عنایت به دلایل ذیل مبتنی بر حقایق کتمان‌ناپذیر پیرامون ابعاد موضوع، مقتضی است به واسطه ارائه طرح با قید فوریت‌های لازم، موجبات حذف این مقرر قانونی توسط مجلس شورای اسلامی میسر گردد:

مطابق اصل ۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دادخواهی حق مسلم افراد است و جز در مواردی که قانونگذار صلاحیت‌های ذاتی و محلی را از جهت منازم عمومی پیش بینی مینماید اصل بر تخییر افراد در جهت چگونگی مطالبه و احقاق حق است و الزام افراد به آنکه لزوماً قبل از دادخواهی در محاکم به عنوان مراجع عام دادگستری و ذی صلاح، رهسپار مراجع غیرقضایی (نظیر دوائر اجرای ثبت) به عنوان مقدمه احقاق حق مهریه گردند، امری است کاملاً اعجاب آور و تامل برانگیز...

آری و باری بر اساس مقررات موصوف، از شاهکارهای قانون برنامه ششم توسعه جمهوری اسلامی ایران بانوان بدو جهت مطالبه مهریه ملزم به مراجعه ابتدایی به دوائر اجرای ثبت هستند، اما همگان واقفند که ضمانت اجرای مطالبه مهریه در این مرجع،



صرفاً و صرفاً بر خورداری مردان از اموال و دارایی می‌باشد و ضمانت اجرای دیگری نظیر استفاده از قوه قهریه و بازداشت جهت پرداخت از طریق ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی وجود ندارد.

به یقین آنجا که قانونگذار در متن قانونی به اهمیت برنامه‌های ۵ ساله توسعه، اقدام به وضع مقرر جدید و متفاوت مینمایند بر اساس احراز نیازها و نگاهی نافذ به مسائل اجتماعی ایجاب نموده است اما از همان هنگام که زمزمه وضع چنین مادهایی شنیده شد، جامعه حقوقی واقعاً به فلسفه آن و الزامی که عنصر اساسی این مقرر می‌باشد با تأمل نگرستند و در کشف علت و فلسفه چنین قانونی راه به جایی نبردند.

از آنجائیکه سند نکاحیه به عنوان یکی از اسناد رسمی لازم الاجرا نزد ادارات ثبت و قابل اقدام از طریق دوایر اجرای ثبت میباشد و قبلاً نیز چنین قانونی که متقاضیان بتوانند از طریق اجرای ثبت به فوریت اقدام و بدون نیاز به اخذ حکم از مراجع قضایی اموال زوج را توقیف نمایند وجود داشته، لذا در حقیقت آنچه در این قانون رخ داد و وضعیت جدیدی حادث نموده آنست که افراد بایستی الزاماً به این مرجع مراجعه نمایند! در حقیقت، اگر افراد صلاح‌دید خود را در مراجعت به دادگستری و استفاده از ضمانت اجراهای قوی دادگاه و از طریق قرار تأمین خواسته و اجرای قبل از ابلاغ می‌دیدند، این که چرا باید بدو و الزاماً به دایره اجرای ثبت مراجعه نمایند، جای تردید در چگونگی اندیشه‌هورزی واضعان این مقرر دارد. قطعاً هر بانویی اگر اموالی از همسرش بشناسد، بدون آنکه قانونگذار بخواهد برای او تعیین تکلیف نماید مرجع اجرای ثبت را مؤثرتر شناخته و طوعاً مراجعه می‌نماید، اما اگر شوهر او هیچ اموالی نداشته باشد یا مخفی نموده باشد، اکنون، سرگردانی، در مرجع اجرای ثبت که صرفاً مکاتباتی با بانک‌ها و اداره راهنمایی و رانندگی و اداره ثبت در خصوص اموال منقول و غیرمنقول و وضعیت حساب‌های بانکی می‌نماید چه مشکلی از او حل خواهد کرد؟ جز اتلاف وقت و صعوبت در احقاق حق و مراجعات بی ثمر، چه حاصلی دارد؟ و قطعاً قانون‌گذار که در اندیشه ایجاد وضعیت مؤثرتری می‌باشد بایستی چنین مسیرهای بی نتیجه‌ایی را که صرفاً اسباب ایذاء اشخاص و سرگردانی در ادارات مختلف است را در پیش پای افراد نهد، این امر مخالف حکمت قانون‌گذار است.

به طور جد حکمت قانونگذار در این باره زیر سؤال است؛ چراکه صرفاً قانون‌مورد بحث را بدون اندیشه در جوانب آن در بوته عمل به اجرا نهاده است. این مقرر جدید است اما پیش آمدها و پیامدها و آثار آن مورد توجه قانونگذار قرار نگرفته است. به عنوان



مثال قبل از رسیدن پای بانوان به اجرای ثبت در اثر ابلاغ صدور اجرائیه از ناحیه زوجه از طریق دفاتر رسمی ازدواج موضوع الزام قانون در آیین نامه اجرای ثبت، که قبل از ارسال اجرائیه به دایره اجرای ثبت بایستی تشریفات اطلاع‌رسانی صورت گیرد احیاناً زوج را به صرافت نقل و انتقال دارایی‌ها و تخلیه حساب‌های بانکی می‌اندازد حال آنکه هیچ ضمانت اجرایی وجود ندارد که اگر وجوهی در حساب‌ها بوده است و زوج خارج کرده باشد چه برخوردی باید صورت داد! حال اگر اجازه مراجعه ابتدایی به بانوان داده می‌شد تا قبل از مراجعه به اجرای ثبت به دادگستری مراجعه نمایند و وفق ماده ۱۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی تقاضای صدور قرار تأمین خواسته و اجرای قبل از ابلاغ نمایند چنین وضعیت و پیامد منفی هیچگاه ایجاد نمی‌شد.

حال به راستی فلسفه تقنینی ابلاغ اجرائیه از ناحیه دفاتر اسناد رسمی چیست اگر بنا به پرداخت مهریه بوده است که با توجه به وصف غالب رویه اکثر مهریه‌ها به صورت عندالمطالبه، زوج بایستی پرداخت دین نموده باشد و الا دلیل منطقی دیگری نمی‌توان متصور بود، مع ذلک این وضعیت منافی اصل دادرسی فوری است که مقنن بخشی را به موجب قانون آیین دادرسی مدنی بدان اختصاص داده و مبتنی بر آثار جدی است تا احقاق حق واقعی صورت پذیرد.

اگر منظور نظر قانونگذار اقدام سریع و بلاواسطه و از میان برداشتن تشریفات رسیدگی در خصوص دستیابی بانوان به مهریه بوده است، ناگفته پیداست اگر دارایی زوج شفاف و کفاف استیفای کل مهریه را بدهد، اقدام از طریق چنین مرجعی را قطعاً بانوانی که از وضعیت مالی همسرشان اطلاع دارند بهتر می‌توانستند تشخیص و انتخاب و اقدام نمایند، فیه المراد، اما اگر در حالی اموال مکشوفه که زوجه می‌تواند با توقیف آن به وصول مهریه نائل گردد کمتر باشد و تنها بخشی از آن را پوشش دهد، با وجودی که هنوز مقداری از دین باقی است و چاره‌ای جز مراجعه به دادگستری به منظور اخذ حکم و استفاده از ضمانت اجراهای آن نمی‌بیند، اینکه در خصوص مطالبه‌ای با منشأ واحد، مدتی جهت وصول مهریه در اجرای ثبت فرصت سوزی و سپس از جهت قسمت دیگر و مطالبه میزان باقیمانده به دادگستری مراجعه نمایند و در دو مرحله جهت احقاق حق فرصت‌ها تباه شود با کدام یک از مبانی حکمت سازگار است؟

۶۱

از طرف دیگر در خصوص شمول عنوان مستثنیات دین، بین آیین نامه اجرای ثبت و ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی تفاوت‌هایی ملموس وجود دارد، لذا از



آنجائیکه مقرر است بانوان ابتدائاً به اداره ثبت اسناد و املاک مراجعه و لاجرم اموالی غالباً نظیر خودرو توقیف نمایند، چنانچه خودرویی مورد توقیف قرار گرفت از نظر ماده ۶۱ آیین نامه اجرای ثبت مستثنیات دین تلقی می‌گردد و رئیس ثبت در راستای رسیدگی به اعتراض معترض خودرو را آزاد می‌نماید اما اگر چنین وضعیتی در دادگاه حاکم باشد خودرو به عنوان مستثنیات دین محسوب نمی‌گردد و رفع توقیف نمی‌شود. با این وجود در خصوص دین واحد و موضوع سند رسمی ازدواج، چرا باید چنین دوگانگی‌ها و تعارضات اساسی وجود داشته باشد و متضرر اصلی آن بانوانی باشند که همواره دم از حفظ حقوق آنها زده شده است!

مسئله اساسی دیگری که باید به عنوان فاجعه از آن یاد نمود پدیده قانون‌گریزی است، که متأثر از مقررات این قانون حاصل آمد. در تفسیر ماده ۲۱ این قانون مبنی بر اینکه معامله به قصد فرار از دین آیا شامل اموالی که در راستای دستور اجرای ثبت توقیف می‌گردد خواهد شد یا نه؟ نهایتاً دیوان عالی کشور رای وحدت رویه شماره ۷۷۴ را صادر نمود که بنا به استدلال مشروح در این رای افرادی که با وصف وجود اجرائیه و دستور توقیف، اموال را به نام دیگران منتقل نمایند مجرم محسوب نمی‌شوند!

حال صرف نظر از مباحث عمیق و دامنه‌دار در پیرامون رأی وحدت رویه و تفسیری که از عبارت «مدیون» گردیده است آنچه اسباب تأسف و نگرانی است آنکه اگر قانونگذار چنین مسیری را بالاجبار در برابر بانوان قرار نداده بود آیا باز هم چنین شرایطی رخ می‌داد؟ قطعاً بانوان با اخذ قرار تأمین خواسته و توقیف، اموال را از فروش و استفاده‌های سوء و صوری در امان می‌داشتند و انتقالی هم اگر صورت می‌گرفت، به لحاظ آنکه حکم محکومیت از دادگاه صادر گردیده، شمول عنوان جزایی «معامله به قصد فرار از ادای دین» محقق بود اما در نتیجه شرایط موصوف وضعیتی غیرقابل باور را شاهد هستیم که بسیار فاجعه بارتر از آن است که بتوانیم به سادگی از آن عبور نمائیم.

ابهامات قانون مزبور چنان شدید و اختلافی بوده که دو مرحله هیأت عمومی دیوان عالی کشور را بر آن داشته تا با عظمتی که از آن هیأت معظم می‌شناسیم تشکیل گردد و منجر به صدور دو رأی وحدت رویه قضایی به شمارگان ۷۷۴ مورخ ۹۸/۱/۲۰ و ۷۸۴ مورخ ۹۸/۹/۲۶ گردد آن هم در مدت کوتاهی از اجرایی شدن این قانون، تماماً ناشی از ریشه نداشتن این قانون در واقعیت‌های اجتماعی و معری از اصول قانون‌نگاری است.

کما اینکه از آثار مبارک!!! این مقررہ تحیر بانوان مطالبه‌گر مهریه است که مراجعه



الزامی آنها به دوائر اجرای ثبت باعث تراکم کار و نوبت‌های دور هنگام شده است که سبب می‌گردد بانوان با تمام مشکلات روحیه ای ناشی از اختلاف خانوادگی که از برایشان متصور است و نوعاً دارای فرزندان نیاز به مراقبت هستند، بایستی روزها منتظر و مراجعاتی مکرر به دایره اجرای ثبت بدارند و سپس جهت مراجعه به بانک‌ها فرمی در اختیار آنها قرار می‌گیرد که یک به یک به سرپرستی‌های بانک‌های مختلف مراجعه و داشتن حساب یا عدم آن را استعلام نمایند. علی‌المراتب با توجه به شرایط مشروع، این که قرار است چه نتیجه ای از این موضوع حاصل گردد؟! و نهایتاً یک برگ گواهی صادر گردد که مالی جهت توقیف به دست نیامد! حقیقتاً مخالف قاعده منع احکام عسر و حرجی در شریعت مقدس اسلام است.

وانگهی مراجعات کثیر به دایره اجرای ثبت قطعاً مستلزم افزایش کارمندان و امکانات و مکان جهت ارائه خدمات در این راستاست. به راستی چقدر هزینه در راستای امری که نتیجه ای از آن حاصل نمی‌آید، باید در عین بی تفاوتی و تصویب قانونی آنی و ناکارآمد بر بیت‌المال تحمیل گردد. این سخن فارغ از حالتی است که اشخاص بنا به تمایل شخصی با اطمینان از داشتن دارایی زوج به دایره اجرای ثبت مراجعت می‌نمایند.

با تمامی این توصیفات و آثار و پیامدهای منفی که در نتیجه این قانون ضعیف بر بخشی از اقشار جامعه تحمیل گردیده و کفایت آماری از مراجعات و نتایج حاصله و جمعیت عظیمی که با تمام مشکلات متصوره، باید در صفوف پاسخگویی قرار گیرند. از قانون گذاران حکیم به حق انتظار آن می‌رود تا اصلاحات اساسی در حد حذف این مقررره قانونی به عمل آورند و حلاوت حکمت و تعالی اندیشه را بدین سان به کام جامعه، فی واقع بانوان ناکام از شرایط خانوادگی که بعضاً چنین وضعیتی سبب صرافت مطالبه از سوی آنها گردانیده، را نبوشا و مصلح باشند.



مبانی فقهی و حقوقی مسولیت مدنی ناشی

از محصولات تراریخته

حمید روستایی صدرآبادی^۱

سعیده سلیمانی پای طاق^۲

چکیده

با تولید محصولات تراریخته، به جهت ناشناخته بودن عیوب آنها و عدم ارائه اطلاعات کافی در خصوص نحوه تولید و استفاده از این محصولات، خسارت فراوان و بعضاً غیر قابل جبران به افراد جامعه و محیط زیست وارد می‌شود از یک طرف سازمانی وسیع، با همه امکانات مالی و فنی وجود دارد که همه‌ی فرضیه‌های حقوقی به سود اوست و از طرف دیگر زیان‌دیده‌ای که با وجود عدم اطلاع فنی و تخصصی در زمینه تولید این محصولات، خواهان جبران خسارت است. اثبات ضمان و عدم ضمان تولیدکننده نیازمند بررسی قواعد ضمان و نحوه کاربرد آن در این خصوص است و با وجود پیچیدگی‌های خاصی روابط تولید کننده، عرضه کننده و مصرف کننده، رابطه سببیت بین زیان وارده و عیب کالا باید احراز شود. رویه غالب در حقوق خارجی مسؤلیت مدنی تولیدکننده و عرضه کننده، مسؤلیت محض است اما در حقوق داخلی مهم‌ترین قانون، قانون حمایت از حقوق مصرف کننده است، به نظر می‌رسد رویکرد تقصیر را در پیش گرفته که نمی‌تواند حمایت حداکثری را از مصرف کننده داشته باشد. این پژوهش در تلاش است با مراجعه به پیشینه

۱. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه میبد (rostaei@meybod.ac.ir)

۲. دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه حائری میبد.



عظیم فقهی و اصول و قواعد حقوقی راه حل مناسب برای جبران زیان ارائه نماید، تا هم خسارت زیان دیدگان جبران و هم تولیدکنندگان انگیزه کافی برای فعالیت داشته باشند. محصولات تراریخته، مسئولیت مدنی، تولیدکنندگان، مسئولیت محض، قاعده لاضرر

مقدمه

پیشرفت صنایع و تولید محصولات جدید به همان اندازه که برای راحتی زندگی بشر، مفید و مؤثر است مضراتی را همراه دارد، از جمله این موارد تراریخته‌ها (GMO) هستند؛ محصولاتی که دانشمندان با دستکاری ژن‌های یک گیاه یا حیوان، گونه‌ای از آن را به وجود می‌آورند که نسبت به گونه طبیعی محصول بیشتری تولید می‌کند یا برخی مواد معدنی و ویتامین‌هایی که نوع طبیعی فاقد آن است را دارا می‌باشد (قرخلو، درخشان، ریباس، راستگو، ۱۳۹۱: ۱۱۳/۴) در سال‌های اخیر در تنوع و حجم بسیار زیاد و در کنار عدم وجود قوانین خاص برای کنترل و نظارت بر این محصولات، وارد کشور شده است در حالی که بعضاً وجود عیب و نقص در هریک از این محصولات خساراتی را برای انسان و محیط زیست ایجاد می‌کند که به سادگی قابل جبران نیست. زندگی امروزه به گونه‌ایست که انسان‌ها به استفاده از کالاها و تکنولوژی‌های نو نیاز دارند و از طرفی هم در صورت استفاده ممکن است خساراتی به آنها وارد شود. اینجاست که مباحث مسئولیت مدنی بروز و ظهور پیدا میکنند؛ مسئولیت مدنی وسیله‌ای است برای حفظ دوام زندگی اجتماعی که به تنظیم روابط اشخاص توجه دارد. مسئولیت مدنی تولید کنندگان و عرضه کنندگان محصولات دستکاری شده نیز به عنوان یکی از شاخه‌های بحث مسئولیت مدنی از جایگاه خاصی برخوردار است. گسترش روز افزون تولید کالاهای گوناگون با پیچیدگی‌های خاص خود بر اهمیت این موضوع می‌افزاید. افزایش نیازهای بشری و لزوم ارتباطات بین افراد جامعه در عصر کنونی قابل انکار نیست قوانین حمایتی در جامعه ما در مورد مصرف کننده بسیار ناچیز می‌باشد و حتی بعضی از آنها مصرف کننده را در پیچ و خم دادگاه‌ها گرفتار می‌نماید مهمترین مشکل در این زمینه عدم آشنایی مردم به حقوق خودشان می‌باشد چون نه دولت در این زمینه فرهنگ سازی لازم را ایجاد کرده و نه تولید کنندگان توانسته‌اند در رقابت با یکدیگر مشتریان خود را با حقوق خودشان آشنا کنند. نبود قانون واحد و مجزا در این زمینه نیز از دیگر مشکلات فراروی بحث مسئولیت مدنی تولید کنندگان و فروشندگان محصولات دستکاری شده، در برابر مصرف کنندگان



می باشد. لذا باید چاره‌ای اندیشید که هیچ ضرری جبران نشده باقی نماند. مشکل دیگری که در این راه وجود دارد این است که در رابطه بین مصرف کننده با مسئول حادثه گاهی اصلاً قراردادی وجود ندارد و این سؤال مطرح می‌شود که آیا می‌توان بین کسانی که یکدیگر را نمی‌شناسند ارتباط برقرار کرد و ضرری را که مصرف کننده ناشناس از عیب کالا دیده ناشی از خطای فروشنده یا تولید کننده ای دانست که اصلاً او را ندیده است؟ به همین جهت شناسایی مسئول زیان برای جبران خسارت و بررسی و تحلیل مبانی فقهی و حقوقی آن و ارائه راهکارهای حمایت از مصرف کنندگان موضوع پژوهش حاضر است.

۱ - مبانی حقوقی مسئولیت مدنی محصولات تراریخته

اثبات ضمان و عدم ضمان تولید کنندگان و عرضه کنندگان محصولات تراریخته منوط به بررسی قواعد ضمان و نحوه‌ی کاربرد آن در مسأله مورد نظر است. برخی از مبانی حقوقی عبارت‌اند از...

۱-۱- تقصیر

بر مبنای این نظریه تنها دلیلی که با آن می‌توان مسئولیت مدنی اشخاص را توجیه کرد وجود رابطه علیت بین تقصیر آنها و خسارت وارده است. همین که ثابت شود به دلیل تقصیر افراد به دیگری خسارت وارد شده او مسئول می‌باشند. در خصوص مسئولیت مبتنی بر تقصیر، باید گفت تقصیر خلاف اصل است؛ یعنی اصل بر آن است که اشخاص مقصر نیستند و زیان دیده هنگامی می‌تواند مطالبه‌ی خسارت کند که تقصیر طرف مقابل را ثابت کند (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲، ص ۶۸؛ کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۷۱) در واقع تولید کننده با تبلیغات و آگاهی تجاری، سلامت و ایمنی کامل کالا را در برابر همگان تضمین می‌کند بنابراین نفس برنیاوردن این تضمین، تقصیر به شمار می‌رود و تولید کننده تنها با اثبات قوه قاهره از مسئولیت رها می‌شود.

این نظریه، نظریه‌ی غالب و اصلی در بیشتر کشورهای جهان است همان گونه که در قانون مسئولیت مدنی ایران هم مبنا تقصیر است. و قوانینی در خصوص مسأله مورد بحث می‌توان به آن استناد نمود در ذیل بیان شده که منبأ در این مواد هم همان قواعد عام مسئولیت مدنی یعنی تقصیر است.

الف) قانون تجارت الکترونیکی ماده ۷۸ آن تحت عنوان جبران خسارت، «هرگاه در



بستر مبادلات الکترونیکی در اثر نقص یا ضعف سیستم مؤسسات خصوصی و دولتی به جز در نتیجه قطع فیزیکی ارتباط الکترونیکی، خسارتی به اشخاص وارد شود، مؤسسات مزبور مسئول جبران خسارت وارده می‌باشند مگر اینکه خسارت وارده ناشی از فعل شخصی افراد باشد که در این صورت جبران خسارت بر عهده این اشخاص خواهد بود». به نظر می‌رسد برابر این ماده مبنای مسئولیت مؤسسات یا افراد همان تقصیر است.

ب) قانون حمایت از مصرف کنندگان در ماده در انتهای ماده ۱۸ با به کاربردن عنوان متخلف برای عرضه کنندگان کالا و همچنین حکم به پرداخت جزای نقدی چنین استنباط می‌شود که باید تقصیر عرضه کننده به اثبات برسد.

ج) قانون حاکم بر مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی بهداشتی مصوب ۱۳۴۶: ماده ۶ این قانون بر می‌آید که تقصیر مبنا هست، آنجا که از عبارت بی احتیاطی و بی مبالاتی که مصادیق تقصیر هستند بحث میکند.

د) به منظور شناسایی و نظارت بر تولید کنندگان محصولات تراریخته، قانون ایمنی زیستی مصوب ۱۳۸۸ را داریم، از روح این قانون گرایش به قواعد مرسوم مسئولیت مدنی یعنی لزوم اثبات تقصیر برداشت میشود.

نقد: اولاً؛ مبنا بودن تقصیر در اینجا دامنه مسئولیت را گسترده‌تر و اثبات آن را دشوارتر مینماید؛ زیرا اثبات تقصیر تولیدکنندگان همیشه آسان نیست؛ از یک طرف سازمانی وسیع، با همه امکانات مالی و فنی وجود دارد که همهی فرضیه‌های حقوقی به سود اوست و از طرف دیگر زیان‌دیده‌ای که با وجود عدم اطلاع فنی و تخصصی در زمینه تولید این محصولات، خواهان جبران خسارت است و در مقام احقاق حقوق خود، باید تقصیر تولیدکنندگان را ثابت کند. ثانیاً؛ اثبات تقصیر عرضه کننده‌ای که از عیب کالای خود در سطح بازار آگاه نبوده و تقصیری مرتکب نشده، امکان پذیر نیست و حتی در صورت آگاهی نیز، اثبات تقصیر تولیدکننده در عمل سخت و دشوار است. این در حالی است که امروزه شرط ضمنی سلامت و ایمنی کالا، چهره تازه‌ای یافته و در زمره تکالیف قانونی درآمده است و هدف آن ایجاد تعادل و در بسیاری از موارد حمایت از مصرف کنندگانی است که هیچ گونه رابطه قراردادی با تولیدکننده یا عرضه کننده کالا ندارند.



۱-۲- اماره مسئولیت

منظور از اماره مسئولیت آن است که با لحاظ این واقعیت که قطعاً یکی از تولیدکنندگان و عرضه کنندگان سبب بروز حادثه زیان بار بوده و رابطه سببیت هم ثابت شده است، در واقع هر یک از اسباب با دخالت در گروهی که زیان منتسب به یکی از آنها است امکان احراز رابطه سببیت را تضعیف نموده اند؛ لذا با قرار دادن بخشی از بار اثبات بر عهده خوانندگان این امکان وجود دارد که هر یک از آنان بتواند خلاف فرض سبب بودن خود را ثابت کند و از مسئولیت معاف شود و اگر هم نتواند ثابت کند به عنوان مسئول شناخته خواهد شد. بدین ترتیب بار اثبات بر دوش خوانندگان گذاشته می شود؛ بدین دلیل که احتمال معقول درباره اقدام هر یک وجود دارد. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۴۴۵)

برخی حقوقدانان علت تمسک به این اماره را این گونه بیان می کنند که هر یک از خوانندگان در ارتکاب فعل زیان بار مسئول می باشند مگر اینکه خلاف آن را بتوانند اثبات کند و دلیل آن را توزیع منصفانه بار اثبات دعوی می دانند؛ خواهان اثبات کرده است که مثلاً مصرف فلان محصول به او آسیب رسانده است و این دلیل برای مسئولیت خوانندگان اگر تنها بودند کافی به نظر می رسید آیین علم در اینجا وجود دارد و معتبر هم است را نباید نادیده گرفت بنابراین هر کدام از تولید کنندگان و عرضه کنندگان، مسئول می باشند مگر اینکه خلاف آن ثابت شود؛ بدین معنی که هر یک از خوانندگان بتواند دلیل عدم دخالت خویش را در وقوع زیان و خسارت ثابت کند. (همان ماخذ)

از حیث نتیجه این نظریه قابل توجه است؛ زیرا از یک طرف زیان دیده را از اثبات امری مشکل یا ناممکن رها می کند و از طرف دیگر به خوانندگان دعوا این امکان و فرصت را می دهد که بتوانند عدم مسئولیت خود را ثابت کنند. اما با این وجود باید گفت این اماره نه جنبه قانونی دارد و نه جنبه قضایی و نمی تواند دلیل معتبری برای جبران خسارت باشد؛ زیرا امکان مسئولیت همه افراد وجود دارد و امکان قانونی برای اقامه دلیل مخالف وجود ندارد. ضمن اینکه در این نظریه با نوعی دور مواجه هستیم؛ زیرا از یک سو اماره مسئولیت را قبول می کنیم تا بار اثبات دعوی به طور منصفانه میان خوانندگان توزیع

۳. کاتوزیان، ناصر، تقریرات درس مسئولیت مدنی تطبیقی، نیمسال اول ۱۳۷۸-۱۳۷۹، دوره ی دکتری حقوق خصوصی.



شود و از سوی دیگر توزیع منصفانه را امری وجدانی و ضروری می‌دانیم تا بتوانیم اعتبار اماره مسئولیت را ثابت کنیم. (صفری، ۱۳۷۹، ص ۷۷)

به هر حال تولیدکنندگان و عرضه کنندگان اقدامی انجام داده‌اند یا صرفاً در مظان انجام آن قرار گرفته‌اند که سبب ورود خسارت به زیان دیده شده و جبران این زیان هم این است که همه افراد با یکدیگر مسئول فرض شوند مگر اینکه بتوانند خلاف آن را اثبات کنند؛ بنابراین به نظر می‌رسد اماره سببیت از قوت بیشتری نسبت به نظریه تقصیر برخوردار باشد.

۱-۳- مسئولیت محض

تئوری مسئولیت محض در مسئولیت ناشی از تولید، نخستین بار در سال ۱۹۶۳ در کالیفرنیا و در پرونده «گرینمن»^۴ به کار گرفته شد. دو سال بعد، موسسه حقوقی آمریکا در ماده ۴۰۲ بیانیه دوم مسئولیت مدنی^۵ از این رای پیروی نمود و زیان‌های ناشی از فرآورده‌های معیوب را تابع مسئولیت محض دانست.

بر اساس این نظریه، از آنجا که سود ناشی از تولید کالا، به تولیدکنندگان و عرضه کنندگان می‌رسد لذا زیان وارده بر مصرف کنندگان که ناشی از عرضه کالای معیوب است را باید بر عهده آنها قرار داد چرا که ضامن ایمنی محصول خود می‌باشند. این نظر میان منافع تولید کننده و مصرف کننده به نوعی تعادل برقرار می‌کند. گاه تولیدکننده گان به دلیل زنجیره ای طولانی از توزیع کنندگان، واردکنندگان، عرضه کنندگان، خرده فروشان و عمده فروشان رابطه قراردادی مستقیمی با مصرف کننده نهایی ندارد، لذا مسئولیت

4. Greenman v. Yuba Power Product Inc.(1963).

- در پرونده گرینمن قطعه چوبی از دستگاه معیوب خراطی پرتاب و به خواهان اصابت نمود. خواهان با تولید کننده دستگاه رابطه قراردادی نداشت. چون همسرش دستگاه را خریده بود. با این وجود دادگاه حکم به مسئولیت محض سازنده داد. (جعفری تبار، مسئولیت مدنی سازندگان و فروشندگان کالا، ص ۴۵).

۵. برابر این ماده فروشنده محصول معیبی که به طور نامتعارفی خطرناک است برای آسیب‌های وارد بر مصرف کننده نهایی مسئول قلمداد می‌گردد اگر چه فروشنده در تهیه و فروش محصول تمام مراقبت ممکن را به کار برده باشد و مصرف کننده رابطه قرار دادی با او نداشته باشد.



محض که ریشه قراردادی ندارد، ایجاد شد تا زیان دیده بتواند از آن بهره گیرد (قاسم زاده، ۱۳۹۴، ص ۲۳) به عبارت دیگر در این نوع مسئولیت چنان چه از فرآورده ای معیوب زبانی به بار آید سازنده نه تنها در برابر زنجیره توزیع (سازنده اجزاء، عمده فروش، خرده فروش تا مصرف کننده) بلکه در برابر هر زیان دیده دیگری مسئول است.

از تفاوت‌های مسئولیت محض و تقصیر آن است که در مسئولیت محض سازنده حتی در برابر ضرر پیش بینی ناپذیر نیز مسئول است ولی در مقررات تقصیر، اگر احتمال شدت صدمه و قابل پیش بینی بودن کم تر از بار پیشگیری باشد، ضمانی در بین نیست. (قاسم زاده، همان)

تئوری مسئولیت محض در قانون حمایت از مصرف کنندگان خودرو که بیشترین و مفیدترین حمایت را از مصرف کننده به عمل آورده، لحاظ شده است. ماده ۲ این قانون بیان می‌دارد: «عرضه کننده موظف به رعایت استانداردهای ابلاغی در مورد ایمنی، کیفیت، سلامت خودرو و مطابقت آن با ضمانت ارائه شده به مصرف کننده می‌باشد» و ماده ۳ این قانون نیز مقرر داشته است: «عرضه کننده در طول مدت ضمانت مکلف به رفع نقص یا عیب (ناشی از طراحی، مونتاژ، تولید، یا حمل) است که در خودرو وجود داشته یا در نتیجه استفاده معمول از خودرو بروز نموده و با مفاد ضمانت نامه و مشخصات اعلامی به مصرف کننده مغایر بوده یا مانع استفاده مطلوب از خودرو یا نافی ایمنی آن باشد یا موجب کاهش ارزش معاملاتی خودرو شود. هزینه رفع نقص یا عیب خودرو و در طول ضمانت و جبران کلیه خسارات وارده به مصرف کننده و اشخاص ثالث، اعم از خسارات مالی و جانی و هزینه‌های درمانی ناشی از نقص یا عیب (که خارج از تعهدات بیمه شخص ثالث باشد) ... بر عهده عرضه کننده می‌باشد»

همان گونه که بیان شد در این قانون مسئولیت محض بر عهده عرضه کننده خودرو قرار گرفته است و نیازی به اثبات تقصیر او در بروز عیب و خسارت نیست. مطابق بند ۲ ماده ۱: عرضه کننده در این قانون هر شخص حقیقی یا حقوقی است که به طور مستقیم یا از طریق واسطه فروش مبادرت به فروش خودروهای نو تولیدی یا وارداتی خود می‌کند. در ماده ۷ همین قانون نیز توافقی‌های مستقیم یا غیر مستقیم میان عرضه یا واسطه فروش مصرف کننده را که به موجب آن تمام یا بخشی از تعهدات قانونی مندرج در آن قانون ساقط یا به عهده دیگری واگذار شود در برابر مصرف کننده باطل و بلااثر اعلام می‌کند.

با وحدت ملاک از قانون فوق می‌توان کسی را که به تولید و توزیع محصولات



تاریخته اشتغال دارد و محصولی معیوب تولید و عرضه می‌کند مسئول آسیب ناشی از عیبی دانست که به اشخاص و اموال وارد می‌شود بدون آنکه نیاز به اثبات تقصیر باشد، تا حمایت کامل تری از زیان دیده صورت می‌گیرد؛ زیرا اولاً؛ استفاده از برخی کالاهای ضروری می‌باشد و نفع عموم ایجاب می‌کند تا بی‌خطر باشند و از طرفی مصرف‌کنندگان قادر به حفظ منافع خویش نیستند پس مبنای حمایت از آنهاست هر چند تولیدکننده تمام تلاش خود را در عرضه کالای سالم به کارگرفته باشد. ثانیاً؛ با تبلیغاتی که سازندگان انجام می‌دهند اعتقاد به استفاده بی‌خطر را در ذهن فروشندگان به وجود می‌آورند و فروشندگان جزء صرفاً این کالا را به دست مصرف‌کننده می‌رسانند پس باید تولیدکننده در مقابل مصرف‌کننده نهایی نیز مسئول دانست. ثالثاً؛ اگر فروشنده مستقیم را مسئول بدانیم و مصرف‌کننده به او رجوع کند، او نیز به فروشندگان قبل خود مراجعه می‌کند و بدین ترتیب دعاوی بیهوده و زائد افزایش می‌یابد پس بهتر است که مستقیماً تولیدکننده را مسئول دانسته شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۱۵۲)

مهم‌ترین عیب قانون فوق این است مسئولیت محض فقط مربوط به یک سال و در مقایسه با دیگر کشورها بسیار کوتاه است که لازم است مورد بازنگری قرار گیرد چرا که اگر به صورت مطلق بود می‌توانست حمایت گسترده‌تری را از مصرف‌کننده ایجاد کند. (صفایی و رحیمی ۱۳۹۲، ص ۳۱۱). و از سوی دیگر مسئولیت محض تنها به حمایت از مصرف‌کننده می‌پردازد و به ارتقای کیفیت کالا و حق دسترسی مصرف‌کننده به محصول با کیفیت و تأمین منافع اقتصادی که تولیدکننده در راستای آن وظایفی دارد را تأمین نمی‌کند. به عبارت دیگر مسئولیت محض تنها رابطه حقوقی بین تولیدکننده و زیان دیده را در بر می‌گیرد که زیان دیده را از اثبات تقصیر معاف نموده است این در صورتی است که بسیاری از وظایف وجود دارد که تولیدکننده قبل از اینکه رابطه حقوقی با مصرف‌کننده برقرار کند، بایستی آنها را انجام دهد. در واقع مبنای مسئول شناختن تولیدکننده امنیت بازاری است که محصول باید طبق آن هنگام عرضه به بازار و هم در زمان استفاده، فاقد عیب و نقص باشد. (باریکلو، ۱۳۹۷، ص ۳۷)

۲- مبانی فقهی مسئولیت مدنی محصولات تراریخته

در فقه، قواعد کلی درباره ضمان و مسئولیت وجود دارد؛ با تبیین این اصول و قواعد،



می‌توان مبنای مسئولیت مدنی عرضه‌کنندگان محصولات تراریخته را که در واقع حمایت بیشتری از زیان‌دیده تأمین می‌کند، استنباط نمود. در ذیل به بیان برخی از این قواعد کلی پرداخته خواهد شد.

۲-۱- لاضرر

این نظریه مبتنی بر قاعده لاضرر است. فقها در خصوص مفاد و معنای قاعده لاضرر اختلاف نظر دارند. برای اثبات مسئولیت در مسأله مورد بحث لازم است نظرات در خصوص این قاعده را بررسی کرد. برخی معتقدند مفاد قاعده لاضرر نهی از ضرر زدن است؛ یعنی لاضرر، افاده نهی می‌کند لذا مفهوم قاعده حکم تکلیفی می‌باشد؛ یعنی ضرر زدن حرام است. (اصفهانی، ۱۴۱۰ ق، ص ۲۸) امام خمینی نیز از این قاعده حکم تکلیفی را استنباط کرده‌اند با این تفاوت که ایشان معتقدند نهی، نهی حکومتی است نه تشریحی؛ پیامبر از باب حاکم جامعه، بنا به مصلحتی خاص، حکم حکومتی صادر کرده است. (خمینی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۱۱۷) برخی نیز معتقدند که نفی در حدیث به معنای ضرر غیر تدارک است؛ یعنی هر کس به دیگری ضرر بزند باید آن را تلافی و جبران کند، در واقع ضرری که تدارک نشود، نفی شده است. (صدر، ج ۵، ص ۴۶۰؛ مراغی، ج ۱، ص ۳۱۷ به بعد) برخی دیگر مفاد قاعده را نفی حکم ضرری می‌دانند؛ به این صورت که در حدیث لاضرر واژه حکم در تقدیر گرفته شده است؛ یعنی شارع حکمی وضع نمی‌کند که موجب ضرر به مردم شود مثلاً حکم به لزوم بیع غبنی، ضرر بر مغبون است، پس در شرع اسلام نفی شده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۶۱) برخی از فقها نیز مفاد حدیث را نفی حکم به لسان نفی موضوع می‌دانند؛ یعنی ضرر نفی‌شده نه حکم ضرری؛ نفی موضوع هر چند ادعائاً حکم نیز نفی شده است. مثلاً در معامله غبنی، خود معامله زیان‌آور نیست، بلکه اعتقاد به لزوم آن زیان‌آور خواهد بود؛ به عبارت دیگر حکم به لزوم بیع غری موجب ضرر است؛ بنابراین، طبق قاعده لاضرر برداشته شده است. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۳۸۱) قدر مشترک این نظریه با نظریه قبل نفی احکام است و فرق بین دو نظر مزبور، این است که در نظریه دوم آنچه برداشته شده است متعلق حکم و به عبارتی خود موضوع است، ولی طبق نظر اول، حکم برداشته می‌شود.

قاعده لاضرر در صورتی که اثبات حکم کند؛ یعنی مستلزم جبران ضرر باشد می‌تواند مبنا و مستند برای مسئولیت مدنی در محصولات تراریخته باشد. بدون شک قاعده لاضرر



ضرر احکام وجودی را شامل می‌شود؛ یعنی اگر جعل احکام موجب ضرر در حق مردم شود، آن حکم به سبب قاعده لا ضرر مرتفع می‌شود اما محل بحث در این است که اگر صادر نشدن حکم موجب ضرر شود آیا در اینجا نیز قاعده لا ضرر جاری است؟ یا به عبارت دیگر مسئولیت مدنی را می‌توان از قاعده لا ضرر استنباط کرد؟

در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد؛ کسانی که مفاد قاعده را نفی ضرر جبران نشده یا نهی اضرار به غیر می‌دانند از این قاعده اثبات مسئولیت عامل زیان را استفاده می‌کنند؛ به این دلیل که اگر مقصود نفی ضرر جبران نشده یا نهی از اضرار باشد، تدارک ضرر از لوازم این نفی است، همان طور که در عرف نهی از پذیرش هبه بلاعوض کنایه است که هدیه را بلاعوض نگذارید و هر احسان را به احسان مقابل پاداش بدهید. (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۱۸) علاوه بر این نهی از امری دلالت بر حرمت بقای آن می‌کند و لازمه آن هم وجوب رفع ضرر است (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۱۹)

اما کسانی که مفاد قاعده را نفی حکم ضرری می‌دانند بر دودسته‌اند:

گروهی معتقدند از مفهوم قاعده، تنها نفی حکم به دست می‌آید و اثبات حکم؛ یعنی حکم به جبران ضرر از این قاعده به دست نمی‌آید و برای حکم به جبران خسارت باید به ادله‌ای مانند اتلاف و تسبیب و غیره رجوع کرد. (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۵۵ و ۵۶) مطابق این نظر قاعده لا ضرر نمی‌تواند ملاک برای مسئولیت مدنی باشد، اگرچه این گروه نهایتاً در ادامه نظر خود اثبات حکم را می‌پذیرند.^۶

گروهی دیگر معتقدند حرمت اضرار و اثبات حکم از جمله حکم به جبران خسارت از خود قاعده لا ضرر نیز می‌توان به دست آورد و سپس بیان می‌کنند حکم عدمی (نفی ضرر) مستلزم احکام وجودی است؛ زیرا عدم ضمان چیزی که از منافع فوت شده است به معنی حرام بودن مطالبه و حرمت مخاصمه و تعرض است؛ به این معنی که اگر برای

۶. «نعم اذا كان حکم بحیث یکون لولاه لحصل الضرر، ای کان عدمه موجباً للضرر مطلقاً وانحصر انتفاء الضرر بثبوت الحکم الفلانی، یحکم بثبوته بدلیل نفی الضرر... البته درست است که اگر حکمی چنان باشد که اگر آن حکم نباشد ضرری پیش آید، یعنی عدم آن حکم مطلقاً ایجاد ضرر کند و رفع ضرر به وجوب حکمی خاص منحصر باشد، ناگزیر به استناد دلیل نفی ضرر به ثبوت آن باید حکم کرد...». (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۵۶)

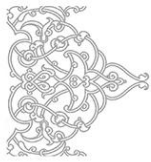


مثال از دست رفتن چیزی، مثل عدم النفع را ضرر نداند و ضمانی در برابر از دست رفتن آن قائل نباشد اگر کسی که آن را از دست داده، از عامل زیان، چیزی مطالبه کند یا از اموال او بردارد کار حرامی را انجام داده است؛ به عبارت دیگر جواز ضرر زدن، خود حکم شرعی است که با قاعده لا ضرر نفی شده پس ضرر زدن حرام است. (انصاری، بی تا، ص ۳۷۳)

نتیجه اینکه از الغای خصوصیت و تنقیح مناط میان احکام وجودی و عدمی می توان لزوم جبران خسارت را استفاده نمود و ارتکاز عقلی هم این است که عامل زیان باید زیان وارده را تلافی کند و فقها در این خصوص قائل به مسئولیت مدنی و جبران خسارت هستند و از آنجا که مسئولیت مستفاد از قاعده، مسئولیت مطلق است و ضرر ناشی از محصولات تراریخته ها نیز از مصادیق این قاعده می باشد؛ بنابراین به دلالت این قاعده ضمان قهری عاملین یا اسباب زیان به دلیل ملازمه نفی یا نهی از ضرر با لزوم جبران خسارت، قهراً مسئول می باشند و تا زمانی که دلیل قطعی بر عدم جبران خسارت نباشد به حکم لاضرر، تولید کننده باید زیان های ناشی از محصول خود را جبران نماید در واقع قاعده لاضرر زیان های ناشی از عیب محصولات تولیدی جدید از جمله تراریخته ها را جبران می نماید.

۲-۲- قاعده اتلاف

بر اساس این نظریه که به «قاعده اتلاف» معروف است و فقها در موارد متعددی برای اثبات ضمان و مسئولیت مدنی به آن تمسک کرده اند هرکس مال دیگری را تلف کند، مسئول جبران آن است. این نظریه به استناد عبارت مشهور «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» شکل گرفته است. در اعتبار این قاعده برخی گفته اند اثبات اینکه ضمان موجب مسئولیت است نیاز به ادله ندارد؛ همین که ضرورت، اجماع و نصوص دلالت دارند که مال، عمل، عرض و خون مسلمان محترم بوده و نباید مورد ضرر و زیان قرار گیرد برای دلالت قاعده کافی است. (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۳۴) (برخی از فقها هم تمسک به آن را قاعده عقلایی و بدیهی می دانند، برخی دیگر بیان می کنند اگر این مطلب را ضروری ندانیم قطعاً اجماع منقول و محصل در مورد آن دلالت دارد. (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۷، ص ۴۶) در خصوص ماهیت این قاعده نیز احتمال هایی وجود دارد: برخی فقها این نظریه را متن



روایت نمی‌دانند، بلکه آن را یک قاعده اصطیادی تلقی می‌کنند. (خویی، ۱۳۱۴، ج ۳، ص ۱۳۱) عده‌ای هم با اینکه وجود چنین الفاظی را در روایات منکر شده‌اند ولی ادله آن را قاعده عام می‌دانند. (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۲، ۲۷۹) در مقابل برخی آن را مدلول روایت معصوم (ع) می‌دانند. (حلی، ۱۴۱۰، ج ۱، ۳۸۴) برخی دیگر با اینکه آن را منقول از معصوم دانسته‌اند ولی معتقدند چنین عبارتی در روایات دیده نمی‌شود. (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۶، ص ۱۵۷) به هر حال جمله فوق به صورت یک قاعده درآمد (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۱۰) که در اتلاف اموال و ابدان هردو استفاده می‌شود؛ زیرا مفاد این قاعده این است که هر کس موجب خسارت به شخص دیگر، در مال، منافع، جان، آبرو، حیثیت و یا حق شود ضامن است و اختصاص به تلف مال ندارد؛ به همین دلیل فقها به اثبات ضمان در مواردی مانند اتلاف مال، حقوق، منافع، قتل نفس، جراحت و مانند آن به این قاعده استناد کرده‌اند. (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ۴۳۴) همان‌گونه که مال انسان نباید مورد تجاوز قرار گیرد؛ با تنقیح مناط، جان، سلامتی، تمامیت جسمانی و کلیه حقوق اشخاص مورد احترام‌اند و در صورت ایراد خسارت باید از سوی عامل یا عاملین زیان به نحوی جبران خسارت صورت گیرد. نظریه اتلاف می‌تواند در جبران خسارات وارده بر زیان‌دیده نقش مناسب و پربرنگی را ایفا نماید؛ به این صورت که هرگاه اقدامی برای اتلاف صورت گیرد، باید جبران خسارت شود، به عبارت دیگر مطلق اعمال اضرائی موجب ضمان است؛ هر چند میان تولید کننده و مصرف کننده نهایی هیچ رابطه مستقیم یا غیر مستقیم قراردادی وجود نداشته باشد. با توجه به این که در اتلاف، قصد اضرار به غیر و تقصیر شرط نیست، بر این اساس می‌توان به مبنای ساده‌تری برای مسئولیت تولیدکننده در برابر خسارت‌های وارده از کالای تولیدی خود بر مصرف کننده، دست یافت.

۲-۳- قاعده تسبیب

با وجود اینکه نظریه اتلاف تناسب بیشتری با اهداف حمایت از زیان‌دیده دارد، اما لازم است از نظریه دیگری که ناظر به قاعده مشهور «تسبیب» است، نام برد؛ بر اساس این نظریه، هرکس سبب خسارت یا تلف مال دیگری شود ضامن است. در این نظریه اثبات رابطه سببیت و در نتیجه اسناد فعل به تولیدکنندگان اهمیت ویژه‌ای دارد و زیان‌دیده با اثبات رابطه سببیت میان عیب و زیان وارده، می‌تواند الزام افراد را به جبران خسارت خواستار شود بدون اینکه نیاز به اثبات تقصیر باشد. برخی چنین قاعده‌ای را از روایات



پراکنده قابل اصطیاد نمی‌دانند و معتقدند موجب مسئولیت مدنی، اتلاف است نه تسبیب و در صورت فقدان اتلاف نیز معیار روایات متعددی است که تنها می‌توان با الغای خصوصیت، مسئولیت مدنی را به موارد مشابه سرایت داد. (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۷، ص ۴۶ و ۴۷) برخی از فقها ضمن تصدیق منشأ اتلاف برای ضمان، صرفاً «تحقق عرفی اتلاف» را مبنای مسئولیت قرار داده‌اند. (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۳۴) البته برخی از فقها نیز قاعده تسبیب را قاعده‌ای مستقل تلقی نموده‌اند؛ برای مثال در استقلال قاعده اتلاف گفته‌اند: انصاف این است که از روایت «من اخرج میزاً» قاعده کلی استظهار شود و آن قاعده این است که هر فعلی که از فاعل یا فاعلین مختار صادر شود و آن فعل سبب ورود تلف در مال یا جان مسلمانان باشد و بین فعل و تلف، فعل فاعل عاقل از روی عمد و اختیار به طوری که نزد عرف و عقلا تلف به او اسناد داده شده و فعل دیگری فاصله نشود، فاعل چنین سببی، ضامن است. (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۳۸)

به نظر می‌رسد در صورتی که مبنای مسئولیت مدنی را در باب اتلاف و تسبیب استناد عرفی خسارت به سبب بدانیم همین که بتوان وقوع خسارت را به شخص یا گروهی نسبت داد برای ضمانت کافی است و از نظر عرف وضع عامل زیان از جهت اجمال یا تفصیل فرقی ندارد، باید جبران خسارت صورت گیرد به عبارت دیگر آن چه در تسبیب اهمیت دارد «قابلیت انتساب عرفی زیان» به عامل زیان است نه تقصیر همان گونه که ماده ۳۳۲ ق.م.هم به اسناد عرفی توجه دارد. لذا در خسارات ناشی از کالا و محصول بدون نیاز به بررسی فرآیند تولید، با سهولت بیشتری، مسئولیت و ضمان ناشی از محصولان ترائیخته را به عوامل دخیل در ضرر، از جمله تولید کنندگان یا عرضه کنندگان کالا منتسب نمود، بی آنکه نیازمند اثبات تقصیر باشد چرا که رابطه سببیت بین تولید و عرضه کالا و خسارت وارده وجود دارد.

۲-۴- قاعده غنم

این قاعده بر گرفته از روایت نبوی «الرهن من صاحبه الذی رهنه، له غنمه و علیه غرمه» است. غنم در این روایت به معنی منافع متصل به مال مرهونه و غرم به معنای ضمان ناشی از تلف مال است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۲۴۶، ۲۵۲) معنای قاعده این است: هرکسی که غنم و منفعت برای اوست، غرم و خسارت نیز بر عهده او خواهد بود. در واقع برای پیدا کردن ضامن تلف و نقصان و ضرر، باید به دنبال کسی بود که



منافع و فوائد حاصله در جیب او قرار گرفته است. این قاعده هم حکم عقل است و هم تائیدی‌های از شرع و فقهاء برای ایجاد تعادل میان سود و زیان از آن بهره گرفته اند؛ عادلانه نیست که تولیدکننده سود سرشار از محصول جدید را مالک شود و مشارکتی در جبران خسارت نداشته باشد. باید همان گونه که در جلب سود و منفعت پیشرو است در دفع ضرر و جبران زیان نیز پیشقدم شود. عدالت اقتضا می‌کند که تولیدکننده هزینه‌های کامل محصول معیوب خود را بپردازد (. (قاسم زاده، ۱۳۹۴، ص ۱۴۰) مسئولیت ناشی از این قاعده، کاملاً اخلاقی است و برخلاف آنچه تصور شده، مسئولیت اخلاقی در اینجا نیاز به وجود تقصیر ندارد. می‌توان گفت، این قاعده، رابطه تنگاتنگی با مسئولیت تولیدکنندگان و عرضه کنندگان دارد. یعنی چنانچه کسی از سود و انتفاع بیشتری برخوردار است و جامعه وسایل و ابزار بیشتری در اختیار او قرار داده، اگر در استفاده از این ابزار، اعمالی را مرتکب شود که باعث خسارت و ضرر به دیگران گردد، باید ضرر و زیان ناشی از عمل خود را جبران نماید و چنانچه عمل او دارای عنوان مجرمانه باشد مجازات آن را هم باید تحمل کند. شرکت‌های بزرگ که امروزه در قالب اشخاص حقوقی در حجم وسیع به فعالیت‌های اقتصادی از جمله تولید محصولات تراریخته می‌پردازند مطابق این قاعده در برابر ضررهای ناشی از محصولات خود مسئول بوده و حتی بدون نیاز به احراز تقصیر صرفاً به لحاظ محیط سودآوری که ایجاد کرده‌اند ملزم به پاسخ‌گویی (به صورت جبران خسارت یا تحمّل مجازات) می‌باشند (علوی و مسعودیان زاده، ۱۳۹۳، ۷۸)

بدون شک استناد به این قاعده زمانی است که سایر قواعد مسئولیت مدنی قادر به جبران خسارت نباشند، برای نمونه خسارتی ایجاد شده باشد که عامل زیان در آن مجهول باشد و یا عامل توانایی جبران خسارت را نداشته باشد و زیان هم معتابه بوده باشد در این حالت عدالت اقتضا می‌کند جبرات خسارت توسط اشخاصی صورت گیرد که از این محیط زیان خیز منتفع می‌شوند؛ افرادی که سود و منفعت فعالیت در جیب آنها سرازیر می‌شود.

۳- تعدد اسباب

رابطه سببیت از ارکان مهم استقرار ضمان است و لازم است میان زیان و عمل فاعل زیان رابطه سببیت وجود داشته باشد در غیر این صورت مسئولیت مدنی محقق نمی‌شود به تعبیر دیگر رابطه سببیت به طور کامل شرط مسئولیت است و زیان دیده باید منتسب بودن خسارت به عامل زیان را ثابت کند. تشخیص رابطه سببیت گاهی مواقع آسان نیست



چرا که ممکن است چند سبب در ایجاد ضرر نقش داشته باشند؛ یعنی گروه‌های مختلفی که در زنجیره تولید یا توزیع کالا فعالیت دارند ممکن است با شدت و ضعف در ایجاد خسارت نقش داشته باشند که در این حالت با اجتماع اسباب مواجه هستیم. برای مثال زمانی که با چندین واسطه کالا به دست مصرف کننده رسیده باشد و به دلیل عیب در محصول متحمل ضرر شده باشد و تشخیص اینکه عیب در کدام مرحله از طرح، تولید و یا نحوه مصرف صحیح و هشدارهای لازم رخ داده است و ضمان منتسب به کدام یک از تولیدکننده، واسطه، فروشندهی حرفه ای، فروشنده جزء و ... می‌باشد نیازمند بررسی کارشناس است.

قانون گذار در ماده ۲ قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان بیان می‌دارد: «کلیه عرضه کنندگان کالا و خدمات، منفرداً یا مشترکاً مسئول صحت و سلامت کالا و خدمات عرضه شده مطابق با ضوابط و شرایط مندرج در قوانین و یا مندرجات قرارداد مربوطه یا عرف در معاملات هستند...» کلمات منفرداً و مشترکاً در این ماده مبهم است و مشخص نیست به معنی مسئولیت تضامنی هست یا خیر؟! در این خصوص دو تفسیر وجود دارد: الف) منظور این است که اگر یکی از عرضه کنندگان کالا متخلف و مقصر باشد، تنها ایشان مسئول می‌باشد و در صورتی که چند نفر متخلف و مقصر شناخته شوند آنان مسئولیت مشترک دارند و در نهایت هر یک به تساوی یا به نسبت تاثیر تقصیر در ایجاد ضرر، موظف به جبران خسارت است.

ب) یا اینکه ماده فوق بیان کننده مسئولیت تضامنی کلیه عرضه کنندگان کالای معیوب است، هر چند برخی از افراد مرتکب تقصیر نشده باشند، زمانی که عیب مربوط به ساخت یا طراحی کالا بوده و فروشنده هیچ گونه اطلاعی از آن نداشته است. براساس این تفسیر ماده ۲ قانون متضمن نوآوری به سود مصرف کنندگان است، هر چند خلاف ظاهر به نظر می‌رسد. (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲، ص ۳۱۲) با توجه به اهمیت موضوع، این مبحث را تحت عناوینی به شرح زیر بررسی می‌کنیم.

۳-۱- مسئولیت تضامنی

یکی از راه‌هایی که برای توزیع خسارت ارائه شده، مسئولیت تضامنی تمام عاملین زیان است و همه آنها در مقابل زیان دیده مسئول تمام زیان وارده هستند و زیان دیده حق رجوع به هر یک از آنها را دارد، در روابط میان مسئولان ممکن است هر یک از



شیوه‌هایی که ذکر شد به کار گرفته شود؛ به عبارت دیگر باید برای همه افرادی که واردکننده زبان، عضوی از آنها بوده، مسئولیت تضامنی قائل شد.

برخی از حقوقدانان ایران معتقدند مسئولیت افراد در ورود خسارت تضامنی است، با این استدلال که خواندگان متعدد با هم خسارت را ایجاد کرده‌اند و نمی‌توان چنین مسئولیتی را تجزیه نمود؛ و در تأیید نظریه خود به مواد قانونی از جمله؛ مواد (۳۱۶ و ۳۲۷) قانون مدنی که در خصوص مسئولیت تضامنی غاصب است و ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی که بیان می‌کند هرگاه چند نفر مجتمعاً زبانی را وارد سازند، متضامناً مسئول جبران خسارت می‌باشند و استفاده از وحدت ملاک این ماده و سرایت به موارد مشابه، استناد کرده‌اند. (امیر قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ص ۳۰۶) بنابراین نوعی همبستگی و ارتباط بین ضامنان به وجود می‌آید که آثار حقوقی دارد که همان مسئولیت تضامنی است. می‌توان گفت یکی از فواید مهم قائل شدن به مسئولیت تضامنی آن است که مصرف کننده برای جبران خسارت می‌تواند به هر یک از تولیدکنندگان و عرضه کنندگان که بخواهد یا به برخی از آنها یا به همه آنها رجوع کند؛ بنابراین از بابت امکان جبران خسارت تا حد زیادی آسوده‌خاطر بوده و با اعسار خواننده مواجه نمی‌شود ضمن اینکه به عدالت و مصلحت نزدیک‌تر است و در رابطه با نحوه تقسیم مسئولیت بین گروهی که یکی از آنان باعث خسارت شده ممکن است با توجه به شرایط خاص هر پرونده مسأله را بین خودشان حل کنند؛ چرا که این فرض وجود دارد کسانی که با هم خطری را ایجاد کرده‌اند خودشان بهتر می‌توانند همدیگر را شناسایی و به مسئول اصلی مراجعه کنند؛ هرچند زبان دیده نتواند آن را ثابت کند. (کاتوزیان، سمینار ارزش‌های نو و تحولات مسئولیت مدنی، ۱۳۸۵)

به نظر می‌رسد هرچند نتایج این نظریه برای جبران خسارت و جلوگیری از هرج و مرج حقوقی مؤثر است و همان‌گونه که بیان شد حتی به نفع زبان دیده است، اما با این وجود در مسأله مورد بررسی امکان تمسک به این شیوه در تمامی اقسام آن وجود ندارد و در واقع تضامن تنها درجایی معنا پیدا می‌کند که همه افراد گروه در ارتکاب تقصیر با همدیگر همراه باشند بنابراین در مواردی که برخی از افراد هیچ عمل خطایی انجام ن داده‌اند و فقط یکی از آنها مرتکب تقصیر شده است به کار نمی‌رود. علاوه بر این اساساً تضامن در فقه اسلامی خلاف اصل است و مواردی هم که مسئولیت تضامنی در آنها پذیرفته شده است، موارد استثنائی‌اند که مبتنی بر علل خاصی‌اند و با استقراء در موارد خاص نمی‌توان حکم کلی را نتیجه گرفت. (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ص ۳۹۸) برخی از فقها معتقدند همان‌گونه که قرار



گرفتن یک مال به طور همزمان در دو مکان محال است قرار گرفتن مال واحد به طور همزمان بر دو عهده مختلف هم محال است. (املی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۹۴) برخی نیز این شک و تردید در خصوص مسؤولیت تضامنی را به زبان دیگری بیان کرده‌اند از جمله اینکه هر چیزی یک مدل بیشتر نمی‌تواند داشته باشد چگونه معقول است که مسؤولیت تهیه بدل آن بر عهده اشخاص متعدد قرار گیرد. (حکیم، بی‌تا، ص ۲۶۷) بنابراین فقها با تضامن میانه‌ی خوبی ندارند؛ چرا که با مسؤولیت شخصی و اینکه هرکس مسؤل اعمال خویش است منافات دارد شاید به همین دلیل است که در ماده ۲ قانون حمایت از مصرف کننده لفظ منفرداً و مشترکاً را به کار رفته نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ مسؤولیت تضامنی پیش‌بینی شده در تبصره ۲ ماده‌ی اول قانون مصوب ۱۳۵۱ را که در خصوص ضرر و زیان ناشی از جرم بود حذف کرده است. از سوی دیگر این راه حل بی‌عیب نیست برای اینکه سبب می‌شود جمعی بی‌گناه مسؤل قرار گیرند. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۴۸۵) ضمن اینکه از نظریه اداره حقوقی نیز می‌توان اصل نسبی بودن خسارت را برداشت کرد.^۷ از سوی دیگر، کسانی که به اصل تضامنی بودن مسؤولیت اعتقاد دارند، در تقسیم مسؤولیت در نهایت به نظریه نسبی بودن بازگشته‌اند.^۸

۳-۲- مسؤولیت اشتراکی

در فرضی که تعدد و اجتماع اسباب به صورت عرضی باشد، تقسیم مسؤولیت میان آنها دشوار نیست و عموماً حکم به تساوی مسؤولیت موجه به نظر می‌رسد و در این زمینه

۷. «در صدور حکم بر محکومیت تضامنی (اشخاصی که بالاتفاق به صدور چک بلا محل اقدام نموده‌اند) به پرداخت جزای نقدی نظر به اینکه نص قانونی وجود ندارد، وجهه قانونی ندارد...» شهری، غلامرضا، نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه، (از سال ۱۳۵۸ تا ۱۳۷۱)، ج ۱، نظریه شماره ۷۵۲۷/۷ مورخ ۸/۶/۶۸، ص ۴۰۶.

۸. به نظر می‌رسد اگر در مورد مسأله مسؤولیت تضامنی به این نتیجه برسیم که مسؤولیت تضامنی در مورد اهداف مشترک وجود دارد در اینجا هم هست اگر نباشد می‌توانیم به تساوی تقسیم کنیم بنا بر ظاهر قانون مانند جایی که به تساوی حکم می‌دهد مانند تصادفات رانندگی به تساوی تقسیم می‌کنند. کاتوزیان، ناصر، تقریرات در خصوص اجمال سبب یا سبب اجمالی، نوشته شده توسط فریبا زارعی خالد ۹۲/۱۰/۲.



اختلاف نظر چندانی میان فقها و حقوقدانان وجود ندارد، اما در زمینه اجتماع طولی اسباب اختلاف نظر وجود دارد و این اختلاف نظر منشأ تصویب قوانین متفاوت گردیده که در عمل موجب بروز مشکلاتی شده است؛ به طوری که قانونگذار در برخی مواد قانون مدنی از نظریه مشهور فقها پیروی نموده، اما در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دست به ابداعاتی زده که در پیشینه فقهی امامیه بی سابقه بوده است. در واقع، پس از بیان حکم کلی تساوی در تقسیم مسئولیت، آنرا مقید به قیودی نموده است. اگر مسئولیت مشترک پذیرفته شود سؤال مطرح است که این مسئولیت به چه میزان است؟! در اینجا سه فرض قابل تصور است که عبارت‌اند از...

(۱) تقصیر

بر اساس این مبنا در فرض تعدد اسباب در ورود خسارت، مسئولیت به نسبت تقصیر تقسیم می‌شود در واقع فردی که تقصیر شدیدتری داشته است باید خسارت بیشتری را هم بپردازد. در برخی از کشورها از جمله فرانسه این معیار به صراحت پذیرفته شده است.^۹ در قوانین ایران هم ماده ۱۶۵ قانون دریایی همین مبنا را پذیرفته شده است. بند الف این ماده بیان می‌دارد: «اگر دو یا چند کشتی مرتکب خطا شوند، مسئولیت هر یک از کشتی‌ها متناسب با اهمیت تقصیری است که از آن کشتی سر زده است. مع ذالک اگر تشخیص اهمیت تقصیر با شواهد و قرائن ممکن نباشد و یا تقصیر طرفین به نظر یکسان برسد طرفین به نسبت متساوی مسئول خواهد بود...» همچنین ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: «هرگاه در اثر برخورد دو وسیله نقلیه زمینی، آبی یا هوایی، راننده یا سرنشینان آن کشته شوند یا آسیب ببینند در صورت انتساب برخورد به هر دو راننده، هر یک مسئول نصف دیه راننده مقابل و سرنشینان هر دو وسیله نقلیه است... و هرگاه یکی از طرفین مقصر باشد به گونه ای که برخورد به او مستند باشد، فقط او ضامن است» در این ماده هرچند تقصیر و درجه آن در تحقق مسئولیت سوارانی که با هم برخورد نموده‌اند و وسیله نقلیه آنها خسارت دیده است مؤثر می‌داند، اما در واقع معیار دیگری یعنی انتساب عمل به وسیله مدنظر قرار داده است و تقصیر یک طرف را شرط انتساب برخورد و تصادم و در نهایت شرط تحقق مسئولیت یک طرف در صورتی که طرف دیگر بی تقصیر باشد



قرار داده است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۲۲۷) علاوه بر این ماده ۱۶ ق. ب.ا.خ مصوب ۱۳۹۵ نظریه تقصیر پذیرفته شده است. در خصوص تعیین درصد از طرف کارشناس، برای نمونه در تصادفات رانندگی یک طرف ۲۰ درصد و طرف دیگر ۷۰ درصد مقصر شناخته می‌شود. برخی از فقهای نیز در خصوص تقسیم خسارت درجه تقصیر را ملاک قرار داده اند. به عنوان مثال برا تعیین مسئولیت کارفرما و کارگر، معتقدند به نسبت تقصیر باید در نظر گرفت چرا که تقصیر و بی‌مبالاتی نوعی ضمان است و در نتیجه کارفرما به نسبت ۶۰ درصد مقصر است و اگر این تقصیر را کارفرما نکرده بود، خطر ۴۰ درصد بیشتر نبود، بنابراین می‌توان گفت تأثیر هم مربوط به کارفرما است که مانع را به وجود آورده است» (صانعی، ۱۳۸۴، ۲۸۱)

ایراد این نظر این است که مسئولیت مدنی را با مسئولیت کیفری اشتباه گرفته است، چرا که هدف مسئولیت مدنی، مجازات تقصر نیست بلکه هدف آن جبران خسارت زیان دیده است و اصولاً هر کس به اندازه ضرری که وارده کرده است مسئول است، اگر چه تقصیر سنگین تر یا سبک تر را مرتکب شده باشد. (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۲۲۸)

۲) تساوی

ماده ۵۳۳ م.ا. که برگرفته از نظر مشهور فقهاء امامیه است، تصریح در تقسیم مسئولیت به تساوی بین اسباب خسارت دارد و به موجب این ماده «هرگاه دو یا چند نفر به نحو شرکت سبب وقوع جنایت یا خسارتی بر دیگری گردند، به طوری که آن جنایت یا خسارت به هر دو یا همگی مستند باشد، به طور مساوی ضامن می‌باشند».

این نظر از این جهت که به طور قاطع ضمان طرفین را مشخص می‌کند مفید است اما از جهتی که به میزان مداخله و تأثیر طرفین توجه ندارد، قابل انتقاد است به تعبیر دیگر هرگاه تأثیر افراد در وقوع حادثه زیان بار برابر و مساوی باشد، معیار تساوی کاملاً منطقی و موافق اصول و موازین حقوقی می‌باشد اما هرگاه تأثیر اسباب مذکور در ایجاد جنایت یا خسارت نابرابر باشد این روش ایراد دارد. چرا که اولاً؛ سببی که تأثیرش در وقوع زیان کمتر از بقیه بوده است باید قسمتی از بار مسئولیت را بر دوش گیرد و این مخالف اصل شخصی بودن مسئولیت می‌باشد از طرفی سببی که تأثیرش بیشتر بوده از بخشی از مسئولیت خود معاف می‌شود ثانیاً؛ اینکه غالب فقهای شیعه به تقسیم مسئولیت به تساوی نظر داشته‌اند ناظر به زمانی است که امکان تشخیص میزان تأثیر و مداخله وجود ندارد



و ثالثاً؛ ماده ۵۳۳ تنها حالتی را می‌گوید که تاثیر اسباب در خسارت مساوی باشد و حکم کلی را بیان نمی‌کند و در فرضی که تاثیر اسباب متفاوت باشد ساکت است.

۳) به نسبت تأثیر

بر اساس این معیار، تقسیم مسئولیت براساس نسبت تأثیر عمل یا مداخله هر سبب در وقوع خسارت صورت می‌گیرد. یعنی پس از آنکه تأثیر واقعی هر کدام از اسباب در ایجاد ضرر معین شد، مسئولیت به همان نسبت تقسیم می‌شود.

ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی پس از اینکه مسئولیت اسباب متعدد را در مقابل آسیب دیده وقتی جنایت به همه آنها مستند باشد را مساوی بیان می‌کند، در خصوص تقسیم مسئولیت در فرض میزان تأثیر بیان می‌دارد: ... مگر اینکه تاثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت هر یک به میزان تأثیر رفتارشان مسئول هستند... همان گونه که ملاحظه شد در این ماده صراحتاً تقسیم مسئولیت براساس درجه تأثیر و مداخله در وقوع زیان پذیرفته شده است. علاوه براین، قسمت پایانی ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی، پس از بیان مسئولیت تضامنی کارگرانی که مجتمعاً زیانی وارد آورده اند. چنین مقرر داشته است: «در این مورد میزان مسئولیت هر یک از آنان با توجه به نحوه مداخله هریک از طرف دادگاه تعیین خواهد شد». برخی از حقوق دانان فرانسه از این نظریه دفاع کرده و آن را منطقی تر دانسته اند.^{۱۰}

بنابراین می‌توان گفت: در فرض تعدد اسباب (تولیدکننده، عرضه کننده، فروشنده)، آنچه که در نهایت ملحوظ نظر قانونگذار قرار گرفته است، تقسیم مسئولیت به طور مساوی به عنوان یک اصل کلی است، به شرط اینکه نتوان میزان تأثیر هریک از عوامل را در ورود خسارت مشخص کرد به عبارت دیگر در صورت ایجاد زیان باید بر اساس میزان تاثیری هر کدام در وقوع زیان داشته خسارت را تقسیم نمود مگر در مواردی که میزان دخالت میسر نباشد یا زمانی به نحو مساوی دخالت داشته حکم به تساوی میشود چرا که ترجیح هر کدام بر دیگری بلامرجح است با این وجود به دلیل تعارض قوانین جزایی و قانون مدنی در بحث از تعدد اسباب، به قانونگذار پیشنهاد می‌گردد که رویه واحدی را در این زمینه اتخاذ نماید تا از تشتت آراء در موارد واحد جلوگیری به عمل آورد.



۴- راهکارهای جبران خسارت

حمایت از مصرف کننده تنها با حکم جبران خسارت تامین نمی‌شود بلکه راهکارهای ترمیمی دیگری را نیز می‌طلبیدر اینجا راهکارهایی ارائه میشود ضمن تضمین خسارت زیان دیدگان، فعالیت‌های مفید هم ادامه یابند.

۴-۱- ایجاد صندوق‌های جبران خسارت و پوشش بیمه مسئولیت

حکم به مسئولیت تولید کننده و عرضه کننده همیشه بهترین راهکار نیست بلکه بیمه مسئولیت و صندوق خسارات بدنی ایجاد شود و عوارض این محصولات در آن بیان شود تا چنانچه تولید کنندگان و عرضه کنندگان تراریخته‌ها نتوانند وظایف و مسئولیت‌های خود را در قبال جبران خسارت به زیان دیدگان عمل نمایند، خسارت‌ها از این طریق جبران گردد و از این جهت به مصرف کننده گان اجحافی صورت نگیرد، دامنه مسئولیت در بین افراد جامعه تقسیم شود، به قشر خاصی فشار نیاید و صاحبان علوم و فنون نیز انگیزه لازم جهت تولید کالاها و خدمات نوین را از دست ندهند. همان گونه که در برخی موارد دولت مسئول پرداخت خسارت دانسته شده است در این گونه موارد نیز می‌توان دولت را ملزم به جبران خسارت نمود. برای نمونه مواد ۲۵۵، ۲۶۰، ۳۱۲ و ۳۳۲ قانون مجازات اسلامی که دیه از بیت المال پرداخت می‌شود. همچنین «صندوق تامین خسارت‌های بدنی» در قانون بیمه اجباری مسئولیت دارندگان وسیله نقلیه موتوری، برای جبران زیان‌های بدنی وارد به اشخاص ثالث که به دلایلی مانند شناخته نشدن مسئول حادثه، بیمه نبودن خودرو یا ورشکستگی بیمه گر قابل پرداخت نباشد، ایجاد شده است.

بنابراین یکی از راهکارهای جبران خسارت، این است که؛ دولت همانند موارد فوق در تولیدات جدید همچون محصولات دستکاری شده ژنتیکی صندوق خاصی را برای جبران خسارات ناشی آثار گریزناپذیر این تولیدات ایجاد نماید. شیوه تامین مالی این صندوق نیز می‌تواند با مشارکت تولیدکنندگان این فرآورده‌ها و دولت صورت گیرد و دولت درصدی از مالیات اخذ شده از صنعت را به این صندوق اختصاص دهد. (قاسم زاده، ۱۳۹۴، ص ۳۱۳).

۴-۲- اختصاص شعبه رسیدگی به عیوب تولید

دستگاه قضا و دادرسان می‌توانند نقش زیادی در حمایت از زیاندیدگان محصولات معیوب داشته باشند. همان طور که در بخش نامه سال ۱۳۷۹ رییس قوه قضائیه، مراکز دادگستری را مکلف نمود شعبی را جهت رسیدگی به شکایت‌های زیست محیطی



اختصاص دهند. اختصاص چنین شعبی در بحث عیب تولید^{۱۱} می‌تواند گامی مؤثر در حمایت از زیان‌دیدگان محصولات تراریخته باشد. آیین نامه اجرایی حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۹۰ نیز سازمان تعزیرات حکومتی را به عنوان مرجع رسیدگی به تخلفات واحدهای صنفی و جرایم عرضه‌کنندگان تعیین نموده است که از دستاوردهای جدید این قانون است اما کافی و مؤثر نیست. علاوه بر این تفسیر صحیح و خلاقانه از قوانین موجود توسط قضات دادگاه‌ها که ضمن حمایت از مصرف‌کنندگان با مقتضیات تولیدات نوین نیز سازگار باشد، نیز می‌تواند راهگشا باشد. پرونده موسوم به هموفیلی‌ها^{۱۲} نمونه این موارد است. که با استناد به قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی «... هرگاه خسارت وارده مربوط به نقص وسایل ادارات و موسسات دولتی باشد جبران خسارت برعهده اداره یا مؤسسه دولتی است» حکم صادر شد. بنابراین در مسأله مورد نظر نیز چنانچه دولت محصولات دستکاری شده ژنتیکی را عرضه کند و بعدها مضرات آنها آشکار شود، ابزار پیشگیری از خطر تنها در خارج از کشور وجود داشته باشد و فروشندگان و عرضه‌کنندگان خطر نتوانند خطر را کشف کنند و از ورود زیان پیشگیری نمایند باید دولت را به خاطر نقص تشکیلات و وسایل اداری مسئول دانست، چرا که فروشندگان مرتکب تقصیری نشده‌اند. این‌گونه تفاسیر می‌تواند اقدامی در جهت حمایت از زیان‌دیدگان باشد.

۱۱. در کشور فنلاند برای رسیدگی به دعاوی مسئولیت ناشی از تولید، ادرا شکایت‌های مصرف‌کنندگان وجود دارد تا مصرف‌کننده دعاوی ناشی از تولید را نزد آنها اقامه کند.

Meltzer, J, et.al, product liability in the European Union,p:22

۱۲. رای پرونده حقوقی موسوم به «هموفیلی‌ها» در سال ۱۳۸۱ صادر شد. قربانیان فرآورده‌های خونی آلوده، علیه وزارت بهداشت، سازمان انتقال خون و شرکت پژوهش و پالایش خون ایران، دعاوی جبران ضرر و زیان وارده، اقامه نمودند. پیش‌تر، دادگاه جزایی، چند تن از متهمان را به خاطر اجازه تولید و توزیع فرآورده‌های انعقادی تولید شده‌ای که فاقد سیستم ویروس زدایی بوده‌اند به حبس محکوم نمود. در پرونده مسئولیت مدنی نیز دادگاه حقوقی تهران، دو سوم زیان وارده بر قربانیان را بر وزارت بهداشت و یک سوم زیان را بر سازمان انتقال خون تحمیل نمود.



۴-۳- اقدامات پیشگیرانه در مسئولیت مدنی

در کنار راهکارهای فوق، توجه به اقدامات احتیاطی و پیشگیرانه به عنوان مهم ترین راهکار در حمایت از زیاندیدگان است. بررسی ایمنی و سلامت محصول، اطلاع رسانی مصرف کنندگان با درج مشخصات کامل بر روی کالا، فراخوان جمع آوری کالاهای زیان بار و ایجاد پایگاه اینترنتی برای اطلاع رسانی درباره خطرهای به تازگی کشف شده و احتیاط آنان نسبت به استفاده از محصولات جدید... به عنوان عامل پیشگیرانه، می تواند خسارات احتمالی را کاهش دهد. برای مثال کشور فرانسه با توجه به اصل احتیاطی در قضیه «ذرت های ژنتیکی» بر خلاف تایید نبودن خطرهای زیست محیطی انسانی و بهداشتی این ذرت ها از سوی اتحادیه اروپا، فرانسه با ارائه تفسیر از اصل احتیاطی این ذرت ها را خلاف حق بر محیط زیست سالم دانست. در دعوی مشهور سال ۲۰۰۷ درباره تراریخته، دیوان عالی فرانسه با توجه به منشور اساسی محیط زیست، اجرای طرح های محصولات زراعی تراریخته را قابل توجیه ندانست.^{۱۳}

نتیجه گیری

از بررسی مبانی مسئولیت تولید کنندگان و فروشندگان محصولات تراریخته نتایج زیر حاصل شد:

۱- قانون حمایت از مصرف کنندگان مصوب ۱۳۸۸ آن طور که باید کامل و جامع نبوده و مورد توجه جامعه ی حقوقی قرار نگرفته است لازم است که مسؤولیت تولیدکنندگان و فروشندگان کالا، از مبنای سنتی مسؤولیت یعنی تقصیر فاصله گرفته و در

۱۳. خلاصه پرونده ذرت های ژنتیکی آن است که هنگام دست کاری ژنتیکی نباید خواص اصلی ذرت تغییر کند مثلا نباید دچار فساد شود. (ر.ک: عزیزالله فهیمی، مسئولیت مدنی ناشی از تخریب محیط زیست در فقه و حقوق ایران، قم پژوهشکده علوم و فرهنگ اسلامی، پاییز ۱۳۹۱، پاورقی ص ۲۶۳) در سال ۲۰۰۷، ۲۲ هزار هکتار از زمین های کشاورزی فرانسه زیر کشت نوعی ذرت تراریخته قرار داشت ولی در فوریه ۲۰۰۷ دولت کشت این نوع ذرت را ممنوع اعلام نمود و منجر به تصویب قانون مربوط به محصولات تراریخته در اواخر ژوئن ۲۰۰۸ شد. (مهاجر، مینا، بررسی نظام حقوقی حاکم بر محصولات تراریخته و مسئولیت مدنی متصدیان آن، رساله دکتری، ص ۸۲، ۱۳۹۱).



جهت حمایت از مصرف کنندگان، نظریه ای پذیرفته شود که نیاز به اثبات تقصیر از سوی مصرف کننده نباشد. چرا اثبات تقصیر غالباً دشوار خواهد بود.

۲- از میان مبانی حقوقی، تئوری مسئولیت محض می‌تواند بیشترین حمایت را از مصرف کننده به عمل آورد اما در قوانین به صراحت پیش بینی نشده است و تا زمانی که به صراحت بیان نشود نمیتواند حمایت شایسته از مصرف کنندگان تراریخته‌ها انجام دهد.

۳- با تکه بر مبانی فقهی همچون لاضرر، قاعده غنم، اتلاف، تسبیب و در کنار آن استناد عرفی میان عیب و زیان وارده می‌توان تولید کنندگان و سایر افراد دخیل را مجاب به پذیرش ضمان نمود. برخلاف نظام‌های حقوق خارجی که مبنای مسئولیت مبتنی بر تقصیر است در حقوق اسلام نظریه قابلیت استناد می‌تواند با سهولت بیشتری، مسئولیت و ضمان ناشی از محصولات تراریخته را به عوامل دخیل در ضرر از جمله تولیدکنندگان یا عرضه کنندگان کالا منتسب نماید، بی آنکه نیازمند اثبات تقصیر باشد. در نهایت می‌توان گفت مسئولیت محض به عنوان مکمل بحث مسئولیت مدنی است به عبارت دیگر قواعدی فقهی بیان شده در بسیاری از موارد می‌تواند پاسخگوی مسائل و مشکلات مسئولیت مدنی باشد و در جایی قاعده لاضرر اتلاف و تسبیب جوابگو نبود آن وقت سراغ مسئولیت محض رفت. انتظار می‌رود با توجه به قواعد فقهی گامی بزرگ در جهت احقاق حقوق مصرف کنندگان برداشت.

۴- در فرض تعدد اسباب (تولیدکننده، عرضه کننده، فروشنده)، آنچه که در نهایت مدنظر قانون گذار است، تقسیم مسئولیت به طور مساوی به عنوان یک اصل کلی است، به شرط اینکه نتوان میزان تأثیر هر یک از عوامل را در ورود خسارت مشخص کرد.

۵- پذیرش راهکارهای ترمیمی و پیش‌گیرانه با مشارکت صنعت و دولت، می‌تواند در کنار جبران خسارت زیاندیدگان، انگیزه برای تولیدکنندگان فرآورده‌های جدید ایجاد نماید. توجه با این امر که تولید و عرضه محصولات معیوب علاوه بر این که کارایی و نتیجه مطلوب را ندارد بلکه برای سلامت افراد جامعه و محیط زیست زیان آور و مضر است. لذا پیش بینی قوانین در خصوص آنها در هر کشوری ضروری است.



گزیده منابع

- اصفهانی، شیخ الشریعہ، فتح‌الله بن محمدجواد نمازی، قاعدہ لا ضرر، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، نشر میزان، ۱۳۷۸.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، چاپ اول، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ج ۵، ۱۴۱۵.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، قاعدہ الضرر و الاجتهاد و التقليد (کفایۃ الأصول)، مؤسسہ آل البيت (ع)، قم، ۱۴۰۹.
- آملی، محقق نائینی، شیخ محمدتقی، المکاسب البیع، چاپ اول، مؤسسہ نشر اسلامی، قم، ج ۲، ۱۴۱۳ ق.
- باریکلو، علیرضا، تحلیل مبانی حقوقی مسئولیت مبتنی بر تولید، فصل نامه حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، دوره ۱۵، شماره ۱، ۱۳۹۷.
- بجنوردی، سید محمدحسین، قواعد فقہ، چاپ اول، نشرالہادی، قم، ج ۱، ۱۳۷۷.
- جعفری تبار، حسن، مسئولیت مدنی سازندگان و فروشندگان کالا، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۵.
- حکیم، سید محسن، نہج الفقاہہ، قم، انتشارات ۲۲ بہمن، بی تا.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطہر، (علامہ حلی)، نہایہ الاحکام فی معرفہ الاحکام، چاپ دوم، مؤسسہ اسماعیلیان، قم، ج ۱، ۱۴۱۰.



نگاهی به اصل بیست و پنجم قانون اساسی با تکیه بر یک رأی

مینا سالمی^۱

مقدمه:

یکی از اصول قانون اساسی در باب حقوق ملت، اصل بیست و پنجم است که مقرر می‌دارد: «بازرسی و نرساندن نامه‌ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشای مخابرات تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم مخابره و نرساندن آنها، استراق سمع و هرگونه تجسس ممنوع است مگر به حکم قانون». آنچه که این اصل بر آن پافشاری دارد احترام به حریم خصوصی افراد جامعه است. لذا با توجه به اینکه امروزه فعالیت افراد در فضای مجازی در حد چشم‌گیری افزایش یافته و از طرفی جرایم زیادی در این فضا به وقوع می‌پیوندد توجه به دو نکته‌ی اساسی ضروری است. نکته اول آنکه طبق اصل بیست و پنجم قانون اساسی، ورود به حریم خصوصی افراد در فضاهای مخابراتی و مجازی و تجسس در آن ممنوع است مگر در صورتی که قانون این اجازه را داده باشد و نکته‌ی دوم آنکه در راستای مجازات مجرمین فضاهای مخابراتی و مجازی بعضاً نیازمند تحقیقات در فضاهای خصوصی افراد خواهیم بود. آنچه که تعارض بین این دو مسأله را خاتمه می‌دهد، استثنای ذکر شده در پایان اصل بیست و پنجم قانون اساسی است و آن عبارت: «مگر به حکم قانون» می‌باشد. لذا دادرها و دادگاه‌ها تنها زمانی حق تحقیق و تجسس در حریم خصوصی افراد را دارند که قانون این اجازه را به آنها داده باشد.



اخیراً یکی از قضات محترم دادگاه بدوی، با صدور رأیی متفاوت در مورد اتهام رابطه نامشروع در فضای مجازی، توجه و البته انتقادهای زیادی را متوجه خویش ساخته است که در این مقاله با توجه به مقدمات پیش گفت به نقد و بررسی آن میپردازیم.

«رأی دادگاه»

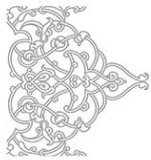
در رابطه با دادخواهی آقای... علیه متهمان فوق الذکر دایر بر رابطه نامشروع، صرف نظر از اینکه اساساً متهمان مرتکب رفتاری که موجب رکن مادی ارتباط نامشروع یا اعمال منافعی عفت با همدیگر باشد، نشده و متهم ردیف دوم در اظهارات خود بیان داشته است که چون گوشی من شکسته بود، در آن مدت اکانت اینستاگرام من روی گوشی خواهرم نصب بوده و وی به متهم ردیف اول پیام داده است، با عنایت به محتویات پرونده باید اظهار داشت که ادله مطروحه از سوی شاکی که از طریق دسترسی غیرمجاز به اکانت اینستاگرام متهم ردیف دوم (که همسر وی است) به دست آمده، تحصیل دلیل از طریق نامشروع بوده و خود در فرض اثبات ارکان بزه مشمول عنوان مجرمانه علی حده است؛ لذا دادگاه اخلاقاً روا نمی‌داند که با حرکت برخلاف جریان مقررات دادرسی نظام کیفری اسلام و زیر پا نهادن روح حاکم بر آن به عنوان نماینده قضایی جمهوری اسلامی ایران، حریم خصوصی شهروندان را نقض کند، از این رو نظر به ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری که جهات قانونی شروع به تعقیب را مورد احصا قرار داده و از آنجا که شوهر در جرایم منافعی عفت نسبت به همسر شاکی نیست، پرینت پیام‌های مضبوط در پرونده را نیز مشمول بند ث آن ماده: «اطلاع دادستان از وقوع جرم به طرق قانونی دیگر» نمی‌داند و تعقیب مطروحه در پرونده را فاقد اعتبار تلقی کرده و با رعایت اصل سی و هفتم قانون اساسی به استناد بند الف ماده ۳۴۰ و ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری قرار منع تعقیب صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره حضوری بوده و ظرف مدت ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظر در دادگاه‌های محترم تجدیدنظر استان البرز است.

این دادنامه را بر حسب استدلال قاضی صادر کننده برای رسیدن به نتیجه‌ی دلخواه، می‌توان به سه قسمت تقسیم کرده و مورد بررسی قرار داد:

الف: رکن مادی ارتباط نامشروع یا عمل منافعی عفت

ب: تحصیل دلیل از طریق نامشروع

پ: شاکی در جرم رابطه نامشروع.



الف: رکن مادی ارتباط نامشروع

ماده ۶۳۷ بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «هرگاه زن و مردی که بین آنها علقه‌ی زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا نود و نه ضربه محکوم خواهند شد و اگر عمل با عنف و اکراه باشد فقط اکراه کننده تعزیر می‌شود.» اولین سؤالی که پس از مطالعه این ماده به ذهن خطور می‌کند این است که آیا جرم رابطه نامشروع با عمل منافی عفت متفاوت است یا مقنن از باب تفنن در عبارت پردازی این دو عبارت را در پی هم آورده است؟ (جوانمرد، ۱۳۵۹: ۳۸)

پاسخ به سؤال در تعیین مصادیق جرم از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. بدین توضیح که چنانچه رابطه نامشروع و اعمال منافی عفت را یکسان بدانیم در نتیجه برای ارتکاب این جرم، با توجه به مصادیق ذکر شده در ماده الزاماً می‌بایست رابطه فیزیکی با هدف لذت جنسی رخ دهد اما اگر رابطه نامشروع و عمل منافی عفت را دو جرم مجزا تلقی کرده و مصادیق ذکر شده در ماده را از مصادیق عمل منافی عفت تلقی کنیم، رابطه نامشروع دامنه‌ی گسترده تری می‌یابد و می‌تواند هر رابطه‌ی غیرقانونی و غیرشرعی میان زن و مرد نامحرم را در برگیرد ولو آنکه ارتباط فیزیکی در کار نباشد.

در سایر موارد قانونی پاسخی برای این پرسش دیده نمی‌شود و متأسفانه نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه‌ی قضاییه نیز متناقض بوده و رویه‌ی ثابتی ندارد. به عنوان مثال نظریه‌ی مشورتی شماره ۷/۳۸۸۰ مورخ ۱۳۸۱/۴/۱۴ عمل منافی عفت و رابطه نامشروع را یکسان دانسته است: «رابطه‌ی نامشروع، موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم) در قانون تعریف نشده مع هذا، همانطور که از عنوان برمی آید عمل دو جانبه یعنی توافق دو نفر زن و مرد اجنبی (نامحرم) بر نوعی از روابط جنسی ناقص غیر از زنا و امثال آن است. بنابراین، صرف مکالمه تلفنی یا ارتباط اینترنتی، قدم زدن در پارک یا خیابان بدون لمس یکدیگر، مکاتبه نوشتاری یا مجازی و... رابطه نامشروع به معنی یاد شده به شمار نمی‌آید.»

و از طرف دیگر نظریه‌ی مشورتی شماره ۲۴۵۲/۷ مورخ ۱۳۷۸/۶/۱ «عبارت از قبیل تقبیل یا مضاجعه مذکور در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی منحصرأً منصرف به عمل منافی عفت غیر از زنا می‌باشد.» میان رابطه‌ی نامشروع و عمل منافی عفت تفاوت قایل شده است.



در این میان در دادگاه‌ها نیز رویه‌ی ثابتی وجود ندارد و حتی نشست‌های قضایی در شهرستان‌های مختلف نظریات ضد و نقیض از خود به جای می‌گذارند. برخی رابطه نامشروع را اعم از عمل منافی عفت دانسته و رابطه‌ی آن دو را عموم و خصوص مطلق می‌دانند. حال آنکه عده‌ای نظریه‌ی عکس داشته عمل منافی عفت را اعم و رابطه نامشروع را اخص تلقی می‌کنند.^۲ در این میان آرای ضد و نقیضی صادره می‌شود که باعث ایجاد نارضایتی افراد جامعه از دستگاه قضایی شده است. لکن به نظر می‌رسد آنچه که قضات در آن اتفاق نظر نسبی دارند تمایل جنسی و ابراز آن میان زن و مرد نامحرم است، حال چه به صورت مکاتبه در فضای مجازی یا به صورت ملامسه در فضای حقیقی، هر چند که حتی نظریه‌ی مشورتی از اداره حقوقی قوه‌ی قضاییه صادره شده که مکاتبه عاشقانه را جرم نمی‌داند.^۳

در دادنامه‌ی مورد بحث، مقام قضایی اظهار داشته: «... اساساً متهمان مرتکب رفتاری که موجب رکن مادی ارتباط نامشروع یا اعمال منفی عفت با همدیگر باشد، نشده...» با توجه به عدم دسترسی به محتویات پرونده، امکان اظهار نظر کامل در رابطه با اینکه قاضی محترم صادر کننده چه فعلی را عنصر مادی این جرم تلقی می‌کند، وجود ندارد لکن در استفاده از حرف اضافه «یا» میان دو عبارت ارتباط نامشروع و اعمال منافی عفت، به نظر می‌رسد قاضی محترم تمایلی به یکسان دانستن این دو جرم داشته و ارتباط صرف مجازی بدون ملامسه جنسی مرد و زن را جرم نمی‌داند.

ب: تحصیل دلیل از طریق نامشروع

طبق ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی ادله اثبات جرم عبارتند از: اقرار، شهادت، قسامه، سوگند و علم قاضی. اما پس از تعیین ادله‌ی شرعی و قانونی آنچه که اهمیت دارد نحوه‌ی تحصیل و به دست آوردن این دلایل است. آنچه که این روزها در سیستم قضایی کشورمان کم رنگ و یا حتی فراموش شده است.

۲. ر. ک به زینالی، توحید. ۱۳۹۷. پرسش و پاسخ‌های جرایم منافی عفت، رابطه نامشروع،

جرایم خانوادگی. تهران: انتشارات چراغ دانش.

۳. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷۹ مورخ ۱۳۶۳/۳/۲.



بهتر است بحث را از مهمترین اصل قانون اساسی آغاز کنیم؛ اصل سی و هفتم، با به رسمیت شناختن برائت افراد یکی از مهمترین حقوق ملت می‌باشد که در سطح بین الملل نیز پذیرفته شده است. این اصل به عنوان یکی از پایه‌های حقوق کیفری، روند دادرسی را به شدت تحت تأثیر قرار داده و سنگینی اثبات جرم را بر شانه‌های فرد مدعی گذارده است. اما یکی از مهمترین آثار اصل برائت، مشروعیت کسب دلایل اثبات جرم از سوی مدعی و مقام قضایی است.

مشروعیت تحصیل دلیل به این معنی است که دلایل قانونی نباید با نقض مقررات قانونی ناظر به حقوق و آزادی‌های عمومی، زیر پا گذاشتن حریم خصوصی، توسل به خشونت و یا عدم رعایت حقوق شهروندی یا دفاعی متهم جمع آوری شوند. (طهماسبی، ۱۳۹۶: ۲۸۰) لذا گرفتن اقرار با شکنجه، تهدید برای اقامه شهادت و نقض غیرقانونی حریم خصوصی افراد برای کسب دلیل ممنوع بوده و موجبات بطلان دلیل کسب شده را فراهم می‌آورد. ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری نیز با تأیید بر اصل برائت، هرگونه اقدام محدود کننده، سالب آزادی و ناقض حریم خصوصی افراد را جز به حکم قانون ممنوع دانسته و از اصل مشروعیت تحصیل دلیل در قانون کیفری حمایت می‌کند. همان طور ماده ۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری برای ورود به حریم خصوصی افراد و رعایت کرامت انسانی شرایط خاصی را لحاظ کرده است. در حقوق بین الملل^۴ نیز همواره به حریم خصوصی افراد، جلوگیری از هر اقدام مداخله جویانه و خلاف شرافت انسان‌ها توجه شده است. (حشمتی، ۱۳۹۳: ۷۵)

در رابطه با برخی جرایم از جمله جرایم منافی عفت، قانون گذار سخت گیری بیشتری کرده و حتی تحقیق و تفحص را مگر در مورد استثنایی ممنوع اعلام نموده است. ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری صراحتاً اعلام می‌دارد: «انجام هرگونه تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت ممنوع است و پرسش از هیچ فردی در این خصوص مجاز نیست،

۴. ماده ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «در زندگی خصوصی و خانوادگی و اقامتگاه و یا مکاتبات هیچ کس، بدون مجوز قانونی نمی‌توان مداخله کرد یا اقدامی مخالف شرافت و شهرت او نمود هر کس در مقابل این گونه مداخلات و اقدامات از طرف قانون حمایت خواهد شد.»



مگر در مواردی که جرم در مرئی و منظر عام واقع شده و یا دارای شاکی یا به عنف یا سازمان یافته باشد که در این صورت، تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت و یا اوضاع و احوال مشهود توسط مقام قضایی انجام می‌شود...» از سوی دیگر ماده ۲۴۱ قانون مجازات اسلامی نیز هرگونه تحقیق و بازجویی جهت کشف امور پنهان مستور از انظار را در جرایم منافی عفت منع می‌کند مگر در مورد ارتکاب جرم به عنف، اکراه، آزار، ربایش و اغفال.

بنابراین در جرایم منافی عفت اصل بر مستور ماندن جرم بوده و تحقیق و تعقیب مگر در موارد خاص منع شده است و با توجه به توضیحات پیش گفته، حتی در مواردی که تحقیق و تعقیب با منع قانونی مواجه نیست رعایت اصل مشروعیت کسب دلیل باید به دقت رعایت گردد؛ چرا که حساسیت در جرایم منافی عفت بسیار بالا بوده و همواره مورد توجه قانون گذار قرار دارد.

متأسفانه امروزه شاهد صدور دادنامه هایی بر خلاف اصول قانونی هستیم و زمانی که دادنامه ای با نهایت دقت و تأمل از سوی مقام قضایی صادر می‌شود موجبات تعجب دستگاه قضایی و مردم را فراهم می‌آورد. در دادنامه‌ی مورد بحث قاضی محترم به دقت اصل مشروعیت تحصیل دلیل را مورد توجه قرار داده و عدم رعایت آن را یکی از استدلال‌های خود مبنی بر صدور قرار منع تعقیب دانسته است. شاکی از طریق دسترسی غیر مجاز به اکانت اینستاگرام متهم دلایل را کسب نموده، لذا قاضی محترم با استناد به عدم رعایت اصل مشروعیت تحصیل دلیل و نقض حریم خصوصی متهم، دلایل ارایه شده را مثبت ارتکاب بزه ارتباط نامشروع ندانسته است.

پ: شاکی در جرایم منافی عفت

طبق ماده ۱۰ آیین دادرسی کیفری: "بزه دیده شخصی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان می‌گردد و چنانچه تعقیب مرتکب را درخواست کند «شاکی» و هرگاه جبران ضرر و زیان وارده را مطالبه کند، «مدعی خصوصی» نامیده می‌شود." این ماده به عنوان یکی از مواد مبنایی قانون آیین دادرسی کیفری، مانع بروز اختلافات زیادی در تعیین شاکی شده و در تکمیل آن، قانونگذار ماده ۱۴ را در تعیین زیان‌های قابل مطالبه وضع کرده است.

حال با عنایت به این دو ماده، در جرایم منافی عفت شاکی کیست؟ به غیر از



دادستان که می‌تواند در موارد قانونی، شاکی عمومی باشد، آیا شوهر در رابطه نامشروع ارتكابی توسط زن و زن نسبت به رابطه نامشروع ارتكابی از سوی شوهر، شاکی تلقی می‌شود؟

ملاک برای شاکی بودن، طبق ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری، متحمل ضرر و زیان شدن است و طبق ماده ۱۴ قانون مذکور ضرر و زیان می‌تواند مادی، معنوی و یا حتی منافع ممکن الحصول باشد. مهم این است که ضرر و زیان وارده، از وقوع جرم نشأت گرفته باشد. آیا در وقوع رابطه نامشروع از سوی زوجه، شوهر متوجه ضرر و زیان مادی، معنوی یا منافع ممکن الحصول می‌شود؟

پاسخ به این سوال شاکی را در جرایم منافی عفت مشخص می‌کند. اما مسأله ای که به ذهن متبادر می‌شود آن است که آیا هر شخصی که از ارتكاب جرمی متحمل ضرر و زیان شود، می‌تواند شاکی باشد؟ به عبارت دیگر آیا هر ضرر و زیانی چه مستقیم و چه غیرمستقیم در این دامنه قرار می‌گیرد یا اینکه ملاک کمی مضیق شده و همچون مسئولیت مدنی، تنها ورود ضرر به صورت مستقیم قابل مطالبه خواهد بود؟ به نظر می‌رسد طبق اصل تفسیر مضیق در قوانین کیفری، می‌بایست دامنه را محدود به ضررهای مستقیم کنیم.

اکنون باید افرادی را که از ارتكاب جرم رابطه نامشروع، متحمل ضرر و زیان مستقیم می‌شوند تعیین کنیم. اگر رابطه نامشروع را تنها محدود به جرایم جنسی مادون زنا بدانیم، اکراه و عنف در آن قابل تصور خواهد بود و در این صورت کسی که به عنف یا اکراه با او ارتباط برقرار شده، همان کسی است که مستقیماً ضرر کرده و باید شاکی تلقی شود. ولی اگر رابطه نامشروع را وسعت بخشیده و حتی یک مکاتبه ساده عاشقانه بدانیم در این صورت فرض عنف و اکراه عملاً منتفی خواهد بود و در این صورت اشخاص درگیر رابطه نمی‌توانند خود از شکات باشند.

در فرضی که عنف و اکراه هیچ مصداقی ندارد و رابطه نامشروع محقق شده آیا شوهر و یا بالعکس زن از رابطه نامشروع ارتكابی از سوی همسرش متحمل ضرر و زیان می‌شوند؟ به نظر می‌رسد ضرر و زیان مستقیم معنوی قابل تصور است؛ چراکه رابطه نامشروع ارتكابی از سوی فرد متأهل، تعهد و وفاداری او نسبت به خانواده را زیر سؤال برده و آسیب معنوی و حیثیتی برای همسر در پی خواهد داشت و به نظر می‌رسد کسی که مستقیماً از وقوع این جرم متحمل ضرر می‌شود، همسر است. در رابطه با فرد مجرد



بعضاً مطرح شده که پدر و مادر می‌توانند شاکی تلقی شوند ولی به نظر می‌رسد ضرر و زیان معنوی مستقیم همچون همسر در فرد متأهل برای آنها قابل تصور نیست. در دادنامه مورد بحث، قاضی محترم، شوهر را در جرایم منافی عفت نسبت به همسر شاکی تلقی نموده است و حتی مورد را با توجه به غیرمشروع بودن تحصیل دلیل از موارد اطلاع دادستان طبق بند ۳ ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری نیز ندانسته است. به نظر می‌رسد با توجه به مطالب فوق و با عنایت به آسیب حیثیتی وارده به شوهر می‌توان او را شاکی دانست و در صورت شاکی تلقی نمودن او، طبق ماده ۱۰۲ قانون مذکور، جرم قابلیت تعقیب خواهد یافت.

نتیجه گیری

آنچه که این روزها به شدت مهجور واقع شده، برترین و عالی ترین قانون کشور، یعنی قانون اساسی است. حتی در مواردی که اصول قانون اساسی صراحتاً مسأله ای را نهی می‌کند، متأسفانه شاهد نقض آن مقررهای اصلی به بهانه‌های مختلف خواهیم بود. حریم خصوصی افراد به ویژه در فضاهای مخابراتی به شدت مورد حمایت قانون اساسی قرار گرفته است و نه تنها دستگاه قضایی و ضابطین دادگستری بلکه عموم مردم باید در برابر این مقرر سر تسلیم فرود آورند.

نحوه‌ی تحصیل دلیل باید وفق مقررات قانونی باشد و در صورت نقض قانون، دلیل کسب شده فاقد وجاهت قانونی و باطل خواهد بود. متأسفانه اصل مشروعیت تحصیل دلیل کمتر در دادنامه‌ها و همچنین لوایح وکلای دادگستری به چشم می‌خورد. حال آنکه از اصول اساسی نظام‌های حقوقی است. آنقدر که گاهی اگر در دادنامه ای به این اصل استناد شده و بر اساس آن رأی صادر شده باشد، افرادی، رأی و صادرکننده‌ی آن را به چالش می‌کشند! قاضی محترم در دادنامه‌ی مورد بحث، این اصل فراموش شده را مورد استناد و استفاده قرار داده و این امر شایسته قدردانی است.

منابع

- جوانمرد، بهروز. (۱۳۵۹). رویه‌های قضایی و نظریه‌های مشورتی پیرامون جرم رابطه نامشروع. دوفصلنامه رویه قضایی (حقوق کیفری). شماره ۱: ص.ص. ۳۷-۴۳.



- حشمتی، ابوالفضل. (۱۳۹۳). تحصیل دلیل از طریق نامشروع. جستارهای فقه و حقوق. شماره ۲: ص.ص. ۶۷-۷۸.
- زینالی، توحید. (۱۳۹۷). پرسش و پاسخ‌های جرایم منافی عفت، رابطه نامشروع، جرایم خانوادگی. تهران: چراغ دانش.
- قانون اساسی
- قانون آیین دادرسی کیفری
- قانون مجازات اسلامی
- طهماسبی، جواد. (۱۳۹۶). آیین دادرسی کیفری. تهران: میزان.



نقدی بر صلاحیت دیوان عدالت اداری در

قراردادهای اداری

میثم ابوطالبی نجف آبادی^۱

پریسا کلانتری دهقی^۲

چکیده:

قراردادهای اداری، مکانیزمی جهت تأمین منافع عمومی است که توسط دولت با بخش خصوصی منعقد می‌شود. در این رابطه طبیعی و محتمل است که میان طرفین این نوع قراردادها اختلافی در اجرا یا تفسیر آن رخ دهد. بر طبق رویه دیوان عدالت اداری که به عنوان مرجع قضایی برای رسیدگی به شکایات و تظلمات مردم از دولت است، این مرجع صلاحیت رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری را ندارد و خواهان می‌تواند رسیدگی به این موضوع را از محاکم عمومی دادگستری بخواهد.

اگرچه استدلال دیوان عدالت اداری، عدم صلاحیت دیوان نسبت به رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری می‌باشد ولی چند نقطه ابهام در این استدلال وجود دارد که با بازخوانی فلسفه وجودی دیوان و همچنین ماهیت و ویژگی‌های قرارداد اداری نمود پیدا می‌کند. بنابراین نگارندگان سعی دارند که با بازخوانی صلاحیت و جایگاه دیوان و نیز ماهیت قراردادهای اداری به تفسیر رویه دیوان در این خصوص بپردازد و صلاحیت این مرجع را در پذیرش رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری تبیین کند.

واژگان کلیدی: صلاحیت دیوان عدالت اداری، ماهیت قراردادهای اداری، آرای وحدت رویه هیات عمومی.

۱. دانشجوی دکترای حقوق عمومی، کارآموز وکالت.

۲. پژوهشگر رشته حقوق.



مقدمه:

ارائه خدمات عمومی از جمله وظایف دولت‌ها است که در دولت‌های مدرن توسط مکانیزم قراردادهای اداری به بخش خصوصی واگذار شده است. این یکی از ویژگی‌های دولت حداقلی است که سعی دارد با کم کردن حجم دولت از پتانسیل شهروندان در ارائه خدمات عمومی استفاده کند. بنابراین دو طرف یک قرارداد اداری دولت و شهروندان جامعه می‌باشند.

در اجرای مفاد قرارداد اداری و یا تفسیر آن ممکن است بین دولت از یک طرف و بخش خصوصی و شهروندان از طرف دیگر اختلاف رخ دهد. اگرچه این اختلاف امری طبیعی است ولی تشخیص نهاد صالح برای رفع خصومت و فیصله دادن به اختلاف در قراردادهای اداری امری با اهمیت است.

در نظام حقوقی ایران مطابق با آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، این نهاد صالح محاکم عمومی دادگستری است و دیوان خود را صالح به رسیدگی ندانسته است. اگرچه بین شعب دیوان اختلاف نظر است ولی آراء وحدت رویه دیوان مبنی بر عدم صلاحیت دیوان برای شعب لازم‌الاتباع است. استدلال هیأت عمومی نسبت به عدم صلاحیت دیوان، ترافعی دانستن ماهیت قراردادهای اداری است؛ استدلالی که چند مرتبه توسط هیأت عمومی دیوان بر آن اصرار شد.

از طرف دیگر مطابق اصل ۱۷۳ قانون اساسی دیوان عدالت اداری تنها مرجع صالح برای رسیدگی به شکایات و تظلمات شهروندان از دولت و مؤسسات عمومی است. مقررهای که در ماده ۱ و ۱۰ قانون جدید دیوان تکرار شده است و به نوعی بیان کننده صلاحیت ذاتی دیوان نسبت به دعوی مردم علیه دولت است.

همچنین ماهیت و ویژگی‌های قراردادهای اداری و تمایز آنها با مشابه حقوق خصوصی آن باعث می‌شود که نگارندگان به استدلال هیأت عمومی به دید تردید بنگرند. اساساً سؤال اینجا مطرح می‌شود که آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص صلاحیت دیوان در رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری تا چه حدی با ماهیت و فلسفه وجودی دیوان که در اصل ۱۷۳ قانون اساسی ذکر شده است قابل جمع است؟ و همچنین آیا استدلال دیوان در این خصوص با ماهیت قراردادهای اداری مطابقت دارد؟



بنابراین با تفسیر آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و مطابقت آن با اصول مبنایی، می‌توان جایگاه اصلی دیوان را در بازشناسی این صلاحیت بیان کرد. پس از مقدمه‌ای که گذشت در گفتار اول به رویکرد دیوان عدالت اداری به حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای اداری می‌پردازیم و سپس در گفتار دوم جایگاه حقوقی دیوان عدالت اداری را در این خصوص بررسی می‌نماییم و در انتها نوشته خود را با یک نتیجه‌گیری به پایان می‌رسانیم؛

گفتار اول:

رویکرد دیوان عدالت اداری به حل و فصل اختلافات قراردادهای اداری

در این گفتار ابتدا به صلاحیت قانونی دیوان عدالت اداری در خصوص قراردادهای اداری می‌پردازیم (بند ۱) و سپس رویه‌ی دیوان را در خصوص حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای اداری بررسی می‌کنیم (بند ۲).

بند ۱: صلاحیت قانونی دیوان عدالت اداری در خصوص قراردادهای اداری

صلاحیت و اختیارات شعب و هیأت عمومی دیوان در ماده ۱۰ و ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری ذکر شده است. بنابراین صلاحیت دیوان عدالت اداری در دو سطح صلاحیت شعب و صلاحیت هیأت عمومی، تقسیم می‌شود. صلاحیت شعب دیوان، مطابق با ماده ۱۰ دیوان عدالت اداری، به دو سطح مرجع قضایی بدوی^۳ و مرجع عالی قضایی^۴ تقسیم می‌شود و در مواردی که شعب دیوان به عنوان مرجع قضایی بدوی رسیدگی می‌کنند،

۳. صلاحیت‌های موضوع این بند عبارتند از:

الف- رسیدگی به شکایات و تظلمات اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی از تصمیمات و اقدامات دستگاه‌های اجرایی و نیز کارمندان ماموران این واحدها.

ب- رسیدگی به شکایات قضات و کارمندان دستگاه‌های اجرایی که شمول قانون نسبت به آنها محتاج ذکر نام است اعم از لشکری و کشوری از حیث تضییع حقوق استخدامی.

۴. صلاحیت‌های مربوط به این بند عبارتند از: رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات قطعی مراجع شبه قضایی و دادگاه‌های اختصاصی اداری (بنگرید به: رستمی و

دیگران، ۱۳۸۸).



موضوع شکایت و یا تظلم خواهی، هم از لحاظ ماهوی و هم از لحاظ شکلی بررسی می‌گردد. ولی در مواردی که به عنوان مرجع عالی قضایی به پرونده رسیدگی می‌کنند، موضوع دعوا را منحصرأً از لحاظ شکلی بررسی می‌کنند. صلاحیت دیوان عدالت اداری دیوان نیز وفق ماده ۱۲ شامل رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی و حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دستگاه‌های اجرایی از حیث مخالفت مدلول آنها با قانون یا شرع، عدم صلاحیت مرجع مربوطه، تجاوز و سوءاستفاده از اختیارات، تخلف از اجرای قانون، خودداری از انجام وظیفه که موجب تضییع حقوق اشخاص شود و نیز صدور رأی وحدت رویه در مورد آراء متناقض و مشابه از شعب دیوان می‌شود.

لذا می‌توان گفت دیوان عدالت اداری از یک سو، مرجع صالح برای نظارت نسبت به مقررات دولتی به مفهوم عام است و از سوی دیگر مرجع رسیدگی به شکایات نسبت به اعتراضات اشخاص نسبت به مأمورین و واحدهای دولتی نیز هست که این امر، ناظر بر تصمیمات و اقدامات موردی و انفرادی آنها می‌باشد. بنابراین دیوان عدالت اداری نسبت به کلیه اقدامات و تصمیمات اداری اعم از اقدامات و تصمیمات موردی و خاص و یا تصمیمات عام‌الشمول (مقررات دولتی) صلاحیت رسیدگی دارد (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱: ۹۱). بنابراین طبق قانون دیوان، اعمال اداری خلاف قانون که قابل اعتراض و شکایت هستند، تصمیمات اداری، اقدامات اداری و آیین‌نامه‌های اداری را شامل می‌شوند (طباطبایی، ۱۳۸۷: ۴۸۴). حال با توجه به اهمیت این مفاهیم در بازشناسی صلاحیت دیوان لازم است به تبیین و مفهوم شناسی آنها بپردازیم.

با توجه به ابهام و گستردگی واژه‌هایی چون «تصمیمات و اقدامات» لازم می‌یابد به مفهوم تصمیم اداری (۱) و سپس اقدامات (۲) بپردازیم.

۱- تصمیمات اداری

در نظام حقوقی ایران مفهوم تصمیم اداری در قوانین و مقررات تبیین نشده است و تنها می‌توان مفهوم آن را در دکتترین یافت. در حقوق اداری، اعمال حقوقی یک جانبه را تصمیمات اداری می‌نامند که مانند هر عمل حقوقی اعمال اداری هستند که با قصد انشاء و به منظور ایجاد یک وضعیت حقوقی بین اشخاص و یا اصلاح یا لغو یک وضع حقوقی موجود میان آنها صورت می‌گیرد و منشاء حق و تکلیف له یا علیه آنها می‌شوند (طباطبایی، پیشین: ۳۱۳).



از تعریف فوق می‌توان عناصر اصلی یک تصمیم‌گیری را احصاء کرد:

- تصمیم‌گیری توسط یک شخص حقوقی حقوق عمومی صادر شده باشد.
- صدور تصمیم با اراده یک جانبه اداره باشد.
- منشاء حق و تکلیف شود.
- ماهیت تصمیم^۵، اداری باشد نه قضایی و تقنینی.

بنابراین معیار شکلی (سازمان اداری) و ماهوی (ماهیت اداری) در تشخیص تصمیم اداری راه‌گشاست (فلاح‌زاده و همکاران، ۱۳۹۱: ۲۴).

۲- اقدامات اداری

اقدامات اداری، به مجموعه عملیاتی گفته می‌شود که برای تهیه مقدمات تصمیمات اداری یا اجرای آنها انجام می‌شود و بر دو قسم است:

- اعمال مادی یا مقدماتی: این اعمال مستقیماً منشاء آثار حقوقی نیستند و تصمیمات مستقل لازم‌الاجرای را تشکیل نمی‌دهند بلکه مقدمات آثار تصمیمات حقوقی اداره را فراهم می‌آورند^۶ (طباطبایی، پیشین: ۳۲۳).
- اعمال اجرایی: این اعمال به آن دسته از اعمال اداری اطلاق می‌شود که به منظور اجرا و تحقق بخشیدن به تصمیمات حقوقی اداره انجام می‌شود^۷ (همان).

درخصوص صلاحیت دیوان درباره تصمیم‌های اداری، از آنجایی که این تصمیمات منشاء حق و تکلیف برای شهروندان ایجاد می‌کند، باید قائل به صلاحیت دیوان در رسیدگی به آنها باشیم. در مورد اقدامات اداری نیز اگرچه دیوان در یکی از آراء خود (رأی وحدت رویه شماره ۳۲۱-۱۳۸۶/۵/۷-هیأت عمومی) تأکید می‌نماید که پیشنهادهای و

۵. تصمیم‌گیری به معنی انتخاب و گزینش بعد از طرح و ارزیابی حداقل دو گزینه می‌باشد (رایینز، ۱۳۹۱: ۱۰۹).

۶. مانند طرح‌ها و برنامه‌ها، پیشنهادهای، آراء و نظرات مشورتی و بررسی‌های مقدماتی.

۷. توقیف روزنامه یا مجله، بستن محل کسب، قطع آب و برق مشترکان خاطی، ضمیمه اموال، مهر و موم کردن آنها و جلوگیری از فرار بزهکاران.



اظهارنظرهای مشورتی اداری قابل شکایت نیستند- با این استدلال که پیشنهادهای اداری وصف تصمیم اداری را ندارند و اثر حقوقی پدید نمی‌آورند- ولی باید بیان کرد که اظهار نظر در مواردی که از ارکان اساسی تصدیق یا تثبیت حق یا امر معین یا صلب و نفی آنها با در نظر گرفتن ضوابط و شرایط مشخص و مدارک و مستندات مربوطه باشد، از مصادیق تصمیم به حساب می‌آید (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۱۸۸) و باید قابل رسیدگی در دیوان باشد. همچنین باید اذعان کرد، این اقدامات در هر حال نمی‌توانند خارج از قلمرو اصل حاکمیت قانون بر اداره و اصل صلاحیت انجام پذیرد. این اقدامات از حیث صلاحیت، تشریفات و مقررات حاکم بر آن، تابع اصل حاکمیت قانون است و اشخاص ذی نفع باید بتوانند در صورت عدم رعایت این قواعد در مرجع صلاحیت‌دار، اعتراض و شکایت نمایند (طباطبایی، پیشین: ۳۲۴).

همچنین از عبارت ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ چنین بر می‌آید که قانونگذار نظر بر این داشته است که مطلق تصمیمات و اقدامات اداری^۸ در صورتی که موجب تضییع حقوق اشخاص شده باشد و در وضعیت حقوقی آنها تأثیر گذاشته و خسارت و ضرری به آنها وارد کرده باشد، قابل طرح و رسیدگی در دیوان می‌باشد.

بند ۲: رویه دیوان عدالت اداری در خصوص حل و فصل اختلافات قراردادهای اداری

در حقوق فرانسه دادگاه‌ها به دو دسته دادگاه‌های اداری و عمومی تقسیم می‌شوند. رسیدگی به دعوی ناشی از قراردادهای افراد، در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است و به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری در دادگاه‌های اداری رسیدگی می‌شود که عالی‌ترین مرجع در سلسله مراتب دادگاه‌های اداری شورای دولتی فرانسه است (هداوند، ۱۳۸۹: ۴۲۱).

در حقوق اداری ایران هر چند دیوان عدالت اداری مرجع صالح برای رسیدگی به دعوی علیه دولت است، اما دیوان به دعوی ناشی از قراردادهای اداری رسیدگی نمی‌کند

۸. کلمه «تصمیمات و اقدامات» در بند ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان اطلاق دارد. مطلق آن است که در جنس خود رها و آزاد باشد و شامل تمام افراد بوده و به طور یکسان تمام افراد داخل در حوزه معنا را شامل شود (صدری، ۱۳۹۳: ۱۶۴).



و تنها استثنایی که وجود دارد رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای استخدامی (که نوعی قرارداد اداری) است (بند ج ماده ۱۱ قانون دیوان). هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه شماره ۵۹-۷۱/۴/۳۰-۵۹ به این موضوع پرداخته است. این رأی که در جهت اعلام تعارض آراء صادره از شعب اول و ششم دیوان عدالت اداری بود، بیان کننده‌ی عدم صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای استخدامی است. در ابتدا شعبه ششم دیوان (سال ۱۳۶۲) چنین رأی صادر نموده است که: «وفق ماده ۱۱ قانون مصوب ۱۳۶۰ دیوان شکایت شاکیان تحت عنوان استرداد اراضی آباد شده موضوع قرارداد رسمی اجاره و اعتراض به اقدام وزارت کشاورزی و عمران روستایی در مورد نسخ قرارداد اجاره مزبور، از مسائل حقوقی است که باید به صورت توافقی در محاکم صلاحیت‌دار قضایی دادگستری رسیدگی شود و از شمول ماده مرقوم خارج و قابل طرح و رسیدگی در دیوان عدالت اداری نیست». پس از صدور این رأی، در سال ۱۳۶۸ موضوعی با عنوان فسخ قرارداد اجاره به طرفیت شرکت مجتمع کشت و صنعت آریا و وزارت کشاورزی در دیوان مطرح می‌شود که شعبه اول دیوان با احراز صلاحیت دیوان وفق بند ب ماده ۱۱ حکم به ابطال این فسخ می‌دهد. متعاقب آن در سال ۱۳۷۱ هیأت عمومی دیوان در جهت رفع تعارض این دو رأی اقدام به صدور رأی وحدت رویه می‌نماید و چنین استدلال می‌کند: «رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای جزء مسائل حقوقی می‌باشد و باید به صورت توافقی در محاکم صالح دادگستری مورد رسیدگی حقوقی قرار گیرد. در مقررات دیوان عدالت اداری مقرر نشده و شکایت مطروحه که مستند به قرارداد اجاره مطرح گردیده از مصادیق دعاوی ناشی از قرارداد و خارج از حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری است لذا رأی شعبه ششم که مبین این معنی است، وفق موازین قانونی تشخیص می‌گردد».

همین استدلال در رأی وحدت رویه ۱۹۷-۷۹/۶/۲۰-۱۹۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز تکرار شده است. در این رأی استدلال شده: «نظر به اینکه اختلافات ناشی از عقود و معاملات و قراردادهای از جمله پیمان‌های ارضی از نوع دعاوی مدنی محسوب می‌شود که رسیدگی به آنها مستندا به ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در صلاحیت محاکم دادگستری قرار دارد، بنابراین دادنامه شماره ۲۶۸ مورخ ۱۳۷۸/۵/۱۹ شعبه پنجم تجدید نظر که متضمن نفی صلاحیت دیوان در رسیدگی به شکایت مطروحه می‌باشد موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود». در این رأی اگرچه شعب ششم



و شعبه سوم تجدید نظر دیوان استدلال نمودند که: «نظر به اینکه دعاوی مطروحه در دیوان عدالت اداری و عموماً دارای آثار حقوقی است که به تبع تصمیمات دیوان عدالت اداری شاکیان به نحوی از مزایای مالی و حقوقی آن برخوردار خواهند شد و این آثار صلب صلاحیت دیوان عدالت اداری نخواهد کرد»، ولی هیات عمومی رأی به عدم صلاحیت دیوان در رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری داد (اباذری، ۱۳۸۷: ۲۰۷ و ۳۹۰). تکرار همین ادعا توسط هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۳۲۹-۱۳۸۶/۱۱/۱۴ وجود دارد که: «نظر به اینکه دعوی به خواسته ابطال تعهدنامه رسمی و نتیجتاً استرداد زمین به طرفیت شهرداری با عنایت به اینکه مبتنی بر توافق طرفین و قرارداد منعقدہ بین آنها بوده است...» شکایت فرد از شهرداری و شورای شهر را مبنی بر قرارداد میان آنها را خارج از صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌داند و «در نتیجه دعوا به کیفیت مطروحه را در صلاحیت دادگاه عمومی دادگستری قرار می‌دهد»^۹ بنابراین رویه دیوان عدالت اداری حاکی از این است که دیوان صلاحیت رسیدگی به شکایات ناشی از قراردادهای اداری را ندارد و کلیه دعاوی حقوقی ناشی از قراردادها از جمله قراردادهای اداری در صلاحیت محاکم عمومی است، در نتیجه رسیدگی به آنها مانند دعاوی اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی علیه یکدیگر تابع تشریفات قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۰ می‌باشد.

حال با توجه به آگاهی از صلاحیت‌ها و اختیارات دیوان عدالت اداری و رویه دیوان نسبت به رسیدگی به شکایات ناشی از قراردادهای اداری، اینک به تحلیل حقوقی جایگاه دیوان عدالت اداری نسبت به حل و فصل اختلافات قراردادهای اداری می‌پردازیم. در گفتار بعد سعی در تبیین صلاحیت دیوان نسبت به قراردادهای اداری داریم و اساساً در صدد پاسخ به این پرسش هستیم که آیا رویه‌ی دیوان، نسبت به قراردادهای اداری با فلسفه وجودی دیوان و واقعیت حقوقی این نهاد سازگاری دارد؟



گفتار دوم:

جایگاه حقوقی دیوان عدالت اداری در حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای اداری

در این گفتار ابتدا به فلسفه وجودی دیوان می‌پردازیم (بند ۱) سپس ماهیت قراردادهای اداری را در راستای صلاحیت دیوان بررسی می‌کنیم (بند ۲).

بند ۱: فلسفه وجودی دیوان

وقتی اداره، تصمیمی اتخاذ می‌کند و یا دست به اقدامی می‌زند، بسیار محتمل است که حقوق و آزادی‌های شهروندان را مورد تجاوز قرار دهد. بدین ترتیب، همیشه باید بر این تصمیمات نظارت اعمال گردد^{۱۰} (آقای طوقی، ۱۳۸۷: ۶۲). دیوان عدالت اداری جهت رسیدگی به تظلمات مردم علیه نهادهای دولتی و عمومی و نظارت بر تصمیمات آنها تشکیل شده است. بنابراین ویژگی بارز دیوان عدالت اداری نسبت به سایر دستگاه‌ها آن است که بنیاد دیوان عدالت اداری برای دفاع از حقوق فرد در مقابل دستگاه‌های اجرایی است. به عبارت دیگر تضمین حقوق شهروندی و مردم در مقابل دستگاه‌های اداری است. (امیرارجمند، ۱۳۸۸: ۱۰).

در این میان تفاوت دیوان با محاکم حقوقی یا کیفری را نه در اصل قضایی بودن، که باید در نوع موضوعات رسیدگی جستجو کرد که دیوان را به عنوان عالی‌ترین مقام قضایی که به دعاوی اداری یا مربوط به اداره رسیدگی می‌کند، مطرح می‌کند (شریعت باقری، ۱۳۸۸: ۴۹۹). بنابراین نظر دیوان دارای صلاحیت عام و مطلق در رسیدگی به کلیه دعاوی علیه واحدهای دولتی است، مگر در مواردی که قانون‌گذار مستثنی کرده باشد. به عبارت دیگر رسیدگی به دعاوی مردم از واحدهای دولتی و مأمورین آنها در هر زمینه و هر مورد به دیوان عدالت اداری و رسیدگی به سایر دعاوی به دادگاه‌های دادگستری مربوط می‌شود (میرداماد، ۱۳۹۰: ۵۱-۵۲). بنابراین آنچه که باعث مرزبندی صلاحیت بین محاکم دادگستری و دیوان می‌گردد، همانا موقعیت حقوقی طرفین دعوی است (موسی‌زاده، پیشین: ۲۹۴). دلیل این مدعی آن است که دیوان به عنوان مرجعی قضایی، سمبل حمایت

۱۰. نظارت اداری یا دادرسی اداری.



از مردم علیه انحرافات و تجاوزات نهادهای دولتی و عمومی است که با توجه به توسعه وظایف و مسئولیت‌های دولت و افزایش مداخله آن در شئون مختلف جامعه، روز به روز افزایش می‌یابد (صدرالحفاظی، ۱۳۷۰: ۳۱). همچنین فلسفه‌ی تأسیس دیوان آن است که اگر کارگزاران دولتی بر اساس معیارهای خود ساخته و به بهانه حفظ حقوق عمومی، حقوق فردی آحاد اجتماع را نادیده گیرند (شهناپی، ۱۳۸۶: ۵۶)، دیوان عدالت اداری با کارکرد اصلی خود یعنی بازنگری قضایی عمل اداری، موجب پاسخگویی مجموعه حاکمیت در تصمیم‌سازی‌های عمومی شده است (هداوند، ۱۳۸۶: ۳۰۹) و از این طریق نقش مؤثری در صیانت از حقوق عمومی یا همان حقوق و آزادی‌های بنیادین مردم ایفا می‌کند.

این که چرا دعوی مردم علیه تصمیمات و اعمال اداری دولت باید در دادگاه‌های اداری و خارج از محاکم عمومی رسیدگی شود، ریشه در مفهوم امتیاز اقتدار عمومی دارد. اقتدار عمومی، معیاری است که تضمین‌کننده صلاحیت محاکم اداری است. این محاکم در اصل صرفاً متمایل به رسیدگی به امور ناشی از امتیازات اقتدار عمومی هستند و سایر دعاوی در صلاحیت محاکم قضایی عادی قرار می‌گیرند (زولر، ۱۳۸۹: ۲۵۴). این که چرا دولت از اقتدار عمومی استفاده می‌کند را باید در مفهوم رفاه و آسایش عمومی یافت. این عقیده که دولت باید قدرت وسیعی را به عنوان یک نهاد عمومی در اختیار داشته باشد (نوبین، ۱۳۸۶: ۱۹۰) تا به واسطه آن بتواند امر عمومی را در جهت نفع عام مدیریت کند، فلسفه‌ی تأسیس نهاد اقتدار عمومی است.

در ادامه استدلال باید بیان کرد چنانچه دولت یا مأمور دولتی از این اقتدار عمومی سوءاستفاده کند رسیدگی آن باید در مراجع خاص غیر از محاکم عمومی صورت گیرد^{۱۱}. این همان نظامی است که به نظام دوگانه‌گرا معروف است^{۱۲} (بنگرید به: شیروی، ۱۳۹۰: ۱۹۶-۲۵۰). بنابراین اگر در نظام حقوقی کشوری به دولت و کارمندان آن یا بخش عمومی اقتدار و امتیاز ویژه توسط آن نظام حقوقی اعطا شود منطقی است که در تمام تصمیمات و اقدامات آنها در دادگاه اداری ویژه مورد نظارت و رسیدگی قرار می‌گیرد تا

۱۱. در حقوق اداری آلمان بیان شده است که «قواعد خاص نیاز به قضات خاص دارد».

۱۲. حقوق عمومی و خصوصی و همچنین دادگاه‌های اداری و عمومی.



تصمیمات صادره «با روح اداره و خدمات عمومی سازش بیشتری داشته باشد» (نوبین، پیشین: ۱۹۹) و همچنین حقوق شهروندان شاکی تضمین شود. حال با توجه به استدلال فوق به نقد رویه دیوان در خصوص صلاحیت این مرجع نسبت به قراردادهای اداری می‌پردازیم.

همانطور که بیان شد دیوان عدالت اداری در برخی از آراء خود در مقام حل اختلاف مربوط به صلاحیت استدلال کرده است، به دلیل اینکه دعاوی مربوط به قراردادهای اداری حالت ترافعی دارند در صلاحیت دیوان عدالت اداری نیستند. بنابراین در صورت وجود اختلاف در مورد قرارداد اداری این اختلاف‌ها در دادگاه‌های عمومی رسیدگی می‌شوند و دلیل این موضوع آراء وحدت رویه‌ای است که در گفتار قبل اشاره شد. این امر موجب شده است که غنای نظام حقوق قراردادهای اداری ایران مثل فرانسه که ناشی از رویه قضایی دادگاه‌های اداری است، با تشتت روبرو و رشد نکند. در واقع رویه قضایی به تدریج اصول و قواعدی را به وجود می‌آورد که به ایجاد نظام حقوقی مستقلی در آن حوزه می‌انجامد (ویژه، ۱۳۹۳: ۱۰۸) به همین خاطر باید گفت که چند رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری اگرچه ایجاد رویه قضایی می‌کند (مدنی، ۱۳۹۲: ۳-۴) ولی قادر نیست که در جهت تکوین نظام حقوقی قراردادهای اداری گام بردارد.

در ادامه باید گفت که با مطالعات مشروح مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی می‌توان دریافت که هدف از تدوین‌کنندگان قانون اساسی در ایجاد دیوان عدالت اداری یک مرجع اداری اختصاصی نبوده است بلکه دیوان را شعبه‌ای از شعب دادگستری که مرجع رسیدگی به کلیه شکایات علیه دولت باشد می‌دانستند (موسی‌زاده، پیشین: ۲۹۴). در نتیجه شکایات از قراردادهای اداری از مصادیق شکایت فرد از دولت است و در عموم مفهوم دعاوی علیه دولت جای دارد. همچنین مطابق اصل ۱۷۳ قانون اساسی رسالت دیوان «رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها... و احقاق حقوق آنها...» می‌باشد. حال آیا اگر توسط طرف دولتی قرارداد اداری، تظلمی در حق پیمانکار ایجاد شود دیوان صالح نیست؟ اصل ۱۷۳ به الفاظ «شکایات و تظلمات» اشاره کرده است، لذا اگر اجحاف دولت در حق پیمانکار یا طرف حقوق خصوصی قرارداد اداری را در مفهوم تظلم معنی کنیم، باید گفت که دیوان صالح در رسیدگی می‌باشد. از طرفی دیگر استدلال مفهوم ترافعی و اینکه قراردادهای اداری جزو امور ترافعی هستند در نتیجه در صلاحیت دیوان نیستند، استدلال ضعیفی است؛ چرا که مفهوم «ترافع»، با



یکدیگر نزد قاضی رفتن است. ترافع به این معنی است که اموری که طی آن دو یا چند نفر دعوای خود را در دادگاه مطرح می‌کنند و دادگاه نیز به دعوای آنها رسیدگی می‌کند بنابراین در دعوای ترافی، نزاع بین دو طرف ضرورت دارد که با مراجعه به مرجع قضایی رسیدگی و فصل خصومت را استدعا می‌کنند. لذا ماهیت و فلسفه دیوان مطابق با آنچه که در اصل ۱۷۳ قانون اساسی و ماده ۱۰ قانون تشکیل دیوان آمده است ماهیت ترافی می‌باشد؛ چرا که اولاً در اصل ۱۷۳ واژه «شکایت و تظلم» در عموم مفهوم ترافع جای دارد، به این صورت که فرد با مراجعه و شکایت به دیوان رسیدگی آن مرجع را می‌خواهد و دیوان صالح به رسیدگی به این شکایات و تظلمات می‌باشد، در نتیجه شکایت فرد از طرف دولتی در قراردادهای اداری حتی اگر ترافی تفسیر شود، داخل در صلاحیت دیوان است. ثانیاً مطابق قانون ۱۰ دیوان نیز مفهوم قرارداد اداری داخل در عموم مفهوم «تصمیمات و اقدامات» اداری است، بدین مفهوم که حداقل پنجاه درصد انعقاد یک قرارداد اداری، با تصمیم و اقدام دولت میسر است.

در ادامه‌ی نقد رویه دیوان نیز می‌توان استدلال کرد که دیوان با ترافی خواندن رسیدگی به شکایات از قراردادهای اداری و صالح دانستن مراجع عمومی، به طور تلویحی درجه و مقام دیوان را از یک مرجع قضایی دادگستری که صالح به رسیدگی امور ترافی است تنزل داده است در حالی که مطابق اصل ۱۵۹ قانون اساسی مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است و حال اینکه اولاً در خصوص ماهیت دیوان با توجه به قسمت اخیر اصل ۱۷۳ که دیوان را زیر نظر رئیس قوه قضاییه می‌داند، ثانیاً معنی عرفی و لغوی واژه‌ی دیوان (لنگرودی، ۱۳۷۶: ۳۱۷-۳۱۸) را در معنای دادگاه عالی باید دانست، ثالثاً اینکه از ابتدای تشکیل دیوان تاکنون که قانون جدید دیوان حاکم است هیچ عضوی به جز قضات، در صدور آرای این نهاد شرکت نداشته است، رابعاً ماده ۱۰ قانون قدیم دیوان که تخلفات قضات دیوان را همان تخلفات قضات دادگستری و مرجع رسیدگی به آن را نیز دادگاه انتظامی قضات می‌دانسته است (محمودی، ۱۳۸۶: ۲۲۳-۲۲۵) دیوان را باید مرجع قضایی دادگستری تلقی کرد که پتانسیل رسیدگی به امور ترافی را دارد. در نتیجه خارج کردن امور ترافی با طرفیت دولتی از صلاحیت دیوان خلاف ماهیت و فلسفه وجودی دیوان عدالت اداری است که رویه دیوان آن را اتخاذ کرده است.



بند ۲: ماهیت قراردادهای اداری و صلاحیت دیوان

قرارداد اداری قراردادی است که یکی از سازمان‌های اداری یا نماینده آنها از یک سو با هریک از اشخاص حقیقی یا حقوقی برای هدف انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی، بر طبق احکام خاص منعقد می‌کنند و رسیدگی به اختلافات ناشی از چنین قراردادی در صلاحیت دادگاه‌های اداری می‌باشد (انصاری، ۱۳۸۷: ۳۲). اگرچه این تعریف می‌تواند ماهیت قراردادهای اداری را مشخص کند، ولی مطابق با رویه دیوان این مرجع نظارتی صلاحیت رسیدگی به اختلافات ناشی از چنین قراردادهایی را ندارد. بر این اساس باید گفت قرارداد اداری قراردادی است که دولت، دستگاه‌های دولتی و مؤسسات عمومی غیر دولتی نظیر شهرداری‌ها و به طور کلی نهادهای عمومی با استفاده از قدرت عمومی و به منظور انجام یک خدمت عمومی منعقد می‌کنند (Pascariu, ۲۰۱۰: ۴۰۸). اداری بودن این قراردادها به این معنا است که از لحاظ تشریفات انعقاد و از لحاظ محتوا، متضمن شروط و احکام ویژه‌ای هستند که اختیارات گسترده‌ای به دولت می‌دهد و او را در موقعیت ممتاز نسبت به طرف خصوصی خود قرار می‌دهد. این شروط و احکام ویژه به منظور حفظ منافع عمومی است که دولت متولی آن می‌باشد. اگر این شروط و احکام ویژه در قراردادهای خصوصی اعمال شود، به جهت اینکه در آنها اصل بر تساوی اراده متعاملین است (بنگرید به: شهیدی، ۱۳۸۴: ۲۷ و صفایی، ۱۳۸۷: ۴۷) قراردادهای غیرمتعارف و مخالف نظم عمومی تلقی می‌شوند و در نتیجه این شروط موجب عدم نفوذ و یا بطلان عقل می‌گردد (طباطبایی مومنی، پیشین: ۳۴۷). بنابراین این نوع قراردادهای اداری که تابع قواعد خاص حقوق اداری هستند و هدف از انعقاد آنها رفع نیازمندی‌های عمومی و ارائه خدمات همگانی است و سود و زیان ناشی از این قراردادها به جامعه برمی‌گردد، قراردادهای اداری به مفهوم خاص است (طباطبایی مومنی، ۱۳۸۴: ۱۰۱-۱۰۵). در مقابل کلیه قراردادهایی که ادارات و مؤسسات دولتی و عمومی جهت انجام اعمال حقوقی خود منعقد می‌کنند قراردادهای اداری به مفهوم عام است. در این قراردادها دولت مانند سایر افراد (اشخاص خصوصی) با دیگران قرارداد منعقد می‌کند و ظاهراً دارای امتیاز و یا برتری نسبت به طرف دیگر قرارداد نیست (رضایی‌زاده، ۱۳۸۷: ۱۴۰). با توجه به آنچه که درباره قراردادهای اداری به مفهوم آن بیان شد، این قراردادها به منظور یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی منعقد نشده‌اند و جنبه پشتیبانی دارند در نتیجه مستقیماً برآورده کننده منافع عمومی نیستند و همچنین غالباً تابع قواعد و مقررات حاکم بر



قراردادهای حقوق خصوصی اند و در انعقاد و اجرا، کمتر تابع قوانین و دستورالعمل‌های دولتی هستند و شروط مندرج در این گونه قراردادها از نوع ترجیحی، حمایتی و استثنایی نیستند مانند قرارداد بیع، اجاره، رهن و... که توسط دولت با شهروندان منعقد می‌شود.

بنابر مباحث فوق ویژگی‌های یک قرارداد اداری به مفهوم خاص را می‌توان شامل موارد زیر دانست:

- وجود دستگاه اجرایی یا مؤسسه عمومی به عنوان طرف قرارداد.
- انجام یک امر عمومی به عنوان موضوع قرارداد.
- پیروی قرارداد از احکام خاص.

حال سؤالی که به ذهن متبادر می‌شود آن است که آیا قراردادی که این ویژگی‌های مهم را دارد باید همانند یک قرارداد حقوق خصوصی در محاکم عمومی رسیدگی شود؟ آیا قضاتی که در محاکم عمومی هستند صلاحیت رسیدگی به چنین قراردادهایی را دارند؟ مطابق با استدلال هیأت عمومی دیوان محاکم عمومی باید به این نوع قراردادها رسیدگی کند. ولی آیا این استدلال با ماهیت، شرایط و ویژگی‌های این نوع قراردادها سازگار است؟ با اجتماع سه شرط بیان شده برای یک قرارداد اداری خاص، به روشنی معلوم است که این استدلال که رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد اداری در مرجعی غیر از دادگاه اداری (دیوان عدالت اداری) صورت گیرد، مخالف با فلسفه و ماهیت وجودی قراردادهای اداری است؛ چرا که اولاً، وجود یک دستگاه اجرایی یا مؤسسه عمومی که از اقتدار نسبت به طرف دیگر قرارداد برخوردار است، لازم می‌آید که مرجع خاص نسبت به این موضوع رسیدگی کند نه یک مرجع عمومی. همانطور که مثلاً به جرایم و تخلفات افراد نظامی، قضات و... مرجع خاص قضایی رسیدگی می‌کند. ثانیاً، وفق اصل ۱۷۳ قانون اساسی صلاحیت ذاتی دیوان رسیدگی به دعاوی است که یک طرف آن دولت باشد بنابراین هیچگاه نمی‌توان رسیدگی به اختلافات ناشی از این دعاوی را از صلاحیت دیوان خارج و به مراجع دیگر قضایی محول کرد؛ چرا که این امر اصل حاکمیت قانون را خدشه‌دار می‌کند. ثالثاً، قراردادهای اداری به جهت تأمین منافع عمومی و نیاز عمومی توسط دولت با بخش خصوصی منعقد می‌شود و در همین راستا قانون‌گذار به دولت امتیازات ویژه اعطا کرده است که از این هدف حمایت کند. این امتیازات در قراردادهای اداری را قواعد ویژه



می‌گویند.

بنابراین اگر طرف خصوصی از امتیازات دولت در این قراردادهای شکایت کند یا نسبت به تفسیر از منافع عمومی که جهت انعقاد قرارداد اداری است شکایت کند، آیا بهتر نیست مرجعی به این اختلافات رسیدگی کند که قضات آن آشنایی با حقوق عمومی و مقتضیات امر عمومی دارند؟ پر واضح است که اگر استدلال دیوان را صحیح بدانیم رسیدگی به این نوع قراردادهای را نیز به محاکم عمومی بسپاریم، محاکم عمومی مانند اختلافات ناشی از قراردادهای خصوصی که نه هدف منافع عمومی را دارد و نه دارای قواعد ویژه به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری نیز رسیدگی می‌کند. علاوه بر این نگرش قضات محاکم عمومی با قواعد و احکام حقوق خصوصی تکوین یافته و با مقتضات امر عمومی و حقوق عمومی نا آشنا هستند و در نتیجه تفسیر قضایی نیز مطابق قواعد تفسیری حقوق خصوصی و فارغ از توجه به امر عمومی، منافع عمومی، قواعد ویژه و مقتضیات منافع عمومی خواهد بود (ویژه، پیشین: ۱۰۸-۱۰۹) بنابراین لازم است حل و فصل ناشی از قراردادهای اداری در مرجعی رسیدگی شود که قضات آن در فضای حقوق عمومی تنفس کنند (امیرارجمند، پیشین: ۱۲). با توجه به استدلال فوق ارجاع رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری به محاکم عمومی موجب تنزل جایگاه قرارداد اداری به قراردادهای حقوق خصوصی می‌شود؛ امری که با فلسفه و ماهیت ذاتی قراردادهای اداری مغایرت دارد؛ چرا که اگر هدف از قراردادهای اداری تأمین منافع عمومی باشد پس رسیدگی به دعاوی مربوط به آن نیز باید در جایی طرح شود که جایگاه و قضات آن مختص و متخصص حقوق عمومی و اداری باشد تا با تمسک به قواعد حقوق عمومی در جهت حفظ منافع عمومی گام برداشته شود. این همان ظرافتی است که در نظام‌های دوگانه‌گرا به آن قراردادهای عمومی گرا می‌گویند (ابوطالبی، ۲: ۱۳۹۳، بنگرید به: سلیم، ۱۳۸۷: ۲۱۷-۲۵۰). از طرف دیگر نیز چون موضوع قراردادهای اداری ممکن است ارائه خدمت عمومی باشد و اصول حاکم بر خدمات عمومی از جمله اصل استمرار بر آن حاکم است، لذا منطقی است که حل و فصل دعاوی این نوع قراردادها باید در مرجعی رسیدگی شود که تشریفات و پیچیدگی‌های مراجع عمومی را نداشته باشد و یا حداقل کمتر داشته باشد؛ چرا که در غیر این صورت اجرای موضوع قرارداد با وقفه مواجه می‌شود که مخالف اصل استمرار و در نتیجه منافع عمومی است. بنابراین اگر رسیدگی به این نوع قراردادها را از صلاحیت مراجع عمومی خارج کنیم و به مرجع دیگر که تشریفات کمتری دارد (دیوان عدالت



اداری) واگذار نماییم به نظر می‌رسد به رعایت اصل استمرار و رعایت منفعت عمومی نزدیکتر می‌شویم.

نتیجه‌گیری

صلاحیت دیوان عدالت اداری در خصوص رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری موضوعی است که در چند رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان (شماره ۵۹، ۱۹۷ و ۱۳۲۹) به صراحت ذکر شده است و هیأت عمومی به این دلیل که قراردادهای اداری ماهیت ترافعی دارد، دیوان را صالح ندانسته و در مقابل محاکم عمومی دادگستری را ذی صلاح قلمداد کرده است. این استدلال با توجه به دلایل مطروحه در این نوشته نمی‌تواند جایگاه حقوقی قوی داشته باشد.

از جمله اینکه اصل ۱۷۳ قانون اساسی مبین شکایات فرد از دولت و رسیدگی به تظلمات آنها توسط دیوان می‌باشد که می‌توان صالح بودن دیوان در رسیدگی به تظلمات ناشی از قراردادهای اداری را برداشت کرد. همچنین فلسفه وجودی دیوان مبنی بر حمایت از شهروندان علیه دولت در برابر هر نوع اقدام و تصمیم اداری است که با عموم و اطلاق کلمه تصمیم و اقدام اداری، قراردادهای اداری نیز شامل می‌شود (ماده ۱۰ قانون جدید دیوان). ماهیت ترافعی بودن تمامی دعاوی شهروندان از دولت که در دیوان عدالت اداری مطرح می‌شود و نیز ماهیت قضایی دیوان که می‌تواند صلاحیت ترافعی نیز داشته باشد، از جمله دلایل دیگر بر صلاحیت دیوان در خصوص قراردادهای اداری است.

همچنین توجه به مشروح مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی که دیوان را شعبه‌ای از دادگستری می‌داند و مرجع رسیدگی به کلیه شکایات مردم علیه دولت قلمداد می‌کند، می‌توان شکایت از قراردادهای اداری نیز نوعی شکایت از دولت تفسیر کرد و دیوان را صالح دانست.

از طرف دیگر با بررسی ماهیت قرارداد اداری که شامل هدف امر عمومی، قواعد ویژه هستند، می‌توان برداشت کرد که رسیدگی به قراردادهای اداری باید در دادگاه اختصاصی صورت گیرد که آن مرجع اختصاصاً برای این امر پیش‌بینی شده و قضات آن تعلیمات حقوق عمومی داشته باشند. همچنین رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری در محاکم عمومی موجب تنزل اهمیت و ماهیت قراردادهای اداری در حد قراردادهای حقوق خصوصی می‌شود، در حالی که این امر با ماهیت قراردادهای اداری در تناقض است. بر



این اساس قراردادهای خاص، مراجع قضایی خاص می‌طلبند و همچنین اطلاع دادرسی که در محاکم عمومی رایج است، مخالف با اصل استمرار و منفعت عمومی شهروندان است و برای جلوگیری از این امر باید رسیدگی به این نوع دعاوی در مراجعی که رسیدگی در آن با کمترین اطلاع می‌باشد، صورت گیرد که روشن است دیوان عدالت اداری در این خصوص جایگاه ممتازی نسبت به مراجع عمومی دارد.

با توجه به نکات فوق پیشنهاد می‌شود که یا دیوان عدالت اداری، مرجع صالح به قراردادهای اداری شناخته شود یا حداقل یک مرجع قضایی خاص اداری (دادگاه اداری) برای رسیدگی به آنها تشکیل شود؛ چرا که تخصصی برخورد کردن با نهاد قراردادهای اداری، موجب تثبیت و ارتقای جایگاه این نهاد مهم در حقوق اداری، و نیز سبب جلوگیری از تشتت رویه در این باره می‌شود.

مراجع:

کتاب و مقالات

- اباذری فومشی، منصور (۱۳۸۷)؛ مجموعه آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ اول.
- ابوطالبی نجف‌آبادی، میثم (۱۳۹۳)؛ «تحلیل حقوقی اختیارات و تعهدات کارفرما در قراردادهای پیمانکاری دولتی»، هشتمین همایش هفته پژوهش، پیام نور مرکز اصفهان.
- امامی، محمد و استوارسنگری، کورش (۱۳۹۱)؛ حقوق اداری، جلد دوم، تهران: نشر میزان.
- امیرارجمند، اردشیر (۱۳۸۸)؛ نشست علمی اصول حقوق عمومی حاکم بر رسیدگی‌های دیوان عدالت اداری، معاونت آموزشی و پژوهشی دیوان عدالت اداری.
- انصاری، ولی‌اله (۱۳۸۷)؛ حقوق قراردادهای اداری، تهران: نشر حقوقدان، چاپ چهارم.
- آقایی طوقی، مسلم (۱۳۸۷)؛ بررسی تطبیقی نظام عدالت اداری در آفریقای جنوبی و ایران، حقوق اساسی، سال هفتم، شماره ۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶)؛ ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ هشتم.
- رایبیز، استیفن (۱۳۹۱)؛ تئوری سازمان ساختار و طرح سازمانی، مترجم: مهدی الوانی و حسن دانایی‌فرد، تهران: انتشارات صفار.
- رستمی، ولی و دیگران (۱۳۸۸)؛ دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران، تهران، دانشگاه تهران، موسسه مطالعات حقوق عمومی: انتشارات گرایش.



- رضایی‌زاده، محمد (۱۳۸۷)؛ ویژگی قراردادهای اداری، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۲.
- زولر، الیزابت (۱۳۸۶)؛ درآمدی بر حقوق عمومی، مترجم مجتبی واعظی، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، چاپ اول.
- سلیم، هادی (۱۳۸۷)؛ قراردادهای دولتی و ویژگی‌های نظام‌های حقوقی دوگانه‌گرا، مترجم: محسن محبی، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، شماره ۲۵.
- شریعت‌باقری، محمدجواد (۱۳۸۸)؛ دیوان عدالت اداری: صلاحیت قضایی و دادرسی اداری، نشست علمی، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکز، چاپ اول.
- شهنایی، خلیل (۱۳۸۶)؛ جایگاه دیوان عدالت در تامین عدالت اجتماعی، پژوهشنامه معاونت حقوقی و بررسی‌های فقهی مرکز تحقیقات استراتژیک، سال اول، شماره ۱.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۰)؛ حقوق تطبیقی، تهران: انتشارات سمت، چاپ دهم.
- صدر، محمد (۱۳۹۳)؛ بنیاد استدلال در حقوق اسلامی، تهران: انتشارات اندیشه‌های حقوقی، چاپ هشتم.
- صدرالحفاظی، نصراله (۱۳۷۰)؛ دیوان عدالت اداری و فلسفه تاسیس آن، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، سال اول، شماره ۲.
- ----- (۱۳۷۲)؛ نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: نشر شهریار.
- طباطبایی موتمنی، منوچهر (۱۳۸۴)؛ مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره هفتم.
- ----- (۱۳۸۷)؛ حقوق اداری، تهران: انتشارات سمت، چاپ ۱۵.
- فلاح‌زاده، علی و همکاران (۱۳۹۱)؛ تفکیک تقنین و اجرا، تحلیل مرزهای صلاحیت تقنینی در روابط قوای مقننه و مجریه، تهران: انتشارات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.
- محمدی، جواد (۱۳۸۶)؛ قانون جدید دیوان عدالت اداری در بوته نقد، حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۸.
- مدنی، جلال‌الدین (۱۳۹۲)؛ رویه قضایی، تهران: انتشارات پایدار، چاپ بیست و دوم.
- موسی‌زاده، رضا (۱۳۸۴)؛ حقوق اداری، تهران: نشر میزان، چاپ ۷.
- میرداماد نجف‌آبادی، علی (۱۳۹۰)؛ صلاحیت و حدود اختیارات دیوان عدالت اداری، معرفت حقوقی، سال اول، شماره اول.
- نوین، پرویز (۱۳۸۶)؛ حقوق اداری تطبیقی، تهران: انتشارات تدریس، چاپ اول.
- ویژه، محمدرضا و تنگستانی، محمد قاسم (۱۳۹۳)؛ حق فسخ و انفساخ قراردادهای پیمانکاری دولتی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۴، شماره



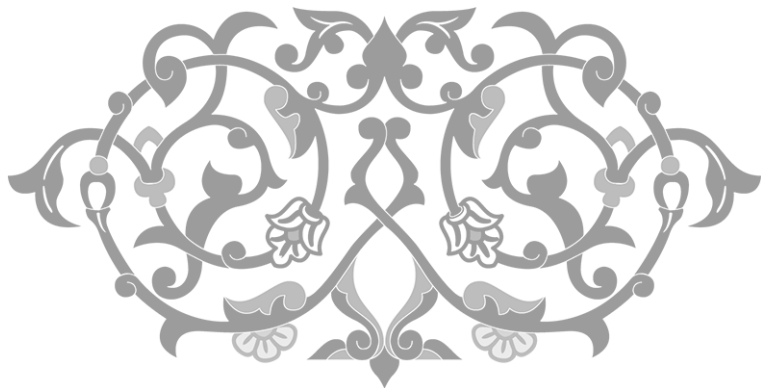
- ۱.
- هداوند، مهدی (۱۳۸۶)؛ مهار قدرت و تحول آن در حقوق اداری، حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۸.
 - ----- (۱۳۸۹)؛ حقوق اداری تطبیقی، جلد اول، تهران: انتشارات سمت.
 - Pascariu, Lianate Teodora (2010): The distinction of the administrative contract form other types of contracts, The Annals of Stefan Celmare, Vol. 10, Special Number.

آراء قضایی:

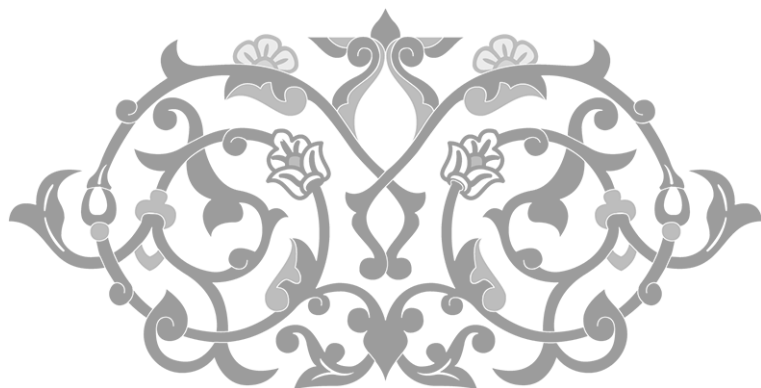
- رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری ۱۳۳۹-۸۶/۱۱/۱۴
- رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری ۱۹۷-۷۹/۶/۲۰
- رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری ۵۹-۷۱/۴/۳۰

سایت ها:

- www.vajehyab/moien
- www.pajoohe.com
- www.divan-edalat.ir



گزیده سخنرانی‌ها





سخنرانی دکتر سید جواد طباطبایی در همایش ملی

«قانون اساسی و دولت مشروطه در ایران»

(ایراد شده در تاریخ ۲۵ بهمن ۱۳۹۶ در دانشگاه تبریز)

در همایش ملی قانون اساسی و دولت مشروطه در ایران، دکتر طباطبایی با حضور در دانشگاه تبریز طی سخنرانی بحث قانون اساسی و دولت مشروطه را از دو منظر تاریخی و حقوقی مورد بررسی قرار داد:

- در ایران بیش از صد و ده سال سابقه تدریس حقوق و علوم سیاسی داریم. نسل من از طریق کتاب دکتر قاسم‌زاده با حقوق اساسی آشنا شد. این کتاب همچنان کتاب معتبری است اما نخستین اثر درحوزه قانون اساسی نیست.
- بلافاصله بعد از صدور فرمان مشروطه و تدوین نخستین قانون اساسی، محمدعلی فروغی (که پدرش رییس مدرسه حقوق و علوم سیاسی بود) در سن حدوداً ۲۷ سالگی اولین کتاب در حوزه حقوق اساسی را تالیف کرد که این کتاب اخیراً هم چند بار چاپ شده است. فروغی سعی داشت تا کلیاتی از قانون اساسی را در کتابش شرح دهد. اما قسمت دوم کتاب هرگز چاپ نشد. بلافاصله منصورالسلطنه عدل، که از اولین حقوقدان‌های ایران (هم در حقوق خصوصی و هم در حقوق عمومی) بود، کتاب مهمتری در این زمینه نگاشت. او که اهل تبریز و از خاندان عدل بود، ابتدا به قاهره و بعد به پاریس رفت و آنطور که خودش نوشته لیسانسیه حقوق از دانشگاه پاریس بود و پس از بازگشت به ایران در حدود سال ۱۳۲۷ قمری، اولین کتاب را در زمینه حقوق (هم کلیات حقوق اساسی و هم شرحی از قانون اساسی مشروطه) نوشت. این کتاب در زمان خودش چاپ شد و در سال‌های اخیر نیز با تأکیدی که بر اهمیت آن داشتیم دوباره به چاپ رسید. این کتاب مهم اولین نوشته در ایران در زمینه حقوق اساسی است. حدس من این است که محمدعلی فروغی بعد از انتشار قسمت اول کتابش وقتی متوجه شد یک کتاب معتبرتر و بهتر در این زمینه منتشر شده، از نوشتن قسمت دوم که احتمالاً تکرار سخنان منصورالسلطنه عدل بود صرف



نظر کرده و کتاب منصورالسلطنه تبدیل به نخستین کتاب مهم در حوزه حقوق اساسی شد. در این فاصله یعنی از منصورالسلطنه تا دکتر قاسم زاده، شخص دیگری در این زمینه کار نکرده است یا اگر هم بوده چندان برجسته نبوده و دکتر قاسم زاده اولین استاد مهم حقوق اساسی در ایران به حساب می‌آید.

- هم محمدعلی فروغی و هم منصورالسلطنه عدل، آنچه در کتاب هایشان مطرح کرده‌اند (از نظر اصطلاحات و دقت فهم مطالب) نقل دقیقی از اروپایی‌ها و عمدتاً از فرانسه بوده است. چون نظام حقوقی ما مبتنی بر نظام حقوقی فرانسه بود، بسیاری از مفاهیم و اصطلاحات برای اولین بار در این دو کتاب آمده است. برای مثال اصطلاح نظام Constitution توسط فروغی تحت عنوان «دولت با اساس» ترجمه شد که بعدها همین اصطلاح را تحت عنوان «دولت مشروطه» ترجمه کردند. در این مورد ترجمه فروغی بسیار دقیق‌تر از آن چیزی است که ما امروزه به کار می‌بریم. بعد از فروغی مسیر اصلی را منصورالسلطنه عدل باز کرد. ردپای بسیاری از مباحث و همچنین نحوه بیان او در کتاب قاسم زاده همچنان دیده می‌شود. بعدها حقوقدانان و اساتید برجسته حقوق اساسی مثل دکتر علی‌آبادی و دکتر ابوالفضل قاضی نیز همین سنت را ادامه دادند.

- به کرات شنیده‌ایم که گفته می‌شود مشروطه از عثمانی به ایران آمده است، حتی می‌گویند کلمه مشروطه از شارتر فرانسوی می‌آید، یا کسی مثل فریدون آدمیت وقتی از Constitution صحبت می‌کند می‌گوید که تحت تأثیر خط گلخانه‌ای عثمانی‌ها بوده است. البته عثمانی بر اثر رفت و آمد و نشر افکار تا حدی تأثیر داشته است ولی تا جایی که من می‌فهمم این اصطلاح از عثمانی نیامده است. نکته دیگر این است که تقریباً همه‌ی تاریخ نویسان مشروطه گفته‌اند مشروطه از چهار پنج سال قبل از پیروزی مشروطه، در میان مردم تکوین یافت و حتی در ابتدا مردم درست نمی‌دانستند که مشروطه چه چیزی است! در این ارتباط در کتاب‌ها آمده پس از آنکه مردم به سفارت انگلیس رفتند، همسر سفیر از آنها پرسید که شما چه می‌خواهید؟ آنها هم یک سری مطالبات مبهم را بیان کردند و او در آنجا به مردم گفت پس شما مشروطه می‌خواهید و از آن هنگام مردم ایران با اصطلاح مشروطه آشنا شدند! اینها داستان‌هایی است که در این مورد نوشته‌اند. این تاریخ نویسی نیست. اینها داستان‌های بی پایه‌ای است که خیلی جاها آمده است. اما واقعیت این



است که تاریخ مشروطیت در ایران به حدود ۶۰ یا ۷۰ سال پیش از این چیزهایی که در کتاب‌ها آمده باز می‌گردد. من در مورد مکتب تبریز کار مفصلی انجام داده‌ام و در آن توضیح داده‌ام که این شهر چه اهمیتی در تحولات دوران جدید ایران داشته است. خیلی خلاصه سعی می‌کنم به بخش‌هایی از آن اشاره کنم.

- به قول مجتبی مینوی «اولین کاروان تمدن» یا نخستین کسانی که ابتدا، به هند و سپس به انگلستان رفتند، اولین چیزی که نظر آنها را جلب کرد نظم حقوقی حاکم بر هند و انگلیس بود. هم زمان با جنگ‌های ایران و روس و آن شکست بزرگی که حاصل شد، در دار السلطنه تبریز ابتدا میرزا بزرگ (قائم مقام اول) و سپس میرزا ابوالقاسم قائم مقامی فرزند میرزا بزرگ که وزیر عباس میرزا بود، پنج نفر را به انگلستان فرستادند. در سفرنامه یکی از آنها به نام میرزا صالح وقتی اوضاع انگلستان را مورد بررسی قرار می‌دهد اصطلاحی را به کار می‌برد که قبلاً یکی از مسافران هند نیز به کار برده بود و آن اصطلاح «عدالت خانه» است. بر این اساس کلمه عدالتخانه که اساس مشروطه در سال‌های بعد بود، حدود شصت تا هفتاد سال قبل از مشروطه در زبان فارسی ظاهر شده است. حدس من این است به واسطه توصیفات که دانشجویان به فرنگ رفته از انگلستان نوشته بودند، در دارالسلطنه تبریز تصویری از اهمیت ایجاد نظام حقوقی پیدا شده بود.

- می‌دانیم که هم میرزا ابوالقاسم قائم مقام و هم امیرکبیر به قتل رسیدند. اولی به دست محمد شاه و دومی به دست ناصرالدین شاه کشته شدند. تحلیل آنچه که در تاریخ در توضیح قتل این دو نفر آمده بسیار مهم است چون تاریخ‌های ما (خصوصاً در آن دوره) برای عرضه به شاه نوشته می‌شدند. برای نمونه کتاب «صدر التواریخ» که زیر نظر اعتماد السلطنه و در ارتباط با وزرای اعظم دوره قاجار نوشته شده و در اختیار شاه قرار گرفته است. چنانچه می‌دانید پدر اعتماد السلطنه کسی بود که امیر کبیر را به قتل رساند. به همین دلیل طبیعی بود که وقتی اعتماد السلطنه چگونگی قتل امیر کبیر را بیان می‌کند این دو نکته را در نظر بگیرد که اولاً پدرش عامل قتل امیر کبیر است و دوم اینکه کتاب قرار است به کسی تقدیم شود که فرمان قتل امیرکبیر را صادر کرده بود. به هر ترتیب نسخه اولیه کتاب نوشته شد ولی ما نمی‌دانیم که در این مورد دقیقاً چه چیزی در نسخه‌ی اولیه آمده است؛ زیرا توسط اعتماد السلطنه نسخه دومی از همین کتاب جهت تقدیم به شاه تهیه شد، که ما



امروز آن نسخه دوم را در اختیار داریم که چاپ هم شده است. در این نسخه قسمت‌های مهمی ممیزی شده است. می‌دانید که اعتماد السلطنه وزیر انطباعات بود و بنیانگذار ممیزی دولتی در ایران است. به این ترتیب اعتماد السلطنه در مورد قتل قائم مقام با اندکی مسامحه، اما در ارتباط با قتل امیرکبیر به میزان بیشتری در کتاب دست می‌برد. البته از نسخه اصلی یک نسخه موجود بوده که فریدون آدمیت به آن دست یافته بود. ظاهراً برادر او یعنی تهمورث آدمیت، از نسخه اصلی استنساخ کرده بود که امروزه اطلاعاتی از آن در دست نیست. در نسخه‌ای که ما امروز در اختیار داریم (که از منظر تاریخ حقوق اساسی بسیار مهم است) یکی از مباحث پایه‌ای در حقوق اساسی، تفکیک دو نهاد دولت و حکومت است. ما به طور تاریخی در هیچ کدام از نوشته‌های قدیمی خودمان چنین تمایزی بین این دو نهاد نداشته‌ایم.

• در کتاب صدرالتواریخ، یکی از دلایل قتل قائم مقام دوم، چنین ذکر شده که او کارهایی می‌کرد که شاه را خوش نمی‌آمد. از جمله اینکه می‌خواست دستگاه وزارت را از سلطنت جدا کند! اینجا نخستین بار است که این تمایز و اهمیت جدا کردن این دو نهاد مطرح می‌شد. توضیحی که نویسندگان صدرالتواریخ در این رابطه ارائه می‌دهند این است که قائم مقام کوشش می‌کرد دست شاه را از خرج بی حساب از بیت المال کوتاه کند و مثال‌هایی در این مورد می‌زند و از اصطلاح صرف جیب یا پول تو جیبی که برای شاه مشخص شده بود، صحبت می‌کند. همین درگیری‌ها به کشته شدن قائم مقام منجر شد. اعتمادالسلطنه تاکید می‌کند که قائم مقام با شاه رابطه حسنه‌ای نداشت و به شاه جسارت می‌کرد اما اشاره هم می‌کند که البته قائم مقام خائن نبود، بلکه شاه از کارهای او احساس خطر می‌کرد و به علت همین جدال با شاه کشته شد. از اینجا به بعد اعتمادالسلطنه در دعوا نرخ تعیین می‌کند و وقتی می‌گوید این آدم خائن نبود و به خاطر خیانت کشته نشد، یعنی دیگرانی بوده‌اند که خائن بودند و به دلیل خیانت کشته شدند! در مورد امیرکبیر هم از اصطلاح صرف جیب و پولی که امیرکبیر برای مخارج ناصرالدین شاه در نظر گرفته بود صحبت می‌کند. امیرکبیر مانند قائم مقام مبلغ محدودی برای خرج شاه در نظر گرفته بود و به شاه می‌گفت شما فقط مسئول کاخ هستید، ولی من مسئول کشور هستم. به همین دلیل شما باید همین مقدار محدود را خرج کنید. این درگیری‌ها به قتل امیرکبیر ختم شد. اعتمادالسلطنه در این مورد می‌گوید امیرکبیر خائن بود. او



می‌خواست دست شاه را از امور قطع کند و خودش دستگاه وزارتی را برقرار کند که پاسخگو به شاه نباشد و به علت همین خیانت هم کشته شد!

- اگر از بحث خائن بودن امیرکبیر - که موضع شخصی اعتمادالسلطنه است - صرف نظر کنیم با بررسی روایت قائم مقام و امیرکبیر متوجه می‌شویم که از همان آغاز دارالسلطنه تبریز، بحث جدایی وزارت و سلطنت (که امروز به آنها می‌گوییم دولت و حکومت) مطرح شده است. یک قرینه بسیار مهم در اواسط دوره قاجاریه وجود دارد که نشان می‌دهد، این تمایل به تفکیک نهادی در میان نخبگان حکومتی شکل گرفته بود.

- رساله‌ای از میرزا ملکم خان وجود دارد که ابتدا تصور می‌شد این رساله توسط میرزا یعقوب خان پدر میرزا ملکم خان نوشته شده است اما هما ناطق پس از دسترسی به نسخه اصلی‌تر و انتشار آن در فرانسه نظرش بر این است که رساله توسط میرزا ملکم خان نوشته شده است. میرزا ملکم خان ارمنی بود و زبان می‌دانست و منشی سفارت روس بود. میرزا ملکم خان می‌گوید که گاهی به خدمت امیر می‌رسیدم و با امیر در مورد اوضاع کشور هم صحبت می‌شدم. امیر بسیاری اوقات نگران بود و می‌دانست که قرار است کشته شود. یک بار گفت که شاه تنها است و نفوذ دیگران او را تحت تأثیر قرار خواهد داد. ملکم خان می‌نویسد به امیر گفتم که چرا فکری به حال تنهایی شاه نکردی؟ یعنی نظامی درست کنی، که شاه به تنهایی تصمیم‌گیری نکند. اینجاست که امیرکبیر آن جمله معروف را بیان می‌کند و می‌گوید خیال Constitution داشتیم؛ روس‌ها نگذاشتند اما انگلیسی‌ها پنهانی موافق بودند. می‌دانید که سیاست ایران دست روس و انگلیس بود. روس‌ها مخالف بودند اما انگلیس‌ها چون خودشان سلطنت مشروطه داشتند، از این مسأله حمایت می‌کردند. مشروطه شدن ایران طبیعتاً باعث دور شدن از روسیه و تقویت موضع انگلیس در ایران می‌شد؛ چنانچه پس از مشروطه شاهد همین موضوع بودیم. بنابراین استنباط من این است که بحث مشروطیت در ایران سابقه‌ای بیش از آن دارد که اکنون تصور می‌شود و عموماً گفته می‌شود که به هفت یا هشت سال پیش از صدور فرمان مشروطه باز می‌گردد. ایده‌ی مشروطه به شصت یا هفتاد سال پیش از انقلاب مشروطه و به دارالسلطنه تبریز باز می‌گردد.



گزارشی از سخنرانی اساتید سید محمد هاشمی، داود فیرحی و محمد جعفر حبیبزاده در همایش

«شهید بهشتی و قانون اساسی سال ۵۸»

(ایراد شده در تاریخ ۹۳/۹/۱۰ در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)

درآمد:

قانون اساسی (constitution) مجموعه‌یی از اصول بنیادین یا موضوعه است که دولت را قوام می‌بخشد. به تعبیر دقیق داود فیرحی، قانون اساسی مثل خون در بدن دولت است و شاید به همین دلیل است که استاد زنده‌یاد ناصر کاتوزیان، حقوقدان فقید و از نویسندگان پیش‌نویس قانون اساسی می‌گوید: «جایگاه قانون اساسی برتر از قوانین عادی بوده و قانون اساسی را نمی‌توان با قوانین عادی تغییر داد». از همین جاست که واریسی و تحلیل اندیشه‌های نویسندگان قانون اساسی جمهوری اسلامی و در رأس ایشان شهید مرحوم آیت‌الله سید محمد حسینی بهشتی اهمیتی اساسی و بنیادین پیدا می‌کند؛ چهره‌ای که درباره میزان و نحوه تأثیرش در تهیه این متن اساسی بحث و حدیث فراوان است. قانون اساسی جمهوری اسلامی پس از نگارش پیش‌نویس آن و سپس بحث‌ها و جدل‌های فراوان در مجلس خبرگان قانون اساسی در نهایت در سال ۱۳۵۸ مورد همه‌پرسی قرار گرفت. دهه‌ها از آن زمان می‌گذرد تا اینکه انجمن اسلامی دانشجویان دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران و بنیاد نشر آثار و اندیشه‌های شهید بهشتی مشترکاً نشست‌های را در سالن شیخ انصاری دانشکده حقوق برگزار کردند. در این نشست سید محمد هاشمی حقوقدان برجسته و عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی، محمد جعفر حبیبزاده استاد حقوق کیفری دانشگاه تربیت مدرس و داود فیرحی استاد اندیشه سیاسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران سخنرانی کردند. در ادامه گزارشی از سخنرانی‌های این جلسه ارائه می‌شود.

۱۲۳

مجله
حقوق



استاد سید محمد هاشمی: شهید بهشتی و آزادی‌های اجتماعی دکتر هاشمی ابتدا به مرور شخصیت دکتر بهشتی و نقش او در انقلاب اسلامی پرداخته و فرمودند:

- شهید بهشتی شخصیت برجسته‌ای است که تاریخ پیش از انقلاب ایشان را شناخته و من نیز از دهه ۱۳۴۰ با ایشان ارتباط داشتم و افکار و اندیشه‌های او را می‌شناسم. او اولاً شخصیتی علمی بود که در دو میدان حوزه و دانشگاه حضور داشت و بین این دو جلوه ارتباط برقرار کرده بود، ثانیاً ایشان شخصیتی فرهنگی داشت و در حوزه‌های آموزش و پژوهش فعالیت می‌کرد، برای نمونه مدیر دبیرستان دین و دانش در قم بود که امام موسی صدر آن را تأسیس کرده بود. همزمان ایشان کارهای پژوهشی نیز انجام می‌داد. نخستین اثر مهم ایشان خدا از دیدگاه قرآن است. موضوع مهم دیگری که ایشان به آن پرداختند، بحث‌های اقتصادی مثل مالکیت در اسلام و بانکداری اسلامی و تأکید بر بیمه‌های اجتماعی به عنوان زمینه‌ساز درک مسائل اقتصادی برای بالای امنیت و آسایش مردمی است. ثالثاً ایشان شخصیتی سیاسی و اجتماعی برجسته‌ی نیز داشت.
- ایشان در جلسات هفتگی به مبادله افکار و اندیشه‌ها می‌پرداخت و نگرش تطبیقی به اندیشه‌های دیگران از جمله سایر مذاهب و ادیان داشت. تعامل و همراهی اندیشه‌ها همواره در ذهن ایشان وجود داشت. همچنین ایشان در آن زمان که هنوز نشانی از انقلاب نبود، از آزادی خواهی در اسلام سخن می‌گفت یعنی زمانی که در فضای دانشجویی مردم طالب حکومت اسلامی بودند. همچنین ایشان به تحزب‌گرایی اسلامی توجه جدی داشت و بنیانگذار حزب جمهوری اسلامی بود. البته حزب باید خودجوش باشد، معذک ایشان کار ارشادی داشت و نماد و نمونه تحزب را ترسیم کرد، به گونه‌ی که مردم متوجه اهمیت تحزب باشند. او تحزب را آموزش داد و نهاد مدنی متفکرانه ایجاد کرد.
- نخستین سمت شهید بهشتی بعد از بازگشت از آلمان و ورود به فضای انقلابی، عضویت در شورای انقلاب بود که در کنار دیگر افراد حضور داشت. همچنین عضو مجلس خبرگان قانون اساسی است. همچنین ریاست دیوان عالی کشور که همراه با راهبری قوه قضاییه بود، برعهده ایشان بود و ایشان ثابت کرد که استقلال



قوهقضاییه به چه معناست یعنی در همان مدتی که در این سمت بود، فضای مطلوبی را راهبری کرد که متأسفانه بعداً آسیب‌های زیادی به آن وارد شد و در آن خصوص لازم به ذکر مصیبت است.

- مجلس خبرگان از تعداد بیشتری از روحانیت و افراد کمتری حقوقدان و سیاستمدار تشکیل شده بود، که در نگارش قانون اساسی نقش داشتند. مدیریت این مجلس کار دشواری بود. مرحوم آیت‌الله منتظری که ریاست این مجلس را بر عهده داشت، نیابت را به شهید بهشتی سپرد و شهید بهشتی با تدابیر خاصی این سمت را به عهده داشت، چنان که شاهد یک اجلاس عقلانی و حقانی بودیم. قدرت بیان و هنر اداره شهید بهشتی را نمی‌توان نادیده گرفت.

- البته پیش‌نویس این قانون قبلاً با مشارکت دانشمندان و سیاستمداران و حقوقدانانی مانند مرحوم استاد کاتوزیان تهیه شده بود. نخستین مطلبی که در تدوین قانون اساسی قابل ذکر است، اخلاق آزادانه شهید دکتر بهشتی است. در فضای جلسات اقتدارگرایی حاکم بود و عده‌یی از نمایندگان ذهنیت اقتدارگرا داشتند و در رد افکار آزادیخواهانه بودند. شهید بهشتی در برابر این فضا و به اصطلاح آزادی هدایت شده، ایستادگی کرد و تقدم اصالت فرد بر اصالت جامعه را مورد تأکید قرار داد. ایشان نگران قهر و غلبه بود. ایشان طرفدار آیه «فبشر عباد الذین یستمعون القول و یتبعون احسنه» بود. شهید بهشتی به عنوان یک فرد آزادی خواه، در مجادله افکار و اندیشه‌ها خصوصاً در مجلسی که غلبه با اقتدارگرایی بود، ایستادگی کرد.

- موضوع حقوق مردم، هنجاری، ساختاری و رفتاری است. بحث هنجاری که همان اصل پنجاه و ششم قانون اساسی است، همان آیه ۲۵ سوره حدید است. در این اصل تأکید شده که هیچ کس حق ندارد این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت فرد یا گروه خاص قرار دهد. در واقع اگر غلبه طبقاتی در جامعه وجود داشته باشد، خلاف منطوق قرآن و اصل پنجاه و ششم قانون اساسی است. اما وقتی قدرت وجود داشته باشد، حتی در نظام دموکراتیک، قدرت فساد می‌آورد. در قرآن تعبیر «ان الانسان لیطغی» را داریم، یعنی جز معصومین برای هیچ کسی نمی‌توان یک بی‌گناهی مطلق را در نظر گرفت و همه در خطر بی‌اخلاقی هستند و قدرت ممکن است برایشان مشکل ایجاد کند. همچنان که حضرت علی(ع)



خطاب به یکی از حاکمان بلاد اسلامی گفت که نکند فتوا بدهی به مردم و جمعیت چرا که این حکومت ارث پدر تو نیست، بلکه یک امامتی به گردن توست. به همین خاطر است که باید یک ضمانت اجرایی وجود داشته باشد که اصل، حاکمیت قانون و برابری همه در برابر قانون است.

- بر این اساس ذیل اصل یکصد و هفتم گفته می‌شود که رهبر در برابر قانون با سایر افراد مساوی است. این خلق جدیدی نیست. داستان حضرت علی(ع) را همه می‌دانند که به عنوان خلیفه به دادگاه رفت و از فردی یهودی که شمشیر ایشان را دزدیده بود شکایت کرد، اما چون مدرک و دلیلی برای ارائه نداشت، قاضی منصوب علی(ع)، ایشان را در این خصوص محکوم کرد و علی(ع) حکم را پذیرفت و بعد آن فرد یهودی که زیبایی این قضیه را دید، مسلمان شد. بنابراین اصل حاکمیت قانون امری غربی نیست و در سنت خود ما نیز وجود داشته است. البته ممکن است ملاحظاتی هم باشد، که در این خصوص باید انصاف داشت. در قانون اساسی ما اصل صد و شصت و هشتم می‌گوید که اگر جرایم یا اختلافات سیاسی باشد، فراتر از دادگاه، هیأت منصفه نیز باید وجود داشته باشد تا نکند که قدرت سیستم قضایی که در دست قاضی است، عمل ناخجسته ای انجام دهد.
- شهید بهشتی طرفدار مقاومت و ایستادگی در مقابل اِعمال قدرت است. ایشان از حق مقاومت سخن می‌گویند و معتقد است مردم باید حق اعتراض داشته باشند. اگر مردم متشکل و گفتمانی باشند، می‌توانند نقش مؤثر داشته باشند. محصول این قضیه دو نوع آزادی است؛ نخست آزادی بیان و قلم است که در آزادی مطبوعات جلوه می‌کند و دوم آزادی تشکل و تجمع است که احزاب و گروه‌های سیاسی است و شهید بهشتی بر این نکته تأکید داشتند که مردم بایستند. ایشان می‌گفتند که مردم حق دارند به حکومت و ناخجستگی‌های امر حکومتی اعتراض بکنند. این از برکت اصل امر به معروف و نهی از منکر است. بحث نهایی راهبری‌های اقتصادی شهید بهشتی است. ایشان معتقد بود که اقتصاد باید راهبرانه و عدالت‌گرایانه باشد. ایشان با توجه به دو تجربه اقتصاد لیبرال و اقتصاد سوسیالیستی اولاً اقتصاد صدقه‌ای را رد می‌کند و آن را مخالف منطوق انسانیت می‌داند، اما تدابیر حکیمانه اقتصادی دارد که زمینه‌ساز ابتکار عمل افراد برای کسب درآمد است که در اصل چهل و سوم قانون اساسی تبلور می‌یابد. همچنین



تأمین شرایط و امکانات کار برای همه است و در عین حال ما نمی‌توانیم آسیب‌پذیری افراد را نادیده بگیریم. به همین خاطر تأکید ایشان بر تأمین اجتماعی است که تبلور آن اصل بیست و نهم قانون اساسی است.

- یکی از اصول دموکراسی کثرت‌گرایی است. برخی می‌گویند این پدیده غربی است، در حالی که به این اصول در سنت ما و خود قرآن نیز تأکید شده است. در قرآن انسان‌ها به تفکر دعوت و سفارش می‌شوند و کثرت اندیشه را نمی‌توان انکار کرد که نتیجه‌اش احزاب و گروه‌های متفاوت است. این‌ها غیرقابل انکار هستند. تأکید شهید بهشتی بر حزب از همین جهت است. حزب ضمن آنکه ارضاکنده همه تفکرات و اندیشه‌هاست، می‌تواند جلوی اقتدارگرایی و ریاست را بگیرد. بیان اندیشه‌ها و افکار حزبی می‌تواند، چراغ راهنمای تنویر افکار حکومتی و مردمی باشد و شهید بهشتی بر این نکات بسیار تأکید داشت.
- مسأله دیگر توجه شهید بهشتی به دادرسی عادلانه است. ایشان اولاً بر علنی بودن دادگاه‌ها به ویژه در جرایم سیاسی و مطبوعاتی تأکید داشت، که حاصل اش اصل صد و شصت و هشتم قانون اساسی است. دیگری رد بهانه‌های امنیتی برای تحقیق‌ها و محاکمات است. موضوع دیگر اصل منع شکنجه است. شهید بهشتی به شدت بر این اصل تأکید داشت. مطلب دیگر حساسیت ایشان نسبت به مدیریت اقتدارگرایانه رادیو و تلویزیون و تلاش برای مردمی کردن آن بود. دیگر دیدگاه ایشان و دلواپسی ایشان، در رد نظارت استصوابی، پلیسی و حکومتی بر انتخابات است که معتقد بود انتخابات باید آزاد باشد.

داود فیرحی: مفهوم قانون اساسی در ابتدای انقلاب اختلافی بود

دکتر داود فیرحی نیز در سخنرانی خود به بررسی سه نکته مهم درباره شهید بهشتی و قانون اساسی پرداختند:

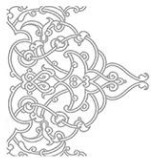
- مفهوم قانون اساسی در ابتدای انقلاب اختلافی بود و برخی می‌گفتند که حتی خود قانون اساسی منع شرعی دارد. بحث دیگر این بود که وقتی به مجلس خبرگان قانون اساسی سال ۵۸ نگاه می‌کنیم، می‌بینیم که در این مجلس در میان انقلابیون و نمایندگان مذهبی سه جریان بزرگ فکری حضور داشت، نخست جریان یا دیدگاهی که پیش‌نویس قانون اساسی را تنظیم کرده بود که به نوعی احیا و



تکامل قانون اساسی مشروطه بود و می‌کوشید مباحث مذهبی را در قالب شورای نگهبان دنبال کند. نگاه دوم نگرش غالب بود که عکس نگرش اول بود و تعریف بسیار اقتدارگرایی از حکومت ایران در آینده می‌داد، که معروف به طرفداران حکومت اسلامی بودند و غلبه دیدگاه‌ها با این قسمت بود و سوم یک جریان هم تلاش می‌کرد بین مذهب و دموکراسی آشتی ایجاد کند که مرحوم شهید بهشتی به این جریان تعلق داشت، به عبارتی اینان کسانی بودند که می‌خواستند نسبتی میان دموکراسی و اسلام ایجاد کنند. در واقع می‌توان گفت این هنر بزرگی بود که شخصی به لحاظ تعداد در اقلیت باشد، اما بتواند در موقعیت مدیریتی قرار بگیرد و بخش‌های دموکراتیک قانون اساسی را نهادینه کند.

- این تئوری از زمان مشروطیت وجود داشته که برخی معتقد بودند حکومت اسلامی نیاز به قانون اساسی ندارد. این در مجموع مذاکرات خبرگان هم هست و برخی می‌گفتند «اگر فقیهی حاکم باشد، اراده‌اش فوق قانون است و احتیاجی به قانون نیست؛ زیرا اگر قانون موافق فقیه باشد که ارزشی ندارد، اگر هم مخالف او باشد که اساساً مشروعیتی ندارد». این استدلال سنگینی است که حول سه اصل شکل گرفت: نخست اصل پنجم قانون اساسی و دوم اصل ششم قانون اساسی و سوم اصل پنجاه و ششم قانون اساسی که مربوط به حاکمیت ملی است. اینجا بزنگاه مناقشه‌ای بود که شکل گرفت. آنچه برای شهید بهشتی مهم بود، نجات عناصر دموکراتیک قانون اساسی، از فشار اکثریت است. بعدها نیز می‌بینیم که این فشارها در جامعه وجود داشت و به تدریج تشدید شد.

- سه‌گانه‌یی در قانون اساسی ما نهفته است. متفکران ما وقتی از قانون اساسی بحث می‌کنند، می‌گویند این قانون سه نقطه عزیمت پیدا کرد: نخست اصل پنجم است که اختیارات گسترده‌ای به فقیه حاکم می‌دهد، دوم اصل ششم و پنجاه و ششم است، که به گونه‌یی از حاکمیت مردم به صراحت سخن می‌گوید و سوم اصل هفتم است که مربوط به شوراهاست. منطقی می‌گویند وقتی سه‌گانه‌یی پیدا می‌شود به دو صورت قابل حل است؛ یا باید هر سه ذیل یک امر چهارمی قرار بگیرد و فرعی از آنها باشد که تعارضی در آنها پیدا نشود. یا اینکه این سه نوعی ترتب داشته باشند، یعنی یکی نقطه آغاز و اصلی باشد و دو تای دیگر بر آن مبتنی باشند؛ زیرا هر یک از این اصول به گونه‌یی متفاوت نظام سیاسی را تنظیم می‌کنند.



- با رحلت مرحوم آیت‌الله طالقانی که نماینده نظریه شورایی بود، گویی بزرگ‌ترین مدافع نظریه شورایی از حضور در مجلس خبرگان قانون اساسی بازماند. اما مناقشه میان اصل ششم و اصل پنجم ادامه دارد، که کدام بر دیگری مبتنی است. از صراحت مرحوم شهید بهشتی بر می‌آید که ایشان اصل ششم و پنجاه و ششم را مبنا قرار می‌دهد. یعنی حاکمیت ملی را بر بقیه اصول اولویت می‌دهد. ایشان یک جا در تصویب اصل پنجاه و هشتم صحبتی می‌کند و طرخی را با مرحوم شهید باهنر مطرح می‌کند و یک اصل پیشنهادی را مطرح می‌کند. این اصل پیشنهادی آن قدر مهم است که حتی انتخاب دین را به مردم واگذار می‌کند. اصل پیشنهادی ایشان که در جلسه بیست و یکم مجلس خبرگان قانون اساسی قرائت شده این است: «حاکمیت ملت: حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است، انسان این حق خداداد را در شناخت و انتخاب شرع و قانون الهی و رهبر و اداره امور کشور از راه قوایی که در اصول بعد می‌آید، اعمال می‌کند و هیچ کس نمی‌تواند این حق را از او بگیرد».
- این پرمناقشه‌ترین نظر شهید بهشتی در مواجهه با بخش سنتی مجلس خبرگان است. حتی برخی مراجع فعلی اعتراض می‌کنند و مرحوم شهید بهشتی که احساس می‌کند بخش دموکراتیک ضعیف می‌شود، می‌کوشد اصل پیشنهادی را کمی تعدیل کند و در نهایت اصل پنجاه و ششم تصویب می‌شود که می‌گوید: حق حاکمیت ملت و قوای ناشی از آن: حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است، هیچ کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع فرد یا گروهی خاص قرار دهد و ملت این حق خدادادی را از طرخی که در اصول بعد می‌آید، اعمال می‌کند.
- شاهدیم که در این اصل مصوب، بحث انتخاب شرع و قانون الهی و رهبر حذف شده است. اما جالب این است که این نخستین اصل از اصول قانون اساسی است که شهید بهشتی تصریح می‌کند که رأی‌گیری برای آن مخفی باشد؛ زیرا فضا آنقدر سنگین بوده که اگر رأی‌گیری علنی باشد، رای مثبت پایین می‌آید. بنابراین شهید بهشتی با مهارتی که داشت، کوشید آن را کنترل کند.
- در خاطرات دکتر سید صادق طباطبایی گفته می‌شود که مرحوم امام به دو



شخص یعنی شهید مطهری و شهید بهشتی خیلی اعتماد داشت و هر گاه گفت و گویی می شد، نظر ایشان را می پرسید و ملاحظه می کرد. این دو هر روز نزد امام می رفتند و به ایشان مآوقع را توضیح می دادند. وقتی گزارش های ضد و نقیض از مجلس خبرگان به امام می رسید، امام می گفت تا این دو نفر هستند، مشکلی پیش نمی آید. این امر نشان می دهد که مرحوم شهید بهشتی حداقل در موضوع اهمیت آرای مردم به بحث های حضرت امام نزدیک بود.

- شهید بهشتی اگر زنده بودند، هم دوره و هم کلاس حضرت آیت الله شبیری زنجانی بودند؛ زیرا شهید بهشتی با امام موسی صدر و آیت الله زنجانی هم دوره بودند. ایشان می گوید مسئولیت مال امت است. یعنی همه چیز را به مردم باز می گرداند و استثنایی هم ندارد. ضمن آنکه بالاخره این جامعه مذهبی است و احکام آن نیازمند کسی است که صلاحیت در حوزه فقه دارد. یعنی ایشان رهبری فقیه را می پذیرند.

- همچنین بحث شهید بهشتی در مورد تشکیلات مهم است. ایشان از یک سو از اصل پنجم قانون اساسی دفاع می کند و از سوی دیگر از اصل بیست و ششم در مورد احزاب با خرس قاطع دفاع می کند و می گوید که «حزب معبد من است». شهید بهشتی معتقد بود که رهبری بدون تشکیلات تبدیل به محفل می شود. ایشان نگران این موضوع بود. بنابراین معتقد بود که شاید تشکیلات حزبی بتواند از محفلی شدن جلوگیری کند. وقتی حضرت امام رحلت فرمودند، راجع به سید احمد آقا یادگار امام، آقای هاشمی در شأن ایشان گفتند که مهم ترین هنر ایشان این بود که نگذاشت بیت امام دور و برش احاطه و اخبار محدود شود. در ادبیات شهید بهشتی نیز این دیدگاه وجود دارد که این تشکیلات می تواند هم رهبری را از آسیب های احتمالی مصون بدارد و هم می تواند در آینده باعث شود که رهبران شایسته شناسایی شوند. یعنی تشکیلات باعث شکل گیری صلاحیت ها و آشنایی های بیشتر بود. بنابراین شهید بهشتی نیازمند شناسایی های اساسی تر است؛ زیرا ایشان اصول به ظاهر نامتجانس را کنار هم قرار می داد و استدلال های خود را بر پایه دموکراسی حرکت می داد.



محمد جعفر حبیب‌زاده: تلاش برای سوق دادن برداشت‌های سنتی از اسلام به حاکمیت قانون

محمد جعفر حبیب‌زاده بحث خود را با خاطره‌ی درباره شهید بهشتی آغاز کردند:

- من در جوانی به دلیل حضور در دادگستری، شهید بهشتی را از نزدیک می‌دیدم و به خاطر دارم که بعد از ماجرای ۱۴ اسفند و حوادثی که در زمین چمن دانشگاه تهران اتفاق افتاده بود، یک روز به شهید بهشتی گفتم که چرا نسبت به بنی صدر موضع نمی‌گیرید؟ البته ما جوان و انقلابی بودیم. ایشان گفت: آقای حبیب‌زاده! ما روحانی هستیم، من نباید کارهایی را انجام دهم که آقای بنی صدر انجام می‌دهد. آقای بنی صدر ممکن است به قیوداتی که ما باید مقید باشیم، الزامی نداشته باشد، اما من نمی‌توانم مثل آقای بنی صدر عمل کنم. یعنی ایشان سه مرتبه با احترام و بدون توهین یاد کرد، آن هم در فضایی که ما بنی صدر را محارب می‌دانستیم! این نشانگر آزادمنشی ایشان است. بعدا هم در ماجرای بنی‌صدر، ایشان با دستگیری همسر بنی‌صدر مخالفت کرد و با دادستان کل برخورد کرد.
- اگر حاکمیت قانون را در واقع مهم‌ترین یا اصلی‌ترین شاخصه تدوین قانون اساسی و تشکیل قانون بدانیم و در کنارش امنیت قضایی را - که موضوعی لازم و ملزوم با حاکمیت قانون است - در نظر بگیریم، می‌بینیم که هم در عملکرد شهید بهشتی در قوه قضاییه و هم در تدوین قانون اساسی با مراجعه به مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی شهید بهشتی در این زمینه تلاش و سعی کرد که برداشت‌های سنتی از اسلام را به حاکمیت قانون سوق بدهد.
- در قانون اساسی ایران در بند ۱۴ اصل سوم، بر امنیت قضایی تأکید شده است. در این بند یکی از وظایف حاکمیت را ایجاد امنیت قضایی عادلانه دانسته است. البته همه نکات مثبت قانون اساسی ناشی از اندیشه‌های شهید بهشتی نبوده است و دیگران هم در این زمینه مؤثر بوده‌اند، اما کسانی که با شهید بهشتی و نقش ایشان در اصلاح ساختار قوه قضاییه و ایجاد یک دادگستری نوین پس از انقلاب آشنا هستند، می‌دانند که ورود بحث امنیت قضایی در مفاهیم قانون اساسی، از اندیشه‌های شهید بهشتی الهام گرفته است. منظور آن است که



حاکمیت باید حقوق و آزادی‌های مشروع عموم مردم را تأمین کند و در مقابل هرگونه تعرض غیرقانونی به مردم، از حقوق و آزادی‌های آنها حراست کند. مهم‌ترین شاخصه‌ی امنیت قضایی، اعتقاد و اجرای اصل برائت، اصل برابری همگان در مقابل قانون، استقلال قوه قضاییه، حق دادرسی و اصل حاکمیت قانون است.

- حاکمیت قانون ویژگی درون سیستمی نظام‌های حقوقی و سیاسی است که بر اساس آنها، دولت‌ها توسط قواعد حقوقی محدود می‌شوند. یعنی قدرت مطلقه دولت‌ها به قانون مقید می‌شود. حاکمیت قانون در دو بعد صوری و محتوایی باید مورد توجه قرار بگیرد و بر اساس آن قانونی که از عمومیت برخوردار است و برای اطلاع مردم انتشار پیدا می‌کند و از وضوح و شفافیت کافی برخوردار است و ناظر به آینده است و می‌تواند راهنمای عمل شهروندان در جامعه خود باشد، تدوین شود. در پرتو ارتباطی که بین اصل حاکمیت قانون و نیاز به امنیت قضایی وجود دارد، دست‌اندرکاران نظام‌های عدالت کیفری نمی‌توانند به هر بهانه‌ای، امنیت قضایی افراد را مورد تعرض قرار دهند و گرنه در صورتی که بدون رعایت اصل حاکمیت قانون، امنیت قضایی شهروندان به رسمیت شناخته نشود یا مورد تعرض قرار بگیرد، مفهوم و معنای دموکراسی در عالم خارج محقق نخواهد شد. ویژگی‌ای که در قانون اساسی ما به کرات مورد توجه قرار گرفته است، بحث حاکمیت به قانون و تقید به قانون در کلیه امور است.

- ما نزدیک به ۲۰ تا ۲۵ اصل در قانون اساسی داریم که در قلمرو حوزه‌های مختلف نظام عدالت کیفری به قانون ارجاع داده‌اند. از تشکیل دادگاه‌ها گرفته تا توقیف و دستگیری متهمان تا دخالت در آزادی‌ها و حقوق شهروندان جایی که با حقوق سایر شهروندان تعارض پیدا می‌کند، مقید به قانون کرده است. اجمالاً اینکه شهید بهشتی در ایجاد این ویژگی یعنی ورود اصل حاکمیت قانون در مفهوم حقوق اساسی و عمومی نقش ویژه‌ای داشت. فراموش نمی‌کنیم که بسیاری از بزرگان ما و یکی از بزرگانی که نقش اساسی در انقلاب اسلامی داشت، در هنگام تشکیل قانون اساسی حتی روی صندلی‌های مجلس خبرگان هم نمی‌نشست و می‌گفت قانون اساسی ما قرآن است. هوشمندی امام و زیرکی و دقت نظر مرحوم بهشتی باعث شد که با تدوین قانون اساسی بسیاری از



برداشت‌های تفسیربرداری که از قرآن و سایر منابع اسلامی وجود دارد، تبدیل به ۱۷۷ اصل شود و بتواند راهکار و راهگشای نظام حقوقی ما و شفاف شدن حقوق مردم باشد.

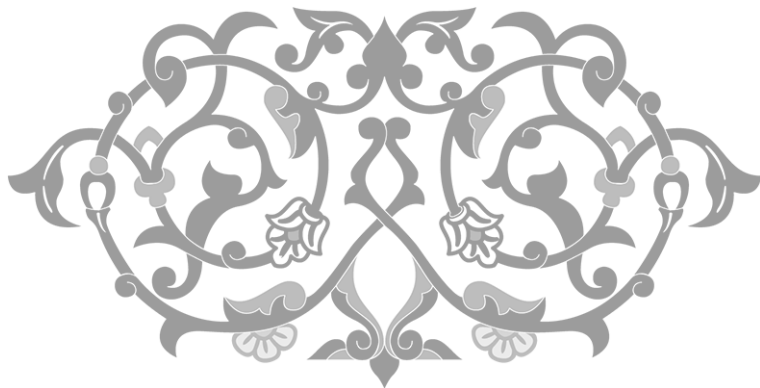
- شهید بهشتی در سخنرانی حسینیه ارشاد درباره قانون اساسی با تفکیک انواع حکومت‌ها اعم از پادشاهی، الیگارش‌ی و دموکراسی می‌گوید ما اگر بخواهیم در زمان غیبت، معیاری برای حکومت اسلامی تعیین کنیم، طبق مبانی اسلامی در عصر ما، حکومت و زمامدار و حاکم، صرفاً باید قدرتش را از آرای مردم بگیرد. کسی حق دارد زمامدار مردم باشد، که برگزیده‌ی مردم یا لاقلاً پذیرفته از طرف مردم و مورد حمایت آنان باشد. ایشان بعداً ویژگی‌های حکومت جمهوری را توضیح می‌دهد.

- به لحاظ حقوقی ما حکومت‌های جمهوری را در مقابل حکومت‌های انضباطی قرار می‌دهیم. در حکومت‌های جمهوری، به جای فرمان حاکم، سلسله منابع حقوقی وجود دارد که در رأس آنها قانون اساسی است و قانون اساسی است که بقیه منابع حقوقی را کنترل می‌کند. اتفاقاً نقش مرحوم بهشتی در تدوین قانون اساسی به عنوان مبنای شکل‌گیری دولت قانونمداری که به لحاظ شکلی و صوری باید مبتنی بر منابع متعدد حقوقی باشد، اساسی است. از نظر حقوقی جنبه دیگر دولت‌های قانون مدار یا دولت‌هایی که قائل به اصل حاکمیت قانون هستند، این است که قواعد و هنجارهای خودشان را بر اساس وجدان جمعی تدوین می‌کنند. وجدان جمعی دو حالت دارد؛ نخست وجدان جمعی غیررسمی است که در بحث‌ها و مناظره‌ها و گفت‌وگوها و دیدگاه‌های مرسوم در جامعه شکل می‌گیرد و دیگری وجدان رسمی است. مبنای شکل‌گیری وجدان غیر رسمی، آزادی بیان است. شهید بهشتی بر این اساس بر آزادی بیان به شدت تأکید داشت. ایشان حتی با گروه‌های چپ و مارکسیست بحث و مناظره می‌کرد.
- بحث دیگر آزادی انتخابات است که از طریق انتخاب نمایندگان مردم، آن وجدان غیررسمی به وجدان رسمی و قانون بدل می‌شود. منتها در نظام‌های دموکراتیک اگرچه نظر اکثریت اجرا می‌شود، اما حقوق اقلیت باید رعایت شود. در نظام و ساختاری که در دیدگاه شهید بهشتی بود، همین موضوع اصل بود. ایشان تأکید داشت که ما اگرچه ملت مسلمان داریم و مطابق اصل چهارم قانون



اساسی، قوانین باید بر اساس موازین اسلامی باشد، اما باید حقوق مخالفین هم رعایت شود. بنابراین شهید بهشتی با استناد آیه ۸۸ سوره اعراب و ۸۳ سوره قصص، تلاش داشت که تفوق طلبی را در دیدگاه اسلامی مردود اعلام کند و تأکید می‌کند که هیچ کس نمی‌تواند رابطه‌اش را با دیگران بر این مبنا قرار دهد. بنابراین «جمهوری» و «دموکراسی» در آرای شهید بهشتی کاملاً پر رنگ است و به عنوان یکی از سنجه‌های اصل حاکمیت قانون مورد توجه است.

• شهید بهشتی در پایان بررسی خبرگان درباره قانون اساسی، شرط نظارت ملت و حضور آگاهانه او را، رافع خطر از انقلاب می‌داند و تأکید می‌کند که نظارت شرط و مرز ندارد. ایشان در تعابیر دیگری، عوامل انحراف حکومت‌ها را چهار مورد می‌داند: نخست قدرت طلبی و قدرتمندی دولتمردان است، دوم به قدرت رسیدن افراد فاقد صلاحیت است، سوم انزوای عالمان و نخبگان متعهد است و چهارم سلب حق انتقاد از دولتمردان است. اما شاخصه سومی که شهید بهشتی به آن اشاره می‌کند، پاسخگو بودن مردم است. تعبیر ایشان این است که در نظام اسلامی فقط از یک مقام نمی‌توان سؤال کرد و آن هم خداست. ایشان به جد معتقد بود که راه زندگی سالم با حفظ حقوق و آزادی‌های فردی و حق نقد و پرسش از صاحبان قدرت و رهبران حکومت متناسب است. این شاخصه‌ها نشان‌دهنده این است که شهید بهشتی به اصل حاکمیت قانون و سنجه‌های متناسب با آن معتقد بود و در تدوین قانون اساسی نیز دیدگاه‌ها و نظرات خود را صریحاً بیان می‌کرد و نقش مهمی در اصول قوانینی که مربوط به حاکمیت قانون بود، داشت.



بایسته‌های حرفه وکالت





ادب اقتضا می کند....

مهران الشریف^۱

دوستان دست اندرکار مدرسه حقوق همچون دیگر دغدغه مندان نهاد و حرفه وکالت، معتقدند این حرفه را آدابی است بایسته‌ی آن که وکلا باید بدان‌ها مودب و آراسته باشند و از همین رو در میان اوراق متراکم مدرسه حقوق، برای معرفی این فضیلت حرفه‌ای، جایی گشوده اند. از هنگامی که مسئولیت فراهم آوردن مطالب در خور ادب وکالت، به حقیر و تعدادی از دوستان دیگر سپرده شد، هر چه بیشتر اندیشیدیم خود را ناتوان تر یافتیم. وکیل از آن حیث که وکیل است در قلمروی وسیع اثر گذار است. نوع رفتار او در تک تک این ساحات، محمل موضوع ادب وکالت است. رفتار وکیل با خود و ارزش‌های اخلاقی جامعه، رفتار وکیل با موکل، رفتار وکیل با طرف مقابل موکل، رفتار وی با قاضی و کارمندان دادگستری و چه بسیار آوردگاه‌های دیگر، همه آزمونی است برای ما در رعایت آنچه «ادب وکالت اقتضا می کند».

مجله حقوق پنجره‌ای گشوده است تا همکاران، اساتید محترم و قضات بزرگوار دادگستری و سایر صاحبان اندیشه با ارسال مطالب خود، آنچه را اقتضای ادب وکالت است، یادآور شوند. بدان امید که وکالت در برترین الگوهای فرهیختگی اجتماعی جایگاه بگیرد.

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.



پند استاد

درسی از آیت‌الله دکتر سید مصطفی محقق داماد

نگار جلیلی^۱

زندگی نامه استاد

آیت‌الله دکتر سید مصطفی محقق داماد، در سال ۱۳۲۴ در شهر قم در یکی از اصیل‌ترین خانواده‌های روحانیت شیعه، چشم به جهان گشود. پدر ایشان مرحوم آیت‌الله سیدمحمد محقق داماد و جد مادری ایشان علامه حائری یزدی، مؤسس حوزه علمیه قم می‌باشد. ایشان پس از طی دوران تحصیلات مقدماتی، وارد حوزه علمیه قم شد، تا آنکه در سال ۱۳۴۸ موفق گردید از علما و مراجع وقت، درجه «اجتهاد» کسب نماید. ایشان عمده دوره علوم عقلی و حکمت اسلامی را نزد استاد مرتضی مطهری و فقه و اصول تحلیلی را نزد آیات‌عظام آملی لاریجانی و مرتضی حائری یزدی آموختند. استاد پس از آنکه از دانشگاه تهران موفق به اخذ درجه لیسانس و فوق‌لیسانس در حقوق و فلسفه اسلامی گردید، در بخش حقوق بین‌الملل به دانشگاه فرانسوی زبان لوون بلژیک وارد شده و در سال ۱۹۹۵ موفق به اخذ مدرک دکتری گردید. استاد در سال ۱۳۶۰ به ریاست سازمان بازرسی کل کشور و در سال ۱۳۷۰ نیز به عنوان عضو پیوسته فرهنگستان علوم منصوب شد. ایشان هم‌اکنون استاد دانشکده حقوق و رئیس مطالعات اسلامی فرهنگستان علوم می‌باشند و عضویت هیئت‌امنا و مجامع علمی چندین دانشگاه و مرکز علمی را نیز بر عهده دارند. ایشان تاکنون شانزده جلد کتاب و ده‌ها مقاله در حقوق و فلسفه دین به زبان‌های انگلیسی، عربی و فارسی تألیف نموده‌اند.



پند استاد^۲

- اعطای پروانه وکالت به قضات بازنشسته و وکالت اساتید دانشگاه که شائبه ارتباط‌های ناصحیح را در امور قضاوتی ایجاد می‌کند، قابل تأمل بوده و اصلاح آن ضروری است.
- نظارت استصوابی بر انتخابات کانون‌های وکلا زمینه انتخاب آزادانه و رقابتی را سست می‌کند. کانون وکلای مستقل و قدرتمند، مستلزم سلامت و همبستگی وکلا برای اهداف ملی است.
- نقد قانون، حق است و یک ارزش محسوب می‌شود، حتی اگر قانون اساسی باشد. نقد قانون، حق صاحب‌نظران است، حقوقدانان و از جمله وکلا، مدافع حقوق مردم و حقوق عمومی هستند، پس چرا وکلا که از حقوق مردم دفاع می‌کنند، باید به استقلال آنها آسیب برسد. تا وکلا استقلال نداشته باشند، جامعه حقوقی حفظ نمی‌شود.
- ما مفتخریم که نیاکان ما تفکر گفتار نیک، کردار نیک و پندار نیک را آموختند. هنوز منشور حقوق بشر کوروش کبیر در دنیا تالو دارد و ما به این امر افتخار می‌کنیم. ما مفتخریم که از هر نژاد که هستیم، مسلمانیم، همان طور که ایرانی هستیم.
- اسلام ما را به عدل توصیه کرده، ولی یک بار هم عدل را توصیف نکرده است، بلکه به خرد ما واگذار نموده؛ زیرا ما خدایی را می‌پرستیم که عادل است، برای درک عدل به خرد انسانی رجوع می‌کنیم. ما از قرآنی پیروی می‌کنیم که به جان انسان قسم خورده است، ما از درون خود خوبی و نیکی را درک می‌کنیم.
- نقض قانون به نفع هیچ کس نخواهد بود، هر چه در مبارزه با آن تأخیر شود، ظلم و ستم به همه می‌باشد.
- انتظار این است که نهاد وکالت، مستقل از قدرت، دیده‌بان و تکیه‌گاه حقوق عمومی تلقی شده و در دفاع از حقوق شهروندان مقتدرانه و به هنگام عمل کند. کانون‌های وکلا پیش و بیش از اینکه مدافع حقوق افراد و موکلین خود باشند، باید حامی و

۲. توصیه‌ها و پند و اندرزهای زیر برگرفته از مصاحبه‌ها و سخنرانی‌های این استاد بزرگوار بوده و به جهت رعایت امانت، به همان زبان محاوره‌ای نقل شده است..



مدافع حقوق ملت باشند. نسخه نحیف شده یا ناتوان و بی‌انگیزه در دفاع از حقوق ملت، زینده کانون وکلا نیست و باید زمینه توان‌افزایی و همبستگی وکلا برای دفاع از حقوق مردم فراهم گردد.

- وکلا و شخصیت‌های شرافتمند و آزاده جهانی نظیر مهاتما گاندی، محمد علی جناح و اقبال لاهوری به مثابه وجدان عمومی و از خاستگاه علم حقوق کمر همت به دفاع از سنگر آزادی و عدالت برای عموم مردم بسته بودند و در کشور ما نیز بسیاری افراد ممتاز و اثربخش نظیر گویندگان، شعرا و رجال سیاسی در جامعه وکالت از دیرباز محملی برای اعتماد عمومی بوده‌اند که جانب آزادگی را در عین دفاع از حقوق عمومی پاس داشتند.

- وارستگی در منافع شخصی، ضمن نگاه متعهدانه و کُنش مسئولانه کانون وکلا نسبت به مسائل حوزه عمومی و دفاع از حقوق زیست محیطی، حقوق سیاسی، حقوق اقتصادی و اجتماعی، موجب بازتولید تشخص و اعتبار اجتماعی آن خواهد شد؛ کانون وکلا آنگاه موثق و اثربخش است که اعتبار خود را به قصد تأمین و تحقق خیر عمومی به کار گرفته و از حقوق ملت بدون مسامحه و لکنت و محافظه‌کاری صیانت کند. میدان‌داری افراد خوشنام و فسادستیز و اخلاص برای تأمین خیر عمومی در عین استقلال از قدرت، لازمه این حرکت است.

- متخلقی بودن وکلا به سلامت نفس و تعهد اجتماعی و باور به کرامت انسانی و تقیّد به حقوق شهروندان در فعالیت‌های حقوق بشری کانون وکلا ضروری است. در مسیر تحقق دادرسی منصفانه و عدالت قضایی، کانون وکلا در کنار دستگاه قضایی تلقی گردیده و زمینه‌ساز تسهیل دسترسی به عدالت برای شهروندان و جامعه و ضامن تحقق دادگستری شایسته است، لذا نباید کانون وکلا را در برابر دادگستری تداعی کرد.

- با به کار بردن واژه «اقلیت» برای پیروان سایر ادیان در کشور موافق نیستیم، صیانت از حقوق همه شهروندان، صرف‌نظر از اعتقادات، یک اولویت و ضرورت در تکریم حقوق انسانی و استقرار حقوق بشر شهروندی می‌باشد. در سیاست‌گذاری عمومی در زمینه برخورداری از حقوق شهروندی نباید تمایزی بین مؤمن و غیرمؤمن محقق شود و نگاه برابر به شهروندان، منصرف از عقیده ایشان، ضروری است. تفتیش عقاید مطلقاً ممنوع و حقوق اساسی و انسانی مطلقاً برابر است.



- بالاترین و بزرگترین ره‌آورد تحولات قرن حاضر برای بشریت معاصر، قواعد جزای عمومی و آیین دادرسی کیفری است. این گفته حقوقدانان جهانی به هیچ وجه گزاف نیست که ارزیابی نظام قضایی و حقوقی یک جامعه بر محور قواعد جزای عمومی و آیین دادرسی کیفری و اجرای آن در جامعه دور می‌زند و بر همین محور باید سنجیده شود. اگر خدای ناکرده قواعد عمومی جزا و اصول محاکمات رعایت نشود و یا نقض قوانین با توجیهاات ضداخلاق انسانی موجه گردد، زندگی به همین شرایط تلخ باز می‌گردد که مرگ بهتر از آن زندگی است. ما که به پیروی از اهل بیت عصمت و طهارت (ع) و اجتهاد مفتوح مبتنی بر کلام عدلیه، شاد و خرسند و بر آن مفتخر و شاکر این نعمت بزرگ هستیم، هرگز مجاز نیستیم که در تشخیص حُسن عدالت و قُبْح ستمگری که مردم خردمند ملت ایران، خودشان به بداهت درک می‌کنند، قیوموت شرعی نمائیم و تفکر آنان را تعطیل کنیم.
- یکی از آفات اجتماعی که من مایلیم آن را فاجعه تأسف‌بار برای جوامع دینی امروز بنامم، جهل مقدس است؛ جهلی که قهرمانان آن دست به مهمترین جنایات می‌زنند، به خیال آن که کاری که می‌کنند، خواست خداوند است و آنان برای خدا تلاش می‌کنند. این مطلب همان است که در ادبیات دینی و معارف اسلامی به تعبیرهای مختلف از جمله «عمل بلا علم» و یا «عمل بلا بصیره» آمده است. امروز در ایران نیز جهل مقدس، گاه منشأ فاجعه می‌شود که به ذکر یک نمونه بسنده می‌کنم. در دادنامه ۱۷۲-۱۳۸۲/۲/۱۶ پرونده کلاسه ۱۱۳۱-۹۸۱ دادگاه عمومی کرمان از قول متهمین قتل‌های محفلی کرمان مکرراً این مطلب آمده است که در مورد برخی مقتولین با تسبیح استخاره گرفتیم و چون عدد ۶ آمد و عدد ۶ به معنای لزوم تعجیل در عمل است، تصمیم گرفتیم که او را بکشیم و کشتیم! جهل مقدس همراه با اعتقادهای دینی است؛ ولی دینی که نه بر اساس تعقل، بلکه بر اساس هواهای نفسانی انسان است و دوستداران آن بالاترین جنایت را ممکن است مرتکب شوند، در حالی که خیال می‌کند برای خداست و متقرب الی‌الله می‌شوند.
- جاهل به جهل بسیط را نمی‌توان جاهل خواند؛ زیرا او در واقع به نوعی هم عالم بالفعل است و هم عالم بالقوه. او بالفعل به جهل خویش آگاهی دارد و بالقوه هم با توجه به اینکه به جهل خویش متوجه است، سعی می‌کند که مجهولاتش را به معلومات مبدل سازد. ولی جهل مرکب آن است که انسان نمی‌داند و نمی‌داند که



نمی‌داند. این گونه جهل، علاج‌ناپذیر است؛ چون غرور و تعصب نمی‌گذارد جهل بر طرف شود. جاهلین به جهل مرکب، چون خویشان را عالم می‌دانند به هیچ وجه حاضر نیستند، سخن دیگری را بشنوند.

• جهل مرکب، علل مختلفی دارد؛ از جمله این علل، وجود علم به صورت ناقص است که گاهی خطرات و آفاتش از بی‌علمی بدتر است. بوعلی سینا در کتاب الاشارات و التنبیهات جمله‌ای دارد که می‌گوید: «پرهیزید از زرنگی ابتر»؛ یعنی از زرنگی ناقص و نیمه زرنگی. منظور این است که انسان خوب است یا ساده باشد و یا عاقل و فهمیده کامل. آدم‌های ساده خودشان هم معمولاً می‌فهمند که ساده هستند، ولی افراد نیم زرنگ که در بعضی موارد زرنگ هستند، خیال می‌کنند، خیلی زرنگ هستند و همواره کارهای خود را خردمندانه می‌دانند، این‌گونه افراد، احمق‌ترین مردم و گرفتارترین آنها هستند. امام محمد غزالی جمله دیگری دارد که می‌گوید: «همه چیز وجود ناقصش از عدم محض بهتر است، جز علم و دانش!» یعنی مثلاً سلامت و یا مال و ثروت؛ اگر انسان هر مقداری داشته باشد، از آنکه هیچ نداشته باشد، بهتر است؛ ولی علم و دانش این‌گونه نیست، انسان کم‌سواد از بی‌سواد بدتر است؛ چون خیال می‌کند خیلی باسواد است و هیچ‌گاه دنبال تکمیل آن نمی‌رود. یا انسان باید دیوانه کامل باشد و یا عاقل کامل. نیمه عاقل و نیمه دیوانه؛ از دیوانه کامل ضررش بیشتر است. افراد نیرنگ‌باز و خدعه‌کار در جامعه، معمولاً همین انسان‌های «نیمه» هستند، یعنی آنها که نیمه زرنگی دارند و تمام زرنگی ندارند.



آرای وحدت رویه

و نظریه‌های مشورتی قوه قضائیه

رای وحدت رویه شماره ۷۸۶-۲۴/۱۰/۱۳۹۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مطابق قسمت اخیر اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی، «تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است» و طبق ماده ۲۴ قانون سازمان نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴، «نظرات شورای انتظامی نظام مهندسی با اکثریت سه رأی موافق، قطعی و لازم‌الاجرا است» و قطعیت مورد نظر مقررین در ماده مذکور، اطلاق دارد. بنابراین، به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی، رأی شعبه ۲۸ دادگاه تجدید نظر استان تهران که نظر صادره از شورای انتظامی نظام مهندسی را قابل اعتراض در مرجع قضایی ندانسته، صحیح و مطابق با موازین قانونی است.

این رأی بر اساس ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن، لازم‌الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور

رای وحدت رویه شماره ۷۸۷-۲۴/۱۰/۱۳۹۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور آراء صادره درباره جرائم مذکور در ماده ۴۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور است. چنانچه جرمی به اعتبار یکی از بندهای ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری در دادگاه کیفری یک مطرح گردد و دادگاه پس از رسیدگی به آن، تشخیص دهد که عمل ارتكابی عنوان مجرمانه دیگری دارد و به این جرم رسیدگی و حکم مقتضی صادر نماید، این امر تغییری در صلاحیت دیوان عالی کشور در رسیدگی به فرجام‌خواهی از رأی مذکور ایجاد نمی‌کند. بنابراین، به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی، آراء شعب سی و ششم و چهل و هفتم دیوان عالی کشور در حدی که با این نظر مطابقت دارد صحیح و قانونی است.

این رأی بر اساس ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری در موارد مشابه برای شعب



دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن، لازم‌الاتباع است. هیأت عمومی دیوان عالی کشور

رأی وحدت رویه شماره ۷۵۵ - ۱۴/۱۰/۱۳۹۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور
از مقررات قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور خصوصاً ماده ۴ آن راجع به صلاحیت دادگاه چنین مستفاد می‌گردد که تقاضای زوجین برای دریافت جنین از امور ترافیعی نیست و مقررات قانون آیین دادرسی... در امور مدنی در خصوص رسیدگی به دعاوی منصرف از آن است. بر این اساس، تقاضای زوجین بدون تقدیم دادخواست در دادگاه محل اقامت و یا سکونت آنان قابل رسیدگی است و رأی شعبه اول دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد، صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.
هیأت عمومی دیوان عالی کشور

رأی وحدت رویه شماره ۷۶۷ - ۲۱/۹۷/۱۳۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور
مطابق مقررات مواد ۱۵۷ و ۱۸۸ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ رسیدگی به اختلافات فردی کارگر و کارفرما که از اجرای این قانون ناشی شده باشد در صلاحیت هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف است و مشمولین مقررات قانون استخدام کشوری از قلمرو آن خارج می‌باشند و چون خواسته مورد مطالبه خواهان به معوقات مالی بازنشستگی زمان اجرای مقررات قانون استخدام کشوری و قبل از واگذاری شرکت مخابرات به بخش خصوصی ارتباط دارد لذا با توجه به مراتب مذکور و مقررات ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و نوع خواسته (مطالبه وجه) رسیدگی به این قبیل دعاوی در صلاحیت دادگاه‌های دادگستری است و به نظر اکثریت قاطع اعضای هیأت عمومی، رأی شعبه سوم دیوان عالی کشور در حدی که با این نظریه انطباق داشته باشد، صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی مطابق مقررات ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، در موارد مشابه، برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.



رأی وحدت رویه شماره ۷۷۰ - ۲۶/۴/۱۳۹۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور
مستنبط از مقررات ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تعزیر، مجازاتی است که در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌شود و کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام مربوط به آن به موجب قانون تعیین می‌شود و در ماده ۱۱۵ این قانون به دادگاه اجازه داده شده، مقررات راجع به تخفیف مجازات را در کلیه جرائم تعزیری اعمال کند و در تبصره دوم آن «تعزیر منصوص شرعی» که نوع و مقدار آن همانند مجازات‌های حدی، غیر قابل تغییر می‌باشد از اطلاق ماده اخیرالذکر استثناء شده است بنابراین نظر شعبه نهم دیوان عالی کشور که مقررات ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی را نسبت به محکومیت موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات اعمال کرده است به اکثریت آراء صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص گردید. این رأی در اجرای ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه شماره ۱۳۹۵/۲/۱۱-۷/۹۵/۲۳۸

سؤال

آیا در بحث خیار عیب و مطالبه ارش فوریت در مطالبه ارش نیز باید لحاظ گردد یا فوریت صرفاً ناظر به فسخ قرارداد می‌باشد و در مطالبه ارش ضرورتی به رعایت فوریت نمی‌باشد؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

به نظر می‌رسد تأخیر در مطالبه ارش بر خلاف خیار عیب که مقنن در ماده ۴۳۵ قانون مدنی آن را فوری اعلام نموده است، موجب سقوط آن نمی‌گردد. زیرا اولاً مطابق ماده ۴۲۲ قانون مدنی خیار عیب جدای از ارش تلقی گردیده و مشتری می‌تواند با عدم فسخ معامله ارش را مطالبه نماید. ثانیاً در اثر تأخیر در مطالبه ارش خسارتی متوجه بایع نمی‌گردد ولی تأخیر در استفاده از حق فسخ ممکن است باعث ضرر طرف معامله گردد. ثالثاً ارش دینی است که بر عهده بایع می‌باشد و اصل بر بقاء دین (اشتغال ذمه) در ذمه مدیون است.



نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه شماره ۷/۹۵/۲۳۶-۱۳۹۵/۲/۱۱
سؤال

مالک ملکی در سال ۱۳۴۳ به موجب سند عادی کارافه واگذاری حق کشت و زرع در زمین با دریافت وجه ملک خود را به دیگری واگذار می‌نماید. در ادامه هم مالک ملک و هم زارع فوت می‌نمایند. اکنون وارث مالک به طرفیت وارث زارع دعوی استرداد ملک را اقامه نموده اند. آیا وارث مالک بدون پرداخت حقوق متعلقه به وارث زارع استحقاق مطالبه عین ملک را دارند؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

واگذاری حق کارافه (کشت و زرع) از طرف مالک به دیگری در عرف محل، چنانچه بدون ذکر مدت و به طور مطلق، با دریافت وجه مورد توافق صورت گرفته باشد، با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی، قرارداد مذکور بین طرفین و قائم مقام قانونی آنها نافذ و لازم الاجرا است و لذا نه مالک و نه ورثه او، حق استرداد زمین مورد کشت و زرع را از منتقلاییه یا ورثه او نخواهند داشت.

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه شماره ۷/۹۵/۱۷۶-۱۳۹۵/۲/۶
سؤال

برابر با ماده ۱۸ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ رسیدگی قاضی شورا از حیث اصول و قواعد تابع مقررات آیین دادرسی است. حال با توجه به رویه‌های مختلف آیا تشکیل جلسه رسیدگی در مواردی که قاضی شورا باید رأی صادر نماید، از وظایف قاضی شورا است یا اینکه اعضاء شورا تا مرحله صدور حکم تمامی اقدامات انجام داده و سپس قاضی شورا چنانچه پرونده را معد صدور رأی تشخیص دهد با مشورت اعضاء شورا و ملاحظه نظریه کتبی اعضاء شورا صرفاً انشا رأی می‌نماید؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

برابر ماده ۹ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ «قاضی شورا با مشورت اعضاء شورا رسیدگی و مبادرت به صدور رأی می‌نماید» و برابر ماده ۱۸ قانون یاد شده «رسیدگی قاضی شورا از حیث اصول و قواعد، تابع مقررات آیین دادرسی مدنی و کیفری است» و اصولاً در قوانین مربوط به دادرسی‌های مدنی و کیفری، موردی پیشبینی نشده



است که رسیدگی توسط شخصی غیر از قاضی صادرکننده رأی، انجام پذیرد و ماده ۹ فوق الاشعار نیز تصریح به آن دارد که قاضی شورا در موارد موضوع این ماده، باید عهده دار امر رسیدگی باشد؛ لذا در فرض سؤال اعضای شورا نمی‌توانند اقدامات مربوط به رسیدگی را تکمیل و صرفاً جهت صدور رأی، پرونده را به رؤیت قاضی شورا برسانند.

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه شماره ۱۳۹۵/۲/۲۹-۷/۹۵/۴۲۱

سؤال

خواهان دادخواستی به خواسته مطالبه خسارت وارده به ملک و خسارات دادرسی این پرونده و خسارات دادرسی پرونده تأمین دلیل به شورا تقدیم می‌نماید و مدعی می‌گردد در اثر اقدام خوانده به ملک وی خسارت وارد شده است و در زمان وقوع خسارت نسبت به تأمین دلیل اقدام نموده و پس از تعمیر و بازسازی طی دادخواست جاری خسارت را مطالبه نموده و در بحث خسارت دادرسی خسارت وارده به وی در پرونده تأمین دلیل (هزینه کارشناسی و دادرسی پرونده تأمین دلیل) را نیز مطالبه نموده است. حال با توجه به مفاد ماده ۵۱۹ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و با توجه به اینکه خواهان در پرونده جاری به نتیجه پرونده تأمین دلیل استناد نموده است، آیا می‌تواند خسارت وارده در پرونده تأمین دلیل را مطالبه نماید؟ همچنین هزینه دادرسی قرار تأمین خواسته و هزینه پرداختی بابت نشر آگهی در مواردی که خوانده مجهول المکان می‌باشد جزء خسارات دادرسی محسوب می‌گردد؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

۱- به نظر می‌رسد چنانچه قرار تأمین دلیل، مؤثر در صدور حکم به نفع خواهان باشد، مثلاً دادگاه براساس نظر کارشناسی مندرج در پرونده تأمین دلیل مبادرت به صدور رأی کرده باشد، هزینه تأمین دلیل نیز مشمول اطلاق ماده ۵۱۹ قانون آیین دادرسی در امور مدنی می‌باشد ولی اگر تأمین دلیل مؤثر در مقام نباشد و دادگاه بدون توجه به مفاد آن و براساس سایر ادله و مدارک حکم صادر کرده باشد، خسارت ناشی از اجرای قرار تأمین دلیل قابل مطالبه نیست.

۲- نظر به این که ماده ۷۳ قانون آیین دادرسی در امور مدنی آگهی مفاد دادخواست را در روزنامه کثیرالانتشار به هزینه خواهان مقرر داشته و با التفات به این که دعوت از



خوانده به طور مستقیم مربوط به دادرسی و برای دفاع خوانده لازم است، به نظر می‌رسد این هزینه از شمول ماده ۵۱۹ قانون مذکور خارج نیست و قانوناً قابل مطالبه است. اما در مورد هزینه تأمین خواسته چون خواهان الزامی به درخواست آن ندارد و عدم درخواست تأمین خواسته خللی به جریان دادرسی وارد نمی‌کند و در واقع تأمین خواسته به منظور تضمین اجرای رأیی که به نفع خواهان صادر خواهد شد، انجام می‌شود، به نظر می‌رسد از شمول ماده ۵۱۹ خارج است. بدیهی است مطالبه کلیه خساراتی که به افراد وارد می‌شود به استناد قواعد عام مسئولیت مدنی و با رعایت ترتیبات عام دادرسی مدنی بلامانع است.



گزیده مقالات کاربردی

محمد فلاح پور^۱

در مجلات علمی متعددی که در سرار کشور به صورت فصلنامه یا دو فصلنامه به چاپ می‌رسد، معمولاً دو نوع مقاله را می‌توان مشاهده نمود. اول، مقالاتی که صرفاً جنبه علمی دارند و معمولاً با نگاهی تطبیقی همراه است. دوم، مقالاتی که هم جنبه علمی دارند و هم جنبه کاربردی. بدون شک بهره‌مندی از همه این مقالات برای جامعه حقوقی مفید و ضروری است. اما مقالات دسته دوم چون حالتی علمی کاربردی دارند، برای وکلا و قضات دارای بهره و فایده بیشتری می‌باشد. از این رو سعی بر این است که در هر شماره از مدرسه حقوق، فهرستی از این مقالات و چکیده آن به همراه آدرس نشریه، جهت استفاده دوستان گرامی ارائه گردد، مقالاتی به روز و کاربردی که همکاران ارجمند می‌توانند متن کامل آن را در پایگاه مجلات تخصصی نور یا در سایت مجله مربوطه مشاهده نمایند.

۱- بررسی فقهی و حقوقی ماهیت طلاق به عوض

نویسنده: مافی، همایون؛ فرزندگان، محمد؛ ظهوری، سمیه؛

مجله: پژوهشنامه حقوق اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۷ - شماره ۴۸

طلاق به عوض یا طلاق فدییه به مانند خلع و مبارات از جمله طلاق‌هایی است که در مقابل پرداخت مال از جانب زن واقع می‌شود با این تفاوت که در طلاق خلع وجود کراهت از طرف زن و در مبارات لزوم کراهت طرفینی شرط است. اما، در طلاق به عوض، زن تحت شرایط خاص می‌تواند بدون وجود کراهت در برابر پرداخت فدییه یا مال، از شوهر خود تقاضای طلاق و رهایی از قید زوجیت را بنماید. بر سر تعیین ماهیت این طلاق نیز همانند طلاق‌های خلع و مبارات میان فقها و حقوقدانان اختلاف زیادی مشاهده می‌شود؛ چرا که از طرفی قانون مدنی و فقه، طلاق را در زمره ایقاعات قرار داده، اما از طرف دیگر

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.



در این نوع طلاق اراده زن در تملیک مال شائبه تراضی و قرارداد بودن را به میان می‌کشد. در این پژوهش پس از تعریف طلاق به عوض و مشخص نمودن موضع قانون مدنی در ارتباط با این طلاق، به بررسی فقهی و حقوقی ماهیت این طلاق پرداخته می‌شود و در نهایت مشخص می‌گردد که طبیعت این طلاق مثل خلع و مبارات از نوع بائن نیست بلکه به مانند دیگر اقسام طلاق رجعی به شمار می‌آید.

۲- نقش «اصول حقوقی» در رفع اجمال و سکوت حقوق ایران (در پرتو ماده ۳ آئین دادرسی مدنی ۱۳۷۹)

نویسنده: فیاض‌بخش، مرجانه؛ عسگرخانی، ابومحمد؛

مجله: مطالعات فقه و حقوق اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۷ - شماره ۱۹

در هر نظام حقوقی، مفاهیم عالی (اصول حقوقی) وجود دارد که قانونگذار با الهام و نشأت از آنها اقدام به وضع قواعد می‌نماید. هیچ نظام حقوقی قادر نیست کلیه موضوعات را پیش بینی کرده و برای همه آنها راه حل ارائه دهد؛ لذا قانونگذار در ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ به عنوان تأکید از مقام قضایی می‌خواهد که در صورت سکوت یا اجمال قانون، به اصول حقوقی مراجعه نماید. در این مقاله به این موضوع پرداخته شده که منظور قانونگذار از اصول حقوقی، صرفاً اصول کلی حقوق نبوده، بلکه موارد اصول جزئی حقوقی، اصول عملیه، اصول لفظیه، قواعد حقوقی، ضوابط حقوقی، اشباه و نظایر و امارات را نیز در بر گرفته و می‌توانند حتی به تنهایی مستند حکم قرار گرفته و در ایجاد رویه قضایی، نقش فزاینده ای داشته باشند.

۳- ضرورت تسلیم رأی در مدت داوری

نویسنده: ساردویی نسب، محمد؛ سماواتی پور، محمدرضا؛

مجله: دیدگاه‌های حقوق قضایی، پاییز ۱۳۹۳ - شماره ۶۷

مطابق مقررات جدید آیین دادرسی مدنی ایران، چنانچه رأی داور پس از اتمام مهلت داوری صادر و تسلیم گردد باطل است و قابلیت اجرایی نخواهد داشت. بنابراین هر یک از طرفین داوری می‌توانند از دادگاه صدور حکم بر بطلان رأی را خواستار گردند. این مطلب زمینه ساز اختلاف نظرهای فراوانی بین حقوقدانان گردیده است. عده ای از حقوق دانان عقیده دارند برای بطلان رأی داور باید عمل صدور و تسلیم رأی، توأمان خارج از مدت داوری صورت گرفته باشد لکن چنانچه داور رأی خود را داخل در مدت داوری صادر و



خارج از مهلت تسلیم نماید اشکالی بر رأی وارد نبوده و رأی صادره صحیح است. در مقابل، عده ای دیگر عقیده دارند تسلیم رأی خارج از مهلت داوری به منزله‌ی صدور رأی خارج از مدت داوری است، بنابراین در چنین حالتی رأی داور باطل خواهد بود. به دلایلی که در این مقاله به آن می‌پردازیم، خواهیم دید که امکانی برای داور وجود ندارد تا خلاف این مطلب را اثبات نماید. لذا با تکیه بر صحت استدلال گروه دوم به تدوین این مقاله پرداخته شده است.

۴- نقش دلایل ژنتیکی در دعاوی اثبات نسب

نویسنده: عامری، پرویز؛ یاسینی نیا، هاجر؛

مجله: فقه و حقوق خانواده، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ - شماره ۶۵

در دو دهه اخیر آزمایش های ژنتیک به عنوان یکی از ادله اثبات در دعاوی نسب، مورد توجه قرار گرفته است؛ بدین جهت تبیین اعتبار علمی و حقوقی آن، ضرورت خاصی دارد. شناخته شده ترین آزمایش ها در موضوع اثبات نسب، آزمایش تجزیه گروه های خونی و است و مورد اخیر قطعیت و اعتبار علمی بیشتری دارد. با توجه به اطمینانی که DNA آزمایش حاصل می شود، این سؤال مطرح است که آیا می توان با استناد به DNA از نتایج آزمایش آزمایش مزبور حکم به اثبات نسب داد؟ برخی تمایل به این نظریه دارند که آزمایش ژنتیک در عرض ادله دیگر نظیر اماره فراش قرار می گیرد و می تواند مثبت نسب باشد. با این سؤال فرعی نیز مواجه هستیم که مراجعه به آزمایش ژنتیک در دعوی اثبات نسب در بین چه کسانی قابل اتکا و اعتناست؟ یافته مقاله حاضر این است که آزمایش ژنتیک نمی تواند به خودی خود و مستقلاً در اثبات نسب مورد مراجعه قرار گیرد. نتیجه آزمایش ژنتیک همواره ایجاد علم نمی کند؛ متعلق علم حاصل از آزمایش ژنتیک، با متعلق علم قاضی به وجود نسب از دو جنس هستند و در نتیجه، فرض تعارض نتیجه آزمایش با علم قاضی منتفی است. این آزمایش در دقیق ترین حالت می تواند رابطه خونی را اثبات کند؛ حال آن که نسب یک رابطه حقوقی است و بدون وجود شرایط اماره فراش نمی توان به آزمایش ژنتیک برای وجود نسب اعتنا کرد. در صورت وجود اماره فراش، این اماره است که نسب را اثبات می کند نه آزمایش ژنتیک. به همین دلیل، در موارد تحقق اماره فراش، مراجعه به آزمایش ژنتیک برای اثبات برخی دعاوی فرعی مانند احتمال عوض شدن نوزادان می تواند راه گشا باشد.



۵- جستاری در تعزیرات منصوص شرعی
نویسنده: مرادی، قاسم؛

۶- مجله: علم و وکالت، بهار ۱۳۹۸، سال دوم - شماره ۱

یکی از انواع تقسیم‌بندی جرائم، تقسیم‌بندی از لحاظ اهمیت جرم ارتكابی و شدت مجازات است. تعزیرات نوعی از مجازات‌های اسلامی است که از آغاز شکل‌گیری دین اسلام در کنار مجازات حدی به وجود آمد که از نظر اهمیت جرم و شدت مجازات، دارای درجه‌بندی پایین‌تری نسبت به حدود است. تعزیرات منصوص یا معین شرعی، از جمله موضوعات محل بحث و اختلاف در فقه کیفر یا اسلام است. تعزیرات منصوص فاقد پیشینه در حقوق کیفری ایران است. مقنن جزایی ایران نخستین بار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بدون ارائه تعریفی از این نهاد و روشن ساختن مصادیق آن‌ها، احکام خاصی را بر آن مترتب نموده و به‌نوعی با آن‌ها معامله حد نموده است. منظور از تعزیرات منصوص شرعی، مجازات‌های خاصی است که توسط شارع مقدس، نوع و اندازه آن برای گناهان موجب تعزیر مقرر شده و در قانون ایران نیز برای بعضی جرائم موجب تعزیر آمده است نظیر هم‌جنس‌گرایی مردان، اقرار به زنا کمتر از ۴ بار که به ترتیب در مواد ۲۳۷ و ۲۳۲ قانون مجازات اسلامی آمده است. بر اساس تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مجازات‌هایی که در قالب تعزیرات منصوص شرعی هستند مشمول برخورداری از امتیازات مهمی همچون مرور زمان کیفری، تعویق مجازات و تعلیق مجازات نخواهند بود.

۷- موارد توقیف عملیات اجرای احکام مدنی

نویسنده: رنجبر، مسعودرضا؛ عسگری، علی حسن؛

مجله: قضاوت، زمستان ۱۳۹۶ - شماره ۹۲

هدف از صدور حکم به عنوان عصاره فرایند یک دادرسی همواره اجرای آن حکم در کوتاه‌ترین زمان می‌باشد. بنابراین، پس از شروع عملیات اجرای حکم یا اجرای سند لازم‌الاجرا اصل بر تداوم اجرا است مگر در مواردی که قانون جواز توقیف، تعطیل و یا تأخیر اجرای حکم را داده باشد که بسته به موضوع آن می‌تواند مربوط به هر کدام از مراجع مختلف عمومی، انقلاب، شبه قضایی و یا اداری و نیز احکام و داوری‌های خارجی باشد. فوت محکوم‌علیه یا حجر او، ادعای شخص ثالث مبنی بر تلف مال توقیف شده



بدون تعدی و تفریط، گذشت پنج سال از صدور اجرائیه، ابراز رسید محکوم‌له دایر بر وصول محکوم‌به یا رضایت کتبی او مبنی بر تعطیل و توقیف و تأخیر و یا قطع اجرا، اعتراض شخص ثالث نسبت به مال توقیف شده در زمان اجرای حکم و یا اعتراض شخص ثالث به حکم مورد اجرا، واخواهی، تجدیدنظرخواهی، اعاده دادرسی، درخواست نقض دادستان کل با شرایط قانونی، جملگی از موارد توقیف اجرای حکم می‌باشند. ارائه حکم قطعی با تاریخ مقدم و یا مؤخر و ارائه سند رسمی با تاریخ مقدم بر توقیف اجرا نسبت به مال توقیف شده نیز از دیگر موارد توقیف اجرای حکم است و این نوشتار ضمن تبیین اصطلاحاتی نظیر عملیات اجرایی، ختم عملیات اجرایی، توقیف عملیات اجرا، تعطیل و تأخیر عملیات اجرای احکام، با احصاء موارد متعدد توقیف عملیات اجرای احکام مراجع داخلی و خارجی و آرای داوری بین‌المللی که در قوانین متعدد ذکر شده است، با هدف رفع ابهام از خلأهای قانونی و ارائه راهکارهای عملی و اجرایی لازم جهت جلوگیری از تضییع حقوق طرفین حکم و اشخاص ثالث و تسریع در احقاق آن، به بررسی موضوع پرداخته است.

۸- اجرای حد توسط گناهکار از منظر روایات و فقه امامیه

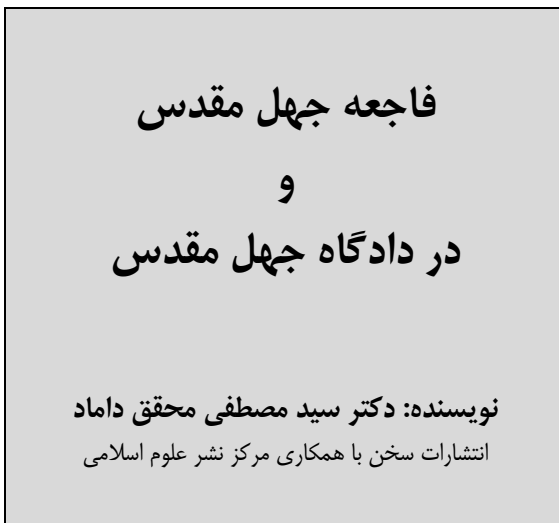
نویسنده: محب الرحمان، محمدعلی؛ محب الرحمان، محمدمهدی؛

مجله: فقه و مبانی حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۷، دوره پنجاه و یکم - شماره ۱
یکی از مهمترین مباحث در حدود الهی، شرایط مجری آن است. مقاله پیش رو، که به برخی از این شرایط می‌پردازد، در پی پاسخ به این سؤالات است که: «آیا شرط خاصی در شخص مجری حدود وجود دارد؟ آیا تنها کسی می‌تواند حدود را اجرا نماید که خود، عامل آن گناه یا گناه مشابه نباشد؟ این حکم در تعزیرات چگونه است؟ آیا اسلام و عدالت نیز در مجری حد، شرط است؟ آیا توبه گناهکار، تأثیری در حکم او دارد؟ حکم ناظرین اجرای حد چگونه است؟ و یا این که هر کس، هرچند گناهکار به موجب آن حد باشد، می‌تواند آن حد را در مورد دیگران اجرا نماید؟» یافته‌های تحقیق که به همراه راهکار اجرایی آمده است، نشان می‌دهد: اجرای حدود مربوط به حق الله توسط گناهکاری که مرتکب موجب هر حدی شده باشد، بنابر نظر فقها، بر خلاف احتیاط و یا حرام است؛ اگر مجری گناهکار، قبل از تصدی اجرای حد توبه نماید، می‌تواند حد را جاری کند.



معرفی کتاب (۱)

رسول فروغی^۱



سال‌ها در جهل و ظلمت رفته‌ای
وز تعصب گیرد دوزخ تفته‌ای
ای تو را دنیا و دین بس نادرست
چون تو را ناپاکی ای از اصل رُست
رو ز صورت بگذر و حق را ببین
تا شود این صورتت حق‌الیقین

از بخت یاری این فقیر است که معرفی کتاب این شماره به بنده واگذار شد تا سعادت‌ی
یابم و به معرفی کتبی ارزشمند از دکتر سید مصطفی محقق داماد بپردازم.

۱. کارآموز وکالت.

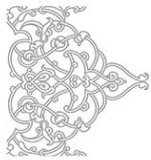


در ستایش از چهره‌های علمی و فرهنگی چون استاد محقق داماد، همین بس که مطالعات ایشان پا فراتر از علم حقوق و دانشگاه نهاده و به آوردگاهی فراخ‌تر روی نموده و در عرصه‌هایی قلم زده‌اند، که آوازه شان را از کتب درسی حقوق فراتر برده است. هستند نویسندگان شهیری که در یک عرصه تخصص و تبحر دارند، اما این‌که شخصی در حوزه‌های مختلف و علوم دیگر نیز قلم زده و شهره گردد، جای قدردانی مضاعف دارد. از آنجایی که اهل حقوق با کتب حقوقی استاد محقق داماد به‌خوبی آشنا هستند- و شاید دانشجوی حقوقی نباشد که دست‌کم یکی از کتاب‌های ایشان را به‌عنوان واحدی درسی مطالعه نکرده باشد- بر آن شدیم کتاب‌های دیگری از این نویسنده را به شما معرفی کنیم. از کتاب "فاجعه جهل مقدس" آغاز می‌کنم که ظاهراً اولین بار در سال ۹۲ منتشر شده است و پس از سال‌ها، مجموعه گفتارها و سخنرانی‌های دیگری نیز تحت عنوان "دادگاه جهل مقدس" در مجلد دیگری منتشر گردیده است.

کتاب "فاجعه جهل مقدس" غالباً به حادثه کربلا و شهادت حضرت حسین (علیه‌السلام) اختصاص دارد و در انتها گفتارهایی درباره موضوع مشترک هر دو مجلد (یعنی جهل و جهالت) عرضه گردیده است. اما کتاب دیگر یعنی "در دادگاه جهل مقدس" به زندگی و اندیشه‌های سه متفکر و عارف بزرگ انسان مدار یعنی شیخ شهاب‌الدین سهروردی، عین القضاة همدانی و مایستر اکهارت آلمانی پرداخته است. فارغ از نام والای دکتر محقق داماد- که بر هر اثری آید، آن اثر را خواندنی و ارزشمند می‌نماید- جذابیت این دو اثر، در موضوعی است که به آن پرداخته شده است.

موضوع مشترک و ویژگی این دو اثر همان‌طور که از عنوان آنها برمی‌آید تاریخ بی‌خردی و تعصبات کور در لباس دیانت و اعتقادات دینی جاهلانه در سرزمین‌های اسلامی قرون گذشته است؛ که در یکی به فاجعه‌ای بی‌منتها منجر گشت و بزرگی از نسل پیامبر اکرم همراه با یارانش، شهید جهل کور زمانه گردید و در دیگر مجلد، اندیشمندانی والا و عرفایی نامدار، بار این نادانی تاریخی را با فدا کردن جان خویش به دوش کشیدند.

نویسنده در کتاب نخست (یعنی فاجعه جهل مقدس) به چگونگی قدرت گرفتن قرائتی از دین می‌پردازد که معنویت را برای وصول به قدرت دنیوی وسیله قرار می‌دهد تا به آن نائل گردد. در ابتدا از لحاظ تاریخی به بررسی این موضوع معرفت‌شناختی می‌پردازد که ایمان دارای درجات گوناگون است و از وجهی دیگر، دینداری دارای انواعی است؛ سپس ذکر این نکته که با آغاز نهضت پیامبر اسلام، این معنویت و ولایت باطنی پیامبر مکرم



اسلام بود که در رسالتی دوران ساز، ایشان را واصل به مقصد نمود و ذکر این مطلب که پیامبر عظیم‌الشأن اسلام، دین را سراسر حسن خلق می‌دانستند و به کمال رساندن مکارم اخلاقی. پس چگونه شد که پس از رحلت آن حضرت، دینداری ابزاری برای قدرت گرفتن عده‌ای شد تا خلاف ارزش‌های نبوی عمل کنند و دیگر به آن مرشد معنوی خود تاسی نکنند و دنیاپرستی و مقام دوستی تا جایی پیش برود که حکام آن دوران نصر و پیروزی را در بستن راه عزیز پیشوایشان و ریختن خون او و همراهانش بدانند؟ چه شد که افرادی به‌عنوان حاکم قدرت گرفته‌اند که از دین چیزی جز شقاوت عریان، نیل به قدرت و حکمرانی بر مردم تحت هر شرایطی برداشت نمی‌کردند؟

نویسنده با ذکر نمونه‌هایی تاریخی، کژ اندیشی‌های دینی را عامل شکل‌گیری فاجعه‌ی کربلا بیان می‌کند با این استدلال که تفسیرهای سطحی از ظواهر آیات و اقوال، باعث گشت هدف وسیله را توجیه و رسیدن به قدرت را میسر، بلکه واجب گرداند. نویسنده با ذکر مثال‌های معتبر از حادثه‌ی عاشورا نتیجه می‌گیرد که حرب‌های دینی، بزرگ‌ترین و مؤثرترین عامل همراهی مردمان آن روزگار با آن فاجعه تاریخی بوده است و نه کسب ثروت و مقام...

حقیقت آن است که نزاع و جنگ از ابتدای تاریخ با بشر زاده شده، اما آنچه وحشی‌گری حادث شده در واقعه کربلا را از دیگر جنگ‌ها جدا می‌کند، سوءاستفاده ابزاری از دینداری و ضلالت پوشیده شده با تعصبات دینی است. از مفاهیم امت و امامت و ولایت - که دارای پیام‌هایی معنوی بود - تفاسیری صورت گرفت که راه برای خروج و شورش علیه پاک‌ترین انسان‌ها بازگردد و اعمالی از این گمراهان سرزند که در تاریخ مثال ندارد (از جمله تاختن بر اجساد و آتش زدن خیمه‌ها و غیره). نکته‌ای که به نظر راقم این سطور قابل ذکر است آن که جهل مقدس تفکر سقیفه‌ای است، در مقابل تفکر علوی لذا نباید از جهل مقدس، برداشتی سیاسی داشت و آن را به متدینین گره زد.

نویسنده در بخش دیگری از کتاب «فاجعه جهل مقدس» به شستشوی مغزی (یا همان کنترل ذهن) و راه‌های ترویج جهل از طریق قدرت می‌پردازد و تذکر می‌دهد که چگونه فرمانده جنگ از سوی معاویه (عمر بن سعد) که خود فقیه و عالم بود، با سخنرانی راجع به مقدس جلوه دادن جهاد پیش رو، موفق شد مردم را به جنگ با حسین (ع) بسیج کند.



بزرگ سرزمین مان شیخ شهاب‌الدین سهروردی (شیخ اشراق) و نیز صدرالمتهین شیرازی می‌پردازد که از نوادر روزگار بودند، اما متأسفانه آنان نیز دچار تعصب و جهل مذهبی و خشک مغزی جاهلان دین ورز گردیدند و جان خود بر سر عقیده شان نهادند...

و اما کتاب دوم یعنی «در دادگاه جهل مقدس»؛

در این کتاب که به زندگی چند عارف نامی پرداخته شده، ابتدا به فیلسوف بزرگ سرزمین مان شیخ شهاب‌الدین سهروردی و دادگاهی که در تفتیش عقاید او تشکیل گردید که نهایتاً منجر به صدور حکم به فساد عقیده این بزرگ گردید، می‌پردازد. قسمت جذاب این مجلد گفتگوی سهروردی با بازجوهای قضایی خود است که در نوع خود بی‌نظیر است (و انسان را به یاد گفتگوهای فلسفی سقراط و همراهانش در دیالوگ‌های افلاطون می‌اندازد) که سهروردی چگونه در نهایت ظرافت، مباحث معرفتی را بدون ترس، مطرح و برای عقاید خود استدلال می‌آورد تا جایی که قاضی، اسکات می‌گردد. اما متأسفانه نهایت امر به قتل وی حکم صادر می‌کند!

جالب است بدانید شیخ اشراق علاوه بر درخشش در فلسفه و حکمت اشراقی، ابعاد وجودی دیگری از جمله تبحر در اصول فقه نیز داشته، که کمتر شناخته شده است؛ از جمله تدوین کتاب "التقیحات فی اصول فقه".

همان طور که حکیم و متفکر دیگر ملاصدرای شیرازی نیز در کنار فلسفه ورزی و استدلال‌های عقلی و تأسیس مشرب حکمت متعالیه، از سویی حدیثی و قرآنی نیز دارای آثار گران سنگی است که کمتر شناخته شده است. در بخش دیگری از کتاب به دو عارف نامی یکی عین‌القضات همدانی و دیگری - که برای ما کمتر شناخته شده است - مایستر اکهارت عارف دنیای مسیحی می‌پردازد که چگونه آنان نیز گرفتار جهل مقدس شدند و به طرز فجیعی جان بر سر عقیده نهادند. کتاب از آن جا به بعد دلکش تر و جذاب تر می‌شود، که به زندگی این دو عارف نامی می‌پردازد (که مجال بسط آن برای ما بیش از این نیست). اما آنچه قابل ذکر بلکه لازم است، نحوه‌ی محاکمه این دو عارف، به اتهام کفر به دلیل بیان و تحلیل مطالب عرفانی است؛ چونان بزرگی که انالحق گفت و بردار شد...

می‌توان باز از حلاوت مطالعه این دو کتاب نوشت و از ایمان مبتنی بر جهل و خرافه



و مقدس مآبی که به فجایع انسانی منجر گشته است. اما افسوس که فرصت اندک است و
مجالی برای درمیان گذاشتن بیشتر این مباحث و فصول کتاب فراهم نیست. در انتها
میهمانتان می‌کنم به خواندن ابیاتی دلکش و لطیف منتسب به عین‌القضات همدانی؛

ما را بجز این جهان، جهانی دگر است

جز دوزخ و فردوس مکانی دگر است

آزاد نسب، زنده به جانی دگر است

و آن گوهر پاکشان، ز کانی دگر است

قلاشی و رندی است سرمایه‌ی عشق

قرائی و زاهدی جهانی دگر است

ما را گویند کین نشانی دگر است

زیرا که جز این زبان، زبانی دگر است



معرفی کتاب (۲)

سید جواد موسوی^۱

کتاب وجیزة التحرير

محمد بن سبزعلی اصفهانی

مقدمه

در این نوشتار سعی گردیده است براساس نیاز جامعه‌ی حقوقی- که لازم است با متون حقوقی و مکاتبات اداری در سیر زمان آشنایی داشته باشند- یکی از بهترین کتب در این زمینه که با تلاش و ممارست فراوان نویسنده‌ی آن گردآوری شده، معرفی گردد تا ضمن آشنایی با کتاب وجیزة التحرير نوشته‌ی محمد بن سبزعلی اصفهانی، در مورد ادبیات و نگارش متون حقوقی و مکاتبات اداری زمان صفویه و قاجاریه نیز معرفی مختصری صورت گیرد.

اهمیت آشنایی با ادبیات و نگارش متون حقوقی- اداری گذشتگان زمانی بیشتر قابل تأمل می‌گردد که با دقت در متون قدما، می‌بینیم رعایت مسائل شرعی- حقوقی بدون اطلاع در سخن، به وضوح رعایت شده است؛ موضوعی که چه در لوائح حقوقی و مکاتبات اداری و حتی در تدوین مواد قانونی در زمان حال کمتر بدان توجه می‌شود؛ که همین امر اسباب تغییر مداوم متون، مواد قانونی، آیین نامه‌ها و استفساریه‌ها را موجب شده است. بنابراین توجه به کتبی از این دست و استفاده از تجربه گذشتگان قبل از هر چیز، همکاران محترم را در تهیه و ارائه لوائح حقوقی و کاربرد صحیح و به جای کلمات رهنمون خواهد ساخت.

در شناخت نویسنده وجیزة

این کتاب توسط محمد بن سبزعلی اصفهانی در سال ۱۲۴۵ قمری گردآوری شده است که در مقدمه، خود را بنده جانی ابن سبزعلی محمد اصفهانی نامیده است. شرح حال

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.



وی در المدائح المعتمديه (تالیف در ۱۲۵۹) نسبت به دیگر کتب از جمله دیوان صفایی، صدیقۀ الشعرا و مجمع الفصحاء، قدری روشن تر بیان شده است. جای که شرح حال شاعرانی آمده که شعر در وصف معتمدالدوله گرجی گفته‌اند و از آن شمار، یکی هم از همین صفایی اصفهانی نویسنده ماست.

در المدائح آمده است: «صفایی هو استاد الكل فی الكل و مصدر ارشاد الطرق و السبل، نام نامیش ملامحمد پیربست صاحب طبع جوان و فقیری است با همت سلطان مولد شریفش دارالسلطنه اصفهانی و نسب حنیفش به فضلالی آن سامان دقیقه ای خود را از تحلیل علوم فارغ نگذاشتی، چنانکه در اندک زمانی در مرحله شعر و انشاء بر استادان سابق فایق و در مرتبه تحدید و املا بر مرسلان فایق، سابق گردید.»

صفایی اصفهانی یکی از گویندگان فاضل و ماهر دوره‌ی فتحعلی شاه است که اگر از بدبختی او نباشد، معلوم نیست به چه علت شهرت نیافته است. چیزی که از احوال او معلوم است این که صفایی اصفهانی، در موسیقی و حساب و سیاق ماهر بوده و خط را نیز خوب می‌نوشته و در شعر هم به قصیده سرایی بیشتر اقبال داشته و انصاف این است که قصیده را خیلی خوب می‌گفته است و به نظم و نثر، او را تسلطی تمام و مسلم بوده است. در پایان باید افزود که براساس یادداشت مؤلف، به نظر می‌رسد که او این اثر را به دستور یک شخصیت برجسته و به قول خودش «صاحب خصال حمید» نگاشته است.

درباره کتاب

وجیزه، گزیده ای است از منشآت مربوط به اسناد دوره‌ی صفوی و قاجار، که در کارهای اداری، حقوقی، خانوادگی و امور مشابه مورد استفاده قرار می‌گرفته و هدف آن علی الاصول، آموزش نگارش نامه‌های شرعی و حقوقی بوده است که با ذوق نویسنده، از منابع درجه اول انتخاب شده است.

نویسنده در مقدمه می‌گوید: این مختصری است در بعضی قواعد و اصطلاحات و نسخ و نوشتجات محتاج الید، فن تحریرات شرعیه که کتاب و محررین از دانستن آن ناگیراند.

به طور کلی کتاب شامل یک مقدمه در بیان برخی از اصطلاحات و دو باب است؛

باب اول: در نوشتجات شرعیه و برخی احکام دینی؛

باب دوم: در نوشتجات و احکام شرعیه و بعضی از احکام ملیه؛

نکته‌ی دیگر در مورد این اسناد آن است که شماری از آنها در خصوص تنظیم اسناد حقوقی است و از این جهت نشان می‌دهد که نویسنده، جهت گیری کاملاً اداری داشته و



تلاش می‌کرده است تا نمونه‌های مختلف را در اختیار گذارد.

در ویژگی‌های این مجموعه

در مجموعه حاضر موارد خاصی یافت می‌شود که کمتر در متون دیگر آمده است؛ چند نمونه از این موارد بدین شرح است:

۱- چندین متن در ارتباط با خرید و فروش غلام، آزاد نامچه (که درباره آزاد کردن غلامان است) و همین‌طور مکاتب نامچه (که برای عبد مکاتب به کار می‌رفته است) آمده است.

۲- چندین مورد توبه نامه در این مجموعه وجود دارد که نشان می‌دهد نگارش این متن‌ها نیز حتی اگر زیاد نبوده، اما وجود داشته و آداب و صیغه شرعی خاص خود را داشته است.

۳- آموزش نگارش متن استفتاء از علما نیز در چندین مورد آمده و حتی در یک مورد که درباره حکم دیه است، متن استفتاء و سپس صدور حکم براساس استفتای علما، نشانگر مسیری است که درباره صدور احکام قضایی وجود داشته است.

۴- نیابت زیارت مکه و مشهد از جمله مواردی است که نیاز به نگارش متن تعهدنامه داشته و ضمن آن شروط زیارت هم معین شده است. در مورد مسائل مذهبی، موارد دیگری هم وجود دارد که در مجموع می‌تواند در بررسی اوضاع دینی این دوره مهم باشد.

۵- چندین مناخحه نامه در این مجموعه وجود دارد که به لحاظ ادبی بسیار عالی و زیبا و حاوی نثرهای سنگین است.

۶- اطلاعات شغلی و اجتماعی نیز در این نامه‌ها فراوان و نیازمند استخراج منظم و هدفدار است که به عنوان مثال می‌توان استخراج سیستم‌های قراردادهای ملکی و روستایی میان اربابان و رعایا را در آن دوره استخراج کرد.

چگونگی تدوین و فایده‌ی اینگونه متون

به نظر می‌رسد دو راه برای تدوین این قبیل منشآت وجود داشته است؛ نخست اقتباس از مجموعه‌هایی که پیش از آن تدوین شده و دیگری استفاده از اسنادی که در دسترس نویسنده بوده یعنی در دفاتر دبیران شاغل در حکومت یا منازل و دفاتر علماء وجود داشته است.

این متن‌ها دست کم سه فایده مهم دارند:

نخست اینکه اساساً نظام اداری و دبیری ما به چه صورت بوده است و از لحاظ حقوقی، براساس چه قوانین و در چه قالب‌هایی، اسناد اداری و حقوقی تنظیم می‌شده



است.

دوم فواید جنبی آنها از نظر تاریخی، اجتماعی و حتی رجالی است. سوم بحث ادبیاتی است که جنبه‌های مختلف ادبی در این قبیل متون قابل بررسی است.

در انتها چند نمونه از متون حقوقی کتاب وجیزه التحرير تقدیم می‌گردد:

حکم ثبوت لزوم بیع شرط

با تحقیق مبیعه مزبوره به شرایطها چون مدت خیار مقتضی و رد مثل ثمن موصوف به سوی عالیجناب مشتری مشارالیه غیر معلوم و مبیعه مزبوره به حکم استصحاب ثابت و لازم شده و مبیع مزبور اختصاص به عالیجناب مشتری یافته، لهذا بایع مذکور تخلیه ید را از مبیع مزبور نموده، به انضمام اجرت المثل زمان تصرف خلاف شرع خود از یوم لزوم مبیعه الی یومنا هذا به تصرف مشارالیه داده و با بودن احدی را سخن به حضور آیند که غورسی شود. تحریراً فی دویم شهر محرم الحرام من شهر سند فلان من الهجره المقدسه.

وکالتنامه که به عزل موکل معزول نگردد

حاضر دارالشرع الانور شد فلان بن فلان و بعد از تعلیم و تفهیم اینکه وکیل در ضمن عقد خارج لازم اسلامی به عزل موکل معزول نگردد، در ضمن عقد خارج لازم اسلامی فلان ولد فلان را وکیل مطلق و نایب مناب شرعی خود گردانید که فلان و فلان را فلان نماید توکیلاً صحیحاً شرعياً مأذوناً فی توکیل الغیر، و صیغه گفته شد. تحریراً فی ۲ شهر فلان من شهر سند فلان من الهجره (اقرالموکل المعروف بالتوکیل الالزام حسب ما رقم فیه لدی و کتب الداعی) (عن قبل موکلی و کلت موکلک كما ذکر عما ذکر، قبلت الوکاله هکذا)

درک مبیع

معرف شدند بایعان مزبوران متن و رهن درک مبیع مزبور متن نمودند تمامت نیم حبه از بابت آب و املاک و مجاری و صحاری از جمله سه حبه از کل هفتاد و دو حبه قریه فلان را از شرب و مشارب و کلما یتعلق بها شرعاً از این تاریخ لغایت مدت نود سال تمام که چنانچه کاشف فسادی در مراتب مزبوره به ظهور رسد مشتری مشارالیه استیفا حق از مرهون نموده، به زیاده یا کم رجوع نماید و ضمن العقد مزبور حاصل و منافع گشته، هذه السند به مضمون (الزرع الزارع) مختص بایع مزبور خواهد بود.



اجاره نامچه

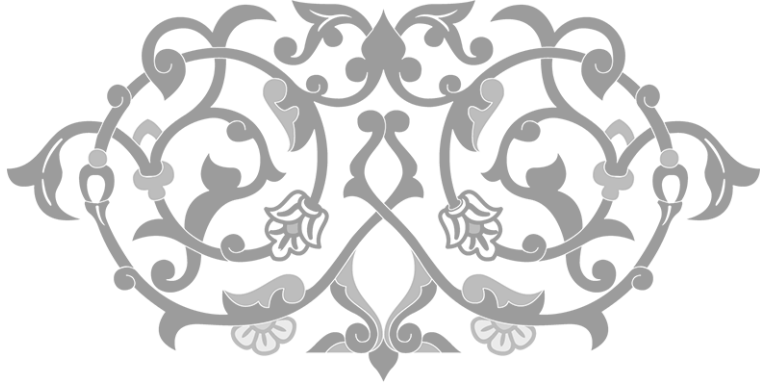
به اجاره شرعیّه و مقاطعه صریحه ملیّه بداد فلان ولد فلان به فلان ولد فلان مقرون {۲۱۸} به قول او تمامت فلان را با جمیع توابع و لواحق شرعیّه آن از مّمّر و مدخل و سایر ما یتعلّق بها از حال تحریر لغایت مدت یک عام تمام، متوالی الیالی و الایام از این تاریخ بمال الاجاره مبلغ فلان، مواجره صحیحه شرعیّه و معاهده صریحه اسلامیّه حاویّه جمیع شرایط و ارکان، خالیّه از کل مفاسد و نواقص و بطلان و ضمن العقد شرط شرعی بین آنها تحقق پذیرفته که در ظرف مدّت مذکوره تحمیلات دیوانی و عوارضات سلطانی کلاً درعهده موجر و رجوعی به مستأجر مزبور ندارد و اخراجات جزئی و تعمیرات جزئیّه از قبیل ازاله‌ی برف و نصب میزاب و تنقیه بئر و بالوعه با مستأجر است و این کلمات به جهت اجاره نامه قلمی گردید و صیغه گفته شد. (اقرّ معروفّاً بتمام مارقم فیّه لدی و جرت الصیغه الشرعیّه بمحضری و کتب الداعی فی ۲۰ شهر شعبان)

تصدیق و تنفیذ

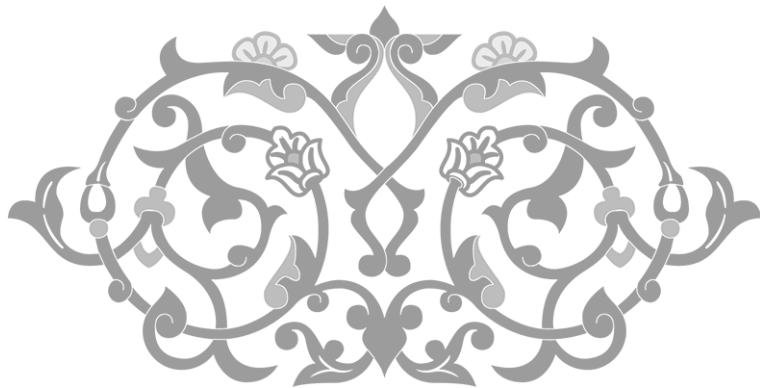
حاضر شد مسمّاء فلانه خانم بنت فلان زوجه دائمیه بایع مشار الیه متن و تصدیق و تنفیذ شرعی نمود و به صحّت و شرعیّت و لزوم مبیاعه مزبوره متن قایل و معترف گردیده و آنچه از بیع مزبور که به عنوان تملیک به مسمّاء مزبوره را در بیع مزبور به هیچ وجه حقی و دعوی و بهره و نصیب و استحقاق و استحلاف و سلطنت مطالبه و مرافعه باقی و متصور نیست. پس هرگاه بعد هذا خود بنفسها أو احداً من قبلها، وکیلاً کان أم وارثاً، بخلافه دعوی نمایند، باطل و عاقل و از درجه اعتبار و اعتماد ساقط و هابط خواهد بود.

صورت انتقال

حاضر شد فلان ولد فلان و مّمّر و معترف گردید که چهار دانگ مشاع از کل شش دانگ یک باب خانه معینه مشخصه معلومه واقعه در محله فلان را به موجب قباله نامچه معتبره علی حدّه مورخه به تاریخ فلان به فلان ولد فلان به عقد مبیاعه شرعیّه و معاهده ملیّه به مبلغ فلان منتقل نموده و مبیع مزبور را به تصرف داده و کل ثمن و سایر اعواض را بعد از جریان صیغه شرعیّه به اقباض و ایصال آقا فلان مشارالیه اخذ و قبض شرعی حقیقی نموده و او را در آن به هیچ وجه غبن و نقصان و خسارانی نیست و چنانچه بعدالیوم خود بنفسه أو احداً من قبله وکیلاً کان أم وارثاً به خلاف مذکور و نقیض مسطور دعوی نماید، باطل و از درجه اعتبار ساقط است.



زنگ تفريح





قانون اساسی به بیان طنز

دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای^۱

(این شماره را تقدیم می‌کنم به سردار شهید قاسم سلیمانی و شهدای عزیز هموطنم در عرصه‌های مختلف در سال‌های ۱۳۹۸ و ۱۳۹۹ خورشیدی)

چند روز قبل که نه بخاطر کرونا، بلکه بخاطر عدم مراجعه‌ی مشتری و موکل مثل همیشه در خانه قرنطینه بودم^۲، از دفتر مجله مدرسه حقوق با من تماس گرفته و گفتند: «جناب مدیر مسئول سلام رساندند و فرمودند چون می‌خواهیم شماره بعدی را به ویژه نامه ای در مورد قانون اساسی اختصاص دهیم، تو هم در این مورد طنز بنویس». من از کوره در رفته و با عصبانیت پاسخ دادم: «اولاً شما در مورد من چه فکری کرده اید؟ اگر فکر می‌کنید که من جزو آن دسته از نویسندگان هستم که به سفارش و دستور، مطلبی را می‌نویسم سخت در اشتباهید. من هیچ‌گاه چنین کاری نمی‌کنم مگر اینکه به من دستور بدهند. ثانیاً چشم!». به همین دلیل هم اکنون قلم را در دست گرفته و در مورد قانون اساسی و نظرم در مورد این قانون مطالبی را قلمی می‌کنم. اگر نتوانسته‌ام حق مطلب را ادا کنم پیشاپیش از محضر شما عذر خواهی می‌کنم و اقرار می‌کنم که راستش را بخواهید تاکنون من هرچه طنز نوشته بودم در مورد قوانین ناساسی یا بی‌اساسی بوده و تاکنون در

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.

۲. بنده نویسنده به دلیل نداشتن راهنمای خوب در زندگی از همان ابتدای جوانی به جای این که دنبال تحقیق در رشته‌های پول ساز حقوق باشم، به دنبال رفیق ناباب طنز حقوقی رفتم هم برای خودم کلی دردسر درست کردم و هم این که تاکنون هیچ کس به من زنگ نزده که در فلان پرونده وکیلی می‌خواهیم که مسلط به طنز حقوقی باشد و بر همین اساس معمولاً همیشه در خانه قرنطینه‌ام!



مورد قانون اساسی مطلبی ننوشته ام و علت آن هم این بوده که از خدا که پنهان نیست از شما چه پنهان، تاکنون که این همه عمر از خدا گرفته ام نمی دانستم قانون «اساسی» هم وجود دارد و فکر می کردم همه ی قوانین یا بی اساسی هستند یا ناساسی. که از بابت آشنایی خودم با قانون اساسی برای اولین بار صمیمانه از دست اندرکاران مدرسه حقوق تشکر می کنم!

و اما نتایج تحقیقات بنده در مورد قانون اساسی:

۱. تحقیقات صورت گرفته در این مقاله در مورد قانون اساسی کشورهای مختلف جهان می باشد و هرگونه شباهت ظاهری نتایج این تحقیقات با رفتارهای قانونی در کشور عزیزمان اتفاقی بوده و تکذیب می شود.

۲. در همه جای دنیا قانون اساسی به دو دسته تقسیم می شود: مشروطه و مطلقه.^۳ قانون اساسی مشروطه یعنی قانون فقط نماد وحدت می باشد و حق دخالت در کارهای سه قوه مقننه، مجریه و قضاییه را ندارد ولی قانون اساسی مطلقه در رأس همه ی امور بوده و سه قوه باید مطیع وی باشند.

۳. اولین سؤالی که در مطالعه حقوق اساسی هر کشور و حتی در سایر دروس حقوقی در ذهن آدمی پدید می آید این است که قواعد حاکم بر قانون اساسی یا به عبارت بهتر اصول قانون اساسی جزو قواعد آمره است یا تکمیلی؟ در این خصوص دو نظریه وجود دارد: تمامی حقوق دانان اعتقاد دارند که این اصول و قواعد آمره بوده و در نتیجه تخطی از آن ممکن نیست. در نقطه ی مقابل سیاستمداران و قانون گذاران بالاتفاق معتقدند قواعد مذکور ارشادی و تکمیلی بوده و هر گونه اقدامی و یا وضع قانونی برخلاف آن ممکن و میسر است. اینجانب شخصاً در قانون اساسی یکی از کشورهای دنیا- که متأسفانه چون قوانین همه ی کشورهای دنیا را خوانده ام، الان حضور ذهن ندارم کدام کشور بود- در اصل چهل و چهار آن دیدم که اقتصاد را دولتی، سپس تعاونی و بعد از سرریز اقتصاد،

۳. توضیح سردبیر: ظاهراً نویسنده محترم در اینجا قانون اساسی را با سلطنت مشروطه و مطلقه اشتباه گرفته که به لحاظ احترام به ایشان عین نوشته چاپ می شود. توضیح ویراستار: ظاهراً نه بلکه یقیناً نویسنده اشتباه کرده است.



مابقی را خصوصی تلقی و بسیاری از صنایع را نیز دولتی دانسته است. ولی در قانون داخلی ۱۷۸ درجه عکس این اصل عمل شده بود و آب هم از آب تکان نخورده بود! به همین دلیل در پاسخ به این سوال باید گفت اگر در امتحان درس حقوق اساسی این سوال مطرح شد، باید پاسخ داد آمره ولی اگر در خارج از دانشکده حقوق مطرح شد باید گفت ارشادی؛ بسیار ضعیف آن هم در حد نصیحت هایی که در فضای مجازی و در قالب پوستر طراحی می شود!!!

۴. در بسیاری از اصول قوانین اساسی، بحثی به حقوق ملت اختصاص یافته که بندهی سراپا تقصیر ابتدا فکر کردم که همان بحث یارانه هاست که چون به بنده تعلق نمی گیرد، قصد عبور از آن را داشتیم ولی با مرور بعضی از اصول به نکات جالب توجهی دست یافتیم که البته بنظر بنده در بعضی از اصول ناقص است :

الف. مثلاً در اصل سی و پنجم به افراد اجازه داده شده تا برای خود وکیل بگیرند که بنظر من حق گرفتن وکیل حق پیش پا افتاده ای هست! چون معمولاً وکلای خوب، تعهد به وسیله می نمایند که این در امر دادرسی برای طرف دعوا ایجاد اطمینان نمی نماید، در حالی که باید دنبال کسی بود که تعهد به نتیجه بدهد و این کسی نیست جز قاضی پرونده! لذا باید در قانون اساسی حق گرفتن قاضی توسط اصحاب دعوا به رسمیت شناخته شود، تا در دادرسی شخص دچار نگرانی نشود!

ب. پیرو ارشادی تلقی کردن اصول قانون اساسی، در قوانین عادی مصوبه هایی داریم که کاملاً خلاف قانون اساسی است، مثلاً در قانون اساسی شکنجه ممنوع اعلام شده ولی در قوانین عادی به انسان اجازه ای ازدواج می دهند و حتی در بعضی از مشاغل، مستخدم را مجبور به ازدواج می نمایند و یا به موجب اصل بیست و هشت قانون اساسی، هرکس حق دارد شغلی را که به آن مایل است برگزیند. ولی با کمال تاسف عده ای به دارندگان مشاغل متعدد که با میل و رغبت برگزیده اند، انتقاد می نمایند که از این قانون، چنین امری به آدمی الهام نمی گردد.

ج. به موجب اصل بیستم قانون اساسی همه افراد یکسان در حمایت قانون قرار دارند که اصل پیشرفته ای است منتها قید نشده که قانون، خود در حمایت کسی قرار دارد یا خیر؟! به عبارت دیگر همه در برابر قانون مساوی اند ولی متأسفانه مشخص نشده که در



برابر مجریان قانون هم باید همه برابر باشند که در اینجا با توجه به رعایت اصل عدم و ایجاد شک در شمول این قاعده از قانون به مجریان، اصل عدم حاکم است و ضرورتی به این یکسان دیدن وجود ندارد!

د. در اصل سی ام دولت موظف به فراهم نمودن وسایل آموزش و پرورش رایگان تا پایان دوره متوسطه شده است. لازم به ذکر است که رایگان در اینجا یعنی مفتی یا همان بدون پول یا سود که چون عبارت بدون پول یا سود از نظر لفظی دارای تناظر لفظ می باشد، همان اصطلاح غیر انتفاعی جایگزین شده که عبارت زیبا و متین تری می باشد!

ه. در اصل نوزدهم مردم را از حقوق مساوی برخوردار دانسته و رنگ و نژاد و زبان را سبب امتیاز ندانسته است که در این زمینه گام‌های بزرگی برداشته شده است و امید می رود در آینده قدم‌های بزرگتری برداشته شود. مثلاً مسافت بین شهرها برای عموم مردم یکسان بوده و یا تعداد واحدهایی که برای گرفتن لیسانس باید گذراند، بدون هیچ تبعیضی برای همه یکسان است و یا بلافاصله برای هر کسی که به هر دلیلی فوت نماید، گواهی فوت صادر خواهد شد. در این زمینه مثال‌های بیشتری می توان زد که باعث اطاله کلام می گردد!

۴. یکی دیگر از سؤالاتی که در مورد قانون اساسی پیش می آید، طول عمر و نحوه‌ی تغییر قانون اساسی می باشد. در این زمینه دو رویه دیده می شود؛ عده ای به راحتی و با جمع آوری امضاء به تعداد خاص قادر به تغییر آن می باشند، همچنان که در سویس ظاهراً مرسوم است و عده ای هم تغییر در قانون اساسی را به سختی می پذیرند و این اصرار بیجا چه بسا به قیمت جان ملت هم تمام بشود ولی مرغ ایشان یک پا دارد. مثلاً اجازه‌ی حمل اسلحه در آمریکا که تاکنون جان تعداد زیادی را گرفته، ولی کسی جرأت نمی کند این قانون مسخره را از بین ببرد.

البته در بعضی از کشورها از روی اخلاق و تواضع و فروتنی نهادی به نام مجمع تشخیص مصلحت تشکیل شده که با همکاری قوه مقننه می تواند خلاف قانون اساسی قانون وضع نماید و بیچاره قانون اساسی قدرت جیک زدن ندارد!

۵. در مورد قانون اساسی خیلی سخن‌ها می توان گفت ولی به این نکته اکتفا می شود که بنظر می رسد قانون اساسی اگر برای بعضی‌ها نان نداشته برای نامزدهای انتخاباتی آب



فراوان داشته و منبع پر الهامی است برای اخذ وعده از قانون اساسی و درج آن در پوستره‌های تبلیغاتی! به گونه ای که اگر بسیاری از اصولی که در قانون اساسی به عنوان آرمان و هدف شناخته شده اما به دلیل مشکلات داخلی و خارجی نتوانسته جامه عمل به خود ببوشد، به راحتی بر کاغذهای انتخاباتی نقش می‌بندد و به همین دلیل بارها دیده ایم که در انتخابات شوراهای شهر و روستا یا حتی یک نماینده‌ی مجلس شعارهایی از قبیل ایجاد اشتغال، مبارزه با فساد، عدالت، از بین بردن تورم، نجات اقتصادی و... نقش می‌بندد و در یک کلام قانون اساسی بیش از دخترکان جوان یا طبیعت برای نامزدهای انتخاباتی منشاء الهام می‌گردد که جای سپاس دارد!