



صاحب امتیاز:
دانشگاه مفید

مدیر مسئول:
دکتر محمد خیری

سر دبیر:
امیرمهدی دهقان

دوران این شماره:

فاطمه زیبایی نژاد (پژوهشگر دوره دکتری حقوق بین الملل)
مهدی زیارتی (پژوهشگر دوره دکتری حقوق خصوصی)
سیدمحمدحسین جزایری (پژوهشگر دوره دکتری فقه و مبانی حقوق)
حسن صادقیان (پژوهشگر دوره دکتری فقه و مبانی حقوق)

ویراستاران: شیوا ناصری و شمیم ناصری

طراح جلد: شیوا ناصری

دیدگاه‌های مطرح شده در مقالات لزوماً منعکس کننده نظرات «دانش پژوهان» نمی‌باشد.
دوفصلنامه دانش پژوهان در ویرایش مقالات آزاد است.

نشانی: قم، بلوار شهید صدوقی، میدان مفید، دانشگاه مفید، معاونت دانشجویی و فرهنگی،

دبیرخانه دانش پژوهان

کد پستی: ۳۶۱۱-۳۷۱۸۵

نمابر: ۰۲۵ - ۳۲۹۰۳۵۵۴

تلفن: ۰۲۵ - ۳۲۱۳۰۲۱۱

پایگاه اینترنتی: daneshpajooan.mofidu.ac.ir پست الکترونیک: cao@mofidu.ac.ir

دیدگاه ها، تفاسیر و مواضع متخذه مقالات و اسناد منتشره در مجله دانش پژوهان منحصرآ نظر و موضع نویسندگان بوده، تمامی مسئولیت های آن بر عهده ایشان است. چاپ و انتشار مقالات به معنی تایید مواضع نویسندگان مزبور توسط این مجله نمی باشد.

مجله دانش پژوهان دانشگاه مفید صرفا تسهیلاتی را برای ترویج و انتشار آثار نویسندگان و دانشجویان با هدف شکوفائی استعدادها، ارتقای توانایی ها و برپایی رقابت در عرصه نویسندگی فراهم می کند.

مجله علمی - دانشجویی دانش پژوهان از تمامی دانشجویان، صاحبان اندیشه و علاقه مند به موضوعات مرتبط با حوزه پژوهش های حقوقی، اقتصادی، فلسفی، قرآنی و الهیات دعوت می کند تا با ارسال آثار و مقالات علمی خود به دبیرخانه مجله، در تداوم این مسیر همیار آن باشند.

راهنمای نویسندگان و ارسال مقاله در پایگاه اینترنتی زیر:

daneshpajohan.mofidu.ac.ir

* نشریه دانشجویی دانش پژوهان از سال ۱۳۸۰ ش منتشر می‌شود و در تمام حوزه‌های گسترده حقوقی، اقتصادی، علوم سیاسی، فلسفی، الهیات و فقه آماده پذیرش و بررسی مقالات است.

* مقالات دریافتی تنها در صورتی قابل بررسی هستند که دارای شرایط زیر باشند:

- مقاله ارسالی باید نتیجه مستقیم تحقیقات نویسنده و یا نویسندگان آن باشد و روایت تمام ضوابط اخلاقی نگارش الزامی است.

- مقاله ارسالی در هیچ نشریه داخلی یا خارجی چاپ نشده باشد؛ همچنین همزمان به سایر مجلات یا مجموعه‌ها فرستاده نشود.

- حجم مقاله به همراه تمام اجزاء آن نباید از ۷۵۰۰ کلمه تجاوز کند.

- مقاله باید دارای بخش‌های زیر باشد:

الف. چکیده فارسی و انگلیسی مقاله، هر کدام حداکثر در ۲۵۰ کلمه؛

ب. واژگان کلیدی فارسی و معادل انگلیسی آنها (حداکثر پنج واژه)؛

پ. مقدمه، پیکره اصلی مقاله، بحث، نتیجه و همچنین فهرست منابع باید به صورت کامل و دقیق منعکس شود.

- مشخصات نویسنده/نویسندگان به همراه آدرس ایمیل هریک از نویسندگان در فایل مقاله و در پاورقی صفحه اول آورده شود.

- ترتیب نوشتار طبق نمونه می‌باشد: دانشجوی کارشناسی ارشد اقتصاد اسلامی، دانشکده اقتصاد، دانشگاه مفید، قم، ایران.

نویسندگان مقالات جهت استانداردسازی و تنظیم شیوه ارجاعات و استنادات در مقاله، می‌بایست از شیوه APA استفاده شود.

- ارجاعات باید در پائین صفحه و به این صورت نوشته شود: (طباطبایی، ۱۳۷۰) (Beany, 1996)

- فهرست منابع در آخر مقاله به ترتیب حروف الفبا و به این صورت ذکر شود:

{کتاب:} فراهانی فرد، سعید. (۱۳۸۱). سیاست‌های اقتصادی در اسلام، تهران: موسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر.

Shotton, M. A. (1989). Computer addiction? A study of computer dependency. London, England: Taylor & Francis

{مقاله:} ختایی، محمود، و سیفی پور، رویا (۱۳۸۵). ابزارها وقواعد شناخته شده سیاست‌های پولی در اقتصاد ایران. مطالعه موردی: برنامه سوم توسعه اقتصادی و اجتماعی، مجله تحقیقات اقتصادی، ۴۱(۳): ۲۳۳-۲۶۷.

Black, J. (2010). Big government: Good and bad. The New Criterion, 28(5), 24-27.

* دوفصلنامه دانشجویی دانش پژوهان تمام مقالات دریافتی را با استفاده از سامانه‌های مشابهت یاب و بررسی اصالت، بررسی و تحلیل می‌کند. در صورت کشف و قطعیت نقض اصول اخلاقی و بروز سرقت علمی، مقاله مردود خواهد شد و نام نویسنده در لیست سیاه قرار خواهد گرفت.

سياهه مقالات

- ۹ مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در حقوق ايران
بابک زارعی و راضیه آستانه
- ۶۳ بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین موضوعه ايران و اسناد بین‌المللی
محمدجواد حقی
- ۹۷ بررسی سیستم طبقه بندی مشاغل در نظام حقوق اداری ايران
رضا جمالی
- ۱۱۱ نقد و ارزیابی مسأله آزادی بیان در نظام حقوقی ايران
صادق شاهزهی درج
- ۱۲۷ اشاعه تسلیحات هسته‌ای از منظر حقوق بین‌الملل
یونس هاشمی و امیرمهدی دهقان
- ۱۴۱ بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز درمانی در جراحی از راه دور
حسین بشری میری
- ۱۷۱ ساختار و نحوه اجرای احکام کیفری در نظام جمهوری اسلامی ايران
حمید قاسم‌زاده
- بررسی فقهی-حقوقی تفاوت قانونی اجرای حکم قصاص در مورد زن و مرد طبق قانون مجازات اسلامی ۱۸۵
زهراسادات هاشمی و مائده محمودی
- اصطلاح شناسی محاربه و نفی بلد و اثبات مشروعیت آن در باب مجازات محارب ۲۰۵
علی علیزاده
- چکیده مقالات به زبان انگلیسی

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در حقوق ايران

بابک زارعی*
راضیه آستانه**

چکیده

گسترده‌ی خدمات مهندسی در کلیه پروژه‌های زیربنایی، صنعتی، خدماتی، اداری و امور مربوط به طراحی و محاسبات، نظارت و اجرای پروژه‌ها از یک طرف و کمبود و حتی عدم وجود منابع و تألیفات حقوقی در زمینه حقوق مهندسی از طرف دیگر، و در نتیجه عدم اطلاع و ناآشنایی مهندسان از مسئولیت‌ها و تکالیف قانونی و حقوق حرفه‌ای خویش، مشکلات بزرگی را فراروی صنف مهندسين ساختمان کشور گذاشته و آنان را در دفاع از حقوق حرفه‌ای خویش دچار ضعف کرده‌است.

از سوی دیگر روند رو به افزایش تأسفات تلفات انسانی در پروژه‌های ساختمانی مسئولیت خطیر مهندسان طراح و محاسبات، ناظر و مجریان و کارفرمایان را بیش از پیش آشکار می‌کند و به همین دلیل، حمایت از حقوق زیان دیدگان در حوادث کارگاه‌های ساختمانی نیز به یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های اجتماعی تبدیل شده است. در این میان نقش سازندگان بناء بر اساس ضوابط و مقررات مندرج در نظامات دولتی از اهمیت خاصی برخوردار است.

واژگان کلیدی: مهندس، مسئولیت مدنی، ناظر، قرارداد.

* مدرس مدعو گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد آباده، فارس، ایران.

Email: alibarani57@yahoo.com

** هیات علمی گروه معماری، دانشگاه آزاد اسلامی واحد آباده، فارس، ایران.

Email: astaneh_sheyda@yahoo.com

فصل اول

مبنای شکل‌گیری مسئولیت مدنی

مسئولیت مدنی به طور کلی یا مبتنی بر نقض «تعهد قراردادی» و یا اینکه مبتنی بر نقض یکی از «قواعد و مقررات قانونی» استوار می‌باشد.

گفتار اول: مسئولیت قراردادی

در این نوع از مسئولیت، زمانی مسئولیت برقرار می‌گردد که نقض یکی از تعهدات صریح یا ضمنی قرارداد به وجود آمده باشد و چنانچه تعهدات قراردادی نقض نشده باشد رابطه مسئولیتی که احتمالاً برقرار می‌شود، مبنای قراردادی ندارد. بنابراین جوهره اصلی برقراری مسئولیت ناشی از قرارداد نقض یکی از تعهدات قراردادی است. مسئولیت قراردادی دارای شرایطی است، به این معنا که در صورت احراز شرایط مذکور مسئولیت برقرار می‌گردد.

۱. قرارداد

رابطه قراردادی بین فاعل فعل زبان آور و مدعی وجود داشته‌باشد. در عقد قرارداد می‌بایست تمام موارد از جمله حدود خدمات و تعهدات طرفین قرارداد، موضوع پیمان، مبلغ آن و نحوه پرداخت، مدت و اعتبار پیمان، شرایط فسخ آن یا پیش‌بینی داور و همچنین چگونگی تمدید قرارداد و موارد لازم دیگر در قرارداد فی‌مابین لحاظ شود. بدون وجود قرارداد الزام‌آور، امکان برقراری این نوع از مسئولیت منتفی است.^۱

۲. اعتبار قرارداد

قرارداد باید شرایط اساسی صحت معامله در ماده ۱۹۰ قانون مدنی را داشته‌باشد. قراردادهای ساختمانی عنوان خاص در قانون مدنی ایران ندارد و اصطلاحاً از جمله عقود بی‌نام (غیرمعین) تلقی می‌گردند که بنا به اراده طرفین متعاقدین در پرتو قانون موجودیت اعتباری پیدا می‌نماید و با توجه به عمومات قانونی مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرند. به قراردادی که بین دو یا چند شخص به منظور انجام هرگونه فعالیت ساختمانی (به معنای

^۱ حصاری. و اسدی لنگرودی. (۱۳۸۷). ص ۵۲.

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۱۱

اعم آن منعقد می‌شود و طرفین متقابلاً متعهد به انجام کار و پرداخت هزینه‌های اجرای کار می‌باشند «قرارداد اجرای ساختمانی» گویند و اعم از اینکه به صورت عادی یا رسمی تنظیم شده باشد، برای طرفین آن حکم سند دارد و مشخصات اصلی و کلی قرارداد مانند مشخصات و نشانی دو طرف، موضوع، مبلغ، مدت، نوع و اسناد و مدارک منضم به قرارداد در آن قید می‌شود و معمولاً به طور کلی در سه شکل زیر منعقد می‌شود:

۱. قرارداد اجرای ساختمان با مصالح

۲. قرارداد اجرای ساختمان بدون مصالح یا دستمزدی

۳. قرارداد اجرای ساختمان به صورت پیمان مدیریت و دارای شرایط «عمومی و خصوصی»

تخلف از مفاد قرارداد می‌تواند چهره‌های گوناگونی داشته باشد. «بدیهی‌ترین شکل تخلف از قرارداد مواردی است که متعهد (مهندس) رسماً اعلام می‌کند که از اجرای قرارداد (مثلاً نظارت بر اجرا) استنکاف خواهد ورزید. این اعلام فی‌نفسه برای تخلف وی از قرارداد کافی و هیچ اقدام دیگری برای اثبات مسئولیت قراردادی لازم نیست. عدم انجام تعهد به نحو کامل در مدت مقرر نیز از جمله موارد تخلف از قرارداد است. به‌عنوان نمونه، می‌توان اقدام نکردن یک ناظر ساختمان در موعد مقرر، بدون اعلام قبلی و عمداً نسبت به نظارت و ارائه گزارش لازم اشاره کرد. در صورتی که کیفیت انجام تعهد نیز به نحو مطلوب نباشد، تعهد انجام نشده محسوب می‌شود. به‌عنوان مثال چنانچه پیمانکاری در اجرای یک پروژه ساختمانی، رعایت ضوابط و استانداردهای فنی را نکرده باشد و در نتیجه بنای احداث شده استحکام و ایستایی متعارف را نداشته باشد، چنین پیمانکاری نسبت به کل قرارداد مسئول خواهد بود.^۲

گفتار دوم: مسئولیت مبتنی بر نقض یکی از قواعد و مقررات قانونی^۳

^۲ جباری. (۱۳۸۵). ص ۲۷.

^۳ ضامن قهری.

مسئولیتی است که مستند به قرارداد نبوده بلکه به جهت نقض یکی از وظایف و تکالیفی که به موجب قانون و یا عرف بر ذمه افراد مستقر بوده باشد. مسئولیتی که به موجب قانون و بدون قرارداد برقرار می‌گردند، ممکن است عمدی و با قصد قبلی به انگیزه ورود ضرر از ناحیه فاعل صورت گیرد. از آنجایی که وظایف‌دارندگان مشاغل حرفه‌ای نظیر مهندسان دارای پروانه اشتغال به کار را قانون و آئین‌نامه‌های مربوطه مشخص می‌سازد.

در نتیجه «اگر در قراردادهای فی‌مابین دارندگان این مشاغل و مشتریان آنان جزئیات مربوط به چگونگی انجام کار مسکوت بماند، باید در این موارد از مقررات و قوانین و آئین‌نامه‌های مربوطه برای تعیین میزان مسئولیت استفاده کرد.^۴ مسئولیت مدنی حرفه‌ای، مسئولیت «قهری» و یا «قراردادی» آن دسته از اشخاص است که دارای مهارت و دانش تخصصی هستند و صلاحیت حرفه‌ای آنها مورد تأیید سازمان‌های ذی‌ربط آنهاست و رویه قضایی یا قانون آنان را مشمول صلاحیت حرفه‌ای می‌داند. بعضی از مواد مختلف قانون سازمان نظام مهندسی و کنترل ساختمان به داشتن صلاحیت حرفه‌ای این گروه از اشخاص اشاره داشته است.^۵

تشریح مسئولیت مدنی حرفه‌ای نیازمند شناخت مشاغل حرفه‌ای است. از نقطه نظر عرفی هرکسی که در شغل یا حرفه‌ای فعالیت می‌کند، وظایف و مسئولیت‌های خاص آن شغل را به همراه خواهد داشت. مفهوم حقوقی مسئولیت مدنی حرفه‌ای با مفهوم عرفی آن متفاوت است و منظور از مشاغل حرفه‌ای مشاغلی است که در نظام‌های حقوقی می‌توان آن را مشمول مسئولیت مدنی حرفه‌ای دانست. به‌طور خلاصه «چهار» پارامتر اصلی را می‌توان برای مسئولیت مدنی حرفه‌ای برشمرد:

الف) دایره شمول: منظور از شاغلین تشکل صنفی آن است که دایره شمول را معلوم نماییم. به کارگیری اصطلاح تشکل صنفی تخصصی از آن جهت صورت گرفته است که اولاً در بردارنده تجمعی از افراد باشد. این جماعت باید وجه مشترکی داشته‌باشند و

^۴ جباری، (۱۳۸۵). ص ۲۸.

^۵ ماده‌ی ۴ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان و ماده‌ی ۱ و ۴ آئین‌نامه اجرائی قانون مذکور.

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۱۳

با هدف مشترکی به دور هم جمع شده باشند. این وجه مشترک و هدف واحد همان اشتغال به یک شغل معین و مشابه است و برای اینکه از سایر اجتماعات این دستی متمایز گردند، قید تخصصی را به آن اضافه کرده‌ایم.

ب) استانداردهای علمی: در اینکه استانداردهای علمی چه می‌باشند باید رجوع به علوم مربوطه بشود. در واقع و یا به تعبیری می‌توان از استانداردهای علمی، اصول مسلم و شناخته‌شده هر دانش را استنباط نمود. این استانداردها همان قواعد غیرمدون کلاسیک می‌باشند که به عنوان علمی کشف شده، تئوری‌های اعلام شده‌ای می‌باشند که پروسه تصدیق را گذرانده‌اند و درحال حاضر به عنوان تئوری‌های قبول شده نزد عامه اهل فن شناخته می‌شوند اگرچه قطعی نمی‌باشند و امکان خطا در آنها وجود داشته باشد.

ج) عرف: هرگاه موضوعی به صورت رویه متداول و مستمر درآید، به آن عنوان عرف لقب می‌گیرد. انواع مختلف دارد که یکی از این انواع، عرف شغلی است که می‌توان از آن به عنوان رویه شغلی تعبیر کرد. در عمل باید توجه داشت که آن چنان رویه‌هایی موردنظر است که مورد عمل تمام اعضای صنف مربوطه باشد و خلاف آن به عنوان یک استثنا شناخته شود. عرف شغلی در تعیین سبب ایجاد مسئولیت مدنی در جایی که قانون یا استاندارد مشخصی وجود ندارد و یا اینکه استاندارد و مقررات مذکور ناقص می‌باشد در احراز واقع قضایا رهنمون ساز است.

د) قوانین و مقررات: مشاغل حرفه‌ای اعتبار وجودی خود را از قانون دریافت می‌نمایند و به حکم قانون وجود اعتباری پیدا می‌کنند، گرچه وجود مادی آنها قبل از تصویب قانون عینیت داشته باشد ولی از نظر حقوقی تا زمانی که موضوعی به تصویب قانون‌گذار نرسیده باشد در حکم ناموجود است. به همین اعتبار گفته می‌شود که شغل حرفه‌ای در مفهوم قضایی - حقوقی آن قانون ایجاد می‌نماید. بسیاری از مشاغل حرفه‌ای در عالم واقع موجود هستند و در باب مسئولیت مدنی آنها به مقررات عام حقوقی مراجعه می‌شود اما وقتی که قرار است مسئولیت خاص برای شغلی در نظر گرفته شود نیاز به قانون خاص دارد.^۶

^۶ امیررضایی رودسری. (۱۳۸۲ - ۱۳۸۱). ص ۲۴.

هرگاه اصول فنی و مقررات ملی ساختمان و سایر قوانین که مبنای عملکرد مهندسين ساختمان است و از ویژگی‌هایی نظیر: قابل پیش‌بینی بودن و قطعیت برخوردار می‌باشد، از طرف آنان نقض شود، این صاحبان حرفه مرتکب تقصیر یا خطای شغلی شده‌اند و مسئول خسارت بعدی در مقابل صاحب کار و اشخاص ثالث خواهند بود؛ زیرا حساسیت و تخصصی بودن کار آنها به گونه‌ای است که عدم رعایت یکی از اصول فنی ممکن است خسارت معیار خطای شغلی در مسئولیت مدنی حرفه‌ای صاحبان مشاغل حرفه‌ای از جمله مهندسان ساختمان عملکرد و رفتار حرفه‌ای صاحبان این فن و اصول پذیرفته شده نزد آنهاست و تشخیص آن نیز به شورای انتظامی و کارشناسان این سازمان و دادگستری واگذار گردیده است.^۷

بنابراین با توجه به بندهای ب و پ ماده‌ی ۹۱ آئین‌نامه اجرائی، هرگاه عمل اشخاص حرفه‌ای در انجام وظیفه شغلی خود موجبات زیان صاحب کار و اشخاص ثالث خارج از قرارداد را فراهم آورد و آن عمل از نظر متخصصین و کارشناسان آن حرفه تخلف از اصول فنی ثابت و نتیجتاً تقصیر محسوب شود، زیان دیده می‌تواند به مسئولیت حرفه‌ای این دسته از اشخاص استناد و از خود رفع ضرر نماید. در فعالیت‌های حرفه‌ای باید خطای عادی را از خطای شغلی یا حرفه‌ای مجزا نمود. منظور از خطای عادی همان تخلفات و تقصیراتی است که اغلب در قواعد عمومی قراردادها معین و احصاء شده است و به اصول فنی و تخصصی حرفه ارتباط ندارد و بلکه خطایی عمومی است. ولی خطای شغلی، خطایی است که به اصول و دانش همان حرفه مربوط می‌شود، هرچند که بتوان به گونه‌ای آن را در مسئولیت قراردادی، خطایی قراردادی محسوب نمود.

برای مثال: هنگامی که مهندس طبق مقررات و مفاد مندرج در قرارداد عمل نکند مثلاً برطبق برنامه زمان‌بندی شده درمحل حاضر نشود، مرتکب «خطا و تخلف عادی» شده است، اما اگر مهندس درحین نظارت بر عملیات ساخت متوجه شود که نقشه طراحی شده

^۷ تبصره‌ی ۱۱ ماده‌ی ۱۵ قانون نظام‌مهندسی و کنترل ساختمان و بندهای الف تا خ ماده‌ی ۹۰ آئین‌نامه اجرائی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان.

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۱۵

مطابق با مقررات فنی تهیه نشده ولی با این حال بدون توجه از کنار آن بگذرد و در پایان کار، اتمام عملیات ساختمانی موافق با نقشه را تأیید و گواهی نماید، موجبات خطای حرفه‌ای را ایجاد نموده است.^۸

بعضی از مصادیق خطای مهندسی را به شرح ذیل می‌توان بیان نمود:

الف) تخریب و انهدام: خطایی که موجبات انهدام مستحذات یا خسارت کلی یا جزئی به سلامت و متلنت بنا فراهم می‌آورد. خطاهای مذکور می‌تولند ناشی از عدم رعایت استانداردهای فنی و حرفه‌ای بوده باشد که به صورت مقررات مدون شغلی از تصویب مراجع صاحب صلاحیت گذشته و مجری می‌باشند. برای مثال در طراحی سازه‌ها نقاط ارتباط و اتصال دارای ایراد فنی بوده باشند و همچنین در اماکن عمومی مصادیق خطای مهندسی می‌تواند از طریق محدودیت سرویس بهداشتی و درب خروج عادی و امثال آن ظهور نماید.

ب) مغایرت: خطاهایی که تأمین‌کننده نظر کارفرما نمی‌باشند که به سه دسته می‌توان تقسیم نمود:

۱. خطاهایی که ذاتاً با سفارش کارفرما مغایرت دارد.
۲. خطاهایی که به زیبایی بنا صدمه وارد می‌نماید. در این باره باید به موارد استفاده و سفارش صاحب‌کار توجه نمود و در بعضی موارد، طرح بنا و یا شکل و شمایل بنا از اهمیت ویژه‌ای برخوردار می‌شود و زیبایی ساختمان در درجه اول از اهمیت قرار می‌گیرد.
۳. خطاهای مربوط به ایمنی و راحتی بنا که باید توجه داشت که موارد استفاده از هر بنایی ملازمه با شرایط خاص دارد که ممکن است مورد توجه مهندس ساختمان قرار نگیرد. نکته‌ای که باید در اینجا اضافه شود این است که سلامت و راحتی بنا اگر به عنوان هدف اصلی نبوده باشد نیز چیزی از مسئولیت مهندسين ساختمانی نمی‌کاهد. زیرا امروزه ساختمان محل پرورش و تربیت و کار آدمی است بنابراین باید به اندازه کافی از سلامت

^۸ امیررضایی رودسری، (۱۳۸۲-۱۳۸۱). ص ۳۷ تا ۳۹.

۱۶ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۹-۶۱

و امنیت و راحتی برخوردار بوده باشد تا موجبات ابتلاء افراد را به بیماری‌های مختلف فراهم نیاورد.

ج) خطاهایی که قائم به خصوصیت فیزیکی زمین است: زمین در معنایی به کار برده می‌شود که شامل خشکی‌های قابل استفاده در احداث بنا و سایر تأسیسات مورد نیاز بشری کاربرد داشته باشد، در این معنا زمین از لحاظ ترکیب ساختمانی و فیزیکی باید دارای خصوصیات ویژه فنی به منظور احداث بنا و یا تأسیسات موردنظر بوده باشد. لذا انتخاب نوع زمین با توجه به مورد مصرف آن باید با نهایت دقت و استانداردهای علمی صورت پذیرد زیرا ایمنی و استحکام بنا به رعایت دقت و استانداردهای مذکور مربوط می‌شود. هدف از مسئولیت مدنی جبران ضرر زیان دیده و حکم به جبران خسارت است. در صورتی که تمام شرایط و ارکان مسئولیت مدنی جمع باشد، زیان دیده حق پیدا می‌کند که جبران خسارتی را که به او وارد شده است بخواهد. عامل ورود زیان نیز ملزم می‌شود تا ضرری را که به بار آورده است جبران کند. به این ترتیب رابطه دینی (تعهد) بین زیان دیده و عامل ورود آن بوجود می‌آید. رابطه‌ای که در نتیجه مسئولیت مدنی ایجاد شده است. جبران خسارت زیان دیده ممکن است به دو صورت انجام پذیرد:

۱. برگرداندن وضع او به صورت پیشین خود.

۲. جبران خسارت از راه دادن معادل آنچه از دست رفته است که به دارایی زیان دیده افزوده شود.

فصل دوم

منابع مسئولیت مهندسین ساختمان و عوامل دخیل در ساخت و ساز شهری

گفتار اول: منابع مسئولیت مهندسین ساختمان

قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ و اصلاحیه‌های بعدی آن، قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، قانون مجازات اسلامی، قانون شهرداری‌ها مصوب ۱۳۳۴ و اصلاحات بعدی آن بویژه تبصره‌ی ۷ ماده‌ی ۱۰۰ آن، قانون نظام‌مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴ و

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۱۷

مباحث بیست‌گانه مقررات ملی ساختمان، منابع اصلی مسئولیت مهندسان ساختمان در ساخت‌وساز شهری است. در منابع دیگر مانند رویه قضایی و فتاوی فقہی، کمتر به موضوعاتی که با در نظر گرفتن جمیع عوامل ساخت‌وساز فعلی پرداخته شده باشد، برمی‌خوریم. در منابع عرفی، تأکید بر عرف بسیار رایج است که بویژه در قرارها و نظریه‌های کارشناسی مشاهده می‌شود، حال آنکه در حال حاضر الزامات قانونی کافی وجود دارد به نحوی که مراجعه به عرف را غیر لازم سازد.

گفتار دوم: عوامل دخیل در ساخت و ساز شهری و ارایه خدمات مهندسی

استان و ... که هریک به تناسب نقش خود مسئولیت‌هایی را دارا هستند. در گذشته معماران یا بنیایان عهده‌دار طراحی و ساخت بناها بودند. آنها هم با در حال حاضر در ساخت‌وساز شهری، عوامل متعددی دخیل‌اند. مالک^۹، مرجع صدور پروانه ساختمان، مهندسان^{۱۰} سازمان نظام مهندسی ساختمان مسائل هنری آشنایی داشتند و هم با هندسه مناسب برای تحمل بار و انتقال نیروها. آنها همچنین اجرای طرح خود را به عهده می‌گرفتند و پس از تکمیل کار آن را به صاحب‌کار تحویل می‌دادند. توسعه انواع ساختمان‌ها و روند صعودی ارتفاع آنها و در نتیجه نیاز به معماری‌های تخصصی و محاسبات پیچیده سازه، تأسیسات مکانیکی و تأسیسات برقی، رشته‌های مختلف ساختمان و طراحی و اجرا را تخصصی کرد.

در نتیجه روش جدیدی وارد خدمات مهندسی شد. در حال حاضر در ایران مالک پس از اخذ دستور نقشه از مرجع صدور پروانه ساختمان (شهرداری) به مهندس معمار رجوع کرده و طرح و نقشه معماری را اخذ می‌کند. سپس به مهندس عمران مراجعه کرده و طرح و نقشه‌های محاسباتی سازه را اخذ می‌کند و به همین ترتیب مهندسان دوم مقررات ملی ساختمان (نظامات اداری) مقرر شده است که طراحی ساختمان توسط دفاتر مهندسی طراحی یا اشخاص حقوقی انجام شود، اجرای ساختمان معرفی شود.

^۹ یا صاحب‌کار یا کارفرمای پروژه.

^{۱۰} طراح، سازنده (مجری یا پیمانکار)، ناظر، ارائه‌کننده خدمات آزمایشگاهی و ...

از سوی دیگر بر اساس توافق‌نامه‌های این سازمان با نهادهای دیگر، مهندسان دیگری به‌طور جداگانه خدمات بازرسی لوله‌کشی گاز، اتصال انشعاب سیستم فاضلاب خانگی به شبکه شهری، بازرسی انشعاب و نصب کنتور برق و تهیه نقشه‌های یک خطی تفکیکی را عهده‌دار شده‌اند و با اعمال کامل چنین روندی برای هر پروژه حضور حداقل بیست نفر مهندس ضروری خواهد بود. نتیجه این روند جداسازی یا تفکیک خدمات مهندسی به جای تجمیع آن است که خود موجب تفکیک‌های متعدد، تداخل و آشفتگی و نهایتاً لوٹ‌شدن مسئولیت می‌شود. این روند نادرست که به جهت حضور هفت رشته مختلف و فقدان تفکر سیستمی شکل گرفته، در کنار اشکالات موجود در کل نظام کنترل ساختمان، جای نقد فراوانی دارد. البته باید توجه داشت که این روند با ترتیبات مقرر در نظام فنی و اجرایی کشور^{۱۱} تفاوت‌های اساسی در شکل و محتوا دارد که باید مورد توجه دقیق قرار گیرد و فرایندهای این دو نظام در جای خود مطالعه و به اشتباه در نظام دیگر لحاظ نشود. از سوی دیگر باید توجه داشت که درحال حاضر ضوابط مبحث دوم مقررات ملی ساختمان (نظامات اداری) به‌طور کامل برای همه ساختمان‌ها و در کل کشور اجرا نمی‌شود. مثلاً به‌رغم اینکه اجرای ساختمان توسط شخص دارای صلاحیت الزامی است اما در بسیاری موارد مالک فاقد صلاحیت شخصاً اقداماً به اجرای عملیات ساختمانی می‌کند یا آن را به اشخاص فاقد صلاحیت دیگر می‌سپارد.^{۱۲}

فصل سوم

تعاریف، وظایف، اختیارات و مسئولیت مهندسین طراح و محاسب

گفتار اول: تعریف مهندس

شخصی است حقیقی که با دارا بودن مدرک دانشگاهی معتبر در یکی از رشته‌های ساختمان و تأسیسات برقی و مکانیکی و نیز دارا بودن صلاحیت حرفه‌ای، مبادرت به

^{۱۱} طرح‌های عمرانی و غیرعمرانی دولت و بعضاً نهادهای عمومی ...

^{۱۲} تصویب‌نامه هیئت‌وزیران مصوب ۱۳۸۳، مقررات ملی ساختمان، مبحث دوم، نظامات اداری.

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۱۹

ارائه خدمات امور مهندسی در بعد: ۱. طراحی و محاسبات ۲. نظارت بر اجراء ۳. اجرای پروژه (مجری) می‌پردازد. در فرض وجود شخصیت حقوقی به عوض مدارک صلاحیت حرفه‌ای، گواهینامه صلاحیت خدمات مشاوره یا پیمانکاری ملاک ارزیابی است. مثل گواهینامه صلاحیت خدمات مشاوره در رشته‌های مختلف، درمورد شرکت‌های مهندسان مشاور در بخش‌های طراحی و نظارت و گواهینامه صلاحیت پیمانکاری در رشته‌های مختلف و در بخش اجرای پروژه.

گفتار دوم: مهندس طراح و محاسب

شخصیتی حقیقی یا حقوقی است که با دارا بودن مدرک (مدارک) معتبر دانشگاهی و صلاحیت حرفه‌ای یا گواهینامه صلاحیت خدمات مشاوره مهندسی با در نظر گرفتن مسائل فنی از جمله وضعیت خاک محل احداث بنا، شیب زمین، بناهای مجاور و قدمت آنها، ارتفاع و سیستم سازه و باربری و وضعیت تأسیسات زیربنایی مانند خطوط آب و برق و تلفن، و نیز استفاده از مصالح مناسب و استاندارد براساس ضوابط و آیین‌نامه‌های طراحی، مبادرت به محاسبه و طراحی ساختمان می‌کند. طراحی ساختمان و کلیه محاسبات فنی و تهیه نقشه‌های اجرایی سازه که برای اجرای ساختمان ضروری است، بر طبق آیین‌نامه‌های فنی، به عهده مهندس یا مهندسان مشاور طراح و محاسب سازه می‌باشد. هرگونه محاسبات اشتباه در سازه ساختمان و کاستی و اشکالات فنی در نقشه‌های اجرایی تأییدشده توسط طراح و محاسب که ساختمان براساس آنها اجرا می‌گردد، می‌تواند حسب مورد، موجب مسئولیت‌های انتظامی در شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان و مسئولیت مدنی یا کیفری در دادگاه‌های عمومی گردد.^{۱۳}

۱. تعهدات مهندسين طراح

براساس ماده‌ی ۴ مبحث دوم مقررات ملی ساختمان طراح ساختمان متعهد به امور ذیل می‌گردد:

^{۱۳} لایق. (۱۳۹۳). ۱۲۵.

۲۰ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۹-۶۱

الف) برحسب رشته تخصصی خود پاسخگویی تمامی مراحل و مسائل طرح به سازمان استان، شهرداری و یا سایر مراجع کنترل باشد.

ب) دفاتر مهندسی طراحی و طراحی حقوقی ساختمان باید ضوابط و مقررات شهرسازی، مقررات ملی ساختمان و سایر الزامات فنی را در تهیه طرح‌ها رعایت نمایند و مسئول صحت تمامی نقشه‌ها و مدارک طرح ارائه‌شده توسط خود می‌باشند.

ج) دفاتر مهندسی طراحی یا طراحان حقوقی ساختمان مکلفند اسناد و مدارک فنی، نقشه‌ها و قراردادهای منعقد با صاحبان کار را به سازمان استان تسلیم نمایند.

د) امضاء و ممهور نمودن نقشه‌ها و مدارک فنی به مهر مهندس طراح و دفتر مهندسی طراحی مربوطه.

۲. تعهدات مهندس محاسب

الف) بازدید از محل ملک قبل از انجام محاسبات و تطبیق موقعیت و ابعاد ملک با نقشه‌های معماری مصوب.

ب) ذکر مقاومت خاک، نوع آهن‌آلات مصرفی و ابعاد جوش موردنیاز در نقشه‌های ارائه‌شده.

ج) تعیین محل‌های قابل استفاده جهت حفر چاه روی پلان فونداسیون.

د) رعایت کلیه آئین‌نامه‌ها، استاندارد و مقررات ملی ساختمان در محاسبات و رعایت کامل شرح خدمات مهندسی محاسب طبق مصوبه وزارت مسکن و شهرسازی.

گفتار سوم: اشخاص حقوقی و دفاتر مهندسی طراحی ساختمان

به منظور تنسيق امور صنفی و شغلی مهندسان متخصص در رشته‌های هفتگانه ساختمان و درجهت ارایه خدمات مهندسی کارآمد، کلیه طراحی‌ها از جمله معماری، سازه، تأسیسات برقی و مکانیکی باید توسط اشخاص حقوقی یا دفاتر مهندسی طراحی ساختمانی صلاحیت‌دار دارای پروانه اشتغال، به عنوان طراح تهیه گردد و مطابق با قراردادی که با مالک منعقد می‌نمایند، عهده‌دار انجام خدمات براساس دستورالعمل ابلاغی از طرف وزارت

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در .../ زارعی و آستانه ۲۱

مسکن و شهرسازی خواهند بود. شهرداری‌ها و سایر مراجع صدور پروانه ساختمانی مکلف‌اند تنها نقشه‌هایی را بپذیرند که توسط اشخاص حقوقی، یا مسئولین دفاتر مهندسی طراحی ساختمان و طراح آن در حدود صلاحیت و ظرفیت مربوط امضاء و مهر شده‌است. سازمان نظام مهندسی ساختمان استان موظف به نظارت بر حسن انجام خدمات اشخاص حقوقی و دفاتر مهندسی طراحی ساختمان می‌باشد و در صورت مشاهده تخلف باید مراتب را حسب مورد برای رسیدگی و اتخاذ تصمیم به شورای انتظامی استان، سازمان مسکن و شهرسازی استان و سایر مراجع قانونی ذی‌ربط اعلام نماید و در صورت احراز هرگونه تخلف، برخورد انضباطی تا حد ابطال پروانه اشتغال صورت خواهد پذیرفت.^{۱۴}

گفتار چهارم: مسئولیت طراح^{۱۵} و محاسب^{۱۶}

اشخاص حقوقی ذی‌ربط و شخص مهندس محاسب می‌باشد.^{۱۷}

مسئولیت مدنی طراح و محاسب بدین شرح می‌باشد:

۱. طراحی

معمولاً در قسمت طراحی و نقص سازه نقطه مشترکی وجود ندارد مگر اینکه منظور از نقص، اشکال طراحی، نما یا پلان سازه که برخلاف اصول و قوانین معماری و شهرسازی باشد. چون طراح مسئولیت شکل، نقشه‌ها و نماهای معماری را به‌عهده دارد، مسئول جبران خسارت نیز می‌باشد و در غیر این صورت با این که طراح معماری باید ملاحظات اجرایی و امکان محاسبه سازه را در نظر بگیرد ولی به این دلیل که محاسبه وظیفه مهندس محاسب است و اوست که باید در صورت اشکال فنی طرح و عدم امکان محاسبه، طرح را به طراح برگرداند و درخواست اصلاحات لازم را بنماید و در صورت عدم انجام اصلاحات می‌تواند از انجام محاسبه خودداری و از خود رفع مسئولیت نماید و قانوناً در مورد محاسبات

^{۱۴} آیین‌نامه اجرایی ماده‌ی ۳۳ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۸۳/۴/۱۷، فصل سوم، اشخاص

حقوقی و دفاتر مهندسی طراحی ساختمان، ماده ۵-۸.

^{۱۵} مهندس معمار.

^{۱۶} مهندس محاسب.

^{۱۷} تصویب‌نامه هیئت‌وزیران مصوب ۱۳۸۳، مقررات ملی ساختمان، مبحث دوم نظامات اداری.

مربوط به ایستایی سازه محاسب مسئول است. از شایع‌ترین مسئولیت‌های طراحی، مسئولیت‌های ناشی از رعایت نکردن ضوابط لازم‌الاجرا یا اشتباه و نقص در طراحی است. کلیه مهندسان طراح اعم از مهندسان معمار، عمران، تأسیسات مکانیکی و تأسیسات برقی مکلف به رعایت مقررات ملی ساختمان در طراحی‌های خود هستند. همچنین سایر ضوابط لازم‌الاجرا مانند ضوابط شهرسازی را نیز باید در طراحی لحاظ کنند. طراحان باید از محل پروژه بازدید کرده، مشخصات خاص پروژه و محل احداث آن را در طراحی در نظر گیرند. ایراد در طراحی، ممکن است منجر به آسیب‌های عظیم جانی یا مالی شود. این آسیب‌ها ممکن است به مالک، اشخاص شاغل در کارگاه یا اشخاص ثالث وارد شود و در نتیجه طراح مواجه با مسئولیت مدنی، کیفری یا انتظامی شود. نکته قابل تأمل در ساخت‌وساز شهری آن است که شرح خدمات یا وظایف مهندسان و نحوه هماهنگی این خدمات که اصولاً باید به عهده معمار طرح باشد، تدوین، تصویب و ابلاغ نشده است. در مرحله دوم مقررات ملی ساختمان (نظامات اداری)، به‌طور عام تهیه نقشه‌های مرحله اول و مرحله دوم (جزئیات اجرایی) و کنترل طراحی‌ها توسط سازمان نظام‌مهندسی ساختمان استان الزامی شده است. اما این امر برای تعیین حدود خدمات کافی نیست.^{۱۸}

۲. مدیر دفتر طراحی

مدیر دفتر طراحی طبق قانون نظامات اداری و مقررات ملی ساختمان، مسئول کنترل و صحت تمام نقشه‌ها و محاسبات انجام‌شده در دفتر می‌باشد و موظف است شخصاً تمام نقشه‌ها و محاسبات انجام‌شده توسط عوامل دفتر خود را کنترل و قبول مسئولیت نماید. البته قانوناً مدیر دفتر طراحی که قرارداد آنها فقط طراحی و نقشه و محاسبات می‌باشد، بعد از ارائه نقشه و محاسبات و در صورت نقص سازه، در صورتی مسئول است که ثابت شود نقص سازه به علت اشکال محاسباتی یا طراحی بوده است.

^{۱۸} یافته. ۱۳۸۹، ۹۶.

فصل چهارم

تعاریف، وظایف، اختیارات و مسئولیت مهندس ناظر و همچنین مسئولیت شهرداری در فرایند ساخت و ساز

گفتار اول: تعریف مهندس ناظر و موارد مربوط به آن

شخصیتی حقیقی یا حقوقی است که با دارا بودن مدرک (مدارک) معتبر دانشگاهی و صلاحیت حرفه‌ای یا گواهینامه صلاحیت خدمات مشاوره مهندسی، بر امر اجرای عملیات ساختمانی اعم از نحوه و کیفیت اجرا و نیز مصالح مورد مصرف، براساس نقشه‌های اجرایی مصوب و در انطباق و تطابق با مقررات ملی ساختمان و نشریات سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی سابق کشور و سایر نظام‌نامه و آیین‌نامه‌های فنی و حفاظتی و ایمنی، نظارت دارد. این نظارت می‌تواند حسب مورد، وصف مستمر (ناظر مقیم) و یا وصف ادواری (نظارت عالیه) داشته باشد. تخلفات مهندسان ناظر در مواردی که در حیطة قانون نظام‌مهندسی و کنترل ساختمان می‌باشد، در شورای انتظامی سازمان نظام‌مهندسی ساختمان استان مطرح و رسیدگی می‌گردد.

البته جبران خسارت ناشی از عملکرد مهندس ناظر، حسب قواعد مسئولیت مدنی قابل رسیدگی در دادگاه‌های صالح دادگستری می‌باشد.^{۱۹} عملیات اجرایی تمام ساختمان‌های مشمول ماده‌ی ۴ قانون نظام‌مهندسی و کنترل ساختمان باید تحت نظارت و با مسئولیت ناظر انجام پذیرد. ناظران مکلف‌اند بر عملیات اجرایی ساختمانی که تحت نظارت آنها احداث می‌گردد، از لحظه شروع خاکبرداری تا پایان عملیات اجرایی از لحاظ انطباق مراحل ساخت ساختمان با مقررات ملی ساختمان، ضوابط و مقررات شهرسازی، ایمنی، مشخصات فنی خصوصی، مشخصات فنی عمومی، مشخصاً مندرج در پروانه، نقشه‌های مصوب و محاسبات فنی ضمیمه نظارت کرده و در پایان کار مطابقت عملیات اجرایی ساختمان را با مدارک فوق‌گواهی نمایند و در این رابطه مسئولیت دارند و در صورت هرگونه قصور مسئول می‌باشند.

^{۱۹} تصویب‌نامه هیئت‌وزیران، مصوب ۱۳۸۳، مقررات ملی ساختمان، مبحث دوم نظامات اداری.

ناظر موظف است قبل از اجرا کلیه نقشه‌ها را بررسی و در صورت مشاهده اشکال نظرات پیشنهادی خود را برای اصلاح به طراح یا محاسب اعلام نماید. ناظران باید گزارش پایان هر یک از مراحل اصلی کار خود را به مرجع صدور پروانه ساختمان اعلام نمایند. مراحل کار عبارت‌اند از:

(الف) پی‌سازی، (ب) اجرای اسکلت، (ج) سفت‌کاری، (د) نازک‌کاری، (ه) پایان کار. هرگاه ناظران در حین اجرا با مشکلی برخورد نمایند باید مورد را به مرجع صدور پروانه ساختمان و سازمان نظام مهندسی ساختمان استان و یا دفتر نمایندگی آن (حسب مورد) اعلام نمایند. ناظر نمی‌تواند مجری تمام یا بخشی از ساختمان تحت نظارت خود باشد، اما انجام نظارت ساختمان توسط طراح ساختمان بلامانع است. ناظر همچنین نمی‌تواند رابطه مالی با مالک ایجاد نماید یا به نحوی عمل نماید که دارای منافی در پروژه گردد.^{۲۰}

۱. شمول یا عدم شمول عناوین حقوقی کارگر و کارفرما بر وصف مهندس ناظر

ثمره عملی این بحث در تجزیه و تحلیل موضوع فوق، بر این امر استوار است که اگر چنانچه مهندس ناظر، اوصاف حقوقی کارگر یا کارفرما را دارا شود مشمول قانون کار شده و آثار حقوقی قانون کار، که به دلیل ارتباط مستقیم آن با نظم عمومی از قوانین آمره محسوب می‌شود بر آن بار می‌شود. در غیر این صورت، تابع نظامات شغلی مربوطه و قوانین مدنی و تجارت خواهد بود. برای بررسی موضوع، نخست لازم است عناوین سه گانه مذکور و سایر موارد مرتبط با آن از جمله کارگاه تعریف شوند.

(الف) تعریف قانونی مهندس ناظر: هر چند تعریفی عام از مهندس ناظر ارائه کردیم ولی قانون‌گذار تعریف صریح و روشنی از آن ارائه نکرده است. برخی از وظایف حرفه‌ای مهندسان ناظر در بعضی از قوانین، از جمله در مفاد مواد مختلف قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان^{۲۱} آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور^{۲۲} تبصره‌ی ۷ ماده‌ی ۱۰۰ قانون

^{۲۰} تصویب نامه هیئت وزیران مصوب ۱۳۸۳، مقررات ملی ساختمان، مبحث دوم، نظامات اداری.

^{۲۱} مصوب ۷۴/۱۲/۲۲.

^{۲۲} مصوب بهمن ماه ۱۳۷۵.

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۲۵

شهرداری^{۲۳} آمده است. ماده‌ی ۹ شرایط عمومی پیمان مصوب هیأت وزیران^{۲۴} نیز صرفاً نظارت بر اجرای کار بر اساس مفاد پیمان را جزء وظایف مهندسان ناظر قلمداد کرده است. **(ب) تعریف قانونی کارفرما:** ماده‌ی ۳ قانون کار، در تعریف کارفرما بیان می‌دارد: کارفرما شخصی است حقیقی یا حقوقی که کارگر به درخواست و حساب او، در مقابل دریافت حق السعی کار می‌کند.

(ج) تعریف قانونی کارگر: ماده‌ی ۲ قانون کار در بیان تعریف کارگر آورده است: کارگر از لحاظ این قانون کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق السعی اعم از مزد، حقوق، سهم سود و سایر مزایا به درخواست کارفرما کار می‌کند.

(د) تعریف کارگاه: باتوجه به مفاد ماده‌ی ۴ قانون کار، کارگاه محلی است که کارگر به درخواست کارفرما یا نماینده او در آنجا کار می‌کند. از قبیل مؤسسات صنعتی، کشاورزی، معدنی، ساختمانی، خدماتی، تجارتي، توليدي و امثال آنها ... حال با در نظر گرفتن تعاریف قانونی مطروحه، می‌خواهیم بدانیم که ماهیت حقوقی مهندس ناظر، با کدام یک از تعاریف قانونی مذکور همخوانی داشته و منطبق بر آن است.^{۲۵}

۲. داشتن یا نداشتن وصف کارگری مهندس ناظر

در صورتی که مهندس ناظر را مشمول تعریف قانون کار در مورد کارگر بدانیم بایستی دو حالت ذیل را از هم تفکیک کنیم:

الف) مهندس ناظر در ساخت و ساز شهری.

ب) مهندس ناظر در سایر ساخت و سازها و پروژه‌های زیربنایی و عمرانی و صنعتی که در این صورت، مهندسان مشاور به عنوان یک شخصیت حقوقی در قابل قرارداد خدمات مشاوره، مسئول ارائه خدمات مهندسی مربوط به نظارت مقیم و عالی به کارفرما است.

^{۲۳} مصوب ۱۳۴۵/۱۱/۲۷ و اصلاحی ۱۳۵۸/۶/۲۷.

^{۲۴} تهیه و منتشر شده توسط سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی سابق کشور.

^{۲۵} لایق. (۱۳۹۳). ۲۲۶.

در فرض الف، باتوجه به اینکه کارفرما (مالک ساختمان)، براساس قرارداد خرید خدمات فنی، نظارت بر عملیات اجرای ساختمانی را بر اساس دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی به مهندس ناظر محول می‌کند و اساساً شرح خدمات و حقالزحمه نظارت نه براساس پیش‌بینی‌ها و ضوابط قانون کار، بلکه بر اساس قرارداد متکی به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی و نیز، شرایط و توافق طرفین، حسب تعرفه خدمات مهندسی تعیین شده توسط نهادهای متولی دولتی تنظیم و مبادله می‌گردد و به عبارتی در این نوع قرارداد که قرارداد خدمات فنی نامیده می‌شود و قراردادی رضائی، دوجانبه، دوتعهدی و معوض و مستمر محسوب می‌شود براساس اصول کلی قراردادهای به ویژه اصل آزادی قراردادهای که خود، نتیجه اصل حاکمیت اراده بوده و با وجود قصد و اراده قبلی طرفین قرارداد شکل می‌گیرد و مسائلی نظیر ساعات کار و خواربار، ایاب و ذهاب، پاداش^{۲۶} و سایر مزایای جنبی مثل بازنشستگی، فوت، از کارافتادگی کلی^{۲۷} بیکاری، تعلیق^{۲۸} به صورتی که در قانون کار به عنوان حمایت ضعیف (کارگر) در مقابل قوی (کارفرما) پیش‌بینی شده است وجود ندارد. در ضمن، در صورت اختلاف بین مهندس ناظر و کارفرما، هیئت تشخیص و متعاقباً هیئت حل اختلاف اداره کار و امور اجتماعی، صالح به رسیدگی نمی‌باشد و بایستی موضوع حسب مورد یا در شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی و یا در دادگاه‌های عمومی دادگستری که صلاحیت رسیدگی به این‌گونه امور دعاوی مدنی را دارند مطرح می‌گردد.

در صورتی که کارفرما قصد انجام عملیات خلاف ساختمانی داشته باشد و به عبارتی به جهت منافع و سودآوری بیشتر خود در ساختمان، بخواهد برخلاف ضوابط و مقررات فنی و مجوز صادره از مرجع صدور پروانه ساختمانی و نقشه‌های اجرایی مصوب، اقدام به عملیاتی منفعت‌طلبانه مضاعف بکند و مهندس ناظر به جهت ادای تکالیف و مسئولیت‌های قانونی از اقدامات وی جلوگیری کند، سؤالی که پیش می‌آید این است که آیا کارفرما می‌تواند با

^{۲۶} ماده‌ی ۳۴ قانون کار.

^{۲۷} بندهای الف و ب و ج ماده‌ی ۲۱ قانون کار.

^{۲۸} ماده‌ی ۱۴ قانون کار.

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۲۷

قطع رابطه کاری و تعویض مهندس ناظر، قصد خلاف مقررات خود را عملی سازد؟! در فرض مذکور، اگر چنانچه مهندس ناظر را کارگر تلقی کنیم کارفرما با متسمک قراردادادن مادهی ۲۷ قانون کار با جری تشریفات قانونی مذکور در این ماده و به بهلنه عدم انجام وظایف محوله و یا قصور در انجام وظیفه و یا عدم رعایت آیین نامه های انضباطی کارگاه می تواند نسبت به اخراج وی و قطع رابطه کاری اقدام نموده و اهداف خود را عملی سازد. از طرفی با عنایت به مفاد مادهی ۲ و مادهی ۲۷ قانون کار، کارگر کسی است که به درخواست کارفرما و بر اساس وظایفی که کارفرما برای وی معین می کند کار را انجام دهد. حال اگر مهندس ناظر را کارگر تلقی کنیم وی موظف به اجرای دستورات براساس وظایف تعیین شده توسط کارفرما می باشد. در صورتی که وظایف فنی و تخصصی مهندس ناظر، ضمن علمی بودن، پیچیده تر از آن است که کارفرما بتواند آن را تبیین و احصاء نماید و حتی در صورت تبیین و احصاء آن توسط کارفرما، چون نظامات فنی دولتی، که مرجع تعیین کننده وظایف مهندسان ناظر در این مورد خاص می باشند و به جهت رعایت مصلحت عامه و نظم عمومی جزء قوانین آمره بوده و رعایت آن از ناحیه کارفرما و مهندس ناظر نیز الزامی است، وظایف مهندسان ناظر را در قوانین مختلف معین کرده اند. لذا کارفرما نمی تواند رأساً و بدون توجه به قوانین آمره مذکور، وظایف مهندس ناظر را تعیین و به او ابلاغ کند پس موضوع از حیثه قانون کار خارج است و در این صورت مهندس ناظر، کارگر تلقی نمی شود. کار مهندس ناظر در این مورد، یک نوع کار مستقل است همانطوری که کار افرادی مثل تجار، اصناف، صاحبان مشاغل آزاد از جمله پزشکان، وکلای دادگستری، کارشناسان رسمی دادگستری و... کار در خدمت دیگری نیست؛ بلکه ارائه خدمات به دیگری است و کاری مستقل است که تابع قوانین مدنی و تجارت است و بایستی بین ارائه خدمات به دیگری به عنوان یک کار مستقل و کار در خدمت دیگری تفاوت قائل شد، هرچند که همین عناوین شغلی بر اساس فرض به همین مبحث (مبحث دوم)، در صورتی که در خدمت یک مؤسسه، نهاد و شرکت مهندسان مشاور قرار بگیرند که آنها از نظر تنظیم روابط نیروی انسانی و استخدامی تابع قانون کار می باشند، در این

صورت همین عناوین شغلی از حمایت و شمولیت قانون کار برخوردار خواهند شد و فلسفه وجودی و ثمره عملی تفکیک موضوع به دو فرض الف و ب، توجه به همین تمایز و تفاوت اساسی بین این دو فرض است.

به عبارتی اگر مهندس ناظر در استخدام یک شرکت مهندسی مشاور، به عنوان پرسنل فنی، نظارتی ارائه نماید در این صورت، تعاریف مطروحه در قانون کار که در خصوص کارگر، کارفرما و کارگاه مطرح گردید بر عنوان مهندس ناظر مصداق پیدا خواهد کرد. دلیل دیگر این امر، ارائه لیست بیمه کارکنان فنی مهندس مشاور، به شعبات سازمان تأمین اجتماعی حوزه کارگاه محل اجرای پروژه است. علاوه بر این مطالب، اساساً طبیعت کار مهندس ناظر و نوع تعهد ایشان در امر نظارت، تعهد به نتیجه است یعنی مهندس ناظر، نتیجه کار خود را که نظارت و کنترل کیفی مستمر بر امر احداث کل ساختمان می‌باشد تعهد می‌نماید و نه نتیجه اجزاء و جزء به جزء عملیات پروژه را، در صورتی که تعهد کارگر تعهد به وسیله است.

مانند تعهد یک پزشک نسبت به بیمار که تعهد به وسیله است و پزشک موظف است کلیه مساعی و تلاش‌های خود را بر اساس اطلاعات علمی، دانش، تخصص و تجربه خویش به کار گیرد و بیماری را تشخیص و سپس براساس تشخیص خود، آن را مداوا کند، بی‌آنکه نتیجه کار یعنی بهبودی کامل بیمار را تعهد و تضمین نماید. در قرارداد فی‌مابین کارفرما و مهندس ناظر در نظارت بر امر اجرا و احداث یک ساختمان، دستورات کارفرما شامل خطمشی کلی کار است و مهندس ناظر صرفاً ملزم به رعایت مقررات فنی و استانداردهای مربوطه می‌باشد و در رعایت نظامات فنی موصوف، تابع نظرات کارفرما نمی‌باشد و مهندس ناظر در این مورد موظف به حفظ استقلال شغلی و حرفه‌ای خویش است. لذا وظایف مهندس ناظر در این گونه موارد، تابع قواعد حقوق مدنی و نظامات شغلی مربوطه بوده و از قلمرو حقوق کار خارج است و اختلافات ناشی از این قراردادها در دادگاه‌های عمومی دادگستری رسیدگی می‌شود.

در صورتی که اختلاف ناشی از قراردادهای کارگری بدو در هیئت تشخیص و بعداً در

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۲۹

هیئت حل اختلاف اداره کار و امور اجتماعی حل و فصل می‌گردد. همانطور که قبلاً گفته شد در فرض ب، معمولاً کارفرما، نظارت بر اجرای پروژه را که اصطلاحاً خدمات مهندسی مرحله سوم نامیده می‌شود براساس قرارداد خدمات نظارت فنی به یک شخصیت حقوقی، تحت عنوان مهندس مشاور واگذار می‌نماید. مهندس مشاور به منظور اجرای تعهدات قرارداد، افراد متخصصی از رشته‌های مختلف مهندسی را که مورد نیاز امور نظارت پروژه می‌باشد، بر اساس قرارداد کتبی یا شفاهی به عنوان نماینده خود و تحت نام مهندس ناظر مقیم استخدام و در کارگاه مستقر می‌نماید، در این صورت رابطه کارگری و کارفرمایی قبل احراز بوده و تبعیت حقوقی^{۲۹} مصداق پیدا می‌کند. یعنی مهندس ناظر در چهارچوب سازمان اداری مهندس مشاور، با استفاده از امکانات، وسایل و ابزار کار، در ساعت‌های مقرر اداری در کارگاه حاضر و کارهایی که براساس پست سازمانی برعهده وی گذاشته است، را انجام می‌دهد. با احراز تبعیت حقوقی که بارزترین مشخصه رابطه کارگری و کارفرمایی است، مهندس ناظر عنوان کارگری را به خود اختصاص داده و از حمایت‌های قانون کار برخوردار خواهد شد. بر همین مبناست که مهندسان ناظر تحت امر مهندسان مشاور از کلیه حقوق و مزایای حمایتی قانون کار بهره‌مند هستند. همانطوری که رئیس و مسئولین دفتر فنی و اجرایی یک کارگاه ساختمانی (شرکت پیمانکاری) به انضمام کلیه افراد مشغول در پست‌های انبارداری، تدارکات، مالی، حمل و نقل، خدمات، کارگران ماهر، نیمه ماهر و ساده، همگی کارگر تلقی و تحت پوشش قانون کار قرار دارند.^{۳۰}

۳. مهندس ناظر وصف کارفرمایی ندارد

با توجه به تعریف کارفرما در ماده‌ی ۳ قانون کار، کارفرما می‌تواند با تعیین وظایف کارگر، اجرای کار را به او محول نماید. در این صورت کارگر محول نماید و تحقق عنوان کارفرمایی براساس تعریف قانونی، منوط به واگذاری کار به کارگر است در صورتی که نظارت بر امر کیفی پروژه به طور اعم، امری قائم به شخص بوده و قابل واگذاری به غیر

^{۲۹} انجام کار به دستور کارفرما و دریافت مزد در مقابل آن.

^{۳۰} حسن زاده. (۱۳۷۸). ص ۳۴.

۳۰ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۹-۶۱

مهندس ناظر نیست. این موضوع به وضوح و با صراحت در مواد مختلف قانونی از جمله، صدر تبصره‌ی ۷ ماده‌ی ۱۰۰ قانون شهرداری و نیز ماده‌ی ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان به ترتیب به شرح زیر آمده است:

الف) صدر تبصره‌ی ۷ ماده‌ی ۱۰۰ قانون شهرداری

مهندسان ناظر ساختمانی مکلفند نسبت به عملیات اجرایی ساختمانی که به مسئولیت آنها احداث می‌شود از لحاظ انطباق ساختمان با مشخصات مندرج در پروانه، نقشه‌ها و محاسبات فنی ضمیمه آن، مستمراً نظارت کرده و در پایان کار، مطابقت ساختمان با پروانه، نقشه و محاسبات فنی را گواهی نمایند.

ب) ماده‌ی ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان

شهرداری‌ها و مراجع صدور پروانه ساختمان، پروانه شهرک‌سازی و شهرسازی و همچنین مراجع صدور مجوزهای مربوط به تفکیک اراضی و سایر مراجع صدور مجوزهای مربوط به کنترل، نظارت و نظایر آن در محل‌های مندرج در ماده‌ی ۲ برای صدور پروانه یا مجوزهای مذکور، تنها نقشه‌هایی را خواهند پذیرفت که توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی دارنده پروانه اشتغال و در حدود صلاحیت و ظرفیت مربوط امضاء شده باشد و برای فعالیت‌های کنترل و نظارت نیز فقط از خدمات این شخص در حدود صلاحیت و ظرفیت اشتغال آنها می‌توان استفاده نمود. با این اوصاف واگذاری یک امر تخصصی به شخص فاقد تخصص و تجربه و سایر شرایط صلاحیت فنی، خود نوعی سرپیچی و تخلف از قانون است که بند الف ماده‌ی ۳۲ قانون نظام‌مهندسی و کنترل ساختمان، مداخله اشخاص حقیقی یا حقوقی فاقد مدرک صلاحیت در امور فنی را که اشتغال به آنها مستلزم داشتن مدرک صلاحیت حرفه‌ای است تخلف از قانون محسوب می‌نماید.

علاوه بر آن مفاد ماده‌ی ۳۳ و ۳۴ قانون مذکور، رعایت مقررات ملی ساختمان را که دربردارنده مجموعه اصول و قواعد فنی و آیین‌نامه کنترل، اجرا و نگهداری ساختمان‌ها به منظور اطمینان از ایمنی، بهداشت، بهره‌دهی مناسب، آسایش و صرفه اقتصادی می‌باشد جزء تکالیف کلیه متولیان و مسئولین صدور پروانه و مجریان ساختمان‌ها و تأسیسات

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۳۱

دولتی و عمومی و صاحبان حرفه‌های مهندسی ساختمان و شهرسازی قلمداد کرده و عدم رعایت مقررات یاد شده را تخلف از قانون محسوب می‌نماید. بنابراین همانطوری که یک پزشک به دلیل وجود ماهیت تخصصی در حرفه پزشکی نمی‌تواند انجام یک عمل جراحی را به غیر پزشک به مفهوم کارگر واگذار نماید، یک مهندس‌ناظر نیز نمی‌تواند یک امر ماهیتاً فنی و تخصصی را به یک غیرمتخصص بسپارد. لذا تلقی مهندس‌ناظر به عنوان کارفرما، امری نامربوط و مبهم و بدون مصداق بوده و وصفی عبث و بدون نفع و فایده است و دارای آثار حقوقی نمی‌باشد.^{۳۱}

گفتار دوم: تعهدات مهندس ناظر

۱. اعمال نظارت مستمر در هنگام تخریب، گودبرداری و اجرا عملیات ساختمانی مطابق با نقشه‌های مصوب و پروانه ساختمانی صادره.
۲. ارائه گزارش به موقع از کلیه مراحل ساختمانی به شهرداری منطقه به خصوص از مراحل: اتمام آرماتوربندی فونداسیون (قبل از بتون‌ریزی)، اتمام اسکلت‌بندی ساختمان پوشش هر سقف قبل از بتون‌ریزی، اتمام سفت‌کاری، اتمام تأسیسات، اتمام نازک‌کاری و پایان کار.
۳. ارائه گزارش به موقع به شهرداری منطقه در صورت عدم رعایت مفاد پروانه و نقشه‌های مصوب و عدم رعایت مسائل ایمنی از سوی کارفرما. (حداکثر ظرف مدت ۷۲ ساعت)
تبصره: چنانچه در هنگام کنترل ساختمان توسط شهرداری تخلفی ملاحظه شود که قبلاً توسط مهندس گزارش نشده باشد، شهرداری مجاز است که از ادامه همکاری با ناظر مربوطه خودداری نماید.
۴. عملیات ساختمانی را طبق مندرجات پروانه و نقشه‌های مصوب، نظارت مستمر نموده و گزارشات پیشرفت عملیات ساختمانی در مراحل مختلف تعیین‌شده را به شهرداری تسلیم و در صورت تخلف ساختمانی، مورد را به موقع گزارش نماید.

^{۳۰} لایق، (۱۳۹۳). ص ۲۳۲.

۵. با آگاهی کامل از قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان و آیین‌نامه اجرایی آن، مقررات ملی ساختمان را رعایت‌نموده و موارد فنی را کتباً به مالک و مجری ابلاغ نماید.

۶. انجام هرگونه تغییر در نقشه‌های معماری، محاسباتی و تأسیساتی را منوط تأیید مهندسین معمار و محاسب و تأسیساتی مربوطه دانسته و در صورتی که این تغییرات، مغایر با مفاد پروانه باشد پس از اعلام مراتب به شهرداری، نسبت به آن اقدام نماید.

۷. در صورت انصراف از ادامه نظارت ضمن ذکر علت و ارائه گزارش کامل از عملیات ساختمانی به شهرداری منطقه مربوطه تا معرفی رسمی مهندس ناظر جدید (یا موافقت دفتر امور مهندسین ناظر) مسئولیت نظارت کماکان به‌عهده ناظر اولیه خواهد بود.

گفتار سوم: نگاهی جزئی و دقیق به اعمال مهندس ناظر

با توجهی ریز و دقیق به تعهدات و معرفی‌هایی که از مهندسین صورت گرفت، هرچند هر کدام از این افراد نقش پررنگی دارند اما از دید اینجانب آنکس که مهم‌ترین فرد، در این زمینه است مهندس ناظر است. ما در این قسمت به بررسی مهندس ناظر به طور دقیق از جوانب مختلف می‌پردازیم:

۱. شرح وظایف مهندس ناظر

مهندس ناظر کنترل‌های زیر را در چهارچوب مقررات ملی ساختمان و تعهدات اخذ شده از زمان صدور پروانه انجام خواهد داد:

الف) بازدید از محل اجرای عملیات ساختمانی و کسب اطلاعات ضروری و صدور دستورهای لازم.

ب) بررسی نقشه‌ها و انطباق آنها با یکدیگر و محمل

ج) کنترل صلاحیت فنی عوامل اجرایی ساختمان و داشتن مجوز و کارت مهارت‌های حرفه‌ای از اداره کار و امور اجتماعی.

د) کنترل ابعاد و اندازه‌ها:

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۳۳

۱. کنترل ابعاد گودبرداری و صدور دستورالعمل کتبی برای حفاظت گود و ابنیه و تأسیسات مجاور.
۲. کنترل ابعاد پی و سازه پی و انطباق آن با نقشه‌های اجرایی.
۳. کنترل رعایت ضوابط شهرداری در مورد استقرار ساختمان و فضای باز.
۴. کنترل تراز زیر و بالایی پی، زیرطبقات، کف طبقات نسبت به یکدیگر.
۵. کنترل طول پیش‌آمدگی‌ها و ارتفاع آنها از کف معبر و مقایسه آن با مقادیر مجاور و با رعایت حریم شبکه برق.
- ۶- کنترل محل اجرای دیوارهای خارجی.

۲. کنترل مشخصات فنی

مهندس ناظر کنترل‌های ذیل را براساس مشخصات فنی عمومی و مشخصات مندرج در نقشه‌ها انجام می‌دهد، در صورت مغایرت بین دو مشخصات فنی ذکر شده مندرجات نقشه‌ها املاک کنترل است.

- الف) انطباق مقاطع اعضای سازه‌ای با نقشه‌های اجرایی
- ب) کنترل کیفیت اجرای سازه از جمله عملیات فلزی، مونتاژ، جوشکاری، آرماتوربندی، اتصالات پیچی، بتن‌سازی در محل، قالب‌بندی و ایستایی قالب، بتن‌ریزی، مراقبت از بتن، اجرای سقف، زمان و نحوه بازکردن قالب‌ها و نظایر آن.
- ج) کنترل جاگذاری داکت‌ها و رایزرها و محل عبور لوله‌ها در سقف‌ها و دیوارها (مشروط به داشتن نقشه‌های تأسیساتی) و رعایت اصول کلی حفاظت از لوله‌ها که براساس کارت‌های نظارت مراحل می‌بایستی کنترل و تأیید شوند.

۳. کنترل جزئیات ساختمانی

- الف) کنترل قائم بودن دیوارها، نصب شیروانی‌ها و زوایای اجزای ساختمان نسبت به هم.
- ب) کنترل نحوه اجرای فرش کف‌ها، شیب‌بندی‌ها، سنگ‌کاری‌ها، کف‌پله‌ها، نماسازی‌ها و عایق‌کاری رطوبتی و نظایر آن.
- ج) کنترل ابعاد و محل قرارگیری درب‌ها و پنجره‌ها.

۴. تخلفات و نحوه جلوگیری از عملیات ساختمانی

الف) هرگاه مهندس ناظر، تخلف ناظر از قبیل عدم به کارگیری مصالح با مشخصات فنی لازم و در نتیجه عدم ایستایی ساختمان و یا هرگونه تخلفات ساختمانی مغایر با نقشه مصوب با ضوابط و مقررات ملی ساختمان اعلام نماید، شهرداری منطقه باید به محض وصول گزارش از ادامه عملیات ساختمانی جلوگیری و اقدام قانونی به عمل آورد.

ب) تخلفات انجام شده توسط مالک پس از صدور پایان کار، تخلف بدون مجوز تلقی گردیده و مهندس ناظر در قبال آن مسئولیتی ندارد. پس از انجام کلیه اقدامات قانونی، مالک ملزم به ارائه تأییدیه مهندس ذیصلاح نسبت به استحکام ساختمان خواهد بود.

۵. گزارش جهت صدور عدم خلاف و پایان کار

صدور گواهی عدم خلاف با ارائه گزارش پایان کار، در مورد ساختمان‌های نیمه تمام و دارای پروانه، با گزارش مهندس ناظر مربوط بلامانع بوده و نیاز به بازدید از طرف شهرداری ندارد. هرگاه مهندس ناظر برخلاف واقع گواهی نماید و یا تخلف را به موقع به شهرداری اعلام نکند و موضوع منتهی به طرح کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ و صدور رأی بر جریمه یا تخریب ساختمان گردد، شهرداری مکلف است مراتب را به سازمان نظام مهندسی ساختمان گزارش نماید. شورای انتظامی سازمان مذکور موظف است مهندس ناظر را در صورت نبود تقصیر برابر قانون معماری و ساختمان، حسب مورد باتوجه به اهمیت موضوع به ۶ ماه تا ۳ سال محرومیت از کار و در صورتی که مجدداً مرتکب تخلفی شود که منجر به صدور رأی تخریب به وسیله کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ گردد، به حداکثر مجازات محکوم کند مراتب محکومیت از طرف شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان در پروانه اشتغال درج و در یکی از جراید کثیرالانتشار اعلام می‌گردد. شهرداری مکلف است تا صدور رأی محکومیت به محض وقوف از تخلف مهندس ناظر و ارسال پرونده به کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰، به مدت ۶ ماه از اخذ گواهی امضای مهندس ناظر مربوطه برای ساختمان جهت صدور پروانه ساختمانی جدید شهرداری خودداری نماید.

گفتار چهارم: شرح مسئولیت مهندس ناظر

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۳۵

همانگونه که قبلاً گفته شد مهندس ناظر در واقع شخصی است حقیقی یا حقوقی که بر طبق قانون نظام مهندسی، دارای پروانه اشتغال به کار مهندسی از وزارت مسکن و شهرسازی است و در حدود صلاحیت خود، مسئولیت نظارت بر تمامی یا قسمتی از عملیات ساختمانی را برعهده می‌گیرد. بحث نظارت بر ساختمان‌ها از مباحث مهم است، چون روزانه بخش مهمی از سرمایه ملی (چه در دست بخش خصوصی یا بخش دولتی) صرف ساخت‌وساز در قالب مسکونی، تجاری، اداری، آموزشی و ... می‌شود که اگر بحث نظارت نباشد، نه تنها این سرمایه‌ها از دست خواهد رفت، بلکه ممکن است موجب خسارت جانی نیز شود. مهندس ناظری که مسئولیت اجرای عملیات ساختمانی را تحت نظارت دارد، در حقیقت قبول کرده که هرگونه عملیات اجرایی، تحت نظارتش باشد و می‌بایست پاسخگوی تمام موارد فنی باشد. در چنین حالتی، بروز حادثه به معنای ارتکاب تخلف و عدم نظارت نظامات دولتی توسط وی بوده و در صورتی که حادثه مذکور موجب خسارت مالی و جانی شود، نه تنها بی‌اطلاعی مهندس ناظر از چگونگی روند اجرا و عملیات اجرایی در دادگاه مسموع نخواهد بود، بلکه در صورت ورود خسارت جانی، مهندس ناظر طبق قانون ماده‌ی ۶۱۶ قانون مجازات اسلامی متحمل مجازات سنگین خواهد شد، از سوی دیگر طبق ماده‌ی ۱ قانون مسئولیت مدنی، هرکس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا ... یا به هر حق دیگری که به موجب آن قانون برای افراد ایجاد شده لطمه‌ای وارد کند که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود است. در اینجا سؤالاتی مطرح می‌شود و آن اینکه آیا می‌توان مبنای مسئولیت مهندس ناظر را در مورد تلف غیر عمد بر مبنای قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ استوار نمود؟ همچنین آیا مسئولیت مدنی مهندس ناظر را می‌توان بر مبنای قاعده اتلاف استوار نمود؟ در مورد سؤال اول نظرات متعددی ابراز شده است، عده‌ای معتقداند که تأسیس حقوقی مسئولیت مدنی در نظام حقوقی ایران تنها تابع قانون مدنی نیست؛ بلکه قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ نیز در جهت تکمیل قانون مدنی وضع شده است.

عده‌ای دیگر براین باورند که قانون مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه تقصیر است؛ لذا مسئولیت در قانون مدنی خصوصاً درمورد اتلاف غیرعمد باید مبتنی بر نظریه تقصیر باشد بدین معنی که هرگاه شخصی مالی را تلف نمود درصورتی مسئول و ملزم به جبران خسارت است که در رفتار و اعمال خود تقصیر نموده باشد، نتیجه‌ای از ماده ۳۲۸ قانون مدنی استنباط نمی‌گردد زیرا در این ماده شخص متلف در هرصورت مسئول است، هرچند که مرتکب تقصیری نشده باشد. این عده از حقوق‌دانان در توجیه نظر خود به این دلیل متمسک می‌شوند که چون قانون مسئولیت مدنی بعد از قانون مدنی به تصویب رسیده است، قانون سابق یعنی ماده ۳۲۸ را نسخ ضمنی نموده است؛ لذا برای تحمیل مسئولیت در اتلاف غیرعمدی علاوه بر رابطه علیت میان فعل و تلف مال اثبات تقصیر نیز لازم است.^{۳۲}

اما در پاسخ پرسش دوم مبنی براینکه آیا مسئولیت مدنی مهندس‌ناظر را می‌توان بر مبنای قاعده اتلاف استوار نمود، می‌توان گفت که بر اساس نظر فقها و حقوق‌دانان هرکس مال دیگری را تلف کند مطلقاً مسئول است، اعم از اینکه از روی عمد تلف کند یا از روی مسامحه و خطا، در این مورد مهندس‌ناظر ساختمان تفاوتی با سایر افراد خارج از قرارداد ندارد و مبنای مسئولیت او مبنایی قانونی و خارج از قرارداد یعنی ماده ۳۲۸ قانون مدنی خواهد بود.

ضمنان مسئولیت او در این زمینه قهری است، زیرا مهندس‌ناظر مرتکب تقصیر و تخلف قراردادی نشده است تا بتوان وی را بر اساس مواد مندرج در قواعد عمومی قراردادها مسئول دانست. اما هرگاه مهندس در اثر توصیه شخصی دیگر اقدام به اتلاف مال صاحب‌کار نماید و یا خود شخصاً به کارگران دستور تخریب مالی را بدهد که در حوزه تعهدات قراردادی وی نیست، در مورد اول مهندس‌ناظر خود، شخصاً در مقابل صاحب‌کار مسئول جبران خسارت می‌باشد و می‌تواند به شخص توصیه‌کننده‌ای که وی را فریب داده رجوع کند و به موجب قاعده غرور «المغرور یرجع الی من غره» و منظور از رجوع مطالبه

^{۳۲} کاتوزیان. (۱۳۸۷). ص ۱۷۳.

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۳۷

ضرر و خسارت وارده است.^{۳۳} اما در مورد دوم که مهندس خود دستور به تخریب می‌دهد در صورتی که دادن دستور جزء وظایف و تعهدات قراردادی وی نباشد و خود رأساً اقدام به این نماید، شخص تخریب‌کننده که مستقیماً مال را تلف نموده در مقابل صاحب کار مسئول است، ولی وی می‌تواند به موجب قاعده غرور به مهندس ناظر رجوع نماید. اصولاً وظیفه مهندس ناظر بر اساس قوانین و مقررات ساختمانی و قوانین شهرداری و سازمان نظام مهندسی و ...، انجام کار فیزیکی به معنای معمول آن نیست و وظیفه وی فقط مبتنی بر نظارت مستمر و متناوب بر امر ساخت و ساز می باشد تا کاری برخلاف مقررات فنی و اصول شهرسازی صورت نگیرد. مهندس ناظر شخصاً فقط بر کارها نظارت دارد و در مواقع ضروری دستورالعمل‌هایی را تهیه و ارائه می‌نماید، بنابراین در مورد اتلاف، مهندس ناظر با شخص ثالث خارج از قرارداد هیچ تفاوتی ندارد و هرگاه مالی را صاحب کار تلف کند به موجب قاعده اتلاف مسئول جبران خسارت است.^{۳۴}

فصل پنجم

تعاریف، وظایف، اختیارات و مسئولیت مهندس مجری یا پیمانکار

گفتار اول: تعریف مهندس مجری و موارد مربوط به آن

به طور اعم، شخصیتی حقیقی یا حقوقی است که با دارا بودن مدرک معتبر دانشگاهی و صلاحیت حرفه‌ای (در فرض حقیقی بودن) و گواهینامه صلاحیت پیمانکاری (در فرض حقوقی بودن) براساس نقشه‌های اجرایی مصوب و با رعایت کلیه ضوابط و مقررات فنی اجرایی از جمله نشریات سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی سابق کشور و مقررات ملی ساختمان، وظیفه اجرای کلیه عملیات ساختمانی را به عهده دارد. این عنوان برای مهندسان شاغل در ساخت و ساز شهری در مبحث دوم مقررات ملی ساختمان - نظامات اداری، تحت نام مجری آمده و وظایف آن براساس ماده‌ی ۲-۴ (۲-۴-۱ تا ۲-۴-۱۲) احصاء شده است.

^{۳۳} محقق داماد. (۱۳۸۷). ص ۱۷۷.

^{۳۴} ماده‌ی ۳۲۸ و ۳۲۹ قانون مدنی.

از آنجایی که حوزه شمول قانون نظام‌مهندسی و کنترل ساختمان و به تبع آن، مقررات ملی ساختمان، ساختمان‌های مسکونی احداثی توسط بخش خصوصی و ساختمان‌ها و تأسیسات دولتی و عمومی و نیز صاحبان حرفه‌های مهندسی ساختمان و شهرسازی و مالکان و کارفرمایان در شهرها و شهرک‌ها می‌باشد؛ لذا تعریف قانونی مجری در مبحث دوم مقررات ملی ساختمان (نظامات اداری) قابل تسری به کلیه پروژه‌های ساختمانی اعم از زیربنایی، عمرانی، صنعتی و ... که توسط شخصیت حقوقی دارنده گواهینامه صلاحیت پیمانکاری اجرا می‌گردد نیست. هرچند که ماهیت عمل مجری یا پیمانکار در هر دو صورت یکی است؛ لیکن در حال حاضر عملاً تفاوت‌های بارزی بین آنها مشهود است. به عنوان مثال، مجریان ساختمانی مورد بحث مقررات ملی ساختمان، بایستی حتماً پروانه اشتغال به کار مهندسی، از وزارت مسکن و شهرسازی باشند، در صورتی که در سایر پروژه‌هایی تحت شمول قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان نیستند و از نظر حجمی نیز، چندین برابر پروژه‌های ساختمان‌های مسکونی و... مورد نظر قانون موصوف می‌باشند. داشتن پروانه اشتغال به کار مهندسی الزامی نیست و به جای آن وجود گواهینامه صلاحیت پیمانکاری در ارجاع کار به پیمانکار، ملاک اصلی است. هرچند که در مبحث دوم مقررات ملی ساختمان، این عنوان با نام مجری مطرح شده‌است، لیکن از ایام قدیم، در کلیه نظامات فنی دولتی، ضوابط، مقررات، آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های فنی و اجرایی کشور از نام معروف پیمانکار یا مقاطعه‌کار استفاده شده است و عنوان مجری، صرفاً به حوزه شمول قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان اختصاص دارد. (عنوان خاص مجری) لیکن حوزه شمول عملیات پیمانکاری، گسترده و عام بوده و کلیه پروژه‌های زیربنایی، عمرانی، صنعتی، خدماتی، بهداشتی، فرهنگی و آموزشی و غیره را دربرمی‌گیرد. (عنوان عام مجری). ثمره عملی این تقسیم‌بندی آن است که براساس ماده‌ی ۲-۴-۲ مبحث دوم مقررات ملی ساختمان، مجری ساختمان، نماینده فنی مالک در اجرای ساختمان بوده و پاسخگوی کلیه مراحل اجرای کار به ناظر و دیگر مراجع کنترل ساختمان می‌باشد و براساس ماده‌ی ۲-۳-۴ مذکور، مسئولیت صحت انجام کلیه عملیات اجرایی ساختمان، براساس

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۳۹

مقررات ملی ساختمان، ضوابط و مقررات شهرسازی، محتوای پروانه ساختمان و نقشه‌های مصوب مرجع صدور پروانه، به عهده مجری ساختمان است؛ لذا حسب مفاد ماده‌ی ۲-۴-۱۱ و تبصره ذیل آن، در صورت وقوع هرگونه تخلف از ناحیه مجری ساختمان، حسب مورد، موضوع به سازمان مسکن و شهرسازی استان و شورای انتظامی سازمان نظام‌مهندسی ساختمان اعلام و در صورت محکومیت نسبت به برخورد انضباطی تا حد ابطال پروانه اشتغال اقدام می‌گردد و در صورتی که عملکرد مجری منجر به ورود خسارت گردد، وی موظف است خسارت مربوطه را که به تأیید مراجع ذیصلاح رسیده است، جبران نماید. جبران هرگونه خسارت وارده توسط پیمانکار به کارفرما و اشخاص ثالث و... با رسیدگی در مراجع قضایی (نه مراجع ذی‌صلاح فنی مثل سازمان نظام‌مهندسی ساختمان و مرجع صدور پروانه مثل شهرداری) و صدور حکم امکان‌پذیر است. بند ب ماده‌ی ۲۱ شرایط عمومی پیمان مصوب سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی سابق کشور، پیمانکار را مسئول جبران خسارت‌های وارده به اشخاص ثالث در محوطه کارگاه و خسارت وارده به املاک و تأسیسات مجاور، در نتیجه سهل‌انگاری وی می‌داند.^{۳۵}

اینک با توجه به دامنه وسیع و گسترده مسئولیت‌های مجری به ویژه عواقب قضایی و انتظامی آن، که توسط صاحب کار (ذی‌نفع) و شورای انتظامی سازمان نظام‌مهندسی ساختمان استان و دادستان (مدعی‌العموم) در قالب دادسرا، تعقیب و پیگیری می‌شود، به نظر نمی‌رسد که اشخاص دارای پروانه اشتغال به کار مهندسی در زمینه اجراء، بپذیرند و تصور نمایند که نقش آنها چندان مهم نیست و در قبال اخذ مبلغ ناچیز نه تنها حیثیت حرفه‌ای خود را زیر سؤال برده برخلاف اخلاق حرفه‌ای عمل نمایند؛ بلکه با گرفتار شدن در دام دلالت بی‌صلاحیت برای مدتی طولانی خود را با مراجع قضایی و کیفری از یک‌سو و شورای انتظامی سازمان نظام‌مهندسی ساختمان از سوی دیگر، درگیر نمایند.

گفتار دوم: اهم وظایف و اختیارات مجری ذی صلاح

^{۳۵} لایق. (۱۳۹۳). ص ۲۳۳ و ۲۳۴.

مطابق مبحث دوم و دوازدهم مقررات ملی ساختمان و شرایط عمومی و خصوصی قراردادهای همسان این وظایف و اختیارات به چهار بخش: فنی و اجرایی، مالی و اداری تفکیک شده‌است. اهم وظایف و اختیارات مجری ذی‌صلاح به عنوان مدیر و مسئول عملیات اجرایی و نماینده فنی مالک در اجرای ساختمان به اختصار عبارت است از:

۱. فنی و اجرایی

۱. مسئولیت صحت عملیات ساختمانی و اصلاح نواقص احتمالی نقشه‌ها و مشخصات فنی، با رعایت مباحث مقررات و شهرسازی و پروانه ساختمانی و نقشه‌های مصوب و درخواست آزمایشات فنی مربوطه.
۲. اخذ تأییدیه ناظرین در هر مرحله از کار و تکمیل دفترچه اطلاعات فنی ملکی ساختمان.
۳. رعایت اصول ایمنی و حفاظت کارگاه و ساختمان‌های پیرامون.
۴. تنظیم و به روزآوری برنامه زمان‌بندی کلی و تفصیلی.
۵. تهیه نقشه‌های از بیلت از کارهای اجرا شده و تحویل تمامی مدارک و مستندات فنی به صاحب کار پس از اتمام عملیات.
۶. دادن تضمین‌های لازم پس از اتمام کار و اخذ بیمه‌نامه کنترل کیفی کار به نفع کارفرما یا تضمین کیفیت کار.
۷. جبران خسارت ناشی از عملکرد خویش و نهایتاً اخذ پایان کار ساختمانی و واگذاری ملک به مالک.^{۳۶}

۲. مالی و اداری

۸. تهیه برآورد اولیه از هزینه‌های اجرایی کار.
۹. تنظیم قراردادهای کارگری و خرید مصالح، بکارگماردن مهندسان و پیمانکاران و معماران و استادکاران ماهر حسب مورد.
۱۰. ارائه لیست دستمزد به کارفرما، و در خصوص پیمانکاران به صورت درصد کار انجام شده.

^{۳۶} تصویب‌نامه هیئت‌وزیران: مصوب ۱۳۸۳، مقررات ملی ساختمان، مبحث دوم و دوازدهم.

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۴۱

۱۱. اقدام برای اخذ انشعابات آب، برق و گاز.

۱۲. استفاده از مصالح مرغوب و استاندارد شده.

۱۳. اخذ بیمه‌نامه‌های مسئولیت و حوادث و ارائه بیمه ماهانه و عوارض و ...

۱۴. تدارک نگهبان و حراست از کارگاه.

مجری ذی‌صلاح هر قسمت از کار را به پیمانکاران جزء یا اشخاص واگذار می‌نماید و در صورتی که پیمانکار کل کار را اجرا نماید، با داشتن پروانه اجرای ساختمان می‌تواند به عنوان مجری فعالیت نماید. مجری ذی‌صلاح بسته به نوع خدماتی که به مالک ارائه می‌دهد و توافقات اولیه، حق‌الزحمه خود را به صورت درصدی از هزینه‌های اجرایی در هر مقطع از کار از مالک مطالبه می‌نماید، که در هر حال این میزان نباید از مقادیر حداقلی پیش‌بینی شده در تعرفه دستمزد مجریان کمتر باشد. مجری نمی‌تواند مسئولیت‌های فنی و اجرایی کار را به شخص دیگری واگذار نماید، ولی در واگذاری مدیریت مالی و اداری کار مالک و مجری مختار می‌باشد. که در حال حاضر مدیریت مالی و اداری کار را کارفرما انجام می‌دهد و به تبع آن عملیات موضوع ردیف‌های ۸ تا ۱۴ طبعاً از وظایف مجری حذف می‌گردد.^{۳۷}

گفتار سوم: تعهدات مجری ساختمان

۱. مجری نماینده فنی صاحب‌کار در اجرای ساختمان بوده و پاسخگوی تمام مراحل کار به ناظر و دیگر مراجع کنترل ساختمان می‌باشد.

۲. مجری موظف است قراردادهای (شرایط عمومی و خصوصی) و یکی از قراردادهای همسان (با مصالح، بدون مصالح یا مدیریت پیمان) را با صاحب‌کار منعقد نموده و شرح وظایف و مسئولیت‌های عمومی به شرح مواد ۸، ۹، ۱۰ و ۱۱ مبحث دوم مقررات ملی ساختمان را رعایت نماید.

۴۲ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه نامه حقوق / صص ۹-۶۱

۳. اجرای موضوع قرارداد منطبق با اصول مهندسی و کیفیت مناسب و استفاده از مصالح مرغوب درحد استانداردهای اعلام شده توسط مؤسسه استاندارد و تحقیقات صنعتی ایران و اخذ تأییدیه‌های مربوط به کنترل ساختمان در پایان هر مرحله از عملیات اجرایی از ناظران ذی‌ربط.

۴. تکمیل دفترچه اطلاعات ساختمان منظم به شناسنامه فنی و ملکی ساختمان و اخذ تأییدیه‌های لازم از ناظران ذی‌ربط جهت صدور شناسنامه فنی و ملکی و ارسال گزارشات به صورت مرحله‌ای به شهرداری / شرکت شهرک‌های صنعتی و سازمان نظام‌مهندسی استان.

۵. تحویل تمامی مدارک و مستندات فنی و ملکی ساختمان به صاحب‌کار پس از اتمام مراحل فوق.

۶. مجری موظف است از مهندسان و کاردان‌های فنی ساختمان و معماران تجربی دارای پروانه اشتغال و نیروهای ماهر دارای پروانه مهارت فنی در انجام کارها استفاده نماید.^{۳۸}

گفتار چهارم: مسئولیت مجری یا پیمان‌کار

مجری ساختمان مسئولیت صحت انجام کلیه عملیات اجرایی ساختمان را به عهده دارد و در اجرای این عملیات باید مقررات ملی ساختمان، مشخصات فنی عمومی و خصوصی ساختمان، ضوابط و مقررات شهرسازی، محتوای پروانه ساختمان و نقشه‌های مصوب مرجع صدور پروانه را رعایت نماید و در صورت هرگونه قصور مسئول می‌باشد.^{۳۹} مجری مکلف است نسبت به تضمین کیفیت اجرای ساختمانی که به مسئولیت خود می‌سازد براساس دستورالعمل ابلاغی وزارت مسکن و شهرسازی اقدام نموده و در جایی که مکلف به ارائه بیمه‌نامه تضمین کیفیت شده‌باشد، بیمه مزبور را به نفع مالک یا مالکان بعدی تهیه و در اختیار ایشان قرار دهد. در صورت بروز خسارت ناشی از عملکرد مجری، وی موظف است خسارت مربوطه را که به تأیید مراجع ذی‌صلاح رسیده است، جبران نماید.^{۴۰}

^{۳۸} آیین‌نامه اجرایی ماده‌ی ۳۲ قانون نظام‌مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۸۳، فصل چهارم، اشخاص حقوقی و دفاتر مهندسی اجرای ساختمان ماده‌ی ۹-۲۰.

^{۳۹} تصویب‌نامه هیئت‌وزیران مصوب ۱۳۸۳، مقررات ملی ساختمان، مبحث دوم نظامات اداری.

^{۴۰} همان.

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۴۳

از مهم‌ترین وظیفه مهندس محاسب اینکه با سیستم گسترده و امکانات خاص و حتی امکانات نرم‌افزاری پیشرفته و فرصت کافی و دریافت مبالغ هنگفتی طرحی را محاسبه و جهت اجرا با خصوصیات مخصوص و قبول مسئولیت به سازمان نظام‌مهندسی ساختمان و کارفرما ارائه می‌دهد. یک مجری که تقریباً هیچ امکاناتی جهت کنترل نقشه‌ها و خصوصاً فرصتی برای این کار ندارد و هیچ مبلغی هم دریافت نمی‌کند باید وظیفه کنترل کار مهندس محاسب و طراح را داشته باشد و عملاً تمام مسئولیت‌های سازه طبق اعلام صریح مقررات ملی ساختمان به عهده مجری می‌باشد.^{۴۱} همچنین یکی از جدی‌ترین مسئولیت‌های مجری «برقراری بیمه مسئولیت مدنی و شخص ثالث» است. او با این کار حوادث کارگاه را برای خود و دیگران کاهش می‌دهد. بنابراین اگر کسی توانایی و قصد فعالیت به عنوان مجری را دارد باید «مسئولیت مدنی» خود را بیمه کرده و «اشخاص ثالث» را نیز در مقابل حوادث کارگاهی بیمه کند. متأسفانه برخی از مهندسين به حساسیت آنچه می‌کنند واقف نیستند، غافل از آنکه، با افزایش ديه اشخاص، افزایش هزینه‌های ساخت‌وساز و ارتقای توانمندی و دانش سازندگان، مجریان بی‌مبالات روز به روز در معرض خطر بیشتری قرار می‌گیرند، اما در بخش «مسئولیت ایمنی» وضع قدری پیچیده‌تر، ولی کماکان مجری است که بیشترین مسئولیت‌ها را دارد. طبیعی است که جلوگیری از کار کارگران در خارج از ساعت عادی و به تنهایی و نیز تأمین روشنایی کافی و امکان برقراری ارتباط و نیز تمام خدمات مورد نیاز کارگران در صورت انجام کار در ساعت غیرعادی با کارفرماست و کارگران هم موظفند که از وسایل و تجهیزات ایمنی، مطابق آموزش‌هایی که می‌بینند، استفاده و نگهداری کنند و مهندس ناظر هم «بر تخریب، گودبرداری، حفاظت گودبرداری و پی‌سازی، احداث، توسعه، تعمیر اساسی و تقویت مجاری آب و فاضلاب و سایر تأسیسات زیربنایی» نظارت می‌کند و در صورت مشاهده موارد خلاف مبحث ۱۲، ضمن تذکر کتبی به مجری به مرجع رسمی ساختمان آگاهی‌رسانی می‌کند.

^{۴۱} یافته. (۱۳۸۹). ص ۹۷.

ولی بدیهی است که وظیفه ناظر به همان دو جمله ختم نمی‌شود و مثلاً اگر کارگران موارد ایمنی را رعایت نکنند، یا کارفرما مفاد بندهای ۱۰ و ۱۱ را به جا نیاورد و مجری در وظایف متعددش کوتاهی کند، لازم است که ناظر حسب مورد مستقیماً و یا از طریق مجری تذکر داده و حتی مانع ادامه کار شود. علاوه بر موارد مطرح شده همانگونه که قبلاً ذکر شد مهندس مجری نیز که درحقیقت همان شخص «پیمانکار» است چون وظیفه اجرا به معنای تام و کامل آن به عهده اوست، مکلف است از فراهم شدن زمینه‌های تخلف ممانعت کرده از انجام آن خودداری ورزد. در واقع هر مرحله‌ای از عملیات اجرایی که خلاف ضوابط و مقررات اجرا شود مسئولیت آن متوجه مجری است و دامنه این مسئولیت به گونه‌ای است که چون اجرای خلاف مقررات به ویژه عدم رعایت مقررات ملی ساختمان منجر به ورود خسارت مالی به صاحبکار می‌شود. به استناد قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹/۲/۷ و مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ قانون مدنی، مجری مذکور باید تمامی خسارت‌های وارده را جبران نماید و چنانچه تخلف یا تخلفات منجر به وقوع حادثه جانی شود براساس قانون مجازات اسلامی حسب مورد دارای مجازات از جریمه نقدی تا حبس از یک سال تا سه سال خواهد بود.^{۴۲} همان گونه که ملاحظه می‌شود سازنده (مجری یا پیمان کار) وظایف و مسئولیت‌های بسیار مهمی را در روند ساختمان برعهده دارد. به این موارد باید مسئولیت قراردادی و موارد دیگر نظیر موارد منبعث از قانون کار مصوب ۱۳۶۴ به ویژه مواد ۸۵ تا ۱۰۵ آن در باب حفاظت و ایمنی به خصوص در موارد مربوط به نقش سازنده در مقام کارفرمای کارگر را اضافه کرد.

بی‌توجهی به هریک از موارد فوق و اهمال در انجام وظایف اجرایی، آسیب‌های سنگین جانی یا مالی را در اجرای ساختمان به دنبال خواهد داشت که در این مرحله سازنده (مجری یا پیمانکار) در ردیف نخست مسئولیت قرار می‌گیرد. این آسیب نیز ممکن است به مالک، اشخاص شاغل در کارگاه یا اشخاص ثالث وارد شود و در نتیجه سازنده (مجری یا پیمانکار) مواجه با مسئولیت مدنی، کیفری یا انتظامی می‌شود.

^{۴۲} حسن‌زاده. (۱۳۸۴). ص ۸۰.

فصل ششم

چهره‌های خاص تقصیر بر پایه نظریه مربوط به مسئولیت مدنی

گفتار اول: چهره‌های خاص تقصیر^{۴۳}

از جمله چهره‌های خاص تقصیر در حقوق مدنی که مربوط به بحث ما است تقصیر شغلی و مسئولیت حرفه‌ای می باشد. هرگونه خطاهایی که صاحبان حرف و مشاغل در اجرا و انجام تعهدات حرفه‌ای و تخصصی خود، مرتکب شوند، ذیل عنوان تقصیر شغلی و مسئولیت حرفه‌ای قرار می‌گیرد. مثلاً خطای یک مهندس در امور طراحی و محاسبه، نظارت و اجرا، خطای پزشک در معالجه و جراحی بیماران، خطای قاضی در صدور حکم و ... همگی از این نوع تقصیرهای شغلی می‌باشند. در تشخیص تقصیرات شغلی توسط صاحبان حرف، داوری عرف به مفهوم عرف اجتماعی، ملاک و معیار عمل نمی‌باشد، بلکه داوری عرف مختص آن حرفه و به تبع آن رفتار یک متخصص آن حرفه، ملاک و معیار تشخیص تقصیر یا عدم تقصیر فرد خاطی می‌باشد. مثلاً خطای یک مهندس در طراحی و محاسبات سازه‌ای یک بنا، براساس قواعد فنی و آیین‌نامه‌های محاسباتی لازم‌الرعایه، قابل بحث و بررسی است و بر این معیار می‌توان مثلاً، دامنه عدول مهندس طراح از قواعد و ضوابط فنی و مهندسی لازم‌الاجرا را کشف و به داوری و قضاوت نشست. مسئولیت‌های حرفه مهندسی، گاهی چنان گسترده است که علاوه بر مسئولیت وی در مقابل صاحب‌کار، در مقابل اشخاص ثالث نیز دارای مسئولیت می‌گردد. مثلاً مهندس مجری یک ساختمان با کیفیت اجرای پایین‌تر از حد متعارف و استاندارد، ضمن اینکه در مقابل صاحب‌کار مسئولیت قراردادی دارد، چون تعهد وی تعهد به نتیجه است، در صورت خرابی ساختمان در مقابل بهره‌برداران ساختمان نیز، از باب ضمان قهری، مسئول زیان‌های ناشی از آن است؛ چرا که امکان دارد رابطه قراردادی فی‌مابین مللک و مهندس مجری تمام شده باشد، ولی بهره‌برداران ساختمان، که هیچ رابطه قراردادی با مهندس مجری ندارند، در نتیجه عملکرد اجرایی وی خسارت ببینند.

^{۴۳} تقصیر شغلی و مسئولیت حرفه‌ای.

در این‌گونه موارد، اصل بر تقصیر مهندس مجری است مگر اینکه وی اثبات نماید که خرابی ایجادشده، در نتیجه عدم رعایت استانداردهای اجرایی لازم‌الرعایه (نظامات فنی) و مستند به فعل و تعهد وی نبوده است و خرابی، نتیجه سایر عوامل، از جمله عوامل بیرونی و خارجی بوده است. مثلاً به علت گودبرداری غیرمجاز ساختمان همجوار، زیرپی ساختمان مفروض، خالی شده و نهایتاً ساختمان واژگون شده و تخریب گردیده است، یا نفوذ آب به زیرپی باعث نشست پی و مالاً ساختمان و باعث ایجاد ترک در دیوارها شده است و یا وجود عوامل خارجی غیرقابل پیش‌بینی و اجتناب ناپذیر، از جمله قوه قاره عامل چنین خرابی بوده است. در این موارد بار اثبات موضوع برعهده مجری خواهد بود و در صورتی که وی نتواند موضوع را اثبات نماید، مدعی بدون نیاز به ارائه دلیل با حکم دادگاه حاکم شده و ضرر و زیان خود را مطالبه و اخذ می‌نماید. ممکن است مجری مذکور، در اجرای ساختمان تمام تلاش و کوشش لازم را کرده باشد؛ لیکن به علت اشتباه و عدم کنترل عملیات اجرایی در جزء کوچکی از ساختمان، مثلاً عدم کفایت جوشکاری مهاربندی فلزی در سازه‌های فولادی که به منظور جلوگیری از خرابی ساختمان در نتیجه نیروهای جانبی مثل باد و زلزله و ... به کار می‌رود، بخشی یا تمام ساختمان در اثر زلزله فرو ریزد، در این صورت هرچند که مجری مربوطه، قصد عمدی در عدم اجرای آن نداشته است، باز پیش‌آید که وی علاوه بر مسئولیت مدنی مسئولیت کیفری نیز پیدا کند. پس یک اشتباه ساده، قصور و سهل‌انگاری که با تقصیر شغلی تفاوت‌هایی نیز دارد (درجه تقصیر شغلی بالاتر از اشتباه معمولی است) خود می‌تواند سبب مسئولیت گردد. چه بسا گاهی یک اشتباه کوچک سبب خسارت سنگینی و یا یک اشتباه بزرگ سبب خسارت سبک شود. مسلم است که در عرف مهندسی، با وجود اشتباهات ساده، امکان ایجاد اشکالات جدی در ساختمان وجود نخواهد داشت؛ چرا که ضرایب اطمینان به کار رفته در طراحی، بخشی از این نقایص کوچک را رفع می‌نماید. البته این مسأله به مفهوم نادیده گرفتن اشتباهات از این نقایص کوچک و خطاهای اجرایی نمی‌باشد.

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۴۷

بعضی از خطاهای مهندسی، تخلف از قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان بوده و قابلیت پی گیری در سازمان نظام مهندسی ساختمان استان را دارد. خطای ناشی از عهدشکنی مهندس، به طور اعم، در رابطه با ایفای تعهدات قراردادی یک نوع دیگر از خطاهاست که در مواردی دامنه آن گسترده شده و به نوعی تجاوز به نظم عمومی تلقی می گردد و چه بسا در مواردی عنوان جرم پیدا بکند. در اغلب این موارد مهندس، از باب ضمان قهری و براساس قاعده تسبیب، مسئولیت پیدا می کند. هر چند تخلفات مهندس، ناشی از اشتباه یا تقصیر یا تخلف از قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان باشد. چون تخلف از قانون موصوف، در حقیقت تجاوز به قانون است و متجاوز بایستی مسئول پیامدهای ناشی از آن باشد. از وحدت ملاک مادهی ۳۳۳ قانون مدنی، در بعضی موارد می توان چنین استنباط کرد که براساس قواعد مسئولیت عمومی و قهری در فرضی که مهندس از اشکالات فنی و عیوب ساختمان آگاه بوده و با وجود آن در رفع آن اقدامی نکرده و دستور کاری مبنی بر اصلاح موارد به مجری صادر نکرده است، نیازی به اثبات تقصیر مهندس، توسط زیان دیده وجود ندارد. البته ذکر این نکته ضروری است که نبایستی دادرسی، صرفاً در همه موارد اصل را بر تقصیر مهندس قرار دهد چون عوامل زیادی وجود دارند که امکان تقصیر وی را از بین می برند. مثلاً امکان دارد ساختمان، عمر مفید خود را کرده باشد و بهره برداران به آن توجه نکنند و یا نگهداری از بنا غیر اصولی بوده و عدم توجه به نگهداری فنی از ساختمان، باعث خرابی گردیده باشد و یا تغییر مالکیت و تصرفات متعدد در ساختمان، یا دخل و تصرف و تغییر المان های سازه ای، انتساب خرابی را به عوامل دیگری غیر از مهندس ارتباط دهد. شده است. در فرض مثال مذکور سبب اقوی از مباشر (مثلاً عامل خارجی از جمله حوادث طبیعی مثل زلزله، باد و...) می باشد و اتلاف مستند به فعل اوست. هر چند در این ماده، مالک در صورت وجود شرایط مقرر، مسئول خسارت وارده می باشد، اما به نظر می رسد بایستی در اینجا موضوع را از دریچه دیگری مورد بررسی قرار داد و آن اینکه اگر چنانچه عامل خارجی مثل بلایای طبیعی و حوادث غیرمترقبه (سیل، باد، زلزله و ...) حادث گردد و دیوار مطروحه، در مادهی ۳۳۳ قانون مدنی

تخریب شود، چطور می‌توان تشخیص داد که سازه‌های مذکور در اثر بلایای طبیعی فروریخته و تخریب شده‌اند یا در اثر عیبی که مالک از آن مطلع بوده است؟ از طرفی آیا حوادث طبیعی مذکور به تنهایی سبب تخریب آنها شده‌اند یا وجود عیب سابق در آنها نیز مزید بر علت شده است. یا عیب سابق تنها سبب تخریب بوده است به طوری که اگر حوادث طبیعی مذکور نیز اتفاق نمی‌افتاد، دیوار یا عمارت کارخانه به جهت وجود عیب قبلی تخریب می‌شد. در خصوص تولید خرابی ناشی از عدم مواظبت مالک نیز همین سؤالات قابل طرح هستند. بنابراین تشخیص و تفکیک این امور در بعضی حالات کار بسیار مشکل است و لذا در این گونه موارد برای اینکه زیان دیده بتواند از مالک خسارت بگیرد بایستی اولاً ثابت نماید که خراب شدن بنا باعث ورود خسارت بوده و ثانیاً این خرابی ناشی از عیبی است که مالک از آن مطلع بوده یا از عدم مواظبت وی تولید شده است. در مواردی که امکان تشخیص خرابی از بین دو سبب فوق‌الذکر^{۴۴} مشکل باشد می‌توان با استفاده از اجتماع اسباب و مخصوصاً نظریه تساوی اسباب، رأی به تساوی پرداخت خسارت نسبت به هر سبب به طور منصفانه داد. یعنی هریک از اسباب، بایستی نصف خسارت را متقبل شوند. که در فرض این مسأله، مالک نصف خسارت را پرداخت می‌نماید و نصف دیگر خسارت توسط زیان دیده تأمین می‌گردد. این مطالب عمدتاً به جهت تحلیل مسئولیت مهندس به طور عام، اعم از مهندس طراح، ناظر و مجری چه به صورت شخصیت حقیقی یا حقوقی و مشتمل بر کلیه رشته‌های مهندسی ذی‌مدخل در حرفه ساختمان، در حوزه تقصیرات شغلی و مسئولیت حرفه‌ای می‌باشد و موضوع ماده‌ی ۳۳۳ قانون مدنی نیز از منظر استفاده از وحدت ملاک آن ماده در تحلیل تقصیرات شغلی و مسئولیت حرفه‌ای مهندس مطرح شد. در اینجا با استفاده از نص صریح ماده‌ی ۳۳۳ قانون مدنی می‌توان گفت که قانون‌گذار در این مورد، صرفاً مالک ساختمان را با توجه به شرایط مقرر در ماده، مسئول می‌شناسد.

^{۴۴} ۱. حدوث عامل خارجی و بلایای طبیعی، ۲. قصور و کوتاهی وی در عدم اصلاح عیب یا عدم مواظبت وی از بنا.

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۴۹

اما قوانین بعدی از جمله قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴/۴/۱۱ و اصلاحیه‌های بعدی و نیز قانون نظام‌مهندسی و کنترل ساختمان مصوب اسفندماه ۱۳۷۴، علاوه بر مالک، اشخاص دیگری را که در حوزه ارائه خدمات مهندسی فعالند به نسبت درجه تقصیرشان مسئول می‌داند. در عمل نیز رویه دادگاه‌ها نشان می‌دهد که در قبال ورود خسارت‌های مالی و جانی به اشخاص ثالث، دادگاه‌ها حسب مورد با صدور قرار معاینه محلی، تحقیق محلی، ارجاع امر به کارشناس و یا هیئت رسمی کارشناسان دادگستری براساس قواعد مدنی (ضمان قهری) و اجتماع اسباب، سهم هر کدام از مقصرین را در پرداخت میزان خسارت تعیین و مورد رأی قرار می‌دهند. قانون‌گذار در ماده‌ی ۳۳۳ قانون مدنی، مالک دیوار یا عمارت یا کارخانه را سبب می‌داند و وسیله ورود ضرر را که دیوار یا عمارت یا کارخانه می‌باشد مباشر تلقی کرده‌است. در این صورت مسئول بودن مالک به عنوان سبب در مقابل مباشر، مبتنی بر این نظریه است که، سبب اقوی از مباشر است و اتلاف مستند به فعل یا ترک فعل اوست.^{۴۵}

گفتار دوم: مسئولیت کارفرما (پیمانکار)، مسئولیت بدون تقصیر

ضابطه کلی در خصوص خطاها، این است که هرکس مسئول خطاهای مرتکب‌شده خود باشد؛ لیکن در حقوق مدنی برخلاف حقوق جزا که براساس اصل قانونی بودن جرم و مجازات، امکان مجازات دیگری، به جای مجرم را ناممکن می‌سازد، چنین حالتی وجود دارد. یعنی گاهی شخص مسئول جبران خسارتی می‌شود که خود در ایجاد آن مداخله نداشته است. هرچند چنین مسئولیتی خلاف اصل است؛ لیکن مصالح عمومی از جمله رعایت قاعده لاضرر و اینکه هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند و نیز، به دلیل ایجاد حس مسئولیت و مسئولیت‌پذیری اشخاص نسبت به کنترل رفتار، نظارت و عوامل زبردست، قانون وی را مسئول اعمال پرسنل تحت امر خود می‌شناسد. مثلاً مسئولیت کارفرمایان و پیمانکاران (به عنوان کارفرمای عوامل اجرایی تحت امر خود) در قبال ورود ضرر و زیان عوامل اجرایی و کارگران و رانندگان کارگاه‌های ساختمانی و ... به اشخاص ثالث از

^{۴۵} لایق. (۱۳۹۳). ص ۲۴۶-۲۴۸.

این جمله مسئولیت‌ها است. یعنی شخص، ضمن اینکه مسئول خسارت ناشی از عمل خود است، مسئول خسارتی که اشخاص تحت امر او از باب قاعده تسبیب وارد می‌کنند نیز هست. لازم به ذکر است که کلمه کارفرما، یک کلمه عام بوده و با توجه به تعاریف قانون کار، پیمانکار نیز کارفرمای عوامل تحت امر و زیردست خود اعم از نیروهای فنی و اجرایی و کارگری و... می‌باشد. چه در نظام فنی و اجرایی سنتی که سه رأس یک مثلث را کارفرما، پیمانکار و مشاور تشکیل می‌دهند و پیمانکار حسب مفاد شرایط عمومی پیمان، موظف به اجرای دستورات اداری، فنی و اجرایی صادره از ناحیه کارفرما و یا به نمایندگی از طرف وی از سوی مهندس مشاور است، و چه در نظام فنی و اجرایی جدید که نظامی چهاروجهی و مشتمل بر کارفرما، مدیر طرح، مهندس مشاور، پیمانکار است، باز هم پیمانکار تحت نظارت و دستورات فنی کارفرما و مشاور (به نمایندگی از طرف کارفرما) مسئول عملیات اجرایی می‌باشد.

از طرفی چون پیمانکار نیز، کارفرمای عوامل زیردست خود می‌باشد بنابراین در هر جا که کلمه کارفرما مطرح می‌شود، بایستی بدو هر دو عنوان، حسب مورد در ذهن تداعی پیدا کند. فلسفه وجودی و یا توجیه اینگونه مسئولیت این است، که کارفرما (به عنوان کارفرمای پیمانکار) و پیمانکار (به عنوان کارفرمای عوامل زیردست خود) با توجه به طبیعت کارها و کارگاه‌های ساختمانی که عموماً محیط‌های خطرناک و خطرآفرین هستند و به همین جهت، قوانین متفرقه مربوط به مقررات ایمنی در کارگاه‌های ساختمانی تدوین و جهت اجراء الزامی شده‌اند، به منظور انتفاع و سودآوری، با قبول مسئولیت خویش در محیط خطرناک و اینکه از فعالیت اکیپ‌های بنایی و کارگران و رانندگان و سایر عوامل فنی و اجرایی، در جهت پیشبرد اهداف اقتصادی خود بهره می‌برند، مسئول زیان‌های ناشی از عوامل اجرایی، فنی و کارگری خود هستند. از طرفی می‌توان به استناد قاعده «فقہی من له الغنم فعلیه الغرم»، کارفرمایی را که از فعالیت این کارگاه‌ها سود می‌برد، مسئول زیان‌های ناشی از آن شناخت.

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۵۱

کارفرما یا پیمانکار، در این حالت به واسطه اداره امور کارگاه، و اینکه اوامر و دستورات وی در کارگاه جاری و ساری است از باب قاعده تسبیب به عنوان اینکه سبب اقوی از مباشر (عامل اجرایی که خسارت به بار آورده است) می‌باشد، خسارت وارده از ناحیه عوامل خود را جبران می‌نماید. ولی این نظر نیز قابل ایراد است چرا که در بعضی موارد اولاً کارفرما یا پیمانکار اختیار انتخاب عوامل اجرایی را به میل یا سلیقه خود ندارد، یا اساساً عوامل اجرایی و فنی، دارای صلاحیت حرفه‌ای به دلیل عدم وجود آموزش‌های به روز و کارآمد، کم پیدا می‌شوند. سهل‌انگاری در انجام امور محوله و کمرنگ‌شدن وجدان کاری و حرفه‌ای در مسئولیت‌پذیری افراد را نیز باید به این عامل افزود که خود این عوامل، منشأ فرهنگی دارند و از این جهت بایستی فرهنگ عمومی حرفه‌مندان از کارگر تا مهندس ارتقا پیدا کند تا به تبع تدبیر و نظم و مراقبت‌های آنان، حوادث کارگاه‌ها به حداقل برسد.

ثانیاً نظارت و کنترل امور به دلیل پیچیدگی و تنوع کارها و عملیات اجرایی در کارگاه‌ها، همیشه برای کارفرما فراهم نیست، مثلاً کارفرما چه نظارتی بر اعمال یک راننده کامیون حمل بتن (تراک میکسر) تحت امر خود، که شاید از ده کیلومتر دورتر، بتن به کارگاه حمل می‌کند می‌تواند داشته باشد. در همین جا یادآوری این نکته لازم است که بیمه مسئولیت مدنی پیمانکاران در قبال حوادث کارگاهی و بیمه موضوع پیمان و ماشین‌آلات و تجهیزات، با عنایت به نص صریح شرایط عمومی پیمان (ماده‌ی ۲۱) راه حل مناسبی برای جبران خسارت وارده به کارفرما است. حال با توجه به مطالب مطرح‌شده حکم مربوط به مسئولیت مدنی کارفرمایان (ماده‌ی ۱۲ قانون مسئولیت مدنی) را بررسی می‌کنیم. ماده‌ی ۱۲ قانون مسئولیت مدنی: کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند مسئول جبران خساراتی می‌باشند که از طرف کارکنان اداری یا کارگران آنان درحین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده‌است؛ مگر اینکه محرز شود تمام احتیاط‌هایی را که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌نموده به عمل آورده یا اینکه اگر احتیاط‌های مزبور را به عمل می‌آوردند باز هم جلوگیری از ورود ضرر مقدر نمی‌بود. کارفرما می‌تواند به واردکننده خسارت، در صورتی که مطابق قانون مسئول شناخته شود مراجعه نماید.

با بررسی در متن این ماده مراتب ذیل قابل طرح است:

۱. مسئولیت کارفرما صرفاً در قبال خسارات ناشی از طرف کارکنان اداری یا کارگران تحت امر خود قابل طرح است.

۲. مسئولیت کارفرما، در صورتی که کارگر مقصر باشد فرع بر مسئولیت کارگر است و صرفاً برای تضمین حقوق زیان دیده است.

۳. مسئولیت کارفرما وقتی مطرح می‌شود، که خسارات وارده از طرف کارکنان و کارگران در حین انجام کار یا به مناسبت انجام کارهای مربوط به آن، به دیگران وارد می‌شود. یعنی مسئولیت کارفرما محدود به خسارات ناشی از هنگام کار یا به مناسبت آن است.

۴. زیان دیده به طور مستقیم حق رجوع به کارفرما را دارد و نیازی به اثبات تقصیر کارگر نیست.

۵. کارفرما در صورت مقصر شناخته شدن کارگر، پس از جبران خسارت، می‌تواند به او رجوع کند، به شرطی که کارگر مطابق قانون مقصر شناخته شود. البته مسئولیت کارفرما، منوط به آن است که بین انجام وظیفه توسط کارگر یا کارکنان اداری و ورود ضرر، یک رابطه معقول، منطقی و متعارف وجود داشته باشد. یعنی اگر عوامل فنی و اجرایی کارگاه به دلیل تخطی از وظایف خویش یا سهل‌انگاری و بی‌احتیاطی یا به طور عمد، اقدامات زیان‌باری ایجاد کنند، در این صورت نباید کارفرما را مسئول زیان‌های ناشی از اعمال آنان قرار داد. ضمناً در صورتی که وجود عوامل خارجی (قوه قاهره) که عموماً غیرقابل پیش‌بینی و اجتناب‌ناپذیر هستند سبب معافیت کارگر از پرداخت خسارت شود، مسئولیت کارفرما نیز خود منتفی خواهد بود. همانطور که می‌دانیم ضرری قابل مطالبه است که مسلم، مستقیم، شخصی، مشروع، جبران‌نشده، قابل پیش‌بینی بوده و ناشی از اقدام زیان‌دیده نباشد. حال سؤال این است که آیا در صورتی که عمده حوادث کارگاه‌ها، ناگهان و غیرقابل پیش‌بینی می‌باشند، می‌توان گفت که به دلیل غیرقابل پیش‌بینی بودن ضرر ناشی از حوادث کارگاهی، این گونه ضررها قابل مطالبه نمی‌باشند؟ در پاسخ باید گفت که قابلیت پیش‌بینی ضرر به طور معمول و متعارف در مواردی شرط است که تقصیر مبنای مسئولیت باشد؛ لذا

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۵۳

در مسئولیت‌های بدون تقصیر (مسئولیت محض یا مسئولیت مبتنی بر ایجاد خطر) عدم امکان پیش‌بینی ضرر، نقشی در لزوم جبران آن ندارد. با این همه نایستی چنین فرض کرد که کلیه حوادث کارگاهی، ناگهانی و غیرقابل پیش‌بینی هستند. از طرفی، چون کارگاه‌ها عموماً به دلایل مختلف، و از جمله کنترل ورود و خروج پرسنل، مصالح و حفاظت فیزیکی و حراست از اموال و ابزار و ماشین‌آلات و مصالح، محصور شده می‌باشند و تصرف پیمانکار به اذن و اجازه مالک اصلی کارگاه (کارفرما) بوده و به نوعی تصرف قانونی موقت می‌باشد، و مستفاد از ماده‌ی ۳۰ و ۴۰ قانون مدنی، پیمانکار مجاز به هرگونه دخل و تصرف متعارف در ملک فوق (کارگاه) می‌باشد و نظر به اینکه عمده حوادث کارگاهی در محیط داخلی کارگاه اتفاق می‌افتد (به استناد کارهای خارج از کارگاه، مثلاً برخورد کامیون حمل خاک به دیوار مغازه یا ملک کسی)، به نظر می‌رسد شمول مسئولیت کارفرما در قبال ماده‌ی ۱۲ مسئولیت مدنی، بایستی با ملاحظه سایر قوانین موضوعه مثلاً ماده ۵۰۷، ۵۰۸، و ۵۰۹ قانون مجازات اسلامی تبیین، تجزیه و تحلیل گردد. برای روشن شدن موضوع به ذکر مثال عینی در یک کارگاه احداث سازه نگهبان و سازه اصلی ایستگاه‌های خط متروی تهران می‌پردازیم.

پیمانکار ساختمانی که در احداث ایستگاه‌های مترو فعالیت دارند به منظور اجرای شمع‌های بتن آرمه یا فولادی سازه نگهبان، اقدام به حفر چاه براساس نقشه‌های اجرایی در محل تصرفات خود می‌نمایند. (این کارگاه به دلیل اجرای عملیات در معابر عمومی مثل خیابان، معمولاً محصور بوده و تدابیر حفاظتی و ایمنی سختگیرانه‌ای بر آنها اعمال می‌گردد) حال شخص ثالثی، در اثر بی‌احتیاطی و چه بسا برای ارضای حس کنجکاوی یا انجام سایر اقدامات غیرقانونی (مثلاً سرقت) یا رفع حاجت، به صورت غیرمجاز و از بالای حفاظ محوطه کارگاه به داخل محوطه حفاظتی کارگاه وارد شده و به هر دلیلی، مثلاً به دلیل بی‌احتیاطی و سهل‌انگاری، اشتباه و یا لغزیدن پایش، به داخل چاه افتاده و به عمق ۲۰ متری چاه سقوط کرده و فوت می‌نماید. با پیگیری و طرح موضوع در مراجع قضایی، دادگاه موضوع را به کارشناس رسمی دادگستری (کارشناس حوادث ناشی از کار) ارجاع و

۵۴ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۹-۶۱

النهاییه با احراز تقصیر قربانی به میزان ۸۰ درصد و پیمانکار به میزان ۲۰ درصد (با توجیه عدم رعایت کامل تدابیر ایمنی و حفاظتی و کنترلی) وی را به جبران خسارت انتسابی (پرداخت دیه) محکوم می‌نماید. حال برای اینکه بتوان موضوع مسئولیت پیمانکار (کارفرما) در قبال شخص ثالث مذکور در مثال بالا براساس ماده‌ی ۱۲ قانون مسئولیت مدنی، درکنار مواد ۵۰۷ و ۵۰۸ و تبصره‌ی ۱ آن و ۵۰۹ قانون مجازات اسلامی تجزیه و تحلیل کرد، نخست لازم است متن مواد قانونی فوق‌الاشاره مرور گردد، سپس توضیحات لازم درخصوص حادثه مذکور ارائه شود.

الف) متن مواد ۵۰۷، ۵۰۸ و ۵۰۹ قانون مجازات اسلامی

ماده ۵۰۷: هرگاه شخصی در معابر و اماکن عمومی یا ملک دیگری بدون اذن مالک، گودالی حفر کند یا چیز لغزنده‌ای در آن قرار دهد و یا هر عملی انجام دهد که سبب آسیب دیگری گردد، ضامن دیه است؛ مگر اینکه فرد آسیب‌دیده با علم به آن و امکان اجتناب، عمداً با آن برخورد نماید.

۲. ماده ۵۰۸: هرگاه شخصی یکی از کارهای مذکور در ماده‌ی ۵۰۷ این قانون را در ملک خویش یا مکانی که در تصرف و اختیار اوست، انجام دهد و سبب آسیب دیگری گردد، ضامن نیست؛ مگر اینکه شخصی را که آگاه به آن نیست به آنجا بخواند و به استناد آن، جنایتی به وی وارد گردد.

تبصره‌ی ۱: هرگاه شخص آسیب دیده بدون اذن مالک یا با اذنی که قبل از انجام انجام اعمال مذکور از مالک گرفته، وارد شود و صاحب ملک از ورود او اطلاع نداشته باشد، مالک ضامن نیست؛ مگر اینکه صدمه یا تلف به علت اغوا، سهل‌انگاری در اطلاع دادن و مانند آن مستند به مالک باشد.

۳. ماده ۵۰۹: هرگاه کسی در معابر یا اماکن عمومی با رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی عملی به مصلحت عابران انجام دهد و اتفاقاً موجب وقوع جنایت یا خسارت گردد، ضامن نیست.

ب) تجزیه و تحلیل حقوقی حادثه

۱. معابر شهری جزء اموال و مشترکات عمومی بوده و به نیابت عموم در اختیار و مالکیت شهرداری می‌باشد که شهرداری بنا به ضرورت احداث خط مترو و به منظور تأمین منافع عمومی و تسهیل در رفت‌وآمد مردم و کمک به معضل ترافیک شهری، آن را جهت ایستگاه‌های مترو و موقتاً در اختیار پیمانکاران اجرایی قرار می‌دهد. تحویل محل کارگاه به پیمانکار و تعیین محدوده آن در صورت جلسه تحویل کارگاه منعکس و پس از امضاء طرفین قرارداد (مترو و پیمانکار) مبادله می‌گردد. صورت جلسه تحویل و واگذاری کارگاه به پیمانکار، به مفهوم اذن مالک جهت تصرف مادی محل کارگاه توسط پیمانکار و انتفاع از آن است. پیمانکار نیز در محل کارگاه چه به عنوان مالکیت منافع و چه به عنوان حق انتفاع که خود از توابع و شاخه‌های مالکیت است، مجاز به هرگونه دخل و تصرف جهت اجرای تعهدات خود (انجام پروژه) می‌باشد. (مستفاد از ماده‌ی ۳۰ و ۴۰ قانون مدنی)

۲. ورود غیرمجاز شخص موصوف به محدوده کارگاه محصور شده، نوعی تعدی و تجاوز به حریم کارگاه است. ماده‌ی ۹۵۱ قانون مدنی تعدی را تجاوز از حدود اذن یا متعارف نسبت به مال یا حق دیگری دانسته است.

۳. در این حادثه پیمانکار مرتکب هیچ‌گونه تعدی و تفریط نسبت به شخص مفروض نشده و از باب قاعده نسبیب، سبب محسوب نمی‌شود. حال با عنایت به مراتب فوق و نظر به ذیل مفاد ۵۰۷، ۵۰۸ و ۵۰۹ قانون مجتازات اسلامی، چون انجام اینگونه اقدامات عمرانی نافع به حال عمومی مردم، در ملک خود یا مکانی که در تصرف و اختیار اوست و براساس مصلحت عامه صورت گرفته است ولو باعث آسیب یا خسارت شخص ثالث شده باشد، نتیجتاً پیمانکار براساس مصرحات قانونی فوق، عهده‌دار و ضامن دیه یا خسارت نمی‌باشد و حکم دادگاه که احتمالاً برای تشقی خاطر بازماندگان قربانی و با تکیه بر نظر کارشناس رسمی صادر گردیده است، وجاهت قانونی ندارد.

نتیجه گیری

گسترده‌گی خدمات مهندسی در کلیه پروژه‌های زیربنایی، صنعتی و خدماتی در امور مربوط به طراحی و محاسبات، نظارت و اجرای پروژه‌ها از یک طرف، کمبود و حتی عدم وجود منابع و تألیفات حقوقی در زمینه حقوق مهندسی از طرف دیگر، و در نتیجه عدم اطلاع و ناآشنایی مهندسان از مسئولیت‌ها و تکالیف قانونی و حقوق حرفه‌ای خویش، مشکلات بزرگی را فراروی صنف مهندسی کشور گذاشته و آنان را در دفاع از حقوق حرفه‌ای خویش دچار ضعف کرده‌است. دفاع از حقوق حرفه‌ای، مستلزم شناخت نسبی مهندسان از نظامات و مقررات فنی دولتی و قوانین موضوعه کشور و نیز مسئولیت‌های قانونی آنان در حیطه تعهدات ارائه خدمات مهندسی در سه بعد طراحی و محاسبات، نظارت و اجرا می‌باشد. از سوی دیگر، با ملاحظه آمار تلفات انسانی در پروژه‌های ساختمانی (به طور عام) حمایت از حقوق زیان‌دیدگان در حوادث کارگاه‌های ساختمانی نیز، به یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های اجتماعی تبدیل شده‌است. مهندسین ساختمان اعم از ناظر و مجری، به دلیل عدم اطلاع از قوانین و مقررات، اغلب در اثر وقوع حوادث ناشی از کار در کارگاه‌ها که منجر به صدمه جسمی و یا فوت کارگران می‌شود معمولاً برای جبران خسارت وارده با محکومیت‌های نسبتاً سنگین مواجه می‌شوند. این حوادث، بعضی مواقع به خاطر مسامحه و چشم‌پوشی مهندسان ناظر از تخلفات مالک یا مجری ساختمان به وقوع می‌پیوندد و در بعضی موارد، ناشی از عدم آیین‌نامه ایمنی و حفاظت فنی کارگاه‌ها و نیز ضوابط مبحث دوازدهم مقررات ملی ساختمان تحت عنوان (ایمنی و حفاظت کار در حین اجرا) توسط آنان می‌باشد.

در پاسخ به سوال اول، مهندس ناظر به عنوان مسئول نظارت و کنترل کیفی عملیات و ایمنی کارگاه و مهندس مجری به عنوان مسئول اجرای عملیات ساختمانی، اشخاص مسئول در یک پروژه ساختمانی هستند و بایستی از رعایت ضوابط فوق‌الذکر در کارگاه اطمینان حاصل نمایند. علی‌الخصوص مهندس ناظر، هم به جهت وظایف ذاتی و هم به جهت جلوگیری از مسئولیت‌های مدنی و کیفری آتی خود، مکلف است هرگونه تخلف از ضوابط قانونی در خصوص ایمنی کارگاه را به مجری یا مالک، به منظور رفع تخلف و نیز به

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۵۷

منظور اطلاع از حدود مسئولیت خود باید به مرجع صدور پروانه (شهرداری) و سازمان نظام مهندسی ساختمان استان، جهت اطلاع گزارش دهد و همچنین در مواردی که مهندسين به این امر واقف باشند که خلاف مقررات ملی ساختمان صورت می گیرد و سازمان نظام مهندسی محل اعتنایی به این امر ندارد، باید از طریق مراجع ذی صلاح اقدام نمایند.

به منظور استناد بعدی و بهره برداری های آتی مهندس ناظر، ضروری است این گونه اخطار و گزارش ها به صورت مکتوب و با اخذ رسید به اشخاص فوق الذکر تحویل داده شود. انجام درست وظایف و اخطار به موقع مهندس ناظر در کلیه این موارد، وی را از مسئولیت های آتی، بری الذمه ساخته یا حداقل مسئولیت وی را کاهش خواهد داد. ولی متأسفانه با وجود کنترل مراجع از کار مهندسان ناظر، باز هم شاهد تخلفات بسیاری از جانب آنها هستیم. در بیشتر موارد نظارت ها صوری و ظاهری است و اکثر اوقات مالکین ساختمان و مهندسان ناظر با تبانی کلیه قوانین و مقررات ملی ساختمان را که رعایت آنها در طراحی و محاسبه، اجرا به منظور اطمینان از ایمنی و بهداشت بهره دهی مناسب آسایش و صرفه اقتصادی لازم و ضروری است، قربانی طمع و زیاده طلبی خود می کنند. مهندسان در مقام طراحی و محاسبات، نظارت و اجرا، هم مسئولیت حرفه ای و شغلی دارند و هم مثل سایر افراد عادی جامعه در صورت ورود ضرر به دیگران، به واسطه انتساب ضرر به فعل آنان، ضامن جبران ضررهای وارده می باشند. تقویت مهارت های علمی، آشنایی و عمل به قوانین، نظامات حرفه ای و شغلی، بالابردن اطلاعات حقوقی مهندسين، در کاهش مسئولیت های قانونی که تبعاً ایجاد امنیت شغلی را به دنبال خواهند داشت، می تواند نقش مهمی را ایفا کند. باتوجه به اینکه هدف امر قضاوت به طور عام و محاکم قضایی به طور خاص، رساندن حق به حق دار و تأمین عدالت در جامعه است با بررسی برخی از آرای محاکم قضایی در امور مهندسی (در ابعاد حقوقی و کیفری) چهار ضعف عمده به شرح ذیل مشاهده می شود:

۱. در بعضی موارد به دلیل وجود خلأ قانونی یا سکوت قانون‌گذار و عدم شفافیت موضوع، بار تقصیر یکی به گردن دیگری می‌افتد، که با هدف گفته‌شده (تأمین عدالت) در مغایرت است.

۲. در مواردی به دلیل پیچیدگی موضوع و گستردگی دایره شمول خدمات مهندسی و وجود آیین‌نامه‌ها و مقررات متعدد و موازی، اولاً چون تشخیص مقصر به سادگی معلوم نیست لذا به درستی تعیین نمی‌گردد، ثانیاً به جهت شمول عنوان تخلف در نظامات و مقررات دولتی یا جرم در مسائل جزائی، به گروهی از دست‌اندرکاران اجرای یک پروژه، اعم از طراح، ناظر، مجری، مالک و کارفرما (افراد مذکور می‌توانند اشخاص حقیقی یا حقوقی باشند) تعیین مقصرین حادثه و درجه تقصیر آنان، چون به سهولت امکان‌پذیر نیست؛ لذا امکان تضييع حق فردی، در قبال در حاشیه قرارگرفتن مقصر دیگری، وجود دارد.

۳. عدم اشراف و تسلط دادرسان در امر قضاوت به امور مهندسی و وکلای دادگستری در امر دفاع از موکلین خود، به دلیل حجم بالای ضوابط و مقررات و اصطلاحات متعدد فنی و مهندسی که امری بدیهی است در امر قضاوت عادلانه، خدشه وارد می‌سازد. به عنوان مثال در فرض قصور مهندس‌ناظر در یک پروژه‌ای، تفاوت بین نظارت مقیم و نظارت عالی که اساساً هرچند ماهیتی یکسان دارند، لیکن در این انتساب تقصیر و درجه آن و نیز دامنه مسئولیت‌ها، تفاوت‌های بارزی دارند از نظر دادرسان و وکلای یکسان انگاشته می‌شوند. هرچند که صدور قرار ارجاع امر به کارشناس و استفاده از نظر کارشناسان رسمی دادگستری در این زمینه، بخشی از نقایص این امر را برطرف می‌کند.

۴. عدم آشنایی مهندسان به حقوق و تکالیف قانونی، ضمن اینکه در بعضی موارد به تضييع حقوق قانونی آنها می‌انجامد، به تأمین قضاوت عادلانه نیز آسیب می‌زند. بنابراین به همین دلیل لازم است که قانون‌گذار به جهت رعایت عدالت و حقوق این حرفه‌مندان که بیرق‌دار توسعه و سازندگی کشور هستند و از نظر کمیت نیز جمعیت بزرگی را نسبت به کل جمعیت کشور در بین سایر حرف تشکیل می‌دهند، تمهیدات و تدابیر لازم جهت تشکیل دادگاه اختصاصی امور مهندسی، که قضات آن از بین افراد مطلع و مسلط به هر دو

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۵۹

علوم حقوقی و مهندسی انتخاب شده باشند را به عمل آورده و تدوین قوانین مربوطه را در دستور کار و وجهه همت خویش قرار دهد.

پیشنهادات

با توجه به مطالب گفته شده و همچنین ضعف‌های عمده‌ای که با بررسی برخی از آرای محاکم قضایی در امور مهندسی (در ابعاد حقوقی و کیفری) مشاهده می‌شود که به بیان آنها نیز پرداختیم پیشنهادات ذیل قابل طرح است:

۱. متولیان، سازمان‌ها و نهادهای مسئول در این امر اعم از سازمان نظام مهندسی ساختمان کشور، وزارت مسکن و شهرسازی، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی سابق کشور (معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی ریاست جمهوری فعلی) بایستی حسب وظایف قانونی برای ارتقاء معلومات حقوقی مهندسان برنامه‌ریزی کرده و دوره‌های آموزشی خاص را برای مهندسين تدارک ببینند و به منظور تشویق مهندسان، امتیازاتی را برای حضور در این دوره‌ها، برای متقاضیان منظور نمایند.

۲. وزارت علوم، تحقیقات و فن آوری، با گنجاندن درس حقوق مهندسی به ارزش حداقل ۲ واحد نظری در سرفصل دروس اجباری دوره‌های مهندسی دانشگاه‌ها، آموزش‌های اولیه را، قبل از ورود مهندسان به عرصه خدمات مهندسی عرضه نماید.

۳. تشدید نظارت بر عملکرد مهندسان دارای پروانه اشتغال به کار توسط سازمان نظام مهندسی.

۴. تفهیم مفاد قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان و آیین‌نامه اجرایی آن به کلیه کاربران از طریق آموزش.

۵. برگزاری دوره‌های الزامی آموزش حقوق و مسئولیت‌های حقوقی مهندسان، در زمان صدور و تمدید پروانه‌های اشتغال به کار.

۶. تفکیک مسئولیت‌ها در تمام امور طراحی، نظارت و اجرا و استفاده از صلاحیت‌ها.

کتابنامه

- {کتاب:} جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۰). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۵ جلد، انتشارات گنج دانش، چ اول.
- {کتاب:} ره‌پیک، حسن. (۱۳۸۸). حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها، انتشارات خرسندی، چ چهاردهم.
- {کتاب:} صادقی، محمدهادی. (۱۳۸۶). حقوق جزای اختصاصی - جرایم علیه اشخاص، نشر میزان، چ دهم.
- {کتاب:} صمدی قوشچی، زیدالله. (۱۳۹۲). تخلفات ساختمانی در نظام حقوقی ایران با تجدید نظر و اضافات (انواع تخلفات، نحوه رسیدگی، شیوه اجرا، کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری، و سایر مراجع ذی‌صلاح)، انتشارات جنگل، چ ششم.
- {کتاب:} طاهری، حبیب‌الله. (۱۳۸۵). مجموعه مقالات فقهی و حقوقی، انتشارات زائر، آستانه مقدس قم، چ اول.
- {کتاب:} عبادی، شیرین. (۱۳۷۱). حقوق معماری، انتشارات روشنگران، چ اول.
- {کتاب:} عمید، حسن. (۱۳۶۹). فرهنگ فارسی عمید، ۲ جلد، تهران: امیرکبیر، چ ۲.
- {کتاب:} قاسم‌زاده، سیدمرتضی. (۱۳۸۶). حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات) نشر دادگستر، چ چهاردهم.
- {کتاب:} قاسم‌زاده، سیدمرتضی. (۱۳۸۶). الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، نشر میزان، چ اول.
- {کتاب:} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). حقوق مدنی (ضمان قهری - مسئولیت مدنی) قواعد عمومی، ج اول، انتشارات دانشگاه تهران، چ هشتم.
- {کتاب:} لایق، مهدی. (۱۳۹۳). حقوق مهندسی - مسئولیت مدنی و کیفری مهندسان، انتشارات جنگل، چ اول.
- {کتاب:} موتمنی طباطبایی، منوچهر. (۱۳۸۷). حقوق اداری، انتشارات سمت، چ پانزدهم.
- {کتاب:} (۱۳۸۵). مسئولیت سازندگان و فروشندگان کالا در حقوق ایران، شناسنامه پدیدآورندگان: معاونت پژوهش بخش پژوهش‌های حقوق اقتصاد و بازرگانی، ناشر: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چ اول.

مسئولیت مدنی مهندسين ساختمان در ... / زارعی و آستانه ۶۱

- {کتاب:} محقق داماد، سيدمصطفی. (۱۳۸۷). قواعد فقه - بخش مدنی (مالکیت و مسئولیت) مرکز نشر علوم اسلامی، چ هفدهم.
- {کتاب:} هداوند، مهدی. و آقایی، مسلم. (۱۳۸۹). دادگاه‌های اختصاص اداری، تهران: انتشارات خرسندی، چ اول.
- {کتاب:} هداوند، مهدی، و احمدی، محمد. (۱۳۹۰). نظام حقوقی رسیدگی به تخلفات مهندسين ساختمان، انتشارات جنگل، چ اول.
- {مقاله:} جباری، نعمت‌الله. (۱۳۸۵). مسئولیت مهندسان ناظر در حوادث ناشی از کار در کارگاه‌ها، نشریه پیام نظام‌مهندسی ساختمان، ش ۸.
- {مقاله:} جباری، نعمت‌الله. (۱۳۸۵). مسئولیت حرفه‌ای در نظام‌مهندسی، نشریه پیام نظام‌مهندسی ساختمان، ش ۲.
- {مقاله:} حصاری، وحید. و اسدی‌لنگرودی، فرزین. (۱۳۸۷). بررسی آماری و تحلیلی عملکرد شورای انتظامی استان تهران، نشریه پیام نظام‌مهندسی ساختمان، ش ۶.
- {مقاله:} حسن‌زاده، محمدحسن. (۱۳۷۸). مهندس ناظر در ساخت‌وساز شهری کارگر است یا کارفرما؟ ماهانه مشاورین و پیمانکاران (ساخت‌وساز)، ش ۱.
- {مقاله:} حسن‌زاده، محمدحسن. (۱۳۸۴). مهندس مجری کیست و چه وظایفی دارد، نشریه پیام نظام‌مهندسی ساختمان، ش ۴.
- {مقاله:} حسن‌زاده، محمدحسن. (۱۳۸۴). نقش گزارش‌های مرحله‌ای مهندسان ناظر در حقوق آنان که ...، نشریه پیام نظام‌مهندسی ساختمان، ش ۶.
- {مقاله:} حسن‌زاده، محمدحسن. (۱۳۸۱). هشداری به مهندسان محاسب، ناظر و مجری، نشریه پیام نظام‌مهندسی ساختمان، ش ۱۵-۱۲.

بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین موضوعه ایران و اسناد بین‌المللی

محمدجواد حقی *

چکیده

از همان ابتدای شکل‌گیری تمدن بشری، کار همیشه به عنوان یک نیاز اولیه انسان برای ادامه حیات مطرح بوده است. اما کننده‌ی کار همیشه از جایگاه یکسانی برخوردار نبوده است. حقوق کار آمیخته‌ای از قواعد حقوق خصوصی و حقوق عمومی است؛ زیرا به جهت اینکه مبتنی بر قراردادی خصوصی میان کارگر و کارفرما می‌باشد، از مقررات حقوق خصوصی و مدنی پیروی می‌کند، اما از آن روی که دولت‌ها در روابط میان این دو گروه، دخالت‌های فراوانی کرده‌اند به ویژه برای حمایت از کارگران که نقش مهمی در مناسبات سیاسی و اجتماعی و اقتصادی کشورها دارند، احکام و مقررات حقوق عمومی به شدت بر این موجود چند رگه، سایه گسترانده است. حقوق بنیادین کار، به عنوان موضوعی که امروز در جوامع بین‌المللی و ملی مطرح شده است، دچار چالش‌ها و مشکلاتی می‌باشد که در اثر تعرض هر یک از طرفین کار به حقوق دیگری پدید آمده است.

حق بر کار و روش تمدن‌مرزهای موجود بین حقوق کارگر و کارفرما و تعهد به قوانین بین‌المللی موجب کاهش این درگیری‌ها خواهد شد. حقوق کارگر، اعم از حقوق فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی باعث دلگرمی کارگر به تعهد به مجموعه کاری خود خواهد شد و از طرفی ایجاد و وجود حقوقی برای کارفرما سبب تعهد وی برای پرداخت تمامی حق و حقوق کارگر خواهد شد. با توجه به مباحث ذکر شده فوق، وجود و تبیین حقوق کارگر و کارفرما در سطح بین‌المللی و ملی و نگاهی به حقوق بشر بسیار جدی و امری واجب به نظر می‌رسد.

واژگان کلیدی: حقوق بنیادین کار، حقوق بشر، کارگر، کارفرما.

* کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه قم، قم، ایران.

مقدمه

در خصوص مقدمه‌ای بر حقوق کار، قانون‌گذاران، جز در یکی دو سده گذشته، به طور مستقل به ارتباط کار کمتر توجه نموده‌اند. علت آن هم واضح می‌باشد. این رابطه اغلب در قلمرو یک طرف نسبت به طرف دیگر قرار می‌گرفته است و بخشی از حقوق اموال بوده است. اعمال کننده‌ی کار به عنوان مال به طرف مقابل متعلق می‌باشد. در این صورت، مانند هر مال دیگری، صاحب عین حق استعمال و برخورداری از سود و منفعت آن را هم دارا می‌باشد. همچنین که این ارتباط بین دو فرد آزاد ایجاد می‌شود، پیرو قواعد مرتبط با یکی از عقود مشخصی می‌باشد. در این صورت نیز، اصولاً تفاوت مهمی بین اجاره‌ی اشیاء و اموال و اجاره‌ی افراد موجود نیست. در حقیقت، از هنگامی که بشر به عنوان صاحب حق شناسایی گردید و برای اشخاص، به ظاهر، حقوقی برابر مدنظر قرار داده شد، این تناقض نمایان شد که به موجب عدم مساوات شدید وضعیت اقتصادی و اجتماعی طرفین رابطه کار، مساوات بودن آن‌ها در برابر قانون، چاره ساز نمی‌باشد و قراردادی که بر مبنای قواعد کلی قراردادهای منعقد می‌گردد، قادر نیست حداقل منفعتهای و مصالح طرف ضعیف را مهیا نماید. بدین صورت، راهکاری جز مداخله مقنن باقی نمی‌ماند و به تدریج قدم‌هایی در جهت حمایت از کارگر و تعیین محدوده‌ای برای اختیارات گسترده کارفرما برداشته شد که به ظهور رشته‌ای نو در حقوق، در کشورهای صنعتی، با رنگ و بویی کم و بیش حمایتی منجر شد.

حمایتی بودن قوانین کار، که در فرآیند تألیف و تصویب قانون کار در سال ۱۳۶۹ و بعد از آن، با حیرت و شگفتی از آن یاد می‌گردد، واکنش یک حقیقت اجتماعی می‌باشد و نه فقط در خصوص ارتباط کارگر و کارفرما، بلکه هر جا که روابط قراردادی بین طرفین به صورت نابرابر ایجاد شود، مقنن بایستی از طرف ضعیف حمایت کند؛ مثل حمایت از مصرف کنندگان. با این تفاسیر از این حقیقت نمی‌توان چشم‌پوشی کرد که کارفرمایان و تولیدکنندگان هم محدودیت‌هایی دارند و در صورتی فعالیت انجام می‌دهند که منفعتی مناسب از آن کسب نمایند و جوانب حمایتی به نحوی نباشد که در بازار رقابتی توانایی ایستادن را از آنان بگیرد. در دو دهه‌ی گذشته و به موجب تحولات اقتصادی، سیاسی و فنی، دنیای سرمایه‌داری جانی دوباره گرفت و با استفاده از ابزار گوناگون می‌کوشد موانع گسترش نفوذ خود را نابود سازد.

بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین.../ حقی ۶۵

در این جهان‌گشایی به شیوه قرن کنونی، نه فقط دسته‌ای در جنگ‌ها جان می‌دهند، بلکه تعداد زیادی هم بر اثر فقر و تهیدستی صدمات زیادی متحمل می‌شوند. از قبیل قربانیان دسته اخیر افرادی هستند که نیروی کارشان تنها سرمایه آن‌ها می‌باشد و با دستمزد به دست آمده از آن باید زندگی خود را سپری نمایند، چه آنکه در این بازار پر غوغا، قوانین حمایتی دست و پاگیر می‌باشند و برخی خواستار کاهش حمایت‌ها یا انعطاف‌پذیری مقرراتی نظیر قانون کار می‌باشند.

در کشور ما، به غیر از افرادی که از بیخ و بن با قوانینی از جمله قانون کار و سایر مقررات حمایتی بیگانه می‌باشند و هرگونه عملی در جهت بهتر شدن شرایط کار و زندگی اغلب گروه‌های اجتماعی نظیر کارگران یا بانوان را قدم گذاشتن در وادی‌هایی می‌دانند که با سنن ما سازش ندارد، برخی نیز که نگرشی بازتر دارند و تحولات اجتماعی را می‌فهمند و الزامات دنیای نو را احساس می‌کنند، از جنبه اقتصادی قوانین دشوار و محدودکننده‌ای را بر نمی‌تابند و انعطاف‌پذیری را پیشنهاد می‌دهند. انعطاف‌پذیری قوانین کار در سطحی که سبب سلب حقوق بنیادین نگردد، و علل قابل قبولی از جنبه حقیقت‌های اقتصادی و اجتماعی را دارا باشد، امری است که در وضعیت فعلی جهانی قابل درک می‌باشد. با این حال، به بهانه انعطاف‌پذیری نمی‌توان کارگران را از یک دسته حداقل‌ها محروم نمود. قوانین مرتبط با امنیت و بهداشت کارگاه، محدود بودن ساعت‌های کار روزانه و هفتگی، ضرورت استفاده از فرد مناسب، تعطیلی هفتگی و مرخصی سالانه، بعضی حمایت‌ها از بانوان و نوجوانان، ضرورت باز بودن کارگاه‌ها به روی بازرسان کار، امکان تحقق حق خود نزد مراجع صلاحیت‌دار و اموری دیگر از این قبیل، حداقل‌هایی است که چه در کارگاه کوچک و چه در کارگاه بزرگ و چه در قسمت‌های گوناگون نظیر صنعت، کشاورزی و خدمات بایستی مراعات گردد و به بهانه‌ی مصالح اقتصادی و ترغیب به تولید و افزایش اشتغال نمی‌توان از آن چشم‌پوشی کرد. گرچه از نگاه سازمان بین‌المللی کار، مراعات اصول مرتبط با آزادی سندیکایی و ممکن بودن برخورداری از حق تشکل و ایجاد سازمان‌های کارگری و کارفرمایی هم جزو حقوق بنیادین و اساسی کارگران تلقی گردیده و بر آن تاکید زیادی می‌گردد.

فصل اول

مفاهیم، اهداف و سیر تاریخی حقوق بنیادین کار

۱-۱. مفهوم شناسی

برای بررسی موضوعات مورد بحث ابتدا مفاهیم اصلی شناسایی و سپس ارتباط و نقش هر مفهوم با دیگر مفاهیم مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. از آنجایی که حقوق بنیادین کار دارای آثار حقوقی است؛ از این جهت می‌بایست تمام واژگان آن به طور کامل مشخص شود که مراد حقوق کار، حقوق بنیادین کار و ... بنابراین در این فصل ابتدا به بیان تعریف لغوی و سپس اصطلاحی آن و به سیر آن در قانون ایران و اسناد بین‌المللی خواهیم پرداخت.

۱-۱-۱. حقوق کار

در مورد تعریف حقوق کار اتفاق نظر موجود نیست و از جایی که نظریات اجتماعی و تفکراتی محققان در خصوص این رشته از دانش حقوق برابر نمی‌باشد؛ ناچاراً در تعریف‌های محققان کشورهای صنعتی از لحاظ اینکه حقوق کار در آن کشورها پیشینه‌ی زیادتری دارد؛ این اختلاف عقاید واکنش‌هایی را به دنبال خواهد داشت. از اصلی‌ترین خطوط فکری در این حیطه می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

* محققانی که با نگرش فردگرایی به حقوق کار نگاه می‌کردند، این رشته حقوق را مجموع قواعد حاکم بر قرارداد کار می‌دانستند و در حقیقت آن را قسمت مهمی از حقوق قراردادها به حساب می‌آوردند. این مفهوم که در سده هجدهم و نوزدهم میلادی در دوران تسلط فلسفه اقتصاد آزاد می‌توانست صحیح باشد، در زمان ما نمی‌تواند به راحتی مورد قبول واقع شود. زیرا، هرچند قرارداد کار هنوز هم نقش مهمی در تنظیم رابطه بین کارگر و کارفرما دارد؛ نقش تعیین‌کننده را از دست داده است. با این تفاسیر، هنوز هم اغلب محققان قرارداد کار را اساس تمامی روابط کار و اساس تعبیری ارتباطات صنعتی می‌دانند.

* دسته‌ای دیگر حقوق کار را ابزاری برای مشارکت بین کار و سرمایه می‌دانند و آن را به قواعد حاکم بر نیروی کار تعریف می‌نمایند. این عقیده را افرادی ابراز نموده‌اند که حقوق کار را از نظر اقتصادی رسیدگی می‌نمایند. اما، همانطور که اغلب محققان می‌گویند، صحیح است که حقوق کار در بطن نظام سرمایه‌داری ایجاد شده و در آغاز نمایان‌کننده‌ی نیاز این

بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین.../ حقی ۶۷

نظام به نیروی کار آزاد و تحرک‌پذیر باشد، اما به تدریج، این رشته از حقوق، در اثر مبارزات و فعالیت‌های کارگری تکامل یافت و امروزه، هم درخواست‌های کارگران را بازتاب می‌دهد و همچنین الزامات اقتصادی کارگاه‌ها را که مبنی بر سوددهی می‌باشد، مدنظر دارد. پس، تعریف بایستی به نحوی باشد که تمامی این جوانب را نمایان کند. نظر اخیر گرچه ارائه دهنده‌ی حقیقتی است که انکارشدنی نیست؛ بیشتر بیان‌کننده‌ی خصوصیات حقوق کار می‌باشد تا تعریف آن. تعریف زیر جدای از ملاحظات اقتصادی و نظریات اجتماعی و صرفاً با تکیه بر جنبه‌ی حقوقی مسئله بیان گردیده است، از تعاریف دیگر که بهتر باشد و بتوان آن را در حقوق ما هم استعمال نمود: «حقوق کار بر تمامی ارتباطات حقوقی ناشی از اعمال کاری برای دیگری حاکم می‌باشد، منوط به اینکه اعمال کار با تبعیت یک طرف نسبت به طرف دیگر همراه باشد.»

۲-۱-۱. حقوق بنیادین کار

حقوق بنیادین به طور عموم مجموعی از حفاظت‌های حقوقی در حیطه یک نظام حقوقی می‌باشد که در این نوع نظام، خود بر اساس همان مجموعه حق ابتدایی، بنیادی، یا حقوق طبیعی تخطی‌ناپذیر می‌باشد. بدین صورت چنین حقوقی فاقد ملاحظه یا مخارجی متعلق به تمامی انسان‌ها تحت چنان حوزه قضایی می‌باشد. معنای حقوق بشر بیشتر به این علت که اشخاص واجد چنین حقوق «بنیادی» و جدای از همه حوزه‌های قضایی می‌باشند، رواج یافته است. اما به نوعی در نظام‌های حقوقی مختلف با روش‌های گوناگون و با تأکید مختلف اجرا می‌گردد.

فهرست حقوق مهم

بعضی از حقوقی که به طور بین‌المللی بنیادی برشمرده می‌شود، یعنی در سازمان ملل متحد اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل، یا میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی سازمان ملل جای‌گذاری گردیده‌اند، عبارتند از:

* حق مشخص نمودن سرنوشت

* حق آزادی

* حق رویه قضایی منصفانه

* حق آزادی حرکت

* حق آزادی اندیشه و تفکرات

* حق آزادی ادیان و مذاهب

* حق آزادی بیان

* حق آزادی اجتماع

* حق آزادی انجمن

۱. از جایی که تمام بشریت با حقوق مساوی متولد می‌شوند، از نظر نژاد، رنگ، جنس، زبان، دین و از لحاظ سیاسی، برای جوامع داخلی و جهانی مورد احترام و کرامت هستند. حقوق بنیادین از حقوق اولیه یک فرد به عنوان عضوی از جامعه بین‌المللی سخن می‌گوید، حق زندگی و حق آزادی از حقوق ابتدایی فرد است. دکتر سیدمحمد هاشمی معتقد است که: زرتشت در سرود ۲۳ سه اصل بنیادین اندیشه نیک، گفتار نیک و کردار نیک را اساس زندگی بشریت و شیوه رسیدن به حق و جهت بهره‌مندی از یک زندگی خوب قرار داده است. اهمیت این اصول به اندازه‌ای است که حتی در سراسر دگرگونی‌های مذهبی سه هزارساله از ارزش و اهمیت آن کم نشده است. چنین فردی حق دارد در اجتماعی که انضباط و امنیت اجتماعی آن برقرار می‌باشد، به طور آزادانه تفکر و آزادانه نظرات خود را بیان نماید، حقوق بنیادین که زیرمجموعه حقوق عمومی است؛ از آزادی‌های عنوان شده در اعلامیه حقوق بشر پشتیبانی می‌نماید. از قبیل این آزادی‌ها: آزادی رفت و آمد و آزادی اندیشه است. هیچ فرقی ندارد که انسان در جامعه آزاد زندگی کند یا استعماری، از لحاظ سیاسی، قضایی، بین‌المللی در هر حدی باشد، اشخاص آن جوامع از آزادی‌های مهم و اساسی بهره‌مندند. حقوق بشر و بیانیه آن که به عنوان سندی جهانی به توافق دول و ملت‌ها رسیده است از زیرمجموعه‌های حقوق بنیادین است.

۲. حقوق بنیادین از اصل آزادی سخن می‌گوید: «آزادی عبارت است از حقی که به سبب آن، اشخاص بتوانند از ابتکارات و توانمندی‌های طبیعی و خدادای خود را استفاده نمایند، منوط به آنکه صدمه یا ضرری به دیگران تحمیل نکنند.»

اول: مفهوم آزادی

آزادی باتوجه به منزلت و وضعیت انسان، در حالت‌های زیر معنا می‌یابد:

الف) مفاهیم طبیعی و حقوقی آزادی

برای آزادی در بادی امر، دو درک مختلف وجود دارد:

در برداشت نخست: آزادی به مفهوم نداشتن تقید به هر نوع جبر و فشارهای مادی، روانی و اخلاقی می‌باشد. این توصیف سلبی آزادی به مفهوم فقدان مانع می‌باشد. به عقیده هایک، آزادی به طور ساده عبارت است از فقدان مانع. مانع مادامی ایجاد می‌شود که عملکردهای یک فرد پیرو خواست و در خدمت دیگری باشد؛ به این مفهوم که خواست وی کامل نیست، بلکه از رفتار دیگری اثر گرفته است. لذا این آزادی با ضمانت دایره عمل خصوصی که در آن هر فرد حاکم بر خود می‌باشد، درهم آمیخته می‌گردد. آزادی یک موجود انسانی عبارت از خودفرمایی آن است.

در برداشت دوم: آزادی رفتار عبارت از دارا بودن حق یا نیروی انجام کار است. کلمه «آزاد» برابر «قانون» یا «مجاز» خواهد بود. آنچه که آزاد است نه اجباری و نه ممنوع می‌باشد. به این صورت در معنای نخست، مسئله عبارت است از آزادی عمل و آن به این مفهوم، که آزادی عبارت است از عدم پیروی ذاتی از نیروی خارجی و در مفهوم دوم، موضوع عبارت از آزادی هنجاری می‌باشد، به این معنا که بشر پیرو یک قانون آمره نمی‌باشد.

این دو مفهوم که بی‌ارتباط با همدیگر نمی‌باشند، اعمال آزادی هنجاری را به ذهن متبادر می‌نماید. تنها شخصی که از نیروی الزام‌کننده خلاص می‌شود، از لحاظ حقوقی آزاد می‌باشد. از جهتی دیگر تعهد هنجاری توسط اجرای فشاری که به تنهایی محروم‌کننده‌ی آزادی مادی می‌باشد، شامل تضمین اجرا می‌گردد. این دومین معنای آزادی است که به طور یقین عقیده محققان را جلب می‌نماید؛ لذا این گونه به نظر می‌رسد که آزادی حقوقی را نمی‌شود تنها با عناصر اطاعت نکردن از یک ضرورت و الزام حقوقی تعریف نمود. به بیانی بهتر، آزادی قابل اجرا نمی‌باشد مگر اینکه فرد، بهره‌مندی از آزادی‌های موردنیاز را دارا باشد و سایرین، حق تحمیل فشار بر این آزادی را نداشته باشند. با این ترتیب آزادی حقوقی عبارت است از الزام، نه الزام و ضرورتی که بر فرد بهره‌مند از آزادی تحمیل گردیده باشد، بلکه الزام تعهدی است که برای دیگران به وجود می‌آید. این آزادی حقوقی را می‌توان به نشانه حق و درخواست اشخاص در برابر همه افراد جامعه تجزیه و تحلیل نمود. چنانچه آزادی حقوقی، به صورتی که بیان شد، آزادی است که از نظر حقوقی پشتیبانی گردیده؛ به

طور اساسی متوجه استفاده از آزادی است که سعی می‌شود تا فرد بهره‌مند از آزادی، با مانع محدودکننده کار وی روبرو نگردد. ولی این معافیت از کلیه الزامات حقوقی هنگامی است که سایرین از این آزادی بهره‌مند باشند و هر فردی بتواند عملاً این آزادی‌ها را استفاده نماید.^۱

۳-۱-۱. نظریات حقوق کار

۱. **نظریه لیبرالیستی**^۲: مطابق این نظریه، ارتباط کارگر و کارفرما ناشی از قرارداد انفرادی کار میان آن‌ها می‌باشد و به طور اصولی باید پیرو قراردادهای حقوق خصوصی باشد. این درک با نظریه مکتب اقتصاد آزاد در دوره‌های اخیر و لیبرالیسم و تفکر اصالت فرد هماهنگی دارد. مطابق این استنباط از ارتباط کار، نظیر هر قرارداد دیگری در حقوق خصوصی، مخصوصاً حقوق مدنی، روحیه فردگرایی برقرارداد کار حاکم می‌باشد؛ یعنی هر شخصی این حق را دارد تا جهت نیل به اهداف شرعی کسب سود و منفعت بیشتر، منوط به رضایت طرف دیگر، شرایط مناسب هدف خود را در قرارداد کار بیان نماید.

این نوع تفکر به طور کامل با افکار متداول در سده ۱۸ و ۱۹ که اوج آرمان‌های مساوات و آزادی بشر بودند موافقت دارد. ولی از ابتدای قرن بیستم به بعد که بازتاب‌های کارگری تا اندازه‌ای تحت اثر اعتقادات مارکسیستی مبارزات طبقاتی قرار گرفتند و مرز دفاع از منافع‌های صنفی را سپری نمودند و تئوری استثمار و مظلومیت تاریخی خویش را پیش کشیدند، این تعریف کم از کم بین رفت و تا اندازه‌ای منسوخ گردید. سیاست رفاه اجتماعی که با هدف توزیع منصفانه نتایج و مزایای گسترش اقتصاد صنعتی در جامعه سرمایه داری و مواجهه با انقلاب کارگری دریافت شد؛ سبب گردید تا برخورداری از نیروی انسانی و ارتباط غیرمنصفانه بر مبنای آن، از تبعیت صرف قراردادهای خصوصی کار آزاد گردیده و تحت نظم و نسق قانونی درآمده است.^۳

^۱ هاشمی. (۱۳۸۴). ۲۰.

^۳ حقوق خصوصی - حقوق قراردادی.

³ Gal (T), 1994, 11.

بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین.../ حقی ۷۱

۲. **نظریه سوسیالیستی**^۴: در میان مکاتب فکری که به حقوق کار از نظریه قرارداد خصوصی صرف نگاه نمی‌کنند و آن را بیشتر از حقوق عمومی و مرتبط با اقتصاد ملی می‌دانند، از بین سوسیالیست‌های تندرو، بد نیست به تعاریفی از پروفیسور لیون کان نیز اشاره گردد. وی حقوق کار را جمعی از قوانینی می‌داند که استثمار کارگر در نظام سرمایه‌داری و نحوه مبارزه وی با این استثمار و محدوده‌ی این استثمار را تنظیم و مشخص می‌نماید. مطابق این تعاریف لیون کان، حقوق کار در نظام سرمایه‌داری با مشخص نمودن ضرورت کمترین میزان دستمزد و مزایا که به کمتر از آن نمی‌توان توافق نمود و بیشترین ساعات کار که به بیشتر از آن نیز نمیتوان توافق نمود، استثمار کارگر از طرف کارفرماها را تعدیل می‌نماید. همینطور پیش بینی اصول ارتباطات جمعی کار در قوانین شناسایی حق ایجاد اتحادیه‌ها و سازمان‌های سندیکایی و تنظیم فعالیت‌های آنان از قبیل اعتصاب، به رده کارگر این امکان را می‌دهد که در برابر قدرت مالی و اقتصادی کارفرمایان، توانایی و زمینه استوار گروهی را دارا باشد و لزوماً از طریق مذاکره و بحث گروهی، از شدت استثمار کم شود. همین مکتب فکری ژانریورو و ژان ساواتیه، این تعریف را به طور کامل صحیح نمی‌دانند و بر این باورند که پدیده استثمار کارگر با آن تعاریفی که مارکسیست‌ها از استثمار دارند مختص به نظام سرمایه‌داری نمی‌باشد، بلکه در نظام تملک مشترک ابزار تولید نیز امکان دارد دولت (کارفرما)، کارگران را استثمار نماید. این دسته از محققان پیرو عدالت اجتماعی، حقوق کار را، مجموعه قوانین حمایتی محسوب می‌نمایند که ارتباط فردی و جمعی کار را شامل میشود. در هر صورت قطع نظر از مشکلات ایدئولوژیک داخلی، نظریه محققان سوسیالیست این چنین است که حقوق کار، جمعی از قوانین و شروط الزام‌آور حمایتی (حمایت از کارگر) می‌باشد که از طرف مرجع صلاحیت دار عمومی و گروهی، به عنوان حیطة ارتباطات فردی و گروهی کار، وضع و اعمال می‌شود.^۵ در دوران ما مقررات لازم الاجرا و کاری که ارتباطی با حاکمیت اراده قراردادی دوطرف ندارند، قسمت مهمی از رابطه کاری را تنظیم می‌نمایند.

^۴ حقوق عمومی - حمایت اجتماعی.

^۵ الیوت، (۱۳۹۵)، ۴۸.

همینطور امکان دارد شرایط قراردادهای گروهی کار، قسمت دیگری از حقها و وظایف متقابل کارگر و کارفرما را مشخص نمایند. همینطور، اتحادیه صنفی سندیکاها و ایده‌های گروهی آنان جهت حفاظت از مصالح کارگران از جمله تظاهرات، اعتصابات و ... می‌توانند بخشی از رابطه کار را تحت تاثیر قرار دهند. گذشته از این، حقوق کار از نظر برخی نقش اقتصادی بنیادین دارد و در حقیقت ابزاری است جهت هماهنگی و کار و سرمایه و در نهایت یک بعد اقتصاد سیاسی که اداره کارهای عمومی و ملی در آن مشاهده می‌شود.

جهت تبیین این دو مکتب به چندین نظام حقوقی مربوط با آن‌ها اشاره می‌گردد. در مدل انگلیسی که الگویی اقتصادی و مبتنی بر نظام مصونیت حقوقی می‌باشد، وابستگی به الگوی اراده محور و فردگرایانه و با احتمالی نسبت به مداخله مقنن یا قاضی در ضابطه‌مند نمودن بازار کار، به طور عمیقی باقی مانده است. در این مدل، روابط کار، بازاری را پدید می‌آورد که نباید خللی به خود ضابطه‌مندی آن تحمیل نمود. به طوری که در مدل آلمانی که اجتماعی می‌باشد ضابطه‌های کار به طور مجموعی از جوامع نمایان می‌گردد.

۲-۱. اهداف راهبردی و اقدامات سازمان بین‌المللی کار

۱-۲-۱. اهداف راهبردی و وظایف سازمان بین‌المللی کار

در این بخش به بررسی مقدمه اساسنامه سازمان بین‌المللی کار می‌پردازیم که شامل شونده‌ی اهداف و مقاصد ابتدایی این سازمان است. اصلی‌ترین وظیفه سازمان بین‌المللی کار، استقرار و برقراری عدالت اجتماعی در تمامی جهان می‌باشد. مقدمه‌ی اساسنامه، احقاق عدالت اجتماعی را شروط مورد نیاز جهت استقرار و ایجاد صلح جهانی مداوم و حقیقی دانسته است. دیباچه اساسنامه سازمان بین‌المللی کار، جهت بهتر شدن وضعیت کار، راهکارهای زیر را ارائه داده است:

* تنظیم نمودن ساعات کار و معین کردن بیشترین مدت زمان کار در روز و هفته.

* به کار گرفتن نیروی کار و پیشگیری از بیکاری.

* تعیین موقعیت کافی جهت امرار معیشت.

* پشتیبانی از کارگران در مقابل بیماری‌های عمومی و امراض و حوادث نشأت گرفته از کار.

* پشتیبانی از منفعت کارگران مشغول به کار در بیرون از وطن خود.

بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین.../ حقی ۷۳

- * حمایت و تحت پوشش قراردادن کودکان، جوانان و زنان.
- * فراهم نمودن و پیش بینی مستمری‌های پیری و افراد معلول.
- * به رسمیت شناختن اصل مزد مساوی برای کار با ارزش برابر.
- * به رسمیت شناختن اصل آزادی انجمن‌ها و حق ایجاد آن.
- * سازماندهی آموزش و تعلیم فنی و حرفه‌ای.

تا سال ۱۹۴۶ ماده ۴۲۷ قرارداد ورسای و یا همان ماده ۴۱ اساسنامه، هدف‌ها و اصول کلی و صلاحیت‌های سازمان بین‌المللی کار را ارائه نمود. ولی در بیست و ششمین کنفرانس بین‌المللی کار در سال ۱۹۴۴، بیانیه راجع به اهداف و مقاصد سازمان بین‌المللی کار مصوب گردید که جایگزین ماده ۴۱ اساسنامه شد. این سند که بعدها به نام اعلامیه فیلادلفیا مشهور شد از سال ۱۹۴۱ به طور رسمی به عنوان پیوست اساسنامه سازمان بین‌المللی کار شناسایی می‌گردد. ماده اول اساسنامه بیان می‌نماید: «با هدف احقاق اهداف ذکر شده در دیباچه این اساسنامه و اعلامیه راجع به اهداف و مقاصد سازمان بین‌المللی کار که در دهم ماه می ۱۹۴۴ در فیلادلفیا تصویب شد و متن آن ضمیمه این اساسنامه می‌باشد، نهادی همیشگی تشکیل می‌شود. از دلایل گوناگونی که زمینه ساز تنظیم و تصویب این سند مهم و سرنوشت ساز بود می‌توان به دو دلیل اشاره کرد. ابتدا آن که در فاصله میان دو جنگ جهانی، دنیا با تحولات عمیق اجتماعی و اقتصادی روبرو گردیده بود. دیگر اینکه سطح توقع کارگران و مدافعان حقوق آنان در برابر سال‌های آغازین فعالیت سازمان بین‌المللی کار زیاد شده بود. این بیانیه در ۵ بند به ارائه هدف‌ها و مقاصد سازمان بین‌المللی کار و همچنین اصول لازم‌الرعایه در سیاست کشورهای عضو می‌پردازد. بند اول بیانیه اصول زیر را که این سازمان بر اساس آن‌ها ایجاد گردیده است را مورد تایید قرار می‌دهد:

- * کار کالا نمی‌باشد.
- * آزادی بیان و انجمن جهت ترقی مداوم الزامی است.
- * فقر، خطری برای رفاه تلقی می‌گردد.
- * مبارزه با احتیاج، بایستی در هر کشور با توان خستگی‌ناپذیر ادامه پیدا کند و در سطح

جهانی هم با کوشش پیوسته و هماهنگ تعقیب و پیگیری گردد و در این مبارزه، نمایندگان کارگران و کارفرمایان با کارگزاران دول به صورت یکسان مشارکت داشته باشند و به طور آزادانه در بحث‌ها حضور یابند و در اخذ تدابیر دموکراتیک در عرصه وسعت یافتن رفاه عمومی همکاری کنند.^۷ همچنین بند دوم اعلامیه علاوه بر تاکید بر عدالت اجتماعی بیان می‌نماید: «... تمامی انسان‌ها صرف نظر از نژاد، اعتقادات یا جنسیت این حق را دارند که ترقی مادی و شکوفایی معنوی خویش را به صورت آزادانه و با بهره‌مندی از کرامت انسانی و در امنیت اقتصادی با فرصت برابر دنبال نمایند...»

بند سوم اعلامیه فیلادلفیا با قصد اعمال هدف‌های بالا تکالیف سازمان بین‌المللی کار را به صورت زیر شرح می‌دهد:

- * فراهم نمودن اشتغال کامل و بالابردن سطح زندگی اشخاص
- * استخدام نمودن کارگران در شغل‌هایی که آن‌ها بتوانند تمامی تجارب و علم خود را در جهت فراهم نمودن رفاه عموم به کار بگیرند.
- * تأمین امکانات آموزش حرفه‌ای و سهولت در مهاجرت نیروی کار و اقامت همراه با ضمانت‌های کافی برای تمامی اشخاص ذی‌نفع.
- * تأمین امکانات برای عموم مردم به صورتی که از مزایای راجع به دستمزد و دیگر درآمدها و ساعت‌های کار و شرایط دیگر کار برخوردار گردند و ضمانت کمترین میزان معاش برای کلیه شاغلین که مستلزم این پوشش‌ها می‌باشند.
- * به رسمیت شناختن حقیقی ولو مذاکره گروهی و مشارکت مدیریت و نیروی کار در بهتر شدن کارآیی تولید و همچنین همکاری کارگران و کارفرمایان در تألیف و اعمال سیاست‌های اجتماعی و اقتصادی.
- * وسعت یافتن قوانین تأمین اجتماعی با هدف تضمین درآمد پایه و تهیه مراقبت‌های کامل پزشکی برای تمامی افرادی که به این گونه پوشش‌ها نیاز دارند.
- * پشتیبانی کافی از زندگی و تندرستی کارگران در تمامی شغل‌ها
- * پیش بینی پوشش‌های موردنیاز با هدف رفاه کودک و مادر.

^۷ عراقی، همان، ۲۰۷.

بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین.../ حقی ۷۵

* فراهم نمودن تغذیه و مسکن مناسب و تسهیلات اوقات فراغت و امکانات فرهنگی.

* تهیه فرصت‌های مساوی در عرصه‌های آموزشی و حرفه‌ای.

با قیاس بیانیه ذکر شده و اساسنامه اولیه‌ی سازمان بین‌المللی کار این گونه برداشت می‌کنیم که اهداف و مقاصد سازمان در بیانیه فیلادلفیا با ارثه جدیدی عنوان گردید و مفاهیم جدید و پویاتری به اساسنامه افزوده شد. به بیانی دیگر همان گونه که قبلاً بیان شد، اعلامیه فیلادلفیا به شیوه کامل و دقیق‌تری به ارثه وظایف و اهداف سازمان بین‌المللی کار می‌پردازد.^۸ صدور این اعلامیه در سال ۱۹۴۴ و پیوست آن به اساسنامه در سال ۱۹۴۶، موجب گردید تا سازمان بین‌المللی کار با تولدایی زیادتر و عزم پایدارتری به انجام فعالیت‌هایش بپردازد. علاوه بر اینکه بیانیه ذکر شده خود، برای تنظیم کنندگان منشور سازمان ملل متحد و اعلامیه بین‌المللی حقوق بشر (که از اصلی‌ترین اسناد بین‌المللی محسوب می‌شوند) به عنوان یک نمونه و الگوی بدیع مورد بهره‌برداری قرار گرفت. پس از اتمام جنگ سرد و شروع دوران ارتباطات و دگرگونی‌های راجع به بین‌المللی شدن اقتصاد و آزادسازی تجارت، سازمان بین‌المللی کار ناچاراً خود را با این تحولات هماهنگ ساخت، تا همچنان بتواند به اعمال وظیفه خود بپردازد.

بدین ترتیب، نیم قرن پس از صادر شدن اعلامیه فیلادلفیا، یعنی در سال ۱۹۹۴، جریان تجدیدنظر و بازنگری استانداردهای بین‌المللی کار با هدف تقویت و روزآمد کردن آن‌ها شروع شد. این امر مهم به دنبال گزارش میشل هسن مدیر کل وقت سازمان بین‌المللی کار محقق گردید و هیئت مدیره با ایجاد کار جمعی با عنوان «کار گروه سیاست بازنگری در معیارها» مأموریت پیدا نمود تا با رسیدگی به ابعاد گوناگون موضوع، شیوه‌های موردنیاز را جهت بازبینی در مقابله‌نامه‌ها و تعریف نیازهای فعلی پیش‌بینی نماید. در نهایت پژوهش‌ها و بررسی کار گروه ذکر شده و اقدامات آن، راه‌حل‌ها و تصمیمات زیر جهت تقویت و روزآمد کردن استانداردهای جهانی کار، اندیشیده گردید:

* پدید آوردن عرصه برای استانداردهای جدید.

* جست‌وجو برای شیوه‌های جدید تنظیم استانداردها.

^۸ مجتبی‌نایینی، ۱۳۹۹، ۱۸۱.

* شرح دقیق تر استانداردهای موجود، رسیدگی به خلاءها و درزها و همچنین اثرات آنها بر گروه‌های گوناگون

* سرعت دادن به تجدیدنظر در ابزارهای قدیمی با هدف پیشرفت استانداردهای برتر.

* کوشش برای جلب یاری و مساعدت به کشورها جهت استفاده از استانداردهای ILO.

* ارتقای تأثیر و کارایی کنترل و نظارت بر استانداردها.

* اثبات و دفاع نمودن از نقش استانداردهای ILO در موقعیت نوین بین‌المللی.»

ضمن اصلاحات بالا، سازمان بین‌المللی کار از اواخر دهه ۹۰ میلادی ضمانت «کار شایسته» برای مردان و زنان در سراسر نقاط جهان، با عنوان هدف اصلی خود معین نمود. کار شایسته، عملی است مولد و مناسب برای تمامی افراد، به شرط مراعات احترام و کرامت انسانی، آزادی، مساوات، امنیت و عدالت. ولی کار مولد و مناسب از نظر گردانندگان سازمان بین‌المللی کار، به چه مفهومی تعبیر گردیده است؟ کاری مولد و درخور است که از یک جهت درآمدزا باشد و ثروت تولید نماید و از جهتی دیگر، کارگران را از پوشش‌های اجتماعی، درآمد مناسب و فرصت‌های یکسان بهره‌مند سازد. کار شایسته صرفاً آرمان کارگران نمی‌باشد، بلکه تقاضای کلیه افراد ولو سیاستمداران و ثروتمندان است. نبود کار شایسته، هر اجتماعی را درگیر بحران‌های گوناگون سیاسی و اقتصادی می‌نماید. تجربه بیشتر کشورها بیانگر این است که خطر نافرمانی، شورش و به دنبال آن تعطیلی کارخانجات و مراکز تولیدی، در مناطقی که معنای کار شایسته در آنها فراموش شده، بسیار زیادتر می‌باشد.^۹ انکار حقوق کارگران، بیکاری، اشتغال ناقص، مشاغل غیرمولد، کار نایمن، درآمد کم، نابرابری‌های جنسیتی استثمار کارگران مهاجر، نبودن آزادی بیان، عدم پشتیبانی کافی در برابر بیماری، معلولیت و سالخوردگی، از نشانه‌های جوامع مذکور است.

اهداف تدابیر سازمان بین‌المللی کار، پیدا نمودن راهکارهایی در جهت حل و فصل اینمشکلات می‌باشد. از نظر ILO تحقق کار شایسته، صرفاً از راه همکاری تئاتنگ دول، کارفرمایان و کارگران در سطح جهانی، منطقه‌ای، ملی و محلی به دست می‌آید. به همین دلیل در سال ۱۹۹۷ مدیر کل وقت دفتر بین‌المللی کار، به دنبال گزارشی به کنفرانس

^۹ مسعود، ۱۳۹۶، ۵۶.

بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین.../ حقی ۷۷

بین‌المللی کار در مورد الزام تصویب یک بیانیه در خصوص اصول و حقوق بنیادین کار تأکید نمود، که حاصل آن تصویب شدن «اعلامیه‌ی مربوط به اصول و حقوق بنیادین کار» در تاریخ ۱۸ ژوئن سال ۱۹۹۸ بود. این اعلامیه احترام به حقوق بنیادین کار را به همه کشورهای عضو بیان می‌نماید. صرف نظر از اینکه مقاوله نامه‌های راجع به این حقوق را تصویب کرده باشند یا نه، این سند مشمول یک مقدمه، پنج بند و یک پیوست (که نحوه اعمال آن را تبیین می‌کند) می‌باشد.

حقوق بنیادین کار بر مبنای بند ۲ اعلامیه ۱۹۹۸ عبارت است از:

۱. حق سازماندهی (آزادی انجمن‌ها) و شناسایی اثرگذار حق مذاکرات گروهی (پیمان جمعی کار).

۲. نابودی تمامی شکل‌های کار اجباری یا بیگاری.

۳. لغو مؤثر کار کودک.

۴. نابودی هر نوع تبعیض در مورد اشتغال و استخدام.

در سال ۱۹۹۹، چهار هدف راهبردی سازمان در قرن ۲۱ در ارائه گزارشی که مدیر کل دفتر بین‌المللی کار تنظیم نمود، معرفی شده است؛ که به شرح زیر می‌باشد:

۱. ترقی و احقاق معیارها، اصول و حقوق بنیادین.

۲. پدیدارشدن فرصت‌های زیاده‌تر برای زنان و مردان با هدف تحقق شغل و درآمد موردپسند.

۳. زیادشدن حمایت و کارآیی پوشش‌های اجتماعی برای تمامی افراد.

۴. تقویت سه‌جانبه‌گرایی و گفت و گوی اجتماعی.

این چهار هدف که در حقیقت ارکان اساسی معنای کار شایسته را ایجاد می‌نماید، درهم پیچیده و تفکیک‌ناپذیرند و بایستی با یکدیگر و از راه اجزاء یا اهداف جزئی و مکمل دنبال شوند.

۱-۱-۲-۱. ارتقاء و تحقق معیارها، اصول و حقوق بنیادین کار

الف) حق سازماندهی (آزادی انجمن‌ها) و شناسایی مؤثر حق مذاکرات جمعی (قرارداد جمعی کار). اتحادیه صنفی، انجمن و یا سندیکا به مفهوم: «جمعیتی است که کارگران و کارفرمایان راجع به یک حرفه یا یک کارگاه و یا یک صنعت می‌توانند جهت حفظ منفعت حرفه‌ای

بهبتر شدن شرایط مادی و اجتماعی خود ایجاد نمایند.^{۱۰} اصطلاح «آزادی انجمن‌ها» به مفهوم حق ایجاد اتحادیه و یا انجمن برای کارفرمایان و کارگران می‌باشد. بر مبنای مصوبات گوناگون سازمان بین‌المللی کار، کارگران و حتی کارفرمایان این حق را دارند تا با هدف پیشبرد و دفاع از حقوق خود، اتحادیه‌ها و نهادهایی را ایجاد و مبادرت به عضوگیری نمایند. این حق بایستی به دور از هر نوع تمایز و تبعیضی به آنان داده شود. همینطور، کشورهای عضو سازمان بین‌المللی کار وظیفه دارند تا مذاکرات و قراردادهای و توافقات گروهی را به رسمیت بشناسند. «مذاکره دسته جمعی» یا چانه‌زنی دسته‌جمعی به اجتماع کارفرمایان و کارگزاران کارگرانی می‌گویند که بر مبنای نیت خوب با هدف گفت‌وگو و توافق در مورد دستمزد، ساعات و شرایط کار و موضوعاتی از این قبیل ایجاد می‌شود. توافقی که در نتیجه این مذاکرات به دست می‌آید را «پیمان دسته جمعی» می‌گویند. امضاکنندگان این پیمان یا قرارداد به مراعات محتوای آن تعهد می‌دهند.

ب) محو تمامی اشکال کار اجباری یا بیگاری

یکی دیگر از اصول بنیادین کار حذف و نابودی هر نوع «کار اجباری» می‌باشد. هیچ‌کدام از انبای بشر نبایستی فاقد اراده و تمایلات درونی خود به انجام کاری مجبور شوند. بیگاری یا کار اجباری به مفهوم کار یا شغلی است که فرد توسط تهدید به تنبیه و یا مجازات به انجام دادن آن کار ناچار شده باشد. کار اجباری مخالف با آزادی انسان و شخصیت وی و منافی اصل آزادی کار می‌باشد، که به عنوان یکی از مهم‌ترین آزادی‌های بشر شناسایی می‌گردد.^{۱۱} ممنوعیت و الغای کار اجباری از همان ایام اول ایجاد سازمان بین‌المللی کار در توجه دانشمندان و محققان در زمینه حمایت از حقوق کارگران بوده است. این امر موجب شد تا اسناد بین‌المللی گوناگونی در عرصه‌ی نابودی کار اجباری تنظیم و مصوب گردد. اهمیت این موضوع در این است که در حذف و نابودی کار اجباری و بیگاری در سراسر دنیا، اتفاق نظر وجود دارد و این در صورتی است که در رابطه با بیشتر موضوعات راجع به حیظه‌ی ارتباطات کار و حقوق کارگران مشکلات جدی بسیاری بین دول دیده می‌شود.

ج) الغای مؤثر کار کودک

^{۱۰} حسینی، ۱۳۹۸، ۱۰۶.

^{۱۱} زرنشان، ۱۳۸۳، ۵۸.

بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین.../ حقی ۷۹

ریشه کنی اثرگذار تمامی انواع «کار کودک» به عنوان یکی از مهم‌ترین حقوق بنیادین کار شناسایی می‌شود. اصطلاح کار کودک به مفهوم «اشتغال کودکانی است که سن آن‌ها پایین‌تر از سن قانونی خاص باشد». مطابق آرمان‌های سازمان‌های بین‌المللی کار تقریباً ۲۵۰ میلیون کودک کارگر ۵ تا ۱۴ ساله در در تمام دنیا به کار اشتغال دارند، که از این تعداد تقریباً ۱۲۰ میلیون نفر به صورت تمام‌وقت کار می‌کنند. در برخی مناطق ۲۰ درصد کودکان کارگر، کمتر از ۱۰ سال سن دارند. گستره این مشکل تا بدان میزان است که بسیاری از سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای مربوطه، اشخاصی را در حیطه منع کار اطفال مصوب نمودند. به کارگیری از کودکان در عرصه‌هایی مانند فحشا، تولید و قاچاق مواد مخدر، کار اجباری، بردگی و شغل‌هایی که تندرستی و امنیت و اخلاق آنان را به خطر می‌اندازند؛ از قبیل مصداق بدترین شکل‌های کار کودک شناسایی می‌گردند.^{۱۲} این اعلامیه احترام به حقوق بنیادین کار را به همه کشورهای عضو بیان می‌نماید. صرف نظر از اینکه مقوله نامه‌های راجع به این حقوق را تصویب کرده باشند یا نه. این سند مشمول یک مقدمه، پنج بند و یک پیوست (که نحوه اعمال آن را تبیین می‌کند) می‌باشد.

حقوق بنیادین کار بر مبنای بند ۲ اعلامیه ۱۹۹۸ عبارت است از:

۱. حق سازماندهی (آزادی انجمن‌ها) و شناسایی اثرگذار حق مذاکرات گروهی (پیمان جمعی کار).
 ۲. نابودی تمامی شکل‌های کار اجباری یا بیگاری.
 ۳. لغو مؤثر کار کودک.
 ۴. نابودی هر نوع تبعیض در مورد اشتغال و استخدام.
- در سال ۱۹۹۹، چهار هدف راهبردی سازمان در قرن ۲۱ در ارائه گزارشی که مدیر کل دفتر بین‌المللی کار تنظیم نمود، معرفی شده است؛ که به شرح زیر می‌باشد:
۱. ترقی و احقاق معیارها، اصول و حقوق بنیادین.
 ۲. پدیدارشدن فرصت‌های زیاده‌تر برای زنان و مردان با هدف تحقق شغل و درآمد موردپسند.
 ۳. زیاده‌شدن حمایت و کارآیی پوشش‌های اجتماعی برای تمامی افراد.

^{۱۲} حسینی. همان، ۱۸۳.

۴. تقویت سه‌جانبه‌گرایی و گفت و گوی اجتماعی.

این چهار هدف که در حقیقت ارکان اساسی معنای کار شایسته را ایجاد می‌نماید، درهم پیچیده و تفکیک‌ناپذیرند و بایستی با یکدیگر و از راه اجزاء یا اهداف جزئی و مکمل دنبال شوند.

د. محو هر نوع تبعیض در مورد اشتغال و استخدام

بر اصل عدم تبعیض در اشتغال و حرفه به عنوان یکی از اصول بنیادین کار، به تعدد در اسناد گوناگون سازمان بین‌المللی کار اما از مقابله نامه‌ها، توصیه‌نامه‌ها و اعلامیه تأکید گردیده است. تبعیض عبارت است از: «هر نوع فرق، استثناء و یا برتری که بر مبنای نژاد، رنگ، جنسیت، مذهب، اعتقادات سیاسی، وابستگی ملی و خاستگاه اجتماعی، اثر خنثی کردن یا صدمه زدن به تساوی فرصت یا رفتار در اشتغال یا حرفه داشته باشد.» از مهمترین مورد تبعیض می‌توان به تبعیض جنسیتی اشاره کرد. سازمان بین‌المللی کار، حذف هر نوع نابرابری جنسیتی در فرآیند استخدام و پس از آن را وجهه‌ی همت خود گمارده است. از کشورهای عضو تقاضا دارد تا تمامی اشخاص را از امکانات شغلی مساوی بهره‌مند نمایند.

۲-۱. اقدامات سازمان بین‌المللی کار

سازمان بین‌المللی کار از سال ۱۹۱۹ تا امروزه، بدون ایجاد وقفه و بی‌آنکه اهداف والای خود را که همان برقراری عدالت اجتماعی می‌باشد را فراموش نماید، اقدامات و فعالیت‌های برتری را انجام داده است. چارچوب فعالیت‌های آن بسیار مختلف و وسیع می‌باشد. این اقدامات از ابتدای تشکیل سازمان ملل متحد تاکنون پیشرفت زیادی داشته است که به برخی از آن فعالیت‌ها اشاره می‌کنیم.^{۱۳}

* تنظیم و عرضه سیاست‌ها و تدابیر جهانی با هدف بالابردن سطح حقوق بشر در فضای کار، بهتر شدن وضعیت کار و معاش و زیاد شدن فرصت‌های شغلی.

* تنظیم و عرضه معیارهای جهانی کار همراه با تصویب و صادر نمودن دستورالعمل‌هایی برای مسئولان کشورها با هدف سپری کردن این خط مشی‌ها و اعمال درست آن‌ها، زیر نظر و کنترل یک نظام حمایتی واحد در عرصه‌ی اجرای معیارها.

^{۱۳} کشوادی. (۱۳۸۳). ۴۹.

بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین.../ حقی ۸۱

* تنظیم تدابیر وسیع مشارکت فنی بین‌المللی، جهت یاری رساندن به دول در عرصه آموزش حرفه‌ای و تعلیم فنون جدی حرفه‌ای، سیاست اشتغال، اداره کار، مقرره‌های کار، ارتباطات صنعتی، شرایط کار، تعاونی‌ها، تأمین اجتماعی، آمارهای کار، بهداشت و امنیت شغلی و همچنین همکاری فعالانه سه گروه اصلی یعنی دول، کارگران و کارفرمایان با هدف اعمال واقعی و اثرگذار مشارکت‌های فنی.

* پژوهش، بررسی و تعلیم در عرصه‌ی فعالیت‌های فوق و نشر آنها برای کمک به ارتقا و وسعت دادن به همه این کوشش‌ها.

سازمان بین‌المللی کار در اجرای این اقدامات با مشکلات زیادی روبرو بود که یکی از مهم‌ترین آن در سال‌های آغازین، ابهام و تردید در صلاحیت این سازمان در مورد شمول بعضی از موضوعات راجع به کار بوده است. مخالفان سازمان هرآنچه در توان داشتند استفاده نمودند تا صلاحیت آن را تا جایی که ممکن بود، محدود نمایند. بعضی تصور می‌کردند که سازمان، جهت ایجاد و وضع قوانین هماهنگی در حیطه‌ی مواجهه با شرایط کار نابسامان و بسیار دشوار کارگران صنایع مصوب گردیده است و در دیگر عرصه‌ها صلاحیت بیان نظر و تصویب مقاوله‌نامه و توصیه‌نامه ندارد. مورد دیگر درباره‌ی سازمان بین‌المللی کار، ارتباطات این سازمان با جامعه‌ی ملل و جایگزین آن سازمان ملل متحد می‌باشد. سازمان بین‌المللی کار همزمان با جامعه‌ی ملل ایجاد گردید و ارتباط وسیعی را با سازمان فراگیر جهانی استقرار نمود. به طوری که بودجه‌ی سازمان بین‌المللی کار را جامعه‌ی ملل مشخص و تنظیم می‌نمود و از جنبه‌ی اداری هم ارتباط نزدیکی بین این دو سازمان جهانی وجود داشت. همچنین به سبب توافق‌نامه‌ای که بین سازمان ملل متحد و سازمان بین‌المللی کار امضا شد، سازمان بین‌المللی کار علاوه بر داشتن استقلال و آزادی اداری، به عنوان نخستین نماینده‌ی تخصصی ملل متحد شناسایی گردیده است. مطابق آن توافق‌نامه ذکر شده، این دو سازمان جهانی علاوه بر مشارکت در عرصه‌های گوناگون می‌توانند مسائلی را جهت عنوان در اجلاس راجع به یک دیگر ارائه دهند.

۳-۱. سیر تحول حقوق کار در ایران

۱-۳-۱. آغازگری دخالت دولت بر مسائل و روابط کار

مشروطیت ایران اولین نقطه‌ی عطف تاریخی دگرگونی فکری در ایران محسوب می‌شود

که در آن نظام جدید سیاسی پایه ریزی و حقوق اساسی ملت^{۱۴} ثبت گردید. این نهضت دستاورد خاصی را در مورد حقوق اساسی کار به دنبال نداشت؛ زیرا موضوعات کار به صورت کنونی به طرز حاد و جدی نمی توانست بیان باشد. حقوق کار از آن دوران موضوعیت یافت که زمینه هایی از تشکیل برخی کارخانه ها در کشور مانند ریسندگی و بافندگی، کبریت سازی و چرم سازی دیده شد و با متمرکز شدن کارگران در آن ها خود به خود موضوعات تازه ای را قابل بیان می ساخت.

این تحول وضعیت اقتصادی که به طور طبع اثرات اجتماعی ویژه ای خود را به همراه داشت دگرگونی قانونی چشم گیری را دنبال نکرد؛ بنابراین از شروع قرن کنونی بعضی اقدامات پراکنده ای دولت در تاریخ ایران ثبت گردیده است، که می توان آن را به عنوان آغازگری مداخله مثبت یا منفی دولت در موضوعات و رابطه کار محسوب نمود. اولین مقررهای قانونی راجع به پیمان کار در قانون مدنی^{۱۵} تصویب شده در سال ۱۳۰۷، ارائه گردیده و در آن به تعریف اجاره افراد، اجاره ای خدمه و کارگران و مسئله اجاره ای فردی اشاره گردیده بود. لکن موارد ذکر شده قادر نبود جوابگوی موضوعات مستحدثه اقتصادی و اجتماعی راجع به کارگران در آن زمان باشد. از قبیل اشتغالات دولت ایران در شروع قرن کنونی ایجاد فزاینده ای ساختمان های دولتی و راه آهن سراسری بود که اتفاقات ناشی از کار را برای کارگران به همراه داشت. به همین علت دولت زمان خود را ناچار از وضع بعضی قوانین تأمین اجتماعی منحصر می دید.^{۱۶} استقرار کارخانجات و نهادهای صنعتی جدید سبب تجمع قهری تعداد قابل توجهی از کارگران کشور در کنار یکدیگر شد.

از طرفی دیگر همزمانی این دگرگونی با رشد و وسعت یافتن کمونیسم که داعیه ای حمایت از اتحاد کارگران دنیا را داشت، و قریب بودن جغرافیایی ایران با خاستگاه تفکرات ذکر شده اتفاقی است که دولت را در برابر آن حساس نموده بود. بدین سبب تلاش زیادی در رویارویی جدی با فرآیند فکری کمونیستی و اشعار فریب دهنده ای آن که به آسانی قابل جذب در کانون های کارگری بود، از طریق دولت ایجاد شد و در نهایت سبب تصویب قانون

^{۱۴} اصول ۸ تا ۲۵ متمم قانون اساسی مشروطیت، (۱۳۲۵ق).

^{۱۵} قانون مدنی کتاب اول، باب اول، فصل ۴، مبحث ۳، اجاره شخص، مواد ۵۱۲ تا ۵۱۵.

^{۱۶} جزایری. (۱۳۴۴). صص ۵۳-۵۴.

بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین.../ حقی ۸۳

۱۳۱۰/۳/۲۲ بر پایه «مجازات مقدمین بر علیه استقلال و ایمنی کشور» شد. در نتیجه‌ی این مقرر، نهادهای سندیکایی انحلال و رهبران سندیکاها به تدریج بازداشت شدند و بدین ترتیب بساط نهادهای کارگری و نهضت‌های سندیکایی برای مدتی از زندگی اجتماعی ایران منع گردیدند.

۲-۳-۱. نخستین مقررات کارخانجات صنعتی

ایجاد کارخانجات مختلف صنعتی مانند نساجی، قندسازی و گونی‌بافی، موضوعات و مواردی را به دنبال داشت که قوانین مخصوص خود را طلب می‌نمود. هیئت مدیران در تصویب‌نامه ۱۳۱۵/۵/۱۹ «نظام‌نامه‌ی کارخانجات و نهادهای صنعتی کشور» قوانین گوناگونی را در ۹ فصل و ۶۹ ماده مصوب نمود که بعضی از مواد آن مشمول موضوعات کار و تأمین اجتماعی بود. برخی موارد عبارت است از حفاظت و بهداشت کار، ارتباط کار و وظایف کارفرما، بازرسی کار و تأمین اجتماعی بود. این قوانین کلیه نهادهای صنعتی غیرموتوری که دست کم ۱۰ کارگر داشته باشد و همچنین همه نهادهای صنعتی موتوری را که دست کم ۵ کارگر داشته باشد، مشتمل می‌گردید. ذکر شده در زمان خود از اهمیت زیادی بهره‌مند بود ولی علیرغم فراگیری جغرافیایی، از لحاظ موضوعی و کمی چارچوب منحصر و محدودی داشت.

فصل دوم

حقوق بنیادین کار در قوانین موضوعه ایران و اسناد بین‌المللی

۲-۱. شرایط کار؛ حقوق و تعهدات کارگر

در قانون کار جمهوری اسلامی ایران مسئله شرایط کار^{۱۷} گنجانده شده است. در قانون کار، شرایط کار با عناوین حق السعی، مدت زمان کار، تعطیلات و مرخصی‌ها، وضعیت کار زنان و نوجوانان و ... مورد مطالعه و رسیدگی قرار می‌گیرد.

۲-۱-۱. ساعات کار

بر طبق قانون کار جمهوری اسلامی ایران ساعات کار در این قانون، مدت زمانی است که کارگر توان و وقت خود را با هدف انجام دادن کار در اختیار کارفرما می‌گذارد.

¹⁷ Statues of Work.

این مدت، ۸ ساعت در شبانه روز و ۴۴ ساعت در هفته است. این امر از بخش آخر ماده ۵۱ قانون کار و تبصره یک آن مشخص می‌شود؛ به این صورت که به جز مواردی که در این قانون مستثنی گردیده است؛ ساعت کار کارگران در شبانه روز نبایستی بیشتر از ۸ ساعت باشد. در تبصره ۱ مقرر شده که کارفرما با موافقت کارگران، نماینده یا کارگزاران قانونی آنان می‌تواند ساعت کار خود را در برخی از ایام هفته، کمتر از میزان مقدور و در سایر ایام افزون بر این مقدار معین نماید؛ مشروط بر اینکه مجموع ساعات کار هر هفته از ۴۴ ساعت بیشتر نشود. بر مدت زمان بیان شده در ماده ۵۱ با توجه بر نحوه کار و شرایط گوناگون مستثنی‌هایی هم برای برخی کارها وجود دارد:

۱. کارهای کشاورزی

در کارهای کشاورزی، کارفرما قادر است با توافق کارگران، یا کارگزاران قانونی آنها، ساعات کار در شبانه روز را با عنایت به نحوه کار، عرف و فصول گوناگون تنظیم نماید.

۲. کارهای سخت، زیان‌آور و زیرزمینی

مدت زمان کار در این نوع کارها، ۶ ساعت در روز و ۳۶ ساعت در هفته می‌باشد. به سبب قانون کار، کار در روز کارهایی است که زمان انجام‌دادن آن از ساعت ۶ بامداد تا ۲۲ شب باشد. کارهای دشوار و مضر، کارهایی است که در آنها علل فیزیکی، محیط کار، غیراستاندارد بوده که در اثر اشتغال کارگر، جنبشی فراتر از ظرفیت‌های طبیعی بدنی و روانی در وی به وجود می‌آید که نتیجه‌ی آن، بیماری شغلی و عوارض ناشی از آن می‌باشد. از مصداق‌های ناشی از این چنین کارها می‌توان به کار در معدن و یا کار در کارخانجات تولید ورق ایرانیت و یا لنت ماشین که ماده‌ی سرطان‌زایی آزیست جزء مواد اولیه آن است نام برد.

۳. کار متناوب

چنانچه ساعت تعیین شده در ماده ۵۱ را به صورت پشت سرهم برشماریم، از این جهت، کار متناوب همچون استثنایی بر اصل می‌تواند محسوب شود. کار متناوب عملی است که به طور نوعی در ساعت‌های پشت سرهم صورت نمی‌گیرد، بلکه در ساعات مشخصی از شبانه روز انجام می‌شود. فواصل تناوب کار در دست کارگر می‌باشد و حضور وی در کارگاه ضروری نیست.

بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین.../ حقی ۸۵

در کارهای متناوب ساعت کار و فواصل تناوب و همچنین کار اضافه نایستی از زمان آغاز تا اتمام به طور جمع از ۱۵ ساعت در شبانه روز بیشتر باشد.

۴. کار نوبتی

کار نوبتی عبات است از کاری که در طول ماه گردش است. به گونه ای که نوبت‌های آن، در صبح یا عصر یا شب انجام می‌شود. در کار نوبتی، امکان دارد ساعات کار از ۸ ساعت در شبانه روز و ۴۴ ساعت در هفته بیشتر شود، دارد ساعات کار از ۸ ساعت در شبانه روز و ۴۴ ساعت در هفته بیشتر شود، اما جمع ساعات کار در چهار هفته از ۱۷۶ ساعت نباید بیشتر شود.

۵. کار نوجوانان

ساعات کار یک کارگر نوجوان در طول روز، نیم ساعت کمتر از ساعت کار نرمال کارگران دیگر می‌باشد. ترتیب بهره‌مندی از این امتیاز با موافقت کارگر و کارفرما مشخص می‌شود.

۲-۱-۲. حق برخورداری از تعطیلات^{۱۸}

به کارگیری از توان و استعداد کارگران نه فقط نیازمند برنامه‌ریزی برای تعیین ساعات‌های کار آنان می‌باشد، بلکه مستلزم تعیین زمان استراحت برای تجدید نیروی آنها است، از این جهت برای کارگران در قانون کار تعطیلاتی مدنظر قرار داده‌اند که در این قسمت به انواع تعطیلات به عنوان یکی از حقوق کارگران می‌پردازیم:

۱. تعطیل هفتگی

پیشینه تاریخی تعطیل هفتگی را بایستی در استدلالات دینی جست‌وجو نمود. در آیه‌ی ۹ سوره مبارکه جمعه، مؤمنان در روز جمعه برای ذکر نمودن خداوند فراخوانده می‌شوند.^{۱۹} قانون اساسی نیز با الهام گرفتن از آموزه‌های دینی روز جمعه را به عنوان روز تعطیل مقرر نمود. در همین حیظه قانون کار هم، روز جمعه را روز تعطیل هفتگی کارگران با برخورداری از دستمزد مقرر نمود. در این امر استثناهایی وجود دارد و اینکه در کارهای راجع به ارائه خدمات عمومی مانند آب، برق، اتوبوس‌رانی و یا درگاه‌هایی که مطابق نوع و یا الزام کار و

¹⁸ Vocations.

¹⁹ موحدیان. (۱۳۹۸). ص ۱۴۷.

موافقت دوطرف، به صورت مستمر روز دیگری برای تعطیلی مشخص گردد، همان روز، در حکم روز تعطیل هفتگی خواهد بود.

۲. تعطیلات رسمی

ایامی که مطابق تقویم رسمی کشور جزو تعطیلات رسمی است، برای کارگران هم منظور می شود. ضمن تعطیلات رسمی، روز کارگر که یازدهم اردیبهشت هر سال است هم، جزو تعطیلات رسمی کارگران تلقی می شود. مغایر با یک روز در هفته که تعطیلی اجباری است، در روزهای تعطیل رسمی کارگر و کارفرما می توانند توافق نمایند که کارگر از تعطیلی رسمی استعمال ننموده و به کار مشغول باشد. شایان به ذکر است که در اغلب موارد ممکن است که روزی بین التعلیلین و از سمت دولت و از شیوه رسانه ها تعطیل باشد، برای کارگران هم ملاحظه می شود. به طور کلی هر تعطیلی که برای کارگران و کارمندان دولت مدنظر قرار داده شود بایستی همه کارگران نیز از این حق بهره مند شوند.

۳-۱-۲. حق برخورداری از مرخصی ها

یکی دیگر از حقوقی که کلیه کارگران به هر دلیلی چه موجه و چه اجباری به آن نیازمندند و باید از آن استفاده کنند، مرخصی است که به چند نمونه از آن می پردازیم:

۱. مرخصی استحقاقی

این نوع مرخصی به نوعی از مرخصی گفته می شود، که کارگر مستحق دریافت آن است. این نوع مرخصی حق کارگر می باشد، به این مفهوم که کارگر حق دارد بعد از اعمال کار و فعالیت در طول مدت سال، برای تجدید دوباره نیروی بدنی و روحی خود جهت انجام فعالیت مجدد به مرخصی برود. در مورد مرخصی استحقاقی مسائل زیر قابل بیان است:

* مرخصی استحقاقی سالیانه کارگران با برخورداری از دستمزد و محاسبه ی چهار روز جمعه، به طور جمع یک ماه می باشد. دیگر ایام تعطیل، جزو روزهای مرخصی تلقی نمی شوند. برای کار کمتر از یک سال، مرخصی مزبور به تناسب مدت زمان کار صورت گرفته حساب می شود. با عنایت به اینکه مرخصی استحقاقی سالانه، یک ماه است؛ مرخصی در ازای هر ماه ۲/۵ روز می باشد.

* مرخصی سالیانه کارگرانی که به کارهای دشوار و ضرر او مشغولند، ۵ هفته است.

بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین.../ حقی ۸۷

بهره‌مندی از این مرخصی حتی‌المقدور در دو نوبت و در انتهای هر شش ماه کار، انجام می‌پذیرد.

* کارگر قادر نیست بیشتر از ۹ روز از مرخصی سالانه خود را ذخیره نماید. ذخیره کردن مرخصی به این مفهوم است که از آن استعمال ننماید و به سنوات خود ذخیره سازد و بعد از بازنشستگی در ازای مقادیر ذخیره شده، مبلغی به میزان پاداش وی افزوده گردد.

* هر کارگر این حق را دارد که با هدف ادای عمل حج واجب در تمام مدت کار خود تنها برای نوبت یک ماه به عنوان مرخصی استحقاقی، در صورت داشتن این مرخصی ذخیره و یا در غیر این صورت مرخصی فاقد حقوق استفاده نماید.

* مقدار مرخصی استحقاقی کارگران فصلی مطابق ماه‌های عملکرد آن‌ها مشخص می‌شود.

۲. مرخصی بدون حقوق

این نوع مرخصی به نحوی است که به تقاضای کارگر جهت انجام کار شخصی از کارفرما درخواست می‌شود، که در برابر آن دستمزدی نمی‌طلبند و جزو زمان‌های کاری او تلقی نمی‌گردد، که برخی از شرایط آن را بیان می‌کنیم:

* با استناد به ماده‌ی ۱۶ قانون کار مدت زمان مرخصی فاقد حقوق کارگر، حداکثر تا دو سال است.

* به استنباط تبصره‌ی ماده ۱۶ قانون کار اگر مرخصی بدون حقوق کارگر با هدف ادامه تحصیل باشد، مرخصی تحصیلی نامیده می‌شود و تا دو سال دیگر، یعنی به طور جمع ۴ سال قابل تمدید است.

۳. مرخصی بارداری، زایمان و شیردهی

ماده‌ی ۷۶ قانون کار میزان مرخصی بارداری و زایمان کارگران زن را ۹۰ روز مقرر نمود که در خصوص زایمان دوقلو به بالا ۱۴ روز، به مدت آن مرخصی افزوده می‌شود. حکم بیان شده به سبب قانون جدید تغییراتی کرده است که عبارتند از:

* تمامی امتیازاتی که بر مبنای تعداد فرزندان یا عائله پیش‌بینی و وضع گردیده است در خصوص فرزند چهارم و پس از آن قابل اجرا نمی‌باشد.

* میزان مرخصی مزبور برای مادران شیرده به چهارماه اضافه گردید.

* کارگران زن که بعد از تمام شدن مرخصی زایمان، دوباره آغاز به کار می‌کنند، در صورت

ادامه روند شیردهی به فرزندانشان می‌توانند حداکثر تا ۲۰ ماهگی طفل، به طور روزانه یک ساعت از مرخصی برخوردار شوند.

۲-۲. حق برخورداری از شرایط ایمنی

اولین هدف حقوق کار، ضمانت امنیت فیزیکی دستمزدبگیر در مقابل خطرات بیماری و حوادثی بود که کار در کارگاه برای وی به وجود می‌آمد.

مقنن پس از آن تلاش نمود تا برای مزدبگیر یک امنیت اقتصادی حقیقی را با گسترش حق بر اشتغال که به همراه ثبات قرارداد کار و حفظ نمودن توانمندی حرفه‌ای مزدبگیر می‌باشد، فراهم نماید.

۱-۲-۲. امنیت جسمی و روانی

حقوق کار نخست با عنوان حقوق محافظ جسم و تن کارگران گسترش یافت. آن‌ها که تابع کارفرما و در تماس با سیستم‌های خطرناک بودند، دیگر قادر نبودند به عنوان مسئول امنیت خود محسوب شوند. تعهد جسمانی مزدبگیران در خدمت کارفرما سبب قرار دادن تعهد امنیتی بر شخص اخیر و مسئول دانستن او در مورد اتفاقات ایجاد شده بر کارگانش گردیده است. این اتفاقات از دو دلیل زیان آور بوده است؛ زیرا از یک جهت به تمامیت جسمی کارگران صدمه می‌زند و از طرفی دیگر اسباب امرار معاش آنان را به مخاطره می‌اندازد. کارفرما در مقابل کارگران خود ملزم به ایجاد وضعیت ایمنی می‌باشد و صرف عدم استفاده از ابزارهای موردنیاز برای جلوگیری از خطرانی که او نسبت به آنان اطلاع دارد یا باید داشته باشد، یک خطای غیربخشودنی از طرف او می‌باشد که او را وادار به همکاری در جبران کامل زیان از راه تأمین اجتماعی می‌نماید.

این تعهد قراردادی، به تعهد قانونی ایمنی می‌پیوندد که بر دوش رئیس کارگاه یا نهاد، در برابر کارگرانی که در آن استخدام هستند، ولو کارگران موقتی، سنگینی می‌نماید. وی که شامل توانمندی مدیریتی می‌باشد، شخصاً و به صورت مستقیم مسئول رد شرایط امنیتی می‌باشد و نمی‌تواند این مسئولیت را به کارگزاران دیگری بسپارد، مگر در شرایطی خاص. همکاری مزدبگیران در ایمنی کارگاه، در سطح گروهی از راه نهاد انجمن بهداشت، ایمنی و شرایط کار^{۲۰} صورت می‌پذیرد.

²⁰ Comite Hygiene Securite. Conditions Travail = CHSCT.

بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین.../ حقی ۸۹

این انجمن مخصوصاً حق اخطار در خصوص خطر زیاد و فوری و به نحو کلی‌تر نوعی رسالت در مشاوره و کنترل و نظارت ایمنی در کارگاه را بر دوش دارد. این نظارت یکی از صلاحیت‌های مهم بازرس کار می‌باشد، که در این پیرامون از اختیارات وسیعی راجع به تفتیش بهره‌مند است. او قادر است از تخطی‌های دیده شده صورت جلسه تنظیم و در مورد خطر جدی متوجه تمامیت بدنی، به قاضی دادرس فوراً مراجعه نماید، تا وی فرمان اخذ تدابیر مورد نیاز را برای متوقف نمودن خطر بدهد.

۲-۲-۲. امنیت اقتصادی

قرارداد کار تنها محل یک نوع مبادله بین کار و دستمزد نمی‌باشد؛ بلکه به وجود آورنده‌ی ارتباط میان کارگر و کارفرما است. این پیوند را نخست می‌توان به عنوان ارتباط تبعیت تعریف نمود، که در آن کارگر از اوامر کارفرما پیروی می‌نماید. ولی کارگری که بدین‌سان از آزادی خود صرف‌نظر کرده خود را به نوعی در معرض شناسایی و تحقق به نوعی ایمنی اقتصادی می‌نگرد. در غیر این صورت ضرورتی نداشت که این ارتباط میان وی و کارفرمایش به وجود آید. همین ارتباط که از وابستگی کارگر به موضوع اقتصادی نشأت می‌گیرد را اشتغال می‌گویند. اشتغال ضمن تبادل کمیت‌ها (به مفهوم عوض نمودن زمان خود با پول) یک تبادل کیفی را بین وابستگی و امنیت اضافه می‌نماید.

هر عملی یک اشتغال نمی‌باشد، گرچه کارگران عرضه‌کنندگان در بازار هستند، متقاضیان شغل نیز می‌باشند. زیاد شدن تعداد کارگران فقیر که به صورت دشوار کار می‌کنند بدون اینکه آن ابزارهای رایج زندگی را به دست آورند، بیانگر ناکامی حقوق کار است که یکی از اهداف اصلی آن، به طور دقیق تبدیل کار به کلید دسترسی به امنیت اقتصادی است. این هدف مدت‌ها به عنوان هدف ایمنی در شغل، شناخته می‌شد. ولی برقراری مداوم یک موج بیکاری وسیع، سبب قراردادن این ایمنی بر مبنای تعالیم و آموزه‌های طولانی مدت توانمندی‌های حرفه‌ای کارمندان گردید.

۲-۲-۳. امنیت اشتغال

امنیت اشتغال به وسیله جمعی از قواعد که به دنبال رابطه قراردادی می‌باشند، تعبیر می‌گردد. بعضی از آن‌ها حفاظت از قرارداد را ساماندهی می‌نماید و بعضی دیگر امکان از هم گسستن آن را محدود می‌کنند.

فنون مختلف مخصوص حقوق کار که ضمنت حفاظت از رابطه قراردادی را در مقابل اتفاقاتی که می‌توانند آن‌ها را زیر سوال ببرد امکان‌پذیر می‌نماید، از این دسته‌اند. تعلیق قرارداد در مورد ناتوانی بدنی موقت کارگر نظیر بیماری، بارداری، اتفاق و یا کاهش موقتی زمان کار در خصوص مشکل اقتصادی موقت کارگاه، که سبب بیکار شدن نیمه وقت کارگران می‌گردد. ولی شیوه مخصوصی مشتمل بر وارد آمدن توقف پیمان‌های کار در خصوص تغییر شرایط حقوقی کارفرما بوده است از جمله: وراثت، فروش، ادغام، تغییر دادن شکلی سرمایه، تبدیل شدن به شرکت تجاری و

در سطح فردی، کارفرما و کارگر می‌توانند با انتخاب منحل نمودن توافقی قرارداد کار در شکل شرایط تعیینی به وسیله قانونی که در ۲۵ ژوئن ۲۰۰۸ تصویب گردید؛ از تشریفات اخراج اجتناب نمایند. بدین صورت حقوق کار پس از اخذ تصمیم به کاهش تعدادی از کارگران وارد عمل می‌گردد؛ به طوری که امری که از قبل آن را مقرر می‌دارد همچنان مورد غفلت مقنن می‌باشد مثل قواعد تطبیق مالی که اخراج‌های ناشی از بورس را واجد اعتبار می‌سازد؛ گرچه این نوع اخراج هنوز در ایران دامان کارگران بسیاری را نگرفته است.^{۲۱}

۴-۲-۲. الحاق ایران به اسناد بین‌المللی در زمینه‌ی کار

دولت ایران از اولین سال ایجاد سازمان بین‌المللی کار، یعنی از سال ۱۹۱۹ با پیوستن به اساسنامه سازمان، عضویت این نهاد را قبول نموده است. پایه و اساس این عضویت فصل سیزدهم میثاق جامعه ملل می‌باشد که بیان می‌نماید: عضویت در جامعه ملل همچنین موجب عضویت در سازمان بین‌المللی کار می‌گردد. دولت ایران در مورخ ۱۳۰۰/۱۰/۹ به سبب ماده واحده‌ی زیر عضویت جامعه ملل را قبول نمود:^{۲۲} «ماده‌ی واحده - مجلس شورای ملی عضویت مملکت ایران را در جامعه‌ی ملی تصویب می‌نماید.»

بدین ترتیب ایران از سال ۱۳۰۰ به عنوان یکی از اعضای سازمان بین‌المللی کار محسوب می‌شود و از آن تاریخ با سازمان ذکر شده مشارکت داشته است. فلذا ایران مانند سایر کشورهای عضو این سازمان وظیفه دارد تا تعهدات خود را در برابر مصوبات سازمان مذکور اعمال نماید.

²¹ Galloway (D,1993)167.

²² مجموعه کنوانسیون‌های بین‌المللی تصویبی دولت ایران، اداره کل قوانین و مقررات کشور، (۱۳۷۶)، ص ۴۱.

بررسی تطبیقی حقوق بنیادین کار در قوانین.../ حقی ۹۱

گرچه شیوه تنظیم و تألیف سیاست‌های این سازمان (که در شکل مقاوله‌نامه‌ها و توصیه‌نامه و اعلامیه انعکاس می‌یابد) به نحوی است که عرف و مقررات ملی کشورها در این مصوبات، مورد عنایت قرار می‌گیرد و به همین دلیل مرجع اخذ تدابیر برای قبول این مصوبات قوه مقننه هر کشور می‌باشد. در ایران هم مطابق اصل هفتاد و هفتم قانون اساسی «عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، قراردادها و توافق‌نامه‌های جهانی بایستی در مجلس شورای اسلامی تصویب شود». بر همین اساس، در صورتی که در مقاوله‌نامه‌ها یا توصیه‌نامه‌ای مواردی افزوده شود که با عرف و مقررات یک کشور مطابقت نداشته باشد، آن کشور از الحاق به آن مقرره‌ها اجتناب می‌ورزد.

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی هم مشارکت‌های جمهوری اسلامی ایران با سازمان بین‌المللی کار پایدار بود. به طوری که ایران به عنوان اعضای اصلی هیئت مدیره و رئیس گروه کشورهای آسیا و اقیانوسیه، در مدت سال‌های ۱۹۹۶ الی ۱۹۹۹ برگزیده شد. هم‌منظور ایران در سال‌های ۱۹۹۷ (به عنوان معاون هیئت مدیره) و در سال ۱۹۹۸ (برای اولین بار به عنوان رئیس گروه دول عضو هیئت مدیره) و در سال ۱۹۹۹ (با سمت عضو اصلی هیئت مدیره سازمان) فعالانه در اخذ تدابیر سازمان بین‌المللی کار همکاری داشت.^{۳۳}

۳-۲. آرای قضایی

آرای مختلف و متعدد بسیاری در زینه حقوق کارگری و مراجع صالح در خصوص رسیدگی به این موضوع وجود دارد که به برخی از آن‌ها اشاره می‌گردد. در مورد مرجع صالح به رسیدگی به دعاوی کارگری در رأی مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۲۴ صادره از شعبه تجدیدنظر دیوان عدالت اداری چنین مقرر شد: صلاحیت محلی رسیدگی به دعاوی کار با مرجعی است که کار و کارگاه و کارگر در آن حوزه فعالیت دارند.

در رأی دیگری در خصوص احراز رابطه کارگری و کارفرمایی که در تاریخ ۱۳۹۵/۰۹/۲۳ از شعبه چهارم تجدیدنظر دیوان عدالت اداری صادر شد، با توجه به شرایط احراز شعبه بدوی چنین مقرر کرد که: نظر به اینکه اشتغال شاکی مطابق رأی صادره از هیأت اداره کار محرز و مسلم شده است و نظر به اینکه شعبه بدوی مستند به رأی مذکور، الزام تأمین

^{۳۳} سپهری. (۱۳۸۱). ۱۲۶.

اجتماعی را به دریافت حق بیمه و احتساب سوابق صادر نموده است و ایراد و اعتراض مؤثری که موجبات نقض رأی شعبه بدوی را فراهم کند، ابراز نشده است؛ لذا مستنداً به ماده ۷۱ قانون تشکیلات و آئین دادرسی، رأی معترض عنه عیناً تایید می‌گردد و رأی صادره قطعی است. لذا بر این اساس و بر پایه رأی بدوی که مورد تایید قرار گرفت، صلاحیت احراز رابطه کارگری - کارفرمایی و مدت آن با مراجع هیأت تشخیص و حل اختلاف اداره کار و امور اجتماعی می‌باشد.

همچنین رأی دیگری که در تاریخ ۱۳۹۵/۷/۱۲ از شعبه بیستم دیوان و در بررسی رأی هیئت حل اختلاف کارگری صادر شد و اینگونه تشریح داشت که: در خصوص دادخواست آقای ف. الف. الف. به طرفیت خوانده و در اعتراض به رأی شماره هیأت حل اختلاف با توجه به شرح شکایت شاکی و دفاع خوانده و اسناد و محتویات پرونده متشکله در اداره کار و اظهارات طرفین و مستنداً به ماده ۸۷ آئین نامه اجرایی ماده ۱۶۴ قانون کار مصوب ۱۳۹۱/۸/۷، ارائه دلیل رابطه کارگری و کارفرمایی و مدت آن و دستمزد و مزایای قانونی کار بر عهده کارگر است که به حکایت محتویات پرونده و مفاد لایحه ارسالی خوانده، دلایل و اسناد و مدارک مثبت ادعای شاکی ارائه نگردیده؛ لهذا و مستنداً به ماده ۸۶ آئین نامه مذکور، ایراد و اشکالی متوجه رأی مورد اعتراض وارد نیست.

نتیجه گیری

حقوق کار آمیخته‌ای از قواعد حقوق خصوصی و حقوق عمومی می‌باشد. زیرا به آن دلیل که مبنی بر پیمان خصوصی بین کارگر و کارفرما است، از قوانین حقوق خصوصی و مدنی تبعیت می‌نماید ولی از آن جهت که دول در ارتباط بین این دو گروه، مداخله‌های زیادی نموده‌اند مخصوصاً برای حمایت از کارگران که نقش مهمی در مناسبات سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشورها دارند، دستورات و قوانین حقوق عمومی به طور زیادی بر این نوزاد چند رگه سایه افکنده است.

این مسئله از نظر فقهی و شرعی به این صورت است که، ارتباط بین کارگر و کارفرما تنها مبنی بر دستورات اولیه‌ی شرعی نمی‌باشد، بلکه بسیاری از قوانین حاکم بر قراردادهای کار بر مبنای احکام ثانویه مرتب می‌شود که مصوب نمودن قانون کار جمهوری اسلامی ایران در مجمع تشخیص مصلحت نظام و منحرف شدن از جریان معمولی قانون‌گذاری، به خوبی بیانگر این ادعا می‌باشد. از جهتی دیگر قوانین کیفری ویژه‌ای که در حقوق کار وجود دارد موجب شد که حقوق کیفری مختص کار هم در کنار دیگر رشته‌های حقوق کیفری اختصاصی عنوان گردد و از این جهت، چندگانه بودن حقوق کار را پررنگ‌تر می‌نماید. در هر صورت چون در بحث حقوق کار مهمترین رکن، کارگر و حقوق آن از یک طرف و تعهدات کارگر و کارفرما در برابر هم است؛ در مباحثی به این مسئله پرداخته و در مباحث بعدی به دیگر موضوعات مانند شرایط ایمنی، تبعیض در استخدام، کار کودک و ... و در نهایت قانون کار جمهوری اسلامی ایران را جای‌گذاری نمودیم.

حقوق کار در پی مبارزات و واکنش‌های کارگری و همچنین به موجب حمایت و فعالیت انسان دوستانه که از کارگران دفاع نمودند، جهت برطرف نمودن بی‌عدالتی و بهتر شدن زندگی کارگران ایجاد می‌شود. از آنجایی که بهتر شدن موقعیت کار و زندگی کارگران، هدف اصلی و مهم حقوق کار را ایجاد می‌نماید و با توجه به اینکه اقداماتی که در این راه انجام شد، با محدودیت‌هایی از نظر موضوعات اقتصادی مواجه گردید، در مقابل عناوین اقتصادی مرسوم شده است که از این هدف‌ها با تعابیر اجتماعی ذکر شده و اطلاق می‌شود که ترقی اجتماعی، علل وجودی حقوق کار می‌باشد. به بیانی ساده‌تر حقوق کار از آن جهت جنبه‌ی اجتماعی دارد که به یک مشکل اجتماعی یعنی موضوعات قسمتی از گروه‌های صدمه‌پذیر

جامعه که همان کارگران هستند، می‌پردازد. سازمان‌های بین‌المللی به روشنی فهمیدند که حق بر کار مشمول حق برخورداری از اخراج نشدن خودسرانه می‌باشد. گرچه انجمن هنوز اصول کلی حاکم بر شیوه‌های اخراج را تبیین ننموده است، ولی ضمیمه در پی وجود ضمانت کافی یا غیرقضایی بوده است تا افرادی که اخراج می‌شوند به نحوی از راه جبرانی دسترسی داشته باشند. در اغلب موارد، انجمن تا جایی پیش‌روی نموده که از بعضی موارد خاص اخراج مانند اخراج‌های مبنی بر گرایش‌های سیاسی کارمندان یا عضویت آنان در اتحادیه‌های صنفی انتقاد نموده است.

نقش سازمان‌های بین‌المللی به عنوان یک سازمان نظارتی جهانی در مورد امور ناشی از ماده‌ی ۶، مانند مواد ۷، ۸ و ۹ ناچار به نقشی که این نهاد اعمال می‌نماید، جنبه ثانوی دارد. در حقیقت کمیته نقش کوچکی در تقویت جریان‌های نظارتی سازمان بین‌المللی کار دارد ولی کاربرد اصلی کمیته، مورد خطاب قرار دادن آن گروه از دولت‌هایی بوده است که عضو مقاله‌نامه‌های مربوطه سازمان بین‌المللی کار نمی‌باشند و یا در مواردی که استانداردهای میثاق، سخت‌گیرانه می‌باشد. از این جهت، کشورهای عضو کمیته مستلزم‌اند به هنجارهای ذی‌ربط سازمان مذکور و اینکه محتوای ماده ۶ تا چه میزانی به تکرار یا گسترش پشتیبانی‌های ارائه شده در این گروه از قوانین سازمان بین‌المللی کار می‌پردازد، شناخت و وقوف کافی داشته باشند. گرچه این امر نه تنها از نظر الزام حفظ مشارکت نهادی و استانداردهای سازگار، بلکه به این وسیله نیز صالح است که این گروه از استانداردهای سازمان بین‌المللی کار تا اندازه زیادی، رویه جاری دول عضو میثاق را انعکاس دهند.

پیشنهادات

۱. پیشنهاد می‌گردد به منظور توجه بیشتر به حقوق کارگران و تطبیق بیشتر با قوانین بین‌المللی نسبت به بازبینی قوانین کار اقدام گردد.
۲. پیشنهاد می‌گردد با توجه به عدم آگاهی کارگران به حقوق قانونی خود نسبت به اعلام و آگاهی بخشی حقوق قانونی، به این افراد اقدامات لازم و راهکارهای مناسب انجام گیرد.
۳. پیشنهاد می‌گردد با ایجاد نهادهای نظارتی و تأکید بر قواعد حقوقی داخلی و بین‌المللی از استثمار و تضییع حقوق بنیادین کارگران جلوگیری نموده و حقوق بنیادین آنان احیا گردد.

کتابنامه

- {کتاب:} الیوت، کاترین. (۱۳۹۵). نظام حقوقی فرانسه، ترجمه صفر بیگزاده، مجلس شورای اسلامی.
- {کتاب:} حسینی، ناصر. (۱۳۹۸). فرهنگ کار و تأمین اجتماعی، چ سوم.
- {کتاب:} سپهری، محمدرضا. (۱۳۸۱). مقاله‌نامه‌های بین‌المللی کار.
- {کتاب:} عراقی، عزت‌الله. (۱۳۹۹). حقوق بین‌المللی کار، مؤسسه کار و تأمین اجتماعی.
- {کتاب:} مجتبوی نائینی، مهدی. (۱۳۹۹). فرهنگ اصطلاحات کار و تأمین اجتماعی، مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، چ چهارم.
- {کتاب:} هاشمی، محمد. (۱۳۸۴). حقوق بشر و آزادی‌های اساسی نشر میزان، چ اول.
- {کتاب:} مسعود، حمیدرضا. (۱۳۹۶). مقاله «سازمان بین‌المللی کار را بشناسیم»، روزنامه کار و کارگر، بخش اول.
- {کتاب:} (۱۳۷۶). مجموعه‌ی کنوانسیون‌های بین‌المللی تصویبی دولت ایران، اداره کل قوانین و مقررات کشور، ج ۵، چ اول.
- {مقاله:} زرریشان، شهرام. (۱۳۸۳). حقوق بنیادین کارگر در اعلامیه ۱۹۹۸ سازمان بین‌المللی کار، روزنامه ایران.
- {مقاله:} (۱۳۸۳). ارکان و ساختار سازمان بین‌المللی کار را بشناسیم، مجله صنعت و ایمنی، ش ۹۳.

Gal (T), (1994). "Worldmark Encyclopedia of the Nations", Thomson Gale, 11 th ed 2001

Matering Mexico,(1975). "The Story Of The World Conference Og The International Womens Year", (Newyork, United Nations)

Razavi, Shahra (2001).Globalization, Employment and women'sEmpowermenthttp://www.un.org/womenwatch/daw/csw/empower/documents/RazaviBP.pdf.

بررسی سیستم طبقه بندی مشاغل در نظام حقوق اداری ایران

رضا جمالی*

چکیده

امروزه یکی از مشکلاتی که سیستم‌های اداری را تهدید می‌کند، نارضایتی کارکنان از میزان حقوق دریافتی‌شان است. این مشکل را باید به مشکلات دیگر نظیر عدم مشخص بودن حوزه کاری، انتخاب افراد ناشایست و ... افزود. این مشکلات همواره باعث ضعف سیستم گردیده و آن را از مسیر رشد خارج می‌کند. سوال این است که آیا می‌شود در معیارها و مؤلفه‌های طبقه‌بندی مشاغل کارکنان دولت تدبیری نظیر تلفیق آن با معیارها و مؤلفه‌های حقوق کارکرد و این ضعف را برطرف نمود؟ معیارهای ارائه شده توسط حقوق اداری ایران در فضایی ارائه گردیده است که کارکنان می‌خواستند به مراجعه کنندگان پاسخگو باشند و از سوی دیگر در زمان تصویب حقوق اداری ایران اکثریت بی‌سواد و یا دارای تحصیلات کم بوده‌اند. پس در آن زمان نیاز بوده کارکنان دولت از میزان تحصیلات مناسبی برخوردار باشند. در فرض تغییر مؤلفه‌ها و معیارها کارکنان متضرر می‌شوند یا منفعت نصیب آنها می‌شود؟

با تغییر شیوه طبقه‌بندی، کارکنانی که تحصیلات مناسبی ندارند، می‌توانند پیشرفت کنند. با استفاده از معیارها و مؤلفه‌های حقوق کار در حقوق اداری می‌توان باعث ایجاد رشد کارکنان و سازمان‌ها شد. حقوق کار همواره مزیت‌های بهتری برای کارگران نسبت به حقوق اداری برای کارمندان دارد.

واژگان کلیدی: حقوق، سیستم اداری، تحصیلات، کارکنان.

* کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه مفید، قم، ایران.

مقدمه

منظور از طبقه بندی مشاغل در نظام حقوقی ایران

واژه طبقه بندی مشاغل به معنی بخش بندی یا تقسیم بندی تمامی شغل ها در سازمان از پایین تا بالاترین سطح شغلی مطابقاً عواملی چون:

۱. تخصص، ۲. اهمیت، ۳. مهارت، ۴. وظایف و سایر عوامل کلی می باشد.

طرح طبقه بندی مشاغل به جهت مشخص شدن نوع شغل، استاندارد کردن مشاغل و همچنین جلوگیری از بهره کشی های احتمالی از کارگران و کارمندان در هر کارگاه و سازمان تدوین گردیده و قانون یا به عبارتی دستورالعمل طرح طبقه بندی مشاغل توسط وزارت کار ایران و سازمان امور استخدامی کشور و با هدف حمایت از کارگران و کارمندان، کم کردن سوءاستفاده کاری از آنان ایجاد شده است. مطمئناً در صورتی که کارگر و کارمند، حدود وظایف و شرح فعالیت های شغلی خود را ندانند، ممکن است با بهره کشی کارفرما یا سازمان و یا سایر افراد کارگاه مواجه گردند.

نبود تعریف مشخصی از شغل، وظایف، سطح کاری و نداشتن دامنه کاری موجب بهره کشی مضاعف از کارگر و کارمند یا نپرداختن حقوق متناسب با زحمات آنها می گردد. قانون طبقه بندی مشاغل با هدف جلوگیری از موارد عنوان شده و با حمایت از کارگران و کارمندان به بحث گروه بندی مشاغل اشاره دارد. این قانون با تدوین و تهیه عنوان های شغلی و همچنین تعریف و ارزش گذاری مشاغل پرداخته تا با ایجاد بستری بتواند جلوی سوءاستفاده از کارگران و کارکنان را تا حد امکان بگیرد.

فصل اول

۱-۱. طبقه بندی مشاغل کارکنان دولت

طبقه بندی مشاغل موضوع ماده ی ۱ قانون نظام هماهنگ کارکنان دولت طبق ضوابط آئین نامه اجرائی طرح طبقه بندی مشاغل صورت می گیرد و بر این اساس مشاغلی که حسب مورد در و در وزارتخانه ها و مؤسسات مشمول قانون استخدام کشوری به عنوان پست ثابت سازمانی و در

بررسی سیستم طبقه بندی مشاغل در.../ جمالی ۹۹

شرکت‌های دولتی تابع مقررات استخدامی شرکت‌های دولتی به عنوان شغل مستمر شناخته شده است، مشمول مقررات این آئین‌نامه خواهند بود. مشاغل مؤسسات و شرکت‌های دولتی که قانوناً مکلف به اجرای این آئین‌نامه هستند، وقتی به رسمیت شناخته می‌شوند که شرح رشته شغلی آنها حسب مورد از طرف سازمان امور اداری و استخدامی کشور تأیید و از نظر تخصیص طبقات آن به گروه‌های حقوقی به تصویب شورای امور اداری و استخدامی کشور برسد.

شرح رشته شغلی عبارت است از شرحی که به منظور مشخص کردن وظایف و مسئولیت‌ها و تعیین شرایط احراز مشاغل قابل تخصیص به آن تهیه می‌شود و حاوی: ۱. عنوان، ۲. تعریف، ۳. نمونه‌ای از وظایف و مسئولیت‌ها، ۴. حداقل شرایط احراز و همچنین تاریخ تصویب و شماره آن مشاغل است می‌باشد.

تخصیص از نظر این آئین‌نامه عبارت است از:

۱. قرار دادن یک شغل در طبقه شغلی مربوط

۲. قرار دادن طبقه شغلی در یکی از گروه‌های جدول حقوق موضوع ماده‌ی ۱ قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت

تخصیص مشاغل مورد تصدی مستخدمین مشمول این آیین‌نامه به طبقات شغلی و گروه‌های مربوط با توجه به شغل مورد تصدی، مدارک تحصیلی و سنوات تجربی، براساس فهرست تخصیص تا گروه ۱۰ جدول حقوق با کمیته موضوع ماده‌ی ۲۲ آیین‌نامه اجرایی قانون می‌باشد. مراد از تجربه آن بخش از خدمات دولتی و یا غیردولتی مستخدم است که سبب افزایش مهارت مستخدم می‌گردد. تجربه مربوط عبارت از آن قسمت از خدمات مستخدم است که در رشته مربوط به شغل مورد تصدی او می‌باشد و تجربه مشابه عبارت از آن بخش از خدمات مستخدم است که در زمینه شغل مورد تصدی او می‌باشد. (مانند تجربه کمک بهیاری برای بهیاری و تجربه کارپردازی برای انبارداری) تشخیص تجربه مشابه به عهده کمیته موضوع ماده‌ی ۱۲ آئین‌نامه خواهد بود. در هر حال یک سوم تجربه غیرمربوط مستخدم قابل احتساب خواهد بود که عبارت است از:

۱۰۰ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه نامه حقوق / صص ۹۷-۱۰۹

۱. کل سوابق تجربی مربوط و مشابه با مدرک تحصیلی لیسانس مربوط و بالاتر
۲. پس از اخذ مدرک تحصیلی لیسانس مربوط، یک دوم سوابق طی شده مربوط و مشابه با مدرک تحصیلی فوق دیپلم قابل احتساب است.
۳. پس از اخذ مدرک تحصیلی لیسانس مربوط، یک سوم سوابق طی شده مربوط و مشابه با مدرک تحصیلی دیپلم قابل احتساب است.
۴. از بقیه سوابق، معادل خدمات بعد از اخذ مدرک لیسانس قابل احتساب خواهد بود.
۶. پس از اخذ مدرک فوق دیپلم مربوط، تمام سوابق طی شده مربوط و مشابه با مدرک دیپلم قابل احتساب است. یک کارشناس طبقه بندی در هر سازمان با توجه به اصطلاحات و تعاریف کلیدی ای که در ذیل به شرح مختصری از آن می پردازیم و در کتاب طرح طبقه بندی مشاغل ذکر شده است، جایگاه سازمانی افراد را در آن حوزه مشخص می نماید.
۱. طرح طبقه بندی مشاغل عبارت است از شرح رشته های شغلی، فهرست تخصیص، مقررات، دستورالعمل و آیین نامه اجرایی
۲. پست سازمانی: مجموعه وظایف و مسئولیت هایی است که به موجب قانون به صورت مستمر یا غیرمستمر برای ارجاع به یک فرد در نظر گرفته می شود.
۱. انتصاب: گماردن مستخدم به پست سازمانی
۲. رشته شغلی عبارت است از یک یا چند طبقه شغلی که از لحاظ نوع کار مشابه هستند اما از لحاظ اهمیت و دشواری وظایف مسئولیت ها دارای درجات مختلف هستند؛ مانند کارگزین، کتابدار و طبقه یک هر رشته شغلی از لحاظ اهمیت در پایین ترین سطح و آخرین طبقه در بالاترین سطح آن رشته شغلی قرار دارد.
۱. شرح رشته شغلی: عبارت از شرحی است که مشخص کننده وظایف، مسئولیت ها و شرایط احراز مشاغل قابل تخصیص به یک رشته شغلی مشخص است و حاوی عنوان، تعریف، نمونه وظایف و مسئولیت ها، حداقل شرایط احراز، تاریخ تصویب و شماره تشخیص که خود مبین رشته، رشته فرعی و رشته شغلی مشاغل است.

بررسی سیستم طبقه بندی مشاغل در.../ جمالی ۱۰۱

۲. **شرایط احراز شغل:** عبارت است از حداقل خصوصیات فکری، جسمی و یا سایر نیازهای مربوط که برای انجام وظایف و مسئولیت‌های پست‌های قابل تخصیص در آن رشته شغلی در نظر گرفته می‌شود. مهم‌ترین این عوامل عبارت‌اند از تحصیلات، تجربه، دوره آموزشی، کارآموزی و

۳. **رسته:** عبارت است از مجموعه رشته‌های شغلی که از لحاظ نوع کار، حرفه، رشته تحصیلی و تجربی وابستگی نزدیک دارند و همراه با یکدیگر طیف حرفه‌ای وسیعی را تشکیل می‌دهند؛ مانند رسته اداری و مالی، رسته خدمات و...

۴. **رسته فرعی:** در یک رسته، رشته‌های شغلی که از نظر نوع کار، حرفه و شرایط احراز وابستگی بیشتری دارند، در یک رسته فرعی قرار می‌گیرند؛ مانند رسته فرعی امور مالیاتی در رسته اداری و مالی و ...

۵. **تخصیص:** عبارت است از قرار دادن پست مستخدم در طبقه شغلی مرتبط و سپس قرار دادن آن در یکی از طبقه‌های جدول حقوقی بدین ترتیب، کارشناس طبقه‌بندی مشاغل با همکاری اعضای کمیته اجرایی طرح طبقه‌بندی مشاغل در مورد انتصاب، ارتقا طبقه و تخصیص پست‌های سازمانی و بررسی مدارک دانشگاهی که توسط مستخدمین سازمان ارائه می‌گردد و مشخص نمودن رسته، رشته شغلی و عنوان پست سازمانی و اختصاص دادن ردیف موجود در سازمان، جایگاه سازمانی مستخدم را تعیین می‌نماید.

مجموعه رسته‌های هشت‌گانه در کتاب طبقه‌بندی مشاغل به ترتیب عبارت‌اند از :

۱. رسته امور آموزشی و فرهنگی

۲. رسته اداری و مالی

۳. رسته امور اجتماعی

۴. رسته امور بهداشتی و درمانی

۵. رسته خدمات

۶. رسته کشاورزی و محیط زیست

۱۰۲ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه نامه حقوق / صص ۹۷-۱۰۹

۷. رشته فنی و مهندسی

۸. رشته فناوری اطلاعات

در ذیل چند ماده قانونی که کارشناس طبقه بندی مشاغل با توجه به آنها پست سازمانی و طبقه شغلی فرد را مشخص می نماید آمده است. ارتقای مستخدم از یک گروه به گروه بالاتر با رعایت شرایط زیر خواهد بود:

۱. در گروه جدید شغل بدون تصدی وجود داشته باشد. (ردیف سازمانی و رشته شغلی مربوطه در سازمان موجود باشد و بلا تصدی باشد.)

۲. مستخدم شرایط احراز شغل گروه جدید را از لحاظ تجربه و تحصیل دارا باشد. (شرط احراز عنوان پست سازمانی مربوطه را با توجه به مدرک تحصیلی اش داشته باشد). لازم به ذکر است مستخدمینی که به مرکز منتقل می شوند و یا سوابق خدمتی قبلی دارند نیز توسط کارشناس طبقه بندی مشاغل و طبق ضوابط خاص در مورد محاسبه سوابق مرتبط در مقاطع مختلف، سوابقشان محاسبه شده و با توجه به مقطع تحصیلی کنونی آنها، تاریخ ارتقا طبقه بعدی مشخص شده و در سیستم کامپیوتری و در دفتر سررسیدها ثبت و ضبط می شود. سپس در تاریخ سررسید کارشناس مربوطه تاریخ ارتقا طبقه را با توجه به مرخصی بدون حقوق یا غیبت احتمالی مستخدم، مجدداً محاسبه نموده و صورت جلسه ای را برای طرح در کمیته اجرایی تنظیم می نماید.

جدول شرایط احراز ارتقاء طبقه شغلی کارکنان از رتبه ۱۳ به رتبه ۱۴

رتبه	۱	۲	۳	۴	۵	۶	۷	۸	۹	۱۰	۱۱	۱۲	۱۳
تصدی	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱
تجربه	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱
تحصیل	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱
حقوق	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱
سوابق	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱
تاریخ	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱
مجموع	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱

۱- گروه های شغلی و ارتقای آنها در جدول فوق آمده است. در تمام طبقه بندی مشاغل رعایت شود.

۲- اگر فردی که در رتبه ۱۳ طبقه بندی شده باشد، به رتبه ۱۴ ارتقاء دهد، در محاسبه طبقه طبقه آن طبقه می شود.

۳- محاسبه خدمت در مشاغل که در رتبه ۱۳ به رتبه ۱۴ ارتقاء یافته اند، به عنوان خدمت در رتبه ۱۳ و در محاسبه طبقه طبقه می شود.

۴- طبقه شغلی رتبه ۱۴ و بعد از آن از احکام محاسبه و به طبقه و رتبه آن طبقه محاسبه می شود.

۵- طبقه شغلی رتبه ۱۴ و بعد از آن از احکام محاسبه و رتبه ۱۳ محاسبه می شود.

در رتبه ارتقاء رتبه ارتقای بر اساس جدول فوق

رتبه	۱	۲	۳	۴	۵	۶	۷	۸	۹	۱۰	۱۱	۱۲	۱۳
تصدی	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱
تجربه	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱
تحصیل	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱
حقوق	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱
سوابق	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱
تاریخ	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱
مجموع	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱

۱- سوابق از تاریخ احراز رتبه شغلی و حقوق شغلی و تحصیلی و تخصصی می شود.

۲- تخصصی از ۱۳ تا ۱۴ و غیره.

بررسی سیستم طبقه بندی مشاغل در.../ جمالی ۱۰۳

این صورت جلسه شامل اطلاعاتی نظیر عنوان پست سازمانی، طبقه کنونی، مدرک تحصیلی و سوابق مستخدم و طبقه جدید و تاریخ اجرای طبقه مذکور می باشد. این صورت جلسه پس از تشکیل جلسه و امضای اعضای کمیته به کارشناس طبقه بندی ارجاع داده شده و کارشناس مذکور نسبت به ثبت طبقه جدید به همراه تاریخ اجرا و صدور حکم ارتقا طبقه اقدام می نماید.

فصل دوم

۲-۱. طرح طبقه بندی کارگران

منظور از طرح طبقه بندی مشاغل کارگران مشمول قانون کار این است که کارگران با رعایت شرایط احراز پیش بینی شده در شناسنامه شغلی از گروه و مزد شغل و مزد سنوات برخوردار می شوند. در این طرح برای ساده کردن کار ضریب ۱ در نظر گرفته می شود و شغلها باتوجه به پیچیدگی و مهارت های مورد نیاز ضرایب بیشتری می گیرند. همچنین هرچه سابقه فرد بیشتر شود، گروه شغلی او نیز بالاتر می رود؛ یعنی نسبت به دستمزد ساده ترین کار باید درصد بیشتری مزد بگیرد. پایین ترین مزد همان دستمزدی است که توسط وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی هر ساله اعلام می شود. بنابراین اگر این طرح اجرا شود، کارگاهها از این حالت که حداقل دستمزد را به تمام کارکنان خود بدهند، خارج می شوند.

در قانون اجرای طرح طبقه بندی مشاغل، دو دسته از کسب و کارها ملزم به اجرای این طرح هستند:

۱. کارگاههایی که دارای ۵۰ کارگر و بیشتر هستند، ملزم به اجرای طرح طبقه بندی مشاغل می باشند.

۲. شرکت های خدماتی (پیمانکاری و تأمین نیروی انسانی) طرف قرارداد با دستگاه های اجرایی. به عبارت دیگر این قانون مشمول کارکنانی می شود که در کارگاههایی با حداقل ۵۰ نفر پرسنل یا شرکت های طرف قرارداد با ادارات اجرایی شاغل هستند. دستورالعمل اجرایی طرح طبقه بندی مشاغل بر طبق نظام ارزیابی مشاغل، بیانگر نحوه اجرای طرح طبقه بندی

۱۰۴ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه نامه حقوق / صص ۹۷-۱۰۹

مشاغل، شرایط کارگاه‌ها، ضوابط ارتقا و جابجایی شغل، پرداخت مزایا و سایر جزئیات طرح می‌باشد.

۲-۲. طرح طبقه‌بندی مشاغل کارگری

طرح طبقه‌بندی مشاغل کارگری در برگیرنده قانون ۴۸ و ۴۹ قانون کار می‌باشد. براساس نظام ارزیابی مشاغل تهیه و به تأیید وزارت کار و رفاه اجتماعی رسیده است. این قانون درباره شرایط کارکنان بیان می‌دارد که:

۱. فرقی بین کارگران اعم از دائم، پاره‌وقت، موقت، فصلی و ... در اجرای طرح نیست و همه آنها باید مشمول اجرای طرح گردند.

۲. اگر به هنگام تطبیق نیروها با جدول طبقه‌بندی مشاغل، افرادی تحصیلات کافی را نداشتند، می‌توان از سوابق تجربی و سوابق آموزشی وی نیز استفاده کرد. براساس این طرح، به ساده‌ترین کار ضریب ۱ داده می‌شود و سایر مشاغل برحسب تخصص و پیچیدگی‌های کاری، ضرایب بالاتر اطلاق می‌شود. تحصیلات و همین‌طور سابقه فرد به ازای هر سال کاری باعث این افزایش ضریب می‌شود. اجرای طرح طبقه‌بندی مشاغل باعث افزایش انگیزه و رضایت شغلی کارکنان می‌شود. یکی از نتایج این طرح، افزایش خودکار مقدار حقوق کارکنان با داشتن سابقه و مهارت لازم در گذر زمان است. اجرای این قانون باعث می‌شود حقوق افراد بیشتر از حق پایه قانون کار گردد. برای اجرای این طرح فرقی نمی‌کند که قرارداد کارگر، از چه نوعی باشد. همین که کارگر مشمول قانون کار باشد، مشمول طرح با توجه به جدول طبقه‌بندی مشاغل نیز می‌باشد.

کارگران مشمول طرح طبقه‌بندی مشاغل

کارگران قرارداد موقت هم مشمول طرح طبقه‌بندی مشاغل می‌شوند. مزد کارگران مشمول طرح طبقه‌بندی مشاغل چگونه تعیین می‌شود؟

گروه‌بندی مشاغل در هر کارگاه با توجه به شرایط آن تعیین شده و پایه‌ای برای تعیین مزد کارگران می‌گردد. افزایش مزد پایه سالانه کارگران توسط وزارت کار تعیین می‌گردد. به عنوان مثال، در سال ۹۹ با ضریب ۱۵ درصد نسبت به حقوق سال ۹۸ تعیین گردیده است.

بررسی سیستم طبقه بندی مشاغل در.../ جمالی ۱۰۵

نحوه محاسبه مزد شغل در سال ۹۹ به شرح زیر است:

مزد شغل روزانه سال ۹۹ = آخرین مزد شغل به صورت روزانه در سال ۹۸، ۱۰۱۵

تاثیر مدرک تحصیلی در طرح طبقه بندی مشاغل

در شرکت‌هایی که مجموعه قوانین طرح و جدول طبقه بندی مشاغل را اجرا می‌کنند، مدرک تحصیلی یکی از عوامل تأثیرگذار بر رتبه بندی مشاغل مدرک تحصیلی کارکنان می‌باشد؛ به طور مثال، با تأثیر مدرک تحصیلی در طرح طبقه بندی مشاغل، مزد شغل برای افراد با شرایط یکسان که فقط دارای مدرک تحصیلی متفاوتی هستند با یکدیگر متفاوت است. هرچه مدرک تحصیلی بالاتر باشد، مزد شغل بیشتر است.

فرمول محاسبه طرح طبقه بندی مشاغل

نحوه محاسبه مزد و پایه سنوات هر ساله براساس فرمول مشخصی از سوی وزارت کار، رفاه و تعاون اجتماعی تهیه و مشخص می‌گردد. این فرمول براساس مزد سال قبل، نرخ تورم و شرایط حاکم بر کشور تهیه می‌گردد.

فرمول محاسبه طرح طبقه بندی مشاغل سال ۱۴۰۰:

برای اطلاع از فرمول محاسبه طرح طبقه بندی مشاغل، لازم است به مصوبه وزارت کار، تعاون و رفاه اجتماعی در تاریخ ۲۷/۱۲/۱۳۹۹ نگاهی بیندازیم. در دستورالعمل اجرایی طرح طبقه بندی مشاغل که در تاریخ مذکور منتشر گردید، نحوه اجرای طرح طبقه بندی مشاغل براساس مصوبه وزیر عبارت است از:

از ابتدای سال هزار و چهارصد، مزد طرح طبقه بندی مشاغل، نسبت به آخرین مزد شغل آنان در سال قبل، روزانه ۱۵ درصد افزوده می‌شود. میزان مزد شغل کارگران در جدول زیر که تعبیری از جدول کلی طبقه بندی مشاغل است، مشخص گردیده است:

۱۰۶ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه نامه حقوق / صص ۹۷-۱۰۹

ردیف	مرد سنوات	زوجه	مرد سنوات
۱	۳۳۳۳۳	۳۳	۳۳۳۳۳
۲	۳۳۳۳۳	۳۳	۳۳۳۳۳
۳	۳۳۳۳۳	۳۳	۳۳۳۳۳
۴	۳۳۳۳۳	۳۳	۳۳۳۳۳
۵	۳۳۳۳۳	۳۳	۳۳۳۳۳
۶	۳۳۳۳۳	۳۳	۳۳۳۳۳
۷	۳۳۳۳۳	۳۳	۳۳۳۳۳
۸	۳۳۳۳۳	۳۳	۳۳۳۳۳
۹	۳۳۳۳۳	۳۳	۳۳۳۳۳
۱۰	۳۳۳۳۳	۳۳	۳۳۳۳۳

محاسبه نرخ پایه سنوات:

کارگرانی که از ابتدای سال ۱۴۰۰ به بعد، دارای حداقل یک سال سابقه خدمت باشند، به نسبت گروه شغلی که در آن قرار دارند، از پایه سنوات برخوردار می‌شوند. این میزان در جدول طبقه‌بندی مشاغل ذکر گردیده است.

ارتقا و افزایش مزد:

در این مصوبه ذکر گردیده است که نحوه ارتقا شغل و محاسبه مزد کارکنان در کارگاه‌هایی که دارای طرح طبقه‌بندی مشاغل هستند باید مطابق این قانون باشد و در سایر شرکت‌ها باید مطابق عرف کارگاه در گذشته باشد.

۱۰ نکته مهم در خصوص طبقه‌بندی مشاغل کارگران:

۱. کارگاه‌های مشمول این طرح عبارتند از کلیه کارگاه‌هایی که حداقل ۵۰ نفر نیروی انسانی فعال داشته باشند.

۲. تفاوتی در دائم یا پاره‌وقت بودن آنها وجود ندارد.

بررسی سیستم طبقه بندی مشاغل در.../ جمالی ۱۰۷

۳. در صورتی که یک کارگاه یا شرکت که مشمول طرح طبقه بندی مشاغل باشند اقدام به اجرای آن نکنند، کارکنان می توانند از کارفرما شکایت کرده و وی را مجبور به اجرای طرح، همچنین محاسبه و پرداخت معوقات طبقه بندی مشاغل نمایند.

وزارت تعاون می تواند کارفرما را به پرداخت ۵۰ درصد از کل هزینه ها و معوقات اجرای طرح جریمه نماید.

۱. کارفرمایی که طبقه بندی مشاغل را اجرا نکند، جریمه می شود. طرح طبقه بندی مشاغل باید گفت که الزام اجرای طرح طبقه بندی مشاغل برای کسب و کارهایی است که مشمول این قانون می باشند. این کسب و کارها عبارتند از:

۱. کارگاههایی که دارای تعداد ۵۰ نفر نیرو و بیشتر هستند.

۲. شرکت های پیمانکاری که طرف قرارداد با دستگاه های اجرایی می باشند.

طرح طبقه بندی مشاغل برای حمایت از کارگران و جلوگیری از بهره کشی شغلی تهیه و تدوین گردیده است. طبق اجرای این طرح، کارگران برحسب میزان تخصص، تحصیلات و سوابق کاری مشمول درصد مشخصی از افزایش حقوق می گردند. کارگران عادی در این طرح ضریب یک دارند و از حقوق اداره کار برخوردار می باشند و سایر کارگران نیز مشمول افزایش نسبی حقوق می گردند.

نتیجه گیری

طرح طبقه بندی مشاغل قانون کار به کارکنان امنیت شغلی بیشتری داده و باعث استقرار جایگاه درست کارگاه یا بازار کار می شود. این طرح با گروه بندی مشاغل امکان ارتقا شغلی را برای کارکنان فراهم می آورد و این اطمینان را به آنها می دهد که با فعالیت صحیح، بهبود شغلی خواهند داشت. طبقه بندی مشاغل برای کارکنان امکان ترفیع و جلبه جایی را ایجاد می کند. جدول طبقه بندی مشاغل ۱۴۰۰ در برگیرنده گروه بندی مشاغل مختلف برحسب میزان مزد و سنوات شغل بوده و جزئیات حقوق را نمایش می دهد.

با توجه به بررسی به عمل آمده متوجه این موضوع خواهیم شد که در نظام اداری ایران مهم ترین معیار و ملاک میزان تحصیلات است و هرچه این میزان بالاتر باشد، فرد در گروه بالاتری قرار گرفته و از میزان حقوق و مزایای بالاتری برخوردار خواهد بود. البته باید به این نکته توجه نمود که در زمان تدوین قانون استخدامی کشور، اکثر مردم از سطح سواد بالایی برخوردار نبوده اند؛ پس مجبور بوده اند افراد باسواد را به امور کارمندی برگزینند ولی در حقوق کار، با توجه به این نکته که هدف اصلی افزایش میزان تولید و بهره برداری است، میزان تحصیلات کارگر اهمیت چندانی ندارد اما با توجه به افزایش سطح سواد جامعه باید به این نکته توجه نمود که میزان توانایی های مرتبط می تواند موجب پیشرفت بیشتر سازمان مربوطه شود.

بررسی سیستم طبقه بندی مشاغل در.../ جمالی ۱۰۹

کتابنامه

- { کتاب: } یفارس الوانی، سید مهدی. (۱۳۹۱). *تصمیم‌گیری و تعیین خط‌مشی دولتی*، چ هفدهم، تهران: انتشارات سمت.
- { کتاب: } رایین، استیفن. (۱۳۹۱). *تئوری سازمان ساختار و طرح سازمانی مترجمان*، الوانی، سید مهدی و دانایی‌فرد، حسن. چ سی و پنجم، تهران: انتشارات صفار.
- { کتاب: } شمس، عبدالله. (۱۳۸۱). *آیین دادرسی مدنی*، ج اول، چ دوم، تهران: نشر میزان.
- { کتاب: } فلاح‌زاده، علی‌محمد. و همکاران. (۱۳۹۱). *تفکیک تقنین و اجراء، تحلیل مرزهای صلاحیت تقنینی در روابط قوای مقننه و مجریه*، انتشارات معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.
- { کتاب: } صدرالحفاظی، سیدنصرالله. (۱۳۷۲). *نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری*، تهران: نشر شهریار.
- { کتاب: } متین‌دفتری، احمد. (۱۳۸۸). *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، ج اول، چ سوم، تهران: انتشارات مجد.
- { کتاب: } مؤتمنی طباطبایی، منوچهر. (۱۳۸۴). *حقوق اداری*، چ یازدهم، تهران: انتشارات سمت.
- { کتاب: } مولاییگی، غلامرضا. (۱۳۹۲). *حدود صلاحیت و جهات رسیدگی به ابطال مصوبات در هیات عمومی دیوان عدالت اداری*، اندیشه‌های حقوق اداری (مجموعه مقالات)، تهران: انتشارات مجد.
- { مقاله: } صادقی، محمود. و جوهری، مهدی. (۱۳۹۱). *ذی‌نفع در دعاوی ناشی از اختراع از نگاه قانون و رویه قضایی*، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی.

نقد و ارزیابی مسأله آزادی بیان در نظام حقوقی ایران

صادق شاهزهی درج*

چکیده

آزادی بیان یکی از حقوق اساسی و بنیادین بشر است و حق طبیعی هر انسان است بر داشتن هرگونه عقیده، بدون این که بابت آن مؤاخذه شده و از آن سوال شود. آزادی بیان در قانون اساسی ما به رسمیت شناخته شده و در قوانین عادی نیز به آن پرداخته شده است اما آنچه محل نزاع و مناقشه است، حدود و ثغور آن و همچنین تضمین این حق توسط دولت است. در نظام حقوقی ایران، محدودیت‌های آزادی بیان به طور عمده در قانون اساسی، در قوانین عادی و مقررات اجرایی تعریف شده است اما با این حال تفاسیر متفاوتی از این قوانین می‌شود که این امر مستلزم ابهام زدایی از قوانین موجود و تصویب قوانین مورد نیاز است. یکی از بدیهیات و ضروریات یک جامعه ایده‌آل و سالم، موضوع آزادی بیان می‌باشد که باعث ترویج دموکراسی و شفافیت در جامعه می‌شود.

واژگان کلیدی: آزادی، آزادی بیان، حقوق بشر.

* کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه مفید، قم، ایران.

مقدمه

حق آزادی بیان یکی از حقوق اساسی و بنیادین بشر به حساب می‌آید و از زمان خلقت انسان وجود داشته و تا پایان حیات وی و روز محشر نیز باقی خواهد ماند. حق واژه‌ای است که در معانی راست و درست و همچنین در معنی «آنچه فرد یا پدیده‌ای سزاواری آن را دارد» به کار می‌رود. آزادی در اصطلاح دارای معانی زیادی است که یک معنی آن، امکان عملی کردن تصمیم‌هایی است که فرد یا جامعه به میل یا اراده خود می‌خواهد بگیرد.

آزادی مفهومی پر مناقشه است که هر جامعه‌ای در سراسر جهان باتوجه به شرایط فرهنگ و مجموعه قوانین حاکم در سطح آن جامعه، تعاریف مختلفی از آن را ارائه می‌دهد. اگر انسان بتواند همه تصمیم‌هایی را که می‌گیرد، عملی کند و کسی یا سازمانی اندیشه و گفتار و کردار او را محدود نکند و در قید و بند درنیآورد، دارای آزادی مطلق، یعنی آزادی بی‌حد و مرز است. آزادی بیان به معنای اجازه دادن به هر فرد و هر گروه برای بیان نظرات، اندیشه‌ها، و احساسات خود بدون هیچ‌گونه محدودیت قانونی یا سیاسی است. واژه آزادی بیان تنها آزادی سخن گفتن را شامل نمی‌شود؛ بلکه آزادی عقیده و مذهب و دین را نیز در بر می‌گیرد و ابعاد متعددی چون حق دسترسی به اطلاعات و تکنولوژی‌های جدید و حق آزادی مطبوعات و تبلیغات تجاری و ... را نیز شامل می‌گردد.

گفتار اول: آزادی بیان

۱. آزادی بیان در قانون اساسی

قانون اساسی ما نیز اصل آزادی بیان و عقیده را پذیرفته است. اصل ۲۳ قانون اساسی بیان شده: «تفتیش عقاید ممنوع است و هیچ‌کس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مواخذه قرار داد.» در این اصل آنچه بیشتر مورد اهمیت قرار گرفته، عدم تفتیش عقاید است. در واقع تفاوتی میان آزادی عقیده و آزادی بیان را در این اصل مشاهده می‌کنیم. «فرد حق دارد در درون خود هرگونه اعتقاد و باوری نسبت به اخلاق، مذهب، سیاست و فلسفه داشته باشد و کسی نمی‌تواند وی را به علت باورهایش مؤاخذه کند و زندگی فیزیکی و اجتماعی او را به خطر اندازد. در یک نگاه کلی می‌توان گفت آزادی بیان حق طبیعی هر انسان است بر داشتن هرگونه عقیده، بدون اینکه بابت آن مواخذه شده و از آن سوال شود.

نقد و بررسی مسأله آزادی بیان... / شاهزهی درج ۱۱۳

همچنین این عقیده تا جایی که به حقوق دیگران و ارزش‌های هنجاری جامعه آسیبی نرساند، می‌تواند بیان گردد. آزادی بیان در قانون اساسی و اصول متعددی و همچنین در قرآن کریم مورد شناسایی قرار گرفته و در اسناد حقوق بشری نیز در مورد آن مطالب بسیار گسترده‌ای یافت می‌شود. این حق در قلمرو اجرا دارای یک‌سری محدودیت‌هایی است که هم در قانون و هم اسناد حقوق بشری به آنها پرداخته شده است.^۱ از محدودیت‌های آزادی بیان می‌توان نخست تا جایی که حقوق اشخاص را مورد تعرض قرار ندهد و دوم تا جایی که با نظم و امنیت عمومی در تعارض نباشد را نام برد. اما گاهی آزادی بیان فدای مصالحی می‌گردد که تحت عنوان مصلحت عمومی به مردم گفته می‌شود؛ بنابراین چنین سوالی پیش می‌آید که آزادی بیان شامل چه مواردی می‌شود؟ و همچنین، تا چه میزان آزادی بیان داریم؟ یکی از بدیهیات و ضروریات یک جامعه ایده‌آل و سالم، موضوع آزادی بیان می‌باشد. در اصل ۲۴ قانون اساسی بیان شده: «نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند، مگر آنکه مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشند. تفصیل آن را قانون معین می‌کند.» طبیعتاً وقتی مطبوعات که میزان تأثیرگذاری آنان به مراتب بیش از ابراز عقیده اشخاص است، در بیان مطالب و نقدهای خود آزادند، دیگر افراد عادی نیز به طریق اولی آزاد خواهند بود. «بنابراین آزادی بیان یعنی افشای اندیشه، عقیده، افکار و سلیقه و اینگونه آزادی حقوقی به فرد اعطا می‌کند تا به وسیله سخن یا مطبوعات و کتب و آثار، کنفرانس پژوهش و تحقیق اندیشه و عقاید خود را برای همه مردم بازگوید.»^۲

۲. آزادی بیان در سایر قوانین

در قوانین عادی به صورت مستقیم به این حق اشاره نشده، اما قانون اساسی به عنوان قانون مادر حاکم بر تمامی قوانین عادی، این حق را به رسمیت شناخته است. همچنین اسناد بین‌المللی مانند میثاق حقوق مدنی و سیاسی در مجلس ایران تصویب شده و در حکم قانون داخلی ما هستند. دولت جمهوری اسلامی نیز منشوری تحت عنوان منشور حقوق شهروندی را تدوین و در سال ۱۳۹۵ تصویب کرد و به مردم ابلاغ شد.

^۱ قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل. ۱۳۹۹. کتاب بایسته‌های حقوق اساسی، نشر میزان، ص ۱۴۸ و ۱۴۹.

^۲ قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل. ۱۳۹۹. کتاب بایسته‌های حقوق اساسی، نشر میزان، ص ۱۴۸ و ۱۴۹.

مواد ۲۵ الی ۲۹ این منشور به حق آزادی بیان اختصاص داشته که بدین شرح است:
۲۵. «شهروندان از حق آزادی اندیشه برخوردارند، تفتیش عقاید ممنوع است و هیچ‌کس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مؤاخذه قرار داد».

۲۶. «هر شهروندی از حق آزادی بیان برخوردار است و این حق باید در چارچوب حدود مقرر در قانون اعمال شود. شهروندان حق دارند نظرات و اطلاعات راجع به موضوعات مختلف را با استفاده از وسایل ارتباطی، آزادانه جستجو، دریافت و منتشر کنند و دولت باید آزادی بیان را به طور خاص در عرصه‌های ارتباطات گروهی و اجتماعی و فضای مجازی از جمله روزنامه، مجله، کتاب، سینما، رادیو، تلویزیون و شبکه‌های اجتماعی و مانند این‌ها طبق قوانین تضمین کند».

۲۷. «شهروندان حق دارند اندیشه، خلاقیت و احساس خود را از طرق مختلف آفرینش فکری، ادبی و هنری با رعایت قوانین و حقوق دیگران بیان کنند».

۲۸. «شهروندان از حق نقد، ابراز نارضایتی، دعوت به خیر، نصیحت در مورد عملکرد حکومت و نهادهای عمومی برخوردارند و دولت موظف به ترویج و گسترش فرهنگ انتقادپذیری، تحمل و مداراست».

۲۹. «دولت از آزادی، استقلال، تکثر و تنوع رسانه‌ها در چارچوب قانون حمایت می‌کند. هیچ مقامی حق ندارد برخلاف موازین قانونی برای انتشار یا عدم انتشار اطلاعات یا مطالب در صدد اعمال فشار بر مطبوعات و سایر رسانه‌ها برآید یا به سانسور یا کنترل نشریات و سایر رسانه‌ها مبادرت نماید».

همچنین در فصل چهارم قانون مطبوعات اصلاحیه ۱۳۷۹ حدود و ثغور مطبوعات بیان شده و مواردی از آزادی بیان را به طور غیر مستقیم مورد اشاره قرار داده است.

فصل چهارم حدود مطبوعات

ماده ۶. «نشریات جز در موارد اخلال به مبانی و احکام اسلام و حقوق عمومی و خصوصی که در این فصل مشخص می‌شوند، آزادند».

۱. «نشر مطالب الحادی و مخالف موازین اسلامی و ترویج مطالبی که به اساس جمهوری اسلامی لطمه وارد کند».

نقد و بررسی مسأله آزادی بیان.../ شاهزهی درج ۱۱۵

۲. «اشاعه فحشاء و منکرات و انتشار عکس‌ها و تصاویر و مطالب خلاف عفت عمومی».
 ۳. «تبلیغ و ترویج اسراف و تبذیر».
 ۴. «ایجاد اختلاف مابین اقشار جامعه، به ویژه از طریق طرح مسائل نژادی و قومی».
 ۵. «تحریص و تشویق افراد و گروه‌ها به ارتکاب اعمالی علیه امنیت، حیثیت و منافع جمهوری اسلامی ایران در داخل یا خارج».
 ۶. «فاش نمودن و انتشار اسناد و دستورها و مسائل محرمانه، اسرار نیروهای مسلح جمهوری اسلامی، نقشه و استحکامات نظامی، انتشار مذاکرات غیرعلنی مجلس شورای اسلامی و محاکم غیرعلنی دادگستری و تحقیقات مراجع قضایی بدون مجوز قانونی».
 ۷. «اهانت به دین مبین اسلام و مقدسات آن و همچنین اهانت به مقام معظم رهبری و مراجع مسلم تقلید».
 ۸. «افترا به مقامات، نهادها، ارگان‌ها و هریک از افراد کشور و توهین به اشخاص حقیقی و حقوقی که حرمت شرعی دارند، اگرچه از طریق انتشار عکس یا کاریکاتور باشد».
 ۹. «سرقت‌های ادبی و همچنین نقل مطالب از مطبوعات و احزاب و گروه‌های منحرف و مخالف اسلام (داخلی و خارجی) به نحوی که تبلیغ از آنها باشد (حدود موارد فوق را آیین‌نامه مشخص می‌کند)».
 ۱۰. «استفاده ابزاری از افراد (اعم از زن و مرد) در تصاویر و محتوی، تحقیر و توهین به جنس زن، تبلیغ تشریفات و تجملات نامشروع و غیرقانونی».
 ۱۱. «پخش شایعات و مطالب خلاف واقع و یا تحریف مطالب دیگران».
 ۱۲. «انتشار مطلب علیه اصول قانون اساسی».
- باتوجه به قانون مطبوعات، به طور کلی حدود و ثغور آزادی انتشار و پخش مطلب بیان شده است که از مصادیق آزادی بیان محسوب می‌شود. در دو مورد آزادی مطبوعات مورد محدودیت قرار گرفته است؛ یک در جایی که مخل مبانی اسلام باشد و دوم در جایی که تضییع حقوق عامه بکند. آزادی مطبوعات ارتباط زیادی با حق آگاهی شهروندان دارد و مطبوعات به عنوان یکی از مهم‌ترین ابزارهای بیان اندیشه و عقیده در قانون اساسی مورد شناسایی قرار گرفته و حقوق دست‌اندرکاران آنها تضمین شده است.

۳. آزادی بیان در اسلام

با توجه به قرآن کریم به عنوان اصلی‌ترین منبع دینی، می‌توان دریافت که آزادی بیان امری پذیرفته شده است. «در خصوص این امر در حقوق اسلامی می‌توان گفت: یکی از وجوه مهم و کلیدی آزادی سیاسی، حق آزادی بیان است که اگر در جامعه‌ای نباشد، بخشی بزرگی از آزادی از دست رفته است و طبیعی است که جلوه بیرونی آزادی اندیشه، خود را در آزادی بیان نشان می‌دهد.»^۳

آیات فراوانی از قرآن کریم در مورد تعقل، تفقه، گفت‌وگو به طریق احسن، گزینش بهترین سخن، امر به معروف و نهی از منکر، مشورت، نقل دیدگاه‌های مخالفین و موافقین و غیره وارد شده است که هر یک نمونه روشنی از آزادی بیان شمرده می‌شوند. در اسلام توجه خاصی به سخن گفتن و رأی و نظر افراد مختلف و انتخاب بهترین آنها برای رسیدن به حق وجود دارد. همچنین در جای جای قرآن کریم، خداوند انسان را به تفکر و تدبیر فراخوانده است. همچنین پیامبران الهی در مبارزه با باطل از آنها طلب برهان و دلیل کرده و خود به اقامه دلیل پرداخته‌اند. بنابراین می‌توان مشاهده کرد که آزادی بیان به معنی بیان عقاید در اسلام پذیرفته شده و کشور ما نیز که کشوری اسلامی است، باید این امر را در قوانین و مقررات خود به اجرا در بیاورد. در قرآن مجید، آیاتی وجود دارد که دلالت بر آزادی بیان می‌کند که در ادامه به چند نمونه از آن اشاره می‌شود.

۱. «یا اهل الکتاب لم تلبسون الحق بالباطل و تکتُمون الحق و انتم تعلمون» ای اهل کتاب،

چرا حق را به باطل می‌پوشانید و حق را کتمان می‌کنید در حالی که شما می‌دانید.^۴

۲. «انّ للذی یکتُمون ما انزلنا من البینات و الهدی من بعد بیناه للناس فی الکتاب اولئک لعنهم الله و یلعنهم اللاعنون» کسانی که کتمان می‌کنند آن دلایل آشکار و هدایت را که فرستادیم بعد از آن که آنها را برای مردم آشکار کردیم، آنان هستند که خدای سبحان بر آنان لعنت می‌کند و لعنت‌کنندگان نیز به آنان لعنت می‌فرستند.^۵

^۳ موسوی فرد، محمدرضا. و حاجی‌مطلبی، معصومه. و فراتی، مریم. ۱۴۰۲. کتاب آزادی از منظر حقوق، نشریه خط

سوم، چ اول، ص ۴۴.

^۴ آل عمران ۷۱.

^۵ بقره ۱۵۹.

نقد و بررسی مسأله آزادی بیان.../ شاه‌زهی درج ۱۱۷

۳. در برخی آیات، بیان حق را لازم دانسته و فرمود: «و ذَكَرْ فَاِنَّ لِلذَّكْرِى تَنْفَعِ الْمُؤْمِنِينَ» تذکر بده چون یاد آوری و تذکر دادن برای مؤمنان سودمند است.^۶

۴. و در سوره زمر فرمود: «فَبَشِّرْ عِبَادَ الَّذِيْنَ يَسْتَمْعُوْنَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُوْنَ اِحْسَنَهُ اُولَئِكَ الَّذِيْنَ هَدِيَهُمُ اللّٰهُ وَ اُولَئِكَ هُمُ اُولُو الْاَلْبَابِ» بشارت ده به آنان که سخن را می شنوند و از بهترین آن پیروی می نمایند، اینان، کسانی هستند که خداوند هدایتشان فرموده و اینان همان خردمندانند.^۷

از این آیه استفاده می‌شود، که انتخاب و پیروی بهترین گفتار در جایی ممکن است که آزادی بیان و گفتار وجود داشته باشد تا در مقایسه با یکدیگر بهترین سخنان مشخص و پیروی گردد.

۴. آزادی بیان در اسناد بین‌المللی

آزادی بیان در اسناد بین‌المللی نیز مورد تأکید قرار گرفته است. در اعلامیه حقوق بشر در ماده ۱۹ بیان شده: «هرکس حق آزادی عقیده و بیان دارد و حق مزبور شامل آن است که از داشتن عقاید خود بیم و اضطرابی نداشته باشد و در کسب اطلاعات و افکار و در اخذ و انتشار آن، به تمام وسایل ممکن و بدون ملاحظات مرزی، آزاد باشد.»

ماده ۱۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی نیز بیان شد:

۱. «هیچ کس را نمی‌تواند به مناسبت عقایدش مورد مزاحمت و اخافه قرار داد.»
۲. «هرکس حق آزادی بیان دارد. این حق شامل آزادی تفحص و تحصیل و اشاعه اطلاعات و افکار از هر قبیل بدون توجه به سرحدات، خواه شفاهاً و یا به صورت نوشته یا چاپ یا به صورت هنری یا بهر وسیله دیگر با انتخاب خود می‌باشد.»
۳. «اعمال حقوق مذکور در بند ۲ این ماده مستلزم حقوق و مسئولیت‌های خاص است و لذا ممکن است تابع محدودیت‌های معینی شود که در قانون تصریح شده و برای امور ذیل ضرورت دارد»:

الف) احترام حقوق با حیثیت دیگران

^۶ ذاریات ۵۵.

^۷ زمر ۱۸.

۱۱۸ دوفصلنامه دانش‌پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۱۱۱-۱۲۵

ب) حفظ امنیت ملی یا نظم عمومی یا سلامت یا اخلاق عمومی
ماده‌ی ۲۲ اعلامیه حقوق بشر اسلامی نیز بیان شد:

الف) «هر انسانی حق دارد نظر خود را به هر شکلی که مغایر با اصول شرعی نباشد، آزادانه بیان دارد».

ب) «هر انسانی حق دارد برای خیر و نهی از منکر بر طبق ضوابط شریعت اسلامی دعوت کند».

ج) «تبلیغات یک ضرورت حیاتی برای جامعه است و سوء استفاده و سوء استعمال آن و حمله به مقدسات و کرامت انبیا یا به کارگیری هر چیزی که منجر به ایجاد اختلال در ارزش‌ها یا متشتت شدن جامعه یا زیان یا متلاشی شدن اعتقاد شود، ممنوع است».

د) «برانگیختن احساسات قومی یا مذهبی و یا هر چیزی که منجر به برانگیختن هر نوع حس تبعیض نژادی گردد، جایز نیست».

باتوجه به گفته‌های پیشین، اصل آزادی بیان، امری کاملاً پذیرفته شده در قوانین و مقررات ملی و بین‌المللی است و اسناد مختلف بین‌المللی به آن اشاره کرده است. در کشور های متخلف دیدگاه‌های متفاوتی نسبت به آزادی بیان وجود دارد. در برخی از جوامع نظیر انگلستان، اعتقاد بر این است که مردم آزادند نظرات خود را بیان کنند، حتی اگر توهین‌آمیز باشند. با این حال، آزادی بیان توهین‌آمیز عواقبی را در پی دارد که باید به آنها توجه کرد. «در میان تمامی محدودیت‌های آزادی بیان، اخلاق، تنها محدودیتی است که در تمامی اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر ذکر شده است.»^۸

گفتار دوم: اهمیت آزادی بیان و اثرات آن در جامعه

۱. ترویج دموکراسی و شفافیت

آزادی بیان باعث ترویج دموکراسی و شفافیت در جامعه می‌شود. وقوع اطلاعات و نظرات مختلف به هر فرد این امکان را می‌دهد که با داشتن اطلاعات کافی، در فرایندهای تصمیم‌گیری جامعه شرکت کند و به ارتقای شفافیت مؤسسات و حکومت کمک کند.

^۸ احمدی، محمدصادق. و ناصری، علی رضا. و قاسم آبادی، مرتضی. ۱۳۹۵. مقاله بررسی تطبیقی محدودیت‌های آزادی بیان در تلویزیون از منظر اسناد بین‌الملل حقوق بشری و حقوق موضوعه ایران، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ش ۵۲، ص ۱۰.

نقد و بررسی مسأله آزادی بیان... / شاهزهی درج ۱۱۹

«نظام دموکراتیک، اقتضا و ضرورت وجود آزادی بیان را دارد. در حقیقت بدون وجود آزادی بیان اصل دموکراسی و به تبع آن، نظام دموکراتیک مورد تهدید و البته تردید است.»^۹

۲. حل اختلافات و اجتماعی

آزادی بیان باعث می‌شود که افراد بتوانند اختلافات خود را با انتقاد سازنده در جامعه حل کنند. این امر باعث ایجاد اجتماعی سالم‌تر و همچنین کاهش تنش‌ها و تعارضات اجتماعی می‌شود.

۳. توسعه علم و فناوری

آزادی بیان به افراد کمک می‌کند تا ایده‌ها و دانش را به منظور توسعه علم و فناوری به اشتراک بگذارند. در محیطی که افراد از آزادی بیان بهره‌مند هستند، امکان بررسی‌های علمی گسترده‌تر و توسعه نوآوری‌های جدید فراهم می‌شود. برای غنی‌تر کردن باورها و اندیشه‌های خودمان نیاز داریم که به نظرات و استدلال‌های مخالف و متناقض باهم گوش بدهیم. مباحث انتقادی بخشی اساسی از تجربه یادگیری انسان‌اند. در صورتی که مردم آزاد نباشند، اصلاً چنین عقاید و نظرات مخالفی به وجود نخواهند آمد. بنابراین اختلاف‌نظرها می‌توانند سازنده باشند. بسیاری از ایده‌ها و اندیشه‌ها در طول تاریخ در زمان خود با مخالفت‌های بسیاری روبه‌رو شده‌اند. دانشمندان و متفکران بسیاری مثل گالیله در زمانه خود درک نشدند، اما امروزه آنها را مهم و تحول‌آفرین می‌دانیم.

۴. حفظ حقوق انسانی

آزادی بیان یکی از حقوق اساسی انسانی است که احترام به آن باعث حفظ سایر حقوق انسانی می‌شود. وقوع این حق به افراد اجازه می‌دهد تا در مقابل نقض حقوق خود اعتراض کنند و به محافظت از حقوق خود بپردازند. «آزادی بیان از حقوق ذاتی و بنیادین بشر بوده که رشد و شکوفائی بسیاری دیگر از حقوق و آزادی‌های انسان مانند حق انتقاد، حق تحقیق و توسعه، حق تعیین سرنوشت، آزادی رسانه و... در گرو تحقق آن است.»^{۱۰}

^۹ قاری سید فاطمی، سید محمد. ۱۳۸۹. کتاب حقوق بشر در جهان معاصر، ج ۲ (جستارهای تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها)، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، حقوقی، چ دوم، ص ۱۲۶.

^{۱۰} قضائی، امیرحسین. ۱۴۰۰. مقاله رابطه توهین و آزادی بیان در پرتو قانون مجازات اسلامی و قانون مطبوعات، نشریه تمدن حقوقی، دور ۴، ش ۹، ص ۲۴.

گفتار سوم: محدودیت‌های آزادی بیان

آزادی بیان یکی از حقوق اساسی و بنیادین انسان‌هاست که در بسیاری از نظام‌های حقوقی به رسمیت شناخته شده است. با این حال، در برخی کشورها از جمله ایران، این آزادی با محدودیت‌هایی مواجه است. «حتی برای حق آزادی بیان نیز مانند بسیاری از امور دیگر، محدودیت‌ها و مرزهایی وجود دارد. بنابراین اینکه بگوییم من می‌توانم هر چه می‌خواهم بگویم، زیرا این حق آزادی بیان من است تا حدی نادرست است.»^{۱۱}

«بحث قابل طرح، محدودیت‌های آزادی بیان و مبانی و موجهات آن است. تعیین حدود آزادی بیان یکی از مناقشه‌برانگیزترین بحث‌های حقوق بشری است. گاهی چنین القا می‌شود که گویی آزادی بیان یک نوع آزادی مطلق است و در هیچ شرایطی نمی‌توان مانع اظهار نظر افراد شد.»^{۱۲} با توجه به قانون اساسی و سایر قوانین، دو نوع محدودیت را برای حق آزادی بیان در قوانین ما می‌توان در نظر گرفت: نخست آنچه که حقوق اشخاص را مورد تعرض قرار می‌دهد و سپس آنچه که با نظم و امنیت عمومی در تعارض است.

۱. حقوق اشخاص

حفظ آبرو، کرامت و حیثیت انسان‌ها و پرهیز از هتک حرمت افراد جامعه از دیگر محدودیت‌های آزادی بیان است. از منظر آموزه‌های اسلامی، آبروی مسلمان و حتی کافر محترم بوده و پاسداری از آن لازم است. پیامبر گرامی اسلام (ص) می‌فرماید: «هر کس پرده‌ای از روی آبروی برادر خود بردارد، پرده‌هایی از آتش او را فرا می‌گیرد.» «حیثیت و آبروی انسان در جامعه اسلامی حرمت و احترام دارد و کسی حق ندارد این آبرو و حیثیت را به بهانه آزادی بیان هتک کند و به او اهانت نماید.»^{۱۳} آزادی بیان نباید به حقوق اشخاص تعرض کند. اگر بیان انسان منجر به تعرض به حقوق اشخاص شود، ممکن است در دادگاه مجرم شناخته شود. در صورتی که گفتار فرد حاوی فحاشی و توهین یا نسبت دادن جرمی به

^{۱۱} رضازاده، رضا. و کاظمی فر، رضا. ۱۳۹۵. کتاب جعبه ابزار آزادی بیان سازمان آموزش علمی و فرهنگی ملل متحده (یونسکو)، انتشارات کویر، چ اول، ص ۸۴.

^{۱۲} امید، جلیل. ۱۴۰۰. مقاله محدودیت آزادی بیان موجهات و مستندات، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، ش دوم، ص ۴.

^{۱۳} عبیاتی، عبدالزهر. ۱۳۹۹. کتاب حق آزادی بیان، انتشارات قانون بار، ص ۱۶.

نقد و بررسی مسأله آزادی بیان.../ شاه‌زهی درج ۱۲۱

فرد باشد و نتواند آن را در دادگاه صالح اثبات کند، فرد مرتکب یکی از جرایم توهین یا افترا گشته است.

۲. نظم عمومی و امنیت عمومی

آزادی بیان نمی‌تواند بهانه‌ای برای زیر پا گذاشتن اخلاق حسنه و نظم عمومی باشد. هر زندگی اجتماعی به هنجارها و ارزش‌های اخلاقی نیازمند است. بنابراین انتشار هرگونه مطلبی که اصول و موازین اخلاقی جامعه را خدشه‌دار کند یا با انتشار مطالب یا تصاویر خلاف عفت عمومی و ارزش‌های جامعه و هنجارهای اخلاقی آسیب رساند، مخالف آزادی بیان است. «این حق نباید در جایی به کار گرفته شود که منجر به آشفتگی و انتشار افکار مسموم گردد. بنابراین آزادی فکر و بیان نباید منجر به ضرر رساندن به جامعه و افراد آن گردد؛ یعنی در عمل نباید در حقوق دیگران خلل ایجاد کرده و منجر به جرم و تنش میان افراد جامعه شود و با نظام عمومی جامعه مخالف باشد.»^{۱۴}

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌طور کلی آزادی بیان را به رسمیت شناخته است، اما این آزادی با قیدهایی همراه است. به عنوان مثال، اصل ۲۴ قانون اساسی بیان می‌کند که: «نشریات و مطبوعات در بیان مطلب آزادند مگر آنکه مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشد». تفصیل آن را قانون معین می‌کند.

قوانین عادی

در قوانین عادی نیز محدودیت‌های متعددی برای آزادی بیان وجود دارد. برخی از این قوانین عبارتند از:

قانون مطبوعات: این قانون شرایط و ضوابطی را برای فعالیت مطبوعات تعیین کرده و تخلفات مربوط به آن را مشخص می‌کند.

قانون مجازات اسلامی: این قانون شامل موادی است که به جرم‌انگاری برخی از اعمال مرتبط با بیان نظرات می‌پردازد؛ مانند توهین به مقدسات، نشر اکاذیب و تشویش اذهان عمومی. یکی از جرایمی که مورد مبحث آزادی بیان مورد استناد قرار می‌گیرد، ماده‌ی ۵۰۰

^{۱۴} زلمی، مصطفی. و حکیمی، معاد. و علیمرادی، عادل. ۱۴۰۱. کتاب مجموعه پژوهش‌های حقوق بشری (آزادی از دیدگاه قرآن حقوق بشر و ضمانت‌های آن در اسلام)، نشر احسان، چ اول، ص ۲۵۲.

۱۲۲ دوفصلنامه دانش‌پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۱۱۱-۱۲۵

قانون مجازات می‌باشد که براساس آن، هرکس علیه نظام جمهوری اسلامی ایران یا به نفع گروه‌ها و سازمان‌های مخالف نظام به هر نحو فعالیت تبلیغی نماید، به حبس از سه ماه تا یک‌سال محکوم خواهد شد. متأسفانه این ماده قانونی به شکلی مبهم بیان شده و حد و حدود فعالیت تبلیغی را مشخص نکرده است.

قانون جرایم رایانه‌ای: این قانون نیز محدودیت‌هایی را برای انتشار مطالب در فضای مجازی تعیین کرده است.

مقررات اجرایی

علاوه بر قوانین فوق، نهادهای اجرایی نیز مقررات و آیین‌نامه‌هایی را برای کنترل و نظارت بر آزادی بیان وضع کرده‌اند. به عنوان مثال، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی مسئولیت صدور مجوز برای نشریات و نظارت بر محتوای آنها را بر عهده دارد.

شورای عالی فضای مجازی: این شورا سیاست‌گذاری و نظارت بر فضای مجازی را انجام می‌دهد و می‌تواند دسترسی به برخی سایت‌ها و شبکه‌های اجتماعی را محدود کند.

نقد و بررسی مسأله آزادی بیان.../ شاهزهی درج ۱۲۳

نتیجه گیری

آزادی بیان یکی از حق های بشری در جوامع و دنیای مدرن است. درک مفهوم و محدودیت های این آزادی به ما کمک می کند که در احیای حقوق بشری خود موفق باشیم. وجود آزادی بیان در جامعه نشانگر برقراری دموکراسی در آن است و به مردم کمک می کند تا مسائل و علم روز را بهتر بیاموزند.

اصل آزادی بیان در قانون اساسی و قوانین ما پذیرفته شده ولی آنچه محل نزاع و مناقشه است، تضمین این حق توسط دولت است؛ یعنی شهروندان بدانند که در صورت بیان رأی و نظر خود، تحت تعقیب کیفری قرار نگرفته و حد و حدود آزادی بیان دقیقاً چیست که این امر مستلزم ابهام زدایی از قوانین موجود و تصویب قوانین مورد نیاز است.

کتابنامه

- {قوانین:} قانون اساسی
- {قوانین:} اعلامیه حقوق بشر
- {قوانین:} میثاق حقوق مدنی و سیاسی
- {قوانین:} اعلامیه حقوق بشر اسلامی
- {قوانین:} منشور حقوق شهروندی مصوب ۱۳۹۵
- {قوانین:} قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)
- {قوانین:} قانون مطبوعات
- {کتاب:} قرآن کریم
- {کتاب:} قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل. (۱۳۹۹). کتاب بایسته‌های حقوق اساسی، نشر میزان ، ص ۱۴۸ و ۱۴۹.
- {کتاب:} رضازاده، رضا. و کاظمی‌فر، رضا. (۱۳۹۵). کتاب جعبه ابزار آزادی بیان سازمان آموزش علمی و فرهنگی ملل متحده (یونسکو)، انتشارات کویر، چ اول ، ص ۸۴.
- {کتاب:} امید، جلیل. (۱۴۰۰). مقاله محدودیت آزادی بیان موجهات و مستندات، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، ش دوم، ص ۴.
- {کتاب:} قاری سید فاطمی، سید محمد. (۱۳۸۹). کتاب حقوق بشر در جهان معاصر، جلد ۲ (جستارهای تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها)، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، حقوقی، چ دوم، ص ۱۲۶.
- {کتاب:} عیبائی، عبدالزهر. (۱۳۹۹). کتاب حق آزادی بیان، انتشارات قانون یار، ص ۱۶.
- {کتاب:} زلمی، مصطفی. و حکیمی، معاد. و علیم‌رادی، عادل. (۱۴۰۱). کتاب مجموعه پژوهش‌های حقوق بشری (آزادی از دیدگاه قرآن حقوق بشر و ضمانت‌های آن در اسلام)، نشر احسان، چ اول، ص ۲۵۲.
- {کتاب:} موسوی فرد، محمدرضا. و حاجی‌مطلبی، معصومه. و فراتی، مریم. (۱۴۰۲). کتاب آزادی از منظر حقوق، نشریه خط سوم، چ اول، ص ۴۴.
- {مقاله:} قضائی، امیرحسین. (۱۴۰۰). مقاله رابطه توهین و آزادی بیان در پرتو قانون مجازات اسلامی و قانون مطبوعات، نشریه تمدن حقوقی، دور ۴، ش ۹، ص ۲۴.

نقد و بررسی مسأله آزادی بیان.../ شاهزهی درج ۱۲۵

{مقاله:} احمدی، محمدصادق. و ناصری، علی رضا. و قاسم آبادی، مرتضی. (۱۳۹۵). مقاله بررسی تطبیقی محدودیت‌های آزادی بیان در تلویزیون از منظر اسناد بین‌الملل حقوق بشری و حقوق موضوعه ایران، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ش ۵۲، ص ۱۰.

اشاعه تسلیحات هسته‌ای از منظر حقوق بین‌الملل

یونس هاشمی*

امیرمهدی دهقان**

چکیده

پس از حمله‌ی هسته‌ای در سال ۱۹۴۵ به ژاپن، فعالیت‌های بسیاری در جهت گسترش حقوق بین‌الملل در رابطه با عملیات هسته‌ای انجام شد. از یک سو تمسک به سلاح هسته‌ای در مورد حق اساسی دفاع مشروع در این عرصه مطرح است و از طرف دیگر منزلت و جایگاه آدمیان و حق حیات آن‌ها در قالب معاهدات بشردوستانه مجوز استفاده و بهره‌گیری از هرگونه سلاحی را نمی‌دهد. اشاعه در معنای مضیق آن در حقوق بین‌الملل، ناظر بر معاهده ۱۹۶۸ در مورد عدم گسترش استفاده از سلاح‌های هسته‌ای است. قریب به ۲۰۰ کشور تاکنون به این معاهده پیوسته‌اند.

با توجه به بیانه‌های صادره از سوی شورای امنیت سازمان ملل و ممانعت از افزایش تعداد کشورهای دارنده اینگونه سلاح‌ها، به نظر می‌رسد استفاده و بهره‌گیری از آن‌ها، با امنیت جهانی پیوندی ناگسستنی دارد. این نوشتار با روش توصیفی - تحلیلی به مطالعه موضوع حاضر پرداخته است. با توجه به اهمیت این مهم، از این رو در این پژوهش درصدد تبیین و تشریح آن برآمده‌ایم. **واژگان کلیدی:** حقوق بین‌الملل، شورای امنیت، تسلیحات هسته‌ای، اشاعه.

* کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه مفید، قم، ایران.

Email: you.hashemi97@gmail.com

** کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه مفید، قم، ایران.

Email: ammadehghan@gmail.com

مقدمه

از جمله دل‌مشغولی‌های جامعه بشریت، ویژگی‌های اختصاصی با تبعات سهمناک، بهره‌گیری از سلاح‌های هسته‌ای است. با پیشرفت دانش و به تبع آن فناوری‌های به روز در حوزه تهیه و تولید اینگونه سلاح‌ها، در حال حاضر عواقب تخریبی آن‌ها را بیش از پیش کرده است. در مقابل، ایالات متحده آمریکا با تراکم، تدارک و گسترش کمی اینگونه سلاح‌ها، گام‌هایی محکم در این خصوص برداشت، که نیستی و فناى بشریت و کره زمین با این اوصاف امری محتمل خواهد بود.

در این زمینه اقدامات مختلفی در جهت تصویب قواعدی برای عدم اشاعه صورت گرفت. «نظام عدم اشاعه یا عدم گسترش، شاخه‌ای از حقوق صلح و گونه‌ای از تدابیر بین‌المللی در عرصه کنترل تسلیحات است که دو معنا از آن مستفاد می‌شود؛ در مفهوم عام، جلوگیری از گسترش تعداد دولت‌های دارنده برخی تسلیحات را به عنوان هدف اصلی و غایی خود دنبال می‌کند، اما در مفهوم خاص یا عدم گسترش هسته‌ای زائیه اقداماتی است که در دهه ۱۹۶۰ برای جلوگیری از گسترش سلاح‌های هسته‌ای به عمل آمد و به انعقاد معاهده عدم گسترش یا (NPT) منجر شد.^۱ از جمله اقدامات مذکور، عهدنامه NPT^۲ و معاهده منع کامل آزمایشات هسته‌ای ۱۹۹۶ را می‌توان نام برد.

دیوان بین‌المللی دادگستری^۳ به ویژگی فی‌نفسه و نهفته دهشتناک این سلاح‌ها و عدم توانایی جامعه بشری در کنترل تبعات زیان‌بار و مخرب آن در جوّ چنین اشاره می‌کند: «این سلاح‌ها با این قابلیت، توانایی انهدام کل زیست بوم زمین را دارند.»^۴ چرا که در مقایسه

^۱ ساعد، نادر. (۱۳۹۴). ارزیابی تحکیم امنیت هسته‌ای و نظام عدم گسترش با معیار حقوق بین‌الملل عرفی، مجله

پژوهش‌های حقوقی، ش ۲، ص ۱۹۲.

^۲ Non-Proliferation Treaty or NPT پیمان منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای یا معاهده عدم اشاعه. در دوران جنگ سرد، در ژانویه ۱۹۶۷ میلادی برابر با ۱۳۴۷ خورشیدی، به صورت محدود بین چند کشور جهان منعقد شد. این پیمان کشورهای جهان را به دو طبقه برخوردار کشورهای دارای سلاح هسته‌ای و غیر برخوردار (کشورهای فاقد سلاح هسته‌ای) تقسیم می‌کند.

^۳ International Court of justice.

^۴ International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996.

اشاعه تسلیحات هسته ای از منظر.../ هاشمی و دهقان ۱۲۹

با سایر سلاح‌ها، آن‌ها می‌توانند با آزاد کردن میزان زیادی از گرما و همچنین پرتوایی عظیم و خسارات بسیار ناشی از بهره‌گیری آن‌ها، تهدیدی جدی‌تر محسوب شوند. از این رو خصوصیات اختصاصی این سلاح‌ها و علی‌الخصوص استعداد اضمحلال بالا و به وجود آوردن آلام شدید غیرقابل انکار بر جامعه و دودمان بشری از شاخصه‌هایی است که باید مورد توجه قرار گیرد. شدت سخت‌گیری‌ها در صحنه بین‌المللی ارتباط مستقیمی با میزان آسیب‌های بالقوه اینگونه سلاح‌ها دارد و هرچه قدرت تخریب بیشتر باشد، میزان شدت عمل‌ها در این مورد بیشتر خواهد بود. در این خصوص می‌توان به پایان‌نامه محمدجواد میرخلیلی اشاره کرد، که در سال ۱۳۸۱ در دانشگاه تهران دفاع شده است؛ این نوشته با وجود اینکه سعی در تبیین معاهده داشته ولیکن به نظرات دیوان بین‌المللی دادگستری در این خصوص توجهی نداشته که در پژوهش پیش‌رو بدان اشاره شده است.

در این نوشتار به بررسی گسترش و اشاعه اینگونه سلاح‌ها در پنج مبحث خواهیم پرداخت. مبحث اول به پویش مفهومی، مبحث دوم به نظریات سودمندی و خطرآفرینی، مبحث سوم به مهم‌ترین عهدنامه در این زمینه، مبحث چهارم به قواعد و مقررات مربوط به تسلیحات هسته‌ای اشاره داشته و در نهایت در مبحث پنجم به انواع توافق‌نامه بازرسی پرداخته شده است.

مبحث اول: مفهوم‌شناسی

در این مبحث در دو گفتار به طور جداگانه به پویش مفهومی اشاعه و تسلیحات هسته‌ای خواهیم پرداخت.

گفتار اول: اشاعه

اشاعه در فرهنگ‌نامه‌ها به انتشار، شیوع و گسترانیدن معنا شده است.^۵ اشاعه در رابطه با موضوع حاضر، معادل «فرایندی است که طی آن کشورها به ورودی‌های دستیابی به بمب نزدیک شده یا از آن‌ها دور می‌شوند. دولت‌ها لزوماً در نوعی حالت پنهان‌کاری هسته‌ای باقی نمی‌مانند؛ زیرا شرایط داخلی و خارجی ممکن است تغییر کند. بنابراین، نکته اصلی در اشاعه هسته‌ای این است که نباید آن را واجد پایان دید.»^۶ در حقیقت اشاعه را باید فناوری

^۵ انوری، حسن. (۱۳۹۴). فرهنگ سخن، تهران: انتشارات سخن، ج ۱، ص ۱۲.

^۶ فاطمی نژاد، احمد. (۱۳۹۴). اشاعه هسته‌ای و صلح، نشریه راهبرد، ش ۷۴، ص ۲۵۲.

و تکنولوژی یک دولت یا کشور در دستیابی به ساخت، تولید، انباشت و ذخیره‌سازی جنگ‌افزارها و تسلیحات هسته‌ای دانست.

گفتار دوم: تسلیحات هسته‌ای

بمب اتمی نام رایج تسلیحات هسته‌ای است که در آن‌ها از انرژی رهاشده در روند و جریان شکافت هسته‌ای، یا گداخت هسته‌ای برای انهدام و ویرانگری استفاده می‌شود. اختراع این سلاح، ریشه طولانی در تاریخ علم فیزیک و شیمی دارد اما استفاده از دانش به دست آمده برای ساخت بمب اتمی بیشتر به رابرت اوپنهایمر و ادوارد تلر نسبت داده می‌شود. در تسلیحات هسته‌ای، شکافت هسته‌ای یا گداخت هسته‌ای برای تخریب کاربرد دارد. این تسلیحات که بر بنیان گداخت عمل می‌کنند، نسل جدیدی از بمب انفجاری هستند و قدرتی بسیار بیشتر از بمب‌های شکافتی دارند. بهره‌گیری از تسلیحات هسته‌ای به دلیل ویژگی‌های اختصاصی که دارند مورد استفاده قرار می‌گیرند از جمله:

۱. ایجاد آسیب‌های شدید جانی و مالی

۲. ایجاد آلودگی‌های جوی بسیار وسیع

۳. موازنه و بالانس قدرت را در جنگ به هم زدن

۴. استفاده سریع در هر شرایطی

۵. تبعات ویرانگر بر تأسیسات و بناها

با وجود تمام قابلیت و توان تخریبی فراوان این تسلیحات به کارگیری از آن با محدودیت‌های گسترده‌ای روبرو بوده است؛ از جمله:

۱. مخالفت جامعه بشری در به کارگیری از آن.

۲. ابزار و وسایلی را به نابودی می‌کشاند که خود به کارگیرنده نیز، نیازمند آن است.

۳. با توجه به گستردگی مناطق درگیر در این مورد نیروهای خودی را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. در این مورد باید اذعان کرد که پیشرفت تکنولوژی خود زمینه‌ساز وقوع خسارات و آسیب‌هایی از طریق گسترش دانش ساخت و تولید تسلیحات شده است. «فناوری به شدت متأثر از گزینه‌های انسانی و عوامل اجتماعی است. این عناصر در سطح فردی، سیاسی و اجتماعی بر توسعه فناورانه تأثیر می‌گذارند.

اشاعه تسلیحات هسته ای از منظر.../ هاشمی و دهقان ۱۳۱

این تفکر که تحولات اجتماعی مقدمه‌ای بر تحولات انقلابی در کارایی نظامی است، موضوع تازه‌ای نیست.^۷

مبحث دوم: نظریات درباره اشاعه تسلیحات هسته‌ای

در این مبحث به ذکر دو نظریه سودمندی و خطرآفرینی تسلیحات هسته‌ای اشاره خواهیم کرد.

گفتار اول: سودمندی تسلیحات هسته‌ای

این نظریه از سوی والتز مطرح شد. این نظریه بر عوامل ساختاری تاکید بسیاری دارد. «واحد‌های تشکیل دهنده یک مجموعه بین‌المللی باید به بهترین وجه، امنیت ملی خویش را تأمین کنند و این امر نیز محقق نمی‌شود مگر با دستیابی به سلاح هسته‌ای؛ زیرا این سلاح‌ها بازدارندگی‌های خوبی در مقابل دشمنان بالقوه هستند.»^۸ با اشاره به دستیابی هند و پاکستان به سلاح که باعث احتیاط بیشتر طرفین در برخورد با یکدیگر شده و امنیت را در منطقه ایجاد کرده است، می‌توان گفت که گسترش و اشاعه دسترسی به سلاح هسته‌ای ثبات بیشتری به منطقه خواهد داد.

گفتار دوم: خطرآفرینی تسلیحات هسته‌ای

ساگان، شخصی بود که به ابداع این نظریه پرداخت. وی معتقد بود نظریه پردازان سودمندی به تکثیر تسلیحات هسته‌ای بسیار خوشبینانه برخورد کرده‌اند. وی معتقد بود نظریه سودمندی بر شالوده برهان پیشگیری عقلایی تکیه دارد؛ و آن بدین معنا بود که دول دارای تسلیحات، هردو در ایجاد و پیش‌قدم شدن در جنگ تسلیحاتی احتیاط کرده و اجتناب می‌کنند، ولی نظریه وی در خطرآفرینی ریشه سازمانی دارد.

«ساگان عقیده دارد که تکثیر بیشتر سلاح‌های هسته‌ای نه تنها ثبات به ارمغان نمی‌آورند بلکه ثبات جهانی موجود را نیز به مخاطره خواهند افکند.»^۹ وی معتقد بود چشم‌داشت جلوگیری قوی و سنجیده از درگیری بین کشورها آنگونه که والتز بیان کرده را باید بسیار

^۷ دی. هویت، تیموتی. (۱۳۸۴). فناوری و امنیت، مترجم اسماعیل بشری، ش ۴۲، ص ۲۲۵.

^۸ قلی‌پور، افشین. (۱۳۹۰). امنیت خاورمیانه و گسترش سلاح‌های کشتار جمعی در خاورمیانه بزرگ، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی، ص ۲۳.

^۹ همان، ص ۲۴.

۱۳۲ دوفصلنامه دانش‌پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۱۲۷-۱۴۰

ابتدایی و ساده تصور کرد. ساگان مطمئن‌ترین طریق ایجاد، حفظ و افزایش پایداری جهانی را در دوری از تسلیحات هسته‌ای دانسته است و به خصوص به معاهده NPT بسیار تاکید کرده است.

مبحث سوم: مهم‌ترین عهدنامه‌ها در گستره سلاح هسته‌ای

در این مبحث در چهار گفتار به بیان مهم‌ترین عهدنامه در گستره سلاح هسته‌ای خواهیم پرداخت.

گفتار اول: NPT

سازمان ملل در سال ۱۹۶۸ از تمامی دولت‌ها خواست تا معاهده NPT را امضا و تأیید کنند ولی متأسفانه NPT که برای منع گسترش سلاح هسته‌ای تصویب شده بود، در عمل در مسیری به جز آنچه که مدنظر تهیه‌کنندگان آن بود قدم گذاشت.^{۱۰} با ترسیم خط‌مشی کلی این معاهده توسط سازمان ملل امیدی بود فاقد گریزگاه‌هایی برای سران قدرت جهان در جهت تسلیحات هسته‌ای و ازسوی دیگر، مطابق خواست سازمان ملل باید موازنه و بالانسی معقول در میزان و کیفیت پایبندی و پاسخگویی توأمان قدرتمندان و سایر کشورهای عضو باشد. حال آنکه ترجیحات بلاوجه و ناعدالتی آشکار در میزان مسئولیت برخی دولت‌ها به تصدیق بسیاری رسید^{۱۱} اما «پیداست که عضویت تقریباً جهانی این معاهده ناشی از واقعیات جامعه بین‌المللی بوده که گاهی ترس از جنگ و یا حفظ صلح بر عدالت و برابری اعضای جامعه بین‌المللی به عنوان آرمان جامعه بشری سایه افکنده است.»^{۱۲}

گفتار دوم: بررسی نقاط قوت و ضعف معاهده NPT

در این گفتار به تتبع در نقاط قوت و ضعف معاهده NPT خواهیم پرداخت.

^{۱۰} ممتاز، جمشید. (۱۳۷۵). حقوق بین‌الملل سلاح کشتار جمعی، مترجم: رنجبران، امیرحسین، تهران: انتشارات دادگستر.

^{۱۱} بیگزاده، ابراهیم. (۱۳۷۴). بدیع بودن معاهده گسترش سلاح هسته‌ای در قلمرو حقوق بین‌الملل، نشریه تحقیقات حقوقی، ش ۱۶ و ۱۷، ص ۱۲، و همچنین فلسفی، هدایت‌الله. (۱۳۷۳). نابرابری دولت‌ها در قبول و اجرای معاهده عدم گسترش سلاح هسته‌ای، نشریه مجله حقوقی، ش ۱۸ و ۱۹، ص ۲۰.

^{۱۲} بابایی، مجتبی. (۱۳۹۴). استفاده صلح‌آمیز از انرژی هسته‌ای از منظر حقوق بین‌الملل با تاکید بر غنی‌سازی ایران، مجله حقوقی دادگستری، ش ۹۲، ص ۲۸.

بند اول: نقاط قوت

پیشگیری از دستیابی به تسلیحات هسته‌ای در مورد کشورهای است که به این فناوری دست نیافته‌اند. چرا که دستیابی روزافزون دولت‌ها به این سلاح‌ها، آرامش و امنیت صحنه بین‌المللی را با مخاطرات جدی روبرو خواهد کرد. از نقاط قوت دیگر این معاهده، مطابق قانون قرار دادن تکنولوژی این دانش در مسیر اغراض صلح‌طلبانه و پیشگیری از سوءاستفاده‌های کشورهاست. همچنین می‌توان الزام دولت‌های پیشرفته جهت انتقال فناوری هسته‌ای به دولت‌های فاقد فناوری مزبور و نیز پیش‌بینی مقررات لازم برای اصلاح معاهده و تجدیدنظر در پاره‌ای از مواد آن، براساس ماده ۸ معاهده را ذکر کرد. هرچند که آنچه در این زمینه در معاهده مزبور نو می‌نماید، این است که پس از موافقت حداقل یک‌سوم از دولت‌های عضو معاهده با پیشنهادات اصلاحی و تشکیل کنفرانسی به این منظور، اصلاحات پیشنهادی باید به تصویب اکثریت آراء کلیه دولت‌های عضو معاهده برسد.^{۱۳}

بند دوم: نقاط ضعف

از جمله نقاط ضعف مهمی که در این معاهده خودنمایی می‌کند، این است که مفاد آن به گونه‌ای می‌باشد که مانع دسترسی به تسلیحات هسته‌ای برای کشورهای غیرهسته‌ای می‌شود؛ حال آنکه در مورد سلاح‌های موجود و در دسترس کشورهای هسته‌ای تمهیداتی اندیشیده نشده است.

نکته بعدی اینکه اگر کشورهای هسته‌ای مفاد معاهده را نقض کنند، ضمانت اجرایی آن‌ها را تهدید نمی‌کند؛ حال آنکه اگر مفاد را سایر کشورهای غیرهسته‌ای نقض کنند، توسط شورای امنیت با پنج عضو دائمی آن مقررات سختی در انتظار کشور خاطی غیرهسته‌ای خواهد بود، که چنین امری به وضوح دور از انصاف و عدالت است. مطلب دیگر اینکه بعضی از کشورها با وجود اینکه فعالیت‌های هسته‌ای غیر صلح‌آمیز دارند، به دلیل اینکه به این عهدنامه نپیوسته‌اند، از نیرو فشار نظارت و سرکشی سازمان ملل رها بوده و از

^{۱۳} میرخلیلی، محمدجواد. (۱۳۸۱). معاهده منع اشاعه تسلیحات هسته‌ای و اثر آن بر نظام بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران.

این‌رو تحت هیچ کنترلی قرار ندارند و هیچ بازدیدی از تسلیحات خود را نیز نمی‌پذیرند، که این کشورها خطری برای نظم جهانی محسوب می‌شوند.

گفتار سوم: تعهدات برخاسته از معاهده NPT

در این گفتار به واکاوی تعهداتی که از پیوستن به این معاهده حاصل می‌شود می‌پردازیم.

بند اول: تعهدات بازدارنده

تعهداتی است که کشورهای عضو این عهدنامه را از اقدامات غیرمجاز باز می‌دارد. که در مواد ۱ و ۲ این عهدنامه آمده است؛ از جمله:

«ماده‌ی ۱ هر یک از دول طرف این پیمان که مجهز به سلاح‌های هسته‌ای است، متعهد می‌شود که از واگذاری مستقیم یا غیر مستقیم سلاح‌های هسته‌ای یا سایر ادوات انفجاری هسته‌ای و یا کنترل بر این سلاح‌ها یا ادوات انفجاری به دیگری (به هر انتقال گیرنده‌ای) خودداری کند و هیچ‌یک از دول فاقد سلاح‌های هسته‌ای را به هیچ نحوی از انحاء در ساختن سلاح‌های هسته‌ای یا سایر ادوات انفجاری هسته‌ای یا در تحصیل این قبیل سلاح‌ها یا ادوات انفجاری و یا در کنترل بر آن‌ها کمک یا تشویق و یا ترغیب ننماید» که این را می‌توان عنصر منع انتقال نام نهاد.

ماده‌ی ۲ این معاهده مقرر می‌دارد: « هر یک از دول طرف این پیمان که فاقد سلاح‌های هسته‌ای است متعهد می‌شود از قبول مستقیم یا غیرمستقیم انتقال سلاح‌های هسته‌ای یا سایر ادوات انفجاری هسته‌ای یا کنترل بر این سلاح‌ها یا ادوات انفجاری هسته‌ای از دیگری (از هر انتقال‌دهنده‌ای) خودداری نماید و به هیچ نحوی از انحاء سلاح‌های هسته‌ای یا سایر ادوات انفجاری هسته‌ای نسازد و تحصیل ننماید و برای ساختن سلاح‌های هسته‌ای یا سایر ادوات انفجاری هسته‌ای در جستجو و یا قبول کمک بر نیاید.»

بند دوم: تعهدات تحدیدکننده

پاره‌ای از تعهدات که تحدیدکننده نامیده می‌شود، از کشورهای عضو می‌خواهد تا با مدنظر قرار دادن اوضاع و احوالی به بهره‌گیری خاصی از تسلیحات هسته‌ای محدود باشند. جوهره اصلی این امر بر این موضوع دلالت دارد که این تسلیحات باید در خدمت صلح و آسایش بشریت باشد و محدود به آرامش جامعه جهانی شود. از این‌رو فلسفه وضع مواد ۴ و ۷ این معاهده در خصوص به کارگیری، در خدمت صلح از تعهدات تحدیدکننده باید دانست.

اشاعه تسلیحات هسته ای از منظر.../ هاشمی و دهقان ۱۳۵

ماده‌ی ۴ چنین مقرر می‌دارد: «کلیه دول طرف پیمان متعهد می‌شوند مبادله هرچه وسیع‌تر تجهیزات و مواد اطلاعات علمی و تکنولوژیک را به منظور مصارف صلح‌جویانه انرژی هسته‌ای تسهیل نمایند و حق مشارکت در این مبادلات را دارا می‌باشند. به علاوه، طرف‌های پیمان که قادر هستند همچنین باید انفراداً یا به اتفاق سایر دول یا سازمان‌های بین‌المللی در توسعه بیشتر استفاده از انرژی هسته‌ای برای مقاصد صلح‌جویانه خصوصاً در سرزمین‌های دول طرف پیمان که فاقد سلاح‌های هسته‌ای هستند، با توجه لازم به احتیاجات مناطق در حال رشد جهان، تشریک مساعی نمایند.»

ماده‌ی ۷ بیان می‌دارد: «هیچ‌یک از مواد این پیمان به حق گروه‌های مختلف دول که به منظور حصول اطمینان از فقدان کامل سلاح‌های هسته‌ای در سرزمین‌های مربوطه خود مبادرت به انعقاد پیمان‌های منطقه‌ای بنمایند، لطمه‌ای وارد نمی‌سازد.»

گفتار چهارم: عهدنامه منع کامل آزمایشات هسته‌ای^{۱۴}

یکی از پراهمیت‌ترین عهدنامه‌ها در این مورد، عهدنامه منع کامل آزمایشات هسته‌ای ۱۹۹۶ است که در همان سال برای امضای کشورها مفتوح شد و ۷۶ کشور در این سال بدان پیوستند که جمهوری اسلامی ایران نیز در همان سال افتتاح بدین معاهده پیوست. در عین حال در فاصله سال‌های ۱۹۴۵ تا ۱۹۹۶ بیش از ۲۰۰۰ آزمایش هسته‌ای در سرتاسر جهان انجام شد که نشان از تمایلات فزاینده و رو به رشد کشورها در استفاده و بهره‌گیری از آزمایشات هسته‌ای داشت. حال آنکه کمترین مقدار این آزمایشات برای اهداف صلح‌آمیز بود. این گرایش‌های سراسری در اشاعه اینگونه سلاح‌ها، موضوعات مهمی را در گستره مفاهیم امنیت و آرامش بین‌المللی و بدنامی برخی دولت‌ها مبنی بر اقدامات جنگ‌طلبانه از جمله شاخصه‌های اساسی در این باره است.

مبحث چهارم: مقررات مربوط به تسلیحات هسته‌ای

تتبع در زمینه‌ای از حقوق بین‌الملل که در برگیرنده منع تمسک به تسلیحات هسته‌ای باشد، از موضوعات مهمی است که هر نوع واکنش به مشروعیت یا عدم آن بدون عنایت بدان ممکن نیست. مخالفان تمسک به سلاح‌های هسته‌ای براین باورند که این منع و نهی از

¹⁴ CTBT.

توسل را می‌توان از مقرره‌هایی چون بهره‌گیری از زور و فشار در صحنه بین‌المللی مذکور در منشور سازمان ملل، مقررات راجع به محیط‌زیست و حقوق بشر احراز کرد اما در عین حال، دیوان دادگستری برخی از این موارد مذکور را نامرتب با موضوع دانست.^{۱۵} این دسته از مخالفان معتقدند با بهره‌گیری از تسلیحات هسته‌ای، تعدی و دست‌درازی به حق حیات نوع بشر و همچنین ناکام گذاشتن انسان‌ها از این حق طبیعی و فطری است که در ماده ۶ میثاق بین‌المللی حق مدنی^{۱۶} بدان اشاره شده است. در مورد دلیل مخالفان در مورد منع تمسک به تسلیحات هسته‌ای، دیوان دادگستری استدلال می‌کند که بهره‌گیری از اینگونه سلاح‌ها در موقعیت و وضعیتی در حکم نسل‌زدایی خواهد بود که با قصد خاص و عینی نابودی یک دسته یا جمعیتی از مردم به کار می‌رود، که با این استدلال دلیل مخالفان رد شد.^{۱۷}

دیوان بین‌المللی دادگستری مقررات قابل اجرا در این مورد را به منشور سازمان ملل و حقوق مخاصمات مسلحانه مرتبط دانست. در این موارد استدلال شد که مولفه‌های اساسی هر سلاح هسته‌ای چون قدرت ویرانگری بسیار، ضایعات انسانی گسترده و استعداد و ظرفیت آسیب‌زایی آن را به صراحت بیان کرد.^{۱۸} دیوان دادگستری استدلال می‌کند که منشور سازمان ملل متحد در برابر منع تهدیدات و دفاع مشروع در مقابل آن تهدید، به سلاح به خصوصی اشاره نکرده است؛ از این‌رو بیان می‌دارد استفاده از سلاحی را که براساس عهدنامه‌ها برای دفاع از خود باشد و برای هدفی به‌جا و درست به کار رود نمی‌توان مشروع و قانونی دانست.^{۱۹}

دیوان، تمسک به گسترش تسلیحات هسته‌ای در قالب دفاع مشروع را در شرایطی مجاز می‌داند که با توجه به جوهره و ژرفای دفاع مشروع، مستند به شرایط ضرورت و تناسب آن

¹⁵ International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1997.

¹⁶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی یکی از عهدنامه‌های سازمان ملل متحد بر پایه اعلامیه جهانی حقوق بشر است. این میثاق در ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ ایجاد شد و در ۲۳ مارس ۱۹۷۶ برابر با ۳ فروردین ۱۳۵۵ لازم‌الاجرا شد. دولت ایران در تاریخ ۱۵ فروردین ۱۳۴۷ این میثاق را امضا و در ۱۷ اردیبهشت ۱۳۵۴ از تصویب گذرانده است و به این ترتیب به آن اعتبار قانونی بخشیده و خود را به آن متعهد ساخته است.

¹⁷ Ibid.32.

¹⁸ Ibid.33.

¹⁹ Ibid.39.

اشاعه تسلیحات هسته ای از منظر.../ هاشمی و دهقان ۱۳۷

عمل و واکنش باشد.^{۲۰} اصل تناسب در موقعیتی اعمال می‌شود که استفاده از یک سلاح مجاز با یک قصد نظامی باشد، که در چنین وضعیتی اگر آسیب‌ها و خسارات حاصله در مقیاس با مقاصد نظامی شدیدتر و سخت‌تر بود، بهره‌گیری از آن با منع بین‌المللی روبروست.^{۲۱} از این‌رو برای مشخص کردن اینکه در این مورد خاص، سلاح به کار رفته مجاز بوده یا خیر، باید شرایط و اوضاع و احوال حاکم را سنجید. اصل تناسب دلالت بر این دارد که سلاح و مهماتی که یک دولت علیه دیگری قانوناً به کار می‌گیرد، باید قابل مقایسه با تدارک دفاعیات طرف دیگر باشد. همین‌طور، اشاعه سلاح‌های هسته‌ای در فرضیه دفاع مشروع مورد انتظار باشد و تنها باید آن حمله را شکل متعارف و منطقی با حدت و صلابت متناسبی پاسخ دهد.

مبحث پنجم: انواع توافق‌نامه بازرسی

توافق‌نامه‌های بازرسی و نظارت یا به طور جزئی و یا به طور کلی هستند، که در این مورد هر یک را تشریح خواهیم کرد.

گفتار اول: بازرسی جزئی

توافقاتی است که کشورها برای انجام برخی نظارت‌ها با آژانس هسته‌ای منعقد می‌کنند. «به موجب این قرارداد که تحت نام INFCIRC/66 وجود دارد، هر دولتی می‌تواند در صورت تمایل در چارچوب آن با آژانس قرارداد منعقد کند که به استناد آن، آژانس فقط از تأسیساتی که دولت عضو داوطلبانه خواهان بازرسی از آن می‌شود، بازرسی می‌نماید و لذا بازرسی از همه تأسیسات هسته‌ای یک دولت را شامل نمی‌شود.»^{۲۲}

این توافق مانع جدی در مقابل عدم اشاعه محسوب نمی‌شود؛ چرا که نظارت آژانس صرفاً بر روی برخی تأسیسات و تجهیزات معرفی شده کشور عضو ختم می‌شود و در نتیجه یک‌جانبه و دلخواه کشور عضو بوده است. همیشه هراس از این امر وجود دارد که تجهیزات هسته‌ای غیرصلح‌آمیز از مکان مورد بازرسی به مکان خارج از نظارت منتقل شود.

²⁰ Ibid.40.

²¹ B. L. Brown The proportionality principle in the humanitarian law of, Cornell International Law Journal, 1976, at 134-155.

²² پیشین، میرخلیلی. ص ۱۵۸.

این همان روشی بود که کشورهای هند، پاکستان و اسرائیل در این زمینه در پیش گرفته‌اند و قراردادهای نظارت جزئی با آژانس منعقد کرده‌اند که همین امر سبب عدم بررسی صحیح و کارساز بازرسان از تأسیسات این دول خواهد شد.

گفتار دوم: بازرسی کامل

همانطور که از نام این نظارت پیداست این توافق، کشور عضو را ملزم می‌کند که تمام مواد و تأسیسات را تحت اختیار بازرسان قرار دهد تا با نظارت آژانس از مسیر صحیح منحرف نگردد. سند INFCIRC/153 معرف چنین بازرسی‌ای است که این سند مجوزی برای بازرسی‌های جامع و کامل آژانس هسته‌ای برای ریزینی تمام منابع و امکانات هسته‌ای کشور عضو است تا از مسیر صلح‌جویانه منحرف نشود. از این‌رو بازرسی کامل نامیده شده که کلیه اقدامات و عملیات عضو، اعم از اینکه هم‌اکنون و یا در سال‌های آتی باشد، تحت کنترل و واریسی آژانس قرار گیرد و هیچ ماده هسته‌ای را نتوان از این توافق خارج دانست. از این‌رو عضو این نوع توافق‌نامه موظف است تمام تمهیدات لازم و ضروری چنین نظارتی را برای بازرسان آژانس فراهم کند.

نتیجه گیری

در خصوص مشروعیت بخشی به اشاعه تسلیحات هسته ای، دو نظریه مطرح بود که به نظریات سودمندی و خطر آفرینی شهرت دارند. در نظریه سودمندی، والتز بیان داشت که دستیابی به تسلیحات توسط تمامی کشورها یک ثبات و امنیت همگانی برقرار خواهد کرد ولی در عین حال، ساگان، نظریه والتز را ساده انگارانه تلقی کرد؛ چرا که دسترسی همگانی به این امر، ثبات جامعه جهانی را با خطراتی جدی مواجه خواهد کرد. از این رو وی پیشنهاد تحدید دسترسی و قدرت بخشی به رژیم های منع دستیابی و از جمله پیوستن به معاهده NPT را تاکید می کند.

اگر در حقوق بین الملل قائل به دفاع مشروع باشیم، باید نتیجه گرفت که تمامی کشورها باید به خاطر امنیت و آرامش خود و افراد حاضر در آن کشور مجوز داشته باشند تا در شرایط وخیم، با رعایت تناسب و ضرورت، به تسلیحات هسته ای دسترسی داشته باشند اما این تفکر با مواد NPT آشکارا در تضاد است.

با تمسک به این معاهده و حقوق بشردوستانه باید اذعان داشت که در راستای عملی کردن و استحکام مسیر صلح در جامعه جهانی با تعهد به عدم اشاعه و همکاری به صورت جامع با بازرسان آژانس هسته ای و خارج کردن تسلیحات هسته ای از دایره سلاح های جایز و مشروع (جهت برقراری صلح و امنیت) تنگناها و تاریکی های مربوط به حوزه بشردوستانه حل شده و ممانعت از ساخت و تولید اینگونه سلاح ها تثبیت خواهد شد.

۱۴۰ دوفصلنامه دانش‌پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۱۲۷-۱۴۰

کتابنامه

- {کتاب:} انوری، حسن. (۱۳۹۴). فرهنگ سخن، تهران: انتشارات سخن، ج ۱، چ ۱۲.
- {کتاب:} بابایی، مجتبی. (۱۳۹۴). استفاده صلح‌آمیز از انرژی هسته‌ای از منظر حقوق بین‌الملل با تاکید بر غنی‌سازی ایران، مجله حقوقی دادگستری، ش ۹۲.
- {کتاب:} دی، هویت، و تیموتی. (۱۳۸۴). فناوری و امنیت، مترجم اسماعیل بشری، ش ۴۲.
- {کتاب:} ممتاز، جمشید. (۱۳۷۵). حقوق بین‌الملل سلاح کشتار جمعی، مترجم امیرحسین رنجبران، تهران: انتشارات دادگستر.
- {مقاله:} بیگزاده، ابراهیم. (۱۳۷۴). بدیع بودن معاهده گسترش سلاح هسته‌ای در قلمرو حقوق بین‌الملل، نشریه تحقیقات حقوقی، ش ۱۶ و ۱۷.
- {مقاله:} ساعد، نادر. (۱۳۹۴). ارزیابی تحکیم امنیت هسته‌ای و نظام عدم گسترش با معیار حقوق بین‌الملل عرفی، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۲.
- {مقاله:} فاطمی نژاد، احمد. (۱۳۹۴). اشاعه هسته‌ای و صلح، نشریه راهبرد، ش ۷۴.
- {مقاله:} قلی‌پور، افشین (۱۳۹۰). امنیت خاورمیانه و گسترش سلاح‌های کشتار جمعی در خاورمیانه بزرگ، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی.
- {مقاله:} فلسفی، هدایت‌الله. (۱۳۷۳). نابرابری دولت‌ها در قبول و اجرای معاهده عدم گسترش سلاح هسته‌ای، نشریه مجله حقوقی، ش ۱۸ و ۱۹.
- {مقاله:} میرخلیلی، محمدجواد. (۱۳۸۱). معاهده منع اشاعه تسلیحات هسته‌ای و اثر آن بر نظام بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران.

B.L. (1976). Brown The proportionality principle in the humanitarian law of warfare, Cornell International Law Journal.

International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion 1996.

بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز درمانی در جراحی از راه دور

حسین بشری میری*

چکیده

تله مدیسین یا پزشکی از راه دور چهره‌ای نوین در عرصه‌ی ارائه‌ی خدمات بهداشتی و درمانی است که کاربردهای مختلفی از جمله مشاوره از راه دور، آموزش از راه دور، فوریت‌های پزشکی در مناطق صعب‌العبور، جراحی از راه دور و... دارد که امروزه به جهت تساوی حقوق بیماران از جهت دسترسی به متخصصان ماهر در حال گسترش است. در این مقاله ماهیت جراحی از راه دور یا تله سرجری و نحوه‌ی عملکرد آن و مسئولیت ارائه دهنده‌گان و خدمات گیرندگان این روش مورد بررسی قرار گرفت. از آنجا که مفهوم تله مدیسین و به طور خاص تله سرجری، به صورت قانونی در قوانین موضوعه‌ی ایران مورد تعریف قرار نگرفته است، فلذا در خصوص مسئولیت مدنی متوجه پزشکان و مراکز درمانی ارائه دهنده‌ی این روش با توجه به اینکه اساساً مسئولیت مدنی در حقوق ایران بر پایه‌ی نظریه‌ی تقصیر استوار است، از کلیاتی در مواد ۱، ۱۱، ۱۲ ق.م.م. ۱۳۳۹ و ماده‌ی ۴۹۵ ق.م.م. ۱۳۹۲ استفاده می‌شود. **واژگان کلیدی:** تله مدیسین، جراحی از راه دور، پزشک راه دور، مسئولیت مدنی در جراحی از راه دور.

* کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه مفید، قم، ایران.

مقدمه

تله‌مدیسین^۱ شکل جدیدی از اعمال پزشکی در سطوح مختلف است که نیاز به استفاده از آن در جامعه‌ی امروز با توجه به پیشرفت تکنولوژی و فناوری نسبت به گذشته در جهت پیشبرد اهداف پزشکی و تامین نیازهای درمانی برابر برای انسان‌ها در نقاط مختلف احساس می‌شود. برای اولین بار در سال ۱۹۶۰ میلادی که گروهی از فضانوردان قصد سفر به کره‌ی ماه را داشتند، موضوع کنترل و پیگیری وضعیت سلامتی آنان در طول مدت سفرشان مطرح شد که در این راستا سازمان ملی هوا فضای آمریکا^۲ عهده‌دار این مهم شد تا از طریق تکنولوژی پیشرفته‌ی ارتباطی آن دوره‌ی زمانی بتواند سلامت تیم فضانوردان را تأمین کند و این مقدمه‌ای برای ارتقای این شیوه‌ی پزشکی شد.^۳ اولین بیمارستان مجازی جهان در سال ۱۹۹۸ میلادی در فنلاند راه‌اندازی شد و به مرور این تکنولوژی از ۱۵ سال گذشته تا به امروز اهمیت قابل توجهی یافته و در اموری مثل آموزش از راه دور، مشاوره و تشخیص و در حال حاضر جراحی از راه دور به کار گرفته می‌شود.^۴ هدف اولیه از اختراع این شیوه حمایت از بیماران در معرض خطری بود که بنا به دلایل و شرایط مختلف امکان دستیابی به موقع به امکانات پزشکی برایشان فراهم نبود.^۵ در شرایط کنونی و پاندمی ویروس COVID-19 و قرنطینه‌ی شهرها و کشورها به جهت اینکه افراد مبتلا و چه بسا ناقلین بی‌علامت که احتیاج به خدمات درمانی دارند با جابجایی‌های خود باعث انتقال زنجیره‌ی ویروس نشوند و افراد سالم را در معرض ابتلا به ویروس قرار ندهند و به موقع امکان دسترسی به مشاوره‌ی پزشکی، مراقبت‌ها و اعمال پزشکی را داشته باشند، ضرورت استفاده از این روش در جهان امروز بیش از پیش احساس می‌گردد.

^۱ پزشکی از راه دور.

^۲ NASA.

^۳ انجمن تله‌مدیسین ایران، بی‌تا.

^۴ سماواتی، پیروز. و شریفی، اسکندر. (۱۳۹۴). صص ۱۱۵.

^۵ کریمی. و رحیمی‌پور. و حسنی. (۱۳۸۹). صص ۴۷.

بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز.../ بشری میری ۱۴۳

از آنجا که اعمال جراحی با جان انسان و به نوعی تمامیت جسمانی او مرتبط است؛ پس لازم و ضروری است که برای استفاده از این شیوه‌ی نوین در علم پزشکی بسترسازی قانونی لازم صورت گیرد تا اگر در این بحبوحه خسارت و زبانی وارد شد، خواه از وجه کیفی و خواه مدنی، این خسارت جبران نشده باقی نماند.

ایجاد بستر قانونی برای اجرای خدمات تله‌مدیسین نقش مهمی در اجرا و کارآمدی این روش دارد. در ۲۵ ژانویه‌ی ۲۰۱۱ میلادی در ایالت پنسیلوانیای ایالات متحده‌ی آمریکا پزشکی از راه دور به عنوان یک روش تعاملی حرفه‌ای جهت ارائه‌ی خدمات بهداشتی-درمانی بین بیمار و مرکز ارائه‌دهنده‌ی آن به رسمیت قانونی رسیده و مقررات و مجوزهای لازم برای این روش درمانی مشخص گردیده است. قانون‌گذار ایران نیز در راستای شیوه‌های نوین پزشکی گام‌های زیربنایی قابل توجهی برداشته که در جهت اجرای این روش لازم است. به طور مثال در بنده ماده‌ی ۸۸ قانون برنامه‌ی چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳ بیان شده است: «وزارت بهداشت ملزم به طراحی و استقرار نظام جامع اطلاعات سلامت شهروندان ایرانی شده است»، که این موضوع از حیث ایجاد پرونده‌ی الکترونیک سلامت و پرونده‌ی الکترونیک پزشکی که از شرایط ابتدایی برای اعمال جراحی از راه دور می‌باشد، بدی‌سان که اطلاعات بیمار در فضای سایبر در اختیار پزشک قرار می‌گیرد، مورد اهمیت است.^۶

همچنین مصوبه‌ی شورای عالی فضای مجازی در سال ۱۳۹۲ به تصویب رسید که در خصوص اصول و سیاست‌های حاکم بر خدمات سلامت در فضای مجازی می‌باشد و صرفاً به خدمات سلامت الکترونیک از راه دور، از جمله جراحی از راه دور اشاره شده و در مقام تعریف آن نبوده است. نهایتاً با توجه به اهمیت تله‌مدیسین علی‌الخصوص در شرایط کرونایی آیین‌نامه‌ی اجرایی ارائه‌ی خدمات سلامت و پزشکی از راه دور^۷ در راستای اصل ۱۳۸ ق.ا. در سال ۱۳۹۹ با

^۶ کریمی. و رحیمی‌پور. و حسنی. (۱۳۸۹). ص ۵۴.

^۷ دوراپزشکی.

هدف تشکیل کمیته‌ی ملی سیاست‌گذاری خدمات سلامتی و پزشکی از راه دور^۸ به منظور تهیه و تنظیم و تصویب سیاست‌های هماهنگ جهت پیاده‌سازی این شیوه در کشور تصویب شد. اما همچنان در خصوص مسئولیت‌های ارائه‌دهندگان این شیوه بحثی به میان نیامده است، که با توجه به خلأ قانونی در این زمینه از نظریات کلی در بحث مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها و مراکز درمانی و مسئولیت مدنی پزشکان استفاده می‌گردد.

بیان مسئله

این شیوه‌ی پزشکی در کشورهای توسعه یافته به طور گسترده اجرایی می‌شود و هم‌اکنون علم پزشکی در ایران هم پیشرفت‌های قابل توجهی داشته است و اولین جراحی از راه دور در تیرماه ۱۴۰۰ بر روی نمونه‌ی حیوانی در دو بیمارستان امام خمینی (ره) و سینا، با فاصله‌ی ۷ کیلومتر انجام شده است، لذا با توجه به خلأ قانونی در زمینه‌ی مسئولیت ارائه‌دهندگان این روش لازم است که این موضوع مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرد و در مورد مسئولیت مدنی پزشک معالج و پزشک از راه دور و مراکز درمانی پذیرش‌کننده‌ی بیمار برای جراحی از راه دور و همین‌طور ماهیت این مسئولیت و مسئول جبران خسارت در این نوع اعمال، قانون‌گذاری صورت گیرد. اما در حال حاضر از موادی در قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹ و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در خصوص مسئولیت مدنی استفاده می‌گردد.

سوالات و فرضیه‌های تحقیق

سوالات مطرح شده در این تحقیق عبارتند از:

۱. مسئولیت مدنی پزشکان معالج حاضر در مرکز و پزشک راه دور و مراکز درمانی از چه نوعی است؟ و مبنای این مسئولیت چیست؟
۲. مسئولیت جبران خسارت در جراحی‌های از راه دور بر عهده‌ی کیست؟

^۸ دوراپزشکی.

بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز.../ بشری میری ۱۴۵

۳. در صورت انعقاد قرارداد بیمه‌ی مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها و پزشکان، آیا بیمه‌گر را می‌توان در برابر تمام خسارات وارده اعم از عمد و غیرعمد مسئول دانست؟ و به عبارت دیگر آیا جبران اینگونه خسارات بر عهده‌ی بیمه‌گر خواهد بود؟
باتوجه به سوالات فوق فرضیه‌های زیر به اثبات خواهد رسید:

۱. مبنای مسئولیت مدنی مراکز درمانی، نظریه‌ی تقصیر است و مسئولیت مدنی مراکز درمانی از لحاظ ماهیت، هم از نوع قراردادی و هم از نوع غیرقراردادی است، اما نهایتاً اصل بر مسئولیت قراردادی است. مبنای مسئولیت مدنی پزشک معالج حاضر در مرکز درمانی و پزشک راه دور نظریه‌ی تقصیر است و مسئولیت مدنی پزشک معالج از لحاظ ماهیت می‌تواند قراردادی یا غیرقراردادی باشد که اصولاً از نوع قراردادی دانسته می‌شود و ماهیت مسئولیت مدنی پزشک راه دور از نوع مسئولیت قهری است.

۲. اگر خسارت به بارآمده در نتیجه‌ی مستقیم نقض تعهدات بیمارستان باشد مسئولیت جبران خسارت بر عهده‌ی بیمارستان است. اما اگر مسئولیت بیمارستان در نتیجه‌ی افعال پزشکان وی باشد باید رابطه‌ی بیمارستان با پزشک بررسی شود و مسئولیت بر عهده‌ی بیمارستان یا پزشک قرار می‌گیرد. در خصوص پزشک راه دور هم باید گفت که وی در صورتی مسئولیت به جبران خسارت دارد که بتوان تقصیر او را ثابت کرد.

۳. قرارداد بیمه‌ی مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها و پزشکان صرفاً خسارات غیرعمدی وارده در حوزه درمان و معالجه را شامل می‌شود و بیمه‌گر متعهد به جبران خسارت آن می‌باشد.

پیشینه‌ی تحقیق

ساعی و ثقفی^۹ در مقاله‌ای تحت عنوان مطالعه‌ی تله‌مدیسین^{۱۰} به نتایج زیر دست یافتند:
ارائه‌کنندگان خدمات تله‌مدیسین، پزشکان و یا مراکز درمانی هستند. زمانی که بیمار مستقیماً به پزشک مراجعه می‌کند و از راه دور تحت درمان قرار می‌گیرد این فاصله‌ی دور مانع از انعقاد

^۹ ۱۳۹۳.

^{۱۰} پزشکی از راه دور.

قرارداد درمان نیست. به طور مثال اگر پزشکی مشاوره‌ی آنلاین بدهد، وجود قرارداد بین او و بیمار متصور است و هرگونه خسارت ناشی از آسیب احتمالی بر مبنای مسئولیت قراردادی و هم‌چنین مسئولیت قهری مستند به خطا و تقصیر قابل مطالبه است. اگر بیماری برای جراحی از راه دور به بیمارستان مراجعه کند، در این صورت می‌توان بیمارستان را مستقیم و غیرمستقیم مسئول شناخت که مستقیم آن به عیوب تجهیزات مرکز درمانی بستگی دارد و غیرمستقیم آن به خطای پرسنل و پزشک معالج و پزشک از راه دور مربوط می‌شود.

رستگار و بابایی^{۱۱} در مقاله‌ای تحت عنوان عنوان پزشکی از راه دور به نتایج زیر دست یافتند: با توجه به عدم تعریف قانونی پزشکی از راه دور، در خصوص مسئولیت پزشک از راه دور اعم از مدنی و کیفری، همان مباحث مسئولیت پزشک مطرح است که بر مبنای تقصیر است، که اگر پزشکی بی احتیاطی و بی مبالاتی کند و موجب سلب حیات و آسیب جسمی بشود، هم دارای مسئولیت کیفری و هم دارای مسئولیت مدنی است. در مقاله‌ی حاضر در پی آن هستیم که با روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و الکترونیکی طبق ساختار زیر موضوع را بررسی کنیم:

گفتار اول: معرفی تله‌مدیسین.

گفتار دوم: مبنا و ماهیت مسئولیت مدنی پزشک معالج، پزشک راه دور و مراکز درمانی در اعمال جراحی از راه دور.

گفتار سوم: آثار مسئولیت مدنی در جراحی از راه دور.

گفتار اول: معرفی تله‌مدیسین^{۱۲}

به دلیل اینکه محوریت مقاله‌ی حاضر حول مباحث حقوقی و مسئولیت مدنی در جراحی‌های از راه دور است؛ بنابراین صرفاً توضیح مختصری از مفهوم تله‌مدیسین و مزایای آن ارائه می‌شود:

بند اول. مفهوم شناسی و انواع

^{۱۱} ۱۳۹۸.

^{۱۲} پزشکی از راه دور.

بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز.../ بشری میری ۱۴۷

تله‌مدیسین با ترجمه‌ی تحت‌اللفظی پزشکی از راه دور از لغت Tele با ریشه‌ی یونانی telos به معنای «مسافت، فاصله، دور» و لغت Medicine با ریشه‌ی لاتین mederi به معنای «معالجه و درمان» تشکیل شده است. طبق تعریفی از اتحادیه‌ی بین‌المللی ارتباطات دوربرد^{۱۳}، تله‌مدیسین به عمل مراقبتی پزشک با استفاده از ارتباطات صوتی و تصویری گفته می‌شود که این عمل مراقبتی شامل مشاوره، تشخیص، معالجه و نگهداری می‌شود.^{۱۴} همچنین طبق تعریفی دیگر که سازمان بهداشت جهانی از تله‌مدیسین ارائه داده این شیوه‌ی نوین پزشکی عبارت است از: مراقبت‌های بهداشتی شامل تشخیص، مشاوره، معالجه و آموزش با استفاده از محاورات صوتی-تصویری و ارتباط داده‌ها.^{۱۵}

انواع سرویس‌های تله‌مدیسین به ۳ گروه تقسیم می‌شوند:

۱. اطلاعات و سرویس‌های صوتی^{۱۶} که ساده‌ترین نوع آن مشاوره‌ی پزشکی از طریق تلفن است.

۲. اطلاعات و سرویس‌های تصویری که مصداق بارز آن برگزاری ویدئو کنفرانس‌های اتاق عمل می‌باشد.

۳. اطلاعات و سرویس‌های داده‌ای: ارسال و ذخیره‌ی اطلاعات بیماران در بستری ایمن از طریق سیستم‌های کامپیوتری در مراکز درمانی^{۱۷} مانند ارسال اطلاعات مربوط به کاردیوگرافی. با توجه به توسعه‌ی مبحث تله‌مدیسین کاربردهای آن در ۴ گروه کلی تقسیم می‌شوند:

۱. مشاوره از راه دور

۲. آموزش از راه دور

¹³ ITU.

^{۱۴} انجمن تله‌مدیسین ایران، بی‌تا.

^{۱۵} کریمی. و رحیمی‌پور. و حسنی. (۱۳۸۹). ص ۴۹.

^{۱۶} بصورت آنلاین و آفلاین.

^{۱۷} رستگار. و بابایی. (۱۳۹۸). ص ۱۰۹ و ۱۱۰.

۳. فوریت‌های پزشکی و کمک به آسیب‌دیدگان در مواردی که به دلیل شرایط بیمار یا فاصله‌ی زمانی امکان دسترسی سریع وجود نداشته باشد

۴. جراحی از راه دور.^{۱۸}

جراحی از راه دور یا تله‌سرجری

در این روش جراح و بیمار در دو مکان جداگانه و دور از هم قرار دارند و پزشک راه دور یا از طریق ویدئو کنفرانس با اتاق عمل در ارتباط است یا از طریق سیستم‌های جراحی رباتیک عمل جراحی را انجام می‌دهد، که در مورد اخیر جراح در مکان مجزایی از بیمار با کمک کنسول‌های جراحی و پدال کنترل‌کننده و ابزارهای فرمان‌دهنده به وسیله‌ی اتصال اینترنت به ربات‌های اتاق عمل، فرمان جراحی می‌دهد و در واقع ربات‌های جراح در اتاق عمل از طریق حسگرهای تعبیه شده در آنها حرکت دست جراح را تقلید کرده با این مکانیسم که حتی قابلیت فیلتر لرزش دست جراح را دارند و آن را بصورت دقیق به بدن بیمار منتقل می‌کنند و تصویری واضح از عملکرد خود را در صفحه‌ی مانیتور مقلیل جراح به نمایش می‌گذارند. برای انجام عمل‌های بسیار دقیق‌تر، جراحی بر روی نمونه‌ی مصنوعی و در مقیاسی بزرگتر از اندام مورد نظر انجام می‌شود و حرکات بر روی بدن انسان پیاده می‌شود.^{۱۹}

برای اجرای این شیوه از اعمال پزشکی هزینه‌های نسبتاً بالایی نیاز هست؛ چرا که فارغ از بحث وجود یک شبکه‌ی اینترنت قوی و پایدار نیازمند تکنولوژی پیشرفته و ربات‌های جراح هستند که این پیش‌نیازها از موانع توسعه‌ی این شیوه‌ی پزشکی در کشورهای در حال توسعه است. دو مشکل عمده در این روش تله‌مدیسین وجود دارد: اولین مورد اینکه بیماران اطمینان لازم به این روش را ندارند که این موضوع حاصل ناآگاهی از این روش است و باید در این مورد آموزش مناسب و اطلاعات لازم به آنان داده شود و مشکل دیگر بحث عدم لمس بیمار توسط

^{۱۸} انجمن تله‌مدیسین ایران، بی‌تا.

^{۱۹} انجمن تله‌مدیسین ایران، بی‌تا.

بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز.../ بشری میری ۱۴۹

پزشک در جریان عمل جراحی است که بستگی به کیفیت ربات‌ها دارد.^{۲۰} البته اخیراً در برخی ربات‌های پیشرفته، این موضوع با تعبیه‌ی یک غشای پلیمری انعطاف پذیر از جنس سیلیکون در قسمت حسگرها تا حدی مرتفع شده است.

بند دوم- مزایای تله‌مدیسین

تعدادی از محاسن قابل توجه تله‌مدیسین عبارتند از:

۱. افزایش دسترسی به مراقبت‌های پزشکی و استفاده از تازه‌ترین یافته‌های پزشکی نوین و تجربیات پزشکان حاذق دنیا در مناطق شهری و روستایی،
۲. جلوگیری از مراجعات متعدد علی‌الخصوص در شرایط پاندمی کرونا،
۳. صرفه جویی در وقت و هزینه،
۴. کاهش خطاهای پزشکی،
۵. مفید فایده قرارگرفتن در بحث آموزش دانشجویان و کادر پزشکی^{۲۱}

گفتار دوم: مبنا و ماهیت مسئولیت مدنی پزشک معالج، پزشک راه دور و مراکز درمانی

در اعمال جراحی از راه دور

باتوجه به بحث ابتدایی در خصوص مسئولیت پزشک و تیم آن و مراکز درمانی در جراحی‌های از راه دور، از مواد مرتبط قانون مسئولیت مدنی و قانون مجازات اسلامی که در باب مسئولیت این اشخاص حقیقی و حقوقی مطرح شده است، استفاده می‌گردد.

بند اول. مبنا و ماهیت مسئولیت مدنی مراکز درمانی در جراحی از راه دور

در رابطه با مبنای مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها و مراکز درمانی، بهتر است بین مسئولیتی که بیمارستان به واسطه‌ی نقص وسایل و تجهیزات و مسئولیتی که به واسطه‌ی افعال پزشکان خود دارد، قائل به تفکیک شویم:

^{۲۰} رستگار. و بابایی. (۱۳۹۸). ص ۱۱۱.

^{۲۱} انجمن تله‌مدیسین ایران، بی‌تا.

الف. در خصوص مسئولیتی که به واسطه‌ی نقص تجهیزات بر عهده‌ی بیمارستان قرار می‌گیرد، در حقوق آمریکا مسئولیت از نوع محض و بدون تقصیر در نظر گرفته می‌شود و فرانسه هم رویه‌ای مشابه را پیش گرفته است.

ب. در خصوص مسئولیت بیمارستان به واسطه‌ی افعال کادر درمانی و پزشکان وی، سابقاً در حقوق سایر کشورها بر اساس تئوری مصونیت خیرخواهانه مسئولیتی وجود نداشته و به مرور در آخرین تحولات حقوق فرانسه مسئولیت بیمارستان در مورد خطای پزشکان خود را نوعی مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر دانسته‌اند.^{۲۲} اما در حقوق ایران از آنجا که نص صریح و تفکیک قابل توجهی وجود ندارد و در مواردی که قراردادی بین بیمار و بیمارستان موجود نباشد مبنای مسئولیت بر اساس ماده‌ی ۱ ق.م.م. نظریه‌ی تقصیر است و به طور مثال از مصادیق تقصیر مراکز درمانی، تقصیر در سازمان‌دهی است که ناظر بر تقصیر در انتخاب پزشکان و پرسنل کافی و کارآمد و تأسیسات مناسب است^{۲۳} که اشاره به نظریه‌ی مسئولیت مدنی مستقیم در حقوق آمریکا دارد. در خصوص ماهیت مسئولیت مدنی باید بررسی شود که بین بیمار و بیمارستان، قراردادی وجود دارد یا خیر. قراردادی که معمولاً بین بیمار و بیمارستان منعقد می‌گردد، از طریق مراجعه‌ی ارادی بیمار به بیمارستان شکل می‌گیرد که به آن قرارداد درمان گویند. قرارداد درمان یک نوع قرارداد انسانی است که در آن قصد تجارت وجود ندارد.^{۲۴} این قرارداد از عقود نامعین، رضایی، عهدی، معوض و از جانب بیمار جایز و از جانب پزشک و مراکز درمانی لازم است.^{۲۵} و مطابق ماده‌ی ۱۰ ق.م. در صورتی که بر اساس ماده‌ی ۹۷۵ ق.م. مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد نافذ و معتبر است. بنابراین اگر بین بیمار و بیمارستان این قرارداد وجود داشته باشد، در صورت نقض تکالیف قراردادی، مسئولیت بیمارستان از نوع

^{۲۲} یزدانیان. و آرای. (۱۳۹۲). ص ۱۷۳.

^{۲۳} پیروزی، سالک، ۱۳۹۲، ص ۳.

^{۲۴} صالحی (۱۳۹۲). ص ۱۵۱.

^{۲۵} ساعی. و ثقفی. (۱۳۹۲). ص ۱۴۵ و ۱۴۶.

بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز.../ بشری میری ۱۵۱

قراردادی است. اما اگر این قرارداد به نظر برخی موجود نباشد، مسئولیت ناشی از فعل یا ترک فعل است و مبنای این مسئولیت تخلف از تکالیف قانونی می‌باشد، که می‌توان به نقص فنی وسایل بیمارستان و خودداری از معالجات اورژانسی و ... اشاره داشت^{۲۶} و بایستی قائل به قواعد عمومی مسئولیت قهری یا قانونی بود و در مواردی که خسارتی به بیمار وارد آید، باید مطابق ماده ۱ ق.م.م.ا. ۱۳۳۹ تقصیر مرکز درمانی را به اثبات رسانید.^{۲۷} با توجه به فقدان نص قانونی در این مورد در نظام حقوقی ایران، اصل در مسئولیت بیمارستان‌ها بر مسئولیت قراردادی است.^{۲۸}

در مورد تله سرجری یا جراحی از راه دور با توجه به توضیحات فوق مبنای مسئولیت مدنی، همان مبنای تقصیر است و در خصوص ماهیت مسئولیت مدنی نیز، با توجه به اینکه برای انجام این اعمال معمولاً بیمار، مستقیماً به مرکز درمانی رجوع و قرارداد درمان منعقد می‌کند و حق الزحمه‌ی قرارداد را هم به مرکز می‌پردازد، فلذا مسئولیت از نوع مسئولیت قراردادی است.^{۲۹} البته مفاد قرارداد درمان ناظر به مراقبت و معالجه‌ی بیمار در طول فرآیند درمان است و مواردی مانند نقص وسایل و تجهیزات بیمارستانی و زیرساخت ارتباطی و اینترنتی که در روش تله سرجری احتمال رخداد آن بیشتر از خطاهای مرسوم پزشکی است، عملاً با توجه به عمومات قانونی در حیطه‌ی مسئولیت ناشی از قرارداد لحاظ نمی‌شود و آن‌را می‌توان در زمره‌ی مسئولیت قهری بیمارستان منظور نمود.

بند دوم. مبنا و ماهیت مسئولیت مدنی پزشک معالج و پزشک راه دور در جراحی از راه دور

از لحاظ تاریخی طبق مبنای سنتی در حقوق فرانسه، تعهد پزشک از نوع تعهد به وسیله دانسته می‌شد و بدیهی بود که اگر تعهدات پزشک از نوع تعهدات به وسیله باشد، مبنای مسئولیت

^{۲۶} پیروزی، سالک. (۱۳۹۲). ص ۱۰.

^{۲۷} یزدانیان. (۱۴۰۰). ج ۴، ص ۴۹۲.

^{۲۸} پیروزی، سالک. (۱۳۹۲). ص ۹.

^{۲۹} ساعی و ثقفی. (۱۳۹۳). ص ۱۵۱.

۱۵۲ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۱۴۱-۱۶۹

پزشک نظریه‌ی تقصیر است و به دلیل اینکه تعهد از نوع به وسیله بود، پزشک باید مراقبت و مواظبت و احتیاط لازم و راهکارهای درمانی متعارف را به کار می‌برد؛ البته هنگامی که معالجه به واسطه‌ی تجهیزات صورت می‌گرفت، رویه‌ی فرانسه قائل به تعهد به نتیجه بود چرا که معتقد بود، پزشک می‌بایست اقدامات لازم جهت جلوگیری از خطرات این تجهیزات را به کار ببرد.^{۳۰} در جریانات تحول حقوق فرانسه تعهد پزشک، به تعهد به نتیجه گرایش پیدا کرد که پیروی حقوق ایران از فرانسه در این زمینه در ماده‌ی ۳۱۹ ق.م.ا. ۱۳۷۰ ظهور و بروز پیدا کرد و به نوعی می‌شد از این ماده، تعهد به نتیجه را استنباط کرد.^{۳۱}

ماده‌ی مزبور مقرر می‌داشت که: «هرگاه طیبی گرچه حاذق و متخصص باشد، در معالجه‌هایی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند هرچند با اذن مریض یا ولی او باشد باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود، ضامن است» و بنا به تفسیر دیگری از این ماده می‌توان مسئولیت بدون تقصیر را که مطابق با قاعده‌ی مسئولیت طیب در حقوق اسلامی بود، به اثبات رساند^{۳۲} و به نوعی از این ماده می‌شد مبنای مسئولیت پزشک را تعهد ایمنی قرار داد؛ چرا که اثبات تقصیر شرط نبود. در فرانسه مبنای مسئولیت پزشک تعهد به ایمنی دانسته می‌شود و هر پزشکی متعهد است که به نوعی در حرفه‌ی خود عمل کند که باعث ورود خسارت به بیمار نگردد و در صورت بروز خسارت، یعنی نقض تعهد کرده و بدون اثبات تقصیر در مقابل بیمار مسئول است.^{۳۳}

از آنجا که اگر مسئولیت مدنی پزشک را از نوع محض و بدون تقصیر در نظر بگیریم، پزشکان و جراحان، دیگر تمایل و جراتی برای اعمال جراحی دقیق ندارند و این موضوع به نوبه‌ی خود مانع پیشرفت علم پزشکی می‌شود و با مصلحت اجتماعی سازگار نیست^{۳۴}، بنابراین

^{۳۰} صفایی. (۱۳۹۷). ص ۱۵۶.

^{۳۱} یزدانیان. (۱۴۰۰). ج ۴، ص ۴۲۶.

^{۳۲} صفایی. (۱۳۹۷). ص ۱۵۷.

^{۳۳} یزدانیان. (۱۴۰۰). ج ۴، ص ۴۲۹.

^{۳۴} صفایی. (۱۳۹۷). ص ۱۵۸.

بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز... / بشری میری ۱۵۳

طبق آخرین اراده‌ی قانون‌گذار در این خصوص، ماده‌ی ۴۹۵ ق.م.ا. ۱۳۹۲ مقرر می‌کند: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه‌ی بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی یا موازین فنی باشد یا اینکه قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بی‌هوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض، تحصیل می‌شود». پس، در این ماده مبنای مسئولیت مدنی به نظریه‌ی تقصیر بازگشته است و فرض تقصیر در نظر گرفته شده و برای مسئولیت پزشک، اثبات تقصیر لازم نیست لیکن پزشک می‌تواند با استناد به رعایت نظامات علمی و مقررات پزشکی، عدم تقصیر خود را اثبات کند و با توجه به این ماده تعهد پزشک از نوع تعهد به وسیله خواهد بود، نه تعهد به نتیجه. لازم به ذکر است که اخذ برائت پزشک از بیمار یا ولی او موجب معافیت وی از مسئولیت در صورت اثبات تقصیر نمی‌گردد و صرفاً بار اثبات را جابجا می‌کند به این منظور که اگر برائت از ضامن اخذ شده باشد، بار اثبات تقصیر بر عهده‌ی زیان‌دیده قرار می‌گیرد و در صورت عدم اخذ برائت، بار اثبات عدم تقصیر بر دوش پزشک است.^{۳۵}

در خصوص ماهیت مسئولیت مدنی بدیهی است که در مسئولیت قراردادی، قراردادی بین طرفین (بیمار با پزشک) وجود دارد اما در مسئولیت قهری چنین قراردادی وجود ندارد. عده‌ای مسئولیت پزشک را از نوع قرارداد می‌دانند که به آن قرارداد درمان یا طبی گفته می‌شود و مبنای آن مشابه آن چیزی است که در بند قبل در خصوص مسئولیت قراردادی بیمارستان و مراکز درمانی گذشت و در صورت تخلف از این قرارداد طبیعتاً مسئولیت قراردادی ایجاد می‌شود، در مقابل برخی مسئولیت پزشک را از نوع مسئولیت غیرقراردادی می‌دانند مانند بیماران اورژانسی و در حالت اغمایی که به بیمارستان آورده می‌شوند و امکان اخذ رضایت و برائت در این شرایط از خودشان وجود ندارد و بنا به عدم وجود قرارداد، مسئولیت قهری است و مسئولیت پزشک با ارتکاب تقصیر متصور است که عدم رعایت موازین فنی و علمی و نظامات پزشکی و حرفه‌ای از

^{۳۵} صفایی. (۱۳۹۷). ص ۱۵۹.

مصادیق آن است.^{۳۶} البته در مورد بیماران اورژانسی در حقوق فرانسه، این نظر مطرح است که بین بیمار و پزشک به نوعی رابطه‌ی قراردادی شکل می‌گیرد به این نحو که شخصی که بیمار را در حالت اغما به بیمارستان می‌آورد، تحت عنوان اداره‌ی مال غیر بین بیمار و پزشک قراردادی را منعقد نموده است.^{۳۷}

در تله سرجری هم مبنای مسئولیت مدنی پزشک با توجه به اشارات در متن و مطابق ماده‌ی ۴۹۵ ق.م.ا. ۱۳۹۲ مبنای تقصیر است؛ چرا که تعهد پزشک از نوع تعهد به وسیله می‌باشد. در خصوص ماهیت مسئولیت با روابط ساده مواجه نیستیم و برحسب اینکه پزشک راه دور تنها معالج بیمار باشد یا این پزشک سرپرستی تیم جراحی را از طریق ویدئو کنفرانس برعهده داشته باشد، شرایط متفاوت است.

در جراحی از راه دور یا تله سرجری، اگر دخالت پزشک از راه دور که خارج از مرکز درمانی قرار دارد به حدی باشد که صدق عنوان پزشک معالج بر او ناروا نباشد یعنی، خودش به واسطه‌ی بازوهای رباتیک عمل جراحی از راه دور را انجام دهد، می‌توان گفت که مسئولیت پزشک در این مورد همانند مسئولیت پزشک معالج است؛ بنابراین، اگر رابطه‌ای بین پزشک از راه دور و بیمار قائل شویم باید برای وی وظایفی تعریف شود و مسئول ضرر و زیان ناشی از تقصیرات خودش باشد، پس برای تصور این رابطه بایستی مبنایی اعم از قراردادی یا غیرقراردادی اتخاذ شود که با توجه به اینکه در تله سرجری بیمار به مرکز درمانی مراجعه می‌کند و با امکانات آن مرکز مورد جراحی قرار می‌گیرد، رابطه‌ی قراردادی با پزشک قابل تصور نیست؛ چرا که بیمار مستقیماً به مرکز درمانی مراجعه کرده و قرارداد درمان را با آن مرکز منعقد می‌کند و بعضاً حتی پزشک از راه دور را نمی‌شناسد و حق الزحمه‌ی قرارداد درمان را هم به مرکز پرداخت می‌کند؛ بنابراین، می‌توان رابطه‌ی بیمار با پزشک از راه دور را رابطه‌ای غیرقراردادی یا قهری دانست و مسئولیت وی را با اثبات تقصیر و زیان وارده و رابطه‌ی سببیت بین این دو از طریق ماده‌ی ۱ ق.م.م.

^{۳۶} پژوهان، میرعلی. (۱۳۹۵). ص ۱۶۵.

^{۳۷} یزدانیان، ۱۴۰۰، ج ۴، ص ۴۳۲.

۱۳۳۹ به اثبات رساند.^{۳۸}

اما در خصوص اینکه پزشک از راه دور، صرفاً سرپرستی تیم پزشکی در اتاق عمل مرکز درمانی که با وی فاصله دارد را از طریق بستر ویدئو کنفرانس بر عهده داشته باشد و پزشک معالج حاضر در مرکز طبق رهنمودهای وی جراحی را انجام دهد، یک نظر در حقوق خارجی نظریه‌ی ناخدای کشتی است که پزشک راه دور سرپرست تیم معالج، مثل یک ناخدای کشتی، مسئول اعمال تمام اعضای تیم پزشکی از جمله پزشک معالج مرکز باشد؛ چرا که پزشک معالج به دستور او عمل می‌نمایند اما از آنجا که این نظریه در حقوق ایران پذیرفته شده نیست، اصل بر مسئولیت قانونی هر یک از اشخاص حاضر در تیم پزشکی است و باید هر شخص مسئول اعمال خودش باشد؛ چرا که از لحاظ قانونی و علمی صلاحیت مداخله در امور پزشکی را دارد.^{۳۹} لذا در مورد پزشک معالجه‌ی که در اتاق عمل حضور دارد و تحت نظر پزشک راه دور عمل را انجام می‌دهد، بایستی گفت که قرارداد درمان بین بیمار و مرکز درمانی منعقد شده است و رابطه‌ی این دو قراردادی است و علی‌الاصول قراردادی بین این پزشک معالج تحت نظر پزشک راه دور و بیمار وجود ندارد مگر اینکه طبق روال مرسوم، بیمار به مطب مستقل این پزشک در خارج از مرکز درمانی مراجعه کرده باشد و از آن طریق به بیمارستان ارجاع داده شده باشد که در این صورت تصور شکل‌گیری رابطه‌ی قراردادی بین پزشک معالج و بیمار دور از انتظار نیست.

در پایان این گفتار، بهتر است بیان شود که در حقوق ایران اصولاً با تأیر از حقوق فرانسه مسئولیت بین بیمار و پزشک یا بیمارستان را از نوع قراردادی می‌دانند که البته با توجه به مطالب فوق در خصوص پزشک راه دور قابل تصور نیست؛ بنابراین به نظر شایسته است که بنا بر نظر دکتر صفایی قائل بر نظریه‌ی وحدت بنیادی بین مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی باشیم؛ چرا که تفاوت‌های مطرح شده‌ی بین این دو مسئولیت، جزئی هستند و این نظریه‌ی

^{۳۸} تقفی، و ساعی. (۱۳۹۳). ص ۱۵۳ و ۱۵۴.

^{۳۹} عباسی. (۱۳۸۵). ص ۴ و ۵.

وحدت بنیادی مسئولیت با مبانی حقوق اسلامی هم قابل توجیه است؛ چرا که در حقوق اسلامی این دو مسئولیت از هم تفکیک نشده‌اند و پذیرش این نظریه‌ی وحدت مشکلاتی از قبیل تعدد نظامات مسئولیت را حل می‌کند و بار اثبات وجود قرارداد صحیح را از دوش خواهان برمی‌دارد. البته این نظریه‌ی وحدت به معنای نادیده گرفتن قرارداد بین طرفین نیست و تعمیم قواعد مسئولیت قهری به مسئولیت قراردادی تا حدی جایز است که مغایرت با نظم عمومی حاصل نشود.^{۴۰}

گفتار سوم: آثار مسئولیت مدنی در اعمال جراحی از راه دور

بند اول. مسئولیت جبران خسارت وارده بر بیمار در تله‌سرجری

غایت مسئولیت مدنی جبران خسارات و تسلی خاطر زیان‌دیده و جلوگیری از ارتکاب مجدد فعل زیان‌بار توسط فاعل زیان یا دیگر افراد جامعه است.^{۴۱} در صورتی که تمام شرایط و ارکان مسئولیت مدنی فراهم باشد، زیان‌دیده حق دارد که جبران زیان‌های خود را از فاعل زیان بخواهد و او نیز ملزم می‌شود زینانی را که موجب ایجاد آن شده است، جبران کند که در نتیجه، یک رابطه‌ی دینی بین زیان‌دیده و فاعل زیان به وجود می‌آید که در نتیجه‌ی مسئولیت مدنی است.^{۴۲} ارکان و شرایطی که لازمه‌ی تحقق مسئولیت مدنی است به طور کلی سه شرط می‌باشد:

الف. ضرر وارده بر زیان‌دیده: برخلاف معنای عرفی که هر نوع ضرری را قابل جبران می‌داند این ضرر باید دارای شرایطی از جمله مسلم و مستقیم بودن، حاصل از لطمه به حق یا نفع مشروع بودن و ... باشد.

ب. تقصیر عامل زیان: منظور از تقصیر تجاوز از رفتار یک انسان متعارف است. به طور خاص در حرفه‌ی پزشکی، بحث تقصیر شغلی و حرفه‌ای به میان می‌آید؛ چرا که از تخصص شغلی برخوردارند و در سنجش معیار تقصیر آنان، رفتار یک پزشک متناسب با آن تخصص سنجیده

^{۴۰} صفایی. (۱۳۹۷). صص ۸۶-۹۰.

^{۴۱} بادینی. (۱۳۸۴). صص ۱۳۰.

^{۴۲} کاتوزیان. (۱۳۹۶). صص ۱۵۷.

بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز... / بشری میری ۱۵۷

می‌شود.

ج. رابطه‌ی سببیت بین زیان به وجود آمده و فعل فاعل زیان (تقصیر): به عبارتی باید ضرر به وجود آمده نتیجه‌ی تقصیر عامل زیان باشد و این زیان به وی مستند باشد.^{۴۳}

۱. مسئولیت مراکز درمانی به جبران خسارت بیمار در جراحی از راه دور

با توجه به مباحث گفتار قبل رابطه‌ی بیمار مراجعه کننده به مرکز درمانی با مرکز از نوع قرارداد است و به تبع آن مسئولیت مرکز از نوع قراردادی می‌باشد و بر طبق قرارداد، مرکز درمانی متعهد به مراقبت و درمان است که از نظر قانونی هم انجام این تکلیف از بیمارستان دور از انتظار نیست. اساساً زمانی که تخلف از قرارداد به نوعی تخطی از تکالیف عمومی هم به حساب آید، زیان دیده در انتخاب مبنای قراردادی یا قهری آزاد است با این پیش شرط که در صورت انتخاب مبنای قهری یا قانونی مفاد تراضی نادیده گرفته نشود.^{۴۴} پس وجود مسئولیت قراردادی مانع از اقامه‌ی دعوا بر مبنای مسئولیت غیرقراردادی نیست و بیمار می‌تواند از هر دو نوع مسئولیت استفاده کند.^{۴۵} مسئولیت مراکز درمانی گاهی مستقیماً ناشی از نقض تعهداتشان یعنی، مراقبت و معالجه در قرارداد درمان است که جبران خسارات وارده بر عهده‌ی مرکز می‌باشد؛ چرا که با توجه به قراردادی بودن مسئولیت، صرف نقض تعهد تقصیر محسوب می‌شود^{۴۶} اما مراکز درمانی ممکن است که از جانب اعمال پزشکان و پرسنل خود نیز دارای مسئولیت باشند؛ لذا لازم است که در خصوص این نوع مسئولیت، وضعیت پزشکان در جراحی از راه دور مورد بررسی قرار گیرد. در خصوص مسئولیت بیمارستان در مقابل بیمار زیان دیده از بابت اعمال پزشکان راه دور نظریاتی در حقوق آمریکا مطرح شده که از جمله‌ی آن نظریه‌ی نمایندگی ظاهری است که بر این مبنا پزشک راه دور، از حیث اینکه دارای صلاحیت علمی و تخصصی لازم در این نوع

^{۴۳} صفایی. (۱۳۹۷). ص ۹۰ و ۹۱.

^{۴۴} کاتوزیان. (۱۳۹۶). ص ۱۹.

^{۴۵} ساعی. و ثقفی. (۱۳۹۳). ص ۱۵۵.

^{۴۶} ساعی. و ثقفی. (۱۳۹۳). ص ۱۵۵.

جراحی‌ها بوده و توسط بیمارستان برای اعمال جراحی انتخاب شده است؛ پس ظاهراً نماینده‌ی بیمارستان است و مرکز باید پاسخگویی صدمات احتمالی وارده بر بیمار از ناحیه‌ی او باشد، اما در حقوق ایران، این نظریه مورد پذیرش نیست و نمی‌تواند مبنایی برای مسئولیت مرکز درمانی باشد.^{۴۷} همان‌طور که در گفتار قبل بررسی شد، در مواردی ممکن است پزشک راه دور سرپرستی تیم پزشکی را بر عهده داشته باشد که در این خصوص نظریه‌ی ناخدای کشتی مطرح و رد شد و گفته شد که پزشکان معالج حاضر در اتاق عمل مسئول تقصیرات خود می‌باشند. اما در این مورد گاهاً بیمارستان مسئولیت را به دوش می‌کشد، که لازم است رابطه‌ی پزشکان اخیر با بیمارستان بررسی شود:

الف) حالتی که پزشک را کارمند بیمارستان در نظر بگیریم که البته مشمول قانون کار نیست^{۴۸} در این مورد می‌توان از ماده‌ی ۱۱ ق.م.م. ۱۳۳۹: «کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آنها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه‌ی بی احتیاطی، خساراتی به اشخاص وارد نمایند، شخصاً مسئول جبران خسارات وارده می‌باشند ولی هرگاه خسارات وارده مستند به نقص وسایل ادارات و مؤسسات مزبور باشد، در این صورت جبران خسارت بر عهده‌ی اداره یا مؤسسه‌ی مربوطه است ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت هرگاه اقداماتی که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود». در باب مسئولیت مدنی دولت که مورد استفاده در مسئولیت مدنی بیمارستان دولتی نیز است و ماده‌ی ۱ ق.م.م. ۱۳۳۹: «هرکس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه‌ی بی احتیاطی به جان، سلامتی، مال، آزادی، حیثیت، شهرت تجارتي و یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد» استفاده کرد. مطابق صدر ماده‌ی ۱۱ ق.م.م. مسئولیت مدنی کادر درمانی بیمارستان دولتی، اصل در نظر

^{۴۷} ساعی و ثقفی. (۱۳۹۳). صص ۱۵۵ و ۱۵۶.

^{۴۸} مثل کادر درمانی بیمارستان دولتی که مستخدم دولت و مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری هستند.

بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز... / بشری میری ۱۵۹

گرفته شده است؛ بنابراین پزشکی که در استخدام بیمارستان دولتی است بایستی در تمام مراحل درمان اعم از تشخیص و معالجه، موازین فنی و علمی را رعایت بنماید و در صورت تقصیر باید شخصاً جبران خسارت را مستند به ماده‌ی ۱ ق.م.م. بر عهده گیرد؛ مگر اینکه تقصیر یا خطای وی مستند به نقص وسایل و تجهیزات مرکز درمانی باشد که استثنائاً، مسئولیت مطابق ذیل ماده‌ی ۱۱ ق.م.م. بر عهده‌ی بیمارستان است و پزشک در صورت عدم تقصیر مسئولیتی ندارد.^{۴۹}

ب) حالتی که پزشک را کارگر بیمارستان و مشمول قانون کار در نظر بگیریم:

در این حالت بیمار برای مطالبه‌ی خسارتی که به وی وارد شده است یا می‌تواند مطابق ماده‌ی ۱ ق.م.م. و ماده‌ی ۱۹۶ ق.م. با استناد به تعهد به نفع ثالثی که در قرارداد بین بیمارستان و پزشک وجود دارد، به پزشک رجوع کند^{۵۰} یا بیمار می‌تواند به بیمارستان هم رجوع کند، که در این حالت پزشک تعهد اصلی خود را طبق تبعیت حقوقی کارفرما که بیمارستان باشد، انجام می‌دهد و از حیث نظام سازمانی تابع بیمارستان است^{۵۱} و پزشک کارگر بیمارستان محسوب می‌شود و کارفرما مسئولیت جبران خسارات را از باب نظریه‌ی مسئولیت نیابتی یا به عبارتی مسئولیت کارفرما مطابق ماده‌ی ۱۲ ق.م.م. برعهده دارد^{۵۲} که بیان می‌کند: «کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند مسئول جبران خساراتی می‌باشند که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده است، مگر اینکه محرز شود تمام احتیاط‌هایی که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌نموده به عمل آورده یا اینکه اگر احتیاط‌های مزبور را به عمل می‌آوردند بازهم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌بود، کارفرما می‌تواند به واردکننده‌ی خسارت در صورتی که مطابق قانون مسئول شناخته شود مراجعه نماید». در این مورد مطابق ذیل ماده، مسئولیت بیمارستان از نوع مسئولیت بدون تقصیر نیست و برای آن فرض تقصیر شده است؛

^{۴۹} پیروزی، سالک. (۱۳۹۲). ص ۸ و ۹.

^{۵۰} یزدانین، آرابی. (۱۳۹۲). ص ۱۶۹.

^{۵۱} طباطبایی، شنبور. (۱۳۹۳). ص ۲۷.

^{۵۲} پیروزی، سالک. (۱۳۹۲). ص ۹.

پس بیمارستان می‌تواند با اثبات عدم تقصیر از مسئولیت معاف شود و اگر خسارتی پرداخت کرده باشد، می‌تواند از بابت آن به عامل زیان رجوع کند.^{۵۳} این نوع مسئولیت مرکز درمانی، در واقع مسئولیت ناشی از فعل غیر در برابر بیمار است.

از آنجا که مسئولیت تضامنی مطابق مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ ق.ت. استثناء محسوب می‌شود؛ مگر اینکه در قانون یا قرارداد تصریح گردد، پس نمی‌شود به مسئولیت تضامنی بیمارستان و پزشک قائل بود ولی از آنجا که موضوع خسارت واحد است و منبع آن متعدد بوده به نظر می‌رسد که بتوان به مسئولیت تضامنی بیمارستان و پزشک حکم داد^{۵۴} که این موافق با ماده‌ی ۱۴ ق.م.م. می‌باشد. در روش جراحی از راه دور همانطور که اشاره شد، بیشترین احتمال خطر از ناحیه‌ی تجهیزات و امکانات مرتبط از جمله بازوهای رباتیک و اتصال اینترنت و وسایل ارتباطی است؛ چرا که به طور مثال قطع اینترنت حتی برای لحظه‌ای می‌تواند نقش تعیین‌کننده در حیات و ممانت بیمار داشته باشد، علی‌الخصوص در فرضی که پزشک از راه دور به واسطه‌ی بازوهای رباتیک عمل را انجام دهد که اگر اختلالی در اینترنت باشد باعث اختلال در عملکرد این ربات‌ها خواهد شد، پس مسئولیت جبران خسارات وارده ناشی از این اختلال‌ها و نواقص بر عهده‌ی بیمارستان‌ها و مراکز درمانی ارائه‌دهنده‌ی خدمات تله‌سرجری است.^{۵۵}

موضوع قرارداد درمانی که بین بیمارستان و بیمار منعقد می‌شود، علی‌الاصول معالجه و درمان و مراقبت از بیمار می‌باشد و مسائلی از جمله ایمنی تجهیزات و وسایل در قرارداد ذکر نمی‌شود و تبعاً مسئولیت ناشی از نقص فنی آنها در گستره‌ی مسئولیت قراردادی مطرح نمی‌شود و مسئولیت بیمارستان در این خصوص از نوع غیرقراردادی است و جبران خسارت مطابق ماده‌ی ۱ ق.م.م. می‌باشد^{۵۶} و بیمار زیان‌دیده بایستی تقصیر بیمارستان در این مورد را به اثبات برساند،

^{۵۳} بازوند. (۱۳۹۵). ص ۳۵.

^{۵۴} یزدانیان، آرای. (۱۳۹۲). ص ۱۷۴.

^{۵۵} ساعی. و ثقفی. (۱۳۹۳). ص ۱۵۶.

^{۵۶} پیروزی، سالک. (۱۳۹۲). ص ۹ و ۱۰.

بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز.../ بشری میری ۱۶۱

پس بی‌مناسبت نیست که با توجه به حساسیت اعمال جراحی که موضوع آن جان انسان است و جراحی از راه دور که به نوعی ارتباط تنگاتنگی با تکنولوژی روز دارد و صرفاً خطاهای پزشکی و نواقص ساده‌ی وسایل در آن مطرح نیست، برای رعایت حقوق بیمار زیان‌دیده، مبنای جدیدی را در تعهد بیمارستان‌ها اتخاذ کنیم که موافق با رعایت حقوق بیماران باشد؛ لذا به نظر می‌رسد که بتوانیم تعهد بیمارستان در این موارد را از نوع تعهد به ایمنی بدانیم که برای جبران خسارت زیان‌دیده به صرف اثبات رابطه‌ی سببیت بین زیان و تقصیر، ضمان و مسئولیت به جبران خسارت را موجب می‌گردد.

بر اساس مواد ۱۶ و ۱۷ و ۲۲ آئین‌نامه‌ی نحوه‌ی تأسیس و بهره‌برداری بیمارستان‌ها مصوب ۱۳۸۳، دارا بودن وسایل ایمنی و تجهیزات فنی و اداری لازم و مقررات بهداشتی به عنوان قانونی آمره بر قرارداد درمان منعقد‌ه‌ی بین بیمار و بیمارستان حاکم می‌شود و تعهد ایمنی در این خصوص یک تعهد قراردادی و قانونی دانسته می‌شود که نقض آن برای متعهد ایجاد مسئولیت می‌کند.^{۵۷} می‌توان ایمنی بازوهای رباتیک، استریلیزه بودن ادوات جراحی، پایدار و قوی بودن اتصال اینترنت بیمارستان در اعمال جراحی از راه دور و ... را از جمله‌ی تعهدات ایمنی بیمارستان برشمرد؛ بنابراین شایسته است در اعمال پزشکی علی‌الخصوص جراحی از راه دور، تعهد بیمارستان را از نوع تعهد ایمنی بدانیم؛ چرا که از نظر بار اثباتی، حقوق بیماران زیان‌دیده را در برابر بیمارستان به عنوان یک شخص حقوقی، بهتر تامین می‌کند.

۲. مسئولیت پزشک داخل مرکز درمانی به جبران خسارت بیمار در جراحی از راه دور

در حقوق آمریکا رابطه‌ی بین پزشک معالج حاضر در مرکز درمانی و پزشک راه دور را تابع قوانین وکالت می‌دانند و اعتقاد بر این دارند که هر نوع عملی اعم از جراحی و مشاوره و ... که پزشک راه دور انجام می‌دهد، به نیابت از پزشک معالج است و مسئولیت متوجه پزشک معالج حاضر در بیمارستان است، اما این نظر در حقوق ایران قابل پذیرش نیست؛ چرا که به موجب ماده‌ی ۶۶۶ ق.م.م: «هرگاه از تقصیر وکیل، خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً وکیل مسبب

^{۵۷} یزدانیان. و ثقفی. و جلالی. (۱۳۹۶). ص ۱۹.

آن محسوب می‌گردد، مسئول خواهد بود» با فرض این نظر در صورت تقصیر و خطا، پزشک راه دور هم دارای مسئولیت می‌باشد.^{۵۸}

اما به نظر می‌رسد که در خصوص مسئولیت پزشک معالج به جبران خسارت باید با توجه به مباحث گفتار قبل بیان داشت که اگر بیمار مستقیماً به مطب خارج از بیمارستان پزشک معالج رجوع نموده باشد و از جانب وی برای انجام تله سرجری به بیمارستان دارای امکانات این عمل ارجاع داده شده باشد، هر کدام از پزشک و بیمارستان در این شرایط، از باب مسئولیت قراردادی مسئولیت جبران خسارت را بر عهده دارند و اگر بیمار مستقیماً به بیمارستان برای انجام این عمل مراجعه کرده باشد، با توجه به بررسی قبل در خصوص رابطه‌ی بیمارستان با این پزشک، مسئولیت پزشک به جبران خسارت بیمار در صورت ثبوت می‌تواند از نوع قراردادی و حتی به صورت تضامنی باشد.

۳. مسئولیت پزشک راه دور (خارج از مرکز درمانی) به جبران خسارت بیمار در جراحی از راه دور

برای اینکه بیمار بتواند خسارت وارده از جانب پزشک راه دور را مطالبه کند، باید موارد زیر را ثابت کند:

اولاً رابطه‌ی خودش را با پزشک راه دور به اثبات برساند، که مفاد این رابطه شامل وظیفه‌ی مراقبت متعارف و به کارگیری مهارت پزشک راه دور در بهبود بیمار است و پزشک آن وظیفه را نقض کرده است، ثانیاً این نقض وظیفه منجر به ورود خسارت شده باشد، ثالثاً خسارت وارد شده مستقیماً حاصل از نقض وظیفه‌ی پزشک راه دور باشد.^{۵۹} اما با عنایت به آنچه در قبل گذشت نمی‌توان رابطه‌ای قراردادی بین پزشک راه دور و بیمار متصور بود و علی‌الاصول پزشک راه دور به هیچ‌عنوان نمی‌تواند از پرسنل مراکز درمانی باشد و بالتبع رابطه‌ای اعم از کارمندی یا کارگری در مقابل بیمارستان داشته باشد و رابطه‌ی پزشک راه دور و بیمار چه در جراحی رباتیک و چه در

^{۵۸} ساعی. و ثقفی. (۱۳۹۳). ص ۱۵۶.

^{۵۹} ساعی. و ثقفی. (۱۳۹۳). ص ۱۵۷.

بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز.../ بشری میری ۱۶۳

سرپرستی تیم پزشکی رابطه‌ای غیر قراردادی است و پزشک بر اساس موازین فنی و قانونی موظف به رعایت علم و تخصص خویش است و بیمار با اثبات عدم رعایت این موارد که منجر به تقصیر پزشک می‌گردد بر اساس ماده‌ی ۱ ق.م.م. می‌تواند مسئولیت وی را به جبران خسارت به اثبات رساند.

بند دوم. اثر قراردادهای خصوصی در مسئولیت

جبران خسارت شخص زیان‌دیده به طور معمول بر عهده‌ی شخصی است که مسئول ایجاد آن زیان شناخته می‌شود، ولی گاهی با انعقاد قراردادهای خصوصی پیش از ورود ضرر، یک طرف قرارداد تعهد به جبران خسارت خود را با پرداخت مبلغی معین بر عهده‌ی دیگری می‌گذارد. این نوع قراردادها موسوم به بیمه‌ی مسئولیت هستند که با شرط عدم مسئولیت متفاوت است.

در بیمه‌ی مسئولیت، شخص زیان‌دیده برای جبران خسارت خود به بیمه‌گر رجوع می‌کند و در صورت اثبات مسئولیت بیمه‌گذار، بیمه‌گر متعهد به پرداخت خسارت می‌شود؛ حال آن که در صورت شرط عدم مسئولیت، زیان‌دیده حق مطالبه‌ی خسارت خود را از دست می‌دهد و تعهد مسئول در برابر او از بین می‌رود.^{۶۰} اساساً به نقل از دکتر شجاع پوریان: «بیمه‌ی مسئولیت برخلاف شرط عدم مسئولیت در جهت تأکید مسئولیت می‌باشد و هدف آن ابقاء مسئولیت در ذمه‌ی مسئول است و بیمه‌گر آن را تضمین می‌کند».^{۶۱} یکی از انواع این بیمه‌های مسئولیت، بیمه‌ی مسئولیت مدنی پزشکان و بیمارستان‌ها است. مطابق بند ۳ ماده‌ی ۲ شرایط عمومی بیمه‌نامه‌ی مسئولیت مدنی حرفه‌ای پزشکان و پیراپزشکان، این اشخاص در مقابل جبران خسارات بیمار یا بازماندگان او که به علت غیرعمد صرفاً ناشی از خطا، اشتباه، غفلت، یا قصور وی در معالجه، تجویز نادرست و اعمال جراحی دچار صدمات جسمی یا روانی گردند یا فوت نمایند به شرط مسئول شناخته شدن، تحت پوشش بیمه‌گر قرار می‌گیرند.^{۶۲}

^{۶۰} کاتوزیان. (۱۳۹۶). ص ۱۸۲.

^{۶۱} شجاع پوریان. (۱۳۷۳). ص ۲۳۹.

^{۶۲} صالحی. (۱۳۹۳). ص ۱۳۴.

بر این اساس موضوع بیمه‌ی مسئولیت مدنی پزشکان شامل خساراتی که شخص پزشک از روی عمد به بیمار وارد می‌کند، مثلاً با علم به اینکه دارویی خاص عوارض جبران‌ناپذیری دارد، آن را به بیمار تزریق کند و هم چنین خساراتی که ناشی از مسئولیت شخصی پزشک خارج از فضای تخصصی و حرفه‌ای وی است، نمی‌باشد و بیمه‌گر تعهدی به جبران این گونه خسارات ندارد.^{۶۳}

در خصوص اعمال جراحی معمولاً پیش از انجام عمل، از بیمار یا ولی او براءت اخذ می‌گردد، همانطور که این شرط موجب معافیت از مسئولیت پزشک در صورت تقصیر نمی‌شود، بیمه‌گذار هم نمی‌تواند به این شرط براءت استناد نماید و خود را از پرداخت خسارت به زیان‌دیده معاف نماید.^{۶۴} مسئولیت مدنی جراح ممکن است بعد از عمل جراحی هم ادامه داشته باشد؛ چرا که برخی از عوارض اعمال جراحی ممکن است بعد از چند سال مشخص بشوند؛ لذا مطابق ماده‌ی ۱۱ شرایط عمومی بیمه‌نامه‌ی مسئولیت مدنی حرفه‌ای پزشکان و پیراپزشکان کلیه‌ی خسارات در این مورد تا ۴ سال بعد از انقضای تاریخ بیمه‌نامه تحت پوشش بیمه قرار می‌گیرد با این شرط که جراحی مدنظر در مدت اعتبار بیمه‌نامه صورت گرفته باشد. بیمارستان‌ها و مراکز درمانی هم می‌توانند از بابت مواردی که مسئولیت مدنی خواهند داشت از جمله نقص وسایل و تجهیزات و ابزار جراحی و قصور در ضدعفونی کردن اتاق عمل، قصور پرسنل بیمارستان در ضدعفونی کردن وسایل جراحی که ممکن است به سرایت بیماری‌های واگیردار منتهی شود و اصولاً قصور در ارائه‌ی خدمات درمانی و مراقبتی، مسئولیت خود را بیمه کنند تا بیمه‌گر آنها پاسخگوی این قبیل خسارات باشد.^{۶۵}

ماده‌ی ۱۳ ق.م.م. هم بر این امر تصریح کرده که در صورتی که رابطه‌ی بیمارستان با پزشک از نوع رابطه‌ی کارفرمایی باشد، کارفرما بایستی کارکنان را بیمه کند تا جبران خسارات

^{۶۳} صالحی. (۱۳۹۳). صص ۱۳۸ و ۱۴۳.

^{۶۴} صالحی. (۱۳۹۳). صص ۱۵۰.

^{۶۵} صالحی. (۱۳۹۳). صص ۱۳۸.

بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز.../ بشری میری ۱۶۵

ناشی از اعمال و افعال آنها بر عهده‌ی بیمه‌گر قرار گیرد. همان طور که در خصوص پزشکان بیان شد، در مورد بیمارستان‌ها هم بیمه‌ی مسئولیت مدنی مسئولیت جبران خسارات عمدی وارده را دربرنمی‌گیرد. به طور مثال در جراحی از راه دور که اتصال اینترنت نقش موثری در این اعمال جراحی ایفا می‌کند و اساساً بیشترین مسئولیت گریبان‌گیر بیمارستان‌ها می‌باشد. اگر به طور عمدی در وضعیت اتصال اختلالی به وجود آید، شخصاً خود ایجادکننده‌ی اختلال مسئولیت دارد و مطابق ماده‌ی ۹ ق.ج.ر.: «هرکس به طور غیر مجاز با اعمالی از قبیل وارد کردن، انتقال دادن، پخش، حذف کردن، متوقف کردن، دستکاری یا تخریب داده‌ها یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری، سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی دیگری را از کار بیاندازد یا کارکرد آنها را مختل کند، به حبس از شش ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ده میلیون ریال تا چهل میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد»، مستحق مجازات شناخته شده است.^{۶۶}

^{۶۶} کریمی. و رحیمی‌پور. و حسنی. (۱۳۸۹). ص ۶۵

نتیجه گیری

امروزه در عصر تکنولوژی، فناوری IT همزمان با پیشرفت علم پزشکی در کشورهای در حال توسعه، جهت تسریع و تسهیل دستیابی بیماران به نیازهای درمانی برابر از هر نقطه‌ی جهان، به کمک علم پزشکی نوین آمده است.

تله‌مدیسین واژه‌ای پرکاربرد در فرآیند درمانی این دوران می‌باشد که اهمیت آن به واسطه‌ی پیدایش و گسترش ویروس COVID-19 با افزایش مشاوره‌های پزشکی آنلاین و تلفنی در فضایی خارج از مطب و مراکز درمانی بیش از پیش مورد توجه قرار گرفته است. اما جلوه‌ای دیگر از تله‌مدیسین، جراحی از راه دور است (تله‌سرجری) که این شیوه به کمک بیماران نیازمند به عمل جراحی در هر نقطه‌ای از دنیا آمده است، تا بتوانند بدون نیاز به جابجایی‌های مکرر که بعضاً علاوه بر تحمیل هزینه‌های مالی سنگین به لحاظ جسمی هم برای آنان دشواری ایجاد می‌کند، از حادترین پزشکان بهره‌مند بشوند.

پیشرفت هرچه بیشتر و بهتر این شیوه‌ی اعمال جراحی در گرو ایجاد بستر قانونی مناسب است تا هم ارائه‌دهندگان و هم خدمات‌گیرندگان در بستری ایمن به این شیوه‌ی نوین تن در دهند. علی‌رغم آئین‌نامه‌های تصویب شده که صرفاً به تشکیل کمیته‌ی خدمات پزشکی از راه دور^{۶۷} و ناظر به مسیر قانونی در جهت اخذ مجوزهای اجرای این روش می‌باشد. هم‌چنان بحث مسئولیت پزشکان و مراکز درمانی دخیل در این امر در خلأ قانونی به سر می‌برد و رویه‌ی کلی در بحث مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران ناظر به نظریه‌ی تقصیر است که به نظر می‌رسد با توجه به طرح مسائلی نو در این رشته دیگر نمی‌تواند پاسخ‌گوی جبران عادلانه و منصفانه‌ی خسارات زیان‌دیدگان باشد. در خصوص مسئولیت مدنی در تله‌سرجری، بیماران برای مطالبه‌ی خسارات وارده علی‌الاصول باید تقصیر زیان‌دیده را اثبات نمایند و به دلیل اینکه نهاد حقوقی بیمارستان در موضع بالاتری نسبت به بیماران قرار دارد و یا به واسطه‌ی تخصصی بودن مسائل

بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز... / بشری میری ۱۶۷

در حرفه‌ی پزشکی اثبات تقصیر، کمی دشوار است و در نتیجه احتمال تضییع حقوق بیماران بسیار زیاد است، نیاز به مبنایی جدید در این نوع مسئولیت‌ها احساس می‌شود. در حال حاضر از مواد قانونی موجود استفاده می‌گردد و زیان دیده در این روش اگر خسارتی از ناحیه‌ی پزشک راه دور به وی وارد شده باشد، باید تقصیر وی را مطابق ماده‌ی ۱ ق.م.م. به اثبات برساند و در خصوص خسارتی که از ناحیه‌ی بیمارستان‌ها ممکن است به وی وارد شود، اگر مسئولیت ناشی از نقص تجهیزاتشان باشد، که مسئولیت جبران خسارت ناشی از آن بر عهده‌ی این شخص حقوقی است، اما اگر از بابت اعمال کادر درمانی آنها باشد که با توجه به ق.م.م. می‌توان با شناخت ماهیت رابطه بین پزشک و بیمارستان آن را بر پایه‌ی مواد ۱۱ و ۱۲ ق.م.م. با عنایت به تقصیر صورت گرفته توجیه نمود یا پزشک را مطابق تعهد به نفع ثالث موجود در قراردادش با بیمارستان مسئول شناخت و او را به جبران خسارت محکوم نمود؛ که البته امروزه، با توجه بیشتر به بیمه‌های مسئولیت مدنی این جبران خسارت در صورت مسئول قلمداد شدن افراد، بر عهده‌ی بیمه‌گر قرار می‌گیرد.

۱۶۸ دوفصلنامه دانش‌پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۱۴۱-۱۶۹

کتابنامه

- {قوانین:} قانون اساسی.
- {قوانین:} قانون مدنی.
- {قوانین:} قانون مسئولیت مدنی.
- {قوانین:} قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲
- {قوانین:} قانون تجارت.
- {قوانین:} قانون جرائم رایانه‌ای.
- {قوانین:} قانون برنامه‌ی چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳.
- {قوانین:} مصوبه‌ی شورای عالی فضای مجازی در خصوص اصول و سیاست‌های حاکم بر خدمات سلامت در فضای مجازی مصوب ۱۳۹۲.
- {قوانین:} آئین نامه‌ی اجرایی ارائه‌ی خدمات سلامت و پزشکی از راه دور (دوراپزشکی) مصوب ۱۳۹۹.
- {قوانین:} آئین نامه‌ی نحوه‌ی تأسیس و بهره برداری از بیمارستانها مصوب ۱۳۸۳.
- {قوانین:} شرایط عمومی بیمه‌نامه‌ی مسئولیت مدنی حرفه‌ای پزشکان و پیراپزشکان.
- {کتاب:} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۶). وقایع حقوقی، انتشارات گنج دانش، تهران: چ اول.
- {کتاب:} صفایی، سیدحسین. و رحیمی، حبیب الله. (۱۳۹۷). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، انتشارات سمت، تهران: چ یازدهم.
- {کتاب:} یزدانیان، علیرضا. (۱۴۰۰). قواعد عمومی مسئولیت مدنی با مطالعه‌ی تطبیقی در حقوق فرانسه، انتشارات میزان، تهران: چ ۴، چ دوم.
- {کتاب:} شجاع پوریان، سیاوش. (۱۳۷۳)، مسئولیت مدنی ناشی از خطای شغلی پزشک، انتشارات فردوسی، تهران: چ اول.
- {کتاب:} بادینی، حسن. (۱۳۸۴). فلسفه‌ی مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، تهران: چ اول.
- {مقاله:} سماواتی پیروز، امیر. و شریفی اسکندر، رویا. (۱۳۹۴). مسئولیت کیفری در جراحی‌های رباتیک و از راه دور، افقی نو در محقق فرسودگی قوانین کیفری، فصلنامه‌ی حقوق پزشکی (۴۳).

بررسی مسئولیت مدنی پزشکان و مراکز.../ بشری میری ۱۶۹

{مقاله:} کریمی، عباس. و رحیمی پور، ایمان. و حسنی، مهدی. (۱۳۸۹). جرایم پزشکی از راه دور ناشی از سلامت الکترونیکی، فصلنامه‌ی حقوق پزشکی، ۴(۱۴).

{مقاله:} رستگار، رضا. و بابایی، داریوش. (۱۳۹۸). مسئولیت ناشی از پزشکی از راه دور، نشریه‌ی مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه (۳).

{مقاله:} یزدانیان، علیرضا. و آرای، حمید. (۱۳۹۲). مطالعه‌ی تطبیقی تبیین مسئولیت مدنی بیمارستان در قبال اعمال کارکنان خود و تحلیل آن در راستای مسئولیت ناشی از فعل غیر، مجله‌ی حقوق تطبیقی دانشگاه مفید (۱۰۲).

{مقاله:} پیروزی، پژمان. و سالک، شمیم. (۱۳۹۲). مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها، نشریه‌ی تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل (۲۲).

{مقاله:} صالحی، حمیدرضا. (۱۳۹۲). ماهیت حقوقی قراردادهای درمان، فصلنامه‌ی حقوق پزشکی (۲۷).

{مقاله:} ساعی، سیدمحمدهادی. و ثقفی، مریم. (۱۳۹۳). مطالعه‌ی تله‌مدیسین (پزشکی از راه دور) از منظر حقوقی، فصلنامه‌ی حقوق پزشکی (۲۸).

{مقاله:} پڑهان، ماندانا. و میرعلی، مجید. و شهبابی، محسن. (۱۳۹۵). مسئولیت مدنی پزشک، نشریه‌ی مطالعات حقوق (۱).

{مقاله:} عباسی، محمود. (۱۳۸۵). مسئولیت تیم پزشکی در اعمال جراحی، نشریه‌ی جراحی ایران (۳).

{مقاله:} طباطبایی، سیدمحمدصادق و شنیور، قادر. (۱۳۹۳). گستره‌ی مسئولیت مدنی بیمارستان در برابر بیمار، فصلنامه‌ی حقوق پزشکی (۳۱).

{مقاله:} بازوند، شهاب. (۱۳۹۵). جایگاه مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها ناشی از حوادث پزشکی، پژوهشنامه‌ی دوفصلنامه‌ی حقوق خصوصی عدالت (۶).

{مقاله:} یزدانیان، علیرضا. و ثقفی، مریم. و جلالی، محمود. (۱۳۹۶). ماهیت تعهد ایمنی و کاربرد آن در مسئولیت مدنی پزشک در حقوق ایران و فرانسه، پژوهش‌های حقوق تطبیقی (۳).

{مقاله:} صالحی، حمیدرضا. (۱۳۹۳). بیمه‌ی مسئولیت مدنی مشاغل پزشکی، چالش‌ها، ضرورت‌ها و فرصت‌ها، فصلنامه‌ی حقوق پزشکی (۲۹).

{مقاله:} سایت انجمن تله‌مدیسین ایران <http://www.irantelemed.ir>

ساختار و نحوه اجرای احکام کیفری در نظام جمهوری اسلامی ایران

حمید قاسم‌زاده*

چکیده

پس از آنکه بروز جرمی از طریق دادگاه، ثابت و دادرس دادگاه برای متهم مجازات تعیین کرد، این مجازات باید پس از قطعی شدن به مرحله اجرا گذاشته شود که اجرای احکام کیفری نیز طبق قانون بر عهده دادرسی است که در معیت دادگاه صادر کننده حکم انجام وظیفه می‌کند. اگر قرار باشد پس از طی مراحل مختلف دادرسی حکم قطعی شده اجرا نشود، تمام اقدامات انجام شده برای اجرای عدالت بی‌ثمر خواهد بود.

در ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی کیفری ساختار و نحوه اجرای احکام بیان شده است که طبق این ماده اجرای احکام کیفری برعهده دادستان و معاونت اجرای احکام کیفری (قاضی اجرای احکام) است. علاوه بر اجرای احکام کیفری، وظیفه نظارت بر زندان هم برعهده قاضی اجرای احکام کیفری قرار داده شده است که در گذشته این وظیفه برعهده قاضی ناظر بر زندان بود. قاضی اجرای احکام کیفری باید حداقل ۳ سال سابقه قضایی داشته باشد و از نظر حقوق، قاضی اجرای احکام کیفری از مزایای بالاتری برخوردار است. واحد سجل کیفری و عفو و بخشودگی نیز در معاونت اجرای احکام کیفری ایجاد می‌شود. باتوجه به اهمیت بسیار زیاد اجرای احکام کیفری، سعی داریم در این مقاله به قوانین، ساختار و نحوه اجرای احکام کیفری بپردازیم.

واژگان کلیدی: قاضی اجرای احکام کیفری، سجل کیفری، اجرای مجازات.

* کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه مفید، قم، ایران.

مقدمه

مهم‌ترین مرحله‌ی دادرسی، مربوط به مرحله‌ی اجرای احکام می‌باشد؛ زیرا هدف اصلی و نهایی از تشکیل دادرسی و دادگاه‌ها، اجرای احکام صادر شده از سوی دادگاه به منظور اعاده حقوق بزه‌دیده و مجازات مجرم و بزه‌کار است. به منظور اجرای احکام باید مراحل مختلفی طی شود. پس از آنکه بروز جرمی از طریق دادگاه ثابت و دادرسی دادگاه برای متهم مجازات تعیین کرد، این مجازات باید پس از قطعی شدن به مرحله اجرا گذاشته شود که اجرای احکام کیفری نیز طبق قانون برعهده دادرسی است که در معیت دادگاه صادرکننده حکم انجام وظیفه می‌کند. هر حکمی پس از قطعی شدن باید به اجرا گذاشته شود، اگر قرار باشد پس از طی مراحل مختلف دادرسی حکم قطعی شده اجرا نشود، تمام اقدامات انجام شده برای اجرای عدالت بی‌ثمر خواهد بود، از این جهت اجرای عادلانه احکام قطعی صادره از سوی دادگاه حتی از مراحل رسیدگی و صدور حکم نیز مهم‌تر خواهد بود. قانون آیین دادرسی کیفری سابق در ۲۳ ماده و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ از مواد ۴۸۴ تا ۵۵۸ در ۷۵ ماده به مبحث اجرای احکام پرداخته است.

فصل اول

قوانین و ساختار اجرای احکام کیفری

اجرای احکام کیفری یکی از مهم‌ترین مرحله از دادرسی کیفری برای مجازات مجرم، جبران ضرر و زیان‌های وارده بر مجنی‌علیه و اجرای عدالت می‌باشد که با توجه به اهمیت زیاد اجرای احکام کیفری در این فصل به قوانین و ساختار آن می‌پردازیم.

مبحث اول: قوانین مرتبط با اجرای احکام کیفری^۱

در این مبحث به برخی از قوانینی که مرتبط با اجرای احکام کیفری می‌باشند اشاره می‌کنیم:

^۱ مرکز آموزش قضات تهران دوره ۱۸۷.

ساختار و نحوه اجرای احکام کیفری در... / قاسم‌زاده ۱۷۳

۱. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲

۲. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

۳. قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴/۰۳/۲۳

۴. قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶

۵. آیین‌نامه مربوط به سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی در خصوص نحوه نظارت بر

زندانیان، نحوه اجرای احکام، اعطای مرخصی و نحوه نگهداری زندانیان

۶. آیین‌نامه مربوط به کمیسیون عفو، در مورد نحوه پیشنهاد و درخواست عفو، تصمیم‌گیری

در مورد عفو در کمیسیون‌های استانی و کشوری و اعمال این عفو توسط رئیس قوه قضائیه و

پیشنهاد آن به مقام معظم رهبری.

۷. آیین‌نامه نحوه اجرای احکام قصاص، رجم صلب، اعدام و شلاق، سابقاً موضوع ماده ۲۹۳

آیین دادرسی کیفری

مبحث دوم: ساختار اجرای احکام کیفری

در ماده ۴۸۴ آیین دادرسی کیفری ساختار و نحوه اجرای احکام بیان شده است که طبق این

ماده اجرای احکام کیفری برعهده دادستان و معاونت اجرای احکام کیفری (قاضی اجرای احکام)

است. معاونت اجرای احکام کیفری دارای تعدادی قضات اجرای احکام کیفری، مأمور مراقبتی و

مأمور اجرا است. قاضی اجرای احکام کیفری باید حداقل ۳ سال سابقه قضایی داشته باشد. از

نظر حقوق، قاضی اجرای احکام کیفری از مزایای بالاتری برخوردار است. واحد سجل کیفری و

عفو و بخشودگی نیز در معاونت اجرای احکام کیفری ایجاد می‌شود. واحد سجل کیفری و عفو و

بخشودگی برای انجام وظایف زیر تشکیل می‌شود:

۱. ایجاد بانک اطلاعاتی مجرمین خطرناک، متهمان تحت تعقیب و فراری.

۲. ثبت و ارسال درخواست عفو محکوم علیه، پیشنهاد عفو محکومان.

۳. تنظیم برگ سجل کیفری محکومین در محکومیت‌های مؤثر کیفری موضوع ماده ۲۵ قانون

مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

۴. ثبت مشخصات، اثر انگشت و تصویر محکومان به صورت الکترونیکی موضوع مواد ۲۵ و ۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ علاوه بر اجرای احکام کیفری، وظیفه نظارت بر زندان را هم برعهده قاضی اجرای احکام کیفری قرار داده است، که در گذشته این وظیفه برعهده قاضی ناظر بر زندان بود. در واحد اجرای احکام کیفری بخشی به نام اتاق انبار وجود دارد، کلیه اموالی که حین ارتکاب جرم یا پس از آن کشف شده و باید تعیین تکلیف شود به موجب حکم دادگاه در این بخش نگهداری می‌شود. بخشی از این اموال به موجب حکم دادگاه به محکوم‌له باید رد شود و برخی از این اموال به حکم دادگاه به نفع دولت ضبط می‌شود، که این اموال به سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی فرستاده می‌شود تا پس از فروش وجوه حاصله به حساب دولت واریز شود و بخش دیگری از این اموال باید معدوم شود و یا تحویل سازمان‌های خاص گردد. آلاتی مثل آلات قمار و مشروبات الکلی به حکم دادگاه معدوم و برخی دیگر مثل برخی موادمخدر که استفاده دارویی دارد، تحویل وزارت بهداشت داده می‌شود. بخش دیگر اجرای احکام کیفری، اتاق اجرای شلاق است. مأمور دادرز هم در اجرای احکام کیفری است. دادرزها ابلاغ ویژه دادرزی دارند و در اجرای احکام مدنی اختیارات بسیار ویژه‌ای دارند. در ساختار تشکیلاتی در سابق، یکسری دفاتر وجود داشت که در اجرای حکم و نظارت بر آن بسیار مؤثر بود که اکنون این دفاتر فیزیکی جمع‌آوری شده و الان در نرم‌افزار و سیستم‌نگهداری می‌شوند که به شرح این دفاتر می‌پردازیم.

دفتر اندیکاتور

نخستین دفتری که در سابق وجود داشت، دفتر اندیکاتور بود که مختص قوه قضائیه نبود و در همه سازمان‌ها استفاده می‌شد، تمامی مکاتبات و پرونده‌هایی که از دادگاه به اجرای احکام برای اجرای حکم فرستاده می‌شد در دفتر اندیکاتور در قسمت‌نامه‌های وارده ثبت می‌شد و برعکس تمامی مکاتباتی که از واحد اجرای احکام کیفری با سایر سازمان‌ها یا ادارات قضایی انجام می‌شد در قسمت نامه‌های ارسالی ثبت می‌گردید.

ساختار و نحوه اجرای احکام کیفری در... / قاسم‌زاده ۱۷۵

دفتر ثبت کلاسه

پس از آنکه پرونده به واحد اجرای احکام فرستاده می‌شود، توسط قاضی اجرای احکام کیفری مورد بررسی قرار می‌گرفت و در صورتی که حکم قطعی و لازم‌الاجرا تشخیص داده می‌شد، قاضی اجرای احکام دستور ثبت پرونده را صادر می‌کرد، هر پرونده به ترتیب سال ورود و ترتیب شماره ورود ثبت می‌شد و اکنون در حال حاضر هر پرونده دارای یک شماره ۱۶ رقمی است و یک شماره بایگانی بر مبنای سال ورود به آن اختصاص داده می‌شود. شماره بایگانی ۶ رقمی است و در دادگاه جداگانه ثبت می‌شود و در دادسرا و تجدید نظر یا هر مرحله‌ای که باشد دارای یک شماره بایگانی جداگانه‌ای خواهد بود.

دفتر تعیین وقت

پس از آنکه پرونده ثبت کلاسه می‌شود و حکم قطعی و لازم‌الاجرا تشخیص داده شود قاضی اجرای احکام دستور تعیین وقت نظارت صادر می‌کند.

دفتر زندانی

مشخصات تمامی محکومین که به زندان معرفی می‌شوند در این دفتر ثبت می‌شود که این دفتر نشان دهنده آمار تعداد زندانیان می‌باشد.

دفتر آمار

تمامی پرونده‌هایی که حکم آنها اجرا و تمام شده است یا پرونده‌هایی که حکم آنها به جهاتی قابلیت اجرا نداشته است در این دفتر ثبت می‌گردد.

دفتر جرائم

تمامی جزای نقدی وصول شده، مشخصات محکوم‌علیه، شماره قبض در این دفتر ثبت می‌گردد، جزای نقدی وصول شده به حساب خزانه‌داری واريز می‌شود.

دفتر گزارش

تمامی محکومیت‌هایی که مشمول تعلیق یا آزادی مشروط می‌شود و همچنین بحث تبعید محکومین نیز در این دفتر ثبت می‌گردد.

فصل دوم

مقدمات و نحوه اجرای احکام کیفری

در فصل اول، به قوانین و ساختار اجرای احکام کیفری بطور اختصار پرداخته شد. حال با توجه به اهمیت اجرای احکام کیفری که گفته شد و اینکه مجازات‌ها و اجرای آن باید به موجب قانون باشد و نباید از میزانی که در قانون یا در دادنامه ذکر شده تجاوز کند و با توجه به اینکه احکام برای اجرا به واحد اجرای احکام کیفری فرستاده می‌شود و این قاضی اجرای احکام کیفری است که باید پرونده ارسالی را بررسی کند تا مغایرتی با قانون نداشته باشد مثلاً بررسی کند ببیند که این حکم قطعی است یا خیر و در صورتی که قطعی است آیا لازم‌الاجرا است یا نیست و ببیند که میزان مجازات ذکر شده در دادنامه با میزان مجازات‌هایی که در قانون برای آن جرم تعیین شده تناسب دارد یا خیر. در فصل دوم سعی شده است به مقدمات و نحوه اجرای احکام کیفری پرداخت شود.

مبحث اول: مقدمات اجرای حکم

حکم در صورتی قابلیت اجرا دارد که قطعی و لازم‌الاجرا باشد و قاضی اجرای احکام باید بتواند تشخیص دهد که کدام احکام قطعی و لازم‌الاجرا هستند و کدام نیستند. احکام لازم‌الاجرا پس از قطعی شدن و ابلاغ قابل اجرا خواهند بود.

۱. اصل بر قابل تجدیدنظر بودن آرا می‌باشد مگر در مواردی که قانون‌گذار تصریح کرده باشد که در این صورت آراء صادره از سوی دادگاه بدوی قطعی و قابل اعتراض نخواهند بود که در ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری ذکر شده است.

الف) جرائم تعزیری درجه ۸ (ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی).

ب) جرائم مستلزم پرداخت دیه یا ارش که میزان آن کمتر از ۱/۱۰ دیه کامل است.

همچنین رأی قطعی دادگاه بدوی باید ابلاغ شود تا لازم‌الاجرا گردد، پس اگر رأی قطعی صادره از دادگاه بدوی ابلاغ نشده باشد، امکان اجرا وجود نخواهد داشت و حکم لازم‌الاجرا نخواهد بود و قاضی اجرای احکام کیفری حکم صادره را به دفتر شعبه بدوی اعاده می‌کند تا طبق قانون به

ساختار و نحوه اجرای احکام کیفری در... / قاسم‌زاده ۱۷۷

وظیفه خود عمل کرده باشد و پس از ابلاغ حکم به محکوم علیه رأی جهت اجرا دوباره به واحد اجرای احکام اعاده شود.

۲. رأیی که در مهلت قانونی واخواهی یا تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی نشده باشد یا درخواست تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی وی رد شده باشد. آراء صادره از سوی دادگاه کیفری ۱ یا ۲ می‌تواند به صورت غیابی باشد. قاضی اجرای احکام کیفری پس از آنکه حکم را لازم‌الاجرا تشخیص داد و رأی هم به محکوم‌علیه نیز ابلاغ شده بود، در این صورت دستور تعیین وقت نظارت صادر می‌کند.

مبحث دوم: اجرای محکومیت‌های کیفری^۲

در این مبحث به نحوه‌ی اجرای انواع محکومیت‌ها می‌پردازیم.

۱- اجرای محکومیت حبس تعزیری

با استناد به ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری، قاضی اجرای احکام باید بازداشت محکوم‌علیه را به زندان اعلام کند، تا ایام بازداشت قبلی محکوم‌علیه در احتساب مدت حبس لحاظ شود و از مدت حبس کسر گردد، برگه اعلام محکومیت محکوم‌علیه به زندان که شامل مشخصات محکوم‌علیه، شماره قرار، قاضی صادرکننده رأی، میزان محکومیت و نوع محکومیت است به امضای قاضی اجرای حکم می‌رسد و در ۲ نسخه تنظیم می‌شود که یک نسخه آن به زندان تحویل داده می‌شود و یک نسخه آن به دفتر شعبه برمی‌گردد، در این برگه اعلام محکومیت به زندان به شماره قرار قبلی که محکوم علیه طبق آن در بازداشت بوده اشاره شده است. که در نتیجه مدت بازداشت قبلی از مدت حبس کسر می‌گردد.

طبق ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی:

در صورتی که متهم قبل از صدور حکم قطعی در بازداشت باشد و حکم به حبس صادر شود، به

^۲ مرکز آموزش قضات تهران دوره ۱۸۷.

ازای هر یک روز بازداشت یک روز از مدت حبس، در صورت صدور حکم به شلاق به ازای هر روز بازداشت ۳ ضربه شلاق و در صورت صدور حکم به جزای نقدی به ازای هریک روز بازداشت معادل یک میلیون ریال از جزای نقدی کسر می‌گردد.

طبق ماده ۵۱۶ قانون آیین دادرسی کیفری:

در صورتی که قبل از صدور حکم قطعی متهم در بازداشت باشد و حکم به مجازات‌های جایگزین حبس صادر شود، به ازای هر یک روز بازداشت یک روز از جزای نقدی روزانه، ۸ ساعت از انجام خدمات عمومی رایگان و ۵ روز از دوره مراقبت کسر خواهد شد. طبق تبصره ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری در صورتی که مدت بازداشت کمتر از ۲۴ باشد در احتساب ایام بازداشت یک روز محسوب می‌شود.

۲. اجرای رأی غیابی

رأی غیابی ممکن است به صورت واقعی یا قانونی ابلاغ شود و ممکن است دارای تأمین باشد یا نباشد. بعد از آنکه مهلت واخواهی که ۲۰ روز است تمام شد و مهلت تجدیدنظرخواهی در صورتی که رأی قابل تجدیدنظر باشد به اتمام برسد و حکم لازم‌الاجرا تشخیص داده شود، بعد از ثبت پرونده و تعیین وقت نظارت، محکوم‌علیه توسط قاضی اجرای احکام برای اجرای حکم حسب مورد احضار یا جلب می‌شود. اگر محکوم‌علیه دارای تأمین باشد و حاضر نشود، در صورت وجود کفیل یا وثیقه‌گذار، برای معرفی محکوم‌علیه به آنها رجوع می‌شود و اگر از محکوم‌علیه تأمین اخذ نشده باشد و حاضر نشود، جلب می‌شود. پس از حضور یا جلب محکوم‌علیه در صورتی که ابلاغ واقعی باشد در این صورت محکوم‌علیه هیچ‌گونه حق اعتراض به رأی را ندارد و محکوم‌علیه با اعلام محکومیت تحت‌الحفظ به زندان معرفی می‌شود، ولی در صورتی که ابلاغ قانونی باشد دو حالت وجود دارد:

الف) نسبت به رأی اعتراض نداشته باشد

ب) نسبت به رأی اعتراض داشته باشد، که در این مورد بر اساس تبصره ۲ ماده ۴۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری عمل می‌شود. طبق تبصره ۲ ماده ۴۰۶:

ساختار و نحوه اجرای احکام کیفری در... / قاسم‌زاده ۱۷۹

هرگاه حکم دادگاه ابلاغ واقعی نشده باشد، محکوم‌علیه می‌تواند ظرف مدت ۲۰ روز از تاریخ اطلاع، واخواهی کند که در این صورت اجرای رأی متوقف و متهم تحت‌الحفظ به همراه پرونده به دادگاه صادرکننده حکم اعزام می‌شود. سوالی که در اینجا می‌شود مطرح کرد این است که در صورتی که محکوم‌علیه دارای تأمین باشد قاضی اجرای احکام می‌تواند محکوم‌علیه را آزاد کند؟

با توجه به مطالب گفته شده و قانون جدید فرقی ندارد که محکوم‌علیه تأمین داشته باشد یا نداشته باشد، در صورت اعتراض و در صورتی که ابلاغ واقعی نباشد تحت‌الحفظ به دادگاه صادرکننده حکم اعزام می‌شود و نمی‌توان محکوم‌علیه را آزاد کرد. همچنین طبق برداشتی که از تبصره فوق‌الذکر می‌شود این است که محکوم‌علیه باید خود حضور داشته باشد و وکیل وی نمی‌تواند در صورتی که حکم ابلاغ قانونی شده باشد تقاضای واخواهی کند، زیرا باید خود محکوم‌علیه حضور داشته باشد تا تحت‌الحفظ به دادگاه صادرکننده اعزام شود.

۳. اجرای مجازات شلاق

مجازات شلاق برای اجرا به دو دسته تقسیم می‌شود:

الف) شلاق حدی

ب) شلاق تعزیری

در خصوص اجرای شلاق چند نکته وجود دارد.

- ۱-۳ اجرای شلاق حدی با اجرای شلاق تعزیری متفاوت است.
- ۲-۳ در صورتی که محکوم‌علیه حاضر یا جلب شد باید بررسی شود که موانع اجرای شلاق در شخص وجود نداشته باشد، مثلاً اگر محکوم‌علیه خانم باشد، باید بررسی شود که باردار نباشد.
- ۳-۳ قاضی اجرای احکام باید دستور اجرای شلاق را صادر کند.
- ۴-۳ اجرای شلاق باید در اتاق‌های سقف‌دار و در بسته اجرا شود و به صورت علنی نباشد، مگر اینکه در حکم دادگاه تصریح شده باشد.
- ۵-۳ قاضی اجرای احکام کیفری خود می‌تواند مجازات شلاق را اجرا کند.

۳-۶ طبق آیین نامه نحوه اجرای احکام، سر و صورت و عورتین از نقاط ممنوعه است. طبق ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: در صورتی که متهم قبل از صدور حکم قطعی در بازداشت باشد و حکم به شلاق تعزیری صادر شود به ازای هر یک روز بازداشت ۳ ضربه از شلاق کسر خواهد شد.

۴. اجرای مجازات جزای نقدی

طبق قانون مجازات اسلامی، مجازات جزای نقدی به دو دسته تقسیم می شود: الف) قاضی صادرکننده حکم در راستای اعمال مجازات جایگزین حبس، ابتدا مجازات اصلی را تعیین و پس از آن به جای مجازات اصلی، مجازات جایگزین حبس را اعمال و مرتکب را به جزای نقدی یا جزای نقدی روزانه محکوم کند. ب) مجازات قانونی جزای نقدی باشد و یا اینکه مجازات اصلی چیز دیگری بوده و با تخفیف به جزای نقدی تبدیل شده باشد.

طبق ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: در صورتی که متهم قبل از صدور حکم قطعی در بازداشت باشد و حکم به پرداخت جزای نقدی صادر شود، به ازای هر یک روز بازداشت معادل یک میلیون ریال از جزای نقدی کسر خواهد شد. طبق ماده ۵۱۶ قانون آیین دادرسی کیفری: در صورتی که شخص قبل از صدور حکم در بازداشت باشد و حکم به مجازات جایگزین حبس پرداخت جزای نقدی روزانه محکوم شود، به ازای هر یک روز بازداشت یک روز از جزای نقدی روزانه کسر خواهد شد.

طبق ماده ۲۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: در صورتی که شخص به جزای نقدی محکوم شود، در صورت عجز از پرداخت جزای نقدی، به بازداشت بدل از جزای نقدی محکوم خواهد شد، در صورتی که بازداشت بدل از جزای نقدی توأم با مجازات حبس باشد، بازداشت بدل از جزای نقدی پس از اجرای مجازات حبس اجرا خواهد شد، در هر صورت مدت بازداشت بدل از جزای نقدی نمی تواند بیش از ۳ سال باشد. برای اجرای مجازات جزای نقدی محکوم علیه احضار می شود و اگر تا ظرف ۱۰ روز بتواند پرداخت کند، قاضی اجرای احکام

ساختار و نحوه اجرای احکام کیفری در... / قاسم‌زاده ۱۸۱

می‌تواند تا حداکثر ۲۰ درصد جزای نقدی را تخفیف دهد.^۳ در صورت پرداخت، حکم اجرا می‌شود و در صورتی که نسبت به محکوم‌علیه قرار تأمین مثل قرار وثیقه صادر شده باشد فوراً دستور رفع اثر صادر می‌شود. اگر مالی نداشته باشد باید دادخواست اعسار کند که در صورت احراز، دادگاه حکم به تقسیط می‌دهد و اگر محکوم‌علیه حاضر نشود، اموال او شناسایی می‌شود و با رعایت مستثنیات دین، توقیف و طبق قانون اجرای احکام مدنی به مزایده گذاشته می‌شود. اگر محکوم‌علیه مالی نداشته باشد ولی حقوق بگیر باشد می‌توان از محل حقوق او جزای نقدی را وصول کرد.

طبق مفهوم مخالف ماده ۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: در مجازات جزای نقدی درجه ۱ تا ۵ صدور حکم قابل تعویق نخواهد بود ولی در مجازات جزای نقدی درجه ۶ تا ۸ صدور حکم قابل تعویق خواهد بود.

^۳ طبق تبصره‌ی ۳ ماده‌ی ۵۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری.

نتیجه گیری

باتوجه به مطالب ذکر شده می‌توان گفت که مهم‌ترین مرحله‌ی دادرسی، مربوط به مرحله‌ی اجرای احکام می‌باشد. زیرا هدف اصلی و نهایی از تأسیس قوه قضائیه و عدلیه اجرای عدالت می‌باشد، همانطور که گفته شد برای اجرای احکام باید مراحل مختلفی طی شود. هر حکمی پس از قطعی شدن باید به اجرا گذاشته شود، اگر قرار باشد پس از طی مراحل مختلف دادرسی حکم قطعی شده اجرا نشود، تمام اقدامات انجام شده برای اجرای عدالت بی‌نتیجه خواهد بود، از این جهت اجرای عادلانه احکام قطعی صادره از سوی دادگاه حتی از مراحل رسیدگی و صدور حکم نیز مهم‌تر خواهد بود.

همچنین اجرای احکام کیفری می‌تولند در تنبیه مرتکب و پیشگیری از تکرار جرم نیز به نوبه‌ی خود مؤثر واقع شود. آیین دادرسی کیفری باید مستند به قانون باشد و حقوق طرفین دعوا نیز در آن رعایت شده باشد. طبق قانون، مجازات‌ها باید به موجب قانون باشد و تنها از طریق دادگاه صالح به رسیدگی، صادر شده باشد و نباید از میزان حدودی که در قانون یا دادنامه ذکر شده تجاوز نماید که بررسی این موارد برعهده قاضی اجرای احکام خواهد بود، چون آخرین مرحله از یک دادرسی اجرای احکام کیفری است و قاضی اجرای احکام باید قبل از اجرای حکم از مغایر نبودن حکم صادره با قانون اطمینان حاصل کند.

ساختار و نحوه اجرای احکام کیفری در... / قاسم‌زاده ۱۸۳

کتابنامه

- {قوانین:} قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
- {قوانین:} قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.
- {قوانین:} مرکز آموزش قضات تهران دوره ۱۸۷.
- {قوانین:} آیین‌نامه نحوه اجرای احکام قصاص_ صلب_ رجم_ شلاق.

بررسی فقهی - حقوقی تفاوت قانونی اجرای حکم قصاص در مورد زن و مرد طبق قانون مجازات اسلامی

زهراسادات هاشمی*

مأده محمودی**

چکیده

انسان به عنوان برترین مخلوق خداوند بر روی زمین دارای جایگاه و ارزش والایی است؛ همین انسان که از برگزیدگان خلقت است، در طول سالیان متوالی از ابتدای آفرینش تا به حال دچار اشتباهاتی شده است و این در حالی است که انسان بر خلاف اولیای الهی، ممکن الخطاست. در جامعه‌های مختلف در طول تاریخ ما شاهد انسان‌هایی هستیم که به جرایم مختلفی متهم شدند که همین جرایم به خاطر سرکشی انسان و میل به دست‌اندازی بیشتر به مخلوقات است. پس این امر قصاص و یا قتل، محدود به یک زمان، مکان یا جنسیت خاص نیست؛ بلکه هر انسانی چه زن یا چه مرد دچار این اتفاق شده است. در واقع زندگی اجتماعی با فراز و نشیب‌هایی همراه است. همچنین این جامعه می‌تواند آبستن جرم‌های زیادی باشد که سران و صاحبان قدرت و قانون برای جلوگیری از این اتفاقات، ضمانت‌اجراهایی را در نظر گرفتند.

در قانون مجازات جمهوری اسلامی ایران به مبحث قصاص و قتل پرداخته شده است و کماکان قصاص و اعدام در بسیاری از کشورهای دنیا اجرا می‌شود. (حدوداً ۵۶ کشور) در مکتب اسلام نیز قبل از

* کارشناسی حقوق دانشگاه مفید، قم، ایران.

Email: zhrasadathashmy3@gmail.com

** کارشناسی حقوق دانشگاه مفید، قم، ایران.

Email: maedehmahmoodi81@gmail.com

۱۸۶ دوفصلنامه دانش‌پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۱۸۵-۲۰۴

اینکه قانونی توسط انسان نوشته شود، خداوند برحسب اینکه خود، خالق این مخلوق و از ابعاد مختلف انسان آگاه می‌باشد، موضوع قصاص و قتل را مورد بررسی قرار داده است. ما در این مقاله سعی می‌کنیم با بررسی و نگاهی نسبتاً جامع به نظریات و دیدگاه‌های مختلف خود ماهیت قصاص و همچنین تفاوت‌های موجود در قصاص زن و مرد را بررسی کنیم تا متوجه هرچه بیشتر این موضوع شویم.

واژگان کلیدی: قصاص، ارزش زن، قصاص نفس، دیه، قانون مجازات اسلامی، قصاص زن.

مقدمه

اهمیت جان و کرامت انسان در قرآن: «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ...: و خودتان را مکشید...». (نساء: ۲۹) دستور خداوند در خصوص نگاه داشت جان انسان صریح است و این آیه تنها آیه‌ای نیست که به اهمیت جان انسان در آن تأکید شده است. در آیه ۳۲ سوره نسا نیز این مضمون را روشن و کلی‌تر می‌بینیم «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا: هرکس، کسی را جز به قصاص قتل یا (به کیفر) فسادی در زمین بکشد چنان است که گویی همه مردم را کشته باشد و هرکس، کسی را زنده بدارد چنان است که گویی تمام مردم را زنده داشته است». جان انسان از این رو نباید تهدید شود، زیرا خداوند آن را حرام کرده است. در آیه دیگری می‌خوانیم: «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا: و نفسی را که خداوند حرام کرده است جز به حق مکشید و هرکس مظلوم کشته شود به سرپرست وی قدرتی داده‌ایم؛ پس (او) نباید در قتل زیاده روی کند؛ زیرا او (از طرف شرع) یاری شده است»^۱.

در آیات دیگری کشتن انسان‌ها به غیر حق نفی شده است، از این رو می‌توان نتیجه گرفت جان و حیات انسانی از حرمت برخوردار است. با توجه به آیه ۳۲ سوره مائده: «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا: هرکس فردی را بدون آنکه کسی را کشته باشد یا فسادی در روی زمین کرده باشد بکشد، چنان است که تمام انسان‌ها را کشته است و هرکس فردی را زنده بدارد، چنان است که همه انسان‌ها را زنده کرده است»^۲. از منظر قرآن کمیت مهم نیست، کیفیت مهم است و قرآن برای انسان فقط ارزش کمی قائل نیست، بلکه طبق آیه فوق، قرآن از افقی بالاتر به انسان می‌نگرد، چرا که حیات یک انسان را برابر حیات

^۱ اسراء: ۳۳.

^۲ مائده: ۳۲.

همه انسان‌ها و مرگ وی را مساوی با مرگ همه انسان‌ها می‌داند. یعنی حتی اگر کسی انسانی را بدون آنکه وی کسی را عمداً کشته باشد بکشد، گویی همه انسان‌ها را کشته است. مکتب و آئینی که انسانیت انسان مطرح باشد و انسانیت انسان را بعدی مادی و محدود نداند چنین ارزشی را برای انسان قائل می‌شود، چرا که انسانیتی که در یک فرد است همان انسانیت در دیگر انسان‌ها نیز وجود دارد.^۳

جایگاه واقعی زن در اسلام

الف) تکامل زن یکی از والاترین برنامه‌های اسلام که این مکتب را سرآمد تمام ادیان قرار داده است، از بین بردن تمام بی‌عدالتی نسبت به زن بوده است. اسلام اساس و بنیان برتری طلبی‌های قومی، نژادی، جنسی و مالی را مخدوش کرد و تمام انسان‌ها از مرد و زن، غنی و فقیر، عرب و عجم، سیاه و سفید، و زشت و زیبا را در این راستا قرار داد. این دین الهی تنها ملاک برتری را تقوا و ارزش‌های معنوی و فضیلت‌های اخلاقی دانسته است. خداوند متعال می‌فرماید: «یا ایها الناس انا خلقناکم من ذکر او انثی و جعلناکم شعوبا و قبائل لتعارفوا ان اکرمکم عند الله اتقاکم: ای مردم! ما شما را از یک مرد و زن آفریدیم و شما را تیره‌ها و قبیله‌ها قرار دادیم تا یکدیگر را بشناسید، گرامی‌ترین شما نزد خداوند با تقواترین شماست».^۴

از سمت دیگر نیز، هدایت تشریحی، عام و گسترده است و به گروه خاصی محدود نمی‌شود و هر کس می‌تواند از این دریای رحمت الهی حظ و بهره‌ای ببرد و راه تکامل و سعادت خویش را هموار سازد. خداوند متعال می‌فرماید: «انا هدیناه السبیل اما شاکرا و اما کفورا: ما راه را به او (انسان) نشان دادیم، خواه شاکر باشد یا نا سپاس».^۵ پس اختلاف در جنسیت نمی‌تواند مانعی برای تکامل باشد. شهید مطهری رحمه‌الله پیرامون این موضوع چنین می‌گوید: «اسلام در سیر من الخلق الی الحق یعنی در حرکت و مسافرت به سوی خدا هیچ تفاوتی میان زن و مرد قائل

^۳ علامه طباطبایی، (۱۳۸۶). ص ۵۱۴.

^۴ حجرات ۱۳.

^۵ انسان ۳.

بررسی فقهی-حقوقی تفاوت قانونی اجرای.../ هاشمی و محمودی ۱۸۹

نیست»^۶ نمونه‌های تاریخی، گواهی صادق بر این مدعاست. در طول تاریخ، زنان بسیاری بوده‌اند که قله‌های ترقی را در نوردیده و به عنوان زنان نمونه و الگو معرفی شده‌اند. «ضرب الله مثلا للذین ءامنوا امرات فرعون اذ قالت رب ابن لی عندک بیتا فی الجنۃ و نجنی من فرعون و عمله و نجنی من القوم الظالمین و مریم ابنت عمران الی احصنت فرجها: خداوند برای مؤمنان به همسر فرعون مثل زده است در آن هنگام که گفت: پروردگارا خانه‌ای برای من نزد خودت در بهشت بساز و مرا از فرعون و کار او نجات ده و مرا از گروه ستمگران رهایی بخش. و همچنین مریم دختر عمران که دامن خود را پاک نگه داشت»^۷.

همچنین زن می‌تواند به مقام و منزلتی برسد که غضب و رضایت او غضب و رضای الهی را در پی داشته باشد، چنان که در حدیثی از رسول گرامی اسلام صلی الله علیه وآله درباره حضرت فاطمه علیه‌السلام آمده است: «ان الله لیغضب لغضب فاطمة و یرضی لرضاهَا؛ همانا خداوند از غضب فاطمه غضبناک و از خشنودی او خشنود می‌شود»^۸.

ب) حقوق زن

یکی از مباحث قابل توجه در مورد جایگاه زنان در اسلام، جایگاه حقوقی آنان است. اگرچه اسلام برای زنان در ابعاد فردی و اجتماعی قوانین ویژه‌ای وضع نموده ولی در برابر، حقوق شایسته‌ای برای آنان قرار داده که باعث تعالی شخصیت آنها است. خداوند حکیم می‌فرماید: «و لهن مثل الذی علیهن بالمعروف: و برای زنان همانند وظایفی که بر دوش آنهاست (حقوق) شایسته ای قرار داده شده است»^۹.

ج) پرهیز از نگاه تک بعدی به حقیقت زنان

زن و مرد به طور طبیعی دارای تفاوت‌هایی هستند و در وجود هر کدام غرایز و تمایلات و

^۶ شهید مطهری. (۱۳۸۴). ص ۱۳۳.

^۷ تحریم ۱۱ و ۱۲.

^۸ علامه مجلسی، ۱۹ و ۵۳۵..

^۹ بقره ۲۲۸.

استعدادهایی نهفته است که در وجود دیگری یافت نمی‌شود. برای مثال مرد موجودی سخت کوش و خشن است که توانایی انجام امور سخت و طاقت فرسا را داراست، ولی زن موجودی لطیف که از نظر جسمانی تاب و توان آن امور را ندارد.

الکسیس کارل، فیزیولوژیست و زیست‌شناس معروف فرانسوی در این باره می‌گوید: «اختلافی که بین زن و مرد موجود است تنها مربوط به شکل اندام‌های جنسی آنها نیست بلکه نتیجه علتی عمیق‌تر است. به علت عدم توجه به این نکته اصلی و مهم است که طرفداران نهضت زن فکر می‌کنند که هر دو جنس می‌توانند یک قسم تعلیم و تربیت یابند و مشاغل و اختیارات و مسئولیت‌های یکسانی به عهده بگیرند. زن در حقیقت در جهات زیادی با مرد متفاوت است. زنان باید به بسط مواهب طبیعی خود در جهت و مسیر سرشت خاص خویش بدون تقلید کورکورانه از مردان بکوشند، وظیفه ایشان در راه تکامل بشریت خیلی بزرگتر از مردهاست و نبایستی آن را سرسری گیرند و رها کنند.»^{۱۰}

یکی از دقت‌ها و ظرافت‌های اسلام، این است که بر اساس این تفاوت‌ها و به تناسب استعداد هر کدام، قوانین و احکام مخصوص به هر یک از زن و مرد را تشریح نموده و آن قوانین را در یک چارچوب منطقی و عقلانی ارائه نموده است. نظام حقوقی اسلام، نظامی منسجم و هماهنگ است که با ملاحظه مجموعه شرایط و کلیه مصالح فرد و جامعه و بر اساس تمام خواست‌ها و نیازهای فطری و غریزی انسان، تنظیم شده است. از این‌رو در مواجهه با قوانین اسلام باید از جزءبینی و یک‌سونگری جلوگیری شود و به آنها به صورت مجموعی و کلی نگریسته شود تا جایگاه واقعی هر یک از زن و مرد شناخته شود.^{۱۱}

تعریف قصاص

قصاص در لغت به معنی سزای کار بد دادن، مجازات، تلافی، عقاب و مقابله به مثل است. قصاص از نظر اصطلاحی به معنای تلافی و استیفای عینی جنایتی که در قتل عمدی، قطع

^{۱۰} الکسیس کارل. (۱۳۹۹). ۱۰۰.

^{۱۱} زیبایی نژاد، و سبحانی. (۱۳۹۱). ۵۰.

بررسی فقهی-حقوقی تفاوت قانونی اجرای.../ هاشمی و محمودی ۱۹۱

عضو و جرح عمدی بر مجنی‌علیه وارد شده است می‌باشد، به شکلی که اثر به جای مانده از جنایت عیناً روی جانی اجرا شده و به دست آید. ماده‌ی ۱۴ قانون مجازات اسلامی قصاص، چنین تعریف می‌کند: قصاص کیفری است که جانی به آن محکوم می‌شود و باید جنایت او برابر باشد. قصاص دارای دو وجه «حق‌اللهمی» و «حق‌الناسی» است که اولین وجه (حق‌اللهمی)، تکلیف مجریان قانون و دیگری حق متضرر از جرم است و بر جنبه اول غلبه دارد. قصاص بر دو نوع است: قصاص عضو و قصاص نفس. قصاص در جرائم نقص عضو یا ایراد جرح، قصاص عضو است که در مقابل قصاص نفس استعمال می‌شود. قصاص، ناظر به جرائم عمدی بدنی است و اجرای آن واجب است؛ اما به موجب ماده‌ی ۲۵۷ قانون مجازات اسلامی قتل عمد موجب قصاص است، ولی با رضایت ولی دم و قاتل به مقدار دیه کامله یا کمتر یا بیشتر از آن تبدیل می‌شود که نظر بر جنبه حق‌الناسی قصاص دارد. حکم قصاص از احکام مسلم‌دین اسلام دانسته شده که آیاتی از قرآن، روایات متواتر و اجماع بر آن دلالت می‌کند تساوی در آزادبودن و بنده‌بودن، یکی بودن دین، بلوغ و عقل، از شرایط تحقق قصاص است. اعتراف مجرم، شهادت دو مرد عادل و قسامه از راه‌های اثبات قصاص بر شخص جانی است. قصاص، در کنار دیه، حدّ و تعزیر، جزء چهار مجازات اصلی قانون مجازات اسلامی در جمهوری اسلامی ایران است.

قصاص مایه حیات و زندگی

قرآن مجید، قصاص جانی را مایه حیات برای جامعه معرفی می‌کند و می‌فرماید: «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» و برای شما در قصاص، حیات و زندگی است، ای صاحبان خرد! شاید شما تقوا را پیشه کنید.^{۱۲} در این جا این سؤال مطرح است، چگونه کشتن قاتل، مایه حیات و زندگی برای جامعه است، در حالی که با قتل او، یک نیرو از جامعه کم می‌شود و زندگی انسان دیگری نیز پایان می‌پذیرد. پاسخ: پیش از آن که به پاسخ این سؤال پردازیم، موضع قرآن را نسبت به حفظ و اهمیت نفوس محترمه یادآور شویم.

قرآن مجید، قتل یک انسان را بدون این که کسی را کشته یا فسادی در روی زمین انجام داده باشد، معادل با قتل همه انسان‌ها می‌داند، آنجا که می‌فرماید: «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا».^{۱۳} هر کس انسانی را بدون ارتکاب قتل یا فساد در روی زمین از سوی او بکشد، گویا همه انسان‌ها را کشته است. آنگاه در ذیل آیه، کمک به حیات انسانی را چنین معرفی می‌کند: «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا: هر کس انسانی را از مرگ رهایی بخشد، گویا همه مردم را زنده کرده است».^{۱۴}

برای جلوگیری از هر نوع خون‌ریزی، کیفی را در سرای دیگر معرفی می‌کند که برای انسان‌های عاقل بازدارنده است، چنان که می‌فرماید: «وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا: هر کس فرد با ایمانی را از روی عمد بکشد مجازات او دوزخ است که جاودانه در آن می‌ماند و خداوند بر او غضب می‌کند و او را از رحمتش دور می‌سازد و عذاب دردناکی برای او آماده ساخته است».^{۱۵} قرآن، برای بازدارندگی از این گناه، برای ولی مقتول اجازه قصاص داده است بشرط این که از حد تجاوز نکند، چنان که می‌فرماید: «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا: کسی را که خداوند جانش را محترم شمرده نکشید جز به حق، و آن کس که مظلوم کشته شده، برای ولی او اختیار و حق قصاص قرار داده‌ایم، اما در قتل اسراف نکند، چرا که او مورد حمایت است».^{۱۶}

این آیات، حاکی از آن است که آیین اسلام، نسبت به خون انسان اهمیت بیشتری داده و جز در دو مورد، اجازه قتل نداده است و آن این که، انسان مفسد با شد و یا انسان بی‌گناهی را بکشد. امیرمؤمنان(ع) در یکی از خطبه‌های خود، فلسفه قصاص را چنین معرفی می‌کند: «و

^{۱۳} مائده ۳۲.

^{۱۴} مائده ۳۲.

^{۱۵} نساء ۹۳.

^{۱۶} اسراء ۳۳.

بررسی فقهی-حقوقی تفاوت قانونی اجرای.../ هاشمی و محمودی ۱۹۳

الْقِصَاصَ حَقًّا لِلدَّمَاءِ؛ تشریح قصاص برای صیانت از خونریزی است زیرا انسانی که قاصد قتل کسی باشد، آنگاه که متوجه شود، در برابر عملش قصاص می‌شود و نود درصد از نیت خود برمی‌گردد»^{۱۷}.

نگاهی به قانون مجازات اسلامی

در رابطه با تفاوت قصاص زن و مرد در قانون مجازات اسلامی بین زن و مرد در چهار مسئله اختلاف است.

۱. قصاص نفس (اگر مردی، زنی را به قتل برساند، قصاص آن مشروط به پرداخت مقداری از دیه است).

۲. دیه (دیه زن نصف دیه مرد است).

۳. عدم قصاص در برابر قتل فرزند (مختص به پدر است و اگر مادر فرزند خود را به قتل برساند، قصاص می‌شود).

۴. قتل در فراش (اگر مردی همسر خود را با مرد بیگانه در بستر ببیند، می‌تواند هردو را به قتل برساند، در صورتی که زن چنین حقی ندارد، حتی اگر به شرعی نبودن رابطه ایمان داشته باشد).

چهار حکم مذکور بر اساس فقههای امامیه است و بعضاً مورد اجماع فقههای شیعه و سنی است اما میتوان طی راههایی در آن تحول ایجاد کرد. قصاص نفس، ماده‌ی ۲۰۹ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد که اگر مرد مسلمانی عمداً زن مسلمانی را به قتل برساند، محکوم به قصاص است. لیکن زن قبل از قصاص قاتل نصف دیه مرد را به او بپردازد. ماده‌ی ۲۵۸ قانون مجازات اسلامی چنین مقرر فرموده که هرگاه مردی زنی را به قتل برساند ولی دم حق قصاص قاتل را با پرداخت نصف دیه دارد و در صورت رضایت قاتل می‌تواند به مقدار دیه کمتر یا بیشتر از آن مصلحه نماید.

از مجموع دو ماده فوق چند نکته قابل برداشت است:

اگر زنی، مردی را به قتل برساند می‌توان زن را قصاص کرد، همانطور که مرد را می‌توان قصاص کرد، در صورتی که زنی را به قتل برساند. اگر زنی، مردی را به قتل برساند اولیای دم حق قصاص زن را دارند بدون آنکه حق دریافت به پرداخت بخشی از دیه را داشته باشند؛ اما اگر مردی، زنی را به قتل برساند اولیای دم حق قصاص مرد را دارند، مشروط به اینکه نصف دیه مرد را به قاتل بپردازد. قصاص حق اولیای دم است و طبق فرموده قرآن کریم قصاص مایه حیات است، اما بر عفو، گذشت و عدم اجرای آن سفارش کرده است.

تأمل در فقه: یکسان بودن نفس انسان‌ها که زن و مرد است از آیات قرآن کریم برداشت می‌شود، طبق آیات قرآن کریم هرکس به ناحق کسی را به قتل برساند، اولیای دم حق قصاص دارند و تفاوتی در آزاد و بنده بودن و زن و مرد بودن قاتل وجود ندارد؛ زیرا خون مسلمانان باهم برابر است. از آیات قرآن کریم نمی‌توان تفاوت زن و مرد را در مسئله قصاص برداشت کرد. عقل نیز چنین برداشتی نمی‌کند. اگر فقیهان امامیه در این مسئله اجماع کرده‌اند، بر پایه روایات است. یکی از فقهای معاصر نظر مشهور فقها را رد کرده است و می‌گوید: هرچند روایات متواتر و مس وجود دارند که قصاص مرد در ازای قتل زن مشروط به پرداخت دیه است، ولی چون با آیات قرآن مخالف است، نمی‌توان آنرا قبول کرد؛ از طرفی خداوند عادل است و به کسی ظلم نمی‌کند و اگر چنین بحثی وجود دارد برگرفته از اخباری است که به ایجاد دشمنی و تنفر بین زنان نسبت به ائمه اطهار می‌پردازد. اما در این میان فقهای اهل سنت در مورد مسئله قصاص معتقد به تساوی بین زن و مرد می‌باشند و علاوه بر آیات قرآن به سنت عملی پیامبر(ص) استناد می‌کنند که مردی یهودی زنی را به قتل رساند و پیامبر(ص) مرد را قصاص کرد بدون اینکه دیه ای را به قاتل بپردازند.

این بحث را در اجرای حد نیز دارند که تساوی بین زن و مرد برقرار است، اگر مردی زنی را قذف کند حد برای وی جاری می‌شود.^{۱۸}

بررسی قصاص زن و مرد از منظر فقهای تشیع

^{۱۸} قربان نیا، ناصر. (۱۳۹۲). صص ۱۶۱-۱۵۶.

بررسی فقهی-حقوقی تفاوت قانونی اجرای.../ هاشمی و محمودی ۱۹۵

فقه‌های شیعه در باب قصاص، قصاص زن و مرد را در دو مبحث (قصاص نفس و قصاص اعضا و جراحات) مورد بحث قرار داده و به بررسی ادله احکام مربوط به هریک از آنها پرداخته‌اند. آنان در این موضوع که قصاص مرد در برابر قتل عمدی زن، مشروط به پرداخت نصف دیه به بستگان مرد است، با یکدیگر اتفاق نظر دارند و هیچ قول مخالفی از ایشان در این زمینه نقل نشده است. در ذیل به بخش‌هایی از کلمات بعضی از فقه‌های بزرگ شیعه و نیز دلایل آنان در این زمینه اشاره می‌گردد.

شیخ طوسی در کتاب‌الخلاص مشروط بودن قصاص مرد در برابر زن به پرداخت فاضل دیه را امری اجماعی دانسته و می‌گوید: «یقتل الحر بالحره إذا ردّ أولیاءها فاضل الدیة، و هو خمسۃ آلاف درهم، و به قال عطاء، إلا أنه قال: سنه آلاف درهم. و روی ذلك عن الحسن البصری، و رواه عن (علی ع) دلیلنا: إجماع الفرقة و أخبارهم. و أيضاً قوله تعالی: «و الانثی بالانثی» فدلّ علی أن الذکر لا یقتل بالانثی».^{۱۹}

مرد در برابر زن کشته می‌شود مشروط به آنکه بستگان زن افزونی دیه را، که پنج هزار درهم است برگردانند. عطا نیز همین را گفته است، البته با این تفاوت که او افزونی دیه را شش هزار درهم گفته است. و این مطلب از حسن بصری از علی(ع) روایت شده است. دلیل ما بر آنچه بیان شد، اجماع طایفه شیعه و روایت‌های آنان است. همچنین این سخن خداوند متعال، زن در برابر زن دلالت دارد که مرد در برابر زن کشته نمی‌شود. شیخ محمدحسن نجفی، مؤلف جواهرالکلام می‌نویسد: «فیقتل الحرّ بالحرّ کتاباً و سنّه و إجماعاً بقسمیه، بل و ضرورهً بل (و بالحره) و لکن (مع ردّ فاضل دیته) النصف بلا خلاف فیه بل الاجماع بقسمیه علیه، مضافاً الی النصوص المستفیضه أو المتواتره التي مرّ بعضها».^{۲۰}

اگر مرد آزادی، مرد آزاد دیگری را به قتل برساند، قصاص می‌شود. بر این موضوع، کتاب، سنّت و اجماع دلالت دارند. بلکه می‌توان گفت: این موضوع به حکم ضرورت ثابت است.

^{۱۹} شیخ طوسی. (۱۴۱۷). ص ۱۴۵.

^{۲۰} نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۷). ص ۸۲.

همچنین اگر مرد آزادی، زن آزادی را به قتل برساند، قصاص می‌شود، البته با پرداخت نصف دیه مرد. در این موضوع هیچ اختلافی وجود ندارد، بلکه هر دو نوع اجماع (محصل و محکی) در این جا اقامه شده است. به علاوه، نصوص مستفیض و یا متواتری که پیش از این به بعضی از آنها اشاره شد، بر این موضوع دلالت دارند. امام خمینی (قدس سره) در تحریرالوسیله می‌نویسد: «القول فی الشرائط المعتره فی القصاص، و هی أمور: الاول: التساوی فی الحریه و الرقیه فیقتل الحر بالحر و بالحریه مع ردّ فاضل الدیة و هو نصف دیه الرجل الحر».^{۲۱}

قول در شرایط معتبر در قصاص، و آن اموری است:

اول تساوی در آزاد بودن و عبد بودن. پس مرد آزاد، در برابر مرد آزاد کشته می‌شود و (مرد آزاد) در برابر زن آزاد، با پرداخت مازاد دیه کشته می‌شود و آن نصف دیه مرد آزاد است. بنابراین، کلام فقها صراحت دارد بر اینکه اگر مردی، زنی را به قتل برساند، قصاص می‌شود، البته به شرط آنکه اولیای زن نصف دیه مرد را به او پردازند. همچنین در مورد اصل وجود تفاوت قصاص زن و مرد در اعضا و جراحات بین فقهای امامیه اتفاق نظر وجود دارد، اما در حد برابری آن با یکدیگر اختلاف دارند. در بین فقها، ابن ادریس حلی در السرائر^{۲۲} و شیخ طوسی در النهایه^{۲۳} قایل به گذشتن از یک سوم هستند؛ یعنی اگر دیه عضو یا جراحت از یک سوم دیه کامل مرد گذشت، دیه زن، نصف مرد خواهد بود و سایر فقها قایل به رسیدن به یک سوم هستند؛ یعنی تا زمانی که دیه عضو یا جراحت به یک سوم نرسید زن و مرد با هم مساوی بوده، اما اگر به یک سوم رسیده باشد، دیه زن نصف مرد خواهد بود.^{۲۴}

بنابراین، قول مشهور فقهای امامیه این است که تا زمانی که دیه عضو و یا جراحت به یک سوم دیه کامل مرد نرسیده است، زن و مرد به طور مساوی در برابر یکدیگر قصاص می‌شوند.

^{۲۱} موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۰۴ق).

^{۲۲} حلی، ابن ادریس. (۱۴۱۱). ص ۳۸۹.

^{۲۳} شیخ طوسی. ۷۶۸.

^{۲۴} شفیعی سروستانی، ابراهیم. (۱۳۸۰). ص ۷۶.

بررسی فقهی-حقوقی تفاوت قانونی اجرای.../ هاشمی و محمودی ۱۹۷

اما زمانی که دیه به یک سوم و یا بالاتر از آن رسید، مرد به شرطی در برابر صدماتی که به یک زن وارد نموده قصاص می‌شود، که زن نصف دیه صدمه وارد شده به خود را به او پرداخت کند. امام خمینی (قدس سره) در این باره می‌گوید: «المرأة تساوی الرجل فی دیات الاعضاء و الجراحات حتی تبلغ ثلث دیه الرجل ثم تصیر علی النصف، ... و یقتص من الرجل للمرأة و بالعکس فی الاعضاء و الجراح من غیر ردّ حتی تبلغ الثلث، ثم یقتص مع الردّ لو جنت هی علیه لا هو علیها: زن و مرد در دیه اعضا و جراحات با هم مساوی‌اند، البته تا زمانی که جراحت زن به یک سوم دیه نرسیده است؛ زیرا زمانی که جراحت به این حد رسید، زن در دیه و قصاص نصف مرد می‌شود و در اعضا و جراحات مرد به نفع زن و زن به نفع مرد قصاص می‌شود، بدون آنکه لازم باشد چیزی برگردانده شود تا زمانی که به یک سوم نرسد. اگر به این حد رسید، زن تفاوت دیه را باید به مرد جانی بپردازد، ولی اگر زن، جانی باشد و مرد مجنی‌علیه، در صورت قصاص لازم نیست که مرد چیزی به زن پرداخت نماید. بنابراین، مشهور فقهای شیعه در مورد تفاوت قصاص اعضا و جراحات در زن و مرد اتفاق نظر دارند.^{۲۵}

حکمت تفاوت قصاص زن و مرد

با توجه به اینکه فرمان‌های شارع مقدس مبتنی بر مصالح و مفاسد واقعی است و خداوند متعال در تمامی احکام به منافع و مصلحت‌بندگان و دفع ضرر از آنها توجه می‌کند، دنبال کردن حکمت و فلسفه احکام منافاتی با روح تعبد و تسلیم در برابر احکام الهی نخواهد داشت از این رو طرح پرسش‌هایی در این زمینه و بیان فلسفه تشریح احکام امری به‌جا و پسندیده است. بنابراین در بیان حکمت تفاوت قصاص زن و مرد توجه به برخی نکات، از جمله نکات زیر امری ضروری است. در دین مقدس اسلام ارزش واقعی انسان به بهای بدنی آنان نیست تا با برخورد با چنین احکامی چنین به نظر برسد که ارزش زن کمتر از مرد است؛ بلکه در اسلام ارزش واقعی انسان‌ها فارغ از رنگ، جنسیت، نژاد، زبان و امثالهم به ایمان به خداوند متعال، تقوا، عمل صالح، انسانیت و ... است.

^{۲۵} موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۰۴ق). ص ۵۹۶.

بنابراین ارزش انسان‌ها را در تفاوت بین زن و مرد در مسئله دیه و قصاص نباید جستجو کرد؛ زیرا این تفاوت‌ها به معنای قیمت نهادن به شخصیت زن یا مرد نیست. در مواردی که مرد در برابر زن قصاص می‌شود با پرداخت نصف دیه قاتل به خانواده‌اش، خسارتی که در اثر عدم حضور وی متوجه خانواده می‌شود جبران می‌گردد و این مسئله بدان دلیل است که اصول آن مسئولیت اقتصادی خانواده بر عهده مرد است.

در اینجا برای واضح‌تر شدن مسئله مطلبی را از تفهیم نمونه ذکر می‌کنیم: ممکن است بعضی ایراد کنند که در آیات قصاص دستور داده شده که نباید مرد به خاطر قتل زن مورد قصاص قرار گیرد، مگر خون مرد از خون زن رنگین‌تر است؟ چرا مرد جنایتکار به خاطر کشتن زن و ریختن خون ناحق از انسان‌هایی که بیش از نصف جمعیت روی زمین را تشکیل می‌دهند قصاص نشود؟! در پاسخ باید گفت مفهوم آیه‌ی ۱۷۸ سوره بقره این نیست که مرد نباید در برابر زن قصاص شود؛ بلکه همان‌گونه که در فقه اسلام مشروح آن بیان شده، اولیای زن مقتول می‌توانند مرد جنایتکار را به قصاص برسانند؛ به شرط آن که نصف مبلغ دیه را بپردازند. به عبارت دیگر منظور از عدم قصاص مرد در برابر قتل زن، قصاص بدون قید و شرط است ولی با پرداخت نصف دیه کشتن او جایز است.^{۲۶} چون مردان در خانواده عضو مؤثر اقتصادی هستند با فعالیت‌های اقتصادی خود چرخه زندگی خانواده را به گردش درمی‌آورند؛ بنابراین تفاوت میان دیه زن و مرد به این دلیل است که اگر مراعات نشود خسارت به بازماندگان مرد مقتول وارد می‌شود و لذا در دین مقدس اسلام با پرداخت نصف دیه به بازماندگان مرد قاتل و اجرای حکم قصاص پس از آن خلأ اقتصادی و ضرر نابخشودنی که به یک خانواده می‌خورد را از بین می‌برد.^{۲۷}

پرداخت نصف دیه مرد قاتل از سوی اولیای زن مقتول از حقوق بازماندگان قاتل است نه حقوق قاتل، تا دلیلی بر گمان برتری ارزش و شخصیت مرد بر زن به شمار آید، همچنان که در

^{۲۶} ناصر مکارم شیرازی.

^{۲۷} ناصر مکارم شیرازی، (۱۳۷۱)، ص ۶۱۱.

بررسی فقهی-حقوقی تفاوت قانونی اجرای.../ هاشمی و محمودی ۱۹۹

احادیثی که از امامان معصوم علیهم‌السلام ذکر شده این نکته مورد توجه قرار گرفته است.^{۲۸} بنابراین در اینجا تقابل بین زن و مرد به تنهایی نیست تا کسی تصور کند که به حقوق و شخصیت زنان ستم شده است. با توجه به این مسئله که دیه زن نصف دیه مرد است می‌توان به این نتیجه رسید که زن‌ها بیشتر سود می‌برند؛ زیرا به طور معمول دیه زن به شوهر و فرزندان و دیه مرد به زن و فرزندان پرداخت می‌شود و چون با از بین رفتن مرد زن صدمه بیشتری را می‌بیند؛ به همین دلیل دیه مرد را بیشتر کردند تا اندکی از فشار وارده به زن که در نتیجه از دست دادن مرد متوجه زن می‌شود جبران گردد.^{۲۹}

با توجه به موارد فوق، حکمت تفاوت قصاص زن و مرد به نوع مسئولیت آنان در خانواده و جامعه و جایگاه اقتصادی هر یک برمی‌گردد نه بر ارزش واقعی آنان. دیه در ماده‌ی ۳۰۰ قانون مجازات اسلامی می‌گوید: دیه قتل زن مسلمان چه عمدی و چه غیر عمد، نصف دیه مرد مسلمان است. ماده‌ی ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی درباره دیه اعضا می‌گوید: دیه زن و مرد یکسان است تا زمانی که دیه به ثلث دیه کامل برسد، در آن موقع دیه زن نصف دیه مرد است. این دو حکم مورد اجماع فقهای امامیه و عامه است. برخلاف مسئله قصاص که بین فقهای شیعه و سنی اختلاف وجود داشت اغلب فقهای امامیه تلاش کرده‌اند حکمت اینکه چرا دیه زن نصف دیه مرد است را کشف کنند و بنابراین حکمت آن را چنین بیان کرده‌اند که دیه را امری اقتصادی دانسته و آنرا ملاک ارزیابی انسان تلقی نکرده‌اند؛ چون امور اقتصادی خانه بر عهده مرد است از این لحاظ دیه او با دیه زن متفاوت است.

حال اگر زنان مانند مردان به امور اقتصادی خانه بپردازند، آیا در این صورت دیه او مثل دیه مرد کامل خواهد بود؟ باید گفت طبق گفته برخی نویسندگان هنوز دلیل قطعی آیات و روایات مبنی بر اینکه کامل بودن دیه مرد به دلیل امور اقتصادی است مطرح نشده است. برخی از فقیهان با تفکیک دیه حقوقی از جزایی اظهار کرده‌اند.

^{۲۸} ادوا نصف الدیه الی اهل الرجل.

^{۲۹} زیبایی نژاد، محمدرضا.

در مورد دیه حقوقی روایت معتبری دال بر تصنیف دیه زن نیافتند. فقها از روایات دیه جزایی در مورد دیه حقوقی نیز تصنیف دیه را برداشت کرده اند که درست نیست و دلیل آنها روایت ابن سکان است که بر اساس آن حضرت علی(ع) دیه زن را به صراحت نصف دیه مرد بیان کرده است. خداوند که انسان را به صورت مذکر و مؤنث آفریده است پس چرا یکی را بر دیگری ترجیح داده و در مقام خسارت و جبران یکی را بر دیگری برتری داده است؟ آیا با عدالت او سازگار است؟ توجه به عدالت در مقام استنباط احکام شرعی اگرچه اهمیت زیادی دارد اما در شناخت مصادیق عدالت آسان نیست و اگر بخواهیم فهم عرف را در همه جا معیار بدانیم پس جای تأمل دارد. شهید مطهری برای حل این مسئله پیروی از احکام ثابت و متغیر را پیشنهاد کرده است. علامه طباطبایی نیز در این زمینه می گوید: اسلام مقرر است خود را به دو بخش ثابت و متغیر تقسیم نموده و بخش اول آن که روی اساسی آفرینش انسان است و بر مشخصات ویژه ای استوار است دین و شریعت نامیده می شود که در پرتو آن انسان به رستگاری می رسد.

بخش دوم آن که قابل تغییر است و بر حسب مصالح مختلف زمان ها و مکان ها اختلاف پیدا می کند، که آثار ولایت عامه و منوط به نظر ائمه علیهم السلام است و از آن به اختیارات ولی تعبیر شده است و هرگونه مقررات جدیدی که در پیشرفت زندگی اجتماعی انسان ها مفید باشد و به صلاح امور مسلمین باشد از اختیارات ولی به حساب می آید. اینکه خون هیچ مسلمانی نباید هدر برود و یا ضایع بشود جزء احکام ثابت دینی است اما میزان آن می تواند جزء احکام متغیر باشد. آیا حفظ اموال و احکام ثابت اسلام و توسعه گرایش مردم به اسلام و پیشگیری از روی گردانی مردم از اسلام جزء مصالح اولیای دین نیست؟ شکی نیست هرگاه اجرای احکام آثار مخربی به بار آورد، باید اجرای آن متوقف شود. فقهای امامیه اجرا نکردن حد را در سرزمین دشمن امری مسلم می دانند و دلیل آنها روایتی از حضرت علی(ع) است که می فرمایند: بر هیچ کس در سرزمین دشمن حدی اقامه نمی کنم تا از سرزمین آن خارج شود تا مبادا غیرت، او را به سوی دشمن کشاند. با اینکه در روایات به اجرای حد تاکید شده است ولی چون در سرزمین دشمن عوارض منفی به همراه دارد، اجرای آن به صورت موقت تعطیل می گردد.

بررسی فقهی-حقوقی تفاوت قانونی اجرای.../ هاشمی و محمودی ۲۰۱

به همین سبب، در جمهوری اسلامی ایران برخلاف رأی مشهور فقها که دیه اهل کتاب با دیه مسلمانان برابر شد، اختلاف نظر وجود دارد؛ زیرا در دوره‌ای بود که دیه اهل کتاب به صورت ناچیز بود که تفاوت دیه مسلمان و غیر مسلمان از ضروریات فقه نیست. البته بین مذاهب مختلف اسلامی برای مساوی بودن دیه مسلمان و غیر مسلمان اختلاف نظر وجود دارد. مسئولیت پرداخت دیه حقوقی است که ماهیت مدنی بر ماهیت کیفری آن غلبه دارد، قابلیت بیمه شدن را دارد، سهم بچه‌ای که بیمه‌گزار مرد و زن می‌پردازد، مساوی است.^{۳۰}

^{۳۰} قربان نیا، ناصر. (۱۳۹۲). ص ۱۶۸-۱۶۱.

نتیجه‌گیری

از منظر اسلام، زن از نظر شرافت و حیثیت انسانی با مرد برابر می‌باشد، اما نوع حقوق و مجازات آنان با هم تفاوت دارد؛ یعنی در اسلام تساوی هست، اما تشابه نیست. به عبارت دیگر، اسلام با تساوی موافق و با تشابه مخالف است. همین نگرش اسلام موجب شده است که مرد و زن حقوق، تکالیف و مجازات‌های متفاوتی داشته باشند. اگر بخواهیم نگاهی جامع به ابعاد وجودی زن داشته باشیم، متوجه این نکته خواهیم شد که زن و مرد از نوع فطرت و آفرینش دارای تفاوت‌هایی هستند که این تفاوت‌ها به دلیل برتری هر کدام نسبت به دیگری نیست؛ بلکه ابعاد وجودی هر کدام مستلزم این است که با یکدیگر دارای اختلافاتی باشند، چه از نظر ابعاد جسمانی و چه از نظر ابعاد معنوی.

اما نکته قابل اهمیت این است که شارع مقدس به همه‌ی این نقطه اشتراکات و اختلافات توجه کافی داشته و همین تفاوت‌ها باعث شده که مرد و زن تکمیل‌کننده‌ی همدیگر باشند و به نوعی در کنارهم به آرامش برسند و خداوند متعال به این ابعاد وجودی انسان توجه کرده، که زن به عنوان موجودی ظریف و دارای روحیه لطیف است و انجام کارهای سخت و خشن با روحیه لطیف او سازگاری ندارد و لذا خداوند این مسئولیت را برعهده مردان گذاشته؛ زیرا انجام کارهای سخت با روحیه مردان سازگارتر است و به همین دلیل مردان با جسمی تنومندتر و روحیه سخت‌تر وظیفه تأمین معیشت و اقتصاد خانواده را برعهده دارند. این امر به منزله بی‌احترامی به ارزش زن نیست؛ بلکه باعث احترام به مقام و منزلت زن است و این تعریف را نباید اینگونه تفسیر کرد که خداوند مخالف حضور زن در اجتماع و فعالیت او در جامعه است.

همچنین می‌توان برای این سخن مدرکی تاریخی بعد از ظهور اسلام از حضور زنان در اجتماع به دست آورد و به تبع آن وقتی در جامعه مردی قتلی را مرتکب می‌شود و محکوم به قصاص می‌شود، به خانواده‌ی آن مرد لطمه‌ی اقتصادی سنگینی وارد می‌شود، پس لازم است تا از طریق دیه، خانواده مقتول به نحوی حمایت شوند. اما وقتی یک زن قاتل، حکم قصاص برایش صادر می‌شود، از نظر اقتصادی ضربه‌ی کمتری به خانواده وی وارد می‌شود؛ پس با این

بررسی فقهی-حقوقی تفاوت قانونی اجرای.../ هاشمی و محمودی ۲۰۳

احتساب باید یک تفاوتی نسبت به قصاص زن و مرد وجود داشته باشد. همچنین قانون مجازات جمهوری اسلامی ایران هم به این مسئله توجه کرده است و در صورتی که مردی عمداً زنی را به قتل برساند، در صورتی اولیای مقتول می‌توانند قاتل را قصاص کنند، که نصف دیه‌ی او را پرداخت نمایند. اما اگر زنی به طور عمد مرتکب قتلی شود و مردی را به قتل برساند، بدون هیچ شرطی قصاص می‌شود. بنابراین تفاوت موجود در دیه و قصاص براساس تفاوت‌های ذاتی موجود بین زن و مرد است و همانطور که در ابتدا گفته شد؛ زن و مرد مساوی ولی نامتشابه هستند، لذا از حقوق متفاوتی برخوردارند.

کتابنامه

- {کتاب:} قرآن کریم
- {کتاب:} زیبایی نژاد. و سبحانی. (۱۳۹۱). درآمدی بر نظام شخصیت زن در اسلام، قم: دفتر مطالعات و تحقیقات زنان، چ دهم.
- {کتاب:} شفیعی سروستانی، ابراهیم. (۱۳۸۰). تفاوت زن و مرد در دیه و قصاص، تهران: سفید صبح.
- {کتاب:} شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۷). الخلاف، ج ۵، قم: موسسه النشر الاسلامی، چ دوم.
- {کتاب:} شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۴۲). النهایه، بیروت: دارالاندس.
- {کتاب:} کارل، الکسیس. (۱۳۸۵). انسان موجود ناشناخته، اصفهان: مهرافروز، چ دوم.
- {کتاب:} مطهری، مرتضی. (۱۳۸۱). نظام حقوقی زن در اسلام، تهران: صدرا، چ سی و سوم.
- {کتاب:} قربان نیا، ناصر. (۱۳۹۲). تأمل در فقه تحول در حقوق، تهران: میزان، چ اول.
- {کتاب:} مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۱). تفسیر نمونه، ج ۱، قم: دارالکتاب الاسلامیه، چ دهم.
- {کتاب:} موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۰۴). تحریر الوسیله، ج ۲، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- {کتاب:} نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۷). جواهر الکلام، ج ۴۲، تهران: دارالکتاب الاسلامیه، چ سوم.
- {کتاب:} طباطبایی، سید محمد حسین. المیزان، ج ۵، تهران: امیر کبیر.
- {مقاله:} مکارم شیرازی، ناصر. «دروس خارج فقه بحث دیات»، روزنامه آموز شی و پژوهشی فیضیه، ش ۱۸.

اصطلاح شناسی محاربه و نفی بلد و اثبات مشروعیت آن در باب مجازات محارب

علی علیزاده*

چکیده

امنیت جانی و مالی ساکنین یک سرزمین از مهم‌ترین دغدغه‌های تمامی دستگاه‌های حکومتی جوامع بشری است. محارب که نزدیک‌ترین اصطلاح فقهی به واژه تروریسم است از خطرناک‌ترین عناصر برهم زنده‌ی ثبات امنیت و آرامش یک جامعه است؛ فردی که با قصد فساد دست به سلاح می‌برد و جان و مال مردم را مورد تعرض قرار می‌دهد. میان فقهای امامیه، درباره ماهیت محاربه و چگونگی مجازات او در اسلام اختلافاتی به چشم می‌خورد که با امعان نظر و دقت در شرایط و قیود تعریف محاربه و همچنین حد یا تعزیر بودن مجازات او می‌توان حقیقت مراد شارع از جرم انگاری محاربه را تبیین کرد. پایه و اساس تبیین مجازات محاربه آیه ۳۳ سوره مائده است که مجازات او را بنابر ظاهر، یکی از این چهار حد معرفی می‌کند: قتل، به صلیب کشیدن، قطع دست و پا بصورت مخالف و نفی بلد.

در این مقاله برآنیم که با روش توصیفی-تحلیلی بررسی دقیقی نسبت به تعریف محاربه ارائه دهیم و از رهگذر منابع دسته اول شیعی، مشروعیت تبعید و نفی بلد گروهی از محاربین را اثبات کنیم.

واژگان کلیدی: محاربه، فساد در زمین، نفی بلد، حد، تعزیر، مشروعیت.

* کارشناسی حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران.

مقدمه

مسأله این پژوهش بر مبنای واقعیت خارجی مطرح می‌شود و صرفاً زاییده ذهن محقق نیست و به عبارت دیگر تحقیق می‌بایست بر اساس مشکلات و نیازهای جامعه سیاست‌گذاری شود. جامعه ایران نیز جامعه‌ای رو به رشد و پیشرفت است و صاحب‌نظران و اندیشمندان دستگاه قضایی در عصر عدالت خواهی اراده جدی دارند تا از رهگذر منابع دسته اول شیعی از جمله آیات قرآن و روایات مورد اعتماد، مجازات‌هایی موثر و مطابق با نظر شارع و مورد تایید عقل و جوامع حقوقی ارائه دهند. در این نگاشته سعی شده بصورت تحلیلی و دقیق، ابتدا تعریف محاربه و سپس در راستای تعیین مجازات مؤثر، تعریف نفی بلد و اکاوی و تبیین شود.

محارب در واقع با استفاده از سلاح باعث ایجاد ترس و ناامنی در جامعه شده و به حکم عقل و شرع، لازم است مجازاتی متناسب با میزان ضربه به امنیت جانی و مالی مردم برای او معرفی شود. در منابع اسلامی چهار مجازات برای این عنصر مخرب معرفی شده که بدین شرح است: قتل، به دار آویختن، بریدن دست و پا بصورت مخالف و تبعید. تبعید به معنای دور کردن مجرم از شهر خود، در عرض سه مجازات دیگر و بطور تخییری به عنوان مجازاتی مشروع در شریعت اسلام مطرح شده است. به دار آویختن عبارت دیگری از صلب و قتل هم عبارت دیگری از اعدام است که همراه با دو مجازات دیگر در ماده‌ی ۲۸۲ قانون مجازات اسلامی ذکر شده اند. اعدام در عصر حاضر انواع مختلفی دارد، از جمله به دار آویختن و اعدام با صندلی الکتریکی و یا تزریق سم و ... اما صلب که خود نوعی از اعدام است مسامحتاً در تعبیر عرفی مساوی با اعدام در نظر گرفته می‌شود؛ حال آنکه رابطه میان آن دو رابطه میان عام و خاص است.

به تعبیری دقیق‌تر در اعدام‌هایی که در این سالیان در حال انجام شدن است، فرد مدت کوتاهی به دار آویخته می‌شود و پس از ازدست دادن جاننش به پایین دار آورده می‌شود اما در صلب فرد سه روز بالای دار می‌ماند مگر اینکه سریعتر کشته شود که در آن صورت پایین آورده می‌شود ولی اصل بر آن است که وی سه روز بالای دار نگهداشته می‌شود.

اصطلاح شناسی محاربه و نفی بلد و.../ عزیزاده ۲۰۷

در برخی از کتب مرتبط^۱ اشاراتی به فتاوی فریقین و نظرات متفکران اسلامی درباره مشروعیت تبعید برای شخص محارب وجود دارد و در برخی مقالات نیز، بررسی سند روایات، بخش عظیمی از مباحث را به خود اختصاص داده است. از مهم‌ترین آثار که در این زمینه به زیور طبع آراسته گشته‌اند می‌توان به کتاب «النفی و التغریب فی مصادر التشریح الاسلامی» نوشته نجم الدین طبری اشاره کرد. نگاشته مزبور که در ادامه کتاب معروف «موارد السجن فی النصوص و الفتاوی» نوشته شده است، با ابتناء بر شیوه‌های فاخر نگارشی، پی‌ریزی شده است؛ بدین صورت که ابتدا موضوع و محور بحث، محل نزاع، اجمال آراء فقها، دسته‌بندی و بطور منظم مطرح شده است. آنگاه، به بررسی تفصیلی ادله و روایات، نقل تفصیلی آرای فقهای امامیه و سپس فقهای سایر مذاهب پرداخته شده و در پایان، جمع‌بندی و حاصل بحث ارائه گردیده است. در پی آن، فروعاً مسئله به شکلی منظم آورده شده است.

در عمده نگاشته‌های صاحب نظران به بررسی مجازات تبعید محارب صرفاً بصورت یک گزاره‌ی فقهی برآمده از بخشی از منابع شیعی پرداخته شده است و غالب نوشته‌های پیشین نیز نگاه تطبیقی و پیشنهادی در فضای جامعه امروز را مورد بحث و بررسی قرار نداده‌اند. این پژوهش با بررسی دقیق منابع فقهی شیعه اعم از کتاب و سنت با روش توصیفی-تحلیلی به ارائه تعریفی کامل از محارب و مفهوم نفی بلد با استفاده از منابع روایی پرداخته و در ادامه اثبات یا رد مشروعیت مجازات تبعید برای محارب را مورد بررسی قرار داده است. ۱. با مراجعه و کنکاش میان منابع اسلامی در خصوص مسأله تبعید محارب با واژگانی برخورد می‌شود که پیش از ورود به محل بحث، ذکر آنها و بیان آراء لغویین در خصوص معانی آنها حائز اهمیت است.

۱-۱. نفی بلد

لغت شناسان عرب در ذکر معنای نفی بلد، از آن به خارج کردن و دور کردن شخص از محدوده‌ای که در آن بوده تعبیر کرده‌اند؛ مشروط به تحقق دو شرط که در صورت عدم وجود آن دو شاهد مصداقی از نفی بلد نخواهیم بود:

^۱ طبری نجم الدین. (۱۴۰۷ق). ج ۱، ص ۱۴.

نخست آنکه عرف اهل محل آن شخص را داخل در مکان سابقش ندانند و دوم اینکه افراد مذکور شخص منفی من الارض را دور و رانده شده از مکان سابقش تلقی کنند.^۲ توضیح برخی دیگر از لغت‌دانان نیز چنین فهمی را از واژه نفی (بلد) تایید می‌کند چرا که ایشان صرف اخراج او از سرزمین محل سکونتش را نفی بلد نمی‌دانند، بلکه باید در شهری دور از آن مکان سکنی داده شده و همچنین از برگشتش ممانعت به عمل آورده شود. لازم به ذکر است که برخی آن را به معنای کشتن (اعدام) و یا حبس (سجن) می‌دانند، که اغلب امهات لغت آن را ذکر نکرده‌اند و یا به قائلین مجهولی نسبت داده‌اند که این خود نشان از تضعیف ایشان دارد.

۱-۲. محاربه

محاربه مصدر باب مفاعله است و اخذ آن از دو ماده محتمل است: اول آنکه مأخوذ از حرب به فتح حاء و راء که به معنای سلب است باشد؛ راغب اصفهانی گوید: حَرَبٌ به معنای تاراج و غارت غنایم در ضمن جنگ است و سپس معنی آن توسعه یافته و در مورد مطلق سلب و غارت مال به کار رفته است.^۳ سیوری نیز در کنز العرفان می‌گوید: لغت حرب در اصل به معنای سلب است، بعنوان مثال وقتی گفته می‌شود: حرب الرجل ماله یعنی مالش را از او گرفت.^۴

دوم اینکه گرفته شده از حرب به فتح حاء و سکون راء باشد که معنای آن عبارت است از جنگیدن و نزاع؛ ابن منظور در لسان العرب چنین گفته است: غارت مال انسان و ترک آن شخص به گونه‌ای که هیچ چیزی برایش نماند.^۵ با دقت در معانی واژه مدنظر چنین برداشت می‌شود که به نظر برخی از اهل لغت، حرب در استعمالات اولیه خود به معنای غارت کردن مال و به یغما بردن بکار رفته است، چون در گذشته بیشتر درگیری‌های مسلحانه و جنگ به سلب و غارت اموال طرف مغلوب توسط شخص غالب منتهی می‌شده و حتی در برخی موارد

^۲ فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق) ج ۸، ص ۳۷۶ و طریحی، فخرالدین، (۱۴۱۶ق). ج ۱، ص ۴۱۸ و جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). ج ۶، ص ۵۱۳.

^۳ راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق)، ص ۳۱۲.

^۴ سیوری، مقداد بن عبدالله. (۱۴۲۷ق). ص ۲۷۴.

^۵ ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۸ق). ج ۱، ص ۳۰۳.

هدف از جنگ، غارت و به یغما بردن مال طرف مقابل بوده است. با این توضیحات باید چنین گفت که در استعمالات پسینی عرب در واقع ملازمه‌ای میان سلب مال مغلوب و جنگ و درگیری مسلحانه لحاظ شده است؛ بنابراین واژه حرب معنای جنگ و درگیری مسلحانه به خود گرفته است. برخی دیگر همچون لغت‌شناس بزرگ عرب فراهیدی بر این باورند که حرب در مقابل و نقیض سلم و سلم نیز به معنی صلح و آرامش است، در نتیجه باید حرب را به ناامنی و ضدیت تعریف کرد. از این رو استعمال این کلمه برای جنگ یا سلب و غارت مال با ملاحظه این واقعیت است که جنگ و غارت اموال هر دو ملازم با اضطراب و ناامنی برای طرفین و وجود حالت تضاد و دشمنی بین آن دو است که گاهی به صورت غضب مال و گاهی به صورت جنگ و درگیری نظامی جلوه میکند. بنابر این کلمه حرب لزوماً به مفهوم جنگ نیست؛ بلکه به معنای مطلق ناسازگاری و مبارزه است و در واقع جنگ و درگیری نظامی مصداقی از آن است.^۶

۱-۳. عقر

برخی کتب لغت مانند لسان‌العرب معنای عقر به سکون قاف را عقیم کردن برشمرده‌اند؛^۷ و بعضی دیگر همچون شمس‌العلوم حمیری و معجم مقاییس‌اللغه در اصل معنای زخمی و مجروح کردن را برای لغت عقر بکار برده‌اند.^۸ همچنین عبارت عَقَّرَ الرَّجُلُ در معنای فعل لازم به معنای مدهوش شدن است. جمع بندی آراء لغت‌شناسان عرب در کتیشان درباره این واژه چنین است که عرف عرب از عقر، جراحت و شکستگی می‌فهمد و برای فهماندن عقیم کردن قرینه لازم است.

۱-۴. لص

لص با لام مکسور و مضموم به معنای دزد و چپاولگر بیان شده است. در لغتنامه‌ها فتح لام را به ابن‌درید نسبت داده‌اند. در تاج‌العروس چنین آمده: «وَاللَّصُّ: السَّارِقُ، مَعْرُوفٌ، وَ يُثَلَّثُ، عَنْ ابْنِ دُرَيْدٍ وَ فِي التَّهْدِيبِ وَ الصَّحَاحِ: اللَّصُّ، بِالضَّمِّ، لُغَةٌ فِي اللَّصِّ، وَ أَمَّا سَبِيؤُهُ فَلَا يَعْرِفُ

^۶ فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). ج ۳، ص ۲۱۳.

^۷ ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۸ق). ج ۴، ص ۵۹۱.

^۸ حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق). ج ۷، ص ۴۶۷. و ابوالحسین، احمد بن فارس بن زکریا. (۱۴۰۴ق). ج ۴، ص ۹۰.

۲۱۰ دوفصلنامه دانش‌پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۲۰۵-۲۳۴

إِلَّا لِصَّاءٍ بِالْكَسْرِ^۹. آنچه به نظر می‌آید این است که در لغتی خاص لص به فتح لام استعمال شده است؛ لکن در کتب روایی این کلمه غالباً بکسر لام آمده است و گاهی بضم لام.

۱-۵. تغریب

برخی لغویون همچون ابن‌منظور در لسان‌العرب با موازنه برقرار کردن میان واژه غَرَبَ و مغرب‌الشمس، آن را به رفتن سمت محل غروب خورشید (مکانی دوردست) ترجمه کرده است.^{۱۰}

۱-۶. اهل ریه

ریب به معنای شک و تردید است.^{۱۱} و منظور از اهل ریه (اهل فساد و اتهام) کسانی است که قصدشان در حمل و استفاده از سلاح برای مردم مشخص نیست، به عبارت دیگر کسانی که با به همراه داشتن سلاح و استفاده کردن از آن عادتاً و طبیعتاً موجب ترس و اضطراب مردم و ایجاد جو ناآرامی در فضای جامعه شوند را، اهل ریه می‌نامند.

۱-۷. قطاع طریق

راغب اصفهانی در مفردات الفاظ قرآن می‌گوید: این عبارت دو معنا دارد؛ نخست آنکه: سیر و سلوک و پیمودن راه؛ دومین معنا عبارتست از غصب و گرفتن اموال مردم در راه (راهزنی)^{۱۲} فیومی نیز در المصباح‌المنیر گفته است: قاطع طریق کسی است که در کنار قصد غصب و سرقت باعث ترس مردم نیز می‌شود.^{۱۳}

برای اینکه به پرسش اصلی نگاشته حاضر یعنی ماهیت و مشروعیت مجازات تبعید برای محارب پاسخ دهیم، ابتدا لازم است دو واژه اصلی بحث یعنی محارب و تبعید مورد موشکافی قرار گیرند. از آنجایی که در ارائه تعریف فقهی برای این دو واژه به تبیین فقها و مفسرین بسنده نمی‌شود، برآنیم که در کنار نقل نظر آنها کلماتشان را تا حدی مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم.

^۹ واسطی، محب‌الدین. (۱۴۱۳ق). ج ۲، ص ۲۳۸.

^{۱۰} ابن‌منظور، محمدبن مکرم. (۱۴۰۸ق). ج ۱، ص ۶۱۸.

^{۱۱} فراهیدی. (۱۴۱۰ق). ج ۸، ص ۲۸۷. و حمدبن فارس بن زکریا. (۱۴۰۴ق) ج ۲، ص ۴۶۸.

^{۱۲} اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). ص ۶۷۷.

^{۱۳} فیومی، احمدبن محمد. (۱۴۲۹ق). ج ۲، ص ۵۰۹.

۲. تعریف اصطلاحی محاربه

۲-۱. محاربه در منابع اسلامی

۲-۱-۱. آیات و روایات

در وهله اول جهت ارائه دادن تعریفی کامل و منطقی که شامل تمام مصادیق واقعی خود و خارج کننده مصادیق بیرونی باشد، می‌بایست قرآن کریم و منابع روایی را بصورت گسترده مورد بررسی قرار داد. در مرحله دوم مفهوم بدست آمده را با تعاریفی که فقها و مفسرین امامیه تبیین کرده‌اند مقایسه کرده و سعی می‌کنیم تعریفی صحیح و با کمترین اشکال ارائه دهیم. با بررسی آیاتی که به نوعی کلمه حرب و محاربه در آن‌ها منعکس شده است^{۱۴} چنین درمی‌یابیم که هیچکدام در مقام ارائه تعریفی از شخص محارب نیستند و صرفاً مجازات او را تبیین کرده و یا خصوصیتی از آن را ذکر کرده‌اند؛ لذا تحقیق و بررسی آیات در بخش مربوط به چگونگی نفی محارب خواهد آمد.

در برخی روایات نیز خصوصیتی از محارب منعکس شده ولی مشخص نیست که کدام قید از قیود بکار برده شده در روایت مؤثر در تعریف محارب است. روایت صحیح‌السند محمدبن مسلم از امام باقر(ع) از همین قبیل است: امام باقر(ع) فرمود: هر کس در شهری از شهرها سلاح بکشد و کسی را مجروح کند قصاص می‌شود و او را به شهری دیگر تبعید می‌کنند. و کسی که خارج از شهرها سلاح کشد و ضربه زند و مجروح کند و مال کسی را بدزدد و به غارت برد ولی خون کسی را نریزد، محارب است و جزای او جزای محارب است.^{۱۵} از این روایت و روایات مشابیه آن در می‌یابیم که قطعاً (از نظر دلالتی) به کسی که در بیرون شهرها دست به سلاح برد و کسی را مورد ضرب و شتم قرار دهد و مجروح کند و مالش را به غارت برد، محارب گفته می‌شود. البته با مراجعه به توضیحات فقها درمی‌یابیم که ایشان قسمت اول روایت را هم مربوط به محارب می‌دانند؛ یعنی کسی که در شهر با سلاح، شخصی را بترساند و زخمی کند نیز محارب محسوب می‌شود. آنچه که در نگاشته حاضر مورد اهتمام قرار گرفته آنست که باید تمام قیود اصلی و رکن‌گونه تعریف مشخص

^{۱۴} مائده ۶۴ و ۳۳، توبه ۱۰۷، بقره ۲۷۹، انفال ۵۷، محمد ۴.

^{۱۵} بحار الأنوار، (۱۴۱۰ ق.) ج ۷۶، ص ۱۹۴. و مستدرک الوسائل، (۱۴۰۸ ق.) ج ۱۸، ص ۱۵۵. و کافی، (۱۴۳۵ ق.) ج ۰، ص ۲۴۸.

شود، به صورتی که تمام مصادیق واقعی محارب در تعریف لحاظ شوند؛ بنابراین ناگزیر از بررسی روایات وارده دیگر در این زمینه هستیم تا به تصویری جامع‌تر نسبت به مراد شارع دست یابیم.

از امام صادق(ع) روایت کرده‌اند از پدر بزرگوارش که این چنین فرمود: اگر کسی بر تو وارد شد و خواست به اهل تو و اموال تو دست درازی کند اگر توانستی او را بزنی (با او مقابله کن)، دزد در جنگ با خدا و رسول خداست، او را بکش، پس اگر چیزی در آن بر تو باشد بر گردن من است.^{۱۶} این روایت از ابهامات گذشته کاسته است. امام(ع) می‌فرماید: کسی را که مبادرت به تعرض به مسلمان و اهل مالش می‌کند محارب می‌نامند اگرچه منجر به دزدی و جراحت و قتل نشود. پس صرف سلاح کشیدن و ایجاد ترس در قلب مسلمان به جهت اضرار به جان و مال در صدق محاربه کافی است و ملاک بدست آوردن قصد او نزد مسلمان، ظاهر او به همراه وجود سلاح است و ثمره این نوع بیان از محاربه و شخص محارب در انکار او نزد قاضی روشن می‌شود؛ چراکه ممکن است او نافی قصد ارباب و اضرار به مسلمین شود. در ادامه چنین بیان شده است: دزد و غارتگر (لص) محارب است؛ دزد هرچند که مالی را به چنگ نیاورد اگر موجب ترس و برهم زدن آرامش مسلمانی شود محارب است و کمترین مجازات او تبعید است. در روایت صحیحه دیگری امام باقر(ع) چنین بیان داشته‌اند: هرکس به هنگام شب با اسلحه برگردد محارب محسوب می‌شود، مگر آنکه از اهل ریه نباشد.^{۱۷}

در این روایت، حضرت باقر(ع) کسی را که در شب سلاح با خود حمل می‌کند، محارب انگاشته‌اند. فلذا آنچه از این روایت شریفه قابل فهم است، اینکه در تعریف محارب نه زد و خورد و مشاجره شرط است، نه زخمی کردن و نه سرقت و نه کشتن. همچنین منظور از اهل ریه همانگونه که گذشت کسانی هستند که توقع حمل و استفاده از سلاح از ایشان نمی‌رود. به عبارتی دیگر اجازه قانونی بر استفاده از سلاح ندارند. فلذا اگر شخصی از نگهبانان شهر سلاح در دست داشته باشد و موجب ترس دیگری شود محارب محسوب نمی‌شود؛ چرا که حد وسط و نقطه مائز میان شخص محارب و غیر او سلاح کشیدن

^{۱۶} بحار الأنوار، (۱۴۱۰ق). ۱۹۴/۷۶. و تهذیب الاحکام، (۱۴۰۷ق). ۱۵۷/۶.

^{۱۷} من لایحضره الفقیه، (۱۴۱۳ق). ۶۸/۴.

شبانه است. اگر اجازه قانونی بر حمل سلاح نداشته باشد؛ یعنی کسی که حامل سلاح است و شبانه در شهر پرسه میزند در واقع یک تروریسم خاموش است. بنابراین چه بسا بتوان گفت در شریعت مبین اسلام برخورد و مقابله با محارب از همان مراحل اولیه شکل‌گیری مورد تأکید بوده است. این همان نقطه‌خالی است که در برخی مجامع بشری جهت مقابله و ریشه‌کنی محارب و تروریست احساس می‌شود.

لازم به ذکر است که امامیه در منابع حدیثی دسته اول خود روایاتی در دست دارد که نقش سرقت در تعریف محارب را مشخص می‌کند؛ از جمله صحیح‌ه حلبی از امام صادق(ع) که از جدشان امام علی(ع) نقل می‌کنند که این چنین فرمودند: اگر دزدی به سمت تو آمد او را بکش، هرچه از آن به تو رسد برگردن من باشد (همان). از این روایت بدست می‌آید که اگر دزدی شمشیر بکشد و در کنار سرقت باعث ترس دیگران شود محارب است. همچنین بر اساس برخی روایات مانند روایت شیخ صدوق، به صرف کشتن شخصی محاربه اطلاق نمی‌شود: «شیخ صدوق می‌گوید: از امام صادق(ع) درباره آیه «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ» پرسیدند، امام(ع) فرمود: هرگاه کسی مرتکب قتل شده ولی محاربه نکرده و مال کسی را نگرفته باشد، به قتل می‌رسد.^{۱۸}

با بررسی روایاتی که مربوط به بحث هستند از جمله این روایت متوجه می‌شویم که در صدق محاربه صرف کشتن شخصی کفایت نمی‌کند و اینکه محاربه ماهیت و تعریفی خاص دارد غیر از قتل و سرقت و مجروح کردن. آنچه در روایات و آیات بدست می‌آید این است که به ترساندن انسانی بوسیله سلاح به ناحق به قصد مادی (سرقت و غارت) و یا معنوی (برهم زدن ثبات و آرامش در جامعه، قتل، جرح، ضرب و ...) محاربه اطلاق می‌شود. در برخی از روایات فقط به تعبیر «إِذَا حَارَبَ اللَّهُ وَرَسُولَهُ وَ سَعَى فِي الْأَرْضِ فساداً» همانطور که در آیه ۳۳ سوره مائده آمده است اکتفاء شده است، پس هرآنچه در تحقق محاربه تأثیر دارد باید از ماهیت کلمه محاربه و تلاش به فساد در زمین برداشت شود، همانگونه که فقها در ضمن تفسیر این دو عبارت تعریف محاربه را ارائه داده‌اند. پس لازم است فهم فقها و مفسرین از منابع را در نظر بگیریم تا در نهایت تعریفی کامل و دور از نقص ارائه دهیم.

^{۱۸} من لایحضره الفقیه. (۱۴۱۳ق). ص ۶۷ و وسایل الشیعه. (۱۴۰۹ق). ۲۸ / ۳۱۲.

۲-۱-۲. فتاویٰ فقهای امامیه

۲-۱-۲-۱. تبیین فقهای متقدم از محارب

در نگاشته حاضر مقصود از متقدمین اصطلاح مشهور آن است و فقهایی که قبل از شیخ طوسی می‌زیستند را شامل می‌شود و فقهای پس از ایشان متأخر نامیده شده‌اند. در الانتصار سیدمرتضی عباراتی هست که گمان می‌رود ایشان تعریفی از محارب را ارائه داده‌اند. در کتاب مذکور اینگونه آمده است: «حکم المحاربین و مما انفردت به الإمامیه: القول بأن من حارب الامام العادل و بغی علیه و خرج عن التزام طاعته یجری مجری محارب النبی (ص) و خالغ طاعته فی الحکم علیه بالكفر، و إن اختلف أحكامهما من وجه آخر فی المدافنة و الموارثة و کیفیة الغنیمه من أموالهم.» بطور خلاصه هر آن که در مقابل معصوم و هر کسی که اطاعت از او واجب است سرکشی کند، محارب و در حکم کافر است.

شیخ مفید در مقنعه می‌گوید: «و أهل الدغارة إذا جردوا السلاح فی دار الإسلام و أخذوا الأموال.»^{۱۹} قیود ذکر شده در این تعریف عبارت‌اند از: اهل دغاره بودن (یورشگری)، کشیدن سلاح، اقدام در دارالاسلام و اخذ اموال. شیخ طوسی در نهاییه محارب را چنین معرفی می‌نماید: کسی که برای گرفتن مال انسانی سلاح بکشد.^{۲۰} لکن در صفحه ۷۲۰ از همین کتاب می‌گوید: «او کسی است که سلاح بکشد و از اهل ریه باشد.» چنانچه ملاحظه می‌شود شیخ طوسی دو شرط اهل ریه بودن و بیرون آوردن سلاح از غلافش را از ارکان تعریف دانسته است. ایشان در این بخش از نوشته‌اش انگیزه اخذ مال و اقدام در دارالاسلام را که در تعریف شیخ مفید وجود داشت، لحاظ نکرده و شرط ندانسته است. به‌علاوه، هدف از تجرید سلاح را بیان نفرموده و در مبسوط نیز گفته است: «قال جميع الفقهاء المراد بما قطاع الطريق و هو من شهر السلاح و اخاف السبيل لقطع الطريق و الذی رواه اصحابنا أن المراد بها کل من شهر السلاح و اخاف الناس فی برکانوا او بحر و فی البیان او فی الصحراء و رروا ان اللص ایضا محارب و فی بعض روایاتنا ان المراد بها قطاع الطريق كما قال الفقهاء.»^{۲۱} شیخ در این تعریف قول فقها را ذکر کرده که محاربه را سلاح کشیدن برای

^{۱۹} بغدادی، محمدبن محمدبن نعمان. (۱۴۱۳ق). ص ۸۰۴.

^{۲۰} طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). ص ۲۹۷.

^{۲۱} طوسی، محمدبن حسن. (۱۳۹۰ق). ج ۸، ص ۴۷.

اصطلاح شناسی محاربه و نفی بلد و.../ علیزاده ۲۱۵

قطع طریق و راهزنی و ناامنی راه‌ها دانسته‌اند و ظاهراً آن را پذیرفته است. در کنار این قول، اقوالی دیگر از تعریف محارب وجود دارد که ایشان به ذکر آنها بسنده کرده‌اند. (همان) همچنین ایشان در خلاف گفته است: «کسی از قطاع طریق که برای ترساندن مردم در راه‌ها سلاح بکشد محارب است.»^{۲۲}

پس از فحص بسیار در کتب فقها و محدثان بزرگی همچون ابن جنید اسکافی، ابن ابی عقیل و شیخ صدوق چنین دریافتیم که توضیحی در مورد تعریف محارب در دست نیست و آراء ایشان مبهم است. اگرچه فتاوایی در این خصوص به ایشان منتسب است لکن هیچ کدام را یارای استناد به آن و زدودن شبهات نیست. به همین اندازه درباره نقل نظرات فقهای متقدم در مورد تعریف محارب بسنده می‌کنیم و به تعاریف تبیین شده توسط متأخرین از ایشان می‌پردازیم. در نهایت به عنوان جمع بندی باید ذکر شود که شروط تحقق محاربه از نظر متقدمین فقها عبارتند از:

اول: بیرون کشیدن سلاح، دوم: خروج از ولایت رسول یا نائیش، سوم: قطع طریق، چهارم: دزدی (قصد دزدی)، پنجم: اهل دغاره و ریه بودن، ششم: در مملکت اسلامی بودن و هفتم: مرد بودن. در آینده خواهیم دید که کدام شرط از شروط ذکر شده مورد اعتنای متأخرین قرار گرفته و در مقابل کدامیک مورد قبول واقع نشده و اساساً چه تمایزی میان نظر متقدمین و متأخرین وجود دارد.

۲-۱-۲-۲. تبیین فقهای متأخر

محقق حلی تجرید سلاح برای اخافه (ترساندن) مردم را محاربه دانسته و در مورد اینکه آیا لازم است محارب، اهل ریه باشد تردید کرده و قول اصح را عدم اشتراط دانسته بلکه فرموده با قصد اخافه و علم بر آن محاربه محقق است. ایشان توانایی بر اخافه را نیز دخیل نشمرده و درباره کسی که سلاح بکشد اما به علت ضعف، قدرت اخافه نداشته باشد، تردید کرده است و اشبه اقوال را (بهترین قول را) ثبوت عنوان محاربه در این خصوص دانسته است.^{۲۳}

^{۲۲} طوسی، محمدبن حسن. (۱۴۰۷ق). ۴۵۸/۵.

^{۲۳} محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۳۷۳ش). ۱۸/۴.

در مقابل، علامه حلی در مختلف برای اثبات عنوان محارب اهل ریه بودن را شرط می‌داند لکن قید ترساندن مردم را ذکر نکرده است.^{۲۴} مرحوم صاحب جواهر چنین مرقوم داشته‌اند: محارب کسی است که برای ترساندن مردم به قصد فساد در زمین دست به سلاح برد اگرچه سلاح در غلاف باشد.^{۲۵}

شهید اول در لمعه گفته است: «آنکه سلاح کشد برای ترساندن دیگری محارب است» و ایشان هم تصریح بر نفی ذکر اهل ریه در تعریف دارد.^{۲۶} لکن شهید ثانی در ادامه این مطلب قصد اخافه را شرط ندانسته است و با تعبیر «قَصَدَ الْاِخَافَةَ ام لا» مخالفت خود را با شرط دانستن این گزاره ابراز کرده است.^{۲۷} آنچه از کلام شهید متوجه می‌شویم این است که صرف ترسیدن مردم از شاهر سلاح کافی است؛ اگرچه از اهل ریه نباشد لکن در خارج و مقام ثبوت ترس از غیر اهل ریه مانند سرباز و پاسبان واقع نمی‌شود؛ زیرا آنها اذن قانونی بر استفاده از سلاح دارند و چه بسا ظاهر هم عدم اشتراط قصد اخافه باشد؛ چنانکه در ادامه خواهد آمد.

امام خمینی(ره) نیز در تحریرالوسیله بیان می‌دارد: «المحارب هو کل من جرد سلاحه أو جهزه لإخافة الناس و إرادة الإفساد فی الأرض.» یعنی ایشان اولاً صرف بکارگیری سلاح را مطرح می‌کنند و تجرید سلاح را شرط نمی‌دانند (تجرید به معنای بیرون آوردن سلاح از غلاف است) و ثانیاً قصد افساد در زمین را شرط می‌داند. همانگونه که صاحب جواهر محارب را اینطور تعریف کرده بود.^{۲۸} بر اساس این نظر برای تحقق محاربه، علاوه بر به کارگیری سلاح و قصد اخافه، قصد افساد در زمین نیز شرط است. این نظر مبتنی بر این برداشت از آیه ۳۳ سوره مائده است که موضوع حکم دو جزء دارد؛ یکی محاربه و دیگری افساد در زمین. کما اینکه در این عبارت از آیه آمده: «یحاربون الله و رسوله و یسعون فی الارض فساداً» عنوان منظور محاربه بر وجه فساد است.

^{۲۴} علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۳ق). ۲۵۶/۹.

^{۲۵} نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). ۵۶۴/۴۱.

^{۲۶} عاملی، محمدبن مکی. (۱۴۱۰ق). ۲۶۳.

^{۲۷} عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). ۲۹۰/۹.

^{۲۸} فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۲ق). ۶۳۷.

اصطلاح شناسی محاربه و نفی بلد و... / علیزاده ۲۱۷

در نتیجه اگر هر یک از شرایط محاربه و افساد تحقق پیدا نکند موضوع حکم مذکور در آیه تحقق نمی‌یابد؛ زیرا محاربه و افساد هر یک جزئی از سبب‌اند که با تحقق هر دو جزء سبب، مسبب یعنی مجازات‌های چهارگانه قابلیت اجرا پیدا می‌کند. تفصیل این نکته در بخش جمع بندی خواهد آمد. همانگونه که اشاره شد نظر متأخرین تمایزاتی با متقدمین دارد: ظاهر این است که همه فقها قائل به اشتراط استفاده از سلاح هستند ولی به غیر از علامه، دیگر متأخرین در مقابل متقدمین اهل ریه و فساد بودن را شرط نمی‌دانند. علاوه بر اینکه متأخرین قید ترساندن مردم را به تعریف محارب افزوده‌اند که در اقوال متقدمین یافت نمی‌شود لکن اشاراتی از آن در روایات دیده می‌شود^{۲۹} باید دید ذکر این عبارت در روایات موجب اشتراط آن در صدق محاربه می‌شود یا خیر.

۳-۱-۲. تبیین مفسرین

شیخ طوسی در التبیان آورده است: محارب کسی است که سلاح بکشد و دیگران را بترساند.^{۳۰} در تفسیر روح‌البیان گفته شده: «المحاربة و الفساد علی مراتب متفاوتة و وجوه شتی من القتل بدون أخذ المال و من القتل مع اخذه و من اخذه بدون قتل و من الاخافة بدون قتل و أخذ.» فلذا ایشان سرقت و مجروح کردن و کشتن را شرط نمی‌دانند و اینکه در محاربه اخافه (ترساندن) شرط است.

آیت‌الله مکارم شیرازی از مفسرین و فقهای معاصر چنین بیان داشته است: منظور از محارب کسی است که با تهدید به اسلحه به جان یا مال و ناموس مردم حمله می‌کند؛ اعم از این که به صورت دزدان جاده‌ها و گردنه‌ها باشد، یا در داخل شهرها و حتی افراد چاقوکش که با تهدید به اسلحه سرد به جان و مال و نوامیس مردم هجوم می‌آورند نیز مشمول این مجازات هستند، و قابل توجه اینکه این مهاجمان بر مردم، به عنوان محاربین با خدا و پیامبر(ص) معرفی شده‌اند؛ و این دلیل بر تأکید فوق‌العاده‌ای است که اسلام درباره رعایت آزادی و امنیت اجتماعی و حقوق انسان‌ها دارد. ایشان برخلاف متقدمین اخافه را شرط ندانسته است.^{۳۱}

^{۲۹} عیاشی، محمدبن مسعود. (۱۳۸۰ش). ۳۱۵/۱.

^{۳۰} طوسی، محمدبن حسن. (۱۴۰۰ق). ۵۰۴/۳.

^{۳۱} مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۶۱ش). ۳۶۰/۴.

در تفسیر نور آمده است: طبق آیه قرآن رباخوار هم محارب شمرده شده چون امنیت اقتصادی را بر هم می‌زند. در روایات هم توهین به مسلمان محاربه با خدا به حساب آمده است: «من اهان لی ولیاً فقد بارزنی بالمحاربه، یعنی من استحققره و اذله»^{۳۳} در بعضی کتب روایی عباراتی مانند «من استذل عبدی المومن و یا من اخاف لی ولیا و یا من عادی اولیایی» آمده است لکن روایت من «اهان لی» دارای سند بهتری نسبت به مابقی است. علامه طباطبایی در المیزان می‌فرماید: «محاربه افساد در زمین از راه اخلال به امنیت عمومی بوسیله تهدید مردم با اسلحه است.» غالب مفسرین در تعریف محارب رأی فقها را ذکر می‌کنند و از خود تحلیلی ارائه نداده‌اند لکن علامه طباطبایی تبیینی منحصر به فرد نسبت به فقهای گذشته دارد که حاکی از نگاه دقیق به متون قرآنی است. ایشان در تبیین آیه ۳۳ سوره مائده می‌فرماید: «از آنجا که آیه شریفه رسول خدا(ص) را ضمیمه کلمه «الله» کرده، و فرموده: «لَّذِینَ یُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ» این معنا را به ما می‌فهماند که مراد از محاربه، دشمنی با خدا در خصوص مواردی است که رسول نیز در آن دخالتی دارد و در نتیجه تقریباً متعین می‌شود که بگوئیم:

مراد از محاربه با خدا و رسول عملی است که برگشت می‌کند به ابطال اثر چیزی که رسول از جانب خداوند بر آن چیز ولایت دارد، نظیر جنگیدن کفار با رسول و با مسلمانان، و راهزنی راهزنان که امنیت عمومی را خدشه دار می‌سازد. و همین که بعد از ذکر محاربه با خدا و رسول(ص) جمله: «و یسعون فی الارض فساداً» را آورده، معنای منظور را مشخص می‌کند و می‌فهماند که مقصود از محاربه با خدا و رسول افساد در زمین از راه اخلال به امنیت عمومی و راهزنی است نه مطلق محاربه با مسلمانان، علاوه بر اینکه این معنا ضروری و مسلم است که رسول خدا(ص) با اقوامی از کفار که با مسلمانان محاربه کردند بعد از آنکه بر آنان پیروز شدند و آن کافران را سر جای خود نشانند معامله محارب را با آنان نکرد، یعنی آنان را محکوم به قتل یا دار زدن یا مثله و یا نفی بلد نفرمود، و این خود دلیل بر آن است که منظور از جمله مورد بحث، مطلق محاربه با مسلمین نیست. بنابراین مراد از محاربه و افساد بطوری که از ظاهر آیه برمی‌آید اخلال به امنیت عمومی

^{۳۳} قرائتی، محسن. (۱۳۷۶ش)، ۸۰/۳.

اصطلاح شناسی محاربه و نفی بلد و.../ عزیزاده ۲۱۹

است و قهراً شامل آن چاقوکشی نمی‌شود که به روی فرد معین کشیده شود و او را به تنهایی تهدید کند؛ چون امنیت عمومی وقتی خلل می‌پذیرد که خوف عمومی و ناامنی جایگزین امنیت شود و بر حسب طبع وقتی محارب می‌تواند چنین خوفی در جامعه پدید آورد که مردم را با اسلحه تهدید به قتل کند و به همین جهت است که در سنت یعنی روایاتی که در تفسیر این آیه وارد شده نیز محاربه و فساد در زمین به چنین عملی یعنی به شمشیر کشیدن و مثل آن تفسیر شده است.^{۳۳}

باید توجه داشت که مراد از محاربه با خدا و رسول، محاربه با مسلمانان است ولی به منظور بزرگ جلوه دادن آن و توجه دادن به اهمیت امت اسلامی و اینکه جنگ با امت اسلام به منزله جنگ با خدا و رسول است لفظ محاربه در آیه به خدا و رسول اضافه شده است؛ زیرا امت اسلام منتسب به خدا و تحت ولایت آنهاست. البته در تحقق محاربه لزوماً مسلمان بودن شرط نیست بلکه هر آنکه در مملکت اسلامی دارای امنیت جانی و مالی است، اگرچه از کفار اهل ذمه باشد را شامل می‌شود. چنین معنایی به منزله‌ی مجاز در اسناد است.

فاضل مقداد در تفسیر خود همین معنا را برگزیده است.^{۳۴} با توجه به اینکه مجاز اسنادی در اینجا روان‌تر و رساتر است باید پذیرفت که هرگونه محاربه‌ای با مسلمانان در این معنای مجازی لحاظ شده است و با پذیرش این معنا باید برای محاربه انواع گوناگونی قائل شد. گاهی کافران با مسلمانان می‌جنگند، گاهی گروهی از خود مسلمانان علیه حکومت اسلامی قیام می‌کنند و با آن می‌جنگند و گاهی گروهی از مسلمانان به قصد ایجاد ناامنی و ترساندن و غارت و خونریزی با گروهی دیگر از ایشان به جنگ می‌پردازند. هریک از این انواع محاربه را می‌توان محاربه با خدا و رسول به شمار آورد و در نتیجه مصداق آیه کریمه دانست. اما با توجه به قرائن متعدد، بدون شک محاربه کافران با مسلمانان مراد آیه نیست. روشن‌ترین این قرائن استثنایی است که در آیه بعدی آمده است: «الا الذین تابوا من قبل ان تقدروا علیهم» ظاهر آیه آن است که مراد از توبه، توبه از محاربه است، نه توبه از شرک و این خود قرینه‌ای است بر اینکه این محاربان از مسلمانان هستند و به مجرد اینکه قبل از

^{۳۳} طباطبایی، محمدحسین. (۱۳۷۴ش). ۵۳۲/۵.

^{۳۴} سیوری. (۱۳۸۵ش). ۳۵۱/۲.

پیروزی بر آنها دست از محاربه بردارند و توبه کنند سایر احکام مسلمانی در مورد آنان اجرا می‌شود. هم‌چنانکه در دیگر حدود الهی نیز این چنین است. اما اگر محارب از کافران باشند و جنگ با آنها به سبب کفرشان باشد در صورتی عفو شامل حالشان می‌شود که در حصن اسلام درآیند و صرف دست از جنگ کشیدن کافی نیست، بلکه اساساً تعبیر توبه که در آیه آمده است به خودی خود شاهد بر آن است که منظور آیه محاربان مسلمان است نه کافر، چرا که توبه مذکور در آیه برای مسلمانان است نه برای کفار. کافر اساساً ایمان می‌آورد و داخل در حیطه اسلام می‌شود و برای این حالت، تعبیر توبه به کار نمی‌رود.^{۳۵}

جمع بندی و تعریف نهایی

رسیدن به یک تعریف صحیح، مبتنی بر بررسی قیود مذکور در تعاریف فقها و مفسرین است و در مرحله بعد مقایسه تعاریف با آیات و روایات و صحت‌سنجی آنها با توجه به قیودی که در منابع دست اول شیعه بدست ما رسیده است.

مسئله اول: آیا قصد ترساندن در تعریف محارب نقش دارد کما اینکه غالب فقها آن را ذکر کرده‌اند؟ همانگونه که در آیات و روایات آمده محارب کسی است که باعث ترس و ناامنی در فضای جامعه شود چه در شهرها و چه در راه‌ها و طبیعتاً چنین شخصی که به قصدی خاص سلاح در دست دارد موجب ترس مردم می‌شود. پس بنابراین قید که در اکثر کتب فقهی بزرگان از متقدمین تا متأخرین آمده شرط نیست بلکه حاصل فعل این شخص است. این فرد چه در اصل قصد ترساندن مردم را کرده باشد و چه نکرده باشد با این عملش قوانینی را که امنیت مردم را تأمین می‌کند زیر پا گذاشته، کما اینکه در کتاب الروضه‌البهیّه نیز شهید ثانی همین را بیان کرده است.^{۳۶} بله، ایجاد ناامنی و ترس در دیگران شرط است. فلذا به صرف قصد فساد و ترساندن دیگران، او محارب شمرده نمی‌شود. علاوه بر این اگر کسی معتقد شود که استفاده از سلاح بدون داشتن اذن قانونی و در محدوده‌ای خاص در بین مردم ملازمه دارد با قصد ایجاد ناامنی در محیط جامعه، پس در این صورت این فرد محارب خواهد بود. لکن این نکته مهم است که در زمان پیامبر و برخی از معصومین تا حدی حمل سلاح ممنوع نبوده فلذا داشتن آن مجازاتی نداشته ولی به شرایط زمان

^{۳۵} هاشمی شاهرودی. (۱۳۷۸ش). ۲۱۰.

^{۳۶} عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). ۲۹۰/۹.

اصطلاح شناسی محاربه و نفی بلد و.../ عزیززاده ۲۲۱

و عصر حاضر و تأکید حکومت‌ها بر ایجاد امنیت پایدار، حمل سلاح جرم انگاری شده است. فلذا فرد اگر با قصد دیگری غیر از سرقت و قتل و ایجاد ناامنی در جامعه مانند قصد رقصیدن و یا بازی و بازیگری از سلاح استفاده کند بطوری که قصد ایجاد ناامنی در جامعه نداشته باشد، محارب نیست. در روایت دیگری از امام علی(ع) نقل شده که فرمودند: کسی که در مقابل دیگری با سلاح در حال بازی است مشکلی ندارد. بعضی به استناد به همین روایت و روایات مشابه قصد اخافه را شرط دانسته‌اند.^{۳۷} لکن ممکن است در مقابل قید بازی کردن و شوخی کردن قصد فساد و ضربه زدن به جان و مال و امنیت باشد، نه قصد ترساندن. حال آنکه دلیلی بر این اشتراط بجز تمایل اکثر فقها به آن نیست؛ زیرا در هیچ یک از منابع شرعی این قید نیامده است. فیض کاشانی در مفاتیح‌الشرایع هم این گزاره را تأیید می‌کند.^{۳۸}

مساله دوم: آیا محارب مختص به گروهی خاص مانند قطاع طریق و اهل ریهه است یا شامل افراد دیگر هم می‌شود؟ تعریف محاربه به قطع طریق که مستلزم ربودن مال افراد در گردنه‌ها و راه‌های خارج از شهر و آبادی است، بیشتر محاربه را به سرقت نزدیک می‌کند و در اقوال فقهای خاصه نادر است و بیشتر به نظر گروهی از عامه مستند است که گفته‌اند: محاربه عبارت از قطع طریق یا سرقت کبری است.^{۳۹} مذهب مالکی این قید را شرط می‌داند «المحارب عند المالکیة: هو من أخاف الطريق لأجل أن يمنع الناس من السلوک فیها، و الانتفاع بالمرور فیها، و إن لم یقصد أخذ مال السالکین بل قصد مجرد منع الانتفاع بالمرور.»^{۴۰} عدم اشتراط این قید قریب به اجماع فقهای ماست. در خلاف و مبسوط ناامن کردن راه‌ها و کشیدن سلاح و قصد قطع طریق سه شرط محارب عنوان شده است. دلیل‌شان هم اجماع اصحاب و مدلول اخبار است.^{۴۱} لکن ایشان در نهایت^{۴۲} قطع طریق را

^{۳۷} گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۲ق). ۵۱۸/۳.

^{۳۸} کاشانی، محمدحسن. (۱۴۰۱ق). ۹۹.

^{۳۹} عوده. (۱۹۸۹م). ۶۳۹/۲.

^{۴۰} سعدی، ابوجیب. (۱۴۰۸ق). ۸۴.

^{۴۱} طوسی، محمدبن حسن. (۱۴۰۷ق). ۴۵۷/۵. و همان. (۱۳۸۷ق). ۴۷/۸.

^{۴۲} همان. (۱۴۰۰ق). ۷۲۰.

شرط ندانسته و این یعنی در خلاف و مبسوط منظورشان از محارب، محارب گفته شده در آیه بوده است کما اینکه در تفسیر تبیان خود نیز به این نکته اشاره کرده است^{۴۳} و دارای اشکال هم نیست که آیه شریفه درباره مصداقی از مصادیق محارب نازل شده باشد کما اینکه ابن عباس و برخی از فقهای متقدم هم قطاع‌الطریق را مقصود آیه معرفی می‌کنند. طبرسی و ابن‌ادریس حلی می‌گویند: «مراد آیه مورد خاصی از محاربین یعنی قطاع طریق است و در عین حال محارب را مخیف سبیل و شاهر سلاح عنوان کرده‌اند.»^{۴۴}

همچنین امام خمینی(ره) در تحریرالوسیله قطع طریق را شرط نمی‌داند. با بررسی منابع فقهی و حد وسط‌هایی که فقهای امامیه ذکر کرده‌اند متوجه می‌شویم که قطاع طریق گروهی از برهم‌زنندگان نظم اجتماعی هستند که با داشتن شروط دیگر محاربه، دارای عنوان مذکور نیز خواهند شد. در واقع بارزترین مصداق محارب قاطع طریق است که هم شرط ترساندن مردم را دارا است و هم استفاده از سلاح را. اما درباره قید اهل ریه باید گفت: همان‌گونه که بحث از این عبارت در بخش تعریف لغوی گذشت، کسانی که امرشان در استفاده از سلاح برای مردم روشن نیست اهل ریه نامیده شده‌اند. کسانی که حمل سلاح از آنها بنا بر قانون متوقع است مانند سربازان و پاسبانان حکومت، محارب نیستند اما کسانی که برخلاف قانون با خود سلاح حمل کنند یا استفاده کنند و یا کسانی که سابقه شرارت و فساد و اقدام بر علیه امنیت ملی داشته باشند با داشتن شرایط محاربه مجازات او را خواهند داشت. لازم به ذکر است که برخی از فقهای امامیه، اهل ریه بودن را در تحقق تعریف محاربه شرط دانسته‌اند،^{۴۵} در مقابل اکثر فقها اعم از متقدمین و متأخرین آن را شرط ندانسته‌اند. (ر.ک. مصدر سابق).

مهم‌ترین دلیل گروه اول از فقها اکتفاء و اقتصار بر قدر متیقن از نصوص است و استنادشان به خبر ضریس است که در ظاهر آن را شرط می‌داند لکن مردود است؛ چراکه روایت در مقام اثبات است به این معنا که در خارج این شخص محارب است و اصطلاحاً از

^{۴۳} همان. ۵۰۴/۳.

^{۴۴} طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۰ق). ۴۱۸/۲. و حلی، ابن‌ادریس. (۱۴۱۰ق). ۵۰۵/۳.

^{۴۵} طوسی، محمدبن حسن. (۱۴۰۰ق). ج ۲، ص ۷۲۰. و ابن‌براج. (۱۴۰۶ق). ج ۲، ص ۵۵۳. و راوندی، سعیدبن عبدالله.

(۱۴۰۵ق). ج ۲، ص ۳۸۷.

قیود غالبی در تبیین‌های فقها بشمار می‌رود ولی برای ما واقع را نشان نمی‌دهد تا موجب شود در تعریف تصرف کنیم و آن را از شروط محارب بدانیم. علاوه بر اینکه عبارت به کار برده شده در آیه «انما جزاء للذین» للذین جمع معرف به الف و لام است که عموم را می‌رساند. غیر از این آیه، روایات و نصوص دیگر هم عامند و خصوصیتی برای اهل ریه قائل نشده‌اند (کما اینکه از کلماتی همچون رجل و من استفاده شده است) و همین که بقیه شرایط از جمله اخافه در این شخص صدق کند محارب خواهد بود اگرچه از اهل ریه نباشد. **مسئله سوم:** معنای افساد در زمین چیست و آیا قصد فساد در تعریف محارب نقش دارد؟ فساد ضد صلاح است^{۴۶} و به عدم اعتدال تبیین شده است.^{۴۷} به هر تجاوز و معصیتی فساد می‌گویند کما اینکه در بعضی تفاسیر اینگونه آمده است لکن در آیه شریفه تعبیر فی الأرض آمده و تقیید به این قید به هدف تخصیص معنای لغوی فساد است و الا لغویت در تعبیر قرآن لازم می‌آید؛ چراکه فساد در غیر زمین عادتاً فرض نمی‌شود و تقیید به آن هیچ معنایی را نمی‌رساند. پس فی الأرض می‌گوید فسادی که موجب ضرر به دیگران شود اعم از ضرر به جان، آبرو، نسل و اموال موجب جزاء اشاره شده خواهد شد.

از آنجا که مبنای جرم انگاری محارب آیه ۳۳ سوره مائده است، برای تبیین این قید به بررسی آیه می‌پردازیم. «انما جزاء الذین یحاربون الله و رسوله و یسعون فی الارض فسادا» این آیه هم به محاربه تصریح دارد و هم به فساد در زمین، ولی ظهور عرفی آن این است که محاربه با خداوند و رسولش و فساد در زمین هر کدام جزء موضوعند و برای ثبوت مجازات گفته شده در آیه هر سه باید محقق شوند^{۴۸} هرچند برخی کوشیده‌اند این دو واژه را بیانگر دو جرم مستقل بدانند^{۴۹}، اما قاطبه مفسرین و فقها معتقدند که این دو مستقل در نظر گرفته نشده‌اند؛ زیرا الذین موصول است و یحاربون الله و رسوله صله و یسعون فی الارض فسادا عطف بر صله است و مجموع معطوف و معطوف علیه برای بیان یک حقیقت است.

^{۴۶} ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). ۲۶۱/۱۰.

^{۴۷} اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). ۳۷۹.

^{۴۸} موسوی بجنوردی، ۱۳۸۴ش، ۱۵۱.

^{۴۹} حبیب زاده، محمدجعفر. (۱۳۷۹ش). ۱۲.

بله اگر موصول قبل از یسعون نیز تکرار می‌شد استقلال دو قید فهمیده می‌شد^{۵۰} علاوه بر اینکه فقها اتفاق نظر دارند موضوع مجازات محاربه بر پایه فساد در زمین است نه فساد مجرم به تنهایی^{۵۱} و فساد در زمین علت ثبوت مجازات بر محارب است و به اصطلاح قید تعلیلی است برای محارب.^{۵۲}

حال این سوال مطرح می‌شود که آیا محاربه عنوانی است که گاهی مقرون به افساد در زمین می‌شود و در این صورت مجازات گفته شده در آیه بر او ثابت می‌شود یا افساد در زمین جزء ماهیت محاربه است و کسی که افساد در زمین بر عملش صدق نکند اصالتاً محارب نیست؟ آنچه با دقت نظر و بررسی متون دینی و روایی بدست آمده این است که فساد در زمین جزء حقیقت محاربه است و بخاطر همین است که عده کمی از فقها مثل مرحوم امام خمینی(ره) این قید را در تعریف محارب ذکر کرده‌اند؛ چراکه قیودی مثل قصد اخافه و از اهل ربه بودن را در تعریف محارب جاگذاری کرده‌اند، حال آنکه محاربه بدون فساد در زمین و یا قصد فساد در زمین قبل از محقق شدنش معنی ندارد. ترکیب افساد و فی الأرض این معنا را می‌رساند که این فعل جنایی باعث فساد و عدم تعادل در زمین و زندگی تکوینی و طبیعی اهلش می‌شود؛ لذا پخش مواد مخدر و یا منحرف کردن عقائد و فریب دادن مردم و یا ترویج اباحه‌گری و آزادی جنسی و ... مشمول حکم محارب نیستند زیرا افساد فی الارض بر آنها صدق نمی‌کند؛ اگرچه مجازاتی مشخص دارند بلکه کارهای خشونت بار همراه با تهدید به امنیت جان و بقاء نسل و مال و آبروی اشخاص می‌تواند مصداق عنوان محل بحث باشد.

با مراجعه به متون منبع که روایات صادره از معصومین هستند به این تعریف می‌رسیم: محارب فردی مسلح است که با قصد فساد ولو به یکی از مصادیقش دست به تهدید امنیت جانی، مالی، ارضی و یا آبرویی شخص و اشخاصی که جان و مال و سرزمین و یا عرضشان محترم است می‌زند و کارش تا حد ترسیدن دیگران ادامه پیدا می‌کند نه اینکه او را به صرف قصدی که داشته محارب بدانیم. به عبارتی دیگر می‌توان گفت که محارب: فردی مسلح که

^{۵۰} امامی کاشانی، محمد. (۱۳۷۳ش). ۹۰. و فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۲ق). ۶۳۸.

^{۵۱} نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۷ش). ۲۵۱/۴.

^{۵۲} مرعشی، سیدمحمدحسن. (۱۳۷۰ش). ۴۴. و فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۲ق). ۶۳۸.

اصطلاح شناسی محاربه و نفی بلد و.../ علیزاده ۲۲۵

با تهدید، امنیت جانی کسانی که امنیت‌شان محترم است را به خطر می‌اندازد و با قصد فساد به دنبال ضرر به نفس یا مال یا سرزمین و یا عرض آنان است و موجب ترس دیگران هم می‌شود لکن پس از بررسی تبیین فقها و مفسرین از محارب در می‌یابیم که آنان محارب را با کمی تفاوت با این تعریف عنوان کرده‌اند که مباحثش گذشت.

۲-۲. در منابع غیر اسلامی (حقوق فرانسه)

کلمه تروریست از میان کلمات و اصطلاحات حقوقی غرب بیشترین قرابت و نزدیکی را با اصطلاح محارب دارد. ترور در لغت به معنای ترساندن و تروریسم به معنای ارباب و تهدید و ایجاد ترس و وحشت میان مردم است. واژه تروریست هم به معنای طرفدار ارباب و تهدید و حکومت‌های جور آمده است^{۵۳} اما در اصطلاح تاکنون تعریف جامعی از تروریسم نشده است ولی در عین حال به دو تعریف مناسب که مراد از این عبارت را در جوامع حقوقی امروز تبیین می‌کنند اشاره می‌کنیم:

۱. در قطعنامه ۱۹۸۴ میلادی مجمع عمومی سازمان ملل درباره تعریف تروریسم چنین آمده: فعالیت‌های مجرمانه و خشونت آمیزی که گروه‌های سازمان یافته برای ایجاد رعب و وحشت انجام می‌دهند تا به این ترتیب اهداف به اصطلاح سیاسی خود را میسر سازند.^{۵۴}

۲. ولف، فیلسوف آمریکایی می‌نویسد: تروریسم عبارت است از به کار بردن غیرمشروع زور و خشونت برای رسیدن به اهداف خاص؛ لذا استفاده مشروع از قدرت و زور داخل در مفهوم ترور نیست.^{۵۵} ریشه اصطلاح ترور مربوط به دوران انقلاب فرانسه می‌باشد که مشهور به «دوران ترور» است. در این دوران گروهی با ترور مردم و ایجاد رعب و ترس در بین مردم، مقاومت آنها را در مقابل نظام ستمگر از بین می‌بردند و از طریق به کارگیری اقدامات خشونت بار به حکومت مستبدانه خود ادامه می‌دادند.

تروریسم از نظر مفهوم حقوقی عبارت است از اقدامات جنایی بر ضد کشور به منظور ایجاد ترس در اشخاص، که این اقدامات با توسل به قتل و خرابکاری انجام می‌شود و گروه زیادی از مردم در این عملیات کشته می‌شوند.

^{۵۳} آقابخشی، علی. و افشاری راد. ۱۳۸۳ (ش). ۵۶۳.

^{۵۴} آندوبوسا، مترجم: رخشایی. (۱۳۷۵ ش). ۲۰.

^{۵۵} مصباح، مصطفی. (۱۹۹۰ م). ۴۴.

افزایش جرائم تروریستی در کشورهای مختلف همگان را به مبارزه همه جانبه بین‌المللی با این پدیده مجرمانه وادار کرده است و تشکیل کنوانسیون‌های متعدد بین‌المللی و منطقه‌ای در سالیان اخیر می‌تواند نشانگر تلاش کشورها در برخورد با این پدیده باشد.

یکی از نکات مهمی که در کلیه کنوانسیون‌ها مورد تصریح قرار گرفته آن است که تدابیر کنوانسیون‌ها تنها در مورد آن دسته از جرائم تروریستی قابل اعمال است که خصوصیت بین‌المللی داشته باشند. بنابراین اقدامات تروریستی که در محدوده قلمرو یک دولت رخ می‌دهد و فاقد یک عنصر بین‌المللی باشد، تنها در صلاحیت انحصاری دولت سرزمینی خواهد بود. حقوقدانان فرانسوی چهار دیدگاه اصلی درباره مفهوم حقوقی تروریسم مطرح کرده‌اند؛ دیدگاه نخست آن است که وجه تمایز اعمال تروریستی از غیر آن در ماهیت ایدئولوژیکی آن است. این دیدگاه از آن جهت مورد انتقاد قرار گرفته است که این امکان وجود دارد که اعمال خشونت آمیزی به انگیزه سیاسی انجام شود اما درباره تروریستی بودن آن اختلاف نظر وجود داشته باشد.

دیدگاه دوم بر این اعتقاد است که عمل تروریستی دارای اهداف ظاهری معینی نمی‌باشد و بر اساس این دیدگاه در اقدامات تروریستی، مشخص بودن قربانیان چندان دارای اهمیت نمی‌باشد. آنچه در این زمینه مهم است، نتایج و آثاری است که از افعال تروریستی ناشی می‌شود. دیدگاه سوم نیز مشخصه بارز عمل تروریستی را خشونت شدید موجود در آن و غیرعادی بودن عمل تروریستی دانسته است. دیدگاه چهارم نیز در قرابت معنایی با دیدگاه اخیر، اعتقاد دارد که برای فهم درست اصطلاح تروریسم باید به احتمالات معنای لغوی آن مراجعه کرد. تروریسم به لفظ ترور برمی‌گردد که به معنای وحشت و ترس می‌باشد، بنابراین تنها اعمالی می‌توانند تروریستی قلمداد شوند که قادر باشند، ترس و هراس را در جامعه ایجاد نمایند. از آنجایی که در این تحقیق به دنبال آنیم که مشروعیت مجازات تبعید برای محاربین را اثبات یا رد کنیم پس از شناخت معنای اصطلاحی محارب لازم است معنای اصطلاحی نفی بلد که درآیه‌ی ۳۳ سوره ملئده و دیگر رولیات آمده نیز مورد کنکاش و بررسی قرارگیرد.

۳. نفی بلد (تبعید)

اصطلاح شناسی محاربه و نفی بلد و... / علیزاده ۲۲۷

در ابتدا و پیش از بیان تعریفی که می‌تواند بعنوان قدر متیقن تعاریف ارائه شده از تبعید مورد استناد قرار گیرد، نیکوست که به اختلاف برخی از فقها در مصداق شناسی تبعید اشاره کرد:

۳-۱. برخی معتقدند مقصود، تغریب شخص و بیرون کردن او از محل جرم است.^{۵۶}

۳-۲. برخی دیگر مانند مرحوم منتظری آن را منحصر در حبس می‌دانند.^{۵۷}

۳-۳. حلبی و ابن زهره قائل به تخییر هستند به این معنا که در حبس محارب و یا بیرون کردن او از شهری که در آن محاربه کرده است، حاکم مخیر است ولی در صورت نفی از شهر دیگر مطلق العنان و آزاد است و محبوس نمی‌شود چرا که دلیلی بر آن نیست.^{۵۸} علاوه بر اینکه اولاً اصل بر عدم حبس است و ثانیاً روایاتی چون روایت عیاشی از امام جواد (ع) و روایات دیگر که بیانگر این مطلب است که به مردم شهر اعلان می‌شود با او معامله و معاشرت و نکاح نکنند، چنین فهمیده می‌شود که برای او امکان فعالیت‌های روزمره و کسب و تجارت فراهم است و محبوس نیست.^{۵۹}

با مراجعه به کلمات فقهاء که پاره‌ای از آن نیز در این نگاشته منعکس شد، نفی بلد یا همان تغریب در اصطلاح فقه و حقوق عبارت است از بیرون کردن مجرم از محل ارتکاب جرم یا اقامتگاه وی. به تعبیر دیگر، تبعید مجازاتی است که به موجب آن، فرد مجرم از اقامت در وطن و شهر خود ممنوع شده، برای مدتی معین به سکونت در محلی دیگر محکوم گردد. در متون فقهی نیز کاربرد دو اصطلاح «تغریب» و «نفی» (نفی بلد) به همین معنا بسیار شایع تر بوده است.^{۶۰} درباره مدت زمان تبعید نیز در برخی احادیث^{۶۱} و فتاوی فقهی^{۶۲}

^{۵۶} عاملی، محمدبن مکی. (۱۴۱۴ق). ۲۷۳/۴. و حابری طباطبایی، سیدعلی. (۱۴۱۸ق). ۱۵۹/۱۶. و طباطبایی، محمدحسین. (۱۳۷۴ق). ۳۵۵/۵.

^{۵۷} منتظری، حسین علی. (۱۴۰۹ق). ۴۲۷/۲.

^{۵۸} حلبی، تقی‌الدین بن نجم‌الدین. (۱۴۰۳ق). ص ۲۵۲ و ابن زهره، حمزه بن علی. (۱۴۱۷ق). ص ۵۲۲.

^{۵۹} طوسی، محمدبن حسن. (۱۴۰۰ق). ۷۲۰.

^{۶۰} الموسوعه الفقهیه، چ کویت، ۱۴۰۸ق، ذیل ماده تغریب

^{۶۱} کلینی، محمدبن یعقوب. (۱۴۲۱ق). ج ۷، ص ۲۴۶ و ۲۴۷.

^{۶۲} حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). ج ۱، ص ۲۴۲.

یک سال ذکر شده است اما بسیاری از علمای امامیه^{۶۳} و قاطبه علمای عامه^{۶۴} مدت تبعید را مادام‌العمر انگاشته‌اند مگر اینکه شخص تبعید شده توبه کند.
۳-۴. مشروعیت و ماهیت تبعید با استناد به آیه ۳۳ سوره مبارکه مائده و احادیث معتبر^{۶۵} و سیره پیامبر اکرم(ص) و حضرت علی(ع)^{۶۶} مجازات تبعید مشروعیت یافته و درباره عقوبت بودن آن برای برخی جرایم از جمله محاربه اجماع حاصل شده و در برخی منابع نیز دلیل عقلی بر آن اقامه شده است.^{۶۷} درباره این مسأله که مجازات تبعید برای شخص محارب از باب حد است یا تعزیر اختلافاتی نه چندان کم به چشم می‌خورد. بیشتر فقهای امامیه و عامه قائل به حد بودن تبعید هستند و در مقابل عده‌ای دیگر از فقها قائل به تعزیر بودن آن هستند.^{۶۸}

اما در مقام بررسی اقوال مطرح شده از سوی فقهاء در این مسأله، به نظر می‌رسد که اعتقاد به حد بودن تبعید و نه تعزیر بودن آن وجیه‌تر است چرا که طبق نظر مشهور، تعزیر کیفری است که میزان و مقدار آن در شرع دقیقاً معین نشده است^{۶۹} و از طرفی با بررسی ادله وارده در خصوص تبعید شخص محارب می‌بینیم که در برخی از اعمال خلافکارانه‌ای همچون محاربه و قتل فرزند توسط پدر که مجازات تبعید برای آنها در شرع مقدس در نظر گرفته شده است، تعریف مزبور از تعزیر بر آنها صدق نمی‌کند؛ چراکه در ادله مورد اشاره که پاره‌ای از آنها نیز مورد بحث و بررسی قرار گرفت میزان تبعید و برخی از حدود و ثغور تبعید برای آن اعمال خلافکارانه ثابت شده است ولی اگر بر آن باشیم که تعریف مزبور برای تعزیر جنبه غالبی دارد و در مواردی خاص، میزان تعزیر در شرع معین گردیده^{۷۰} احتمال تعزیر بودن تبعید به‌طور جدی مطرح می‌شود.

^{۶۳} مفید، محمدبن محمد. (۱۴۱۷ق). ج ۱، ص ۸۰۵ و ۸۰۶.

^{۶۴} جزیری، عبدالرحمن. (۱۴۰۳ق). ج ۱، ص ۳۱۳ و ۳۱۴.

^{۶۵} طیبی، نجم الدین. (۱۴۱۶ق). ج ۱، ص ۱۹۲۰.

^{۶۶} کلینی، محمدبن یعقوب. (۱۴۲۱ق). ج ۷، ص ۱۹۷.

^{۶۷} طیبی، نجم الدین. (۱۴۱۶ق). ج ۱، ص ۳۶۷.

^{۶۸} طوسی، محمدبن حسن. (۱۳۷۸ش). ج ۵، ص ۳۶۹.

^{۶۹} طباطبایی، علی. (۱۴۱۲ق). ج ۱۰، ص ۷.

^{۷۰} سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۷ق). ج ۲۷، ص ۲۲۴.

نتیجه‌گیری

با بررسی منابع دسته اول اسلامی در باب کیستی محارب و مجازات او چنین درمی‌یابیم که اولاً قصد اخافه و ترساندن مردم برای تحقق تعریف محاربه لازم نیست و صرف شهر سلاح در هر زمان و مکانی از جامعه موجب تحقق محاربه و لزوم اجرای حد بر شخص محارب می‌شود، ثانیاً محارب اختصاص به گروه خاصی از خلفاکاران همچون اهل ریه و قطاع طریق ندارد. در مقام واکاوی مشروعیت تبعید برای شخص محارب نیز به این گزاره دست یافتیم که با بررسی ادله وارده در این خصوص، مشروعیت چنین مجازاتی برای او از واضحات است.

در انتها با بیان اینکه عبارت: بیرون کردن مجرم از محل ارتکاب جرم یا اقامتگاه وی به مدت معلوم، می‌تواند قدر متیقن از تعاریف ارائه شده برای نفی بلد باشد اثبات کردیم که قول صائب در اختلاف حد یا تعزیر بودن تبعید همان قول به حد بودن آن است.

۲۳۰ دوفصلنامه دانش‌پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۲۰۵-۲۳۴

کتابنامه

- {کتاب:} قرآن کریم.
- {کتاب:} آقابخش، علی. و افشاری راد. (۱۳۸۳ش). فرهنگ علوم سیاسی، مینو، چاپار، تهران: ص ۵۶۳.
- {کتاب:} آندوبوسا، مترجم: رخسای. (۱۳۷۵ش). بزهکاری بین المللی، نگار، کتابخانه گنج دانش، تهران: ص ۲۰.
- {کتاب:} ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین، محمدبن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان‌العرب، چ سوم، بیروت: دارالفکر للطباعه و النشر والتوزیع.
- {کتاب:} ابوالحسین احمدبن فارس بن زکریا. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس‌اللغه، چ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- {کتاب:} اصفهانی(راغب)، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ‌القرآن، چ اول، بیروت: دارالعلم / دارالشامیه.
- {کتاب:} اصفهانی مجلسی‌دوم، محمد باقر. (۱۴۱۰ق). بحارالأنوارالجامعه لدرر اخبارالائمہ الأطهار، چ اول، بیروت: مؤسسه الطبع والنشر.
- {مقاله:} امامی کاشانی، محمد. (۱۳۷۳ش). بررسی نظریات فقهی شورای نگهبان، فصلنامه رهنمون، ش ۴ و ۵، بهار و تابستان.
- {کتاب:} بغدادی، (مفید) محمدبن محمدبن نعمان عکبری. (۱۴۱۳ق). المقنعه، چ اول، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- {کتاب:} تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۱۷ق). اسس‌الحدود والتعزیرات، چ اول، قم: دفتر مؤتلف.
- {کتاب:} جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). صحاح تاج‌اللغه و صحاح العربیه، چ اول، بیروت: دارالعلم للملایین.
- {کتاب:} حایری طباطبایی، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸ق). ریاض‌المسائل فی تحقیق‌الأحكام بالدلائل، چ اول، قم: مؤسسه آل‌البیت.
- {کتاب:} حبیب زاده، محمد جعفر. (۱۳۷۹ش). محاربه درحقوق کیفری ایران، چ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تربیت مدرس.
- {کتاب:} حقی برسوی، اسماعیل بن مصطفی. (۱۴۰۵ق). تفسیر روح‌البیان، چ اول، بیروت: دارالفکر.
- {کتاب:} حلبی(ابوالصلاح)، تقی‌الدین بن نجم‌الدین. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه، چ اول، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین(ع).

اصطلاح شناسی محاربه و نفی بلد و.../ عزیززاده ۲۳۱

{کتاب:} حلی (ابن زهره)، حمزه بن علی. (۱۴۱۷ق). غنیه النزوع الی علمی الاصول والفروع، چ اول، قم: مؤسسه امام صادق (ع).

{کتاب:} حلی (ابن ادریس)، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرایر الحاوی لتحریر الفتاوی، چ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

{کتاب:} حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۰ق). ارشاد الأذهان الی احکام الایمان، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

{کتاب:} _____ (۱۴۱۳ق). مختلف - الشیعه فی احکام الشریعه، چ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

{کتاب:} حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام فی مسایل الحلال والحرام، چ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

{کتاب:} _____ (۱۴۱۸ق). المختصر النافع فی فقه الامامیه، چ ششم، قم: مؤسسه المطبوعات الدینییه.

{کتاب:} حمیری، عبدالله بن جعفر. (۱۴۱۳ق). قرب الاسناد، چ دوم، قم: مؤسسه آل البیت.

{کتاب:} حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق). شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، چ اول، بیروت: دار فکر المعاصر.

{کتاب:} خمینی (موسوی)، سید روح الله. تحریر الوسیله، چ اول، قم: مؤسسه دارالعلم.

{کتاب:} راوندی (قطب للدين)، سعید بن عبدالله. (۱۴۰۵ق). فقه القرآن، چ دوم، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

{کتاب:} رضایی، جمال. بررسی مبانی فقهی محاربه و حد آن، فدک، سال اول، ش ۲: ص ۶-۸۱.

{کتاب:} سعدی، ابوجیب. (۱۴۰۸ق). القاموس الفقہی لغتاً و اصطلاحاً، چ بیستم، دمشق: دارالفکر.

{کتاب:} سیوری (حلی)، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرایع، چ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.

{کتاب:} _____ (۱۴۲۵ق). کنز العرفان فی فقه القرآن، چ اول، قم: مرتضوی.

{کتاب:} هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۷۸ش). بایسته های فقه جزاء، چ اول، تهران: نشر میزان.

{کتاب:} شریف، مرتضی. و موسوی، علی بن حسین. (۱۴۱۵ق). الانتصار فی الانفرادات الامامیه، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۲۳۲ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۶۹ / ویژه نامه حقوق / صص ۲۰۵-۲۳۴

{ کتاب: } طباطبایی، سید محمد حسین. (۱۳۷۴ش). ترجمه تفسیرالمیزان، مترجم: موسوی، محمدباقر، چ پنجم، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه، دفتر انتشارات اسلامی.

{ کتاب: } طیبسی، نجم الدین. النفی والتغریب فی مصادرالتشریع الاسلامی، چ اول، قم: مجمع الفکرالاسلامی.

{ کتاب: } _____ . السجن والنفی فی مصادرالتشریع الاسلامی، چ اول، قم: بوستان کتاب.

{ کتاب: } طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۰ق). مؤتلف من المختلف بین ائمه السلف، چ اول، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.

{ کتاب: } طرابلسی، ابن براج، قاضی عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). المهذب، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

{ کتاب: } طریحی، فخر الدین. (۱۴۱۶ق). مجمع البحرین، چ سوم، تهران: کتابفروشی مرتضوی.

{ کتاب: } طوسی (ابوجعفر)، محمد بن حسن. التبیان فی تفسیرالقرآن، چ اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

{ کتاب: } _____ (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام، چ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

{ کتاب: } _____ (۱۴۰۷ق). الخلاف، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

{ کتاب: } _____ (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه، چ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.

{ کتاب: } _____ (۱۴۰۰ق). النهایه فی مجرد الفقه والفتاوی، چ دوم، بیروت: دارالکتب العربی.

{ کتاب: } عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، چ اول، قم: کتابفروشی داورى.

{ کتاب: } _____ (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، چ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

{ کتاب: } عاملی، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). غایه المراد فی شرح نکت الارشاد، چ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

{ کتاب: } _____ (۱۴۱۰ق). اللمعه دمشقیه، چ اول، بیروت: دارالتراث.

اصطلاح شناسی محاربه و نفی بلد و.../ عزیززاده ۲۳۳

{کتاب:} عمانی، حسن بن علی بن ابی عقیل حذاء. (۱۴۰۶ق). مجموعه فتاوی ابن ابی عقیل، چ اول، قم.

{کتاب:} عیاشی، محمد بن مسعود. (۱۳۸۰ق). تفسیرالعیاشی، چ اول، تهران: مکتبه‌العلمیه‌الاسلامیه.

{کتاب:} فاضل هندی و اصفهانی، بهاء‌الدین محمد. (۱۴۱۶ق). کشف‌الثام والابهام عن قواعد الاحکام، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

{کتاب:} فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). العین، چ دوم، قم: نشر هجرت.

{کتاب:} فیض کاشانی، محمد محسن. مفاتیح‌الشرایع، چ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی‌نجفی.

{کتاب:} فیومی، احمد بن محمد مقرئ. المصباح‌المنیر فی غریب‌الشرح‌الکبیر للرافعی، چ اول، قم: دارالرضی.

{کتاب:} قرائتی، محسن. (۱۳۸۸ش). تفسیر نور، چ اول، تهران: مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن.

{کتاب:} قمی (صدوق)، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۰۹ق). من لایحضره الفقیه، مترجم: غفاری، علی اکبر. و صدر بلاغی، محمدجواد. چ اول، تهران: نشر صدوق کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب.

(۱۴۰۷ق). الکافی، چ چهارم، تهران: دارالکتب‌الاسلامیه.

{کتاب:} موسوس گلپایگانی، سید محمد رضا. (۱۴۱۲ق). الدرر المنضود فی احکام الحدود، چ اول، قم: دارالقرآن‌الکریم.

{کتاب:} موحدی لنکرانی، محمد فاضل. (۱۴۲۲ق). تفصیل‌الشریعه فی شرح تحریرالوسیله، چ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.

{کتاب:} مرعشی، سید محمد حسن. (۱۳۷۳ش). دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، چ اول، تهران: نشر میزان.

{کتاب:} مصباح، مصطفی. (۱۹۹۰م). الارهاب مفهوم واهم جرایمه فی القانون الدولی الجنایی جامعه فاریونس نبغازی، ص ۴۴.

{کتاب:} مکارم شیرازی، ناصر. و جمعی از نویسندگان. (۱۳۷۱ش). تفسیر نمونه، چ نهم، تهران: دارالکتب‌الاسلامیه، جلد دهم.

{کتاب:} منتظری نجف‌آبادی، حسین‌علی. (۱۴۰۹ق). ولایت فقیه، چ دوم، قم: نشر تفکر.

{کتاب:} موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۸۳ش). فقه تطبیقی (بخش جزایی)، چ اول، تهران:

سمت.

۲۳۴ دوفصلنامه دانش پڑوهان / شماره ۶۹ / ویژه نامه حقوق / صص ۲۰۵-۲۳۴

- {کتاب:} نجفی (صاحب الجواهر)، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام،
چ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- {کتاب:} محدث نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسایل و مستنبط المسایل، چ اول،
بیروت: مؤسسه آل البيت.
- {کتاب:} واسطی (زییدی)، محب الدین. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس، چ اول، بیروت:
دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- {مقاله:} پورباقرانی، حسن. تحلیل جرم محاربه، نشریه - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال
دوم، ش ۴، بهار - تابستان، ص ۸۷-۱۹.