

سال ۱۳۸۸
اصفہائیں
اسان
کانون ونگلاداد

خبرنامہ



با آثاری از:

علیرضا حبیب آگهی، شاپور اسماعیلیان، محمدعلی دادخواہ،
دکتر عبدالرسول دیانی، دکتر علی رادان جبلی،
دکتر علیرضا فصیحی زاده، دکتر رُزا قراچورلو،
علی کمالی، مرضیہ محبی، محمدرضا محمدی جرقویہ ای،
مائدہ میرشمس شہشہانی، احمد نصر اصفہانی و
صدیقہ نعیمیان



فروردین ۸۸

فهرست مطالب

مقالات

۲	محمد علی دادخواه؟
۸	احمد نصر اصفهانی؟
۱۸	شاپور اسماعیلیان؟
۲۲	دکتر رزا قراچورلو؟
۲۹	دکتر علی رادان جلی؟
۳۹	صدیقه نعیمیان؟
۴۲	دکتر علیرضا فصیحی زاده؟
۴۶	مائده میرشمس شهنشاهی؟
۵۴	علی کمالی؟
۶۲	مرضیه محبی؟
۷۵	دکتر عبدالرسول دباتی؟
۸۲	علیرضا حبیب آگهی؟
	نگرشی متفاوت بر مصلحت موکل

طنز

۸۸	محمد رضا محمدی جرقوبه‌ای؟
	ترمیم‌ولوژی

کانون در ترازوی قانون

محمدعلی بادخواه
وکیل دادگستری - تهران

**گوکانات مغلظه در کار حق کنند
حق هست و حق به مغلظه باطل نمی شود**

روی سختم با اندیشمندان بیداردلی است که اهل درک و درداند و دل درگرو توسعه و ترقی این مرز و بوم دارند؛ و درد دلم با عامه مردم آگاه است تا در موضع نگرش و سنجش رویدادها و حوادث تلخ روزهای اخیر بیندیشند و راجع به توقیف مکان کانون مدافعان حقوق بشر و تهدید و تضییق و اعمال انواع فشارهای غیرقانونی بر اعضای آن، به داوری نشینند تا ببینند کدام شیوه و اقدام مطابق قوانین و نظامات بوده و کدام یک حاکی از سرپیچی از نظم و امر قانونی. ارزیابی آن نیز برعهده خوانندگان فرزاندای است که به دور از هیاهو و مهممه های تهی از واقع، چشم بر چراغ هدایت دوخته اند و گوش بر ندای حق سپرده اند. «ما نگوییم بند و میل به ناحق نکشیم.»

در این میانه گزیری نیست از حاکمیت و حکمیت منطقی و علم استدلال، چنان که بوعلی سینا در دانشنامه علایی گوید: «علم منطقی، علم ترازو است و علم های دیگر علم سود و زیان... پس چاره ای نیست از آموختن علم منطقی»

نیاز انسان به منطق برای تمیز درست از نادرست چنان بدیهی است که غزالی فلسفه ستیز نیز بر لزوم تحصیل آن تأکید می کرد.

روشن است که در هر نظام سیاسی قانونمندی - قانون و فقط قانون - عهده دار تمشیت امور اجتماع است و سامان بخش حیات جمعی محسوب می شود و زندگی مسالمت آمیز افراد را در جامعه سیاسی بر عهده دارد. افراد به حکم قانون گردن می نهند زیرا تنها قوه ای است که از مشروعیت تهدید آزادی های شخصی برخوردار است. اگرچه میان مشروعیت سیاسی و مقبولیت مردمی نیز ملازمه همیشگی برقرار نیست.

در این مقال، ما قانون را بر کرسی داوری می نشانیم و فعل یا ترک فعل خود و آنان که کبان کانون را به کید کین خود، تخته نشان تیرهای تهدید کرده اند، باز می گوییم تا «سیه روی شود هر که در او غش باشد»!

حکایت تأسیس کانون مدافعان حقوق بشر بسیار ساده و روشن است. جمعی از حقوق دانان دردمند این سرزمین، در سال ۸۱ با هدف توسعه و ترویج حقوق بشر به عنوان حقوق بنیادین و

فطری که ضامن حفظ کرامت و شرافت انسانی است، اقدام به پایه ریزی بنیادی غیردولتی و غیرانتفاعی کردند تا به طور رایگان، به دفاع از حقوق قربانیان نقض حقوق بشر در ایران برخیزند. حقوق بشر مجموعه اصول و قواعد آمره، مطلق و غیرمشروطی است که برابری یکایک انسان‌ها را در کرامت شخصی و حقوق اعلام می‌کند و برخاسته از ارزش‌های اساسی و جهان‌شمولی است که برخلاف ادعای آنان که در صدد نفی و نابودی حقوق بشر هستند، ریشه در تمدن یا جغرافیای زیستی خاصی از جهان ندارد. لزوم و شایستگی رعایت حقوق بشر، پیام عمده ادیان، حکیمان، عارفان و فرهیختگان و پیشروان همه جوامع است که همواره در تاریخ حیات بشر، به تناوب و تعدد، طنین انداز و راهنما و بشیر رستگاری و رهایی آدمیان بوده است. به یاد داشته باشیم حقوق بشر، حقوق وضعی و تأسیسی نیست. بلکه کشفی و اعلامی است و راهنمای فطری کمال حیات انسانی. اگر در گذشته حقوق بین‌الملل به طور عام بر مبنای حفظ نظم و نفع و حقوق دولت‌ها مستقر بود، امروزه حقوق بشر گفتمان غالب حقوق بین‌الملل است؛ گفتمانی که هدف آن تحکیم موقعیت افراد در چارچوب نظم نوین جهانی و حمایت از کرامت و شرافت و آزادی و برابری انسان‌ها در اقصی نقاط گیتی است.

حرمت حیات، ارزش شخصیت و تمامیت کرامت آدمی، رسالت انبیا، سخن اولیا و توصیه اوصیا است.

اگر فرهنگ انسانی از این ارزش‌ها تهی شود، دیگر چه چیز شایسته ارج و اعتبار می‌ماند؟ ناخردانی که حقوق بشر را اندیشه و متاع غربی می‌پندارند و بدین دستاویز رسوا بر نفی و حذف بیداران و مدافعان حقوق مردم پای می‌فشارند، غافلانه غنای فرهنگ خودی را نیز که سرشار از تأیید این مبانی است، تهی از ارزش‌های انسانی می‌نمایانند و بر گزاف‌گویی‌ها و تخریب‌های بیگانگان مغرض که بی‌حیثیتی تمدن کهن ایران را نشانه رفته‌اند، صحنه می‌گذارند. حقوق بشر مگر چیزی جز ارزش جان آدمی و احترام شخصیت او و پاسداری از لوازم آن است؟ یعنی در فرهنگ مشرق زمین جان آدمی و استمرار عزتمند حیات او معتبر نیست؟ یعنی در جوامع شرق، کرامت و فضیلت انسانی، غایب و نادیده است و مردمان به توحش و غارت و قتل و جرم و... روزگار می‌گذرانند؟

تردید به خود راه ندهیم که مدافعان حقوق بشر در حقیقت، سخن‌گویان وجدان عمومی جوامع‌اند و باورشان این است که عدالت بایستی نسبت به هر فرد انسانی رعایت شود زیرا هر انسان با تولد خویش تا پایان حیات‌اش دارای حقوقی طبیعی است که باید از آن برخوردار شود و این، همان حقوق بشر است. این مدافعان با سلاح منطق و قانون و اصول، درمقابل قدرتمندان بی‌مهار می‌ایستند، عدالت را بالاترین ارزش‌ها می‌دانند و در جستجوی صلح، آرامش، آسایش و رفاه همه بدون هیچ‌گونه تبعیضی گام برمی‌دارند.

نقل سخن خانم مری راینسون (دبیرکل سابق کمیساریای عالی حقوق بشر سازمان ملل متحد) در این جا خواندنی است: «اگر بپذیریم حقوق بشر بر مبنای شرافت ذاتی انسان مورد توجه و شناسایی قرار می‌گیرد، طبیعتاً دخالت اغراض سیاسی و تعیین سمت و سوی آن به مثابه

شکست حقوق بشر است؛ چراکه در این چارچوب همه سعی می‌کنند حقوق بشر را به استخدام خود در آورند.^۱

نکته‌ای که مورد تأیید کوفی عنان (دبیر کل سابق سازمان ملل متحد) نیز قرار گرفته است و خالی از واقعیت نیست: «هرگز مردم نبوده‌اند که جهانی شدن حقوق بشر را زیر سؤال برده‌اند؛ مردم نبوده‌اند که حقوق بشر را به عنوان سوء استفاده غرب یا گروه کشورهای شمالی تلقی کرده‌اند؛ اغلب این رهبران سیاسی بوده‌اند که این گونه رفتار کرده‌اند.»^۲

همراهی ظاهری و بیزاری باطنی حکومت‌های خودکامه از ذات حقوق بشر تنها به زمین و زمانه ما نیست؛ حکایت همیشه جهان سیاست است. چنان‌که نیچه، فیلسوف نامدار آلمانی می‌گوید: «هیچ دولتی در جهان نیست که خواستار حق یا علاقه‌مند به فلسفه، فرهنگ، علم و معرفت به ذات باشد. هر دولتی آن گونه فلسفه و فرهنگ و معرفتی را طالب است که پشتیبان و خدمتگذار و توجیه‌کننده نظام سیاسی‌اش و خلاصه در خدمت اهداف حاکمیت باشد.»

نیچه آن‌گاه آرزو می‌کند ای کاش دولت‌ها، فیلسوفان را به کار خود وامی‌داشتند؛ حتی رو در روی ایشان می‌ایستادند تا اینان در این معرکه به عمق فکر و اوج خلاقیت خود دست یابند، چراکه فیلسوف به محض این‌که به خدمت حاکمیت درآید و اسیر مشکلات و اهداف دولت شود، تابع حکومت و خادم قدرت خواهد شد. به باور او: «وقتی در جامعه‌ای مردم دل‌مشغول مسائل سیاسی باشند و راجع به آن پر صحبتی کنند، نشانه آن است که دست‌اندرکاران سیاست وظیفه خود را خوب انجام نمی‌دهند. جامعه‌ای که خوب اداره شود و مدیریت سیاسی آن کفایت داشته باشد، به هر کس این فرصت را خواهد داد تا به کار خود مشغول باشد و در ارتقای مادی و معنوی و پاک‌کنندگی جریان علمی و عملی خود بکوشد؛ نه آن‌که از مسیر زندگی منحرف و داخل سیاست شود، سیاست زدگی آفت ملت‌های جهان سرم است.»
شاعران ما نیز به این مطلب بی‌توجه نبوده‌اند که از زبان حق تعالی گفته‌اند:

هر کسی را بهر کاری ساختند	شوق آن را در دلش انداختند
قطره‌ای کز جویباری می‌رود	وز بی انجام کاری می‌رود

و پیش از این مفسران ما، بدین جمله این مطلب را ادا کرده‌اند:
هر کس به یک کار، به همه کار و هر کس به همه کار، به هیچ کار.^۳
در تاریخ فرهنگ و فرهنگ تاریخی ما نیز ملاصدرا به حال ابن سینا افسوس می‌خورد که چرا بخشی از عمر ارزشمند خود را نزد خاندان کاکویه سپری کرده بود. می‌گفت: «هر کس بیشتر در دریای نادانی فرو رفته، در نزد صاحبان قدرت ارجمندتر شناخته شده است.»^۴

۱- روزنامه ایران، شماره ۲۲۰، مورخ ۱۳۸۱/۸/۹، ص ۸.

۲- تاموشات کریستین، ح بشر، ترجمه حسین شریفی طرازکوهی، چاپ بنیاد میزان، ۱۳۸۶، ص ۱۸۷.

۳- خواجہ عبداللہ انصاری، تفسیر حرفانی قرآن کریم.

۴- ملاصدرا، مقدمه اسفار، جلد ۱، ص ۶، انتشارات بنیاد فلسفه.

او چنان از عالمان در خدمت قدرت دل‌آزرده و بیزار بود که در وصف آنان چنین نوشت:
«این اشخاص دشمنان خداوند و هواداران طاغوت به شمار می‌آیند»^۵.

از یاد نبریم نخستین منشور حقوق بشر در پانصد و سی و چهار سال پیش از میلاد، به فرمان فرمانروای خردمند و بزرگ ایران، کوروش - آن که ستوده کتاب آسمانی مسلمانان و یهودیان است - نقش ماندگار گرفت؛ فرمانی که حتی فراتر از اعلامیه جهانی حقوق بشر - که دستاورد قرن بیست میلادی است و جنبه اعلامی و توصیه آمیز دارد - بر الزام و پشتوانه نظم مسلط امپراطوری تکیه داشت و مراعات آن تکلیف بایسته همگانی بود، پیغامبرانی که در سامان تمدن جهان سهیم بودند نیز، همگی از شرق - این گهواره تمدن - برخاستند و مگر پیام رسالتشان چه بود؟ زرتشت به آزادگی و راستگویی و حقیقت طلبی فرامی‌خواند؛ موسی بندگان خدا را از رعونت فرعون و بتدگی خلق می‌رماند و عیسی لطف و مهر را به جای کین و غضب در دل‌ها می‌نشانند و محمد (ص) به تکمیل مکارم اخلاق می‌پرداخت. کدام یک از این آموزه‌ها مغایر حقوق بشر است یا در زمره ترویج حقوق بشر نیست؟

بر این اساس، کانون مدافعان حقوق بشر مبتنی بر موازین داخلی و بین‌المللی مربوط، پای در میدان پاسداری از حقوق بشر در ایران نهاد و در تأسیس و موجودیت خود به اصول قانون اساسی و نظامات مملکتی متکی بود و هست.

طبق اصل بیست و ششم قانون اساسی «احزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته شده آزادند؛ مشروط بر این که اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی را نقض نکنند، هیچ کس را نمی‌توان از شرکت در آن‌ها منع کرد یا به شرکت در یکی از آن‌ها مجبور ساخت» همچنین طبق اصل بیست و هفتم قانون اساسی: «تشکیل اجتماعات و راه پیمایی‌ها، بدون حمل سلاح، به شرط آن که مخل به مبانی اسلام نباشد آزاد است.» پرواضح است که هیچ یک از قیود محدود کننده آزادی اجتماعات، به دلالت فعالیت‌های آشکار و قانونی کانون بر آن صادق نیست و لذا ایجاد محدودیت و ممنوعیت در فعالیت کانون برخلاف صریح قانون اساسی است آن بخش از حاکمیت که به تعهدات سلبی خود به موجب اصول ۲۶ و ۲۷ قانون اساسی وفادار نمانده است و برخلاف اصول متعدد دیگر از جمله اصل ۱۹ و ۲۰، اعضای کانون مدافعان را از «تساوی حقوق» و «حمایت قانون» محروم کرده است، مسلماً و به طریق اولی تکالیف ایجابی خود مبنی بر «تأمین آزادی‌های سیاسی و اجتماعی در حدود قانون» (بند ۷ اصل ۳ ق.ا) و «تأمین حقوق همه جانبه افراد از زن و مرد و ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون» (بند ۱۴ اصل ۳ ق.ا) را نیز از یاد برده است.

تردیدی نیست آنان که آزادی ما را بر نمی‌تابند، پیش‌پیش، و نه در پیشگاه دادگستری که مرجع رسمی نظلمات و شکایات است (اصل ۱۵۹ ق.ا)، که در پیشگاه منایق و سیاست‌های شخصی و غیرقانونی خود، کانون را به نقض اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی متهم و محکوم کرده‌اند؛ اما در نظامی که طبق اصل نهم قانون اساسی آن «هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور،

۵- شواهد اروپاییه، تحقیق از محقق داماد، ص ۱۳۶، انتشارات بنیاد فلسفه.

آزادی‌های مشروع را هر چند با وضع قوانین و مقررات سلب‌کننده، چگونه در حالی که کانون در هیچ دادگاه دادگستری حتی به دادرسی فراخوان نشده است و دفتر سخنگوی قوه قضاییه به صراحت اعلام می‌کند هیچ حکمی از ناحیه هیچ مرجع قضایی برای پلمب دفتر کانون مدافعان حقوق بشر صادر نشده است، عده‌ای به اتکای زور عربان، بی‌واهمه از بازخواست قانونی پای پیش می‌گذارند و بدون ارائه حکم مرجع قضایی اقدام به تعطیل و توقیف یک نهاد مدنی؛ و تهدید و توهین به اعضای آن که جز حق جویی و حق‌گویی دغدغه‌ای نداشته‌اند، می‌کنند؟ و قوه قضاییه «مستقل پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسؤول تحقق بخشیدن به عدالت» (اصل ۱۵۸ ق.ا) نه تنها دم بر نمی‌آورد که به دادخواهی کانون متظلم نیز رسیدگی نمی‌کند! علاوه بر این، اعضای مؤسس کانون با وجود آن که از موضع نگرش حقوقی و اصل برتری قانون اساسی بر قوانین عادی، الزام و ضرورتی برای تنظیم اساسنامه و مرامنامه رسمی و ثبت در کمیسیون ماده ۱۰ احزاب نمی‌دیدند، سال ۸۱ اساسنامه تشکیلاتی خود را به وزارت کشور تسلیم داشتند که پس از آمد و شدهای بسیار، سرانجام به تصویب رسید؛ چنان که خبر آن به نقل از خبرگزاری مهر در خروجی مورخ ۱۳۸۳/۱/۱۷ این گونه منعکس شد: «از سوی کمیسیون ماده ۱۰ احزاب، هفت تشکل جدید پروانه گرفتند... در این جلسه همچنین موضوع صدور پروانه برای... کانون مدافعان حقوق بشر؛ ... نیز به تصویب رسید.» لکن قانون‌گریزی و مانع تراشی، عاملی شد تا دست‌اندرکاران امر از تحویل پروانه خودداری ورزند. گذشته از این، معاون سیاسی وقت وزارت کشور و رئیس کمیسیون ماده ۱۰ احزاب در تاریخ ۸۵/۷/۱ صراحتاً از قانونی بودن موجودیت کانون مدافعان حقوق بشر سخن گفت. اکنون جا دارد از ملاک‌های سنجش قانونی سخن به میان آوریم. وفق ماده ۳۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی سابق دادگاه نمی‌تواند به مفاد اسنادی که صدور آن از ناحیه کسی که سند به او نسبت داده شده محرز باشد بدون دلیل ترتیب اثر ندهد، حال با توجه به آن که برابر ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی جدید این ماده قابل استناد است و نظر به این که به موجب ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی اطلاعات مقامات رسمی همانند سند رسمی است و اعلام کمیسیون ماده ۱۰ احزاب سند رسمی تلقی می‌شود و نسبت به سند رسمی به موجب قانون امکان تردید و انکار نیست پس باید بپذیریم که کانون رسمی است و منطبق با قانون، و استدلال مغایر، فاقد وجهت قضایی و منحرف از قانون است.

نظر به این که طبق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، اطلاعات معاون وزیر کشور در حیطه انجام وظایف قانونی خود افاده سند رسمی دارد و در نظام حقوقی ما در مقابل سند رسمی هیچ گونه انکار و تردیدی مسعوم نیست. از این لحاظ هم اظهارات دولتمردانی که در قانونی بودن کانون شبهه و تردید روا می‌دارند فاقد وجهت قانونی به نظر می‌رسد. کانون مدافعان حتی اگر مبادرت به تقاضای ثبت و پذیرش مقررات حاکم بر کمیسیون ماده ۱۰ نمی‌کرد نیز، با توجه به صراحت قانون اساسی و حاکمیت برتر و سلسله مراتبی آن بر قانون عادی، حیاتی قانونی داشت و باید گفت این موضع قانون اساسی همسو با دلالت اسناد بین‌المللی و موضع حقوق بین‌المللی کنونی است که بر طبق آن، اصولاً نهادهای غیردولتی در تشکیل خود نیازمند اخذ مجوز ثبت از دولت حاکم نیستند.

در این جا اشاره به این نکته ضروری است که به موجب اصل استصحاب که از اصول عملیه‌ی شاخص دادرسی است، همین که حق یا دینی احراز شد، اصل بر بقای آن است و رعایت آن با توجه به اصل ششم قانون اساسی الزامی است. بر این پایه با عنایت به تصویب اساسنامه کانون به وسیله کمیسیون ماده ۱۰ احزاب که تنها مرجع ذیصلاح در این موضع است، تأسیس کانون و استمرار فعالیت آن عرفی و شرعی است.

ضمن این که حتی اگر به زعم مخالفان موجودیت کانون، تمام احزاب یا نهادهای غیردولتی برای رسمیت بخشیدن به فعالیت‌های خود ضرورتاً بایستی به زیور ثبت در وزارت کشور آراسته شوند آیا همه هیأت‌های مذهبی، انجمن‌های ادبی، گروه‌های هنری و... که در سراسر کشور آزادانه به فعالیت مشغولند و ای بسا مورد حمایت‌های دولتی هم قرار می‌گیرند، از کمیسیون ماده ۱۰ وزارت کشور مجوز اخذ کرده و به ثبت رسیده‌اند؟ پاسخ البته روشن است؛ زیرا نه وزارت کشور خود را درگیر ثبت این اجتماعات کرده است و نه مردم خود را مقید به ثبت تشکیلات خودجوش آن می‌دانند و نه قانون اساسی ثبت در وزارت کشور را لازم کرده است. با این اوصاف، شیوه یک پام و دو هوا چگونه قابل توجیه است؟

آنچه واضح است این است که کانون مدافعان حقوق بشر؛ خود قربانی نقض حقوق بشر شده است و این امر تازه‌ای برای اعضا نیست. کانون مدافعان حقوق بشر نباید باشد زیرا تاکنون از حقوق شهروندی قریب به شش هزار نفر به رایگان دفاع کرده است؛ کانون مدافعان نباید باشد زیرا به پاسداری از میراث تاریخی و فرهنگی این سرزمین که در بعضی موارد مورد انکار دادستان محل نیز قرار گرفته است. ولی مورد تأیید اداره حقوقی قوه قضاییه بود- اقدام کرده است؛ کانون مدافعان نباید باشد زیرا دفاع از حیات کودکان بی‌پناه، آزادی مطبوعات و اهل رسانه، و دفاع از آنان که در ترکیب قدرت جایی ندارند، عده‌ای را خوش نمی‌آید.

کانون مدافعان نباید باشد زیرا به فریضه امر به معروف و نهی از منکر (اصل هشتم قانون اساسی) و دعوت به قانون‌گرایی و ترویج حقوق بشر اقدام کرده است؛ کانون مدافعان نباید باشد زیرا سخن و استدلال و دفاع خود را در قالب قوانین موضوعه و در چارچوب نظامات رسمی در دادگاه‌های عمومی و انقلاب جمهوری اسلامی ایران عرضه کرده است، کانون مدافعان نباید باشد زیرا عده‌ای نمی‌خواهند باشد؛ استدلال و مبنای قانونی هم نمی‌خواهد؛ به همین سادگی!

دفاعان و معاندان کانون شاید می‌پندارند به زور می‌توانند در کانون را به دور از ضوابط قانون ببندند؛ شاید می‌توانند همه باید‌ها را نادیده انگارند و شاید پذیرفته‌اند که تافته‌ای جدا بافته از قانون‌اند و بر کامروایی خود خوشدل، اما، مطمئناً در ترازوی قانون، شاهین عدالت بر حقانیت آنان حکم نمی‌کند! ■

حمایت از حقوق معلولان در چارچوب کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت

احمد نصر اصفهانی
وکیل دادگستری - اصفهان

در تاریخ ۱۳ دسامبر ۲۰۰۶ سندی تحت عنوان «کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت»^۱ به همراه بک پروتکل الحاقی به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید و از ۳۰ مارس ۲۰۰۷ برای امضا و پیوستن دولت‌ها به آن در مقر سازمان ملل متحد مفتوح گذاشته شد. این کنوانسیون پس از یک وقفه تقریباً دو ساله سرانجام در تاریخ ۸۷/۹/۱۳ با اعمال بک حق شرط کلی^۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی ایران نیز رسید و در تاریخ ۸۷/۱۰/۴ مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفت.^۳ در نوشتار حاضر تلاش می‌شود با گذری بر این کنوانسیون و دیگر اسناد مرتبط، تعهدات دولت ایران و سایر دولت‌های عضو و همچنین برخی حقوق به رسمیت شناخته شده برای افراد معلول و در نهایت ضمانت اجرایی این کنوانسیون را مورد ارزیابی قرار دهیم.

۱- Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

۲- حق شرط مذکور به این شرح است: «باتوجه به ماده (۲۶) کنوانسیون، جمهوری اسلامی ایران خود را ملتزم به رعایت آن دسته از مفاد کنوانسیون که مغایر با موازین حقوقی جاری خود باشد نمی‌داند. به نظر می‌رسد شرط مذکور یک شرط غیر معتبر و غیر نافذ باشد. چرا که با هدف و موضوع کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت مغایرت آشکار دارد. بر اساس بند ۱ از ماده ۴۶ کنوانسیون مزبور شرط‌هایی که با هدف و موضوع این کنوانسیون مغایرت داشته باشد، مجاز نخواهد بود.» در بند ۱ از ماده ۱۶ این کنوانسیون هدف از تصویب این کنوانسیون «ارتقاء، حمایت و تضمین بهره‌مندی برابر و کامل افراد دارای معلولیت از کلیه حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین و ارتقای احترام نسبت به منزلت ذاتی آنها» اعلام شده است. این در حالی است که در قوانین جاری ایران بدون تردید موارد بسیاری را می‌توان یافت که با هدف مذکور ناسازگار باشند. جدای از این بحث اساساً غرض و مقصود از تدوین و تصویب چنین اسناد بین‌المللی تغییر و اصلاح قوانین و رویه‌های جاری کشورهای عضو و حاکم کردن مجموعه‌ای از استانداردهای برتر بین‌المللی است که ضرورت و کارایی آن‌ها در تحقق عدالت حقوق بشری از سوی جامعه جهانی پذیرفته شده است. بنابراین اعمال یک چنین حق شرط‌های کلی هم مغایر با منطق حقوق بین‌الملل بشر و هم مغایر با بند یک ماده ۴۶ کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت می‌باشد.

۳- برای مشاهده ماده واحده مصوب ۸۷/۹/۱۳ و متن فارسی کنوانسیون فوق‌الذکر مراجعه شود به:

<http://tarh.majlis.ir>

همچنین برای مشاهده متن پروتکل الحاقی به این کنوانسیون مراجعه شود به:

<http://www.un.org/disabilities/>

معلول و معلولیت:

به موجب ماده ۱ کنوانسیون مذکور افراد دارای معلولیت کسانی هستند که برای مدت زمان طولانی واجد آسیب‌های جسمانی، روانی، عقلی یا احساسی بوده و در نتیجه در تعامل با موانع مختلف ممکن است مشارکت کامل و مؤثر ایشان در اجتماع در سطح برابر با دیگران، با تأخیر و مانع مواجه گردد. پیش از تصویب این کنوانسیون یک سند بین‌المللی دیگر تحت عنوان «قواعد استاندارد در زمینه برابری فرصت‌ها برای معلولان» معلولیت را به طور خلاصه این‌گونه تعریف نموده بود: «شمار وسیعی از محدودیت‌های گوناگون عملی که برای هر گروه جمعیتی در یک کشور رخ می‌دهد. افراد ممکن است از طریق آسیب‌های جسمی، عقلی یا حسی، شرایط پزشکی یا بیماری روانی به معلولیت دچار گردند. چنین آسیب‌ها، شرایط یا بیماری‌ها، ممکن است در نوع خود دائمی یا موقتی باشند».

سازمان ملل متحد تعداد افراد دارای معلولیت را در دهه ۹۰ میلادی بیش از ۵۰۰ میلیون نفر در سرتاسر جهان برآورد نموده بود. این شمار هر ساله از طریق عواملی همچون جنگ و ویرانی، شرایط غیر بهداشتی زندگی یا فقدان آگاهی درباره معلولیت، علل آن، پیشگیری و درمان آن، رو به افزایش می‌باشند. از این تعداد ۸۰٪ در مناطق روستایی کشورهای در حال توسعه زندگی می‌کنند و در حدود ۷۰٪ از این جمعیت نیز نسبت به دریافت خدمات مورد نیاز یا فاقد دسترسی هستند و یا با محدودیت جدی مواجه می‌باشند^۴.

از نمونه‌های بارز افراد دارای معلولیت می‌توان به آسیب دیدگان مخاصمات مسلحانه، آسیب دیدگان حوادث رانندگی یا ناشی از کار، ناشنویان و نابینایان و افراد کم توان ذهنی اشاره نمود. پیش از تصویب این کنوانسیون، حمایت بین‌المللی از حقوق افراد دارای معلولیت در چارچوب برخی اسناد عام حقوق بشری همچون «میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی» و «میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی» و برخی اسناد خاص همچون «اعلامیه حقوق افراد ناشنوا- نابینا (مصوب ۱۹۷۹)»، «اصول حمایت از افراد دارای بیماری روانی و ارتقای مراقبت‌های بهداشت روانی (مصوب ۱۹۹۱)»، «قواعد استاندارد در زمینه برابر سازی فرصت‌ها برای معلولان (مصوب ۱۹۹۳)» و «نظریه عمومی شماره ۸ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (مصوب ۱۹۹۴)» صورت می‌گرفت. لیکن به دلیل تداوم نقض گسترده حقوق معلولان در سرتاسر جهان و به منظور «ارتقاء، حمایت و تضمین بهره‌مندی برابر و کامل افراد دارای معلولیت از کلیه حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین و ارتقای احترام نسبت به منزلت ذاتی آن‌ها» کنوانسیون حاضر به همراه یک پروتکل الحاقی به تصویب رسید.

گفتار نخست: تعهدات عمده دولت‌های عضو کنوانسیون

تعهدات حقوق بشری دولت‌ها شامل سه سطح از تعهدات می‌شود. «تعهد به احترام»^۵، «تعهد به حمایت»^۶، «تعهد به ایفاء»^۷. تعهد به احترام، دولت‌ها را ملزم می‌نماید تا از مداخله در

4- General Comment No.5. Adopted by the committee on economic, social and cultural rights. Para:8. See also: Human rights of persons with disabilities: www.hrea.org.
5- Obligation to Respect.

آزادی افراد خودداری نمایند. تعهد به حمایت، دولت‌ها را ملزم می‌نماید تا از افراد در مقابل مداخله دیگران حمایت نمایند و تعهد به ایفاء که جنبه ایجابی دارد، دولت‌ها را ملزم می‌نماید تا اقدامات ضروری و مؤثری را جهت تحقق حقوق افراد به عمل آورند. تعهد به ایفاء خود شامل سه تعهد می‌شود: «تعهد به تدارک»، «تعهد به ارتقاء» و «تعهد به تسهیل»^۶. حال با در نظر گرفتن این مقدمه، برخی از تعهدات عمده دولت‌های عضو کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت معرفی می‌گردد.

الف) تعهد به وضع و اجرای قوانین سازگار با کنوانسیون و حذف و اصلاح قوانین مغایر با کنوانسیون

به موجب ماده ۴ این کنوانسیون دولت‌های عضو متعهد هستند کلیه اقدامات قانونی و اداری و دیگر اقدامات مقتضی را برای اجرای حقوق به رسمیت شناخته شده در این کنوانسیون اتخاذ نمایند و کلیه اقدامات مقتضی و مناسب از قبیل قانون گذاری را جهت اصلاح یا لغو قوانین موجود، مقررات، عرف‌ها و رویه‌هایی که تبعیض علیه معلولان را ایجاد می‌کنند، به عمل آورند؛ همچنین دولت‌های عضو متعهد هستند حمایت و ترویج و ارتقای حقوق بشر معلولان را در کلیه سیاست‌ها و برنامه‌ها، مد نظر قرار دهند.

ب) تعهد به رعایت برابری و عدم تبعیض و تعهد به اقدامات موقت ویژه

افراد دارای معلولیت همواره در طول تاریخ چه به طور رسمی و چه به طور عملی مورد تبعیضات گوناگون قرار گرفته‌اند. غالباً از طریق کم توجهی، فراموشی، پیش‌داوری‌ها و پندارهای نادرست، همچنین از طریق استثناء کردن، تمایز یا جداسازی، حقوق انسانی این افراد نقض گردیده است.^۷

به موجب ماده ۲ این کنوانسیون، تبعیض بر مبنای معلولیت عبارت است از هرگونه تمایز، گذاردن، استثناء قائل شدن یا محدودیت نهادن به دلیل معلولیت، که نتیجه یا هدف آن خدشه‌دار کردن یا لغو شناسایی، برخورداری یا استیفای برابر از همه حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین در ابعاد سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، مدنی و دیگر ابعاد، که در برگیرنده‌ی کلیه اشکال تبعیض از جمله عدم پذیرش همسان سازی متعارف (مناسب سازی) نیز می‌شود؛ در این راستا دولت‌های عضو به موجب ماده ۵ متعهدند تا ضمن به رسمیت شناختن برابری نزد قانون و حمایت برابر از معلولان در قوانین، ممنوعیت تبعیض و محو آن در هر زمینه‌ای را نیز مد نظر قرار دهند. وفق ماده ۴ کنوانسیون، دولت‌های عضو متعهد هستند اقدامات مقتضی را جهت

6- Obligation to Protect.

7- Obligation to Fulfill.

8- General Comment No. 16. Adopted by the committee on economic, social and cultural rights. Para: 16 - 31. & General Comment No. 3. ibid.

9- General Comment No. 5. ibid. Para: 15.

امحای تبعیض بر مبنای معلولیت از سوی هر شخص، سازمان یا شرکت خصوصی، نیز به عمل آورند.

در میان معلولان گروه‌های آسیب‌پذیری وجود دارند که در عمل ممکن است از دو جهت مورد تبعیض واقع شوند. زنان، کودکان، سالمندان، قربانیان شکنجه، پناهندگان و آوارگان و کارگران مهاجر از جمله این گروه‌ها هستند. برای نمونه، زنان معلول هم به جهت جنسیت خود و هم به جهت معلولیت خویش، مورد تبعیض واقع می‌شوند¹⁰. به موجب ماده ۶ این کنوانسیون، دولت‌های عضو ضمن به رسمیت شناختن این که زنان و دختران معلول موضوع تبعیض مضاعف هستند، می‌پذیرند که به منظور تضمین برخورداری کامل و برابر ایشان از همه حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تدابیری را اتخاذ نموده و کلیه اقدامات مقتضی را جهت تضمین رشد و توسعه، ترقی و استقلال کامل زنان و حصول اطمینان از استیفاء و بهره‌مندی ایشان از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین مندرج در کنوانسیون حاضر اتخاذ نمایند. در همین راستا اقدامات ویژه‌ای که برای شتاب بخشیدن یا دستیابی به برابری عملی¹¹ برای معلولان ضروری می‌باشد، بر اساس کنوانسیون حاضر تبعیض تلقی نخواهد شد.

پ) تعهد به بالا بردن آگاهی عمومی

به موجب ماده ۸ کنوانسیون مذکور دولت‌های عضو متعهد به وضع و اتخاذ اقدامات مناسب، فوری و مؤثر جهت افزایش آگاهی در سرتاسر جامعه درباره افراد معلول از جمله در سطح خانواده، و به منظور پرورش احترام به حقوق و کرامت افراد معلول می‌باشند. همچنین متعهدند به منظور مبارزه با رفتارهای کلیشه‌ای، تبعیض‌آمیز و زیانبار نسبت به افراد معلول، و ارتقای آگاهی از صلاحیت‌ها و مشارکت‌های افراد معلول اقدامات مناسب و مؤثری را از جمله از طریق ارتقای برنامه‌های آموزشی آگاهی بخش درباره افراد معلول و حقوق این افراد و ترویج نگرش احترام‌گذاری به حقوق معلولان در تمامی سطوح نظام آموزشی، از جمله برای کلیه کودکان در سنین اولیه، اتخاذ نمایند.

ت) تعهد به مناسب سازی و دسترسی پذیری

مناسب‌سازی یا همسان‌سازی متعارف¹² وفق ماده ۲ کنوانسیون مزبور عبارت است از انجام تغییرات و اصلاحات ضروری و مناسب، که در موارد خاص مورد نیاز، فشار اضافی و نامتناسبی را تحمیل ننماید تا بهره‌مندی و استیفاء از همه حقوق بشر و آزادی‌های اساسی توسط افراد دارای معلولیت در شرایط برابر با سایرین تضمین گردد. ماده ۹ کنوانسیون دولت‌های عضو را به منظور توانمندسازی معلولان برای داشتن یک زندگی مستقل و مشارکت کامل ایشان در

10- General Recommendation No.18, Adopted by the committee on the elimination of discrimination against women. See also: Human rights of persons with disabilities: www.hrea.org.

11- De facto

12- Reasonable accommodation.

همه ابعاد زندگی، متعهد به انجام اقدامات مقتضی جهت تضمین دسترسی افراد معلول، با رعایت برابری با دیگران، به محیط‌های فیزیکی، حمل و نقل، اطلاعات و ارتباطات از جمله فناوری‌ها و سیستم‌های اطلاعات و ارتباطات و دیگر امکانات و خدمات عمومی، هم در شهر و هم در مناطق روستایی می‌نماید که این اقدامات شامل شناسایی و حذف موانع دسترسی معلولان به این موارد نیز می‌شود. این اقدامات و تدابیر در ساختمان‌ها، راه‌ها، تأسیسات از جمله در مدارس، خانه‌ها، تأسیسات پزشکی و محل‌های کار، اطلاعات، ارتباطات و دیگر خدمات، از جمله خدمات الکترونیکی و خدمات اورژانسی اعمال خواهد شد. دولت‌های عضو همچنین متعهدند ساختمان‌ها و دیگر امکانات عمومی را به تابلوها و علائمی با خط بریل و روش‌هایی که خواندن و فهمیدن آن آسان باشد مجهز نموده و انواع مساعدت‌ها و کمک‌های حضوری، از قبیل راهنما، قرائت‌گر و مترجمین حرفه‌ای زبان ایما، و اشاره جهت آسان کردن دسترسی به ساختمان‌ها و دیگر تأسیسات عمومی را فراهم نمایند. و دسترسی معلولان به فناوری‌ها و سیستم‌های اطلاعات و ارتباطات نوین از قبیل اینترنت را مورد ترویج و ترغیب قرار دهند و از امکان دسترسی معلولان به مراکز و اماکن خصوصی که تسهیلات و خدمات عمومی ارائه می‌کنند، اطمینان حاصل نمایند.

ث) تعهد به توسعه و افزایش قابلیت‌های دستیابی به وسایل و فناوری‌های نوین کمکی

دولت‌های عضو وفق ماده ۴ کنوانسیون متعهد به افزایش پژوهش و توسعه و ارتقای قابلیت دسترسی و استفاده از فناوری‌های نوین از قبیل فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطاتی، تجهیزات حرکتی، وسایل و فناوری‌های معاضدتی مناسب حال افراد معلول با اولویت بخشیدن به فناوری‌های مقرون به صرفه می‌باشند؛ همچنین متعهدند تا اطلاعات قابل دسترس برای معلولان را درباره تجهیزات حرکتی، وسایل و فناوری‌های معاضدتی، از جمله فناوری‌های نوین، همچنین دیگر اشکال معاضدتی، خدمات و تسهیلات حمایتی تأمین نمایند.

ج) تعهد بر نظارت و اجرای کنوانسیون در سطح ملی

بر اساس ماده ۳۳ کنوانسیون مورد اشاره، دولت‌های عضو مطابق با نظام سازمانی خویش، یک یا چند مرجع ملی دولتی را در زمینه موضوعات مربوط با اجرای این کنوانسیون تعیین خواهند نمود و توجه مناسبی را به استقرار یا تعیین سازوکارهای هماهنگ در درون حکومت جهت تسهیل فعالیت‌های مربوطه در حوزه‌ها و سطوح مختلف اعمال خواهند کرد و در مطابقت با نظام اداری و حقوقی خود چارچوبه‌ای از جمله یک یا چند ساز و کار مستقل را در صورت اقتضاء جهت ارتقاء، حمایت و نظارت بر اجرای این کنوانسیون ایجاد، تعیین، تقویت یا حفظ می‌نمایند. در اجرای این تعهد (نظارت)، جامعه مدنی و به ویژه افراد دارای معلولیت و سازمان‌هایی که نماینده آن‌ها می‌باشند، به طور کامل مشارکت و مداخله خواهند داشت. در ایران به موجب تبصره یک ماده واحده قانون تصویب کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت مصوب ۸۷/۹/۱۳ وزارت رفاه و تأمین اجتماعی (سازمان بهزیستی کشور) و بنیاد شهید و امور

ایثارگران به عنوان مراجع ملی موضوع ماده (۳۳) کنوانسیون تعیین گردیده اند تا با هماهنگی یکدیگر نسبت به اجراء مفاد کنوانسیون اقدام نمایند.

ح) تعهد به ارائه گزارش دوره‌ای

به موجب ماده ۳۵ این کنوانسیون، دولت‌های عضو متعهد هستند از طریق دبیرکل ملل متحد گزارش جامعی از اقدامات صورت گرفته در زمینه اجرای تعهدات آن کشور وفق کنوانسیون حاضر و پیشرفت‌های حاصله در آن خصوص را در ظرف دو سال بعد از لازم الاجرا شدن این کنوانسیون برای آن دولت عضو، به کمیته حقوق معلولان (رکن ناظر بر اجرای کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت) ارائه نمایند. پس از این گزارش اولیه، دولت‌های عضو گزارش‌های بعدی خود را در کمتر از هر چهار سال و علاوه بر آن در هر زمانی که کمیته چنین درخواستی بنماید، ارائه خواهند کرد. در روند تهیه گزارش‌ها کمیته هرگونه راهنمایی قابل استفاده در تهیه متن آن‌ها را ارائه خواهد نمود. این گزارش‌ها در کمیته مذکور مورد رسیدگی قرارخواهد گرفت. بر اساس ماده ۳۶ هر گزارشی که توسط کمیته حقوق معلولان رسیدگی می‌شود در صورت اقتضاء پیشنهادات و توصیه‌های عمومی^{۱۳} درخصوص آن ارائه و برای دولت عضو مربوطه ارسال خواهد گردید. دولت‌های عضو گزارش‌های خود را در کشور خویش به طور کامل در اختیار همگان قرارخواهند داد و دسترسی به پیشنهادات و توصیه‌های عمومی مربوط به این گزارش‌ها را تسهیل خواهند کرد.

گفتار دوم: بررسی چند نمونه از حق‌های مندرج در کنوانسیون

آزادی از استثمار، خشونت و سوء استفاده (ماده ۱۶)

از جمله حقوقی که برای افراد دارای معلولیت با توجه به وضعیت خاص ایشان در این کنوانسیون به رسمیت شناخته شده است آزادی از استثمار، خشونت و سوء استفاده می‌باشد. این حق، دولت‌های عضو را متعهد می‌سازد تا کلیه اقدامات مناسب قانونی، اداری، اجتماعی و آموزشی و دیگر اقدامات مناسب را جهت صیانت از افراد معلول در درون خانه یا بیرون خانه در برابر کلیه اشکال استثمار، خشونت و سوء استفاده از جمله جنبه‌های مبنی بر جنسیت به عمل آورند. به منظور جلوگیری از وقوع کلیه اشکال استثمار، خشونت و سوء استفاده نسبت به افراد دارای معلولیت، دولت‌های عضو اطمینان حاصل خواهند کرد که تمامی تسهیلات و برنامه‌های در نظر گرفته شده جهت خدمت به افراد معلول بطور مؤثری به وسیله مقامات مستقل تحت نظارت قرار دارد. همچنین متعهد هستند تمامی اقدامات مقتضی را جهت ارتقای بهبودی، توانبخشی و بازپروری جسمی، شناختی و روانی معلولانی که قربانی هر شکلی از استثمار، خشونت و سوء استفاده می‌باشند، از جمله از طریق پیش‌بینی خدمات حمایتی، به عمل آورند.

13- General recommendation.

چنین بهبود و بازپروری مستلزم محیطی است که سلامتی، آسایش، عزت نفس، کرامت و استقلال شخصی را مورد پرورش قرار داده و نیازهای خاص متناسب با سن و جنسیت را مدنظر قرار دهد. دولت های عضو قوانین و سیاست های مؤثری مانند قوانین و سیاست های مختص زنان و کودکان وضع خواهند نمود، به این منظور که اطمینان حاصل نمایند موارد استثمار، خشونت و سوء استفاده علیه معلولان، مورد شناسایی، تحقیق و به طور مناسبی تحت پیگرد قرار می گیرد.

حق بر ازدواج و زندگی خانوادگی (ماده ۲۳)

به موجب ماده ۲۳ کنوانسیون، حق کلیه افراد دارای معلولیت که به سن ازدواج رسیده اند، با لحاظ عدم تبعیض، برای ازدواج و تشکیل خانواده با رعایت آزادی و رضایت کامل دو طرف ازدواج، به رسمیت شناخته می شود؛ همچنین حق افراد معلول در تصمیم گیری آزادانه و مسئولانه نسبت به تعداد و فاصله سنی میان فرزندانشان و دسترسی داشتن به اطلاعات متناسب با سن و برنامه آموزشی تشکیل خانواده و بازپروری به رسمیت شناخته می شود، و در این رابطه وسایل لازم برای توانمندسازی ایشان در اعمال این حقوق فراهم می گردد و قدرت بازپروری معلولان، با رعایت برابری با دیگر افراد، حفظ می گردد.

دولت های عضو از حقوق و تکالیف معلولان در رابطه با قیمومت، سرپرستی، فرزندخواندگی یا نهادهای مشابه که در قوانین ملی وجود دارد، اطمینان حاصل خواهند نمود. و کمک مناسبی به معلولان در اجرای تکالیف مربوط به تعلیم و تربیت کودکان خویش، ارائه خواهند کرد. همچنین اطمینان حاصل خواهند نمود که کودکان معلول حق برابری به زندگی خانوادگی دارا هستند. برای تحقق این حقوق و به منظور ممانعت از پنهان کردن، ترک، بی توجهی و جداسازی کودکان معلول، دولت های عضو متعهد به فراهم ساختن اطلاعات و خدمات اولیه و جامع و حمایت از کودکان معلول و خانواده ایشان می باشند. در هیچ موردی بک کودک به دلیل معلولیت خود یا هر یک از والدین از ایشان جدا نخواهد شد. در مواردی که والدین قادر به مراقبت از کودک معلول نیستند، دولت های عضو متعهد به انجام هرگونه تلاشی برای تأمین مراقبت جانسین در درون خانواده و در صورت فقدان آن در درون اجتماع خواهند بود.

حق بر توانبخشی و بازپروری (ماده ۲۶)

از جمله حقوق مهمی که در این کنوانسیون برای افراد دارای معلولیت به رسمیت شناخته شده، حق بر توانمندشدن جهت کسب و حفظ حداکثر استقلال و توانایی کامل جسمی، روانی، اجتماعی و شغلی و توانمندشدن جهت حضور و مشارکت کامل در تمامی ابعاد زندگی می باشد. به این منظور دولت های عضو هرگونه اقدام و تدبیری را که در این زمینه مناسب باشد، اتخاذ نموده و خدمات و برنامه های توانبخشی و بازپروری را به طور خاص در زمینه های بهداشت، اشتغال، آموزش و پرورش و خدمات اجتماعی، سازماندهی کرده و مورد تقویت و گسترش قرار خواهند داد، به شیوه ای که این خدمات و برنامه ها در اولین فرصت ممکن آغاز شود و

مبثی بر ارزیابی بسیار منظم نیازها و توانایی‌های افراد باشد و از مشارکت و حضور معلولان در اجتماع و در تمامی حوزه‌های اجتماع حمایت به عمل آورد.

حق بر داشتن استانداردهای کافی زندگی و حمایت و تأمین اجتماعی (ماده ۲۸)

ماده ۲۸ کنوانسیون مورد اشاره حق معلولان را بر داشتن استانداردهای کافی از زندگی برای خود و خانواده‌شان از جمله نسبت به تغذیه، پوشاک و سرپناه (مسکن) مناسب، همچنین حق این افراد را بر حمایت و تأمین اجتماعی و برخورداری از این حق بدون تبعیض بر مبنای معلولیت به رسمیت می‌شناسد و از دولت‌های عضو می‌خواهد به منظور پاسداری و پیشبرد تحقق این حقوق دسترسی برابر معلولان به خدمات و وسایل مناسب و امکان پذیر و دیگر مساعدت‌ها برای نیازهای مرتبط با معلولیت را تضمین نمایند و دسترسی معلولان و به‌طور خاص زنان و کودکان معلول و سالمندان معلول را به برنامه‌های تأمین اجتماعی و برنامه‌های کاهش فقر فراهم نموده و دسترسی آن دسته از معلولان و خانواده‌های ایشان که در وضعیت تنگدستانه‌ای زندگی می‌کنند را به مساعدت دولت در تأمین مخارج مرتبط با معلولیت مبسر ساخته و از وجود مزایا و برنامه‌های بازنشستگی اطمینان حاصل نمایند.

علاوه بر چند نمونه حقی که شرح مختصری از آنها بیان شد، حقوق دیگری نیز در این کنوانسیون برای افراد دارای معلولیت مورد تأکید قرار گرفته است که عبارتند از: حق بر دادخواهی (ماده ۱۳)؛ حق بر صیانت از تمامیت [جسمانی و روانی] فرد (ماده ۱۷)؛ حق بر آزادی رفت و آمد و آزادی تابعیت (ماده ۱۸)؛ حق بر زندگی مستقل و حضور در اجتماع (ماده ۱۹)؛ حق بر دسترسی به اطلاعات و آزادی بیان و عقیده (ماده ۲۱)؛ حق بر احترام به حریم خصوصی (ماده ۲۲)؛ حق بر آموزش و پرورش (ماده ۲۴)؛ حق بر بهداشت (ماده ۲۵)؛ حق بر کار و اشتغال (ماده ۲۷)؛ حق بر مشارکت در زندگی سیاسی و عمومی (ماده ۲۹)؛ حق بر مشارکت در حیات فرهنگی، تفریح، رفاہ و ورزش (ماده ۳۰).

گفتار سوم: ضمانت اجرایی کنوانسیون

این کنوانسیون نیز همانند سایر اسناد بین‌المللی حقوق بشری با مشکل فقدان یک نظام قضایی الزام‌آور جهانی در زمینه رسیدگی به موارد نقض و تخلف که متضمن ضمانت‌های اجرایی قدرتمندی باشد، روبرو است. با این حال دو سازوکار عمده در زمینه نظارت بر حسن اجرای تعهدات مندرج در این کنوانسیون مطرح می‌باشد که ذیلاً بررسی می‌گردند. شایان ذکر است که کارآیی این دو شیوه نظارتی منوط به حسن نیت دولت‌های عضو و میزان التزام و پایبندی آن‌ها به حقوق بشر می‌باشد.

الف) نظام گزارش دهی به کمیته حقوق معلولان

از جمله شیوه‌هایی که در سطح بین‌المللی بر حسن اجرای تعهدات حقوق بشری کشورها

نظارت می‌نماید؛ نظام گزارش دهی است که تقریباً در غالب اسناد عمده حقوق بشری از قبیل میثاقین، کنوانسیون محو تبعیض علیه زنان، کنوانسیون منع شکنجه، کنوانسیون حقوق کودک و همچنین کنوانسیون حاضر پیش‌بینی گردیده است. براساس این نظام، کشورهای عضو کنوانسیون مزبور متعهد هستند در دوره‌های زمانی خاص گزارش‌هایی را که به گزارش‌های دوره‌ای یا ادواری معروف می‌باشد در زمینه نحوه اجرای تعهدات خود و اقدامات و تدابیر صورت گرفته و میزان موفقیت و دشواری‌ها و مشکلاتی که بر سر راه اجرای آن‌ها موجود می‌باشد، تنظیم نموده و به کمیته‌ای که برای رسیدگی به این گزارش‌ها تشکیل گردیده ارائه نمایند. وفق ماده ۳۶ کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت، «کمیته حقوق معلولان»^{۱۴} رکن نظارت کننده بر حسن اجرای این کنوانسیون توسط دولت‌های عضو می‌باشد.^{۱۵} همان‌طور که در گفتار اول ذکر شد یکی از تعهدات عمده دولت‌های عضو تعهد به گزارش دهی است. به موجب ماده ۳۵ کنوانسیون مزبور، این دولت‌ها موظفند اولین گزارش را ظرف دو سال از زمان لازم الاجرا شدن کنوانسیون برای آن‌ها و گزارش‌های بعدی را هر چهار سال یکبار به کمیته حقوق معلولان ارائه نمایند. گزارشات دولت‌های عضو در کمیته مذکور به دقت بررسی و عنداللزوم پیشنهادات و توصیه‌های عمومی در مورد آن ارائه خواهد گردید. نظام گزارش دهی را معمولاً یک سازوکار حقیقت‌یاب و راستی آزما تلقی می‌نمایند.

ب) نظام رسیدگی به شکایات فردی از سوی کمیته حقوق معلولان

این نظام را در شرایط فعلی مؤثرترین شیوه و ابزار حمایت از حقوق بشر می‌دانند. کارکرد کمیته حقوق معلولان در این جا یک کارکرد شبه قضایی است. به موجب «پروتکل الحاقی به کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت»^{۱۶} از جمله صلاحیت‌هایی که دولت‌های عضو کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیتی ندارند برای کمیته حقوق معلولان به رسمیت بشناسند، صلاحیت رسیدگی به شکایات^{۱۷} افراد و گروه‌های تابع صلاحیت آن‌ها در این کمیته است که به نحوی مدعی نقض حقوق به رسمیت شناخته شده خود از سوی آن دولت عضو می‌باشند. شرط صلاحیت یافتن کمیته حقوق معلولان برای پذیرش و رسیدگی به چنین شکایاتی، عضویت دولت طرف شکایت در این پروتکل الحاقی است. در صورتی که یک دولت عضو کنوانسیون به عضویت پروتکل در نیامده باشد، طبعاً کمیته صلاحیت پذیرش و رسیدگی به شکایات علیه آن دولت را ندارد. در واقع این یک نظام اختیاری است. حال در فرض صلاحیت کمیته، روند کار به این شکل است که کمیته شکایات واصله را در صورت قابل استماع بودن^{۱۸} به صورت محرمانه مورد رسیدگی قرار می‌دهد و از دولت عضو مربوطه توضیحات و اظهارات مکتوبی را درخواست می‌نماید. رسیدگی کمیته می‌تواند متضمن دادرسی فوری جهت اتخاذ اقداماتی

14- Committee on the Rights of Persons with Disabilities.

15- برای مشاهده ترکیب اعضا و نحوه انتخاب آن‌ها به ماده ۳۲ کنوانسیون مراجعه شود.

16- Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

17- Communications.

18- برای مشاهده شرایط قابل استماع بودن یک شکایت در کمیته به مواد ۱ و ۲ پروتکل الحاقی مراجعه شود.

برای جلوگیری از ورود آسیب‌های جبران‌ناپذیر احتمالی نسبت به قربانی ادعایی چنین نقض حقوقی نیز باشد. پس از رسیدگی به یک شکوائیه، کمیته پیشنهادات و توصیه‌های خود را برای دولت عضو مربوطه و شاکی ارسال می‌نماید. به موجب ماده ۶ این پروتکل، جدای از شکایات فردی، در صورتی که کمیته اطلاعات موثقی از نقض‌های جدی و سیستماتیک حقوق مندرج در کنوانسیون از سوی یک دولت عضو دریافت نماید، آن دولت را به همکاری در رسیدگی به این اطلاعات و پاسخ‌دهی به آن فرا می‌خواند. کمیته می‌تواند حتی یک یا چند نفر از اعضای خود را برای انجام تحقیق و ارائه گزارش فوری به کمیته مامور نماید. این تحقیق و گزارش‌دهی، با رضایت آن دولت عضو، می‌تواند متضمن دیدار از سرزمین آن دولت نیز بشود. متأسفانه جمهوری اسلامی ایران همانند پروتکل الحاقی به میثاق حقوق مدنی و سیاسی، به عضویت این پروتکل نیز در نیامده است! ■

پی‌نوشت‌ها:

ماده واحده قانون تصویب کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت مصوب ۸۷/۹/۱۳ قابل

دسترس در:

<http://tarh.majlis.ir>

Convention on the rights of persons with disabilities & optional protocol to the Convention on the rights of persons with disabilities: <http://www.un.org/disabilities>.

General Comment No.5. Adopted by the committee on economic, social and cultural rights: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc>.

General Recommendation No.18. Adopted by the committee on the elimination of discrimination against women: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc>.

Human rights of persons with disabilities: www.hrea.org.

قانون خلاف صلاحیت وامول دادرسی

شاپور اسماعیلیان

وکیل دادگستری و مدرس دانشگاه - ارومیه

تعطل در تهیه و تدوین برخی لوایح قضایی ضروری، گاهی بی توجهی قوه مجریه در ارسال به موقع این لوایح به مجلس و یا دخل و تصرف فراقانونی در برخی مقررات آن‌ها و از همه مهم‌تر، تصویب غیرکارشناسانه این گونه لوایح در کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس (برای اجرای آزمایشی) و همین‌طور تبعات منفی ناشی از تمدید مکرر اجرای قوانین آزمایشی، به رغم ایرادات آن‌ها و خلاءهای قانونی از جمله چالش‌های مستمر مراجع قضایی است. که حاصل آن جز نابسامانی در روند رسیدگی‌ها و اطاله دادرسی و مآلاً نارضایتی مردم، نتیجه دیگری دربر نخواهد داشت. بدون تردید برای بیان مصداق‌های هر یک از موارد مطرح، در این نوشتار مجالی نیست. اما برای نمونه به تمدید مکرر اجرای آزمایشی قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸/۱/۲۲ اشاره می‌شود. این رویکرد درحالی صورت می‌گیرد که با وجود تشکیل مجدد دادرهای عمومی و انقلاب به موجب اصلاحات مورخ ۱۳۸۱/۷/۲۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، این نهاد قضایی کماکان با خلاء قانونی جامع روبه‌رو است. اینک مورد بحث در این نوشتار، تصویب قانون شوراهای حل اختلاف توسط کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس می‌باشد که طبق اصل ۸۵ قانون اساسی، مجلس با اجرای آزمایشی آن به مدت پنج سال موافقت نموده است. مقررات این قانون که بعد از سال‌ها تشکیل فراقانونی شوراهای حل اختلاف با دخل و تصرف کمیسیون حقوقی و قضایی در لایحه پیشنهادی قوه قضاییه به تصویب رسیده، آن‌چنان در تقابل با اصول متعدد قانون اساسی و قواعد مسلم دادرسی است که می‌توان اذعان کرد تاکنون کمتر قانونی با این ویژگی‌ها به تصویب رسیده است. نگارنده سابقاً طی یادداشت‌های جداگانه‌ای برخی از ایرادات و اشکالات این قانون را که در مورخه ۸۷/۴/۱۸ به تصویب کمیسیون رسیده و از مورخه ۸۷/۶/۲۳ قابل اجرا است، بیان داشته، اما با کمال تأسف یکی از مقامات محترم قضایی (محلی) در جریان یک همایش با نگاه سطحی به این ایرادات، به نگارنده ایراد نموده‌اند که از مقررات ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بی‌اطلاع بوده‌ام (!) زیرا این قانون نیز به تصویب شورای نگهبان رسیده است. ظاهراً به رغم بدیهی بودن این موضوع از سوی مقامات بلندپایه قوه قضاییه که تشکیل شورای حل اختلاف و ادامه فعالیت آن، نیاز به قانون داشته و با آیین‌نامه نمی‌توان صلاحیت‌های قضایی را به اشخاص فاقد صلاحیت قضا واگذار کرد، از نظر این مقام قضایی محلی مقررات ماده ۱۸۹ برنامه سوم توسعه برای تأمین این مقصود کافی بوده و هست. درحالی که قوه قضاییه از مدت‌ها قبل لایحه شوراهای حل اختلاف و نهاد قاضی تحکیم را تدوین و به مجلس شورای اسلامی تقدیم نموده بود و جدای از این که مقررات این لایحه پیشنهادی نیز به لحاظ مغایرت آن با اصول متعدد قانون اساسی مورد انتقاد شدید برخی از حقوق‌دانان شهر قرار گرفته. اما اینک آن‌چه بعد از

زیر و روکردن لایحه در کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس به تصویب رسیده، باز مغایر با قانون اساسی یا اصول و قواعد دادرسی است که در این نوشتار به بخشی از این ویژگی‌ها می‌پردازد:

۱- صلاحیت شورا و قاضی شورا در رسیدگی و صدور حکم به امور حقوقی و کیفری در قانون شوراهای حل اختلاف تفکیک شده است. افزون بر این، قاضی شورا گذشته از صلاحیت رسیدگی بدوی به امور حقوقی احصاء شده در قانون، واجد صلاحیت رسیدگی تجدیدنظر به آراء صادره از شورا می‌باشد و آراء بدوی صادره از طرف قاضی شورا که هیچ محدودیتی در پایه و سمت قضایی وی وجود ندارد قابل تجدیدنظر در دادگاه‌های عمومی است. به سخن دیگر قاضی واحد شورا که از میان قضات شاغل در دادگستری منصوب می‌شود علاوه بر اشتغال به قضاء در دادگستری، در وقت فوق‌العاده - غیر اداری - عهده‌دار رسیدگی بدوی و تجدیدنظر به آراء اعضاء شورا خواهد بود که الزامی به حقوق‌دان بودن آن‌ها نیست (۱) زیرا صلاحیت اعضاء غیرقضایی شورا صرفنظر از اقدام به صلح و سازش با تراضی طرفین در تمامی امور مدنی و حقوقی، جرایم قابل گذشت و جنبه خصوصی جرایم غیر قابل گذشت» مطابق ماده ۹ قانون مذکور عبارت است از رسیدگی و صدور رأی در جرایم بازدارنده و اقدامات تأمینی و تربیتی و امور خلافی از قبیل تخلفات راهنمایی و رانندگی که مجازات قانونی آن حداکثر و مجموعاً تا سی میلیون ریال و یا تا سه ماه حبس باشد البته در قوانین موضوعه فعلی تعیین مجازات حبس کمتر از ۹۱ روز تجویز نشده است. به یقین واگذاری صلاحیت رسیدگی و صدور رأی در امور کیفری به افراد فاقد شرایط قضاء مغایر اصول ۱۵۹ و ۱۶۳ قانون اساسی است زیرا برابر این اصول «دادگستری مرجع رسمی تظلمات» و «تشکیل دادگاه‌ها به موجب قانون» و «صفات و شرایط قاضی» نیز طبق قانون می‌باشد. همین‌طور این رویکرد برخلاف مقررات اصل ۳۶ قانون اساسی است که تأکید می‌کند «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». ماده ۲۱ قانون شورا مقرر می‌دارد «رسیدگی شورا [منظور اعضاء غیرقضایی] تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی نیست» حال سؤال این است آیا رسیدگی به جرایم بازدارنده و آنچه که در ماده ۹ مذکور احصاء شده [نصاب مجازات نقدی قانونی تا ۳۰ میلیون ریال] تابع آیین دادرسی کیفری است یا نه؟ پاسخ مورد در قانون مسکوت است بنابراین منطقیاً افراد فاقد صلاحیت قضاء در رسیدگی به جرایم مقرر در ماده ۹ باید تشریفات آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب را (از قبیل احضار، جلب، بازجویی، تفهیم اتهام، اخذ تأمین و...) رعایت نمایند به استثناء مواردی که طبق قانون آیین دادرسی کیفری به رعایت آن‌ها الزامی نیست. از آنجایی که رسیدگی به هر جرمی تابع تشریفات قانونی آمره است به نحوی که قضات نیز مجاز به عدول از این مقررات شکلی آمره نمی‌باشند، چگونه قابل توجیه است صلاحیت تحقیق و رسیدگی و صدور رأی درباره جرایمی با مجازات نقدی قانونی تا ۳۰ میلیون ریال به اشخاص فاقد صلاحیت قضاء تفویض گردد؟ به ویژه این که اتخاذ تصمیم درباره تخلف از برخی نظامات مربوطه از قبیل امور بهداشتی، حرفه‌ای، صنعتی، پزشکی، فنی مهندسی، شهرداری، راهنمایی و رانندگی و... مستلزم اشراف به مسائل تخصصی و حقوقی است و از آنجایی که محکومیت کیفری به ارتکاب امور خلافی ممکن است بعداً مبنای محکومیت

به پرداخت خسارت ناشی از تخلف در محاکم عمومی گردد نباید رسیدگی به تخلفات ناشی از این امور را کم اهمیت تلقی کرد. (ر.ک به یادداشت نگارنده تحت عنوان قانون شوراهای حل اختلاف یا تحول نظام قضایی؟! - روزنامه اعتماد ملی ۸۷/۱۰/۲۸)

۲- مطابق ماده ۱۱ قانون، قاضی شورا [که می‌تواند دادیار کم سابقه دادسرا نیز باشد] در موارد زیر با مشورت اعضاء شوراهای حل اختلاف [که صرفاً جنبه تشریفاتی دارد] رسیدگی و مبادرت به صدور رأی می‌نماید: ۱- دعاوی مالی در روستا تا بیست میلیون (۲۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال و در شهر تا پنجاه میلیون (۵۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال. ۲- کلیه دعاوی مربوط به تخلیه عین مستأجره به جز دعاوی مربوط به سرقتی و حق کسب و پیشه. ۳- صدور گواهی حصر وراثت، تحریر ترکه، مهر و موم ترکه، و رفع آن. ۴- ادعای اعسار از پرداخت محکوم به در صورتی که شورا نسبت به اصل دعوی رسیدگی کرده باشد. و برابر ماده ۳۱ قانون، مرجع تجدیدنظر از آراء شورا، قاضی شورا و مرجع تجدیدنظر از آراء قاضی شورا، دادگاه عمومی همان حوزه قضایی می‌باشد و نکته دیگر این که ماده ۲۰ قانون مقرر می‌دارد: رسیدگی قاضی شورا از حیث اصول و قواعد تابع مقررات آیین دادرسی مدنی و کیفری است و تبصره ۱ همان ماده می‌گوید: اصول و قواعد حاکم به رسیدگی شامل مقررات ناظر به صلاحیت، حق دفاع، حضور در دادرسی، رسیدگی به دلایل و مانند آن است و تبصره ۲ صراحت دارد مقررات ناظر به وکالت، صدور رأی، وخواهی، تجدیدنظر و هزینه دادرسی از حکم مقرر در ماده فوق مستثنی و تابع این قانون است.

و اما ابداعها و ایرادات این مقررات: اولاً معلوم نیست قانون‌گذار با کدام توجیه صلاحیت گسترده در رسیدگی به امور حقوقی را به قاضی واحد شورا آن‌هم در وقت فراغت از مشغله قضایی مربوط به پست سازمانی خود، در شورای حل اختلاف تفویض می‌نماید در حالی که اعضاء شورا در رسیدگی به موارد مذکور فاقد صلاحیت می‌باشند و قید مشاوره قاضی با اعضاء شورای فاقد اطلاعات قضایی، بی‌معناست. و اگر قرار است این قاضی واحد چنین وظیفه قضایی را عهده‌دار باشد چرا باید به‌جای دادگاه، در شورا این مسئولیت را به عهده بگیرد و اگر منظور تسهیل تشریفات دادرسی است آیا در صورت تصویب مقررات، این کار در محاکم عمومی عملی نیست؟! ثانیاً همین قاضی واحد شورا که به‌لحاظ تعدد شعب شورا و کمبود کادر قضایی باید قضایی باید در چند شعبه شورا انجام وظیفه نماید هم‌زمان به‌عنوان (مرجع تجدیدنظر) از احکام اعضاء شورا تعیین شده است و بدعت قانون‌گذار این است که شخص را عنوان مرجع تجدیدنظرخواهی مقرر داشته و به‌لحاظ تراکم امور و ایجاد تمرکز قضایی، بدون شک ضریب اشتباه و خطای قضایی افزایش خواهد یافت و به ویژه این که این بار مرجع تجدیدنظر از آراء قاضی شورا، به‌جای دادگاه تجدیدنظر استان، قاضی واحد دادگاه عمومی حوزه قضایی مربوطه است و به‌هرحال دادگاه عمومی نسبت به آراء صادره از طرف قاضی شورا، در جایگاه تجدیدنظر قرار می‌گیرد بنابراین با وجود تقلیل آمار ورودی پرونده‌های داخل در صلاحیت رسیدگی بدوی دادگاه عمومی، این مرجع باید بار پرونده‌های مربوط به تجدیدنظرخواهی را تحمل نماید و تا دیروز که مطابق ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، احکام دادگاه عمومی در دعاوی مالی با خواست بیش از سیصد هزار تومان

در محاکم تجدیدنظر استان (متشکل از سه قاضی) قابل تجدیدنظر بود اینک همین قاضی دادگاه عمومی صلاحیت دارد به عنوان مرجع تجدیدنظر نسبت به آراء صادره از طرف قاضی شورا تا نصاب پنج میلیون تومان خواسته رأی قطعی صادر نماید (!) و جالب این است که اگر قاضی شورا دارای پست قضایی ثابت در دادگاه تجدیدنظر باشد (مانند مستشار، دادرس دادگاه عمومی (با رتبه و پست پایین تر از قاضی دادگاه تجدیدنظر) قانوناً مجاز می باشد نسبت به آراء صادره از سوی قاضی با پست سازمانی بالاتر از خود (از باب تجدیدنظرخواهی) رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید (!) ثالثاً مشخص نیست قانون گذار با چه منطقی صلاحیت قاضی شورا را در دعاوی مالی روستا تا بیست میلیون تعیین نموده است؟! و نکته دیگر قابل یادآوری این است. منظور از دعاوی مالی، تنها دعاوی ای که موضوع آن ها بالذات و به طور مستقیم مطالبه وجه باشد، نیست. بلکه بسیاری از دعاوی رایج مانند الزام به تنظیم سند رسمی انتقال، خلع ید، اعتراض به تحدید حدود، ثبت ملک، افراز و... از مصادیق دعاوی مالی است و گذشته از این باتوجه به ملاک بهاء خواسته بر مبنای ارزش منطقه ای املاک و اموال در عمل دعاوی مالی فراوانی تا حد نصاب پنج میلیون تومان، قابل طرح در شورای حل اختلاف است (به عنوان نمونه دعوی الزام به تنظیم سند رسمی انتقال یک باب خانه با قیمت واقعی دویست میلیون تومان) بنابراین یک دادیار کم سابقه دادسرا با کدامین اندوخته قضایی می تواند به عنوان قاضی شورا به این نوع دعاوی رسیدگی و رأی صادر نماید و همین طور به عنوان مرجع تجدیدنظر نسبت به تجدیدنظرخواهی از احکام کیفری اعضاء غیرقضایی شورا (تا نصاب مجازات نقدی قانونی سه میلیون تومان رسیدگی و رأی قطعی صادر نماید؟! رابعاً تشخیص اصول و قواعد حاکم بر رسیدگی به نحو مقرر در ماده ۲۰ قانون و الزام قاضی شورا به رعایت آن واقعاً خالی از ابهام و اشکال نیست و همین طور اغلب مقررات این قانون ۵۱ ماده ای این خصیصه را ندارد؟!.

۳- از پیش شرط های حق بهره مندی از محاکمه عادلانه، «ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری»، «تهیه و تصویب لوایح قضایی متناسب» و همین طور «به کارگیری قضات فاضل و توانمند» است به بیان دیگر ضمن اصلاح ساختار تشکیلات قضایی و تصویب قوانین ضروری و متناسب، بهره گیری از قضات توانا و متعهد است که می تواند زمینه های برخورداری از حق محاکمه عادلانه را - اعم از دادخواهی و دفاع - بهبود بخشد. بنابراین هرگونه اصلاحات مخالف قانون اساسی و اصول و قواعد شناخته شده دادرسی در تقابل با برخورداری از این حق است و فاقد اثربخشی و کارایی لازم خواهد بود. همین طور این اصلاحات جز اختلال در روند دادرسی و افزایش چشمگیر ضریب خطا و اشتباه در تصمیمات قضایی و نارضایتی شهروندان، حاصلی در بر نخواهد داشت. تصویب قانون شوراهای حل اختلاف مصداق بارز این گونه اصلاحات غیرکارشناسی است. نگارنده شرط ثبوت نظر خود را به مرور زمان - البته نه طولانی - موکول می نماید. ■

نقد لایحه جدید حمایت از خانواده با تأکید بر مهمترین ایرادات و آخرین اصلاحات آن

دکتر زنا قراچورلو

وکیل دادگستری

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز

- قسمت اول -

مقدمه

لایحه حمایت از خانواده بنا بر پیشنهاد قوه قضاییه در پنجاه ماده به هیأت دولت تقدیم شد و در جلسه مورخ ۱۳۸۶/۴/۳ توسط هیأت وزیران به تصویب رسید. لیکن هیأت وزیران یا دولت این لایحه پیشنهادی را با اعمال بیست و نه مورد تغییر مفهومی و پانزده مورد تبدیل و تغییر در واژه‌ها در پنجاه و سه ماده به مجلس شورای اسلامی در دوم مرداد ماه ۱۳۸۶ و طی نامه شماره ۶۸۳۵۷ با امضای ریاست جمهور از طرف هیأت دولت، خطاب به ریاست وقت مجلس شورای اسلامی، جهت بررسی و تصویب مجلس ارسال نمود. لازم به ذکر است که لایحه جدید حمایت از خانواده با فوریت دو شوری (!) در جلسه علنی شماره ۳۴۱ مجلس شورای اسلامی مورخ روز سه شنبه ۱۳۸۶/۵/۲ مطرح شد.

این اعمال تغییرات در لایحه پیشنهادی قوه قضاییه از طرف دولت در حالی است که به استناد بند دوم اصل ۱۵۸ قانون اساسی و نیز بند سوم تفسیر مورخ ۱۳۷۹/۷/۳۰ شورای محترم نگهبان از این اصل، ایجاد تغییر در لوایح قضایی از طرف دولت جایز نمی‌باشد. اعمال این گونه تغییرات علاوه بر مغایرت با مستندات قانونی یاد شده، موجب سلب امکان حق و انجام وظیفه قانونی قوه قضاییه در ارائه پیشنهادهای لازم به مجلس محترم شورای اسلامی و در نهایت منجر به ناهماهنگی در کلیت و اهداف اصلی لایحه خواهد شد.

در این مقاله طی بندهای جداگانه به نقد و بررسی دقیق مفاد لایحه مذکور خواهیم پرداخت و مهمترین ایرادات آن و آخرین اصلاحات انجام شده را مطرح و در نتیجه‌گیری بیان خواهیم نمود که آیا این لایحه اساساً و در مفاد کلی و جزئی خود می‌تواند آن گونه که ادعا می‌شود تأثیر مثبتی در تحکیم بنیان‌های نهاد مهم خانواده و کانون گرم آن داشته باشد یا بالعکس نتیجه کاملاً معکوسی در جهت افزایش نابهنجاری‌های اجتماعی و خشونت‌های خانگی، انتقام‌جویی و همسرکشی توسط زنان و غیره خواهد داشت.

الف- رسیدگی تخصصی به دعاوی خانوادگی و آخرین اصلاحات

طبق ماده یک این لایحه، تأسیس دادگاه خانواده مورد نظر قرار گرفته است درحالی که دادگاه‌های فعلی همان دادگاه‌های عمومی هستند که تعدادی از شعب آن‌ها برای رسیدگی به دعاوی خانوادگی اختصاص یافته است، بنابراین در حال حاضر دادگاه خانواده مستقل نداریم و در همین راستا استفاده از تعدد قاضی در دادگاه خانواده و الزامی نمودن حضور بانوان دارای پایه قضایی در دادگاه خانواده و مداخله آن‌ها در فرایند رسیدگی و صدور رأی از ابتکارهای لایحه پیشنهادی قوه قضاییه بوده است.

به موجب ماده دوم لایحه پیشنهادی قوه قضاییه «دادگاه خانواده با حضور رئیس یا دادرس علی‌البدل و دو مستشار تشکیل می‌شود که یکی از اعضای دادگاه باید از بانوان دارنده پایه قضایی باشد، رسمیت جلسه و صدور رأی با اکثریت امکان پذیر است.» درحالی که متأسفانه در لایحه پیشنهادی هیأت دولت با اعمال تغییر در ماده دوم لایحه پیشنهادی قوه قضاییه، کلمه **باید** (در مورد حضور بانوان زن دارای رتبه قضایی) به کلمه **حتی المقدور** تغییر یافت و همچنین از واژه **مستشار** به جای **دارنده پایه قضایی** برای بانوان استفاده شد که در صورت تصویب لایحه دولت، نقش زنان دارای پایه قضایی فقط به یک نقش مشورتی محدود می‌شد که این نقش در حال حاضر در دادگاه‌های خانواده وجود دارد و از این نظر لایحه دولت، موضوع جدیدی را مطرح نمی‌کرد.

لازم به توضیح است که طی آخرین نشست کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی در آذر ماه سال جاری، کلمه «**حتی المقدور**» حذف شد و قرار است تا کمیسیون یاد شده با توجه به نظر حقوق‌دانان، قضات و اساتید دانشگاه، تصمیم تخصصی در این مورد اتخاذ نماید.

ب- دعاوی خانوادگی و شوراهای حل اختلاف

نکته مهم دیگری که باید به آن پرداخت آن است که طبق تبصره دوم^۱ ماده بیست و یکم لایحه پیشنهادی دولت، رسیدگی به دعاوی خانوادگی به شوراهای حل اختلاف واگذار شده است در حالی که در لایحه تنظیمی قوه قضاییه اصلاً چنین مقرره و ماده‌ای وجود ندارد و اضافه نمودن ماده یاد شده از ابتکارات ناصحیح دولت بوده است. اعتقاد قوه قضاییه بر عدم دخالت شوراهای حل اختلاف در امور خانواده و دعاوی خانوادگی کاملاً از مفاد لایحه پیشنهادی آن قوه (به خصوص در موارد یک و بیست و یکم آن) محرز می‌باشد.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در بند سوم از اصل بیست و یکم به ایجاد دادگاه صلح برای حفظ کیان و بقای خانواده به عنوان یکی از وظایف دولت در جهت احقاق حقوق زنان تأکید کرده است درحالی که اعضای شوراهای حل اختلاف، لزوماً همگی حقوق‌دان

۱- تبصره دوم از ماده بیست و یکم لایحه دولت: «کلیه اختلافات و منازعات خانوادگی قابل طرح در شوراهای حل اختلاف می‌باشد. در صورت مراجعه طرفین شوراهای یاد شده، با حضور کارشناس مربوط تشکیل واحدهای صادره به استثناء حکم طلاق، لازم الاجراست در صورتی که نظر بر اجرای حکم طلاق باشد پرونده به دادگاه رجوع می‌شود.»

نبوده و ممکن است فاقد شرایط قضاوت باشند. دخالت شوراهاى حل اختلاف با مراکز مشاوره‌اى در دعاوى خانوادگى مفسده انگيز و موجب امللاع یافتن افراد غيرمسئول از اسرار خانواده محسوب مى‌شود.

پ- ثبت يا عدم ثبت متعه (ازدواج موقت يا صيغه)

طبق ماده بيست و دوم^۲ لايحه پيشهادى قوه قضاييه، اول آن‌كه فقط ثبت نكاح دايمي الزامى است و ثبت واقعه متعه يا نكاح منقطع (صيغه) الزامى نمى‌باشد، نكته دوم آن‌كه به موجب تبصره ماده يادشده^۳ در نكاح موقت فقط در صورتى كه زن باردار شود، اين نكاح هم بايد ثبت گردد و در ديگر موارد به غير از مورد باردارى زن، ثبت نكاح منقطع و صيغه اجبارى نيست بلكه فقط در صورت توافق زوجين انجام مى‌شود.

درحالى‌كه همين تبصره فوق يعنى الزامى بودن ثبت نكاح منقطع درصورت باردار بودن زن در لايحه دولت به‌طوركللى حذف شده است و در واقع اگر لايحه دولت در مجلس به تصويب برسد، ثبت نكاح منقطع به هيچ وجه الزامى نمى‌باشد. در لايحه دولت، تبصره ديگرى با مضمون ذيل اضافه شده است: «ثبت نكاح موقت تابع آيين‌نامه‌اى است كه به تصويب وزير دادگستري مى‌رسد».

عدم ثبت ازدواج موقت بيش از هر امر ديگرى موجب ضرر و زيان زنان صيغه‌اى خواهد شد و هيچ كس نمى‌تواند در اين صورت از حقوق آن‌ها دفاع كند! اگر رابطه نامشروع به آن‌ها نسبت داده شود و آن‌ها ادعا كنند كه صيغه بوده‌اند، طبق اصل صحت بايد ادعاى آن‌ها را پذيرفت و اصل را بر صحت رابطه گذاشت زيرا ثبت صيغه الزامى شناخته نشده است.

لازم به توضيح است كه واژه متعه به معنای بهره جستن، تمتع گرفتن و در واقع لذت جنسى است و بسيار بعيد به نظر مى‌رسد كه در ازدواج موقت، دو نفر با يكد-يگر شرط كنند كه رابطه جنسى با هم نداشته باشند. مدافعان حقوق زنان اساساً صيغه را نكاح يا ازدواج نمى‌دانند، چون هدف اصلى در ازدواج تشكيل خانواده و دوام آن است نه فقط تمتع جنسى و بهره بردارى از زن بدون آن‌كه زن صيغه‌اى از هيچ حق و حقوق قانونى برخوردار شود!

همچنين ذكر اين نكته مهم و ضرورى است كه عدم ثبت ازدواج دائم به موجب قانون مجازات اسلامى مصوب ۱۳۷۵/۳/۲^۴، داراى اين ضمانت اجرا بوده كه جرم محسوب شده و مجازات آن حبس تعزيرى تا يكسال تعيين شده است و نيز طبق قانون حمايت از خانواده

۲- ماده بيست و دوم لايحه پيشهادى قوه قضاييه مقرر مى‌دارد: «ثبت نكاح دائم، فسخ و فسخ آن، طلاق، رجوع و اعلام بطلان نكاح و طلاق الزامى است».

۳- تبصره: «هر گاه نكاح موقت صورت گيرد و زن باردار شود، اين نكاح تيز بايد ثبت شود. ثبت نكاح موقت در ساير موارد، براساس توافق زوجين به عمل مى‌آيد».

۴- ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامى مقرر مى‌دارد: «به منظور حفظ كيان خانواده ثبت واقعه ازدواج دائم، طلاق و رجوع طبق مقررات الزامى است، چنان‌چه مردى بدون ثبت در دفتر رسمى مبادرت به ازدواج دائم، طلاق و رجوع نمائيد به مجازات حبس تعزيرى تا يكسال محكوم مى‌گردد».

ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامى: «ازدواج قبل از بلوغ بدون اذن والى ممنوع است چنان‌چه مردى با دخترى كه به حد بلوغ نرسيده بر خلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنى و تبصره ذيل آن ازدواج نمائيد به حبس تعزيرى از شش ماه تا دو سال محكوم مى‌گردد».

سال ۱۳۵۳، به‌خاطر عدم ثبت ازدواج دائم، مرد را به حبس تا ۶ ماه محکوم می‌نمودند، درحالی‌که اگر لایحه دولت تصویب شود، تعدد زوجات به صورت نکاح دائم بدون لزوم ثبت آن و از همه مهم‌تر حقوق قانونی همسر اول و نیز زنان صیغه شده (در نکاح منقطع) را به شدت در معرض خطر قرار خواهد داد.

از آن‌جا که در ماده آخر یعنی ماده پنجاه و سوم لایحه جدید حمایت از خانواده به صراحت بیان شده است که «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، تمامی قوانین و مقررات مغایر نسخ می‌شوند...» و از جمله مواد و قوانینی که در این ماده به منسوخ شدن آن‌ها تصریح شده است عبارتند از قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵ و مواد ۶۴۵ و ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵/۳/۲، از این رو کاملاً محرز است که در صورت تصویب لایحه جدید حقوق خانواده پیشنهادی دولت، ثبت نکاح دائم نیز براساس مواد یادشده قبلی، ضروری نخواهد بود!

ت- نبود حقوق قانونی برای زنان صیغه شده (در ازدواج موقت)

طبق ماده ۹۴۰ قانون مدنی^۵، زنان فقط در نکاح دائم ارث می‌برند. بنابراین در ازدواج موقت، زنان صیغه‌ای از همسر خود ارث نمی‌برند و شوهر نیز از وی ارث نمی‌برد. همچنین در ازدواج موقت، طلاق وجود ندارد و جدایی بین زن صیغه شده و شوهر وی فقط با بذل مدت از طرف شوهر و یا با انقضای مدت پایان می‌پذیرد و عملاً و قانوناً زن هیچ‌گونه حقی برای بذل مدت ندارد.

زن در نکاح منقطع حتی حق نفقه هم ندارد مگر آن‌که طی عقد نکاح منقطع، شرط گرفتن نفقه را در آن درج نموده باشد (ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی^۶). اگر شرط نفقه شده باشد چنین شرطی صحیح است و مرد ملزم به پرداخت نفقه تعیین شده خواهد بود. زن صیغه شده تنها در صورتی که زوج در چارچوب وصیت برای وی مالی را پس از فوت خود تعیین کرده باشد از آن‌جا که وصیت تا مقدار ثلث اموال نافذ و صحیح است، در این صورت می‌تواند بعد از فوت همسرش ارث ببرد، در غیر این صورت به هیچ‌وجه هیچ مالی دریافت نخواهد کرد. در صیغه زن اگر دارای فرزند شود، حقوق فرزند آن‌ها مثل حقوق فرزند در نکاح دائم خواهد بود و تفاوتی ندارد. در ازدواج موقت حتماً باید مهریه تعیین شود و تعیین مقدار مهریه (طبق ماده ۱۰۸۰ قانون مدنی) با تراضی طرفین است که به این مهریه، مهرالمسمی می‌گویند.

در خصوص تابعیت، در ازدواج موقت، تابعیت شوهر ایرانی به زن صیغه‌ای (اگر آن زن خود دارای تابعیت ایران نباشد) اعطا نمی‌شود زیرا بند ششم ماده ۹۷۶ قانون مدنی از موردی برای اعطا تابعیت مرد ایرانی به همسر خود صحبت می‌کند که ازدواج دائم باشد و ماده ۹۸۶ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد: «زن غیر ایرانی که در نتیجه ازدواج، ایرانی می‌شود می‌تواند پس از طلاق یا فوت شوهر ایرانی به تابعیت اول خود رجوع نماید»، در ماده یاد شده از واژه طلاق

۵- ماده ۹۴۰ قانون مدنی: «زوجه‌ای که زوجیت آن‌ها دائمی بوده و مستوع از ارث نباشند از یکدیگر ارث می‌برند.»
۶- ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی: «در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد مگر این‌که شرط شده یا آن‌که عقد مدنی بر آن جاری شده باشد.»

نام برده است که مخصوص نکاح دائم است و در صیغه فقط بذل مدت وجود دارد نه طلاق، بنابراین ماده یادشده شامل زنان صیغه شده در ازدواج موقت نمی‌شود.
در پایان این بند پس از آن که طبق مفاد مواد قانون مدنی مشخص گردید که زنان در نکاح منقطع از هیچ حق قانونی برخوردار نیستند (مگر آن که خودشان به صورت شرط ضمن عقد نکاح آن حقوق را درج کنند)، این نتیجه حاصل می‌گردد که اگر صیغه طبق مفاد قوانین داخلی ایران و لایحه جدید، از نظر مسوولان و قانون‌گذاران مجاز و قانونی تلقی می‌شود، پس باید برای پیشگیری از تضییع حقوق احتمالی و اندک این گونه زنان حتماً ثبت گردد، در غیر این صورت مفسده تالی و پیامدهای ناگوار دارد که شاید با همین ثبت ازدواج موقت بتوان از بروز مشکلات بعدی تا حدودی ممانعت نمود.

ث- حذف رضایت همسر اول (ماده ۲۳ لایحه دولت) و آخرین اصلاحات آن

ماده بیست و سوم لایحه پیشنهادی دولت مقرر می‌دارد: «اختیار همسر دائم بعدی منوط به اجازه دادگاه پس از احراز توانایی مالی مرد و تعهد اجرای عدالت بین همسران می‌باشد.»

تبصره: «در صورت تعدد ازدواج چنانچه مهریه حال باشد و همسر اول آن را مطالبه نماید، اجازه ثبت ازدواج مجدد منوط به پرداخت مهریه زن اول است.»

این ماده در لایحه پیشنهادی قوه قضاییه اساساً وجود نداشته است و از جمله همان ابتکارات و اعمال تغییرهای بیست و نه موردی گفته شده در مقدمه این مقاله توسط دولت بوده است! ماده یاد شده دارای ایرادات و نکات مهم ذیل می‌باشد:

۱- به موجب این ماده فقط برای ازدواج دائم بعدی به اجازه دادگاه نیاز است، بنابراین صیغه کردن و نکاح منقطع به هیچ وجه نه نیازی به رضایت زن اول دارد و نه نیازی به اجازه و مجوز دادگاه!

۲- محتوای این ماده قبلاً در شروط ضمن عقد نکاح دائم در عقدنامه‌ها وجود داشته متنها رضایت همسر اول برای ازدواج دائمی بعدی شوهر وی، شرط لازم بوده است و طبق ماده هفدهم قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ اگر مردی بدون اجازه همسر اول خود مجدداً ازدواج می‌کرد، همسر اول حق طلاق داشت و ضمناً حق مردان را نیز برای ازدواج مجدد سخت‌تر و محدودتر کرده بود، بدین ترتیب که ماده شانزدهم قانون حمایت از خانواده سال ۱۳۵۳ به صراحت بیان نموده بود که «مرد نمی‌تواند با داشتن زن، همسر دوم اختیار کند مگر در موارد زیر:

۱- رضایت همسر اول،

۲- عدم قدرت همسر اول به ایفای وظایف زناشویی،

۳- عدم تمکین زن از شوهر،

۴- ابتلای زن به جنون یا امراض صعب‌العلاج موضوع بندهای ۵ و ۶ از ماده ۸

- ۵- محکومیت زن وفق بند ۸ ماده ۸،
 ۶- ابتلای زن به هرگونه اعتیاد مضر برابر بند ۹ ماده ۸،
 ۷- ترک زندگی خانوادگی از طرف زن،
 ۸- عقیم بودن زن،
 ۹- غایب مفقودالاثر شدن زن برابر بند ۱۴ ماده ۸.

اما همانطور که شرح داده شد در ماده بیست و سوم لایحه دولت، شرط ازدواج مجدد مردان فقط اخذ مجوز از دادگاه است و رضایت همسر اول به طور کلی حذف شده و متأسفانه اهمیت رضایت و اجازه زن اول به لحاظ روحی، عاطفی، انسانی، اخلاقی، اجتماعی و قانونی مورد توجه قرار نگرفته است!

۳- نکته سوم آن که دادگاه فقط به صرف ادعای مرد متقاضی ازدواج مجدد مبنی بر آن که وی توانایی مالی برای اجرای عدالت دارد، مجوز ازدواج دوم را صادر خواهد نمود و مرد فقط ملزم به پرداخت مهریه زن اول خود (آن هم تنها در صورتی که زن اول مهریه اش را مطالبه کند) می باشد، ضمناً پرداخت مهریه زن اول هم چندان مانع دشواری نخواهد بود. علاوه بر آن که در زمان درخواست مرد برای صدور اجازه ازدواج مجدد، الزامی برای دادگاه وجود ندارد که حتماً همسر اول را به دادگاه فراخواند و از وی سؤال کند که آیا ری مهریه اش را مطالبه می نماید یا خیر!

۴- نکته چهارم در این لایحه دولت (ماده بیست و سوم) آن است که فقط ادعای توانایی مالی داشتن مرد و احراز آن توسط دادگاه برای دادگاه کافی می باشد تا اجرای عدالت بین همسران را تشخیص دهد و مجوز ازدواج دوم مرد را صادر کند! در حالی که نیازهای زنان به هیچ وجه به نیازهای جنسی و اقتصادی محدود نمی شود بلکه نیازهای عاطفی و معنوی، مورد توجه و محبت بودن زن، احساس اعتماد به نفس و جذابیت داشتن زنان، احساس امنیت و آرامش در زندگی خانوادگی و دیگر ملاحظات روان شناختی زنان کاملاً در این ماده نادیده گرفته شده است.

۵- همچنین توانایی و تمکن مالی مرد نیز امری نسبی و گاه موقت بوده و ممکن است دائمی و پایدار نباشد.

۶- خود مفهوم عدالت و اجرای آن هم یک امر کاملاً نسبی است نه مطلق و هیچ معیار و ضابطه مشخص و قانونی برای احراز عدالت و اجرای آن میان زنان (همسران) متعدد یک مرد وجود ندارد. عدالت چیست؟! و چه کسی یا چه مرجعی می خواهد به درستی تشخیص دهد که عدالت میان همسر اول مرد و همسر دوم یا سوم یا... مرد و یا زنان صیغه ای او که به احتمال فریب به یقین، جوان تر و دارای امکانات مالی و تحصیلی بیشتر، زیباتر و... می باشند، رعایت می گردد؟! آیا اجرای عدالت فقط عدالت مالی و تأمین نیازهای اقتصادی زن است یا ملاحظات معنوی، عشق و محبت یکسان، توجه عاطفی به زن و... هم باید از طرف مرد

رعایت و اعمال شود و چگونه دادگاه می‌تواند قدرت و توانایی اجرای دقیق عدالت میان همسران را احراز کند و با کدام راهکار یا ابزاری؟!۹

ج- اجرای عدالت بر اساس آیات مرتبط در قرآن مجید

درخصوص ادعای مرد و تعهد دادن وی به دادگاه برای اجرای عدالت میان همسران خود باید در این‌جا به دو آیه از قرآن مجید اشاره نمود.

اول: آیه سوم از سوره نساء^۷ که سه شرط در آن ذکر شده است: شرط اول آن‌که این آیه درباره یتیمانی است که سرپرستی آن‌ها به مرد واگذار شده است، شرط دوم آن‌که بیستم و ترضیع حق آن‌ها برود و شرط سوم آن‌که عدالت رعایت گردد و فقط با وجود این شرایط، ازدواج مجدد مرد مجاز شناخته شده است و حتی اگر بیست آن وجود داشته باشد که عدالت رعایت نشود، در این آیه توصیه به اکتفا کردن مردان به یک همسر شده است.

دوم: آیه ۱۲۹ سوره نساء^۸ که می‌فرماید: «شما هرگز نمی‌توانید میان زنان به عدالت رفتار کنید و هرچندکه راغب و حریص به عدالت و راستی باشید [تمایل قلبی به یک زن به خاطر حسن جمال و جوانی و غیره از اختیار شما خارج است] پس به نا به میل خود یکی را بهره‌مند و دیگری را محروم نکنید تا بلا تکلیف و معلق بماند و اگر سازش کنید و پرهیزگار باشید همانا خداوند بخشنده و مهربان است.»

همان‌طور که ملاحظه می‌شود در آیه یادشده فوق بیان شده است «لَنْ تَسْتَطِيعُوا» یعنی شما هرگز نمی‌توانید، پس رعایت و اجرای عدالت میان زنان متعدد توسط مرد همان‌گونه که در آیه سوم سوره نساء هم قبلاً ذکر گردید، امری بعید و نزدیک به محال شمرده شده است. به جهت اعتراض‌های گسترده نسبت به این ماده، در حال حاضر این ماده از لایحه حذف شده است. به قول بی‌بی‌خانم استرآبادی در کتاب وی به نام «معایب الرجال»: «در این زمان مردی که عدالت کند {اجرا نماید}، اکسیر اعظم است.»^۹

۷- آیه ۳ سوره نساء: «وَإِنْ حَقَّمْتُمُ الْأَقْدَامَ فِي الْيَامِ فَامْكُحُوا مَا لَابَتْ لَكُمْ مِنَ السَّاءِ مَثْنٍ وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ، فَإِنْ حَقَّمْتُمُ الْأَقْدَامَ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ بَدْنِ الْأَقْدَامِ».

۸- اگرترسد که سبباً درباره یتیمان عدل و داد را رعایت نکنید پس آن‌کس از زنان را به نکاح خود درآورد که برای شما نیکو و مناسب با عدالت است، در یا سه یا چهارتنه بیشتر) و اگر ترسد که چون آن زنان را به نکاح خود درآورد راه عدالت را نپیموده و به آن‌ها ستم کنید پس فقط یک زن اختیار کنید یا چنانچه کنیزی دارید به آن اکتفا نمایند که این امر به عدالت و ترک ستمکاری نزدیکتر است.»

۸- آیه ۱۲۹ سوره نساء: «وَأَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ السَّاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوا كَالْمِثْقَلِ وَإِنْ تَصِلُوا وَتَتَّقُوا، فَإِنَّ لَفَّ كَأَنْ يَغْفُرَ الرَّحِيمَ».

۹- استرآبادی، بی‌بی‌خانم، «معایب الرجال»، جلد اول، به‌کوشش و زیراستاری افسانه نجم‌آبادی، انتشارات نگارش و نگارش زن، چاپ اول، شبکاگو، تابستان ۱۳۷۱.

مسئولیت دارنده وسیله نقلیه موتوری پس از اصلاح قانون بیمه اجباری تصویب ۱۳۸۷

دکتر علی رادان جبلی
وکیل دادگستری - اصفهان

چکیده:

رشد شهرنشینی و استفاده هرچه بیشتر از وسایل نقلیه موتوری باعث شد تا قانونگذار، تضمین جبران صدمات قربانیان تصادفات رانندگی را مورد نظر قرار دهد. تصویب قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث در سال ۱۳۴۷ پاسخ مناسبی به دغدغه‌های جامعه، در قبال آسیب‌های جسمی و مالی وارد آمده از سوی این گونه وسایل بود. قانون بیمه اجباری، مبانی تقصیر و خطا را در هم آمیخت و با توجه به نظریه تضمین حق در مسئولیت مدنی، به نوعی مسئولیت دارندگان وسیله نقلیه موتوری را فرض و ثابت دانست. این فرض، حق مطالبه زیان دیدگان را در قبال حوادث مهلکی که در انتظار بود، ضمانت می‌نمود. تصویب قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی در سال جاری، این تردید را دامن زده که قانون جدید با اقتباس از مبانی نظریه مسئولیت مدنی در فقه امامیه تنها مقصر حادثه را مسؤول شناخته و صراحت مسئولیت دارنده وسیله نقلیه را از میان برده است، لیکن این شائبه با منطبق حقوقی و واقعیت‌های حاکم بر هر دو قانون سازگاری نداشته و بی‌اساس است. زیرا قانونگذار جمهوری اسلامی به دفعات ثابت کرده، مصلحت اجتماعی و نظم عمومی را بر بعضی از بنیان‌های فقهی ترجیح می‌دهد و در موضوع مسئولیت مدنی دارنده نیز، بیشتر از ملاحظات شرعی به ضرورت‌ها و بایدهای جاری در جامعه اهمیت داده است.

مقدمه:

وقوع یک تصادف رانندگی و ابراز نظر قضایی در آن، انگیزه نگارش این مقاله شده است.

در سال ۱۳۸۶، راکب یک دستگاه موتورسیکلت، با پیرمردی که از عرض خیابان در حال عبور بود، برخورد می‌کند. نتیجه این حادثه به شکستگی هر دو پای عابر پیاده منجر می‌شود. راکب موتورسیکلت به دلیل هراس از عواقب تقصیر خود، از صحنه تصادم می‌گریزد و اقدامات مأمورین انتظامی برای دستگیری وی بی‌نتیجه می‌ماند.

پیرمرد مصدوم شکایتی را در دادسرای عمومی شاهین شهر اصفهان مبنی بر ایراد صدمه غیر عمدی بر علیه راکب موتورسیکلت طرح می‌کند و پرونده‌ای در این خصوص تشکیل می‌شود. زیان‌دیده که از پیگیری این شکایت طرفی نمی‌بندد، با راهنمایی یکی از وکلای دادگستری اصفهان، دعوائی را به طرفیت مالک موتورسیکلت، به خواسته وصول خسارات بدنی وارده، اقامه می‌نماید.

مستند خواهان در این دعوی، قانون بیمه اجباری مسؤلیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۴۷ بوده است. پیرمرد مصدوم که می‌دانست پیگیری شکایت کیفری علیه مقصر حادثه، نتیجه مطلوب را برای وی حاصل نمی‌کند، به مشورت وکیل و با استناد به ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری، تقاضای ترک تعقیب متهم را نموده و با اجابت این تقاضا و صدور قرار مربوطه، تعقیب متهم حادثه فراری متوقف می‌شود. اما دعوی حقوقی نیز به سرمنزل مقصود نرسیده و شعبه... دادگاه عمومی حقوقی شاهین شهر دعوی خواهان را مردود اعلام می‌نماید. در این‌جا مستندات حقوقی که به رد دعوی علیه دارنده وسیله نقلیه موتوری منتهی شده است مورد بررسی و نقد قرار می‌گیرد:

۱- توجهات حقوقی در عدم مسؤلیت مالک وسیله نقلیه موتوری

در نگاه اول آن‌چه تحسین هر حقوق‌دانی را پس از مطالعه رأی دادگاه حقوقی شاهین شهر برمی‌انگیزد، سعی دادگاه در مستدل نمودن رأی صادره است. اقدامی پسندیده و منطبق با قانون اساسی (اصل ۱۶۶ ق. ۱ج ۱) که متأسفانه از سوی بسیاری از دادگاه‌های کشور مورد تأسی قرار نمی‌گیرد. خلاصه استدلال دادگاه در عدم مسؤلیت مالک خودروی موتوری آن است که:

الف) خواهان در شکایت کیفری خود، مقصر حادثه را تعقیب کرده و ترک تعقیب تقاضا شده بعدی، مانع از سرگیری مجدد این شکایت نخواهد بود. پس، خواهان می‌تواند خسارت موردنظر را در قالب دیه از راکب موتورسیکلت مطالبه کند.

ب) خسارت مورد مطالبه خواهان، خسارت بدنی (دیه) است که نوعی مجازات است و اصل شخصی بودن مجازات‌ها، مغایر با محکومیت فرد غیرمجرم می‌باشد.

ج) قانون بیمه اجباری مسؤلیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث به موجب ماده ۳۰ قانون اصلاح قانون مرقوم، در مورخ ۸۷/۴/۱۶ نسخ صریح شده و مستند قانونی دعوی، مقرره‌ای فاقد اعتبار است.

پایه اصلی استدلال دادگاه آن است که چون در حادثه، ضرر بدنی به خواهان وارد آمده و قانون‌گذار راه جبران این‌گونه خسارات را شکل خاصی از مجازات (دیه) معلوم داشته است، لذا خواهان نمی‌تواند از قالب پیش‌ساخته قانونی خارج شده و دعوی را به طرفیت غیر از آن فردی که در حادثه مقصر و سبب اصلی بوده، اقامه نماید.

۲- چند استدلال در بقای مسؤلیت دارنده وسیله نقلیه موتوری در قبال زیان دیده

ادله‌ی پیش‌گفته قادر به بی‌اعتبار ساختن جهات مسؤلیت دارنده وسیله نقلیه موتوری نیست و با موازین حقوقی ناسازگار می‌باشد. جهات حقوقی این‌نظر را در ذیل بررسی می‌کنیم:

الف) مبنای حقوقی مسؤولیت دارنده وسیله نقلیه موتوری

ماده اول قانون بیمه اجباری مسؤولیت مدنی مصوب ۱۳۴۷ با صراحت تمام، کلیه دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی را مسؤول جبران خسارت بدنی و مالی اشخاص ثالث معرفی کرده بود. این مسؤولیت برخلاف مبنای پذیرفته شده در حقوق ایران، مبتنی بر تقصیر نبود، بلکه مالکیت وسیله نقلیه به نوعی، دارنده را ضامن جبران خسارتی می‌سازد که در حادثه رانندگی به دیگران وارد شده است.^۱

به بیان دیگر، با آن که ماده یک قانون مسؤولیت مدنی مصوب ۱۳۲۹ مبنای مسؤولیت را تقصیر صورت گرفته از سوی عامل ورود ضرر معرفی می‌کرد، اما نگاه واقع‌بینانه قانون‌گذار به تحولات اجتماعی در عرصه مسؤولیت مدنی، مالکیت وسیله نقلیه موتوری را از اسباب ایجاد مسؤولیت به حساب آورد. در حقیقت، چون مالک وسیله نقلیه با بهره‌مندی از منافع خودرو، برای دیگران ایجاد خطر می‌نماید، از این رو داشتن وسیله نقلیه، اماره‌ای بر مسؤولیت دارنده در کلیه حوادثی است که وسیله تحت مالکیت او در آن دخالت داشته است.^۲

به این ترتیب، قانون بیمه اجباری مسؤولیت مدنی، با درنوردیدن نظریات مطرح در حقوق مسؤولیت مدنی، مبنای مسؤولیت دارنده وسیله نقلیه را بر تلفیقی از دو تئوری تقصیر و خطر بنا نهاد. یعنی مالک خودرویی که خسارت بدنی یا مالی را رقم زده، در فرضی که او در زمان ورود خسارت، رانندگی آن وسیله را به عهده نداشته، تنها به جهت خطری که وسیله نقلیه او ایجاد کرده مسؤول شناخته می‌شود. از این رو، با وجود بی‌تقصیری، فرض تقصیر مالک به منظور تضمین حق زیان‌دیده صورت می‌گیرد.

به هر حال، خواه ماده یک قانون پیش‌گفته را مبنی بر فرض مطلق تقصیر مالک یا فراهم آوردن محیط پرخطر برای اشخاص ثالث بدانیم، فاصله گرفتن قانون‌گذار از قواعد عام پذیرفته شده در حقوق ایران در باب مسؤولیت ناشی از اتلاف و تسبیب در دو قانون مدنی و مسؤولیت مدنی، مسلم و قطعی است. دلیل این جدایی توجه کاملی است که به حقوق زیان‌دیدگان ناشی از حوادث رانندگی مبذول شده است. به همین خاطر، اگر مالک به تکلیف قانونی خود جهت بیمه نمودن مسؤولیت در قبال اشخاص ثالث عمل کرده باشد و خسارات را بیمه‌گر پرداخت نماید، امکان مراجعه بیمه‌گر به مقصر حادثه از پشتوانه قانونی لازم برخوردار است. (ماده ۳۰ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶) و اگر وسیله نقلیه فاقد پوشش بیمه باشد، مسؤولیت حاصل از خسارات وارده با مالک خواهد بود و دعوی زیان‌دیده به طرفیت او قابلیت استماع دارد. قضات دادگاه‌های حقوقی ۲ تهران در مورخ ۱۳۶۶/۱۱/۱۵ بر چنین نظری اجماع نموده‌اند.^۳ در این میان، مسؤولیت توأمان راننده خطاکار و دارنده فاقد تقصیر، نیازمند دقت نظر بیشتری است. یعنی از یک سو، راننده به دلیل تقصیری که در ورود خسارت داشته و به استناد قواعد عام مسؤولیت مدنی، ضامن جبران خسارت است؛ مسؤولیتی که متکی به مواد ۳۲۸ و

۱- کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، وقایع حقوقی، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۱، شماره ۲۰، صفحه ۲۳.

۲- پیشین، ش ۱۲۱، صفحه ۱۱۳.

۳- نوبخت، یوسف، اندیشه قضایی، تهران، چاپ انتشارات کیهان، چاپ پنجم، صفحه ۳۵۷.

۳۳۱ قانون مدنی و نیز ماده ۱ قانون مسؤلیت مدنی است. از دیگر سو، دارنده به علت فرض مسؤلیت مقرر در ماده یک قانون بیمه اجباری، مسؤل شناخته می‌شود.

البته مسؤلیت همزمان مالک و راننده را نباید به معنی مسؤلیت تضامنی تلقی کرد و نظر برخی از نویسندگان در این باره، صحیح نمی‌باشد؛^۴ زیرا علاوه بر آن که در هیچ یک از متون قانونی به چنین شیوه‌ای از مسؤلیت برای دارنده و راننده اشاره نشده، اصولاً حقوق ایران، تحمل مسؤلیت تضامنی برای بیش از یک مسؤل را جز در موارد استثنایی ندارد.^۵ به علاوه عدم مداخله دارنده در ورود خسارت، امکان مسؤلیت تضامنی را بی‌بهره از عقلائیت حقوقی می‌سازد. گرچه مسؤلیت تضامنی به نفع زیان‌دیده و با روح عدالت سازگارتر است و در راستای هدف قانون قابل توجه حقوقی است، لیکن، جز در صورت تصریح قانون، نمی‌توان چنین نوعی از مسؤلیت را مطرح ساخت. با این حال، رویه قضایی با این استدلال که ممکن است زیان‌دیده به دلیل ناتوانی بعضی از مسؤلین ورود خسارت، قادر به وصول تمام ضرر و زیان خود نشود، تمایل خود به تلقی نمودن مسؤلیت را پنهان نکرده است.^۶

نتیجه این که مالک و راننده مقصر، هر دو مسؤل هستند، اما امکان مراجعه همزمان زیان‌دیده به آن دو، وجود ندارد. در حقیقت، تخییر زیان‌دیده جهت مراجعه به راننده بر مبنای تفصیر و تعقیب مالک بر پایه تضمین حق، به تسهیل وصول خسارت به نفع قربانی حادثه منجر خواهد شد.

ب) عدم تزامم قوانین بیمه اجباری مصوب ۱۳۴۷ و قانون مجازات اسلامی

جبران خسارت‌های بدنی از طریق دادن دیه از سوی جانی به مجنی علیه صورت می‌گیرد. دیه مالی است که در جنایت بر نفس یا عضو پرداخت می‌شود. در لغت عرب، دیه به حق متئول تعبیر شده^۷ و اصطلاح فقهی دیه نیز با معنای لغوی آن هماهنگ است.^۸

تردیدی نیست که دیه در زمره مجازات‌ها می‌باشد و مقررات کتاب چهارم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، جای هرگونه مناقشه‌ای را در این مورد بسته است. البته در قوانین نخستین بشری هم، دیه غرامتی بوده که جانی یا خانواده او برای جلوگیری از قصاص به مجنی علیه یا خانواده او می‌پرداختند.^۹ مذاقه در بعضی از مصادیق دیات نیز، نگرش کیفی‌گونه

۴- علی کریمی، حمیدرضا، بررسی قانون بیمه اجباری مسؤلیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل اشخاص ثالث، فصلنامه معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره ۱۴، سال هفتم، تابستان ۸۷، صفحه ۱۳۴.

۵- تنها موردی که در فقه امامیه به مسؤلیت تضامنی عاملان ورود ضرر اشاره شده، باب غضب است. علامه حلی، تفسیر المتعلمین فی احکام دین، ترجمه مرحوم ابوالحسن شعرانی، چاپ اول، تهران، اسلامیه، صفحات ۱-۳۶۰.

۶- رأی صادره از شعبه ۱۰۶ دادگاه عمومی تهران در پرونده هموفیلی‌ها- مجله قضاوت، شماره ۴۶۰، شهریور ۱۳۸۶، صفحه ۲۶.

۷- ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۵، بیروت، داراللسان العرب، بی تا، صفحه ۲۸۳- الطریحی، شیخ فخرالدین مجمع البحرین، جلد اول، بیروت، دار و مکتب الهلال، ۱۹۸۵ م. صفحه ۴۳۴. «حق القتل - اذا اعطی ولیه المال الذی هو بدل النفس»

۸- شهید ثانی، روضه البهیة، ج ۱۰، قم، مکتبه الداوری، بی تا، صفحه ۸۹.

۹- دهخدا، میرزا علی اکبر، لغت‌نامه، جلد ۲۴، تهران، چاپ سروش، ۱۳۵۱، صفحه ۶۱۴.

شارع اسلام به دیه را تأیید می‌کند. مثلاً قطع سر مرده مسلمان، ۱۰۰ دینار دیه برای جانی به همراه خواهد داشت، لیکن این مبلغ به عنوان میراث به ورثه نرسیده، بلکه مال خود میت محسوب شده و بدهی او از آن پرداخت می‌گردد، یا در راه‌های خیر صرف می‌شود (تبصره ماده ۴۹۴ قانون مجازات اسلامی). بعضی از فقها هم نظر به پرداخت این جنایت به بیت‌المال داشته‌اند.^{۱۰} این عقیده به واقع نوعی جزای نقدی و جریمه را تداعی می‌کند که هر بزهکاری به صندوق عمومی پرداخت می‌کند. بدیهی است که این جریمه در مقام جبران خسارت به نفس یا مال نیست، زیرا کالبد بی‌جان آدمی پس از خروج روح، علی‌رغم حرمت معنوی، عنوان نفس محترم را نداشته و صدق مالکیت بر آن نیز ممکن نیست.^{۱۱}

با این وجود، دیه وسیله‌ای برای جبران خسارت جنایت صورت گرفته نیز عنوان شده است. دیه بهای خونی است که به عمد ریخته شده و اولیای دم از حق قصاص خود گذشته و قیمت جان مورث خود را مطالبه می‌کنند؛ یا ارزش حیاتی است که در اثر تقصیر غیر عمدی جانی از میان رفته و یا معادل مالی عضوی می‌باشد که آسیب دیده است، به همین سبب دارای ماهیت مدنی نیز می‌باشد.

برای تأکید بر طبیعت غرامتی دیه می‌توان به تحمیل دیه بر عاقله اشاره نمود: می‌دانیم که هدف مجازات‌ها، اصلاح مجرم و عبرت یافتن دیگران است،^{۱۲} لذا مسؤول شناختن بعضی از بستگان جانی به پرداخت دیه نمی‌تواند تأمین‌کننده اهداف مذکور باشد. تأسیس عاقله که از احکام امضایی دین اسلام است، فاصله گرفتن از اصل شخصی بودن مجازات‌ها می‌باشد و در واقع ماهیت مدنی دیه به نمایش گذاشته شده است. افزون بر این، پرداخت دیه از سوی بیت‌المال در صورت فقدان عاقله برای جانی،^{۱۳} دیه را به مثابه یکک تانوان برای جبران خساراتی که از سوی جانی پدید آمده، معرفی می‌دارد.

ناگفته نماند که جدال بر سر ماهیت کیفری یا مدنی دیه باعث شد تا هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در کمتر از یک دهه به دو نظر کاملاً متعارض نائل آید. در توضیح این تفاوت، می‌باید به رأی شماره ۱۰۴ مورخ ۱۳۶۸/۹/۱۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور اشاره داشت که در آن، خسارت و ضرر و زیان مازاد بر دیه قابل مطالبه دانسته نشد، اما در رویکردی کاملاً متفاوت، رأی شماره ۶ مورخ ۱۳۷۵/۴/۵ هیأت عمومی که با حمایت معنوی رئیس وقت دیوان عالی کشور همراهی می‌شد، قابل مطالبه بودن خسارات افزون بر دیه را مقرر نمود.^{۱۴} در این صورت، ماهیت مدنی دیه به عنوان طریقه جبران خسارت، امکان بیمه نمودن غرامات حاصل از هر حادثه را باعث می‌شود و الا اگر دیه را تنها نوعی کیفر محسوب نماییم، تأمین مجازات در چارچوب عقد بیمه، فاقد توجیه حقوقی و برخلاف نظم عمومی تلقی خواهد شد.

۱۰- نجفی، شیخ محمدحسین، جواهرالکلام، جلد ۴۲، تهران، مکتبه الاسلامیه، ۱۳۹۸ هـ - ق، صفحه ۳۸۴.
۱۱- در این خصوص ر.ک: صفایی، دکتر سیدحسین، حقوق اشخاص و محجورین، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۰، صفحه ۱۷؛ اصولاً حقوق مربوط به شخصیت جسمی انسان برای زمان حیات است و شخصیت حقوقی انسان با مرگ خاتمه می‌یابد.

۱۲- نوریها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران، کانون وکلای دادگستری، ۱۳۶۹، صفحه ۹۲.

۱۳- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، تاریخ حقوق ایران، تهران، کانون معرفت، بی‌تا، صفحه ۱۷۴.

۱۴- مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور، انتشارات دفتر تحقیقات دیوان عالی کشور، ۱۳۷۵.

با این حال، باید پذیرفت که آنچه از سوی مالک به زیان دیده پرداخت می‌شود، گرچه معادل دیه مقرر قانونی است، اما عنوان دیه را ندارد. زیرا مسلم است که دیه از جانب جانی پرداخت می‌شود و تنها استثناء نهاد عاقله است (مواد ۳۰۵ تا ۳۱۱ قانون مجازات اسلامی) خصوصاً آن که دیه در هنگام وضع قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی در سال ۱۳۴۷، به حقوق ایران راه نیافته بود. به همین خاطر اندیشه تراحم میان قانون مجازات اسلامی و قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۴۷ طرفدارانی به خصوص در میان قضات دادگستری دارد. حتی برخی اعتقاد به نسخ قانون مصوب ۱۳۴۷ توسط قانون مجازات اسلامی را پنهان نداشتند.^{۱۵} به عقیده اینان، چون پس از وضع قانون مجازات اسلامی که در باب جنایت بر نفس یا عضو، ملهم از فقه امامیه می‌باشد، هرگونه خسارت بدنی می‌بایست از طریق پرداخت دیه جبران شود. همین‌طور بررسی موجبات ضمان حاصل از اتلاف و تسبیب در آن قانون، هرگونه تردیدی در مورد عدم پذیرش مسئولیت مطلق به گونه‌ای که از سوی قانون بیمه اجباری اتخاذ شده را زایل می‌کند، لذا وضع قانون مجازات اسلامی امکان اجرای قانون مقدم را از بین می‌برد (تراحم)^{۱۶} و یا آن که ادامه حیات حقوقی آن را سلب می‌کند (نسخ) این طریق استدلال در عدم اعتبار قانون بیمه اجباری ۱۳۴۷ به دلیل برخورد با قانون مجازات اسلامی صحیح نیست، زیرا:

اولاً: قانون مجازات اسلامی در مقام بیان مسئولیت کیفری عاملان ورود ضرر بدنی به اشخاص است، گرچه در این میان، مسئولیت عاقله و بیت‌المال نیز که هیچ‌گونه دخالتی در وقوع جنایت نداشته‌اند، مطرح شده است. به نظر می‌رسد قانون اشاره شده نفی ماعدا نکرده و حوزه مسئولیت مطلق را متأثر نساخته است. به بیان دیگر، مجاری دو قانون متفاوت بوده و امکان جمع میان آن دو خالی از وجهت نمی‌باشد.

ثانیاً: پس از دو دهه بحث، نقد و نظر پیرامون ماهیت دیه، بالأخره تفوق جنبه مدنی دیه بر وجهه کیفری آن مورد پذیرش قرار گرفته، با آن که قانون مجازات اسلامی همچنان از دیه به عنوان یکی از کیفرهای قانونی نام برده است.

این عقیده منتهی به نظر دیگری شده که امروزه طرفداران آن در میان اندیشمندان حقوقی و دادرسان دادگاه‌ها غالب شده‌اند و آن، امکان پرداخت خسارات مازاد بر دیه به زیان دیده است. در این رابطه در پاره‌ای قوانین که اخیراً تصویب شده است، دعوی مطالبه هزینه‌هایی افزون بر خسارت متصوص مورد پذیرش قرار گرفته است. برای مثال ماده ۷ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند مصوب ۱۳۸۶/۱۰/۱۶ مجلس شورای اسلامی، دادگاه را مکلف به صدور حکم پرداخت ارزش البکاره،

۱۵- جناب آقای آبادگر قاضی بازنشسته دادگاه تجدیدنظر اصفهان، در مذاکره‌ای که با ایشان داشتم به وجود چنین عقیده‌ای در میان بعضی از قضات دادگستری اصفهان اذعان نمودند.

۱۶- هرگاه بین مدلول دو دلیل در مرحله تشریح و قانون‌گذاری تدافع و تمایع وجود نداشته باشد ولی در مرحله اجرا و امتثال آن دو، در بعضی موارد اشکال پیش آید، به این معنی که اجرای هر دو با هم میسر نباشد و اجرای یکی مانع اجرای دیگری باشد، در این صورت می‌گویند: بین دو دلیل مزاحمت وجود دارد. (ر.ک: دکتر جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، صفحه ۱۵۰، ش ۱۲۱۰).

مهرالمثل و یا هردو (حسب مورد) به نفع زانی نموده که در اثر سوءاستفاده بزهکاران مجبور به زناگر دیده‌اند. در ادامه این مقرر، زیان‌دیده اجازه یافته تا دعوی مطالبه هزینه درمان و ضرر و زیان وارده را در دادگاه اقامه نماید. این مطالبه مازاد، حاصل تفکری است که به حق زیان‌دیده در استیفای تمام حقوق مادی و معنوی زوال یافته در اثر جرم مزبور باور دارد. خلاصه آن که جبران خسارت از سوی غیرمقصر، آن‌گونه که در ماده یک قانون بیمه اجباری سال ۱۳۴۷ مقرر شده، علاوه بر حقی است که زیان‌دیده برای جبران خسارت از طریق مراجعه به مسبب حادثه دارد. پذیرش این نظریه آن‌گاه آسان می‌شود که دارنده وسیله نقلیه موتوری را تضمین‌کننده جبران خسارات هر زیان‌دیده احتمالی تلقی کنیم؛ ضامنی که به حکم قانون مسؤلیت یافته و آنچه می‌پردازد، ضرر و زیانی مماثل با دیه است.

ثالثاً: نظریه نسخ قانون بیمه اجباری ۱۳۴۷ نیز با معیارهای حقوقی توافق ندارد. نسخ ضمنی قانون مزبور به دلایلی توجیه‌ناپذیر است:

۱- اصلاح قانون بیمه اجباری توسط قانون‌گذار سال ۱۳۸۷ نشان از عدم نسخ قانون نخستین دارد؛ به خصوص که در تبصره ۲ قانون جدید سخن از مسؤلیت دارنده رفته است.

۲- اصل عدم نسخ قانون است. معنای این گزاره آن است که سلب حیات از یک حکم قانونی نیازمند دلیل است، چراکه نسخ قانون کاری استثنایی و خلاف اصل شمرده شده و تنها زمانی مورد پذیرش قرار می‌گیرد که تردیدی در آن نباشد.^{۱۷} بنابر این تردیدهایی که مطالب سابق برمی‌انگیزد، عدم نسخ قانون پیش‌گفته را جاری می‌سازد. نتیجه آن که اگر زیان‌دیده، خسارت بدنی دیده باشد، عامل ایجاد ضرر، مسؤل پرداخت دیه است، لیکن مالک وسیله نقلیه مسبب حادثه، به حکم قانون مکلف به تأدیه خسارت معادل دیه مقرر خواهد بود. این پرداخت چهره کیفری ندارد و میزان آن براساس دیه قانونی تعیین می‌شود. قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسؤلیت مدنی مصوب ۱۳۸۷/۴/۱۶، حداقل مبلغ بیمه موضوع آن قانون در بخش خسارت بدنی را معادل حداقل ریالی دیه یک مرد مسلمان در ماه‌های حرام تعیین نموده است.

ج) مسؤلیت دارنده در قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مصوب سال ۱۳۸۷

پس از گذشت چهار دهه از تصویب قانون بیمه اجباری مسؤلیت مدنی دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث، قانون‌گذار اصلاح آن قانون را مد نظر قرار داد. قانون جدید با آن که اصلاح قانون قلمداد شد، لیکن در ماده ۳۰ به لغو قانون مصوب ۱۳۴۷ اشاره نمود. به این ترتیب میان عنوان قانون با یکی از مواد آن اختلاف و نقار حاصل شده است. البته، به نظر می‌رسد قانون جدید، جز در پاره‌ای موارد با قانون نخستین متفاوت است و به همین لحاظ، بهتر آن است که ناسخ قانون قدیم و نه اصلاحیه آن تلقی شود.

۱۷- کاتوزیان، دکتر ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران، چاپ انتشار، چاپ ۴۲، ش ۱۴۴، صفحه ۱۷۱.

قانون فعلی در حالی به تصویب رسیده که حقوق ایران با استقرار حکومتی براساس آموزه‌های شریعت اسلام، در حال تجربه تلفیق مقررات شرعی با نهادهای عرفی است. به همین دلیل قانون جدید در بسیاری از زمینه‌ها با قانون مصوب ۱۳۴۷ اختلاف دارد. بارزترین وجه تعارض را می‌توان در فرض صریح مسئولیت دارنده وسیله نقلیه موتوری در قانون مصوب ۱۳۴۷ و عدم شفافیت و بیان این مسؤلیت در قانون کنونی جستجو کرد. در این جا به مقایسه میان این دو قانون از منظر مسؤلیت پرداخته و وجوه اختلاف آن‌ها را بررسی می‌کنیم:

۱- قانون سال ۱۳۴۷، تضمین حق زیان دیده را از طریق بیان واضح مسؤلیت دارنده وسیله نقلیه موتوری، هدف قرار داده بود. فرض مسؤلیت در موردی که مسبب حادثه، غیر از دارنده بود، نمی‌توانست با مبانی ایجاد مسؤلیت در حقوق اسلامی منطبق باشد، زیرا اساس مسؤلیت در فقه امامیه بر پایه اتلاف و تسبیب بنا نهاده شده^{۱۸} و به این لحاظ، مالکیت شیء بدون ارتکاب تقصیر از ناحیه مالک، از موجبات مسؤلیت به حساب نیامده است.^{۱۹} پس در جایی که مقصر یک حادثه، راننده وسیله نقلیه موتوری است، هم او مسؤل جبران خسارات وارده به زیان دیده خواهد بود.

شاید نگرانی از عدم تأیید مصوبه مجلس شورای اسلامی از سوی فقهای شورای نگهبان، سبب آن شده که قانون سال ۱۳۸۷، با ظرافت بیشتری به این موضوع بپردازد. در حقیقت، عدم بیان صریح فرض مسؤلیت دارنده در متن ماده یک قانون و اکتفا به اظهار ابهام‌آلود در تبصره ۲ ماده ۱، می‌تواند زائیده چنین تصویری باشد.

واقعیت آن است که آنچه به عنوان ضمان دابه در فقه امامیه مورد بحث قرار گرفته، مشتمل بر مسؤلیت مالک چهارپایی است که بر مال یا جان دیگری آسیب رسانیده است. لیکن پذیرش این مسؤلیت در فقه با دشواری صورت گرفته، زیرا همان‌طور که یکی از بزرگان امامیه اشاره داشته، اصل عدم ضمان و قدر متیقن در مسؤلیت توأم با تقصیر، اجازه مسؤلیت بدون تقصیر را نمی‌دهد.^{۲۰}

با این حال، یکی از فروع فقهای مطرح در این باب، تأثیر عمل فردی غیر از مالک دابه در پراکنجختن حیوان و ضرر دیدن ثالث است. در این مقام، بدون آن‌که مخالفی در فقه وجود داشته باشد، جمله فقیهان نظر بر ضمان محرک چهارپا دارند.^{۲۱} در نتیجه، در هیچ‌یک از فروع

۱۸- امامی، دکتر سید حسین، حقوق مدنی، جلد اول، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۴، صفحه ۳۹۱.
۱۹- اخبار وارده در کتب فقهی امامیه دلالت بر آن دارد که صاحب چهارپا تا زمانی که حیوان در حال حرکت است، ضمان خساراتی که به دیگران وارد کرده نخواهد بود. در این رابطه علی بن ابراهیم با سلسله‌ای از روایات از امام صادق (ع) نقل می‌کند: بهیچ‌انعام لایغرم اهلها شیئاً مادامت مرسله، کافی، جلد ۷، صفحه ۳۵۱. نقل از سایت مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.

۲۰- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۳، صفحه ۱۳۶: فیما تجنبه براسها فیه تردد للاسل، و قاعده الاقتصار علی المتیقن فیما خلفه من الضمان عدم التفريط.

۲۱- نجفی، شیخ محمد حسن، همان، صفحه ۱۳۹، مرحوم صاحب جواهر ادعای اجماع مؤلف کتاب غنیه را در این رابطه بیان نموده است. این عقیده را قانون مدنی در ماده ۳۳۴ پذیرفته و به عقیده بعضی از اساتید، حکم ماده

فقهی، مسؤولیت محض صاحب حیوان، همراه با راکب مقصر مطرح نیست، زیرا فعل توأم با تقصیر راکب، امکان انتساب مسؤولیت به مالک حیوان را از بین می‌برد و در هر حال بار جبران خسارت بر عهده فرد خطا کار است.

۲- کلمه دارنده در قانون سال ۱۳۴۷، مبهم بود، زیرا معلوم نبود که آیا منظور، مالک است یا هر متصرفی را می‌توان به این عنوان شناخت. اطلاق این واژه هر تصرف مأذون و غاصبی را شامل می‌شد.

به نظر بعضی از اسنادان حقوق، این مسؤولیت تا زمانی برقرار می‌باشد که سلطه معنوی مالک بر وسیله نقلیه باقی مانده باشد و در صورتی که با قرارداد خصوصی، یا دخالت غاصب، این تسلط از میان برود، پذیرش مسؤولیت مالک غیر عادلانه تلقی شده است.^{۲۲}

بخشی از این نظر قابل انتقاد است، زیرا دخالت عناصر خارج از اراده مالک چون غاصب، حکم قوه قاهره را یافته و مطابق ماده ۳ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۴۷، به رفع مسؤولیت از مالک می‌انجامد. لیکن در مورد شخصی که وسیله نقلیه را برای مدتی از مالک اجاره نموده، بقای مسؤولیت مالک، نه به علت تقصیر که حاصل مالکیت دارنده است، لذا در صورتی که راننده مقصر از ناحیه مالک، اذن یافته است، عمل خطا آمیز راننده را نمی‌توان بی‌ارتباط با دارنده دانست. این نظر با فرضیه ایجاد خطر که از مبانی حقوقی مسؤولیت دارنده نیز به حساب می‌آید، نزدیک‌تر و مسؤولیت توأمان دارنده و راننده مقصر مأذون را توجیه می‌نماید.

با وجود اختلافاتی که بین دو قانون از حیث مبنای مسؤولیت و چگونگی آن وجود دارد، مسؤول بودن دارنده وسیله نقلیه موتوری فصل مشترک این دو محسوب می‌شود. تکیه این ادعا بر دلایل زیر است:

اول: بیمه نمودن وسیله نقلیه فرع بر خطری است که از ناحیه آن وسیله بروز می‌کند. تکلیف دارنده به این اقدام در ماده ۱ قانون مصوب ۱۳۸۷ مستلزم آن است که این شخص مسؤولیتی داشته باشد و الای بیان قانون، فاقد هر پشتوانه منطقی خواهد بود.

دوم: مسؤولیت دارنده که در تبصره ۲ ماده ۱ بیان شده، با وجود اجمالی که در آن ملاحظه می‌شود، ناظر به جبران خسارات بدنی و مالی زیان دیده است. بدیهی است که هرگونه تفسیر دیگری که به سلب مسؤولیت دارنده در قبال زیان دیده بیانجامد، به بهبود انگاری بیان مسؤولیت در این مقرر می‌انجامد.

سوم: عنوان قانون جدید با وجود تصریح ماده ۳۰ بر لغو قانون سال ۱۳۴۷، اصلاح قانون مقدم است و چون اساس قانون اول بر مسؤولیت دارنده است. این موضوع در قانون اخیر التصویب ولو به اجمال بیان شده، لذا مسؤولیت مدنی دارنده برقرار و باقی است.

مربور یکی دیگر از مسؤولیت‌های ناشی از تقصیر را پیش‌بینی کرده است. ر.ک: کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، وقایع حقوقی، ش ۱۱۱، صفحه ۱۰۴.
۲۲- کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، وقایع حقوقی، ش ۱۱۱، صفحه ۱۰۴.

چهارم: چنانچه نظر مقنن تنها بر مسؤولیت مسبب حادثه تعلق می‌گرفت، همان‌گونه که در تبصره ۱ ماده ۴ و مواد ۵، ۶، ۱۰، ۱۶ و ۱۸ قانون جدید به آن اشاره نموده است نیازی به ذکر مسؤولیت دارنده نبود و می‌توانست مسؤولیت مدنی مسبب هر حادثه زیان‌باری را که در آن وسیله نقلیه دخالت داشت، مطرح نماید.

پنجم: درست است که مسؤولیت مالک و وسیله نقلیه موتوری غیرمقصر با مبانی حقوق اسلامی مجانست ندارد، با این حال قانون‌گذار در برخی از قوانین به خوبی تمایل خود برغلبه مصلحت به قواعد را نشان داده است. تکرار مسؤولیت تضامنی دو یا چند متعهد در قوانین پراکنده، با وجود استثنایی بودن پذیرش این نوع مسؤولیت، حکایت از تفوق نگاه جمع‌گرایانه مقنن است.

نتیجه:

با لغو قانون بیمه اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث پس از گذشت ۴۰ سال، قانون ناسخ از کاستی‌هایی در مبانی پذیرش مسؤولیت دارنده وسیله نقلیه موتوری رنج می‌برد. این بار برخلاف قانون سابق، به مسؤولیت روشن دارنده به جبران کلیه خسارات مالی و بدنی شخص ثالث اشاره نشده و دلیل آن را می‌توان در بنیان مسؤولیت مدنی مالک شیء و حیوان در مقررات اسلامی جستجو کرد. یعنی آن‌جا که دارنده یک وسیله بی‌جان یا جان‌دار در نگهداری از آن تخلف نوزیده و تقصیری منتسب به او نیست، اعلام مسؤولیت مالک، با مبانی پذیرفته شده ائتلاف و تسیب، الفت و موانست نخواهد یافت. به یاد داشته باشیم که قانون‌گذار سال ۱۳۴۷، مقصود خود را در رسیدن به اهداف عرفی تعقیب می‌کرد، لیکن در قانون جدید، اهتمام جدی، حرکت در چارچوب‌های مقررات شرعی می‌باشد. با این وجود، به نظر می‌رسد تضمین حقوق زیان‌دیده، همچنان هدف اصلی وضع قانون بوده است و به این خاطر، علاوه بر توسعه مصادیق دارنده، تکالیف صندوق تأمین خسارت‌های مدنی به جبران خسارات اشخاص ثالث گسترش یافته است.

قانون مصوب ۱۳۸۷ به نفی مسؤولیت مالک وسیله نقلیه، ولو در فرضی که تقصیری روا نداشته است، نمی‌انجامد. این عقیده با وجود محظورات فقهی، متکی بر هدف و مصلحتی است که در وضع قانون به کار گرفته شده است. بیان اجمالی مسؤولیت دارنده در تبصره ۲ ماده ۱ قانون مذکور، به‌تنهایی برای اثبات این مدعا کافی است، زیرا مسؤول دانستن دارنده با توجه به نوع مسؤولیت (مدنی) که در عنوان قانون به کار رفته و مصلحتی که در تأمین حقوق زیان‌دیده دنبال می‌شود، بقای مسؤولیت دارنده را نتیجه می‌دهد.

مسؤولیت دارنده غیرمقصر و راننده خطاکار، توأمان و تأخیری است. این سخن هنگامی معنای خود را باز می‌یابد که مسؤولیت هم‌زمان دارنده و راننده یادشده را به لحاظ عدم بیان قانون، تضامنی ندانیم، لیکن در هر حال، زیان‌دیده می‌تواند با لحاظ مبانی مختلف، خسارات خود را در صورتی که وسیله نقلیه مسبب حادثه، فاقد پوشش بیمه باشد، از هر یک از آن دو مطالبه کند. ■

هشدار به مدیران تا ابد بدهکار خواهید بود

صدیقه نعیمیان
وکیل دادگستری - تهران

لایحه تجارت مشتمل بر ۱۰۲۸ ماده در جلسه مورخ ۱۳۸۴/۴/۵ هیأت وزیران تصویب شد و در تاریخ ۱۳۸۴/۵/۱۰ توسط رئیس جمهور وقت آقای خاتمی به رئیس وقت مجلس آقای حداد عادل برای طی تشریفات قانونی تقدیم شد. در همان زمان ایرادات تائیدی و ماهیتی فراوانی به چشم خورد و توسط صاحب نظران، تذکرات لازم داده شد. امیدوار بودیم اصلاحات لازم مدنظر قرار گرفته باشد. اخیراً مجدداً لایحه تجارت به دستم رسید و در نگاه اول متوجه شدم متأسفانه کماکان ایرادات به قوت خود باقی است و حتی اشکالات تائیدی هم برطرف نشده است. ضمن این که از سال ۱۳۸۴ تاکنون قوانین و آیین نامه های مرتبط و متعدد دیگری تصویب شده که هیچ یک از این مصوبات، در لایحه تجارت لحاظ نگردیده است. نا جایی که حافظه ام یاری می کند آیین نامه اصلاحی ثبت شرکت ها مصوب ریاست محترم قوه قضائیه مورخ ۱۳۸۶/۲/۲۴ و قانون ثبت اختراعات طرح های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶/۸/۷ در بخش «نام تجاری» با مواد ۱۵ الی ۲۰ لایحه تجارت تداخل و حتی تعارض دارد. قانون مهم دیگر، قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴/۹/۲۰ است که مواد ۲۳ و ۲۵ و ۴۴ آن در مورد افزایش سرمایه در شرکت های سهامی عام اعم از شرکت های پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار و سایر شرکت های سهامی عام، در مواد ۶۳۸ الی ۶۷۱ لایحه تجارت در مبحث افزایش سرمایه، به کلی مغفول مانده و تأثیر آن دیده نشده است. شاید تأخیر در تصویب لایحه تجارت، و تصویب قوانینی در این فاصله باعث این ناهمگونی شده باشد ولی می دانیم که قانون استفاده از خدمات تخصصی و حرفه ای حسابداران ذیصلاح به عنوان حسابدار رسمی مصوب سال ۱۳۷۲ بوده و آیین نامه اجرایی تبصره ۴ این قانون نیز در تاریخ ۱۳۷۹ به تصویب هیأت وزیران رسیده است و عجیب این که این قانون نیز در مواد ۶۱۹ الی ۶۳۷ لایحه تجارت لحاظ نشده است و تبصره ماده ۶۱۹ لایحه تجارت اشعار داشته است:

«نحوه انتخاب بازرس برای شرکت های سهامی مطابق آیین نامه ای است که به تصویب هیأت وزیران می رسد.»

در لایحه اغلاط تائیدی و سهو قلم فراوان به چشم می خورد، به تعدادی از آشنا ترین آن ها به لحاظ قدمت شان! اشاره می شود. در زمان دانشجویی همواره اساتید ما تذکر می دادند قسمت اخیر ماده ۱۳۳ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب سال ۱۳۴۷ اشتباه تائیدی دارد و عبارت «منظور از ضرر در این ماده اعم است از ورود خسارت یا تقویت منفعت» را به «تقویت منفعت» اصلاح کنید زیرا منظور فوت منافی از شرکت است و تقویت منفعت که در این ماده بی معنی خواهد بود.

عجیب این که در ماده ۶۰۹ لایحه تجارت این اشتباه عیناً تکرار شده است! غلط تائیدی تاریخی دیگر، ماده ۹۶ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ در مورد شرکت با مسئولیت محدود است که اشعار داشته، شرکت با مسئولیت محدود وقتی تشکیل می‌شود که تمام سرمایه نقدی تأدیه و سهم‌الشرکه غیر نقدی نیز «تقدیم» و تسلیم شده باشد و همواره اساتید راهنمایی می‌کردند که کلمه تقدیم اشتباه تائیدی است و هدف قانون گذار تقویم بوده است. در بند الف ماده ۷۴۴ لایحه تجارت این اشتباه تاریخی مجدداً تکرار شده است و ... آورده نقدی تقدیم و تسلیم شده است!

در فصل دوم ماده ۴۳۸ لایحه تجارت، شرکت‌های تجارتي منحصر به چهار نوع شده‌اند: شرکت‌های سهامی (عام و خاص)، شرکت با مسئولیت محدود، شرکت تضامنی و شرکت تعاونی.

شرکت‌های سهامی و با مسئولیت محدود و تضامنی تحت مبحث‌های جداگانه تعریف و ضوابط آن‌ها تعریف شده است ولی با توری کل لایحه تجارت هیچ‌گونه فصل یا مبحثی در خصوص شرکت‌های تعاونی مشاهده نمی‌شود و به قانون خاصی هم ارجاع نشده است فقط در ماده ۸۳۴ لایحه تجارت آمده است:

«شرکت‌های دولتی و شرکت‌های تعاونی مشمول مقررات این قانون هستند لیکن در صورت وجود احکام متفاوت دیگری در سایر قوانین آن احکام بر این گونه شرکت‌ها حاکم خواهند بود.» همان‌طور که گفته شد ظاهراً لایحه تجارت هیچ‌گونه مقرراتی در مورد شرکت تعاونی ندارد تا این گونه شرکت‌ها مشمول آن‌ها باشند.

با علاقه‌ای که به قانون تجارت، شرکت‌های تجارتي و مسائل مبتلا به مدیران و بازرسان قانونی شرکت‌ها دارم بر آن شدم لایحه تجارت را با مقایسه با قانون تجارت موجود، از دریچه چشم اشخاص مرتبط با این قانون من جمله مدیران، بازرسان، سهامداران، وکلای، قضات و کارشناسان رسمی دادگستری ببینم.

از دیدگاه مدیران علاوه بر اضافه شدن چندین عنوان مجرمانه جدید برای ایشان و در نظر گرفتن جزای نقدی سنگین از ده میلیون ریال به بالا و نیز حبس‌های غیرقابل تبدیل به جزای نقدی و همین‌طور کاهش درصد پاداش مدیران از سود شرکت، و بالا بردن حدنصاب تصمیم‌گیری در مورد تصویب پاداش به دو سوم آراء حاضر، نکته بسیار مهم و درخور توجه این است که در لایحه تجارت دیگر هیچ‌گونه مبنا و ملاکی برای تأیید عملکرد و ارائه مفاصاحساب به مدیران وجود ندارد و تصویب ترازنامه و حساب سود و زیان از این حیث فاقد آثار و تبعات فعلی خود خواهد بود اینک شرح مصیبت!!:

طبق بند ۱۷ ماده ۸ لایحه اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ تعداد سهام تضمینی که مدیران باید به صندوق شرکت بپردازند باید در طرح اساسنامه پیش‌بینی شود. مواد ۱۱۴ الی ۱۱۷ قانون نیز به سهام وثیقه و چگونگی تودیع آن‌ها و وظیفه بازرسان قانونی در کنترل سهام وثیقه اشاره دارد.

ماده ۱۱۶ قانون، ملاک مشخصی را برای دادن مفاصاحساب به مدیران و آزاد شدن خودبه‌خود سهام وثیقه در نظر گرفته است که همان تصویب ترازنامه و حساب سود و زیان هر دوره مالی شرکت است و همواره در دادگاه‌ها توسط مدیران و وکلای ایشان و کارشناسان

رسمی دادگستری به آن اشاره و استناد می‌شود و مورد توجه قضات قرار می‌گیرد و قاطع بسیاری از دعاوی واهی و بی‌محتوا، که پس از تصویب ترازنامه علیه مدیران طرح می‌شود، می‌باشد. در بند ۱۵ ماده ۴۸۸ لایحه تجارت، در مبحث نحوه تشکیل شرکت سهامی، تعیین میزان تضمینی که مدیران باید بپردازند از جمله مواردی است که باید در اساسنامه شرکت‌های سهامی ذکر شود ولی با بررسی کلیه مواد مربوط به شرکت‌های سهامی هیچ‌گونه توضیح دیگری در مورد این بند و نوع و میزان و چگونگی تودیع تضمینات فوق مشاهده نمی‌شود و طبعاً هیچ‌گونه مقرراتی هم در مورد نحوه تأیید عملکرد مدیران و چگونگی آزادسازی تضمینات هم به چشم نمی‌خورد.

از نظر قانون‌گذاری با حذف ماده ۱۱۶ قانون تجارت مبنی بر وضع ملاک تصویب ترازنامه، برای مفاسد حساب مدیران، ما هیچ‌گونه دینای دیگری بر احراز تأیید عملکرد مدیران نداریم و سکوت قانون‌گذار در این مورد نمی‌تواند محمول بر وضع ملاک خودبه‌خود و اتوماتیک تلقی شود و در نتیجه علیرغم تصویب ترازنامه در مجمع، باب طرح دعوی سهامداران علیه مدیران همواره مفتوح است.

از این که لایحه تجارت توسط مدیران شرکت‌ها بررسی و بازنگری نشده است تعجبی نیست زیرا که آن‌چنان درگیر بحران‌های ناشی از اوضاع اقتصادی و کمبود نقدینگی و مجامع عمومی پرتنش و عدم توانایی پرداخت سود سهام هستند که دیگر فرصتی برای مطالعه و مذاقه در لایحه تجارت ندارند ولی همین یک مشت از خروار که از لایحه تجارت ارائه شد، کافی است مدیران را بر آن دارد تا کارگروه‌های تخصصی خود را برای بررسی لایحه تجارت فعال کنند تا در زمان حضور و بازجویی در دادگاه‌ها و مراجع کیفری از غفلت خود، نادم و پشیمان نشوند.

جا دارد به کلیه مدیران و مشاورین آنان توصیه شود لایحه تجارت را بخصوص در بخش شرکت‌های تجاری و اسناد تجاری مخصوصاً چک در اولین فرصت با دقت مطالعه کنند، هرچند بسیاری از مطالب آن از جمله عناوین مجرمانه متعدد و حبس و جزای نقدی و کاهش پاداش مدیران و کاهش مهلت پرداخت سود سهام به سهامداران از هشت ماه به چهارماه پس از تصویب ترازنامه و قائم به شخص بودن سمت مدیریت و در نتیجه غیرقابل تفویض بودن آن به دیگری و شرط پذیرش استعفا مدیر از طرف ارکان شرکت به منظور ترخیص و رهایی از مسؤلیت، کامشان را تلخ خواهد کرد ولی اینکه که لایحه تجارت در کمیسیون قضایی مجلس در حال بررسی است، تأخیر جایز نیست و زمان به گوش رساندن نقطه نظرات مدیران که لایحه تجارت بر اعمال و اقدامات‌شان حکومت خواهد کرد، به نمایندگان مجلس فرا رسیده است زیرا تصویب ۱۰۲۸ ماده در صحن مجلس، با دقت و ریزینی و لحاظ کردن کلیه جوانب تخصصی امر، بعید به نظر می‌رسد.

این داستان انشاءالله ادامه خواهد داشت، با امید وجود گوش شنوا. ■

پروسیه مقررات مدنی و کیفری چک در لایحه جدید تجارت

دکتر علیرضا فصیحی زاده

وکیل دادگستری - استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

۱- مقدمه

مقررات فعلی چک ضمن مواد ۳۱۰ تا ۳۱۷ قانون تجارت و نیز مواد قانون صدور چک بیان گردیده است. قانون صدور چک اولین بار در ۱۳۵۵/۴/۱۶ به تصویب رسید و در آن هردو جنبه مدنی و کیفری چک مد نظر قرار گرفت. این قانون بارها پس از آن در سال‌های ۱۳۷۲ و ۱۳۸۲ اصلاح گردید. با این حال، این مقررات هم از جهت مدنی و هم از جهت کیفری ناقص و ناکارآمد است و تاکنون نتوانسته مشکلات عدیده مربوط به چک را در کشور ما حل کند. لایحه تجارت به پیشنهاد وزارت بازرگانی در جلسه مورخ ۸۴/۴/۵ هیأت وزیران به تصویب رسید و در جلسه ۸۴/۵/۱۶ مجلس شورای اسلامی اعلام وصول گردید. هرچند مسؤولان دولت نهم پیش‌بینی کرده بودند که این لایحه تا پایان عمر مجلس هفتم به صورت قانون در می‌آید، تصویب آن در مجلس مزبور صورت نگرفت. مجلس هشتم که هنوز اولین سال فعالیت خود را پشت سر گذاشته، کلیات لایحه جدید تجارت را در کمیسیون اقتصادی تصویب نمود. نهایتاً، به لحاظ حجم زیاد لایحه و طولانی بودن زمان رسیدگی و تصویب آن در صحن مجلس، به پیشنهاد برخی از نمایندگان، مجلس شورای اسلامی در یکشنبه ۲۴ آذر ۸۷ تصویب نمود که طبق اصل ۸۵ قانون اساسی، تصویب این لایحه به کمیسیون اقتصادی مجلس واگذار شود. بنابراین، لایحه پس از تصویب در کمیسیون مزبور، برای مدتی که مجلس تعیین می‌کند به صورت آزمایشی اجرا می‌شود و مجلس فرصت می‌یابد به تدریج آن را بررسی و تصویب نماید. در این لایحه تلاش گردیده، تمامی مقررات تجاری در ایران به صورت جامع و منطبق با نیازهای امروز اصلاح گردد. این لایحه ۱۰۲۸ ماده دارد و حسب ماده آخر آن، تمامی مقررات مغایر از جمله قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ و قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ و اصلاحات بعدی آن منغی گردیده است. لایحه مزبور در ۸ باب تنظیم شده که باب پنجم آن به اسناد تجاری پرداخته است. این باب چهار فصل دارد که فصل اول آن به چک و سه فصل دیگر به سفته، برات، و اسناد تجاری الکترونیکی پرداخته است. مواد ۱۷۲ تا ۲۵۰ این لایحه به چک اختصاص دارد که در آن اولاً: مقررات راجع به چک اعم از مدنی و کیفری به صورت یکجا جمع‌آوری شده است و ثانیاً: نقایص و ابهامات قوانین جاری برطرف گردیده است و ثالثاً: نوآوری‌هایی برای اصلاح وضع موجود و افزایش کارایی و اعتبار چک و انطباق مقررات با واقعیت‌های اجتماعی و اقتصادی و کاربرد چک نزد تجار و شرکت‌های تجاری و سایر اشخاص مشاهده می‌گردد.

۲- جایگاه چک در لایحه تجارت

چک در قانون تجارت کنونی پس از برات و سفته به عنوان فصل سوم باب چهارم، تنها ۸ ماده از قانون را به خود اختصاص داده است و در قانون صدور چک نیز تنها ۲۲ ماده به تبیین مقررات راجع به این سند تجاری مهم پرداخته است. با این حال، در لایحه تجارت به دلیل اهمیتی که نویسندگان آن برای چک در نظر گرفته‌اند آن را قبل از سایر اسناد تجاری یعنی برات و سفته به عنوان اولین فصل باب پنجم ذکر نموده و برای آن نزدیک به ۹۰ ماده پیش‌بینی کرده‌اند. در این لایحه از ارجاع مقررات چک یا سفته به برات خودداری شده و برای هر یک از اسناد تجاری از جمله چک مقررات ویژه‌ای به طور کامل بیان گردیده است. همچنین، تلاش گردیده، مقررات اسناد تجاری یادشده تا حد ممکن با یکدیگر یکنواخت شود.

۳- نوآوری‌های لایحه تجارت درباره چک

لایحه در برخی از موارد ابهامات و نواقص قانونی موجود را برطرف نموده و گاه عناوین تازه‌ای را مطرح کرده است که مهمترین آن در پی می‌آید.

۳-۱- تعریف و انواع چک

حسب ماده ۱۷۲ لایحه، چک سندی است که به موجب آن صادرکننده مبلغی را از محل حساب بانکی خود دریافت یا به دیگری واگذار می‌کند. حسب ماده ۱۷۶ لایحه، چک به سه نوع عادی، تأییده شده و چک پول تقسیم گردیده است و چک تضمین شده که در حال حاضر خود نوع مستقلی به شمار می‌آید، در زمره چک تأییده شده قرار گرفته است. همچنین، صدور چک‌های مزبور به صورت الکترونیکی با توجه به قانون تجارت الکترونیک پیش‌بینی گردیده است.

۳-۲- شرایط صدور چک

از تقابص مقررات موجود آن است که شرایط شکلی صدور چک حتی مواردی که عملاً بانک‌ها به هنگام دادن دسته چک به مشتریان خود، آن را رعایت می‌کنند، تبیین نگردیده و ماده ۳۱۱ قانون تجارت تنها قید محل صدور و تاریخ صدور در چک را برای صدور آن کافی دانسته است. این امر زمینه سوء استفاده از چک و صدور چک‌های بلامحل و بی‌اعتباری این سند تجاری را فراهم می‌سازد. در لایحه، این نقص برطرف گردیده و حسب ماده ۱۷۳ آن، موارد دیگری شامل قید کلمه چک، دستور بدون قید و شرط پرداخت مبلغی معین با حروف و عدد، نام بانک محال علیه، نام صاحب حساب، نشانی محل پرداخت و شماره حساب صادر کننده چک نیز از شرایط صدور چک به شمار آمده است و حسب ماده ۱۷۴ آن، در صورت عدم ذکر موارد یادشده در متن چک، سند مزبور مشمول مقررات چک نخواهد بود. البته، از

این عدم شمول دو مورد استثنا گردیده و در صورت عدم قید محل پرداخت، مکانی که کنار نام بانک محال علیه نوشته شده، محل پرداخت محسوب می‌شود و در صورت عدم ذکر محل صدور، محل پرداخت محل صدور محسوب خواهد شد.

۳-۳- تکمیل مندرجات چک

در حال حاضر مقرراتی راجع به این امر وجود ندارد که آیا دارنده می‌تواند چکی را که هنگام صدور فاقد شرایط باشد، کامل کند. در لایحه مقرراتی در این باره پیش‌بینی گردیده و مفروض دانسته شده که صادرکننده با تسلیم چک فاقد برخی از شرایط صدور به دارنده، به طور ضمنی به وی اذن می‌دهد که آن را تکمیل کند. بنابراین، حسب ماده ۱۸۳ لایحه، پس از تکمیل دارنده، سند مزبور دارای اعتبار چک خواهد شد و اشخاصی که سند تکمیل شده را به عنوان ظهرنویس امضا می‌کنند، در حدود مفاد چک در برابر دارندگان بعدی مسؤولیت دارند.

۳-۴- اصل قابل استناد نبودن ایرادات در بوابه دارنده با حسن نیت

در حال حاضر در خصوص اصل مهم غیر قابل استناد بودن ایرادات در برابر دارنده‌ی با حسن نیت - که در تنظیم روابط تجاری در مورد چک و نیز افزایش اعتبار این سند تجاری نقش مهمی دارد- مقررات روشن و جامعی وجود ندارد. با این حال رویه قضایی و دکترین ابهام قانونی راجع به اصل مزبور و قلمرو آن را در روابط تجاری تا اندازه‌ای مرتفع ساخته است. در لایحه مزبور این خلاء قانونی برطرف شده و اصل مزبور، استثنای آن و نیز تعریف دارنده‌ی با حسن نیت بیان شده است. ماده ۲۱۱ لایحه به مسؤولیت تضامنی صادرکننده یا صادرکنندگان، ظهرنویسان و نیز بانک تأییدکننده یا تضمین‌کننده در مقابل دارنده چک تصریح نموده است و ماده ۲۱۲ به بیان اصل مزبور و استثنای آن پرداخته و تصریح کرده است: جز در موارد ایرادات مرتبط با شرایط شکلی، بطلان صدور و یا نقل و انتقالات متوالی سند، موجب نمی‌گردد که عنوان دارنده با حسن نیت از شخص سلب گردد. همچنین در مورد ضامن نیز ماده ۱۹۹ بیان نموده که مسؤولیت وی جز در خصوص ایرادات مرتبط با ظاهر سند و مرور زمان همواره اعتبار دارد.

۳-۵- مواعد قانونی در چک

در لایحه مواعد قانونی در جهت افزایش اعتبار چک و سرعت بخشیدن به گردش این سند تجاری تغییر یافته یا مواعد جدیدی پیش‌بینی شده است. از جمله این موارد عبارت است از:

- ۱- تعیین مهلت دو ماه از تاریخ صدور چک برای داشتن حق مراجعه به ظهرنویس در تمامی موارد.
- ۲- تعیین مهلت سه سال از تاریخ صدور گواهی‌نامه عدم پرداخت یا آخرین اقدام تعقیبی برای قابل استماع بودن چک به عنوان سند تجاری در محاکم.

۳-۶- ظهرنویسی چک

در لایحه تجارت، انتقال عادی (ساده) چک به غیر از طریق ظهرنویسی پیش‌بینی شده که در آن منع‌کننده‌ی انتقال می‌تواند در برابر دارنده به ایرادات شخصی ناشی از روابط خصوصی‌اش با منتقل‌الیه استناد کند. در باب ظهرنویسی آمده است:

- ۱- ظهرنویسی بخشی از مبلغ چک باطل، اما ظهرنویسی مشروط معتبر است.
- ۲- ظهرنویسی برای وکالت یا قوت یا حجر موکل منتفی نمی‌شود.

۴- مسؤلیت کیفری صدور چک بلامحل

در این لایحه مقررات کیفری چک تغییر یافته و مسؤلیت کیفری چک بدین ترتیب پیش‌بینی شده است:

- ۱- مجازات صدور چک بلامحل یا صدور چکی که به علت عدم مطابقت امضا یا قلم خوردگی و مانند آن پرداخت نشود، متناسب با مبلغ چک تعیین گردیده و حداقل حبس کاهش یافته و متناسب با مدت حبس، برای صادرکننده ممنوعیت از داشتن دسته چک پیش‌بینی شده است.
- ۲- مهلت مراجعه به بانک جهت استفاده از امتیاز کیفری چک به سه ماه تقلیل یافته است.
- ۳- پیش‌بینی مسؤلیت بانک بابت خسارات وارد به دارنده در صورت تخلف از مواردی چون: بررسی هویت صاحب حساب و نشانی و شغل وی، انتشار فهرست شماره حساب‌های مسدود شده، ارسال نسخه‌ای از گواهی عدم پرداخت به بانک مرکزی، و قوانین و مقررات مربوط به چک.

۵- نتیجه‌گیری

با وجود انتقاداتی که به این لایحه وارد است، در مجموع لایحه تجارت نتیجه چند سال کارشناسی بوده و در صورت تصویب مجلس و لازم‌الاجرا شدن، می‌تواند به افزایش اعتبار چک در روابط تجاری و پیشگیری از تخلفات و جرایم راجع به صدور چک بلامحل و برطرف نمودن نواقص موجود و انطباق این سند تجاری پرکاربرد با تحولات اقتصادی و تجاری و اجتماعی روز منتهی گردد. ■

صلامیت دیوان کیفری بین المللی در رسیدگی به جنایات غزه

مآئده میرشمس شهشهانی

وکیل دادگستری - تهران

مقدمه

در ژانویه ۲۰۰۷ حماس طی انتخاباتی آزاد با نظارت ناظران بین المللی، کنترل غزه^۱ را برعهده گرفت. درگیری‌های اسرائیل و حماس در تاریخ ۱۷ تا ۲۳ جولای ۲۰۰۸ به اعلام آتش‌بس بین این دو انجامید که این آتش‌بس شش ماهه در تاریخ ۱۹ دسامبر ۲۰۰۸ پایان یافت و این دو نتوانستند جهت ادامه آن به توافق برسند. حماس اسرائیل را به دلیل دست برداشتن از محاصره سرزنش می‌کرد و در مقابل اسرائیل حماس را به پرتاب موشک بر شهرک‌های یهودی‌نشین متهم می‌ساخت. در ژانویه ۲۰۰۸ حملات نظامی به نوار غزه توسط نظامیان اسرائیلی با حمله به مراکز اداری و آموزشی پلیس آغاز شد که محاصره غزه، به قحطی کشاندن غیرنظامیان و کشتار آن‌ها و بیماران مساجد، بیمارستان‌ها و مناطق مسکونی را به دنبال داشت. در این میان دولت مصر با سدود کردن گذرگاه مرزی رفح از ارسال کمک‌های انسان دوستانه به غیرنظامیان جنگ‌زده غزه جلوگیری نمود. چنین تخمین زده شده است که در این نبرد بیش از ۱۲۰۰ فلسطینی کشته و تعداد زیادی از ساکنین غزه از جمله زنان و کودکان زخمی شدند. بر اساس گزارشات واصله بیش از چهل هزار نفر از ساکنین غزه در این مدت بدون آب و غذا ماندند و چهار هزار خانه ویران و ده‌ها هزار نفر بی‌خانمان شدند. این درگیری در تاریخ ۱۸ ژانویه ۲۰۰۸ با اعلام آتش‌بس یک جانبه از سوی اسرائیل و سپس حماس به پایان رسید و در ۲۱ ژانویه اسرائیل به صورت کامل از نوار غزه عقب‌نشینی کرد. آنچه با مشاهده جنایات ارتكایی در جریان این درگیری‌ها همواره مورد بحث بوده است، نحوه مقابله با این جنایات در قلمرو سرزمین اشغالی فلسطین و اخیراً در نوار غزه و صلاحیت دادگاه‌های بین‌المللی موجود به خصوص دیوان کیفری بین‌المللی در رسیدگی به این جنایات می‌باشد.

دیوان کیفری بین‌المللی به عنوان نهادی دائمی در رسیدگی به خطرناک‌ترین جرایم بین‌المللی در نشست نمایندگان تام‌الاختیار ملل متحد در تاریخ ۱۷ جولای ۱۹۹۸ با امضاء اساسنامه آن توسط ۱۲۰ کشور از مجموع ۱۶۰ کشور شرکت‌کننده، تأسیس و در تاریخ اول ژانویه ۲۰۰۱ با تصویب و در نتیجه لازم‌الاجراء شدن اساسنامه‌اش توسط ۶۰ کشور کار خود را آغاز کرد.

۱- نوار غزه در خاورمیانه قرار دارد و دارای مرزی ۵۱ کیلومتری با اسرائیل و مرزی ۱۱ کیلومتری با مصر در نزدیکی شهر رفح است. این منطقه دارای جمعیتی بالغ بر یک میلیون و چهارصد هزار نفر است که اکثریت مطلق آن عرب‌اند. مهم‌ترین بخش نوار غزه شهر غزه است که حدود ۳۰۰ هزار نفر جمعیت دارد و از نظر تراکم جمعیتی متراکم‌ترین شهر جهان است.

مقر دیوان در لاهه است و به موجب ماده یک اساسنامه رُم دارای صلاحیت تکمیلی^۱ نسبت به صلاحیت کیفری ملی است.

بررسی مواد دیوان نشان می‌دهد که این نهاد در رسیدگی به جرایم دارای دو قسم صلاحیت است: صلاحیت اصلی و صلاحیت استثنایی. در تحقق صلاحیت اصلی دیوان در رسیدگی به جرایم، جمع سه جزء ضرورت دارد. با حصول این سه شرط، دیوان امکان رسیدگی به پرونده ارجاع شده بدان را می‌یابد. این سه جزء صلاحیت دیوان عبارتند از: صلاحیت شخصی یا صلاحیت مکانی، صلاحیت زمانی و صلاحیت ذاتی. همچنین مطابق مقررات اساسنامه در مواردی دیوان به صورت استثنایی و موردی صلاحیت رسیدگی می‌یابد. در این نوشتار امکان رسیدگی به جنایات ارتكابی در غزه را در دیوان کیفری بین‌المللی با توجه به صلاحیت‌های مقرر در اساسنامه رُم برای دیوان بررسی می‌نماییم. در این راستا در فصل اول صلاحیت اصلی دیوان و در فصل دوم صلاحیت استثنایی دیوان مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

فصل اول) صلاحیت اصلی دیوان

صلاحیت اصلی دیوان با جمع سه جزء مقرر برای آن در اساسنامه محقق می‌گردد. این سه جزء در قالب سه گفتار در این فصل بررسی می‌شوند.

گفتار اول) صلاحیت شخصی یا مکانی دیوان

ماده ۱۲ اساسنامه رُم با عنوان پیش شرط‌های اعمال صلاحیت مقرر می‌دارد:

۱- دولتی که عضو این اساسنامه می‌شود بدان وسیله صلاحیت دیوان را نسبت به جنایات مذکور در ماده ۵ می‌پذیرد. ۲- در حالت ماده ۱۳، بند الف یا ج^۲، دیوان در صورتی می‌تواند صلاحیت خود را اعمال نماید که حداقل یکی از دولت‌های ذیل عضو این اساسنامه باشند یا صلاحیت دیوان را بر طبق بند ۳ پذیرفته باشند؛ الف) دولتی که در قلمرو آن (جرم) فعل یا ترک فعل مورد نظر مورد نظر روی داده یا در صورتی که آن جنایت در کشتی یا هواپیما ارتکاب یافته، دولتی که آن کشتی یا هواپیما در آن به ثبت رسیده است؛ ب) دولتی که شخص مورد تحقیق یا تعقیب تبعه آن است. ۳- چنان‌چه پذیرش [اعمال صلاحیت دیوان توسط] دولتی که عضو این اساسنامه نیست به موجب بند ۲ مورد نیاز باشد، آن دولت می‌تواند با سپردن اعلامیه‌ای نزد رئیس دبیرخانه اعمال صلاحیت دیوان را نسبت به جرم مورد نظر بپذیرد. دولت پذیرنده به موجب فصل ۹ باید بدون هیچ گونه تأخیر یا استثناء با دیوان همکاری نماید.

۲- منظور از صلاحیت تکمیلی دیوان نسبت به دادگاه‌های ملی این است که برخلاف دادگاه‌های موردی یوگسلاوی سابق و رواندا، بر اساس اساسنامه دیوان، صلاحیت رسیدگی دادگاه‌های ملی در رسیدگی به جنایات بین‌المللی مقدم بر صلاحیت دیوان است و دادگاه بین‌المللی کیفری تنها در مواردی که هیچ دادگاه صالح داخلی نخواهد یا نتواند مجرم را مورد تعقیب قرار دهد، وارد رسیدگی خواهد شد.

۳- مطابق ماده ۱۳ «دیوان می‌تواند مطابق مقررات این اساسنامه صلاحیت خود را نسبت به جنایات مذکور در ماده ۵ اعمال نماید چنان‌چه: الف) یک دولت عضو وضعیتی را که در آن یک یا چند جنایت به نظر می‌رسد ارتکاب یافته است، به موجب ماده ۱۴ به دادستان ارجاع نماید. ب) ... ج) دادستان تحقیقاتی را به موجب ماده ۱۵ در مورد آن جنایات شروع نموده باشد.»

شایان ذکر است که تحقق صلاحیت شخصی و مکانی دیوان به صورت همزمان الزامی نمی‌باشد و کافی است تنها یکی از این دو جزء به همراه صلاحیت ذاتی و صلاحیت زمانی دیوان حاصل شوند تا دیوان صلاحیت رسیدگی یابد. به همین دلیل است که این دو جزء نه به صورت مجزا بلکه در قالب یک گفتار مورد بررسی قرار می‌گیرند. این مسأله در صدر بند ۲ ماده ۱۲ اساسنامه با عبارت «... که حداقل یکی از دولت‌های ذیل عضو این اساسنامه باشند...» مقرر گردیده است.

الف) صلاحیت مکانی دیوان

همان‌طور که در جزء «الف» بند ۲ ماده ۱۲ اساسنامه دیوان مشاهده شد، صلاحیت مکانی دیوان در صورتی محقق می‌شود که جرایم در صلاحیت دیوان در قلمروی یکی از اعضاء آن ارتکاب یافته باشد. جنایات مورد بررسی در خاک غزه در سرزمین فلسطین اشغالی ارتکاب یافته‌اند و این درحالیست که در نظر عده‌ای از لحاظ اصول حقوق بین‌الملل در دولت محسوب شدن فلسطین تردیدهایی وجود دارد^۴ که امکان پیوستن آن به اساسنامه رُم را کم‌رنگ می‌سازد. از سوی دیگر چنان‌چه کشور فلسطین را تحت عنوان دولت خودگردان به رسمیت بشناسیم^۵، این کشور هنوز به عضویت اساسنامه دیوان درنیامده است؛ در نتیجه جنایات مورد نظر در خاک دولتی از دول عضو دیوان ارتکاب نیافته است تا بتوان صلاحیت مکانی دیوان را محقق دانست؛ در این فرض تنها راه باقیمانده استفاده از شرط مقرر در بند ۳ این ماده است که پذیرش صلاحیت رسیدگی دیوان را از سوی دولت غیر عضو به صورت موردی ممکن می‌سازد.

ب) صلاحیت شخصی دیوان:

مشاهده می‌شود که مطابق جزء «ب» بند ۲ این ماده صلاحیت شخصی دیوان در صورتی محقق می‌گردد که جنایات داخل در صلاحیت دیوان توسط اتباع کشورهای عضو دیوان ارتکاب یافته باشند. این درحالیست که مرتکبین جنایات غزه نظامیان اسرائیلی بوده‌اند و اسرائیل علیرغم امضاء اساسنامه دیوان همچنان از تصویب آن سرباز می‌زند. بنابراین این جزء صلاحیت دیوان نیز محقق نمی‌باشد.

حاصل بررسی صورت گرفته این است که دیوان در رسیدگی به جنایات غزه فاقد صلاحیت مکانی یا شخصی است و این مسأله امکان حصول صلاحیت رسیدگی دیوان را به حداقل می‌رساند.

۴- «از دیدگاه حقوق بین‌الملل کشور یا دولت از اجتماع دائم و منظم گروهی از افراد بشر که در سرزمین معین و مشخصی به‌طور ثابت سکونت گزیده و مطیع یک دولت سیاسی مستقل هستند، تشکیل شده است. چنین کشوری دارای استقلال و حاکمیت کامل بوده و تنها از مقررات حقوق بین‌الملل بی‌روی می‌کند و اهلیت برقراری روابط با سایر کشورها را دارد» (محمد رضا ضیایی بیگدلی، **حقوق بین‌الملل عمومی**، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۶، ص ۲۰۲)

۵- شایان ذکر است که از طرفی شورای امنیت در قطعنامه‌های خود از فلسطین تحت عنوان دولت (state) نام می‌برد و از سوی دیگر فلسطین به عنوان عضو ناظر سازمان ملل پذیرفته شده است. این روند راه را برای عضویت فلسطین در سازمان ملل و به رسمیت شناختن آن به عنوان کشور در عرصه بین‌المللی باز می‌نماید.

گفتار دوم) صلاحیت زمانی دیوان

صلاحیت زمانی دیوان مطابق ماده ۱۱ اساسنامه به شرح ذیل می‌باشد: ۱- دیوان تنها نسبت به جرائمی صلاحیت دارد که بعد از لازم‌الاجراء شدن این اساسنامه ارتکاب یافته باشد. ۲- اگر دولتی پس از لازم‌الاجراء شدن این اساسنامه عضو آن شود، دیوان فقط نسبت به جنایاتی اعمال صلاحیت می‌کند که پس از لازم‌الاجراء شدن اساسنامه در مورد آن دولت ارتکاب یافته باشند. مگر آن‌که آن دولت اعلامیه‌ای به موجب بند ۳ ماده ۱۲ داده باشد. با توجه به این‌که اساسنامه دیوان در تاریخ اول ژانویه ۲۰۰۱ لازم‌الاجراء شده است، و با نظر به این‌که جنایات غزه در ژانویه ۲۰۰۸ ارتکاب یافته‌اند، صلاحیت زمانی دیوان محقق است؛ اما همان‌طور که ملاحظه شد در پیوستن دولت فلسطین به اساسنامه دیوان مشکلاتی پیش‌روست که در فرض مرتفع شدن آن‌ها و عضویت دولت فلسطین بایستی مطابق بند ۲ این ماده عمل شود و این دولت صلاحیت دیوان را در رسیدگی به جنایات غزه از طریق صدور اعلامیه بپذیرد.

گفتار سوم) صلاحیت ذاتی دیوان

منظور از صلاحیت ذاتی دیوان، جرایم در صلاحیت رسیدگی دیوان می‌باشد که در فصل دوم اساسنامه و در مواد ۵ تا ۸ آن بدان‌ها اشاره شده است. این جرایم که از مهمترین جرایم بین‌المللی (جنایات بین‌المللی) می‌باشند عبارتند از: جنایت نسل‌کشی، جنایات ضدبشریت، جنایات جنگی و جنایت تجاوز.

توجه به ماهیت جنایات ارتكابی در غزه و بررسی تعاریف ارائه شده در خصوص چهار جرایم مذکور روشن می‌سازد که آن‌چه در غزه اتفاق افتاده است نقض فاحش کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۲ اوت ۱۹۴۹ ژنف^۶ و نیز قوانین و عرف‌های مسلم حقوق بین‌الملل و حاکم بر منازعات مسلحانه بین‌المللی بوده و از این اقدامات تحت عنوان جنایات جنگی نام برده می‌شود. ماده ۸ اساسنامه دیوان با عنوان جنایات جنگی و در سه بند به بیان مصادیق این جنایات می‌پردازد. این ماده مقرر می‌دارد: «۱- دیوان نسبت به جنایات جنگی صلاحیت دارد به ویژه هنگامی که در قالب یک برنامه یا یک سیاست عمومی یا در قالب ارتکاب گسترده چنین جرائمی صورت گرفته باشد. ۲- منظور از جنایات جنگی در این اساسنامه موارد ذیل است: الف) نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ۱۲ اوت ۱۹۴۹ ژنو یعنی هر یک از اعمال مشروحه ذیل برضد اشخاص و دارایی‌هایی که تحت حمایت مقررات کنوانسیون مربوطه ژنو قرار گرفته‌اند:

- کشتار عمدی؛

- فراهم آوردن موجبات رنج عظیم و یا صدمه شدید به جسم یا سلامتی؛

۶- Core Crimes .

۷- کنوانسیون‌های چهارگانه ژنف عبارتند از: ۱) کنوانسیون ژنف مربوط به بهبود وضع مجروحین و بیماران در نیروهای مسلح در حال جنگ ۲) کنوانسیون ژنف مربوط به وضع مجروحین، بیماران و غرق‌شدگان در نیروهای مسلح در دریاها ۳) عهدنامه ژنف مربوط به رفتار با زندانیان ۴) عهدنامه مربوط به حمایت از اشخاص غیر نظامی در زمان جنگ.

۸- در بیان مفاد این ماده که طولانی‌ترین ماده در خصوص بیان مصادیق جنایات جنگی در مقایسه با اساسنامه سایر دادگاه‌هاست، به ذکر موارد احتمالی‌ای که در جنگ غزه ارتکاب یافته است، اکتفا می‌شود.

- تخریب و ضبط گسترده اموال که ضرورت‌های نظامی آن را توجیه نمی‌کند و به صورت غیرقانونی و خودسرانه اجرا شده است؛
- پ) دیگر نقض‌های فاحش قوانین و عرف‌های مسلم حقوق بین‌الملل و حاکم بر منازعات مسلحانه بین‌المللی یعنی هر یک از اعمال مشروحه ذیل:
 - هدایت عمدی حملات بر ضد مردم غیرنظامی در کلیت آن یا بر ضد افراد غیرنظامی که مشارکت مستقیم در مخاصمات ندارند؛
 - هدایت عمدی حملات بر ضد اهداف غیرنظامی؛
 - هدایت عمدی حملات بر ضد کارکنان تأسیسات، مواد، واحدها، یا وسایل نقلیه‌ای که در کمک‌رسانی بشردوستانه یا مأموریت‌های حفظ صلح به موجب منشور ملل متحد به کار گرفته می‌شوند، مادام که آن‌ها از حمایتی برخوردارند که به غیرنظامیان یا اهداف غیرنظامی به موجب حقوق بین‌المللی منازعات مسلحانه داده شده است؛
 - انجام عمدی حمله‌ای با علم به این که چنین حمله‌ای باعث تلفات جانی یا آسیب به غیرنظامیان یا خسارت به اهداف غیرنظامی یا آسیب گسترده دراز مدت و شدید به محیط زیست خواهد شد و آشکارا نسبت به مجموعه فایده نظامی ملموس و مستقیم مورد انتظار از آن بیش از اندازه است؛
 - حمله یا بمباران شهرها، روستاها، مناطق مسکونی یا ساختمان‌هایی که بی‌دفاع بوده و اهداف نظامی نیستند یا هر وسیله‌ای که باشد؛
 - کشتن یا زخمی کردن رزمنده‌ای که سلاح خود را بر زمین گذاشته یا وسیله‌ای برای دفاع ندارد و از روی اختیار تسلیم شده است؛
 - اقدام دولت اشغالگر به طور مستقیم یا غیرمستقیم برای انتقال بخش‌هایی از جمعیت غیرنظامی‌اش به سرزمینی که اشغال می‌کند یا تبعید یا انتقال تمام یا بخش‌هایی از جمعیت سرزمین اشغالی در داخل یا به خارج از سرزمین؛
 - هدایت عمدی حملات بر ضد ساختمان‌هایی که برای مقاصد مذهبی، آموزشی، هنری، علمی یا خیریه اختصاص یافته و حمله به آثار تاریخی، بیمارستان‌ها و مکان‌های تجمع بیماران و زخمی‌ها مشروط بر آن که آن مکان‌ها اهداف نظامی نباشند؛
 - خائنانه کشتن یا زخمی کردن افرادی که به دولت یا ارتش دشمن تعلق دارند؛
 - اعلان این مطلب که به احدی رحم نخواهد شد (احدی در قید حیات نخواهد ماند)؛
 - تخریب یا ضبط اموال دشمن مگر آن که ضرورت‌های جنگ چنین تخریب یا ضبط اموال را ایجاب نماید؛
 - غارت شهر یا محلی گرچه غلبه بر آن با زور صورت گرفته باشد؛
 - به کار بردن سم یا سلاح‌های سمی؛
 - استفاده از گازهای خفه‌کننده، سمی یا سایر گازها و تمام سیالات، مواد یا ابزارهای مشابه؛
 - استفاده از گلوله‌هایی که به آسانی در بدن انسان منبسط یا پخش می‌شود مانند گلوله‌هایی که دارای پوسته سختی هستند که تمام هسته را نمی‌پوشاند یا آن که شکاف‌هایی روی پوسته ایجاد شده است؛
 - به کار بردن سلاح‌ها، پرتابه‌ها و مواد و روش‌های جنگی که دارای خاصیت آسیب‌رسانی بیش از حد یا موجب رنج غیرلازم می‌شوند یا آن که ذاتاً بدون تمیز و تفکیک (اهداف) و معایر حقوق بین‌الملل منازعات مسلحانه هستند، مشروط بر آن که این سلاح‌ها موضوع منع جامع بوده و از طریق اصلاحیه‌ای مطابق مقررات مربوط در مواد ۱۲۱ و ۱۲۳ در ضمیمه الحاقی به این اساسنامه درج شود؛

- تجاوز به کرامت شخص، به ویژه رفتار موهن و تحقیرآمیز؛
- بهره‌برداری از حضور اشخاص غیر نظامی یا دیگر اشخاص برخوردار از حمایت به منظور مصون نگه داشتن نقاط، مناطق یا نیروهای نظامی معین از عملیات نظامی؛
- هدایت عمدی حملات بر ضد ساختمان‌ها، مواد، واحدها و وسایل نقلیه پزشکی و افرادی که نشان‌های مشخصه کنوانسیون‌های ژنو را مطابق حقوق بین‌الملل به کار می‌برند؛
- تحمیل گرسنگی به غیر نظامیان به عنوان روش جنگی، با محروم کردن آنان از موادی که برای بقایشان ضروری است. از جمله جلوگیری خودسرانه از رسیدن کمک‌های امدادی پیش‌بینی شده در کنوانسیون‌های ژنو...

۳- هیچ‌یک از مطالب بندهای ۲ (ج) و (د) تأثیری بر مسئولیت حکومت برای حفظ یا برقراری مجدد قانون نظام در کشور یا دفاع از وحدت و تمامیت قلمرو دولت با تمام وسایل قانونی نخواهد گذاشت.»

«به نظر می‌رسد که اگر اساسنامه یا اسناد بین‌المللی دیگر صراحتاً به عنصر روانی، با استفاده از قیودی مثل «عمداً»، «عالمناً»، یا «از روی قصد» و نظایر آن‌ها اشاره نکرده باشند، باید قائل به آن شد که اثبات عمد یا حداقل بی‌تفاوتی در مورد ارتکاب جرم پایه (مثل تجاوز جنسی، شکنجه، تخریب، غارت و...) ضروری است...»^۹

فصل دوم) صلاحیت استثنایی دیوان کیفری بین‌المللی

با بیان اجزاء ضروری در تحقق صلاحیت اصلی دیوان، در این فصل به بررسی نوع دیگری از صلاحیت دیوان که در موارد استثنایی و به‌طریقی متفاوت از آنچه گفته شد تحقق می‌یابد می‌پردازیم.

تحقق صلاحیت دیوان علاوه بر جمع سه شرط بیان شده به نحو دیگری نیز امکان‌پذیر است. این مورد در بند «ب» ماده ۱۳ اساسنامه مقرر گردیده است؛ این بند در بیان موارد اعمال صلاحیت دیوان، به امکان ارجاع وضعیتی که در آن به نظر می‌رسد یک یا چند جنایت ارتکاب یافته است، از سوی شورای امنیت سازمان ملل متحد به دادستان دیوان و به موجب فصل ۷ منشور سازمان ملل متحد، اشاره دارد. گفته می‌شود در این حالت تحقق صلاحیت زمانی و ذاتی به شرح مقرر در مواد دیوان ضرورت دارد؛^{۱۰} درحالی‌که ارجاع چنین وضعیت خاصی به دیوان از سوی شورای امنیت جایگزین صلاحیت شخصی یا مکانی مورد نیاز در تحقق صلاحیت از نوع اول می‌باشد. به عبارت دیگر در این مورد رضایت دولتی که جنایات مورد نظر در قلمرو آن یا توسط اتباعش ارتکاب یافته ضرورت ندارد و ارجاع وضعیت از سوی شورای امنیت به دیوان با هدف حفظ صلح و امنیت جهانی طبق فصل هفتم منشور بوده و رضایت دولت‌ها در این خصوص شرط نمی‌باشد.
با توجه به آنچه گفته شد می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که صلاحیت دیوان در رسیدگی به دو طریق محقق می‌گردد:

۹- دکتر حسین، میر محمد صادقی، «داده‌های کیفری بین‌المللی»، نشر دادگستر، تهران ۱۳۸۷، ص ۱۳۵.
۱۰- برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: جواد طهماسبی، «قلمرو زمانی صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی»، مجله حقوقی (نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، شماره ۳۷، سال ۱۳۸۶، ص ۳۸.

۱- جمع اجزاء ضروری در تحقق صلاحیت اصلی دیوان؛
۲- ارجاع وضعیت خاص از سوی شورای امنیت به دیوان در مواردی که صلاحیت دیوان به موجب بند ۱ و به دلیل فقدان یکی از اجزاء ضروری تحقق صلاحیت اصلی، محقق نشده باشد.
بررسی صلاحیت اصلی دیوان در قالب سه گفتار پیشین بیانگر این نتیجه است که دیوان کیفری بین‌المللی صلاحیت رسیدگی به جنایات غزه را در قالب بند اول ندارد و تنها گزینه ممکن در ارجاع جنایات مذکور به دیوان تحقق بند دوم یعنی ارجاع پرونده جنایات غزه از سوی شورای امنیت به دیوان می‌باشد.

شایان ذکر است که فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد با عنوان «اقدام در مورد تهدید بر ضد صلح، نقض صلح و اعمال تجاوز» در ماده ۳۹ مقرر می‌دارد: «شورای امنیت وجود هرگونه تهدید بر ضد صلح، نقض صلح یا عمل تجاوز را احراز و توصیه‌هایی خواهد نمود یا تصمیم خواهد گرفت که برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی باید به چه اقداماتی، بر طبق مواد ۴۱ و ۴۲، دست زد.» ماده ۴۱ منشور، شورای امنیت را مجاز می‌داند که برای اجرای تصمیمات خویش تصمیم بگیرد که به چه اقداماتی که متضمن استفاده از نیروی مسلح نباشد دست بزنند؛ همچنین می‌تواند از اعضاء سازمان ملل بخواهد که به این اقدامات مبادرت ورزند. این ماده از توقف تمام یا قسمتی از روابط اقتصادی و ارتباطات راه‌آهن، دریایی، پستی، تلگرافی، رادیویی و سایر وسایل ارتباطی و قطع روابط سیاسی به عنوان مثال‌هایی از این اقدامات نام می‌برد. این ماده صراحتاً به توانایی شورای امنیت در تأسیس دادگاه اشاره ندارد اما با به‌کار بردن عبارت کلی «اقداماتی که متضمن استفاده از نیروی مسلح نباشد امکان این تفسیر را فراهم آورده است که در نتیجه می‌توان تأسیس دادگاهی بین‌المللی برای رسیدگی به جرایم بین‌المللی را نمونه‌ای از این اقدامات دانست. جهان تاکنون در دو مورد شاهد اعمال صلاحیت‌های مقرر برای شورای امنیت در قالب فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد به شکل تأسیس دادگاه‌های بین‌المللی بوده است. در تاریخ ۲۵ می ۱۹۹۳، به دنبال جنایات ارتكابی در یوگسلاوی سابق، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق، توسط شورای امنیت سازمان ملل متحد برای رسیدگی به جنایات ارتكابی در این کشور تصویب شد. همچنین در سال بعد و در تاریخ ۸ نوامبر ۱۹۹۴، اساسنامه دیوان بین‌المللی رواندا به شیوه مذکور تصویب شد و این دو دادگاه به عنوان نمونه‌هایی از دادگاه‌های بین‌المللی موردی شروع به رسیدگی کردند. در همین راستا در طرح اولیه اساسنامه دیوان، تهیه شده توسط کمیسیون حقوق بین‌المللی سازمان ملل، امکان ارجاع موضوع از سوی شورای امنیت به دیوان به عنوان یک ضرورت که سابق بر این هم نمونه‌هایی از آن به شکل دیگر در سطح بین‌المللی مشاهده شده بود، پیش‌بینی شد و با اندکی تغییر به شکل فعلی به تصویب رسید. توضیح آن که در حمایت از این مقرر دو دلیل بیان شده است؛ اول) با توجه به این موضوع که در ماده ۱۴ اساسنامه دیوان امکان ارجاع موضوع از سوی دولت‌ها به دیوان پیش‌بینی شده است، به طریق اولی باید این مسأله را پذیرفت که ارجاع پرونده توسط سازمان ملل متحد به دیوان که متشکل از مجموعه‌ای از کشورهاست (۱۵ کشور) نیز وجود داشته باشد. دوم) همان‌طور که اشاره شد شورای امنیت، سابق بر این هم در اجرای اختیار مقرر در ماده ۴۱ منشور، به تأسیس دو دادگاه یوگسلاوی سابق و رواندا اقدام نموده بود. در نتیجه چنان‌چه این اختیار برای این نهاد در اساسنامه دیوان مقرر نمی‌شد باز هم این امکان وجود داشت که در آینده این نهاد در وضعیت‌های مشابه به

تأسیس دادگاه‌های موردی اقدام نماید. چه بهتر که امکان ارجاع موضوع به دیوان بین‌المللی کیفری برای شورا فراهم گردد تا این نهاد بتواند در اجرای اختیار مقرر برای خود در منشور از امکانات موجود بهره برد و دیگر نیازی به تأسیس دادگاه‌های موردی با صرف هزینه و وقت زیاد نداشته باشد؛ توضیح این‌که وظایف و اختیارات شورا در منشور سازمان ملل مشخص شده است که با دقت در این مواد روشن می‌شود که ماده ۱۳ اساسنامه دیوان اختیار جدیدی برای شورا مقرر نمی‌کند بلکه امکان اجرای راحت‌تر اختیار پیش‌بینی شده برای آن در ماده ۴۱ منشور را فراهم می‌آورد. در مقابل موافقین پیش‌بینی چنین اختیاری در اساسنامه، گروهی با آن مخالفت کردند؛ دو دلیل عمده این مخالفت (۱) امکان مداخله شورای امنیت در امور داخلی کشورها از یک سو و (۲) عضویت کشورهای صاحب نفوذی چون آمریکا در این شورا؛ با دارا بودن حق وتو، از سوی دیگر بوده است که در مواردی عملاً ارجاع برخی موضوعات را به دیوان ناممکن می‌سازد. بر عکس در مواردی ممکن است جو سیاسی حاکم بین کشورهای قدرتمند به ارجاع گاه حتی بی‌دلیل برخی موضوعات به دیوان منجر گردد؛ تا جایی که در باب بیان برخی نگرانی‌های ناشی از مسائل ماهوی مقرر در اساسنامه دیوان چنین گفته شده که «با توجه به این‌که آمریکا و برخی از کشورهای غربی از هر بهانه‌ای برای ایجاد جو سیاسی نامناسب علیه جمهوری اسلامی ایران استفاده می‌کنند، این احتمال وجود دارد که آمریکا یا یکی از کشورهای اتحادیه اروپا یکی از موارد تحت صلاحیت دیوان را با تفسیرهای خاص جامعه بین‌المللی و به استناد برخی از گزارشات و قطع‌نامه‌ها و تفاسیر کمیته‌هایی که علیه جمهوری اسلامی ایران رأی داده‌اند، به دیوان ارجاع نمایند.»^{۱۱} این مسأله می‌تواند در مورد بسیاری دیگر از کشورها هم صادق باشد.

نتیجه

شرایط سیاسی و حقوقی پیچیده فلسطین در عرصه بین‌المللی و جو سیاسی حاکم له و علیه آن که تنها پیامدش در نهایت بلا تکلیفی وضعیت این سرزمین اشغالی از لحاظ حقوقی است، از طرفی امکان پیوستن آن به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی را کم و از سوی دیگر احتمال ارجاع پرونده جنایات ارتكابی در قلمرو آن را به دیوان از سوی شورای امنیت، با توجه به ترکیب اعضای آن، بسیار ناچیز می‌سازد.

با توجه به این‌که بر سر راه عضویت فلسطین در دیوان مشکلات فراوانی از لحاظ سیاسی و حقوقی وجود دارد می‌توان گفت سریع‌ترین راه باقیمانده در ارجاع پرونده جنایات ارتكابی در این سرزمین به دیوان در شرایط فعلی، ارجاع وضعیت از سوی شورای امنیت است. نظر به این‌که عکس‌العمل این شورا در خصوص جنایات ارتكابی در یوگسلاوی سابق و رواندا، تأسیس دادگاه‌های بین‌المللی در رسیدگی به وضعیت پیش‌آمده در این دو کشور بوده است، انتظار می‌رود در خصوص نقض شدید حقوق بشر دوستانه در سرزمین فلسطین نیز تدابیر مقتضی و به دور از مصلحت‌اندیشی‌های سیاسی اتخاذ گردد. صرف صدور قطعنامه و بیانیه از سوی شورای امنیت با هدف پایان دادن به درگیری‌ها در این منطقه که تاکنون نتیجه‌ای جز قطع موقت آن نداشته است، چیزی جز تبعیض فاحش نخواهد بود. ■

۱۱- دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران، به اهتمام اسحاق آل حبیب، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، تهران ۱۳۷۸، ص ۳۴۳.

تالاب و حریم قانونی آن

علی کمالی
وکیل دادگستری - تهران

مقدمه

مقاله حاضر پیرامون «آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۲ قانون اراضی مستحدث و ساحلی»^۱ نگارش یافته است، که در روزنامه رسمی بیست و چهارم فروردین ۱۳۸۷ منتشر شد. آیین‌نامه در کمیسیون امور زیربنایی، صنعت و محیط زیست دولت، در جلسه مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۸ به تصویب رسید و در تاریخ ۱۳۸۷/۱/۱۴ با تأیید رئیس جمهور، رسمیت پیدا کرد. در این نوشتار کوشش شده است، در کنار توجه به اهمیت تالاب‌ها از حیث حقوق محیط زیست و حقوق بین‌الملل، به ویژه تالاب‌های سایت رامسر، تعریف تالاب‌ها و پهنای حریم آن‌ها در قوانین جاری کشور، با تأکید بر آیین‌نامه اجرایی تازه تصویب، تشریح شوند.

تعریف و کارکرد تالاب

تالاب‌ها^۲ از چنان اهمیتی برخوردارند که یکی از نخستین پیمان‌های جهانی حفاظت از محیط زیست به آن اختصاص پیدا کرده است. «کنوانسیون تالاب‌های با اهمیت بین‌المللی»^۳ به ویژه به عنوان زیستگاه‌های پرندگان آبی^۴ که در فوریه ۱۹۷۱ در رامسر به امضای کشورهای رسید،^۵ پیش از نخستین کنفرانس پرآوازه سازمان ملل متحد، یعنی کنفرانس ۱۹۷۲ استکهلم، ظهور پیدا کرد. این امر از توجه دیرین جامعه جهانی به تالاب‌ها حکایت می‌کند. کشور ایران به‌عنوان زادگاه کنوانسیون رامسر، آن‌چنان‌که شایسته است در حفظ و حمایت از این پدیده‌های شکننده طبیعت، تلاشی در خور، انجام نداده است. به نظر می‌رسد در حمایت جدی از تالاب‌ها، همه کشورهای از نظر پیشینه فرهنگی دارای کاستی‌های کم و بیش یکسانی هستند. انسان، در تمام طول تاریخ، تالاب‌ها را به عنوان اراضی نامناسب، بد، بی‌فایده، مضر، بستری برای زندگی گرگ و گراز و مأمی برای حشرات ناقل بیماری‌هایی چون مالاریا شناخته است. اراضی غیرقابل مهار که همیشه تصویر آن با نماد کروکودیل آراسته می‌گردند، یا تصویری از باتلاق که هر کس در آن پا بگذارد در کام مرگ فرو می‌رود، انگیزه‌ای جز ستیز

۱- از این پس، با عبارت «آیین‌نامه اجرایی» به آن اشاره می‌شود.

۲- واژگان دیگر فارسی که در مفهوم تالاب به کار می‌روند: دریاچه، آبگیر، برکه، مرداب، مانداب، لجن‌زار و باتلاق. نظر به کنوانسیون رامسر، «تالاب» واژه‌ای است که بر عمومیت آن میان کشورهای عضو توافق شده است. البته همین گوناگونی در زبان انگلیسی نیز دیده می‌شود: Wetland, Lake, Swamp, Marsh, Bog, Fen and Lagoon.

۳- Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat.
۴- کنوانسیون رامسر، چهار سال پس از امضا در ۱۹۷۵/۱۳۵۴ لازم‌الاجرا شد. ایران در سال ۱۳۵۲ الحاق به آن را تصویب کرد. هم‌اکنون ۱۵۶ کشور در آن عضویت دارند.

دائم انسان علیه آن به وجود نمی‌آورد. به همین دلیل رابطه انسان با تالاب‌ها همیشه خصمانه و در جهت تخریب آن بوده است. به طوری که مهار تالاب‌ها و تبدیل آن‌ها به گستره‌های قابل کشت و کار، یا حتی تبدیل آن به اراضی بایر و رها شده از جمله موفقیت‌های جامعه انسانی تلقی می‌شد.^۵ کارکرد یا کاربری تالاب‌ها و زمین‌های پیرامون آن‌ها بسیار متفاوت است. کشاورزی، ماهیگیری، شکار، گردشگری و تفریح از عمده موارد استفاده تالاب‌ها به شمار می‌آید. تالاب‌ها موجب تغذیه و تأمین بخشی از سفره‌های آب زیرزمینی می‌شوند. همچنین، تالاب‌ها با تنظیم آب، از گسترش سیلاب و نفوذ آب‌های شور جلوگیری می‌کنند،^۶ که با توجه به اقلیم خشک و نیمه خشک ایران، اهمیت دوچندانی پیدا می‌کنند.

تالاب‌ها را می‌توان از حیث ساختاری^۷ در دو دسته عمده قرار داد: ۱- داخلی (ارومیه و گاوخونی) و ۲- ساحلی (میانکاله و انزلی).^۸ تالاب‌ها از حیث تنوع زیستی،^۹ گونه‌های مختلف جانوری را در خود جای می‌دهند و به ویژه در فصل مهاجرت میزبان پرندگان زیادی برای استراحت و زمستان‌گذرانی یا زادآوری هستند. پرندگان بسیاری، فصل‌های پاییز و زمستان را در تالاب‌های ایران سر می‌کنند.

تالاب‌ها از حیث اکولوژی بسیار ارزشمند هستند. ارزش اکولوژیک تالاب‌ها ده برابر جنگل‌ها و دویست برابر زمین‌های زراعی است.^{۱۰} بنابراین حفاظت از آن‌ها در برابر تخریب و آلودگی، مسئولیتی است بر عهده دستگاه‌های دولتی، که هم به طور مستقیم عوامل تهدید کننده را مرتفع سازند و هم با آموزش عمومی، مردم را از اهمیت این زیست بوم‌ها^{۱۱} آگاه سازند. در این خصوص، سازمان‌های مردم نهاد^{۱۲} می‌توانند نقش مفیدی ایفا نمایند.

تالاب قابل تملک خصوصی نیست و در اختیار حکومت اسلامی است. در اصل چهل و پنجم قانون اساسی آمده است: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل... دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها، و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، تزارها، بیشه‌های طبیعی... در اختیار حکومت اسلامی است تا برطبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید، تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند.»^{۱۳} در این اصل به صراحت نامی از تالاب برده نشده

۵- برگرفته از، مجنونیان، هنریک، راهبردها و معاهدات جهانی حفاظت از طبیعت و منابع زنده، ج. یکم، انتشارات سازمان حفاظت محیط زیست، ۱۳۷۸، ص ۲۳۲.

۶- نجاری، حبیب اله، تالاب بین‌المللی گاوخونی اصفهان، انتشارات سازمان حفاظت محیط زیست، ۱۳۸۲، ص ۱۰.
۷- کنوانسیون رامسر تالاب‌ها را به پنج گروه تقسیم کرده است: مردابی، دریایی، مصبی، رودخانه‌ای و دریاچه‌ای.
۸- تاکنون بیش از ۱۸۰۰ تالاب بین‌المللی در فهرست کنوانسیون رامسر ثبت شده اند که ۲۲ تالاب در ایران جای دارند. از این میان، هفت تالاب ایران در وضعیت بحرانی به سر می‌برند. با توجه به بین‌المللی بودن این تالاب‌ها، کوتاهی ایران در حفاظت از آن‌ها، واکنش بین‌المللی را در پی خواهد داشت.

۹-Biodiversity.

۱۰- همشهری، ۱۴ بهمن ۱۳۸۷، ص ۷.

۱۱-Ecosystem.

۱۲- سازمان‌های غیردولتی یا سمن‌ها.

۱۳- پیش از این نیز تالاب‌ها قابل تملک خصوصی نبودند؛ آن‌ها ملی به‌شمار می‌آمدند و به عموم مردم تعلق داشتند. ماده (۱) قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ مقرر نموده بود.

است، اما دریاچه از چنان مفهوم وسیعی برخوردار است که تالاب را هم در بر می‌گیرد. به علاوه «آب‌های عمومی» به آن اندازه اطلاق دارد که بر تالاب نیز صدق کند. ماده (۱) قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ با اشاره به اصل چهل و پنجم قانون اساسی، مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی را به مظاهر آب‌های عمومی افزوده و اعلام داشته که «از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است».

تعریف یکسانی از تالاب در قوانین دیده نمی‌شود، که این امر ممکن است دشواری‌هایی را ایجاد نماید. آیین‌نامه اجرایی مقرر می‌کند:

«تالاب: مطابق بند (۱) ماده (۱) کنوانسیون رامسر شامل باتلاق، لجن‌زارها، آب‌های طبیعی و مصنوعی، اعم از دائمی یا موقت، که آب‌های شور یا شیرین یا تلخ در آن به صورت راکد یا جاری یافت می‌شود و از جمله شامل آبگیرهای دریایی است که عمق آن‌ها در پایین‌ترین حد جزر از شش متر تجاوز نکند.»^{۱۴} همین ماده از آیین‌نامه اجرایی، در بند (ب) ادامه می‌دهد که: «دریاچه: نوعی تالاب است اعم از شور یا شیرین که به آب‌های آزاد راه ندارد. حال به بررسی قوانینی می‌پردازیم که از سال ۱۳۵۲ و پس از قانون تصویب الحاق ایران به کنوانسیون رامسر تا هنگام تصویب آیین‌نامه اجرایی، به گونه‌ای با تالاب‌ها مرتبط هستند، تا بدین ترتیب ناهمخوانی‌های تعریف‌ها به دست آیند.

تعریف به عمل آمده از تالاب در آیین‌نامه اجرایی با تعریف آن در قانون اراضی مستحدث و ساحلی ۱۳۵۴، که بایستی این آیین‌نامه در پرتو آن به تصویب رسد، اندکی تفاوت دارد. در تعریف تالاب در آیین‌نامه اجرایی آمده است: «مطابق کنوانسیون رامسر» که با ملاحظه تعریف کنوانسیون از تالاب، وجود تفاوت با این سند بین‌المللی نیز به دست می‌آید.

بند (ج) ماده (۱) قانون اراضی مستحدث و ساحلی مقرر می‌دارد: «تالاب، اعم است از مرداب، باتلاق، یا آب‌بندان طبیعی که سطح آن در حداکثر ارتفاع آب، از پنج هکتار کمتر نباشد. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، مرداب و آب‌بندان در تعریف آیین‌نامه اجرایی از تالاب، دیده نمی‌شوند.

کنوانسیون ۱۹۷۱ رامسر نیز که ایران در سال ۱۳۵۲ با تصویب مجلس به آن پیوست و مفاد آن ناگزیر به موجب ماده ۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ اعتبار قانونی دارد، و حتی به اتکای قواعد حقوق بین‌الملل لازم است مادامی که ایران در آن عضویت دارد بر خلاف آن رفتار نشود، در تعریف تالاب مقرر می‌دارد: «از لحاظ کنوانسیون حاضر تالاب‌ها شامل مرداب‌ها و باتلاق‌ها و لجن‌زارها یا آب‌های طبیعی یا مصنوعی اعم از دائمی یا موقت است که آب‌های شیرین، تلخ یا شور در آن به صورت راکد یا جاری یافت شود، از آن جمله است آب‌های دریا

^{۱۴} - بند الف ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی.

«کلیه آب‌های جاری در رودخانه‌ها و انهار طبیعی و دره‌ها و جویبارها و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و زیرزمینی و همچنین سیلاب‌ها و فاضلاب‌ها و زه‌آب‌ها و دریاچه‌ها و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی و چشمه‌سارها و آب‌های معدنی و منابع آب‌های زیرزمینی ثروت ملی محسوب و متعلق به عموم است و مسؤولیت حفظ و بهره‌برداری این ثروت ملی و احداث و اداره تأسیسات توسعه منابع آب به وزارت آب و برق محول می‌شود.

که عمق آن‌ها در پایین‌ترین نقطه جزر از شش متر تجاوز ننماید.^{۱۵} در کنوانسیون نیز مرداب را مشمول تعریف تالاب دانسته‌اند. به علاوه در این‌جا از عبارت «آب‌های دریا» استفاده شده است که در آیین‌نامه اجرایی به جای آن «آبگیرهای دریایی» به کار رفته است.

در قانون‌گذاری‌های اخیر، به ویژه پس از تصویب قانون توزیع عادلانه آب، تلاش شده است که میان انواع تالاب تفاوتی ایجاد شود. اما مینا و مقصود این تمایز روشن نیست. آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی، آبیاری و زهکشی مصوب ۱۳۷۹ اقدام به تعریف مرداب و برکه کرده است:

«مرداب: زمین باتلاقی، مسطح و پستی است که دارای یک یا تعدادی آبراهه باشد و معمولاً در مد بزورگ دریا زیر آب رود، همچنین اراضی بستری که در مناطق غیرساحلی در فصول بارندگی و سیلاب غرقاب شده و معمولاً در تمام سال حالت باتلاقی داشته باشد.^{۱۶} در این‌جا در حالی مرداب زمین باتلاقی به شمار آمده، که یکی از مصادیق تالاب در آیین‌نامه اجرایی «باتلاق» است. در این مصوبه برای برکه هم تعریفی ارائه شده است: «برکه، اراضی پستی است که در اثر جریان سطحی و زیر زمینی، آب در آن‌ها جمع شده و باقی می‌ماند.»^{۱۷}

همان‌طوری که ملاحظه شد تعریف‌های گوناگونی از تالاب شده، که ممکن است مصادیق مشترکی داشته باشند. به عبارت دیگر، امکان دارد اوصاف کیفی که در هر یک از این تعریف‌ها برای این پدیده آبی بر شمرده شده، برخی به‌طور همزمان بر یک مورد تطبیق کنند. در نتیجه یک پدیده آبی مصداقی از دو یا چند تعریف قانونی خواهد بود. در آن صورت وضعیت حقوقی دو گانه یا چند گانه متعارضی برای موضوع واحد به وجود خواهد آمد.

اما در این میان، دو معیار کمی جلب توجه می‌کنند: معیار ژرفا و معیار پهنا. یکی دربارہ آبگیرهای دریایی (تالاب‌های ساحلی) است که به موجب ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی، ملهم از کنوانسیون رامسر، شامل آبگیرهایی است که در پایین‌ترین حد جزر از شش متر تجاوز نکنند. دیگری در قانون اراضی مستحدث و ساحلی معرفی شده است. به موجب آن حداقل پهنای تالاب نیابستی از پنج هکتار کمتر باشد.^{۱۸} البته با توجه به اطلاق سایر قوانینی که در این‌جا ذکر شد، تالاب‌های با گستره کمتر از پنج هکتار نیز مورد حمایت قانونی دولت هستند.^{۱۹}

در مجموع، توافقی که دولت‌ها در کنوانسیون رامسر بر سر «تالاب» به آن رسیدند، به اندازه‌ای جامع است که همه مصادیق گوناگون تالاب را پوشش دهد. بهتر آن بود که در تعریف‌های متعدد از تالاب، مرداب و... انسجام و ارتباط آن‌ها باهم مورد توجه قرار می‌گرفت.

۱۵- بند یکم ماده (۱) کنوانسیون رامسر، مجموعه کنوانسیون‌های بین‌المللی، ج. پنجم، به کوشش شامرخ شاکریان، شکوه قییری و فاطمه متعصر اسدی، اداره کل قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ۱۳۷۶، ص ۶۵۵.

۱۶- بند دت ماده (۱) این آیین‌نامه.

۱۷- بند هت ماده (۱) همان آیین‌نامه.

۱۸- تالاب مهم است از مرداب، باتلاق یا آب بندان طبیعی که سطح آن در حداکثر ارتفاع آب از پنج هکتار کمتر نباشد.

۱۹- وسعت تالاب‌های بین‌المللی ثبت شده در کنوانسیون رامسر متغیر بوده و دامنه آن از ۰/۱ هکتار (چشمه خسنی در جزایر کریسمس استرالیا) تا ۶،۲۷۸،۲۰۰ هکتار (خلیج کوئین ماود کتادا) نوسان دارد. مجنونیان، همان، ص ۲۴۲.

در تعریف حریم، ماده ۱۳۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «حریم مقداری از اراضی اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد». اما مفهوم حریم دربارۀ تالاب‌ها با آنچه که در قانون مدنی آمده است، تفاوت می‌کند.

حریم در قانون مدنی معنی مخصوصی دارد؛ که با معانی دیگری که اخیراً در مورد حریم جاده و شهر و حریم لوله‌های نفت و امثال آن به کار رفته، متفاوت است. یعنی استعمالات جدید که همه آن‌ها به طور مجازی به کار رفته‌اند، ضابطه‌ای را که در حقوق مدنی پیش‌بینی شده است، نمی‌تواند به هم بزند و حقوق‌دان باید متوجه قاعده حقوقی حقوق مدنی، با توجه به سوابق تاریخی حقوق و نیز متوجه استعمالات مجازی باشد.^{۲۰}

حریم در آیین‌نامه اجرایی این چنین تعریف شده است: «حریم: قسمتی از اراضی ساحلی یا مستحدث است که یک طرف آن متصل به آب دریاچه یا تالاب باشد».^{۲۱} عرض حریم نیز به موجب ماده دوم آن یکصد و پنجاه متر است.^{۲۲}

از سوی دیگر، تبصره دوم ماده (۲) قانون اراضی مستحدث و ساحلی، که مبنای تنظیم و تصویب آیین‌نامه اجرایی است، مقرر می‌دارد: «عرض حریم و حدود اراضی مستحدث سایر دریاچه‌ها و تالاب‌های کشور و مدت لازم برای نصب علائم مشخصه آن‌ها بنا به پیشنهاد وزارت کشاورزی و منابع طبیعی و تصویب هیأت وزیران تعیین می‌شود».

تعریف دیگری از حریم در بند (خ) ماده (۱) آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی، آبیاری و زهکشی مصوب ۱۳۷۹، اصلاحی ۱۳۸۲،^{۲۳} آمده است:

«حریم: آن قسمت از اراضی اطراف رودخانه، مسیل، نهر طبیعی یا سنتی، مرداب و برکه‌های طبیعی است که بلافاصله پس از بستر قرار دارد و به عنوان حق ارتفاق برای کمال انتفاع و حفاظت کمی و کیفی آن‌ها لازم است و طبق مقررات این آیین‌نامه توسط وزارت نیرو یا شرکت‌های آب منطقه‌ای تعیین می‌گردد. حریم انهار طبیعی، رودخانه‌ها و مسیل‌ها (اعم از این‌که آب دائم یا فصلی داشته باشند) و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی برای عملیات لایروبی و بهره‌برداری، از یک تا بیست متر و برای حفاظت کیفی آب رودخانه‌ها انهار طبیعی و برکه‌ها تا یکصد و پنجاه متر (تراز افقی) از منتهی الیه بستر خواهد بود که بنا به مورد و نوع مصرف و وضع رودخانه، نهر طبیعی و برکه به وسیله وزارت نیرو یا شرکت‌های آب منطقه‌ای تعیین می‌گردد. حریم کیفی برای رودخانه‌ها، انهار طبیعی و برکه‌های تأمین‌کننده آب شرب مقطوعاً یکصد و پنجاه متر خواهد بود...».

۲۰- دکتر جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، ج. سوم، ج. سوم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۲، ص ۸۸.

۲۱- بند «ج» ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی.

۲۲- ماده ۲، «عرض حریم تالاب‌ها (به استثنای مرداب و برکه طبیعی) عرضی به عرض ۱۵۰ متر است که بلافاصله بعد از حد بستر تعیین می‌گردد».

۲۳- این آیین‌نامه بر ماده ۵۱ قانون توزیع عادلانه آب مبتنی است.

در این آیین‌نامه حریم «قسمتی از اراضی اطراف» مرداب یا برکه است. اما، حریم در آیین‌نامه اجرایی «قسمتی از اراضی ساحلی یا مستحدثه» به شمار می‌آید. همچنین، بر حسب این که، این پدیده آبی مشمول آیین‌نامه اجرایی تبصره (۲) ماده (۲) قانون اراضی مستحدث و ساحلی باشد یا آیین‌نامه ماده ۵۱ قانون توزیع عادلانه آب، عرض حریم از یک تا یکصد و پنجاه متر متغیر خواهد بود.

در پایان قابل ذکر است که مصوبه دولت به درستی دریاچه‌هایی را که در پشت سدها پدید می‌آیند از شمول آیین‌نامه اجرایی استثنا کرده است. زیرا حریم چنین دریاچه‌هایی به موجب قوانین دیگر، از جمله «قانون تعیین حریم دریاچه‌های پشت سدها» مصوب ۱۳۴۴، تعیین شده است.

رویکرد زیست محیطی

در ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی به کنوانسیون ۱۹۷۱ رامسر اشاره شده است. از این رو به نظر می‌رسد که در تنظیم این مصوبه به آن پیمان زیست محیطی و تعهدات دولت ایران در قبال نظام بین‌المللی توجه شده باشد. اشاره به کنوانسیون رامسر، در ماده (۲) نیز دیده می‌شود. به موجب تبصره این ماده، در تعیین حریم تالاب‌ها، اولویت به تالاب‌های ثبت شده در کنوانسیون رامسر داده شده است. پس در سطح هر استان کشور، اندازه‌گیری حریم، از تالاب‌های دارای اهمیت بین‌المللی آغاز می‌گردد و به تدریج حریم دیگر تالاب‌ها تعیین خواهد شد. این امر حکایت از اهمیت زیست و دو تالاب بین‌المللی کشور نسبت به دیگر تالاب‌ها دارد.

آیین‌نامه اجرایی، نیم نگاه محیط زیستی دیگری نیز به مرجع تعیین‌کننده حریم تالاب دارد. مرجعی که می‌تواند حریم تالاب را تعیین کند، به موجب تبصره دوم ماده (۲) قانون اراضی مستحدث و ساحلی که آیین‌نامه اجرایی در آن راستا تصویب شده، وزارت کشاورزی و منابع طبیعی (جهاد کشاورزی کنونی) است. از جانب دیگر، در قانون توزیع عادلانه آب، وفق تبصره یکم ماده (۲) آن، تعیین حریم به وزارت نیرو محول شده است. اما در نهایت، در آیین‌نامه اجرایی تعیین حریم بر عهده وزارت نیرو نهاده شد. ولی این نهاد موظف است با هماهنگی سازمان حفاظت محیط زیست و وزارت کشاورزی، و به ویژه بر اساس شاخص‌های زیست محیطی اقدام نماید.

همان‌طوری که ملاحظه شد، رعایت معیارهای زیست محیطی که در قوانین پیشین دیده نمی‌شد، در این قانون گنجانیده شده و مسؤلیتی نیز بر عهده سازمان محیط زیست قرار گرفته است. حال این پرسش به میان می‌آید که شاخص‌های زیست محیطی چگونه در تعیین عرض حریم اثر خواهند گذاشت. زیرا با توجه به این که عرض حریم به‌طور مقطوع، یکصد و پنجاه متر در نظر گرفته شده است، اعمال آن‌ها برای تعیین عرض بی‌اثر خواهد بود؛ مگر این که در آیین‌نامه اجرایی عرض حریم متغیر در نظر گرفته می‌شد (مثلاً ۱۰۰ تا ۱۵۰ متر)، تا با اعمال شاخص‌های زیست محیطی عرض تالاب‌های بین‌المللی به حداکثر میزان مجاز می‌رسید. در نهایت، نکته‌ای که نمی‌توان از آن غفلت نمود، تکلیفی است که به موجب قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مصوب ۱۳۵۳ بر عهده سازمان محیط زیست نهاده شده است. به موجب

ماده ۱۱۶ این قانون، کلیه عرصه و اعیان املاک متعلق به دولت، واقع در محدوده مناطق مذکور در بند (الف) ماده (۳)، همچنین کلیه تالاب‌های متعلق به دولت در اختیار سازمان قرار خواهد داشت و سازمان در بهره‌برداری از تالاب‌ها (به استثنای مرداب انزلی) و املاک مذکور، قائم مقام قانونی مؤسسات یا سازمان‌های مربوط می‌باشد، ولی حق واگذاری عین آن‌ها را ندارد. ملاحظه می‌شود که نقش محوری و بنیادین سازمان محیط زیست در این قانون، رنگ باخته و به‌حضور فرعی و حاشیه‌ای در آیین‌نامه اجرایی تبدیل شده است.

به هر طریق، علی‌رغم ابهاماتی که به نظر رسید، تردیدی وجود ندارد که هرگونه تصرف در مرداب‌ها و حریم آن‌ها غیرقانونی است. به موجب تبصره سوم ماده (۲) قانون توزیع عادلانه آب، هرگونه دخل و تصرف در بستر مرداب و برکه طبیعی و حریم دریاچه‌ها ممنوع است. حتی، این تصرفات یا جمع شرایطی، وصف کیفری پیدا می‌کند؛ و چنانچه در تالاب یا پیرامون آن ایجاد آلودگی نماید، عنوان کیفری دیگری را نیز خواهد افزود که التزام زیان‌زننده به جبران خسارت را در پی خواهد داشت. اما آیا تمامی تالاب‌ها مشمول این حمایت‌های کیفری و حقوقی هستند؛ یا با نامی که برای آن‌ها برمی‌گزینیم، ممکن است از آن‌ها حمایت قانونی مناسب را دریغ نماییم؟

نتیجه

پس از سی و سه سال آیین‌نامه قانون اراضی مستحدث و ساحلی از سوی دولت به تصویب رسید. در این آیین‌نامه از یک سو تلاش شده که اقدام قانونی جهت مراقبت از تالاب‌های کنوانسیون رامسر به عمل آید، در حالی که در قانونی که این آیین‌نامه بر آن استوار است، یعنی قانون اراضی مستحدث و ساحلی، نامی از کنوانسیون رامسر برده نشده بود؛ اگرچه قانون اجازه پیوستن ایران به آن معاهده، دو سال پیش از وضع قانون اراضی مستحدث ساحلی، از تصویب مجلس گذشته بود. بنابراین، آن‌گونه که شایسته بود، در این آیین‌نامه به تالاب‌های بین‌المللی کشور بها داده نشده است. تالاب‌هایی که با تلاش سازمان حفاظت محیط زیست در فهرست بین‌المللی به ثبت رسیدند.^{۲۳}

از سوی دیگر در این آیین‌نامه و آیین‌نامه‌های دیگری که در این نوشتار ذکر شدند، تلاش شده است با تفکیک میان تالاب و دریاچه یا مرداب و برکه، وضعیت‌های حقوقی متفاوتی به‌وجود آورده شود. اما مقصود از این جداسازی در قوانین به روشنی ترسیم نشده است و ملاک‌های تمیز آن مبهم هستند.

به نظر می‌رسد برای زدودن ابهامات، شیوه و اقدام مناسب، آن باشد که لایحه جامعی تهیه شده و به تصویب مجلس برسد؛ قانونی همه‌جانبه که با همکاری دستگاه‌های ذیصلاح دولتی و کارشناسان متخصص تنظیم شده باشد. در تنظیم پیش‌نویس این قانون، و پس از تصویب در جریان اجرای آن، حضور سازمان‌های مردم‌نهاد در مقام جامعه مدنی بایسته است. در این صورت می‌توان امیدوار بود به پراکنندگی‌ها و ناهمانگی‌هایی که به آن‌ها اشاره شد، خاتمه داده شود.

۲۳- تالاب‌هایی نظیر: مرداب انزلی در گیلان، باتلاق گاوخونی در اصفهان، دریاچه ارومیه در آذربایجان و مصب رود گنجر در هرمزگان.

افزون بر این، می‌توان در تنظیم آن قانون، تالاب‌ها را از حیث اهمیت زیست محیطی به دو دسته تالاب‌های تحت پوشش کنوانسیون رامسر و تالاب‌های بیرون از شمول آن تقسیم نمود و به تبع این دسته بندی، وضعیت‌های حقوقی متفاوتی برای آن‌ها پیش‌بینی کرد (مثلاً درباره عرض آن‌ها یا آلودگی و تخریب)؛ به گونه‌ای که حمایت‌های حقوقی بیشتری از تالاب‌های بین‌المللی کشور مقرر شده باشد. همچنین ملاک‌های کیفی رده‌بندی تالاب‌ها با توجه به عوامل هیدرولوژیکی، زیست محیطی و طبیعی و معیارهای کمی، چون وسعت یا عمق، به روشنی تعیین شوند. به علاوه سازوکارهای مراقبت از تالاب‌ها و دستگاه ذیصلاح ناظر و مجری تعیین شود. چنانچه همکاری دو دستگاه دولتی لازم باشد. با توجه به ارزش‌های فراوان زیست محیطی تالاب‌ها، به‌ویژه تالاب‌های بین‌المللی کشور، لازم است برای سازمان حفاظت محیط زیست نقش مؤثری در نظر گرفته شود. با وضع چنین قانون همه‌جانبه و فراگیری، می‌توان ادعا کرد که گام نخست در حفظ این زیست بوم ارزشمند، که وجود چارچوب قانونی منسجم و محکم می‌باشد، به درستی برداشته شده است. ■

محض اطلاع

همکارانی که نام‌شان در پی می‌آید، طبق احکام صادره از دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری منطقه اصفهان، به «توییح با درج در روزنامه رسمی و مجله‌ی کانون» محکوم شده‌اند:

- ۱- حمید احمدی علون آبادی (وکیل دادگستری) به موجب رأی شماره‌ی ۱۵۵ مورخ ۸۷/۱۰/۹ در پرونده کلاسه ۱۲۶/۸۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای منطقه اصفهان.
- ۲- حسین مقنی (وکیل دادگستری) به موجب رأی شماره‌ی ۱۶۲ مورخ ۸۷/۱۰/۱۶ در پرونده کلاسه ۱۳۱/۸۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای منطقه اصفهان.
- ۳- مسلم حسینی (کارآموز وکالت) به موجب رأی شماره‌ی ۱۵۹ مورخ ۸۶/۱۰/۱۶ در پرونده کلاسه ۱۲۸/۸۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای منطقه اصفهان.
- ۴- مهدی احمدی (وکیل دادگستری) به موجب رأی شماره‌ی ۱۶۰ مورخ ۸۷/۱۰/۱۶ در پرونده کلاسه ۱۵۵/۸۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای منطقه اصفهان.
- ۵- عباس بابایی (وکیل دادگستری) به موجب رأی شماره‌ی ۱۶۱ مورخ ۸۷/۱۰/۱۶ در پرونده کلاسه ۱۳۲/۸۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای منطقه اصفهان.
- ۶- علیرضا میرزایی (وکیل دادگستری) به موجب رأی شماره‌ی ۱۴۰ مورخ ۸۷/۹/۱۸ در پرونده کلاسه ۱۰۶/۸۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای منطقه اصفهان.
- ۷- نصیر خیامباشی (کارآموز وکالت) به موجب رأی شماره‌ی ۱۵۹ مورخ ۸۷/۱۰/۱۶ در پرونده کلاسه ۱۲۸/۸۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای منطقه اصفهان.

تندرستی لایحه حمایت خانواده

مرضیه محبی
وکیل دادگستری - مشهد

الف - دیباچه بحث

آنچه امروز به نام «لایحه حمایت خانواده» منتشر شده و از تصویب کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی گذشته است، از نظر ما مجموعه‌ای نابسامان و پریشان از آیین دادرسی و قوانین حقوقی و کیفری است، که نقشی تیره و غبارآلود، بر افق حقوق خانواده می‌زند و تلاش جدی دارد کمیت تندرستی حقوق خانواده را به روزگار پر ملال گذشته (بی‌قانونی، و نظام سنتی و عرفی) برده، و تمام دستاوردهای اندک - اما ارزشمند - حقوق خانواده را به مذبذب‌نسخ یا تقیید بر باد دهد و مردم و محاکم خانواده را در چنبره سرگردانی تازه‌ای گرفتار کند؛ که بی‌تردید جبران‌ناپذیر خواهد بود.

ذیلاً دلایل و مستندات مدعای خود را بی‌کم و کاست مطرح می‌کنیم. امید دارد مورد استفاده حقوق‌دانان، خاصه نمایندگان فهیم و دلسوز مردم در مجلس شورای اسلامی قرار گیرد.

ب - بررسی پاره‌ای از مقررات شکلی (آیین دادرسی) لایحه

با توجه به آنچه که خواهد آمد، لایحه حمایت خانواده به روشنی وارد کارزار نابودی مقررات شکلی در محاکم خانواده شده است. بی‌آن‌که اندیشه شود، تصویب قوانین جدید جز در بستر تحولات مفید اجتماعی و جامعه پوشاندن به ضرورت‌های سیر تکاملی قضا بی‌ثمر و بی‌نتیجه است و نباید دستاوردهای حقوقی که در اعمال ضرورت زمان کسب شده را نابود کنیم. قوانین آیین دادرسی که با هدف تضمین و احقاق حقوق مردم در کوره آزمایش و خطای سال‌های دراز قانون‌گذاری پدید آمده، گذرگاهی امن است که حق را به مرحله اجرا می‌رساند و با حذف بسیاری از اصول پایدار آن، اعمال حقوق انسان‌ها در معرض خطر قرار می‌گیرد.

۱- لایحه با طرح یک سلسله مقررات راجع به آیین دادرسی آغاز می‌گردد و با مجموعه‌ای از مقررات ماهیتی (اعم از حقوقی و کیفری) ادامه می‌یابد. حال آن‌که اساساً روال قانون نویسی مبتنی بر جدایی قوانین شکلی از مقررات ماهوی، و در مورد اخیر، جدایی قوانین حقوقی از کیفری است. لذا در هم ریختن این مقررات، به منزله زیر پا گذاشتن اصول و الفبای قانون‌گذاری است.

۲- ماده ۵ لایحه که بیان می‌دارد: «دادگاه خانواده به جرائم موضوع فصل ششم این قانون نیز رسیدگی می‌نماید» به علت بی‌توجهی به موضوع احیای دادرسی و استقلال تشکیلات محاکم کیفری از حقوقی، برگ تازه‌ای از آشفتگی را به کارنامه محاکم خانواده می‌افزاید. خلط

رسیدگی کیفری و حقوقی و ارجاع دعاوی کیفری به محکمه حقوقی، با بدیهیات آیین دادرسی و اصل تقسیم کار مغایر است. و ضرورت تشکیل دادسرا و محکمه کیفری را در معیت محاکم خانواده ایجاد می‌کند. در حالی که چنین چیزی در لایحه پیش‌بینی نشده است.

۳- ماده ۶ لایحه، مبهم، تاریک و نامفهوم است. با وجود مقررات مفصل در قانون آیین دادرسی راجع به طرح دعوی اعسار و تشریفات معمول و مقرر قانونی آن، لایحه با هدف ساده کردن رسیدگی در محاکم خانواده، نقش تازه‌ای آفریده که هیچ نیازی بدان نبوده است. معلوم نیست آیا رسیدگی به دعوی اعسار همچون گذشته مستلزم تقدیم دادخواست و ارائه مستندات به دادگاه است یا خیر؟ صدور حکم اعسار، مشمول مقررات تجدیدنظرخواهی و غیره هست یا خیر؟ مضاف بر آن، تفریض حق انتخاب و کیل معاضدت به دادگاه با عموماً مربوط به مقررات و کالت که حق تعیین فرد و کیل را به عهده کانون‌های و کلا نهاده، مغایر است.

۴- در ماده ۸ لایحه اصول بی‌عیب دیگر از مقررات شکلی، مورد هجوم واقع می‌شود. «دستور موقت» در کنار «تأمین خواسته»، دو شمشیر بر آن آیین دادرسی مدنی هستند که خواهان را بی‌رحمت، در اول کار، به انجام می‌برد. از این منظر، مقررات راجع به این امور، استثنایی و خلاف اصل است. لذا باید مراقبت نمود که حتی‌الامکان خواهان، بدون رسیدگی عادلانه بر خواننده فائق نشود. به همین دلیل است که در سیر قانون‌گذاری از آغاز تاکنون، همواره مقررات مربوط به دستور موقت، مضیق و محدود شده است. حذف خسارات احتمالی، حذف نقش نظارتی رئیس حوزه قضایی، تضییع حق خواننده است. تصور کنید با توسل به مقررات این ماده، خواهان (پدر)، فرزند شیر خواره‌ای را از مادر جدا کند، در حالی که بعداً و در رسیدگی ماهیتی خلاف محتوای دستور موقت اتخاذ تصمیم شود. کمترین عارضه آن محرومیت شش ماهه طفل از شیر مادر و آغوش و نگهداری وی خواهد بود.

۵- در ماده ۹ حذف تشریفات آیین دادرسی مدنی چرخشی عجیب و غیر اصولی به گذشته‌ی بی‌قانونی است و مقررات آیین دادرسی مدنی که ضامن اجرای عدالت و برپایی حقوق اساسی مردم است را بر باد می‌دهد، در حالی که هیچ ویژگی منحصر به فردی در محاکم خانوادگی، عدم نیاز به آیین دادرسی را ایجاد نمی‌کند. امید آن بود که این قانون با وضع مقررات تازه علمی و مراعات دانش قانون‌گذاری و رعایت ضرورت‌های زمان، برای محاکم خانواده آرام و قرار، و نه آشوب و هرج و مرج، فراهم کند. ضمن این که اساساً واگذاری تعیین این مقررات-که ضامن حقوق اساسی ملت است- به آیین‌نامه اجرایی با اصل و عموماً قانونی سختی ندارد.

۶- ماده ۱۰ نیز همچون موارد بسیار دیگر، از رویکرد نویسندگان لایحه به گذشته و قصد احیای حقوق سنتی خانواده حکایت می‌کند. «دقت در رسیدگی» و «سرعت در صدور رأی»، دو ضرورت اجرا و اعمال مقررات دادرسی است. لیکن هیچ یک از این دو ضرورت، نباید فدای دیگری گردد. اطلاع واقعی و به‌موقع خواننده از دعوا، داشتن وقت برای تدارک دفاع و آمادگی او، حضوری و غیابی بودن حکم، لزوم مراعات حقوق طرفین دعوا راجع به امر تجدیدنظرخواهی، فرجام و اجرای حکم و... مسائل قانونی هستند که جملگی متأثر از نحوه و

چگونگی ابلاغ، و بیانگر اهمیت و نقش پررنگ آن است. معلوم نیست چه تفاوتی بین مطالبه وجه بک چک یا حقوق دیگر با طرح دعوی مهریه یا نفقه یا سایر حقوق ناشی از زوجیت هست که در مورد اخیر، بایستی مردم را از مقررات آیین دادرسی مدنی محروم سازیم و محاکم را به گرفتاری‌های فراوان دیگر مبتلا کنیم؟

بنابر مقررات این ماده، لایحه دادگاه باید اول وارد رسیدگی به کیان خانواده؟! گردد، که مفهومی کلی و نامشخص دارد. بعد از تشخیص آن، نوع آیین دادرسی که هماهنگ با کیان خانواده و دخیل در دعوی است را معین کند. آن‌گاه راجع به نوع وسیله‌ای که قرار است اوراق دادرسی و احکام وسیله آن ابلاغ شود، تصمیم بگیرد. سپس وارد بررسی صحت ابلاغ گردد. معلوم نیست این تصمیمات دادگاه قضایی است یا اداری؟ حکم تنفی می‌شود یا قرار؟ قابل تجدیدنظر هست یا خیر؟ اگر هست مرجع تجدیدنظر کدام است؟ مواعد چگونه تعیین می‌شوند؟... ظاهراً تمام دادگستری باید مأمور رسیدگی به وضعیت ابلاغ در دادگاه خانواده شود!!

۷- ضرورت تصویب ماده ۱۱ روشن نیست. پیامد آن می‌تواند طولانی کردن روند رسیدگی به دعوی خانوادگی و فراهم آوردن امکان سوءاستفاده خواننده دعوا باشد. نویسندگان ظاهراً خود به محض گذر از ماده ۴ لایحه، از یاد برده‌اند که برخی صلاحیت‌های محاکم خانواده از جمله: نسب، رشد، حجر، ولایت قهری و امور راجع به ناظر و امین محجور، سرپرستی کودکان بی سرپرست و اهدای جنین، اساساً ویژگی‌ای ندارند که مشمول مقررات این قانون (از جمله تجدید جلسه دادرسی به درخواست طرفین یا یکی از آنان) گردند؛ که جملگی مروج بی‌قانونی، بی‌نظمی و هرج و مرج قضایی است. ایشان شاید بتوانند مدعی عدم ضرورت رعایت مقررات مربوط به ابلاغ در دعوی طلاق یا حضانت فرزند (که آن‌هم در جای خود خطرناک است) شوند اما در این امور چه توجیهی برای حذف مقررات آیین دادرسی مدنی وجود دارد؟

ج- تفویض اختیار صدور گواهی عدم امکان سازش به مراکز مشاوره

مقررات فصل دوم لایحه حکایت از تفویض اختیار صدور گواهی عدم امکان سازش به مراکز مشاوره دارد. گواهی عدم امکان سازش که ابتدا با قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ وارد فرهنگ حقوقی ما شد، پس از انقلاب با تصویب لایحه دادگاه‌های مدنی خاص حذف گردید. سپس در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب سال ۱۳۷۱ مجمع معظم تشخیص مصلحت نظام، حیاتی دوباره یافت. پیش از اجرای این قانون، زوجینی که توافق در طلاق داشتند صرفاً با مراجعه به دفتر ثبت طلاق از یکدیگر جدا می‌شدند. قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق با رویکردی دوباره به قانون حمایت خانواده، و در رعایت مقتضیات زمان، صدور گواهی عدم امکان سازش از سوی دادگاه را برای مراجعه زوجین به دفاتر طلاق ضروری دانست و ضمانت اجرای انضباطی برای سردفتران خاطی وضع کرد.

این تأسیس حقوقی-که اینک در معرض حذف و نیستی است- تصمیمی قضایی است که به دلیل ویژگی‌ها و طبیعت منحصر به فردش، جز از طریق محکمه صالح نمی‌تواند صادر شود.

هرچند حسب مقررات شرع، نمی‌توان مانع قانونی، فرا راه اعمال اراده زوجینی که قصد طلاق دارند فراهم کرد؛ اما طلاق فی‌حد ذاته عمل (ایقاع) حقوقی است که جز در محدوده قوانین نمی‌تواند حادث شود و آثار و عوارض ناشی از آن نیز در حصار تنگ و محصور مقررات محقق می‌گردد. دادگاه به هنگام رسیدگی به دعوی طلاق توافقی باید نوع طلاق و وضعیت عده را تعیین کند. و با بررسی توافق طرفین راجع به مهریه، بذل، قبول آن، نفقه گذشته، نفقه ایام عده، جهیزیه زن، حضانت، ملاقات، و هزینه نگهداری کودکان و مطابقت تمامی موارد با قانون، گواهی عدم امکان سازش را صادر کند. همچنین در این مسیر باید حسب مقررات شرع با صدور قرار ارجاع امر به داوری، فرصتی برای اصلاح زوجین به آنان بدهد. در صورت تصویب ماده ۲۷ لایحه ظاهراً انجام تمامی این امور به عهده گروهی از کارشناسان مطالعات خانواده، روانشناسی و فقه و حقوق قرار خواهد گرفت. اشکالات قانونی و پیامدهای ناشی از این موضوع، این گونه به نظر می‌رسد:

۱- اساساً نسخ قوانین مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، به وسیله قوانین عادی مجلس شورای اسلامی متصور نیست و با اشکال قانونی مواجه خواهد بود. مضاف بر آن، این حق بعد از گذر از راهی طولانی و پر نشیب و مذاکرات مفصل و صرف وقت و هزینه مردم و قانون گذاران برای خانواده‌ها ایجاد شده است. زوال آن به معنی بازگشت به گذشته و نفی دستاوردهای قانونی است.

۲- نفس صدور گواهی عدم امکان سازش، امری حکمی است، که انجام آن جز به وسیله دادرسان متصور نیست. در حالی که وظیفه کارشناس، صرفاً تشخیص امور موضوعی است. و دادرسان با مساعدت کارشناسان و لحاظ نظریه آنان و بررسی سایر ادله و مطابقت موضوع با حکم، مبادرت به صدور رأی (تعیین تکلیف امر حکمی) می‌کنند. بنابراین ماده ۲۷ لایحه که انجام امر حکمی را به کارشناسان سپرده است، با قواعد مسلم حقوقی و نظم عمومی تعارض دارد.

۳- حذف داوری از تشریفات صدور گواهی عدم امکان سازش، آن‌چنان که در ماده ۲۹ لایحه عنوان شده است، خلاف شرع می‌باشد.

۴- مقررات این لایحه اجرای طلاق‌هایی که در اعمال شرط و کالت ضمن عقد انجام می‌گیرد و امروزه شایع است را با مشکلات عمده قانونی روبرو می‌کند.

۵- قانون مدنی عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به ۱۳ سالگی و پسر قبل از ۱۵ سالگی را منوط به شرط رعایت مصلحت طفل با اجازه دادگاه صالح کرده است. به عبارتی ازدواج در مقررات ما محدودیت سنی ندارد و حتی قبل از ۱۳ و ۱۵ سالگی، ولی کودک با اجازه دادگاه می‌تواند مولی علیه‌اش را به عقد کسی درآورد. با این شرح گروه زیادی از متقاضیان صدور گواهی عدم امکان سازش، غیر رشیدند.

رویه قضایی تاکنون مراجعه زنان و مردان را به دادگاه خانواده محتاج رشد ندانسته است. صدور گواهی عدم امکان سازش از سوی دادگاه، یک چتر حمایتی بر سر زنان غیر رشیدی است که حقوق مالی ایشان در زمان مراجعه برای طلاق توافقی به مخاطره می‌افتد. اینک با تصویب لایحه خیل عظیم زنانی که در روزگار کودکی به خانه شوهر رفته‌اند و با طلاق توافقی باز خواهند گشت، از حمایت قانونی برای رعایت حقوقشان در مهریه، نفقه، جهیزیه و حضانت و ملاقات و نفقه فرزندان محروم خواهند شد.

۶- حضور مشاوران، در کنار محاکم برای بررسی ابعاد اجتماعی و روانشناختانه پدیده طلاق، و انجام اقدامات درمانی برای خانواده بحران زده، مانع افزایش آمار طلاق و فروپاشی این واحد اجتماعی خواهد بود. اما حذف دادگاه از روند صدور گواهی عدم امکان سازش افزایش جدی آمار طلاق را دربر خواهد داشت. مضاف بر این که زوجینی که عدم امکان سازش آنان از ناحیه کارشناسان تصدیق شده است، در مورد مسائل مالی، نوع طلاق، نگهداری فرزندان و ملاقات و هزینه زندگی آنان دچار اختلاف شده، مجبور به مراجعه مجدد به محاکم خانواده خواهند شد که دامن سیستم قضایی را نیز خواهد گرفت. از این جهت ماده ۲۷ با اهداف لایحه حمایت از خانواده به شدت تعارض دارد.

التهایه حذف قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق بازگشت به گذشته‌های دور بی‌قانونی و بی‌تجربگی است. این عمل نه تنها حذف یک ماده نیست، بلکه به مثابه حذف یک قسمت از تاریخ تکامل حقوقی ماست، زیرا حقوق خانواده‌ها - که از قانون ناشی شده و دستاوردهای یک دوره قانون گذاری است - را بر باد می‌دهد. خانواده به عنوان یک نهاد قانونی همچنان که در حصار حقوق متولد می‌شود، می‌تواند در بی‌قانونی نیز رهسپار دیار عدم گردد. محرومیت اجتماعی مردمان از این حق، نه عادلانه و نه مبتنی بر فقه پویا است که در بستر زمان آف‌های تازه‌ای برای رفع مصائب اجتماعی ترسیم می‌کند.

د- بررسی مقررات ماده ۲۳ لایحه

همان گونه که بسیار مورد بررسی و تأکید عالمانه و اندیشمندان جامعه حقوقی کشورمان قرار گرفته است، ماده ۲۳ لایحه، ابزاری بسیار مؤثر و کارآمد، برای افزایش آمار طلاق در جامعه و انهدام اساس و بنیاد اعتماد و ایمان به زندگی مشترک و فراهم آوردن خیل بییان برفکن کودکان بی‌پناه طلاق است. این ماده، بی‌پروا، پرده‌ای که اخلاق و وجدان اجتماع به ظرافت و دقت بر سر چند همسری کشیده را بر می‌اندازد و این درد اجتماعی را جامعه قانون در می‌پوشد و ظاهراً به همه مردان عادل که توانایی مالی دارند، اجازه (حق) داشتن چند همسر می‌دهد؛ بی‌آن که تکلیفشان را در برابر زن اول، معین کند. بر این اساس، مردان ثروتمند خواهند توانست در پرتو حمایت بی‌دریغ این ماده، که بنا به اظهارات مکرر مسئولین محترم قوه قضاییه، توسط دولت محترم به پیش‌نویس اضافه شده است، زنان متعددی را در اختیار گیرند. قسمتی از مشکلاتی که اجرای این ماده ممکن است به دنبال داشته باشد، به شرح ذیل به نظر می‌رسد:

۱- معنای عدالت چیست؟ مصادیق آن کدام است؟ آیا قادر است به این دغدغه روانی زنان ما که یک مرد بر فرض الزام قانونی خواهد توانست عشق و عاطفه و احساسات خود را نیز به طور مساوی بین زنان متعدد خود تقسیم کند جواب بدهد؟

۲- ضمانت اجرایی عدم اجرای عدالت چیست؟ منع ازدواج دوم، طلاق همسر اول، یا بی‌اعتباری ازدواج دوم؟

۳- حقیقت لفظی و معنوی «توانایی مالی» چیست؟ چه کسی «توانا» محسوب می‌شود. بر مبنای کدام جدول و دستورالعمل، دادرس باید تشخیص دهد: مرد همزمان خواهد توانست چند زندگی را عادلانه اداره کند؟ ظن و گمان و کرم قاضی و به عبارت اخیری «ملاک شخصی»، میزان و چگونگی حق زنان را معین می‌کند یا قانون و آیین‌نامه و «ملاک نوعی» توقع‌شان را برآورد می‌کند؟

۴- اگر قرار است زن اول در دعوی اجازه ازدواج مجدد مداخله‌ای نداشته باشد و از اطراف دعوا محسوب نگردد (آن‌چنان‌که ماده ۲۳ می‌گوید). تبصره این ماده که می‌گوید: در صورت تعدد زوجات چنان‌چه مهریه حال باشد و همسر اول آن را مطالبه کند، اجازه ثبت ازدواج منوط به پرداخت مهریه زن اول است، چگونه قابل اجرا خواهد بود؟ زنان برای اعلام حال بودن مهریه، و مراجعه‌شان؛ چگونه باید مطلع گردند که همسرانشان قصد تحصیل اجازه ازدواج مجدد از دادگاه دارند؟ چنان‌چه ملاحظه می‌شود، تبصره با متن ماده معارض و غیرقابل جمع است.

به هر حال، تهیه این قانون چندان هم دور از تدبیر و آینده‌نگری نیست، وقتی محصول نوع اندیشه و نگاه ما به جامعه زنان، تصویب مقررات سهمیه‌بندی جنسیتی در دانشگاه‌ها و محروم نمودن بخش بزرگی از دختران از تحصیل و به تبع آن منع فعالیت اجتماعی باشد، باید برای معاش آینده این زنان هم فکری کرد و چه بهتر آن‌که مسؤلیت آنان را بر دوش مردان ثروتمند متأهل بیفکنیم!

۵- نسخ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق در لایحه

در تمام این کره خاکی، از جمله کشور ما، اندیشه حقوقی همواره در جستجوی یافتن راهی برای محدود کردن اختیار مردان در طلاق، و تأمین آینده زنان، و جبران خسارات ناشی از برهم خوردن زندگی خانوادگی و کاهش اثرات مضر آن در تعارض حقوق و تکالیف مرد و زن از یک‌سو و والدین و کودک از سوی دیگر بوده است. در کشور ما اولین بار ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳، به دادگاه‌های خانواده اختیار داد در هنگام طلاق، هریک از زوجین را که طلاق مستند به سوءرفتار و یا قصور وی باشد، محکوم به پرداخت مقرری ماهانه در حق دیگری کنند. این تأسیس تازه-که با نهادهای سنتی حقوق ما انطباق نداشت- با آن‌که هیچ متن قانونی آن را نسخ نکرد، پس از انقلاب به فراموشی سپرده شد. آن‌گاه

تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام با هدف ایجاد محدودیت در اختیارات مرد برای طلاق نخستین بار مباحث نخله و اجرت‌المثل زن در هنگام طلاق را وارد ادبیات حقوقی ما کرد. بر این اساس در طلاق‌هایی که به درخواست مرد واقع می‌شود، به شرط آن‌که مستند به سوء رفتار و تخلف زن از وظایف ناشی از زوجیت نباشد؛ دادگاه می‌تواند مرد را حسب اوضاع احوال و شرایط زندگی مشترک به پرداخت اجرت‌المثل کارهایی که زن در زمان زندگی مشترک انجام داده و یا پرداخت مبلغی تحت عنوان "نخله" محکوم کند. تأسیس حقوقی نخله و اجرت‌المثل با آن‌که همواره در معرض ایرادهای جدی حقوق‌دانان قرار داشته، لیکن یگانه تمهید قانون‌گذار، به منظور جمع ضرورت اجرای شرع از یک‌طرف، و رعایت مصلحت روز جامعه از طرف دیگر، برای تأمین آینده زنان رها شده و جبران خسارات ناشی از طلاق است، که در عین حال، همین خود مانعی در مقابل اختیار بی‌حد و حصر مردان برای طلاق‌های بی‌دلیل آنان است. لایحه حمایت خانواده، با عزم جدی در بازگشت حقوق سنتی خانواده، در ماده ۵۳ نسخ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق را اعلام می‌دارد. بی‌آن‌که هرگز برای زنانی که پس از سال‌ها زندگی خانوادگی و از دست دادن هستی خویش در معرض توفان طلاق، آواره و بی‌سرپناه می‌شوند چاره‌اندیشی کرده باشد (ظاهراً این موضوع وسیله دولت از لایحه حذف شده است).

۱- با حذف قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق و به‌خصوص تبصره ۶ آن، تنها بنیان یک ماده قانونی برکنده نمی‌شود، بلکه مجموعه تلاش‌ها، تحقیقات و زحمات مردم و قانون‌گذاران گذشته، که با درک احوال زمان خویش و با صرف وقت و هزینه، این قانون-که در هر حال در حقوق خانواده حرکتی تکاملی و رو به جلو محسوب می‌شود- را تصویب کرده‌اند؛ بریاد می‌دهد. نگاهی به گذشته و بررسی پیشینه قانون‌گذاری، روشن می‌کند که تصویب این قانون- با وجود همین افکاری که اینک عزم نابودی آن را کرده‌اند- کار آسانی نبوده است و در چالش جدی مجلس و شورای نگهبان، مالا به‌وسیله مجمع تشخیص مصلحت نظام موجودیت پیدا کرده است. و لذا همان‌گونه که پیشتر گفتیم، از این منظر لایحه حمایت خانواده در معرض این سؤال جدی قرار می‌گیرد که آیا اساساً قوانین عادی می‌توانند قانون مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام را نسخ کنند. و آیا دستاوردهای قانونی یک ملت و حقوقی را که وسیله قانون، آن‌هم در عالی‌ترین مرجع قانون‌گذاری نظام به‌دست آمده است، می‌توان با یک مصوبه جدید از آنان گرفت و راه رفته را با هدف حذف آثار آن، دوباره پیش پای مردم نهاد؟

۲- کسانی که با حقوق خانواده سر و کار دارند بی‌شک بارها از طنین مغموم و دردناک این سؤال زنان مطلقه بر خود لرزیده‌اند که حال کجا بروم؟ چه کنم؟ تهیه‌کنندگان پیش نویس لایحه، که نخله و اجرت‌المثل- تنها سپر دفاعی زنان در پرونده طلاق- را از کف لرزان و نومید آنان ستانده‌اند، آیا در احوال مادرانی که پس از سال‌ها رنج و مشقت و تشریک مساعی برای تحصیل مال با مردان، حکم به اخراج همیشه آنان از زندگی و آشیانه مشترک ساخته شان داده می‌شود؛ اندیشه کرده‌اند؟ به‌راستی چرا بایستی زنان مطلقه مال

و اندوخته و فرزند و خانمانی را که برای تدارک و تهیه‌اش سال‌های دراز رنج برده‌اند، پشت سر و برای مرد گذارند؟ و خود با مشتی اثاثیه‌کهنه و در هم شکسته، سرشکسته، بی‌خانمان و آواره گردند؟! آواره گردند!!

۳- قانون هنگامی اجرا شدنی و ماندگار است که در پهنه زمان همراه مردم باشد، اگر لنگان و بیمار و پیرگونه در ابتدای راه متوقف شود، نه فرهنگ و اندیشه اجتماعی را اعتلا می‌دهد و نه در محاکم، قانونی ماندنی و قابل احترام خواهد بود؛ و چه بسا در زمره قوانین مرده شود. از هم‌اکنون این اندیشه در خیال مبتلایان به حقوق زنان زنده می‌شود که چگونه باید با قانون جدید مقابله کرد؟ آیا به دنبال مطالبه اجرت‌المثل از محاکم عمومی برآیم و به عموماًت قانون مدنی متوسل شویم و در پی ایجاد رویه برای تقدیم دادخواست راجع به الزام مرد به جبران خسارات ناشی از طلاق باشیم؟ زنان در صدد این باشند که به هنگام ازدواج شروط دیگری به مردان بقبولانند؟ ... این همه مستلزم بی‌اعتمادی عمومی، ایجاد رویه ضدقانون و دور زدن آن؛ و به‌طور کلی تحمیل یک سلسله دعاوی جانبی به محاکم دادگستری، و گسترش تشتت و حاکمیت بی‌قانونی می‌گردد. و بدون شک اهداف نویسندگان لایحه را که در مقدمه اعلام کرده‌اند: "... برای رفع تشتت و سردرگمی محاکم و جبران کاستی‌ها و نواقص و مرتفع نمودن مشکلات موجود در قواعد متون خانواده لایحه را تقدیم می‌کنند..." به مقصود نخواهد رساند. بر خلاف داعیه آنان، تصویب این لایحه اهداف اصل یکصد و بیست و یکم قانون اساسی را برآورده نمی‌کند، بلکه در تعارض جدی با آن بوده و موجب گسترش آثار طلاق و تضییع حقوق مادی و معنوی زنان می‌شود.

نگاهی سطحی به حقوق بیشتر کشورهای اسلامی، حکایت از این دارد، که قانون‌گذاران آن کشورها، سعی و اهتمام زیادی برای پیش‌بینی و تأمین حقوق زنان‌شان داشته‌اند. لذا تصویب این لایحه، در کارنامه حقوقی کشور ما- که داعیه تدوین قواعد حقوقی تکامل یافته اسلامی، بر اساس فقه پوهایی شیعه دارد- برگزگ افتخارآمیزی نخواهد بود و برخلاف آنچه تدوین‌کنندگان در مقدمه لایحه گفته‌اند اساساً مناسب جمهوری اسلامی نیست و اهداف بند ۲ ماده ۱۵۸ قانون اساسی را که تدوین‌کنندگان مدعی اعمال آن هستند، برآورده نمی‌کند.

و- طلاق به درخواست زن (مورد سکوت در لایحه)

طلاق به درخواست زن، همچنان با وجود تحولات قانون‌گذاری و اصلاحات مکرری که در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی صورت گرفته، مهمترین دغدغه دست‌اندرکاران حقوق خانواده است. و همچنان موضوع سنگین‌ترین پرونده محاکم خانواده را تشکیل می‌دهد، که محتاج نگاه تازه و بررسی جدی است. مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی یگانه متون حقوقی موجود برای اعمال حق زنان در طلاق است. هر چند عرف در کنار فقه و حقوق در این مورد برای زنان به چاره‌اندیشی پرداخته است و با گنجاندن شروط ضمن عقد در اسناد ازدواج، و تفویض وکالت بدون شرط به زنان برای انجام طلاق در اسناد رسمی جداگانه، راهی در سنگلاخ دشواری که

فرا روی زنان برای رسیدن به این حق است فراهم آورده است. اما هنوز اصل مسأله، در پرده ابهام باقی است و همواره ناهمگون‌ترین آراء محاکم خانواده در این موضوع صادر می‌شود. انتظار جامعه حقوقی کشور این بود، که لایحه حمایت خانواده به این موضوع پردازد و این‌گونه به سکوت از کنار آن نگذرد. یکی از علل مهم و اصلی شیوع پدیده همسرکشی، خودکشی، خود سوزی زنان، به‌گناه افتادن طرفین از طریق ایجاد روابط نامشروع، زندگی‌های بی‌سامان و بلا تکلیف، و فرزندان رها شده و... نبود حق طلاق برای زنان و محدودیت قانونی مذکور است. دستگاه‌های قانون‌گذاری و قضایی کشور برای حل این معضل جدی و اساسی حقوق خانواده، باید تصمیمی درخور و بایسته گیرند. امروزه یک جریان جدی در اجتماع برای مقابله با وضعیت حاضر، از طریق تفویض وکالت در طلاق ضمن عقد ازدواج، پدید آمده است هر چند این امر همچنان که گفتیم چاره جویی فقهی و قانونی است، لیکن از اقتدار قانون و استحکام آن می‌کاهد و مردم را بر آن می‌دارد که قبل از ازدواج، سپری برای مقابله با قانون و رفع اثر از آن فراهم کنند که تصویر زیبایی نیست. بعضی مسائلی که قانون باید در جهت تثبیت نظم عمومی و حقوقی انسان‌ها نسبت به آن تصمیم بگیرد و مردم و محاکم را از سرگردانی برهاند از این قرارند:

۱- محاکم در تعیین نوع طلاق قضایی و تطبیق آن با مقررات فقهی سرگردان و بلا تکلیفند. تأسیس نهاد «طلاق باین قضایی» با تکیه بر فقه و دانش حقوقی این موضوع را سامان خواهد داد.

۲- محاکم هنوز در مورد شمول مقررات راجع به مهلت اجرای گواهی عدم امکان سازش بر حکم طلاق که به درخواست زن صورت می‌گیرد، به‌طور قاطع تصمیم نگرفته‌اند و آرای متناقض صادر می‌کنند. طلاق به درخواست زن حکمی است که علی‌الاصول واجد اعتبار امر مختوم بوده و طرح مجدد آن به همان جهت قبلی ممکن نیست. لیکن محاکم معمولاً برای اجرای آن مهلت سه ماهه قائلند.

۳- تعیین مصادیق عسر و حرج در ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی باعث شده، تشخیص سایر موارد عسر و حرج به سلیقه و ذوق قاضی واگذار شود؛ که خود سبب ایجاد آراء ناهمگون شده است. افزودن موارد شایع عسر و حرج به این مصادیق- آن‌چنان‌که در سابقه تصویب این قانون هم مطرح بوده- در این مورد راه‌گشا خواهد بود. کراهت شدید زن از شوهر، به روشنی از موارد عسر و حرج زن است که زندگی خانوادگی را به زندانی غیرقابل تحمل بدل می‌کند. چندی است رویه قضایی به جانب رعایت این حق برای زنان متمایل شده است. مفاد و مدلول برخی آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور مؤید این ادعایند. بذل مهر و سایر حقوق، افتراق جسمانی طولانی، جدایی روحی زن و مرد، و ترک زندگی خانوادگی برای مدت طولانی از ناحیه زن، اختلافات مداوم و لاینحل در زندگی مشترک و... همگی می‌توانند اماره‌ای بر کراهت شدید زوجه و در نتیجه مشقت غیرقابل تحمل ناشی از آن باشد. همچنین جنون و عنن و ناتوانی مرد در آمیزش جنسی، نیز در مواردی که فسخ نکاح ممکن نیست، مصداق روشن عسر و حرج هستند. اصرار

بر رفتار خلاف قانون و کنش ضد هنجارهای اجتماعی مرد، محکومیت او به دلیل ارتکاب جرائم منافی شئونات خانواده و خیانت وی؛ از دیگر اسباب ایجاد زندگی مشقت‌بار است. ازدواج مجدد مرد- همچنان که در قانون حمایت خانواده سابق مصوب ۱۳۵۶ و پیش‌نویس طرح اصلاح ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مطرح بوده است- باید در متون قانونی جدید، آمارهای برای عدم امکان ادامه زندگی مشترک تلقی گردد، تا علاوه بر رفع ضرر و حرج زنان؛ مانع شیوع این معضل اجتماعی شود.

ز- پیشنهادهایی برای اصلاح قانون:

تدوین‌کنندگان لایحه حمایت از خانواده، بخواهند یا نه، زنان کشور ما به اعتقاد و اتکاء به مقررات مترقی و بی‌بدیل شرع مقدس اسلام، سوار بر قطار تیزرو تحولات اجتماعی بر مسیر کمال انسانی ره می‌سپارند. آنان به‌طور جدی وارد عرصه عمل اجتماعی شده‌اند. بخش‌بزرگی از عرصه خدمات و تولید را به‌دست گرفته‌اند. اینک نمی‌توان آموزش پرورش، بهداشت و درمان، دانشگاه‌ها، کارخانجات، نظام بازرگانی و... را بدون حضور زنان تصور کرد. نمی‌توان زنان را از این قطار پیاده کرده، و با گاری شکسته قانون حمایت خانواده راهی خانه‌های قدیمی نمود. قانون‌گذار ما، باید با تاسی به اجتهاد و فقه پویا، برای همیشه قبول کند که زن، مادر، همسر، و عضو فعال و تأثیرگذار جامعه است. و امروز نان‌خور صرف مرد به حساب نمی‌آید. اگر در گذشته زنان، به‌رغم تأکیدات دینی، از سحرگاه تا شام و از شام تا بام، محصور و گرفتار دیوارهای زندگی مشترک، فرزندان فراوان خود را به دنیا می‌آوردند و می‌پروراندند و همراه شرکا و هووها و رقبا، با تحمل ضرب و جرح و توهین و هتاک، وسیله فرونشاندن خشم شوهران می‌شدند و برای یک لقمه نان و یک سرپناه امن، بی‌هیچ امید روزگار می‌گذراندند، حالا همگان و از جمله همین قانون‌گذاران، دختران خود را در خانواده از حقوق مساوی یا حتی بیشتر از مردان بهره‌مند می‌سازند و با این نگاه دست افزار کارآمد دخالت جدی در امور اجتماع را همراهشان می‌کنند. مسؤولین کشور ما که تدوین‌کنندگان قانون در میانشان هستند، حضور زنده قاطع همسران و دختران خود را در فعالیت‌های اجتماعی، سیاسی و علمی قبول کرده‌اند. ایشان می‌دانند نیروی الزام‌کننده حقوق از ضرورت اجتماع سرچشمه می‌گیرد، و قبول پذیرش جامعه و اعتقادات مذهبی و فرهنگ مردم به آن تقدس و حرمت می‌دهد. اگر حقوق هم رأی و همراه با فرهنگ و وجدان اجتماع نباشد، و اگر ارزش‌های پذیرفته شده از ناحیه مردم در زمان مشخص را نادیده گیرد، عوامل اجتماعی و اقتصادی جامعه را شناسایی نکنند، و عدالت را آن‌گونه که دین، فرهنگ و اخلاق جامعه معین می‌کند، سرلوحه کار خود قرار ندهد؛ سبب انگیزش سرکشی، تمرد، بی‌اعتمادی به قانون و مقاومت در برابر آن می‌شود. لذا تصویب چنین قانونی منافع مسؤولان و مردم را در بر ندارد. و مایه نزاع بی‌پایان اجتماعی می‌شود. کاش نویسندگان لایحه به‌جای تهیه عجولانه و بی‌مطالعه این مواد، مطالعات وسیعی در محاکم خانواده می‌کردند، و به دردها و درمان آن معرفت می‌یافتند. هرچند مجال اندک است، لیکن به چند موضوعی که به نظر می‌رسد، باید در قانون حمایت خانواده به‌طور جدی پرداخته می‌شد، اشاره می‌کنیم:

۱- بررسی کوتاه وضعیت جامعه، و حتی نیم‌نگاهی مسؤولانه و غیرکارشناسانه به صفحه حوادث روزنامه‌ها، حکم می‌کند، قوانین، تدبیری برای کنترل و حذف پدیده خشونت در خانواده بیندیشند. برخلاف اخلاق اسلامی، ریشه‌های خشونت در فرهنگ ما به‌طور جدی و زنده وجود دارد و میوه‌های مسموم به خورد خانواده‌ها می‌دهد. اعمال خشونت‌های غیرانسانی نسبت به زنان و کودکان، ایراد ضرب و جرح و صدمه، ایراد تهمت و فحاشی و توهین، حبس خانگی و ممانعت از ملاقات زن حتی با نزدیک‌ترین اعضای خانواده، در جامعه شیوع دارد؛ و فاجعه می‌آفریند. برنده‌ترین ابزار حذف این فرهنگ، قانون است. و آموزش اجتماعی، نصیحت، ارشاد و تمنا و تقاضا، مردان را از اعمال این حق خود پنداشته، باز نمی‌دارد. قانون حمایت خانواده برای اجرای حداقل اهدافی که در مقدمه‌اش عنوان کرده، باید تصویب قوانینی برای ریشه‌کن کردن فرهنگ خشونت و زدودن آن از روان اجتماع؛ را در دستور کار خود قرار می‌داد. تصویب قوانین کیفری برای تشدید مجازات مردانی که زنان و کودکان را در خانواده مورد آزار قرار می‌دهند، و یا ایجاد حق طلاق و یا حق زندگی جداگانه برای زنان از زمره این تمهیدات‌اند. آن‌چه در این مورد در شروط ضمن عقد، اصلاحیه ذیل ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، و یا ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی وجود دارد، نتوانسته تاکنون مانع جدی برای ایراد خشونت نسبت به زنان شود. قانون باید با هموارکردن راه زنان در اعمال حق طلاق و حق عدم تمکین به هنگام بروز پدیده خشونت به سوی تحول فرهنگی جامعه پیش رود.

۲- حقوق و تکالیف زوجین در زندگی مشترک، و چگونگی اعمال ریاست شوهر در خانواده، موضوع ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی امروز محل مناقشه اجتماعی و بحث مبتلابه محاکم خانواده است. این ماده به مردان حق می‌دهد زن را از اشتغال به حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود زن باشد منع کنند. معمولاً محاکم، تحصیل و آموزش را نیز مشمول مقررات این ماده می‌دانند، و کمتر به بررسی موضوع منافع یا حیثیات خانواده می‌پردازند، و صرف مخالفت مرد را مانع شرعی و قانونی فعالیت اجتماعی زن تلقی می‌کنند. این ماده مغایر صریح اصول نوزدهم، بیستم، بیست‌ودوم، بیست‌هشتم و بیست‌ونهم و سی‌ام قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. زیرا اصول برشمرده، حکم بر برابری زن و مرد و همه انسان‌ها برای اعمال حق داشتن شغل، تحصیل و تأمین اجتماعی می‌دهند. اجرای ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی همچنین با اصل چهارم قانون اساسی که بیان می‌دارد: اعمال حق نمی‌تواند وسیله اضرار به غیر قرار گیرد، و مبتای آن قاعده فقهی و حدیث نبوی «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» است، تعارض دارد. عدم وجود حمایت قانونی برای زنان در این مورد، باعث هراس آنان از تن دادن به زندگی خانوادگی و افزایش سن ازدواج می‌شود. همچنین در مقابله با این قانون زنانی که بهره‌مند از مشاوره حقوق‌دانان هستند یا به دانش اجتماعی و حقوقی بیشتری مسلحند، شرط‌های سنگین و الزام‌آور به قرارداد ازدواج خود می‌افزایند؛ که در نتیجه جریانی موازی با قانون، و برای مقابله با آن در جامعه پدید می‌آید. بعضی زنان با تدبیر و دوراندیشی ضمن ازدواج این حقوق را تحصیل می‌کنند و گروهی که از این امکانات نیز همچون دارایی و اموال بی‌بهره‌اند، اسیر و درمانده‌ی کمنده‌ی ماده ۱۱۱۷ می‌شوند. این‌ها اقتدار و تقدس قضا و نظم اجتماعی را خدشه دار می‌کند.

۳- فصل هشتم قانون مدنی که در حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر نگاشته شده در اجرا با مسائلی از این دست مواجه است. چنان که ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی که مقرر می‌دارد، زن باید در منزلی که شوهر تعیین کرده، بسر برد؛ ابزار ایجاد فشارهای روحی بر زنان شده است، مردان با توسل به این ماده، زنان را از مصاحبت و دیدار خانواده و بستگانشان محروم می‌کنند. و یا با الزام آنان به زندگی در نقاط دور دست، وسیله آزار آنان را فراهم می‌آورند. محدوده اجرای این ماده معلوم نیست، فی‌المثل می‌توان زنی را که در تهران متولد و بزرگ شده است، مجبور به زندگی در یکی از روستاهای سیستان و بلوچستان کرد یا بالعکس؟ حتی بعضی محاکم بنا بر درخواست مرد و الزام زن به تمکین، حکم به اقامت اجباری زن در کشوری بیگانه می‌دهند، که چنین محکومیتی (الزام به زندگی خارج از کشور خود) در اجرای الزامات ناشی از نکاح، با حقوق اساسی و اولیه انسانی مغایر است. قانون‌گذاران برای رفع ابهام از این ماده و گرفتن این ابزار از دست مردان، باید به این سئوالات پاسخ دهد که اگر یک قانون، به‌طور مداوم و مستمر توافقات مخالف خود را ایجاد کند، اسباب تخدیش تقدس نظام اجتماعی را پدید می‌آورد. همچنان که در مبحث قبل گفتیم برای ممانعت از ایجاد جریانات موازی و معارض با قانون باید قدرت تطبیق با شرایط و شمول بر همه موارد را به مواد قانونی داد.

۴- طبق ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی، اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن می‌تواند مسکن علیحده اختیار کند و در این صورت پرداخت نفقه وی به‌عهده شوهر است. هر چند مفاد این ماده گویای یک چاره‌اندیشی مترقی فقهی است، لیکن اجرای آن با مشکلات و مسائل زیادی همراه است. در غیاب ملاک‌های نوعی، شیوه تفکر و اندیشه دادرس، ثبوت این حق را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. آیا یک بار کتک خوردن و داشتن گواهی پزشکی قانونی و محکومیت به دیه برای تحقق این حق کافیه است؟ آیا کتک خوردن باید مداوم باشد؟ آیا سوء رفتار ناشی از اختلال روانی شوهر - بی‌آن که عنوان جنون بر وی صدق کند - این حق را به وجود می‌آورد؟ در چه محدوده زمانی (ماه‌ها، سالی، مری) زن می‌تواند خارج از منزل شوهر زندگی کند؟ آیا گذشت زمان، حق موصوف را کمرنگ می‌کند و یا آن را ساقط می‌کند؟ عدم تهیه منزل مستقل و یا عدم مراعات حکم دادگاه از سوی شوهر، چه حقی برای زن ایجاد می‌کند؟ واقعیت این است که نیاز جامعه امروزین ما، در ظرف کوچک فصل هشتم قانون مدنی نمی‌گنجد. کارشناسی مدیرانه فقهی و حقوقی مواد مورد بحث می‌تواند برای هماهنگی مقررات با تحولات اجتماعی چاره‌اندیشی کند.

۵- مادتهای ۱۱۶۹ و ۱۱۷۳ قانون مدنی نیز محل بحث و مجادله محاکم خانواده، و محرکه زوجین است. دادرسان علیرغم وجود فتاوی معتبر فقهی و آراء دیوان عالی کشور، هنوز در مورد تعیین تکلیف حضانت کودکان بالغ سرگردانند. تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی که مسئولیت کیفری برای دختران ۹ ساله پدید می‌آورد، به هنگام اعمال حق این کودکان در انتخاب محل نگهداری خود نادیده گرفته می‌شود. قانون حمایت خانواده باید در این مورد تصمیم قاطع بگیرد. همچنین اساساً هیچ دادگاهی وارد رسیدگی به مصلحت کودک در اعمال تبصره ذیل

ماده ۱۱۶۹ نمی‌شود. و ابهام و پیچیدگی ماده باعث می‌شود، که به‌قسمت اخیر ماده ۱۱۶۹ که مقرر می‌دارد بعد از هفت سالگی نگهداری فرزند با پدر است، اکتفا شود. ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی مصادیق عدم مواظبت و انحطاط اخلاقی والدین را که منجر به سلب حضانت می‌شود، را بیان می‌کند. شیوه نگارش ماده باعث محصور شدن مصادیق این موضوع، به موارد مندرج در قانون می‌شود؛ که ناقض حقوق کودکان است. به‌عنوان مثال: ترک انفاق طفل، محروم نمودن وی از تحصیل، دور کردن طفل از محلی که ملاقات با پدر یا مادر در آنجا مقرر شده است، عدم اجرای حکم ملاقات، وضعیت روحی خاص طفل به هنگام جدایی از یکی از والدین، و... می‌توانند باعث ورود ضرر جدی جسمی و روحی به کودک شوند.

بند ۵ ماده ۱۱۷۳ که تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف را اسباب سقوط حق حضانت می‌داند، در واقع ضرب و جرح متعارف را مشروع جلوه می‌دهد. معلوم نیست ضرب و جرح متعارف چیست؟ و آیا اساساً وجود چنین تعریف قانونی، موجه است. آیا ضرب و جرح غیرمتعارف اگر تکرار نشود، قانونی است؟ حق حضانت را زایل نمی‌کند؟

از دیگر مشکلاتی که محاکم خانواده سال‌هاست، با آن روبرویند، نگهداری و ملاقات فرزندان به هنگام جدایی والدین است. ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳ ضمانت اجرای عدم اجرای حکم ملاقات وسیله کسی که حضانت را برعهده دارد را جزای نقدی؛ و سپس واگذاری حضانت طفل به شخص دیگری تعیین کرده بود. تردید در نسخ یا اعتبار این ماده سال‌هاست محاکم خانواده را سرگردان کرده و قوانین فعلی هم هیچ حکمی در این موضوع ندارند. ماده ۳۹ لایحه حمایت خانواده، این ماده را با حذف قسمتی از آن بازنویسی کرده، اما در ماده ۴۸ آن، مجازات کیفری برای عدم اجرای حکم ملاقات تعیین کرده است. اینک معلوم نیست مجازات فرد مانع ملاقات، مقدم بر استرداد طفل به‌وسیله دادگاه است یا برعکس.

عدم اجرای حکم ملاقات باعث آزار روحی و ورود صدمات جبران ناپذیر بر طفل می‌شود. با توجه به این که کودکان طبق ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی پس از هفت سالگی در اختیار پدر قرار می‌گیرند، ممانعت از ملاقات به‌طور معمول و شایع، اهرم قدرتمندی، برای آزار و به زانو درآوردن زنان است، و دادگاه‌ها برای مقابله با آن، ابزار قانونی لازم را ندارند. ضمانت اجرایی که لایحه پدید آورده، نارسا و غیر اجرایی است و شیوه اجرای قانون، از حیث تقدم و تأخر اجرای کیفر، و یا سلب حضانت، نامشخص است. ضروری است، قانون‌گذار با وضع قانونی جدی‌تر از آنچه تنظیم شده، مانع ورود ضرر به روان اطفال و مادران آنها شود. جزای نقدی می‌تواند مانع این امر شود، ولی میزان و وضعیت آنان طوری نیست که اعمال اراده مردان را محدود کند. و ضمانت اجرای قبلی (استرداد طفل و سپردن آن به شخص محروم از ملاقات) آن‌چنان که امروز روح جامعه آن را می‌پذیرد، می‌تواند مرهم درد مادر و طفل؛ و در عین حال مانعی جدی، فرا روی پدر خاطی باشد.

در پایان امید آن را دارم که فریادهای بی‌امان جامعه زنان چنان در گوش قانون‌گذاران و مسئولین ظنین افکن شود که با تلاش برای تصویب قوانین و مقرراتی که به‌همه مناقشات و منازعات حوزه حقوق خانواده با نگاه مثبت به زنان پایان می‌دهد خانه‌ای امن و آرام برای آسایش و قرار همه مردم این کشور فراهم آورند. ■

پیش‌فروش مسکن

دکتر عبدالرسول دینانی

وکیل دادگستری - استادیار دانشگاه پیام نور و آزاد تهران مرکز

مقدمه

شاید کمتر کاربر حقوقی اعم از استاد، وکیل، فاضی و یا مشاور حقوقی است که در سال‌های اخیر با موضوع قراردادهای پیش‌خرید مسکن درگیر نشده باشد. در این مورد سئوالاتی چند به‌عنوان عمده سئوالات مطرح می‌شوند. اولین سئوال این است که ماهیت این گونه قراردادهای چیست؟ بحث بعدی به حدود تعهدات طرفین در این گونه اعمال حقوقی مرتبط می‌شود و در نهایت سئوال بعدی ناظر به این است که بدانیم کدام ضمانت‌های اجرایی برای تخلف از مفاد این قراردادها و شروط در ضمن آن وجود دارند؟

این مسائل به‌عنوان یکی از معضلات جامعه حقوقی ما مطرح گردیده تا آن‌جا که تبیین ماهیت این گونه قراردادهای به صورت یکی از ضرورت‌های جامعه امروزی درآمده است و در مقاطع مختلف قانون‌گذار را بر آن داشته که در این خصوص مبادرت به وضع قواعدی نماید ولی تاکنون این تلاش‌ها به دلایل مختلف حقوقی، اجتماعی، اقتصادی به نتیجه مؤثر، عملی و فراگیر منتهی نشده است. از جمله موانع حقوقی تنوع این قراردادها و عدم تعیین خارجی موضوع این قراردادها می‌باشد. عدم تبیین قواعد مشخص و فراگیر موجب شده که زمینه برای برخی تخلفات و جرائم بخصوص برای کلاهبرداران، طماعان به مال مردم و سودجویان فراهم آید که از ضعف قواعد بازدارنده و خلاءهای قانونی بیشترین سوءاستفاده را در سال‌های اخیر مرتکب شده و این امر موجب شده دیدگاه عموم جامعه نسبت به این قراردادها و حتی پیشنهادات مربوطه (به عنوان مقدمه کلاهبرداری) به شدت منفی گردد. این بدگمانی تبعات منفی اقتصادی نیز در برداشته زیرا سلب اعتماد عمومی نسبت به سرمایه‌گذاری در این بخش عظیم را موجب گردیده؛ این مداخله با توجه به این که پیش‌خریداران مسکن عمدتاً از اقشار کم درآمد و آسیب‌پذیر جامعه هستند و تأمین عدالت اجتماعی و جلوگیری از سوءاستفاده‌ها و تحمیل شرایط سخت بر این اقشار ضعیف، توجه جدی‌تری توسط قانون‌گذار را می‌طلبد. این درحالی است که با توجه به رشد جمعیت، نیاز روز افزون به مسکن سرمایه‌گذاری در این بخش را به صورت ضرورتی اجتناب‌ناپذیر جلوه گر نموده است. البته در این مرور مختصر فقط به بیان برخی از وجوه مسأله آن‌هم به اجمال خواهیم پرداخت. با این امید که طرح این سئوالات فتح بابی باشد برای کسانی که می‌خواهند به تحقیقات عمیق و دامنه‌دار در این خصوص بپردازند. مطالعه ما در

این مجال مشتمل بر سه عنوان کلی است تنقیح محل بحث (بخش اول) موارد غیرمشکوک (بخش دوم) و در نهایت در بخش سوم تحلیل راهکارهای مشکوک.

بخش اول - تنقیح محل نزاع

به منظور تنقیح محل نزاع درخصوص قراردادهای پیش فروش مسکن باید مواردی را که قصد واقعی طرفین خرید و فروش مسکن نیست را از موضوع بحث خارج نمود. در حقیقت در بسیاری از موارد، اراده حقیقی طرفین به فروش و خرید تعلق نگرفته بلکه بیع پوششی است برای مقاصد واقعی دیگر. مثلاً اخذ وام یا بهره یا ربا، و در حقیقت قرارداد پیش فروش مسکن نقابی بر این قصد نهانی آنها تلقی می‌گردد. بدیهی است در این موارد اولین گریزگاه برای فروشنده متخلف، ادعای صوری بودن بیع است. در برخی از موارد دیگر انعقاد بیع به منظور تضمین باز پرداخت وام و سود متعلقه است. این موارد موضوع بحث ما نیستند بلکه بحث ما در این مقاله پیش فروش مسکن ساخته نشده با ابعاد و ویژگی‌های مشخص، در قالب زمانی معین، با بهای معلوم، با شرایط پرداخت مشخص از نظر زمانی می‌باشد. بنابراین اگر ثابت شود قصد واقعی طرفین بیع نبوده است دادرس باید با احراز قصد واقعی، عمل حقوقی مورد نظر را منعقد یافته ببیند و چنانچه منع حقوقی نداشته باشد، آنرا نافذ و جاری در روابط طرفین قلمداد نماید. اما مشکل عمده این است: طرفی که از عقد سود می‌برد در صدد اثبات صحت آن بر می‌آید و طرفی که زیان می‌بیند در مقام ترجیح اراده باطنی بر اراده ظاهری بر آمده و عمل حقوقی واقعه را به گونه‌ای دیگر - که از آن سود می‌برد - تفسیر می‌نماید. اما طرف مذکور معمولاً برای از حجیت انداختن سند یا مبیعه نامه پیش فروش به ادعای انکار و تردید و یا جعل روی می‌آورد حال آنکه این دعوی مربوط به شکل ظاهری سند می‌باشد نه متعلق سند. یعنی دعوای صوری بودن ناظر به متعلق سند است نه شکل ظاهری سند. حتی اگر سندی با مفاد پیش فروش مسکن در دفترخانه تنظیم شده باشد، سردفتر نیز خطایی در ثبت معامله صوری مرتکب نمی‌شود زیرا احراز قصد واقعی از وظایف سردفتران اسناد رسمی نیست (دیانی، ادله اثبات دعوا، ۱۳۸۷، ص ۱۵۴). بعد از دانستن موارد خارج از بحث به موارد موضوع این مقاله می‌پردازیم و از موارد غیرمشکوک و صحیح شروع می‌نماییم. یادآوری می‌نماییم بحث ما در این مقاله راجع به پیش فروش مسکن ساخته نشده است نه مسکن ساخته شده زیرا مسکن ساخته شده را می‌توان در قالب بیع نسبه به دیگری واگذار نمود و چون عین معین قبلاً وجود خارجی پیدا کرده چنین بیعی با مشکلی مواجه نیست.

بخش دوم - موارد غیر مشکوک و صحیح

در برخی موارد حسب نظر ما اگر قالب خاصی برای این گونه قراردادها انتخاب شود با مانعی مواجه نمی‌شویم که این موارد را بر می‌شمریم.

فصل اول - فروش در قالب مشارکت مدنی

اگر قرارداد پیش خرید مسکن در قالب یک نوع مشارکت مدنی موضوع مواد ۵۷۱ (ق.م.) به بعد باشد؛ مثلاً «الف» مالکیت مشاعی زمین خود را به «ب» واگذار نماید با این شرط که «ب» در محل زمین مبادرت به احداث ساختمان با تعداد واحدهای مشخص بنماید، با این وصف که پس از ساخت، دو نفر «الف» (فروشنده) و «ب» (خریدار) در زمین و ساختمان بر اساس میزان مشخصی که به توافق معین می‌شود به صورت مشاعی و بر اساس درصد شریک باشند. این قرارداد به نظر ما با اشکالی مواجه نیست هر چند ملکیت مشاعی نسبت به ساختمان پس از انجام تعهدات «ب» به وجود خواهد آمد. یعنی در این جا نیز به نوعی مشارکت «الف» نسبت به اعیان احداثی، معلق به احداث آن‌ها توسط «ب» خواهد بود. از آن طرف نیز مشارکت نسبت به عرصه برای «ب» نیز منوط به همین امر یعنی احداث اعیانی خواهد بود. اشکالی که ممکن است در این وضعیت پیش بیاید این است که این عقد را نوعی عقد معلق دانسته و آن را باطل بدانیم. حال اگر تعلیق در عقد را از موجبات ایراد به مشارکت دانستیم، می‌توان مشارکت نسبت به زمین را از همان اول با عقد شرکت مدنی منعقده ایجاد کرد و تعهدات «ب» را به صورت تعهد به فعل در ضمن عقد شرکت قرار داد و برای این که «ب» به تعهدات خود عمل نماید، ضمانت اجرای مؤثری در قالب پیدایش حق فسخ برای «الف» در عقد پیش بینی نمود که چنانچه «ب» به تعهدات مشارکتی خود در قالب احداث ساختمان عمل ننماید، «الف» بتواند قرارداد مشارکت را فسخ نماید. مشکلی که در این رابطه وجود دارد این است که با توجه به این که وفق ماده ۵۸۹ (ق.م.) هر شریک المال هر وقت بخواهد می‌تواند تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید، ممکن است قبل از تحقق معلق علیه عقد شرکت که در ما نحن فیه احداث اعیانی بر روی عرصه می‌باشد، یکی از طرفین تقسیم مال مشترک را بخواهد و بدین وسیله عقد را منحل نماید. برای پیشگیری از این امر شریکان می‌توانند وفق همین ماده به وجه ملزومی ملتزم بر عدم تقسیم شوند مثلاً در ضمن عقد لازم دیگری یا چه بسا خود همین عقد شرکت، حق تقاضای تقسیم را از خود سلب نمایند.

فصل دوم - فروش در قالب بیع قطعی نسبت به سهم مشاعی از زمین یا زمین و مستحقات متعلقه با هم

شیوه دیگری که به نظر ما اشکالی در مشروعیت آن نیست این است که برای نیل به این هدف (پیش فروش مسکن) سهم مشاعی را «الف» به بیع قطعی به «ب» منتقل نماید، با این شرط (شرط فعل) که «ب» در محل مبادرت به احداث بنا نماید و مثلاً نصف مشاعی مستحقات و یا نصف مقروض آن‌را در قالب واحدهای ساخته شده در اختیار «الف» قرار دهد. این هم یک نوع بیع مقرون به شرط فعل خواهد بود که در صورت تخطی «ب» از مفاد تعهدات خود برای «الف» حق فسخ به وجود می‌آید. بدیهی است همان طوری که در تعهدات به فعل آمده «الف» برای این که بتواند قرارداد را فسخ نماید، باید ابتدا التزام «ب» را خواستار شود و

حال در خصوص عکس‌العمل و کیل در قبال اظهارات متضمن اقرار موکل دو فرض منصور است، یکی این که چون و کیل به آن چه مورد وکالت بوده عمل کرده دیگر عقد وکالتی وجود نداشته، دیگر این که وکیل با شنیدن اظهارات موکل متوجه این امر شده که در لحظه قبول وکالت فریب خورده است و به لحاظ جاتر بودن عقد وکالت با قبول تبعات انتظامی، استعفا‌ی ضمنی خود را همراه با بازگو کردن اظهارات موکل به دادگاه اعلام می‌نماید.

به جرأت می‌توان گفت که در این حرقه مقدس کم نیستند سر سپردگان آستان عدالت که معتقدات دینی‌شان اجازه نمی‌دهد، دفاع را از مسیر حق و حقیقت منحرف سازند، در راه اعانت اثم و عدوان قدم گذارند و دستور قرآنی (لَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ حَصِيمًا) طرفدار خائنان (می‌باش) را فراموش کنند.

در شأن نزول آیه مبارکه ۱۰۵ سوره نساء در کشف‌الاسرار چنین آمده است: «مردی از انصار به نام طعمه، زرهی از عموی خود دزدید و آن را به گردن یک مرد یهودی به نام زید سیمین گذاشت. آن جهود نزد پیامبر (ص) آمد و بیگناهی خود را اظهار داشت. قبیله طعمه پیش پیامبر آمدند و از طعمه دفاع کردند و تهمت دزدی را به گردن یهودی گذاشتند. پیامبر خواست برابر با گفته این مسلمانان حق را به طعمه بدهد که این آیه نازل شد و فرمود که شخص متهم اگرچه یهودی است و به نفس خود خائن است ولی تو در حکم خویش یا او مخالف و دشمن نباش. چون این آیه نازل شد طعمه از مدینه گریخت و به مشرکان پیوست.^{۱۱} ملاحظه می‌شود که در این قضیه، دفاع ناحق از طعمه که متهم واقعی بود مورد نهی قرار گرفته است و مسلمان خاطی بر یهودی بیگناه ترجیح داده نشده است.

وکلایی از این دست در اعمال حق دفاع، هیچ‌گاه از چهارچوب تعیین شده در خاستگاه آن، که دادرسی عادلانه و منصفانه است پا را فراتر نمی‌گذارند، قوانین را رعایت می‌کنند و با دست‌آویز عاریتی «مصلحت»، موکل گناهکار را برتر از عدالت و حق فرض نمی‌کنند، چون حقیقتاً باور دارند که یک پال از دو پال فرشته عدالت هستند و (لَا يَخَافُونَ لَوْمَةَ لَائِمٍ). ■

۱۱- به نقل از رهنما زین‌العابدین - ترجمه و تفسیر قرآن مجید ج ۱، ص ۴۰۴.

فصل اول - بیع معلق قطعی نسبت به آپارتمان به عنوان عین معین

این گونه بیع که بعضاً مورد پذیرش رویه قضایی نیز قرار گرفته، با اشکالات جدی مواجه است. اشکال از این جا ناشی می شود که موضوع عقد در این جا وجود خارجی ندارد و چنانچه موضوع عقد درجایی تعیین خارجی پیدا نکرده باید در قالب مال کلی و با عقد سلف به فروش رود و مسکن نمی تواند در این قالب مورد داد و ستد واقع شود زیرا هنوز وجود خارجی پیدا نکرده است. در حقیقت مسکن نمی تواند عنوان مال مثلی را بخود بگیرد زیرا هیچ دو مسکنی مثل هم در عالم خارج یافت نمی شود و اختلافات انواع مختلف موجب می شود که اساساً تصور مثلی بودن مسکن با مشکل مواجه شود زیرا مال کلی به نوعی، مال مثلی است. در این رابطه برخی به صراحت معتقداند مسکن نمی تواند مال مثلی باشد. به هر حال در این جا باید بین سه فرض تفکیک قائل شد: فروش مال موجود معین، فروش مال موجود در آینده، تملیک مال آینده پس از ایجاد سبب تملیک. در حقیقت فرض این عنوان همین مورد اخیر است زیرا پیش فروشنده، مسکن را به صورت معلق به شرط احداث و یا تکمیل واحد می فروشد. تملیک ایجاد شده ولی معلق به امر دیگر (احداث) شده است. ایراد عین معین نبودن نیز با این جواب مردود است که ذکر تمامی اوصاف به گونه ای که جای هیچ گونه تخطی برای فروشنده و متعهد به ساخت باقی نگذارد مسکن ساخته نشده را در حکم عین در خواهد آورد. هر چند به این نظر هم عده ای متمایل شده اند ولی به هر حال خالی از اشکال نیست. اگر اشکال عین نبودن را با این جواب تنوریک پاسخ دهیم اشکال دیگری نیز قابل تصور است که مجدداً پای عین نبودن را به میان می کشد و آن این که معمولاً قسمتی از بهای ساخت از طریق استقراض از بانک تأمین می شود و بانک برای اعطای وام مبادرت به ترهین ملک می نماید و رهن نیز باید نسبت به عین واقع شود و رهن دین و منفعت وفق ماده ۷۷۴ (ق.م.) باطل است.

فصل دوم - فروش مسکن ساخته نشده در قالب مال کلی

فروش در قالب کلی، دو صورت دارد؛ کلی در معین و کلی فی الذمه. اگر آپارتمان هایی قبلاً ساخته شده باشند و فروشنده یکی از آنها را من غیر التعمین بفروشد، این فرض با اشکالی عمده ای مواجه نیست جز این که اختلاف آنها در ارزش ممکن است معامله را غرری سازد. اگر این اشکال موجود نباشد هیچ اشکالی دیگری پیش نمی آید. اما فرض اشکال در جایی است که واحد مسکونی به صورت کلی فی الذمه به فروش رود. یعنی فروشنده مسکن ساخته نشده یا مشخصات معین را به صورت مال کلی بفروشد. در این جا چون هنوز موضوع عقد ایجاد نشده باید در این قالب به فروش رود و عقد واقعه نیز در قالب بیع سلف یا سلم خواهد بود. طبیعی است در مال کلی باید وفق ماده ۳۵۱ (ق.م.) چنان اوصاف مبیع قید شود که مجال هر گونه غرر به کلی مندرفع باشد. یعنی فروشنده تمامی مشخصات فنی، نوع مصالح، ابعاد و نقشه و موقعیت زمین را به گونه ای برای خریدار در قرارداد مشخص نماید که گمان هیچ گونه ریسک و خطرپذیری وجود نداشته باشد. اما مشکل این چهار چوب حقوقی این است که پیش خریدار مسکن حق عینی نسبت به موضوع مشخص و مسکن معین پیدا نکرده و لذا اگر فروشنده به

تعهدات خود عمل ننماید فقط ملزم به انجام تعهد می‌شود و چنانچه حتی عین مسکن را به شخص دیگری واگذار نماید، مشمول مجازات‌های کیفری موضوع یکی از عناوین کلاهبرداری، فروش مال غیر و یا انجام معامله معارض نمی‌توان نمود، چرا که حق عینی قبلی به مشتری سابق که مسکن را پیش‌خرید کرده تعلق نگرفته است. البته ممکن است بگوییم حق عینی آنرا مابعد از انجام سفت‌کاری ساختمان به‌وجود می‌آید زیرا در قرارداد پیش‌فروش مسکن یک عقد مغایبه‌ای است و معمولاً مشخصات واحد مورد معامله از نظر طبقه، نوع مصالح، متراژ، متوجه بودن به یکی از جهات اربعه، و نوع مصالح به‌کار رفته در آن معین می‌شود و با مشخص شدن برخی از این ویژگی‌ها، حسب روند پیشرفت عملیات ساختمانی، خود به‌خود مسکن کلی متعین در یک مورد منطبق بر این مشخصات می‌شود و نیازی به انجام عمل حقوقی دیگری در قالب تعیین مصداق مال کلی توسط فروشنده نخواهد بود. در این رابطه رویه قضایی راه‌های مشخصی را در پیش نگرفته و آرای متفاوتی را صادر کرده است. قصد داشتیم چند پرونده‌ای که در این خصوص داشتیم به بررسی بگیریم ولی از حوصله این مقاله خارج است. اما سوال هسچنان در جایی که هنوز حداقل مشخصات واحد در عالم خارج تعیین پیدا نکرده باقی است و معلوم نیست پیش‌خریدار حق عینی نسبت به چیزی پیدا کرده است یا خیر؟ رویه قضایی در برخی آراء اثر قرارداد را فقط در حد ایجاد یک دین خالص بر عهده متعهد و به سود متعهدله دانسته است (رای اصراری شماره ۲۸۷-۴۵/۳/۸-مجموعه رویه‌های کیهان سال ۴۵) که خالی از اشکال نیست و به‌خصوص حقوق پیش‌خریدار متضرر را تأمین نمی‌کند. برخی بدون اظهارنظر راجع به ایجاد حق عینی یا عدم آن، سعی در ارائه پاسخ به این مشکل داشته‌اند فروشنده نباید زمینه اجرای تعهد خود را از بین ببرد و اگر با فروش مسکن پیش‌فروش شده به شخص دیگر از این وظیفه بگریزد، از حق خود سوءاستفاده کرده است لذا انتقال موضوع تعهد از سوی فروشنده به دیگری چون با حقوق خریدار در تعارض است، بنابراین به درخواست ذی‌نفع قابل ابطال است (کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۶۴ و ۶۵). این راه حل هر چند خوب است اما باید دانست بحث سوءاستفاده از حق در حقوق ما جایگاه خود را بدرستی باز نکرده مضاف بر این که در این جا ضمانت اجرای چنین معامله‌ای معلوم نیست زیرا فقط در صورتی که معامله دوم باطل باشد حقوق پیش‌خریدار تأمین خواهد شد.

مشکل دیگر این راه حل همان مال مثلی نبودن مسکن است که البته ممکن است این اشکال را این‌گونه مرتفع کنیم که عرف تفاوت‌های میان انواع مسکن را قابل تسامح می‌داند. حال در مواجهه با این اشکالات و در مقام نیافتن راه حل جامع و مانع باید ببینیم آیا تکنیک حقوقی مندرج در ماده ۱۰ (ق.م.) می‌تواند برای ما راهگشا باشد یا خیر.

فصل سوم- انتخاب قالب ماده ۱۰ (ق.م.) به عنوان یک عقد واجد تعهدات متقابل

شاید به نظر رسد در قالب قرارداد موضوع ماده ۱۰ (ق.م.) بتوان عقد پیش‌فروش مسکن را منعقد نمود. این نظر در بادی امر موجه می‌نماید زیرا ماده ۱۰ برای انعقاد قراردادهایی کاربرد دارد که ماهیت حقوقی آنها و وجه بارزشان در قالب یکی از عقود معین نمی‌گنجد ولی با توجه به این که ماهیت اصلی قرارداد پیش‌فروش مسکن، نوعی بیع یا انتقال مالکیت عین است،

باید لزوماً در قالب بیع قرارداد منعقد شود. ولی اگر بگوییم که قرارداد فوق منطبق بر بیع نیست و در فقه نیز چنین عقدهی سابقه ندارد، بنابراین راهی باقی نمی‌ماند که یا دست به دامن عقد صلح شویم و یا نهایتاً از ماده ۱۰ (ق.م.) بهره‌گیریم و عقد پیش‌فروش مسکن را در قالب تعهدات دو جانبه‌ای تعریف نموده، و طرفین را ملزم به رعایت آن بدانیم. به نظر می‌رسد تحلیل عقد مذکور در قالب این منطبق حقوقی موجه باشد زیرا مسکن، عین معین است و عین معین قبل از ایجاد و تعیین در عالم خارج قابل انتقال نیست. اما می‌توان این نظر را مردود دانست با همان استدلال که در فقه چنین عقدهی سابقه ندارد و قرارداد استصناع نیز که برای ساختن کفش و یا چکمه و پوتین نظامی و کشتی در فقه مطرح شده (محمد مومن مقاله استصناع، مجله فقه اهل بیت، شماره ۱۱ و ۱۲ سال ۱۳۷۶ ص ۲۱۲)، ناظر به فروش مال کلی در قالب بیع سلف است و دقیقاً منطبق بر قرارداد پیش‌فروش مسکن نیست. به هر حال در مقام فقدان یک تکنیک حقوقی قابل قبول باید همان تکنیک ماده ۱۰ را که به‌عنوان آچار فرانسه قابل تنظیم بر همه بیع و مهره‌های حقوقی غیر استاندارد است، را به کار گرفت و تعهدات فروشنده و خریدار را با شرایط مندرج در قرارداد پیش‌فروش به درستی تعریف کرد که گمان هیچ‌گونه غرری نرود. بدیهی است این عقد - که در حقیقت نوعی تعهد به بیع است - مشمول اصله الصحه موضوع ماده ۲۲۳ و اصله اللزوم موضوع ماده ۲۱۹ (ق.م.) نیز خواهد شد و هر کدام از طرفین که به تعهدات خود عمل ننمود، چنان‌چه در خود قرارداد ضمانت اجرایی مشخصی پیش‌بینی نشده باشد، از قواعد عمومی مربوط به ضمانت اجرای تعهدات به فعل بهره برد (شهیدی مهدی، مقاله قرارداد تشکیل بیع، و دیانی، جزوه قواعد عمومی قراردادها، دانشگاه شهرکرد و تهران مرکز).

در نهایت، باید گفت اگر این چهارچوب را برگزیدیم، برای تأمین حقوق خریدار باید ماهیت آن را از حد یک تعهد به بیع ساده فراتر بدانیم. یعنی پیش‌پرداخت را قسمتی از ثمن بیع نسبت به واحد مسکونی قلمداد نموده و آن را از حد یک وعده بیع فراتر تلقی کنیم، زیرا طرفین در آن قصد تملیک و تمکک دارند. حال، چگونه؟

این امر را به خوانندگان محترم وا می‌گذاریم... ■

مصلحت موکل

علیرضا حبیب آگهی
وکیل دادگستری - شیراز

چاپ مقاله «وظیفه وکیل مدافع» در خبرنامه وزین شماره ۲۹ در رد مقاله «حق دفاع و دفاع از حق» مندرج در شماره ۲۴، به لحاظ آن که نویسنده محترم اساس استدلال خود را بر این مبنا قرار داده‌اند که «حق دفاع و دفاع از حق منطبق با یکدیگرند... تفکیک حق دفاع با دفاع از حق صحیح نیست»، چون علت اصلی بحث و اختلاف نظر، بر متفاوت بودن و عدم انطباق آن دو با یکدیگر است، به منظور رفع شبهه، نوشتار حاضر تقدیم می‌گردد.

۱- ذکر این موضوع ضروری است که اولاً عنوان مقاله اینجانب (حق دفاع و دفاع از حق) بوده که با صلاحدید و پراستار محترم کسره اضافه دفاع- در جزء دوم به حرف اضافه «از» تبدیل گردیده است. ثانیاً در سطر ۷ مقاله به جای (دفاع حق) حق دفاع چاپ شده است.

۲- همکاران ارجمند کاملاً متضرند که واژه «حق» علاوه بر معنای آن در علم حقوق که عبارت است از سلطه و توانایی شخص بر چیزی یا کسی، معانی متعدد دیگری مانند ذات، واجب، درست، سزاوار و حقیقت نیز دارد. بنابراین مراد از معنای واژه حق در حق دفاع که از جهت دستوری مضاف و مضاف‌الیه تخصیصی، است همان معنای مصطلح در علم حقوق مانند حق شفعه، حق مالی، حق عینی و... است، ولی معنای مورد نظر در «دفاع حق»، حقیقت است؛ یعنی دفاعی که سمت و سوی آن به جانب «حقیقت امر» باشد؛ کما این که در جمله «مدافع از حق بودن» که در سوگند وکالت آمده است در همین معنای حقیقت به کار رفته است. بنابه مراتب هرچند تفاوت ظاهری بین دو جزء، به غیر از جابجایی کلمات حق و دفاع، چیز دیگری نمی‌باشد ولی واژه کلیدی در جزء اول عنوان مقاله قبلی (دفاع) و در جزء دوم (حق) است. که منطبق بودن دفاع با حق کمال مطلوب و آرزوی قلبی کسانی است که از سر صدق و صفا در راه عدالت گام برمی‌دارند.

۳- محور اصلی هر سه مقاله مرتبط با این بحث که در شماره‌های ۱۹ و ۲۲ خبرنامه چاپ شده است، عدم امکان سلب حق دفاع بود و اینجانب در مقاله قبلی نوشته‌ام «هرچند حق دفاع

^۱ - خبرنامه شماره ۲۹ صص ۳۲ و ۴۱

مورد استناد امری مسلم و غیر قابل تردید است ولی آن چنان بدان بها داده شده است که گویا در قاموس و کالت و ذلیقه‌ای به نام حق دفاع که می‌بایستی سرلوحه کاری هر وکیل دادگستری باشد وجود ندارد، حال سؤال اصلی که می‌تواند روشنگر موضوع باشد این است که آیا حق دفاع دارای حد و حدود و یا به اصطلاح رایج دارای خط قرمز می‌باشد یا بی مرز و فارغ از هرگونه محدودیت است؟ بررسی اجمالی سوابق تاریخی و فلسفه وجودی شغل شریف و کالت دادگستری می‌تواند در این امر راهگشا باشد.

۴- سوابق تاریخی دلالت دارد بر این که فلسفه وجودی حرفه و کالت دادگستری، حمایت از ضعیف و ستمدیدگان و دفاع از آنان در مقابل اغراض و احکام ناحق قضات و راهتمایی ناآگاهان از قوانین و راه و رسم دادرسی است. ماده ۱۰ اعلامیه حقوق بشر اشعار می‌دارد: «هر کس با مساوات کامل حق دارد دعوایش وسیله دادگاهی مستقل و بی طرف، منصفانه و علناً رسیدگی گردد. چنین دادگاهی درباره حقوق و الزامات او یا هر اتهام جزایی که به او توجه پیدا کرده باشد اتخاذ تصمیم نماید.» از جمله تضمین‌های لازم برای دفاع از دعاوی و برخورداری از یک دادرسی عادلانه حق بهره‌مندی از وکیل است. استاد مهم بین‌المللی منجمله میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و سایر کنوانسیون‌های مربوط به حقوق بشر اعلام داشته‌اند هر متهم حق دارد که شخصاً یا وسیله وکیل به دفاع از خویش پردازد.

نکته حائز اهمیت این است که همان اسناد و مدارکی که حق دفاع را تجریز کرده‌اند خود دایره اعمال آن را در محدوده (دادرسی عادلانه و منصفانه) تعریف کرده‌اند نه چیزی بیشتر. معنا و مفهوم دادرسی عادلانه و منصفانه هم جز این نمی‌تواند باشد که بیگناه به ناحق مجازات نشود و مجرم ضمن برخورداری از کیفیات مخفیه و معافیت‌های قانونی، بیش از گناهش مکافات نیبند.

۵- به نظر می‌رسد استناد به مواد قانون مدنی و کتب فقهی منجمله کتاب شریف تحریر الوسیله حضرت امام خمینی (ره) در مبحث و کالت، در خصوص و کالت دفاع از متهم به امر جزایی کاربردی نداشته باشد. بدین توضیح که:

اولاً: دایره و کالت در آن‌ها بسیار گسترده و شامل موارد زیادی منجمله اداره کردن امور اموال موکل (ماده ۶۶۱ قانون مدنی) و تمام عقود مانند بیع، صلح، اجاره، هبه، عاریه، رهن، نکاح، اخذ به شفعه، طلاق و... (ص ۷۱ ج سوم تحریر الوسیله) می‌باشد. و اگر از محاکمه و مراجعه (ماده ۶۶۴ ق.م.) و خصومت (ص ۷۹ ج سوم تحریر الوسیله) نامی برده شده است ناظر به دعاوی مدنی است نه کیفری؛ همچنین و کالت در استیفاء قصاص و اخذ دیه در قالب و کالت از ناحیه ولی دم و مجنی علیه (شاکی یا مدعی خصوصی) صورت می‌پذیرد، ولی آنچه که مورد بحث و اختلاف و اشکال است ناظر به گستره حق دفاع از متهم می‌باشد.

ثانیاً: شرط لازم و کافی برای وکیل جهت انجام و کالت نسبت به امور مذکور در بالا منحصرأ بلوغ، عقل، قصد و اختیار است در حالی که متقاضیان ورود به حرفه و کالت دادگستری

نیازمند به داشتن مدرک کارشناسی در علم حقوق، موفقیت در آزمون ورودی، گذراندن دوره کارآموزی و توفیق در امتحان اختبار می‌باشند و سرانجام زمانی متقاضی می‌تواند وارد حریم این حرفه مقدس گردد که با سوگند به خداوند متعال و وثیقه گذاشتن شرافت خود، متعهد گردد که همیشه قوانین و نظامات را محترم شمرده، جز عدالت و (احقاق حق) رسانیدن حق به مستحق، منظوری ندارد، برخلاف شرافت قضاوت و وکالت اقدام و اظهاری نکند و همواره (مدافع از حق) خواهد بود.

۶- باتوجه به مراتب فوق می‌توان گفت که عقد وکالت مورد نظر در قانون مدنی که جنبه عام دارد، از جهت احکام و قواعد حاکم بر آن‌ها با وکالت دادگستری که تأسیسی خاص است، قابل مقایسه نمی‌باشد. بدین توضیح: از ۲۸ ماده‌ای که در قانون مدنی (۶۵۶ الی ۶۸۳) راجع به مبحث وکالت است به جز ماده ۶۶۴ که اشاره‌ای گذرا به دعوی مدنی دارد بقیه مواد عمدتاً ناظر بر شرایط و احکام مربوط به اداره اموال و انجام معاملات می‌باشد و به هیچ وجه اشمال آن‌ها به «وکالت دفاع از متهم به امر جزایی» استنباط نمی‌گردد. دلایل زیر مؤید این مطلب است:

الف) حسب ماده ۶۶۲ ق.م شرط اساسی عقد وکالت این است که وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را انجام دهد، لذا چون دفاع در امر جزایی نیاز به دانش و مهارت خاصی دارد که از عهده افراد عادی خارج است، موکل فاقد شرط توانایی است؛ از طرف دیگر الزام قانونی دایر بر مداخله وکیل دادگستری حسب تبصره ۱ ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی... در امور کیفری، دلالت بر منع قانونی دارد.

ب) موارد انفساخ عقد وکالت حسب ماده ۶۸۳ ق.م عبارت است: از بین رفتن متعلق وکالت، انجام عمل مورد وکالت توسط موکل یا عمل منافی با وکالت وکیل، که هیچ‌یک از موارد مذکور درخصوص وکالت در دفاع از اتهام جزایی مصداق ندارد.

۷- اقوی دلیل نویسنده محترم و همفکران ایشان که آن را چون عروه‌الوثقی اساس و منبای توجیهاات خود قرار می‌دهند، (رعایت مصلحت موکل) مندرج در ماده ۶۶۷ ق.م است که بنابه دلایل فوق‌الذکر خروج موضوعی داشته و قابل قبول نیست. مضافاً بر این که کاربرد مرعی داشتن این مصلحت هم، در امور مدنی تا جایی است که مستلزم مفسده و متضاد با مصلحت طرف مقابل نباشد. فی‌المثل چنانچه مورد وکالت بیع یا عقود مشابه باشد امکان اعمال مصلحت موکل از ناحیه وکیل تا حدی میسر است که مورد قبول طرف دیگر واقع گردد و در غیر این صورت نه معامله‌ای واقع می‌شود و نه عقدی منعقد می‌گردد.

۲- در جرایمی که مجازات آن بر حسب قانون قصاص نفس، اعدام، رجم و حبس ابد می‌باشد چنانچه متهم شخصاً وکیل معرفی ننماید تعیین وکیل تسخیری برای او الزامی است...

با فرض قابل قبول بودن رعایت مصلحت در دفاع از متهم، سئوال اصلی این است که آیا شعاع دایره مصلحت تا بی‌نهایت است و این ظرفیت و گنجایش را دارد که تمام خواسته‌های حق و ناحق متهم به امر جزایی و توقعات غیر معقول او را فراگیرد؟ آیا اصلی‌ترین خواسته مرتکب جنایت، جز برانت و فرار از چنگال عدالت چیز دیگری می‌تواند باشد؟

آیا با دست‌آویز قرارداددن چتر حمایتی «رعایت مصلحت موکل» وکیل می‌تواند یا این تلقی که او (در زمان وکالت وقت و علم و هنر و دانش حقوقی و وکالتی خود را با عقد وکالت معامله کرده)^۳ خود را در وجود موکل مستحیل بداند، تا حدی که نتواند از قالب موکل خارج شود و به خویشتن خویش بازگردد و یادآور این شعر خواجه شیراز باشد که:

«چنان پرشد فضای سپنه از... که فکر خویش گم شد از ضمیرم»

آیا با عقد وکالت، وکیل آن‌چنان مطیع و منقاد موکل متهم به اتهام جزایی می‌گردد که بنا به گفته شیخ اجل سعدی^۴ اگر احیاناً موکل در روز روشن مدعی شب بودن گشت جناب وکیل موظف است ماه و ستاره‌اش را تدارک ببیند؟ آیا این گونه تعبیر، مهر تأییدی بر این گفته ناصواب نیست که «و کلا مجبور به فروش ذره ذره خود هستند»^۵.

آیا این گونه توجیهات زیبنده آن دانشی مردان و زنانی است که بنا به قول دکتر طبرانیان (علم عدل و دفاع از حق آموخته استوار بر سوگند خویش، حامی حق با ستم در ستیز)^۶ پیوسته متذکر استقلال خود و شأن حرفه مقدس وکالت می‌باشند؟

این امر بدیهی است که وظیفه وکیل منحصرأ دفاع است و محاکمه «به عهده دادگاه‌های صالح است که اعمال متناسب مجرمانه متهمان را در ترازوی قضاوت قرار دهند» ولی این حقیقت را نیاستی فراموش کرد که فلسفه جعل حق دفاع برای متهم بدین معنا نیست که وکیل محق باشد با سپر بلا قراردادن رعایت مصلحت به منظور رهانیدن متهم از مجازات حقه‌ای که قانون برایش مقرر داشته با خیالی راحت به کار بردن هر وسیله‌ای را مجاز و مباح بداند. بلکه قصد و غرض غایی این است که بزهدکار به لحاظ ظلمی که به وسیله اعمال مجرمانه خود در حق مجنی‌علیه و جامعه روا داشته به بیروی از آیه کریمه «جزأوقافاً» در فرایند یک دادرسی عادلانه و منصفانه نه تنها متحمل مجازاتی بیش از بزه ارتكابی نشود بلکه از کلیه معافیت‌ها و تخفیفات قانونی برخوردار گردد.

خلاصه کلام آن که بنا به دلایل بیان شده در بندهای ۵ و ۶، به نظر می‌رسد عقد وکالت مورد بحث قانون مدنی و فقه در ارتباط با مراجع قضایی، تنها می‌تواند در مقام وکیل خواهان یا وکیل خوانده در دعاوی مدنی و وکیل شاکی یا مدعی خصوصی در دعاوی کیفری، نمود و

۳- خیرنامه ش ۲۲ ص ۴۶.

۴- اگر خود روز را گوید شب است این... بیاید گفتن اینک ماه و پروین - گلستان سعدی تصحیح دکتر غلامحسین یوسفی ص ۸۱

۵- خیرنامه ش ۲۸ ص ۴۵.

۶- خیرنامه ش ۲۳ ص ۲۵.

۷- خیرنامه ش ۱۹ ص ۲.

۸- سوره انبیا آیه ۳۶.

ظهور داشته باشد و امکان تشری دادن آن به وکالت از متهم به امر جزایی وجود ندارد. لذا اعمال قواعد حاکم بر عقد وکالت مذکور در قانون مدنی خصوصاً «رعایت مصلحت» موکل بزهکار که قاعدتاً سمت و سوی در جهت عکس رعایت قانون، عدالت و احقاق حق دارد، در این خصوص صادق نمی‌باشد.

ضمناً اضافه می‌گردد تا جایی که امکانات محدود و دانش اندک اجازه می‌داد با بررسی بعضی منابع حقوقی، سابقه‌ای مرتبط با مطلب به دست نیامد. لذا با طرح مسأله امید است با توجه به اهمیت موضوع، در جهت رفع اشکال و اختلاف نظر، مورد بحث و فحوص همکاران صاحب‌نظر و حقوق‌دانان ارجمند قرار گیرد.

۸- در خاتمه ذکر این مطلب ضروری است که چون اساس استدلال و توجیهات منعکس در مقاله «وظیفه وکیل مدافع» که در ضمن آن با ردیف کردن طوماری از جرایم ریز و درشت و عقوبت‌های دنیوی و اخروی با بهره‌گیری از حربه تکفیر تخلف از مبانی شرعی و فقهی به کرات همه و همه رعایت مصلحت موکل می‌باشد که با عنایت به مطالب گفته شده نیازی به تکرار نیست معذک نسبت به دو مورد آن اشاره می‌گردد:

الف) گفته‌اند که استعفا از وکالت، یگانه راه وکیل بوده است. اتخاذ این راه زمانی قابل توجیه است که نتیجه مطلوبی در بر داشته باشد، بنابراین وقتی که وکیل همه مدافعاتش را دایر بر بیگناهی موکل بیان نموده و ختم دادرسی اعلام شده، اعلام استعفا چگونه می‌تواند رفع اثر از مدافعات خلاف حق وکیل نماید؟ نویسنده محترم مرقوم داشته‌اند «وقتی دادگاه با استعفا ناگهانی مواجه شد می‌تواند حدس بزند که **اتفاقی** رخ داده است»^۹ استفاده از کلمه حدس دال بر این است که خودشان هم اعتقاد چندانی نسبت به درست بودن این راه حل ندارند.

ب) اظهار نظر و نقادی نسبت به هر موضوعی وقتی مقرون به صواب است که با توجه به جمیع شرایط و اوضاع و احوال و ظرف زمانی و مکانی حاکم بر آن، مورد سنجش واقع شود نه به صورت انتزاعی. در این که افشاء سر موکل ناپسند است و مسؤولیت انتظامی به همراه دارد حرفی نیست، ولی واقعیت این است که در قضیه ما نحن فیه سر و رازی در میان نبوده است. بدین توضیح که از نظر تحلیل حقوقی می‌توان گفت چون موکل با کتمان حقیقت، خود را میراً از اتهام انتسابی معرفی کرده است، مورد وکالت عقد وکالتی که بین آن دو منعقد شده است «دفاع از موکل دایر بر عدم ارتکاب جرم» بوده و ایجاب و قبول موضوع ماده ۶۵۸ ق.م.هم در ارتباط با مورد وکالت مذکور صورت گرفته است. بدیهی است موکل بیگناه سر و رازی ندارد که بخواهد آن را به اطلاع وکیل برساند و وکیل هم مسؤول حفظ آن باشد. آقای وکیل در اجرای وظیفه وکالتی آن‌چنان سنگ تمام می‌گذارد که صدور حکم برائت نه تنها دور از انتظار حاضران منجمله وکیل و موکل نبوده بلکه امری قطعی به نظر می‌رسیده است.

۹- خبرنامه ش ۲۹، صص ۳۵، ۳۶ و ۳۷.

۱۰- خبرنامه ش ۱۹ ص ۲.

حال در خصوص عکس العمل و کیل در قبال اظهارات متضمن اقرار موکل دو فرض متصور است، یکی این که چون و کیل به آنچه مورد و کالت بوده عمل کرده دیگر عقد و کالتی وجود نداشته، دیگر این که وکیل یا شنیدن اظهارات موکل متوجه این امر شده که در لحظه قبول و کالت فریب خورده است و به لحاظ جائز بودن عقد و کالت با قبول تبعات انتظامی، استعنای ضمنی خود را همراه با بازگو کردن اظهارات موکل به دادگاه اعلام می نماید.

به جرأت می توان گفت که در این حرفه مقدس کم نیستند سر سپردگان آستان عدالت که معتقدات دینی شان اجازه نمی دهد، دفاع را از مسیر حق و حقیقت منحرف سازند، در راه اعانت اثم و عدوان قدم گذارند و دستور قرآنی (لَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا) = طرفدار خائنان مباش) را فراموش کنند.

در شأن نزول آیه مبارکه ۱۰۵ سوره نساء در کشف الاسرار چنین آمده است: «مردی از انصار به نام طعمه، زرهی از عموی خود دزدید و آن را به گردن یک مرد یهودی به نام زید سیمین گذاشت. آن جهود نزد پیامبر (ص) آمد و بیگناهی خود را اظهار داشت. قبیله طعمه پیش پیامبر آمدند و از طعمه دفاع کردند و تهمت دزدی را به گردن یهودی گذاشتند. پیامبر خواست برابر با گفته این مسلمانان حق را به طعمه بدهد که این آیه نازل شد و فرمود که شخصی متهم اگرچه یهودی است و به نفس خود خائن است ولی تو در حکم خویش با او مخالف و دشمن نباش. چون این آیه نازل شد طعمه از مدینه گریخت و به مشرکان پیوست.^{۱۱}» ملاحظه می شود که در این قضیه، دفاع ناحق از طعمه که متهم واقعی بود مورد نهی قرار گرفته است و مسلمان خاطی بر یهودی بیگناه ترجیح داده نشده است.

و کلاهی از این دست در اعمال حق دفاع، هیچ گاه از چهارچوب تعیین شده در خاستگاه آن، که دادرسی عادلانه و منصفانه است یا را فراتر نمی گذارند، قوانین را رعایت می کنند و با دست آویز عاریتی «مصلحت»، موکل گناهکار را برتر از عدالت و حق فرض نمی کنند، چون حقیقتاً بایر دارند که یک بال از دو بال فرشته عدالت هستند و (لَا يَخَافُونَ لَوْمَةَ لَائِمٍ). ■

۱۱- به نقل از وهنما زین العابدین- ترجمه و تفسیر قرآن مجید ج ۱، ص ۴۰۴.

آدم ربایی: عندی است که فقط ایجاب دارد، چنانچه قبول قابل به آن ضمیمه شود، نوعی میهمانی محسوب می‌شود.

ارازل و اوباش: کسانی که فقط عمل می‌کنند و از موعظه کردن می‌پرهیزند.

انتخابات: روشی است که افراد برای عمل نکردن به وعده‌های خود برمی‌گزینند، کپسول انتصابات، فرایندی است که طی آن فرد منتخب ابتدا خطابش به مردم از جنس فقیر است و در جلسات ایشان شرکت می‌کند و بعد از آن خطابش به مردم از جنس ثروتمند است و در جلسات ایشان حضور دارد و به این گونه نمایندگی همه مردم را بر عهده دارد.

بانک: مؤسسه‌ای است که برای مشتریان پولدار خود احترام فراوان قائل است.

بینه: آن‌چه بتوان با آن یک امر حقوقی را به اثبات رساند و معمولاً در دو نوع است مسکوک و غیرمسکوک که بینه مسکوک قابل جرح نمی‌باشد.

تفئذ: تأیید فضول و بستن دهان سایر فضولان که فضول اول را سرزنش می‌کردند.

چک: نوشته‌ای است که صادرکننده، به موجب آن از بانک محال علیه می‌خواهد که عدم وجود اعتبار او را برای دارنده گواهی کند.

داین: کسی است که در راهرو دادگستری پیر می‌شود تا بتواند طلش را از بدھکار بگیرد.

دازدار: به کسی گفته می‌شود که برای حفظ راز و از بین بردن آن، آن را تکثیر می‌کند.

رشوه: انعام دولتی، مکانیزی که با تنظیم اقتصاد خانواده کارمند، اعتراضات ایشان را نسبت به کمی دستمزد خود از بین می‌برد و در جهت کاهش نارضایتی بین کارمندان توسط خیرین و در راستای حمایت از دولت پرداخت می‌شود.

رشید: کسی است که به ارزش و اهمیت پول در زندگی بی‌برده باشد.

روشفتور: دلم‌الحزن.

زندان: به کسی گفته می‌شود که در معرض تهدید آزادی قرار دارد.

سبق تصمیم: تصمیم مقدم بر ارتکاب جرم مانند سلام کردن در اعمال منافی عفت و یا استخدام دولتی که سبق تصمیم در اختلاس است.

سفیه: به کسی گفته می‌شود که فکر کند پول در زندگی ارزشی ندارد.

سقط جنین: خلع ید از رحم، از بین بردن مدرک جرم، دفع زباله عشق.

سوگند: پاره سنگ دروغ.

شرط: آثار مهمات قرارداد.

طلاق: شمره ازدواج که معمولاً بر ۲ قسم است: با پرداخت مهریه و بدون پرداخت مهریه که دومی را فوز عظیم نیز نامیده‌اند.

عدالت: موجودی است شبیه روح که طرفین در مورد آن صحبت می‌کنند ولی کمتر کسی تاکنون آن را دیده است.

عقد: توافق دو نفر برای انجام تعهدی که طرفین یا یکی از آن‌ها قصد دارد در آینده انجام نهد.

قضات: روشی است قانونی و مقبول برای نادیده گرفتن حقایق.

قیاس: روشی است منطقی برای رسیدن به یک نتیجه غیرمنطقی که این‌جا هم مثل همیشه پای زن در میان است صغری و کبری.

کتاب: وسیله‌ای است برای جابجایی مطالب از چند نویسنده به نام یک نویسنده یا از یک نویسنده به نام چند نویسنده.

لائیک: یک فحش تاموسی در عرصه سیاست.

لایحه: به پیشنهادی گفته می‌شود که از سوی قوه مجریه برای حل مشکل مردم به مجلس ارائه می‌گردد که توسط نمایندگان مردم خنثی گردیده و سپس به آن عنوان قانون اطلاق می‌گردد.

مجازات: روشی است که عدالت برای تأدیب فقرا به کار می‌گیرد.

وکیل: شخصی است که در ازای دریافت وجه در عملیات قضایی از تکذیب آن‌چه واقع شده، گرفته تا ایجاد تأخیر در دادرسی و... به جای شما اقدام می‌کند. وی فقط حاضر نیست به جای شما بالای دار برود. و معمولاً بر دو نوع است: ۱- اختیاری که دایر مدار آن پرداخت وجه است. ۲- معاصدتی که فقط و فقط عنوان و کالت را دارد و بود و نبود آن در یک عرض است. مانند مادر زن که فقط عنوان مادر را دارد. ■