

شماره
اصفهان
اسان
کانون وکلای دادگستر

خبرنامه



با آثاری از:

سید احمد باختر، فاطمه پیرمرادی، دکتر بهروز تقی‌خانی،
مهدی جهانبخش هرنندی، دکتر لیلا رئیسی، احسان زرخ،
مجید سراجی کرمانی، یوسف شفیع زاده، محمد شمعی،
دکتر مرتضی طبیبی جبلی، امید عارف‌کیا، پرویز علی‌پناه،
دکتر رزا قراچورلو، دکتر شهرام کیوانفر، سینا گلستانی،
محمد رضا محمدی جرقویه‌ای، محمدرضا نظری نژاد،
الهه نوروزی و دکتر نوذر یزدانی

۳۴

اردیبهشت ۸۸

فهرست مطالب

مقالات

- ۲ دکتر بهروز تقی‌خانی؛ یک سؤال
 ۴ دکتر شهرام کیوانفر؛ انتخابات آزاد و منصفانه
 ۱۰ مهدی جهانبخش هرنندی؛ تأملی بر اصلاحیه ارت زوجه در اموال غیرمنقول
 ۱۴ یوسف شفیق زاده؛ و باز هم اطلاع دادرسی!!
 ۲۲ پرویز علی پناه؛ احسان زورخ؛ هنر فراموش شده
 ۲۹ دکتر ضیایی؛ فاطمه پیرمیرادی؛ اثرازدواج و طلاق مادر، در حق حضانت از منظر فقهای مذاهب اسلامی
 ۳۳ محمد رضا نظری نواد؛ ارجاع امر قضایی به کارشناسان مدعی حقوق
 ۴۱ سینا گلستانی؛ انتقادی از نظام فعلی حقوق خانواده ایران و پیشنهادی در باب
 ۴۸ مجید سراجی کرمانی؛ بایسته‌های لایحه پیش فروش ساختمان
 ۵۲ دکتر لیلا رئیسی؛ نگاهی اجمالی به ماهیت قراردادهای دولتی
 ۵۵ محمد شمی؛ نگاهی اجمالی به مصوبه اخیر نمایندگان مجلس درباره
 ۵۹ امید عارف کیا؛ حق بر آزادی پوشش و قانون ساماندهی مد و لباس
 ۶۱ سید احمد باختر؛ ملاحظاتی پیرامون آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا
 ۶۷ دکتر زرا فرچورتو؛ نقد لایحه جدید حمایت از خانواده با تأکید بر مهمترین ایرادات و آخرین اصلاحات آن
 ۷۳ الهه نوروزی؛ پیوستن ایران به ضمیمه کنوانسیون مارپول

طفر

- ۷۸ محمد رضا محمدی جرفویه‌ای؛ ترمینولوژی حقوق

ضمیمه

- ۸۰ لایحه تعیین تکلیف دارندگان پروانه حقوقی و کارشناسی موضوع ماده (۱۸۷) قانون برنامه
 ۸۵ دکتر نوذر یزدانی؛ هر دم از این باغ بری می‌رسد

پیکتوال

دکتر بهروز تقی خانی*

در همان زمان، عده‌ای به دفاع از آیت‌الله صانعی برخاستند و در حمایت از ایشان، یا مقاله نوشتند و به مقاله نویس کیهان جواب‌های تند و تیز دادند و یا، در کل «به حرکت برخی از رسانه‌ها در تخریب یک مرجع عالی‌قدر» اعتراض کردند.

در این میان، بحث صد در صد فقهی «عدم جواز اجرای حدود در زمان غیبت» که از قرن‌ها پیش مطرح بوده و هنوز هم مخالفان و مدافعانی دارد، ناگهان تبدیل شد به یک جنجال سیاسی، هم زمان با بالا گرفتن این جنجال، دفتر آیت‌الله صانعی، بیانی‌ای صادر کرد که در آن گفته شده بود:

«قول به جواز اجرای حدود در زمان غیبت امام معصوم (ع) به شرط اثبات آن از طرق خاص شرعی مذکور در شرح انور مختار آیت‌الله صانعی» است.

البته با تصریح به این‌که:

«... آنچه در قانون اساسی در اصل چهارم که تأمین‌کننده و پشتوانه محکمی برای اسلامی بودن قوانین می‌باشد آمده، مطابقت با موازین اسلامی است نه فتوای خاص. بنابراین:

هیچ‌یک از این فتاوا و قوانین منطبق بر آن را (در صورت تصویب) نمی‌توان خلاف موازین شرع دانست و نمایندگان محترم مجلس شورای اسلامی می‌توانند با استناد به فتوای فقیه بزرگی مانند میرزای قمی (قدس سره) قانون عدم جواز اجرای حدود در زمان غیبت و جایگزینی تعزیر به جای آن را تصویب نمایند.»

نمایندگان مجلس شورای اسلامی، اما، راه دیگری برگزیدند، آن‌ها به استناد اصل هشتم و پنجم قانون اساسی، لایحه مجازات اسلامی را به کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس ارجاع دادند و

چند ماهی پس از تقدیم لایحه جدید مجازات اسلامی به مجلس، بحث «عدم جواز اجرای حدود در زمان غیبت امام معصوم (ع)» دوباره به مطبوعات کشیده شد. پیش از آن صاحبزنان به این موضوع پرداخته بودند اما، این بار مصاحبه آیت‌الله صانعی بود که بازتابی گسترده یافت. ایشان اوائل اردیبهشت ۸۷ ضمن مصاحبه با روزنامه اعتماد ملی و مشخصاً در پاسخ به این سؤال: «نظر حضرت‌عالی درباره احکامی مثل پرتاب از کوه یا قطع عضو یا سنگسار که اخیراً صادر شده، چیست؟ ... و آیا این نوع مجازات‌ها منسوخ نشده؟» گفتند: «خیر منسوخ نشده و همان‌گونه که بارها گفته‌ام ولی گوش شنوایی وجود ندارد و فریاد ما نیز به جایی نمی‌رسد، ایجاد تغییرات در قانون مجازات اسلامی ضروری است، اما نه به دلیل نسخ بلکه بر همان منبایی که میرزای قمی (ره) فرموده که حدود، تنها اختصاص به زمان حضور امام معصوم (علیه‌السلام) دارد که از چند و چون آن آگاه است، اما، در زمان غیبت تنها راهکار مقابله با جرائم در بخش مجازات‌ها تکیه بر تعزیرات است که در آن، مجلس می‌تواند با استفاده از کارشناسان، روان‌شناسان، جامعه‌شناسان، و رعایت تناسب بین جرم و جزا، مجازات‌ها را معین کند، شیوه‌ای که در همه دنیا اعمال می‌شود و در کاهش جرم هم تأثیرگذار است.»

در مقابله با آیت‌الله صانعی، روزنامه‌نگار کیهان در یکی از مقالاتش نوشت:

«حضرت آیت‌الله صانعی در بستر فریبی که برخی از افراد و گروه‌های سیاسی، پیش روی ایشان گسترده‌اند، نظرات غیرفقهی، غیراسلامی و در تضاد آشکار با نظرات صریح حضرت امام (ره) مطرح می‌کنند.»

* وکیل دادگستری

دلیل‌اش را روزنامه‌ها از قول حامیان «احاله» این‌طور نوشتند: «مفصل بودن لایحه»، و این‌که: «صلاح نیست برخی از مجازات‌ها در صحن عمومی مطرح بشود». این‌ها را گفتیم که برسم به سؤال: آیا مجلس شورای اسلامی می‌تواند به بهانه «مفصل بودن لایحه»، یا به این بهانه که «صلاح نیست برخی مجازات‌ها در صحن عمومی مطرح بشود»، اختیار وضع قانون مجازات اسلامی را به کمیسیون داخلی خود (= کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس) واگذار بکند؟

قانون اساسی در اصل هشتاد و دوم‌اش می‌گوید: «استخدام کارشناسان خارجی از طرف دولت ممنوع است مگر در موارد ضرورت با تصویب مجلس شورای اسلامی». «مگر در موارد ضرورت» یعنی: مگر در مواردی که دولت ناچار و در مقام اضطرار باشد، و از هیچ طریقی نتواند نیازهایش را برطرف بکند، مگر از طریق استخدام کارشناس خارجی». در متون کلاسیک زبان فارسی هم، «ضروری» و «ضرورت»، به معنی «ناگزیر» و «لا‌علاج» است و در موردی به کار می‌رود که آدمی، جز آن اختیاری نداشته باشد.

حافظ می‌گوید:

در این رباط دو در چون ضرورت است رحیل
رواق و طاق معیشت چه سر بلند و چه پست
یعنی: در این دنیا، چون، رحلت کردن و به جهان دیگر رفتن، ناگزیر است و لا‌علاج... رواق و طاق معیشت چه سر بلند و چه پست.
سعدی می‌گوید:

چون نتوان به افلاک دست آختن
ضروری است با گردش‌اش ساختن
یعنی: چاره دیگری نیست، لا‌علاج با گردش افلاک باید ساخت.

در اصل هشتاد و پنجم، قانون اساسی می‌گوید: «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمی‌تواند اختیار

قانون‌گذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند، ولی در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند...»، و مبنایش: همان قاعده معروف «الضرورات تبيح المحظورات». حالا باید پرسید: آیا مجلس شورای اسلامی در مقام «اضطرار» تصویب لایحه مجازات اسلامی را به کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس ارجاع داده؟ آیا مجلس واقعاً چاره دیگری نداشته و کار دیگری نمی‌توانسته است بکند؟

در رژیم گذشته، اگر مجلس تصویب می‌کرد «قانون مجازات عمومی»، پس از تصویب کمیسیون عدلیه، به صورت آزمایشی اجراء شود، همه می‌پذیرفتند و کسی ایراد نمی‌گرفت، چون قانون اساسی مشروطیت مجلس را از تفویض پاره‌ای از اختیارات‌اش به «شخص یا هیأتی» منع نکرده بود. اما، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جز «در موارد ضروری» مجلس را ممنوع کرده است از این‌که: «اختیار قانون‌گذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند».

البته می‌دانم، آیین‌نامه داخلی مجلس، «تشخیص موارد ضروری» را به عهده مجلس گذاشته است، اما، آیا مجلس می‌تواند «مفصل بودن لایحه» یا «صلاح نبودن طرح برخی از مجازات‌ها در صحن عمومی» را بهانه قرار دهد و با همان بهانه، اختیار تصویب آزمایشی قانون مجازات اسلامی را به کمیسیون داخلی‌اش واگذار بکند؟

هر کس می‌داند، «موارد ضروری»، مواردی است نادر، استثنایی، فوق‌العاده و غیر معمول، نظیر جنگ، اشغال نظامی کشور، آشفتگی شدید اوضاع اجتماعی، یا بحران‌های حاد دیگری از این قبیل. در چنین شرایطی، مجلس می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را به کمیسیون داخلی‌اش تفویض بکند، اما، به بهانه‌هایی نظیر «مفصل بودن لایحه» یا «صلاح نبودن طرح برخی مجازات‌ها در صحن عمومی» چه؟ آیا در این موارد هم می‌تواند؟... من که سردر نمی‌آورم. ❁

انتخابات آزاد منصفانه

دکتر شهرام کیوانفر^۱

شرکت در انتخابات آزاد و منصفانه یکی از شیوه‌های مشارکت سیاسی است. تشکیل اجتماعات، انجمن‌ها، احزاب و سندیکاها، حق شرکت در تظاهرات، حق اعتصاب، حق نافرمانی مدنی، حق آزادی بیان و برخی حقوق و روش‌های دیگر از این دست، سایر شیوه‌ها و حقوقی هستند که زمینه تحقق و توسعه مشارکت سیاسی مردم را فراهم می‌آورند و تضمین می‌کنند. انتخابات آزاد و منصفانه، همچنین یکی از مهمترین زمینه‌های جنبش دموکراتیک است. اما نباید شرکت مردم در انتخابات را با دموکراسی مساوی گرفت. گاه مشارکت همگانی در انتخابات به زیان نهادهای دموکراتیک منتهی شده است.^۱

برای روشن‌تر شدن موضوع، در این مقاله دو نکته یا مقوله مهم را مورد توجه و بررسی قرار می‌دهیم: نخست، نسبت میان انتخابات و دموکراسی؛ و دوم، شاخص‌های انتخابات آزاد و منصفانه. در انتها نیز برای کمک به ارزیابی کیفی یک انتخابات به لحاظ "آزاد و منصفانه بودن" چک لیستی ارائه خواهیم نمود که به عنوان نمونه است.

نسبت میان انتخابات و دموکراسی

اغلب نظریه‌های مدرن دموکراسی انتخابات را یکی از عناصر ضروری دموکراسی به‌شمار می‌آورند، بدون این که معنای دموکراسی را به شرکت در انتخابات فروبکاهند.^۱ جوزف شومپتر^۲ را باید از این حکم غالب مستثنی دانست. او در کتاب سرمایه‌داری، سوسیالیسم و دموکراسی که در سال ۱۹۴۲م. منتشر شد، دموکراسی را به‌عنوان یک روش مطرح کرد که اساساً برای انتخاب رهبران سیاسی به‌کار گرفته می‌شود و نه به‌عنوان یک هدف فی‌نفسه (رویکردی که متأثر از آراء جامعه‌شناس آلمانی، ماکس وبر است).^۳

ه وکیل دادگستری.

۱- به‌عنوان نمونه، در آلمان در سال ۱۹۳۳م. گسترش بی‌سابقه مشارکت سیاسی، به‌نابودی دموکراسی و پیروزی فاشیسم انجامید. به نقل از: بشیریه، حسین، آموزش دانش سیاسی، ج ۷، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۶، ص ۳۷۵.

2- International Encyclopedia of Elections, Richard Rose (ed.), *Democracy and Elections*, Richard Rose, London, Macmillan, 2000, p.55.

3- Josef Schumpeter (1883-1950).

۴- لیست. سیمور مارزین، و دیگران، دائرة المعارف دموکراسی، ترجمه کامران فانی، و دیگران، ج ۲، تهران، وزارت امور خارجه، زمستان ۱۳۸۳، ص ۹۴۹.

شومپتر شهروند عادی را فردی مردم، نامعقول و غیرمسئول در مسائل سیاسی می‌شناسد و سیاستمداران را بازیگران اصلی صحنه دموکراسی معرفی می‌کند. از نظر او، سیاستمداران افرادی درجه دوم نیستند که به عنوان مجرای انتقال خواست‌های مردم ایفای نقش می‌کنند.^۵ شومپتر، دموکراسی را شیوه‌ای نهادین و سازمان یافته می‌داند که در آن، افراد قدرت تصمیم‌گیری سیاسی را از طریق رقابت در یک انتخابات عمومی به دست می‌آورند. امتیاز دموکراسی شومپتری نسبت به سایر شیوه‌های حکومت این است که نتیجه انتخابات را توده‌های مردم معین می‌کنند و نه توطئه‌های درباری، کودتاهای نظامی و... البته در پس این نگرش، شومپتر به عنوان یک اقتصاددان معتقد است که رقابت در میان احزاب و نامزدها خود به خود آن‌ها را به سمت تدارک خواست رأی‌دهندگان (مشتریان) می‌برد و انتخابات در واقع روشی است برای تعیین سهم بازار هر طرف.^۶ اما تجربه نشان داده است که این فرض چندان صدق نیست. برگزاری انتخابات در کشوری که در آن حکومت قانون محترم شمرده نمی‌شود و نهادهای جامعه مدنی سرکوب می‌شوند، هیچ ملازمه‌ای با تحقق خواست رأی‌دهندگان ندارد. از زمان آغاز موج سوم دموکراتیزاسیون (دهه ۱۹۷۰ میلادی)، تعداد کشورهایی که انتخابات رقابتی برگزار می‌کنند ۷۷ درصد افزایش یافته‌اند، در حالی که تعداد کشورهایی که حقوق مدنی و سیاسی شهروندان خود را به رسمیت می‌شناسند فقط ۴۰ درصد افزایش نشان می‌دهند.^۷ طبقه‌بندی خانه آزادی^۸ از کشورهای سراسر جهان نشان می‌دهد که تقریباً یک‌سوم کشورهایی که انتخابات برگزار می‌کنند فقط تا حدی آزادند.^۹

امروز مفهوم رایج‌تر دموکراسی مفهومی است که رابرت دال^{۱۰} از پلی‌آرشی^{۱۱} ارائه داده است. دال واژه پلی‌آرشی را برای نمایش بهترین شیوه حکومت در جهان واقعی مورد استفاده قرار می‌دهد و بدین طریق دموکراسی مورد بحث خود را از دموکراسی آرمانی تفکیک می‌کند. پلی‌آرشی مورد نظر دال در صورتی وجود دارد که: (۱) تنها مقامات انتخابی از حق و قدرت قانونی نظارت بر سیاست عمومی برخوردار باشند؛ (۲) انتخابات آزاد، سالم و مکرر، تنها وسیله برگزیدن این مقامات باشد؛ (۳) همه بزرگسالان از حق رأی برخوردار باشند؛ (۴) حق شهروندان برای اظهار نظر سیاسی در باره همه امور کشور، حتی اساسی‌ترین مسائل، محفوظ باشد؛ (۵) دسترسی شهروندان به منابع اطلاعاتی مستقل از دولت و آن‌گروه از منابع اطلاعاتی که در چارچوب سیاست‌های رسمی عمل نمی‌کنند تضمین شود؛ (۶) شهروندان از حق تشکیل احزاب سیاسی، گروه‌های همسود و دیگر انجمن‌ها و جمعیت‌های مستقل برخوردار باشند.^{۱۲}

۵- این نوع نگاه به دموکراسی به دموکراسی نخبه‌گرا شهرت دارد.

۶- لیست. سیمور مارتین، پیشین، ص ۵۶

۷- به نقل از: همان جا.

۸- Freedom House

۹- به نقل از: همان جا.

۱۰- رابرت دال، متولد ۱۹۱۵م، نظریه پرداز دموکرات پیشرو در بین دانشمندان علوم سیاسی ایالات متحده در سده بیستم میلادی.

۱۱- polyarchy

۱۲- لیست. سیمور مارتین، پیشین، پلی‌آرشی.

بدین ترتیب انتخابات دوره‌ای منظم، آزاد و منصفانه تنها یکی از نهادهای لازم برای تحقق یک دموکراسی حداقلی است.

نظریه دال، گزارش دقیقی از مفهوم انتخابات آزاد و منصفانه ارائه نمی‌دهد، اما به روشی تأکید می‌ورزد که انتخابات نمی‌تواند به توسعه دموکراتیک کمک کند مگر در شرایطی که سایر حقوق و آزادی‌های مهم دموکراتیک قبلاً وجود داشته باشند. دال در این باره می‌نویسد: "انتخابات آزاد و منصفانه حد اعلای فرایند دموکراتیک شدن است نه آغاز آن."¹³

شاخص‌های انتخابات آزاد و منصفانه

"آزاد و منصفانه" که اغلب برای توصیف یک انتخابات "درست" و "قابل قبول" به کار برده می‌شود به خودی خود عبارتی است مبهم که تا کنون از سوی دولت‌ها مورد سؤاستفاده فراوان قرار گرفته است. وصف "آزاد و منصفانه" زمانی می‌تواند دارای ارزش باشد که قبلاً به طور دقیق و قابل اندازه‌گیری تعریف شود. صرفاً در این حالت "آزاد و منصفانه" می‌تواند برای ارزیابی انتخابات و همچنین برای سنجش میزان استعداد و ظرفیت انتخابات در کمک به توسعه دموکراتیک مفید واقع شود.

میان دو ویژگی "آزاد بودن" و "منصفانه بودن" وصف نخست از اهمیت بیشتری برخوردار است زیرا اگر مقتضیات و لوازم انتخابات "آزاد" فراهم نباشد موضوع "منصفانه بودن انتخابات اصولاً قابل طرح نیست.

"آزاد بودن انتخابات در واقع به آزادی‌های بنیادین سیاسی باز می‌گردد، آزادی‌هایی که به‌طور عمده در اسنادی همانند اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸ م.)، میثاق حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶ م.) و برخی اسناد منطقه‌ای مثل منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم (۱۹۸۱ م.) و منشور پاریس برای اروپایی نو (۱۹۹۱ م.)، مورد تأکید قرار گرفته‌اند. حقوق و آزادی‌های اصلی که مستقیماً به موضوع نوشته حاضر مربوط می‌شوند، عبارتند از: آزادی بیان (برای رأی‌دهندگان، نامزدها، رسانه‌ها و دیگران)، آزادی مشارکت در فرایند انتخابات (برای رأی‌دهندگان، احزاب و نامزدهای مستقل) و حق اطمینان از محترم شمرده شدن نتیجه انتخابات.

"منصفانه بودن انتخابات بیشتر به معنی بی‌طرفانه بودن انتخابات است. "منصفانه بودن انتخابات مورد خدشه قرار می‌گیرد اگر: با یکی از کنشگران عرصه انتخابات (رأی‌دهندگان، گروهی از رأی‌دهندگان، طرفداران یک حزب خاص، یکی از احزاب سیاسی، گروهی از احزاب سیاسی، یکی از نامزدها و یا گروهی از نامزدها) به طور مستقیم یا غیر مستقیم به نحوی متفاوت از سایر فعالان سیاسی رفتار شود به گونه‌ای که محتمل باشد چنین رفتار متفاوتی، در نتیجه انتخابات، مؤثر واقع شود. به بیان کوتاه‌تر، وجود هرگونه تبعیض به‌طور متعارف مؤثر در انتخابات، "منصفانه بودن انتخابات را مخدوش می‌کند.

13- International Encyclopedia of Elections, p.130. / "Free and fair elections are the culmination of the democratization process, not the beginning".

منصفانه بودن انتخابات در واقع به معنی قانون‌مند بودن¹⁴ انتخابات است و قانون‌مند بودن یعنی اعمال قواعد و مقررات بدون تبعیض. یک انتخابات زمانی قانون‌مند است که اصول قانون اساسی، قوانین انتخاباتی، مقررات مختلف حمایت‌کننده انتخابات، دستورالعمل‌های مربوطه و سایر قوانین و مقررات و مصوبات و آیین‌نامه‌های مرتبط، به طور منظم و بی‌طرفانه اعمال شوند. طبعاً، قانون‌مند بودن انتخابات زمانی می‌تواند به عنوان یک ارزش نگریسته شود که قوانین انتخاباتی مناسب و بدون تبعیض باشند و گرنه، اعمال دقیق و منظم مجموعه‌ای از قوانین تبعیض‌آمیز را نمی‌توان دلیل منصفانه بودن انتخابات تلقی کرد.

منصفانه بودن همچنین متضمن معنای "معقول"¹⁵ بودن نیز هست. معقول بودن (یا متعارف بودن) مفهومی وسیع‌تر از "مطابق قانون بودن" دارد و با مراجعه به معیارهای کلی و آرمانی انصاف و برابری سنجیده می‌شود و از جمله به رفتار منصفانه و معقول‌کنندگان عرصه انتخابات و رقابای سیاسی ارتباط پیدا می‌کند. به‌طور مثال، اگر منابع رقابت سیاسی (از قبیل رسانه‌ها) در عمل به نحوی نابرابر در اختیار رقابای سیاسی باشند، انتخابات را به دلیل نامتعارف بودن شرایط حقیقی رقابت سیاسی، دیگر نمی‌توان منصفانه ارزیابی کرد هرچند که به لحاظ حقوقی، به ظاهر تبعیضی میان نامزدها و احزاب و جناح‌های رقیب وجود نداشته باشد.

در مطالعه و قضاوت در باره "آزاد و منصفانه" بودن یک انتخابات باید میان سه مرحله اصلی فرایند انتخابات تمایز قائل شویم؛ انتخابات به فعالیت‌های روز انتخابات¹⁶ محدود نیست، وقتی از انتخابات سخن می‌گوییم منظورمان کل فرایند انتخابات با تمامیت آن است. آنچه پیش از روز انتخابات روی می‌دهد اغلب مهمتر از اتفاقات روز انتخابات است؛ دسترسی نابرابر به رسانه‌ها، سواستفاده از منابع دولتی توسط احزاب و نامزدها و جریان‌های سیاسی نزدیک به دولت، ارباب و ایذاء برخی نامزدها یا احزاب، مسدود کردن منابع اطلاعاتی مستقل همانند تعطیلی بعضی روزنامه‌ها و یا فیلتر کردن برخی سایت‌ها توسط دولت، تطمیع یا تهدید مستقیم و یا غیرمستقیم رأی دهندگان، ارائه اطلاعات نادرست و مؤثر بر تصمیم رأی‌دهندگان از سوی منابع رسمی دولتی، ممانعت مستقیم و یا غیرمستقیم از نامزدی و فعالیت برخی نامزدهای مستقل و یا احزاب و بسیاری موارد مهم دیگر که پیش از روز انتخابات مطرح می‌شوند بر نتیجه انتخابات اثر تعیین‌کننده دارند زیرا به طور طبیعی رفتار رأی‌دهندگان قویاً تحت تأثیر وقایعی است که پیش از روز انتخابات روی داده است. مرحله پس از روز انتخابات نیز به همین اندازه مهم است؛ نه فقط به این دلیل روشن که ممکن است حین نقل و انتقال صندوق‌ها، شمارش و یا گزارش آرا قلب روی دهد و نتیجه انتخابات به سادگی تغییر کند، بلکه به این دلیل که ممکن است نتیجه انتخابات از سوی کنشگران سیاسی پذیرفته نشود، اوضاع به‌خوشونت گراید و یا صاحبان قدرت حاضر به تن دادن به نتایج انتخابات و واگذاری قدرت نباشند.¹⁷

14- Regularity.

15- Reasonableness.

16- Election day.

17- See International Encyclopedia of Elections, Richard Rose (ed.), Free and Fair Elections, Jorgen Elklit, University of Aarhus, London, Macmillan Reference, 2000.

بدین ترتیب، انتخابات دارای سه مرحله و دو بعد نظارتی است. سه مرحله پیش از روز انتخابات، روز انتخابات و پس از روز انتخابات و دو بعد نظارتی آزاد بودن و منصفانه بودن. اغلب سازمان‌های درگیر در امر نظارت بر انتخابات، بر اساس همین الگو، چک لیست‌هایی برای ارزیابی میزان آزاد و منصفانه بودن انتخابات طراحی کرده‌اند.

چک لیست انتخابات آزاد و منصفانه^{۱۸}

چک لیست‌های "آزاد و منصفانه بودن"، امکان ارزیابی و نظارت اطمینان بخش‌تر و سازمان‌یافته‌تر بر انتخابات را فراهم می‌آورند. این راهنماها کمک می‌کنند که ارزیابی نهایی انتخابات، ساخت یافته و قابل دفاع باشد. چک لیستی که در این نوشته ارائه می‌شود به عنوان نمونه است و بر این حقیقت تأکید می‌کند که عوامل زیادی در تحقق آزاد و منصفانه بودن یک انتخابات دخالت دارند. این چک لیست بر پایه سه مرحله مختلف انتخابات یعنی پیش از روز انتخابات، روز انتخابات و پس از روز انتخابات و بر اساس دو بعد اصلی نظارتی یعنی "آزاد بودن" و "منصفانه بودن" تنظیم گردیده. ویژگی‌هایی که در این لیست مرتب شده‌اند به‌طور طبیعی با یکدیگر هم‌پوشانی دارند.

۱- پیش از روز انتخابات:

• "آزاد بودن"

- ✓ آزادی بیان برای فعالان سیاسی شامل رأی دهندگان، نامزدها، رسانه‌های مستقل و سایرین؛
- ✓ آزادی اجتماعات؛
- ✓ آزادی تشکیل مجامع و انجمن‌ها؛
- ✓ رأی برابر و همگانی؛
- ✓ حق نامزد شدن در انتخابات برای احزاب سیاسی و کاندیداهای مستقل، بدون تبعیض.

• "منصفانه بودن"

- ✓ شفاف بودن فرایند انتخابات (شامل پیش‌بینی امکاناتی برای عمومی کردن همه اطلاعات مرتبط)؛
- ✓ نبود امتیازات ویژه برای برخی احزاب سیاسی یا گروه‌های اجتماعی، هم در جریان عملی انتخابات و هم در قوانین و مقررات مربوطه و نظام انتخاباتی؛
- ✓ بی‌طرفی و استقلال در تصدی، مدیریت و نظارت بر انتخابات؛
- ✓ فقدان هرگونه مانع در برابر ثبت‌نام و ورود به کارزار انتخاباتی؛
- ✓ رفتار بی‌طرفانه با احزاب سیاسی و نامزدها از سوی نیروهای نظامی و انتظامی، محاکم، رسانه‌های دولتی و سایر نهادهای حکومتی؛

18- See Ibid.

- ✓ دسترسی برابر احزاب و نامزدها به رسانه‌های ملی و دولتی؛
- ✓ دسترسی رأی دهندگان به اطلاعات سیاسی؛
- ✓ عدم سوءاستفاده از امکانات و تسهیلات دولتی در مبارزات انتخاباتی؛
- ✓ بی‌طرفی در تسهیم وجوه عمومی میان احزاب سیاسی و نامزدها.

۲- روز انتخابات:

• "آزاد بودن"

- ✓ امکان شرکت در انتخابات برای همه صاحبان حق رأی؛
- ✓ محرمانه بودن انتخابات؛
- ✓ عدم تطمیع و یا ارباب رأی دهندگان؛

• "منصفانه بودن"

- ✓ دسترسی نمایندگان احزاب سیاسی و نامزدهای مستقل و ناظران محلی و بین‌المللی و رسانه‌ها به همه مراکز شمارش آرا؛
- ✓ طراحی مناسب و بی‌طرفانه برگه‌های رأی؛
- ✓ طراحی مناسب و ایمن صندوق‌های رأی به طوری که امکان دستبرد و دست‌درازی به برگه‌های رأی وجود نداشته باشد؛
- ✓ استفاده از روشی شفاف، ایمن و مناسب در شمارش آرا و استفاده از شیوه‌های مناسب و مطمئن برای شمارش سراسری کل آرا (تجمیع آرا)؛
- ✓ تدارک و اجرای اقدامات احتیاطی و پیش‌گیرانه مناسب هنگام انتقال صندوق‌ها و ابزار رأی‌گیری؛
- ✓ اجرای تدابیر احتیاطی و پیش‌گیرانه در حوزه‌های شمارش آرا.

۳- پس از روز انتخابات:

• "آزاد بودن"

- ✓ امکان قانونی و عملی شکایت.

• "منصفانه بودن"

- ✓ رفتار بی‌طرفانه و فعال در برابر شکایات انتخابی؛
- ✓ اعلام رسمی و فوری نتایج انتخابات؛
- ✓ گزارش بی‌طرفانه نتایج انتخابات و اخبار مرتبط از رسانه‌های رسمی و دولتی؛
- ✓ قبول نتیجه انتخابات از جانب همه طرف‌های درگیر؛
- ✓ تحویل به‌موقع مناصب و کرسی‌ها به افراد منتخب. ■

ارث زوجه

تأملی بر اصلاحیه

مهدی جهانبخش هرندی

اشاره

اصلاح حکم قانونی ارث زوجه در اموال غیرمنقول، از تحولات شایسته و دستاوردهای بزرگ حقوقی سال ۱۳۸۷ است، به موجب این اصلاحیه که مورد تأیید فقهای محترم شورای نگهبان نیز رسیده و لازم الاجرا است؛ زوجه از قیمت اموال غیر منقول اعم از عرصه و اعیانی حسب مورد، فرض خود را می‌برد. ضمن تقدیر و تشکر از بانیان و ساعیان به این تحول عظیم و تبریک به جامعه نسوان، نوشتار حاضر به دنبال بررسی و ریشه‌یابی این تغییر و تحول و علت‌یابی تغییر و تحول در موارد مشابه در قوانین اولیه شرعی و پاسخگویی به این سؤال است که چگونه است که هر از چندگاهی شاهد آن هستیم که احکام اولیه شرعی بدون این که مشمول عناوین احکام ثانویه گردند، در روند تطور و تغییر و تحولات اجتماعی، با اوضاع و احوال و توقعات جامعه منطبق می‌گردند؟

سابقه تاریخی و دیدگاه‌های فقهی

ارث یکی از تأسیسات اجتماعی است که برخاسته از آداب و رسوم و اعتقادات قومی و مذهبی است و اصول و قواعد حقوقی در آن کمتر به کار رفته است.^۱ سابقه تاریخی محرومیت زنان از ارث و میراث، ناشی از زندگی قومی و قبیله‌ای است. در دوره‌هایی از تاریخ در بین اقوام گذشته؛ از جمله ایران باستان، یونان، رم، عرب جاهلی و غیره، زن را فاقد ارزش و شخصیت انسانی می‌دانستند و به‌عنوان اموال و میراث مردان مورد خرید و فروش قرار داده و یا با مرگ شوهر خود زنده به گور می‌کردند. در زندگی قومی و قبیله‌ای، اموال خانواده و همه امتیازات به مردان تعلق داشت و از آنجایی که زن ممکن بود با مرد اجنبی ازدواج کند و از خانواده خارج شود، از ارث و میراث، خصوصاً زمین محروم بود و زمین از لحاظ همبستگی زندگی قومی و قبیله‌ای تضمین و پشتوانه بقاء قدرت اقتصادی، اجتماعی و نظامی خانواده به حساب می‌آمد.^۲ شریعت اسلام این افتخار را دارد که با آمدن خود به زن ارزش انسانی داد و

۱- وکیل دادگستری - اصفهان.

۲- شهیدی، مهدی، ارث، انتشارات سمت.

۳- قنبری، محمدرضا، مقاله مبانی تاریخی ارث، مجموعه مقالات حقوقی.

صرفنظر از منع زنده به گور کردن دختران و زنان و منسوخ کردن رسوم جاهلی، برای زن حق مالکیت و ارث و میراث قائل گردید. آیه ۱۲ سوره نساء در کتب تفسیر، دلیل فقهی ارث بردن زوجه از مائرک شوهرش معرفی شده است. به موجب آیه مزبور؛ زوجه به طور مطلق از تمامی ترکه حسب مورد که شوهرش بدون فرزند و یا دارای فرزند باشد، ربح و یا ثمن ترکه را به ارث می‌برد. اما بعد از تشریح ارث در قرآن کریم، بعدها براساس روایاتی که از معصومین وارد شده و حسب قوت و ضعف سند احادیث وارد، دیدگاه‌های متفاوت و متعارض فقهی در این خصوص مطرح شده است، برخی دیدگاه‌ها در این خصوص بر این مبنا استوار است که آیه ۱۲ سوره نساء در مورد ارث زوجه از زمین تخصیص خورده و معتقد به محرومیت زوجه از ارث بردن زمین می‌باشند و برخی دیگر از فقها، محرومیت زوجه از ارث بردن زمین را مخالف کتاب الله و سنت و اجماع ائمه و امت اسلامی دانسته‌اند و روایاتی که در مورد محرومیت زوجه از ارث زمین نقل شده را ناظر به زمین‌هایی که ناشی از جنگ‌ها فتح شده و یا زمین‌های وقفی می‌دانند و براین اساس؛ پنج دیدگاه متفاوت و متعارض بر حسب قوت و ضعف سند احادیث مزبور در کتب فقهی در این خصوص مطرح شده است. این دیدگاه‌ها به طور اختصار عبارتند از:

- الف- زوجه از تمام ما ترک اعم از منقول و غیرمنقول فرض خود را می‌برد.
- ب- زوجه ذات الولد از تمامی ترکه و زوجه غیر ذات الولد از زمین ارث نمی‌برد.
- ج- سید مرتضی از معاضم فقها معتقد است؛ زوجه از عین زمین ارث نمی‌برد، بلکه زمین تقویم شده و از قیمت آن حسب مورد فرض و نصیب دارد.
- د- زوجه فقط از خانه و مسکن ارث نمی‌برد و از بقیه ترکه نصیب خود را خواهد برد.^۳
- ه- برخی از فقها جانب احتیاط را برگزیده و معتقدند؛ ارث بردن زوجه از قیمت زمین خالی از قوت نیست و احتیاط در مصالحه است.^۴

تحلیل تحولات در ارث زوجه

موضوعات عرفی و اجتماعی به مرور زمان دچار دگردیسی شده و کارکرد آن‌ها متحول، و تغییر می‌یابد، به این معنی که؛ موضوعات اجتماعی بدون این‌که ماهیت و جوهره آن‌ها تغییر یابد، کارکرد آن‌ها در جامعه تغییر یافته و متحول می‌شوند. به طور مثال؛ خون در فقه نجس بوده و بیشتر فقها به علت نجس بودن خون در گذشته خرید و فروش آن را نیز حرام می‌دانستند ولی در روند تحول و پیشرفت‌های علمی و پزشکی، خون کارکرد جدیدی یافته که خرید و فروش آن را موجه می‌سازد^۵ و همچنین شطرنج و موسیقی در تحول و تطوّر روند پدیده

۳- امامی، حسن، جلد ۳ حقوق مدنی ص ۳۰۹.

۴- صانعی، یوسف، مجمع الاستفتاات، جلد اول، ص ۳۴۲.

۵- مطهری، مرتضی، اسلام و مقتضیات زمان، انتشارات صدرا.

اجتماعی، کارکرد جدیدی یافته که به موجب آن، شطرنج و آلات موسیقی که در دوره‌ای از زمان ساخت و ساز و خرید و فروش آن حرام تلقی می‌شد، به اعتبار تغییر و تحول در کارکرد آن حکم جدیدی یافته و مشمول اصل اباحه و حرمت قرار گرفته است. بدیهی است؛ تغییر و تحول در پدیده‌های اجتماعی به سرعت انجام می‌گیرد و نظریات علمی و فقهی روند کندتری نسبت به تغییر و تحولات پدیده‌های اجتماعی دارد. لذا؛ هرگاه یکی از دانشمندان و فقهای اسلامی به واقعیت این تغییر و تحول در پدیده‌های اجتماعی وقوف یافته، دیدگاه فقهی و علمی قبلی وی نیز تغییر و تحول یافته است و به‌طور معمول هرچند در برابر تغییر و تحول در دیدگاه‌های علمی و خصوصاً دیدگاه‌های فقهی در ابتدا مقاومت‌هایی رخ می‌دهد، اما بالاخره تغییر و تحولات پدیده‌های اجتماعی خود را غالب و آشکار ساخته و حکم شرعی کارکرد جدید خود را ثابت می‌نماید. به‌طور مثال؛ پس از صدور فتاوی مشهور امام خمینی درباره جایز بودن خرید و فروش ابزار موسیقی و بازی شطرنج؛ برخی از خواص بر ایشان خرده گرفتند و آن‌را نوعی ملاحظه‌کاری و مصلحت‌بینی از سوی امام به شمار آوردند و حتی لب به نصیحت ایشان گشودند، پاسخ عتاب آلود و در عین حال بسیار روشنگرانه امام در این مورد مؤید آن است که کار فقیه، تنوع در موضوعات و انطباق حکم شرعی بر آن‌ها است و حکم شرعی موضوعات عرفی نیز به تبع تحول و تغییرات کارکرد آن‌ها تغییر می‌کند، و متحول می‌گردد. براین اساس؛ آن‌چه در مورد ارث زوجه در اموال غیرمنقول نیز قابل صدق است، تحول و تغییر در کارکرد زندگی امروز بشری و ضعیف شدن و از بین رفتن کارکردهای سابق زندگی قومی و قبیله‌ای است و کارکرد زندگی خانوادگی، امروزه به‌صورت هسته‌ای است و نقش زن در خانواده و اجتماع بسیار متفاوت از کارکرد و نقش زن در زندگی قومی و قبیله‌ای است و اقتضای کارکرد فعلی، تغییری در حکم شرعی متناسب با کارکرد عصر حاضر است. اصلاحیه اخیر حکم ارث زوجه در اموال غیرمنقول نیز پاسخگویی به همین کارکرد و تغییر و تحول است. به بیان دیگر؛ در این باره می‌توان گفت پدیده‌های اجتماعی ماهیتی دارند و کارکردی، گاهی متعلق حکم شرعی، ماهیت پدیده‌های اجتماعی است و حکم شرعی ناظر به ماهیت و جوهره پدیده است مانند؛ حرمت شرب خمر، زنا، ربا و غیره و بالعکس، گاهی متعلق حکم شرعی، کارکرد پدیده‌های اجتماعی است و حکم شرعی ناظر به نقش و کارکرد پدیده‌ها است، نه ماهیت آن، مانند ابزار موسیقی و شطرنج. هرکدام از این دو حقیقت، حکم شرعی خاص خود را دارد، اولی حکم شرعی آن ثابت و لایتغیر، و دومی به فراخور تغییر کارکرد حکم شرعی آن نیز تغییر می‌یابد.^۶

تعارض و اختلافی که بین دیدگاه‌های فقهی در مورد حکم شرعی موضوعات و پدیده‌های اجتماعی به چشم می‌خورد، ناشی از آن است که؛

اولاً؛ تحقیقات فقهی بیشتر برپایه تحقیق در متون فقهی است و به اصطلاح از نوع تحقیقات ذهنی و استنتاجی است و در تمامی مراحل تحقیق، بیشترین تکیه بر افکار و استنباط از متون فقهی و ادله است، در صورتی که موضوعات حکم شرعی، وقایع عینی و خارجی است،

۶- تقوی، سید مرتضی، «تحول در موضوعات فقهی»، مجله فقه اهل بیت.

یعنی؛ پدیده‌های اجتماعی متعلق حکم شرعی است و در محیطی خارج از متون فقهی تکوین و تحول می‌یابد.

ثانیاً؛ بررسی کارکرد پدیده‌های اجتماعی و عرفی و تغییر و تحولات آن موضوع علوم تخصصی دیگر است که فقیه تخصص و مجالی برای غور و تحقیق درخصوص همه موضوعات آن ندارد. از این روی دیدگاه‌های فقهی در شیوه انتزاعی و استنتاجی تحقیقات خود کمتر با منشاء پدیده‌ها و چگونگی تکوین و تحول آن‌ها در تماس است و هر موضوعی را به همان شکلی که در متون مدون فقهی وجود دارد، مورد بحث قرار می‌دهد و هرگاه به طور اتفاقی تحول یک موضوع و پدیده خارجی ذهن فقهی را به خود جلب کند، ناشی از تتبع شخصی و تماس وی با موضوع مزبور است، نه ثمر تحقیق او در فقه متون فقهی که مثال‌های گوناگونی را در این مورد می‌توان مطرح ساخت. به‌طور مثال: حضرت آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی هنگامی که در مراسم حج تمتع شرکت کردند و با ازدحام و هجوم جمعیت در رمی جمرات رویرو شدند و سخنی آن‌را مشاهده کردند، فتوای خود را در این خصوص با توجه به وضعیت جدید تغییر دادند و همچنین است دیگر موضوعاتی که کم و بیش هر یک از ما مثال‌هایی از آن را می‌دانیم و لزومی به ذکر آن نیست.

نتیجه‌گیری:

نتیجه این‌که؛ پدیده‌های اجتماعی و عرفی امر ثابت و ایستایی نیست؛ بلکه موضوعی است پویا و متحول. عدم توجه به تغییر کارکرد پدیده‌های اجتماعی و عرفی در روند تصور و تحولات اجتماعی و مرور زمان، علاوه بر این‌که موجب تضعیف و ناکارا جلوه دادن شریعت مقدس اسلام می‌گردد و تحدید و تضییق در حق و حقوق اقشار کثیری از جامعه را نیز دربردارد. امید است که اصلاحیه اخیر در ارث زوجه، فتح بایی در بررسی تمامی موضوعات دیگر اجتماعی در این خصوص باشد. اضافه بر این‌که؛ نظریات و فتاوی فقهی در این خصوص و دیگر موضوعات و پدیده‌های اجتماعی، بر اساس موازین اسلامی حجّت و معتبر است و شهرت فتوایی نیز علی‌الاصول موجب رجحان و برتری حجّت یک دیدگاه نسبت به دیدگاه دیگر نیست و بر اساس اصل چهارم و نود و چهارم قانون اساسی کلیه قوانین باید بر اساس موازین اسلامی باشد و لزوم و تکلیفی به تبعیت از یک دیدگاه فقهی، که کارکرد خود را در جامعه از دست داده و با توقعات و کارکردهای اجتماعی و تعهدات بین‌المللی که دولت در معاهدات بین‌المللی پذیرفته سازگاری ندارد، به نظر نمی‌رسد. بلکه منظور و فلسفه وضع اصول فوق آن بوده که مقررات اسلامی پیاده شده و قوانین خلاف موازین اسلامی نباشد. ■

وبازهم مطالبه دادرسی!!

یوسف شفیق زاده*

بر هر که می نگرم در شکایت است
در حیرتم که گردش گردون به کام کیست!
طاهر شیرازی

سال ۸۷ در حالی به پایان رسید که معضلی به نام «اطاله دادرسی»^۱، هنوز دامنگیر دستگاه قضا بود.

گویی قلمای ما، خشت عدالت خانه و عدلیه را در این خاک بر اساسی بنا نهادند؛ که بنا نیست مشکلات آن روزی به سامان برسد و حکایت دل آزار و کهنه «تطویل دادرسی» به سرانجامی خوش که همان رضایت نسبی مردم از دادخواهی و دادگیری است، ختم شود. هشتاد سال قبل که مرحوم داور، سکان دار قوه قضاییه شد در دفاع از لایحه اختیارات خود گفت:

«... بنده می دانستم این عدلیه که از اول مشروطیت مردم آمدند خواستند کاری بکنند... برای این بود که عدالت خانه درست کنند. همین مشروطیت از روزی که آمد و پایه عدالت خانه را خواسته به زمین بگذارد، از آن روز تا به حال یک تشکیلاتی شد و کارها به یک ترتیبی شد و امور به یک شکلی جریان پیدا کرد که مردم همه ناراضی و مأیوس و همه بدبخت و بیچاره شدند...»^۲

وقتی عدلیه قدیم منحل شد و دادگستری نوین به جای آن نشست، انسان هایی فرهیخته - چه مکتب رفته و چه فرنگ دیده - به کار گمارده شدند. قوانین یکی پس از دیگری به تصویب رسید. کم کم تکانی در نظام قضایی پدید آمد. هم زمان اما؛ جمعیت افزایش یافت، مصادیق مجرمانه زیاده تر شد و مشکلات دیرینه با شکل و شمایلی دیگر، به مصاف نظم نو خاسته آمدند. دیری نپایید که دولت مداران دریافتند حریف، قدرتر از آنست که می پنداشتند. و امروز: «... وضع فعلی دادگستری ها مصون از نقابص و کاستی ها و مشکلات نمی باشد و ریاست محترم قوه قضاییه با ارتباطات و اطلاعات جامعی که دارند؛ خود مدعی رفتارهای غلط قضایی می باشند و در انتقاد از دستگاه های زیر مجموعه خودشان مشهور بوده اند...»^۳

* وکیل دادگستری کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

۱- یک سیستم دادرسی مطلوب آن است که در کوتاه ترین زمان به جریان یک دعوا یا رعایت تمامی اصول و قواعد آیین دادرسی رسیدگی شده و رأی نهایی صادر و بدون فوت وقت اجرا گردد. اگر زمان تقدیم دادخواست یا شکواییه از زمان وقوع جرم تا زمان صدور حکم نهایی و اجرای آن توسط دادگاه، مدت طولانی سپری گردد و این مدت طولانی به علل غیرموجه باشد، اصولاً از آن به عنوان اطاله دادرسی تعبیر می گردد. مجله وکالت، شماره ۱۱، تیرماه ۱۳۸۱، مقاله نقش وکلا و مشاوران حقوقی در روند تسریع دادرسی، علیرضا حسینی.

۲- داور و عدلیه، دکتر باقر عاقلی، انتشارات علمی، ۱۳۶۹، ص ۱۱۱.

۳- پاسخ قوه قضاییه به هیأت رئیسه مجلس هفتم در تاریخ ۲۲ دی ماه ۱۳۸۶.

جالب آن‌که وقتی تاریخ را ورق زنیم، می‌بینیم شکوه و شکایت پیشینیان چه شباهت عجیبی با درد دل امروزیان دارد:

در سال ۱۳۴۴: «همه‌جا صحبت از طول جریان دادرسی و نارضایتی مردم از کندی کار دادگاه‌هاست. مردم انتظار دارند به محض مراجعه به دادگستری لاقبل ظرف مدت کوتاهی، کار آنان خاتمه یابد و حقانیت یا عدم حقانیت آن‌ها اعلام شود.»^۴

۱... اگر واقعاً قصد و هدف از عدلیه قطع و فصل خصومت باشد، راه این نیست. عامل مهم نارضایتی عامه، طول کشیدن رسیدگی و تأخیر و تعویق در نتیجه‌گیری در عدلیه است.^۵

و امروز: «... باید گفت طولانی شدن زمان رسیدگی و دادرسی و احساس صعوبت و سختی‌های حاصله از آن، همچنان ذهن همه‌کسانی را که بخواهند بنابر ضرورت، دادخواهی و اقامه دعوا نمایند مکدر و مشغول کرده و گلابه‌مندی از این قضیه در بین آحاد جامعه ملموس و غیر قابل انکار است. متأسفانه بعضی اوقات فرآیند دادرسی آن‌قدر به درازا می‌کشد که اگر حکم صادره به نفع دادخواه هم صادر شده باشد، دیگر کار از کار گذشته و مصداق نوشدارو پس از مرگ سهراب است...»^۶

«... با وجود اقداماتی که طی سال‌های اخیر انجام شده، همچنان اطلاع دادرسی جزه مشکلات اساسی در دستگاه قضایی است...»^۷

بعد از چند دهه، موضوع «ابلاغ» کماکان از عوامل مؤثر در اطلاع دادرسی شناخته می‌شود. سنگ کج این بنا در سال ۴۷ گذارده شد: «به موجب تبصره‌ای که به ماده ۲ قانون سپاه دانش در خرداد ماه سال جاری اضافه شده به وزارت دادگستری اجازه داده است، از مشمولین دیپلمه که دوره‌های آموزش مذکور در قانون سپاه دانش را می‌گذرانند، عده‌ای لازم برای انجام خدمات اداری مورد نیاز خود، طی مقررات مربوط به سپاه دانش در اختیار بگیرند. وزارت دادگستری هم اکنون مشغول تهیه آیین‌نامه‌های مربوطه است تا از وجود این سپاهیان برای حساس‌ترین کار دادگستری که مسأله ابلاغ است استفاده نماید. امر ابلاغ در حقیقت تعیین‌کننده سرنوشت پرونده‌ها در دادگستری است و چه حق‌ها که به‌وسیله ابلاغ ناصحیح تاکنون از بین رفته است.»^۸

و ما هنوز میراث‌دار خبط و خطای پیشینیان هستیم: در تحقیقی که بین سال‌های ۸۵ - ۱۳۸۴ توسط معاونت حقوقی و توسعه قضایی به عمل آمد، یکی از مشکلات و عوامل ریشه‌ای اطلاع دادرسی، باز هم «ناکارآمد بودن نظام ابلاغ» شناخته شد.^۹

«... در واقع، بخشی از علل اطلاع دادرسی به عدم دقت مأموران ابلاغ یا تأخیر در ابلاغ اختاریه‌ها و احضاریه‌ها به اصحاب دعوی و یا تأخیر در رساندن استعلام دادگاه به مرجع مورد استعلام مربوط می‌شود که این عدم دقت و یا تأخیر در ابلاغ‌ها موجب تجدید وقت

۴- مجله حقوق و مردم، شماره ۱، پاییز ۱۳۴۴، ص ۲۰.

۵- مجله حقوق و مردم، شماره ۲، زمستان ۱۳۴۴، ص ۸، حسن صدر.

۶- روزنامه کیهان، سه شنبه ۷ خرداد ۸۷، مقاله دالان دراز دادرسی، نوشته حسام‌الدین پرومند.

۷- دکتر بهرام بهرامی (قاضی دیوان عالی کشور) به نقل از سایت اسکودا، ۸۶/۱۲/۵.

۸- مجله حقوق و مردم، شماره ۱۲، شهریور ۱۳۴۷، صفحه ۳، مقاله سپاه عدالت، نوشته جعفر منصوریان.

۹- مجله قضاوت، شماره ۴۲، بهمن ۱۳۸۵، ص ۴۷، مشکلات و عوامل ریشه‌ای اطلاع دادرسی.

دادرسی و یا عدم وصول به موقع پاسخ استعلام‌شده و در نتیجه موجب اطاله دادرسی می‌گردد...^{۱۰}

مسئولان ارشد قوه قضائیه صریحاً اعلام کرده‌اند که: «... در ارتباط با امر ابلاغ اوراق قضایی و اجرای احکام که قسمتی از آن‌ها وظیفه ذاتی نیروی انتظامی است و همچنین انجام استعلام و کارشناسی‌های لازم در پرونده و یا سیستم انتقال پرونده به تجدیدنظر یا دیوان عالی کشور هنوز هم مشکلاتی وجود دارد که موجب اطاله زمان دادرسی است...»^{۱۱}

کثرت قوانین و بعضاً تعارض آن با یکدیگر، نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه، آرای شعب و آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، دکترین حقوقی، بخشنامه‌ها و... آن‌چنان است که اهل فن را هم به شش در حیرت می‌اندازد.

برای مثال حجم زیادی از پرونده‌های مطرح در دادگاه‌های حقوقی، راجع به تنفیذ و اثبات مالکیت، مستند به اسناد عادی است. مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، صلح‌نامه عادی را در هیچ محکمه‌ای معتبر نمی‌داند.

در تاریخ ۱۳۷۲/۱۰/۴ شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور طی دادنامه ۲۵/۶۲۱ رأی شعبه بدوی را مبنی بر این که: «... صلح‌نامه حسب مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، می‌بایستی در دفتر اسناد رسمی ثبت شود تا آثار قانونی بر آن بارگردد» ابرام کرده است.

یک‌سال بعد، شعبه ۱۸ دیوان طی حکم شماره ۱۸/۴۱۶/۷۳، نظر دادگاه‌های تالی را با این استدلال که «چون مصالحه‌نامه‌های عادی مورد تأیید خوانندگان قرار گرفته، لذا در حکم اسناد رسمی است» تأیید کرده و بدون اعتنا به مواد قانون ثبت، صلح‌نامه عادی را مورد پذیرش قرار داده است.

دادگاه انتظامی قضات نیز در رأی شماره ۱۳۲ به تاریخ ۱۳۷۷/۴/۱۵ اعلام داشته است: «اقدام رئیس دادگاه عمومی در مورد ترتیب اثر دادن به مفاد صلح‌نامه عادی ابرازی خواهان، با توجه به مدافعات وی دایر بر احراز اصالت سند و قطع و یقین او بر صدور آن از سوی موثر خواندگان، قابل حمل بر نظر قضایی است...»^{۱۲}

بنابراین خواهان چنین پرونده‌ای و حتی وکیلش نمی‌داند و نمی‌تواند مطمئن باشد که قاضی شعبه بدوی و قضات تجدیدنظر از کدام تئوری در رسیدگی و صدور حکم پیروی می‌کنند؟ بالاخره مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت منسوخ است یا خیر؟ برای خواهان وقتی مشخص می‌شود که مدت میدیدی طی طریق کرده باشد!

«... در روز مبارک موعود، اگر قاضی مربوطه در مرخصی نباشد و اگر دادرس مریض نباشد، اگر تشکیلات تغییر نکرده باشد و اگر اختطاریه به طرف مقابله ابلاغ شده باشد و اگر ابلاغ شده باشد عمل ابلاغ درست باشد و اگر علاوه بر دفتر، دادگاه نقصی را در پرونده‌ات مشاهده نکرده باشد و اگر در آن روز زعیمی از زعمای بازدیدکننده - چنان که غالباً پیش می‌آید - مجتمع و دادگاه را به تعطیلی نکشاند» و اگر آن روز به علت واقعه‌ای که تو در

۱۰- سایت اطلاع رسانی اعتماد ملی www.roozna.com، مقاله اطاله دادرسی، نوشته محمود صفوی.

۱۱- از نامه قوه قضائیه به هیأت رئیسه مجلس هفتم در تاریخ ۲۲ دیماه ۱۳۸۶.

۱۲- نظارت انتظامی در نظام قضایی (جلد دوم)، انتشارات روزنامه رسمی کشور، ۱۳۷۸، احمد کریم زاده.

آن دخالت نداشته‌ای تعطیل عمومی اعلام نشده باشد و اگر سقف آسمان، روی بخت برگشته‌ات آوار نشده باشد، تازه فرصت می‌یابی که لحظاتی کوتاه را در برابر قاضی بنشین و صد سینه سخن را با یک زبان بیرون بریزی و همان حرفی را بزنی که مثلاً شش ماه پیش نوشته‌ای یا نوشته‌اند و اکنون مجال عرض یافته است و چشم بد دور، در کار بودن ابر و باد و مه و خورشید فلک باعث می‌شوند که جلسه دادرسی به پایان برسد و می‌رسد، اما واقع این است که هنوز هیچ چیزی به پایان نرسیده است»^{۱۳}

در مقررات کیفری هم وضع بهتر از این نیست.

مثلاً مطابق با ماده ۲۹۰ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱ و مواد ۱۸۰، ۱۸۱ و ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری فعلی، در «حقوق الله» رسیدگی غیابی جایز نیست. شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور در رأی ۱۲/۲۵۵-۷۱/۴/۳ چنین نظر داده است:

«دادگاه به اتهام متهم مبنی بر کلاهبرداری در غیاب وی رسیدگی و جعل مجازات کرده است. نظر به این که طبق رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور (ردیف ۵۰/۶۳) جرم کلاهبرداری در رابطه با حقوق عمومی و نظم و امنیت جامعه و آسایش عامه، دارای جنبه حق الهی است... و در جرایمی که جنبه حق الهی دارند، محاکمه مرتکب حتماً باید با حضور متهم صورت گیرد و در چنین مواردی دادگاه‌های کیفری، مجاز به محاکمه و صدور حکم غیابی نمی‌باشند...»

این در حالی است که بعضی از فقهای معاصر بر این باورند که در جرائمی چون کلاهبرداری می‌توان به‌طور غیابی رسیدگی و حکم صادر کرد.^{۱۴}

نشست قضایی دادگستری به‌شهر (فروردین ۸۶) در این خصوص نظر داده است که: «منظور از حقوق الله در مواد ۱۸۰، ۱۸۱ و ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری منحصرأ حدود و تعزیرات شرعی است. بنابر این هرچند در صدر ماده ۲ این قانون تصریح شده که کلیه جرایم دارای جنبه حق الهی هستند، غیر از موارد مذکور فوق، سایر اعمال مجرمانه از مصادیق حقوق الله محسوب نمی‌شوند»^{۱۵}

نویسندگان حقوقی هم که هر کدام معرکه‌ای نو آراسته‌اند!

حال، شاکی که پس از تحقیقات مقدماتی توسط ضابطین قضایی و رفت و آمد در دادسرا، موفق به اخذ کیفرخواست و قرار مجرمیت علیه کلاهبردار فراری می‌شود؛ پس از تعیین وقت و حضور در شعبه دادگاه کیفری متوجه می‌گردد که قاضی پرونده، بیرو نظریه‌ای است که کلاهبرداری را در زمره جرایم حق الهی می‌داند و تا دستگیری و حضور متهم متواری، پرونده را مفتوح نگاه می‌دارد!

بالاخره کلاهبرداری جزء جرائم مربوط به حق الله است یا خیر؟

۱۳- مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۱، تابستان ۱۳۷۹، ص ۱۰، مقاله هفت‌خان دادرسی، نوشته محمد رضا خسروی.

۱۴- مجمع المسائل، آیت الله محمد رضا گلپایگانی، ج ۳، ص ۲۱۲. به نقل از کتاب کلاهبرداری در حقوق ایران، تألیف دکتر محمد جعفر حبیب زاده، انتشارات دانشگاه شاهد، ص ۲۰۵.

۱۵- مجموعه نشست‌های قضایی، جلد دوم مسایل آیین دادرسی کیفری، انتشارات جاودانه، ۱۳۸۷، ص ۷۳۱.

«... قوانین ایران در دست قضات، به سلاح‌های عساکر عصر قاجار می‌ماند: می‌گویند عساکر عصر قجر وقتی به جنگ با روس‌ها می‌رفتند، از باب تنوع اسلحه خیلی تماشایی بودند. یکی برنو داشت. یکی پشتو داشت. یکی تک لول ساچمه زنی داشت و آن بعدی تفنگ قتیله‌ای سرپُر، یکی فلاخن به کمر می‌بست و دیگری شمشیر، یکی ساتور در دست داشت و دیگری نردبان و با چنین ساز و برگی برای مقابله با سپاه روس قدم در راه می‌نهادند! قوانین دست قضات نیز به لحاظ کثرت، از دور تماشایی است؛ چرا که ناسخ و منسوخ و مقررات تکراری است. این کثرت موجب دیرپای بودن قانون در مسائل مختلف گشته و نهایتاً دادرسی را به تأخیر می‌اندازد.»^{۱۶}

مشکل کثرت و ناهمگونی قوانین و مقررات، فقط مشکل امروز نیست. سال ۱۳۴۲ یکی از وکلای دادگستری در همین خصوص نوشت: «کثرت و پراکندگی قوانین و نظامات موضوعه برای جامعه که متعلق به آن قوانین و نظامات است مشکلات عدیده در بر دارد. از جمله این که اولیاء حکومت‌ها و اجزاء دستگاه مقننه، هر وقت به فکرشان خطور کند که برای یکی از شئون اجتماعی و مملکتی، احکام و مقرراتی باید وجود داشته باشد، چون قدرت و حوصله صرف وقت و مطالعه تمام قوانین و نظامات پراکنده موجود را ندارند، فوراً به تدوین یک طرح قانونی به‌نصورت آن که مرتجل و جدید است، اقدام و به علت عدم احاطه به تمام مقررات مصوبه قبلی مواد طرح جدید طوری تدوین می‌شود که اکثراً غیر متناسق با قوانین موجوده یا لاقبل ناهم‌آهنگ با آن‌ها و غالباً زائد بر مقدار حاجت و ضرورت از کار بیرون می‌آید و بدون منطق علمی و قضائی در ذیل تمام طرح‌های جدید، عبارت: کلیه مقررات مخالف با این قانون نسخ می‌شود! را اضافه و تصور می‌کنند که با ذکر این عبارت، حقوق‌دانان نقاد و قضات را از زحمت تتبع و تفحص برای یافتن موارد معارضه و اصطکاک و مباحثه درباره منسوخه بودن یک حکم قبلی یا عدم آن فارغ داشته‌اند...!»^{۱۷}

به نظر می‌رسد تا زمانی که وضعیت قوانین به همین صورت باقی است و بدون کارشناسی لازم، مشورت با قضات و نظرخواهی از کانون‌های وکلا و دانشگاہیان، یکی پس از دیگری تصویب می‌شود، نسخ می‌کند، تخصیص می‌زند و... در بر همین پاشنه بگردد. وضعیت دادگستری و به تبع آن معضلاتی چون «اطاله دادرسی» حل شدنی نیست؛ مگر با یک رفرم جدی در وضع و تنقیح قوانین مقررات که آن هم به عهده مراجع قانون‌گذاری است. «بازنگری بسیاری از مقررات موضوعه اعم از ماهوی یا شکلی، راه مناسبی برای تسریع دادرسی‌هاست. قوانین موضوعه باید به نحوی باشد که از تراکم دعاوی در محاکم قضایی پیشگیری کنند و بر سرعت دادرسی بیافزایند.»^{۱۸}

۱۶- مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۲، پاییز ۱۳۷۹، ص ۱۷۳، مقاله بررسی اطاله دادرسی در محاکم جمهوری اسلامی ایران، نوشته زین العابدین ابراهیمی.

۱۷- مجله حقوق امروز، بهمن و اسفند ۱۳۴۲، شماره ۹ و ۱۰، ص ۱۲ (۶۷۵ سریال)، مقاله نقص قوانین یا نقص اجراء و قضاوت، نوشته هاشم طباطبایی یزدی.

۱۸- مجله قضاوت، شماره ۳۹، شهریور ۱۳۸۴، مقاله علل اطاله دادرسی، تألیف محمد اسماعیل عبادی.

با صدور بخشنامه نمی‌توان جلوی اجرای قانون را گرفت که دیدیم بخشنامه، مانع از اجرای حکم سنگسار نشد. می‌توان با صدور بخشنامه، کلیه صنوف مرتبط با قوه قضاییه اعم از وکیل و کارشناس و مترجم و... را مکلف کرد که از این پس اوراق قضایی را از طریق آدرس الکترونیکی دریافت کنند و حتی می‌توان زمینه تقدیم و ثبت لوایح را به همین وسیله ارزان فراهم کرد. کانون‌های وکلا و کارشناسان هم موظف به آموزش لازم به اعضای خود خواهند شد. این روش دیر یا زود باید در سرتاسر کشور عملی شود.^{۱۹}

اما چگونه می‌توان از این ابزارهای مدرن استفاده جست، وقتی که هنوز قوانین سنتی بر سیستم دادرسی کیفری و مدنی ما حاکم است؟

آیا با وجود ماده ۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی، که اصل پذیرفته شده «معتبر بودن ابلاغ واقعی و قانونی اوراق قضایی» را نادیده گرفته است، می‌توان به ابلاغ از طریق سیستم‌های الکترونیکی و مجازی دل بست؟

در عصر اینترنت، هنوز وکیل دادگستری در مملکت ما باید اثر انگشت یا امضای موکل را همچون اسلش در سال ۱۳۱۵ در ذیل و کالتنامه گراهی کند! یعنی تنظیم و کالتنامه اینترنتی که امروزه در اکثر نقاط دنیا با استفاده از «امضای الکترونیکی» امکان پذیر است، در این جا محلی از اعراب ندارد. زیرساخت‌های قوانین ما به گونه‌ای است که تا اصلاح نشود، راه برای اصلاحات کلان قضایی هموار نخواهد بود.

افزایش بودجه قوه قضاییه جهت جذب نیروی انسانی و فراهم کردن فضای لازم برای دادرسی و شعب حقوقی و کیفری و دادگاه‌های تجدیدنظر و... ممکن است در کوتاه مدت مسکنی آرام بخش باشد؛ اما این نیز قبلاً آزموده شده و جواب مناسب نداده است:

در زمان قاجار: «اقلاً روزی بدون اغراق صد کار تمام می‌شود. باز این قدر ازدحام می‌بینید، چنانچه من خود از وزیر عدلیه اعظم (منظور میرزا حسین خان سپهسالار است) شنیدم می‌گفتند کار زیاد است و مجالس متعدده حاضره کفایت نمی‌کند. چند مجلس دیگر به جهت انجام امور مردم و رفاه حال بندگان خدا باید علاوه نمود...»^{۲۰}

در سال ۱۳۴۸: «تشکیلات فعلی دادگستری جوابگوی احتیاجات مردم نیست...»^{۲۱} و امروز: «مهمترین اقدام قوه قضاییه برای کاهش پرونده‌های قضایی این است که در صورت وجود بودجه و امکانات، تعداد دادرسی‌ها و دادگاه‌ها را آن قدر افزایش دهد تا پرونده‌های

۱۹- (قائم مقام دادگستری تهران) با اشاره به این که در تمام استان تهران برنامه شبکه اجرا شده و کارمندان اداری، مدیران و کاربران و آموزش‌های لازم را دیده‌اند، افزود: با توسعه این برنامه ابلاغ از طریق SMS و نرم‌افزارهای الکترونیکی انجام خواهد شد و در آینده نزدیک مردم می‌توانند با شناسه‌هایی که به آن‌ها داده می‌شود از منزل از آخرین وضعیت پرونده‌شان مطلع شوند که در کاهش اطاله دادرسی و رسیدگی سریع پرونده‌ها مؤثر است و ترافیک را نیز کاهش می‌دهد. سایت اسکودا. ۸۷/۳/۲۲

۲۰- اولین قوانین ایران، انتشارات بهزاد، بی‌تاریخ، دکتر محمد تقی دامغانی، ص ۵۱.
۲۱- مجله حقوق و مردم، شماره ۱۸، اسفند ۱۳۴۸، ص ۹، سخنرانی وزیر وقت دادگستری (پرتو) در جشن استقلال کانون وکلا.

انباشته شده به سرعت رسیدگی شوند. اگرچه این به مفهوم ریشه کن کردن اسباب و علل تشکیل پرونده‌ها نخواهد بود...»^{۲۲}

با افزایش جمعیت، گریز و گزبری از به کارگیری قضات جدید و کارمندان دفتری بیشتر و فراهم کردن امکانات و فضای لازم و... نیست، اما همان‌طور که ملاحظه می‌کنید، قبلاً تمامی این راه‌ها، گه خسته و گه پیوسته پیموده شده و هنوز هم معضل «اطاله دادرسی» استوار و پابرجاست.

بارها به سیاستگذاران ارشد قضایی یادآوری شده است که: «اگر قرار باشد عدلیه هم مانند برخی وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها، تشکیلات خود را خو کچه آزمایشگاه بدانند و تمرینات و تخیلات خود را بر لوح آن بیازمایند، جز تلف کردن بودجه و اعتبار و جز از دست دادن فرصت که آن هم بودجه جبران ناپذیر ملی به حساب می‌آید، چیزی عایدمان نمی‌گردد...»^{۲۳}

هشدارهای گاه و بیگاه در سال ۸۷، مبنی بر افزایش تعداد پرونده‌های ورودی به مراجع قضایی، فقط اعلان خطر نیست، «حضور فاجعه» است: «... با پیش‌بینی‌های انجام شده در صورتی که روند ورودی پرونده‌ها به محاکم قضایی ادامه داشته باشد، در سال آینده ۱۰ میلیون و تا دو سال دیگر ۱۲ میلیون پرونده در محاکم قضایی تشکیل خواهد شد و این برای کشوری با ۷۰ میلیون جمعیت رقمی قابل توجه است...»^{۲۴}

و این در حالی است که «... در قوانین کشور ما حدود ۱۵۰۰ عنوان کیفری!! توسط قانون‌گذار تصویب شده که سرسام‌آور است و برای هر نوع تخلف و تقصیر و حتی مدیونیت‌های مالی همچون دبه و مهریه و چک که عموماً حقوقی است؛ مجازات زندان یا جریمه نقدی که منجر به زندان می‌شود تصویب شده است. دایره جرم‌انگاری در قوانین مصوب مجلس، متأسفانه بسیار وسیع گشته که در هیچ‌جای دنیا مشابه ندارد...»^{۲۵}

نمایندگان مردم در مجلس اگر روز پس از تعطیل، سری به مجتمع‌های قضایی بزنند به عین «نمونه‌گویایی از صحرای محشر که در آن هیچ‌کسی را پروای دیگری نیست» خواهند دید! «... این‌جا آورد گاه خشم و هیاهو و میعاد گاه اخم و بگو مگو است. اتاق‌ها تو در تو، راهروها پیچ در پیچ، روندگان گیج، آیندگان جور واجور، نگاه‌ها پرمعنی، رفتارها خشن، لب‌ها بی‌لبخند، نفس‌ها بریده، جان‌ها تزار، جسم‌ها زار، پاها خسته و دست‌ها رها و از هم گسسته و همه چیزی از قواره دل آرام معهود و مألوف اجتماعی‌اش بیرون زده است...!»^{۲۶}

در تحقیقات صورت گرفته توسط معاونت حقوقی و توسعه قضایی که پیشتر به آن اشاره شد، یکی دیگر از مشکلات و عوامل ریشه‌ای اطاله دادرسی، «کیفیت پایین آرای قضایی» شناخته شده است.^{۲۷}

۲۲- سایت www.tabnak.ir، کد خبر: ۳۶۹۸۴ تاریخ انتشار: ۲۷ بهمن ۱۳۸۷.

۲۳- مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۲، پاییز ۷۹، توسعه و تشکیلات، محمد رضا خسروی.

۲۴- سایت www.tabnak.ir، کد خبر: ۳۶۹۸۴ تاریخ انتشار: ۲۷ بهمن ۱۳۸۷.

۲۵- از متن نامه توه قضاییه به هیأت رئیسه مجلس هفتم در تاریخ ۲۲ دیماه ۱۳۸۶.

۲۶- مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۱، تابستان ۱۳۷۹، ص ۵. مقاله هفت خان دادرسی، محمد رضا خسروی.

۲۷- مجله قضاوت، شماره ۴۲، بهمن ۱۳۸۵، ص ۴۷، مشکلات و عوامل ریشه‌ای اطاله دادرسی.

طبیعی است که با ورودی حداقل ۹ میلیون پرونده در سال، صرف بودجه برای جذب نیروی انسانی بیشتر، هزینه افزایش شعب و فضای لازم، منابع مالی دیگری برای ارائه آموزش‌های جنبی به قضات فعلی باقی نمی‌ماند، مضافاً این‌که «... بودجه مرکز (مشاورین ماده ۱۸۷) در مجلس شورای اسلامی تصویب نشده و قوه قضاییه برای تأمین هزینه‌های قابل توجه این مرکز، آن را از سایر موارد تأمین نموده است و... همچنین با پایان یافتن قانون برنامه سوم و عدم تنفیذ آن در برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی فعالیت مرکز مذکور اصولاً غیرقانونی می‌باشد که علیرغم تذکرات لازم، این مرکز کماکان به فعالیت غیرقانونی خود ادامه می‌دهد.»^{۲۸}

به دیگر سخن، قسمتی از بودجه‌ای که می‌بایست در جهت آموزش بهتر و ایجاد امکانات رفاهی بیشتر برای کادر قضایی و اداری و پیشبرد توسعه کمی و کیفی در قوه قضاییه هزینه شود، براساس سنگ بنای کیج ماده ۱۸۷، صرف آموزش و پرورش و کیل و کارشناس دولتی می‌گردد!!

آنان که با تصویب و اجرای ماده ۱۸۷، پر سوزان فرشته عدالت را که قرار بود با دو بال «وکالت» و «قضاوت» بر سر دادخواهان سایه امن بگستراند به سور عزا نشستند، اینک ببینند که دود آن به چشم قضات هم که بدنه اصلی قوه قضاییه را تشکیل می‌دهند، رفته و این تازه از نتایج سحر است که گفتیم و نشودند، باش تا صبح دولتش بدمد!

به هر روی؛ سال ۸۷ را هم در حالی پشت سر گذاریم که معضل «اطاله دادرسی»، همچون سال‌های قبل، لجاجانه همراه و همگام با دستگاه قضا بود، اما اگر اوضاع به همین منوال پیش رود و اقدامات اساسی صورت نگیرد، نه تنها گره کور «اطاله دادرسی» هیچ‌گاه وا گشوده نمی‌شود، بلکه مطابق آمارهای اعلامی، به زودی علاوه بر بحران‌های اقتصادی، انرژی، زیست محیطی و... که دنیای امروز بدان دچار است، ما به ورطه گردابی هولناک در خواهیم افتاد که ساحل نجاتش پیدا نیست: «سونامی قضایی»!! ■

۲۸- از گزارش تحقیق و تفحص مجلس شورای اسلامی. به نقل از سایت اسکودا.

هنر فراموش شده

پرویز علی پناه*
احسان زرخ**

قانون منشائی جز هنر ندارد.^۱

به نظر ما جان کلام در بررسی رخدادهای حقوقی سال جاری (سالی که شاید بتوان به جرأت بیان نمود طی آن بیشترین حجم قانون نویسی به وقوع پیوسته و به عبارتی مهم ترین قوانین، مورد بازنگری و یا حتی تصویب قرار گرفته اند، که به تعبیری سال شکوفایی و نوآوری در تقنین قوانین است) می تواند بررسی علل نابسامانی در قانون نویسی و تدوین قوانین جامع و مانع باشد.

بررسی نظام قانون نویسی در ایران و برخی از کشورهای مرقی در امر تدوین قوانین، می تواند ما را به کشف علت تامه خلق شاهکارهای قانون نویسی در ایران از جمله: لایحه قانون مجازات اسلامی، پیش نویس قانون وکالت دادگستری، اصلاحیه برخی از مواد قانون مجازات اسلامی و... راهنمایی کند!

۱) بررسی شیوه رایج قانون نویسی در نظام قضایی ایران

اگر به درستی آغاز قانون گذاری در ایران را به شیوه نوین! جنبش مشروطیت بدانیم، عمر قانون گذار ایرانی به بیش از یک صد سال می رسد.

پایه آشکار و عجیب این نهاد یک صد ساله، همواره دوران نزاع میان مشروطه خواهان و مشروعه خواهان بوده است.

تعارضات فکری و شیوه نگرش این دو گروه در چستی قوانینی که باید باشند به گونه ای بوده که مجال اندیشیدن به سبک و سیاق صحیح نگارش قوانین یا به تعبیری چگونگی تدوین قانون را به مجلس نشینان و دیگر مأموران به امر قانون نویسی نداده است!

با وجود یک قرن تجربه و وضع قوانین همچنان شاهد تصویب قوانینی مجمل، مبهم، متعارض، و امانده از قافله نظام اجتماعی یا اقتصادی یا... و در عین حال با عمری بسیار کوتاه هستیم. بیشترین منشاء بروز این آفت ها در نظام تدوین قانون را باید در نقص آشکار ساختار قانون نویسی در نظام قانون گذاری ایران و نبود شیوه نگارش قوانین و فقدان اصول و قواعد قانون نویسی دانست.

* وکیل دادگستری - کرمانشاه.

** کارآموز وکالت - کرمانشاه.

۱- افلاطون، کتاب قوانین، صفحه ۳۳۹.

در این بخش به بررسی ساختار فعلی قانون‌نویسی و تبیین ریشه‌های این نابسامانی خواهیم پرداخت.

به منظور بررسی ساختار قانون‌نویسی ایران، سیر قانون‌گذاری را به فراخور تغییرات عمده آن به دو بخش قبل و بعد از انقلاب تقسیم نموده‌ایم.

۱-۱) ساختار قانون‌نویسی قبل از انقلاب اسلامی

پس از مجالس دوران مشروطیت و با ورود به دوران حکومت پهلوی در ایران که مصادف با دهه دوم قانون‌نویسی و قانون‌گذاری در کشور ما بود، بسیاری از قوانین با پیروی از سیستم‌های حقوقی سایر کشورها به رشته تحریر درآمدند که البته مشتمل بر قوانین پایه‌ای و بنیادین بودند. تدوین و نگارش قانون مدنی، قانون مجازات عمومی، قانون آیین دادرسی مدنی و سایر قوانین مادر در این دوران صورت گرفت و افرادی شاخص نیز متصدی نگارش آن‌ها بودند؛

این سیستم نگارش فرم‌مدارانه‌ی قوانین، دو امتیاز داشت:

اول: تفکرات حاکم بر تمامی مواد از یک اندیشه نشأت گرفته بود.

دوم: این افراد هم بر اصول فقه امامیه و هم بر مبانی حقوق خارجی اشراف داشتند.

این دو ویژگی سبب وضع قوانینی به نسبت مترقی و البته تا حدود زیادی نیز سازگار با مبانی شریعت اسلام، در آن دوران شده بود.

اما در عین حال ضعف‌های ساختاری در وضع این دسته از قوانین نیز به چشم می‌خورد و شیوه نگارش کاملاً صحیحی در آن‌ها دیده نمی‌شود، به گونه‌ای که سیر منطقی طرح مباحث و انسجام موضوعات در آن‌ها وجود ندارد؛ علاوه بر آن تفکرات فردی همواره دچار ایراداتی است که ناشی از نسبیّت دانش در میان افراد است و به این دلیل که هیچ انسانی مصون از اشتباه نیست انتظار طرح‌های در حد کمال از یک شخص خلاف منطقی است.

اگرچه در اواخر دوران قانون‌گذاری در رژیم پهلوی تا حدودی گرایش به سمت رویه‌های نوین قانون‌گذاری به تقلید از نظام‌های خارجی به وجود آمد لکن شاکله اصلی همان بود که پیش‌تر بدان اشاره شد.

این سیر اولیه قانون‌نویسی که بسیار مختصر بدان اشاره شد، هنوز نیز طرفداران بسیاری دارد و طیف وسیعی از حقوق‌دانان حال حاضر، به چنان سبکی از قانون‌نویسی تعلق خاطر دارند. به نظر می‌رسد علت این امر تشمت و پراکندگی افکار قانون‌گذاران پس از انقلاب و تصویب اصلاحیه و اصلاحیه بر اصلاحیه‌های بی‌شماری است که هر روزه شاهد آن بوده و هر حقوق‌خوانی را از هراس گم کردن سررشته قوانین موجود و مرتبط به وحشت می‌اندازد!

۲-۱) ساختار قانون‌نویسی بعد از انقلاب اسلامی

بعد از انقلاب اسلامی، نظام قانون‌نویسی ما دستخوش تغییراتی شد و قوانین به سبک ویژه‌ای در آن به تصویب رسید.

دوره اول قانون نویسی پس از انقلاب در شورای انقلاب و در زمان نبود مجلس صورت گرفت که در آن گروهی از افراد از اصناف و حرف مختلف و یا دارای تخصص، که تنها وجه مشترک **تأیید شده** را همراه خود داشتند اقدام به وضع قوانین کردند. بسیاری از قوانین آن دوره فاقد مبانی حقوقی بوده، صرفاً ریشه در تفکرات انقلابی داشتند؛ از این رو نمی توان به آن‌ها از دید علمی- حقوقی نگاه نمود.

دوره دوم قانون نویسی پس از انقلاب با تشکیل اولین دوره مجلس شورای اسلامی و استفاده از نظام تک‌مجلسی آغاز شد؛ در این دوره باز همان روش فکری متداول دوره اول قانون نویسی پس از انقلاب جریان یافت و سیستم تقنین قوانین مبتنی بر نظام ارائه طرح و لایحه که به ترتیب از سوی گروهی از نمایندگان مجلس و دولت ارائه می‌شود، جای روش‌های پیشین را گرفت.

در این سیستم قانون نویسی، تنها یک هدف مدنظر بود:

نیازهای مقطعی برطرف شود و خلاءهای قانونی ناشی از حذف قوانین به اصطلاح غیر اسلامی قبل از انقلاب، برطرف شوند.

این دو دوره نیز فاقد ساز و کار لازم برای امر قانون نویسی علمی و منطقی بود و اکثریت نمایندگان نیز از وجود اسلوب و آیین صحیح قانون‌نویسی بی‌اطلاع بوده یا هیچ اعتقادی بدان نداشتند.

با گذشت زمان نه چندان کوتاهی! نیاز گرییدن به صف معتقدان به **فن ظریف قانون نویسی** سرانجام منتهی به تشکیل مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۷۴ شد که نهادی **پژوهشی** در ساختار قانون‌گذاری ماست و هدف آن فراهم آوردن زمینه‌های لازم در جهت کارشناسی هر چه بهتر قوانین، پشتیبانی علمی و پژوهشی متناسب با وظایف مجلس شورای اسلامی و بهره‌برداری از اطلاعات و تحقیقات کارآمد در امر قانون‌گذاری است.^۲

البته در سال‌های اخیر مرکز پژوهش‌های مجلس با بهره‌گیری از نیروهای جوان و مستعد به توسعه فعالیت‌های خویش پرداخته و در خصوص اکثریت طرح‌ها و لوایح اظهارنظر نموده و نظرات خویش را به‌طور مکتوب ارائه می‌کند و حتی در بسیاری از موارد به بیان مواد پیشنهادی نیز اقدام کرده، اما نکته‌ی عجیب آن است که بسیاری از ایرادات مطروحه در گزارشات کارشناسی این مرکز، **نادیده مانده**، همچنان در طرح یا لایحه مورد بحث باقی گذاشته می‌شوند! (برای مشاهده نظرات و دیدگاه‌های مرکز پژوهش‌ها می‌توانید به وب سایت آن مرکز^۳ مراجعه نمایید).

اتخاذ چنین روش و رفتاری از سوی قانون‌گذار با ساز و کار فعلی صحیح نبوده، مستلزم تغییرات بنیادینی است که در بخش سوم این نوشتار و در مبحث ارائه راهکارها بدان اشاره خواهد شد.

۲- مستفاد از ماده یک قانون شرح وظایف مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۴/۹/۱۹.

۳- نشانی پایگاه اینترنتی مرکز پژوهش‌های مجلس: <http://www.majlis.ir/mhtml/index.php>

جای تأسف است که این همه فراز و فرودها در طول بیش از یک قرن گذشته، منجر به شکل‌گیری یک نظام قانون‌نویسی علمی و منطقی در کشور ما نشده است؟! سیر روز افزون قوانین غیر علمی و فاقد وصف کارشناسی شده در نظام قانون‌نویسی ما به مشغله‌ی اصلی و البته معضل مجلسیان بدل گشته است؛ به گونه‌ای که هفت خروار مصوبات و اصلاحیه‌ها و الحاقیه‌ها و تفسیرهای مجالس هفتگانه‌ی بعد از انقلاب اسلامی، خود بیانگر کثرت آن مشغله و عمق این معضل است؛ یک شاهد مدعای کلی آن است که پس از سیل قانون‌گذاری در مجالس اول و دوم، با رکود نسبی قانون‌گذاری در مجلس سوم مواجه می‌شویم^۴ اما در مجالس بعدی ناگهان سیر تصویب اصلاحیه و الحاقیه و تفسیریه در نظام قانون‌گذاری ما رونق می‌گیرد.

اگر ادعا شود که در نظام تقنینی ایران ساز و کار منطقی و معقولی در تصویب قوانین وجود دارد، ما می‌پرسیم:

این همه اصلاحیه و الحاقیه که خود پس از مدتی با اصلاحیه و الحاقیه‌ای دیگر مزین می‌شوند نشان از کدامین جایگاه دارد؟! تعارض، جامع و مانع نبودن، مصداقی بودن، مقطعی بودن، ابهام و گاه حتی غلط‌های نوشتاری در تصویب قوانین (شاید هم چاپ قوانین!)، به‌عنوان آفت جامعه حقوقی، تماماً نشأت گرفته از همین روبه‌غلط قانون‌نویسی است.

تأکید بر وجود ایرادات نگارشی- دستوری یا املائی در تدوین قوانین مهمی همچون ماده ۶۵۲ قانون مجازات اسلامی^۵، که در آن میان حداقل و حداکثر مجازات پیش‌بینی شده برای سرقت، نه سال و نه ماه تفاوت وجود دارد؛ شاید بیانگر این حقیقت تلخ باشد که در ساختار فعلی قانون‌نویسی در کشور ما مقنن حتی زحمت بررسی چگونگی نگارش متن مواد مورد تصویب را نیز به خود نمی‌دهد!

در رابطه با ایرادات حقوقی نیز به ماده ۷۰۳ ق.م.ا اصلاحی مصوب ۱۳۸۷/۸/۲۲^۶ که خود اصلاحیه‌ای بر ماده ۷۰۳ ق.م.ا است بسنده می‌شود، که در آن بدون رعایت اصول کلی قانون‌نویسی، به طرح مباحث شکلی در قانون ماهوی پرداخته شده است.

سوای این موارد، توسعه بی‌حد و حصر قوانین به معضل اساسی دیگری در نظام قانون‌نویسی ما بدل گشته است، به گونه‌ای که بسیاری از وکلاء و قضات در تمیز قوانین لازم‌الاجرا از منسوخ و حتی مقررات مورد نیاز خویش ناتوان مانده‌اند؛ این رویه به صورتی است که حتی در یک موضوع خاص (به عنوان مثال قوانین راجع به بیمه و تأمین اجتماعی)

۴- این بحث از آمار مرکز پژوهش‌های مجلس در خصوص میزان مصوبه‌های مجالس بعد از انقلاب استخراج شده است.

۵- ماده ۶۵۲- هرگاه سرقت مقرون به آزار باشد و یا سارق مسلح باشد به حبس از سه ماه تا ده سال و شلاق تا (۷۴) ضربه محکوم می‌شود و اگر حرجی نیز واقع شده باشد علاوه بر مجازات جرح به حداکثر مجازات مذکور در این ماده محکوم می‌گردد.

۶- ماده ۷۰۳- وارد نمودن مشروبات الکلی به کشور قاچاق محسوب می‌گردد و واردکننده صرف‌نظر از میزان آن به شش ماه تا پنج سال حبس و تا هفتاد و چهار (۷۴) ضربه شلاق و نیز پرداخت جزای نقدی به میزان ده برابر ارزش عرفی (تجاری) کالای یادشده محکوم می‌شود. رسیدگی به این جرم در صلاحیت محاکم عمومی است.

فرد با پیچیدگی‌های بسیاری روبرو می‌شود و حجم بالای مصوبات مجلس و قوه مجریه ذهن وی را مشوش می‌سازد.

ایراداتی از این دست بسیارند و هدف این نگاشته نیز پرداختن به مباحث جزئی نبوده و مقصود ریشه‌یابی این کاستی‌هاست؛ لذا به نظر می‌رسد همین اندک سخن در باب ایرادات قانون نویسی در نظام تقنینی موجود کافی بوده، مخاطبان به عمق مسأله پی برده‌اند.

۲) بررسی نظام‌های نوین قانون نویسی در سایر کشورها

در نظام‌های حقوقی خارجی خصوصاً کشورهای اروپای غربی و ایالات متحده آمریکا، رویه قانون‌گذاری بسیار جالب و آموزنده است و قانون‌گذار ما می‌تواند از آن‌ها به عنوان الگویی در قانون‌نویسی بهره‌گیرد.

ساختار قانون نویسی در نظام‌های رومی- ژرمنی و عرفی تا حدودی با یکدیگر متفاوت است؛ در نظام رومی- ژرمنی "وقتی یک کد (Code) یا همان قانون جامع^۷ عرضه می‌شود در واقع یک متد و سبک استنتاجی برجسته شده است. مواد کد مانند قضایای هندسی هستند که یک رابطه و ایجاد آثار، آن را اثبات می‌کند. در واقع یک حقوق‌دان حقیقی یک هندسه‌دان است."^۸ این دیدگاه از آن‌جا نشأت گرفته است که تدوین قوانین جامع به منظور پیشگیری از شکل‌گیری قوانین متضاد امری اجتناب‌ناپذیر می‌باشد، از اینرو "در ۱۲ سپتامبر ۱۹۸۹ کمیسیون عالی کدیفیکاسیون در فرانسه تشکیل شد و هدف اصلی آن فعالیت برای آسان‌سازی و شفاف‌سازی حقوق از طریق گردآوری همه قوانین و مقررات مربوط به یک حوزه در قالب یک قانون جامع بوده است."^۹

البته شایان ذکر است که طرح اولیه سیستم نگارش جامع قوانین از سوی یک ریاضی‌دان مطرح شد و این مهم همان‌طور که پیش‌تر نیز بدان اشاره شد، نشأت گرفته از نبوغ مورد نیاز برای این امر است که شاید در یک حقوق‌دان به سختی بتوان آن را یافت.

در نظام قانون نویسی انگلستان که در آن "عقلانیت حقوقی" با پدیده تدوین قوانین جامع سازگار است، و روش شناسی حقوق‌دانان انگلیسی ریشه در دعاوی قضایی و در شرایط خاص هر پرونده (Case) دارد؛ استدلال‌ها و تحلیل‌ها نیز اغلب از مجموعه‌های رویه قضایی اقتباس می‌شود که علاوه بر استحکام ماهوی، به لحاظ شکلی هم ادله مرجح‌تری دارند."^{۱۰}

ساختار قانون‌نویسی در انگلستان در کنار تبعیت از رویه‌های قضایی، با توجه به داشتن مرکزی مشابه مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، البته با ساز و کاری مدرن‌تر و قدرت ارائه نظریات الزام‌آور برای نظام قانون‌گذاری آن کشور، با بهره‌گیری از شیوه‌های علمی قانون‌نویسی و پرهیز از کلی‌گویی و پراکنده‌نویسی به ارائه راهکارهایی به منظور نگارش هر چه بهتر قوانین و پرهیز از تشتت آراء اقدام نموده است.

۷- به نظر می‌رسد این اصطلاح را اولین بار دکتر عباس کریمی به کار برده است.

۸- به نقل از فصلنامه گواه (فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع))، شماره ۱۰، ص ۶۱.

۹- همان، ص ۶۰.

۱۰- همان، ص ۶۱.

البته لازم به ذکر است که در بریتانیا که شامل چند کشور مستقل می‌باشد، کمیسیون تصویب قوانین وجود دارد که پاره‌ای از قوانین را برای تمامی کشورهای آن منطقه به تصویب می‌رساند. این روش منجر به کاهش تعارضات قوانین در موضوعات مهم در این کشورها شده است.^{۱۱} در نظام تقنینی ایالات متحده آمریکا، هر دو روش استفاده از آراء محاکم و نیز قوانین مدون به کار برده می‌شود؛ با این تفاوت که در آمریکا مؤسسه حقوق آمریکایی وجود دارد که برای هر موضوع حقوق کامن لا، مجموعه‌ی آخرین تفسیرهای ارائه شده برای قوانین را آماده می‌کند، هرچند که این مجموعه‌ها اعتبار و قدرت متون قانونی را ندارند.^{۱۲}

از سوی دیگر ساختار قانون‌نویسی و وضع قوانین در آمریکا بسیار مترقی است به گونه‌ای که قوانین در هر دو مجلس نمایندگان و سنا چندین مرتبه مورد بررسی و کارشناسی قرار می‌گیرند که البته این کارشناسی‌ها در تدوین و تصویب قوانین مؤثر هستند و تمامی این سوابق و نظرات در دسترس علاقمندان قرار دارند.^{۱۳}

ویژگی اصلی این قوانین در این است که در آن‌ها به اظهارنظرهای کارشناسانه توجه شده است و پیش‌نویس‌های ارائه شده برحسب آن‌ها اصلاح می‌شوند و از سوی دیگر کمیته‌ای بر نحوه نگارش، شیوه طبقه‌بندی، ترتیب ارائه مباحث و... نظارت دارد. سوی این موارد، تقسیم‌بندی قانون‌نویسی و نحوه نگارش آن با توجه به مخاطبین آن قوانین نیز جای تحسین دارد، به عنوان مثال قوانین مرتبط با افراد زیر ۱۸ سال با سبک و سیاق خاص و حتی با لحن نگارشی متفاوتی نسبت به قوانین مصوب در خصوص سایر افراد جامعه به رشته تحریر در می‌آیند. (مقایسه کنید!! با مبحث اهلیت در قانون مدنی یا مسؤلیت کیفری صغار در ق.م.ا. و با تشکیلات قضایی دادگاه اطفال)

در خصوص ساختارهای قانون‌نویسی سایر کشورها به همین اندک بسنده می‌شود و از اطلاع کلام در این باب خودداری می‌گردد.

نتیجه‌گیری و ارائه راهکار

با توجه به مطالب مطروحه در این نوشتار مختصر به نظر می‌رسد که اهمیت ویژه قانون‌نویسی در نظام قضایی آشکار شده و به هدف نگارندگان از نگارش این نگاه‌شسته نیز پی‌برده شده باشد.

در ساختار کنونی قانون‌نویسی در ایران سیستم جامع و هدفمندی حاکم نیست و از این رو وجود مداوم و همیشگی پراکندگی، تعارض و نابسامانی در قوانین می‌تواند نشأت گرفته از همان ضعف ساختاری در قانون‌نویسی باشد؛ بنابراین پرداختن به ایرادات و حتی نقاط قوت یک قانون یا لایحه و یک طرح خاص چندان کارآمد به نظر نمی‌رسد و گاه نیز به مذاق بعضی خوش نمی‌آید!

۱۱- برای کسب اطلاعات بیشتر در خصوص قوانین مدون بریتانیا می‌توانید به وب سایت <http://www.statutelaw.gov.uk> رجوع کنید.

۱۲- به نقل از فصلنامه گوا، شماره ۱۰، ص ۶۱

۱۳- به عنوان مثال قوانین و پیش‌نویس‌های مرتبط با فضای سایبر در آمریکا در آدرس <http://www.cybercrime.gov/index.html> قابل دسترسی است که هم سابقه طرح‌ها در مجالس و هم متن نهایی قوانین را ارائه می‌دهد.

همان‌طور که پیش‌تر گفته شد باید به ریشه این مشکل که همانا ضعف در نگارش قوانین است، پرداخت.

به نظر می‌رسد که چاره کار تشکیل سازمانی مشابه آن چیزی است که استاد گرانقدر دکتر کاتوزیان مطرح نمودند، ایشان از تشکیل فرهنگستان حقوق در جهت تنقیح قوانین نام برده‌اند^{۱۴} که به نظر مبتنی بر همان ساختار کمیسیون عالی کدیفیکاسیون در فرانسه باشد.

البته گمان می‌رود استفاده از توانایی‌های موجود در مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی با توجه به تجربیات آن نهاد در جهت حل معضل قانون‌نویسی امری منطقی و معقول باشد؛ چه آن‌که مرکز پژوهش‌ها در این زمینه همواره پیش قدم بوده و حتی کتابی^{۱۵} را نیز در رابطه با شیوه صحیح قانون‌نویسی منتشر کرده‌است که البته همچون بسیاری از نظرات علمی آن مرکز بی‌هیچ اثر عملی، در وادی نظر باقی مانده‌است!

برای رسیدن به مقصود باید از تجربه کشورهای که این راه را آزموده و نتیجه‌ی مناسب گرفته‌اند بهره‌جست تا بتوان قوانینی علمی و مبتنی بر اصول صحیح قانون‌نویسی تصویب نمود. در این راستا تعریف یک ساختار علمی قانون‌نگاری به نظر دور از ذهن نمی‌رسد، همان‌طور که در نگارش مقالات و کتب علمی ساختار مشخصی وجود دارد و نمی‌توان از آن‌ها تخطی نمود، در نگارش قوانین نیز می‌بایست به ساختار مشخصی دست یافت که سیر منطقی و معینی را در آغاز و انجام خلق یک قانون و تدوین مواد و نیز محتوای آن‌ها به مؤلفین دیکته نماید. با این کیفیت قوانین دارای چنان نظم منطقی و مشخصی خواهند شد که مخاطب در هر حال انتظار برخورد با آن را دارد، و حتی اگر موضوعات مطرح شده در آن قانون بدیع باشد، مخاطب می‌تواند از آن ساختار مشخص که در قوانین قبلی با آن‌س گرفته است به عنوان نقشه فهم آن قانون استفاده نماید.

شاید یکی از راهکارهای عملی قابل دسترس آن باشد که:

با اصلاح قانون شرح وظایف مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۴/۹/۱۹، به آن مرکز اجازه و امکان آن داده شود تا کلیه طرح‌های درخواستی از سوی نمایندگان را تدوین نموده به آنان ارائه نماید و از سوی دیگر حق بررسی و جرح و تعدیل لوایح ارائه شده از سوی دولت را نیز داشته باشد و ایشان مکلف به تبعیت از نظریات کارشناسی آن مرکز باشند.

این روش ساده‌ترین و معقول‌ترین راه تحقق قانون‌نویسی اصولی و علمی در ایران است.

هیچ هنری هرگز در هیچ زمانی مدفون نمی‌ماند، آن‌چه که هست حاصل بی‌توجهی و خواب خوش تماشاچیان این بازار است که با این تک‌صداها^{۱۶} بدین زودی صحنه را با نگاه بیدار خود نخواهند آراست! =

۱۴- به نقل از مصاحبه ایشان با فصلنامه گواه، شماره ۱۰، پائیز ۱۳۸۶، ص ۶۶

۱۵- شیوه‌نامه نگارش قانون، تألیف صفر بیگ زاده، دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۷.

۱۶- محسن طاهری، خبرنامه کانون وکلای اصفهان، شماره ۳۱، ص ۲۱.

اثر ازدواج و طلاق مادر، در

حضانة

از منظر فقهای مذاهب اسلامی

دکتر مرئضی طبیبی جلیلی*
فاطمه پیرمرادی**

- قسمت اول -

کلمات کلیدی: حضانة، حاضنة، ازدواج، طلاق

چکیده

از نظر مشهور فقهای امامیه که قانون مدنی ایران از آن پیروی نموده، پس از جدایی زن و شوهر، حضانة پسر تا دو سال و حضانة دختر تا هفت سال مشروط به عدم ازدواج، به عهده مادر است و به محض ازدواج، حق حضانة ساقط می شود سپس اگر مطلقه گردد، حضانة به مادر باز می گردد اغلب فقهای مذاهب اسلامی اعم از حنفی، شافعی و حنبلی، نیز فتاوی شبیه به نظر مشهور فقهای امامیه دارند اما در این بین ابن ادریس از فقهای امامیه، با پذیرش اصل سقوط حضانة با ازدواج، در مورد بازگشت آن با طلاق تردید کرده و امام مالک از ائمه اهل سنت نیز نظری شبیه به آن دارد در این میان تنها حسن بصری و پیروانش، نظری اختصاصی دارند این ها برخلاف نظر همه فقهای مذاهب اسلامی (امامیه، حنبلیه، حنفیه، شافعیه و ظاهریه) معتقدند حق حضانة با ازدواج سقوط نمی کند بنابراین فارغ از بحث از بازگشت حضانة بعد از مطلقه شدن مادر می باشند.

مقدمه:

حضانة به فتح و کسر جاء، عبارت است از ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و کلیه امور مربوط به آن از جمله حفظ و نگهداری، در بستر خواباندن، شستشوی لباس ها و استحمام او و مانند آن.^۱

بنابر قول قاطبه فقهای مذاهب اسلامی^۲، فرزندان مادامی که بالغ و رشید نشده اند، تحت حضانة هستند و وقتی به سن رشد و بلوغ رسیدند، مخیرند نزد پدر، مادر یا غیر آن دو، یا حتی

* استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان.

** دانشجوی کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد.

۱- شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۴۳۵ و محقق بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۸۴ و شهید ثانی، شرح اللمعة، ج ۵، ص ۴۵۸.

۲- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۵۶۷ و ابن حمزة الطوسی، الوسيلة، ص ۲۸۸، البهوتی، کشف القناع (فقه حنبلی)، ج ۵، ص ۵۸۸ و عبدالله بن قدامة، المغنی، ج ۹، ص ۲۹۹ (فقه حنبلی) و علامه حلی، ارشاد الاذعان،



مستقلاً و منفرداً^۳ زندگی نمایند^۴ زیرا اصل عدم ولایت است و در موارد مشکوک به قدر متقین اکتفاء می‌شود مضافاً به این که اساساً ولایت بر مجبور برای جبران ضعف جسمی و روانی و نقص اوست و با فرض بلوغ و رشد، نیازی به حمایت از او نیست.^۵ اگرچه به نظر برخی از فقهاء، دختر مادامی که ازدواج نکرده، مکروه است از مادر جدا شود و باید همچنان نزد وی بماند.

وضعیت حضانت مادر بعد از جدایی از شوهر و سپس ازدواج با مردی دیگر و متعاقباً مطلقه شدن از مسائل مبتلا به مبحث حضانت است هدف این مقاله، پرداختن به این موضوع از منظر فقهای مذاهب اسلامی است.

مطالب این مقاله در دو قسمت کلی ارائه می‌شود:

ابتدا وضعیت حضانت مادر وقتی ازدواج کند و سپس، وضعیت حضانت چنین مادری، وقتی مطلقه می‌شود، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

قسمت اول: وضعیت حضانت مادر وقتی ازدواج کند

هنگامی که مادر حاضنه است اگر اقدام به ازدواج با فردی غیر از شوهر سابق خود نماید، این سؤال مطرح می‌شود که آیا وی برای استمرار حضانت همچنان تقدم دارد؟ برای پاسخ به این سؤال، موضوع در دو فرض قابل بررسی است، یکی این که در فاصله بین جدایی از پدر طفل و ازدواج مجدد، شوهر سابق فوت نموده باشد، و به تعبیر دیگر، آیا چنین مادر متأهلی با فوت پدر طفل، مطلقاً حق حضانت خواهد داشت و ازدواج وی تأثیری در تعلیق این حق نخواهد داشت؟ و فرض دوم که موضوع مقاله حاضر است این که با فرض حیات پدر طفل، آیا ازدواج حاضنه، مسقط حق حضانت وی می‌باشد؟

در پاسخ این سؤال گفته می‌شود که: فقهای مذاهب اسلامی، به سه دسته کلی^۶ تقسیم شده‌اند: گروهی معتقدند: اگر مادر ازدواج نماید، حضانت‌اش ساقط^۷

۳- ج ۲ ص ۴۰ و محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲ ص ۵۶۷ و علامه حلی، تحریر الاحکام، ج ۴ ص ۱۲ و سید محمد رضا گلپایگانی، هدایة العباد، ج ۲ ص ۳۷۵، شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۸ ص ۴۲۵ و فاضل هندی، کشف النام، ج ۷ ص ۵۵۲ و ابن حزم، المحلی، ج ۱ ص ۳۲۲ و ۳۲۵ (فقه ظاهری) و محی الدین النووی، المجموع، ج ۱ ص ۳۲۰ (شافعی) و عبدالله بن قدامة، المغنی، ج ۹ ص ۲۹۸ (فقه حنبلی) و ابوالبرکات، الشرح الکبیر، (فقه مالکی) ج ۲ ص ۵۲۴

۴- ابن علامه، ایضاح الفوائد، ج ۳ ص ۲۶۳.

۵- قانون مدنی ایران، مواد ۱۱۶۸ تا ۱۱۷۹ خود را به مبحث حضانت اختصاص داده و از نظر مشهور فقهای امامیه پیروی نموده است.

۶- شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱ ص ۳۸۳.

۷- عماد الدین ابی جعفر محمد بن علی بن حمزه الطوسی، الوسيلة الى نيل الفضيلة به نقل از: علی اصغر مروارید، الینایع الفقهیة ج ۱۸ صفحه ۳۵۰.

۸- چنانچه گفته شد، فقهاء در این مورد به سه دسته کلی تقسیم شده‌اند و معنای آن این است که در جزئیات اختلافاتی دارند. مثلاً آنهایی که معتقدند اگر مادر ازدواج کند، حضانتش ساقط می‌گردد، برخی گفته‌اند: به صرف ازدواج حضانت ساقط نمی‌گردد بلکه باید دخول هم صورت گیرد. (رجوع شود به: الحطاب الرعیسی، مواهب الجلیل، ج ۵ ص ۵۹۹) یا برخی صرف ازدواج و دخول را مسقط حق حضانت نمی‌دانند بلکه ازدواج با محارم طفل یا حیوانات اولیاء طفل مثل عمو را مسقط حق حضانت مادر متأهل نمی‌دانند. (ابن عابدین، حاشیة رد المختار (فقه حنفی)، ج ۳ ص ۶۱۴)

۹- برای دیدن برخی از روایات مورد استناد این گروه، مراجعه کنید به وسائل الشیعة، کتاب النکاح، باب (۸۱) حدیث ۴.

می‌شود^۹ و گروه دوم، معتقدند باید بین فرزند دختر و پسر تفاوت قائل شد، در صورتی که فرزند، مؤنث و زیر هفت سال باشد، ازدواج مادر خللی به استمرار حق حضانت وی وارد نخواهد کرد^{۱۰} و بالأخره گروه سوم معتقدند مادر همچنان ذیحق برای حضانت طفل خواهد بود و ازدواج وی، لطمه‌ای به این حق وارد نخواهد نمود.^{۱۱}

قبل از بیان دلایل هر گروه، لازم به ذکر است که: فقهای مذاهب اسلامی در مورد این که تا چه زمانی مادر، حق حضانت خواهد داشت نظرات گوناگونی دارند، مشهور فقهای امامیه بر این باورند که پسر تا دو سال و دختر تا هفت سال تحت حضانت مادر می‌باشد. بنا بر این توجه شود که در این مقاله در خصوص سقوط حق حضانت مادر یا بازگشت حضانت ساقط شده به وی یا فرض این است که اگر مانعی وجود نداشته باشد، مقتضی برای حضانت مادر وجود دارد مثلاً تمامی مباحث این مقاله، وقتی مطرح می‌شود که دختر یا پسر تحت حضانت مادر باشند سپس مادر ازدواج کند و بعد از مدتی، طلاق بگیرد در حالی که هنوز زمان حضانت وی مقتضی نشده است. بنا بر این مواردی را که اساساً حضانت حق پدر است را در بر نمی‌گیرد.

حال به دلایل و مستندات هر دسته، می‌پردازیم:

دلایل گروه اخیر که حسن بصری^{۱۲} از جمله فقهای شاخص آن می‌باشد بدین شرح است:

۱- آیه «و ربائبکم اللاتی فی حجورکم من نسائکم...»^{۱۳} دلالت دارد که شوهران زنانی که دارای دختر هستند، و این دختران در دامان این شوهران و تحت نظر ایشان تربیت یافته و رشد و نمو می‌کنند (تحت شرایطی) از محارم ایشان هستند پس معلوم می‌شود مادر با وجودی که، شوهر کرده، همچنان، حضانت فرزندان را به عهده دارد پس با استناد به ظاهر این آیه معلوم می‌شود ازدواج حاضنه، مسقط حق حضانت وی نیست.

۲- ازدواج نبی مکرم اسلام صلی الله علیه و آله و سلم با ام سلمه در حالی که او، پس از ازدواج، دخترش زینب را به همراه داشت و حضانتش مخدوش نگردید این هم دلیل دیگری است بر این که ازدواج مادر حاضنه، نمی‌تواند مسقط حق حضانت باشد.

۳- پیامبر رحمت صلی الله علیه و آله و سلم در مورد اختلاف فیما بین حضرت علی(ع) و جعفر بن ابیطالب و زید بن حارثه در مورد به عهده گرفتن حضانت دختر حمزه سید الشهداء، چنین قضاوت فرمودند که دختریچه در اختیار جعفر قرار گیرد زیرا همسر جعفر، خاله طفل

۹- سرخسی، المبسوط (فقه حنفی)، ج ۴، ص ۲۲۱ و القاضی ابن البراج، المهذب، ج ۲، ص ۲۵۲ و ابن حمزة الطوسی، الوسیلة، ص ۲۸۸ و محقق حلی، المختصر النافع، ص ۱۹۴ و ابن ادریس، السرائر، ص ۶۵۱ و ابن فهد حلی، المهذب البارع، ج ۳، ص ۴۲۶ و شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۴۲۵ (وی ادعای اجماع بر این مطلب کرده است) (فقه امامیه) و عبدالله بن قدامة، المغنی، ج ۹، ص ۳۰۵ (فقه حنبلی) (مؤلف این کتاب ضمن اظهار نظر در این مورد چنین گفته است: مسأله سقوط حضانت، وقتی مادر اقدام به ازدواج می‌کند از مسائل اجماعی اهل سنت است و شریح به آن قضاوت کرده و قول مالک و شافعی هم همین است) و محی‌الدین النووی، المجموع، ج ۱۸، ص ۳۲۰ (فقه شافعی).

۱۰- ابن قدامة، المغنی، ج ۱۱ ص ۵۲۱ (فقه حنبلی).

۱۱- النووی، المجموع، ج ۱۸، ص ۳۲۵ (فقه شافعی) و ابن حزم، المحلی، ج ۱۰، ص ۳۲۳ (فقه ظاهری).

۱۲- محمد بن احمد الشریینی، المغنی المحتاج، ج ۳، ص ۴۵۵ (فقه شافعی) و السراج الوهاج، ص ۴۷۴ و النووی، المجموع، ج ۱۸، ص ۳۲۵ (فقه شافعی) و سرخسی، المبسوط (فقه حنفی)، ج ۵، ص ۲۱۰.

۱۳- آیه ۲۳ سوره نساء.

بود و فرمودند الخالّة كالأم.^{۱۴} (خاله مانند مادر است) چنانچه ملاحظه می‌شود، در این قضاوت، خاله متأهل، حق حضانت داشته و حضانت را به‌عهده گرفته است. بنابراین مادر هم در صورتی که ازدواج کند می‌تواند همچنان حق حضانت داشته باشد.

گروه دوم: نظری بنیابین ارائه کرده‌اند اینان که احمد بن حنبل هم از جمله آن‌هاست، معتقدند: اگر طفل مؤنث باشد، ازدواج مادر مسقط حق حضانت وی نخواهد بود مشروط به این که دختر بچه، کمتر از هفت سال داشته باشد، ولی اگر پسر باشد، به محض ازدواج حاضنه، حق حضانت ساقط خواهد شد.

اینان مبنای نظر خود را واقعه‌ای تاریخی می‌دانند که گروه سوم، به آن استناد کرده‌اند ولی از منظری دیگر و با استدلالی متفاوت، بدین بیان که در آن واقعه حضرت علی(ع)، جعفر طیار و زید ابن حارثه در مورد حضانت دختر بچه حمزه سید الشهداء، با هم اختلاف و تنازع داشتند و هر کدام خود را به دلایلی محق بر حضانت می‌دانست: علی(ع) به دلیل این که آن طفل، دختر عمویش است و زید به دلیل این که دختر برادرش است زیرا بر اساس عقد اخوتی که پیامبر بین او و حمزه سیدالشهداء برقرار کرده بودند، این دو برادر محسوب می‌شدند و جعفر نیز به دلیل این که اولاد این کودک، دختر عمویش هست و ثانیاً همسرش خاله طفل می‌باشد خود را دارای حق تقدم می‌دانستند. در این حال رسول خدا فرمودند: خاله، مانند مادر (به منزله و در حکم مادر) است و بچه را تحویل جعفر دهید. اینان با استناد به این روایت چنین استدلال می‌کنند که چون هم علی(ع) و هم جعفر هر دو صلاحیت حضانت را دارا بوده‌اند (یعنی بیگانه از طفل نبوده‌اند) لذا جعفر به دلیل این که همسرش خاله و در حکم مادر طفل است با وجودی که متأهل می‌باشد و علی القاعده حاضنه متأهل صلاحیت حضانت ندارد، ولی به دلیل این که شوهر خاله نیز صلاحیت حضانت طفل را داشته بنابراین خاله متأهل، حاضنه قرار داده شده است.^{۱۵}

گروه نخست که بسیاری از فقهای مذاهب اسلامی را دربرمی‌گیرد^{۱۶}، به دلایل زیر، معتقدند: حق حضانت زنی که بعد از طلاق با مرد دیگری ازدواج کند، ساقط می‌شود یا به تعبیر برخی دیگر، حق حضانتش متزلزل می‌شود و برای استمرار حضانت نیاز به رأی دادگاه دارد.^{۱۷} اینان دلایل گروه سوم را رد می‌کنند و خود دلایل و مستندات را در اثبات نظریه خود ارائه می‌دهند که به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

برای درک بهتر دلایل و مستندات، نظرات این دسته از فقهای مذاهب اسلامی در دو بخش اهل سنت و امامیه ارائه می‌شود. ■

ادامه دارد...

۱۴- ابی ذکریا محیی‌الدین بن شرف النووی، المجموع ج ۱۸ ص ۳۲۵ (فقه شافعی).

۱۵- ابن قدامة، المغنی، ج ۱۱ ص ۵۲۱ (فقه حنبلی)، به نقل از: طرائف و ملح ذات علاقه بسیره علی(ع)- مرکز المصطفی (ص)، (نرم افزار کتابخانه اهل بیت(ع)، نسخه اول).

۱۶- برخی از فقهای این گروه، صرف اجرای صیغه نکاح را مسقط حق حضانت می‌دانند و برخی علاوه بر نکاح، شروع زندگی زناشویی و دخول را نیز شرط سقوط حضانت تلقی می‌کنند البته از ظاهر کلام فقهای امامیه، صرف ازدواج مسقط حق حضانت مادر حاضنه استشمام می‌شود. (رجوع شود به: محقق بحرانی، حقائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۹۵) (فقه امامیه).

۱۷- ابی ذکریا محیی‌الدین بن شرف النووی، المجموع ج ۱۸ ص ۳۲۵ (فقه شافعی)، سرخسی، المبسوط (فقه حنفی)، ج ۴، ص ۲۲۱، ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۱.

کارشناس حقوق مدعی

محمدرضا نظری نژاد*

علم حقوق در ایران، حداقل در دادگستری به بچه یتیمی می‌ماند که هر کس خواستار سرپرستی او است، جز اولیاء و سرپرستان ذاتی او. حکایت این است که برخی از قضات دادگستری امور ذاتاً حقوقی و قضایی را که خود تکلیف به رسیدگی دارند، دست و دلبازانه و با گشاده دستی، به کارشناسان دادگستری در رشته‌های مختلف عمران، حسابداری، دامپزشکی، کشاورزی و... ارجاع می‌دهند و کارشناسان محترم نیز به خلاف ضوابط پیش‌بینی شده در قانون کارشناسان، به چنان اظهارنظرهای حقوقی مبادرت می‌کنند که در طبله هیچ عطاری، نمونه آن یافت نمی‌شود! عجیب‌تر این که پس از اظهار نظر حقوقی آقای کارشناس، قضات موصوف که علاقه وافری به مخومه کردن پرونده دارند، بر مبنای نظریه کارشناسی به صدور حکم مبادرت می‌کنند. آن‌چه در طول مدت کوتاه و کالت خود (البته به دلیل فوق طاقت بودن، استمرار آن برای اینجانب میسر نیست) بیش از هر چیز توجهم را جلب نمود، این بود که به همان نسبت که قضات، بی‌رغبت به اظهار نظر قضایی، حقوقی و علاقه‌مند به ارجاع امر حقوقی به کارشناسان هستند، برخی از کارشناسان، بسیار علاقه‌مند به اظهار نظر حقوقی و قضایی بوده و حتی در فرض عدم ارجاع امر حقوقی نیز، نظریه حقوقی ارشادی صادر می‌فرمایند!

گویی بی‌اطلاعی از موازین و اصول علمی دیگر، موجب اعتماد به نفس است. در هر حال، در خوش‌بینانه‌ترین حالت، علم و آگاهی کارشناسان از علم حقوق، در حد سایر شهروندان بوده، و از این حیث، نظریه حقوقی آن‌ها، به مثابه ارزیابی و قضاوت حقوقی مردم معمولی است. حال آیا می‌توان نظریه حقوقی مردم بی‌اطلاع از حقوق را، مبنای صدور حکم، در شغل خطیر قضاوت دانست؟

آیا می‌توان علم تخصصی حقوق را به ارزیابی و نظر شهروندان بی‌اطلاع از اصول حقوقی، فروکاست؟

اگر این چنین است، پس تکلیف دادگاه و قضات آن چیست؟ تلاش و کوشش جان‌فروشی پدرانمان بر تشکیل عدالتخانه و عدلیه چه می‌شود؟ درد دل بسیار است، اما از طرفی امکان ابراز آن در این مختصر، فراهم نیست و از طرف دیگر، تضمینی نیست، که گفتن حقیقت بدون هزینه باشد. باری در چند بخش به شرح پرونده‌ای پرداخته می‌شود که عرصه ترکنازی کارشناسان محترم دادگستری است:

* کارآموز و کالت - گیلان.

۱- شرح واقعه:

شرکت... برنده مناقصه شماره ۸۳-۸۲ مربوط به اجرای عملیات شبکه کابل و مفصل بندی... استان گیلان گردید و پس از طی تشریفات لازم، قرارداد آن در تاریخ ۱۳۸۲/۶/۳ به پیمانکار ابلاغ شد. قیمت کل عملیات قرارداد، به عدد، مبلغ ۴۹۱,۸۵۶,۹۰۰ ریال تعیین و مدت پیمان نیز، ۶۰ روز کاری تعیین گردید.

پس از ابلاغ پیمان و در شرایطی که مقدمات انجام کار و اخذ مجوز از اداره راه و ترابری، توسط کارفرما، فراهم و انجام نشده بود، به منظور تسریع در امور و اثبات حسن نیت و نیز بر اساس مذاکرات انجام شده با مسئولین شرکت کارفرما که اظهار می داشتند، مجوز لازم بهزودی اخذ و ارائه خواهد شد، شرکت پیمانکار مبادرت به تجهیز کارگاه و شروع عملیات اجرایی از تاریخ ۸۲/۷/۵ (تحويل زمین) نمود و با سرعت چشمگیری، به اجرای پروژه پرداخت، که مراتب به تأیید واحد نظارت پروژه نیز رسید. پیمانکار، مراتب لزوم اخذ مجوز، جهت شروع و ادامه کار را، کتباً طی هفت نامه به مسئولین کارفرما اعلام داشت که متأسفانه هیچ گونه اقدام مثبت عملی در این خصوص انجام نگردید و پس از حدود نه ماه از زمان ابلاغ پیمان، کارفرما حسب نامه مورخ ۸۳/۳/۲۶ مبادرت به ارسال مجوز مورخ ۱۳۸۳/۳/۲۰ اداره کل راه و ترابری استان گیلان نمود. با توجه به این که در این زمان، محصولات کشاورزی برداشت نگردیده بود و عملاً امکان ادامه عملیات اجرایی، که اصولاً و عرفاً باید در فصل پاییز و زمستان (که عملیات کشاورزی انجام نمی شود) انجام گیرد، وجود نداشت (خصوصاً این که اجرای پروژه با عبور از وسط مزارع کشاورزی ملازمه داشت)، طی مکاتباتی از کارفرما خواسته شد با توجه به تأخیر طولانی کارفرما در اخذ و ارائه مجوز لازم و عدم امکان اجرای پروژه به شرح معروض، زمان اجرای پیمان تا پس از برداشت محصول کشاورزی به تأخیر افتد که متأسفانه کارفرما علی رغم تأخیر طولانی در ارائه مجوز، پاسخی نداد و برخلاف مفاد قرارداد و شرایط عمومی پیمان (که حسب ماده ۴ قرارداد حاکم و ناظر بر قرارداد است) طی نامه مورخ ۸۳/۷/۱۳ با استناد به ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان و به علت تأخیر در انجام کار، مبادرت به اعلام خلع ید پیمانکار از پروژه، و متعاقباً ضبط ضمانتنامه تسلیمی و نهایتاً واگذاری پروژه به مبالغ بسیار بیشتر به دو شرکت دیگر نمود. لازم به یادآوری است که در اعمال خلع ید به استناد ماده ۴۶، هیچ یک از شرایط مقرر در ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان نیز رعایت نشد.

با لحاظ مراتب فوق، کارفرما به شرح زیر مرتکب تقصیر و تخلف شد:

۱- عدم رعایت تبصره ۴ ماده ۳ قرارداد و بند الف ماده ۲۸ شرایط عمومی پیمان در خصوص اخذ مجوز و پروانه لازم از اداره راه و ترابری استان علی رغم تذکرات مکرر پیمانکار.

۲- عدم رعایت ماده ۳۶ شرایط عمومی پیمان در مورد پیش پرداخت.

۳- اخذ و ارائه مجوز لازم با تأخیر نه ماهه و عدم توجه به اصول عرفی زمان کار، با توجه به وجود معارض در محل اجرای پروژه (مزارع زیرکشت کشاورزان) و نتیجتاً عدم رعایت بند الف و تبصره ۲ ماده ۲۸ و ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان مبنی بر تعلیق پروژه و پرداخت هزینه های بالاسری.

۴- عدم رعایت ماده ۴۳ شرایط عمومی پیمان، درخصوص وقایع قهری که خارج از کنترل طرفین پیمان باشد و ادامه کار را برای پیمانکار ناممکن سازد، باتوجه به برقراری امور زراعی کشاورزان در محل اجرای پروژه که ناشی از تأخیر کارفرما در ارائه مجوز از اداره راه بوده است.

۵- عدم انطباق خلع ید با موارد محصور در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان.

۶- عدم رعایت بند الف ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان مبنی بر ابلاغ نظر به پیمانکار و ضرورت تشکیل هیأت سه نفره بررسی کننده فسخ.

۷- غیرقانونی بودن ضبط ضمانتنامه بانکی.

۸- عدم رعایت بند ب ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان مبنی بر دعوت از پیمانکار برای صورت برداری و تهیه صورتحساب کارهای انجام شده.

۹- عدم محاسبه تأخیر مجاز کار طبق ذیل تبصره ۵ ماده ۳ قرارداد و ماده ۵۰ شرایط عمومی پیمان.

حسن نیت پیمانکار و اعتماد او به کارفرما و نیز امید به حل مشکل، او را متحمل پرداخت حقوق پرسنل، اجاره ماشین آلات، استهلاک وسایل و... برای مدت حدود یکسال نمود. پاسخگویی به شکایت کارگران، ضبط ضمانتنامه های بانکی و رسیدن زمان پرداخت وام های بانکی و از همه مهمتر، عدم امکان شرکت در هیچ مناقصه ای (به علت خلع ید انجام شده)، او را چنان از نظر مالی مستأصل کرد که حقیقتاً از پرداخت هزینه دادرسی نیز ناتوان بود.

۲- شرح پرونده:

با لحاظ مسائل فوق و با توجه به تعدد مصادیق تقصیر و خطای کارفرما، دادخواستی به خواسته مطالبه خسارت ناشی از نقض قرارداد در اوایل سال ۱۳۸۴ به طرفیت شرکت کارفرما مطرح که تحت کلاسه ... در یکی از شعبات دادگاه حقوقی ... ثبت گردید. پس از تعیین وقت رسیدگی، در تاریخ ۸۴/۱۰/۲۵ قرار ارجاع امر به کارشناس صادر شد که مشتمل بر دو پرسش زیر بود:

الف) آیا تقصیری در دعوی مطروحه به خواننده قابل انتساب است؟

ب) بر فرض تقصیر کارفرما، خسارت وارده به چه میزانی است؟

اولین ایرادی که به دادگاه وارد است این که، احراز تقصیر را، که موضوعی حقوقی و نیازمند رسیدگی قضایی است، به کارشناس فنی حواله داده است. مطابق اصول حقوقی، دادگاه محترم با فرض احراز تقصیر، باید قرار ارجاع امر به کارشناس، به منظور برآورد میزان خسارت، صادر می نمود، یا حداقل این که در مسیر احراز تقصیر، پاسخ به پرسش های مشخص و معین را از کارشناس، درخواست می کرد.

باری، علی رغم ایراد وارده، کارشناس اولیه که از کارشناسان سازمان برنامه و بودجه و مطلع از شرایط عمومی پیمان بود، به شرح زیر در تاریخ ۸۴/۱۲/۲۷ کارفرما را مقصر دانست:

الف- عدم رعایت تبصره ۴ ماده ۳ قرارداد و بند الف ماده ۲۸ شرایط عمومی پیمان منقسم به بخشنامه شماره ۵۴/۸۴۳۵ ۱۰۲/۱۰۸۸ مورخ ۱۳۷۸/۳/۳ سازمان مدیریت و

برنامه‌ریزی، مبنی بر رفع معارض و اخذ مجوزهای لازم جهت اجرای کار در زمین‌های تحویلی.

ب- عدم رعایت بند ۳ ماده ۳۰ شرایط عمومی پیمان، مبنی بر عدم پاسخگویی مستمر کارفرما به مکاتبات پیمانکار و عدم ارائه طریق برای حل مسایل اجرایی پروژه.

ج- غیرقانونی بودن اعمال ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، مبنی بر خلع بد، به علت عدم انطباق کار پیمانکار با هیچ‌یک از شقوق آن.

د- عدم رعایت مفاد ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان بر فرض صحت خلع بد.

ضمناً خسارات وارده به پیمانکار را به میزان حدود ۷۰ میلیون تومان برآورد نمود.

با اعتراض خواننده، موضوع، به هیأت سه نفره کارشناسی ارجاع که این هیأت حدود ۹ ماه بعد در تاریخ ۱۳۸۵/۹/۱۲ نظریه‌ای عجیب صادر نمود، که خلاصه آن به شرح زیر است:

مطابق تبصره ۵ ماده ۳ قرارداد پیش‌بینی شده است که "چنان‌چه بر اثر وقفه یا تأخیر در کسب مجوزهای اشاره شده در تبصره ۴ و یا عدم تحویل کابل مورد نیاز در زمان مقرر، کارهای مورد قرارداد به تأخیر افتد، هیچ‌گونه وجهی از این بابت به پیمانکار پرداخت نخواهد شد و فقط تأخیر، مجاز تلقی شده و به مدت قرارداد اضافه می‌گردد."

باتوجه به این تبصره اساساً تقصیری به کارفرما قابل انتساب نبوده، بنابراین اعتراض کارفرما وارد است و هیچ ضرر و زیانی از طرف پیمانکار قابل مطالبه نخواهد بود.

قبل از طرح ایرادات وارده به این نظریه، جالب است که مختصراً طریق انتخاب هیأت سه نفره کارشناسی نیز بیان شود. پس از اعتراض خواننده به نظریه کارشناس، دادگاه سه کارشناس رشته عمران را به عنوان هیأت سه نفره کارشناسی معرفی کرد که دو نفر از آن‌ها به علت خارج از صلاحیت بودن موضوع پرونده، اعلام انصراف می‌نمایند؛ اما نفر سوم نیز متذکر گردید که اظهار نظر کارشناسی در مورد موضوع پرونده، خارج از صلاحیت او است؛ اما در صورت الحاق دو کارشناس در رشته الکترونیک و الکتروتکنیک، او امکان اظهار نظر را خواهد داشت. بر مبنای نظر او، دادگاه دو کارشناس در این رشته انتخاب و به او ضمیمه نمود، اما نهایتاً این هیأت با سه تخصص عمران، الکترونیک و الکتروتکنیک نظریه‌ای صادر نمود، که اساساً هیچ ارتباطی با صلاحیت هیچ‌کدام نداشت. بلکه به اظهار نظر حقوقی یک دانشجوی ضعیف اما پردمغای حقوق شیبه بود. جالب‌تر این که هیأت محترم در پایان نظریه خود به علت حجم زیاد موضوع کارشناسی تقاضای افزایش دستمزد کارشناسی، حداقل به میزان دوازده میلیون ریال را مطرح نمود!

البته ناگفته نماند که این هیأت، در ارائه این نظریه، پیش از ۹ ماه وقت صرف نمود.

طی لایحه‌ای، ایرادات وارده به این نظریه مطرح گردید که اجمال آن به قرار زیر است:

۱- آنچه که موضوع محوله به هیأت کارشناسی است، بررسی تقصیر است (البته ارجاع این موضوع قضایی همان‌طور که گفته شد از اشکال و ایراد بنیادین برخوردار است)، اما کارشناسان با خلط دو مفهوم "تقصیر" و "شرط عدم مسؤلیت"، "شرط عدم مسؤلیت"، را نافی "تقصیر" پنداشته‌اند. از نظر حقوقی "شرط عدم مسؤلیت" با فرض وجود شرایط، سبب می‌شود که "تقصیر" باعث ایجاد ضمان نگردد. بنابراین بسیار بدیهی

است که این شرط چیزی غیر از "تقصیر" است. آن‌چه موضوع محوله به کارشناسان است احراز تقصیر یا عدم تقصیر است نه احراز مسؤولیت یا عدم مسؤولیت.

۲- سقف زمانی در تبصره ۵ ماده ۳ مشخص نشده است؛ با توجه به عدم تعیین سقف زمانی، دو تفسیر پیش رو است؛ یا باید این شرط را شرط مجهولی که سبب جهل به عوضین خواهد شد دانست، که در این صورت مطابق اصول حقوقی، قرارداد باطل بوده و امکان استناد به آن وجود نخواهد داشت. یا این‌که به حکم قاعده "الجمع مهما امکن اولی من الطرح" استدلال نمائیم که مقصود از تأخیر، تأخیر متعارفی است که عرف آن را قابل مسامحه و اغماض تلقی می‌کند. به این علت با لحاظ حکم عرف، تبصره ۵ ماده ۳ را باید، منصرف به تأخیر متعارف نمود، که مطابق آن در صورتی که تأخیر کارفرما در اخذ مجوز، متعارف باشد، مسؤولیت ایجاد نخواهد شد، اما در صورتی که غیرمتعارف باشد، سبب ایجاد مسؤولیت خواهد شد. تفسیر دوم با اصول حقوقی سازگارتر است؛ نظریه کارشناسان متضمن اشاره به هیچ‌یک از این دو تفسیر نیست.

۳- در قراردادی که مدت اجرای کار ۶۰ روز است و مبلغ قرارداد نیز با لحاظ مدت اجرای کار، تعیین می‌شود، به حکم عقل حداکثر تأخیر مجاز ۱۰ تا ۱۵ روز خواهد بود نه حدود یک‌سال، در غیر این صورت، پیمانکار بیش از مبلغ قرارداد، متحمل هزینه پرداخت حقوق پرسنل، اجاره ماشین آلات و... خواهد شد. منطقی و معقول نیست که در قرارداد ۶۰ روزه، سقف زمانی برای تأخیر در نظر نگرفته، و آن را تا هر مدت زمانی تفسیر نمائیم. بررسی اراده طرفین و بررسی بدیهیات حقوقی و عرف، مؤید بطلان نظریه کارشناسان در عدم تعیین سقف زمانی برای تبصره ۵ ماده ۳ است.

۴- تبصره ۵ ماده ۳ قرارداد، که حداکثر، "شرط عدم مسؤولیت" است، مطابق نظر حقوق‌دانان در فرضی دارای اثر است که تقصیر عمدی یا در حکم عمدی توسط مشروطه، ارتکاب نیابد؛ درحالی‌که در این پرونده دلایل بسیاری وجود دارد که کارفرما مرتکب تقصیر عمد یا حداقل در حکم عمد شده است؛ تأخیر در اخذ مجوز در فصل کار یعنی پائیز و زمستان، اخذ مجوز دقیقاً در فصل برداشت برنج که امکان کار فراهم نیست، عدم پاسخ به مکاتبات عدیده پیمانکار مبنی بر لزوم اخذ مجوز در فصل پائیز و زمستان و...، مبین تقصیر کارفرما است.

با بیان ایرادات حقوقی وارد بر نظریه هیأت کارشناسی، از دادگاه درخواست گردید که کارشناسان را ارشاد به صدور نظریه فنی و کارشناسی نماید نه اظهار نظر حقوقی. دادگاه طی قرار تکمیلی، مجدداً موضوع کارشناسی را به نامبردگان تفهیم، ولی متأسفانه هیأت کارشناسی بر اشتباهات سابق خود پافشاری کردند. به این علت طی لایحه‌ای مفصل از دادگاه خواسته شد با توجه به خروج کارشناسان از وظیفه خود و توجهاً به کالعدم بودن نظریه کارشناسی آن‌ها، این نظریه را به استناد ماده ۲۶۳ قانون آ.د.م. باطل نماید، که خوشبختانه این درخواست پذیرفته شد و دادگاه این نظریه را باطل اعلام و مجدداً موضوع را به هیأت سه نفره جدید با هزینه خواننده، ارجاع نمود. لازم به یاد آوری است از زمان ارجاع موضوع به هیأت سه نفره اول تا بطلان نظریه آن‌ها، تقریباً بیش از یک سال زمان صرف شد. به عبارت بهتر یک سال زمان، برای هیچ.

هیأت جدید کارشناسی پس از بررسی مفاد و محتوای پرونده و بررسی مدارک طرفین و پس از حدود ۹ ماه از زمان صدور قرار کارشناسی، در تاریخ ۸۶/۹/۲۰ بنا به جهات زیر تقصیر کارفرما را محرز دانست:

- الف- تأخیر در اخذ مجوز به مدت ۲۴۶ روز و عدم ارائه پاسخ به مکاتبات متعدد پیمانکار.
- ب- بررسی نکردن دلایل تأخیرات پیمانکار مطابق ماده ۳۰ شرایط عمومی پیمان.
- پا- عدم تمدید قرارداد به مدت حداقل ۲۶۷ روز با توجه به تأخیرات کارفرما در اخذ مجوز.
- ت- عدم تعلیق کار در فصل برداشت برنج با توجه به ماده ۳۰ شرایط عمومی پیمان.
- ث- غیرقانونی بودن فسخ به علت عدم انطباق آن با شقوق ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان.
- ج- عدم رعایت پاراگراف سوم از بند الف ماده ۴۷ شرایط عمومی در بررسی موضوع فسخ توسط هیأت سه نفره.
- د- عدم ابلاغ دلایل فسخ به پیمانکار مطابق ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان.
- و- سلب حق اعتراض ده روزه پیمانکار با توجه به عدم ابلاغ دلایل فسخ.
- هـ- غیرقانونی بودن ضبط ضمانتنامه انجام کار و حسن انجام کار.

همچنین هیأت جدید کارشناسی متذکر شد که، کارفرما به جای اعمال خلع ید، حداکثر می‌توانست اعمال ماده ۴۸ (خاتمه پیمان) نماید. "لذا آزاد سازی تضمین حسن انجام تعهدات (موضوع ماده ۳۴ شرایط عمومی پیمان) و تضمین حسن انجام کار (موضوع ماده ۳۵ شرایط عمومی پیمان) و نیز رسیدگی به صورت وضعیت قطعی و تعدیل احتمالی و هرگونه مطالبات دیگر که پس از تهیه صورتجلسه کمیسیون تأخیرات و با رعایت سایر موارد حاکم به قرارداد قابل محاسبه خواهد بود از طرف شرکت خواننده در حق خواهان می‌بایست کارسازی گردد".

با توجه به عدم اظهار نظر پیرامون میزان ضرر و زیان وارده بر پیمانکار، دادگاه مجدداً قرار تکمیلی صادر و از هیأت، حضور در جلسه دادگاه را درخواست نمود که بنا به علل و عوامل مختلف تشکیل جلسه دادگاه، حدود ۷ ماه به طول انجامید، تا این که بالاخره نامبردگان در تاریخ ۸۷/۵/۲۱ طی نظریه تکمیلی چنین اظهار نظر نمودند که: "اگر کارها طبق ماده ۳۹ شرایط عمومی تحویل موقت و یا طبق ماده ۴۸، خاتمه داده شود، دستورالعمل اجرایی آن، ماده ۳۴، ۳۵ و ۴۰ شرایط عمومی حاکم به پیمان می‌باشد و اگر قرارداد به استناد مواد ۴۶ و ۴۷ فسخ گردد، ضمانتنامه و حسن انجام کار مطابق بند ب ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان ضبط و به حساب خزانه واریز و پس از آن مابقی مطالبات پیمانکار محاسبه و پرداخت می‌گردد و لاغیر. ضرر و زیان احتمالی محاسبه شده و دلایل و مستندات که توسط کارشناسی بدوی صورت پذیرفته، خارج از چارچوب موافقت‌نامه و شرایط عمومی و خصوصاً بخشنامه‌های فوق‌الذکر بوده و مورد تأیید هیأت واقع نمی‌گردد."

لازم به تذکر این که، از زمان صدور قرار تا اخذ نظریه تکمیلی هیأت جدید کارشناسی که متشکل از سه مهندس عمران بود، حدود ۱۶ ماه زمان صرف شد.

به نظریه جدید هیأت به شرح زیر اعتراض شد:

اولاً، عدم اعمال ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان به جای ماده ۴۶، خود دلیلی است بر تقصیر کارفرما. اما به هیچ وجه نمی‌توان در دعوی مطروحه (به خواسته مطالبه ضرر و زیان)، "فتوا" داد که آن چه حق خواهان است، تنها اعمال مواد ۳۴، ۳۵ و ۴۰ شرایط عمومی پیمان است و لاغیر.

خواهان به علت عدم اعمال ماده ۴۶ متضرر گردیده است. طریقه جبران خسارت متضرر و نحوه رسیدگی به آن و... موضوعی حقوقی و قضایی است، نه فنی و مهندسی.

ثانیاً، هیأت کارشناسی به علت بی‌اطلاعی از موازین حقوقی، "خسارت و ضرر و زیان" را که امری "واقعی و موضوعی" است، "حکمی و قانونی" پنداشته و تصور نموده است که چون در شرایط عمومی پیمان مقرراتی که حاکی از پرداخت خسارت باشد، وجود ندارد، پس امکان اجابت خواسته موکل، ممکن نمی‌باشد. علت این استنباط اشتباه، آن است که از نظر کارشناسان پرونده، تنها مستند اظهارنظر، شرایط عمومی پیمان است، نه هیچ قانون و مقررات دیگر. (حرجی بر هیأت کارشناسی نیست زیرا، آن‌ها متخصص علم حقوق نبوده و نمی‌توان از آن‌ها انتظار بیشتری داشت. اشتباه از قاضی ارجاع‌کننده امر به کارشناس است که کارشناس را معد اظهارنظر قضایی می‌نماید). به هر حال با توجه به این که خسارت و ضرر و زیان امری "واقعی" است نه "حکمی"، به هیچ وجه نمی‌توان انکار کرد که خواهان به علت تفصیر کارفرما در عدم اخذ به موقع مجوز و طولانی شدن مدت قرارداد، متحمل هزینه پرداخت حقوق بیش از ۴۰ نفر کارگر در طول حداقل یک سال شده است؛ علاوه بر این که، اجاره و کرایه ماشین‌آلات را به منظور سرپا نگهداشتن کارگاه در طی همین مدت، متحمل شده است. وانگهی ضمانتنامه‌های بانکی او ضبط و از سال ۱۳۸۲ تاکنون امکان انجام هیچ کاری را به علت خلع ید غیرقانونی نیافته است. بنابراین تردیدی در ورود خسارت به وی نیست.

ثالثاً، با فرض وقوع خسارت به خواهان، قانون یا مستند حقوقی که پرداخت خسارت وی را ممنوع و غیرشرعی اعلام نماید، ملاحظه نمی‌گردد؛ بلکه اصول بدیهی حقوقی، حاکی از لزوم جبران خسارت از فرد زیان‌دیده به منظور باز یافتن وضع پیشین است. (دکتر ناصر کاتوزیان، ضمانت قهری و مسؤولیت مدنی، انتشارات دانشگاه تهران ۱۳۷۴-ص ۵۲۶-۵۲۷) وانگهی صراحت مواد ۲۲۶ تا ۲۳۰ و نیز مواد ۳۳۱ تا ۳۲۵ همان قانون و نیز دیگر قوانین از جمله آئین دادرسی مدنی و... مستند قانونی برای اجابت خواسته خواهان است.

رابعاً، هیچ ناسازگاری بین شرایط عمومی پیمان و قوانین عام وجود نداشته، بلکه امکان عمل به هر یک از آن‌ها حسب مورد وجود دارد. بنابراین استدلال هیأت کارشناسی در انحصار رسیدگی به ادعای موکل وفق شرایط عمومی پیمان، مخالف بدیهیات حقوقی است. "اثبات شیئی نفی ماعدا نمی‌کند".

با توجه به ایرادات فوق، ضمن حفظ حق اعتراض به نظر هیأت کارشناسی، از دادگاه خواسته شد با نظر حداقلی کارشناس بدوی، در برآورد میزان خسارت را، از اعتبار برخوردار داند و یا این که موضوع را به کارشناس حسابداری ارجاع نماید. اما پس از مدتی دادگاه در وقت نظارت، در اواخر مهر ماه رأی به شرح زیر صادر کرد.

۳- رأی دادگاه:

در رأی دو صفحه‌ای دادگاه پس از شرح بسیار مختصری از پرونده چنین آمده است: "متعاقباً دادگاه در خصوص این که هیأت کارشناسی در خصوص ادعای مطالبه خسارت وارده آن‌چه در نظریه کارشناسی بدوی اظهار نظر شده، اظهار نظر نمودند، از آنان اخذ توضیح خواست که متعاقباً نظریه تکمیلی خود را ارائه به شرح شماره ۷۱۸۹۰-۲۱/۵/۸۷ ثبت دفتر دادگاه ضمیمه است که به موجب آن اعلام داشتند هیأت، موضوع فسخ اعمال شده توسط خوانده را

مورد پذیرش قرار نداده و اعلام نمود که می‌بایست بر اساس ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان با پیمانکار رفتار شود. به عبارتی برابر ماده ۳۹ کارهای اجرا شده تحویل موقت و کارهای نیمه‌کاره تحویل قطعی و ۵٪ انجام تعهدات موضوع ماده ۳۴ و ۱۰٪ حسن انجام کار موضوع ماده ۳۵ توسط کارفرما به پیمانکار پرداخت و به استناد ماده ۴۰ صورت وضعیت قطعی تهیه و در صورت طلب به پیمانکار مربوطه پس از کسر کسورات قانونی آن می‌بایست پرداخت گردد. دستورالعمل اجرایی آن مواد ۳۴، ۳۵ و ۴۰ شرایط حاکم بر پیمان می‌باشد. و اگر قرارداد به استناد ماده ۴۶، ۴۷ فسخ گردد فقط ۵٪ و ۱۰٪ ضمانتنامه و حسن انجام کار مطابق بند ب ماده ۴۷ شرایط عمومی ضبط و به حساب خزانه واریز و پس از آن مابقی مطالبات پیمانکار محاسبه و پرداخت می‌گردد و لاغیر و ضرر و زیان احتمالی محاسبه شده و دلایل و مستندات که توسط کارشناس بدوی صورت پذیرفته خارج از چارچوب موافقتنامه و شرایط عمومی و خصوصی بخشنامه‌های فوق‌الذکر بوده و مورد تأیید هیأت واقع نمی‌گردد؛ لذا دادگاه با عنایت به نظریه هیأت، خصوصاً نظریه تکمیلی و قسمت اخیر آن که به شرح فوق اعلام شده به علاوه حسب مفاد ماده ۴ قرارداد فی‌مابین طرفین موارد پیش‌بینی نشده در قرارداد به شرایط عمومی پیمان ارجاع داده اند و حال که خسارات مورد ادعای خواهان به نظر هیأت موافق با شرایط عمومی پیمان نیست؛ لذا دعوی خواهان منطبق با قانون نیست حکم به بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌شود...

با خواندن این رأی چند پرسش مطرح می‌شود:

اول- اساساً قاضی محترم در این پرونده چه اظهارنظر حقوقی و قضایی جز ارجاع موضوع به کارشناسان و صدور حکم بر مبنای نظر حقوقی آن‌ها انجام داده است.

دوم- پس از سه سال رسیدگی به پرونده، اظهارنظر حقوقی سه مهندس عمران مبنای رأی دادگاه قرار گرفت. قاضی محترم اگر این نظر را معقول می‌دانست، آیا خود با خواندن شرایط عمومی پیمان، در ابتدای طرح دعوی، نمی‌توانست پرونده را مختومه و از سه سال معطلی و پرداخت هزینه‌های مختلف دادرسی، جلوگیری نماید؟

سوم- آیا تفسیر شرایط عمومی پیمان اولاً و بالذات حقوقی است یا مهندسی و فنی؟ اگر حقوقی است، به چه علت از کارشناسان رشته مهندسی عمران درخواست گردیده است که نظر بدهند و اگر فنی و مهندسی است مرتبط با کدام رشته و تخصص؟ عمران، معماری، الکترونیک، الکترونیک، کشاورزی، دامپروری، حسابداری و ...

چهارم- قاضی محترم در پایان رأی چنین اشعار داشته: "حال که خسارت مورد ادعای خواهان به نظر هیأت موافق با شرایط عمومی پیمان نیست؛ لذا دعوی خواهان منطبق با قانون نیست". پرسش این است که چه ملازمه‌ای بین شرایط عمومی پیمان و قانون وجود دارد؟ آیا شرایط عمومی پیمان اثری بالاتر و برتر از مواد قانون مدنی و قانون آئین دادرسی مدنی در بحث جبران خسارت دارد؟

کلیه ایرادات وارد بر نظریه هیأت سه نفره کارشناسی که مطرح شد، بر رأی دادگاه نیز وارد است، اما تفاوتی که هست این است که کارشناسان دادگستری متخصص حقوق نبوده و از این جهت انتظاری از آن‌ها نمی‌توان داشت اما از قاضی تحصیلکرده حقوق چطور؟ از قاضی علاوه بر رسیدگی و قضایی، اجرای عدل و انصاف نیز انتظار می‌رود. به این امید که شاهد اجرای بدیهیات حقوقی در محاکم قضایی باشیم! ■

حقوق خانواده ایران

انتقادی از نظام فعلی و پیشنهادی در باب امکان برقراری تساوی میان زن و مرد در چهارچوب نظام فعلی

سینا گلستانی*

- قسمت اول -

دوشیزه ایرانی به حکم م ۱۰۴۳ ق.م با اجازه پدر یا جد پدری^۱ خود!!! که البته صلاح اندیش و مصلحت بین اوست و با تعیین مهری که قانون مدنی فصل بالنسبه مشبعی را از م ۱۰۷۸ تا ۱۱۰۱ خود به تشریح چند و چون آن ویژه نموده، خاصه با سنگینی هرچه تمام تر که معمولاً حاصل همان حق دخالتی است که از برای ولی قهری^۲!!! دختر پیش بینی شده است و با شروط ضمن العقد پیشاپیش طبع شده متحد المال در ثبت دفتر و سند ازدواج که آن هم البته برخاسته از قانون مدنی خصوصاً م ۱۱۱۹ آن است، بدون آن که خود یا ولی اش، اندک وقوفی بر ماهیت مهر یا نحوه و امکان وصول آن داشته باشد و یا این که از نحوه اثبات تحقق هر یک از شروط مزبور و احراز آن توسط دادگاه که فی الواقع به لحاظ صعوبت در حکم النادر کالمعدوم است؛ آگاه باشد در انجمن پیوند همسری حاضر شده، با مرد زندگانی آینده اش پیمان زناشویی می بندد آن هم با فرض بهترین شرائط که دختر، فهیم است و اهل تمییز و پیشاپیش با مراجعه به مشاور حقوقی و یا سردفتر ازدواج از زیر و بم آن چه گذشت، مطلع گردیده است. که فقره اخیر نیز مع الاسف به علت عدم وجود فرهنگ مراجعه به وکیل و برخورداری از رایزنی حقوقی و قانونی در جامعه ما، ایضاً در حکم النادر کالمعدوم می باشد. حال در چنین وضعیتی تکلیف او یا آینده مبهم و آینه زنگار آلودی که قوانین ناکارآمد پیش گفته مقابل دیدگان نگرانش می گسترند، چیست؟ آیا باید برای همیشه مجرد اختیار کرده، به سلک تارکان دنیا بیوندد و از خیر ازدواج درگذرد؟ یا این که دل به دریا زده، صرفاً به اتکاء اندک شناخت ناقصی که از شخصیت شریک زندگانی آینده خویش در دوران کوتاه آشنایی پیش از ازدواج (چنان که مرسوم جامعه ما است) کسب کرده، خود را به دست امواج متلاطم دریای زندگانی مشترک بسپارد؟

نوشتار حاضر در پی پاسخگویی به پرسش هایی از این دست است.

* وکیل و مشاور حقوقی قوه قضائیه - تهران.

۱- که بنابه دلایل عدیده این جا مجال پرداختن بدان ها نیست، امروزه عملاً به حکمی دست و پا گیر و در اکثر موارد خالی از منطقی و نامعقول مبدل گردیده است و شگفتا که بعضاً ملاحظه شده است محاکم خانواده، ضمانت اجراء عدول از آن را بطلان عقد نکاح تلقی نموده و بدان حکم نیز کرده اند!!! حال آن که حتی مبنای قهوی و شرعی و جوب اذن ولی قهری بر نکاح دختر بالغ، خود محل تأمل است.

خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان - سال سوم - شماره سی و چهارم - اردیبهشت ماه ۱۳۸۸

پس از طرح مسأله^۱ نوبت به پیش کشیدن فرضیه^۲ می‌رسد، یعنی لزوم تساوی میان حقوق زن و مرد در امر زناشویی در نظام حقوقی ایران با توجه به مقتضیات زمان. خوشبختانه ساز و کارهایی در دست هست تا در چهارچوب نظام حقوقی فعلی کشور که متأسفانه نه تنها امیدی به اصلاح آن نیست، بلکه احتمال نزول آن از پایه و مرتبه فعلی قوی‌تر به نظر می‌رسد (لایحه حمایت از خانواده سال ۱۳۸۶ ملاحظه شود) بتوان تساوی مزبور را تا حدی برقرار نمود.

لیکن اول لازم است خود را از چنگال کوشه بینی‌ها و تنگ نظری‌ها رها سازیم و با جانی آزاد و اندیشه‌ای مستقل، چونان حقوق‌دانی واقعی به پیکار با جهالت و تعصب برخیزیم. پیش از همه، بررسی وضعیت موجود رابطه میان زن و مرد در امر زناشویی و سنجش آن مطابق قوانین و مقررات فعلی بایسته است.

فی‌الجمله باید گفت از یک سو مرد است و ریاست خانواده که از خصایص اوست (م ۱۱۰۵ ق.م) و حق اختیار همسر دیگر، به عقد دائم یا منقطع، برابر حکم مندرج در م ۱۶ قانون حمایت خانواده با برخورداری از این امتیاز که عدم ثبت رسمی عقد از نوع دوم، با توجه به م ۶۴۵ ق.م.ا جرم محسوب نگردیده، موجب تعقیب کیفری نیست. که متأسفانه عرصه را از برای ترک‌کاری‌های پیدا و پنهان آقایان کاملاً فراهم ساخته و دیگر زمام طلاق است که با وجود اعمال اصلاح در قانون، به نحو علی‌الاطلاق به دست مرد سپرده شده است (م ۱۱۳۳ ق.م) و از سوی دیگر زن است با محرومیت مطلق از دو امتیاز نخست و البته برخورداری از امتیاز اخیر همچنان که گذشت، منتهی به نحو کاملاً مضیق و محدود که بهره‌مندی از آن برای بانوان فی‌الواقع به منزله عذابی الیم است و بس.

ممکن است خواننده نکته سنج با خواندن این سطور برآشوبد و بر نویسنده خرده گیرد که چرا از تکلیف شوهر نسبت به پرداخت مهر که در صورت حال بودن آن، که عمده نیز چنین است چه، امروز عملاً در تمامی عقود ازدواج، مهر، عندالمطالبه منظور می‌شود و به محض انعقاد عقد، برای زوجه حق حبس متصور است (م ۱۰۸۵ ق.م) و اعمال حق مزبور مسقط حق نفقه او نیز نخواهد بود و یا از وظیفه شوهر در اتفاق و تأمین نفقه که ترک آن گذشته از ایجاد حق برای زن جهت مراجعه به دادگاه و الزام او به انجام تکلیف مزبور (م ۱۱۱۱ ق.م) و حتی اقدام به شکایت کیفری از همین بابت (م ۶۴۲ ق.م.ا) نهایتاً موجب شکل‌گیری حق تقاضای طلاق (م ۱۱۲۹ ق.م) از برای اوست، هیچ ذکری به میان نیامد؟ برای پاسخگویی بدین اشکال مقدر که همواره در مباحثی از این دست، چونان حربه‌ای نهایی و برهانی قاطع که تکلیف بحث را یکسره می‌سازد، با لحن طلبکارانه و آمیخته با منت‌گذاری فی‌الواقع مورد سوء استفاده قرار گرفته است، لازم است به مبحث نفقه و مهر دامن کشیم و واقع امر را با دقت ملاحظه نماییم تا شاید به یاری یزدان پیروزگر، در همین جا، یک بار و برای همیشه روشن گردد که اشکال مزبور تا چه اندازه ارزنده است و محتوی آن تا چه حد قابل اعتماد و استناد.

۲- problématique.

۳- Idée générale / Hypothèse.

نفقة چیست؟ م ۱۱۰۷ ق.م مقرر داشته است: نفقه، عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت و هزینه‌های درمانی و بهداشتی که به‌طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم، در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او به واسطه مرض یا نقصان اعضاء.

در م ۱۱۰۶ قانون مزبور نیز آمده است: «در عقد دائم، نفقه زن به عهده شوهر است.» و بالأخره م ۱۱۱۳ قانون مدنی را پیش‌رو داریم که می‌گوید: «در عقد انقطاع، زن حق نفقه ندارد مگر این‌که شرط شده یا آن‌که عقد، مبنی بر آن جاری شده باشد.»

پس مطابق مواد مذکور آنچه در عقد ازدواج دائم و یا عقد ازدواج موقت به‌نحو مشروط، برعهده شوهر می‌باشد، تهیه و تدارک غذا، لباس، مسکن و اثاث البیت و دارو و لدی الاقتضاء خادم از برای همسر است و لا غیر. و مردی که این همه را از برای همسر خویش فراهم سازد، به تکلیف قانونی خود در خصوص انفاق عمل نموده است. حال اگر مردی از تدارک این‌ها که فی‌الواقع چیزی جز ضرورت‌های اولیه زنده ماندن نیست، امتناع جوید، چه ساز و کاری جهت الزام قانونی وی در اختیار زن گذارده شده است؟ البته همچنان‌که پیشتر دیدیم، زن به استناد م ۱۱۱۱ ق.م می‌تواند به محکمه رجوع کرده، شوهر را محکوم به پرداخت نفقه نماید. که عملاً اگر اجراء حکم مزبور ممکن نباشد (م ۱۱۱۲ ق.م) که ممکن هم نیست، زن تازه می‌تواند به موجب م ۱۱۲۹ ق.م از محکمه تقاضای طلاق نماید، حتی اگر ترک انفاق شوهر از روی عجز و ناتوانی بوده باشد و نه عمد و غرض. خوب پس از روزها و هفته‌ها و ماه‌ها و بلکه سال‌ها رفت و آمد و تحمل هزینه و اتلاف وقت و انرژی و تحلیل جسم و روان، آن‌چه عاید زن ستم‌دیده محروم مانده از حقوق مسلم خویش می‌گردد حکم طلاق است که تازه ابتداء راه پر رنج و مشقت زندگانی یک بانوی مطلقه را در جامعه ما رقم می‌زند. اگر هم به فرض محال بتواند مرد را به جهت بدهکاری، مطابق مقررات قانون نحوه اجراء محکومیت‌های مالی مصوب آبان ۷۷ راهی زندان نماید که ساز و کار اعسار پیش‌بینی شده در قانون مزبور به راحتی دستگیر مرد مزبور و کلیه بدهکاران نظیر اوست (اگر هم ادعای اعسار پذیرفته نشود تقاضای تقسیط حتماً مورد قبول دادگاه واقع می‌شود که خود تبعات سوء و گرفتاری‌های دیگری را در پی دارد.) و به همین ملاحظه فرض را در حکم محال انگاشتیم، ولی از آن‌جا که فرض محال خود لزوماً محال نیست، اگر هم موفق بدین مهم بشود، آیا به نظر شما طرفی از آن تواند بست؟ یا آن‌که فرض کنیم بانوی مزبور دست به دامان مقررات جزایی شده با استناد به م ۶۴۲ ق.م.ا به اصطلاح، شمشیر را از رو بسته، شوهر را تحت تعقیب کیفری قرار دهد. در این فرض، شاکی نخست باید استطاعت و تمکن شوهر خویش را در دادگاه به اثبات رساند که بدون آن عمل، صیغه کیفری به خود نمی‌گیرد و به علاوه عدم انفاق شوهر نباید در قبال عدم تمکین همسر صورت پذیرفته باشد که در صورت اخیر نیز رفتار، مجرمانه محسوب نخواهد شد که تازه با جمع شرائط مزبور نیز تنها موفق به افکندن شوهر درون محبس خواهد شد و لا غیر و حقوق حق زن باز هم بلا تأدیه باقی خواهد ماند. ضمن این‌که اثبات تمکن شوهر برای زن در اغلب موارد بسیار دشوار است و در عوض اثبات عدم تمکین زن برای شوهر بسیار آسان. خصوصاً که افکار عمومی جامعه و جو حاکم بر محاکم خانواده نیز در این خصوص بستر لازم و کافی را فراهم می‌آورند و اساساً با توجه به این‌که موارد نفقه، همچنان‌که گذشت چندان معتنا به نیست که به محض مطالبه زن، شوهر با حضور در محکمه و تأدیه مبلغی به عنوان نفقه

قادر است دهان زن و دادگاه را به سهولت ببندد و تمام تلاشهای زن را بی اثر سازد و دوباره او را اسیر زندگانی مشقت باری در کنار خود نماید.

بیندیشید و داوری کنید. تمام آن چه که تحت عنوان نفقه و حق زن و تکلیف مرد در مورد آن، بر سرش آن همه هیاهو کرده اند و می کنند همین است و بس.

فرض کنیم مرد پای بند اصول است و میادی آداب و نفقه را مورد به مورد، همچنان که گذشت از برای همسر خویش تدارک نموده است. اما مگر نیاز انسان به موارد مزبور محدود و مقصور می شود؟ اگر چنان که گذشت، مرد نفقه را تمام و کمال بدهد، اما در عوض همسر را به لحاظ روحی در تنگنا گذارد؛ به او بی احترامی کند و یا شخصیت او را مورد اهانت قرار دهد، تکلیف زن چه خواهد بود؟ ممکن است بگویید برای آن هم راه چاره ای پیش بینی شده است و به مواد ۱۱۰۲، ۱۱۰۳، ۱۱۰۴ و مخصوصاً م ۱۱۳۰ ق.م (اصلاحی ۱۳۷۰) و صد البته تبصره الحاقی ذیل آن (الحاقی ۱۳۸۱) اشاره نمایید. خوب است که این ماده اخیر و تبصره ذیل آن را عیناً در اینجا نقل کنیم و مورد تجزیه و تحلیل قرار دهیم. م ۱۱۳۰ ق.م مقرر داشته است: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسرو حرج زوج باشد، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسرو حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوج به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود.

تبصره - عسرو حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوج با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسرو حرج محسوب می گردد:

۱- ترک زندگی خانوادگی توسط زوج، حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه.

۲- اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلاء وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است. در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید و یا پس از ترک، مجدداً به مصرف موارد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوج طلاق انجام خواهد شد.

۳- محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر.

۴- ضرب و شتم یا هر گونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوج قابل تحمل نباشد.

۵- ابتلاء زوج به بیماری های صعب العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید.

موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسرو حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید.

اولاً اصطلاح عسرو حرج مندرج در ماده چندان روشن و شفاف نیست و به همین منظور قانون گذار پس از یازده سال، تبصره الحاقی ذیل ماده را به موجب ماده واحده ای از تصویب گذراند تا شاید تا اندازه ای حدود و ثغور اصطلاح مندرج در متن ماده را معلوم و معین نماید.

ثانیاً شرط، اثبات عسرو حرج است که باز آن بر دوش زوجه است و احراز آن توسط دادگاه که در این خصوص، دادگاه کاملاً میسوط الید بوده، به راحتی می‌تواند از آن تحاشی نماید به همین جهت، اثبات مزبور از دشواری خاصی برخوردار بوده، عملاً نوعی تکلیف بمالایطاق است. البته تبصره الحاقی تا حدی این مشکل را آسان ساخته ولی دریغ که خود به گونه‌ای دیگر مشکل آفرین شده است. با اندک دقت در مفاد تبصره ذیل م ۱۱۳۰ که اتفاقاً تمام موارد آن جزء موارد ضمن العقد چاپی دفاتر و اسناد ثبت ازدواج نیز می‌باشد، مشکل جدید خودنمایی خواهد کرد. در بند ۲ می‌خوانیم اعتیاد که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد، مفهوم آن عبارت است از این که هرگونه اعتیادی که به اساس زندگی خانوادگی خلل نیاورد از این حیث مشکل آفرین نبوده، مضمول مقررات این ماده نخواهد بود. یا در بند ۴ ضرب و شتم و هرگونه سوء رفتار مستمر که با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد، مورد اشاره واقع شده است. که مفهوم آن چنین است که ضرب و شتم و هرگونه سوء رفتاری که به نحو متناوب و نه مستمر صورت پذیرد و یا آن که با توجه به وضعیت زوجه برای او قابل تحمل باشد، محکوم به حکم مندرج در این ماده نخواهد شد. این‌ها اشکالات بزرگی است که در نحوه انشاء تبصره مزبور وارد است. اما این که صراحتاً در ذیل تبصره آمده است که موارد مزبور حصری نبوده، مثلی هستند و بنا به هر جهت دیگری هم که زندگی برای زوجه توأم با عسرو حرج شود، البته به شرط احراز مورد توسط دادگاه، برای او مفری از زندگی مزبور قابل تصور خواهد بود، نکته مثبتی است از برای این تبصره الحاقی. لیکن باید توجه نمود که راه حل ارائه شده، چه در متن ماده و چه در تبصره الحاقی، آن هم در صورتی که زن بتواند از سدهای سیدی که پیش پای او خصوصاً در راه اثبات مورد عسرو حرج در دادگاه و احراز آن توسط قاضی کشیده شده است، با موفقیت بگذرد نهایتاً طلاق است که می‌دانیم در جامعه ما چه مشکلات و معضلات فردی و اجتماعی را با خود برای او به ارمغان خواهد آورد. در این‌جا اشاره به نکته‌ای لازم به نظر می‌رسد و آن عبارت است از این که با تصویب تبصره مزبور، دیگر عملاً موارد دوازده گانه مذکور ذیل بند ب شرایط ضمن عقد در دفاتر ثبت ازدواج و نکاحیه‌ها مخصوصاً که امضاء آن‌ها هم از برای زوجین اختیاری است، سالب به انتفاء موضوع به نظر می‌رسد. چه، تک تک آن موارد کاملاً با تبصره مزبور قابل انطباق بوده، آوردن آن‌ها در دفاتر و اسناد ازدواج، نه تنها ثمره خاصی برای زوجین در پی نخواهد داشت، چه، ماده و تبصره فوق‌الذکر همان وظیفه را برعهده دارد و دیگر نیازی به گنجاندن موارد به صورت شرط ضمن عقد با استفاده از فرمول وکالت زوج به زوجه که فی‌الواقع هم‌چنان که گذشت مطابق م ۱۱۱۹ ق.م. ترتیب یافته است، احساس نمی‌شود، بلکه با اختیاری بودن امضاء موارد مزبور، نوعی سوء تفاهم و گمراهی نیز برای زوج‌های جوان در این خصوص حاصل خواهد شد. چه، م ۱۱۳۰ و تبصره ذیل آن متضمن قاعده‌ای است آمره. یعنی برخلاف آن نمی‌توان توافق نمود و در صورت توافق هم باید توجه داشت که چنین توافقی نمی‌تواند از وجاهت قانونی برخوردار باشد یعنی عملی است لغو و بیهوده و باطل. لذا زوج‌های جوان با امضاء کلیه موارد دوازده گانه مزبور، ضمن این که صرفاً خود را به زحمت انداخته و وقت و انرژی خود را تلف نموده‌اند تازه به وضعیتی که ماده قانونی فوق پیشاپیش در اختیار آن‌ها گذارده است، دست خواهند یافت که خود تحصیل حاصل است و منطقاً باطل و در صورت توافق راجع به عدم امضاء تمام

یا برخی از موارد نیز چون برخلاف قاعده آمره قانونی عمل نموده‌اند باز هم تصمیمشان بی‌اثر است و فاقد ارزش حقوقی.

گویا قانون‌گذار در کار اصلاح م ۱۱۳۰ ق.م و تبصره آن هیچ توجهی به م ۱۱۱۹ قانون مزبور نداشته و ملتفت تعارض میان آن‌ها نبوده است. با اصلاح مذکور، دیگر م ۱۱۱۹ محلی از اعراب نداشته، زاید به نظر می‌رسد. چه، وقتی قانون خود حقی را به‌طور کلی و علی‌الاطلاق شامل حال اشخاص نموده است، دیگر پیش‌بینی آن به‌صورت شرط ضمن عقد در روابط خصوصی میان اشخاص، چه معنی و مفهومی می‌تواند داشته باشد!!!

و اما مهر. همچنان که گذشت مواد ۱۰۷۸ تا ۱۱۰۱ ق.م راجع به مهر است و در این مقام ما را با چند و چون و کم و کیف آن کاری نیست که بحث از ماهیت مهر و زیر و بم مقررات راجع بدان مجال علی‌حده‌ای می‌طلبد و عجالتاً فرصت پرداختن بدان نیست. فقط توجه خود را متمرکز در این نکته نمایم که مهری که حق مسلم زن است و تأدیه آن تکلیف عینی مرد، در صورت بروز تعارض اصولاً چگونه قابل وصول خواهد بود؟ زن می‌تواند با مراجعه به دفترخانه‌ای که عقد ازدواج او در آن‌جا به ثبت رسیده است، تقاضای صدور اجرائیه جهت مطالبه مهریه خود نماید. ضمن این که می‌تواند با تقدیم دادخواستی به دادگاه ذی صلاح، مهر خود را طلب کند. در حالت نخست، اگر مال ارزنده‌ای از شوهر که متعهد محسوب می‌شود، سراغ داشته باشد، آن هم به نحو دقیق در حد مثلاً پلاک ثبتی ملک و یا شماره حساب بانک و شعبه آن و نظایر آن، مشروط بر آن که مال مزبور تکافؤ طلب او را بنماید، چه، خوشبختانه تبصره ذیل م ۱۰۸۲ ق.م مهریه البته از نوع وجه رایج را قابل تعدیل به روز دانسته است، می‌تواند امیدوار باشد که آخر الامر طلب خویش را وصول نماید. در غیر این صورت، تنها اقدامی که از این طریق می‌تواند بنماید همانا ممنوع‌الخروج ساختن شوهر از کشور است که آن‌هم پر واضح است که تنها زمانی می‌تواند مقرر شود باشد که شوهر اساساً اهل خروج از کشور باشد و دیگر هیچ. راه نخست سریع است و کم هزینه و این‌ها شاید تنها حسن مسلم آن باشد. اما طریق دادگاه هم بطیء است و هم بالنسبه پر هزینه و پر زحمت و فنی که نهایتاً یا قادر است مال ارزشمندی را از شوهر معرفی نماید یا خیر. در صورت نخست باز هم می‌تواند امیدوار به وصول طلب خویش باشد اما در صورت ثانی که اکثریت قریب به اتفاق موارد را به خود اختصاص داده است یا باید از خیر وصول طلب بگذرد یا آن که در صورت عدم اثبات افسار مرد در دادگاه یا عدم تقسیط مهر که به موجب م ۲۷۷ ق.م دادگاه کاملاً مختار بدان است، تنها می‌تواند شوهر را به‌عنوان بدهکار، همچنان که گذشت مطابق قوانین جاری به زندان افکند که این هم برای او نمر خاصی در پی نخواهد داشت و صرفاً شاید بتواند اندکی از حس قابل درک انتقام‌جویی زن ایرانی را از این همه حق‌کشی و بیداد که در حق وی روا داشته‌اند، فرونشاند و لاغیر.

پس از ملاحظه مصیبت‌نامه‌ای که در واقع حکم دادخواهی بانوی ایرانی را از ستمی که سالیان متمادی است بر او رفته است و می‌رود، خواهد داشت بسیار معقول و موجه خواهد بود اگر به هنگام مراجعه زوج‌های جوان به محاضر ازدواج، جهت بستن پیوند زناشویی با درخواست‌هایی از سوی دختران و بانوان، به‌ویژه گروه‌های فرهیخته و تحصیل‌کرده و روشن ضمیر ایشان، در خصوص گنجاندن شروطی در ضمن عقد ازدواج، همچون: حق اختیار تعیین

منزل که خوشبختانه بالصرّاحه در م ۱۱۱۴ ق.م پیش‌بینی شده است، حق ادامه تحصیل، حق اشتغال به کار، حق مسافرت و امثالهم و از همه بالاتر اعمال حق طلاق به صورت مطلق و لایشرط مواجه باشیم.

آوردن تمامی شروط مذکور در ضمن عقد نکاح و ثبت آن در دفتر و سند، البته مشروط به تراضی و توافق طرفین نه قانوناً اشکالی دارد و نه شرعاً. تنها در خصوص مورد اخیرالذکر یعنی اعمال حق طلاق است که در عمل، اختلاف نظرهایی ملاحظه می‌شود و با توجه به آن‌چه که گذشت به نظر می‌رسد اگر این اختلاف نظرها از میان برخیزد و شرط مزبور نیز امکان درج در دفتر ثبت و سند ازدواج را بیاید تا حدودی کفه ترازوی نامتوازن روابط زن و مرد در روابط زناشویی به نفع بانوان تعدیل گردد. این همان ساز و کاری است که در ابتداء کلام وعده امکان بهره‌مندی از آن را در چهارچوب نظام حقوقی فعلی کشور جهت ایجاد برابری حقوق زن و مرد، دادیم.

میان سر دفتران محترم ازدواج، در خصوص گنجانیدن چنین شرطی ضمن عقد ازدواج اختلاف نظر وجود دارد. مخالفان با استناد به م ۱۱۱۹ ق.م معتقدند تنها مواردی که زن می‌تواند و کالتاً از جانب شوهر خود مبادرت به درخواست طلاق از دادگاه نماید، همان است که در این ماده پیش‌بینی شده است و لاغیر و موردی غیر از آن را مخالف با مقتضای عقد ازدواج می‌دانند و بلااثر. غافل از این که در تحلیل ماده مزبور به شدت دچار خبط و اشتباه شده‌اند. بهتر است نخست متن ماده قانونی مزبور را عیناً نقل نماییم و پس از آن به اشکالات نقطه نظر بالا پردازیم. م ۱۱۱۹ ق.م می‌گوید: ...طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. مثل این که شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غائب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آن‌ها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد.»

همچنان که دیدیم شروط چایی مندرج در دفاتر و اسناد ازدواج، ملهم از همین ماده قانونی است و آقایان با تمسک به این امر و عدم درک صحیح معنای مقتضای عقد موارد احصاء شده در ماده را موافق مقتضای عقد نکاح تلقی نموده، از برای ماده مزبور مفهوم مخالف قائل شده‌اند. بدین تفصیل که هر شرط دیگری خارج از موارد برشمرده در ماده، مخالف مقتضای عقد ازدواج بوده، نتیجتاً باطل خواهد بود. چراکه برابر م ۲۳۳ ق.م نیز شرط خلاف مقتضای عقد نه تنها باطل که مبطل عقد نیز محسوب شده است.

در مقام پاسخگویی به اشکال فوق، تحلیل معنای مقتضای عقد و شرط خلاف آن بایسته است.

حال ببینیم مقتضای عقد اساساً یعنی چه؟ ■

ادامه دارد...

حیما

پایستادی

لایحه پیش فروش

مجید سراجی کرمانی*

لایحه پیش فروش ساختمان که در حال حاضر در کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی در دست بررسی و کارشناسی است با هدف حمایت از خریداران و جلوگیری از سوءاستفاده‌های ناشی از نقل و انتقالات مکرر و معارض و منطقی نمودن این گونه معاملات تهیه شده است. با وجود آن که به نظر می‌رسد برای تهیه و تصویب چنین قانونی خیلی دیر اقدام کرده باشیم، با این حال چنانچه در این مرحله مقنن توفیق یابد لایحه‌ای کارشناسی شده، برپایه مبانی و اصول حقوقی و با ملاحظه واقعیات اجتماعی تهیه و تصویب نماید، دستاوردی بس مغتنم به‌شمار خواهد آمد. در این نوشتار به تحلیل و نقد لایحه پیشنهادی طی چند بند می‌پردازیم.

۱- انتقال سهمی از عرصه به پیش خریدار قهراً موجب تحقق مشارکت مدنی شده و این به معنای دادن حق دخالت خریدار در کلیه اقدامات و تصرفات فروشنده و ساخت و ساز و یا ممانعت از هرگونه ساخت و ساز و اقدام است. لذا اثر مشارکت مدنی که در لایحه مورد غفلت واقع شده است خود موجب تضییع حقوق فروشنندگان و سایر خریداران شده و توقف عملیات را در پی خواهد داشت. از همین رو ضروری است به موضوع «احداث اعیانی و تملک آن» برای پیش خریدار صرفاً از موضع «حق» نگریسته نشود تا پیش خریدار با اقساط آن مبادرت به سوءاستفاده از حقوق ناشی از مشارکت مدنی نماید بلکه موضوع مزبور باید عنوان «تکلیف» نیز برای خریدار پیدا کند.

۲- در متن لایحه از مراجع و یا اشخاص متعدد نام برده شده است که عبارتند از پیش خریدار، پیش فروشنده، بانک، بیمه، دفترخانه، ناظر، مجری.

برای هریک از این اشخاص یا طرف‌ها، حقوق یا تکلیفی پیش‌بینی شده است و در برخی موارد ملاحظه می‌شود که حقوق یا تکلیف این اشخاص مطلق نیست بلکه مشروط به تحقق شرایطی است و یا تحقق حقوق و تکلیف یک طرف مسبوق به حقوق یا تکالیف دیگران شده است. این امر موجب می‌شود در برخی موارد یک دور یا تسلسل غیرمنطقی حاصل شود. حلقه مفقوده در این بحث وجود یک شخص یا نهادی است که در این فرایند پیچیده و متعدد از ابتدا تا انتها تمام مراحل تحت نظارت وی انجام می‌شود و هریک از اشخاص در هر مرحله انجام تعهدات خود به او گزارش دهند یا انجام تعهدات دیگران را از طریق او تقاضا نمایند. و در صورت لزوم مرجع اثبات یا احراز انجام یا عدم انجام تعهدات هریک از طرف‌ها باشد.

* - وکیل دادگستری - مشهد.

۳- این قانون از حیث رعایت تعادل در طرف‌های ذینفع آن شباهت بسیار زیادی به قانون کار دارد. طرفداری و حمایت بیش از حد از کارگر، در عمل منجر به تعطیل شدن کارگاه‌ها و توقف کار و افزوده شدن بر خیل بیکاران بوده است و بدین طریق قوانین حمایتی در عمل نقش ضد-حمایتی ایفاء می‌نمایند. در لایحه پیش‌فروش ساختمان نیز مقررات حمایت از پیش‌خریدار نباید به گونه‌ای تنظیم شود که عملاً و ناخواسته به زیان پیش‌خریداران منجر شود.

۴- قلمرو شمول این قانون باید هم موسع باشد و هم مضیق. موسع باشد تا برخی از اشخاص حقیقی، حقوقی، دستگاه‌های دولتی، عمومی و نهادها نتوانند با برخی تفاسیر خود خود را از شمول آن خارج دانسته و موجبات زیان خریداران را فراهم نمایند. این نکته از این جهت که شهرداری تهران نیز از طریق تبلیغات گسترده و وسیع در صدا و سیما و جراید و بدون اخذ هرگونه مجوز قبلی اقدام به پیش‌فروش واحدهای مسکونی و اخذ سپرده از مردم نموده است محل تأمل است.

مضیق باشد تا موارد خاصی که از فلسفه و هدف وضع قانون خارج است در فرایند پیچیده و دست‌وپاگیر این قانون قرار نگیرد هدف اصلی از وضع این قانون جلوگیری از سوءاستفاده‌های موجود، کلاهبرداری در لباس قراردادهای و قولنامه‌های حقوقی و اجتناب از مبالغه‌آمیزی و زیان‌دیدگی اقشار ضعیف جامعه است که جز از طریق پیش‌خرید، قدرت خرید نقدی واحدهای مسکونی را ندارند. بنابراین به نظر می‌رسد حداقل در مواردی که قرارداد فی‌مابین اقرباء سببی یا نسبی طبقه اول واقع می‌شود، شمول قانون هیچ‌گونه ضرورتی نخواهد داشت، بدیهی است برای اجتناب از سوءاستفاده فروشندگان از این معافیت، باید این دسته از خریداران را از هرگونه انتقال حقوق خود قبل از اتمام کامل ساختمان و تفکیک و اخذ سند مالکیت ممنوع نمود.

۵- مراجعه پیش‌فروشندگان و پیش‌خریداران به دفاتر مشاوره املاک بک و واقعیت‌انکارناپذیر و غیرقابل اجتناب است. قانون‌گذار با اعمال ممنوعیت و تعیین وصف کیفی برای انجام معاملات غیررسمی تنها احکام خود را در معرض نقض و تخلف قرار خواهد داد. هیچ قاضی حتی با حکم صریح قانون نیز حاضر نخواهد شد به قولنامه‌های تنظیمی در بنگاه املاک قلم بطلان بکشد. اگر این چنین بود نیازی به وضع بسیاری بسیاری از قوانین در هفتاد سال اخیر نبود زیرا قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ در مواد ۴۶ تا ۴۸ قبلاً انتقال اموال غیرمنقول و حقوق واقع در آن را با سند عادی ممنوع اعلام کرده است اما دیدیم که در دهه‌های گذشته چگونه حقوق‌دانان و رویه قضایی با تفاسیر مختلف نص صریح قانون را نادیده انگاشته، مصالح و واقعیت‌هایی را که قانون‌گذار ندیده بود خود رأساً اعمال نمودند. البته می‌توان نظارت‌هایی را اعمال کرد مثلاً این قبیل معاملات را تنها در تعدادی محدود از بنگاه‌های مجاز دانست و این بنگاه‌ها از فرم‌های تیپ معین استفاده کرده‌و به ترتیبی نقش مقدماتی خود را برای معرفی طرفین به دفترخانه به خوبی ایفاء نمایند. بدیهی است باید اجرت یا حق کمی‌سینی هم به طور متعارف و منطقی برای این بنگاه‌ها در نظر گرفت. به هر حال صرف‌نظر از این که چه تدابیری اتخاذ کنیم، اساساً در پی حذف مشاورین املاک نباید باشیم.

۶- در هر جا که بحث خسارات وارده به پیش‌خریدار مطرح می‌شود ضروری است که به‌طور دقیق مصادیق و انواع خسارت تعیین شود در غیر این صورت هیچ دادگاهی در عمل به

پرداخت خسارات رأی نخواهد داد. زیرا برابر مقررات آیین دادرسی اثبات ورود خسارت برعهده خواهان (مدعی) است و خواهان در این موارد غالباً خسارت اصلی خود را خسارت ناشی از عدم‌التفع یا تورم اعلام می‌کند و چون به نظر محاکم اخذ مبلغ اضافه به نوعی شبه ربوی است و هیچ‌گونه دلیل شرعی یا قانونی برای پرداخت اضافه بر آنچه که خریدار پرداخت کرده است وجود ندارد لذا عملاً اعطاء حق مطالبه خسارت به خریدار در متن قانون، یک منت بلاوجه است. به همین دلیل است که بعد از اصلاح قانون چک مصوب ۱۳۵۵ و اعطاء حق مطالبه خسارت به دارنده چک، متعاقباً مجمع تشخیص مصلحت نظام ناگزیر گردید طی مصوبه‌ای مصادیق خسارات را احصاء کند و اعلام کرده که منظور از خسارات عبارت است از:

- ۱- هزینه‌های دادرسی ۲- حق‌الوکاله وکیل ۳- افزایش نرخ تورم بر اساس شاخص بانک مرکزی از تاریخ متن چک تا تاریخ پرداخت.

۷- ضمانت اجراها باید معقول، عملی و متناسب باشد. باتوجه به این که قرارداد بیمه براساس محاسبه و ارزیابی ریسک استوار است آیا در هنگام وقوع عقد پیش‌فروش و قبل از ایجاد اعیانی و مستحقات و تأسیسات ساختمان امکان محاسبه ریسک و درجه ریسک‌پذیری موضوع بیمه وجود دارد یا خیر؟ یقیناً نوع و تعداد تعهدات فروشنده در متن قرارداد و حتی شخصیت او از حیث سابقه و توانایی اقتصادی و اجرایی بر انجام کار در میزان ریسک و لذا در قرارداد بیمه مؤثر خواهد بود و از طرفی فسخ و انصراف از قرارداد فروش نیز می‌تواند مؤثر در قرارداد بیمه باشد با این وصف آیا تنظیم قرارداد بیمه ممکن است؟!

به همین ترتیب در متن لایحه پیشنهادی نکالیفی برای بانک و دفاتر اسناد رسمی (در ازاء مبلغی ناچیز) پیش‌بینی شده است. ضروری است همزمان نظر بانک مرکزی، کانون سردفتران و بیمه مرکزی نیز درباره لایحه پیشنهادی اخذ شود در غیر این صورت اجرای قانون به دلیل نادره گرفتن واقعیت‌های عملی و اداری، هیچ‌گاه ممکن نخواهد شد.

۸- ضروری است مقررات پیش‌فروش در بحث ضمانت اجرا و تا خاتمه کامل رابطه قراردادی و آثار ناشی از آن خواه در متن قانون یا آیین‌نامه به نحو کاملاً خودکفا و بدون نیاز به مراجعه با دادگستری انشاء شود زیرا اولاً مراجعه به دادگستری یعنی تحمیل عسر و حرج و شرایط سخت و ملالت‌آور و افتادن مال باخته در ورطه قوانین شکلی دادرسی است ثانیاً می‌توان گفت منع حقوقی نیز در ارجاع طرفین به دادگستری وجود دارد زیرا برابر سیاست‌های کلی نظام در بخش قضایی قوانین و مقررات باید به سوی قضازدایی و توسعه موارد حاکمیت و داورى سوق داده شود.

۹- یکی از اهداف اصلی از وضع این قانون، اجتناب از فروش یک واحد به اشخاص متعدد است. ضروری است تدابیری اتخاذ شود تا پیش‌فروشنده نتواند به‌طور موازی بیش از یک معامله بر روی یک واحد معین انجام دهد. یقیناً انتقال رسمی سهم مشاعی از عرصه (باتوجه به آنچه که راجع به واقعیت‌های اجتماعی مربوط به مراجعه طرفین به بنگاه‌های املاک گفته شد) کافی و وافی به مقصود نخواهد بود.

۱۰- عبارات کلیدی و تعیین‌کننده از قبیل پیش‌فروشنده، پیش‌خریدار، خسارات، تکمیل ساخت و... باید به‌طور دقیق تعریف شود. تعریف واژگان کلیدی باید ویژگی‌های ذیل را داشته باشد:

الف- جامع باشد (عمومیت و فراگیری قانون را بتواند تأمین کند و نقطه‌ای را برای گریز از قانون باقی نگذارد).

ب- مانع باشد (در مواردی که باید از شمول قانون استثناء و خارج شود، راهی برای ورود به حیطه این قانون باز نگذارد)

ج- انطباق با اصول و موازین حقوقی داشته باشد. مثلاً فروش سهم عرصه و اعیانی موجود نمی‌تواند پیش‌فروش نامید. از سوی دیگر تعهد به ساخت و تحویل در آینده نیز پیش‌فروش نامیده نمی‌شود بلکه در هر دو مورد بالا آن‌چه اتفاق می‌افتد جمعاً عبارت است از «فروش و تعهد به ساخت»

د- تعریف باید رسا و واضح باشد به گونه‌ای که محل تفاسیر مختلف قرار نگیرد.

ه- از هدف اصلی که قانون برای آن نوشته شده است پاسداری نماید و از فلسفه وجودی خود دور نشود.

و- باتوجه به این که پیش‌فروش و تعهدات آمده در پی آن، قراردادی آتی و مقطعی نیست بلکه فرایندی است متضمن انواع حقوق و تعهدات و برخی از این حقوق یا تعهدات در طول زمان ایجاد می‌شود. لذا به اصطلاح گفته می‌شود که عقد واقع شده فی‌مابین خریدار و فروشنده به اعتبار موضوعات آن می‌تواند منحل به عقود متعدده شود از قبیل بیع، تعهد به ساخت، تعهد به تفکیک و انتقال، تحویل، رهن، وکالت و غیره. لذا تعریفات و ضمانت اجراها باید قادر باشند روابط ناشی از همه این عقود را تأمین کنند زیرا در این قانون یک فرد ممکن است همزمان خریدار، رهن و وکیل باشد.

۱۱- به‌نظر می‌رسد میان ساخت و احداث و تحویل و انتقال سند تا زمان استقرار کامل خریداران در مجموعه مسکونی و اعمال قانون تملک آپارتمان‌ها، حلقه مفقوده‌ای وجود دارد و ضروری است تدابیری اتخاذ شود که فرایند ساخت و انتقال به خوبی بتواند به مرحله شمول قانون تملک آپارتمان‌ها (از حیث مدیریت مجموعه و هزینه‌ها و روابط میان مالکین و متصرفین و سازنده) پیوند بخورد.

۱۲- وجود تورم و افزایش قیمت‌ها در فاصله میان تنظیم قرارداد تا ساخت و تحویل و انتقال سند (اعم از هزینه‌های مصالح یا خدمات دولتی از قبیل عوارض و مالیات) موضوعی اجتناب‌ناپذیر است. همان‌طور که قانون موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ باتوجه به افزایش یا کاهش نرخ تورم، امکان تقاضای تعدیل اجاره را پیش‌بینی کرده است. پیش‌بینی تعدیل نرخ پایه در زمان ساخت کامل و تحویل در جهت افزایش یا کاهش (حسب مورد) شاید مناسب باشد البته بی‌گمان این موضوع در سایر ملاحظات و موارد مذکور در این قانون بی‌تأثیر نخواهد بود.

۱۳- باتوجه به اصل شرعی و قانونی آزادی اراده در تنظیم قراردادها، فروشندگان با درج شرط‌هایی در قرارداد و توافقاتی با خریدار ممکن است بسیاری از مقررات قانونی را نادیده گیرند. لذا ضروری است موارد آمره و غیرقابل‌عدول توسط طرفین قرارداد دقیقاً مشخص و تصریح شود. ■

قراردادهای دولتی

دکتر لیلا رئیسی*

منظور از قراردادهای دولتی، قراردادهایی است که دولت با یک فرد خارجی اعم از حقیقی یا حقوقی منعقد می‌سازد و از این روی قراردادهای مذکور قراردادهای دولت با اتباع بیگانه نیز نامیده می‌شوند. در سال‌های اخیر هرروزه بر تعداد قراردادهای دولتی یا قراردادهای دولت با اتباع بیگانه افزوده شده است. به‌ویژه با ایجاد سازمان جهانی تجارت و تمایل به رشد و توسعه تجارت جهانی، ضرورت استفاده از قراردادهای مذکور به‌ویژه برای کشورهای در حال توسعه افزایش یافته است.

از مهم‌ترین ویژگی‌های یک قرارداد دولتی نوعی عدم توازن و نابرابری در طرفین آن می‌باشد. برخی از حقوق‌دانان این عدم توازن را ناشی از ماهیت خاص این‌گونه قراردادها دانسته و معتقدند این عدم توازن هیچ‌گاه به‌طور کامل از بین نخواهد رفت. قراردادهای مذکور از لحاظ میزان توازن در روابط طرفین تاکنون سه مرحله را پشت سر گذاشته‌اند. یک مرحله زمانی است که طرف خصوصی دارای قدرت بی‌چون و چرا بوده و رابطه قراردادی کاملاً به نفع آن بوده است. در مرحله دوم قدرت طرف دولتی بر طرف خصوصی چیره گشته و با توسل به تدابیری همچون ملی کردن، طرف دولتی سعی نموده است طرف خصوصی را مهار کرده تا بهتر بتواند منافع خود را تأمین کند و نهایتاً در دوره سوم سعی گردیده است نوعی تعادل منطقی بین طرفین قرارداد ایجاد گردیده و از سلطه یک طرف بر طرف دیگر جلوگیری به‌عمل آید تا زمینه استفاده هرچه بیشتر از قراردادهای مذکور در امر سرمایه‌گذاری فراهم گردد.

قراردادهای دول با اتباع بیگانه از لحاظ موضوعی ناظر بر روابط بسیار گسترده اقتصادی و تجاری می‌باشند و به‌طور عمده شامل روابط تجاری (بیع کالا، خدمات، قراردادهای ساختمانی...) و سرمایه‌گذاری بین‌المللی (هم سرمایه‌گذاری مستقیم و هم سرمایه‌گذاری غیرمستقیم) می‌گردند. از جمله مهم‌ترین قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی قراردادهای نفتی می‌باشند که می‌توان گفت از ابتدایی‌ترین قراردادهای دول با اتباع بیگانه بوده و امروزه نیز جزء مهم‌ترین قراردادهای مذکور محسوب می‌شوند.

بحث در مورد نوع و ماهیت قراردادهای دولتی جزء مباحث حقوقی بسیار جنجالی و کشنده بوده است. طرف‌های خصوصی سعی نموده‌اند با توسل به مفاهیمی هم‌چون معاهدات بین‌المللی آن‌ها را در حد یک پیمان بین‌المللی بالا برده و در نهایت آن‌ها را تابع اصل وفای به عهد در

* وکیل دادگستری - اصفهان، عضو هیأت علمی دانشگاه.

معاهدات بین‌المللی تلقی نمایند. درحالی که طرفین دولتی به‌ویژه در کشورهای در حال توسعه کوشش نموده‌اند تا این گونه قراردادها را مشابه قراردادهای خصوصی داخلی با امتیاز برتری دولت نسبت به طرف خصوصی، تلقی نموده و لذا قایل به اختیارات وسیعی برای خود در آن‌ها بشوند.

غالب حقوق‌دانان معتقدند که قراردادهای دولتی دارای ماهیت و طبیعت ویژه و خاصی هستند که باعث تمایز این قراردادها از قراردادهای خصوصی و معاهدات بین‌المللی گردیده است، به‌نحوی که در عین این که این قراردادها از جهاتی با قراردادهای خصوصی شباهت‌هایی دارند، اما کاملاً در این دسته از قراردادها جای نمی‌گیرند و همین طور با وجود اشتراکاتی که با معاهدات بین‌المللی دارند، نمی‌توان آن‌ها را یک نوع معاهده بین‌المللی دانست، بلکه قراردادهای دولتی در میان سایر قراردادها دسته‌ای خاص را تشکیل می‌دهند و اگرچه از جهاتی چند با قراردادهای دیگر شباهت‌هایی دارند، اما به جهت برخورداری از ماهیت خاص، دسته‌ای متمایز را تشکیل می‌دهند.

ازجمله دلایل طرفداران ماهیت خاص قراردادهای دولتی، طرفین قراردادهای دولتی است. برخلاف قراردادهای خصوصی که دو طرف آن‌ها همیشه افراد خصوصی هستند و نیز معاهدات بین‌المللی که میان کشورها یا کشورها و سازمان‌های بین‌المللی منعقد می‌گردند، قراردادهای دولتی همیشه بین یک دولت و یک شخص خصوصی خارجی منعقد می‌گردد. بنابراین طرفین اصیل یک قرارداد دولتی همیشه دولت و یک شخص خصوصی خارجی است. برخلاف طرف خصوصی که ممکن است یک شخص حقیقی یا حقوقی خارجی باشد، طرف دولتی همیشه یک کشور است که از حق حاکمیت برخوردار می‌باشد و دارای شخصیت بین‌المللی است.

وصف بین‌المللی دولت موجب مزایا و حقوق ویژه‌ای برای آن می‌گردد که طرف خصوصی قرارداد به‌علت نداشتن این وصف نمی‌تواند از این حقوق و مزایا برخوردار گردد.

دولت‌ها از حقوقی همچون "اصل مصونیت قضایی"، "حق حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی"، "حق فسخ یک‌طرفه قراردادهای دولتی در راستای تأمین منافع عمومی جامعه" و "حق تغییر مفاد قراردادهای دولتی در جهت تأمین منافع عمومی" و غیره برخوردار می‌باشند. این امتیازات به‌ویژه باعث می‌گردد تا دست دولت، در قراردادهای دولتی، از طرف خصوصی قرارداد بازتر باشد. به همین علت طرف‌های خصوصی سعی نموده‌اند دولت‌ها را در جهت اعمال این حقوق با موانع و قیودی روبرو سازند. تلاش طرف‌های خصوصی قراردادهای دولتی جهت درج شروط ثبات دهنده در قراردادهای مذکور برای محدود کردن حق قانون‌گذاری طرف دولتی را می‌توان به‌عنوان نمونه نام برد، البته از آن‌جایی که حق قانون‌گذاری دولت به هیچ وجه قابل واگذاری یا معامله نمی‌باشد، دولت نمی‌تواند در ضمن یک قرارداد دولتی از حقوق و وظایف حاکمیتی خود از جمله حق قانون‌گذاری خود اعراض نماید، لذا امروزه درج شروط مذکور اساساً قابل پذیرش نمی‌باشد.

ازجمله حقوق دیگری که از وصف بین‌المللی دولت ناشی می‌گردد، حق فسخ یا تغییر یک‌طرفه قراردادهای دولتی به‌وسیله دولت طرف قرارداد می‌باشد. ملی کردن، یکی از حقوق مسلم و شناخته شده همه ملت‌ها است. مبنای حقوقی این حق "اصل حاکمیت دائمی ملت‌ها

بر منابع طبیعی شان" است که مکرراً به وسیله قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد مورد تصدیق قرار گرفته است.

برخی از حقوق دانان غربی سعی نموده‌اند با مقایسه نمودن این گونه قراردادها با عهدنامه‌های بین‌المللی و با استناد به اصل "لزوم وفای به عهد" حق فسخ یک‌طرفه دولت طرف قرارداد را نادیده بگیرند. به نظر آنان همان گونه که دولت‌ها باید به تعهدات خویش در عهدنامه‌ها و در برابر سایر دول وفادار باشند در قراردادها خود با اتباع و اشخاص خصوصی خارجی نیز باید از این اصل تبعیت کنند. در غیر این صورت نقض آن قراردادها توسط دولت مسئولیت بین‌المللی او را به دنبال خواهد داشت. ولی این یک قیاس مع‌القارق است. قرارداد سرمایه‌گذاری بین دولت و یک شخص خصوصی نه معاهده است و نه قابل قیاس با معاهده می‌باشد.

حق فسخ یک‌طرفه یا تغییر قرارداد از سوی دولت از آن‌جا که ناشی از وظیفه مهمی است که هر دولتی برعهده دارد و آن تأمین مصالح و منافع عمومی جامعه می‌باشد، مورد قبول اکثر حقوق دانان است و قابل انکار نمی‌باشد.

از جمله امتیازات دیگری که در قراردادهای دولتی، دولت نسبت به طرف خصوصی دارد "قانون مناسب" قرارداد است. در مواردی که بین طرفین یک قرارداد دولتی در خصوص قانون مناسب یا قانون حاکم بر قرارداد توافقی حاصل نشده باشد قانون کشور طرف قرارداد، از هر قانون دیگر حاکم بر قرارداد سزاوارتر می‌باشد.

مصونیت قضایی از جمله امتیازات دیگر دولت نسبت به طرف خصوصی در قراردادهای دولتی است. اعمال مصونیت قضایی در قراردادهای دولتی به این معنا است که هیچ دولتی نمی‌تواند به شکایت طرف خصوصی قرارداد علیه دولت طرف قرارداد بدون رضایت آن دولت رسیدگی نماید و یا حکمی را که علیه آن دولت از سوی مراجع داخلی صادر شده است به مرحله اجرا بگذارد. مخلص کلام این که قراردادهای دولتی دارای ماهیت خاصی می‌باشند و باید در دسته‌بندی قراردادها به ماهیت خاص آن‌ها توجه گردد. بی‌توجهی به ماهیت ویژه قراردادهای دولتی و تلقی آن‌ها به عنوان یک قرارداد خصوصی یا یک معاهده بین‌المللی اشتباه محض بوده و موجب نادیده گرفتن اصول اختصاصی حاکم بر قراردادهای مذکور و در نتیجه بروز نتایج بسیار ناخوشایندی می‌گردد. ■

قانون انتخابات ریاست جمهوری

تکالی اجمالی

مصوبه اخیر نمایندگان مجلس درباره

محمد شمعی*

چکیده

دموکراسی امروزه به عنوان شکل استاندارد حکومت برای بشر در حوزه‌های گوناگون زندگی اجتماعی نفوذ کرده است. تغییرات شگرف در اقتصاد و فرهنگ و... نشان از پذیرش و حداقل به جا آوردن آداب ظاهری این شیوه از حکمرانی نزد زمامداران است.^۱ نقطه آغازین شکل‌گیری دموکراسی در هر کشور مردم هستند. آنان پارلمان و دولت را به وکالت از جانب خود انتخاب می‌کنند و به نمایندگان اختیار قانون‌گذاری و تشکیل حکومت می‌دهند. تبلور اراده ملت با تفویض اختیار از سوی افراد جامعه به شخص نماینده، در قالب اشکال و مدل‌های پذیرفته‌شده گوناگون نظام‌های انتخاباتی به وسیله حکام ظاهر می‌شود. در این میان قوانین و مقررات انتخاباتی در تعیین رفتار رأی‌دهندگان و تضمین حقوق ملت و برگزاری انتخابات آزاد و منصفانه از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، تا جایی که برخی از پژوهشگران قوانین انتخاباتی را به علت آثار حقوقی و سیاسی آن به منزله قانون اساسی تلقی می‌کنند.^۲ از آنجا که «حکومت ایران جمهوری اسلامی است...»^۳ و «در جمهوری اسلامی ایران امور کشور باید به اتکاء آراء عمومی اداره شود...»^۴ بالطبع، انتخابات مهم‌ترین عامل در تعیین مقامات کشور محسوب می‌شود. از این رو در این مجال کوتاه نگاهی گذرا به تغییرات اخیرالتصویب قانون انتخابات ریاست جمهوری، برای تعیین متصدی این نهاد مهم مردمی خواهیم داشت.

نگاهی اجمالی به مصوبه اخیر نمایندگان مجلس

همه کشورهای دموکراتیک و نیمه دموکراتیک در نظام انتخاباتی‌شان ضوابط رفتاری و محدودیت‌هایی برای انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان از نظر شرایط سنی، تابعیت، موقعیت اجتماعی و دیگر موارد در نظر گرفته اند.^۵ کشور ایران نیز از این امر مستثنی نبوده و قانون‌گذار،

* کارشناس ارشد حقوق عمومی.

۱- برای اطلاعات بیشتر و بحث تفصیلی در این زمینه رجوع کنید به: ذکریا، فرید، آینده آزادی، ترجمه امیرحسین نوروزی، نشر طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۹ به بعد.

۲- ایوبی، حجت‌الله، اکثریت چگونه حکومت می‌کنند، نشر سروش، چاپ دوم، ۱۳۸۲، ص ۲۰۹.

۳- اصل اول قانون اساسی.

۴- اصل ششم قانون اساسی.

۵- برای اطلاعات بیشتر و بحث تفصیلی در این مورد رجوع کنید به: قاضی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، نشر دادگستر، چاپ پنجم، بهار ۱۳۷۹، ۲۰۲ به بعد و

متناسب با ماهیت نظام جمهوری اسلامی برای هر یک از انواع انتخابات، چه در قانون اساسی و دیگر قوانین و مقررات عادی تعیین شرایط نموده است. اما در این بین، انتخاب شخص رئیس جمهور و نهایتاً قرار گرفتن وی در رأس هرم قوه مجریه، به جهت اقتداری که این قوه بر دیگر قوا می‌تواند اعمال کند موضوعی متفاوت و مهم تلقی می‌شود. چنانچه می‌دانیم عمده کشورها در قوانین اساسی‌شان، به ذکر کلیات پرداخته و بحث از جزئیات را به جهت پرهیز از اطناب به قوانین عادی واگذار کرده‌اند. فصل نهم قانون اساسی اصلاحی ۱۳۶۸ جمهوری اسلامی ایران نیز طی اصولی شرایط کلی برای نامزدی رئیس جمهور را بیان و اصل ۱۱۶ نحوه برگزاری این انتخابات را به قانون عادی واگذار کرده است. در این راستا اولین قانون انتخابات ریاست جمهوری در تاریخ ۱۳۶۴/۴/۵ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که همچنان به قوت خود باقی است. اما نمایندگان مجلس نزدیک به هفت ماه مانده به انتخابات رئیس جمهور شرایط و مصادیق کاندیداها را تعیین کردند. بر این اساس کاندیداها علاوه بر شرایط مقرر در ماده ۳۵ قانون ۱۳۶۴ باید در طول زندگی سیاسی خود متصدی یکی از مقامات ذیل بوده باشند:

۱- رئیس جمهور، معاونین وی ۲- نمایندگان مجلس خبرگان رهبری، نمایندگان مجلس شورای اسلامی و نمایندگان منصوب مقام معظم رهبری در نهادها و استان‌ها ۳- رئیس قوه قضاییه، معاونین و رؤسای دیوان عالی کشور، سازمان بازرسی کل کشور، دیوان عدالت اداری، سازمان قضایی نیروهای مسلح و دادستان کل کشور ۴- اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام و دبیر آن و اعضای شورای عالی انقلاب فرهنگی و دبیر آن ۵- اعضای شورای نگهبان (فقها و حقوق دانان) ۶- وزراء ۷- امرا و سرداران و فرماندهان عالی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران ۸- رئیس سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران ۹- رؤسای سازمان‌ها و نهادهای کشور، سفرا، استانداران و شهرداران کلانشهرها ۱۰- مدرسین سطوح عالی حوزه‌های علمیه و اعضای هیأت علمی دانشگاه‌ها با مدارک علمی استادیاری و بالاتر ۱۱- رؤسای دبیران کل و قائم مقام آنان و دبیران سیاسی احزاب و جمعیت‌های سیاسی رسمی در سطح ملی و مدیران مسؤول و سردبیران روزنامه‌های کثیرالانتشار ۱۲- حقوق دانان و وکلای پایه یک با ۱۰ سال سابقه کار و مدیران غیردولتی در حوزه‌های صنعتی، اقتصادی و فرهنگی در سطوح ملی. همچنین شرط دارا بودن تحصیلات کارشناسی ارشد یا بالاتر یا معادل حوزوی آن به تبصره ۲ ماده ۱ این قانون اضافه شده است. دارا بودن سن حداقل ۴۰ و حداکثر ۷۵ سال از دیگر موارد مهمی است که می‌توان بدان اشاره نمود.

این مصوبه پس از ارسال به شورای نگهبان جهت بررسی عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی با ایراداتی روبرو شد که احتمالاً باید منتظر تعیین تکلیف آن در مجمع تشخیص مصلحت نظام باشیم. به عقیده شورای نگهبان شرایط انتخاب شوندگان در اصل ۱۱۵ قانون اساسی مشخص شده و اصلاحیه شرایط قانونی را توسعه داده و در مواردی محدود کرده است. همچنین اختیار تعیین شرایط رئیس جمهور در بند ۹ اصل ۱۱۰ به رهبر داده شده بود که پس از آن این مسؤلیت به شورای نگهبان واگذار شده است و آخرین ایراد آن که، بر اساس اصل ۳ قانون اساسی نباید تبعیض‌های ناروا وجود داشته باشد.

بنابر نظر نمایندگان مجلس، نبود شرایط فوق الذکر در قانون ۱۳۶۴ چنانچه در عمل نیز در دوره‌های قبل مصداق یافت، موجب شد افراد زیادی با صلاحیت پایین کاندیدای این سمت حساس گردند. البته وجود برخی شروط، از جمله داشتن مدرک تحصیلی کارشناسی ارشد و بالاتر یا معادل آن اگرچه ممکن است بسیاری از اشخاص شایسته و کارآمد را از چرخه انتخاب‌شوندگان خارج سازد اما وجود آن به جهت دلایل پیش گفته ضروری است. در مجموع به نظر می‌رسد می‌توان به راه‌حل‌های دیگری در این زمینه متوسل شد. مثلاً تحت شرایطی سابقه کار اجرایی مؤثر یا ارائه خدمات مفید یا سوابق علمی و پژوهشی را به عنوان جایگزین برای این شرط در مورد افرادی که فاقد مدرک هستند قرارداد. به‌رحال کسانی صلاحیت تصمیم‌گیری در امور عمومی را دارند که از سطح مشخصی از دانش بهره‌مند باشند.

اما کاندیداتوری افراد نظامی که بند ۷ مصوبه به آن پرداخته است نیز از گذشته مورد اختلاف بوده است. نظام انتخاباتی برخی از کشورها مانند مکزیک، پاراگوئه، ترکیه، آلبانی، بوسنی هرزگوین و... داشتن سمت نظامی را مانع نامزدی ریاست جمهوری می‌دانند، اما در مجموع قاعده کلی آن است که پیش از معرفی خود به شرکت در انتخابات استعفای خود را از سمت نظامی رسماً اعلام کنند. بنابراین معنی درخصوص کاندیداتوری افرادی که سابقه نظامی دارند در صورت استعفا وجود ندارد.

در خصوص شرایط سنی هم در بیشتر قوانین اساسی سن انتخاب شونده را بیشتر از سن انتخاب‌کننده قراردادده‌اند و این خود به دلیل لزوم کمال‌یافتگی و قوه تشخیص بیشتر برای احراز این سمت است. به‌طور قطع رئیس جمهور از لحاظ شرایط سنی باید به گونه‌ای باشد که از اداره امور ناتوان نبوده، که البته این هر دو مسأله‌ای نسبی است و در همه افراد اطلاق ندارد و باید تن به شرایط مقرر در قانون داد و تابع ملاک قانون‌گذار قرار گرفت، از این رو در مصوبه اخیر مجلس شرط سنی حداقل ۴۰ و حداکثر ۷۵ سال مناسب تشخیص داده شده است.

در مورد بند ۹ اصل ۱۱۰ قانون اساسی و ایرادی که از جانب شورای نگهبان ارائه شده نیز باید افزود که اختیار تعیین شرایط برای کاندیدای ریاست جمهوری به شورای نگهبان داده نشده، بلکه مطابق نص صریح قانون اساسی این شورا باید وجود شرایط مذکور در قانون اساسی (اصل ۱۱۵) را در مورد شخص نماینده تأیید کند.

اما مسأله بحث برانگیز دیگر به فراز اصل ۱۱۵ قانون اساسی مربوط بوده که مصوبه اخیر مجلس نیز در مورد آن سکوت اختیار کرده است. آیا منظور از کلمه «رجال» معنای لغوی آن یعنی مردان در مقابل زنان است یا صرف نظر از جنسیت معنای اعتباری شخصیت‌های مذهبی و سیاسی را به ذهن متبادر می‌سازد.^۶ به‌رحال این تعبیر مبهم قانون اساسی هنوز هم محل بحث بوده و برخی معتقدند اگر مرد بودن در ریاست جمهوری می‌خواست رعایت شود باید زن را از نمایندگی مجلس نیز محروم می‌کردند.^۷ به نظر می‌رسد در صورت وجود منع قانونی برای کاندیداتوری زنان در انتخابات ریاست جمهوری، نمایندگان مجلس در مصوبه اخیر

۶- هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، نشر میزان، جلد دوم، چاپ نوزدهم، زمستان ۱۳۸۶، ص ۲۷۰.

۷- مهرپور، حسین، حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، نشر اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۷۴، ص ۲۱۲ به بعد.

سکوت اختیار نمی‌کردند و این مسأله را به صورت شفاف و صریح مطرح می‌کردند و مصوبه اخیر در صورت تصویب نهایی از آنجا که در مورد شرط جنسیت سکوت کرده است می‌تواند زمینه‌ساز حضور زنان، به عنوان کاندیدای ریاست جمهوری باشد. بنابراین مطابق آنچه در اصل ۱۱۵ قانون اساسی و ماده ۳۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری آمده و با توجه به این که دولت ایران از امضا کنندگان میثاق حقوق مدنی و سیاسی است و میثاق مذکور تضمین کننده برابری حقوق زن و مرد است نمی‌توان زنان را از این سمت منع کرد.^۸

نتیجه

فارغ از پرداختن به نقش و کارکرد رئیس جمهور در نظام‌های ریاستی، پارلمانی و نیمه ریاستی و نیمه پارلمانی در حالت اخیر^۹ رئیس جمهور در ایران پس از مقام رهبری عالی‌ترین مقام رسمی کشور است^{۱۰} و در عالی‌ترین سطح اجرایی ریاست می‌کند. ریاست هیأت وزیران با اوست و بر کار وزراء نظارت و برنامه و خط مشی دولت را تعیین می‌کند.^{۱۱} وی در برابر ملت، رهبر و مجلس شورای اسلامی مسؤول بوده^{۱۲} و در برابر مجلس مسؤول اقدامات هیأت وزیران است.^{۱۳} در مجموع با نگاهی به قوانین انتخاباتی در ایران و دیگر کشورها دریافتیم که شرایط ویژه‌ای برای کاندیداتوری مقام ریاست جمهوری پیش‌بینی شده است که شامل شرایط سنی، صلاحیت‌های اخلاقی، سیاسی، اجتماعی و... می‌شود. بدیهی است وجود بیش از حد شروط دست و پاگیر و مبهم برای انتخاب شوندگان، مخدوش کننده اصول دموکراسی در دستیابی مردم به قدرت عمومی بوده و از طرف دیگر اغماض و بی‌توجهی به شرایط لازم و ضروری نیز به نوبه خود تضییع کننده مصالح مردم و حتی اختلال در جریان امور خواهد شد. کارآمدی هر نظام سیاسی در امر انتخابات بسته به رعایت حداقلی از اصول و معیارهای استاندارد و پذیرفته شده جهانی است. مطالعه منابع تطبیقی و استفاده از تجربه دیگر کشورها می‌تواند راهکار مناسبی برای رسیدن به این حداقل‌ها و تقویت و تکمیل نواقص کار باشد. ■

۸- رنجبر، وحید، مطالعه تطبیقی شرایط داوطلبان ریاست جمهوری، نشریه مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، سال ۱۱، شماره ۴۶، ص ۷۲.

۹- از آنجا که رئیس جمهور در ایران با رای مستقیم مردم در راس هیأت دولت قرار می‌گیرد و از طرف دیگر به اتفاق این هیأت در برابر مجلس پاسخگوست، از آن به رژیم نیمه ریاستی- نیمه پارلمانی تعبیر کرده‌اند. (برای اطلاعات بیشتر رجوع کنید به، رنجبر، احمد، جایگاه رئیس جمهور در رژیم‌های سیاسی مختلف، نشریه مرکز پژوهش‌های مجلس، سال ۱۱، شماره ۴۶، ص ۳۴) اما برخی دیگر رژیم ایران را به دلیل ماهیت خاص ساختاری آن در هیچ یک از انواع ریاستی، پارلمانی و یا نیمه ریاستی- نیمه پارلمانی قرار نمی‌دهند. (برای اطلاعات بیشتر در این زمینه رجوع کنید به، زارعی، محمد حسین، حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت در ایران، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۹)

۱۰- اصل ۱۱۳ قانون اساسی.

۱۱- اصل ۱۳۴ قانون اساسی.

۱۲- اصل ۱۲۲ قانون اساسی.

۱۳- اصل ۱۳۴ قانون اساسی.

حق بر آزادی پوشش و قانون ساماندهی مد و لباس

امید عارف کیا

۱. قانون ساماندهی مد و لباس

در سال ۱۳۸۵، مجلس شورای اسلامی قانون ساماندهی مد و لباس را تصویب نمود که قانون مذکور، پس از تأیید شورای نگهبان توسط رئیس جمهور نیز ابلاغ گردید و امروزه حکم قانونی لازم‌الاجراء را دارد. قانون ساماندهی مد و لباس، گامی در جهت دخالت دولت در پوشش افراد و سروسامان دادن به وضعیت لباس و پوشش بوده است. البته چنین دخالت دولت در نوع پوشش افراد پیش از این نیز در ایران سابقه داشته است که می‌توان از مهمترین آن‌ها، به قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس‌هایی که استفاده از آن‌ها در ملاء عام خلاف شرع است یا عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند؛ مصوب ۱۳۶۵/۲/۲۸ و همچنین تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی در خصوص مجازات زنانی که حجاب شرعی را رعایت نمی‌کنند، اشاره کرد. به مرحال، قانون ساماندهی مد و لباس، جدیدترین قانونی است که در این زمینه به تصویب رسیده و هدف از تهیه آن به‌گواه مواد همان قانون، ترویج الگوهای پوشش ملی، حفظ و تقویت فرهنگ و هویت اسلامی، هدایت بازار تولید لباس و ترغیب مردم به استفاده از لباس‌هایی با مدهای داخلی می‌باشد. در این مقاله، پس از بررسی مختصر قانون یازده ماده‌ای ساماندهی مد و لباس به تبیین حق بر آزادی پوشش در اسناد حقوق بشری پرداخته تا با شناخت بیشتر این حق، بتوانیم پاسخ دهیم که آیا مداخله دولت در نوع پوشش افراد در «قانون ساماندهی مد و لباس» برخلاف حق بر آزادی پوشش است یا خیر؟

۲. حق بر آزادی پوشش

حق بر آزادی پوشش در زمره حقوق و آزادی‌هایی است که کمتر به صورت مستقیم در اسناد حقوق بشری و در مقالات و پژوهش‌ها بدان پرداخته شده است در هیچ کدام از سه سند منشور بین‌المللی حقوق بشر یعنی اعلامیه جهانی حقوق بشر و همچنین میثاق حقوق مدنی و سیاسی و میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به صورت مستقیم به حق بر آزادی پوشش اشاره نشده است، ولی چنین حقی را می‌توان از خلال سایر حقوق و آزادی‌های اساسی و بنیادین شناخته شده در این اسناد استخراج نمود، چرا که حق بر آزادی پوشش یا مصداقی از این حقوق بنیادین بوده و یا وسیله‌ای برای تأمین این حقوق اساسی و بنیادین می‌باشد. براساس اعلامیه جهانی حقوق بشر «هرکس حق آزادی عقیده و بیان دارد و حق مزبور شامل آن است که از داشتن عقاید خود بیم و اضطرابی نداشته باشد و در کسب اطلاعات و افکار و در اخذ و انتشار آن به تمام وسایل ممکن و بدون ملاحظات مرزی، آزاد باشد»^۱ یکی از حقوق آزادی عقیده و آزادی انتشار عقیده، آزادی در پوشش است، همچنین اعلامیه مذکور در خصوص آزادی فکر، وجدان و مذهب، بیان می‌دارد: «هرکس حق دارد که از آزادی فکر، وجدان و مذهب بهره‌مند شود، این حق متضمن آزادی تغییر مذهب یا عقیده و همچنین متضمن آزادی اظهار عقیده و ایمان است...»^۲ یکی از جنبه‌های آزادی مذهبی، قطعاً آزادی در انتخاب

۱- کارشناس ارشد حقوق عمومی - مدرس دانشگاه.

۲- ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر.

۳- ماده ۱۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر.

نوع پوشش براساس اعتقادات مذهبی فرد است. به عبارت بهتر، یکی از ابزارهای بهره‌مندی از حق آزادی عقیده و بیان و حق آزادی مذهبی، آزادی در انتخاب پوشش است. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز در تأکید بر این حق بیان می‌دارد: «هر کس حق آزادی فکر، وجدان و مذهب دارد. این حق شامل آزادی داشتن یا قبول یک مذهب یا معتقدات به انتخاب خود، همچنین آزادی ابراز مذهب یا معتقدات خودخواه به طور انفرادی یا جماعت‌خواه به طور علنی یا در خفا در عبادات و اجرای آداب و اعمال و تعلیمات مذهبی می‌باشد»^۳

یکی دیگر از حقوق بنیادین که می‌توان حق بر آزادی پوشش را از آن احراز نمود، الزام به رعایت تساوی حقوق زنان و مردان است. یکی از موانع و محدودیت‌ها در تساوی که براساس جنسیت بر افراد بار می‌گردد، الزامات زنان در خصوص نوع پوشش آن‌ها می‌باشد. نکته جالب اهمیت، موضوع تساوی حقوق زنان و مردان است که موجب گردیده است تا اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقین هر سه در ماده ۳ خود به این تساوی اشاره نمایند.

کنوانسیون محرکلیه اشکال تبعیض علیه زنان نیز به برابری زنان و مردان در بهره‌مندی از کلیه حقوق اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، مدنی و سیاسی اشاره کرده^۴ و بر محو تبعیض در اشتغال^۵ و شرکت در فعالیت‌های تفریحی، ورزشی و فرهنگی^۶ تأکید نموده که لازمه محو تبعیض در کلیه موارد ذکر شده، عدم تبعیض در انتخاب پوشش و لزوم شناسایی حق بر آزادی پوشش برای زنان می‌باشد.

در هر حال، همان‌گونه که ملاحظه نمودید، حق بر آزادی پوشش یکی از حقوق شناخته شده انسان‌ها است که انکار آن، مستلزم نقض برخی دیگر از حقوق بنیادین بشر است. البته تنها محدودیتی که می‌تواند بر این حق بار شود، محدودیت مندرج در بند ۲ ماده بیست‌ونهم اعلامیه جهانی حقوق بشر یعنی رعایت نظم عمومی و حقوق و آزادی‌های دیگران آن هم با وضع قانون در یک جامعه دموکراتیک است. در این جا به‌عنوان مطلب پایانی باید یادآور شویم که دایره نظم عمومی هم باید بسیار مضیق تفسیر شده و هر دولتی حق ندارد به بهانه نظم عمومی و بدون ضرورت، اقدام به نقض حقوق و آزادی‌های اساسی افراد نماید.

۳. نتیجه‌گیری

در مطالب پیش گفته، مشخص گردید که حق بر آزادی پوشش یکی از حق‌های بشری بوده که هر چند در اسناد حقوق بشری مستقیماً اشاره‌ای به آن نشده، ولی می‌توان آن را از خلال حق آزادی عقیده و بیان، حق آزادی مذهب و همچنین حق برابری لزوم و عدم تبعیض بین زن و مرد، استخراج نمود، و حق بر آزادی پوشش، وسیله‌ای برای تأمین این حقوق بنیادین است. از طرف دیگر، معلوم شد که امکان مداخله دولت در این حق که از حیطة امور خصوصی افراد می‌باشد، بسیار محدود است. حال، با توجه به تمامی این سخنان می‌توان نتیجه گرفت که دولت نمی‌تواند با وضع قوانین در امر پوشش که از حیطة امور شخصی افراد است، مداخله نماید و قانون ساماندهی مد و لباس که برای دولت وظیفه برپایی نمایشگاه‌های مد و برای مردم الگوهای مشخص پوشش را تعیین نموده است، برخلاف حق بر آزادی پوشش می‌باشد. ■

۳- ماده ۱۸ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی.

۴- مقدمه کنوانسیون محرکلیه اشکال تبعیض علیه زنان.

۵- ماده ۱۱ کنوانسیون محرکلیه اشکال تبعیض علیه زنان.

۶- ماده ۱۳ کنوانسیون محرکلیه اشکال تبعیض علیه زنان.

ملاحظات پیرامون
آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا
و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی
مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۹
سید احمد باختر*

مقدمه

از یک طرف تصویب لایحه قانون اصلاح ماده (۳۴) اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و حذف ماده (۳۴) مکرر آن - مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۲۹ - مندرج در شماره ۱۸۳۶۸ - ۱۳۸۶/۱۲/۲۸ - روزنامه رسمی، موجب نسخ مواد متعددی از آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۵۵/۴/۶ - که مشروعیت خود را از ماده ۸ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت کسب کرده بود - گردید، و از طرفی تبصره ۲ ماده ۳۴ اصلاحی (قانون صدر الذکر) با این عبارت: «نحوه ابلاغ اجرائیه بازداشت مازاد مورد رهن و چگونگی ختم عملیات اجرایی و برگزاری مزایده و اعراض از رهن و سایر موارد به موجب آیین‌نامه‌ای است که ظرف مدت سه ماه از طرف سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تهیه و به تصویب رئیس قوه قضاییه خواهد رسید» زمینه ساز تصویب آیین‌نامه [جدید] اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی - مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۹ - گردید. این آیین‌نامه که در ۲۰۳ ماده و ۴۳ تبصره از تصویب رئیس قوه قضاییه گذشت و در روزنامه رسمی شماره ۱۸۵۰۹ - ۸۷/۶/۲۶ منتشر گردید مشتمل بر چهار فصل می باشد که نسبت به آیین‌نامه سابق یک فصل در ابتدای آن تحت عنوان (فصل اول - تعاریف) اضافه شده و سایر فصول به ترتیب - با افزایش شمارش عددی - کما فی السابق آمده است. در این مقاله مجال آن نیست تا به زوایای مختلف این آیین‌نامه مروری داشته باشیم. ولی با مطالعه تطبیقی - آیین‌نامه لاحق با آیین‌نامه سابق - به نقد و بررسی اجمالی برخی از فصول آن می‌پردازیم:

نقد و بررسی

اول - ابلاغ

ابلاغ از مهمترین مراحل عملیات اجرایی است به طوری که بعضی از حقوق‌دانان ابلاغ را آغاز عملیات اجرایی می‌دانند.^۱ از این جهت فصل سوم آیین‌نامه اختصاصاً و برخی از مواد در سایر فصول حسب مورد به ابلاغ توجه دارد.

* وکیل دادگستری و مدرس دانشگاه - کاشان.

۱ - جعفری لنگرودی، دکتر جعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۱، ص ۲۲۳.

۱- در ماده ۱۴ سابق پیش‌بینی شده بود که امر ابلاغ را می‌توان با وجود شرایطی به اداره دادگستری، بخشداری و دهمداری محول نمود. ولی با توجه به این‌که آیین‌نامه نمی‌تواند برای دیگر مراجع و ادارات ایجاد تکلیف نماید مراجع مذکور در ماده ۱۴ آیین‌نامه جدید حذف شد. اما با امعان نظر به این‌که نیروی انتظامی ضابط دادگستری بوده و سازمان ثبت نیز زیر مجموعه قوه قضاییه می‌باشد و در ماده ۸ قانون نیروی انتظامی امر ابلاغ و اجرا به عهده این نیرو محول شده، آیین‌نامه جدید نیز همچنان در صورت نبود مأمور ثبت امر ابلاغ را از وظایف نیروی انتظامی می‌داند.

۲- تبصره ماده ۱۴: «سازمان ثبت می‌تواند در امر ابلاغ اجرائیه- اخطاریه و سایر اوراق مربوطه از مأمورین شرکت پست یا شرکت‌های غیردولتی از طریق عقد قرارداد برابر مقررات استفاده نماید» تأسیس جدیدی است که به منظور تسریع در امر ابلاغ وضع شده است. در این خصوص چند نکته لازم به توضیح است:

۱-۲. عبارت «مأمورین شرکت پست یا شرکت‌های غیردولتی» بیانگر ترتیب عرضی است نه طولی.

۲-۲. در این حالت ابلاغ باید با پست سفارشی صورت پذیرد تا اولاً رسید آن در پرونده اجرا بایگانی شود. ثانیاً: ابلاغ شونده دفتر مخصوص مأمور مذکور را امضاء نماید.

۳-۲. منظور از شرکت‌های غیردولتی شرکت‌هایی است که مطابق قانون به ثبت رسیده و دارای شخصیت حقوقی مستقل بوده و موضوع فعالیت آن‌ها نیز ارسال مراسلات باشد مانند شرکت تی پاکس و شرکت بادی.

۴-۲. از جمله مقررات مورد نظر تبصره مذکور رعایت شرایط مناقصه است.

۳- بند (ه) ماده ۱۵ در اسنادی که اقامتگاه متعهد پست الکترونیک نیز قید شده باشد، ابلاغ اجرائیه در اداراتی که از سیستم رایانه استفاده می‌نمایند از طریق ارسال به پست الکترونیک صورت می‌گیرد. در این صورت پس از گذشت ۴۸ ساعت از تاریخ ارسال، اجرائیه ابلاغ شده محسوب می‌شود. تأسیس جدیدی است. این نحوه ابلاغ در مقابل ابلاغ به شیوه سنتی قرار گرفته و توجه ویژه به صنعت رایانه دارد. نکته قابل تأمل این‌که نباید از کلمه «نیز» در این بند استفاده شود که علاوه بر ابلاغ به شیوه سنتی ابلاغ به شیوه مذکور نیز باید صورت پذیرد و به عبارتی ابلاغ به یکی از دو طریق موجه و معتبر است.

۴- موارد رد مأمور اجرا در تبصره ۱ ماده ۱۵ این چنین پیش‌بینی شده: «مأمور اجرا نباید با کسی که اوراق اجرائیه یا سایر اخطارها و اوراق به او ابلاغ می‌شود، یا عملیات اجرائیه له یا علیه او انجام می‌شود، قرابت سببی یا نسبی تا درجه سوم از طبقه دوم داشته و یا بین او و شخص مورد نظر تعارض منفعت و یا پرونده اجرائیه و یا دعوی جزایی و مدنی باشد» در صورتی که در تبصره ۱ ماده ۱۵ سابق علاوه بر موارد مذکور، این قید نیز پیش‌بینی شده بود: «و یا آن‌که دعوی جزایی سابقاً مطرح بوده و در جنحه پیش از دو سال و در جنایی بیش از پنج سال از

تاریخ ختم آن نگذشته باشد بدین ترتیب در حال حاضر چنانچه بین مأمور اجرا و متعهد، سابقاً دعوی جزایی مطرح بوده و حکم قطعی شده باشد از موارد رد مأمور اجرا محسوب نمی‌شود. این سؤال متصور است که آیا موارد رد مأمور اجرا به مأموران نیروی انتظامی، شرکت پست و شرکت‌های غیردولتی نیز قابل تسری است یا خیر؟ در مقام پاسخ به این سؤال می‌توان گفت: با عنایت به این که در صدر تبصره ۱ ماده ۱۵ منحصراً از عبارت «مأمور اجرا» استفاده شده و ابلاغ توسط مأموران نیروی انتظامی، شرکت پست و شرکت‌های غیردولتی خلاف اصل و استثناء است و در استثنائات باید به قدر متیقن اکتفا کرد موارد رد به سایر مأموران قابل تسری و تعمیم نیست.

۵- ماده ۷۴ که جایگزین ماده ۸۱ سابق می‌باشد، برخلاف سابق، ابلاغ «واقعی» را منشاء اثر می‌داند. این ماده می‌گوید: «هرگاه متعهد له اظهار نماید که وجه نقد یا اموال منقول متعهد نزد شخص ثالثی است، آن اموال و وجوه تا اندازه‌ای که با دین متعهد و سایر هزینه‌های اجرایی برابری کند بازداشت می‌شود و بازداشت نامه به شخص ثالث ابلاغ واقعی و نیز به متعهد طبق مقررات ابلاغ می‌شود اعم از این که شخص ثالث حقیقی یا حقوقی و اعم از این که دین او حال یا مؤجل باشد.»

دوم- ترتیب اجرا

فصل چهارم آیین‌نامه اختصاص به ترتیب اجرا دارد. در این فصل به نکته قابل توجه در ماده ۲۲- که جایگزین ماده ۲۱ سابق می‌باشد- خواهیم پرداخت با این توضیح که در سایر مواد این فصل از نظر محتوا با آیین‌نامه سابق تفاوتی مشاهده نمی‌شود. ماده ۲۲ می‌گوید: «قیمت مالی که برای بازداشت معرفی می‌شود باید متناسب با دین بوده و نیز بلامانع بودن آن جهت استیفای موضوع لازم‌الاجرا از هر جهت محرز باشد. در صورتی که در ماده ۲۱ سابق به جای عبارت «برای بازداشت معرفی می‌شود» از عبارت «برای فروش نشان داده می‌شود» استفاده کرده بود. ناگفته مبرهن است که بازداشت مال، مقدمه فروش است تا بستانکار از این طریق استیفای طلب نماید. به عبارتی فروش در بازداشت مستتر است. از این جهت آیین‌نامه از کلمه «بازداشت» به جای «فروش» استفاده کرده که موجه و منطقی به نظر می‌رسد.

سوم- بازداشت اموال منقول

۱- مطابق ماده ۴۶، مأمور اجرا نمی‌تواند بدون تراضی کتبی طرفین اموال بازداشت شده را به اقوام و اقربای خود تا درجه سوم از طبقه دوم و یا متعهد له و متعهد و همسر آنان و به اشخاصی که با متعهد و متعهد له قرابت نسبی یا سببی تا درجه سوم از طبقه دوم دارند بپردازد. در صورتی که ماده ۵۲ سابق با عدم قید «طبقه دوم» دایره این محدودیت را وسیع‌تر پیش‌بینی کرده بود.

۲- برابر ماده ۴۹، چنانچه عملیات اجرایی پایان یابد و صاحب مال از دریافت آن امتناع ورزد و مراجعه نکند و حافظ هم راضی به ادامه حفاظت نباشد، رئیس ثبت محل از طریق مزایده اقدام به فروش مال نموده و آن را به هر مبلغی که خریدار پیدا کند به فروش می‌رساند و ثمن آن را در صندوق ثبت تودیع می‌نماید. درخصوص عبارت «به هر مبلغی که خریدار پیدا کند» این نکته قابل تأمل است که مبلغ مورد نظر این ماده به دو دلیل نباید از قیمتی که مزایده از آن شروع می‌شود کمتر باشد.

دلیل ۱: وحدت ملاک ماده ۱۲۶ همین آیین‌نامه است. این ماده می‌گوید: «... در صورتی که مال بازداشتی یا مورد وثیقه در جلسه مزایده خریدار پیدا نکند، مال... به قیمتی که مزایده از آن شروع می‌شود به پستانکار واگذار می‌شود...»

دلیل ۲: - که عقلی و منطقی است - این که نمی‌توان مال دیگری را به حراج گذاشت و به ثمن بحس فروخت.

۳- ماده ۶۲، تأسیس جدیدی است که واضح و روشن است و نیاز به توضیح ندارد. این ماده می‌گوید: «بازداشت اموال متعلق به شهرداری‌ها و وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی که درآمد و مخارج آن‌ها در بودجه کل کشور منظور می‌گردد با رعایت قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵/۸/۱۵ و قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیر منقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۴ صورت می‌گیرد.»

چهارم- ارزیابی

۱- به رغم تأکید ماده ۱۸ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری «در تمامی مواردی که رجوع به کارشناس لازم باشد به استثنای مواردی که در قوانین و مقررات جاری کشور به گونه دیگری برای وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی، شرکت‌های دولتی، نهادهای عمومی غیردولتی و سایر دستگاه‌های دولتی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر صریح نام می‌باشد، تعیین تکلیف شده است و یا مواردی که تابع قوانین و مقررات خاص می‌باشد، دستگاه‌های یاد شده در این ماده باید از وجود کارشناسان رسمی استفاده نمایند» به صورت پراکنده در مواد ۴۲ و ۱۳۴ ارزیابی اموال علاوه بر استفاده از کارشناسان رسمی دادگستری، توسط خبره نیز پیش‌بینی شده است که این امر برخلاف صریح قاعده آمره مذکور می‌باشد.

۲- تبصره ۲ ماده ۱۰۱ که مقرر داشته «در صورتی که یک سال از تاریخ قطعیت ارزیابی اموال غیرمنقول گذشته باشد به درخواست هر یک از طرفین تا قبل از تنظیم صورت مجلس مزایده ارزیابی تجدید می‌گردد» تأسیس جدیدی است که به لحاظ نوسان قیمت‌ها پیش‌بینی شده است. به عقیده نگارنده شایسته بود به منظور احتراز از رویه‌های متعدد در خصوص فرجه زمانی از تبصره ذیل ماده ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری: «در مواردی که انجام معاملات مستلزم تعیین قیمت عادلانه روز از طرف کارشناس رسمی است، نظریه اعلام شده حداکثر تا شش ماه از تاریخ صدور معتبر خواهد بود» تبعیت می‌شد.

۳- در ماده ۱۰۲ که جایگزین ماده ۱۰۹ سابق است جهات رد کارشناس به رغم تأکید ماده ۱۰۹ پیش بینی نشده است. با التفات به تبصره ۲ ماده ۱۸ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری که می گوید: «کارشناسان رسمی مکلفند در امور ارجاعی در صورت وجود جهات رد، موضوع را به طور کتبی اعلام و از مبادرت به کارشناسی امتناع نمایند...» حذف این مطلب خللی ایجاد نمی نماید.

۴- ماده ۱۰۳ که در خصوص دستمزد ارزیابی بوده^۲ و از ماده ۱۱۰ سابق کپی برداری شده است به عقیده راقم این سطور نه تنها از سیاست واحد تبعیت نکرده بلکه موجب بروز اختلاف سلیقه خواهد شد. مطلوب آن است که به منظور تبعیت از سیاست واحد و رفع اختلاف سلیقه حق الزحمه ارزیابی به تعرفه دستمزد کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۴/۵/۲۳ احاله شود.

پنجم- در مزایده

فصل دهم آیین نامه به مزایده اختصاص دارد و نکته حائز اهمیت این که برخلاف آیین نامه سابق، به منظور رفع اطاله عملیات اجرایی، مزایده در یک جلسه برگزار می شود. ماده ۱۲۶ در این خصوص بیان می دارد «مزایده حضوری است و در یک جلسه از ساعت ۹ تا ۱۲ برگزار می شود در صورتی که مال بازداشتی با مورد وثیقه در جلسه مزایده خریدار پیدا نکند مال با دریافت حق الاجرا و حق مزایده به قیمتی که مزایده از آن شروع می شود به بستانکار واگذار می شود و اگر مازاد بر طلب داشته باشد از بستانکار وصول می گردد.»

ششم - تخلیه و ختم عملیات اجرایی

تبصره ۱ ماده ۱۴۷ مقرر می دارد: «در محلهایی که قانون روابط موجر و مستأجر اجرا می شود اجاره نامه غیر رسمی از جهت تخلیه در حکم سند رسمی است.» این تبصره از تبصره ذیل ماده ۲۰۲ سابق کپی برداری شده که ناظر به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ می باشد. در حال حاضر با توجه به قانون مصوب سال ۷۶ به منظور احتراز از تفاسیر و برداشت های متفاوت ایجاب می نماید بعد از عبارت «قانون روابط موجر و مستأجر» قید «مصوب ۱۳۵۶» اضافه شود.

هفتم- امور متفرقه

فصل چهاردهم و پایانی آیین نامه، مقرراتی را در خصوص صدور اجراییه برخی از امور پیش بینی کرده که در مقایسه با مقررات فصل سیزدهم آیین نامه سابق مطالب ذیل قابل توجه است:

۲- ماده ۱۰۳ دستمزد ارزیابی با در نظر گرفتن درجه علمی و تجربه کارشناس رسمی یا خبره محلی و محل ارزیابی و نوع مال ارزیابی شده و میزان کار، توسط رئیس ثبت محل معین می شود.

۱- ماده ۱۸۳ صلاحیت ثبت را در خصوص درخواست اجرای چک منحصر به ثبت محلی می‌داند که بانک طرف حساب صادرکننده چک در آن محل واقع است. به عقیده نگارنده در وضع این ماده آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره‌های ۶۸۸-۸۵/۳/۲۳ و ۶۶۹-۸۳/۷/۲۱- که در حکم قانون است- مورد توجه قرار نگرفته است. در رأی شماره ۶۸۸ دارنده چک می‌تواند تخیراً به دادگاه محل وقوع عقد یا قرارداد، یعنی محل صدور چک یا به دادگاه محل انجام تعهد یعنی محل استقرار بانک محال علیه یا با عنایت به قاعده عمومی صلاحیت نسبی موضوع ماده ۱۱ ق.آ.د.م برای اقامه دعوی به دادگاه محل اقامت خواننده مراجعه کند. و در رأی شماره ۶۶۹ در رویه متداول سیستم یک پارچه بانک‌ها، به دارنده چک اختیار داده شده است که علاوه بر شعبه افتتاح حساب، وجه آن از سایر شعب نیز مطالبه شود. بنابراین در صورت مراجعه دارنده به سایر شعب و صدور گواهی عدم پرداخت، دادگاه محل وقوع جرم صالح به رسیدگی خواهد بود. بانطبع دارنده می‌تواند در دادگاه محل وقوع جرم نیز دادخواست ضرر و زیان تقدیم نماید. بدین ترتیب ایجاب می‌نماید این ماده قلمرو صلاحیت را با توجه به مفاد آراء مذکور توسعه دهد.

۲- ماده ۱۸۸ می‌گوید: «اگر عدم پرداخت وجه چک به علت عدم مطابقت امضای زیر چک به امضای کسی که حق صدور چک را دارد و هم چنین فقدان مهر در اشخاص حقوقی باشد، در اداره ثبت اجراییه صادر نخواهد شد.» قسمت اخیر این ماده در ماده ۲۵۰ سابق پیش بینی نشده بود. برابر قواعد عمومی حاکم بر صدور چک متعلق به اشخاص حقوقی، چک می‌بایست ممهور به مهر شخص حقوقی باشد. در غیر این صورت چک کاملاً صحیح صادر نشده و دلالت بر اشتغال ذمه صاحب حساب ندارد. مسؤولیت مدنی هم متوجه امضاءکننده چک می‌باشد که مستلزم رسیدگی قضایی است.

۳- ماده ۱۹۱ با این بیان که: «در مواردی که صاحبان حساب متعدد بوده و چک با امضای احدی از آنان باشد اجراییه علیه امضاءکننده نسبت به مبلغ چک صادر می‌گردد.» تأسیس جدیدی است که در آیین‌نامه سابق پیش بینی نشده بود گرچه چک مزبور ناقص است ولی این ادعا در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد نبوده و مسؤولیت مدنی متوجه صادرکننده است.

۴ از مواد طلایی این آیین‌نامه ماده ۲۰۱ می‌باشد. به موجب این ماده در مواردی که متعهد در اجرای ماده ۱۷ قانون گذرنامه ممنوع الخروج گردیده باشد، چنانچه شخص ممنوع الخروج بنا به ضرورت بخواهد برای یک نوبت حداکثر به مدت شش ماه از کشور خارج شود، خود یا شخص ثالث می‌بایست ملکی را جهت تضمین مراجعت مدیون به کشور معرفی نماید. در این ماده مشخص نشده که تشخیص ضرورت یا عدم آن به عهده چه شخصی است؟ و این که آیا این تشخیص قابل اعتراض می‌باشد یا خیر؟ در صورت قابل اعتراض بودن، مرجع آن کدام است؟ به تعبیر دیگر این ماده باب اعمال سلیقه را باز گذاشته است که ایجاب می‌نماید به منظور جلوگیری از اعمال سلیقه احتمالی با اصلاح این ماده موارد مذکور پیش‌بینی شود. ■

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

دکتر زنا قراچورلو*

- قسمت دوم و پایانی -

خ- حذف اجرت المثل و نخله از لایحه دولت

در ماده سی و یکم لایحه پیشنهادی قوه قضاییه به مسأله اجرت المثل اشاره شده است با این مضمون که:

«هرگاه زن پس از طلاق حق الزحمه کارهایی را که شرعاً برعهده وی نبوده است، مطالبه نماید دادگاه سعی در تأمین خواسته وی از طریق تصالح می‌نماید. در صورت عدم تصالح چنانچه در این خصوص شرطی ضمن عقد یا عقد خارج لازم شده باشد، مطابق آن عمل می‌شود و گرنه در صورتی که زن کارهایی را که شرعاً برعهده وی نبوده است، به دستور شوهر و بدون قصد تبرع انجام داده و عرفاً برای آن اجرت المثل باشد، دادگاه اجرت المثل کارهای مذکور را با جلب نظر کارشناس محاسبه و حکم به پرداخت آن می‌نماید.»

همچنین در انتهای ماده یاد شده به نخله اشاره است با این مضمون که «اگر در غیر مورد مذکور با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهای انجام شده و توانایی مالی شوهر، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نخله) برای زن تعیین می‌نماید.»

این ماده به طور کامل در لایحه تنظیمی هیأت دولت حذف شده است در حالی که در برخی موارد و بعضی از دعاوی خانوادگی شاید با وجود همین اجرت المثل که در صورت تقاضا و درخواست طلاق دادن زن توسط مرد، پرداخت آن طبق قانون برعهده زوج گذارده شده بود، امکان آن وجود داشت که زوج را از درخواست طلاق خود منصرف نمود و یا حتی با اعمال فشار مالی بر مرد برای پرداخت اجرت المثل همسر اول، (که به حقیقت یک حق بسیار جزئی و ساده برای بعضی از زنانی است که سالها در زندگی مشترک خود و در خانه شوهرشان زحمت کشیده‌اند و به ویژه برای زنانی که درآمد مالی و یا شغل مستقلی ندارند و به لحاظ اقتصادی و مالی نیز در تنگنا و مضیق هستند) بسیاری از هوسرانی‌های مردان محدود یا کاملاً غیرممکن می‌شد و اگر مردان خودشان می‌خواستند که همسر خود را طلاق دهند، مکلف به پرداخت مبلغ اجرت المثل (و یا نخله برحسب مورد به تشخیص و تعیین دادگاه ذیربط) می‌شوند.

در واقع لایحه پیشنهادی دولت با حذف نابجای ماده سی و یکم لایحه قوه قضاییه (مبنی بر الزام مردان به پرداخت اجرت المثل در صورت تقاضای طلاق از طرف خود آن‌ها) علاوه

* وکیل دادگستری / استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز.

بر موارد دیگر، مفهوم و معنای حمایت از حقوق خانواده و دقیق‌تر بگوییم حقوق زنان را آشکارا مخدوش نموده است!

د- وضعیت شغل و کار زنان طبق لایحه جدید

در لایحه پیشنهادی هیأت دولت به موجب ماده آخر یعنی ماده پنجاه و سه بیان شده است که از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون، قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ (البته علاوه بر دیگر قوانینی که در ماده یاد شده نام برده شده است) کاملاً منسوخ می‌شود که همین مسأله عملاً باعث می‌شود تا در صورت تصویب لایحه دولت، وضعیت اشتغال زن به همان وضعیت مندرج در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی^۲ بازگردد، یعنی شوهر می‌تواند حتی بدون مراجعه به دادگاه و صرفاً با تشخیص خود، زن را از کار و حرفه یا صنعت‌اش منع کند و این زن است که در چنین شرایطی باید برای احقاق حق کار و شغل یا صنعت خود در اجتماع به دادگاه دادخواست دهد و گاهی حتی ماه‌ها به طول می‌انجامد تا این زن بتواند ثابت کند که شغل یا صنعت وی با مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا شوهرش منافاتی ندارد و این راه بسی عبث و طولانی است.

در حالی که طبق ماده هجدهم قانون حمایت از خانواده^۳ سال ۱۳۵۳، اولاً مرد فقط می‌توانست با مراجعه به دادگاه و تأیید دادگاه مانع از اشتغال همسر خود شود، ثانیاً این حق برای هر دو طرف یعنی هم زن و هم شوهر شناخته شده بود و زن نیز می‌توانست در صورتی که شغل یا صنعت همسر خویش را منافی با حیثیات خود یا شوهر خود یا مصالح خانوادگی‌شان می‌دانست، چنین تقاضایی از دادگاه نماید.

ذ- حق ولایت مادر به موجب لایحه جدید

بر اساس ماده ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱^۴ قانون مدنی، ولایت حق انحصاری پدر و جد پدری دانسته شده اما طبق ماده پانزدهم قانون حمایت از خانواده ۱۳۵۳، مادر را هم علاوه بر پدر و جد پدری شایسته ولایت طفل دانسته است، لیکن با لغو کامل قانون سابق حمایت از خانواده ۱۳۵۳ در ماده پنجاه و سوم لایحه جدید تنظیمی دولت و در صورت تصویب آن، عملاً ولایت مادر ساقط می‌شود و وضعیت دوباره به حالت سابق یعنی ولایت انحصاری پدر و جد پدری در قانون مدنی بازمی‌گردد. اگرچه لایحه جدید ظاهراً در مورد ولایت مادر ساکت است اما با توضیح فوق کاملاً روشن است که در صورت تصویب شدن لایحه جدید دولت، مادر هیچ‌گونه ولایتی بر فرزند خود نخواهد داشت و فقط پدر و جد پدری حق اداره اموال فرزندان صغیر خود

۲- ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی: «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود بازن باشد، منع کند.»

۳- ماده ۱۸ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵: «شوهر می‌تواند با تأیید دادگاه، زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود با زن باشد منع کند، زن نیز می‌تواند از دادگاه چنین تقاضایی بنماید. دادگاه در صورتی که اختلافی در امر معیشت خانواده ایجاد نشود، مرد را از اشتغال به شغل مذکور منع می‌کند.»

۴- ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی: «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد و همچنین است طفل غیر رشید یا مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به منفر باشد.»

۵- ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی: «هر یک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند.»

را تحت ولایت و قیمومت دارند و مادر حتی بعد از درگذشت پدر فرزند خود، فقط حضانت و نگهداری فرزند صغیرش را به عهده خواهد داشت اما در اموال وی نمی‌تواند تصرف کند! ماده چهل و یکم لایحه جدید دولت بدون آن که در مورد ولایت مادر صحبتی کند، به‌طور ضمنی و محدود اختیار استفاده از مستمری فرزندش را برای تأمین هزینه‌ها و مخارج متعارف زندگی وی به او داده است! این ماده اساساً در لایحه پیشنهادی قوه قضاییه وجود نداشته و توسط هیأت دولت اضافه شده است.

ر- مغایرت‌های لایحه جدید با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

لایحه جدید حمایت از خانواده چه از لحاظ شکلی و چه ماهوی و محتوای آن، مغایرت‌های بسیاری با مفاد قانون اساسی دارد. این لایحه فاقد هرگونه مقدمه توجیهی است درحالی که طبق مفاد اصل صد و سی و چهارم آیین‌نامه داخلی مجلس، زمانی که دولت لایحه‌ای را به مجلس ارائه می‌دهد باید دارای مقدمه‌ای شامل ایرادها، ابهامات، تعارضات، خلاءها و کاستی‌های موجود در مقررات فعلی و نیز ضرورت و لزوم تدوین چنین مقرراتی و این که اساساً برای رفع چه مشکل یا مشکلاتی و مشکل چه افرادی (!) تدوین شده است، باشد.

از لحاظ ماهوی به جای تدوین چنین لایحه‌ای، بهتر بود تا مفاد قانون مدنی (جلدهفتم) اصلاح شود تا قوانین موازی با آن نداشته باشیم. از نظر مقایسه لایحه و تعارض‌های آن با مفاد قانون اساسی به عنوان قانون مادر و بنیادی‌ترین قانون ایران، اصل بیست و یکم قانون اساسی مربوط به حمایت از حقوق زنان است که متأسفانه به‌هیچ‌وجه در لایحه مورد توجه کامل قرار نگرفته و از تمام مفاد اصل یاد شده فقط بند سوم آن یعنی ایجاد دادگاه صالحه برای حفظ کیان و بقای خانواده مدنظر قرار گرفته است و بندهای دیگر این اصل، همچون ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن، حمایت از زنان باردار، ایجاد بیمه خاص بیوگان و زنان سالخورده و اعطای قیمومت فرزندان به مادران نادیده گرفته شده است. همین‌طور بند نهم از اصل سوم قانون اساسی (رفع تبعیض‌ها)، بند چهاردهم از اصل سوم (ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی همگان در برابر قانون)، اصل دهم (استواری روابط خانوادگی) که تمام موارد یاد شده از جمله وظایف دولت بر شمرده شده و نیز اصل صد و پنجاه و ششم که قوه قضاییه را احیاکننده عدالت و ناظر بر حسن اجرای عدالت دانسته است، نقض شده‌اند.

ز- تعارض‌های لایحه با موازین بین‌المللی حقوق بشر و تعهدات بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران

در بند اول ماده دوم^۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب دهم دسامبر ۱۹۴۸ کمیسیون حقوق بشر سابق سازمان ملل متحد، تبعیض بر اساس جنسیت ممنوع و در ماده اول آن اعلامیه^۷

۶- ماده دوم اعلامیه جهانی حقوق بشر (بند اول): «هر کس می‌تواند بدون هیچ‌گونه تمایز مخصوصاً از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا هر عقیده دیگر و همچنین ملیت، وضع اجتماعی، ثروت، ولادت یا هر موقعیت دیگر از تمام حقوق و کلیه آزادی‌هایی که در اعلامیه حاضر ذکر شده است، بهره‌مند گردد».

۷- ماده اول اعلامیه جهانی حقوق بشر: «تمام افراد بشر آزاد به دنیا می‌آیند و از لحاظ حیثیت و حقوق با هم برابرند. همه دارای عقل و وجدان هستند و باید نسبت به یکدیگر با روح برادری رفتار کنند».

تیز به برابری حقوق زن و مرد تأکید شده است و طبق ماده شانزدهم آن، زن و شوهر در خانواده و انحلال آن دارای حقوق برابر می‌باشند.^۸ همین‌طور در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، هر دو مصوب شانزدهم دسامبر ۱۹۶۶ (آذرماه ۱۳۴۵) که دولت وقت ایران در سال ۱۳۴۷ آن‌ها را امضاء و در اردیبهشت سال ۱۳۵۴ به تصویب نهایی مجلس شورای ملی آن زمان رسانده است، در ماده سوم خود به برابری زن و مرد و عدم اعمال هرگونه تبعیض میان آن‌ها تصریح شده است و این ماده در هر دو میثاق با عبارات یکسان و عیناً مشترک می‌باشد.

همچنین در مقدمه منشور سازمان ملل متحد و در ماده اول آن (بند سوم)^۹ به صراحت به برابری جنسیتی و عدم اعمال هرگونه تبعیض بین زن و مرد تأکید شده است. موارد فوق همه از جمله تعهدات بین‌المللی دولت ایران هستند و طبق موازین حقوق بین‌الملل، تغییرات رادیکال و بنیادین همچون جنگ، کودتا، انقلاب و حتی جانشینی کشورها در صورت فروپاشی و تجزیه حاکمیت آن‌ها نیز نمی‌تواند اعتبار و قوت کنوانسیون‌های حقوق بشر را که در راستای حمایت از حقوق و کرامت انسانی افراد هستند، بی‌اعتبار و مخدوش سازد. بنابراین، این معاهدات و میثاقین همچنان پس از انقلاب اسلامی نیز به اعتبار خود باقی هستند و دولت جمهوری اسلامی ایران براساس موازین بین‌المللی ملزم به رعایت آن‌ها می‌باشد. لازم به ذکر این نکته مهم است که به موجب مفاد ماده صد و سوم^{۱۱} منشور سازمان ملل متحد، در صورت تعارض تعهدات دولت‌ها طبق موافقت‌نامه‌های بین‌المللی با تعهدات آن‌ها به موجب منشور یاد شده، تعهدات آن‌ها براساس منشور مذکور، اولویت خواهد داشت و باید اجرا گردد.

نتیجه‌گیری

۱- لایحه جدید به اصطلاح حمایت از خانواده که به نظر می‌رسد فقط عنوان آن حمایت از خانواده می‌باشد، بیشتر یک لایحه مربوط به نحوه رسیدگی، آیین دادرسی و جزئیات مربوط به تشکیل دادگاه‌های خانواده است که آن هم چندان امر نوین و جدیدی محسوب نمی‌شود و بسیاری از مواد لایحه پیشنهادی جدید، قبلاً وجود داشته است.

۸- ماده شانزدهم اعلامیه جهانی حقوق بشر: ۱- هر زن و مرد یکنواختی حق دارند بدون هیچ‌گونه محدودیت از نظر نژاد، ملیت، تابعیت یا مذهب با هم‌دبگر زناشویی کنند و تشکیل خانواده دهند. در تمام مدت زناشویی و هنگام انحلال آن، زن و شوهر در کلیه امور مربوط به ازدواج، دارای حقوق مساوی هستند. ۲- ازدواج باید با رضایت کامل و آزراده زن و مرد واقع شود. ۳- خانواده رکن طبیعی و اساسی اجتماع است و بحق دارد از حمایت جامعه و دولت بهره‌مند شود.

۹- ماده سوم هر دو میثاق یادشده مقرر می‌دارد: «دولت‌های طرف این میثاق متعهد می‌شوند که تساوی حقوق زنان و مردان را در استفاده از حقوق مدنی و سیاسی پیش‌بینی شده در این میثاق تأمین کنند».

۱۰- بند سوم ماده اول منشور سازمان ملل متحد (مصوب ۲۶ ژوئن ۱۹۴۵) مقرر می‌دارد: «حصول همکاری بین‌المللی در حل مسائل بین‌المللی که دارای جنبه‌های اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی یا بشردوستانه است و در پیشبرد و تشویق احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی برای همگان بدون تمایز از حیث نژاد، جنس، زبان یا مذهب و...» در واقع ماده اول منشور اهداف اصلی از تأسیس سازمان ملل متحد را بیان می‌دارد و یکی از آن‌ها که در همین بند سوم مطرح شده است، حصول همکاری بین‌المللی از راه احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی افراد برای همه از جمله زن و مرد و بدون تبعیض می‌باشد.

۱۱- ماده ۱۰۳ منشور سازمان ملل متحد: «در صورت تعارض بین تعهدات دولت‌های عضو سازمان ملل متحد به موجب منشور حاضر و دیگر تعهدات آن‌ها به موجب سایر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی، تعهدات دولت‌ها به موجب منشور حاضر غالب و مجری خواهد بود».

۲- یکی دیگر از ایرادات مهم این لایحه آن است که به جای حمایت از کل خانواده و تمام اجزای شاکله آن، تنها از مردان خانواده حمایت می‌کند! این لایحه با نگاهی کاملاً مردسالار و بدون حضور هیچ زنی (با هر طرز فکر و عقیده یا هر میزان تحصیلات و سواد) و ظاهراً فقط برای رفع مشکل بعضی از مردانی که قصد ازدواج مجدد (به ویژه بدون اطلاع و رضایت همسر اول خود) را داشته‌اند، تدوین شده است. سیاست دولت بر تحکیم بنیان خانواده بیش از پیش تأکید دارد، در حالی که منظور اصلی این شعار عبارت است از این که زنان باید کار خانگی بکنند و در درجه نخست به وظایف مادری‌شان بپردازند، نه این که به عنوان فردی مستقل درباره سرنوشت خود تصمیم بگیرند.

۳- در این لایحه بدون توجه به هر مورد تقاضای ازدواج مجدد و شرایط فردی و اجتماعی موجود در آن مورد، به وضع یک قاعده کلی (خصوصاً در ماده بیست و سوم آن) پرداخته است که طبق آن قاعده عمومی و کلی به دادگاه این مجوز را می‌دهد که به صرف ادعای تمکن مالی از طرف مرد (بدون هیچ گونه تحقیق و بررسی یا در نظر گرفتن دیگر شرایط مثل نیازهای عاطفی و روحی همسر اول یا غیره) و همچنین ادعای اجرای عدالت از طرف مرد (که آن هم یک امر ادعایی، اعتباری و فرضی و کاملاً نسبی است نه مطلق و ضمناً دادگاه هیچ گونه راهکار و مکانیسمی برای تعیین صحت و سقم ادعای مرد و یا مراقبت و کنترل بعدی اجرای عدالت در زندگی شخصی و حریم خصوصی وی پس از ازدواج مجدد ندارد)، اجازه ازدواج مجدد مرد را صادر نماید!

۴- غیر ضروری کردن ثبت نکاح منقطع یا صیغه و حذف مجازات حبس تعزیری در لایحه جدید برای مردانی که ازدواج مجدد خود را ثبت نمی‌کنند و تبدیل مجازات حبس به پرداخت مبلغ پنجاه هزار تومان تا دو میلیون تومان جزای نقدی، تنها به نفع مردان است و به نوعی تخفیف مجازات محسوب می‌شود و امنیت زندگی زنان دوم را به خطر می‌اندازد.

۵- ازدواج مجدد برای مرد باید تنها در صورت احراز شرایط استثنایی و ضروری برای مرد یا شرایط استثنایی فردی و اجتماعی برای زن (و در هر مورد با بررسی کارشناسانه جداگانه) توسط دادگاه مجاز شناخته شود نه آن که صرفاً با وضع یک قاعده کلی در ماده بیست و سوم لایحه به نوعی آن را ترویج و توسعه دهد و در واقع دست دادگاه را برای ازدواج مجدد مردان (آن هم به طور سلیقه‌ای) باز بگذارد. جای بسی تعجب است که لایحه‌ای با نام و داعیه حمایت از خانواده و تحکیم کانون آن، بیشتر به فروپاشی بنیان‌های آن دامن می‌زند.

۶- در خصوص طلاق توافقی، طبق مواد ۲۶، ۲۷ و ۲۹ و تبصره‌ی ماده ۱۹ این لایحه بدون نیاز به حضور در دادگاه و با تأیید مرکز مشاوره‌ی امور خانواده در دفترخانه و بدون داوری جاری می‌شود. با تأکید بر این که طلاق توافقی را نباید خیلی ساده و آسان گرفت، در لایحه‌ی حمایت خانواده باید تجدیدنظر صورت بگیرد.

در تاریخ چهارم آذرماه سال ۱۳۸۷ کمیسیون فرهنگی مجلس در مقابل حذف ماده ۲۳ واکنش نشان داد و پیشنهاد زیر را به تلاش نمایندگان زن مجلس هشتم به تصویب کمیسیون فرهنگی مجلس رسید: "اختیار همسر دائمی بعدی منوط به اجازه‌ی همسر اول یا احراز دادگاه از توان مالی و عدم خوف از اجرای عدالت بین همسران و یا اثبات یکی از شروط زیر است:

- ۱- عدم قدرت همسر اول به ایفای زناشویی،
- ۲- عدم تمکین زن از شوهر،
- ۳- ابتلا زن به جنون و یا امراض صعب العلاج،
- ۴- محکومیت زن،
- ۵- ابتلا زن به مواد مخدر و اعتیادآور مضر،
- ۶- ترک زندگی خانوادگی از طرف زن،
- ۷- عقیم بودن زن،
- ۸- غائب و مفقودالاثر شدن زن".

خوشبختانه در حال حاضر این لایحه از دستورکار مجلس شورای اسلامی خارج شده است و برای بررسی تخصصی و کارشناسانه بیشتر به کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس مذکور، ارجاع شده است.

فهرست منابع و مآخذی که در نگارش این مقاله مورد بهره‌برداری مستقیم و غیرمستقیم قرار گرفته‌اند، عبارتند از:

اول- کتاب

- ۱- مهرپور، دکتر حسین، مباحثی از حقوق زن، انتشارات اطلاعات، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۹.

دوم- مجلات و نشریه‌ها

- ۱- «تعالی حقوق»، ماهنامه آموزشی دادگستری کل استان خوزستان، سال دوم، شماره هجدهم، اسفند ۱۳۸۶ و سال سوم، شماره نوزدهم، فروردین ۱۳۸۷.
- ۲- «مجله زنان»، سال شانزدهم، شهریور ۱۳۸۶، شماره ۱۴۸.

سوم- اسناد

الف - اسناد داخلی

- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- قانون مدنی ایران
- قانون حمایت از خانواده ۱۳۵۳ سابق
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام
- لایحه جدید حمایت از خانواده پیشنهادی قوه قضاییه
- لایحه جدید حمایت از خانواده هیأت دولت (با اعمال بیست و نه مورد تغییر و اضافات در لایحه قوه قضاییه)

ب - اسناد بین‌المللی

- منشور سازمان ملل متحد
- اعلامیه جهانی حقوق بشر
- میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی
- میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی



پیوستن ایران به ضمائم کنوانسیون الته نروزی^۱

مقدمه

آلودگی محیط زیست، شامل آلودگی آب، هوا و خاک که در سال‌های اخیر به دلیل گسترش فعالیت‌های بشر و استفاده نادرست او از محیط زیست، روند رو به افزایشی یافته است، یکی از مهمترین چالش‌هایی است که جامعه جهانی با آن روبروست.

آلودگی دریا که یکی از انواع آلودگی آب است، از جمله معضلات زیست‌محیطی بشر امروزی است. از آلودگی دریا تعریف‌های گوناگونی ارائه شده است.^۱ "کمسیون بین‌الدولی اقیانوس شناسی یونسکو" و نیز "گروه ویژه کارشناسان سازمان ملل برای جنبه‌های علمی" آلودگی دریا را به نحو زیر تعریف کرده‌اند:

«داخل کردن مواد یا انرژی به طور مستقیم یا غیرمستقیم در محیط زیست دریایی به وسیله انسان که اثرات زیان بخشی برای منابع زنده و خطری برای سلامت انسان باشد و در فعالیت‌های دریایی، از جمله ماهی‌گیری ایجاد مانع کند و به کیفیت آب دریا از لحاظ استفاده از آن و کاهش مطبوعیت آن لطمه بزند.»^۲

تغییرات محیط‌زیست دریایی در اثر آلودگی آب دریا به مواد خطرناک، یکی دیگر از نکات مهم در تعریف آلودگی دریاست که در تعریف بالا زیاد به آن توجه نشده است.

با نگرش به نقش دریاها در زندگی انسان، چه به لحاظ کشتیرانی و راه ارتباطی بودن و چه به لحاظ بهره‌برداری از منابع موجود در آن، می‌توان چهار منبع مهم برای آلودگی دریا نام برد: **کشتیرانی**: کشتیرانی به علل گوناگون می‌تواند موجب آلودگی دریا شود. تصادف، انفجار و به گل نشستن کشتی‌های حمل‌کننده نفت، مواد شیمیایی، رادیواکتیو و سایر مواد مضر موجب می‌شود مقادیر زیادی مواد خطرناک وارد آب شود. زباله، فاضلاب و دود ناشی از کشتی‌ها از جمله دیگر آلوده‌کننده‌های دریاست.

ریزش مواد زاید: حمل و تخلیه عمدی مواد زاید، مانند مواد رادیواکتیو و ضایعات و فاضلاب کارخانه‌ها به دریا، از دیگر منابع آلودگی دریاست.

فعالیت‌های بستر دریا: بهره‌برداری از منابع موجود در دریا، به شیوه‌های گوناگون می‌تواند موجب آلودگی دریا شود. برای نمونه، می‌توان به انفجار تأسیساتی که برای اکتشاف و بهره‌برداری از نفت و گاز در دریا استقرار یافته‌اند یا تصادم کشتی‌ها با این تأسیسات اشاره نمود.

* وکیل دادگستری - تهران.

۱- کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها در ماده یک به تعریف آلودگی دریا پرداخته است.

۲- واین چرچیل و آلن لو، حقوق بین‌الملل دریاها، ترجمه بهمن آقایی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۳، ص ۳۷۳.

خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان - سال سوم - شماره سی و چهارم - اردیبهشت ماه ۱۳۸۱

فعالیت‌های مستقر در خشکی و هوا: وارد شدن مواد آلوده‌کننده ناشی از فعالیت‌های بشر در خشکی، مانند پساب کارخانه‌ها، فاضلاب و مواد شیمیایی از راه رودخانه‌ها به دریا، از دیگر منابع آلوده‌کننده دریا به شمار می‌آید.

جامعه بین‌المللی در راستای جلوگیری از گسترش آلودگی محیط‌زیست، از جمله محیط‌زیست دریایی، با استفاده از ابزارهای نظام حقوق بین‌الملل، تلاش‌هایی را انجام داده است. انعقاد کنوانسیون‌های بین‌المللی و منطقه‌ای به ویژه از نیمه دوم قرن بیستم به بعد، برای مبارزه با آلودگی‌های دریایی، از جمله این تلاش‌هاست. "کنوانسیون جلوگیری از آلودگی ناشی از کشتی‌ها" معروف به کنوانسیون مارپول، یکی از مهمترین کنوانسیون‌های منعقد شده در راستای مبارزه با انواع آلودگی‌های ناشی از کشتی‌ها، به جز تخلیه مواد زاید،^۴ است.

کنوانسیون مارپول و پروتکل‌های الحاقی به آن

کنوانسیون مارپول به همت "سازمان دریایی بین‌المللی"^۵ در سال ۱۹۷۳ (۱۳۵۲) تصویب شد. مقررات این کنوانسیون در بردارنده منابع گوناگون آلودگی ناشی از کشتی‌هاست. هدف کنوانسیون مارپول مبارزه با آلودگی محیط زیست دریایی و کاهش تخلیه عمدی و غیرعمدی نفت و سایر مواد مضر و آلوده به دریا توسط کشتی، از راه اعمال قوانین و مقررات حاکم بر کشتی‌ها و بنادر است. با نگرش به مشکلات اقتصادی و فنی کشورها در پیوستن به کنوانسیون مارپول، این کنوانسیون، از هنگام تصویب تا هنگام لازم‌الاجرا شدن، دستخوش تغییرات فراوانی شد.

مبارزه با آلودگی دریا به شیوه‌ای دقیق در ۵ ضمیمه بیان شده بود. پذیرش ضمیمه شماره یک و دو، برای تمامی اعضای کنوانسیون اجباری و پیوستن به سایر ضمیمه‌ها اختیاری بود. به منظور سرعت بخشیدن به روند تصویب کنوانسیون توسط کشورها، در فوریه ۱۹۷۸ (بهمن ۱۳۵۶)، دولت‌های شرکت‌کننده در کنفرانس بین‌المللی دریایی، پروتکلی را جهت اصلاح این کنوانسیون امضا کردند. پروتکل مورد اشاره مقرر نمود که ضمیمه دوم، تا سه سال بعد از ورود پروتکل به مرحله لازم‌الاجرای و با هر زمان دیگری که اعضا تصمیم بگیرند، تعهد آور نباشد.^۶ با وجود امضا این پروتکل، کنوانسیون مارپول تا اکتبر ۱۹۸۳ لازم‌الاجرا نگردید. تعداد دولت‌هایی که تا تاریخ ژانویه ۲۰۰۹ به کنوانسیون پیوستند، مجموعاً ۱۴۸ دولت است.^۷

در سال ۱۹۹۷ (۱۳۷۶) پروتکل دیگری جهت اصلاح کنوانسیون مارپول توسط دولت‌های عضو پروتکل ۱۹۷۸ به امضا رسید. هدف این پروتکل جلوگیری و کنترل آلودگی هوا ناشی از کشتی‌ها و اتخاذ رویکرد احتیاطی به محیط زیست و توسعه با توجه به اصل (۱۵) بیانیه ریو

3- International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL).

۴- در زمینه تخلیه مواد زاید در دریا، کنوانسیون‌های بین‌المللی جداگانه‌ای منعقد شده است. "کنوانسیون جلوگیری از آلودگی دریا به وسیله ریزش مواد زاید و سایر مواد" معروف به کنوانسیون لندن از جمله این کنوانسیون‌هاست.

۵- پیمان سازمان بین‌الملل دریایی (آی‌پی‌او)، International Maritime Organization (IMO)، در سال ۱۹۴۸ منعقد و در سال ۱۹۵۸ وارد مرحله لازم‌الاجرای شد.

۶- همان منبع، ص ۳۸۷.

۷- ایران در دسامبر ۲۰۰۰ (دی ۱۳۸۰) به عضویت کنوانسیون مارپول درآمد.

بود.^۸ بر اساس ماده ۲ این پروتکل، ضمیمه شماره ۶ درباره مقررات جلوگیری از آلودگی هوا ناشی از کشتی‌ها به کنوانسیون مارپول اضافه شد. با نگرش به پیوستن اخیر ایران به ضمائم شماره سه، چهار و شش (پروتکل ۱۹۹۷) در تاریخ ۱۳۸۷/۶/۱۰، در زیر به شیوه گذرا، به بررسی ضمائم، به ویژه ضمائم یادشده، پرداخته می‌شود.^۹

ضمائم کنوانسیون مارپول

همان گونه که در بالا اشاره شد، کنوانسیون مارپول در مجموع دارای ۶ ضمیمه است:

ضمیمه شماره یک: این ضمیمه درباره مقررات مربوط به مبارزه با آلودگی‌های نفتی است و در سال ۲۰۰۷ لازم‌الاجرا گردید. وفق قواعد مندرج در آن، تخلیه نفت یا هرگونه محلول نفتی توسط کشتی‌های نفتکش در فاصله پنجاه مایل خشکی و در مناطق ویژه، شامل حوزه خلیج فارس، دریای مدیترانه، دریای بالتیک، دریای سیاه و دریای سرخ ممنوع است. برای کشتی‌های غیرنفتکش هم مقرراتی در این ضمیمه وضع شده است. برای نمونه، این نوع کشتی‌ها باید دارای دستگاه‌های جداکننده نفت از آب و یا تجهیزات تصفیه مخازن فاضلاب باشند. در این ضمیمه، از دولت‌های عضو خواسته شده است که تأسیساتی را در بنادر و پایانه‌های دریایی به منظور دریافت مواد آلوده‌کننده از کشتی‌ها، ایجاد نمایند.

ضمیمه شماره دو: ضمیمه شماره دو درباره تخلیه تفاله‌های حاوی مواد مایع سمی است و در سال ۱۹۸۷ قدرت لازم‌الاجرائی یافت. این ضمیمه، مقرر نموده است که تخلیه این مواد باید در تأسیسات دریافت مواد در بنادر صورت پذیرد و تنها در حالتی می‌توان این مواد را در دریا تخلیه نمود که به اندازه لازم سم‌زدایی شده باشند، به گونه‌ای که عاری از مواد سمی شوند.

ضمیمه شماره سه: این ضمیمه که درباره مقررات جلوگیری از آلودگی ناشی از حمل مواد مضر به صورت بسته‌بندی از راه دریاست، در سال ۱۹۹۲ لازم‌الاجرا شد. مقررات این ضمیمه در مورد تمامی کشتی‌ها که مواد مضر حمل می‌کنند اعمال می‌گردند، مگر در مواردی که در ضمیمه به آن تصریح شده است. وفق این ضمیمه، حمل مواد مضر ممنوع است، مگر

۸- بیانیه ریوکه دربردارنده اصولی پیرامون محیط زیست و توسعه است، توسط دولت‌های شرکت‌کننده در کنفرانس سازمان ملل متحد که در تاریخ سوم تا ۱۴ ژوئن ۱۹۹۲ در شهر ریودوژانیرو برگزار گردید، صادر شده است. اصل ۱۵ بیانیه ریو اعلام داشته است: «دولت‌ها برای حفاظت از محیط زیست، می‌بایست به‌طور گسترده و برحسب توان خویش اقدامات پیشگیرانه مبذول نمایند. در مواردی که خطر ایجاد صدمات جدی یا جبران‌ناپذیر به محیط زیست وجود دارد، عدم یقین کافی علمی نباید مستسکی جهت به تعویق انداختن اقداماتی که از نظر هزینه کارآمد بوده و لازمه جلوگیری از تخریب محیط زیست‌اند شود».

۹- ایران در سال ۱۳۸۱ به ضمیمه شماره ۵ پیوست.

با رعایت مقرراتی که در ضمیمه آمده است.^{۱۰} از دیگر مقررات این ضمیمه آن است که مواد مضر باید به شیوه‌ای بسته‌بندی شوند که خطرات محیط‌زیست دریایی را به حداقل رسانند. روی بسته‌ها باید نام فنی ماده مضر به شیوه‌ای ماندگار علامت‌گذاری شود، به طوری که نشان دهد، آن ماده از جمله مواد آلوده‌کننده دریایی است. در تمامی اسناد مربوط به حمل مواد مضر باید نام فنی و واژه آلوده‌کننده دریایی ذکر شود. مواد مضر باید به نحوی بارچینی شوند که ایمنی کشتی و اشخاص، حفظ و خطرات آن برای محیط‌زیست دریایی به حداقل رسد. به آب انداختن مواد مضر ممنوع است، مگر آن که ایمنی کشتی یا نجات جان اشخاص مطرح باشد. مقررات این ضمیمه، دولت‌های عضو را ملزم نموده است که الزامات بسته‌بندی، علامت‌گذاری، برچسب زنی، مستندسازی، بارچینی، محلولیت‌های کمی (مانند بارگیری محدود کشتی) و استثنائات مربوط به جلوگیری یا کاهش آلودگی محیط‌زیست دریایی توسط مواد مضر را جهت تکمیل مقررات مندرج در ضمیمه منتشر نمایند. افزون بر موارد یادشده، امکان بازرسی و کنترل کشتی در بندر یک دولت عضو نیز تحت شرایطی در ضمیمه پیش‌بینی شده است. به طور کلی هدف ضمیمه سوم، کاهش آلودگی دریا در هنگام تصادف کشتی‌هاست.

ضمیمه شماره چهار: ضمیمه شماره ۴ که در سال ۲۰۰۳ لازم‌الاجرا شد، درباره مقررات جلوگیری از آلودگی ناشی از فاضلاب کشتی‌هاست. این ضمیمه، تخلیه فاضلاب را ممنوع کرده است، مگر تخلیه وفق شرایطی صورت پذیرد که ضمیمه مقرر نموده است. از جمله این شرایط آن است که هر کشتی باید به یکی از انواع سیستم‌های تصفیه فاضلاب (مندرج در ماده ۹ فصل ۳ ضمیمه)، جهت گندزدایی کردن فاضلاب، مجهز باشد. فاضلاب خرد شده و گندزدایی شده باید در فاصله بیش از سه مایل دریایی از نزدیکترین خشکی تخلیه شوند و فاضلاب خرد و گندزدایی نشده، باید در زمان حرکت کشتی و به صورت تدریجی، در فاصله بیش از ۱۲ مایلی از نزدیک‌ترین خشکی تخلیه شود. وفق این ضمیمه، دولت‌های عضو موظفند تسهیلات کافی و استانداردی را جهت دریافت فاضلاب و مواد زاید، در بنادر و پایانه‌های خود ایجاد نمایند. افزون بر موارد یادشده، ضمیمه دارای مقرراتی درباره بازرسی کشتی شامل بازرسی اولیه، بازرسی مجدد و بازرسی اضافه و صدور گواهینامه بین‌المللی^{۱۱} پیشگیری از آلودگی ناشی از فاضلاب، پس از بازرسی اولیه یا مجدد یا تأیید گواهینامه یادشده برای کشتی است.

ضمیمه شماره پنج: ضمیمه شماره پنج، دارای مقرراتی درباره جلوگیری از آلودگی ناشی از زباله‌های کشتی است و در سال ۱۹۹۸ لازم‌الاجرا گردید. در این ضمیمه، فواصل معینی

۱۰- از نظر ضمیمه شماره ۳ موادی که با یکی از معیارهای زیر شناخته شوند، مواد مضر تلقی می‌گردند: هرگونه تجمع زیستی تولیدکننده خطر برای موجودات آبی یا سلامتی انسان؛ یا تجمع زیستی همراه با خطر برای ارگانیزم‌های آبی یا سلامتی انسان که دارای درجه نگهداری کوتاه مدت، به مدت یک هفته یا کمتر باشد. و مواد بسیار سمی برای زندگی آبیان که یک میلی‌گرم در لیتر آن در عرض ۹۶ ساعت، کمتر از یک ppm تعیین شده است (پیوست ضمیمه شماره ۳).

۱۱- شکل گواهینامه بین‌المللی پیشگیری از آلودگی ناشی از فاضلاب در پیوست ضمیمه شماره چهار آمده است.

از خشکی برای بیرون ریختن تمامی انواع زباله پیش‌بینی شده است و تخلیه مواد پلاستیکی به طور کلی ممنوع شده است.

ضمیمه شماره شش: ضمیمه شماره شش درباره مقررات جلوگیری از آلودگی هوا ناشی از کشتی‌هاست که در سال ۲۰۰۵ قدرت لازم الاجرای پیدا کرد. وفق مقررات ضمیمه یادشده، انتشار و رهاسازی مواد آلاینده هوا که مشمول مقررات کنترلی ضمیمه هستند، مانند مواد کاهنده لایه ازن از کشتی‌ها به هوا و جو دریا ممنوع است. این مقرر دربارۀ تمام کشتی‌ها اعمال می‌گردد؛ مگر در مورد کشتی‌هایی که در خود ضمیمه استثناء شده‌اند. انتشار عمدی هرگونه مواد کاهنده لایه ازن در هنگام نگهداری، سرویس، تنظیم تجهیزات و نصب تأسیسات جدید در کشتی، در تمامی کشتی‌ها ممنوع است. افزون بر موارد یادشده، این ضمیمه دارای مقرراتی در زمینه کنترل انتشار اکسیدهای نیتروژن، اکسیدهای گوگرد و ترکیبات آلی فرار است. سوزاندن مواد زائد در کشتی تنها در زباله سوز کشتی آن‌هم وفق شرایط مقرر در ضمیمه، اجازه داده شده است. بازرسی کشتی و صدور گواهینامه بین‌المللی جلوگیری از آلودگی هوا از دیگر مقرراتی است که در ضمیمه یادشده پیش‌بینی شده است.^{۱۲}

نتیجه گیری

کنوانسیون مارپول همراه با ضمانت آن، مقررات جامع و دقیقی را درباره پیشگیری از آلودگی محیط‌زیست دریایی و هوا به‌وسیله کشتی پیش‌بینی نموده است. این کنوانسیون یکی از کامل‌ترین کنوانسیون‌های بین‌المللی جهت جلوگیری از آلودگی دریا به شمار می‌آید. در صورت رعایت و اجرای قواعد مندرج در کنوانسیون و ضمانت توسط دولت‌های عضو و همچنین پیوستن سایر دولت‌هایی که تاکنون به عضویت کنوانسیون در نیامده‌اند، می‌توان امیدوار بود که از آلودگی دریا به‌میزان قابل قبولی کاسته و در جهت پیشگیری از آلودگی بیشتر دریایی گام‌های بیشتری نهاده شود. به هر روی، پیوستن ایران به ضمانت سه، چهار و شش کنوانسیون جلوگیری از آلودگی ناشی از کشتی‌ها، الزامات و تعهدات تازه‌ای برای ایران، چه در سطح بین‌المللی و چه در سطح ملی (با نگرش به ماده ۹ قانون مدنی)، به وجود آورده است. وضع مقررات جدید، اصلاح مقررات موجود به منظور تطبیق نظام حقوقی با تعهدات بین‌المللی در زمینه جلوگیری از آلودگی دریا و هوا توسط کشتی‌ها، اجرای تعهدات ناشی از مقررات ضمانت، مانند ساخت و تجهیز بنادر و پایانه‌های آبی کشور به تسهیلات دریافت مواد زائد یا تجهیز کشتی‌ها به سیستم‌های تصفیه، مخازن فاضلاب، مخازن آب موازنه و... از جمله این تعهدات است. ■

۱۲- ضمیمه شماره شش دارای پنج پیوست است. پیوست شماره یک درباره فرم گواهینامه بین‌المللی جلوگیری از آلودگی هوا؛ پیوست شماره دو درباره چرخه‌های آزمایش و ضرایب وزنی؛ پیوست شماره سه درباره معیارها و روش‌های اجرای تعیین مناطق کنترل انتشار اسیدهای گوگرد؛ پیوست شماره چهار، درباره تأیید نوع و محدوده فعالیت زباله سوزهای کشتی و پیوست شماره پنج درباره اطلاعاتی است که باید در یادداشت تحویل سوخت ذکر شود.

ترمینولوژی حقوق

محمدرضا محمدی جرقوبه‌ای

جنون: به حالتی گفته می‌شود که فرد خود را عاقل تر از دیگران دیده و از...؟ و هنجارهای اکثریت پیروی نمی‌کند، در این حالت جنگ بین اقلیت و اکثریت در گرفته و هریک دیگری را متهم به بی‌عقلی و جنون می‌کند و مثل همیشه اکثریت، اقلیت را به بیمارستان می‌فرستد.

ربا: گرداننده‌ی چرخ اقتصاد، نوعی احسان ممنوعه.

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

زندگی: تلاش بیهوده برای ناخوشنودی وراثت.

عقل: آن‌چه تاکنون فقط دندان و ادعای آن دیده شده است.

مالیات: وجوهی است که با پرداخت آن بی به مهمترین علت وجودی دولت می‌بریم، فرار از پرداخت آن را سودآورترین نوع تجارت می‌دانند.

مشاور: کسی است که تصمیماتی را که رئیس از قبل اتخاذ نموده است، با کمک آمار و ارقام، مقایسه تطبیقی و سایر متدهای علمی تأیید می‌نماید.

وجدان: چیزی است که انسان را از لذت بردن هنگام گناه باز می‌دارد.

ورشکسته: به کسی گفته می‌شود که اگر چه لذت دارانش را به تنهایی می‌برد لکن محنت دیون و نداشتن او را با طلبکاران تقسیم می‌کند، کسی که قادر است دیون خود را با کمک قانون نپردازد.

هیأت متصفه: نماینده افکار هیأت حاکمه که در رسیدگی به جرائم سیاسی و مطبوعاتی در دادگاه حضور یافته و جدول حل می‌کنند. ■

آزادی: اختیاری است که به افراد و به ویژه دولتمردان اجازه می‌دهد تا نیازی به یکسان نمودن قول و فعل خود نداشته باشند.

اختلاس: برداشتن سهم خود، اجناد و نوادگان به صورت علی‌الحساب از بیت‌المال توسط کارمند دولت. در خصوص وجه تسمیه آن دو نظر وجود دارد: ۱- اختلاس از ریشه اخلاص می‌باشد که متأسفانه با غلط‌املائی سین نوشته می‌شود. در این نظریه فرد آن قدر مخلص است که فرقی بین بیت‌المال و مال‌الیهت نگذاشته و هر دو را یکی می‌داند. و خوب طبیعی است که ممکن است وجوه و اموال جابجا شود که در هر صورت نشانه اوج اخلاص فرد است. ۲- اختلاس از ریشه خلسه است که فرد وقتی وارد عالم خلسه می‌شود به صورت علی‌الحساب و با هشدار اعقاب و اخلاف سهمشان را از بیت‌المال برمی‌دارد.

اغفال: تجاوز به عنف همراه با سس چرب زبانی.

انتقاد: تکرار حقایق ناپسند.

بیت‌المال: آن‌چه خوردنش برای آن‌که به آن دسترسی دارد حلال است.

پزشکه: مسؤول ورود خروج انسان به دنیا.

پلیس: شخصی که نبودن او باعث ایجاد امنیت برای مجرمان خواهد بود ولی وجود او الزاماً احساس امنیت خاطر در شهروندان به وجود نمی‌آورد.

پول: شئی که اگر داشته باشید خودتان را نمی‌شناسید و اگر نداشته باشید کسی شما را نمی‌شناسد.

تاریخ: جعلیات پذیرفته شده، مطالعاتی در گذشته که باعث می‌شود انسان اشیاهات دیگران را تکرار نکند بلکه خود راه‌های جدیدی برای اشتباه کردن بیاموزد.

ضمیمه

«لایحه تعیین تکلیف دارندگان پروانه حقوقی و کارشناسی
موضوع ماده (۱۸۲) قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی
و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷»

اشاره

«قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران» در ۷۹/۱/۱۷ به تصویب مجلس پنجم رسید. این قانون که ۱۹۹ ماده داشت در ماده ۱۸۷ اش گفته بود: «به منظور اعمال حمایت‌های لازم حقوقی و تسهیل دستیابی مردم به خدمات قضایی و حفظ حقوق عامه، به قوه قضاییه اجازه داده می‌شود تا نسبت به تأیید صلاحیت فارغ‌التحصیلان رشته حقوق جهت صدور مجوز تأسیس مؤسسات مشاوره حقوقی برای آنان اقدام نماید. حضور مشاوران مذکور در حکم دادگستری و ادارات و سازمان‌های دولتی و غیردولتی برای انجام امور وکالت متقاضیان، مجاز خواهد بود. تأیید صلاحیت کارشناسان رسمی دادگستری نیز به طریق فوق امکان‌پذیر است. آیین‌نامه اجرایی این ماده و تعیین تعرفه کارشناسی افراد مذکور به تصویب رئیس قوه قضاییه خواهد رسید.»

از همان زمان، و حتی قبل از آن - یعنی از زمان مطرح شدن برنامه سوم توسعه در هیأت دولت - وکلای دادگستری که با تصویب این ماده مخالف بودند، خواستار حذف‌اش از برنامه سوم توسعه شدند. دلیل‌شان هم این بود:

- ۱- طبق اصل ۱۵۶ قانون اساسی، قوه قضاییه وظایفی دارد که صدور پروانه وکالت و مجوز تأسیس مؤسسات مشاوره حقوقی، جزء آنان نیست.
- ۲- احاله و ارجاع وظایف کانون وکلا به قوه قضاییه، استقلال کانون وکلا را به کلی از بین می‌برد.

موافقان ماده ۱۸۷ که اغلب‌شان در حاکمیت بودند، حرف دیگری می‌زدند. می‌گفتند: «دولت محترم برای شکستن انحصار در امر وکالت پیشنهاد کرده است که فارغ‌التحصیلان رشته حقوق که بسیار زیاد هستند و همه بعد از انقلاب درس خوانده‌اند و فارغ‌التحصیل شده‌اند، این‌ها به عنوان مشاور حقوقی، حق فعالیت داشته باشند. در دعاوی معمولی اگر کسی از مردم مایل بود آن‌ها را به عنوان وکیل انتخاب کند، منعی نداشته باشد...»

اختلاف که بالاگرفت مسائلی پیش‌آمد که روزنامه‌های آن دوران همه را منعکس کردند، فقط اشاره می‌کنم به گزارش نماینده ویژه سازمان ملل درباره حقوق بشر در ایران که در آن آمده بود: «توجه نماینده ویژه: اخیراً به چکیده مطالبی از روزنامه جمهوری اسلامی مورخ ۲۶ نوامبر ۱۹۹۸ جلب شد که می‌نویسد مجلس تصویب کرده که قوه قضاییه اختیار دارد صلاحیت فارغ‌التحصیلان رشته حقوق را برای دریافت پروانه وکالت تأکید کند، ... این مصوبه به روشنی خلاف هنجارهای بین‌المللی برای تضمین استقلال کانون است و به شهرت این سازمان نود ساله ایران هم، زیان دارد می‌سازد.»

پس از تقریباً یک سال و نیم کشمکش و مجادله، سرانجام در مجلس ششم، مخالفان موفق شدند (روز ۱۳۸۰/۸/۱۶) ماده واحده‌ای را به تصویب برسانند که می‌گفت: «از تاریخ تصویب این قانون، ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۷۹/۱/۱۷ لغو می‌گردد.»

اما شورای نگهبان، ماده واحده مذکور را مغایر و مخالف با قانون اساسی و شرع دانست و در تاریخ ۸۰/۹/۹ صریحاً اعلام کرد:

«باتوجه به بند ۶ فصل (۱) اقتصادی سیاست‌ها و رهنمودهای کلی برنامه سوم توسعه، لفظ ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه، مغایر اصل سیاست‌های کلی مذکور در اصل ۱۱۰ قانون اساسی شناخته شد.»

بعداً «طرح لفظ ماده ۱۸۷، از دستور کار مجلس خارج شد، ولی، ماجرا خاتمه نیافت که نیافت. دلیل‌اش هم این بود:

قوه قضاییه در طول اجرای برنامه سوم، صلاحیت - نمی‌دانم - چند یا چندین و چند هزار از فارغ‌التحصیلان رشته حقوق را تأیید کرد و به آن‌ها اجازه داد به عنوان «وکیل قوه قضاییه»، در محاکم دادگستری و ادارات و سازمان‌های دولتی و غیردولتی، از موکلان خود دفاع بکنند. مجوزاش ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه بود که می‌دانید.

با پایان گرفتن مهلت اجرای برنامه سوم، قوه قضاییه مجوزی برای اعطاء پروانه وکالت به «فارغ‌التحصیلان رشته حقوق» نداشت و ندارد، اما، همچنان بیشتر کسانی که می‌خواهند «در محاکم دادگستری و ادارات و سازمان‌های دولتی و غیردولتی» وکالت بکنند، می‌روند و پروانه‌شان را از قوه قضاییه می‌گیرند. این اولاً.

ثانیاً، هم در طول اجرای برنامه سوم و هم پس از آن، قوه قضاییه، علاوه بر فارغ‌التحصیلان رشته حقوق، برای کسانی هم که فارغ‌التحصیل «رشته حقوق» نبودند و نیستند، پروانه وکالت صادر می‌کرد و می‌کند، و مراجع قضایی و شبه قضایی هم آن‌ها را به عنوان «وکلائی قوه قضاییه» می‌پذیرند.

اخیراً، وزیر دادگستری لایحه‌ای تنظیم کرده‌اند با نام «تعیین تکلیف دارندگان پروانه حقوقی و کارشناسی موضوع ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷»، و آن را طی نامه‌ای فرستاده‌اند برای معاون اول ریاست جمهوری، و ایشان هم دستور داده‌اند «در کمیسیون لوایح مطرح گردد».

ما در این‌جا «نامه» و «لایحه» مذکور و سپس، مقاله دکتر نوذر یزدانی را، به ترتیب، چاپ کرده‌ایم تا دوستان جوان بی‌خبر از ماجرا بخوانند... و بدانند قضیه از چه قرار بوده.

بهروز تقی‌خانی

جناب آقای دکتر داودی
معاون محترم اول ریاست جمهوری

باسلام

احتراماً، همان‌گونه که استحضار دارید قانون برنامه سوم در ماده ۱۸۷، به قوه قضاییه اجازه داد که به واجدین شرایط، پروانه مشاوره حقوقی و کارشناسی اعطا کند. این مصوبه که با هدف توسعه خدمات حقوقی و کارشناسی صورت گرفت از بدو تصویب، با اعتراض شدید کانون وکلای دادگستری مواجه شد و ابعاد بین‌المللی نیز پیدا کرد. عمده استدلال وکلای دادگستری تأکید بر استقلال کانون وکلا از محاکم دادگستری بود و گفته می‌شد با وابستگی این نهاد به قوه قضاییه در عمل استقلال آنان در دفاع از موکلان و اظهارنظر بی‌طرفانه حقوقی و کارشناسی از بین می‌رود و در نهایت عدالت قضایی آسیب پذیر می‌شود. این موضوع چندین بار از سوی مجلس ششم مورد توجه واقع شد و قانون مزبور نسخ گردید لکن در آن زمان شورای نگهبان به دلیل کاهش فرصت‌های شغلی و تأکیدی که در این خصوص در سیاست‌های کلی نظام وجود داشت این نسخ را مغایر قانون اساسی شناخت. بعد از انقضاء برنامه، مشکل این تردد که شامل تعداد وسیعی از کارشناسان و مشاورین حقوقی است ابعاد جدیدی پیدا

کرد. از یک سو این گروه صنفی به موجب قانون بر خوردار از حقوق مکسسه شده بودند، و از سوی دیگر مجوزی برای ادامه‌ی جذب، با سازمانی جهت پیگیری امور آنان وجود نداشت.

در جلسه‌ای که اینجانب و مسؤول مشاوران و کارشناسان قوه قضاییه در خدمت ریاست محترم قوه قضاییه بودیم، ایشان بر ساماندهی این امر زیر نظر وزارت دادگستری تأکید فرمودند. لذا با عنایت به نظر و سیاست ریاست محترم قوه قضاییه که مبنی بر احیای ظرفیت‌های وزارت دادگستری است، لایحه پیوست تهیه شد تا هم موضوع کارشناسان و مشاوران حل شود و هم با یکبارچگی هر دو بخش و حفظ قانون استقلال کانون و کالت به دغدغه‌های مشاوران و وکلا و کارشناسان بر اساس قانون پایان داده شود.

با احترام
غلامحسین الهام

متن

«لایحه تعیین تکلیف دارندگان پروانه حقوقی و کارشناسی موضوع ماده (۱۸۷) قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷»

ماده ۱- از تاریخ تصویب این قانون اداره و انجام امور مربوط به مضمولین مقررات ماده (۱۸۷) قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷ با رعایت مقررات این قانون به کانون‌های وکلای دادگستری و یا کارشناسان رسمی دادگستری به تبع محل اشتغال فعلی آن‌ها واگذار می‌گردد.

ماده ۲- کانون‌های وکلای دادگستری مکلفند:

۱- کلیه اشخاصی که در اجرای ماده ۱۸۷ قانون مذکور موفق به دریافت مجوز گردیده‌اند در صورتی که اشتغال به وکالت آن‌ها از تاریخ اخذ مجوز بیش از پنج سال گذشته باشد پروانه وکالت پایه یک، در غیر این صورت پروانه وکالت پایه دو اعطا نماید.

۲- دارندگان پروانه وکالت پایه دو با رعایت شرایط زیر به پایه یک ترفیع می‌یابند:

۲-۱- اشتغال مستمر به وکالت از تاریخ اخذ مجوز حداقل به مدت ۴ سال.

۲-۲- نداشتن سابقه محکومیت انتظامی از درجه سه به بالا.

۲-۳- قبولی در اختبار مربوط به ترفیع.

ماده ۳- کلیه متقاضیانی که تا تاریخ تصویب این قانون در اجرای مقررات ماده (۱۸۷) مجوز کارآموزی دریافت نموده و مشغول کارآموزی می‌باشند وظایف محوله کارآموزی را زیر نظر کانون وکلای دادگستری و بر اساس ضوابط و مقررات قانون وکالت و لایحه

فانونی استقلال کانون وکلای دادگستری و فانون کیفیت اخذ پروانه وکالت مصوب ۱۳۷۶ ادامه می‌دهند و پس از پایان دوره کارآموزی و قبولی در اختبار به دریافت پروانه پایه یک وکالت دادگستری مطابق فانون فوق نائل می‌شوند. مدت کارآموزی انجام شده در مرکز مشاوران حقوقی به عنوان کارآموزی در کانون وکلا منظور می‌شود.

ماده ۴- وکلا و کارآموزان مشمول این فانون پس از انتقال به کانون‌های وکلای دادگستری با پرداخت حق بیمه متعلقه تحت پوشش صندوق حمایت وکلا و کارگشایان دادگستری مصوب ۱۳۵۵/۱۰/۲۹ و اصلاحات بعدی آن قرار می‌گیرند.

ماده ۵- وکلای پایه ۲ و کارآموزان وکالت دادگستری از پذیرش وکالت دعاوی در دیوان عالی کشور و شعب تشخیص دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های کیفری استان (جنایی) و دعاوی مالی یا خواسته بیش از سیصد میلیون (۳۰۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال ممنوع می‌باشند. تبصوه: پذیرش وکالت خارج از صلاحیت‌های مقرر موجب محکومیت انتظامی برای بار اول به شش ماه تعلیق و دفعات دوم به بعد هر بار دو برابر دفعه قبل خواهد شد.

ماده ۶- متن زیر به عنوان تبصره ۱ به ماده ۱ فانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب ۱۳۷۶ الحاق و تبصره فعلی به عنوان تبصره ۲ به شرح زیر اصلاح می‌گردد. تبصوه ۱: برگزاری امتحانات ورود به دوره کارآموزی وکالت، آموزش و تأیید صلاحیت علمی و اخلاقی دریافت پروانه وکالت دادگستری بر عهده (کمیسیون جذب و اختبار و تأیید صلاحیت وکلا) خواهد بود. این هیأت در محل هر یک از کانون‌های وکلای دادگستری با مسؤولیت رئیس هیأت مدیره کانون مربوط و ترکیب زیر تشکیل می‌گردد: یک نفر از قضات دادگاه تجدیدنظر استان محل استقرار کانون مربوط با معرفی رئیس قوه قضاییه. دو نفر حقوق‌دان به انتخاب وزیر دادگستری. رئیس هیأت مدیره کانون و یک نفر از اعضای هیأت مدیره کانون به انتخاب هیأت مدیره.

تبصره ۲: تعیین تعداد کارآموزان وکالت به عهده کمیسیون مرکب از نماینده وزیر دادگستری رئیس کل دادگستری استان و رئیس کانون وکلای استان مربوط می‌باشد که حداقل یک‌بار در سال تشکیل و اتخاذ تصمیم می‌نماید.

ماده ۷- کانون‌های کارشناسان رسمی دادگستری مکلفند با هماهنگی شورای عالی کارشناسان به شرح زیر اقدام نمایند. لقب: به کلیه اشخاصی که در اجرای ماده (۱۸۷) موفق به دریافت مجوز گردیده‌اند پروانه کارشناسی درجه دو در یکی از رشته‌ها اعطا نمایند. فب: دارندگان پروانه کارشناسی درجه دو با رعایت شرایط زیر به پایه یک ترفیع خواهند یافت.

- ۱- از تاریخ تصویب این قانون به مدت ۳ سال در امر کارشناسی فعالیت داشته و حداقل نسبت به پنجاه مورد پرونده ارجاعی اظهارنظر نموده باشند.
- ۲- سابقه محکومیت انتظامی از درجه سه به بالا نداشته باشند.
- ۳- در اختیار مربوط به ترفیع درجه قبول شده باشند.

ماده ۸- کلیه متقاضیانی که تا تاریخ تصویب این قانون در اجرای مقررات ماده (۱۸۷) مجوز کارآموزی دریافت نموده‌اند و مشغول کارآموزی می‌باشند وظایف محوله را زیر نظر کانون‌های کارشناسی رسمی دادگستری و بر اساس ضوابط و مقررات قانونی کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱/۱/۱۸ ادامه خواهند داد و پس از طی دوره کارآموزی و قبولی در اختیار به دریافت پروانه کارشناسی رسمی دادگستری درجه دو نائل خواهند آمد. مدت کارآموزی انجام شده در مرکز مشاوران حقوقی به عنوان سابقه کارآموزی در کانون کارشناسان دادگستری منظور خواهد شد.

ماده ۹- کارآموزان کارشناسی از انجام هر نوع کارشناسی به‌طور مستقل در طی دوره کارآموزی ممنوع می‌باشند و کارشناسان درجه دو صلاحیت اظهارنظر در پرونده‌های مطروحه در دادگاه‌های تجدیدنظر و شعب دیوانعالی کشور و هیأت‌های تشخیص و دادگاه‌های کیفری استان را ندارند.

ماده ۱۰- پذیرش کارشناسی خارج از صلاحیت‌های مقرر در بند فوق موجب محکومیت انتظامی برای بار اول به مدت شش ماه تعلیق و دفعات دوم به بعد هربار دو برابر دفعه قبلی خواهد شد.

ماده ۱۱- قوه قضاییه مکلف است از تاریخ تصویب این قانون حداکثر ظرف سه ماه کلیه مدارک و سوابق دارندگان مجوز مشاوره حقوقی، کارشناسی کارآموزان و پذیرفته‌شدگان را حسب مورد به کانون و کلا و یا کانون کارشناسان رسمی ارسال نماید و کانون‌های مزبور مکلفند حداکثر ظرف مدت شش ماه از تاریخ وصول مدارک و سوابق حسب مورد نسبت به صدور پروانه وکالت یا کارشناسی یا کارآموزی اقدام نمایند. **تبصره:** افراد موضوع این قانون قبل از تبدیل وضعیت کماکان به وظایف محوله خود ادامه خواهند داد.

ماده ۱۲- مسؤلیت اجرای این قانون و تصویب آیین‌نامه‌های مورد نیاز به وزیر دادگستری محول می‌گردد. وظایف و اختیارات وی به موجب لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری به قوت خود باقی است. ■

هر دم از زمین باغ بری می رسد...

دکتر نوذر یزدانی*

اخیراً جناب آقای دکتر الهام وزیر محترم دادگستری جهت حل معضلی که مرکز مشاورین حقوقی و کارشناسان دادگستری به عمد یا سهو با برداشت غلط از ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کرده و برخلاف صراحت ماده مرقوم که به توه قضاییه اختیار داده بوده که به واجدین شرایط، اجازه تأسیس مؤسسه مشاورین حقوقی یا کارشناسی بدهد و آن مؤسسه را هم به ثبت برساند بدون رعایت قوانین موضوعه من جمله قانون وکالت مصوب سال ۱۳۱۵، لایحه قانونی استقلال وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳ و آیین نامه های مربوطه و قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت و کارآموزی مصوب سال ۱۳۷۶ و به افراد کثیری پروانه وکالت و کارشناسی داده و نظم صد ساله دادگستری ایران و انضباطی که در زمینه دفاع از حقوق افراد به وجود آمده بود به هم ریخته است، طی نامه ای خطاب به جناب آقای دکتر داوودی معاونت محترم ریاست جمهوری لایحه ای را تقدیم و در آن نامه صریحاً به خلاف قانون بودن و نسخ اعمال انجام شده به استناد ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و این که این اعمال برخلاف قوانین یاد شده، استقلال کانون وکلای دادگستری را مخدوش و امر دفاع از حقوق افراد ملت را مختل و وکیل دادگستری را از داشتن امنیت شغلی و توانایی دفاع محروم می نماید اقرار و اعتراف نموده و خاطر نشان کرده اند که این مطلب جنبه بین المللی پیدا کرده و به حیثیت نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران لطمه وارد کرده است. ضمن تشکر از جناب آقای دکتر الهام که حق مطلب را در نامه خود بیان و ضرورت حل مشکل را یاد آور شده اند باید اذعان نمود که یا جناب آقای دکتر الهام در تنظیم و تدوین آن لایحه دخالتی نداشته اند و یا اگر دخالت داشته اند موارد ذیل برخلاف نظر ایشان در لایحه تقدیمی درج شده است زیرا مواردی که ذیلاً به آن ها اشاره می شود با صراحت متن نامه ایشان مغایرت دارد اینک موارد مزبور:

قبل از شروع به نقد مواد لایحه یک نکته را قابل تذکر می دانم و آن این که جناب آقای دکتر الهام در نامه خود خطاب به جناب دکتر داوودی برای توجیه ضرورت حل مشکل بدون

* وکیل دادگستری - تهران.

توجه به مطالبی که در همان نامه ذکر و اعمال انجام شده از طرف مرکز مشاوران حقوقی دادگستری را غیرقانونی معرفی نموده‌اند، دارندگان پروانه‌های وکالت صادر شده از سوی مرکز مزبور را دارای حقوق مکاتبه معرفی نموده‌اند حال آن‌که جناب آقای دکتر الهام خود به خوبی اشراف دارند که حق مکاتبه زمانی ایجاد می‌شود که منشاء اکتساب آن مشروعیت داشته باشد و برابر قانون ایجاد شده باشد در صورتی که:

اولاً- ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران اجازه صدور پروانه وکالت به مرکز مشاوران حقوقی قوه قضاییه نداده است بلکه تنها اختیار تفویض شده به قوه قضاییه، دادن مجوز تأسیس مؤسسه مشاوره است و لاغیر و جناب آقای دکتر الهام فرق بین مشاوره و وکالت را بهتر از هر کسی می‌داند.

ثانیاً- اختیار تفویض شده به قوه قضاییه برابر ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه... محدود به زمان حاکمیت آن قانون است و بعد از انقضای مدت اعتبار آن قانون با عنایت به این که در قانون برنامه چهارم توسعه... چنین اختیاری به قوه قضاییه تفویض نشده و حتی در قوانین بودجه سال‌های بعد بودجه‌ای هم برای مرکز مشاوران حقوقی قوه قضاییه تصویب نشده است نه تنها صدور پروانه وکالت بلکه دادن مجوز تأسیس دفتر مشاوره نیز غیرقانونی و فاقد مشروعیت است و نمی‌تواند برای کسی حق مکاتبه ایجاد نماید.

ثالثاً- عنوان لایحه خودگویای عدم اعتقاد تدوین‌کنندگان لایحه به مشروعیت دارندگان پروانه وکالت و کارشناسی صادر شده از سوی مرکز مشاوران حقوقی و کارشناسی است زیرا تعیین عنوان «لایحه تعیین تکلیف دارندگان پروانه مشاوره حقوقی و کارشناسی موضوع ماده ۱۸۷» نشان می‌دهد که تدوین‌کنندگان این لایحه خود نیز کسانی را که از مرکز مشاوران حقوقی من غیر حق پروانه وکالت یا کارشناسی دریافت نموده‌اند به رسمیت نمی‌شناسند و الی عنوان لایحه را می‌بایست «تعیین تکلیف دارندگان پروانه وکالت و کارشناسی» قید می‌کردند نه تعیین تکلیف دارندگان پروانه حقوقی و کارشناسی... که اساساً چنین اصطلاحی در نظام حقوقی ایران وجود ندارد.

۱- در ماده یک بعد از جمله «... مصوب ۷۹/۱/۱۷...» و قبل از جمله «... با رعایت مقررات این قانون...» باید قید شود «... که در زمان حاکمیت قانون مزبور موفق به اخذ مجوز تأسیس دفتر مشاوره حقوقی شده‌اند...» تا فرق کسانی که در مدت اعتبار قانون اجازه تأسیس دفتر مشاوره دریافت نموده‌اند با کسانی که بعد از انقضای اعتبار قانون مزبور چنین مجوزی اخذ نموده‌اند معلوم باشد.

۲- در بند یک ماده دو بازمم تدوین کنندگان لایحه به حق، کسانی را که به استناد مجوزهای صادره از سوی مرکز مشاوران حقوقی به وکالت مشغول شده‌اند دارای پروانه وکالت ندانسته‌اند النهایه کانون‌های وکلا را مکلف نموده‌اند تا به کسانی که بیش از پنج سال به ناروا در امور وکالت دادگستری دخالت نموده‌اند پروانه وکالت پایه یک و در غیر این صورت پروانه وکالت پایه دو اعطا نمایند.

بر همین بند از ماده دو لایحه ملاحظات زیر وارد است:

اولاً- تکلیف مالایطاق صدر ماده با اعطای پروانه ذیل بند یک در تناقض است زیرا اگر کانون‌های وکلا مستقل هستند، که تعیین تکلیف برای آن‌ها هم به اعطای پروانه پایه یک یا دو به اشخاصی که بدون رعایت قوانین مربوطه به وکالت در امور وکالت دادگستری دخالت غیر مجاز نموده‌اند درست نیست.

ثانیاً- اجرای ماده ۱۸۷ فقط در مدت اعتبار قانون برنامه سوم توسعه... یعنی تا شهریورماه ۱۳۸۳ معتبر بوده است بنابراین مجوزهای صادره از سوی مرکز مشاوران حقوقی تا آن تاریخ آن‌هم برای تأسیس دفتر مشاوره نمی‌تواند معتبر باشد نه برای کسانی که بعد از آن تاریخ چنین مجوزی دریافت نموده‌اند.

ثالثاً- دادن پروانه‌های پایه یک و دوی وکالت به دارندگان مجوز معتبر هم بدون رعایت قوانین و مقررات مربوط به وکالت از قبیل گذراندن دوره کارآموزی و توفیق در امتحان اختبار و غیره صحیح نیست پیشنهاد این جانب این است که در بند یک ماده دو باید قید شود که... در اجرای ماده ۱۸۷ و در مدت اعتبار ماده مذکور در صورتی که از تاریخ مجوز بیش از پنج سال گذشته باشد به شرط موفقیت در آزمون پروانه وکالت پایه یک و چنانچه از تاریخ اخذ مجوز کمتر از پنج سال گذشته باشد به شرط موفقیت در امتحان اختباری که از طرف کانون مربوطه به عمل خواهد آمد پروانه وکالت پایه دو در محل‌های مورد نیاز کانون داده خواهد شد.

۳- با عنایت به این که مدت اعتبار ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه تا پایان شهریور ۱۳۸۳ بوده و متقاضیانی که تا آن تاریخ پروانه کارآموزی دریافت نموده‌اند می‌توانند به عنوان کارآموز وکالت برابر مقررات مربوطه به کارآموزی ادامه دهند و مدت کارآموزی آن‌ها که در زمان حاکمیت ماده مرقوم بوده به عنوان طی دوره کارآموزی قبول شود و ماده سه باید بر همین اساس اصلاح شود.

۴- در ماده ۶ لایحه تعیین تکلیف دارندگان پروانه حقوقی و کارشناسی لابد با استناد به فرمایش ریاست محترم فوه قضاییه که در نامه جناب آقای دکتر الهام تحت عنوان... احیای ظرفیت‌های دادگستری... ذکر شده است متنی را به عنوان تبصره یک ماده یک قانون کیفیت اخذ پروانه و کالت و کارآموزی مصوب سال ۱۳۷۶ پیشنهاد نموده‌اند که باید گفت شاه بیت این لایحه بوده و تمام قصد و نیت تدوین کنندگان آن را آشکار می‌نماید زیرا با اضافه شدن متن مزبور در ماده یک قانون یاد شده، استقلال کانون‌های و کلا موضوع قوانین و کالت و لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری و حتی خود قانون کیفیت اخذ پروانه و کالت و کارآموزی از بین رفته، اختیار کانون‌های وکلا که یک سازمان صنفی و مدنی است و حافظ حق دفاع افراد ملت بوده و بیش از ۶۰ سال است که به رسمیت شناخته شده و تمام مراجع داخلی و بین‌المللی رسمیت آن را تصدیق و وجود آن را مایه مباحث نظام قضایی جمهوری اسلامی می‌دانند در اداره امور خود از بین خواهد رفت زیرا چگونه می‌توان یک سازمان صنفی را که اختیار برگزاری امتحان ورود به دوره کارآموزی و کالت، آموزش کارآموزان بررسی و تأیید صلاحیت علمی و اخلاقی اعضا صنف، انجام امتحان اختیار پایان دوره کارآموزی را نداشته باشد مستقل نامید.

یقیناً منظور و نیت حضرت آیت الله شاهرودی از تأکید بر احیای ظرفیت‌های دادگستری نه تنها نفی استقلال کانون وکلای دادگستری و تخریب این مؤسسه صنفی که بال دیگر فرشته عدالت محسوب است نبوده بلکه منظور نظر ایشان تأکید بر استقلال این نهاد مدنی و حذف تأسیس موازی آن که موجب اختلال نظام قضایی شده است بوده و ایشان وکلای دادگستری را یاوران قضات و نورافشانان بر صحنه‌های تاریک مسائل مطروحه و روشن کنندگان حقیقت و جلوگیری از اشتباهات احتمالی می‌دانند و وجود کانون‌های مستقل وکلا را از مباحث نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران در نزد جامعه بین‌المللی دانسته و هیچ وقت راضی نخواهد شد که با افزودن چنین تبصره‌ای به یکی از مواد آن هم به صورت ناهمگون استقلال کانون‌های وکلا را مخدوش و آن را به صورت یک مؤسسه دولتی درآورند و بهانه به دست معاندان نظام برای هتک حرمت نظام مقدس جمهوری اسلامی بدهند. ■