

بررسی آثار بخش‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های مسئولان قضایی در قوانین خانواده

۱۶۹

فرج الله هدایت نیا*
تهدیه حقوق

چکیده

تغییر و اصلاح قوانین موضوعه بشری، امری بدیهی و اجتناب‌ناپذیر است و به همین دلیل، قانون نیز برای آن راه مشخصی را پیش‌بینی کرده است. از سوی دیگر، قوانین همگی در یک سطح و درجه نیستند و از حیث سلسله مراتب طبقه‌بندی شده‌اند. از دیدگاه حقوقی، قانون پایین‌تر نمی‌تواند ناقض یا اصلاح‌کننده قانون بالاتر باشد. با وجود این، در نظام حقوقی ما گاهی به این اصل حقوقی بی‌اعتنایی می‌شود و قوانین کشور از طریق وضع آیین‌نامه یا صدور بخش‌نامه تغییر داده شده یا لغو می‌گردد.

این نوشتار، نخست جایگاه حقوقی بخش‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهد و پس از آن، نمونه‌هایی از بخش‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های صادر شده از مقامات قضایی در حوزه خانواده را که با قوانین عادی هماهنگی ندارد، تجزیه و تحلیل می‌نماید.

واژگان کلیدی: حقوق خانواده - بخش‌نامه‌ها - آیین‌نامه‌ها.

مقدمه

بررسی تحولات حقوقی همواره از اهمیت بالایی برخوردار بوده و هست. این مطالعات، نقاط ضعف، مثبت و نیز موفقیت‌ها و ناکامی‌های حرکت‌های صورت گرفته را به ما نشان می‌دهد و

* عضو هیأت علمی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

تجربیات با ارزشی را در اختیار ما قرار می‌دهد تا بتوانیم با بهره‌گیری از این تجربیات، آینده بهتری داشته باشیم.

تحولات حقوقی را از ابعاد گوناگون می‌توان مورد مطالعه قرار داد. گاهی محدوده زمانی یا مکانی معینی مورد مطالعه قرار می‌گیرد. گاهی تحولات رخ داده در قوانین خاص (حقوقی - جزایی و...) مورد توجه قرار می‌گیرد و...؛ موضوع این نوشتار، بخش کوچکی از این موضوع گسترده است. از حیث زمانی، محدوده مطالعات ما به پس از انقلاب اسلامی ایران محدود می‌شود. از میان قوانین گوناگون، فقط قوانین مدنی، آن هم قوانین مربوط به خانواده را مورد ارزیابی قرار خواهیم داد. تحولات مورد نظر ما نیز، صرفاً اثرات بخش‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های مسئولان قضایی در قوانین خانواده است.

پس از انقلاب اسلامی، مسئولان قضایی، از طریق صدور بخش‌نامه یا وضع آیین‌نامه، تغییراتی در قوانین کشور ایجاد کرده‌اند که با توجه با جایگاه حقوقی این قبیل مصوبات - که در رتبه‌ای پایین‌تر از قوانین قرار دارند - چنین کاری عجیب به نظر می‌رسد. بخشی از این تحولات در سال‌های اول انقلاب و در دوران گذر و تغییر نظام سیاسی رخ داده است که همین موقعیت خاص زمانی می‌تواند توجیه‌کننده تغییرات مورد مطالعه باشد. اما پس از استقرار و استحکام نظام سیاسی جمهوری اسلامی، کاربرد این ابزار که منجر به تغییر قوانین می‌گردد مورد تأمل است.* در این جا نخست، مفهوم و جایگاه حقوقی بخش‌نامه و آیین‌نامه و سپس اثرات حقوقی آن در قوانین خانواده بیان می‌شود.

گفتار اول: مفهوم و جایگاه حقوقی بخش‌نامه و آیین‌نامه

پیش از طرح مباحث اصلی، لازم است مفهوم بخش‌نامه و تفاوت آن با واژه‌های مشابه روشن شود. هم‌چنین لازم است جایگاه حقوقی بخش‌نامه‌ها در میان منابع حقوق مشخص گردد.

الف. تعریف بخش‌نامه و آیین‌نامه

در تعریف بخش‌نامه - که قبلاً به آن «متحد المال» گفته می‌شد - آورده‌اند:

«بخش‌نامه عبارت است از تعلیم یا تعلیمات کلی و یکنواخت (به صورت کتبی) که از طرف

* لازم به ذکر است که در سال‌های اخیر موارد قابل توجهی از این قبیل تحولات در قوانین کشور رخ داده است. اما به جهت آن‌که قوانین تغییر داده شده ماهیت کیفری داشته‌اند، در بررسی‌های ما مورد توجه قرار نگرفته است.

مقام اداری به مرئوسین برای ارشاد به مدلول و طرز تطبیق قانون یا آیین‌نامه داده شود و نباید مخالف قانون یا آیین‌نامه باشد...» (لنگرودی، ۱۳۷۲: ۱۰۵).

این تعریف طولانی که بخشی از آن نقل شده، مورد تأیید حقوق‌دانان قرار گرفته است؛ (موسی‌زاده، ۱۳۸۱: ۱۵۵). برای شناسایی دقیق بخش‌نامه‌ها، توجه به نکات زیر ضروری است:

۱- بخش‌نامه منشأ حق و تکلیف جدیدی نمی‌شود، اگر چه در صورت عدم مغایرت آن با مفاد قانون و آیین‌نامه لازم‌الاجرا است.

۲- بخش‌نامه قابل استناد در دادگاه نیست؛ مستند احکام قضایی قرار نمی‌گیرد و اصحاب دعوی نیز نمی‌توانند به آن استناد کنند.

۳- بخش‌نامه فقط در محدوده اداره دارای اثر و برای مرئوسین لازم‌الاتباع است ولی برای غیر آنان تکلیفی ایجاد نمی‌کند.

۴- بخش‌نامه مغایر با قانون یا آیین‌نامه بی اعتبار است؛ (نجفی اسفاد و محسنی، ۱۳۷۹: ۳۳۵). برای تبیین تفاوت بخش‌نامه با آیین‌نامه، شایسته است تعریف آیین‌نامه نیز ذکر شود. در تعریف آیین‌نامه که گاه از آن به «نظام‌نامه» تعبیر می‌شود، آورده‌اند:

«مقرراتی که مقامات صلاحیت‌دار مانند وزیر یا شهردار و غیره وضع نموده و در معرض اجرا می‌گذارند خواه هدف آن تسهیل اجرا و تشریح قانونی از قوانین موضوعه باشد، خواه در مواردی باشد که اساساً قانونی وضع نشده است...»؛ (نجفی اسفاد و محسنی، همان: ۳۳۶).

بنابر تعریف مزبور، آیین‌نامه ممکن است با هدف تسهیل اجرای قانون و بیان جزئیات آن وضع شود که در این صورت، به آن آیین‌نامه اجرایی گفته می‌شود. این آیین‌نامه‌ها، از نظر ماهیت مکمل قانون هستند. اما بعضی آیین‌نامه‌ها مقرراتی را بیان می‌کنند که اساساً در رابطه با آنها هیچ قانونی وضع نشده است. این آیین‌نامه‌ها را آیین‌نامه مستقل می‌نامند؛ (لنگرودی، ۱۳۷۲: ۱). این نوع آیین‌نامه‌ها گاهی جای‌گزین قانون بوده و با آن تفاوتی ندارند.

در نتیجه، برخلاف بخش‌نامه، آیین‌نامه می‌تواند ایجاد‌کننده حق و تکلیف جدیدی باشد و به همین دلیل ممکن است مستند رأی دادگاه قرار گیرد و اصحاب دعوا نیز می‌توانند به آن استناد کنند. از این رو گفته می‌شود: بخش‌نامه‌ها همیشه جنبه اعلامی داشته و شارح هستند، نه مؤسس. حال اگر وزیری با صدور یک بخش‌نامه حق یا تکلیف جدیدی ایجاد کند، این بخش‌نامه در حقیقت آیین‌نامه است که به غلط نام بخش‌نامه بر آن گذاشته‌اند؛ (لنگرودی، ۱۳۷۵: ۲۸ و ۲۹).

ب. جایگاه حقوقی بخش نامه‌ها

در بحث از منابع حقوق (صورت‌های ایجاد قواعد حقوق)، به مواردی نظیر قانون، عرف، رویه قضایی و آرا و اندیشه‌های حقوقی پرداخته می‌شود. در این میان، از قانون به عنوان مهم‌ترین منبع حقوق نام برده می‌شود. قانون در معنای خاص به قواعدی گفته می‌شود که با رعایت تشریفات ویژه آن از سوی قوه مقننه (اصل ۵۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) یا از راه همه پرسی و به طور مستقیم (اصل ۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) به تصویب می‌رسد. اما در معنای عام آن، به تمام مقررات قاعده ساز که از سوی مقامات و سازمان‌های صالح حکومتی وضع می‌شود اطلاق می‌گردد. قانون در این معنا شامل تصویب نامه و آیین‌نامه نیز می‌شود. به این ترتیب، قانون در معنای عام آن، با توجه به سلسله مراتب و درجه اعتبار و قوت، به صورت زیر طبقه بندی می‌شود:

۱- قانون اساسی؛

۲- قانون عادی (قانون به معنای خاص)؛

۳- تصویب نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها.

از این طبقه بندی معلوم می‌شود که قانون عادی نمی‌تواند ناقض قانون اساسی باشد؛ همان‌طور که تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها نیز نباید مغایر قانون عادی باشند.

آیا بخش نامه‌ها نیز منبع حقوق هستند؟

در تعریف بخش‌نامه به این نکته اشاره شد که بخش‌نامه نمی‌تواند و نباید حق یا تکلیف جدیدی غیر از آنچه در قانون یا آیین‌نامه آمده ایجاد نماید. نتیجه این‌که: بخش‌نامه‌ها هیچ‌گاه ایجاد قاعده حقوقی نمی‌کنند و منبع حقوق نخواهند بود. بعضی از حقوق‌دانان ضمن پذیرش این مطلب و تصریح به این‌که قانون به معنی اعم شامل تصویب نامه و نظام‌نامه [آیین‌نامه] هم هست ولی شامل بخش‌نامه نمی‌شود (لنگرودی، ۱۳۷۲: ۵۱۷)، در جای دیگر چنین گفته اند:

«در اصطلاح دیگر، منابع حقوق عبارت است از قانون (به معنی عام کلمه که شامل تصویب نامه و

آیین‌نامه و بخش‌نامه هم باشد) و عرف و عادت و رویه قضایی»؛ (همان: ۶۸۹).

عبارت اخیر در تناقض با عبارت نخست است.

به هر حال، این که در طبقه‌بندی قوانین، بخش‌نامه را هم ذکر می‌کنند،* نباید موجب این توهم شود که بخش‌نامه نیز قانون است، بلکه ذکر عنوان بخش‌نامه در ردیف منابع حقوق، با این هدف صورت می‌گیرد که جای مناسب دیگری برای طرح این بحث به نظر نمی‌رسد.

ج. کنترل بخش‌نامه‌ها

از مطالب پیش گفته این نتیجه حاصل شد که بخش‌نامه‌های مغایر با قانون و آیین‌نامه اعتبار ندارد. اینک این پرسش مطرح می‌شود که مرجع کنترل بخش‌نامه‌ها کیست. چگونه می‌توان از صدور این گونه بخش‌نامه‌ها جلوگیری نمود یا آن را ابطال کرد؟ سؤال دیگر این که ضمانت اجرای عدم صدور بخش‌نامه مغایر با قانون و آیین‌نامه چیست. در این جا به اختصار این دو پرسش را بررسی خواهیم کرد.

۱- مرجع کنترل بخش‌نامه‌ها

در نظام حقوقی ما برای جلوگیری از وضع مقررات مغایر با اصول قانون اساسی و نیز موازین شرعی، نهادی به نام شورای نگهبان پیش بینی شده است (اصل چهارم قانون اساسی)؛ هم‌چنین دیوان عدالت اداری، مرجع ابطال آیین‌نامه‌های مغایر با شرع و قانون است. از طرفی، قضات دادگاه نیز از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه منع شده‌اند. در اصل ۱۷۰ قانون اساسی آمده است:

«قضات دادگاه‌ها مکلف‌اند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند».

اصل ۱۷۳ نیز دیوان عدالت اداری را مرجع رسیدگی به شکایات مردم و اعتراضات آنان نسبت به آیین‌نامه‌های دولتی دانسته است. گرچه مقصود از آیین‌نامه در این اصول، آیین‌نامه‌های قوه مجریه است، اما قانون اساسی صلاحیت‌های دیگر دیوان را نفی نکرده است، بلکه در اصل ۱۷۳، حدود اختیار و عمل آن را به قانون عادی احاله کرده است: «حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می‌کند». با توجه به مقررات مذکور در قانون دیوان عدالت اداری در رابطه با

* دکتر کاتوزیان در بیان معنای عام قانون می‌گوید: در این معنای عام، قانون شامل تمام مصوبات مجلس و تصویب‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های اداری نیز می‌شود. وی هم‌چنین در مقام طبقه‌بندی قوانین، بخش‌نامه‌ها را در ردیف سوم و پس از قانون اساسی و قانون عادی ذکر نموده است؛ (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۲۰ و ۱۲۱).

صلاحیت‌های این نهاد و نیز رویه عملی آن، رسیدگی به آیین‌نامه‌های قوای دیگر - علاوه بر قوه مجریه - نیز در صلاحیت این دیوان قرار دارد؛ (هدایت‌نیا، ۱۳۸۲: ۳۵-۵۲).

قانون اساسی تصریح می‌کند که: «هر یک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیأت وزیران حق وضع آیین‌نامه و صدور بخش‌نامه را دارد ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد؛ (اصل ۱۸۳). جز در این اصل، در هیچ جای دیگر، قانون اساسی از اصطلاح بخش‌نامه استفاده نکرده است و در مورد مرجع کنترل آن نیز حکمی ندارد. در قانون دیوان عدالت اداری نیز این اصطلاح نیامده است. اما تعبیراتی به کار رفته است که عموم آن شامل این نوع دستورات اداری نیز می‌شود. عباراتی نظیر: «تصمیمات و اقدامات» و نیز «آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات» که در ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری ذکر شد، شامل بخش‌نامه‌ها نیز می‌شود. در عمل نیز دیوان عدالت اداری* به شکایت‌های مردم از بخش‌نامه‌های ناقض حقوق مردم رسیدگی کرده است.**

۲- ضمانت اجرا

دومین پرسش در مورد بخش‌نامه‌ها این است که ضمانت اجرای صدور بخش‌نامه مغایر با قانون چیست. در قانون مجازات عمومی سابق، صدور بخش‌نامه مغایر قانون جرم محسوب می‌شد و برای آن مجازات پیش بینی شده بود. در ماده ۲۸۰ این قانون آمده است: «هرگاه یکی از وزرا یا مستخدمین دولتی در هر رتبه و مقامی که باشند به وسیله وضع نظام‌نامه یا تصویب نامه یا صدور متحد المال و اوامر کتبی دیگر و یا اعمال آن‌ها بدون امر کتبی مقامات مافوق قانون را تغییر دهند یا تفسیر نمایند و یا در اجرای آن تبعیض کنند از خدمات دولتی دائماً منفصل خواهند شد». در این قانون، تغییر قانون و نیز تفسیر آن جرم دانسته شده است؛ ظاهراً مقصود از تفسیر قانون، تفسیر برخلاف مراد مقنن است که این همان تغییر قانون می‌باشد. در حال حاضر، در قوانین جزایی ما چنین ضمانت اجرایی دیده نمی‌شود.

نکته‌ای که باید به آن توجه نمود این است که دیوان عدالت اداری در پی درخواست یا شکایت یک شخص حقیقی یا حقوقی وارد رسیدگی می‌شود. حال آیا به طور مستقل نیز می‌تواند

* ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری، صلاحیت‌ها و اختیارات این دیوان را بیان کرده است.

** مانند آرای شماره ۴۷۰۴۶ و ۴۸ مورخ ۱۳۶۷/۳/۱۶ دیوان عدالت در مورد بخش‌نامه شماره ۱۵۵۹۳ / ۱ مورخ

۱۳۶۲/۳/۲۹ شورای عالی قضایی.

اقدام کند؟ از عبارت «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم و...» که در اصل ۱۷۳ قانون اساسی آمده است، هم‌چنین از عبارت «هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند» (اصل ۱۷۰)، یا از برخی مواد قانون دیوان عدالت اداری (مثل ماده ۲۵) ممکن است استفاده شود که حق اقدام مستقل از این نهاد سلب شده است، مگر آن‌که گفته شود این عبارت‌ها نافی صلاحیت‌های دیگر دیوان عدالت اداری نیست.

گفتار دوم: نمونه‌هایی از بخش‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های مؤثر بر قوانین خانواده

تأثیری که آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های مورد بحث در حوزه قوانین مربوط به خانواده ایجاد کرده‌اند، همگی از یک سنخ نیستند. در بعضی موارد، بخش‌نامه قانون را نسخ و لغو کرده است، مانند بخش‌نامه لغو ماده ۱۲ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص پیرامون تجدیدنظر بعضی احکام. در مواردی، بخش‌نامه موجب تخصیص قانون شده است، نظیر بخش‌نامه جواز طلاق زوجه غایب مفقودالثر پیش از انقضای چهار سال به دلیل عسر و حرج. گاهی بخش‌نامه موجب توسعه و تحول مفهوم یک عنوان قانونی شده است، مانند بخش‌نامه جواز طلاق به استناد عسر و حرج. در این قسمت، تحولات صورت گرفته و دلایل آن را بررسی می‌کنیم:

الف. ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی از تاریخ تصویب تاکنون، بارها اصلاح شده و هر بار تغییراتی در آن ایجاد گردیده است. تحولات صورت گرفته در این ماده و متن‌هایی که از آن در دست است، به ترتیب تاریخ تصویب به صورت زیر است:

۱- متن اولیه ماده ۱۱۳۰، مصوب ۱۳۱۴ ش؛

۲- متن اصلاح شده ۱۳۶۱/۱۰/۸ کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی؛

۳- متن اصلاح شده ۱۳۷۰/۸/۱۴ مجلس شورای اسلامی؛

۴- متن اصلاح شده ۱۳۷۹/۷/۳ مجلس شورای اسلامی که به تأیید شورای نگهبان نرسید؛

۵- متن مصوب ۱۳۸۱/۴/۲۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام؛

علاوه بر موارد مذکور، در تاریخ ۱۳۶۱/۵/۳۱ شورای عالی قضایی، با صدور بخش‌نامه‌ای متن اولیه قانون مزبور را تغییر داده است. بخش‌نامه شماره ۱/۲۶۵۱۷/ شورای عالی قضایی به شرح زیر است:

«بخش نامه به کلیه دادگاه‌های مدنی خاص سراسر کشور

دستور العمل نسبت به اجازه طلاق از باب ولایت فقیه

هرگاه زن در نتیجه ناسازگاری با شوهر از دادگاه تقاضای طلاق نمود و پس از تحقیق از وضع او برای قاضی محکمه مشخص گردید که زندگی برای او با شوهرش حرجی است و راه تخلصی هم جز طلاق ندارد، دادگاه پرونده امر را با اظهار صریح قاضی محکمه دایر بر حرجی بودن زندگی زن و عدم امکان تخلص جز از راه طلاق، به دادگاه تجدید نظر ارسال دارد تا چنانچه توسط قضات تجدید نظر نیز حرجی بودن، تأیید شود طبق اجازه شفاهی حضرت امام به محاکم بدوی، اجازه صدور طلاق از باب ولایت داده شود؛ (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۲، ج ۱: ۱۶۸).

در شرایط زمانی صدور این بخش نامه، متن اولیه ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در مورد طلاق اجرا می شده است. به دنبال ماده ۱۱۲۹ که به زوجه حق داده است در موارد امتناع زوج از پرداخت نفقه و عدم امکان اجرای حکم دادگاه، از دادگاه درخواست طلاق کند، ماده ۱۱۳۰ اولیه مقرر داشته بود:

«حکم ماده قبل در موارد ذیل نیز جاری است:

- ۱- در مواردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او هم بر ایفا ممکن نباشد؛
- ۲- سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگانی زن را با او غیر قابل تحمل سازد؛
- ۳- در صورتی که به واسطه امراض مسریه صعب العلاج دوام زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد.

به موجب این قانون، عدم ایفای وظایف زوجیت (مواد ۱۱۰۲ به بعد)، سوء معاشرت (نقض ماده ۱۱۰۳) و بیماری‌های مسری که به سختی درمان می‌شوند، مواردی است که به زن حق می‌دهد از دادگاه تقاضای طلاق کند. مستند بند دوم ماده مزبور، ادله نفی حرج می‌باشد. حرج یا عسر یعنی سخت شدن زندگی برای زن به حدی که عادتاً غیر قابل تحمل باشد. به وجود آمدن این وضعیت ممکن است به دلیل سوء معاشرت شوهر یا ناشی از وضعیت خاص خود زن باشد؛ مانند حالتی که اخلاق زوج ملایم بوده و به تمام وظایف خود پایبند است اما زن از او کراهت شدید دارد، به درجه‌ای که از او متنفر می‌باشد. عبارت بند دوم ماده مزبور فرض اخیر را شامل نمی‌شود، زیرا تصریح به «سوء معاشرت شوهر...» کرده است.

تغییری که بخش نامه مورد بحث در قانون ذکر شده ایجاد کرد، تحول مفهومی و توسعه در دامنه شمول عسر و حرج است. تا پیش از صدور این بخش نامه، دادگاه‌ها مجاز بودند در مورد عسر و حرج ناشی از سوء معاشرت شوهر، مداخله نموده و به استناد بند ۲ ماده ۱۱۳۰، حکم به

طلاق صادر نمایند. اما در بخش‌نامه شورای عالی قضایی قید «سوء معاشرت شوهر» دیده نمی‌شود. این بخش‌نامه به محاکم اجازه می‌دهد هرگاه زندگی زن با شوهر به هر دلیل حرجی شود، زن را مطلقه سازند. عبارت «ناسازگاری با شوهر» و نیز عبارت «زندگی برای او با شوهرش حرجی است» مطلق بوده و شامل سوء معاشرت، کراهت شدید زوجه و مانند آن می‌شود.

ممکن است ایراد شود که بخش‌نامه شورای عالی قضایی را نباید به مفهوم عامی که در بالا ذکر گردید تفسیر کرد، بلکه مقصود شورای عالی قضایی از حرجی شدن زندگی زن با شوهر، همان عسر و حرج ناشی از سوء معاشرت شوهر است. در پاسخ به این اشکال باید گفت: این مفهوم از عسر و حرج در بند دوم ماده ۱۱۳۰ ذکر شده بود و دیگر نیازی به صدور چنین بخش‌نامه‌ای نبود.

در تحولات حقوقی که پس از این بخش‌نامه صورت گرفت و در اصلاحیه‌های بعدی ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، همین مفهوم عام مورد توجه قانون گذار قرار گرفته است. در اصلاحیه‌ای که پنج ماه پس از صدور این بخش‌نامه، توسط کمیسیون قضایی مجلس صورت گرفت، آمده است:

«... در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید و...».

همین عبارت با کمی‌تغییر در اصلاحیه سال ۱۳۷۰ نیز آمده است. در اصلاحیه سال ۱۳۸۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام، قانون گذار برای اولین بار اقدام به تعریف عسر و حرج کرده است:

«عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می‌گردد...»؛ (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۲: ۶۵۶).

در این متن که به صورت یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ ملحق شد، مصادیق شایع عسر و حرج مانند: اعتیاد زوج، ترک زندگی خانوادگی زوج، محکومیت قطعی زوج و ... در پنج بند ذکر گردیده است، اما در ذیل همین تبصره آمده است: «موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید».

همان‌طور که مشاهده می‌شود، تعریف مذکور نیز عام است و شامل عسر و حرج به وجود آمده از طرف زوج و نیز زوجه می‌گردد. البته این که آیا از نظر شرعی، کراهت و تنفر زوجه از زوج می‌تواند موجب تحقق عسر و حرج اصطلاحی بشود یا خیر، موضوع مهمی است که بررسی آن مجال دیگری می‌طلبد. صرف نظر از ماهیت فقهی بحث، بخش‌نامه مزبور سبب تحول مفهومی و توسعه در دامنه شمول عسر و حرج گردید.

ب. ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی

ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی مربوط به حضانت است. در این ماده آمده است:

«طفل را نمی‌توان از ابویین و یا از پدر یا مادری که حضانت با اوست گرفت، مگر در صورت وجود علت قانونی.»

ماده ۱۱۷۳ نیز در بیان علت قانونی جدا کردن طفل از کسی که حضانت با اوست می‌گوید: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا تقاضای مدعی‌العموم، هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند».*

حقوق‌دانان به مواردی از قبیل: ناتوانی در نگهداری طفل به دلیل غیبت، بیماری، پیری، حبس و ...، انحطاط اخلاقی و خشونت خارج از حد متعارف، به عنوان علت‌های قانونی جدا کردن طفل از پدر یا مادر اشاره کرده‌اند؛ (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۷۵).

شورای عالی قضایی با صدور بخش‌نامه‌ای، عامل دیگری را نیز به موارد مذکور در قانون افزود. بخش‌نامه شماره ۱۳۶۲/۹/۲۷-۱/۴۱۹۶۵ شورای عالی قضایی به شرح زیر است:

«بخش‌نامه به کلیه دادگاه‌های مدنی خاص سراسر کشور

نظر به این‌که محاکم مدنی خاص، حسب اطلاق ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی ممنوع از رسیدگی به دعوای عسر و حرج ناشی از گرفتن اولاد از مادر در اثر طلاق یا نحو دیگری که حضانت با پدر است می‌باشند، فلذا با توجه به فتوا که «... و در [صورت اول] که مشقت غیر قابل تحمل برای مادر است پدر نباید فرزند را از مادر جدا کند»، اطلاق ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی خلاف صریح فتوا می‌باشد و با توجه به نامه ۶۷۸۲ شورای محترم نگهبان قانون اساسی، دادگاه‌ها می‌توانند به دعوای

* در اصلاحیه سال ۱۳۷۶، عبارت زیر به ماده ۱۱۷۳ اضافه شده است:

«موارد ذیل از مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی هر یک از والدین است:

- ۱- اعتیاد زیان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار؛
- ۲- اشتها به فساد اخلاق و فحشا؛
- ۳- ابتلا به بیماری‌های روانی با تشخیص پزشکی قانونی؛
- ۴- سوء استفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد و فحشا، تکدی‌گری و قاچاق؛
- ۵- تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف.»

عسر و حرج ناشی از مشقت غیر قابل تحمل و زاید بر اصل فراق، رسیدگی نمایند؛ (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، همان: ۲۷۵).

علتهایی که پیش از این به آن اشاره شد و مواردی که در ماده ۱۱۷۳ به عنوان مجوز جدا نمودن فرزند از پدر یا مادر بیان گردید، همگی ناظر به وضعیت طفل و به خاطر مصالح او می باشد. رعایت حال مادر نمی تواند مانع جدا سازی فرزند از او و تحویل او به پدری که حضانت با اوست بشود. وابستگی عاطفی بیش از حد مادر به طفل که تحمل جدا کردن طفل از مادر او را سخت و غیر ممکن می کند نمی تواند علت قانونی ماده ۱۱۷۵ و ۱۱۷۳ قانون مدنی باشد. اما همان طور که اشاره شد، طبق فتوای حضرت امام (ره)، این امر، به مادر اجازه می دهد از طفل خود نگهداری کند، هر چند طبق قانون حضانت با پدر طفل می باشد. به دلیل اهمیت مسئله، عین فتوای امام خمینی بیان می گردد:

سؤال: «اگر عمل به حق الحضانة مستلزم عسر و حرج فوق العاده باشد، مثل این که گرفتن فرزند از مادر بعد از دو سال و ردّ به پدر باعث مشقت غیر قابل تحمل برای مادر باشد (که این مشقت اضافه بر اصل مشقت فراق است که معمولاً متوجه مادر می شود)، و یا عمل به حق الحضانة باعث فساد و انحراف اخلاقی و تربیتی باشد و کودک را در معرض فساد قرار دهد، در این دو صورت آیا باز حق حضانت ثابت است، یا به علت حرج و فساد ساقط می شود؟

پاسخ: «در صورت دوم که کودک در معرض فساد دینی یا اخلاقی قرار می گیرد پدر صلاحیت حضانت را مادم که چنین است ندارد، و در صورت اول که مشقت، غیر قابل تحمل برای مادر است پدر نباید فرزند را از مادر جدا کند؛ (امام خمینی، ۱۳۸۱: ۲۱۴).

روشی که شورای عالی قضایی در تغییر قانون در پیش گرفته، قابل انتقاد است. در متن بخش نامه مورد بحث، به نامه ۶۷۸۲ شورای نگهبان اشاره شده و این بخش نامه با استناد به آن صادر گردیده است. نامه مزبور به شرح زیر است:

«پیرو نامه شماره ۵۷۶۳ مورخ ۱۳۶۱/۷/۱۷، چون از سوی مقامات قضایی و غیرها مکرراً توضیحاتی خواسته می شود، لزوماً به اطلاع می رسد به نظر اکثریت فقهای شورای نگهبان در مواردی که قانون به موجب صریح فتاوی رهبر معظم انقلاب حضرت امام خمینی مدظله طبق تحریر الوسیله و توضیح المسائل مغایر با شرع است عمل به آن قانون جایز نیست؛ (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، همان: ۱۷۹).

شورای نگهبان در این نظریه، «انطباق قوانین با موازین اسلامی و عدم مغایرت آن با احکام

شرع» که در قانون اساسی ذکر گردیده را به عدم مغایرت قوانین با فتاوی امام خمینی معنا کرده است. مطابق این نظریه، تمام مقرراتی که مطابق با فتاوی امام خمینی نباشند، مغایر شرع دانسته شده و عمل به آن مجاز نیست، حتی اگر موافق با فتاوی مشهور فقیهان باشد.* ایراد دیگر این نظریه آن است که شورای نگهبان مرجع تشخیص انطباق قوانین با شرع است و فقهای شورای نگهبان باید اعلام کنند کدام متن قانونی مغایر با شرع است، نه این که یک معیار کلی اعلام کنند و تشخیص مصادیق آن را به مجریان قانون واگذار نمایند. بنابراین شورای عالی قضایی و هیچ مرجع دیگری غیر از فقهای شورای نگهبان صلاحیت قانونی برای این کار نداشته و اقدام آنان معتبر نمی باشد.

با وجود انتقادی که به این نظریه شورای نگهبان از حیث شکلی و ماهوی وارد است، شورای عالی قضایی همین نظریه را مورد توجه قرار داده و با استناد به آن، برخی مقررات را غیر شرعی اعلام نموده است. علاوه بر آن، به قضات دادگستری دستور داده است به فتاوی امام خمینی (ره) عمل نمایند. حال آیا مسئولان عالی قضایی صلاحیت این کار را داشته اند؟ آیا این بخش نامه مغایر با قانون برای قضات کشور لازم الاتباع بوده و برای آنان تکلیف ایجاد می کند؟ پاسخ این پرسش منفی است و قضات کشور هم چنان باید به قانون عمل کنند.

ج. ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی

ماده ۱۰۲۹ مربوط به طلاق زوجه غایب مفقود الاثر است. در این ماده آمده است:

«هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقود الاثر باشد، زن او می تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت، با رعایت ماده ۱۰۲۳، حاکم او را طلاق می دهد.»

ماده ۱۰۲۳ مورد اشاره مربوط به تشریفات صدور حکم موت فرضی غایب مفقود الاثر است که برای صدور حکم طلاق نیز باید رعایت شود. براساس این مواد، محکمه وقتی حکم طلاق را صادر می کند که «در یکی از جراید محل و یکی از روزنامه های کثیر الانتشار تهران اعلان و در سه دفعه متوالی هر کدام به فاصله یک ماه منتشر کرده و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند دعوت نماید که اگر خبر دارند به اطلاع محکمه برسانند. هرگاه یک سال از تاریخ اولین اعلان بگذرد و حیات غایب ثابت نشود، دادگاه حکم طلاق صادر نخواهد کرد.»

آنچه در این باب در قانون مدنی آمده، نسبتاً با مبانی فقهی هماهنگ است. صاحب شرایع

* شورای نگهبان در عمل، به این نظریه پایبند بوده است و در مواردی به فتاوی امام خمینی به عنوان فقیه اعلم یا فقیه حاکم، در مواردی به فتاوی مشهور فقیهان و در مواردی نیز به اجتهاد خود عمل کرده است.

می‌گوید: «اگر از شخص مفقود هیچ خبری نباشد و کسی هم نباشد که نفقه همسر او را بپردازد، در این صورت اگر همسرش بر این وضع صبر نماید، بحثی نیست، اما اگر نتواند صبر کند و به حاکم مراجعه کند، حاکم چهار سال تعیین می‌کند و در این مدت از حال غایب جست‌وجو می‌نماید و اگر در این مدت نیز نتوان از وی خبری به دست آورد، حاکم امر می‌کند که زن عده وفات نگه دارد».*

در مورد جزئیات این بحث از جهت فقهی اختلاف وجود دارد، از جمله این‌که:

- آیا پس از مدت انتظار، طلاق لازم است یا بدون طلاق حاکم امر به عده می‌کند؟

- آیا زن باید عده وفات نگه‌دارد یا عده طلاق؟

۱۸۱

تهدیه و حقوق

- آیا تعیین مدت از تاریخ رجوع زن به حاکم صورت می‌گیرد یا اگر قبل از رجوع زن به حاکم

هم چهار سال گذشته باشد کفایت می‌کند؟

قانون مدنی در هر یک از این مسایل، از یکی از نظریات فقهی تبعیت کرده است. در مورد مسئله نخست گفته است طلاق لازم است. در مورد مسئله دوم هم عده وفات را لازم دانسته است. در مورد مسئله سوم نیز از ماده ۱۰۲۹ استفاده می‌شود که گذشتن چهار سال پیش از مراجعه زن به حاکم کافی است؛ (صفایی و امامی، ۱۳۸۰: ۲۴۶).

در مورد طلاق زوجه غایب مفقود الاثر، شورای عالی قضایی بخش‌نامه‌ای صادر کرده است که در زیر نقل شده و مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد:

«در مورد زوجه مفقود عنها زوجها، نیز با توجه به فتوا «... در صورتی که زوجه برای نداشتن شوهر در حرج است، نه از جهت نفقه، به طوری که در صبر کردن معرضیت فساد است، حاکم پس از یأس، قبل از مضي چهار سال می‌تواند طلاق دهد. بلکه اگر در مدت مذکور نیز در معرض فساد است و رجوع به حاکم نکرده است، جواز طلاق برای حاکم بعید نیست در صورت یأس»؛** با

بررسی آثار بخش‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های مسئولان قضایی در قوانین خانواده

* «والمفقود... لو جهل خبره، و لم یکن من ینفق علیها، فان صبرت فلا یجوز و ان رفعت امرها الی الحاکم، أجلها اربع سنین، و فحص عنه ... و ان لم یعرف خبره، امرها بالاعتداد عده الوفاة»؛ (محقق حلی، ۱۴۰۳۱: ۳۹).

** متن کامل استفتایی که در بخش‌نامه مذکور به آن اشاره شده، به شرح زیر است:

سؤال: ۱- درباره زوجه‌ای که همسرش مفقود شده، اگر علم پیدا شد به این‌که فحص بی فایده است، آیا مضي اربعه سنه (گذشت چهار سال) لازم است و موضوعیت دارد یا خیر؟

۲- آیا مضي اربع سنه شرط است بعد از رفع امر به حاکم باشد یا مطلقاً ولو قبل از رجوع کافی است؟ و همین معنی مقتضای صحیح‌ه حلی می‌باشد: «عن ابی عبدالله علیه السلام انه سُئِلَ عن المفقود، فقال: المفقود اذا مضي له اربع سنین، بعث

توجه به نامه مذکور شورای نگهبان، اطلاق ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی مانع از استماع دعوای عسر و حرج بر فروض مذکور نمی‌باشد. فلذا محاکم می‌توانند این قبیل دعوای را با توجه به مسئله ۱۱ و ۱۵ تحریر الوسیله، کتاب الطلاق، مبحث عده وفات و مسئله فوق الذکر حسب مورد رسیدگی و عند الاقتضا حکم طلاق صادر نمایند؛ (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، همان).

به این ترتیب، شورای عالی قضایی، فتاوی‌ای امام خمینی را جای‌گزین مقررات قانون مدنی در باب طلاق زوجه غایب مفقود الاثر نموده است. در مورد بحث، امام خمینی نیز معتقد است پس از انقضای مدت، حاکم باید زن را طلاق دهد. هم‌چنین، ایشان معتقد است زن پس از طلاق باید عده وفات نگه دارد. بنابراین، در این دو مورد، بین مقررات قانون مدنی و فتاوی‌ای امام خمینی تفاوتی وجود ندارد. اما در موارد زیر، بین فتاوی‌ای امام خمینی و مقررات قانون مدنی تفاوت وجود دارد:

۱- در مبدأ مدت چهار سال:

امام خمینی قایل است، مبدأ احتساب مدت چهار سال، پس از مراجعه زن به دادگاه است: «...و اگر صبر نکند و بخواهد ازدواج نماید، امر خودش را پیش حاکم شرعی می‌برد؛ پس حاکم شرع از وقت بردن مرافعه نزد او، به زن چهار سال مهلت می‌دهد...»؛ (امام خمینی، ۱۳۷۹: ۳۲۴)*؛ در حالی که قانون مدنی چنین چیزی را لازم ندانسته است.

۲- در طلاق، به دلیل عسر و حرج زوجه:

الوالی او یکتب الی الناحیه الی هو غائب فیها، فان لم یوجد له اثر، امر الوالی ولیه ان ینفق علیها الی قوله علیه السلام: ←
→ امره ان یطلقها فکان ذلك علیها طلاقاً واجباً».

۳- آیا عسر و حرج در این باب هم باعث جواز طلاق برای حاکم می‌شود (مخصوصاً اگر غیبت به وسیله رفتن و فرار کردن خود زوج باشد و یا موردی که مُتَّفَقی نیست که نفقه زوجه را بدهد)، یا این‌که عسر و حرج مربوط به غیر این مقام از موارد حضور زوج است که بر فرض جواز بشود قبل از چهار سال هم طلاق داد؟ و این مطلب مختار مرحوم سید است در مسئله ۳۳ از مسایل عده وفات ملحقات عروه.

جواب: حکم همان است که در تحریر الوسیله ذکر شده است.

در صورتی که زوجه برای نداشتن شوهر در حرج است - نه از جهت نفقه - به طوری که در صبر کردن معرضیت فساد است، حاکم پس از یأس، قبل از مُضی مدت چهار سال می‌تواند طلاق دهد. بلکه اگر در مدت مذکور نیز در معرض فساد است و رجوع به حاکم نکرده است، جواز طلاق برای حاکم بعید نیست در صورت یأس؛ (امام خمینی، استفتائات، همان: ۱۴۴ و ۱۴۵).

* «و ان لم تصبر و ارادت الزواج رفعت امرها الی الحاکم الشرعی، فیؤجلها اربع سنین من حین الدفع الیه...».

امام خمینی در استفتایی که از ایشان نقل شد، می‌گوید؛ اگر زن به دلیل نداشتن شوهر در معرض فساد باشد، پس از یأس از حیات شوهر، پیش از انقضای مدت چهار سال هم ممکن است از سوی حاکم مطلقه شود.

مستند ایشان در این مورد خاص، عسر و حرج است.

در بخش‌نامه شورای عالی قضایی تفاوت نخست مورد توجه قرار نگرفته است، در حالی که اگر- با توجه به مبنای شورای نگهبان در نامه مذکور و شورای عالی قضایی در بخش‌نامه مورد اشاره - قوانین مغایر با فتوای امام خمینی خلاف شرع باشد، این مورد نیز از مصادیق آن است. شورای عالی قضایی به فتوای امام در مورد دوم اشاره کرده و گفته است: «اطلاق ماده ۱۰۲۳ [۱۰۲۹]* قانون مدنی مانع از استماع دعوای عسر و حرج بر فروض مذکور نمی‌باشد».

۱۸۳

تهدیه حقوق

این بخش‌نامه توانست تأثیر خود را در قوانین کشور و در دعوای مربوط به طلاق بر جای بگذارد، به صورتی که در مواردی، قضات به استناد همین فتوای امام خمینی حکم صادر کرده اند. به طور مشخص، در مورد زنی که شوهر او در زمان جنگ مفقود شده است، پیش از گذشت مدت چهار سال از تاریخ غیبت و بدون اعلان در روزنامه‌ها و گذشت مهلت یک سال، حکم طلاق صادرگردیده است. در قسمتی از این حکم آمده است: «... و خواسته خواهان نسبت به طلاق که زنی جوان است، مشمول بخش‌نامه شماره ۱/۴۱۹۶۵-۶۲/۹/۲۷ خواهد بود»؛ (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۳۷۹).

می‌دانیم که احکام قضات بایستی مستند به مواد قانون باشد. تنها در مواردی مثل سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین، آنان موظفانند به منابع یا فتاوی معتبر استناد کنند.** در این مورد، با وجود صراحت قانون، قاضی صادر کننده رأی تحت تاثیر بخش‌نامه مزبور، اقدام به صدور رأی نموده و حکم خود را مستند به بخش‌نامه کرده است، در حالی که پیش از این اشاره شد که بخش‌نامه قابل استناد در دادگاه نیست. صرف نظر از اشکال شکلی ذکر شده، اشکال ماهوی نیز به این رأی وارد شده است که

* در بخش‌نامه به ماده ۱۰۲۳ اشاره شده است، در حالی که لزوم گذشت چهار سال در طلاق، در ماده ۱۰۲۹ ذکر شده است.

** اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی.

به جهت رعایت اختصار از ذکر آن خود داری می‌شود.

د. استیفای طلب زوجه (مهریه) از مسکن زوج

براساس قوانین موجود، مسکن متناسب با نیاز و شأن مدیون، جزء مستثنیات دین بوده و قابل توقیف به نفع طلبکاران نمی‌باشد. این موضوع از مسلمات فقه بوده و در قوانین فعلی به صراحت ذکر شده است.^{*} مقررات مربوط به مستثنیات دین در قوانین موضوعه ایران تحولاتی را پشت سر گذاشته است. بررسی و مقایسه این مقررات نشان می‌دهد که قانون گذار در مورد این موضوع، هر بار از یک مبنای فقهی تبعیت کرده است. به عنوان مثال، در بعضی قوانین، اموال «متعهد» و در بعضی قوانین دیگر اموال «محکوم علیه» مستثنا از توقیف شده است. معیار استثنا نیز در بعضی قوانین «حواجی ضروری مدیون» و در قوانین دیگر «متناسب با شأن مدیون بودن» دانسته شده است. در بعضی موارد سیاست قانون گذار، حمایت از مدیون بوده و در موارد دیگر، منافع بستان‌کار مورد توجه قرار گرفته است؛ (هدایت‌نیا، ۱۳۸۲: ۲۴۹).

در مورد مستثنا شدن «مسکن» مدیون از توقیف نیز تحولاتی صورت گرفته است. در قانون آیین دادرسی سابق (مصوب ۱۳۱۸)، مسئله مستثنیات دین به کلی نادیده گرفته شد. در قانون نحوه اجرای احکام مدنی، گرچه این نقص جبران شد و ماده ۶۵ این قانون به ذکر موارد استثنا اختصاص یافت، اما از مسکن ذکری به میان نیامد. با وجود این، در آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا (ماده ۶۹) مسکن نیز جزء مستثنیات دین ذکر گردید.

در فضای پیش از تصویب آیین دادرسی جدید در سال ۱۳۷۹، دادخواست وصول مهر، بیش‌تر از طریق دادگستری انجام می‌گرفت، زیرا در قانون اجرای احکام مدنی، مسکن جزء مستثنیات دین به شمار نیامده بود و زوجه می‌توانست مهریه خود را از طریق توقیف منزل مسکونی شوهرش وصول نماید. در حالی که از طریق دایره‌های اجرای ثبت این کار عملی نبود، زیرا در آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا، مسکن جزء مستثنیات دین ذکر شده بود. این اختلاف در رویه وصول طلب زوجه بابت مهریه به وسیله دایره‌های اجرای ثبت و مراجع قضایی موجب بروز اشکالات عملی و طرح این پرسش شد که اگر مسکن شرعاً جزء مستثنیات دین است، طریقه

* در ماده ۵۲۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹)، به این موضوع اشاره شده است.

وصول طلب چه تأثیری در آن دارد. این مشکل رئیس قوه قضائیه را بر آن داشت تا نظر شورای نگهبان را در مورد ماده ۶۵ قانون اجرای احکام مدنی جویا شود. شورای نگهبان در پاسخ به نامه رئیس قوه قضائیه اظهار داشت:

«ماده ۶۵ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۶۵ مخصوص اموال منقول است و شامل مسکن نمی‌شود و علی‌ای حال، مسکن مورد نیاز و متناسب شرعاً از مستثنیات دین است.» (نظریه شماره ۱۳۷۶/۳/۱ - ۷۶/۲۱/۵۱۱، مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۵۲۳۳ - ۱۳۷۶/۳/۳۱).

به دنبال انتشار این نظریه شرعی، دایره‌های اجرای احکام مدنی دادگستری نیز از توقیف مسکن بدهکار (از جمله زوج) منع شدند.

در تاریخ ۱۳۷۶/۵/۲۵، مسئولان عالی قضایی، ماده ۶۹ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا را اصلاح کرده و سه تبصره به آن افزودند. در تبصره ۳ الحاقی آمده است:

«در صورتی که بستان‌کار همسر مدیون بوده و بابت وصول مهریه درخواست بازداشت محل سکونت مدیون را بنماید، در این صورت تا نصف از مالکیت مدیون بازداشت می‌شود؛ (جهانگیر، ۱۳۸۲: ۹۱۴).

به این ترتیب، مسئولان عالی قضایی، بدون اعتنا به نظر شورای نگهبان به زوجه حق داده‌اند بابت وصول مهریه، منزل مسکونی شوهر خود را (هر چند تا نصف) توقیف نمایند. این اصلاحیه خیلی دوام نیاورد و یک سال بعد، در تاریخ ۱۳۷۷/۶/۱، با مصوبه دیگری، رئیس قوه قضائیه تبصره مذکور را لغو نمود. متن مصوبه اخیر به شرح زیر است:

«نظر به این‌که برابر بند (ه) ماده ۶۹ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا - مصوب تیر ماه ۱۳۵۵ - و فتاوی مشهور فقهای عظام، مسکن مورد نیاز و متناسب بدهکار و عائله او از مستثنیات دین بوده و قابل بازداشت نمی‌باشد و نظر به این‌که تبصره (۳) الحاقی به بند (ه) آیین‌نامه - مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۵ - که مقرر می‌دارد: (در صورتی که بستان‌کار همسر مدیون...)، مخالف حکم کلی بند (ه) و مغایر با فتاوی مشهور می‌باشد، لذا لغو تبصره (۳) مرقوم اعلام می‌گردد. و در صورتی که واحدهای اجرای ثبت در اجرای تبصره (۳) بند (ه)، مسکن مورد نیاز و متناسب بدهکار را توقیف نموده و عملیات اجرایی به پایان نرسیده باشد مکلف‌اند بلافاصله از آن رفع توقیف نموده و عملیات اجرایی را با لحاظ بند (ه) از ماده ۶۹ آیین‌نامه ادامه دهند؛ (جهانگیر، همان).

ه، لغو ماده ۱۲ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص

از جهت تاریخی، نخستین بار در قانون اصول محاکمات حقوقی - مصوب ۱۳۲۹ قمری - اصل قابل تجدید نظر بودن احکام پیش بینی شده بود. این مطلب از مواد ۴۸۴ و ۴۸۵ این قانون، با توجه به شکل تنظیم آن، استفاده می‌شود. در قانون آیین دادرسی مدنی سابق - مصوب ۱۳۱۸ - نیز با صراحت اصل پژوهش پذیری احکام بدوی اعلام شده بود (مواد ۴۷۵ و...). در قوانین مصوب پس از انقلاب اسلامی، لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص - مصوب ۱۳۵۸/۷/۱ - و نیز لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های عمومی - مصوب ۱۳۵۸/۷/۱۰ - قابل تجدید نظر بودن احکام را پذیرفته بود. دادگاه‌های تجدید نظر به استناد قوانین ذکر شده فعال بوده اند، تا این که در سال ۱۳۶۲، با بخش‌نامه شورای عالی قضایی، این محاکم از سازمان قضایی کشور ما حذف گردید. بخش‌نامه مزبور به شرح زیر است:

«نظر به این که فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلام شورای عالی قضایی در خصوص ماده ۱۲ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص، مصوب ۱۳۵۸/۷/۱ شورای انقلاب،* رسیدگی تجدید نظر را فاقد مجوز شرعی دانسته، و طبق اصل چهار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کلیه قوانین باید منطبق با موازین شرعی باشد، لذا کلیه دادگاه‌های تجدیدنظر منحل اعلام و لازم است پرونده‌ها را بدون رسیدگی جهت اجرای حکم بدوی به مرجع اولیه دعوت دهند، و در صورتی که حکم تجدید نظر صادر شده و پرونده اعاده گردیده، لکن تاکنون اجرا نشده است، دادگاه‌های بدوی باید حکم اولیه را اجرا نمایند»؛ (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، همان: ۲۲۳).

نظر شورای نگهبان در پاسخ به استعلام شورای عالی قضایی که مبنای صدور این بخش‌نامه قرار گرفته است، چنین است:

«... تجدید نظر در حکم حاکم شرع جز در مورد ادعای عدم صلاحیت قاضی از سوی احد متداعیین و در مواردی که حکم مخالف ضرورت فقه و یا غفلت قاضی از دلیل باشد جایز نیست»؛

* ماده ۱۲ قانون مزبور چنین است: «احکام دادگاه‌ها در موارد زیر قطعی و در سایر موارد قابل تجدید نظر است:

۱- در صورتی که حکم مستند به اقرار باشد. اقرار شفاهی در صورت مجلس قید و به امضا می‌رسد؛

۲- در صورتی که طرفین دعوی قبل از صدور حکم از حق درخواست تجدید نظر صرف نظر کرده باشند؛

۳- حکم مستند به رأی یک یا چند نفر داور یا کارشناس که طرفین کتباً رأی آن‌ها را قاطع دعوی قرار داده باشند؛
دعاوی مالی که خواسته دعوی بیش از دویست هزار ریال نباشد.

** این بخش‌نامه به دادگاه‌های مدنی خاص صادر شد و بخش‌نامه دیگری به همین مضمون به «دادگاه‌های صلح و صلح مستقل و دادگاه‌های حقوقی» نیز صادر گردیده است.

(مهرپور، ۱۳۷۱: ۲۵۲).

از مقایسه متن این نظریه با بخش‌نامه‌ای که به استناد بخش‌نامه یاد شده صادر شد، معلوم می‌شود که بین این دو ناسازگاری وجود دارد. شورای نگهبان، تجدید نظر را در سه مورد (ادعای عدم صلاحیت قاضی، صدور حکم مخالف ضرورت فقه، غفلت قاضی از دلیل) مطابق با شرع اعلام نمود، در حالی که شورای عالی قضایی، کلیه محاکم تجدید نظر را منحل اعلام کرد. صدور این بخش‌نامه اعتراض شورای نگهبان را در پی داشت و این شورا در نامه‌ای، خواستار اصلاح فوری این بخش‌نامه گردید. متن نامه شورای نگهبان به این شرح است:

۱۸۷

تجدید نظر

بررسی آثار بخش‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های مسئولان قضایی در قوانین خانواده

«در رابطه با نظر اکثریت فقهای شورای نگهبان دایر بر این که «جز در مورد ادعای عدم صلاحیت...» دو بخش‌نامه از سوی شورای عالی قضایی به استناد نظر شورای نگهبان به طور کلی و مطلق صادر شده است و کلیه دعاوی تجدید نظر را اعم از این که مشمول استثنای شورای نگهبان باشد یا نباشد غیر مسموع اعلام کرده و از اجرای احکام دادگاه‌های تجدید نظر مطلقاً جلوگیری نموده‌اند، علاوه بر این که براساس این بخش‌نامه از اجرای احکامی که در دادگاه‌های تجدید نظر طبق موازین شرعی صادر شده جلوگیری به عمل آمده و احکام دادگاه‌های بدوی را که بعضاً مغایر موازین شرعی صادر شده مغایر با نظر فقهای شورا است، دستور فرمایید فوراً بخش‌نامه‌ها را اصلاح و صریحاً نظر اصلی شورای نگهبان را به اطلاع مقامات قضایی مربوطه برسانند»؛ (مهرپور، همان).

متعاقب نامه شورای نگهبان بخش‌نامه اصلاحی شورای عالی قضایی به شرح زیر صادر گردید: «بخش‌نامه اصلاحی (توضیحی) به کلیه دادگاه‌های صلح و صلح مستقل و دادگاه‌های حقوقی و مدنی خاص:

بخش‌نامه‌های شماره ۱۳۶۲/۴/۱۱-۱/۱۸۲۷۳ و ۱۳۶۲/۴/۱۱-۱/۱۸۲۷۵ فقط ناظر به تجدید نظر مذکور در ماده ۱۷ لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های عمومی و تجدید نظر مذکور در ماده ۱۲ لایحه قانونی مدنی خاص (به اصطلاح معمول در محاکم قضایی) هستند و شامل موارد سه گانه:

۱- ادعای عدم صلاحیت قاضی از سوی احد متداعیین؛

۲- حکم مخالف ضرورت فقه؛

۳- غفلت قاضی از دلیل،

نمی‌باشند»؛ (مهرپور، همان: ۲۵۶).

برخلاف موارد گذشته، شورای عالی قضایی در این مورد به صورت مستقل عمل نکرده، بلکه

صرفاً نظر شرعی شورای نگهبان را به محاکم ابلاغ نموده است؛ گرچه در انتقال نظر شرعی شورای نگهبان نیز دقت لازم را مبذول نداشته است.

و. اجرای طرح تعدیل مهریه در مورد ازدواج‌های گذشته

طرح تعدیل مهریه، با تلاش جمعی از نمایندگان مجلس شورای اسلامی و پس از کسب نظر موافق جمعی از فقهای معاصر، در تاریخ ۱۳۷۶/۴/۲۹ از تصویب مجلس گذشت. این طرح به صورت یک تبصره، به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی ملحق گردید. اصل ماده ۱۰۸۲ و تبصره الحاقی آن به شرح زیر است:

ماده ۱۰۸۲: «به مجرد عقد، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید.

تبصره: چنانچه مهریه وجه رایج باشد متناسب با تغییر شاخص قیمت سالانه زمان تأدیه نسبت به سال اجرای عقد که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و پرداخت خواهد شد، مگر این‌که زوجین در حین اجرای عقد به نحو دیگری تراضی کرده باشند».

پس از تصویب این قانون، بحث‌هایی بین حقوق‌دانان و قضات کشور در مورد قابلیت اجرای این قانون در مورد ازدواج‌های پیش از تاریخ تصویب آن، در گرفت. منشأ اختلاف این بود که براساس ماده ۴ قانون مدنی، «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ما قبل خود اثر ندارد، مگر این‌که در خود قانون، مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد». از این مسئله به اصل «عطف بما سبق نشدن قانون» تعبیر می‌شود. در مورد این اصل مباحثی مطرح شده است که ورود در آن از هدف این نوشتار خارج است.

در قانون مورد بحث، در مورد امکان اجرای قانون نسبت به گذشته یا آینده هیچ مطلبی نیامده است. اما برخی چنین استدلال نموده‌اند که فلسفه وضع این قانون حمایت از زنانی است که در گذشته ازدواج کرده و به دلیل کاهش ارزش پول، مشکلاتی برایشان ایجاد شده است،* حال اگر بنا باشد این قانون در مورد ازدواج‌های گذشته غیر قابل اجرا باشد نقض غرض خواهد بود. قضات کشور نیز در این رابطه رویه گوناگونی اتخاذ نموده‌اند.

هم‌چنین اداره حقوقی دادگستری، در نظر مشورتی خود، قانون مذکور را شامل ازدواج‌های

* جهت آگاهی بیشتر ر. ک: مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، سال ۱۳۷۶، جلسه ۹۴، ص ۳۴.

گذشته ندانسته است. متن نظریه این اداره به این شرح است:

«مطابق ماده ۴ قانون مدنی، اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ما قبل خود اثر ندارد، مگر این که در خود آن قانون تصریح شده باشد، و چون در قانون مورد استعلام، چنین تصریحی موجود نیست، لذا مقررات قانون الحاقی یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی و آیین نامه اجرایی آن شامل ازدواج‌هایی که قبل از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون صورت گرفته است نمی‌شود»؛ (نظریه شماره ۷/۷۸۲۶ مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۲۳).

به این ترتیب، اداره حقوقی نیز به جمع مخالفین تسری حکم قانون به گذشته پیوست. خودداری برخی دادگاه‌ها در اجرای این قانون نسبت به ازدواج‌های پیش از تصویب این قانون، موجب شد تا دفتر امور زنان قوه قضائیه، در نامه‌ای به رئیس این قوه، دلایلی را برای اثبات شمول این قانون نسبت به گذشته بیان کند و از رئیس قوه بخواهد تا از مجلس شورای اسلامی در مورد این قانون استفسار شود. در بخشی از این نامه آمده است:

«احتراماً، حسب اعلام نماینده این دفتر در استان یزد... دادگاه‌های خانواده این استان، قانون الحاقی یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی را صرفاً نسبت به ازدواج‌های انجام شده پس از مرداد سال ۱۳۷۶ هجری دانسته و اعمال می‌نمایند و دادخواست‌های مربوط به ازدواج‌های ما قبل تاریخ مذکور را که در رابطه با این قانون تقدیم گردیده رد می‌نمایند؛ لذا علی‌رغم فلسفه وضع قانون یاد شده با اتخاذ این روال، حقوق بانوان در معرض تضییع بوده و در واقع کلیه زحمات و تلاش‌هایی که در راستای احقاق حق بانوان در این چهارچوب صورت گرفته خنثی و بی‌اثر می‌گردد... با توجه به مراتب فوق، به نظر می‌رسد که استفسار این قانون از مجلس شورای اسلامی ضروری باشد...»؛ (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ج ۲: ۴۹۹).

در پی این نامه، مسئولان عالی قضایی به جای استفسار از مجلس شورای اسلامی، اقدام به صدور بخش‌نامه نموده و در آن از قضات خواسته اند تا قانون را در مورد ازدواج‌های پیش از تاریخ تصویب قانون مزبور نیز اجرا نمایند. متن این بخش‌نامه به شرح زیر است:

«... درست است که قانون نسبت به قبل از تصویب خودش اثر ندارد، اما قانون، راجع به زمان عقد مطلبی ندارد. پیام قانون این است که وقتی می‌خواهند مهریه راپردازند باید تغییر شاخص قیمت سالانه را حساب کنند. بنابراین، کسانی که قبل از قانون، مهریه همسرشان را پرداخته اند، طبعاً مشمول این قانون نیستند؛ اما کسانی که پس از تصویب قانون می‌خواهند مهریه همسرشان را پردازند باید رعایت کنند، عقد هر زمانی واقع شده باشد...»؛ (همان).

به رغم صدور این بخش‌نامه، مشکلات برطرف نشد و هم‌چنان از مراجع قضایی آرای متفاوت

صادر می‌شد، تا این‌که از هیأت عمومی دیوان عالی کشور، رأی وحدت رویه‌ای صادر گردید. در قسمتی از این رأی آمده است:

«منظور مقنن از تصویب ماده واحده قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۶ با توجه به عبارات صدر تبصره و فلسفه وضع آن، حفظ ارزش ریالی مهریه زوجه است که معمولاً برحسب وجه رایج (ریالی) تعیین می‌شود، اگر چه تاریخ وقوع عقد ازدواج، مربوط به زمان قبل از تصویب تبصره مزبور باشد. با این وصف، قانون مرقوم (تبصره الحاقی) با ماده ۴ قانون مدنی مایبنتی ندارد...»*

باتوجه به توضیحات ارایه شده، روشن شد که بخش‌نامه سال ۱۳۷۸ رئیس قوه قضاییه، موجب تسری اثر تبصره الحاقی به ماده ۱۰۸۲ به گذشته شده است.

۱۹۰

فهرست

نتیجه‌گیری

در بررسی بخش‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های وضع شده از سوی مسئولان عالی قضایی کشور، مواردی به عنوان نمونه مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته و معلوم شد که از طریق این قبیل مقررات، در قوانین کشور تغییراتی اعم از نسخ قانون، تخصیص قانون یا توسعه مفهوم و دامنه شمول قانون، ایجاد شده است. در انتقاد از این قبیل تحولات، اشاره شد که بخش‌نامه و حتی آیین‌نامه در رتبه‌ای پایین‌تر از قانون قرار داشته و نمی‌توانند و نباید مغایر و منافی با قانون باشد. اگر در مواردی بخش‌نامه و یا آیین‌نامه‌ای ناقض قانون باشد، این بخش‌نامه و یا آیین‌نامه است که اعتبار ندارد و نباید به آن ترتیب اثر داده شود. هرکس می‌تواند ابطال این قبیل مقررات را از دیوان عدالت اداری بخواهد.

در نهایت، اگر قانون نیاز به اصلاح داشته باشد، باید از مجاری قانونی نسبت به اصلاح آن اقدام گردد.

سال
اول
پیاپی
۱۳۸۳

* رأی وحدت رویه شماره ۶۴۷ - ۱۳۷۸/۱۰/۲۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور؛ (عطایی نوری و حسینی، ۱۳۸۱: ۲۱۱).

منابع

الف. کتاب‌ها

- ۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۵، ج ۲.
- ۲- _____، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲.
- ۳- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۳، ج ۳.
- ۴- موسوی خمینی (امام)، سید روح‌الله، تحریرالوسیله، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲.
- ۵- _____، استفتانات، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۱، ج ۳.
- ۶- روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۷۶.
- ۷- صفایی، حسین و امامی، اسدالله، حقوق خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۰، ج ۱.
- ۸- عطایی نوری، علی و حسینی، مرتضی، آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تهران، خط سوم، ۱۳۸۱.
- ۹- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۱، ج ۱.
- ۱۰- _____، گامی به سوی عدالت، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، ج ۲.
- ۱۱- _____، مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ بیست و دوم، ۱۳۷۶.
- ۱۲- موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری، تهران، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۱.
- ۱۳- مهرپور، حسین، مجموعه نظریات شورای نگهبان، تهران، سازمان انتشارات کیهان، ۱۳۷۱، ج ۳.
- ۱۴- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، مجموعه بخش‌نامه‌ها، ۱۳۸۲، ج ۱ و ۲.
- ۱۵- _____، آسیب‌شناسی فقهی قوانین، قم، ۱۳۸۲، ج ۱.
- ۱۶- جهانگیر، منصور، مجموعه قوانین و مقررات ثبتی، تهران، نشر دیدار، ۱۳۸۲.
- ۱۷- هدایت نیا، فرج‌الله، رواق اندیشه، جایگاه دیوان عدالت اداری در رسیدگی به شکایات مردم، قم، مرکز پژوهش‌های صدا و سیما، ۱۳۸۱.

ب. قوانین

۱۸ - قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۱۹ - قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.

۲۰ - قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی.

۱۹۲

فهرست

سال اول / پاییز ۱۳۸۳