

نسبت فقه و قانون در رویه قضایی ایران

دکتر احمد بیگی حبیب‌آبادی^۱

دکتر محمدتقی عابدی^۲

مقدمه

در حقوق ایران صحبت از نسبت فقه و قانون در واقع بنوعی ورود در تاریخچه نهضت تدوین قوانین و قانونگذاری به سبک نوین در ایران است. در یک نگاه کلی و عام، با توجه به تداخلی که فقه و قانون بلحاظ مفهومی با یکدیگر دارند نسبت مزبور در حقوق ایران هیچگاه از نوع تباین تام نبوده هر چند بدلایلی که بیان خواهد شد چنین تصویری از نقطه نظر شخصیت واضع قوانین از بعضی اذهان بدور نبوده است. کمااینکه، نسبت موصوف حداقل تا قبل از وقوع انقلاب اسلامی از نوع تساوی کامل هم نبوده است: با هم مبیانت ندارند چرا که فقه در یک قسمت مهم آن که ناظر بر افعال مکلفین در روابط خصوصی متقابل با اشخاص دیگر است حتی پس از عرفی شدن ساختارهای قضایی و اداری کماکان به عنوان منشاء قوانین مصوب بر روابط موصوف حاکم بوده است. در واقع، قواعد حاکم بر معاملات و روابط حقوقی اتباع ایران با یکدیگر نمونه‌ای از این مقررات که هستند که

۱. مشاور رئیس قوه قضائیه و استادیار دانشگاه.

۲. قاضی دادسرای انتظامی قضات و استادیار دانشگاه.

از دیرباز تحت عنوان قانون مدنی با اسلوب زیبا و با عباراتی موجز ولی پر معنا که منعکس کننده نظر مشهور فقهای امامیه می‌باشد توسط قضات محاکم به اجرا درآمده است. باوجود این، حکومت قانون موصوف بر روابط حقوق خصوصی ایرانیان نباید به منزله تساوی کامل فقه و قانون در این دوره تلقی شود. چه، اولاً، نه تنها مقررات قانون مدنی در باب معاملات و هر امر مدنی دیگر علیرغم ریشه فقهی آنها، پس از تصویب حکم قانونی پیدا کرده و از آن پس متلقی از قانونگذار عرفی بودند بلکه در پاره‌ای موارد، قضات محاکم با توجه به اختیاری که در باب تفسیر قضایی قوانین دارند تفاسیر و توجیهاتی ارائه نموده اند که با ریشه و منبع این قوانین یعنی منابع فقهی سازگاری نداشته است. ثانیاً، بخش جزئیات فقه شامل حدود و قصاص و دیات و تعزیرات با توجه به وجه حاکمیتی آنها، تا قبل از وقوع انقلاب اسلامی هرگز موضوع تقنین قانونگذاران قرار نگرفت. ثالثاً، حیطة حقوق خصوصی تنها محدوده‌ای نیست که نیازمند وضع قانون باشد. با توجه به تحولات روزگار و مطرح شدن امور مستحدثه و متنوع که غالباً تحت اصطلاح حقوق عمومی ارائه می‌شوند، قانونگذار عرفی را بر آن داشته است که جهت تنظیم و تنسيق امور شهروندان خود در هر باب مقررات مفصلی را تصویب و جهت اجرا ابلاغ نماید. در این رابطه می‌توان از تشریفات رسیدگی در محاکم اعم از حقوقی و جزائی (آیین دادرسی)، حقوق کار، حقوق اساسی ملت، حقوق ثبت اعم از ثبت اسناد و املاک و همچنین ثبت احوال شخصیه شامل وقایع چهارگانه تولد، ازدواج، طلاق و فوت، مقررات صادرات و واردات (بازرگانی خارجی)، قواعد حل تعارض قوانین و صلاحیت محاکم، حقوق مالیه، مقررات اجرای احکام مدنی، مقررات مربوط به مالکیت‌های معنوی و امثالهم به عنوان منطقه الفراغ فقهی که در آن شرع و به تبع آن فقه به عنوان امور مباح اساساً یا حکمی ندارد و یا اگر در بعضی امور حکم و دستوری داشته باشد مع الوصف تفکیکی از جهت قلمرو شمول آنها بعمل نیامده است. از این منظر، می‌توان ادعا نمود که نسبت بین فقه و قانون در حقوق ایران از یک منظر کلی از نوع عموم و خصوص من وجه بوده است. چه، در حالی که فقه علاوه بر عناوین معاملات، متکفل بیان امور عبادی بندگان همچون صوم، صلوه، حج، امر به معروف و نهی از منکر و سایر عناوین به عنوان بخش مهمی از فقه است (عام) در مقابل، قانون صرفاً متکفل وضع احکام در خصوص امور حقوقی شهروندان یک

حاکمیت بوده و تکلیفی در امور اخروی تابعین خود ندارد (خاص). از سوی دیگر، در حالی که قانون علاوه بر بیان مقررات حقوق خصوصی، در سطح وسیعی مبادرت به قانونگذاری در امور عمومی و حاکمیتی نموده است (عام) ولی همانطور که پیشتر اشاره شد، فقه در این موارد نوعاً حکم خاصی ندارد (خاص).

با وجود این، با وقوع انقلاب اسلامی و اصل ۴ قانون اساسی آن^۱ این معادله و نسبت تاحدود زیادی برهم خورده و حداقل بلحاظ تئوریک بین این دو مقوله یک رابطه تساوی برقرار شده است بطوری که از دیدگاه غالب حقوقدانان از این پس با توجه به ارتباط تنگاتنگ بین فقه و قانون مصوب مجلس شورای اسلامی، ترسیم حد و مرز بین آندو بی مورد است. البته، باید توجه داشت که همین قانون مصوب مجلس که بنظر حقوقدانان یاد شده پس از کنترل ماهوی آن توسط شورای نگهبان قانون اساسی وجهه شرعی پیدا می‌کند، ظاهراً در موارد چندی مانند آنچه که در ماده ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب^۲ و نیز ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی^۳ و بعضی

۱ اصل چهارم «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.»

۲ «...آراء قطعی دادگاههای عمومی و انقلاب، نظامی و دیوان عالی کشور جز از طریق اعاده دادرسی و اعتراض ثالث به نحوی که در قوانین مربوط مقرر گردیده قابل رسیدگی مجدد نیست مگر در مواردی که رأی به تشخیص رئیس قوه قضائیه خلاف بین شرع باشد که در این صورت این تشخیص به عنوان یکی از جهات اعاده دادرسی محسوب و پرونده حسب مورد به مرجع صالح برای رسیدگی ارجاع می‌شود. تبصره ۱ - مراد از خلاف بین شرع، مغایرت رأی صادره با مسلمات فقه است و در موارد اختلاف نظر بین فقها ملاک عمل نظر ولی فقیه و یا مشهور فقها خواهد بود.

تبصره ۲ - چنانچه دادستان کل کشور، رئیس سازمان قضائی نیروهای مسلح و رؤسای کل دادگستری استانها مواردی را خلاف بین شرع تشخیص دهند مراتب را به رئیس قوه قضائیه اعلام خواهند نمود.

تبصره ۳ - آراء خلاف بین شرع شعب تشخیص، در یکی از شعب دیوان عالی کشور رسیدگی می‌شود. ماده ۳۷۱ - در موارد زیر حکم یا قرار نقض می‌گردد:

.....۱

مقررات دیگر^۱ بیان شده قانونگذار بلحاظ ترتب بعضی آثار و احکام بر آنها، بین این دو صریحاً تفکیک قائل شده است!

شاید توجیه قابل قبولی که در وضعیت فعلی حقوق ایران بتوان در خصوص علت این تفکیک ارائه کرد این است که بگوییم هر قانون مصوب شورا که ریشه در فقه دارد، شرعی و هر آنچه به دلیل مستحده بودن آن، در فقه مسبوق به سابقه نیست، قانون نام دارد که عدم مخالفت آن با شرع انور به تایید شورای نگهبان رسیده است. با وجود این، ایراد چنین نظریه‌ای آن است که اصل ۴ قانون اساسی صرف عدم مغایرت قوانین مصوب با شرع انور را به وجه سلبی آن مدنظر قرار نداده، بلکه موافقت و مطابقت قوانین مصوب با شرع را در تمامی زمینه‌های حقوق خصوصی، عمومی، بین الملل و نظامی بنحو ایجابی لازم دانسته است، مگر آنکه عدم مغایرت را همان موافقت و مطابقت بدانیم به این معنی که بین این دو قائل به ملازمه شویم. ولی، ظاهراً آنچه از نظریات شورای نگهبان از بدو تاسیس آن تاکنون ملاحظه و استنباط می‌شود این است که شورا در هماهنگی با طریق ایجابی اتخاذ شده در اصل ۴ قانون اساسی صرفاً آن دسته از مقررات قانون مصوب مجلس شورای اسلامی را که مطابق و منطبق با شرع تشخیص می‌دهد تایید ولی آنچه را که مخالف و مغایر با شرع احراز می‌کند با ذکر موارد آن، جهت اصلاح به مجلس مرقوم اعاده می‌کند.

مضافاً، مقرراتی وجود دارد که شورای نگهبان مخالفت آنها را با شرع اعلام کرده و با حدوث اختلاف با مجلس شورای اسلامی توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام^۲ از باب مصلحت و یا هر عنوان دیگر مانند حکم ثانویه به تصویب رسیده و امر به اجرا و اعمال آنها توسط قضات محاکم با هر درجه‌ای داده می‌شود. در این میان رویه محاکم به ویژه رویه هیات عمومی دیوان

۲. رأی صادره خلاف موازین شرعی و مقررات قانونی شناخته شود.....

۱. برای مثال رک: مواد ۳، ۶، ۹، ۳۵، ۳۴۸ و ۳۶۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی و مواد ۲۵۷ و ۲۶۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری.
 ۲. در خصوص وظایف و علل اجمالی تاسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام رک. ص ۸ به بعد.

عالی کشور به عنوان عالی ترین رکن قضایی کشور و نیز شعب دیوان عالی که وظیفه نقض و ابرام آرای محاکم را دارند^۱ بنوبه خود موجد مقررات لازم الاجرائی است که با توجه به استقلال این مراجع قضایی و عدم نظارت شورای نگهبان بر رویه های آنان بحث مربوط به نسبت فقه و قانون را در رویه قضایی مطرح می سازد که در واقع غرض عمده از نوشتار حاضر بوده و بنظر می رسد این جهت موضوع و آثار و احکام آن کمتر مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. بنابراین، ارزیابی نسبت فقه و قانون باهم از یکسو و ارزیابی نسبت این دو با رویه قضایی از سوی دیگر بدو^۲ مستلزم کالبد شکافی نسبت مورد بحث بلحاظ مفهومی در حقوق ایران بطور کلی است (بخش اول). پس از آن، در پرتو نتایج بدست آمده نسبت مزبور را در رویه قضایی و با استناد به بعضی آرای وحدت رویه و اصراری هیات عمومی دیوان عالی کشور (بخش دوم) مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

۱. منظور این است که شعب دیوان عالی کشور اعم از حقوقی و کیفری در مواردی که مطابق قانون صلاحیت پیدا می کنند صرفاً وظیفه انطباق رای صادره از سوی محاکم تالی را با قانون و شرع بر عهده داشته و باصلاح رسیدگی ماهوی انجام نمی دهند به این معنا که اگر رای مورد فرجام یا اعاده دادرسی را با قانون و شرع منطبق بدانند آن را تایید و پروسه رسیدگی خاتمه یافته و به سرانجام می رسد ولی اگر آن را با دو ملاک یاد شده منطبق ندانند که در واقع یک نوع رسیدگی شکلی و کنترل رای از جهت مطابقت با موازین شرعی و قانونی می باشد آن را نقض و جهت رسیدگی مجدد در ماهیت به شعبه همعرض شعبه (بدوی یا تجدیدنظر) صادر کننده رای مورد اعتراض اعاده می نمایند و این شعبه نیز بنوبه خود پس از رسیدگی ممکن است بر خلاف رای سابق شعبه قبلی یعنی منطبق با استدلال شعبه دیوان عالی کشور رای دهد و یا اینکه با تایید رای قبلی شعبه اولی، در واقع بر رای قبلی اصرار ورزد که در این صورت موضوع از باب رای اصراری تلقی و در صورت اعتراض محکوم علیه و وصول پرونده به شعبه دیوان عالی کشور موضوع جهت اتخاذ تصمیم واحد در هیات عمومی شعب کیفری یا حقوقی (بسته به اینکه موضوع اختلاف کیفری یا حقوقی باشد) مطرح و تصمیم هیات موصوف برای دادگاه تالی پس از اعاده و ارجاع پرونده به آن، الزام آور بوده و شعبه مرجوع الیه باید مطابق استدلال هیات مزبور مبادرت به صدور رای در ماهیت اختلاف و ادعا نماید (رک. به ماده ۴۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی). در این رابطه: رک. به مواد ۲۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۳۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی.

بخش اول: کالبد شکافی نسبت فقه و قانون در نظام حقوقی ایران (مفهوم فقه و قانون)

بلحاظ تاریخی، حقوق ایران تا حدود زیادی همواره با فقه عجین و آمیخته بوده است. تا سده اخیر و قبل از نهضت تدوین قوانین بشکل امروزی آن، در خلاء وجود مرکز تقنین که خود ناشی از نظام سیاسی بسته آنروزگار بود در امور حکومتی و عامه، فرامین و دستورالعمل‌های شاهی منبع الزامات برای قوای اجرایی از هر قسم بود ولی در حیطه حقوق خصوصی، این محاکم شرعی بودند که با الهام از منابع معتبر فقهی و احکام موجود در آن و یا حتی به اجتهاد قضات شرع شاغل در این محاکم، امر حل و فصل اختلافات و دعاوی بین مردم را عمدتاً در معاملات و مراودات آنان بر عهده داشتند. شاید بتوان این دوره را بنوعی حکومت فقه نام نهاد. با توجه به ساختارهای مذهبی، فکری و جمعیتی ایران و رسوخ بیش از هزارساله احکام و فرامین شریعت در تاروپود و اعتقادات مردم، حتی این نوع حاکمیت و سلطه معنوی، در دوران نهضت تدوین قوانین و عرفی شدن آنها، حداقل در حوزه معاملات و احوال شخصیه افراد خود را به راحتی تحمیل می‌کرد و حکام و فرمانروایان خواه به اجبار، خواه با طوع و رغبت احکام و مبانی فقهی را با اسلوب جدید و به عنوان قوانین عرفی تدوین کرده و امر به اجرای آن توسط محاکم عرفی و ادارات دولتی صادر کردند. قانون مدنی ایران سمبل و نشانه بارزی از این احکام شرعی فرعی است که با اسلوب تحسین برانگیزی به رشته تحریر درآمده و حدود یکصد سال است که به عنوان قانون ماهوی در امور مدنی و حقوقی مردم به عنوان متشرعین به دین حنیف توسط محاکم عرفی اجرا و اعمال می‌شود. نفوذ احکام مزبور به حدی است که حاکمیت‌ها تا قبل از انقلاب اسلامی به دلیل خوف از واکنش علما و متدینین و علیرغم اعتقاد به عدم رعایت ظاهری برابری حقوق در بعضی از این قوانین بین زنان و مردان مانند ارث زنان، طلاق، فسخ آن و موارد دیگری که در مباحث آینده به آنها اشاره خواهد شد، جرات تغییر و تعدیل در این قوانین را نداشتند و این امر نشانگر عمق رسوخ دین در شئون اجتماعی مردم بود.

باوجود این، حتی در این دوره، اجرای احکام فقهی در بعضی زمینه‌های مهم به ویژه جزئیات چندان ممکن و میسر نبوده است. این امر، البته بی دلیل نبود چرا که امر به حبس یا شلاق یا قصاص یا اجرای حدود الهی و امثالهم که نمایانگر وجه قاهره حکومت و حاکمیت است به دلیل

گسست و حتی تعارض تاریخی بین فقها به عنوان داعیه داران حاکمیت دینی و فقهی از یکسو و حکام و سلاطین از سوی دیگر که تنظیم مصالح ملک و ملت را برعهده داشتند، تا حدودی قابل توجیه بود و اساساً، شاید تحمل دخالت علما در امور ترفعی مردم از طریق تاسیس محاکم شرعی، به انگیزه کسب وجهه شرعی و نیز مشروعیت بخشیدن به سلطه حاکمان بوده است، بدین ترتیب، نوعی توازن قوا که بنظر می‌رسد ناشی از مصلحت اندیشی بود بین طرفین برقرار شده بود. ولی، این توازن غالباً با فراز و نشیب‌های زیادی همراه بوده است. تاریخ زمان قاجاریه و پس از آن سلطنت پهلوی شاهد خوبی بر این مدعاست. در حالی که نهضت مشروطیت علیرغم شعارهای آن که تحت تاثیر تحولات دنیا و به ویژه بعضی کشورهای اروپایی مفاهیم جدیدی همچون تاسیس دارالشورا و عدالتخانه را مطرح می‌ساخت ولی در یکی از اصول متمم قانون اساسی مشروطیت به صراحت مقرر گردیده بود کلیه قوانین مصوب در مجلس شورای ملی باید به تایید ۵ تن از فقهای طراز اول برسد تا قابلیت اجرا پیدا کند. پذیرش این مقدار از دخالت فقها که آنان را بنابر نظر عده ای، مافوق قانون قرار می‌داد در نوع خود بی نظیر بود و شاید اجرای این اصل و عمل به آن، تا حدود زیادی به تنش‌های میان علمای دینی و حاکمیت خاتمه می‌داد چرا که این مقدار از سلطه، بسیار فراتر از قدرتی بود که عالمان دینی از طریق محاکم شرعیه اعمال می‌کردند. ولی، به همان دلیلی که در باب توازن مبتنی بر مصلحت اندیشی ذکر شد به مرور زمان و با عرفی شدن هر چه بیشتر قوانین و ایجاد محاکم عرفیه که سلطه حاکمیت را به قلمروهای انحصاری فقها گسترش می‌داد در اقدام نهایی برای حذف عالمان از صحنه قانونگذاری، اصل یاد شده از همان روزهای اول تاسیس دارالشوری و به ویژه در زمان حکومت پهلوی‌ها به طاق نسیان سپرده شده و بالکل متروک گردید. درواقع، یکی از دلایل عمده بروز تنش‌های اجتماعی همین اقدامات مربوط به حذف رقیب پر قدرت از صحنه‌های حاکمیتی بود بدان سان که بالاخره تحولات و جنبش‌های اجتماعی سده اخیر که نقطه اوج آن وقوع انقلاب اسلامی بود حاکمیت عرفی بالاخره در مقابل حاکمیت شرعی که با تاسیس نظام جمهوری اسلامی عملی گردید، زانوی تسلیم بر زمین نهاد.

بدین ترتیب، علیرغم اختلاف نظر فقهی قدیمی موجود بین فقها در باب ضرورت یا عدم ضرورت

تصاحب نظام سیاسی بمنظور اجرای کامل قوانین شریعت، طلابیه داران و طرفداران نظام دینی برای اولین بار در تاریخ ایران فرصت یافتند تا آرزوی دیرینه خود مبنی بر مشروعیت بخشیدن به کلیه مقررات و قوانین از طریق ایجاد ساختارهای منطبق با شریعت دست یابند. در این راستا، در اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر گردید: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.»

ولی، این مقدار از کلیات جهت استنتاج نسبت موجود بین فقه و قانون کافی بنظر نمی‌رسد و لازم است با ارائه بحث مفهومی به جزئیات مدعای هر یک از این دو پرداخته شود. تنها در این صورت است که به کشف نسبت مزبور بمنظور بررسی آن در رویه قضایی که واجد آثار و احکام مهمی است نائل خواهیم آمد. از تعریف فقه و سپس قانون شروع می‌کنیم.

فصل اول - تعاریف

گفتار اول: تعریف فقه

فقه در لغت به معنی خوب فهمیدن و در اصطلاح به احکام شرعی فرعی اطلاق می‌شود که فقها تمسکاً به آیه شریفه وارده^۱ با بذل جهد و با توسل به متدولوژی مربوط یعنی اصول فقه آنها را از منابع احکام شامل کتاب، سنت، اجماع و عقل به عنوان احکام واقعی یا ظاهری و به منظور تنظیم و اداره امور مکلفین استنباط و استخراج می‌کنند. به این معنا، فقه طیف وسیعی از اعمال عبادی متضمن واجبات، مستحبات، مکروهات و منهیات، امر به معروف و نهی از منکر، جهاد فی سبیل الله

۱. «فلولا نفر من کل فرقه منهم طائفه لیتفقوها فی الدین ولینذروا قومهم اذا رجعوا الیهم لعلهم یحذرون»، سوره توبه، آیه ۱۲۲.

و همچنین معاملات در جمیع انواع آن را شامل می‌شود. از منظر فقیهان، احکام شرعی فرعی که از یک جهت مهم به تکلیفی و وضعی^۱ تقسیم می‌شوند متعلق افعال مکلفین بوده و متدینین ناگزیر به اجرای آنها به عنوان تکلیف شرعی در روابط فردی و اجتماعی خود هستند در غیر اینصورت به عنوان تخلف از احکام شریعت، مستوجب عقوبت و کیفر از ناحیه شارع مقدس در جهان آخرت خواهند بود. در این معنای عام، ضمانت اجرای احکام عمدتاً قلبی و اعتقادی بوده و قوه قاهره شرعی که عنداللزوم اجرای آنها را تضمین نماید، وجود ندارد، مگر آنکه فقیه بر اجرای آن خواه بطور جزئی و مقطعی (نظیر آنچه در محاکم شرعیه قبل از عرفی شدن قوانین و محاکم مرسوم بود)، خواه بطور کامل از طریق تشکیل و دخالت در حکومت (نظیر آنچه در ایران کنونی جامه عمل پوشیده) نظارت و اعمال قدرت نماید.

گفتار دوم - تعریف قانون^۲

در یک مفهوم عام و کلی، قانون به مجموعه فرامین و اوامر و نواهی اطلاق می‌شود که در یک جامعه معین توسط یک قدرت قاهره بمنظور تنظیم امور تابعین در تمامی شئون زندگی و با ضمانت اجراهای مشخص وضع شده است. می‌توان گفت هر دستورالعمل یا حکمی که سه ویژگی کلیت، دوام و الزام آور بودن را دارا باشد، قانون نامیده می‌شود. قانون از یک طرف کلی است یعنی موضوع و مخاطب آن، شخص یا اشخاص خاصی نیستند، از سوی دیگر دائمی است یعنی طبع قانون استمرار و دوام آن است و از سوی دیگر الزام آور است یعنی ضمانت اجرا دارد و بر نقض یا تخلف از آن،

۱. کمالینکه از جهاتی نیز به احکام تاسیسی یا امضایی، احکام مولوی یا ارشادی، احکام واقعی یا ظاهری، احکام واقعی اولی و واقعی ثانوی و احکام خصوصی یا عمومی تقسیم می‌شوند.

۲. بلحاظ تاریخی، ریشه واژه قانون از کلمه canon گرفته شده که عبارت از مجموعه قواعد و مقرراتی بود که توسط کلیسا وضع می‌شد. این مفهوم دینی از قانون با توجه به تحولاتی که به ویژه در اروپا با تجدید حیات علمی (رنسانس) به وقوع پیوست به دلیل عرفی شدن قوانین و کنار گذاشته شدن کلیسا از صحنه قدرت و حکومت، امروزه در کشورهای مربوط فاقد اثر حقوقی است.

مجازات و دیگر ضمانت اجراها مترتب می‌شود. در واقع، این همان مفهوم عرفی قانون است که به مجموعه‌ای از بایدها و نبایدها در زمینه‌های مختلف اجتماعی، سیاسی، حقوقی و جزائی اطلاق می‌شود که توسط یکی از قوای حاکم (مقننه) انشا و وضع شده و به عنوان قاعده حقوقی لازم الاجرا، با توسل به قوه قاهره (قوه قضائیه و قوه مجریه) به مرحله اجرا در می‌آید.

در این مفهوم، بجای مکلفین دینی، تابعان حکومت قطع نظر از وابستگی‌های عقیدتی و دینی مخاطبین قانون بوده و در نتیجه، ضمانت اجرای آن نیز عرفی و دنیایی است و نه ماورائی. به عبارت دیگر، منشاء و خاستگاه قوانین در محیط عرفی، حاکمیت است که به عنوان نماینده جامعه، بنا به ضروریات زندگی اجتماعی مبادرت به وضع قوانین جهت اداره امور شهروندان می‌نماید. بدین ترتیب، از منظر نظام‌های سیاسی عرفی محیط فقه با محیط قانون، علیرغم تاثیر و تاثرهایی که در بعضی زمینه‌های خاص مانند احوال شخصیه و قواعد معاملات بر یکدیگر دارند، دو مقوله کاملاً مجزا محسوب می‌شوند.

از سوی دیگر، قانون در مفهوم حقوقی آن معمولاً بر دو نوع عام و خاص تقسیم می‌شود: قانون به مفهوم عام (Lato Sensu) عبارت از مجموعه مقررات و نظاماتی است که برای تنظیم روابط مردم و حل اختلافات آنان به وسیله مقامات صالحه وضع گردیده و اجرای آن توسط قوه مجریه تضمین می‌شود. در کشور ما مراجع متعددی برای قانونگذاری در مفهوم عام آن وجود دارد. مانند مجلس شورای اسلامی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای عالی انقلاب فرهنگی، شورای عالی اداری، هیات وزیران، رئیس قوه قضائیه و وزراء. همچنین، بسته به نوع مرجع تصویب کننده عناوین مختلفی به قانون داده می‌شود. مانند قانون اساسی، قانون عادی، آیین نامه، آیین نامه اجرایی، تصویب نامه، نظامنامه، بخشنامه، دستورالعمل و غیره. ولی، قانون در معنای خاص آن (Stricto-Sensu) مفهوم فنی و مخصوص به خود داشته و در رژیم‌های مبتنی بر قانون اساسی صرفاً به

مصوبات پارلمان اطلاق می‌شود.^۱ البته، در نظام جمهوری اسلامی ایران بعد از تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام که به فلسفه تاسیس آن اشاره خواهد شد، دو سوال مطرح گردید. یک سوال آن است که در نظام اسلامی چه نهادهایی حق قانونگذاری در معنای خاص آن دارند. آیا منحصراً مجلس شورای اسلامی حق قانونگذاری دارد یا مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز می‌تواند به این مفهوم قانون وضع کند؟ سوال دیگر این بود که اساساً آیا می‌توان مصوبات مجمع تشخیص مصلحت را قانون نامید و عنوان قانون موضوعه به آن داد؟ آنچه مسلم است آن است که مجلس شورای اسلامی مرجع رسمی قانونگذاری است و مصوبات آن بدون تردید قانون به مفهوم خاص و مصطلح است. لکن، در خصوص جایگاه مجمع تشخیص مصلحت نظام در قانونگذاری مسئله قدری پیچیده است. قبل از اظهار نظر در این خصوص لازم است انواع مصوباتی که مجمع تشخیص مصلحت وضع می‌کند را شناسایی کنیم. با توجه به اصول قانون اساسی اختیارات مجمع در مواردی که به حوزه قانونگذاری ارتباط پیدا می‌کند به شرح زیر است:

الف - حل اختلاف بین شورای نگهبان قانون اساسی و مجلس شورای اسلامی: در ارتباط با آن دسته از مصوبات مجمع که در مقام حل اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان قانون اساسی صورت می‌گیرد، باید پذیرفت که مجمع در مقام قانونگذاری نبوده و صرفاً نقش داور و حکم را بازی می‌کند.

۱. مطابق معنای خاص، قانون شبیه یکی از معانی حقوق است. ولی در عین حال دو فرق نیز میان این دو مشاهده می‌شود: اولاً، معمولاً زمانی که گفته شود حقوق تجارت یا حقوق مدنی یک معنای عام همراه با تحلیل و استدلال به ذهن متبادر می‌شود. ولی، اصطلاح قانون تجارت یا قانون مدنی فقط نص موارد قانونی را می‌رساند. ثانیاً، گرچه کلمه حقوق به مجموع قواعد الزام‌آور اطلاق می‌شود، ولی این اطلاق زمانی است که آن مجموعه از گستردگی نسبتاً زیادی برخوردار باشد. این در حالی است که در استعمال کلمه قانون محدودیت وجود ندارد. مثلاً، می‌توان گفت قانون راهنمایی و رانندگی یا قانون دیات، قانون تامین اجتماعی و... ولی، اصطلاح حقوق راهنمایی رانندگی یا حقوق دیات متداول نیست.
۲. مطابق اصل ۱۱۲ قانون اساسی، مداخله مجمع زمانی است که شورای نگهبان مصوبه مجلس شورای اسلامی را خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند.

ب - حل معضلاتی که از طریق قانونگذاری معمولی قابل حل نیست^۱: واقعیت این است که مجمع بعد از تاسیس در مقام و موضع یاد شده مبادرت به تصویب قانون می‌کرد که در این رابطه بطور مشخص می‌توان به قانون بسیار مهم مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۶۷/۸/۳ اشاره کرد. لکن، امام خمینی در تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۸ طی نامه‌ای، حق قانون گذاری ابتدایی از سوی مجمع را در شرایط عادی جامعه مجاز ندانستند. در این نامه آمده است:

«... از آنجا که وضعیت جنگ به صورتی درآمده است که هیچ مسأله‌ای چنان فوریتی ندارد که بدون طرح در مجلس و نظارت شورای نگهبان، مستقیماً در آن مجمع طرح گردد، لازم دیدم نکاتی را متذکر شوم: ۱. آنچه تاکنون در مجمع تصویب شده است، مادام المصلحه به قوت خود باقی است ۲. آنچه در دست تصویب است، اختیار آن با خود مجمع است که در صورت صلاحدید تصویب می‌نماید ۳. پس از آن، تنها در مواقعی که بین مجلس و شورای نگهبان اختلاف است، به همان صورتی که در آیین نامه مصوب آن مجمع مطرح شده بود، عمل گردد.»^۲

۱. بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی.

۲. مشابه همین استدلال در کلام رهبر انقلاب در دیدار با اعضای مجمع در سال ۱۳۸۱، به چشم می‌خورد. ایشان در خصوص محدوده اختیارات مجمع تشخیص مصلحت نظام چنین می‌فرمایند: «... آنچه این مجمع و اصل مربوط به آن را در قانون اساسی تضمین می‌کند، عبارت از پویایی و بن بست شکنی و گره‌گشایی از یک سو، و ثبات سیاست‌های نظام از سوی دیگر است؛ هر دو نیازهای اساسی این کشور و این نظام است. بن بست‌ها معمولاً به کشورهای که قوانین ثابت و قدسی دارند، اختصاص نمی‌یابد؛ بالاخره قانون اساسی در هر کشور یک قانون سخت و غیرقابل شکستن محسوب می‌شود و به طور طبیعی در اجرا گاهی ناگزیر گره‌هایی به وجود می‌آید که با قوانین عادی نمی‌شود آنها را برطرف کرد؛ هر روز هم نمی‌شود قانون اساسی را دست کاری کرد؛ بنابراین لازم است در جایی، نقطه‌ای برای گره‌گشایی و بن بست شکنی وجود داشته باشد، برای اینکه نظام دچار خلاء نشود و در چاله‌ای گیر نیفتد. این بخش قضیه بسیار مهم است و موجب پویایی همیشگی نظام خواهد شد. وقتی به این مجمع نگاه می‌کنیم هم در آنجایی که مشکلات بین شورای نگهبان و مجلس را حل می‌کند، هم آنجایی که معضلات را حل می‌کند، هم در موقعیت بسیار حساس و مهم تعیین عضو شورای رهبری دخالت می‌کند؛ می‌بینیم در این بخش از قانون اساسی، این معانی دیده شده است؛ یعنی در واقع وسیله پویایی و تحرک دائمی و گیر نکردن نظام در بن

آنچه از کلام امام برداشت می‌شود آن است که قانونگذاری ابتدایی صرفاً در مواردی مجاز است که امر فوری در بین باشد و از طریق عادی نتوان به مقصود نائل آمد والا مجمع چنین حقی ندارد. در این میان، شورای نگهبان به موجب نظریه تفسیری شماره ۱/۶۴۶ مورخ ۱۳۷۲/۲/۱۸، در پاسخ به این سوال که آیا مصوبات مجمع قانون است، هرچند صراحتاً به آن پاسخ نداده لکن در بندهای ۱ و ۲ نظریه خود بشرح زیر مصوبه مجمع را بنوعی قانونی تلقی کرده است:

«۱ - مجمع تشخیص مصلحت نظام نمی‌تواند مستقلاً مواد قانونی مصوبه خود تجدیدنظر کنند.

۲ - تفسیر مواد قانونی مصوب مجمع در محدوده تبیین مراد با مجمع است....».

از سوی دیگر، همین شورا در خصوص اعتبار مصوبات مجمع، طی نظریه تفسیری شماره ۵۳۱۸

مورخ ۱۳۷۲/۷/۲۴ چنین مقرر داشته است:

«هیچ یک از مراجع قانونگذاری حق رد و ابطال و نقض و فسخ مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام را ندارد اما در صورتی که مصوبه مجمع مصلحت مربوط به اختلاف نظر شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی بوده مجلس پس از گذشت زمان معتد به که تغییر مصلحت موجه باشد حق طرح و تصویب قانون مغایر را دارد. و در مواردی که موضوع به عنوان معضل از طرف مقام معظم رهبری به مجمع ارسال شده باشد در صورت استعلام از مقام رهبری و عدم مخالفت معظم له موضوع قابل طرح در مجلس شورای اسلامی می‌باشد.»^۱

بدین ترتیب، می‌توان چنین استنباط کرد که مجمع حق قانونگذاری ابتدایی را دارد لکن این امر صرفاً محدود به مواردی است که طریق عادی قانونگذاری بنا به دلایلی مسدود باشد. از این منظر،

بست‌ها و چاله‌هایی است که به طور طبیعی سر راه هر نظامی پیش می‌آید.»

۱. آنچه از این نظریه برداشت می‌شود آن است که مصوباتی که از باب حکمیت به تصویب مجمع می‌رسد از اعتبار قانون عادی برخوردارند و در نتیجه مجلس شورای اسلامی بدون دخالت مقام رهبری همانند قوانین دیگر می‌تواند قانون مغایری را تصویب کند. اما مصوبات دسته دوم ظاهراً از اعتباری بالاتر از قانون عادی برخوردارند و تصویب قانون مغایر موکول به عدم مخالفت مقام رهبری است.

قانون در معنای خاص علاوه بر مصوبات مجلس شورای اسلامی شامل مصوبات خاص مجمع تشخیص مصلحت بشرح پیش گفته نیز می‌باشد. در مواردی، رویه قضایی از مصوبات ابتدایی مجمع تشخیص مصلحت نظام تحت عنوان قوانین حکومتی یاد کرده است.^۱ با وجود این، بعضی از حقوقدانان معتقدند مرجع صالح برای قانونگذاری، صرفاً مجلس شورای اسلامی است و مجمع نمی‌تواند ابتدائاً مبادرت به وضع قانون نماید.^۲ مطابق این نظر، نمی‌توان به مصوبه مجمع تحت هیچ شرایطی عنوان قانون داد.

فصل دوم - تمایزات بین فقه و قانون

با توجه به ویژگی سه گانه احصا شده برای قانون یعنی کلیت، دوام و الزام آور بودن، در یک نگاه کلی ظاهراً هیچ تفاوتی بین فرامین و احکام شرعی و عرفی وجود ندارد بطوری که مجموعه این بایدها و نبایدها را می‌توان قانون، حکم و دستور نامید. ولی، در مفهوم اخص و عرفی آن، همانطور که پیشتر اشاره شد قانون به مجموعه قواعد و مقرراتی اطلاق می‌شود که توسط یکی از قوای

۱. برای نمونه، در پرونده کلاسه ۵/۸۰/۶۹۲ که در خصوص شمول مرور زمان ناظر بر بزه فروش مال غیر بوده، شعبه پنجم دادگاه عمومی علی آباد کتول طی دادنامه شماره ۷۰۷ مورخ ۱۳۸۰/۵/۱۴ در قسمتی از رای صادره، مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام را قوانین حکومتی دانسته است: «اگر چه قید مرور زمان در فصل ششم قانون و ماده ۱۷۳ قانون فوق‌الاشعار در خصوص مجازات بازدارنده یا اقدامات تأمینی و تربیتی می‌باشد لکن بنا به مراتب ذیل مجازات مقرر در ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری را نیز از جرائم بازدارنده محسوب می‌داند زیرا در ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی در تعریف مجازات بازدارنده قید گردیده: "تأدیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می‌گردد" بدیهی است قانون مجازات تشدید، از قوانینی است که به تأیید و تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام و به مرحله اجرا درآمده و از قوانین حکومتی است.» (برای مطالعه بیشتر رک: رای وحدت رویه شماره ۶۹۶ مورخ ۸۵/۹/۱۴ هیات عمومی دیوانعالی کشور).

۲. دکتر حسین مهرپور، مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه قانونی آن، مجله تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، ش ۱۰، بهار- تابستان ۱۳۷۱، ص ۳۹.

حاکمیت به نام قوه مقننه به تناسب نیاز و مصلحت جامعه وضع و اجرای آن توسط قوای دیگر (مجریه و قضائیه) تضمین می‌شود. از این منظر، احکام شرعی به دلیل تفاوت منشاء و حتی در مواردی اختلاف مقصد آن با قانون به مفهوم عرفی و اخص آن متمایز شده و در نتیجه از یک منظر کلی و عام این ایده ممکن است تقویت شود که رابطه و نسبت بین این دو از هر دو جهت یاد شده از نوع تباین است. ذیلاً، به وجوه تمایز یاد ده پرداخته می‌شود.

گفتار اول: تمایز از جهت منشاء

از جهت منشاء، بدیهی است که احکام و فرامین شریعت (در کلیه ادیان ابراهیمی) ناشی از اراده و تشریح خداوند به عنوان شارع حقیقی و واقعی است و سایر احکام ساخته و پرداخته بشر نیز در واقع به همین مبدا حقیقی بازگشت دارند در حالی که قوانین و احکام عرفی و الزام ناشی از آنها برخاسته از اراده قانونگذاران است. در واقع، نزاع بین طرفداران حقوق طبیعی یا فطری و طرفداران حقوق موضوعه یا مثبت در طول تاریخ ناشی از همین تفاوت نگرش در منشاء حقوق و تکالیف بوده است که البته در اروپای مسیحیت و به تبع آن در سایر نقاط دنیا تعارض بین این دو نظریه منجر به تفکیک کلیسا و دین از حوزه عرف و حاکمیت گردید. در واقع، استدلال فقهای عظام به اینکه اوامر و نواهی شارع مقدس متضمن مصالح و مفاسد نفس الامری است بنوعی مبین تمایز و تفاوت منشاء حقوق و تکالیف در احکام شرعی و عرفی بوده و هر دستور یا حکم یا قانونی غیر از قانون ناشی از شریعت را فاقد اعتبار و مشروعیت لازم تلقی می‌کنند.

گفتار دوم: تمایز از جهت مقصد و هدف

از جهت مقصد و هدف، احکام شریعت متعلق افعال عباد بوده و هدف از تقنین آنها تنظیم و تنسيق امور آنان در دو بعد مادی و معنوی یا به عبارت بهتر افعال دنیوی و اخروی است؛ به این معنی که تخلف از آنها علاوه بر ضمانت اجراها یا کیفرهای دنیوی، مستوجب عقاب اخروی و خلود در جهنم نیز هست. دقیقاً به همین دلیل و میناست که احکام شریعت اعم از احکام عبادی و غیر

عبادی است. اصطلاح احکام تکلیفی (شامل حلیت، حرمت، استحباب و کراهت) و احکام وضعی (شامل اصل صحت و لزوم و بطلان و جواز) مبین این تقسیم بندی است. در حالی که احکام و قوانین عرفی به منظور تنظیم روابط خصوصی (مراودات و مبادلات اتباع با یکدیگر)^۱ و روابط عمومی (روابط اتباع با دولت و سازمان های دولتی)^۲ وضع شده و برای صیانت از این احکام و قواعد، ضمانت اجراهای حقوقی و کیفری با ترتیبات مقرر در قوانین اجرای احکام کیفری و مدنی تدارک دیده شده است^۳، ضمن آنکه در این حوزه صرفاً به امور دنیوی تابعین پرداخته می شود و قانونگذار ابداً دغدغه امور اخروی و اخلاقی آنان را ندارد.

گفتار سوم: تمایز از جهت تقسیم جغرافیایی اشخاص

اینجا باید به نکته بسیار مهم دیگری که تفاوت های مزبور را در عصر حاضر بسیار پررنگ و اجرای احکام شریعت با تمامی آثار و احکام آن بر تابعین آن را تا حدود زیادی ممکن است با مشکل مواجه کند اشاره شود و آن اینکه امروزه تقسیم جغرافیایی اشخاص بر مبنای حاکمیت-تابعیت است به این معنی که پس از جلوس دولت های مدرن و دارای حاکمیت که به دنبال اقتدار دولت های مرکزی و برچیده شدن حکومت های محلی (پایان دوره فئودالیسم) به ظهور و بروز رسید حکومت های مرکزی قدرت و سلطه خود را تا اقصی نقاط محدوده های سرزمینی نسبت به تابعین خود صرف نظر از نژاد، زبان، قومیت، فرهنگ و به ویژه مذهب و دین گسترش دادند بطوری که امروزه ربع مسکون در قبضه و تسلط حکومت های با سلاطین و نظام های سیاسی مختلف قرار گرفته است.

۱. مانند قوانین مدنی و تجاری و سایر قوانین خاصی که در حیطه حقوق خصوصی افراد وضع شده اند.
۲. مانند قوانین اساسی، جزایی، امور اداری و استخدامی، کار، صادرات و واردات (تجارت خارجی)، بیمه، مالیه، قوانین آیین دادرسی مدنی و کیفری، قانون حمایت از مصرف کنندگان، ثبت و سایر قوانین خاص که در حیطه حقوق عمومی وضع شده اند.
۳. برای نمونه رک. به قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ و در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹.

دیگر در دوران روبینسون کروزوئه گمشده در یک جزیره بی نام و نشان که هیچ حاکمیتی داعیه مالکیت آن را ندارد، بسر نمی‌بریم! برعکس، اشتیاق دولت‌ها به تسلط بر سرزمین‌های بیشتر با انگیزه‌های سیاسی، اقتصادی و اقلیمی که یکی از اسباب مناقشات و اختلافات در سطح بین‌المللی است فزونی یافته و به اصطلاح هر یک بنوعی ندای هل من مزید سر داده اند. این در حالی است که تقسیم اشخاص در ادیان الهی به ویژه در دین حنیف نه بر مبنای سرزمین و جغرافیا بلکه بر وابستگی دینی و عقیدتی استوار است: اصطلاح دارالاسلام و دارالکفر علی‌رغم اختلاف در تعاریف و محدوده‌های تعیین شده برای این دو مفهوم، بیانگر این معنی است. از این دیدگاه، احکام شریعت قطع نظر از محدوده‌های سرزمینی (که از جمله قواعد لازم الرعایه در شمول قوانین در حقوق‌های ملی و به ویژه حقوق بین‌الملل بشمار می‌رود)، به کلیه تابعین و متدینین قطع نظر از وابستگی‌های سیاسی و حاکمیتی آنان شمول دارد. بدین ترتیب، مفهوم حاکمیت ملی در نظام‌های دینی عموماً و شرایع الهی خصوصاً بسیار کم رنگ شده است. هرچند وقوع انقلاب اسلامی و تاسیس جمهوری اسلامی ایران که مطابق اصل چهارم قانون اساسی آن، اطلاق و عموم کلیه قوانین مصوب باید مطابق و منطبق با شریعت باشد به دلیل پذیرش (ناچاری یا داوطلبانه) همزمان حاکمیت-تابعیت و حکومت شریعت طریق دیگری را گشوده که بنوبه خود ابداع جالبی بوده و نیازمند تحقیق جداگانه است چرا که ضرورت‌ها و مصالح سیاسی و حاکمیتی، موجب گردیده اند که اصل سرزمینی بودن قوانین با کلیه آثار و احکام آن پذیرفته شود. دلیل این ادعا آن است که در جمهوری اسلامی ایران نه هیچ قانون موضوعه‌ای شمول قوانین مصوب را (که شرعی بودن آنها احراز شده) به سایر متدینین در اقصی نقاط عالم اعلام کرده و نه برخورداری خارجیان مسلمان را از کلیه حقوق سیاسی (حق رای دادن و احراز پست‌های حکومتی)، حقوق عمومی (تاسیس دفتر وکالت یا اسناد رسمی یا حق استملاک با توجه به اینکه دارا بودن تابعیت شرط برخورداری از این حقوق است) و حقوق خصوصی (حق برخورداری از آن دسته حقوقی که مختص اتباع ایرانی است یا حقوقی که قوانین متبوع خارجی مسلمان آن را منع کرده است) را که مختص اتباع بالاصاله ایرانی است، پذیرفته است!

گفتار چهارم: تمایز از جهت منابع مورد استناد

تفاوت دیگری که به ویژه در وضعیت کنونی حقوق موضوعه ایران شایسته ذکر و تامل می‌باشد این است که قضات که اکثریت قریب به اتفاق آنان ماذون از قبل فقیه هستند و حتی آنان که قوه اجتهاد در منابع دارند یا مدعی دارا بودن آن هستند^۱ مجری قوانین مصوب مجلس بوده و در نتیجه اولاً، باید مطابق قوانین موضوعه مبادرت به اصدار رای نمایند^۲ و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا اجمال یا ابهام یا تعارض در قوانین موجود از رسیدگی و صدور حکم استنکاف نمایند و الا به مجازات مستنکف محکوم خواهند شد^۳ و ثانیاً، قاطبه قضات که جهت حل و فصل دعاوی و اختلافات وظیفه انطباق مورد با قانون را دارند، از صدور حکم کلی و منطبق بر مصادیق عدیده ممنوع شده اند. ماده ۴

۱. قانونگذار جهت رعایت مبانی فقهی و شرعی، به قضات مجتهدی که در جریان رسیدگی به یک اختلاف و دعوا (اعم از حقوقی و کیفری) به قانون موضوعه ای برمی‌خورند که بنا به نظر و استنباط آنان، خلاف شرع می‌باشد اجازه داده است بمنظور جمع بین حاکمیت قوانین در دعاوی و اصل اجتهاد در احکام، پرونده جهت رسیدگی به شعبه دیگری ارجاع شود که در هر صورت این امر منافاتی با اصل صدور حکم وفق قوانین موضوعه (ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی) ندارد. در چنین مواردی، رویه قضایی این است که قاضی موصوف باید با صدور قرار امتناع از رسیدگی پرونده را نزد رئیس حوزه قضایی مربوط (با ذکر دلیل امر) جهت ارجاع آن به شعبه دیگر هم عرض ارسال نماید. رک. به نظریه مشورتی شماره ۷/۸۹۵۵-۷۹/۹/۱۹ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه که طی آن تصریح شده است: «قاضی مجتهد هم نمی‌تواند برخلاف قانون رای دهد...».

۲. مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

۳. در این رابطه، ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «هر یک از مقامات قضایی که شکایت و تظلمی مطابق شرایط قانونی نزد آنها برده شود و با وجود این که رسیدگی به آنها از وظایف آنان بوده به هر عذر و بهانه اگر چجه به عذر سکوت، اجمال یا تناقض قانون از قبول شکایتی یا رسیدگی به آن امتناع کند یا صدور حکم را بر خلاف قانون به تاخیر اندازد یا بر خلاف صریح قانون رفتار کند دفعه اول از شش ماه تا یک سال و در صورت تکرار به انفصال دائم از شغل قضایی محکوم می‌شود و در هر صورت به تادیبه خسارات وارده نیز محکوم خواهد شد.»

قانون آیین دادرسی مدنی در این رابطه مقرر داشته است: «دادگاه‌ها مکلفند در مورد هر دعوا بطور خاص تعیین تکلیف نمایند و نباید به صورت عام و کلی حکم صادر نمایند». این امر، در واقع یکی از ویژگی‌های نظام‌های حقوقی نوشته است که وظیفه دادگاه‌ها را حل و فصل دعاوی و مراعات مردم وفق قوانین موضوعه قرار داده و با عبارت ممنوعیت صدور حکم «به صورت عام و کلی» که منظور از آن بطور قطع ممنوعیت قانونگذاری است به اصل تفکیک قوا که مشعر بر شان قانونگذاری قوه مقننه می‌باشد، صحه گذاشته است. بدین ترتیب، در اینجا یکی دیگر از مباحث‌های صریح قانون با فقه را ملاحظه می‌کنیم. چه، در حالی که فقیه یا مجتهد بطور مبنایی دارای اختیار و قدرت فوق العاده در استنباط و استخراج حکم شرعی فرعی از ادله مربوط است و حتی این استنباط‌ها بسته به درجه فهم و نگرش فقها به مسائل و موضوعات ممکن است با یکدیگر متفاوت باشد بر عکس، قاضی حتی اگر مجتهد باشد در مقابل قانون که تنها منبع صدور حکم می‌باشد، اجتهادی نداشته و همانطور که گفته شد حتی تکلیف به اطاعت و اعمال آن دارد!

این وجه از تفاوت کلی بین فقه و قانون در حقوق موضوعه فعلی ایران که مبتنی بر احکام شریعت است به مناسبت موجد تمایز و شاید مشکل دیگری است و آن مشکل انعکاس و ادخال فقه در قوانین موضوعه است که ذیلاً در فصل مجزا به بیان و بررسی آن می‌پردازیم.

فصل سوم - مشکلات انعکاس و ادخال فقه در قانون

فقه در یک تقسیم بندی کلی دیگر و با توجه به اقتضائات کنونی حقوق موضوعه ایران به فقه

۱. البته، واقعیت امر آنست که با توجه به تجویز تفسیر قضایی از قوانین که در موارد سکوت، اجمال، ابهام و تعارض قوانین بشرح ماده ۳ قانون مورد اشاره رخ می‌دهد، قضات نیز در موارد زیادی بنا بر فهم خود از قوانین استنباط شخصی بعمل می‌آورند که همین امر موجب ظهور و بروز رویه قضایی به مفهوم عام و البته غیر قابل الزام آور برای سایر قضات می‌شود که در نهایت با مداخله هیات عمومی دیوان عالی کشور که مبادرت به صدور رای وحدت رویه الزام آور و در حکم قانون برای کلیه قضات می‌کند، رویه قضات محاکم یکسان می‌شود که خود فلسفه خاصی دارد.

فردی و فقه حکومتی تقسیم می‌شود. موضوع فقه فردی، فرد جدای از جامعه‌ای است که در آن زندگی می‌کند. فقیه در این نوع از فقه، افراد را بدون هویت جمعی آنها در نظر گرفته و وظایفشان را مشخص می‌کند و سعی می‌نماید مشکلاتی را که در مسیر اجرای احکام برای آنان رخ می‌دهد، مرتفع نماید. در مقابل، در فقه حکومتی، فرد به عنوان جزئی از جامعه مورد توجه قرار می‌گیرد. منظور این است که افراد بجز هویت فردی خود، تشکیل دهنده یک هویت جمعی به نام جامعه نیز هستند که این هویت جمعی موضوع احکامی است که در فقه حکومتی از آنها بحث می‌شود.^۱ بدین ترتیب، در انعکاس و ادخال متون فقهی در قانون، قانونگذار ممکن است با مشکلات زیادی از جمله انعکاس فقه فردی در قانون، انعکاس نظرات مختلف فقها در قانون و اعمال آن نسبت به اشخاص به شرح مباحث آتی مواجه شود.

گفتار اول: مشکلات انعکاس فقه فردی در قانون

ذیلاً، به نمونه‌هایی^۲ از فقه فردی و فقه حکومتی اشاره می‌شود:

الف - ربا: در تعریف و تبیین ربا گفته شده است که در مقابل قرض که غالباً پول است زیادی را به عنوان سود دریافت نمایند. ولی گاهی اشخاص برای پوشش این عمل به حيله شرعی متوسل می‌شوند. مثلاً، به جای اینکه صد کیلو گندم قرض داده شود که سرسال صد و پنجاه کیلو گندم گرفته شود، طرفین آن را در قالب بیع یا عقود دیگر انجام می‌دهند به این معنا که صد کیلو گندم یاد شده در مقابل صد و پنجاه کیلو گندم فروخته می‌شود. آن دسته از فقها که چنین معامله‌ای را صحیح و جایز می‌دانند، این مسئله را از دید فردگرایانه مورد بررسی قرار داده و ظاهراً حکم به حلیت آن داده

۱. فقه و قانونگذاری، حاجی ده آبادی، احمد، قیسات، بهار و تابستان ۱۳۷۹، ش ۱۵ و ۱۶، ص ۱۰۴.
 ۲. برای اطلاع از بعضی مصادیق دیگر که طی آن قانونگذار بنا به اقتضای روزگار و مصالح نظام مبادرت به تصویب مقرراتی بر خلاف نظرات شناخته شده فقهی کرده است رک: صص ۳۴ و ۳۵، پاورقی شماره ۴۳ الی ۴۶.

اند. لکن، قانونگذار با دید فقه حکومتی به این مسئله نگریسته و بشرح ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی این اقدام را جرم و قابل مجازات اعلام کرده است. مطابق مقررہ یاد شده:

«هر نوع توافق بین دو یا چند نفر تحت هر قراردادی از قبیل بیع، قرض، صلح و امثال آن جنسی را با شرط اضافه با همان جنس مکیل و موزون معامله نماید و یا زائد بر مبلغ پرداختی دریافت نماید، ربا محسوب و جرم شناخته می‌شود...»

ب - رابطه کارگر و کارفرما: برخی از فقهای عظام روابط کارگر و کارفرما را با نگرش فقه فردی مورد ملاحظه قرار می‌دهند و به تکلیفی زائد بر آنچه از عقد اجاره ناشی می‌شود، قائل نیستند. لکن قانونگذار که لزوماً از دید فقه حکومتی به قضایا می‌نگرد کارفرما را مکلف به اموری مانند بیمه کارگر، تعیین حداقل دستمزد و بطور کلی با وضع مقررات آمره در روابط قراردادی فی‌مابین بفع کارگر مداخله کرده و تکالیف زیادی را بر کارفرما بشرح قانون کار بار کرده است چیزی که نه تنها در کتب فقهی ملاحظه نمی‌شود بلکه احتمالاً تکالیف مزبور را بر خلاف مبانی قراردادی و خلاف شرع اعلام نمایند. برای نمونه، در خصوص لزوم بیمه کردن کارگران توسط کارفرمایان، ماده ۱۸۳ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ که به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده چنین مقرر می‌دارد:

«کارفرمایانی که بر خلاف مفاد ماده ۱۴۸ این قانون از بیمه نمودن کارگران خود خودداری نمایند، علاوه بر تأدیه کلیه حقوق متعلق به کارگر (سهم کارفرما) با توجه به شرایط و امکانات خاطی و مراتب جرم به جریمه نقدی معادل دو تا ده برابر حق بیمه مربوطه محکوم خواهند شد.»

بدین ترتیب، با توجه به اینکه قانونگذار در صدد تنظیم روابط اشخاص در جامعه است، به دلیل حساسیت‌های موضوع باید دقت و احتیاط زیادی در انعکاس و تبدیل متون فقهی به قانون انجام شود. چه، همانطور که گفته شد، بسیاری از متون فقهی با نگاه صرفاً فردی استنباط و نگارش شده است. در واقع، نفس مداخله مجمع تشخیص مصلحت نظام در این مورد و موارد مشابه که مجال ذکر آنها در این مختصر نیست خود توجیه گر حساسیت پیش گفته است.

گفتار دوم: مشکلات انعکاس نظرات مختلف فقها در قانون

انعکاس و ادخال نظرات فقها در قانون از دو جهت ممکن است قانونگذار و حتی قاضی را با مشکل مواجه سازد: جهت اول آن است که ممکن است در یک موضوع فقها اختلاف نظر داشته باشند و قانونگذار در این حالت مجبور است یکی از نظرات را انتخاب و مبادرت به قانونگذاری کند، زیرا انعکاس همه نظرات در قانون امکان پذیر نیست و قانون ظرفیت پذیرش همه نظرات فقهی در یک موضوع واحد را ندارد و مجبور است یکی از نظرات را انتخاب نموده و تبدیل به قانون کند. این انتخاب علی الاصول توسط مجلس شورای اسلامی انجام و چنانچه بنظر شورای نگهبان مخالفتی با موازین اسلام نداشته باشد، آن را تایید می‌کند.

جهت دوم نحوه برخورد با مکلفین و افراد مشمول قانون است. با توجه به تعدد مراجع عظام تقلید و اختلاف نظر بین آنان در موضوعات و اینکه هر یک از مقلدین از مرجع خاصی تقلید می‌کند، این سوال مطرح می‌شود که اگر شخصی از کسی تقلید می‌کند که فتوای او انطباقی با قانون موضوعه نداشته باشد، چه برخوردی باید با او بشود؟ این مسئله ممکن است در کلیه مسائل فقهی از جمله عقود، جرائم و مجازاتها مطرح شود. مثلاً در باب عقد نکاح بعضی از فقها نکاح دختر باکره رشیده را بدون اذن پدر صحیح می‌دانند. برای مثال مرحوم حضرت آیت الله بهجت معتقدند: اظهر آن است که اذن پدر یا جد پدری (در ازدواج دختر باکره) شرط نیست اگر چه احتیاط مستحب آن است که اذن بگیرد. حضرت آیت الله شاهرودی عقیده دارند چنانچه دختر بالغه و عاقله ورشیده باشد و صلاح و خیر و شر خود را تمیز بدهد، مثلاً بتواند معاملات مهمه را انجام بدهد، عقد او بدون اذن پدر صحیح است. لکن حضرت آیت الله العظمی سیستانی بر این عقیده اند که دختری که به حد بلوغ رسیده و رشیده است یعنی مصلحت خود را تشخیص می‌دهد، اگر بخواهد شوهر کند، چنانچه باکره باشد باید از پدر یا جد پدری خود اجازه بگیرد.

همین اختلاف نظر میان فقهای اهل سنت با کمی تفاوت به چشم می‌خورد. در بین فقهای اهل سنت، فقهای شافعی، مالکی و حنبلی معتقدند که ولی بر دختر باکره ولو بالغ و رشیده باشد ولایت دارد و می‌تواند بدون اذن و رضایت خود دختر، او را به عقد دیگری در آورد. ابوحنیفه، ولایت ولی را

بر دختر باکره رشیده ساقط می‌داند و معتقد است دختر خود مستقلاً می‌تواند مبادرت به عقد ازدواج کند و هیچ کس حق اعتراض بر او ندارد مگر اینکه به غیر کفو یا کمتر از مهر المثل ازدواج کند که در این صورت ولی حق اعتراض دارد و می‌تواند از دادگاه فسخ ازدواج او را بخواهد.

از لحاظ قانونی، قاضی علی‌الاصول نمی‌تواند به نظرات فقهی مراجع تقلید که اصحاب دعوی از آنان تقلید می‌کنند یا به فتوای مجتهدی که خود از او تقلید می‌کند توجه کند. حتی قاضی در صورتی که مجتهد باشد نمی‌تواند به فتوای خود حکم قضیه را صادر کند. همانطور که پیشتر تأکید شد، قانونگذار قاضی را مکلف کرده است که مطابق قانون موضوعه رای دهد. حتی در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، صرفاً قضات می‌توانند به منابع معتبر اسلامی یا فتوای معتبر مراجعه و حکم قضیه را صادر کنند و مجاز به مراجعه به فتوای مجتهدی که اصحاب دعوا از آن تقلید می‌کنند، نیست. در این رابطه، ماده ۸ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب در این مورد چنین مقرر می‌دارد:

«قضات دادگاهها و دادرهای عمومی و انقلاب مکلفند به دعاوی وشکایات و اعلامات موافق قوانین موضوعه و اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رسیدگی کنند و تصمیم قضائی را اتخاذ نمایند.»

همچنین، ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مقرر می‌دارد:

«قضات دادگاهها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند والا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد.»

تبصره - چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد.

به همین دلیل، قانونگذار مدنی با تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه تکلیف قضات را در ارتباط با اجازه ولی برای ازدواج دختر باکره صریحاً معین کرده و مطابق ماده ۱۰۴۳ مقرر کرده است که «نکاح دختر باکره اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری است.» البته، با توجه به اصل ۱۳ قانون اساسی، در مواردی که اصحاب دعوا پیرو مذاهب ۴ گانه و نیز ادیان به رسمیت شناخته شده باشند قانونگذار به قاضی اجازه داده است در خصوص احوال شخصیه آنان به استناد ماده واحده مربوط به «قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم، مصوب ۱۳۱۲» مطابق قواعد و عادات مسلمه متداوله در مذهب اصحاب دعوا و به کیفیتی که در این قانون آمده رای دهد.^۱

از سوی دیگر، در امور کیفری نیز همین مشکل ممکن است مطرح شود. برای مثال، در بحث قتل عمدی اشخاص نابالغ، بعضی مراجع عظام از جمله مرحوم حضرت آیت الله العظمی خویی قایلند: اگر بالغی نابالغی را بکشد، قصاص نمی‌شود. لکن قانونگذار در ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۰/۹/۲۷ مجلس شورای اسلامی که اخیراً به تصویب شورای نگهبان رسیده، جنایت عمدی نسبت به نابالغ را موجب قصاص می‌داند. همچنین، معظم له در مسئله اکراه در قتل معتقدند:

۱ ماده واحده: نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده محاکم باید قواعد و عادات مسلمه متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد به طریق ذیل رعایت نمایند:

۱. در مسایل مربوطه به نکاح و طلاق عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است.
۲. در مسایل مربوطه به ارث و وصیت عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهب متوفی.
۳. در مسایل مربوطه به فرزندخواندگی عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهبی که پدرخوانده یا مادرخوانده پیرو آن است.

همچنین، اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شماره ۷/۲۳۰۲ مورخ ۱۳۷۴/۵/۲۸ بیان می‌دارد: «در صورتی که طبق قواعد مسلمه متداوله در مذهب ایرانیان غیر شیعه اجازه ولی برای ازدواج دختر لازم نباشد، طبق قانون رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲ برطبق همان قواعد عمل می‌شود.»

اکراه در قتل مجوز قتل است و قاتل مکره، به پرداخت دیه محکوم می‌شود. در حالیکه ماده ۳۷۲ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۰/۹/۲۷ در اینخصوص مقرر داشته است که «اکراه در قتل مجوز قتل نیست و مرتکب، قصاص می‌شود....»

حال اگر شخصی به تصور اینکه حکم قانون در خصوص موارد یاد شده منطبق با حکم مرجع تقلید خود می‌باشد و مرتکب قتل شود، این سوال مطرح می‌شود که آیا می‌توان چنین شخصی را به حکم قانون قصاص نمود؟ مثلاً اگر شخصی با علم به اینکه قتل نابالغ مستوجب دیه است، به هر دلیلی شخص نابالغی را به قتل برساند و بعد متوجه شود که مطابق قانون قتل نابالغ مستوجب قصاص است، آیا قاضی می‌تواند مطابق ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی او را به قصاص محکوم کند؟ با توجه به ماده ۱۵۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۰/۹/۲۷، لاجرم جواب مثبت است زیرا مقرر شده چنین مقرر می‌دارد:

«جهل به حکم، مانع از مجازات مرتکب نیست، مگر اینکه تحصیل علم عادتاً برای وی ممکن نباشد یا جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود. تبصره - جهل به نوع یا میزان مجازات مانع از مجازات نیست.»

همانطور که ملاحظه می‌شود، تبصره ماده مذکور جهل به نوع یا میزان مجازات را مانع مجازات ندانسته است.

بخش دوم: نسبت فقه و قانون از منظر رویه قضایی^۱ (فقه در عمل)

علیرغم الزام دادگاهها اعم از بدوی، تجدیدنظر و شعب دیوان عالی کشور به صدور حکم مطابق قوانین موضوعه (ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی) و نیز ممنوعیت آنان از صدور حکم کلی و قابل انطباق بر مصادیق متعدد که عبارت اخری ممنوعیت وضع قانون می‌باشد (ماده ۴ همان قانون)، در مواردی قضات به هنگام رسیدگی و تعیین تکلیف نسبت به دعاوی مطروحه نزد آنان با نقصان‌هایی همچون سکوت قانونگذار، اجمال یا ابهام قوانین که عمدتاً ناشی از تحولات اقتصادی و اجتماعی است و یا تعارض قوانین مواجه شده و امر حل و فصل اختلافات ممکن است به بن بست منتهی شود. در نتیجه، به حکم ذیل همان مقرر قانونی (ماده ۳)، حق استتکاف از رسیدگی نداشته و مکلفند با مراجعه به منابع معتبر فقهی یا فتاوی مشهور و یا تمسک به اصول مسلم حقوقی حکم قضیه را استخراج و دعوا را قطع نمایند. این امر به ویژه در موارد ابهام یا اجمال قوانین که نوعی تفسیر قضایی^۲ از قوانین موجود می‌باشد دست قضات را در

۱. تعریف رویه قضایی و درجه اهمیت و الزام آور بودن آن به نسبت نظام‌های حقوقی موجود در دنیا تفاوت بنیانی دارد. مهمترین نظام‌های حقوقی معاصر عبارت است از نظام حقوق نوشته از یکسو و نظام حقوق کامن لا از سوی دیگر. در انگلستان به عنوان سمبل و منشاء کشورهای دارای نظام حقوقی عرفی یا کامن لا، قاضی محور حق و تکلیف است و رویه قضایی که از تصمیمات دادگاهها ناشی می‌شود یکی از منابع اصلی حقوق است. در این نظام حقوقی قانون ایجاد قاعده حقوقی یا اصول حقوقی نمی‌کند، بلکه این آراء دادگاههای عالی است که ایجاد سابقه (Precedent) می‌کند و بنای حقوق این کشور را تشکیل می‌دهد. در حالی که در نظام حقوق نوشته که کشور ما نیز به آن تعلق دارد، ملاک تشخیص حق و تکلیف، در درجه اول قانونی است که توسط مقام صلاحیتدار تصویب و قاضی مکلف به تبعیت و اجرای آن است. از این منظر، در نظام حقوقی مدون، قانون مهمترین منبع است لکن این به معنای نفی رویه قضایی نیست. رویه قضایی به عنوان یک منبع ثانوی به قانون قدرت تحرک می‌بخشد و تا حدود زیادی ابهام یا نقاط ضعف قانون را برطرف و راهگشای مشکلات فرا روی قضات است. به عبارت واضحتر، در نظام حقوقی مدون، اولین و مهمترین منبع پاسخ به تمامی مسائل، قانون است و در صورتی که دست دادرسی از قانون به علت سکوت، اجمال یا ابهام وغیره کوتاه باشد، رویه قضایی و دیگر منابع به کمک وی می‌آیند.
۲. در مقابل تفسیر قضایی، تفسیر قانونی قرار دارد که از شئون قانونگذار است. بدین ترتیب که مراجع

صدور احکام استنباطی و نظری شدت باز می‌گذارد و در واقع، همین امر موجب ظهور و بروز رویه‌های قضایی متعدد در موضوعات واحد اعم از شکلی و ماهوی در سطح محاکم و حتی شعب دیوان عالی کشور می‌شود که البته برای محاکم دیگر الزام آور نیست (رویه قضایی به مفهوم عام). ولی، چون افزایش این رویه‌ها و استنباط‌های شخصی از قوانین در یک جامعه منظم، پیچیده و قانونمند مستلزم هرج و مرج در احکام و مآلاً تبعیض بین شهروندان در اقصی نقاط کشور می‌شود از اینرو قانونگذار اساسی بشرح اصل ۱۶۱ قانون اساسی^۱ و به تبع آن قانونگذار عادی طی ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری در این خصوص تدبیری اندیشیده و به هیات عمومی دیوان عالی کشور متشکل از شعب حقوقی و کیفری به ترتیبی که در قوانین مربوط پیش بینی شده ماموریت داده است با مداخله و بررسی موضوعی که به دلیل استنباط‌های مغایر محاکم و حتی شعب دیوان عالی کشور در موضوع واحد موجب بروز اختلاف رویه و صدور احکام متهاافت و متناقض گردیده، نظر و استنباط شعبه‌ای را که صحیح و مطابق با واقع و شرع تشخیص می‌دهد به عنوان نظر مختار و لازم‌الاتباع اعلام کند. این رای مختار که به رای وحدت رویه موسوم است نسبت به موضوعی که مورد حکم محاکم قرار گرفته و قطعیت یافته تأثیری نداشته ولی از آن پس برای کلیه محاکم و شعب دیوان عالی کشور در موضوعات مشابه در حکم قانون بوده و لازم‌الاتباع است، به این معنا که از آن پس باب تفسیر و استنباط‌های شخصی قضات نسبت به قانونی که منشاء صدور آرای متهاافت بوده

اجرایی با تهیه لایحه استفساریه و تقدیم آن به مجلس شورای اسلامی از طریق قوه مجریه، نظر تفسیری مجلس را نسبت به قانون مصوبی که در خصوص شمول یا عدم شمول یا کیفیت شمول آن بر طیفی از افراد و موضوعات ابهام یا اجمال وجود دارد، جویا می‌شوند که در اینصورت دقیقاً همانند لوایح قانونی و طی تشریفات مقرر در قانون آیین نامه داخلی مجلس به تصویب نمایندگان رسیده و مانند قانون پس از توشیح جهت اجرا به مراجع اداری و غیره ابلاغ می‌شود.

۱. «دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجراء صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضائی و انجام مسئولیت‌هایی که طبق قانون به آن محول می‌شود بر اساس ضوابطی که قوه قضائیه تعیین می‌کند تشکیل می‌گردد.»

مسدود شده و محاکم و شعب دیوان از آن پس در موضوعات و قضایای مشابه، فقط به رای وحدت رویه اصداری به عنوان قانون حاکم استناد و مطابق آن حکم خواهند داد. در این رابطه، علاوه بر اصل ۱۶۱ قانون اساسی که یکی از وظایف دیوان عالی کشور را ایجاد وحدت رویه در محاکم ذکر کرده، ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ نیز در راستای اجرای اصل یاد شده مقرر کرده است:

«هرگاه در شعب دیوان عالی کشور و یا هر یک از دادگاهها نسبت به موارد مشابه اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی با استنباط از قوانین آرای مختلفی صادر شود رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور به هر طریقی که آگاه شوند، مکلفند نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد وحدت رویه درخواست کنند. همچنین هر یک از قضات شعب دیوان عالی کشور یا دادگاهها نیز می‌توانند با ذکر دلایل از طریق رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور نظر هیأت عمومی را در خصوص موضوع کسب کنند. هیأت عمومی دیوان عالی کشور به ریاست رئیس دیوان عالی یا معاون وی و با حضور دادستان کل کشور یا نماینده او و حداقل سه چهارم رؤسا و مستشاران و اعضای معاون کلیه شعب تشکیل می‌شود تا موضوع مورد اختلاف را بررسی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم نماید. رأی اکثریت که مطابق موازین شرعی باشد ملاک عمل خواهد بود. آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور نسبت به احکام قطعی شده بی‌اثر است ولی در موارد مشابه تبعیت از آن برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها لازم می‌باشد.»

البته، قانون سابق^۱ در این خصوص دو تفاوت عمده با قانون فعلی (ماده ۲۷۰ مرقوم) داشت: اولاً، در آن قانون رای اکثریت هیأت عمومی دیوان صریحاً در حکم قانون و لازم‌الاتباع برای کلیه محاکم تالی حتی شعب دیوان عالی کشور اعلام شده بود و ثانیاً، قیدی از جهت لزوم انطباق رای با شرع و موازین آن وجود نداشت که البته این امر تا حدودی قابل توجیه است چرا که در آن زمان با توجه به متروک شدن اصلی از متمم قانون اساسی زمان مشروطیت که اجازه کنترل قوانین مصوب

۱. ماده ۳ اضافه شده به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۳۷.

توسط ۵ تن از فقهای طراز اول را می‌داد، قوانین به تبع قانونگذار عملاً ریشه عرفی پیدا کرده بود بطوری که قانونگذار تکلیفی از این جهت احساس نمی‌کرد. ولی، عدم تصریح به قانونی بودن آرای وحدت رویه در قانون فعلی نباید در دارا بودن چنین ویژگی برای آرای وحدت رویه تردید ایجاد نماید چرا که عبارت «...در موارد مشابه تبعیت از آن برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم می‌باشد» بطور ضمنی مبین همین امر بوده و از این جهت تفاوت عمده‌ای با قانون سابق ندارد، ضمن آنکه تلقی آرای وحدت رویه به عنوان و در حکم قانون، بنوبه خود یکی از استثنائات بسیار مهم وارده بر اصل تفکیک قوا بشمار می‌رود چرا که بدین ترتیب هیات عمومی دیوان عالی کشور اجازه یافته است جهت ایجاد وحدت در رویه مراجع قضایی تالی بنوعی مبادرت به قانونگذاری نماید. این رای، جز با نظر مغایر بعدی خود هیات عمومی دیوان و یا تصویب قانون معارض دیگر توسط خود قانونگذار، قابل نسخ نمی‌باشد.

باوجود این، آنچه در بحث ما واجد آثار مهم است همانا ذیل ماده ۲۷۰ مرقوم است که مقرر داشته است که رای وحدت رویه زمانی ملاک عمل محاکم و حتی شعب دیوان خواهد بود که مطابق موازین شرعی باشد. در واقع، قید مزبور نقطه عطف مهمی در تحقق اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبنی بر ایجاد همگونی و رابطه تساوی بین قانون و آرای محاکم عالی از یکسو و احکام و موازین شرعی از سوی دیگر است که تفصیل آن در بخش اول از نظر گذشت. نکته‌ای که ذکر آن در اینجا ضروری بنظر می‌رسد این است که قانونگذار ظاهراً الزام آور بودن رای هیات عمومی را مقید به مطابقت آن با موازین شرع کرده است و ممکن است این تصور را تداعی کند که قضات محاکم و شعب دیوان در صورت غیر شرعی دانستن آن احتمالاً خواهند توانست از اجرا و اعمال آن سرپیچی نمایند. این تصور البته صحیح نیست چرا که رویه ثابت و مسلم بین قضات همواره بر این است که آرای وحدت رویه را در حکم قانون و لازم‌الاتباع می‌دانند بطوری که عدم التزام به آن توسط قضات، مراجع نظارتی مربوط یعنی دادسرا و دادگاه عالی انتظامی قضات را مکلف

خواهد کرد این اقدام را به عنوان تخلف انتظامی تحت تعقیب قرار داده و مجازات‌های اداری مقرر را به تفصیل و درجاتی که در قانون مرقوم معین گردیده در خصوص آنان اعمال نمایند.^۱

مع الوصف، سوالی که مطرح می‌شود این است که با توجه به عدم کنترل آرای هیات عمومی دیوان عالی کشور اعم از وحدت رویه یا اصراری توسط شورای نگهبان قانونی اساسی از جهت مطابقت یا عدم مطابقت آن با قانون اساسی و شرع، ضمانت اجرای شرعی بودن این آرا چیست؟ واقعیت این است که قانونگذار در ماده ۲۷۰ مرقوم با توجه به اصل ۴ قانون اساسی صرفاً هیات عمومی دیوان عالی کشور را که ترکیبی از قضات مجرب اعم از فقیه و غیر آن است بر لزوم رعایت شرع در آرای وحدت رویه اصداری ارشاد کرده است و الا همانطور که پیشتر اشاره و تاکید شد نظارتی بر آرای هیات موصوف از جهت رعایت شرع در تصمیمات متخذه وجود ندارد. به عبارت دیگر، ترکیب و شخصیت قضات دیوان بگونه‌ای که انطباق نظر آنان به عنوان اجتهاد مفروض تلقی شده است، ضمن آنکه توجیه دیگری در این رابطه می‌توان ارائه داد و آن اینکه، در تاریخ انقلاب اسلامی مضبوط است که امام خمینی به عنوان بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران قبل از اصلاح قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ و تاسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام جهت داوری و حل بن بست قانونگذاری ناشی از اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان، نظر فقهی را مطرح کردند که مطابق آن چنانچه دوسوم نمایندگان مجلس شورای اسلامی به قانونی رای دهند قانون مزبور در چارچوب نظام جمهوری اسلامی ایران به عنوان حکم شرعی لازم الاجرا است، حتی اگر شورای نگهبان قانون اساسی آن را خلاف شرع بداند. بدین ترتیب، بنظر می‌رسد ملاک این فتوی و نظر نیز می‌تواند بنوعی در مورد آرای وحدت رویه و اصراری صادره از سوی هیات عمومی دیوان عالی کشور صدق نماید. ولی، این وجه کلی و ساختاری قضیه است و لازم است با مذاقه در مصادیق آرای صادره از این

۱. عدم رعایت و اعمال آرای وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور توسط قضات محاکم تالی و نیز شعب دیوان عالی کشور نوعی عدم رعایت قوانین موضوعه بوده و به عنوان تخلف قضایی ماده ۱۸ «قانون نظارت بر رفتار قضات ۹۰/۷/۱۷» قابل تعقیب انتظامی در دادسرا و دادگاه عالی انتظامی قضات است.

مرجع عالی قضایی و انطباق آن با موازین شرعی و فقهی به عمق قضیه از جهت شرعی بودن یا نبودن آن بیشتر واقف شویم. در این رابطه، با استقراء در آرای یاد شده ملاحظه می‌شود که هیات عمومی در هر دو فرض صدور آرای وحدت رویه و اصراری عمدتاً وجهه همت خود را متابعت با نظریات فقهی به ویژه نظر مشهور فقهای امامیه قرار داده است، هر چند در مواردی موارد ممکن است شائبه مربوط به فرضیه تباین بین رویه قضایی و فقه (شرع) را نیز بشرحی که خواهد آمد تداعی نماید.

فصل اول: آرای که در انطباق با نظرات مشهور فقهی اصدار یافته اند

آرای که هیات عمومی دیوان عالی کشور به عنوان وحدت رویه یا اصراری و در انطباق با موازین شرعی صادر کرده در حد وفور در مجموعه های سالیانه منتشره مربوط به مذاکرات هیات یاد شده در دسترس جامعه قضات و حقوقدانان قرار دارد که از باب نمونه ذیلاً به مواردی از آن اشاره می‌شود:

الف - رای وحدت رویه شماره ۱-۶۳/۱/۲۹ ناظر بر سقوط ولایت پدر در مطلق دخول (اجازه ولی دختر در ازدواج، مشروط به باکره بودن دختر است):

بدو، در توضیح رای مورد بحث ذکر این نکته را لازم می‌داند که ماده منسوخه ۱۰۴۲ قانون مدنی سابق مقرر می‌داشت: «بعد از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام نیز انات نمی‌توانند مادام که به ۱۸ سال تمام نرسیده اند بدون اجازه ولی خود شوهر کنند.»^۱ در قضیه موضوع رای وحدت رویه، اجمالاً دختر خانمی در سال ۵۹ بدون اذن پدر با شخصی ازدواج کرده و درخواست پدر وی مبنی بر صدور حکم بر بطلان نکاح موصوف به موجب رای صادره از یکی از شعب دادگاه مدنی خاص وقت رد

۱. این مقرر به موجب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۷۰/۸/۱۴ نسخ شده و ماده ۱۰۴۳ نیز که در رابطه با اجازه پدر یا جد پدری در رابطه با نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده و بیش از ۱۸ سال تمام دارد با اضافه کردن واژه باکره به جای هنوز شوهر نکرده و نیز حذف عبارت ۱۸ سال و اضافه کردن سن بلوغ به جای آن، مورد اصلاح قرار گرفته است.

گردید ولی در ادامه، دادگاه تجدیدنظر دادنامه بدوی را نقض و رای بر بطلان نکاح مزبور صادر کرده بود. متعاقباً، مشارالیهها مجدداً مبادرت به ازدواج با فرد سابق کرده ولی درخواست بطلان نکاح تقدیمی از سوی پدر وی این بار توسط دادگاه مدنی خاص به اعتبار بیوه بودن دختر رد و مآلاً حکم بر صحت عقد ازدواج دوم صادر شده بود که در ادامه، شعبه اول تجدید نظر مدنی خاص در تاریخ ۶۰/۲/۱ ضمن رد تجدیدنظرخواهی، دادنامه بدوی مذکور را مورد تأیید قرار می‌دهد. مشابه همین قضیه در رابطه با خانم و آقای دیگری در شعبات دیگر دادگاه مدنی خاص مطرح ولی دادنامه نهایی و قطعی صادره از شعبه تجدیدنظر مربوط، بر خلاف قضیه قبلی و بدون توجه به بیوه بودن خانم، نکاح دوم را باطل اعلام می‌کند که بدین ترتیب، بدلیل استنباط‌های مختلف قضات از ماده ۱۰۴۲ سابق و صدور آرای متناقض و متهاافت در موضوع واحد، مراتب توسط دادستان کل کشور^۱ در هیات عمومی مطرح و

۱. دادستان وقت کل کشور با اعلام اینکه رأی شعبه نهم، مبنی بر صحت عقد ازدواج دوم موضوع دادنامه شماره ۲۷۹۰۹ مورخ ۵۹/۱۱/۲۸ درست و خالی از اشکال است، با ذکر مبانی فقهی قضیه که مورد تأیید هیات عمومی قرار گرفت، چنین استدلال کرده است: «به نظر می‌رسد که رأی شعبه نهم [دادگاه] مدنی خاص موضوع دادنامه شماره ۲۷۹۰۹ مورخ ۱۳۵۹.۱۱.۲۸ مبنی بر صحت عقد ازدواج دوم درست و خالی از اشکال باشد، چون مضافاً بر این که مسأله ولایت پدر در ازدواج باکره مورد اختلاف بین فقها است تا جایی که مرحوم سید در عروه الوثقی مسأله ۱ از فصل اولیاء عقد، ۵ قول نقل می‌نماید و آن قدر مسأله پیچیده می‌باشد که مرحوم سید با آن فقاقت و صراحت در فتوا با احتیاط می‌گذرد و امام امت هم در تحریرالوسیله مسأله ۲ همان فصل، ۴ قول نقل می‌کند و باز با احتیاط در مسأله می‌گذرد و با این وضع چگونه می‌توان حکم به بطلان نکاح دوم داد تا جایی که دختر بتواند به غیر ازدواج نماید با بودن و مراجعه به مسأله ۲ از فصل اولیاء عقد عروه، قضیه روشن و آشکار می‌گردد چون امام و غیر واحدی از محشین عروه الحاق را بعید دانسته و امام در ذیل جمله سید (ولا یبعد اللاحق) می‌فرماید: (بل لایبعد عدمه لمن لایترک الاحتیاط فیه و فیه تالیه) و جمله لایبعد، فتوای است و احتیاط مستحب. از همه گذشته، دلیل مرحوم سید تبادل غیر مزوجه است از باکره که ضعف آن آشکار است و مورد حکم وحدت رویه از زنا یا شبهه خارج نمی‌باشد چون اگر واقعاً زوج و زوجه با علم به بطلان نکاح آمیزش نموده که زنا است و اگر به خیال صحت بوده شبهه و مورد فتوای امام هر دو است و اما آنچه مستند حکم شعبه اولی آمده که می‌گوید زوال بکارت بعد از عقد کذایی یعنی عقد اول که باطل شده موجب صحت عقد دوم نمی‌شود بسی جای تأسف است. چون وقتی که عقد کذایی بوده، یعنی از روی فریب و فرض آن همان موجب

منجر به صدور رای وحدت رویه مورد بحث در قالب عبارات واستدلال‌های زیر گردید:

«با توجه به نظر اکثر فقها و به ویژه نظر مبارک حضرت امام در حاشیه عروه الوثقی... و همچنین با عنایت به ملاک صدر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، عقد دوم از نظر این هیأت صحیح و ولایت پدر نسبت به چنین عقدی ساقط است و مشروعیت دخول قبل از عقد شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد. بنابراین، رأی شعبه نهم [دادگاه] مدنی خاص موضوع دادنامه شماره ۲۷۹۹-۵۹/۱۱/۲۸-دایر بر صحت عقد دوم طبق موازین شرعی وقانونی صادر شده و صحیح است و این رأی برای محاکم در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

ب - رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ - ۱۳۷۶/۴/۳ ناظر بر تعهدات پدر عرفی^۱

این رای که یکی از معدود آرای است که به اذعان اهل فن، در حیطه حقوق عمومی و مصالح اجتماعی واجد آثار و احکام بسیار مهمی است چرا هیأت عمومی در این رای با توسعه و شمول مقررات قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ (ناظر بر ثبت وقایع چهارگانه تولد، نکاح، طلاق و موت) بر اطفال غیر شرعی، تفکر و دیدگاه سنتی در باب حقوق اینگونه اطفال را برهم زده و مضافاً از آنان بلحاظ حقوق انسانی و هویت فردی و اجتماعی حمایت مناسب بعمل آورد که بنوبه خود نشانگر پویایی رویه قضایی در حقوق ایران است. اجمال قضیه از این قرار است که در یک قضیه مطروحه مرتبط با یک طفل متولد از زنا شعبه بیست و دوم دیوان عالی کشور معتقد بود که مقررات ثبت احوال ناظر به صدور سند سجلی ناظر بر اولاد غیر شرعی نبوده و صرفاً مربوط به نسب مشروع می‌باشد در حالی که بالعکس، شعبه سی ام دیوان به اینگونه فرزندان عرفاً فرزند زانی اطلاق کرده

صحت است مثل زوال با عقد صحیح، منتها در عقد صحیح قضیه روشن است و در زنا و شبهه به طور عدم به عدولی هر دو فتوای است و اما نقلی که از امام نموده تا آخر مطلب معلوم نمی‌باشد و اما آنچه بعد در مستند آمده (لیس علی تمامیته با زیر من الاعتبار و لاعتبار بالاعتبار) مشاوره نموده و اکثریت قریب به اتفاق چنین رأی داده‌اند...

۱. به نقل از شماره ۱۵۲۹۳ - ۱۳۷۶.۶.۱۰ روزنامه رسمی شماره ۱۹۲۰ - هـ ۱۳۷۶.۵.۱۴

که در نتیجه آن پدر عرفی آنان مکلف به ایفای وظایف پدری از جمله پرداخت نفقه، حضانت و به ویژه توجهاً به مقررات قانون مورد بحث وظیفه اخذ شناسنامه برای آنان بنام خود را دارند و با توجه به ملاک‌های شرعی، صرفاً موضوع توارث بین زانی و طفل متولد از وی منتفی است که بدین ترتیب نظر به حدوث اختلاف در استنباط از قانون واحد و در موضوع مشابه، هیأت عمومی دیوان عالی کشور بنا بر وظیفه قانونی پیش گفته مداخله کرده و رای مبنایی یاد شده را بشرح زیر صادر و اعلام کرد:

«بموجب بند الف ماده یک قانون ثبت احوال مصوب سال ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است و تبصره ماده ۱۶ و ماده ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که ازدواج پدر و مادر به ثبت نرسیده باشد و اتفاق در اعلام ولادت و صدور شناسنامه نباشد یا اینکه ابوین طفل نامعلوم باشد تعیین تکلیف کرده است لیکن در مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید با استفاده از عموماً و اطلاق مواد یاد شده و مسأله ۳ و مسأله ۴۷ از موازین قضائی از دیدگاه حضرت امام خمینی، زانی پدر عرفی طفل تلقی و در نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه برعهده وی می‌باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است و لذا رأی شعبه سی ام دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد بنظر اکثریت اعضاء هیأت عمومی دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد بنظر اکثریت اعضاء هیأت عمومی دیوان عالی کشور موجه و منطبق با موازین شرعی و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی با ستناد ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضائی مصوب تیرماه سال ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها در موارد مشابه لازم الاتباع است.»

ج - رای اصراری شماره ۶- ۱۳۷۵/۴/۵ هیات عمومی شعب کیفری دیوانعالی کشور ناظر بر جواز دریافت خسارت زائد بر دیه^۱:

بعضی از فقها اخذ هرگونه خسارتی غیر از آنچه که به عنوان دیه تعیین گردیده را جایز ندانسته و فاقد مشروعیت می‌دانند و مجنی علیه و یا اولیاء دم وی تنها حق مطالبه دیه را دارند. برعکس، برخی دیگر به صراحت لزوم جبران خسارت افزون بر دیه را به استناد برخی از ادله شرعی مثل اصل لاضرر پذیرفته اند. این اختلافات به رویه قضایی نیز سرایت کرده و در این خصوص فراز و نشیب زیادی در آراء دادگاهها و شعب دیوانعالی کشور مشاهده می‌شود. مستند این نظریه علاوه بر قاعده لاضرر، مواد ۱ و ۳ قانون مسئولیت مدنی است که طی آن مراجع قضایی حکم به محکومیت جانی به پرداخت خسارت بابت هزینه درمان و معالجه می‌دهند. رای اصراری مورد بحث در همین سیاق به شرح زیر اصدار یافته است.

«به دلالت اوراق محاکماتی عمل ارتكابی خواندگان ایراد ضرب عمدی منتهی به شکستگی استخوان ساق پای مجنی علیه است که علاوه بر صدور حکم دیه در حق مجنی علیه به جهت تقویت قوای کاری خواهان دادگاه خوانده را به پرداخت ضرر و زیان محکوم نموده است. نظر به اینکه از احکام مربوط به دیات و فحواى مواد قانون راجع به دیات، نفی جبران سایر خسارات وارده به مجنی علیه استنباط نمی‌شود و با عنایت به اینکه منظور از خسارت و ضرر زیان وارده همان خسارت و ضرر و زیان عرفی می‌باشد لذا مستفاد از مواد ۱ و ۲ و ۳ قانون مسئولیت مدنی و با التفات به قاعده کلی لاضرر و همچنین قاعده تسبیب و اتلاف

۱. به اعتقاد عده ای از فقها اخذ هرگونه خسارتی غیر از آنچه که به عنوان دیه تعیین گردیده جایز نبوده و فاقد مشروعیت است و مجنی علیه و یا اولیاءدم وی تنها حق مطالبه دیه را دارند. برعکس برخی از فقها به صراحت لزوم جبران خسارت افزون بر دیه را به استناد برخی از ادله شرعی مثل اصل لاضرر پذیرفته اند. همین اختلاف در رویه قضایی مشاهده می‌شود. در این خصوص فراز و نشیب زیادی در آراء دادگاهها و شعب دیوانعالی کشور مشاهده می‌شود. بعضی از شعب دادگاهها به استناد مواد ۱ و ۳ قانون مسئولیت مدنی حکم به محکومیت جانی به پرداخت خسارت بابت هزینه درمان و معالجه داده اند.

لزوم جبران اینگونه خسارات بلا اشکال است»^۱.

ولی، رای اصراری شماره ۱۶-۶۹/۵/۲ هیات عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور بشرح زیر از نظر آن دسته از فقها تبعیت کرده است که مخالف دریافت خسارت زائد بر دیه هستند:

«دادگاه کیفری در مورد قطع نخاع که منتهی به از کار افتادن پاها شده و همچنین برای هر یک از صدمات دیگر بر وفق قانون دیات حکم به پرداخت چند دیه صادر کرده است... [ولی] در مورد از کارفتادن پاها که بر اثر قطع نخاع بوده مطالبه ضرر و زیان دیگری علاوه بر دیه فاقد مجوز قانونی می‌باشد»^۲.

د- رأی وحدت رویه شماره ۶۹۱ - ۱۳۸۵/۷/۱۱ ناظر بر تعیین دیه جداگانه برای دو استخوان از یک عضو^۳

مطابق ماده ۴۴۲ قانون مجازات اسلامی «دیه شکستن استخوان هر عضوی که برای آن عضو دیه معینی است خمس آن می‌باشد و اگر معالجه شود و بدون عیب گردد دیه آن چهارپنجم دیه شکستن آن است و...». در موضوع رای وحدت رویه حاضر، بین شعب چهارم و یکصد و پنجم دادگاه عمومی همدان در تفسیر مقرر مرقوم در خصوص شکستگی دو استخوان نازک نی و درشت نی یک پا در حادثه رانندگی از این جهت که آیا صرفاً یک دیه به مصدوم تعلق می‌گیرد یا دو دیه اختلاف بروزه کرده بود بدین توضیح که یکی از شعب متهم را به پرداخت فقط یک دیه (یعنی چهار پنجم از

۱. مجموعه آرای اصراری دیوانعالی کشور، سید احمد باختر، انتشارات جنگل، ۱۳۸۶، ص ۲۰۳. همچنین، شعبه ۲۸ دادگاه حقوقی یک سابق تهران در رای شماره ۹۲/۷۰ مورخ ۷۲/۷/۱۷ همین نظر را اتخاذ کرده است: «با عنایت به اینکه دیه مورد حکم که از طرف خوانده پرداخت شده برای جبران هزینه درمان و معالجه خواهان کافی نبوده، خوانده به اعتبار تقصیر خود در وقوع تصادف طبق قانون مسئولیت مدنی مسئول جبران باقیمانده هزینه معالجه و درمان خواهان و مکلف به تادیه آن خواهد بود.» رک. درخشان نیا، ضرر و زیان ناشی از جرم، ص ۸۴.

۲. درخشان نیا، منبع پیشین، ص ۸۴.

۳. به نقل از شماره ۱۷۹۹۳ - ۱۳۸۵/۹/۱۳ روزنامه رسمی شماره ۵۶۰۸ هـ/۱۳۸۵/۸/۲۸.

یک پنجم از یک دوم دیه کامل) و شعبه دیگر با استناد به همان ماده ۴۴۲ وی را به پرداخت دو دیه یکی برای شکستگی درشت نی و دیگری برای شکستگی نازک نی محکوم نموده بوده است که با توجه به استنباط‌های متعارض و متهافت از یک قانون در موضوع واحد، موضوع در اجرای ماده ۲۷۰ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری جهت ایجاد وحدت در رویه بعدی محاکم در هیات عمومی دیوان عالی کشور مطرح و پس از بحث و بررسی اعضا و نیز ارائه نظریه دادستان کل کشور^۱، رای وحدت رویه مورد اشاره در قالب عبارات زیر صادر گردید:

«...با توجه به ماده ۴۴۲ قانون مجازات اسلامی که مقرر داشته: «دیه شکستن استخوان هر عضوی که برای آن عضو دیه معینی است خمس آن می‌باشد...» بنابراین چنانچه دو استخوان از یک عضو نیز شکسته شود برای هر استخوان طبق ماده مذکور بایستی دیه جداگانه تعیین شود علیهذا به نظر اکثریت اعضاء هیات عمومی وحدت رویه دیوان عالی کشور رأی شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان همدان که با این نظر منطبق است قانونی تشخیص و مورد تأیید است. این رأی با استناد ماده ۲۷۰ از قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاههای عمومی لازم‌الاتباع خواهد بود.»

ه - رأی وحدت رویه شماره ۶۸۳ - ۱۳۸۴/۱۰/۱۳ ناظر بر مواردی که جمع صدمات وارده بر اناث، ناشی از سبب واحد بوده و مجموع دیه مقدر و ارش، زاید بر ثلث دیه کامل مرد مسلمان گردد که در اینصورت، در احتساب آن مقررات ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی ملاک عمل خواهد بود^۲

مطابق ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی «دیه زن و مرد یکسان است تا وقتی که مقدار دیه به

۱. نظریه دادستان کل کشور در خصوص سابقه فقهی قضیه جالب توجه است: «...اصل وجود دیه مقدر به کسر ساعد یا ساق در میان فقهای عظام محل اختلاف و بحث و نظر است و بدین جهت برخی فتاوی در تخصیص دیه در موارد مذکور قائل به احتیاط بوده و برخی دیگر نظر به جمع دیه و ارش به اعتبار ماهیت استخوان درشت نی و نازک نی پا داده‌اند.»

۲. نقل از شماره ۱۷۷۷۰ - ۱۳۸۴/۱۲/۶ روزنامه رسمی شماره ۵۳۰۷/هـ/۱۳۸۴/۱۱/۲۶.

ثلث دیه کامل برسد در آن صورت دیه زن نصف دیه مرد است». با توجه به اینکه در فقه امامیه بنا بر روایات منقول از ائمه اطهار مردان و زنان در قصاص و دیه در باب جراحات و صدمات برابرند ولی به محض آنکه جراحت به ثلث برسد دیه مرد دو برابر زن خواهد شد لذا بین محاکم (شعب چهارم و هشتم دادگاههای تجدیدنظر استان آذربایجان غربی) در تفسیر ماده ۳۰۱ مرقوم از این حیث که قاعده مقید در مقرر یاد شده صرفاً در جراحاتی مصداق دارد که دارای دیه مقدر و معین است یا اینکه اعم از دیه مقدر و غیر مقدر یعنی ارش نیز می‌شود که نهایتاً هیات عمومی دیوان عالی کشور با تبعیت از نظریه دادستان کل کشور^۱، اطلاق جراحات را در قالب عبارات و استدلال‌های زیر شامل هر

۱. نظریه دادستان کل کشور نیز که رای مرقوم در تایید و مطابقت با آن صادر شده در این رابطه جالب توجه است: «نظر به اینکه بشرح مقررات ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی مجازات‌های مقرر در آن قانون عبارت از حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده است و به تصریح ماده ۱۵ همان قانون دیه عبارت از مالی است که از طرف شارع برای جنایت تعیین شده است و بشرح مذکور، قانون نسبت به عنوان ارش و احکام آن بصورت ضمنی بحث شده و در موارد عدیده مجازات جرایمی را ارش مقرر داشته است. با عنایت به توضیح فوق سکوت مقنن در مقام بیان حکم بلحاظ شمول عموم و اطلاق احکام دیه بر نوع مقدر و غیرمقدر آن، ارش قابل قبول بنظر می‌رسد و احکام عامه دیه بر ارش نیز حاکم است و ارش در حقیقت همان دیه است منتهی دیه مقدر و دیه غیرمقدر، ولی هر دو مجازات شرعی است. بعلاوه، در صورت سکوت قانون در این خصوص موضوع از مصادیق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی بوده و به صراحت مقررات مرقوم باید به اصول و مبانی فقه اسلامی و فتاوی مسلم رجوع کرد که از جمله مبانی روایی مرقوم صحیح منقول از رئیس مذهب شیعه امام ناطق بحق جعفرصادق می‌باشد که براساس آن در جراحات و صدمات مردان و زنان در قصاص و دیه برابرند و چون جراحت به ثلث برسد دیه مرد دو برابر زن است اطلاق جراحات در این روایات ظهور بر جراحاتی دارد که دارای دیه مقدر و یا ارش غیرمقدر باشد و آراء و اقوال مشهور فقها از جمله حضرات آیات عظام فاضل لنکرانی، مکارم شیرازی، صافی گلپایگانی، مرحوم آیت‌الله گلپایگانی و همچنین صاحب جواهر مبتنی بر اطلاق مبانی روایات مذکور می‌باشد و حضرت امام خمینی طی مسئله هفتم در باب مقصد سوم در شکستن سر و زخم زدن کتاب شریف تحریرالوسیله نظر به قول مشهور فقها داشته‌اند و طبق نظریه شورای محترم نگهبان فتاوی ایشان بشرح کتاب تحریرالوسیله از مصادیق فتاوی معتبر قابل استناد در مقام سکوت اجمال و ابهام قوانین می‌باشد.

با عنایت به جهات یادشده و روایات و فتاوی و اینکه ارش و دیه یک مفهوم را بیان نموده و مکمل یکدیگر

دو نوع دیه مقدر و غیر مقدر و مآلاً مشمول حکم ماده ۳۰۱ اعلام کرد:

«برطبق ماده ۳۶۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ هر جنایتی که بر عضو کسی وارد شود و شرعاً مقدار خاصی به عنوان دیه برای آن تعیین نشده باشد جانی باید ارزش بپردازد و در فصول مختلف باب نهم قانون مرقوم، مربوط به دیهٔ اعضاء، ارزش (دیه غیرمقدر) به عنوان مجازات قانونی مکرراً موردعنایت قانونگذار واقع شده و در ماده ۴۷۴ این قانون نیز مترادف با دیه ذکر گردیده است لذا به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی وحدت رویه قضائی دیوان عالی کشور در مواردی که جمع صدمات وارده بر اناث، ناشی از سبب واحد بوده و مجموع دیه مقدر و ارزش زاید بر ثلث دیه کامل مرد مسلمان گردد در احتساب آن مقررات ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی ملاک عمل خواهدبود و رأی شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی در حدی که با این نظر موافقت دارد صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص می‌گردد.

این رأی برابر ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری، در موارد مشابه برای دادگاهها و شعب دیوان عالی کشور لازم‌الاتباع است.»

و - رأی وحدت رویه شماره ۴۰-۶۳/۹/۲۶ ناظر بر دیه شکستگی استخوان بینی^۱

در این قضیه، با توجه به بروز اختلاف نظر بین شعب محاکم در استنباط از ماده ۹۱ قانون دیات،

هیأت عمومی دیوان عالی کشور چنین نظر داد:

«دیه شکستگی استخوان بینی در ماده ۹۱ قانون دیات معین شده و عموم مواد ۱۵۱ و بند هـ ماده ۱۸۶ قانون دیات شامل آن نمی‌گردد و رأی شعبه دوازدهم به نظر اکثریت اعضاء هیأت عمومی دیوان عالی کشور از این جهت صحیحاً صادر شده و منطبق با موازین قانونی

هستند چون رأی شعبه هشتم دادگاههای تجدیدنظر استان آذربایجان غربی با توجه به مراتب یادشده صادر گردیده است لذا منطبق با اصول و موازین تشخیص و تأیید می‌گردد.» مشاوره نموده و به اتفاق آراء بدین شرح رأی داده‌اند.

۱. روزنامه رسمی شماره ۱۱۶۶۶-۶۳/۱۲/۲۰

است این رأی به موجب ماده واحد تیر ماه ۱۳۲۸ در موارد مشابه برای شعب دیوان کشور و دادگاهها لازم‌الاتباع است»

در واقع، هیات مذکور در اینجا نیز از نظریه دادستان کل کشور که معمولاً قبل از رای گیری، استدلال و نظریه خود را پیرامون موضوع اعلام می‌کند تبعیت کرده است که با توجه به نکات جالب توجه فقهی در نظریه مزبور، عیناً نقل می‌گردد:

«نظر شعبه ۱۲ که مورد شکستن بینی را که خوب شده مشمول ذیل ماده ۹۱ قانون دیات دانسته و استدلال به خاص بودن آن از ماده ۱۵۱ که مقرر می‌دارد در شکستگی استخوان که با درمان بدون عیب گردد، چهار پنجم دیه شکستن آن استخوان است مخدوش می‌باشد به خاطر آن که با توجه به منابع فقهی مخصوصاً تحریرالوسیله که منابع قوانین حدود و قصاص و دیات می‌باشد، فساد بینی در مقابل شکستن استخوان و سوزانیدن بینی نیامده، بلکه آنها به عنوان مصداق فساد بینی ذکر شده و لذا ماده ۹۱ اخص از ماده ۱۵۱ نمی‌شود بلکه دو موضوع متباین است و رأی شعبه ۱۹ که استناد به ماده ۱۵۱ نموده موجه می‌باشد و ناگفته نماند که مورد شکستن بینی مشمول بند ۶ ماده ۱۸۶ نمی‌باشد، چون شکسته شدن بینی را عرفاً شکستن صورت نمی‌گویند و شکسته شدن استخوان گونه‌های صورت و امثال آن می‌باشد»

ز - رأی وحدت رویه شماره ۱۳-۶/۴/۶۳ ناظر بر اصلاح صدر رای وحدت رویه سابق الصدور در باب صلاحیت دادگاه کیفری یک در رابطه با شکستگی استخوان

مسائل مربوط به صلاحیت محاکم نیز که ذاتاً یک امر عرفی و از باب تخصص و تقسیم دعاوی و شکایات بنا به مصالح و ضروریات و پیچیدگی‌های زندگی امروزه است از کنترل موازین فقهی و انطباق آن با اغراض شارع دور نمانده است. رای وحدت رویه اصلاحی حاضر نیز در همین راستا و بنا به درخواست قائم مقام وقت دیوان عالی کشور مرحوم حضرت آیت الله مرعشی که قاطبه قضات از دقت و وسعت نظرات فقهی و حقوقی ایشان آشنایی دارند، صادر شده که با توجه به نکات فقهی مطروحه در درخواست ایشان به عنوان ریاست وقت دیوان عالی کشور عین عبارات ایشان ذیلاً درج می‌گردد:

«هیأت عمومی به استناد مواد ۵۵ و ۵۶ قانون حدود و قصاص و مقررات آن مصوب شهریور ۱۳۶۱ شکستن استخوان را یکی از انواع جرح و موجب قصاص دانسته و رسیدگی به آن را به استناد ماده ۱۹۸ قانون اصلاحی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب همان سال و تبصره‌های ذیل آن در صلاحیت دادگاههای کیفری یک دانسته است. رأی هیأت عمومی اولاً با ماده ۶۳ قانون حدود و قصاص که می‌گوید: هرگاه در قصاص جرح رعایت تساوی ممکن نباشد مانند بعضی جراحتهای عمیق یا در موارد شکسته شدن استخوانها یا جابجا شدن آنها به طوری که قصاص موجب تلف جانی یا زیاده از اندازه جنایت گردد باید دیه آن داده شود، سازگار نیست و ثانیاً رأی هیأت عمومی با ذیل مسأله ۹ تحریرالوسیله صفحه ۵۴۲ که می‌فرماید ولایثبت (ای القصاص) فی الهاشمه و لالمنقله و لالکسر شیئی من العظام منافات دارد زیرا چنانچه از کلمات فقها و روایات استفاده می‌شود تعزیر به نفس را در مورد هاشمه و منقله و شکستن استخوانها مسلم دانسته فلذا حکم به عدم قصاص فرموده اند و بعبارت اخری، چون در هاشمه و منقله و کسر عظام تغیر به نفس مسلم است شارع حکم به عدم قصاص داده است. فلذا مقتضی است دستور فرمایید موضوع مجدداً در هیأت عمومی مطرح تا رأی شرعی صادر گردد.»

در همین راستا، هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز بشرح زیر مبادرت به صدور رأی وحدت رویه

اصلاحی در موضوع مطروحه نمود:

«هر چند در شکستگی استخوان، اجرای قصاص به علت این که ممکن است موجب تلف جانی و یا زیاده از اندازه جنایت گردد (تعزیر به نفس یا عضو) امکان‌پذیر نیست و طبق ماده ۶۳ قانون حدود و قصاص مصوب سال ۱۳۶۱ در چنین مواردی قصاص به دیه تبدیل می‌شود اما با توجه به مدلول همین ماده چون حکم اصلی بر حسب قانون قصاص بوده که به دیه تبدیل می‌گردد بنابراین آن قسمت از رأی وحدت رویه شماره ۱۲-۶۲/۴/۱۳-۱۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور که صرفاً مشعر است بر صلاحیت دادگاه کیفری یک در رسیدگی به جرایم شکستن استخوان با توجه به ماده ۱۹۸ قانون اصلاح مواد از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱ صرف نظر از استدلال مندرج در آن به اکثریت آراء تأیید و اضافه می‌شود منظور از رأی قبلی هم فقط صلاحیت دادگاه کیفری یک در رسیدگی به جرایم شکستن استخوان بوده است. این رأی اصلاحی طبق ماده واحده قانون مربوط به

وحدت رویه قضایی مصوب تیر ماه ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها لازم‌الاتباع است.»

ح - رأی وحدت رویه شماره ۲۰-۱۳۶۳.۷.۲۵ در مورد تجدید نظر نسبت به آراء دادگاه صلح^۱

رای حاضر و آرای مشابه آن نیز بنوبه خود نشانگر آن است که رعایت جوانب شرعی قوانین توجهاً به اصل ۴ قانون اساسی محدود و منحصر به قوانین ماهوی اعم از حقوقی و کیفری نبوده و مقررات مربوط به اصول شکلی دادرسی را نیز که در نظام‌های قضایی کشورها نقش مهمی در احقاق حق و احیای عدالت ایفا می‌کند، شامل می‌شود. در واقع، منشاء صدور رای وحدت رویه حاضر در سال ۶۳ این بوده است که که فقهای محترم شورای نگهبان به استناد اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقوله تجدید نظر در احکام را فاقد مجوز شرعی تشخیص داده و بر همین مبنا، مراتب طی بخشنامه شماره ۱۰۱۸۲۷۳ مورخ ۶۲/۴/۱۱ شورای عالی قضایی وقت به کلیه محاکم ابلاغ گردیده بود. شعبه ۱۵ دادگاه عمومی تهران بر خلاف شعبه ۸ از قبول دادخواست پژوهش خواهی از احکام دادگاههای صلح به استناد همین بخشنامه خودداری و دستور بایگانی پرونده را صادر کرده بود که با توجه به حصول اختلاف در رویه محاکم در موضوع واحد، بنا به درخواست دادستان کل کشور در اجرای ماده ۳ از مواد اضافه‌شده به قانون آیین دادرسی کیفری سابق مصوب یکم مرداد ماه سال ۱۳۳۷ موضوع بمنظور ایجاد وحدت در رویه محاکم در هیأت عمومی طرح گردیده و رای وحدت رویه حاضر بشرح زیر صادر گردید.

«چون در امور مدنی بر طبق قانون و مقررات مربوطه قبول درخواست تجدید نظر نسبت به آراء دادگاه صلح و رسیدگی به آن در دادگاه عمومی تجویز گردیده و بخشنامه اصلاحی (توضیحی) شماره ۱۰۲۸۱۹۵ مورخ ۶۲/۶/۷ شورای عالی قضایی هم که از نظر ملاک مستند

۱. روزنامه رسمی شماره ۱۱۵۷۳-۶۳/۸/۲۸

به نظر فقهای شورای نگهبان است منافاتی با امر مذکور ندارد فلذا رأی شعبه هشتم دادگاه عمومی تهران که درخواست تجدید نظر نسبت به رأی دادگاه صلح را پذیرفته و با رعایت مقررات مبادرت به صدور حکم کرده موافق موازین تشخیص می‌گردد. این رأی بر طبق ماده ۳ از مواد اضافه شده به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب مرداد ماه ۳۷ برای دادگاهها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.»

فصل دوم: عدم تبعیت رویه قضایی از فقه

همانطور که پیشتر تذکر داده شد برخی از آرای وحدت رویه و اصراری صادره از هیات عمومی دیوان عالی کشور و حتی رویه قضایی به مفهوم عام آن ظاهراً با آنچه در فقه یا در نظر مشهور فقها منعکس می‌باشد هماهنگ و منطبق نیست. این ویژگی، البته مختص رویه قضایی نیست و قانونگذار نیز در مواردی بنا به مصالح نظام و یا از باب آنچه به احکام ثانویه شهرت یافته مقرراتی از این دست را به تصویب رسانیده است که از آن جمله می‌توان به سهم زوجه از قیمت عرصه ماترک^۱، برابری

۱ ماده ۹۴۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ در تصریح بر نظر مشهور فقهای امامیه مقرر داشته بود که «زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد لیکن زوجه از اموال ذیل: ۱) از اموال منقوله از هر قبیل که باشد. ۲) از ابنیه و اشجار.» همچنین ماده ۹۴۷ همان قانون مقرر می‌داشت: «زوجه از قیمت ابنیه و اشجار ارث می‌برد و نه از عین آنها و طریقه تقویم آن است که ابنیه و اشجار با فرض استحقاق بقاء در زمین بدون اجرت تقویم می‌گردد.» و بالاخره در ماده ۹۴۸ به عنوان ضمانت اجرای مقرر قبل تکلیف کرده بود که: «هر گاه در مورد ماده قبل ورثه از اداء قیمت ابنیه و اشجار امتناع کند زن می‌تواند حق خود را از عین آنها استیفاء نماید.»

ولی، در تاریخ ۱۳۸۷/۱۲/۶ مجلس شورای اسلامی با توجه به تحولات اجتماعی و بمنظور حمایت بیشتر از حقوق زنان طی ماده واحده قانون اصلاح موادی از قانون مدنی، مواد ۹۴۶ و ۹۴۸ مرقوم را به شرح زیر اصلاح و ماده ۹۴۷ آن را حذف کرد:

«ماده ۹۴۶- زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد و زوجه در صورت فرزنددار بودن زوج یک هشتم از عین اموال منقول و یک هشتم از قیمت اموال غیرمنقول اعم از عرصه و اعیان ارث می‌برد در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد سهم زوجه یک چهارم از کلیه اموال به ترتیب فوق می‌باشد.»
«ماده ۹۴۸- هرگاه ورثه از اداء قیمت امتناع کنند زن می‌تواند حق خود را از عین اموال استیفاء کند.»

دیه اقلیت‌های مذهبی با مسلمانان^۱، امکان مطالبه خسارت تاخیر تادیه^۲، مطالبه مهریه به نرخ روز و مطابق شاخص‌های نرخ تورم اعلامی از سوی بانک مرکزی^۳ و امثال آن نام برد که البته این رویه به

لازم به ذکر است که چون در مهلت‌های مقرر موضوع اصول نود و چهارم و نود و پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نظر شورای محترم نگهبان از این جهت که آیا اصلاحیه موصوف منطبق با شرع و قانون اساسی است یا خیر، واصل نگردید بنابراین، قانون مصوب مجلس لازم الاجرا و رسمیت یافت.

۱. با توجه به اینکه مطابق ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ دیه پیروان اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی به تبعیت از نظر مشهور فقها بسیار کمتر از دیه مسلمانان و مبلغ معین و مقدری بود و این نابرابری نارضایتی و اعتراض‌هایی را با توجه به اصولی از قانون اساسی که کلیه آحاد ملت را در مقابل قانون برابر می‌داند و همچنین سایر تحولات مرتبط را موجب گردید لذا قانونگذار را (در اینجا مجمع تشخیص مصلحت نظام) را بر آن داشت تا در تاریخ ۸۶/۱۰/۶ پس از تجویز ولی فقیه، قانون الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مرقوم را در قالب ماده واحده زیر و با اصلاحاتی در مصوبه مورخ ۱۳۸۲/۳/۴ مجلس شورای اسلامی به تصویب برساند:

«تبصره - براساس نظر حکومتی ولی‌امر، دیه اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به اندازه دیه مسلمان تعیین می‌گردد.»

متعاقب این مصوبه، اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه مشورتی خود به محاکم به شماره ۷/۶۲۵۷ مورخ ۸۴/۹/۲، این حکم را به فاضل دیه مربوط در ماههای حرام نیز بشرح زیر قابل تسری اعلام کرد: «با توجه به قانون الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی که دیه اقلیت‌های مذهبی را نیز به میزان دیه فرد مسلمان تعیین کرده است و فرقی بین ماههای حرام و غیر حرام قائل نشده است لذا فاضل دیه نیز به اقلیت‌های مذهبی تعلق می‌گیرد.»

۲. مطابق ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی: «در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این‌که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند.»

۳. این مهم، در تاریخ ۷۶/۴/۲۹ توسط مجلس شورای اسلامی و با تصویب ماده واحده قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی که در تاریخ ۷۶/۵/۸ به تایید شورای نگهبان قانون اساسی رسید، بشرح زیر عملی گردید:

«تبصره - چنانچه مهریه وجه رایج باشد متناسب با تغییر شاخص قیمت سالانه زمان تأدیه نسبت به سال

ظاهر مغایر دیوان و محاکم با نظرات فقهی را نیز بنا به توضیحاتی که سابقاً در خصوص وظایف و ترکیب هیات عمومی و ویژگی‌های قضات آن ذکر گردید می‌توان از باب همان مصالح و حتی نظرات اجتهادی قضات آن تلقی کرد. ذیلاً به چند نمونه از این آرا اشاره می‌شود:

الف - اصل عدم توجه ایرادات در اسناد تجاری

در قلمروی مدنی و فقهی، اسناد تابع علت و سبب خود هستند. برای مثال اگر شخص در یک حادثه رانندگی منجر به ورود خسارت مقصر شناخته شود و سندی را که مبین اقرار او به دین است صادر کند و یا پس از خرید آپارتمان سندی مبنی بر بدهی خود بابت ثمن تنظیم کند، اسناد تنظیم شده خود موضوعیت نداشته و تابع منشاء دین می‌باشد. چنانچه به هر علتی منشاء دین از بین برود، آن سند هم فاقد ارزش است. مثلاً اگر به موجب حکم دادگاه مشخص شود صادر کننده سند مقصر نبوده و یا بیع آپارتمان فسخ گردد، نمی‌توان به اتکاء سند وجه مندرج در آن را مطالبه نمود. به عبارت دیگر، اسناد مدنی طریقت دارند و طبق ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی سند نوشته‌ای است که در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد باشد. در واقع سند مدنی حاوی دلیل اثباتی حق است. بر عکس، در اسناد تجاری زوال رابطه حقوقی سابق تأثیری در ارزش سند نداشته و چنانچه سند با امضاء دارنده از طریق ظهرنویسی به شخص ثالث منتقل شود، دارنده با حسن نیت می‌تواند مبلغ سند را از صادر کننده وصول کند، هر چند بعداً کشف شود صادر کننده سند مقصر نبوده یا بیع فسخ شده باشد. وقتی سند تجاری به گردش در آمد و از طریق ظهرنویسی به دیگران انتقال یافت، ایرادات شخصی در برابر دارنده با حسن نیت سند قابلیت استماع ندارد. این خاصیت اسناد تجاری به **وصف تجریدی یا اصل**

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. آئین‌نامه اجرایی این قانون حداکثر ظرف مدت سه ماه از تاریخ تصویب توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران با همکاری وزارت دادگستری و وزارت امور اقتصادی و دارائی تهیه و به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید.»

عدم توجه ایرادات معروف است و با وجود اینکه در قانون تجارت ایران به این اصل تصریح نشده است ولی رویه قضایی آن را پذیرفته است. به موجب این وصف، امضای سند تجاری موجب تعهدی مستقل از منشاء صدور خود می‌شود. به عبارت دیگر، سند تجاری مستقلاً و به اتکای خود متضمن حقوق و تعهدات برای طرفین است. از اوصاف دیگر سند تجاری، قابلیت انتقال آن است. به این معنا که سند تجاری به صرف امضاء در ظهر آن، به دیگری منتقل می‌شود. انتقال گیرنده سند تجاری تکلیفی ندارد که به روابط خصوصی ایادی قبلی، یا به منشاء صدور یا ظهر نویسی سند تجاری توجه کند و نباید نگران ایرادات احتمالی صادرکننده سند و ایادی قبل از خود باشد. به همین دلایل گفته می‌شود، ایراداتی که مربوط به منشاء صدور سند تجاری یا ظهر نویسی آن است، پذیرفته نیست. امضاء کنندگان سند (اعم از صادر کننده و ظهر نویس و ضامن) نمی‌توانند در مقابل دعوای دارنده سند به ایراداتی از قبیل فسخ معامله یا بطلان آن، تهاتر، تخلف از شرط و وصف، تقلب، نامشروع بودن جهت و امثال آن متوسل شوند. این بدین معنا است که اساساً به این ایرادات توجه نمی‌شود و دادگاه خود را فارغ از ورود به این مباحث می‌داند، هر چند که دلیل اثباتی ایرادات، قوی و غیر قابل انکار باشد. اصل عدم استماع ایرادات، مقتضای وصف تجردی و وصف قابلیت انتقال است. آرای زیر موید وصف تجردی اسناد تجاری است:

۱- شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور در پرونده شماره ۷۵۳۰/۹ دادنامه ی صادره از دادگاه بدوی را که بدون توجه به اصل عدم توجه ایرادات اصدار یافته بود نقض و به موجب رای شماره ۲۵/۷۸۸ مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۲۴ چنین استدلال کرده است:

«نظر به اینکه تجدیدنظر خوانده صدور و تسلیم چک موضوع دعوی را به آقای ((ج)) قبول دارد و نظر به اینکه انتقال چک وسیله شخص اخیر نیز مورد ایراد واقع نشده و مفاد چک نیز دلالت بر تضمینی بودن آن ندارد و نظر به اینکه دارنده چک که به طریق صحیح به وی واگذار گردیده قانوناً "حق مطالبه وجه آن را از صادرکننده دارا می‌باشد و چگونگی رابطه دارنده اولی با صادرکننده چک موثر در رابطه انتقال گیرنده با صادرکننده نمی‌باشد. علی هذا دادنامه موصوف که بدون رعایت مراتب صادر گردیده است نقص می‌شود و رسیدگی به دادگاه حقوقی یک شهرستان ۰۰۰ محول می‌گردد»

همچنین، در رأی تمیزی شماره ۱۹۹۲ مورخ ۱۳۲۶/۱۲/۲۹ نیز چنین آمده است:

«چکی که از طرف دارنده به نفع مدعی ظهنویس و سپس ادعا شده است که چک بابت معامله ملکی بوده و تاریخ حقیقی آن با تاریخ مذکور در آن تفاوت دارد، این اظهارات در قبال دارنده چک که به نفع او ظهنویسی شده با توجه به ماده ۳۱۴ قانون تجارت قابل توجه نیست.»^۱

یک نمونه جالب دیگر از رویه محاکم در خصوص اصل عدم استماع ایرادات مربوط به منشاء چک در مقابل خواهان با حسن نیت، رأی شماره ۳۸۸ و ۳۸۹ مورخ ۷۲/۸/۱۰ شعبه ۲۸ دادگاه حقوقی یک سابق تهران است که عیناً نقل می‌گردد:

«در خصوص دعوی اصلی، نظر به اینکه مستند دعوای خواهان یک فقره چک به شماره ۶۸۳۵۸۲-۷۰/۲/۲ به مبلغ..... ریال منتسب به خواننده بوده که اصالت آن با توجه به اقرار مشارالیه در ضمن مدافعاتش محرز بوده و از طرف نامبرده و به حواله کرد مجلوب ثالث صادر و پس از ظهنویسی از طرف شخص مذکور به خواهان دعوی اصلی انتقال یافته است و چون خواهان دعوی اصلی دارنده اولیه چک مذکور نبوده بلکه این چک از طریق ظهنویسی به وی واگذار شده لذا به لحاظ عدم وجود رابطه پایه‌ای یا معاملاتی بین وی و صادرکننده چک بین خواننده دعوی اصلی و وجود رابطه برواتی بین آنان ایرادات و

۱. همچنین، رأی شماره ۲۰۱ مورخ ۱۳۲۷/۲/۴ شعبه ۳ دیوان عالی کشور مقرر داشته است: «طبق ماده ۹ قانون تجارت کسی که سفته داده است در قبال دارنده سفته مسؤول است و اعتراض و دفاع او به عنوان پرداخت به ظهن نویس وارد نیست». به موجب این رأی، مقرر شده هر کس سند تجاری را امضاء کند اصل بر مدیونیت او است، هر چند آن سند تجاری در دفاتر تجاری طرف او ثبت نشده باشد زیرا عدم ثبت سند تجاری دلیل بی اعتباری و عدم اشتغال ذمه مدیون نیست. در بعضی موارد مدیون سفته، ایراد می‌کند که اگر من مدیون بودم باید آن را در دفتر تجاری خود ثبت می‌کردم چون تجار باید معاملات خود را در دفاتر خود ثبت کنند، این ایراد وارد نیست و اصل بر استحقاق دارنده سند است. نیز، شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۱۶۲۵ مورخ ۸۴/۱۱/۱۸ در قسمتی از رأی صادره چنین مقرر می‌دارد: «مطابق اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات در اسناد تجاری، امانی بودن چک به فرض صحت نسبت به دارنده با حسن نیت اثری ندارد.» اسناد تجاری، رویه قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی، دکتر محمد رضا زندی، چ ۱، انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۸۹، ص ۴۸.

اعتراضات صادرکننده چک (خواننده دعوی اصلی) گرچه در مقابل دارنده اولیه آن قابلیت طرح و عنوان و توجه را داشته ولی در مقابل خواهان دعوی اصلی با توجه به مجموع مقررات اسناد تجاری قانون تجارت قابل استناد نبوده و در نتیجه مراتب ادعایی خواننده و مدافعات وی در زمینه چگونگی صدور چک مستند دعوی و معامله‌ای که چک مذکور در ارتباط با آن صادر گردیده و عدم استحقاق دارنده اولیه در انتقال چک مورد بحث به خواهان در دعوی خواهان اصلی موثر در مقام نبوده و قابلیت توجه و ترتیب اثر را نداشته و رافع مسئولیت وی در قبال خواهان دعوی اصلی نمی‌باشد و چون وجه چک مستند دعوی از طرف خواهان از بانک محال علیه مطالبه شده و به لحاظ عدم موجودی کافی منتهی به صدور گواهینامه عدم پرداخت گردیده است لذا به لحاظ وجود اصل چک در ید خواهان استحقاق مشارالیه در مطالبه وجه چک و اشتغال ذمه خواننده ثابت و مدلل است و از آنجاییکه از ناحیه خواننده دعوی اصلی در قبال دعوی خواهان مدافعات موثر و موجهی بعمل نیامده است، بنابراین دادگاه دعوی خواهان اصلی را وارد و موجه تشخیص و به استناد ماده ۳۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی حکم به محکومیت خواننده به پرداخت مبلغ... ریال بابت اصل خواسته و پرداخت مبلغ... ریال بابت خسارت دادرسی در حق خواهان صادر و اعلام می‌نماید»

ب - داوری و قاضی تحکیم

با توجه به رویکرد فقها در بحث قاضی تحکیم می‌توان گفت این نهاد با داوری موضوع مواد ۴۵۴ به بعد قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ متفاوت است. زیرا اکثر فقها معتقدند قاضی تحکیم باید شرایط قاضی منصوب را داشته باشد.^۱ این در حالی

۱. هر چند در بخشنامه مورخ ۱۳۷۴/۱۲/۲۴ قوه قضائیه ناظر به ماده ۶ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب قاضی تحکیم را با داور به یک مفهوم دانسته است. متن بخشنامه به شرح زیر است: بخشنامه به رؤسای دادگستری‌های سراسر کشور: «... اکنون که بحمدالله با همکاری قضات محترم سراسر کشور، قانون [تشکیل] دادگاههای عمومی و انقلاب به خوبی پیاده شده و آثار موفقیت آن آشکار شده است به منظور اجرای ماده ششم این قانون، لازم است در تمام واحدهای قضایی یک واحد داوری تأسیس و یکی

است که داور موضوع قانون یاد شده لزوماً شرایط قاضی منصوب را نداشته^۱ و تقریباً کلیه اشخاصی که اهلیت قانونی دارند می‌توانند به عنوان داور امر حل و فصل اختلافات را بر عهده بگیرند.^۲ در این رابطه، دادنامه شماره ۴۶۰ مورخ ۸۹/۴/۲۲ شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران چنین مقرر می‌دارد: «از آنجا که مراتب اعلامی شامل عدم صلاحیت احد از داوران و عدم توانایی احد از داوران و عدم ملاحظه اسناد و مدارک و استماع طرفین می‌باشد. با عنایت به اینکه موارد مذکور از موارد مبطل رای داوری نبوده است و احد از داوران که بحث صلاحیت وی به اعتبار بند د ماده ۴۹۶ ق. آد م مطرح شده داور خواهان دعوی اصلی بوده و داور منتخب دادگاه نبوده که بحث ایراد عدم صلاحیت در مورد او مصداق داشته باشد لذا با رد تجدیدنظرخواهی مستنداً به ماده ۳۵۸ ق. آد م رای بر تایید دادنامه معترض عنه صادر و اعلام می‌نماید.»^۳

ج - عدم النفع

برخی از فقها عدم النفع را ضرر نمی‌دانند. برخی نیز فی الجمله یا به طور مطلق مصداق ضرر می‌دانند و برخی نیز صدق ضرر را مشکل می‌دانند.^۴ ولی، یک دادگاه تجدیدنظر نسبت به دادنامه شماره ۸۹۰۲۸۵ مورخ ۸۹/۹/۲۷ شعبه ۲۹ دادگاه عمومی مشهد مبنی بر رد دعوی بلحاظ از

از قضاات محترم و یا کسی که واجد شرایط داوری باشد معرفی شود که طرفین دعوا بتوانند ان شاء الله از پانزده فروردین هفتاد و پنج براساس این ماده و منابع فقهی و حقوقی موجود، مراجعه کنند و از مزایای داوری بهره‌مند شوند که طبعاً بسیاری از دعاوی حقوقی را آسان‌تر حل خواهد کرد. رؤسای محترم ضمن تأسیس این واحد با استفاده از فرصت‌ها، هم قضاات و همکاران و هم عامه مردم را نسبت به این امر توجیه خواهند فرمود که ان شاء الله این قدم مثبت هم به خوبی برداشته شود. محمد یزدی رئیس قوه قضاییه»

۱. رک. دکتر عبدالله خدابخشی، مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تاثیر آن در رویه قضایی ج ۲، شرکت سهامی انتشار، ج ۱، ۱۳۹۰، ص ۲۵۸.

۲. مفهوم مواد ۴۶۶ و ۴۷۳ قانون مذکور و ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ۴۶۶.

۳. محمد باقر سروی، نگرشی کاربردی به موضوع داوری در حقوق ایران، انتشارات فکر سازان، ۱۳۸۹، ص ۳۴.

۴. در این خصوص رک. دکتر عبدالله خدابخشی، منبع پیشین، ج ۲، ۱۳۹۰، ص ۲۷۳.

کارافتادگی خواهان به مدت ۶ روز بلحاظ اینکه عدم النفع می‌باشد، چنین رای داده است:

«... هر آنچه که بر اساس سیر متعارف امور و عرفاً قابل جبران نباشد و انتظار غیر متعارف بر تحقق آن وجود داشته باشد این عنوان عدم النفع را دارد و نباید این عنوان را بر هر خسارتی حمل نمود و به همین جهت نیز در متون فقهی در خصوص جبران یا عدم جبران و یا ضرر یا عدم صدق ضرر بر این عنوان اختلاف است و برخی به صراحت آن را مصداق ضرر می‌دانند (ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب ج ۱، ص ۲۴۲) و برخی فی الجمله قابل جبران می‌دانند (عناوین الفقهیه، ج ۱ ص ۳۳۵) و برخی نیز که آن را مصداق ضرر نمی‌دانند در مورد تفاوت با ضرر واقعی بیان داشته اند:

«ان قسماً من الاحکام المذكوره لا یوجب ضرراً فی الحقیقه و انما یرجع الی عدم النفع او تحدیده، و بین الضرر و عدم النفع فرق واضح، فان الضرر هو انتقاص الشیء الموجود، و عدم النفع انما هو عدم تحقق الزیاده علیه (قاعده لاضرر و لاضرار، سیستمی، ص ۲۲۳) و بر این اساس اگر تنها تصور عدم تحقق زیادت نباشد بلکه از بین رفتن منفعت ممکن الحصول عرفی که متقاضی آن موجود است در میان باشد، نمی‌توان با تاکید بر اطلاق عدم النفع، آن را ممنوع دانست و منظور قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی نیز بر این اساس بدست می‌آید و این مفهوم (عدم النفع) دارای شبهه مفهومی است و هرگز نمی‌توان مصداق خاصی از ضرر را داخل یا خارج از آن دانست بلکه در هر مورد با رعایت اصول مسوولیت مدنی باید موضوع را بدست آورد و در صورت تطبیق آن به تحقق عدم النفع یا غیر آن نظر داد و به همین جهت در موضوعی دیگر مانند خسارت ناشی از تحقق جرم، ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری از منافع ممکن الحصول یاد می‌کند و به این معنی نیست که تنها در مورد جرایم این منافع جبران می‌شوند یا به این معنی نیست که عدم النفع و منافع ممکن الحصول یکسان هستند بلکه در دو متن قانون را باید بر اساس قواعد مسوولیت مدنی تحلیل و تفسیر نمود و آنچه را که عرف قابل جبران میدانند و سبب تزییع حقوق زیان دیده میدانند، جبران کرد و آنچه که قابل پیش بینی نیست و تحمیل آن بر عامل حادثه، منطوق روشن عقلی و عرفی ندارد غیر قابل جبران دانست و این امر، نزاعی مصداقی است که در هر مورد باید احراز شود و به همین جهت اگر متن تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری

نبود، باز هم بخشی از خسارات قابل جبران نبود و نامگذاری آن به هر صورت که باشد تأثیری در این وضعیت بوجود نمی‌آورد و نظر به اینکه در این دعوا، بر اساس منطق روشن عرفی از کار انداختن اتومبیل، سبب محرومیت از دریافت خسارت ممکن الحصول و قابل پیش بینی شده است و نظر کارشناس نیز با توجه به جمیع جهات اعلام گردیده که دلیلی برای چشم پوشی از آن وجود ندارد و نظر به اینکه شورای حل اختلاف با ورود در ماهیت به جای توصیف رای به حکم مبادرت به صدور قرار رد دعوی نموده است و دادگاه با عنایت به ماده ۲۹۹ قانون آیین داری مدنی و ماده ۴۰۳ این قانون اختیار توصیف رای را دارد و آن را بر صدور حکم در ماهیت حمل می‌نماید که با توجه به مبانی مذکور رایبی خلاف مقررات و اصول مسئولیت مدنی به نظر می‌رسد لذا با اجازه حاصل از ماده ۳۱ قانون شوراهای حل اختلاف ضمن نقض این قسمت از دادنامه و ثابت دانستن دعوی تجدیدنظر خواه، حکم بر محکومیت آقای... به پرداخت... در حق تجدیدنظر خواه صادر و اعلام می‌دارد. رای دادگاه قطعی است.»^۱

د - اعسار از پرداخت محکوم به

در فقه امامیه دین بر دو قسم است: دین ناشی از عوض معاملی و دین ناشی از عوض غیر معاملی. دین ناشی از عوض معاملی دینی است که منشأ آن معاملات معوض چون بیع و قرض است و فرض بر این است که مدیون در قبال آن عوضی دریافت داشته و متمکن می‌باشد و برای اثبات اعسار خود باید دلیل بیاورد. از سوی دیگر، در متون فقهی برای مدیونی که مدعی اعسار است و ادعای او ثابت نشده چند صورت فرض شده است:

صورت اول آن است که برای دادگاه محرز باشد که مدیون قبلاً معسر بوده ولی شک در این باشد که اکنون از حالت اعسار خارج شده است یا خیر؟ در این حالت بنا به نظر قریب به اتفاق فقها قول مدعی اعسار پذیرفته می‌شود.

۱. دکتر عبدالله خدابخشی، پیشین، ج ۱، ۱۳۹۰، ص ۲۸۳.

صورت دوم عبارت از آن است که برای دادگاه محرز شود که مدیون قبلاً موسر و متمکن بوده ولی اکنون شک در این است که آیا معسر شده یا خیر؟ در این حالت، بنا به نظر مشهور فقها قول طلبکار به این دلیل که موافق اصل استصحاب است مقدم می‌باشد و قاضی می‌تواند تا زمان اثبات اعسار، وی را زندانی نماید.

صورت سوم این است که مدیون هر دو حالت تمکن و اعسار را داشته ولی یا تقدیم و تاخیر یکی از این دو وضعیت روشن نیست و یا این که اساساً سابقه قبلی مدیون نامعلوم است. در این فرض، برخی فقها معتقدند نمی‌توان مدیون را حبس نمود.

امام خمینی در تحریرالوسیله فرموده اند: «اگر [شخص] مدعی اعسار شود و طلبکار انکار کند، اگر سابقه تمکن داشت و ادعای عروض اعسار نمود قول منکر اعسار مقدم است و اگر سابقه اعسار داشت قول مدعی اعسار (بدهکار) مقدم است و اگر سابقه قبلی مجهول است در این که از قبیل تداعی است یا قول مدعی اعسار مقدم می‌باشد تردید است اگرچه تقدیم قول مدعی اعسار بعید نیست.»

ولی، با مذاقه در مفاد ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷^۱ و قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ ملاحظه می‌شود قانونگذار تفاوتی بین محکومین مالی به نحوی که فقها بشرح فوق به آن پرداخته اند، قائل نشده و مقررات یکسانی را در مورد تمامی محکومین مقرر کرده است.

۱. «ماده ۲ - هرکس محکوم به پرداخت مالی به دیگری شود چه به صورت استرداد عین یا قیمت یا مثل آن و یا ضرر و زیان ناشی از جرم یا دیه و آن را تأدیه ننماید دادگاه او را الزام به تأدیه نموده و چنانچه مالی از او در دسترس باشد آن را ضبط و به میزان محکومیت از مال ضبط شده استیفاء می‌نماید و در غیر این صورت بنا به تقاضای محکوم له، ممتنع را در صورتی که معسر نباشد تا زمان تأدیه حبس خواهد کرد.

تبصره - چنانچه موضوع این ماده صرفاً دین بوده و در ذمه مدیون باشد دادگاه در حکم خود مستثنیات دین را منظور خواهد داشت و در مورد استرداد عین در صورتی مقررات فوق اعمال می‌شود که عین موجود نباشد بجز در بدل حیلولة که برابر مقررات مربوطه عمل خواهد شد.»

محاکم نیز به تبعیت از قانون بدون تمایز اینکه دین ناشی از عوض معاملی است یا عوض غیر معاملی، اصل را بر عدم اعسار مدعی اعسار گذاشته و امر به حبس او می‌کنند و آزادی آنان منوط به صدور حکم اعسار است. مشکل اساسی در این ارتباط آن است که بعضی از زندانیان بلحاظ عدم آشنایی به مقررات و حقوق قانونی خود، قادر به طرح دعوی اعسار یا تقسیط نمی‌باشند و اشخاصی نیز که مطلع از حقوق خود می‌باشند، از آنجا که اثبات اعسار مستلزم طی تشریفات قانونی و رسیدگی است، مدت‌ها در زندان می‌مانند تا در صورت پذیرش دعوای اعسار و صدور حکم و قطعیت آن از زندان آزاد گردند.

نتیجه: مباحثی که در فقه منبعت از شرع مطرح می‌شود از گستردگی زیاد برخوردار است بطوری که علاوه بر طرح عناوینی مانند جرایم و مجازات‌ها، معاملات، ارث و امور حسبی، مضافاً متکفل بیان امور عبادی بندگان مانند صوم، صلوه، حج و غیره نیز می‌باشد. این در حالی است که قانون به مفهوم عرفی آن اساساً دغدغه‌ای در باب امور عبادی بندگان نداشته و خود را معطوف به تنظیم امور دنیوی تابعین خود کرده است بطوری که علاوه بر طرح برخی از همان امور مبتلابه در فقه مانند معاملات و قراردادهای که لزوماً بین آنها تطابق تام برقرار نمی‌باشد، او نیز بنوبه خود به موضوعات و مقولاتی مانند ثبت اسناد و املاک، ثبت احوال، شرکت‌های تجاری، قواعد حل تعارض و تابعیت و امثالهم می‌پردازد که ظاهراً رد پا و اثری از آنها در فقه مشاهده نمی‌شود. بنابراین، در یک نگاه کلی از حیث موضوعات مطروحه در دو مقوله قانون و فقه می‌توان گفت بین آنها رابطه عموم و خصوص من وجه برقرار است.

پس از انقلاب اسلامی ایران، تلاش‌های زیادی بعمل آمده تا اولاً، محتوای متون قانونی طوری

۱. مطابق ماده هفتم قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳: «مدعی اعسار باید شهادت کتبی لاقلاً چهار نفر از اشخاصی را که از وضع معیشت و زندگانی او مطلع باشند به عرض حال خود ضمیمه نماید. در شهادتنامه مذکور باید اسم و شغل و وسایل گذران مدعی اعسار و عدم تمکن او برای پرداخت مخارج دعوایی که می‌خواهد اقامه کند با تعیین مبلغ آن تصریح گردد.»

تنظیم و مورد تصویب قرار گیرند که با موازین فقهی منطبق شده یا حداقل مغایرتی با آن نداشته باشند. ثانیاً، متون فقهی به تدریج و با توسل به مکانیسم خاصی تبدیل به قانون شوند. برای نیل به هدف اول، دو نهاد شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام تاسیس گردید. با وجود این، نیل به هدف دوم و پوشانیدن لباس قانون بر فقه با دشواری‌هایی همراه گردید. چه، اولاً، غالب متون فقهی با نگاه فردی نگارش شده و در نتیجه تبدیل آن به قانون مستلزم رعایت مصالح جامعه و تحولات زمان می‌باشد که البته در مواردی ممکن است به ظاهر با مفاد فقه سنتی در تعارض قرار گیرد، هر چند بنظر می‌رسد از منظر بعضی اشخاص اساساً در اصالت و حقیقت فقه حکومتی کماکان تردید وجود داشته باشد. ثانیاً، از آنجا که فقها در بعضی موضوعات خاص وحدت نظر ندارند انتخاب یکی از نظرات جهت درج و ادخال آن در قانون با مشکلات خاصی روبرو است. از اینرو، نوعاً نظر مشهور فقها و نیز مطابق نظر تفسیری شورای نگهبان قانون اساسی، در مسائل مستحدثه و حتی غیر آن نظر فقهی و فتوای امام خمینی به عنوان بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران مبنای قانونی و رویه قضایی قرار می‌گیرد. ثالثاً، نظر به اینکه افراد جامعه تابع یک مذهب نیستند و از سوی دیگر، حتی تابعین یک مذهب نیز از مراجع مختلف تقلید می‌کنند که بعضاً در موضوعات واحد با هم اختلاف نظر دارند، این امر مشکل قانونگذاری و انعکاس و ادخال فقه در قوانین موضوعه را دوچندان می‌کند که البته در اینجا نیز فقه حکومتی تا حدود زیادی مشکلات را برطرف نموده و قانون واحدی مورد عمل مراجع قضایی و اجرایی قرار می‌گیرد.

بدین ترتیب، تلاش نظام اسلامی و ارکان سه گانه آن این است که رابطه بین فقه و قانون را تا آنجا که ممکن است به یک رابطه تساوی یا عموم و خصوص مطلق نزدیک کنند به این معنی که تمام موضوعاتی که در قانون مطرح است، بر فقه منطبق شده یا حداقل مغایرتی با آن نداشته باشد.^۱

۱. با وجود این، باید توجه داشت که از آنجا که قوانین مصوب قبل از انقلاب نسخ نگردیده و بیشتر آنها به قوت خود باقی است، هنوز مباحثی در قانون وجود دارد که بعضاً با مبانی فقهی سازگاری ندارد.

البته، بدیهی است بعضی از موضوعات مانند مسائل عبادی که از اختصاصات فقه بشمار می‌روند بدلیل ارتباط آنها با امور اخروی مردم، اساساً ضرورتی به ادخال آنها در قوانین نیست.

از سوی دیگر، قضات حتی اگر فقیه و مجتهد باشند علی‌الاصول باید از قانون تبعیت کنند و حق تخطی از قانون را ندارند. بنابراین، قاضی نمی‌تواند مثلاً در مسئله‌ای مانند حق کسب و پیشه اماکن تجاری که یکی دیگر از مسائل بحث انگیز در انطباق یا عدم انطباق آن با شرع بشمار می‌رود با این توجیه و تفسیر که قانون مربوط یعنی قانون بسیار مهم روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ بر خلاف موازین شرعی است از صدور رای مطابق قانون یاد شده خودداری کرده و مطابق نظر فقهی که خود به آن اعتقاد دارد، رای صادر کند. بدین ترتیب، رویه قضایی نیز بنوبه خود چه در قالب آراء دادگاهها (رویه قضایی به مفهوم عام) و چه در قالب رای وحدت رویه (رویه قضایی به مفهوم خاص) در مواردی مانند اجمال، سکوت یا تعارض قانون که طی آن فرصت عرض اندام و ارائه نظرات تفسیری توسط قضات وجود دارد، همانطور که پیشتر از نظر گذشت در غالب اوقات و بلکه همواره متمایل به رعایت موازین شرعی در آرای اصداری است، هر چند در بعضی موارد بنا به ضرورت و مصلحت تفاسیر و به تبع آن آرای صادر می‌شود که ظاهراً شائبه عدم مطابقت با موازین فقهی را موجب می‌شود که علاج آن خود حدیث مفصل دیگری است.

منابع و مأخذ

۱. قرآن مجید.
۲. نهج البلاغه، ترجمه‌ی سیدعلینقی فیض الاسلام.
۳. الجوهری، اسماعیل بن حماد. ۱۹۹۰ م. الصحاح (تاج اللغة و صحاح العربیة). تحقیق احمد عبدالغفور عطار. چاپ چهارم. بیروت: دارالعلم للملایین.
۴. الفیومی، أحمد بن محمد. ۱۴۰۴ ق. المصباح المنیر. چاپ اول. قم: مؤسسه دارالهجرة.
۵. ابن فارس، أحمد. ۱۴۰۴ ق. معجم مقاییس اللغة. تحقیق عبدالسلام محمد هارون. قم: مکتبه الکلام الإسلامی.
۶. ابن منظور، محمد ابن مکرم. ۱۴۰۵ ق. لسان العرب. بی جا: نشر ادب الحوزه.
۷. خلیل ابن احمد. ۱۴۱۴ ق. کتاب العین (ترتیب کتاب العین) تحقیق محمد حسن بکائی. چاپ اول. قم: مؤسسه‌ی نشر الاسلامی.
۸. العسگری، ابوهلال، الفروق اللغویة، قم، مکتبه بصیرتی.
۹. وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامیة. بی تا. الموسوعة الفقهیة. الكويت.
۱۰. العاملی، حسن بن زین الدین. بی تا. معالم الدین و ملاذ المجتهدین. چاپ سنگی. بی جا: بی نا
۱۱. المجلس الأعلى الشؤون الإسلامیة. ۱۴۱۰ ق. موسوعة الفقه الإسلامی (موسوعة جمال عبدالناصر الفقهیة). القاهرة.
۱۲. علیدوست، ابوالقاسم. ۱۳۸۴ ش. فقه و عرف. چاپ اول. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۱۳. دهخدا، علی اکبر. ۱۳۷۷ ش. لغت نامه. چاپ دوم، دوره جدید. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. ۱۳۷۸ ش. مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ اول. تهران: گنج دانش.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، مقدمه‌ی علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران، شرکت سهامی انتشار، با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ بیست و دوم، ۱۳۷۶ ش.
۱۶. عالی، سمیر، علم القانون و الفقه الاسلامی، بیروت، المؤسسة الجامعیة، ۱۹۹۶ م.
۱۷. جمعی از محققان. ۱۳۷۷ ش. درآمدی بر حقوق اسلامی. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه. چاپ اول. تهران: دفتر همکاری حوزه و دانشگاه. سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۱۸. حاجی ده آبادی، احمد. ۱۳۸۳ ش. بایسته‌های تقنین، چاپ اول. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۹. المجلسی، محمد باقر. ۱۴۰۳ ق. بحار الانوار. چاپ سوم. بیروت: مؤسسة الوفاء.
۲۰. الکلینی، محمد بن یعقوب. بی تا. الکافی (الاصول). ترجمه و شرح حاج سیدجواد مصطفوی. تهران: انتشارات علمیه اسلامیة.
۲۱. الانصاری، الشیخ مرتضی. بی تا. المتاجر (المکاسب). چاپ سنگی. بی جا: بی نا.
۲۲. نائینی، میرزا محمد حسین، بی تا. تنبیه الامة و تنزیه الملة. پاورقی و مقدمه سیدمحمود طالقانی. بی جا: بی نا.
۲۳. الطباطبائی، السید محمد حسین. ۱۳۹۳ ق. المیزان فی تفسیر القرآن، چاپ سوم. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
۲۴. مطهری، مرتضی. ۱۳۸۳ ش. اسلام و نیازهای زمان. ج ۱. چاپ ۲۱. تهران: انتشارات صدری.
۲۵. تبریزی، محمد حسین بن علی اکبر. بی تا. کشف المراد من المشروطة و الاستبداد

- (چاپ شده در رسائل مشروطیت). جمع آوری از حسین زرگری نژاد. بی جا: بی نا.
۲۶. جبرالافی، محمد. مقاله العرف (بحث فقهی مقارن)، مجله مجمع الفقه الاسلامی، دور پنجم، عدد پنجم، جزء چهارم.
۲۷. موسوی خمینی، سیدروح الله. ۱۳۷۸ ش. صحیفه‌ی امام. چاپ اول. بی جا: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۸. علیدوست، ابوالقاسم. ۱۳۸۱ ش. فقه و عقل. چاپ اول. تهران: مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه‌های معاصر.
۲۹. علیدوست، ابوالقاسم. ۱۳۸۸ ش. فقه و مصلحت، چاپ اول، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳۰. الانصاری، الشیخ مرتضی. بی تا. فرائد الاصول. چاپ سنگی. قم: مکتبه المصطفوی.
۳۱. الحرّ العاملی، الشیخ محمد بن الحسن. ۱۳۹۸ ق. وسائل الشیعة (۲۰ جلدی). چاپ پنجم. تهران: المکتبه الإسلامیة.
۳۲. مبلغی، احمد. ۱۳۹۰ ش. روش شناسی اجتهاد در اقوال. فصل نامه کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۶۸ پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۳۳. الفیاض، محمد اسحاق. محاضرات فی اصول الفقه (تقریرات درس آیت‌الله سیدابوالقاسم خویی). انتشارات امام موسی صدر.
۳۴. الشاطبی، ابواسحاق. بی تا. الموافقات فی اصول الشریعة. بیروت. دارالکتب العلمیة.
۳۵. فقه اهل بیت (فصلنامه فارسی)، بهار ۱۳۸۴ ش، شماره ۴۱.