

قانون ایران قانون مدون است و لا غیر

نویسنده: دکتر علی اکبر ریاضی

هلند - شهر لاهه

۱ آذر ماه ۱۳۹۱

ناشر: پایگاه تخصصی نشر مقالات حقوقی، حق گستر

در ایران، آنچه‌انکه رسم نظام های تابع نظام حقوق نوشته است، در تمام زمینه های متصور اجتماعی قانون مصوب مجلس و جود دارد. قوانین موضوعه بعد از انقلاب طبیعتاً برخاسته از منابع یا فتاوی اسلامی است که حقوقدانان دست اندر کار تدوین این قوانین، که قطعاً باید از فقه های جامع الشرایط بوده باشند، آنچه را که در زی قانون مجلس کرده اند از بین اقیانوسی از تعبیر از منابع اسلامی و فتاوی بر گزیده اند. این قوانین همگی از نظر عدم مغایرت با شرع به تصویب شورای نگهبان متشکل از فقه های صالح برای اجتهاد هم رسیده است. روند قانونگذاری بر همین روال همچنان ادامه دارد. قوانین قبل از انقلاب نیز از این دید مورد بررسی همین شورا قرار گرفته است و با جرح و تعدیل لازم بر آنها صحنه گذارده شده است.

این اقدامات وسیع تقنینی در اجرای اصل چهارم قانون اساسی انجام میشود. این اصل مقرر میدارد که " کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی... باید بر اساس موازین اسلامی باشد... تشخیص این امر بر عهده فقه های شورای نگهبان است ". از این رو قانون ایران عبارت است از آنچه بدینگونه به صورت قانون مدون شده است. اصل ۱۶۷ قانون اساسی هم در تایید این معنا میگوید: " قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد... ". ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی نیز مقرر میدارد " قضات دادگاه ها موظفند موافق قوانین به به دعای " رسیدگی کنند. ماده ۲۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری هم بر همین روال بدینگونه تحریر شده است " دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد. "

تنها بنا به یک ملاحظه خاص بگونه استثناء بر آن اصل، قاضی بطور مشروط با ادات شرط "اگر" مجاز شده است که منحصرأ در فرض نیافتن حکم دعوا در قوانین مدون مستقیماً به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر رجوع کند. این مخصص شرط هم بنوبه خود مقید به یک قید غایت است. هدف از این کار اینستکه قاضی مستمسکی برای استنکاف از رسیدگی به دعوا و خودداری از صدور حکم نداشته باشد. وگرنه این مواد در پی حراست احکام شرع و جلوگیری از حلال کردن آنچه را خداوند حرام کرده یا عکس آن نیست. در قوانین قبل از انقلاب هم بر مجاز نبودن قاضی از رسیدگی به دعوا به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قانون تاکید لازم شده بود. ماده ۲۶ قانون آئین دادرسی مدنی هلند، و قطعاً قوانین کشور های دیگر هم، بر این ضرورت دادرسی تاکید کرده اند.

در تفسیر این قواعد باید به ماهیت اصل بودن اجرای قوانین مدون و جواز رجوع مستقیم د ادرس به منابع اسلامی یا فتاوی معتبر بعنوان یک استثناء توجه داشت. از این رو نباید این دو را در عرض یکدیگر بطور مساوی قابل استناد دانست. در غیر اینصورت این نتیجه حاصل می شود که تمام فعالیت های تقنینی در ایران عبث بوده است، حال آنکه قانون حسب فرض نباید به امر لغو حکم نمی کند.^۱ چرا که در این فرض کافی بود که قانونگذار در یک جمله می گفت " هر گونه منبع اسلامی یا فتوای فقهی را که دادرس معتبر تشخیص دهد

¹ Latin; Lex nihil frustra facit.

در حکم قانون لازم الاجراست." عمل به آن مخصص شرط، بعنوان استثناء در مقابل اصل، منوط به ادله متقین در خصوص تحقق مشروط علیه (نیافتن حکم دعوا در قوانین مدونه) است. هنگامی که از این دید به قضیه نگاه میکنیم و این اجازه را در بستر تشریعی آن مینگریم به این نتیجه می‌رسیم که این جواز تنها از بابت احتیاط بیش از حد، آنچنانکه در ادبیات حقوق غرب با نقل یک عبارت لاتین بیان میشود^۲ پیش بینی شده است و در عمل موردی برای عمل بدان نیست. دلایلی چند مؤید این معناست.

اول اینکه قانونگذار در مقام تدوین قوانین برای قدرت اجرایی بخشیدن به تفاسیر و فتاوی بین آنها قایل به گزینش شده است و تنها برخی را در قالب قانون مدون ریخته است. نتیجه قهری حاصل از این کار اینست که تفاسیر و فتاوی که به صورت قانون در نیامده است مردود اعلام شده است. در اینجا این حالت وجود دارد که گویی از فضای جامع الشرایط تدوین کننده قوانین پرسیده باشند کدام یک از این تعبیر و فتاوی را اقوی میدانید و آنان گفته باشند آنچه را که به شکل قانون در آورده ایم. بنابر این سکوت واضعان قانون در مقام بیان است. این سکوت، بنا به قاعده ای که به زبان لاتین از روم باستان در ادبیات حقوق غرب نقل میشود، بر خلاف مورد غیر از آن که در ایران مصطلح است، نفی ماعدی میکند^۳.

در عرضه تفاسیر و فتاوی در قالب قانون قابل اجرا قطعاً ملاحظات در سطح تقنینی حکومت جمهوری اسلامی مد نظر بوده است که یک قاضی نمیتواند بر تمامی آنها اشراف داشته باشد. از این جمله است اختیار قدرت حاکم که به کدامیک از تفاسیر و فتاوی، هر چند تماماً بر خور دار از اعتبار، در قالب قانون قدرت اجرا یی ببخشد یا آنها را بعنوان رابطه بین انسان و پروردگار و فرجام گناه و ثواب اخروی به حال خود واگذارد. احکام حکومتی (سلطانیه)، که لازمه اداره یک جامعه اسلامی است، در صلاحیت خاص یک حکومت اسلامی است و قرار نیست که دنیا و آخرت جای خود را با هم عوض کنند یا با یکدیگر خلط شوند. رعایت مقتضیات زمان و مکان از جمله ملاحظات برگزیدن تفاسیر و فتاوی بعنوان قانون لازم الاجرا بوده است (رک. توصیه به شورای نگهبان، صحیفه نور- جلد ۲۱- صفحه ۶۱).

در امور جزایی، قانون اساسی تکلیف را کاملاً روشن میکند. اصل ۳۷ مقرر میدارد: " اصل، برائت است و هیچکس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد. اصل ۳۸ هم متعاقب آن میگوید " حکم بمجازات و اجراء آن باید تنها از طریق دادگاه صالح بموجب قانون باشد." روشن است که تفاسیر یا فتاوی معتبر، هر چه باشد قانون نیست و از این رو ممکن نیست این منابع آنچه را "قانون" جرم شناخته، جرم، و مرتکب آن فعل یا ترک فعل را مجرم و قابل مجازات بدانند. اینجاست که مرز جرم بعنوان یک عمل قابل مجازات در دنیا و گناه بعنوان یک خطای مستوجب عقوبت اخروی مشخص میشود. بین مفهوم جرم و گناه، مانند اخلاق و جرم، رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد. هر گناهی حرم نیست، و هر جرمی هم گناه نیست. از جمله ارتداد در قانون مجازات ایران بعنوان جرم پیش بینی نشده است و از این جهت عملی مجرمانه و مستوجب کیفر دنیوی نیست. بنابراین چنانچه قاضی و صف مجرمانه برای فعل یا ترک فعلی در قوانین جزایی نبیند باید به اصل برائت عمل کرده متهم را تبرئه کند و از جرم تراشی با توسل به مأخذ دیگر بپرهیزد. قاعده جهان شمول در امور کیفری منع تفسیر قوانین به زیان متهم و حکم به نفع او در صورت تردید جکمی و موضوعی در تحقق جرم است.^۴

در امور مدنی، حکم دعوا لازم نیست بصورت منصوص در قانون مدون آمده باشد. قاضی برابر اختیار تفسیر قضایی موضوع اصل ۷۳ قانون اساسی ابزار مؤثری برای استنباط احکام دارد. قیاس اصولی مهمترین وسیله در تامین این منظور است. این قیاس به معنای جاری کردن حکم معلوم قانون نسبت به مورد مجهول است. اعتبار قیاس اصولی مبتنی بر این فرض است که قانونگذار در اوضاع و احوال مشابه یکسان حکم میکند. قیاس اصولی، چون قیاس منطقی، یکی از ابزارهای مهم عقل است. این وسیله لازمی است برای یافتن حکم

^۲ Latin: In abundantia cautela English translation: In an abundance of caution

^۳ Expressio unius est exclusio alterius.

^۴ Latin: In dubio, pro reo.

^۵ : Ubi eadem ratio, ibi eadem lex; et de similibus idem est iudicium

مجهول از روی معلوم. این وسیله را نباید تنها محصور در کتاب و محبوس در کلاس درس و مخصوص امتحان دادن دانست. از این ابزار باید در حد مؤسّع برای یافتن پاسخ مجهولات زندگی استفاده کرد. در غیر اینصورت بقول سعدی، علم چندان که بیشتر خوانی، چون عمل در تو نیست نادانی، و عالم بی عمل چون درخت بی ثمر است.

قدرت مانور دادرس در محدوده جواز تفسیر قضایی از پر کردن خلاء قانون و التیام تعارض ها ن فرا تر میرود. او میتواند آنچه را بطور محسوس از دید واقع بینی یا داوری وجدلن لازم میبندد در حکم خود بیاورد و قانون را، چون درزی که لباس را برتن شخص پُرُو میکند، با واقعیات انسانی و اجتماعی تطبیق دهد. همانگونه که دیوانعالی کشور هلند در سال ۱۹۸۱ حکمی صادر کرد بنام Haviltex که، هر چند دقیقاً با قانون سازگار نبود، یک ندای وجدان در حلقوم خفه شده ای را پاسخ میداد. آن اینکه قضات باید در تفسیر کلمات قرارداد نه بما هو لفظ، بلکه به اعتبار مراد گوینده با ملاحظه فهم او از آن، نظر کنند. این حکم از قاعده ای نظیر آنچه در ماده ۲۲۴ قانون مدنی ایران آمده است (الفاظ عقود محمول است بر معنای عرفیه) عدول کرد. دیوان عالی کشور هلند به این واقعیت توجه کرد که افراد همیشه قرارداد را الزاماً با درک معانی واژه ها و اصطلاحات آن امضاء نمی کنند. از این جهت دادرس بنا به ندای وجدان بالفرض نمیتواند الفاظ قراردادی را که که میگوید "خریدار بایع را از ضمان درک" مبری میدارد و مشتری آن را به گمان مفهوم دیگری امضاء کرده است تر تیب اثر بدهد. این حکم بسیار مورد تجلیل قرار گرفت.

در محدوده مجاز تفسیر قضائی موضوع اصل ۷۳. قانون اساسی، آنجا که قانون ساکت است، قاضی دیگر سخنگوی قانون نیست، بلکه در واقع واضع آنست^۶ النهایه جواز این اختیار و ضمانت اجرای استمرار تبعیت از تصمیم خود را در موارد مشابه نه از قدرت حکومت، بلکه از عقل و اصابت نظر روشن بینانه خویش در برخورد با یک قضیه نوظهور و اقبال قضات دیگر از آن کسب می کند. اینجا مجرای نامحدود اصل جواز تشخیص قاضی و، بر خلاف احکام موارد منصوص در قانون، جلوهگاه رویه قضائی به عنوان یک منبع مستقل حقوق است. اگر قرار بود قاضی هموار منطبق با نص^۷ قانون حکم دهد، دیگر استقلال رویه قضائی به عنوان یک منبع حقوق معنی نداشت.

نظام حقوقی کشورهایی چون انگلیس و آمریکا، موسوم به کامن لا^۸ عمدتاً حاصل تفکرات قاضی بدون توسل به هیچ قانونی است. قاضی انگلیسی و آمریکائی، هر چند الزام به تبعیت از قانون نداشته است، حکمی که خردو وجدان نتواند آن را تأیید کند نداده است و اگر نارسائی ازین جهت وجود داشته است در دادگاه بالاتر مرتفع شده است. در اینگونه کشورها تنها همین احکام، موسوم به رویه قضائی^۹ یا حقوق نانوشته^{۱۰} به اعتبار فقد قانون مصوب مجلس، با رعایت قاعده غالب بودن احکام دادگاه های بالاتر^{۱۰}، مبنای تصمیم گیری قضات بوده است.

سهم حیاتی تفکر، پدیده عقل، در هیچیک از شؤن حیات و در زندگی روز مره قابل انکار نیست. تصور اینکه بتوان بدون تفکر زندگی کرد غیر ممکن است. اگر دیده میشود که عرفای ما بعضاً عقل را تخطئه میکنند، چون مو لانا که میگوید:

آزمودم این عقل دور اندیش را بعد از این دیوانه سازم خویش را

^۶ Ubi non est directa lex, standum est arbitrio judicis.

^۷ Common law

^۸ Case law

^۹ Unwritten law

^{۱۰} Stare decisis

مقصود دیوانگی مجازی، و مراد از آن رهائی از ملاحظات دست و پا گیر اجتماعی و زیر پا گذاردن تمنیات باطنی و خودداری از تن در دادن به تزویر و ربای حاکم در جامعه است، چرا که حرف دل را قورت ندادن، و همرنگ جماعت نشدن خاصه در جوامعی که تظاهر و دورویی عادت اجتماعی شده است، بنا به ضرب المثل معروف، رسوائی ببار می آورد. انسان وقتی میتواند به پهنای وجود خود زیست کند و شهابیاز خرد او امکان پرواز به قله شناخت عالم را بیابد که جرات خود بودن را داشته باشد و از آنچه با وجدان او سازگار نیست، هر چند با هنجارهای اجتماعی انطباق نداشته باشد، بپرهیزد.

استنباط خلاف از اینگونه ایات قابل توجیه نیست. امکان تصور ادامه حیات بدون حکم عقل بعیداست. چرا که فی المثل اگر انسان خود را خلاف حکم خرد در آتش بیندازد یا از پشت بام به زمین پرتاب کند زندگی کردن برابر هرگونه دستور العمل رفتاری که فرع بر زنده بودن است ممکن نخواهد بود. مولوی، بر خلاف آنچه از آن یک بیت و امثالهم به تنهائی ممکن است بر ذهن عارض شود، اصالت وجود را در همین اندیشه میداند:

مابقی خود استخوان و ریشه ای

ای برادر تو همه اندیشه ای

از ارتباط اقوال مولانا بایکدیگر بالمال به این نتیجه میرسیم که آنچه در رشد تکاملی انسان بعد از جمادی مُردن و نامی شدن، وز نما مُردن ز حیوان سرزدن، مُردن از حیوانی و آدم شدن و بالمال بازگشت بسوی پروردگار:

گویدم کانا الیه راجعون

پس عدم گردم عدم چو ارغنون

نباید مرادش غیر از همان اندیشه که به اعتقاد او بُعد اصیل وجود انسان را تشکیل میدهد باشد. این خصوصیت یاد آور گفتار خالق در دمیدن روح خود در انسان (آیه ۲۹، سوره حجر) است. چرا که "كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُ". این واقعیتی است ملموس. انسان ممکن است با رژیم غذایی به جثه ای بسیار کوچک تبدیل شود، چون اشخاص فربه ای که گاه در اثر کم خوردن بیش از صد کیلو از وزن خود را از دست میدهند و هنوز احساس هویت میکنند و اگر بازهم وزن آنان کاهش بیابد یا بسیاری از اعضاء و جوارح خود را جایگزین کنند باز این احساس هویت باقی میماند. این همان اندیشه غیر استخوان و ریشه است که چون ماهیت های ملکوتی مقید به بُعد مکان و زمان نیست. انسان میتواند با همین اندیشه در عالم کهکشان ها و در ادوار تاریخ سفر کند. اندیشه تنها خصیصه وجودی است که به تعبیر حافظ در "سراچه ترکیب" "تخته بند تن" نیست و مانع از پرواز انسان به عالم ملکوت نمی شود:

چو در سراچه ترکیب تخته بند تنم

چگونه طوف کنم در فضای عالم قدس

بدیهی است که چنانچه انسان از این عطیه عقل خود استفاده نکرده بود هیچیک از اکتشافات امروزی چون هواپیما، تلفن، اینترنت، که زندگی رزا بسیار تسهیل میکند، وجود خارجی نداشت. بدون قدرت تفکر حتی انتخاب یک نظام ارزشی در حوزه احساس و شناخت سرشت خاص انسان امکان پذیر نیست.

در دین اسلام، که مبنای آن تحقیق و تفکر است، نه تسلیم و تعبد، عقل و اندیشه بعنوان نتیجه عملکرد آن از ارزش والائی برخوردار است. قرآن مجید عقل را حجت باطن و نبی درونی معرفی می کند. این کلام منقول از یکی از ائمه اطهار که "عقل نماینده خداوند و پیام رسان حق و حقیقت است." حق مطلب را در باره مقام والای عقل ادا می کند. پیامبر اسلام در در اعتلای ارزش اندیشدن میگوید: "ساعتی تفکر بهتر از هفتاد سال عبادت است" (تَفَكَّرْ سَاعَةً خَيْرٌ مِنْ عِبَادَةٍ سَبْعِينَ سَنَةً). حکمت تمامی احکام اسلام را میتوان بحکم اندیشه استنباط کرد. تلازم عقل و شرع از خصوصیات بارز احکام اسلامی است و آنجا که تعارضی وجود دارد باید به حکم با احتیاط برخورد کرد تا جعل و تصرفی نابخردانه یا مغرضانه در اصل حکم نشده باشد.

عقل، هر چند تنها یکی از چهار منبع استنباط احکام اسلامی (ادله اربعه) است، با سه منبع دیگر تعارض ندارد. در کتاب و سنت حتی یک حکم خلاف عقل وجود ندارد. اجماع هم، که مُحْصَل حکم خرد اهل فن است، از آنجا که حاکی از قدر متقین داوری عقل است، نمیتواند نابخردانه یا خطا باشد، نه بما هو تعدد اجماع کنندگان، و از این رو یک منبع حکم محسوب است. همانطور که تمامی دانش آموزان یک کلاس ممکن است هریک جواب متفاوت غلط به یک مساله بدهند. لیکن محال است که همگی به یک جواب نادرست برسند. لا تَجْتَمِعُ أمتی علی الخطأ. عقل مصدر تشریع را، بنا به وصف الرحمن و الرحیم پروردگار، آغاز گر تمامی سو ره های قرآن، با توجه دامنه شمول نا متناهی مهر و رحمت آن، باید آمیزه ای از خرد و انصاف دانست. مبنای حکمیت عقل محض تنها جلب منفعت و دفع ضرر است و ملاک داوری انصاف یا وجدان مروت و جوانمردی. در حالیکه عقل حکم میکند انسان در مقابل دریافت اندک وجهی رضایت دهد هزاران آدم را که او نمی شناسد و با آنان انس و الفتی ندارد بکشند، به حکم وجدان ممکن است جانش را برای یک آدم ناشناس فدا کند.

این ترکیب خردو انصاف قادر است فی نفسه قاضی را در اجرای خردمندانه و منصفانه قانون در بر خورد با نارسایی های تقنینی هدایت کند. حسب تمثیل، در قانون مدنی ایران، همانطور که اخیراً یکی از حقوقدانان ایرانی نوشته شده بود، این وضع عجیب وجود دارد که قرارداد را بلحاظ عدم انجام شرط که ممکن است بسیار ناچیز باشد، میتوان فسخ کرد. لیکن اگر متعهد به اصل تعهد عمل نکند این کار امکان پذیر نیست. این امر خلاف عقل و همانطور که ایشان گفتند، مغایر احکام قانونی کشورهای مختلفی است که از آنها یاد کردند و من قانون هلند را هم بر آنها میفزایم. ماده ۲۶۵ کتاب ۶ قانون مدنی هلند میگوید: "هر گونه قصور یک طرف قرارداد در عمل به تعهدات خود، طرف دیگر قرارداد را مجاز میدارد قرارداد را کلاً یا جزئاً فسخ کند، مگر اینکه تخلف قراردادی با توجه طبیعت ویژه قرارداد یا قابل اغماض بودن از دید نتایج حاصل از آن قابل توجیه نباشد."

عدم امکان فسخ قرارداد بدلیل خودداری طرف مقابل از انجام تعهد خلاف عقل سلیم است، چه تعهد هر طرف ریشه در فرض انجام تعهد طرف مقابل دارد. به همین دلیل است که اینگونه معاهدات را معاوضی مینامند. با این حال چاره کار کاوش در تفاسیر منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر نیست. بر فرض هم که در این جستجو بر نظری هر چند معتبر دست یابیم که فسخ قرارداد را در چنین حالتی جایز بدانند، باز نمیتوان بدان عمل کرد. دلیل اینکه آن فتوی بنا به دلالت مخالف آنچه در قانون مدنی آمده است مقبول قوانین مدون واقع نشده است و عمل بدان نظر در واقع عمل نکردن به دستور اصل ۱۶۷ قانون اساسی است. زیرا روشن است علت اینکه پژوهشگر مستقیماً به منابع اسلامی یا فتاوی رجوع می کند اینست که در میاب که قوانین مدونه، که اجرای آن الویت دارد، فسخ را اجازه نمیدهد. او با این حال از تن دادن به این مقرر سر باز میزند و فتوائی را که مقبول نظام تقنینی ایران واقع نشده است مورد عمل قرار میدهد.

مشکل گشا در اینجا همان اختیار تفسیر قضایی مَقْوُص در اصل ۷۳ قانون اساسی است. در اینجا یک قاضی محیط به علم حقوق و امر قضا و متعمد به نفس میتواند استدلالی برای خروج از این بن بست بکند. احتجاج دلنشین در این باره، از آنجا که برای دیگر قضات هم راه گشاست، احتمال دارد مقبول همگان قرار گیرد و رویه ای مستقر در نهاد دادرسی ایجاد کند. چنانچه مورد پذیرش هم واقع نشد، کوشش ارزشمندی است در مقابله با یک مانع حق گزاری. دادرسی میتواند در پرونده ای که خواسته خواهان فسخ قرارداد به دلیل عدم انجام تعهد طرف مقابل (خوانده) است، در اجابت این در خواست فی المثل چنین استدلال کند:

"هر چند در قانون مدنی ایران اصل بر خواستار شدن انجام تعهد از متعهد است و امکان فسخ قرارداد تنها به اعتبار عدم انجام شرط پیش بینی شده است، لیکن از آنجا که در پرونده حاضر خوانده (متعهد) به تقاضای خواهان (متعهد له) برای انجام موضوع

قرارداد و قعی نگذارده است و الزام خواننده به انجام تعهد لافل بنحو مطلوب میسر نیست، و اینکه از امکان فسخ قرارداد در صورت عدم انجام شرط، که نسبت بدان جنبه فرعی دارد، به طریق اولی حسب اقتضاء قابل فسخ بودن اصل قرارداد استنباط میشود. و از آنجا که تعهد خواهان در یک عقد معاوضی چون مورد حاضر معلول پذیرش تعهد متقابل از سوی خواننده است و از زوال علت زوال معلول لازم میاید و از طرفی بر فرض هم که خواننده حق قراردادی در این میان داشته باشد نمیتواند اعمال حق خود را با استمرار ماخوذ دانستن خواهان به قرارداد عیبرغم نقض عهد خویش وسیله اضرار او قراردادده، بنا بر این حکم فسخ قرارداد مورخ.... را صادر می نماید."

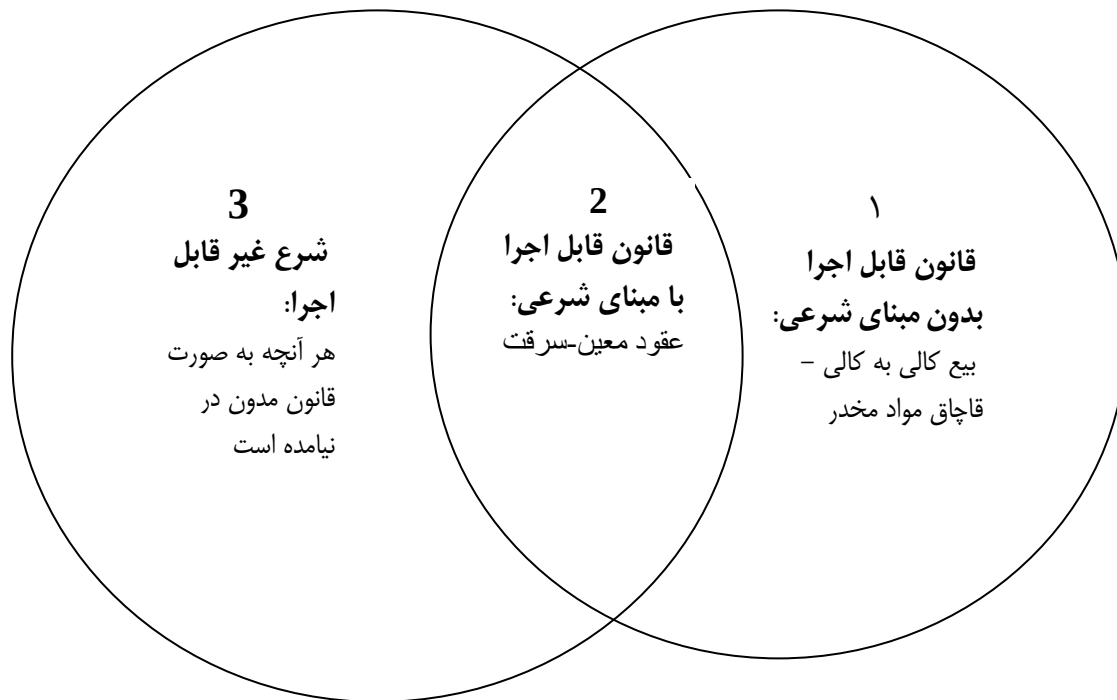
چنانچه قاضی استحقاق مدعی را در نص و مفهوم قوانین مدون نیابد و اعتقاد به تفسیر قضایی هم که پذیرش ادعا را تجویز کند نداشته باشد، لاجرم باید حکم به بی حقی او بدهد. در این حالت همان بی حقی حکم دعوای خواهان متکی به اصل براءة ذمه (موضوع ماده ۱۹۷ آیین دادرسی مدنی) است. و گر نه چنانچه دادرس بنا به فتوایی که معتبر تشخیص میدهد خلاف آنچه در قوانین مدون آمده است حکم به نفع مدعی بدهد در واقع از عمل کردن به حکم دعوی در آن قوانین که در درجه اول الویت قرارداد، یعنی بی حقی، سر باز زده است. مثالی از این دست اینستکه مبنای خسارت در قانون مدون ایران اصل لاضرر، اتلاف و تسبیب و مسؤولیت مدنی است. حال اگر کسی بر فرض خود را بدین دلیل که مدعی علیه از نور چراغ وی یا گرمی آتش او استفاده کرده است مستحق وجهی بداند، بدون اینکه از این رهگذر زیان دیده باشد، باید محکوم به بی حقی شود. حال چنانچه دادرس به داعیه اینکه حکم دعوی را در قوانین مدون نیافته است، فتوای فقیه عالیمقامی را در باره مستحق اجرت بودن مدعی در باب استئاضه به نور غیر و اصطلاء بنار غیر ملاک صدور حکم قرار دهد در واقع خلاف قوانین مدون مامور به رفتار کرده است.

یک قاضی در حدی که مجاز به تفسیر قضائی مقرر در اصل ۷۳ قانون اساسی است، لازم نیست مجتهد جامع الشرایط باشد. یک دادرس قرار نیست در تمام شؤون اسلامی اعم از احکام و عبادات متبحر باشد یا کسی از او تقلید کند. او خود زیر چتر یک حکومت اسلامی خدمت میکند و تنها در محدوده ای که حکومت به او اختیار داده است عمل میکند. حتی همین حوزه محدود قضاوت هم خود به کیفری و مدنی و اداری و امثالهم تقسیم شده است. قوانینی را که او اجرا میکند ماحصل تعامل احکام اولیه شرع و مصالحی است که حکومت اسلامی در تدوین آنها به صورت قانون لحاظ داشته است. او مجتهد نیست، بلکه مجری است. او باید در چارچوبی که برای وی تعیین شده است با مهارت عمل کند. از جمله لوازم این کار اقدام تفسیری برای پر کردن خلاء یا سکوت قانون در مقام قضاوت است.

دادرس قرار نیست محیط بر هیچ امری جز گستره عملکرد خود باشد. در این نظام دادرسی مجتهد جامع الشرایط هم حق اجتهاد منافی با قوانین مدون را ندارد، کما اینکه تبصره ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی، که بنا به وحدت ملاک در مور کیفری هم مجری است، مقرر میدارد: " چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد." اطلاق عنوان "مجتهد متجزی" هم به قاضی درست نیست. زیرا تکلیف قاضی که در نظام قضایی حکومت جمهوری اسلامی کار میکند استخراج پاره‌ای از احکام فقهی یا رد فروع بر اصول در محدوده معینی از شرعیات نیست، بلکه او باید ساز و کار اجرای توام شرع و قانون را بگونه ای که در نظام جمهوری اسلامی ایران بصورت قانون مدون در آمده در حوزه خاص کار خود بداند.

قانون در ایران، به معنای آنچه ضمانت اجرا دارد، قانون مدون است و لاغیر. قانون قابل اجرای فاقد مبنای شرعی وجود دارد، اما نه حکم شرع قابل اجرای به صورت قانون تدوین شده. قانون لازم الاجرای دنیوی بدون مبنای شرعی، و احکام شرع غیر لازم الاتباع دارای تنها ثواب و مکافات در جهان باقی را باید چون دو دایره دانست که تنها در بخشی باهم اشتراک دارند (رابطه

عموم و خصوص من وجه). به نحوی که در دو دایره زیر آمده است، دایره ۱ در بر دارنده تمامی قوانین لازم الاجرای عاری از پایه شرعی است، دایره ۳ حاوی احکام شرعی بدون ضمانت اجراست، و تنها بخش مشترک بین آن دو که با عدد ۲ مشخص شده است شامل قوانین قابل اجرای دنیوی با مبنای شرعی است:



قطع نظر از این مطالب، از نظر عملی هم نمیتوان انتظار داشت که قاضی، خاصه یک دادرس تازه کاری که در اقصی نقاط ایران خدمت میکند و دسترسی به مآخذ و منابع هم ندارد، حکم دعوایی را که بر فرض قانونگذاران با تمام امکانات نتوانسته اند پیش بنی کنند، بتواند بیابد. درک منابع اسلامی، در راس آنها قرآن، نیاز به تخصص در امر تفسیر دارد. در این کتاب مقدس احکام ناسخ و منسوخ؛ عام و خاص و مطلق و مقید بسیار است. در نظام جمهوری اسلام بیان حکم وظیفه مجتهد است، آنهم نه هر مجتهدی بلکه آنکه در مقام قانونگذاری بعنوان یک مرجع واحد به وضع قانون میپردازد و مصوبات او به تصویب شورای نگهبان میرسد. قاضی تنها بعنوان مقلد چنین مجتهدی عهده دار تشخیص موضوع است. بقول متفکر و انسان دوست بزرگ شیرین سخن ایران زمین سعدی:

چنانکه مساله شرع پیش دانشمند

نبرد پیش مصاف آزموده معلوم است

اشکال بزرگی دیگری هم که امکان دارد در اثر جواز رجوع مستقیم قضات به منابع و فتاوی رخ بنماید اینستکه چون به قول سعدی همه کس عقل خود به کمال و فرزند خویش به جمال مینماید، ممکن است خاصه قضات تازه کار جویای نام با مایوس شدن از اندک کوششی برای یافتن حکم دعوا در قوانین مدون بالا ستقلال بدنال کشف تفاسیر معتبر منابع و فتاوی بروند و در نتیجه بر مساعی بیش از سه دهه قوه مقننه متکی به شرع و میراث علمی پیشینیان خط بطلان بکشند. حاصل کار هرج و مرج قضایی خواهد بود که تمام نظام های قضایی در پی جلوگیری از آن هستند. در نتیجه نظام قضایی از مهمترین خصوصیت آن که قابل پیش بینی بودن احکام است تهی میشود. چرا که دیگر معلوم نخواهد بود که افراد چه باید بکنند و چه نکنند و چه نتیجه ای را در هر فرض باید انتظار

داشته باشند؛ همه چیز بستگی به استنباط غیر قابل پیش بینی آنچه را که هریک از صدها قاضی، با درک و جهان بینی متفاوت خاص خویش، ممکن است تفسیر معتبری از منابع اسلامی یا فتوای معتبر بداند بستگی خواهد داشت. در این صورت باید جاه طلبی وحدت رویه قضایی. (jurisprudence constante) را بدست فراموشی سپرد و چشم به بخت و اقبال. دوخت.

در یک حکومت اسلامی، که متجاوز از سی سال در یک کشور در راس قدرت بوده است، قانون و شرع دو مفهوم متباین نیست. آنچه در کنار حرام و حلال در شرع بصورت قانون بطور اخص وضع میشود، نظر بر لزوم آن برای اداره یک جامعه اسلامی از احکام حکومتی (سلطانیه) محسوب است. این احکام هم تا آنجا که با شرع تعارض ندارد بماهو احکام حکومتی، و در غیر اینصورت بعنوان احکام ثانویه لازم الاتباع است. اینک دیگر مرزبندی گذشته بین فقیه بعنوان عالم به احکام شرع و حقوقدان بعنوان آگاه از قواعد غیر از آن وجود ندارد. در چنین حکومتی تا آنجا که به عالم حقوق مربوط میشود فقیه و حقوقدان و شرع و حقوق از دید احکام لازم الاتباع هم معنا هستند. دین اسلام شریعت قهقرا نگر یا مرز گرا نیست. از جمله ما حدیث "اطلبوا العلم و لو بالصین" را شنیده ایم. ما در همین دوران حقوقدانان یا فقههای معاصر بزرگی داریم و خواهیم داشت که، علاوه بر پیش کسوتانی که ما از آنان بعنوان اکابر این پیشه یاد میکنیم، در پرتو تحولات علمی در جهان از جمله قافله سالاران یک جامعه اسلامی هستند. در این حرفه هم طبیعتاً، چون هر صنعت دیگر، عالم و اعلم وجود دارد.

با این ترتیب قاضی در اجرای قوانین مُدوّن در جامعه کنونی ایران نباید نگران نقض احکام شرع و ترک برداشتن استوانه های دین باشد. آنچه امروز باید بیشتر توجه ما را به خود اختصاص دهد اجرای صحیح عدالت با وجدان بیدار و رعایت مقتضیات دوران است. در کنار این ملاحظه لزوم صدور حکم یکسان در شرایط یکسان یا وحدت رویه قضایی نیز از اهمیت ویژه برخوردار است. انجام این دو مهم، چنانچه آرمان دست یافتنی باشند، تنها با تبعیت از قوانین مُدوّن امکان پذیر است.



-WWW.HAGHGOSTAR.IR

-پایگاه تخصصی نشر مقالات حقوقی