

# حکم و نقض آن در فقه و قوانین موضوعه



علیرضا اسماعیل آبادی

بی گمان، قانون‌گذاری و قانون‌نویسی، بسیار مهم، دقیق و پیچیده است، زیرا باید واژگان و اصطلاحات را کنار هم چید و آنها را در قالب مواد قانونی مدوئی که میان همه اجزا و مواد آن هماهنگی وجود دارد، گرد هم آورد. در وضع قوانین، همواره باید به تحولات روز، سنت‌ها، باورها و تجربه‌های گذشتگان توجه کرد.

قانون‌گذاران، بویژه پس از انقلاب، برای تنظیم و سامان‌بخشی امور جامعه، تلاش کرده‌اند تا از دیدگاه فقیهان بهره‌گیرند و همه قوانین را با فقه برابر کنند. با وجود این، گفتنی است که میراث کنونی در فقه، ثمره اجتهاد فقیهان و تلاش پی‌گیر ایشان، در ظرف زمانی خود و با نگاه به شرایط، اوضاع و احوال خاص خود است.

اهتمام و تلاش فقیهان واپسین، درباره برخی از موضوعهای فقهی، در عبادات و معاملات، سیب شده تا انبوهی از تألیفات در این زمینه‌ها گرد آید،

ولی در زمینه احکام حکومتی، تألیفات شایسته‌ای نشده و چنین مباحثی، جای گاه خود را نیافته است. نیز به نظر می‌رسد که درباره احکام آیین دادرسی؛ اعم از کیفری و مدنی جز تلاش‌های اندک و شایسته‌ای، تلاشی امروزی نشده است.

به هر حال، قضاوت در سیستم قضایی اسلامی، وظیفه مجتهد مطلق است که باید خصومت میان افراد را داوری کند. اگر این چنین فردی حکمی صادر کند، همواره معتبر خواهد بود و بررسی درستی یا نادرستی آن، ناپسند بوده و گردن نهادن به آن، مانند گردن نهادن به حکم خداوند است، مگر مواردی که محکوم علیه، به استناد آن می‌تواند حکم را نقض کند و رسیدگی دوباره را بخواهد. در واقع، در این سیستم، نظام رسیدگی «یک درجه‌ای» رعایت می‌گردد و برخلاف نظام‌های حقوقی عرفی، اصل بر قطعی بودن حکم است که قانون‌گذاران نیز آن را پذیرفته‌اند. آیین دادرسی، بیش از فقه و حقوق سنتی، از حقوق مدرن و اروپایی سرچشمه گرفته و قانون‌گذاران، همواره کوشیده‌اند تا این دو را با هم درآمیزند که توفیق آنان در این باره، به بررسی بسیار نیاز دارد.

این نوشتار، نقض حکم و به اصطلاح دیگر، تجدید نظر در احکام را برمی‌رسد و ضمن بررسی ماده ۳۲۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، در این زمینه، نگاهی به فقه اهل سنت و فقیهان شیعی می‌افکند و در نهایت، به بررسی دیدگاه قانون‌گذار می‌پردازد.

به دیگر سخن، آن‌چه در پی خواهد آمد، تنها بررسی فقهی ماده ۳۲۶ است که البته فراخور مطلب، گاهی دیدگاه حقوقی حقوق دانان، در مورد این مواد و مانند آن و نیز انتقادهای وارد به آن که در کتابهای حقوقی یافت می‌شود، ارائه می‌گردد.<sup>۱</sup> هدف این نوشته، بررسی میزان پای‌بندی قانون‌گذاران، به دیدگاه فقیهان و علت عدم پای‌بندی آنان است.

۱. تعریف اصطلاحات  
 ۱. تعریف درست و دقیق یک اصطلاح، در گرو شناخت بار معنایی آن در گذشته و حال است. به دیگر سخن، گذشته از این که یک واژه، سرگذشت و تاریخی ویژه به خود دارد، دانستن معنای لغوی یک اصطلاح و آگاهی یافتن بر دیدگاه لغویان، کمکی بسیار به تعریف درست می‌کند، زیرا تعریف اصطلاحی بسیاری از واژگان، از معنای لغوی آن دور نیست و در واقع، معنای لغوی و اصطلاحی آنها یکی است. از این رو، تلاش می‌شود تا پیش از تعریف اصطلاحات، نخست به معنای لغوی این اصطلاحات اشاره‌ای شود.

معنی لغوی  
 الف. حکم: واژه حکم در لغت، چندین معنی دارد که از آن جمله است:  
 ۱. قضا؛ چه این که دادرسی و قضاوت، الزامی ایجاد کند و یا نه. بنابراین، «حکم بینهما»، به معنای «میان آن دو داوری کرد» است.  
 ۲. علم؛ در قرآن، حکم در برخی موارد به معنای علم آمده است. خداوند در شأن حضرت یحیی می‌فرماید:  
 «وآتیناه الحکم صبياً»  
 طاعات فرشی

ما در کودکی به او (یحیی)، علم [شناخت احکام: نبوت] را عطا کردیم.<sup>۲</sup>

۳. رجوع؛ در این معنی، هنگامی که گفته می‌شود: «حکم فلان عن الشيء»، چنین اراده شده که «فلانی از حکم خود بازگشت»، و یا هنگامی که گفته می‌شود:

«أحکمته أنا» اراده شده است که «من از حکم خود رجوع کردم».

۴. حکمت؛ در این معنی، حکیم و عالم مترادف هم‌اند و به یک معنا به

کار می روند، ولی راغب می نویسد:

«حکم، حکمت را دربر می گیرد، یعنی هر حکمتی، حکم است ولی هر حکمی حکمت نیست.»<sup>۳</sup>

بنابراین، راغب رابطه میان این دو را «عموم و خصوص مطلق» می داند.  
۵. منع؛ حکم، در لغت به معنای «منع» نیز آمده و در اصل، برای جلوگیری از فساد وضع شده است و هنگامی که در عربی گفته می شود: «أَحْكَمْتُ وَحَكَمْتُ»، مقصود همان «مَنْعْتُ وَرَدَدْتُ» است، و یاد در «حکَمُ الْيَتِيمِ كَمَا تُحَكَّمُ وَكَذَلِكَ» چنین معنی می شود: «یتیم را از فساد و باطل بازدار و او را به سامان آور، آن سان که فرزند خودت را از فساد بازمی داری.» از این رو، قاضی را حاکم می گویند، زیرا او از ستم کاری جلوگیری می کند.<sup>۴</sup>

در بیان تعریف اصطلاحی حکم، در مجله «الاحکام العدلیه»، چنین آمده است:

«حکم، یعنی فصل خصومت و نزاع توسط قاضی.»<sup>۵</sup>

این تعریف که با تعریف قاضی، در این کتاب، ارتباط تنگاتنگی دارد، به دو موضوع اشاره می کند:

۱. رکن حکم (از بین بردن نزاع و فصل خصومت) را مشخص می سازد؛
۲. روشن می سازد که قاضی، مباشر حکم است و آن را صادر می کند و در واقع، میان حکم قاضی و مفتی، تفاوت می گذارد و صدور حکم را بر عهده او می گذارد.

با این همه، بر این تعریف چنین انتقاد می شود که احکام صادر شده از سوی داور را نیز به هنگام سازش دربر می گیرد، در حالی که داور با قاضی متفاوت است و در واقع داور مقام غیر قضایی دارد که به حل و فصل امور می پردازد و دو طرف دعوی، او را به این سمت می گمارند، برخلاف قاضی که اراده دو طرف، در انتخاب او نقشی ندارد. از این رو، شارح کتاب درصدد

رفع انتقاد برآمده و تعریفی دیگر، بیان کرده است:

«حکم عبارت است از فصل خصومت و دعوی از سوی

قاضی به شیوه ای مخصوص.»<sup>۶</sup>

در این تعریف، قید «به شیوه ای مخصوص»، موجب خروج حکمی

می شود که داور بر اثر سازش دو طرف، صادر می کند.<sup>۶</sup>

افزودن این قید به تعریف، چندان ضروری نمی نماید، زیرا همان گونه که

گفته شد، امروزه داور مقامی غیر قضایی است که دو طرف او را برمی گزینند، تا

دعوی آنان را حل و فصل کند و در واقع، حتی اگر از طریق دادگاه، دعوی به

داوری ارجاع شود، توافق و اراده دو طرف، سبب ارجاع دعوی به داور می شود

و گرنه دادگاه و قاضی، نخستین مقام موظف به رسیدگی به دعوی است.

بنابراین، در نگاه نخست، اشکال چندان دقیق و جدی نمی نماید، مگر آن که

گفته شود، قاضی و داور دو فرد متفاوت نیستند و مقام قضایی نیز می تواند خود

داور باشد و دعوی را اجرا کند.

افزون بر این، حاصل تلاش و بررسی قاضی و داور، متفاوت است و آثار

مختلفی نیز بر جای می گذارد. آنچه پیامد سازش است و به دنبال سازش صادر

می شود، گزارش اصلاحی نام می گیرد که عمل قضایی نیست و در قالب عقد

«صلح» تحلیل پذیر است، اما حاصل عمل قاضی و نتیجه تلاش او «رای» نام

می گیرد که آثار خاص خود را به دنبال دارد.

به نظر می رسد، نادیده گرفتن قید «الزام آور بودن» انتقاد مهمی بر تعریف

باشد، زیرا اجرای حکمی که قدرت اجرایی ندارد و دو طرف را بدان اجبار

نکند، ممکن نیست. از این رو، برخی از صاحب نظران معتقدند:

«حکم عبارت است از فصل خصومت و قطع و از بین بردن

منازعه، از راه الزام یکی از دو طرف دعوی (به انجام یا ترك)

تکلیفی که خود بدان باورمند نیست.»<sup>۷</sup>

بدین ترتیب، اگر منکر در دعوایی، ادعای مدیون بودن به طرف مقابل را نپذیرد، قاضی پس از رسیدگی، منکر را به پرداخت بدهی، الزام می‌کند.

ب. نقض: «نقض» در لغت، به «شکستن»، «ویران کردن»، «شکستن عهد و پیمان» و «باطل کردن حکم»، معنی می‌شود و در اصطلاح نیز، چندان از معنای لغوی خود دور نیفتاده و همان‌گونه معنی می‌شود.

نقض، در اصطلاح:

«از بین بردن آثار حکم، از هنگام صدور آن و نه از هنگام نقض حکم، چنانکه گویی از آغاز هیچ حکمی صادر نشده است.»<sup>۸</sup>

بنابراین تعریف، نقض را نباید همانند فسخ داد و ستد و نسخ حکم پنداشت که در واقع، نقض، از هنگام صدور حکم، اثر می‌گذارد و مانع اثرگذاری حکم می‌شود. به این معنی که به هنگام نقض حکم، مانعی بر سر راه اثرگذاری حکم پدید می‌آید و وجود و عدم حکم، یکسان می‌شود، زیرا در هر دو صورت، اثری بر آن بار نمی‌شود.<sup>۹</sup>

افزون بر این، همان‌گونه که برخی از صاحب نظران گفته‌اند:

«در این مورد، کمی مسامحه در تعبیر وجود دارد و گرنه منظور از نقض، باطل دانستن حکم از آغاز پیدایش آن است، نه آن که از لحظه نقض حکم، آثار آن باطل گردد و تأثیری در گذشته نداشته باشد.»<sup>۱۰</sup>

در واقع، دو واژه نقض و باطل، در این مورد، با هم مترادف‌اند و منظور از نقض حکم، ابطال آن از لحظه پیدایش است. ابطال نیز یا بازگرداندن آثار بار شده بر اجرای حکم، به حالت نخست و یا مانع شدن چیزی از اثرگذاری، در هنگام اجرا نشدن حکم، خواهد بود.

## ۲. آثار عمومی

## حکم قضایی

الف. فصل خصومت و پایان پذیرفتن دعوا: با صدور حکم قضایی، منازعه دو طرف دعوی پایان می پذیرد و صاحب حق، به حق خود می رسد. بنابراین، نمی تواند دوباره در آینده دعوی را مطرح کند و حق خود را بطلبد، زیرا در نخستین دادرسی، موضوع دعوی خاتمه یافته و از بین رفته است و حقی وجود ندارد که خواهان، رسیدگی دوباره آن را بخواهد.

ب. اثبات حق و تقویت آن: این جنبه از آثار حکم، مهم ترین اثر حکم و تمیز حق، خواننده می شود، زیرا دادگاه بدین وسیله اعلام می کند که کدام یک از دو طرف دعوی، حق دارد و کدام یک متجاوز است، ولی همیشه چنین نیست که حکم، حقی را اعلام کند، زیرا گاهی وضع جدیدی پدید می آورد. در واقع، در بسیاری از موارد، حکم جنبه اعلامی دارد. برای مثال: در جایی که منکر به مدیون بودن خود اقرار می کند و حاکم (قضایی) بر اساس اقرار او حکم صادر می کند، حکم قضایی جنبه اعلامی دارد و یا هنگامی که مدعی خواهان فسخ بیع، صدور حکم را از قضایی درخواست می کند، پیش از صدور حکم، اراده خود به فسخ را نشان می دهد و حکم قضایی، تنها اعلام کننده این اراده مدعی است، نه آن که خود حق جدیدی را پدید آورد. از دیگر سوی، حکم در برخی موارد، جنبه تأسیسی دارد که مبنی بر ورشکستگی یا افلاس و یا اعسار و... استوار است.<sup>۱۱</sup>

ج. قابلیت (قدرت) اجرایی: هدف اصلی صدور حکم قضایی، به اجرا در آمدن آن است تا بر پایه آن، دو طرف به حق خود برسند و از نزاع دست بکشند و اگر حکمی الزام آور نباشد، اقتدار آن تأمین نخواهد شد و با عدم اجرای آن، زمینه اقامه دوباره دعوی فراهم خواهد آمد. پس افزون بر این که باید همگان به حکم احترام بگذارند و محکوم علیه نیز باید آن را اجرا کند، عدم

اجرای آن نباید زمینه‌ای را برای دعوی دوباره، فراهم آورد.

د. لزوم: لزوم در لغت، ثبوت و دوام معنی می‌شود و در اصطلاح قضایی نیز چنین معنی شده است. به عبارت دیگر، لزوم معنی است که قاضی، پس از صدور حکم خود، نه می‌تواند از حکم خود سرباز زند و آن را نادیده گیرد و نه می‌تواند حکم خود را نقض کند که امروزه دو قاعده «فراغ دادرس» و «اعتبار امر قضاوت شده» این معنی را بیان می‌کند.<sup>۱۲</sup>

اکنون که معنی و مفهوم حکم و آثار آن دانسته شد، باید معلوم شود که حکم قاضی، چه اندازه اعتبار دارد و گستره آن تا کجاست؟ آیا قاضی صادرکننده حکم و یا قاضی دیگری، پس از صدور حکم، می‌تواند در حکم تجدید نظر کند و دعوی را دوباره بررسی کند، یا این که دعوی هرگز، مورد بررسی دوباره قرار نمی‌گیرد و تنها موارد و شرایط استثنایی وجود دارد، که چنانچه حکم صادر شده از آن شرایط لازم برخوردار باشد، نقض می‌گردد؟

نگاهی به دیدگاه فقیهان شیعی، روشن می‌سازد که آنان اصل قطعی بودن احکام را پذیرفته‌اند و ایشان بر این باورند که پس از رسیدگی قاضی دارای شرایط قضاوت، خصومت و نزاع، فصل می‌شود و قاضی صادرکننده حکم و یا قاضی دیگری، نمی‌تواند دعوی را دوباره بررسی کند. در واقع، رسیدگی دو درجه‌ای در این مکتب حقوقی، جای گاهی ندارد و حتی در این مکتب، بنابر دیدگاه مشهور، دو طرف دعوی نیز نمی‌توانند پس از اقامه دعوی نزد قاضی‌ای، بایکدیگر توافق کنند و دعوی را نزد قاضی دیگری مطرح کنند، زیرا پس از اقامه دعوی نزد قاضی نخستین، موضوع دعوا از بین می‌رود و موضوعی باقی نمی‌ماند تا بتوان آن را رسیدگی دوباره کرد. در این مکتب حقوقی، به جای «تجدید نظر»، «نقض» حکم آمده و پذیرفته شده که حکم قاضی در مواردی، به صورت استثنایی نقض می‌گردد. البته، موارد نقض حکم، در مذاهب حقوقی اسلامی متفاوت است.



۳. موارد

نقض حکم

الف. دیدگاه اهل سنت: فقیهان اهل سنت بر این باورند که نزاع و خصومت، با رسیدگی و صدور حکم دادرس نخستین، فصل و رفع می شود و حکم صادر شده، معتبر است. به نظر این دسته از فقیهان، حکم قاضی، اعتبار دارد و دو طرف، بدان ملتزم و پای بند خواهند بود و باید آن را اجرا کنند، و اگر احتمال دهند که قاضی در حکم خود به خطا رفته است و روشن گردد که قاضی نخستین، در حکمی که صادر کرده، برای رسیدن به حقیقت اجتهاد نکرده، قاضی القضاات و یا جانشین او، می تواند احکام قاضیان را بررسی و تجدیدنظر کند و آرای ابطال پذیر را باطل کند و آرای تعدیل پذیر و صحیح را تعدیل، تأیید و ابرام کند.<sup>۱۳</sup>

پس اگر دعوی، دوباره نزد قاضی دیگری اقامه شود، قاضی دوم نمی تواند احکامی را که قاضی پیشین صادر کرده، تجدیدنظر کند، زیرا اصل صحت، حکم می کند که این احکام، به صورت صحیح صادر شده و صحیح هستند. افزون بر این، تنها کسی که حق بررسی احکام صادر شده را دارد، قاضی دارای ولایت بر قاضی پیشین است و در واقع، مرجع بالاتر، حق رسیدگی و تجدیدنظر دارد، نه مرجع هم عرض.<sup>۱۴</sup>

بنابراین، حکم صادر شده از مرجع نخستین، به اعتبار خود می ماند و تنها هنگامی، نقض می گردد که موارد نقض حکم، در آن وجود داشته باشد. بنابر دیدگاه برخی از فقیهان مالکی، اگر قاضی، برابر واقع حکم دهد، این حکم به هیچ وجه نقض نمی شود، ولی در غیر این صورت، حکم او در چهار مورد ممکن است، نقض شود:

۱. قاضی، برخلاف حکم کتاب، سنت و اجماع حکم دهد. در این صورت، هم قاضی صادرکننده حکم و هم قاضی و مرجع بالاتر، می توانند حکم را نقض کنند؛ همچنین اگر قاضی، به استناد نظریه و فتوای شاذ و

نادر، حکم دهد؛

۲. قاضی، برابر ظنّ خود و بی اجتهاد، حکم دهد. در این صورت، هم خود قاضی صادرکننده حکم و هم قاضی و مرجع بالاتر، حقّ نقض حکم را دارند؛

۳. قاضی، پس از اجتهاد لازم، حکم صادر کند و سپس دریابد که حکمش نادرست و خلاف واقع است. در این صورت، قاضی و مرجع بالاتر، حقّ نقض حکم را ندارند و البته، اختلاف نظر وجود دارد که آیا قاضی صادرکننده حکم، خود می تواند حکم را نقض کند و یا نه؛

۴. قاضی، برابر مذهبی غیر مذهب خود حکم دهد. در این صورت نیز تنها خود او، حقّ نقض حکم را داراست.<sup>۱۵</sup>

با آن که تقسیم بندی بالا، میان موارد نقض حکم و مرجع نخستین و بالاتر تفصیل داده است، در میان سایر مکاتب حقوقی اهل سنت، جای گاهی ندارد و حتی به نظر می رسد که در فقه مالکی نیز پیروان چندانی ندارد، در مجموع، گزیده موارد نقض حکم را، در مذهب اهل سنت، چنین می توان برشمرد:

۱. اشتباه قاضی: اگر حکمی خلاف نص، اجماع و یا قیاس صادر شود، بی هیچ اختلاف نظری میان فقیهان سنّی، قاضی صادرکننده حکم باید خودش حکم را نقض کند.<sup>۱۶</sup> سرخسی در مبسوط می آورد که شریح قاضی، پس از رسیدگی به دعوی و صدور حکم، به اشتباه خود پی می برد و سپس، باری دیگر، دو طرف دعوی را می خواهد و حکم تازه ای می کند. سرخسی پس از آن می گوید:

«این حادثه، بیان می کند که هر که به اشتباه قاضی به هنگام دادرسی پی برد، باید او را آگاه سازد و نباید برای رعایت حشمت و مقام قاضی، از گفتن اشتباه او، چشم پوشد که در

این صورت، باید موضوع را به نزدیکان قاضی گفت، تا آنان در تنهایی و خلوت، اشتباه قاضی را بدو گوشزد کنند. نتیجه آن که باید گفت، این حادثه گویای آن است که قاضی باید از حکم خود بازگردد و آن را نقض کند و شرم و ترس از مردم، نباید او را از این کار باز دارد که خداوند او را از شرم و آزار مردم ننگه می‌دارد، ولی مردم، او را از عذاب خداوند باز نمی‌دارند.<sup>۱۷</sup>

برخی دیگر از فقیهان معتقدند که چنانچه موضوع دعوی، «حق الناس» باشد، قاضی تنها به درخواست صاحبان حق، حکم پیشین خود را می‌تواند نقض کند، و اگر دعوی، عمومی و «حق الهی» داشته باشد، مانند: طلاق و عتق، خود قاضی می‌تواند حکم را نقض کند.<sup>۱۸</sup>

گاهی نیز، قاضی در مسائل اجتهادی (نظری) که فقیهان در مورد حکم آن اختلاف نظر دارند، به اشتباه می‌افتد. به دیگر سخن، قاضی به هنگام صدور حکم، گمان می‌کند که به درستی حکم می‌دهد، ولی پس از صدور حکم و جست‌وجو در ادله و اجتهاد، درمی‌یابد که حکم نخستین او اشتباه بوده و به اشتباه رفته است، حال پس از این «تغییر اجتهاد» حکم صادره چه وضعیتی می‌یابد؟

الف. جمهور حنفیان، شافعیان، حنبلیان و برخی از مالکیان معتقدند که قاضی نمی‌تواند حکم نخستین خود را نقض کند، زیرا:

۱. حکم در زمان صدور به درستی صادر شده و ملاک و معیار درستی حکم، زمان صدور آن است؛
۲. صحابه هم به عدم جواز نقض حکم، عمل کرده‌اند و حتی بر این مسأله، اجماع داشته‌اند که حکم قاضی، نقض نمی‌گردد، چنانکه ابوبکر و عمر و یا حضرت علی (ع) و عمر، در مسائل اجتهادی و نظری، با یکدیگر

اختلاف نظر داشته اند، اما حضرت علی (ع) احکامی را که عمر و یا ابوبکر صادر کرده بودند، نقض نکرد؛

۳. عمر، درباره یک موضوع، چند حکم مختلف صادر می کرد، روزی درباره موضوعی، حکمی صادر می کرد و روز دیگر، درباره موضوع، خلاف حکم دیروز حکم می داد و چون علت را می پرسیدند، در پاسخ می گفت: آن حکم، مطابق اجتهاد دیروز بود و این، مطابق اجتهاد امروز و به همین دلیل، گفته شده است:

«الإجتهاد لا ینقض بمثله.»

اجتهاد با اجتهاد نقض نمی گردد.

که امروزه آن را قاعده «اعتبار امر قضاوت شده» می گویند. ۱۹

بدین ترتیب، از نظر این دسته از صاحب نظران، اگر موضوعی، همانند موضوع نخستین در نزد قاضی دعوای نخستین، مطرح شود، او می تواند که با تغییر اجتهاد نادرست خود، برابر آن چه درست می داند، حکم کند و بر پایه اجتهاد آن روز خود، حکم دهد، ولی نمی تواند احکامی را که در گذشته صادر کرده، نقض کند.

ب. ظاهریان و برخی از مالکیان، همانند ابن قاسم مالکی، معتقدند که قاضی، می تواند همه احکامی را که به اشتباه صادر کرده و به آن پی برده، نقض کند، زیرا نامه عمر به ابوموسی اشعری، این مهم را بیان می کند که عمر به ابوموسی نوشت: اگر دیروز، در موضوعی حکم دادی و سپس با مراجعه و کندوکاو، حکم درست را یافتی، به حق بازگرد که بازگشتن به حق بهتر از به باطل افتادن است؛ ۲۰

۲. اگر قاضی به استناد و بر پایه علم خود، حکمی صادر کرد، می تواند آن را نقض کند؛ ۲۱

۳. اگر قاضی در مسأله ای نظری و اجتهادی، به عمد و یا سهو، خلاف

مذهب خود حکم دهد، چنانچه مقلد باشد، می تواند حکم خود را نقض کند، ولی اگر مجتهد باشد، نمی تواند آن را نقض کند. برای مثال: اگر قاضی حنفی مذهب، مطابق مذهب شافعی حکم دهد، آن حکم را قاضی مقلد، می تواند نقض کند، ولی اگر حکم قاضی حنفی مذهب، برابر با دیدگاه ابویوسف حنفی باشد، آن حکم، نقض نمی گردد؛<sup>۲۲</sup>

۴. اگر قاضی، در موضوعی، به استناد دلیلی برگزیده و درست، مانند گواهی گواهان، حکم دهد و پس از صدور حکم، معلوم شود که گواهان، شرایط ادای گواهی را نداشته اند و گواهی آنان باطل بوده، در این صورت، قاضی می تواند حکم خود را نقض کند؛<sup>۲۳</sup>

۵. احکامی را که قاضی فاقد صلاحیت دادرسی صادر می کند، نقض می گردد.<sup>۲۴</sup> البته، برخی از صاحب نظران معتقدند که اگر مجتهد مطلق در مقام قضاوت، حکمی دهد، آن حکم اجرا می شود، ولی اگر مجتهد متجزی، در مقام قضاوت، حکمی صادر کند، اجرای آن حکم به تنفیذ و امضای مجتهد مطلق است.<sup>۲۵</sup> بنابراین، در صورتی که قاضی مجتهد متجزی حکمی دهد، آن حکم، بی امضای مجتهد مطلق، اجرا نمی شود. در نتیجه، آن چه درباره قاضی فاقد صلاحیت صدق می کند، درباره قاضی مجتهد مطلق است که در مقام دادرسی حکمی صادر می کند و چنانچه این گونه قاضی ای، شرایط لازم برای دادرسی را نداشته باشد و حکمی صادر کند، آن حکم نقض می گردد؛

۶. اگر قاضی از روی حدس، گمان و بدون اجتهاد و بررسی ادله موجود، حکمی دهد، حکم نقض می شود.<sup>۲۶</sup>

ب. دیدگاه شیعه: فقیهان شیعی نیز بر این باورند که پس از رسیدگی قاضی به دعوی، خصومت رفع و فصل می شود و حکم صادر شده قاضی، باید اجرا شود و دو طرف، نمی توانند از اجرای آن سر باز زنند و نقض حکمی که قاضی

می‌کند، ناروا است، مگر آن که حکم از موارد نقض برخوردار باشد که در این صورت، ادله حرمت نقض آن را دربر نخواهد گرفت و نقض آن جایز است.

## ۱. ادله حرمت نقض حکم:

الف. کتاب:

۱. آیاتی که بر وجوب دادرسی دلالت دارد، پذیرش حکم و پیروی از آن را واجب و نپذیرفتن آن را حرام می‌کند، زیرا در غیر این صورت، واجب دانستن قضاوت و دادرسی، لغو و باطل خواهد بود؛

۲. آیاتی که بر حرمت نقض حکم دلالت می‌کند:

۱. «یا ایها الذین آمنوا اطیعوا الله واطیعوا الرسول وأولی الامر

منکم فإن تنازعتم فی شیء فردوه إلى الله والرسول إن کنتم

تؤمنون بالله والیوم الآخر.»<sup>۲۷</sup>

۲. «فلا وربک لا يؤمنون حتی یحکموا فیما شجر بینهم ثم

لا یجدوا فی أنفسهم حرجاً مما قضیت ویسلموا تسلیماً.»<sup>۲۸</sup>

۳. «وما کان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضی الله ورسوله أمر أن

یکون لهم الخیرة من أمرهم ومن یعص الله ورسوله فقد ضلّ

ضلالاً مبیناً.»<sup>۲۹</sup>

چگونگی دلالت آیات: قضاء و حکمی که در این آیات بیان شده، هم احکام

کلی و هم احکام جزئی را دربر می‌گیرد. بنابراین، دادرسی اصطلاحی را هم

شامل می‌شود و اگر بپذیریم که با بیان دلایلی، نیابت از پیامبر در امر قضاوت،

جایز خواهد شد، در این صورت، آیات فوق، دادرسی و قضاوت غیر پیامبر و

جانشینان او را هم دربر می‌گیرد. بدین ترتیب، نقض حکم آنان نیز حرام

خواهد بود.<sup>۳۰</sup>

ب. روایات:

نگاهی به دیدگاه فقیهان شیعی، روشن می‌سازد که آنان اصل قطعی بودن احکام را پذیرفته‌اند و ایشان بر این باورند که پس از رسیدگی قاضی دارای شرایط قضاوت، خصومت و نزاع، فصل می‌شود و قاضی صادرکننده حکم و یا قاضی دیگری، نمی‌تواند دعوی را دوباره بررسی کند. در واقع، رسیدگی دو درجه‌ای در این مکتب حقوقی، جای‌گاهی ندارد و حتی در این مکتب، بنابر دیدگاه مشهور، دو طرف دعوی نیز نمی‌توانند پس از اقامه دعوی نزد قاضی‌ای، با یکدیگر توافق کنند و دعوی را نزد قاضی دیگری مطرح کنند، زیرا پس از اقامه دعوی نزد قاضی نخستین، موضوع دعوا از بین می‌رود و موضوعی باقی نمی‌ماند تا بتوان آن را رسیدگی دوباره کرد.

مقبوله عمر بن حنظله، مهم‌ترین روایت استناد شده در این باره است. امام صادق (ع) می‌فرماید:

«... فإذا حکم بحکمنا فلم یقبله منه فبحکم الله استخف وعلینا ردّ والراءُ علینا الرادُّ علی الله فإتما استخف بحکم الله وهو علی حد الشریک بالله.»<sup>۳۱</sup>

برابر با روایت، پیروی از حکم قاضی و پذیرفتن حکم قاضی واجب است و با پذیرفتن بررسی، تجدیدنظر و نقض حکم قاضی، دادرسی بی‌فایده و لغو خواهد بود.

ج. حکم عقل و بنای عقلا: منبع علوم انسانی  
عقل، به طور بدیهی حکم می‌کند که در هر جامعه بشری، دادرسی لازم است و اگر قضاوت و دادرسی، وجود نداشته باشد، هرج و مرج روی می‌دهد، زمام امور از دست می‌رود، عدالت گسترش نمی‌یابد و حقی‌احقاق نمی‌شود. بنابراین، حکم قاضی باید اجرا شود و نقض نگردد تا به امور آسیبی نرسد و خصومتها و نزاعها تا حد امکان فصل شود و اگر حکم قاضی، نقض پذیر باشد، همواره از سوی یکی از دو طرف دعوی، در معرض اعتراض خواهد بود که بی‌شک، خود این کار به هرج و مرج و بی‌ثباتی می‌انجامد.

همواره، بنای خردمندان و سیره قطعی مسلمانان، ضرورت دادرسی و قضاوت را در هر جامعه ای می طلبد که باید جای گاهیر را برای حل و فصل اختلافها در هر جامعه ای نهاد، تا کارها به سامان رسد.<sup>۳۲</sup>

پس با توجه به دلایل فوق، نقض حکم قاضی به منزله بی اعتنایی و نادیده گرفتن حکم خداوند بوده و ناروا و ناصواب است، ولی نه بدان معنی که نقض حکم، به هیچ وجه روا نباشد که در مواردی، نقض حکم رواست، زیرا این حکم به منزله حکم الهی پنداشته نمی شود که نقض آن ناروا باشد.

## ۲. بررسی موارد نقض حکم:

الف. پی بردن قاضی به اشتباه خود:

اگر قاضی حکمی دهد و پس از آن متوجه شود که به اشتباه حکم داده، حکم نقض می گردد.

در این باره، فقیهان شیعه، به دو گروه شده اند: گروهی به طور مطلق پذیرفته اند که حکم قاضی در همه حال نقض می گردد و هیچ تفصیلی نداده اند<sup>۳۳</sup> در حالی که گروه دیگر، تفصیل گذارده اند:

۱. عدم رعایت موازین شرعی: اگر معلوم شود، حکمی که قاضی صادر کرده، برخلاف موازین شرعی است، چنانکه شمار گواهان، به اندازه نباشد و یا قاضی، برابر گواهی زنان، حکم دهد (در جایی که گواهی زنان تجویز نشده است) چه این حکم، برابر واقع باشد و یا نباشد و چه این که قاضی، سهو کرده، و یا جاهل باشد، ابطال حکم واجب است، زیرا حکم صادر شده، منصرف از ادله اعتبار حکم بوده و ادله حرمت نقض حکم، این حکم را دربر نمی گیرد.

۲. مخالفت حکم با واقع و یا ضروریات فقهی: در این صورت نیز حکم نقض می گردد، زیرا حکم صادر شده، از نخستین لحظه صدور تا آخرین مراحل، باید برابر واقع باشد.<sup>۳۴</sup>



۳. قاضی خود متوجه شود کہ حکم صادر شدہ، از نظر ہمہ یا بسیاری از فقیہان و یا خود، با دلیل معتبری مخالفت دارد. در این صورت، دو حالت پیش می آید:

نخست آن کہ قاضی از بہ دست آوردن آن دلیل، غفلت ورزیدہ، مرتکب تقصیر شدہ و اجتناب نکرده است. در این صورت، چون شارع، حکم صادر شدہ را تأیید نمی کند، نقض آن ہم رواست<sup>۳۵</sup> و قاضی، باید بر پایہ اجتناب خود حکم دہد.

حال اگر دلیل مورد بحث، ظنی باشد و از نظر قاضی نیز چنین دلیلی معتبر باشد، بہ گونه ای کہ اگر بہ هنگام صدور حکم، قاضی بدان دست می یافت، بر اساس آن حکم می داد، وضع چگونہ خواهد بود؟ برخی از صاحب نظران می گویند کہ اگر قاضی در راہ بہ دست آوردن حکم، تمام توان خود را بہ کار گیرد و بی هیچ کوتاہی، ادلہ موجود و در دسترس را کاوش کند و آنہا را ارزیابی کند و حکم دہد و پس از صدور حکم، دلیلی ظنی بیابد کہ اگر بہ هنگام صدور حکم بہ دست قاضی می رسید، برابر آن حکم می کرد، حکم صادر شدہ قاضی، نقض نمی گردد، زیرا علم بہ خلاف واقع بودن حکم، وجود ندارد و قاضی نمی داند کہ حکم او مخالف با واقع است، یا نہ، ہ و برای صدور حکم نیز تقصیر نکرده کہ نقض آن پذیرفتہ شود. بنابراین، حکم صادر شدہ، معتبر و در حقّ دو طرف، حکم اللہ است.<sup>۳۶</sup>

از دیگر سوی، برخی دیگر از فقیہان معتقدند کہ فتوای مفتی و حکم قاضی، همانند بودہ و همان گونه کہ نقض فتوای مفتی رواست، قاضی نیز می تواند حکم خود را نقض کند و برابر دلیل جدید حکم دہد. این دستہ از فقیہان، در مورد حکمی کہ اجرا شدہ و یا ہنوز، در برخی از مراحل، اجرا شدہ، بہ سراغ «اجزاء» رفتہ اند و بر اساس آن، حکم کردہ اند، کہ اگر در مسألہ ای، «اجزاء» پذیرفتہ شود، بہ کار بستن حکم، و اعمال مترتب بر اجرای

آن صحیح است، اما در صورت عدم پذیرش «اجزاء»، اعمال فوق صحیح نخواهد بود. ۳۷

پذیرش این دیدگاه، دشوار می نماید، زیرا: نخست آن که فتوای مفتی و فقیه و حکم قضایی تفاوت بسیار دارد و صرف اجتهاد فقیه و قاضی، در راه به دست آوردن حکم و فتوی سبب نمی شود که این دو همانند هم انگاشته شوند و برخی از فقیهان نیز از همین رو، میان این دو، در مقام تعریف تفاوت گذارده اند؛ ۳۸

دو دیگر: دلیل ظنی، تنها اماره ای برای کشف احکام ظاهری است، نه این که کاشف از حکم واقعی هم باشد. پس اگر قاضی به اندازه توان خود، تلاش ورزد و بی هیچ کاهلی و سستی برای به دست آوردن حکم، اجتهاد کند، حکم صادر شده در حقّ دو طرف، حکم خداوند است و دلیلی برای نقض آن وجود ندارد که نقض آن نیز نارواست؛ ۳۹

سه دیگر: اگر معلوم شود: قاضی در راه به دست آوردن حکم، با تمام توان خود اجتهاد کرده و مرتکب تقصیری نشده، حکم صادر شده، معتبر و اجرای آن لازم و از عموم ادله حرمت نقض حکم، برخوردار است. ۴۰

حال اگر قاضی پس از صدور حکم، به درستی و یا نادرستی و برابری آن با واقع، شک کند، آیا می تواند حکم را اجرا کند و یا آن که باید پرونده را دوباره بررسی و تجدیدنظر کند؟

برخی از فقیهان با استناد به اصل صحت، معتقدند که قاضی باید حکم را اجرا کند، زیرا برابر با اصل صحت، حکم صادر شده صحیح است، اما گروه دیگر معتقدند که اصل صحت، در این مورد جاری نمی گردد، زیرا اصل صحت تنها در عمل دیگران جاری می شود و برابر آن، می توان عمل دیگران را درست پنداشت و دیگر آن که اصل صحت، در هنگامی جاری می شود که صورت ظاهری فعل، به جا مانده باشد، در حالی که در موضوع فوق،

صورت ظاهری آن، به جا نمانده و در به وجود آمدن آن، تردید است.<sup>۴۱</sup> گویا استناد به اصل صحت، در این مورد، چندان کارایی نداشته باشد و قاضی باید حکم را اجرا کند، زیرا تغییراتی که پس از صدور حکم پیش می‌آید، نباید بر حکم تأثیری بگذارد و پایه نقض حکم شود. در واقع، قاعده فراغ اجازه نمی‌دهد که قاضی، دوباره به بررسی دعوی و یا پرونده، پردازد؛

ب. پی بردن قاضی دیگر به اشتباه قاضی نخستین:

فقیهان معتقدند که قاضی و مرجع بالاتر و یا قاضی دوم، نمی‌تواند حکم قاضی اول را بررسی دوباره کند بلکه قاضی دوم تنها می‌تواند حکم قاضی نخستین را تأیید و اجرا کند و گرنه حق ندارد که در حکم، تجدیدنظر کند.<sup>۴۲</sup> با توجه به این مهم، چنین برمی‌آید که مفهوم کنونی تجدید نظرخواهی، در سیستم حقوقی اسلامی، وجود ندارد و رسیدگی به دعوی، در این سیستم، یک مرحله‌ای است و قاضی دوم و یا به اصطلاح، مرجع بالاتر، تنها در مواردی می‌تواند پرونده را دوباره رسیدگی کند که محکوم علیه مدعی شود، قاضی نخستین به ناروا حکم داده و یا به او ستم شده است و ... که در این صورت، باید قاضی دوم به ادعای محکوم علیه، رسیدگی کند<sup>۴۳</sup> و اما موارد:

۱. حکم برخلاف احکام کتاب، سنت و یا اجماع، صادر شده باشد:

در واقع، چنانچه حکم با دلیلی قطعی مخالفت کند؛ چه آن که قاضی اول در جای گاه خود مانده، یا عزل و یا فوت شده باشد، قاضی دوم، باید حکم او را نقض و حکمی برابر با واقع، صادر کند تا حکمی که نادر و برخلاف واقع است، رواج نیابد و مردم به گمراهی نیفتند و باطل نگسترد، و اگر هنوز حکم صادر شده، اجرا نشده باشد، قاضی دوم حق اجرای آن را ندارد و اگر در حال اجرا باشد، باید از اجرای آن جلوگیری کند.<sup>۴۴</sup>

این گونه از اشتباهات قاضی، یا حکمی براساس اصول عملیه بوده، در

حالی که برخلاف آن، نصّ خاصی در کتاب و یا سنت وجود داشته، و یا حکمی بر پایه اجماع فقیهان، در حالی که اجماع یاد شده، پایه درستی نداشته و حکم، باید بر پایه اصول عملیه می بوده، و یا آن که قاضی بر اساس عموم ادله حکم داده، در حالی که این عموم، مخصص داشته و قاضی بدان ناآگاه بوده است. ۴۵

پس چون حکم این چنینی، برخلاف حکم واقعی بوده، ادله حرمت نقض حکم، آن را دربر نمی گیرد و نمی توان آن را حکم الهی دانست. در نتیجه، نقض آن هم روا خواهد بود و حتی برخی از فقیهان، معتقدند که به اجماع فقیهان، نقض چنین حکمی واجب است و اگر قاضی دوم، آن را اجرا کند، بدعتی در دین گذارده و حکمی را که خداوند نهاده، اجرا نکرده است. ۴۶

برخی از فقیهان نام دار فقه شیعه نیز به تفصیل گراییده اند و میان دو گونه دعوی حقّ الله و حقّ الناس، تفاوت گذارده اند. اینان معتقدند:

«چنانچه قاضی دوم دریابد که حکم قاضی پیشین باطل است، در صورتی که موضوع دعوی جنبه حقّ الناس داشته باشد و صاحب حق، درخواست تجدیدنظر بدهد، قاضی دوم، حقّ تجدیدنظر را در پرونده و موضوع دارد، زیرا ممکن است صاحب حق از حق خود بگذرد، اما اگر موضوع، از شمار دعاوی «حقّ الهی» باشد، قاضی دوم، بدون درخواست دو طرف، حق نقض حکم را دارد.» ۴۷

دیگر فقیهان، بر این دیدگاه انتقاد کرده اند و تصریح کرده اند که قاضی، بنا بر فرض یاد شده، در هر دو حوزه حقّ الله و حقّ الناس، اختیار دارد و می تواند حکم را نقض کند. ۴۸

نکته پایانی این که اگر قاضی برخلاف خبر واحدی حکم دهد، آیا آن حکم، نقض می شود و یا باید اجرا شود؟

این موضوع نیز اختلاف برانگیخته است؛ گروهی از صاحب نظران خبر واحد را صحیح و موجب یقین می دانند. بنابراین، می توان برابر با آن حکم داد و حکم مخالف با آن، باید نقض گردد. در برابر، گروه دیگر معتقدند که گرچه خبر واحد، صحیح است، اختلاف نظر در مورد آن بسیار وجود دارد و برخی از فقیهان آن، را معتبر نمی دانند. افزون بر این، مستندات خبر واحد نیز ظنی است. بنابراین، اگر حکم قاضی با خبر واحدی مخالف باشد، آن حکم نقض نمی گردد؛<sup>۴۹</sup>

۲. حکم قاضی، برخلاف دلیل ظنی یا اجتهادی باشد:

اگر نخستین قاضی، در راه به دست آوردن حکم از ادله آن، کوتاهی نکرده باشد، قاضی دوم، پس از بررسی آن حکم و پی بردن به ناسازگاری آن با دلیل اجتهادی، نمی تواند آن حکم را نقض کند، برای مثال: چنانچه قاضی نخستین، در مورد نکاح باکره کییره، معتقد باشد که دختر، بی اذن ولی، می تواند ازدواج کند، اما قاضی دوم معتقد باشد که اذن ولی در ازدواج، شرط است، قاضی دوم نمی تواند حکم قاضی نخستین را نقض کند و به عدم نفوذ نکاح حکم دهد، زیرا:

الف. فرض می شود که هر یک از قاضیان، برابر دلایل ظنی موجود، اجتهاد کرده اند و درستی و نادرستی اجتهاد آن دو، به یک اندازه احتمال دارد. بنابراین، روشن نیست که کدام، درست گفته اند و به همان اندازه که احتمال درستی یکی می رود، احتمال نادرست بودن آن هم وجود دارد.

ب. نظر شخصی یک قاضی، دلیل نادرستی نظر قاضی دیگر نیست.<sup>۵۰</sup>

ج. نقض حکم از سوی قاضی دوم، برتر دانستن چیزی، بی دلیل بر برتری آن (ترجیح بلا مرجح) است و اگر پذیرفته شود که قاضی دوم، می تواند حکم قاضی پیشین را نقض کند، قاضی دیگری که نظر او هم برخلاف نظر قاضی دوم است، باید بتواند حکم قاضی دوم را نقض کند، و همچنین است،

در مورد قاضی سوم و چهارم، تابعی نهایت. بدین ترتیب، هیچ گاه خصومتی، فصل نمی شود و نیز روشن نمی گردد که دو طرف نزاع، باید به کدام حکم گردن نهند و آن را محترم شمارند.

د. حکم اجتهادی، درست و صحیح صادر شده و قاضی نیز مرتکب هیچ گونه تقصیری نشده است. بنابراین، حکم قاضی، بسان حکم پیامبر و جانشینان او بوده و سرپیچی از آن ممنوع است و ناصواب<sup>۵۱</sup>.

حتی اگر قاضی نخستین، پس از صدور حکم، از آن دست بکشد و معتقد به نظر دیگری شود، نمی تواند حکم پیشین خود را نقض کند، زیرا پیش تر گفته شد که ملاک و معیار درستی حکم، با نگاه به زمان صدور است؛ زیرا در آن گاه حکم درستی صادر شده و تغییر اجتهاد، پس از صدور حکم، نمی تواند بر حکم صادر شده تأثیری بگذارد. بنابراین، دو طرف دعوی بدان پای بند خواهند بود و باید آن را اجرا کنند؛<sup>۵۲</sup>

۳. منکر، زندانی باشد:

برخی فقیهان معتقدند که اگر منکر، زندانی باشد، قاضی دوم بدون درخواست تجدیدنظر منکر، باید حکم قاضی نخستین را بازبینی کند، زیرا در آغاز، قاضی دوم، با بده کاری روبه رو شده که به دلیل عدم ادای دین خود، در زندان به سر می برد و قاضی نخستین نیز، به خوبی خصومت را پایان نداده و فصل نکرده است. از این رو، قاضی دوم باید وضعیت مدیون زندانی شده را بررسی کند، تا بتواند او را به پرداخت دین وادارد. البته اگر قاضی دوم، دریابد که قاضی اول، به درستی خصومت را فصل کرده و حکم اجرا شده، چون موضوعی برای رسیدگی دوباره وجود ندارد، تجدیدنظر نیز مفهومی نخواهد داشت.<sup>۵۳</sup>

در واقع، فقیهان، هنگامی این تجدیدنظر را از وظایف قاضی دوم برمی شمردند که او به جای قاضی نخستین، گماشته شده باشد. دلیل این

حکم، شاید چنین باشد که قاضی دوم، در برابر زندانیانی که در زمان برگماردگی و مسئولیت او، در زندان به سر می‌برند، مسؤول است و باید علت زندانی شدن آنان را بداند و تصمیم شایسته در مورد آنان را بگیرد زیرا، در روز رستاخیز، پاسخ گو خواهد بود.<sup>۵۴</sup>

البته این علت جویی، چندان قوی و دقیق نمی‌نماید، زیرا قاضی دوم، بنابراین فرض، باید بتواند در مورد همه احکام صادر شده، تصمیم بگیرد که بسیار دشوار است و افزون بر این، در روز جزا و واپسین، هرکس بار گناه خود را بر دوش می‌کشد و قاضی دوم، باید در اندیشه جزای اعمال خود باشد و نه اعمال دیگران. بنابراین، آن چه این حکم را درست می‌نماید، ادعای منکر زندانی، بر جفا شدن بر او است که سبب می‌شود، قاضی دوم، در حکم تجدیدنظر کند که بررسی آن در ادامه خواهد آمد؛

۴. در صورتی که محکوم علیه، پس از صدور حکم، ادعا کند که قاضی پیشین، به ناحق، علیه او حکم کرده و بر او ستم روا داشته، قاضی دوم باید ادعای محکوم علیه را بررسی کند و در حکم نخستین، تجدیدنظر کند، زیرا چه بسا محکوم علیه، راه درست را رفته باشد و عدم رسیدگی به ادعای او، سبب جفا و ستم بر او شود. بنابراین، ادعای محکوم علیه، دعوای تازه‌ای است که همانند دیگر دعاوی، اقامه شدنی، خواهد بود<sup>۵۵</sup> و نمی‌توان به دلیل این که قاضی، امین امام یا حاکم بوده و از سوی او، گمارده شده، از رسیدگی به دعوای محکوم علیه، امتناع ورزید، زیرا این که دعوای فوق را قاضی دوم بپذیرد، با امین بودن قاضی نخستین ناسازگار نیست، و هر چند که قاضی، امین و گمارده شده معصوم باشد، احتمال اشتباه و خطای او وجود دارد و حتی ممکن است که قاضی برگمارده شده، به عمد، حکم ناروایی صادر کرده باشد.<sup>۵۶</sup>

پس قاضی دوم، تنها در صورت احراز خطای قاضی نخستین و ظالمانه

بودن حکم صادر شده، می تواند حکم او را نقض کند و دوباره دعوی را بررسد، و این ستم می تواند هرگونه ستمی باشد؛ چه این که قاضی، به مدافعات محکوم علیه، توجهی نکرده باشد، یا براساس گواهی گواهان فاسق، حکم داده باشد و یا ... ؟

۵. اثر توافق طرفهای دعوی:

درباره این که طرفهای دعوی، پس از رسیدگی قاضی، آیا می توانند بررسی موضوع را به توافق یکدیگر، نزد قاضی دیگری بخواهند، چند دیدگاه بیان شده است:

الف. توافق دو طرف، تأثیری در تجدید دعوی ندارد و حکم به قوت خود می ماند و دو طرف، نمی توانند موضوع را نزد قاضی دوم مطرح سازند؛ چه این که حاکم، یا قاضی درخواست تجدیدنظر بکند و یا خود طرفهای دعوی. در واقع، همگان باید به حکم صادر شده، احترام بگذارند و آثار واقعی حکم را بر آن بار کنند. این دیدگاه، در فقه مشهور است و حتی برخی، بر آن ادعای اجماع کرده اند. مهم ترین دلیلی که این دیدگاه را درست می نماید، فصل شدن دعوی و مرافعه، پس از رسیدگی قاضی نخستین به دعوی است.

بنابراین، موضوعی جهت رسیدگی دوباره وجود ندارد، تا دو طرف با توافق یکدیگر، آن را نزد قاضی دیگری مطرح کنند. چنین توافقی، فاقد موضوع است و نمی تواند در تغییر دادن حکم، مداخله کند و تأثیری داشته باشد<sup>۵۷</sup> و حتی گفته شده که قاضی دوم، باید طرفهای دعوی را از چنین کاری باز دارد و از باب «نهی از منکر» از ادامه رسیدگی به دعوی دوباره طرح شده و از آثار در پی آن، جلوگیری کند و دستورهای صادر شده درباره صدور حکم را باطل نماید، زیرا پذیرش حکم نخستین، بر طرفهای دعوی واجب بوده و نپذیرفتن آن، به منزله رد حکم الهی و در حدّ شرک به خداوند است و چنانچه طرفهای دعوی، بر ادعای خود پای بفشارند، قاضی می تواند آنان را تعزیر



کند. ۵۸ در واقع، گویا این دسته از صاحب نظران، به نوعی «اعتبار امر قضاوت شده» را در نظر آورده اند.

ب. دو طرف دعوی، می توانند همان دعوی را که نزد قاضی اول رسیدگی شده، نزد قاضی دوم مطرح کنند، زیرا اقامه دعوی، حق آنان است و آنان هم، از آن چشم پوشیده اند. افزون بر این، رد حکم، در این مورد صادق نیست و نمی توان گفت که ادله حرمت نقض حکم، حکم صادر شده قاضی نخستین را دربر می گیرد و نقض آن نارواست. ۵۹

گویا دیدگاه مشهور را باید پذیرفت و هر چند حق طرفهای دعوی، اقامه و اعمال، یا چشم پوشی از آن است، در این مسیر نیز نباید افراط کرد، زیرا در غیر این صورت، آنان پس از طرح دعوی نزد قاضی دوم، می توانند با توافق یکدیگر، نزد قاضی سوم و پس از آن تا بی نهایت، طرح دعوی کنند و روشن نخواهد شد که چه هنگام بررسی یک پرونده خاتمه می یابد و به اصطلاح، مختومه و از گردش خارج می گردد. افزون بر این، رعایت مصالح عمومی نیز چنین اقتضا می کند که دعوی در مرحله ای، از اعتباری برخوردار شود که مانع طرح دوباره آن نزد دیگر مقامهای قضایی گردد؛ امروزه این اعتبار را «اعتبار امر قضاوت شده» می نامند. پس برای رعایت مصالح عمومی و جلوگیری از اختلال نظام، نادیده گرفتن حق افراد، درست می نماید و در نهایت، با رسیدگی نخستین، دعوی فصل می گردد و حکمی برابر با واقع صادر می شود.

ج. صلاحیت نداشتن قاضی برای رسیدگی به دعوی:

صلاحیتی که در این گفتار و نیز کتابهای فقهی و یا کتاب «القضاء»ها در مورد قاضی مطرح می گردد، معنای بسیار گسترده تری از صلاحیت مذکور در آیین دادرسی دارد. به عبارت دیگر، قاضی علاوه بر دارا بودن اهلیت لازم برای دادرسی، باید شرایط لازم جهت قضاوت و دادرسی را نیز داشته باشد؛

شرایطی، مانند: مرد بودن، عدالت، مجتهد بودن و...، زیرا قاضی اگر شرایط لازم را نداشته باشد و یا در هنگام رسیدگی، این گونه شرایط را از دست بدهد، حکمی که صادر می کند، نقض می گردد، زیرا حکم قاضی، فاقد صلاحیت بوده و حکم الهی شمرده نمی شود و نقض آن هم ممنوع نیست.<sup>۶۰</sup>

گفتنی است که در مورد برخی از شرایط قاضی، اختلاف نظر بسیار وجود دارد، به مانند این که بسیاری از فقیهان، قضاوت را وظیفه مجتهد مطلق می دانند و یا قضاوت را بر عهده مردان می گذارند. بنابر این دیدگاه، اگر مجتهد متجزی، حکمی صادر کند و یا قاضی زنی، حکم کند، این حکم نقض شدنی خواهد بود، اما اگر دیدگاه قاضی دوم، عکس دیدگاه قاضی نخستین باشد، مباحث گذشته پیش خواهد آمد و باید عدم نقض حکم را تقویت کرد.

شکی نیست که با نقض حکمی که اجرا نشده، اجرای آن نیز متوقف می شود، اما اگر حکم، اجرا شده باشد و نقض شود، سرنوشت حکم چگونه خواهد بود و چه وضعیتی پیش می آید؟  
گویا برای رسیدن به پاسخی روشن، باید میان جرایمی مانند جرایم مستوجب قصاص و قطع و دعاوی مالی، تفاوت گذارد.

#### الف. جرایم مستوجب قصاص و قطع:

۱. هرگاه در جرایم مستوجب قصاص و قطع، معلوم شود که قاضی، به رغم هیچ گونه سستی و تقصیری در به دست آوردن حکم، به اشتباه حکم کرده و به عمد، ستمی روا نداشته است، ضامن نیست و دیه محکوم علیه و یا بازماندگان احتمالی (اولیای محکوم علیه)، از بیت المال پرداخت می گردد؛  
خبر اصبغ بن نباته در این باره می گوید:

۴. سرنوشت حکم در مرحله را و پس از آن

«اشتباه قاضیان در قصاص و قطع، از بیت المال جبران

می گردد.» ۶۱

۲. اگر معلوم شود که قاضی، به عمد، حکمی ناروا داده و یا در راه به دست آوردن حکم، تقصیر کرده است، باید تاوان کار خود را بپردازد؛

۳. اگر محکوم له، به بطلان ادعای خود آگاه بوده و تنها برای دشمنی با محکوم علیه، اقامه دعوی کند و در استیفا و اجرای حکم، مباشرت ورزد و در واقع، محکوم له، مباشر قطع و قصاص باشد، ضامن خواهد بود، زیرا در این فرض، مباشر از سبب اقوی است، و اگر محکوم له، در اجرای حکم، مباشرت نکند و نماینده یا وکیل او، حکم را اجرا کند، محکوم علیه، می تواند به قاضی صادرکننده حکم و یا محکوم له، رجوع کند.

به عبارت دیگر، در این صورت، نوعی مسؤولیت تضامنی، به رسمیت شناخته شده است که محکوم علیه، برای دریافت خسارت و رسیدن هرچه سریع تر به حق خود، می تواند به قاضی و یا محکوم له رجوع کند و از آنان، خسارت خود را بخواهد.

ب. دعوی مالی:

۱. اگر عین مال به جا مانده باشد، به محکوم علیه برگردانده می شود؛

گویا سبب نقض ناپذیر دانستن حکم قاضی، در فقه شیعه و نیز دیگر مذاهب اسلامی، راهی است که یک حکم، باید آن را بگذارند. به عبارت دیگر، مقررات خاص و شرایط ویژه صدور اجرای حکم، در این نظام حقوقی، مانند اختصاص قضاوت به مجتهد مطلق و نه مجتهد متجزی و... سبب می شود تا نقض و یا شیوه رسیدگی دو درجه ای در آن، کمتر پذیرفته شود، زیرا بنابر اختصاص حق قضاوت به معصومان و جانشینان ایشان، چگونه می توان انتظار داشت که حکم صادر شده از معصوم، بررسی دوباره شود.

۲. اگر عین مال تلف شده باشد و اثری از آن نمانده باشد:  
الف. هرگاه محکوم له، مال را از محکوم علیه بگیرد و تصرف کند، آن گاه مال تلف شود، تصرف کننده (محکوم له) ضامن است و باید عوض آن را بپردازد.

ب. اگر محکوم له، مال را نگیرد، اما چون مال از اموال فاسدشدنی بوده، تلف شود، در این صورت، چنانچه محکوم له، به واهی بودن و بطلان دعوی و فساد ادعای خود آگاه باشد و بر این اساس، اقامه دعوی کند، ضامن است، زیرا محکوم له، سبب تلف مال محکوم علیه شده و چنین سببی، از مباشر اقوی است؛ اما اگر محکوم له، به فساد ادعای خود آگاه نباشد و خود را در واقع، دارای حق بداند، گروهی خسارت وارد شده به محکوم علیه را از راه بیت المال جبران شدنی می دانند، زیرا در موردی که قاضی بی هیچ تقصیری، به قصاص حکم می دهد و پس از آن، اشتباه بودن حکم معلوم می گردد، زیان از بیت المال جبران می شود، پس در این مورد هم باید از بیت المال، جبران زیان کرد؛ گروه دیگری از صاحب نظران، در انتقاد بر این نظریه گفته اند:

«روایت مورد استناد (روایت اصیغ بن نباته) تنها به جرایم مستوجب قصاص و قطع، اختصاص دارد و در این جرایم اگر قاضیان، اشتباه کنند، بیت المال، زیان وارد به محکوم علیه را جبران می کند.»<sup>۶۲</sup>

بنابراین، گسترش قلمرو این خبر و گستراندن آن به دیگر دعاوی، معجوزی ندارد و باید از آن خودداری کرد.

گویا در این مورد هم، برای تأمین مصلحت محکوم علیه و سرعت بخشیدن به رسیدن محکوم علیه به حق قانونی اش، باید به او اجازه داد تا بتواند هم بر قاضی و هم محکوم له اقامه دعوی کند و خسارات وارد به خود را، از هر کدام آنان بستاند.

۵. نقض حکم در قوانین موضوعه همواره قانون گذاران، در عرصه آیین دادرسی، خواستار دقت، سرعت بخشی و سادگی همراه با کاهش تشریفات در امور قضایی بوده اند. از این رو، در نخستین قانون گذاری ها، به پیروی از قانون آیین دادرسی

اروپایی و به ویژه فرانسه، همت گماردند، تا برای ایجاد دستگاه قضایی یکپارچه و منظم و برجیدن محاکم عرفی و مذهبی و رهیدن از فتاوی و احکام متعارض، گام بردارند. اما پس از پیروزی انقلاب، قانون گذاران، به سوی فتاوی و اجتهاد فقیهان گراییدند و سرانجام، در آخرین تحولات قانون گذاری، قانون جدیدی به تصویب رساندند که گویا، تلفیقی از دو سیستم حقوق اروپایی و اسلامی است. آیا این تلفیق، موزون و استوار است؟

فصل اول باب چهارم قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب، در امور مدنی، تصویب شده ۱۳۷۹ که به تجدیدنظرخواهی احکام و قرارها می پردازد، موارد نقض حکم را چنین برمی شمارد:

«ماده ۳۲۶: آرای دادگاه های عمومی و انقلاب، در موارد زیر نقض می گردد:

- الف. قاضی صادرکننده رأی، متوجه اشتباه خود شود.
- ب. قاضی دیگری، پی به اشتباه رأی صادره ببرد، به نحوی که اگر به قاضی صادرکننده رأی تذکر داده شود، متنبه شود.
- ج. دادگاه صادرکننده رأی یا قاضی، صلاحیت رسیدگی را نداشته اند و یا بعداً کشف شود که قاضی فاقد صلاحیت برای رسیدگی بوده است.»

بررسی بند الف:

اگر قاضی صادرکننده رأی، اشتباه خود را بفهمد، باید پرونده را،

همراه با استدلال، به دادگاه تجدیدنظر بفرستد تا دادگاه تجدیدنظر، با نگاه به دلیل همراه، حکم صادر شده را نقض کند و رسیدگی را از سر بگیرد.

در مقایسه با دیدگاه فقهی و نیز ماده ۱۲ قانون تشکیل دادگاه های حقوقی یک و دو، تصویب شده ۱۳۶۴ (نخستین قانون برابر با نظر مشهور فقهی) از چند جهت، بر این بند انتقاد می شود:

نخست آن که این بند، تعریفی از اشتباه به دست نمی دهد و معلوم نمی سازد که کدام حکم باید نقض گردد؛ حکمی که برخلاف موازین شرعی و فقهی صادر شده و یا حکمی که برخلاف ضروریات فقهی و اصول پذیرفته شده حقوقی، صادر شده است. در واقع، گستردگی این حکم، که همه این موارد را دربر می گیرد، به قاضی اجازه می دهد که به دلیل حکم اشتباهش، پرونده را به مرجع بالاتر بفرستد و نقض آن را بخواهد، در حالی که گفته شد: اگر قاضی در راه به دست آوردن حکم از هیچ کوششی باز نایستد و بی هیچ کوتاهی و تقصیری، همه توان خود را در راه به دست آوردن حکم به کار گیرد، اما پس از صدور حکم دریابد که حکم او با حکم واقعی مخالفت داشته، حکم نقض نمی گردد؛ <sup>گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی</sup> دیگر آن که معلوم نیست: آیا قاضی، تنها با ظن و گمان یا شک، می تواند نقض حکم را بخواهد یا نه؟

به دیگر سخن، این بند ماده، روشن نمی کند که آیا قاضی، اشتباهش را باید قطعی و یقینی دریافته باشد و یا این که فقط ظن و گمان، می تواند مجوز نقض حکم را اجازه دهد، حال آن که بنابر دیدگاه مشهور فقیهان، صرف ظن و گمان و یا شک، به تنهایی، اجازه دهنده نقض حکم نیست و قاضی، باید به اشتباه خود قطع بیابد و نقض حکم را بخواهد؛ بند الف ماده ۱۲ قانون تشکیل دادگاه های حقوقی یک و دو نیز، چنین تأکید می کند:

«جایی که قاضی قطع پیدا کند که حکمش برخلاف موازین

قانونی و یا شرعی بوده است.»

بررسی بند ب:

این بند از ماده نیز بی اشکال نیست و همان انتقادهای بند پیشین را

داراست:

۱. نوع اشتباه روشن نیست؛

۲. روشن نمی سازد که قاضی دوم، به گمان خود می تواند بسنده کند و بر پایه آن، نقض حکم را بخواهد و یا آن که باید قطع به اشتباه خود بیابد، و منظور و فایده قسمت پایانی این بند (به گونه ای که اگر به قاضی صادرکننده رأی، تذکر دهد، آگاه شود) نیز روشن نیست.

اگر قاضی و مرجع بالاتر، پس از پی بردن به اشتباه قاضی نخستین، می تواند حکم را نقض کند و حکم درست بدهد، پس برای چه به قاضی نخستین تذکر می دهد؟

بند ب ماده ۱۲ قانون تشکیل دادگاه های حقوقی یک و دو نیز جای گاه

بررسی دوباره را چنین بیان می کند:

«جایی که قاضی دیگر، به علت عدم توجه قاضی اول، به

قواعد و موازین ضروری و مسلم فقهی، قطع به مخالفت

حکم او با موازین قانونی یا شرعی پیدا کند.»

بنابر بند ج، اگر دادگاه صادرکننده رأی یا قاضی، صلاحیت رسیدگی را نداشته باشد و یا بعد معلوم شود که قاضی صلاحیت برای رسیدگی نداشته و عدم صلاحیت قاضی صادرکننده رأی ادعا شود، مرجع تجدیدنظر، نخست اصل ادعا را بر می رسد و در صورت احراز آن، رأی را نقض می کند و دوباره به آن می پردازد.

نتیجه: ویژگی های هر رژیم، سبب تمایز آن از دیگر رژیمها و سیستمهای حقوقی است و مهم ترین عاملی که سیستم حقوقی اسلام را از دیگر سیستمها، جدا می سازد، تأکید و تکیه بر وحیانی و الهی بودن قوانین و مقررات است، اما در زمینه آیین دادرسی، میان نظام حقوقی اسلام و نظامهای حقوقی عرفی چه تفاوتی وجود دارد؟

نگاهی به سیستم قضایی، چگونگی صدور رأی و اجرای آن و ... تفاوت میان این نظامها را برمی تاباند؛ در سیستم حقوقی اسلامی، قطعی بودن حکم، اصل پذیرفته شده است و قاضی؛ چه صادرکننده حکم و یا مراجع بالاتر، هیچ کدام، حق بررسی دوباره پرونده و موضوع دعوی را ندارد، حال آن که در نظامهای حقوقی عرفی، قطعی بودن حکم، کمتر مطرح می شود و حالت استثنایی به خود می گیرد.

در واقع، سیستم قضایی اسلامی، از نظام رسیدگی «یک درجه ای» پیروی می کند و سیستم قضایی عرفی، پیرو «سیستم دو درجه ای» است؛ فرض در سیستم قضایی اسلام، فصل دعوی با یک بار رسیدگی و برابر بودن حکم قاضی، با واقع و حکم خداوند است.

بنابراین، حکم باید بر محکوم علیه، اجرا شود و قاضی نمی تواند دوباره به موضوع رسیدگی کند و حتی طرفهای دعوی نیز نمی توانند با توافق یکدیگر، موضوع دعوی را نزد قاضی دیگری دوباره اقامه کنند و حکم قاضی نخستین را نادیده گیرند، و اگر قاضی دوم نیز به این موضوع آگاه شود، باید از باب «نهی از منکر» طرح دوباره دعوی را جلو گیرد و حتی می تواند طرفهای دعوی را «تعزیر» کند.

با این همه، راه هایی نیز برای نقض حکم قطعی و رسیدگی دوباره، در این مکتب حقوقی و نیز این سیستم حقوقی، مطرح شده است که این راهها را نباید با «تجدیدنظر» مطرح در نظامهای حقوقی عرفی، یکسان انگاشت، زیرا



این شیوه رسیدگی که در فقه «نقض حکم» نام می‌گیرد، با تجدیدنظرخواهی اصطلاحی، متفاوت است. هرچند که نقض حکم، رسیدگی دوباره را می‌طلبد (نظر به این که هرگز در مکتب حقوقی شیعه، قاضی دوم، حق بررسی دوباره دعوی را ندارد و تنها هنگامی می‌تواند به ادعای محکوم علیه، ترتیب اثر دهد و موضوع را دوباره بررسی کند که این ادعا، مستند به دلیل و یا دلیلهای قطعی و محکمه پسند باشد، و نظر به این که به هنگام درخواست محکوم علیه برای بررسی دوباره، او باید خواسته اش را مستند به دلیلهای پذیرفتنی، مانند: عدم صلاحیت قاضی، اشتباه او و ... سازد و این جهات را در درخواست، مشخص سازد) نمی‌توان تجدیدنظرخواهی در نظامهای حقوقی عرفی و نظام حقوقی اسلام را یکسان دانست، زیرا محکوم علیه، در این گونه نظامها، می‌تواند بدون یاد از مستندات و جهات تجدیدنظر، بررسی دوباره قاضی را بخواهد و قاضی و مرجع بالاتر نیز باید دوباره موضوع را رسیدگی کند و گرنه تاوان کار خود را باید پردازد.

گویا سبب نقض ناپذیر دانستن حکم قاضی، در فقه شیعه و نیز دیگر مذاهب اسلامی، راهی است که یک حکم، باید آن را بگذراند. به عبارت دیگر، مقررات خاص و شرایط ویژه صدور اجرای حکم، در این نظام حقوقی، مانند اختصاص قضاوت به مجتهد مطلق و نه مجتهد متجزی و ... سبب می‌شود تا نقض و یا شیوه رسیدگی دو درجه‌ای در آن، کمتر پذیرفته شود، زیرا بنا بر اختصاص حق قضاوت به معصومان و جانشینان ایشان، چگونه می‌توان انتظار داشت که حکم صادر شده از معصوم، بررسی دوباره شود؟

اقتباس قانون گذار از دیدگاه مشهور در فقه شیعه، ناموزون و ناهماهنگ است و هم به لحاظ حقوقی و هم فقهی، انتقادپذیر می‌نماید.

ماده ۳۲۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، در امور

مدنی تصویب شده ۱۳۷۹، از لحاظ حقوقی، نظم منطقی و هماهنگی میان مواد را از بین برده است، زیرا در نظامهای حقوقی عرفی، رسیدگی ادعای محکوم علیه، مبنی بر پژوهش خواهی (تجدیدنظر خواهی) و یا فرجام خواهی، باید در مدت زمان معینی مطرح شود که خارج از این مدت، رسیدگی به ادعا ممکن نخواهد بود، در حالی که ماده فوق، مدت زمان خاصی را برای طرح ادعا مطرح نمی کند که مختومه شدن پرونده را نیز با تردید روبه روی می سازد.

به عبارت دیگر، هنگامی که معلوم نباشد، رسیدگی و طرح این ادعا، ظرف چه زمانی ممکن است، محکوم علیه خواهد توانست، هر هنگام که احساس کند از حکم ضرری به او رسیده، درخواست نقض حکم بدهد، حال آن که این امر به سود دستگاه قضایی نیست و با هدف سرعت بخشیدن در رسیدگی نیز سازگار نخواهد بود، زیرا یک پرونده، باید در مرحله ای از رسیدگی، برای همیشه بسته شود و از اعتبار امر قضاوت شده و یا امر مختومه، برخوردار گردد.

افزون بر این، اگر پذیرفته شود که قاضی صادرکننده حکم، پس از صدور حکم، به دلیل اشتباهی بودن حکم، حق اظهار نظر در مورد حکم را داراست و می تواند نقض آن را بخواهد، به نظر می رسد که این دیدگاه، اندکی با «قاعده فراغ دادرس» ناهماهنگ باشد که باید تعدیل شود.

از لحاظ فقهی نیز این ماده با دیدگاه مشهور فاصله دارد؛ گویا قانون گذار در نخستین قانون گذاری که قانون تشکیل دادگاه های حقوقی یک و دو حاصل آن است، با دیدگاه مشهور هماهنگ تر بوده، اما به هنگام تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب، از آن دوری گزیده است و شاید مشکلاتی که بر سر راه اجرای نخستین قانون برابر با دیدگاه مشهور بوده، سبب شده تا قانون گذار، اندکی آن را تعدیل کند تا بتواند کمی از ناهمسازی این ماده

با دیگر مواد برگرفته از سیستم دو درجه‌ای، بکااهد. به نظر می‌رسد که باید دگرگونی‌های بعدی را در این زمینه، چشم داشت و به تعدیل هرچه منطقی‌تر این گونه مواد، امیدوار بود.

در پایان، با نگاه به ناروشن بودن جای گاه امروزی احکام حکومتی و نیاز به این گونه احکام و ضرورت روشن شدن جای گاه آن بیش از گذشته، باید منابع و متون را به شیوه روش مند بازخوانی کرد و این نکته را پذیرفت که فتوی و دیدگاه فقیه، در ظرف زمانی ویژه خود بیان شده، و شیوه رسیدن به این دیدگاه نیز متفاوت بوده است. افزون بر این، قلمرو فقه و حقوق نیز اندکی تفاوت دارد و ترجمه یک دیدگاه فقهی و جامه قانون پوشاندن به آن، بی‌نگاه به مشکلات احتمالی موجود بر سر راه اجرای آن، غیرمنطقی است و نه تنها به کاهش قانون گذاری نمی انجامد و سردرگمی‌ها را برطرف نمی کند که تورم قوانین و دوجندانی سرگردانی‌ها و اختلاف نظرهارا در پی خواهد داشت، زیرا معلوم کردن قانون ناسخ از منسوخ و نیز قانون لازم الاجرا و منطبق بر موضوع، بسیار دقیق و پیچیده است، چنانکه قانون گذار، در نخستین دوره قانون گذاری، برای فرار و گریز از این گونه مشکلات و یکپارچه کردن نظام قضایی، به نظام حقوقی اروپایی گرایید و برای جلوگیری از اختلاف نظرها و برچیدن آن، از حقوق فرانسه اقتباس کرد. این سخن، به معنای پیروی افراطی از تجربه قانون گذار پیشین نیست، بلکه باید با نگاه به دگرگونی‌های روز و نوآوری‌ها و بهره برداری از آن و اقتباس قوانین و مقررات دنیای جدید، در زمینه‌هایی که خلأ قانونی وجود دارد، این گونه قوانین وارداتی را با سنت کهن و گران مایه و گران بهای فقهی درآمیخت، نه آن که از فقه و قوانین و مقررات حقوق مدرن، به گونه‌ای ناهمگون اقتباس شود.

پی نوشتها:

۱. آیین دادرسی مدنی، عبدالله شمس، ج ۲/ ۲۹۷-۳۱۴؛ اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، ناصر کاتوزیان/ ۳۵۲-۳۸۰.
۲. سوره مریم، آیه ۱۲.
۳. مفردات الفاظ القرآن، حسین بن محمد اصفهانی (راغب اصفهانی)/ ۲۴۹، تحقیق صفوان عدنان داوودی.
۴. همان/ ۲۴۸؛ نظریه الحکم القضایی فی الشریعة والقانون، عبدالناصر موسی ابوالصل/ ۲۴-۲۰.
۵. شرح المجله، سلیم رستم باز اللبنانی، ماده ۱۷۸۶، ج ۲/ ۱۱۶۱.
۶. درر الحکام، علی حیدر؛ شرح مجلة الاحکام، تعریب فهمی الحسینی، ج ۴/ ۵۷۴.
۷. کتاب القضاء، میرزا حبیب الله رشتی، ج ۱/ ۱۰۷، تحقیق سید احمد حسینی.
۸. تحقیق الدلائل فی شرح تلخیص المسائل (کتاب القضاء)، ملاعلی کنی تهرانی/ ۲۳۶.
۹. کتاب القضاء، میرزا محمدحسن آشتیانی/ ۵۶.
۱۰. کتاب القضاء، میرزا حبیب الله رشتی، ج ۱/ ۱۱۰.
۱۱. ر. ک: مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، ناصر کاتوزیان/ ۳۵۸.
۱۲. نظریه الحکم القضایی فی الشریعة والقانون، عبدالناصر موسی ابوالصل/ ۴۲۲-۴۱۴.
۱۳. نظام الدولة والقضاء والعرف فی الاسلام، سمیر عالیه/ ۳۸۶.
۱۴. المغنی، عبدالله بن احمد بن محمود بن قدامه، ج ۱۱/ ۴۰۷.
۱۵. القوانين الفقهية فی تلخیص مذهب المالکيه، محمد بن احمد بن جزی الغرناطی/ ۳۱۶، تحقیق عبدالکریم الفضیلی، المكتبة العصرية، بیروت.
۱۶. المغنی، ج ۱۱/ ۴۰۴؛ شرح المجله، ج ۲/ ۱۱۹۰؛ نظریه الحکم القضایی فی الشریعة والقانون ۴۲۵-۴۲۲؛ المبسوط، شمس الدین سرخسی، ج ۱۶/ ۷۵؛ دارالمعرفة، بیروت.
۱۷. همان.
۱۸. المغنی/ ۴۰۷؛ بدایع الصنائع فی ترتیب الشرايع، علاءالدین ابوبکر بن مسعود کاسانی، ج ۵/ ۴۶۰، ۴۵۹، تحقیق محمد عدنان بن یاسین درویش، دار إحياء

- التراث العربي، بيروت.
١٩. نظام الدولة والقضاء والعرف في الاسلام ٣٩٠ / (اصطلاح «اعتبار امر قضاوت» از اين نويسنده است)؛ المبسوط / ٨٤؛ المغنى / ٤٠٥؛ حاشية ردّ المختار على الدر المختار، محمدا مين بن عمر (معروف به: ابن عابدين)، ج ٥ / ٥٦٨، ٥٣٧، اشرف مكتبة البحوث والدراسات، دارالفكر، بيروت؛ الاشباه والنظائر، زين الدين بن ابراهيم (معروف به: ابن نجيم) / ١١٦، تحقيق محمد مطيع الحافظ، دارالفكر، بيروت.
٢٠. نظرية الحكم القضائى فى الشريعة والقانون / ٤٢٥-٤٢٢.
٢١. حاشية ردّ المختار على الدر المختار / ٥٦٨.
٢٢. شرح المجله / ١٩١.
٢٣. نظرية الحكم القضائى فى الشريعة والقانون / ٤٢٤؛ حاشية ردّ المختار على الدر المختار / ٥٦٨ و ٥٣٧؛ بدايع الصنائع فى ترتيب الشرايع / ٤٥٩.
٢٤. المغنى / ٤٠٧.
٢٥. حاشية ردّ المختار على الدر المختار / ٥٣٧.
٢٦. نظرية الحكم القضائى فى الشريعة والقانون / ٤٢٥.
٢٧. سورة نساء، آيه ٥٩.
٢٨. سورة نساء، آيه ٦٥.
٢٩. سورة احزاب، آيه ٣٦.
٣٠. فقه القضاء، سيد عبدالكريم موسوى اردبيلى / ٢٦٢، مكتبة امير المؤمنين، قم.
٣١. وسائل الشيعه، شيخ حرّ عاملى، ج ١٨ / ٩٩، باب ١١ من ابواب صفات القاضى.
٣٢. فقه القضاء / ٢٦٣.
٣٣. العروة الوثقى، سيد محمد كاظم طباطبايى، اشرف سيد محمد حسين طباطبايى، ج ٣ (دو جلد در يك مجلد)، مسأله ٢٩ / ٢٨، مطبعة الحيدرى، تهران.
٣٤. تحرير الوسيله، امام خمينى، ج ٢ / ٣٨٦، مسأله ٨؛ تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيله، محمد فاضل لنگراني / ٣٧.
٣٥. كتاب القضاء، ميرزا محمد حسن آشتيانى / ٥٦.

۳۶. العروة الوثق / ۲۸، مسأله ۳۸. ایشان در مسأله ۲۸/۳۷، اجرای حکم قاضی و دادرسی را که در اجتهاد حکم، تقصیر کرده، روانمی داند.
۳۷. فقه القضاء / ۲۶۱-۲۵۹؛ کتاب القضاء، میرزا حبیب الله رشتی، ج ۱/ ۱۱۰-۱۰۸، کتاب القضاء.
۳۸. القواعد والفوائد، محمد بن مکی العاملی، ترجمه سید مهدی صانعی، ج ۱/ ۳۷۹، قاعده ۱۲۱، دانشگاه فردوسی، مشهد.
۳۹. مستند الشیعه، احمد بن محمد مهدی نراقی، ج ۱۷/ ۸۱، تحقیق مؤسسه آل البیت لإحياء التراث.
۴۰. کتاب القضاء، میرزا محمدحسن آشتیانی / ۵۶-۵۵.
۴۱. فقه القضاء / ۲۵۴-۲۵۳.
۴۲. بنابر دیدگاه برخی، وجوب تجدیدنظر قاضی دوم درباره حکم صادر شده، ویژه شبهات حکمیة است. در این باره، ر. ک: کتاب القضاء، میرزا حبیب الله رشتی، ج ۱/ ۱۱۶، کتاب القضاء.
۴۳. تحریر الوسیله، ج ۲/ ۳۸۷؛ مسالک الافهام، زین الدین بن علی الجعفی العاملی، ج ۱۳/ ۳۸۸، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم؛ مفتاح الکرامه، سید محمدجواد حسینی عاملی، ج ۱۰/ ۵۵، مؤسسه آل البیت؛ شرایع الاسلام، نجم الدین جعفر بن الحسن (محقق حلّی)، ج ۴/ ۷۶-۷۵، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم.
۴۴. مفتاح الکرامه، ج ۱۰/ ۵۳-۵۲؛ مجمع الفائده والبرهان، احمد بن محمد اردبیلی (مقدس اردبیلی)، ج ۱۲/ ۸۴، تحقیق شیخ علی پناه اشتهاردی، مجتبی عراقی و حسین یزدی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم؛ فقه الإمام جعفر الصادق، محمدجواد مغنیه، ج ۶/ ۷۲، دار الجواد و دار التیاریه الجدید، بیروت؛ مسالک الافهام، ج ۱۳/ ۳۸۹-۳۸۸.
۴۵. همان.
۴۶. مستند الشیعه، ج ۱۷/ ۸۵.
۴۷. شیخ طوسی در مبسوط و علامه حلّی در قواعد الاحکام، این دیدگاه را پذیرفته اند. آورده شده از: مفتاح الکرامه، ج ۱۰/ ۵۵.
۴۸. جواهر الکلام، محمدحسن نجفی، ج ۴۰/ ۹۶، تصحیح، تعلیق و تحقیق

- محمود قوچانی، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
۴۹. مفتاح الکرامه، ج ۱۰/۵۳.
۵۰. فقه الإمام جعفر الصادق، محمد جواد مغنیه، ج ۶/۷۲.
۵۱. جواهر الکلام، ج ۴۰/۹۷؛ القضاء فی الفقه الاسلامی، سید محمد کاظم حائری/۸۰۲، مجمع الفكر الاسلامی، قم.
۵۲. مجمع الفائدة والبرهان، احمد بن محمد الاردبیلی، ج ۱۲/۸۵؛ مستند الشیعه، ج ۱۷/۸۱.
۵۳. شرایع الاسلام، ج ۴/۷۵؛ مسالک الافهام، ج ۱۳/۳۹۲ و ۳۹۱؛ مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۲/۸۷.
۵۴. دو ماه نامه علمی - پژوهشی دانشور، کریم بختونه، سال نهم، شماره ۳۹، تیرماه ۱۳۸۱، عنوان مقاله: «تجدید نظر احکام در فقه امامیه و قوانین موضوعه.»
۵۵. برای دیدن نظریه مخالف، بنگرید: کتاب القضاء، میرزا حبیب الله رشتی، ج ۱/۱۱۶. ایشان، آوردن بینه و دلیل را برای طرح این گونه دعوی، ضروری نمی دانند.
۵۶. مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۲/۸۷.
۵۷. کتاب القضاء، میرزا محمد حسن آشتیانی/۵۵-۵۴ (ادعای اجماع نیز از هموست)؛ کتاب القضاء، میرزا حبیب الله رشتی، ج ۱/۱۰۸؛ مستند الشیعه، ج ۱۷/۸۹، مسأله نهم؛ تحریر الوسیله، ج ۲/۳۸۶.
۵۸. تحقیق الدلائل فی شرح تلخیص المسائل، ملا علی کنی تهرانی/۲۳۲.
۵۹. ملحقات العروة الوثقی، ج ۳/۲۶؛ جواهر الکلام، ج ۴۰/۹۴.
۶۰. تحقیق الدلائل فی شرح تلخیص المسائل/۲۳۸؛ مهذب الاحکام، میر عبد الأعلى سبزواری، ج ۲۷/۴۶ و ۴۵، دفتر آیت الله سبزواری، قم؛ تحریر الوسیله، ج ۲/۳۸۶؛ تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله، محمد فاضل لنکرانی/۳۷؛ مستند الشیعه، ج ۱۷/۸۱؛ ریاض المسائل، سید علی طباطبایی، ج ۱۵/۱۱، مؤسسة آل البيت، قم.
۶۱. وسایل الشیعه، ج ۲۷/۲۲۶، ابواب آداب القاضی، باب ۱۰، ج ۱.
۶۲. مستند الشیعه، ج ۱۷/۸۸ و ۸۷؛ ملحقات العروة الوثقی، ج ۳/۲۹ و ۲۸.