

دکتر ناصر کاتوزیان*

سهم عدالت در تفسیر قانون**

موضوعی که پیشنهاد شده تا درباره آن سخن بگویم، با کمال درایت انتخاب شده و در واقع مرکز تمام مطالعات حقوقی است؛ شیوه ای است که، اگر همان گونه که پیشنهاد می کنم دگرگون شود، نظام حقوقی کشور دگرگون می شود. این موضوع «سهم عدالت در تفسیر قانون» است. عدالت در تفسیر قوانین چه نقش و سهمی دارد؟ آیا اعتنای به عدالت ما را به هرج و مرج می کشد، یا به حقوق زیبایی و شرافتی را که سزاوار است اعطا می کند؟ ما چگونه می توانیم نظم و عدل را با هم جمع کنیم؟

قضات ما شرم دارند که بگویند راه حلی عادلانه است و همیشه سعی می کنند، برای توجیه نظر خود، بگویند راه حلی قانونی است. نویسندگان ما به نام عدالت که می رسند قلمشان شکسته می شود. گویی عدالت مترادف با هرج و مرج است. اگر این گونه توهم ها از ذهن ما درآید و نشان داده شود که حقوق بی عدالت همانند کالبد بی روح است آغاز تحولی مطلوب است.

اگر هدف حقوقدان به اطاعت محض از قانون محدود شود، کار ساده ای است. اطاعت از قانون به وسیله ژاندارمری، نیروهای انتظامی و نظامیان خیلی بهتر از حقوق دانان انجام می شود ولی، آنچه که به حقوق شرافت می بخشد، هنر حقوق دان در این زمینه است که از قواعد حقوق مرکب راهواری جهت رسیدن به عدالت بسازد.

* استاد ممتاز دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

** سخنرانی در دانشگاه آزاد واحد مرکزی، زمستان ۱۳۸۴.

پس جای تعجب نیست که به موضوع پیشنهاد شده قید عدالت را اضافه کردم، چرا که می‌خواستند در خصوص تفسیر حقوق سخن بگویم و من آن را تغییر دادم به سهم عدالت در تفسیر قانون.

بحث را با مقدمه ای دربارهٔ احترازناپذیری و ضرورت تفسیر آغاز و در سه بخش ارائه می‌کنم: (۱) بخش نخست به مبانی تفسیر اختصاص دارد. (۲) در بخش دوم از پیشینهٔ نفوذ عدالت در تفسیر سخن می‌گوییم (۳) در بخش سوم شیوه‌های تفسیر را بررسی می‌کنیم:

مقدمه

ضرورت و اهمیت تفسیر

برای نشان دادن اهمیت تفسیر، از قانون اساسی آغاز می‌کنیم: معمولاً دولتهایی که با انقلاب روی کار می‌آیند، برای اینکه نفوذی بین مردم پیدا کنند، حقوق و آزادی‌هایی در قانون اساسی پیش‌بینی می‌کنند. ولی، همین که بر اریکه قدرت مستقر شدند، پشیمان می‌شوند و برای اینکه این حقوق را باز ستانند دو راه در پیش دارند: یکی تغییر قانون اساسی و دیگری تفسیرهای بدعت‌آمیز، تفسیرهایی که بتواند قانون اساسی را از مسیر طبیعی خود منحرف کند و به دلخواه آنان سوق دهد.

گزینهٔ نخست دشوار و بسته است، چرا که نمی‌توان به آسانی قانون اساسی را تغییر داد. ولی مسیر دوم باز است. زیرا، با تفسیرهای بدعت‌آمیز و نابجا، که همه از آن مثالهایی در ذهن دارید، و امروز موضوع این سخنرانی نیست، ممکن است قوانین را به سویی ببرند، که با مقصود نویسندگان قانون سازگار نباشد. بنابراین، این پرسش منطقی به ذهن می‌رسد که چرا به هنگام نوشتن قانون از این خطر پرهیز نمی‌شود؟

دلیل احترازناپذیری خطر انحراف این است که طبع قانون و طبع هر حکم اقتضاء می‌کند که بعد از مدتی اجرای آن دچار اشکال شود و این ناشی از چند عامل است: اول اینکه قانون یا ناقص است یا مبهم. نقص قانون را بسیاری از قانونگذاران منکر

می‌شوند و فکر می‌کنند قوانینی که وضع کرده اند راه حل تمام مسائل اجتماعی را در بر دارد :

ناپلئون همین فکر را می‌کرد، آلمانها هم همین گونه می‌اندیشیدند و بسیاری از نویسندگان حقوق همین فکر را دارند و باید بپذیریم که همه اشتباه می‌کنند. هیچ قانونی گنجایش این را ندارد که تمام راه حل های اجتماعی را در خود جمع کند، حتی قوانین مذهبی . این توهم به خصوص در فقه و درباره قرآن هم ایجاد شده بود: در اوایل انقلاب گروهی می‌گفتند که ما به قانون نیاز نداریم و هرچه بخواهیم در قرآن است، بنابراین قانون ما قرآن است و احتیاجی به مجلس قانونگذاری نداریم و فقط باید یک حکومت عدل اسلامی تشکیل دهیم. این فکر به ظاهر فریبنده است ولی وقتی دقت کنیم، می‌بینیم از ابتدا خریداری پیدا نکرد. قرآن برای این نازل نشده که تمامی راه‌حلهای زندگی اجتماعی در آن باشد. گذشته از این ، سؤال مهم این است که قانون کامل چه قانونی است ؟ قانونی که برای نحوه دست و صورت شستن، غذا خوردن، دستشویی رفتن، اداره رفتن و کارکردن، برای شما قاعده وضع کند و همه را به شما دستور دهد یا قانون کامل قانونی است که انسان کامل بسازد . انسان عاقل و خردمند، انسانی که با عصای عقل خود مسیر سنگلاخ زندگی را طی کند؟ قرآن از این قبیل است .

مخالفان مجلس برای کمال قرآن استناد می‌کردند به آیه، "لارطب ولایا بسن الافی کتاب مبین" هیچ خشک و تری نیست ، مگر در کتاب مبین . در حالی که اگر شما تفاسیر را نگاه کنید ، همه یک جهت و یک دل اعتقاد دارند که مقصود از کتاب مبین قرآن نیست، مقصود لوح محفوظ الهی است. در آنجاست که هیچ خشک و تری نیست که ثبت نشده باشد و هیچ چیز از علم خدا بیرون نیست. هیچ لزومی دارد ما چیزی را به قرآن نسبت دهیم که کتاب مبین برای آن نیامده است. قرآن که کتاب قانونگذاری نیست، مکتب انسان سازی است.

وانگهی، بسیاری از مطالب است که در قانون مبهم می‌ماند و بعد از اینکه مدتی

گذشت واژه هایی که در قانون به کار رفته برای مردم غریب به نظر می آید و لازم است که کسی آنها را معنی کند و قلمرو و اجرایشان را نشان بدهد و بگوید مقصود چیست؟

فصیح ترین و بلیغ ترین قوانین قادر نیستند وضعی را به وجود بیاورند که احتیاجی به تفسیر نداشته باشد. ما از قرآن کتابی فصیح تر نداریم. قرآن در روزی نازل شد که اعراب شرافت و هنرشان در ایجاد نوشته های ادبی و قصاید و شعرهایی بود که به کعبه می آویختند. در آن روز قرآن ادعا می کرد: (اگر تردید دارید نسبت به آنچه نازل کردیم یک سوره مثل آن بیاورید. اگر نیاورید که هیچ گاه نمی توانید بیاورید آنگاه از آتشی بترسید که هیزم آن از انسانهاست، یعنی از آتش جهنم بترسید). با وجود این، می بینید که تا چه اندازه در تفسیر و تعبیر قرآن اختلاف ایجاد شده است، چندان که، به گفته مشهور، هفتاد دو ملت ایجاد شد، حافظ هم از این اختلاف می نالد و می گوید:

جنگ هفتاد و دو ملت همه را عذر بنه
چون ندیدند حقیقت ره افسانه زدند
ولی این قضاوت یک ادیب است. قضاوت حقوقدان این چنین نیست: همه آنها حقیقت را دیدند ولی از دیدگاه خود. شما دیوان حافظ را خوانده اید وقتی غمگین هستید و می خوانید یک معنی استنتاج می کنید و وقتی خوشحال هستید یک معنی دیگر و زمانی که گرفتارید استنباط دیگر می کنید.

فرزند کارگر با عینکی که به چشم دارد دنیا را می بیند، به همان چشمی نگاه می کند که خانواده اش نگاه می کنند، بچه کارفرما به چشمی دیگر که متناسب با محیط زندگی او است.

به قول فونریباخ: (تفکر در کاخ و تفکر در کلبه یکسان نیست)

بنابراین، دیدگاه های گوناگون مذاهب مختلف را ایجاد کرده است. این تهمت که حقیقت را ندیدند و همه در اشتباه هستند یا این تهمت که سوءنیت داشته اند و می خواستند حقیقت دین را کتمان کنند احتیاج به اثبات دارد و در واقع درست نیست. همه می خواسته اند که حکم خدا را اجرا کنند ولی از همین قرآن فصیح و بلیغ و از این

همه اخبار معصوم باز نتوانستند استنباطی یکسان بکنند و همه به اتفاق برسند. این همه اختلاف نتیجه تفسیرهای مختلفی است که از این کلمات انجام می شود.

از سوی دیگر، قانون به حکم طبیعت خود بعد از مدتی که می گذرد هم ناقص می ماند و هم مبهم. هیچ قانونی نمی تواند این موجود زنده یعنی جامعه را با زنجیر واژه‌ها در بند زمانه محبوس کند. این موجود در حال حرکت است و از خود قانون می آفریند. بنابراین، اگر قانونی در زمان خود کامل باشد، بعد از مدتی می بینیم بعضی از راه حلها را ندارد. ممکن است بعضی ضوابط را داشته باشد ولی باز احتیاج به تفسیر و تعبیر دارد و راه حلها روشن نیست. بنابراین نباید چنین پنداشت که می توان قانون را طوری نوشت که قابلیت تفسیر را نداشته باشد بلکه باید به این فکر بود که روش تفسیر چه باید باشد؟ تفسیر چگونه باید باشد که ما راه، به راه راست هدایت کند و منحرف نسازد. مسأله را چنان که شایسته است باید طرح کرد نه آن طور که دلمان می‌خواهد: به بیان دیگر، صورت مسأله را نباید پاک کرد و بگوییم وضع آرمانی این است که تفسیر نکنیم؛ باید تفسیر کنیم این لازمه قانون است ولی باید تفسیر به شیوه ای باشد که ما را به راه درست ببرد و منحرف نسازد.

عامل دیگری که تفسیر را توجیه می کند ضرورت صدور حکم است: قاضی و حقوقدانی که در پی راه حل های اجتماعی است به شیوه فقیهان نمی تواند اعلام کند که متوقف شدم. توضیح آن که فقیهانی که خیلی متشرع بودند اگر به مسأله‌ای برمی‌خوردند که نمی توانستند راه حل روشنی برای آن پیدا کنند و راهی به حکم خدا بیابند می‌گفتند ما متوقیم. ولی این راه توقف به روی قاضی بسته شده است. قاضی باید حکم دهد: از یک سو با قانون ناقص روبرو است و از سوی دیگر تکلیف دارد که رأی بدهد. تنها راه چاره این است که دست به ابتکار بزند و قواعدی که با روح این قانون ارتباط دارد و نزدیک است به جای قانون اجرا کند.

ارتباط بحث با مبانی و منابع و منطق حقوق

موضوع دیگر که در این مقدمه لازم است بگویم این است که شیوه تفسیر به مسائل گوناگونی در فلسفه حقوق بر می خورد؛ از جهتی به مبانی حقوق و از جهتی به منطق حقوق و از جهتی به منابع حقوق. زیرا، تفاوت می کند که ما حقوق را ناشی از قدرت دولت یا ناشی از فطرت انسان یا ناشی از تحولات اجتماعی و وجدان عمومی بدانیم و هرکدام از این گزینه ها را اختیار کنیم برای تفسیر قانون بایستی به دنبال نتایج همان نظر باشیم و شیوه متناسب را برگزینیم.

موضوع به منابع حقوق هم ارتباط پیدا می کند: خیلی فرق می کند که ما منبع حقوق را قانون بدانیم یا بین قانون و حقوق تفاوت قائل نباشیم یا بگویم حقوق منابع زیادی دارد. حقوق بسان استخری است که آبهای مختلف در آن ریخته می شود و یکی از آن آبها آبی است که از قانون سرچشمه می گیرد، ولی این بخش ناچیزی از حقوق است؟ بسان خلیجی از یک اقیانوس. رویه قضائی و عرف و عادت و عقاید نویسندگان و اندیشمندان حقوقی، و به عقیده بعضی قواعد صنفی، در اجرای قواعد حقوق مؤثرند. اگر ما پذیرای این منابع باشیم تفسیر قواعد هم فرق می کند و برای فهم قانون باید در پی تمام این منابع هم بود.

بخش نخست: مبانی و عوامل موثر در تفسیر

دو ارزش نظم و عدل

در حقوق دو ارزش والا داریم: (۱) ارزش نظم و امنیت در روابط اجتماعی (۲) ارزش عدالت. بزرگترین مشکل حقوقدانان این است که نمی خواهند از هیچ یک از این دو ارزش بگذرند؛ نه می خواهند نظم را از دست بدهند و نه می خواهند که نظم جابرانه را جانشین عدالت کنند. بنابراین تمامی گفتگوها درباره روش تفسیر در واقع دور این محور می گردد که چه کنیم که نظم به جای خود باقی باشد و قاضی خود را آزاد نبیند

که به هر طرف که می خواهد متمایل شود و در عین حال امکان اجرای عدالت هم وجود داشته باشد .

بارها به این نکته اشاره کرده ام که تمام اشکال فلسفه حقوق در این است که بایستی با دو ندا و دو کلام خطاب کند : به عامیان نهیب بزند که قانون را اجرا کنند و به خاصان نشان دهد که چگونه از قوانین راهی به سوی عدالت باز کنند. اکنون من با خاصان روبرو هستم نه با عامیان، پس، سعی می کنم راهی را که به عدالت منتهی می شود به شما عرضه کنم شاید مورد استفاده قرار گیرد. انتظار ندارم که مساله جدیدی که در حقوق ما چند سالی است مطرح شده یکباره و بی درنگ پذیرفته شود. در این سالیان اخیر در تمام سخنرانی ها و مقالاتم بر آن بوده ام که روش تفسیر را از آن تنگنای تعصب انگیز که حقوقدانان و قضات ما ایجاد کرده اند نجات بدهم و راه بازی را که امروز دنیا به آن اعتقاد دارد نشان دهم.

این راه بی مانع اثر نمی کند ولی کم کم جای خود را باز می کند، چنان که در سالهای اخیر می بینیم که اجرای عدالت به همه زبانها و حتی سیاستمداران و قضات و دیگران جاری می شود در حالی که در سابق، سخنی از عدالت نبود و همه به اجرای قانون فکر می کردند .

مقصود از نظم چیست؟

مقصود این است که قاضی منضبط باشد و در موارد مشابه یکسان دآوری کند. مقصود این است که طلبکار بداند که به حق خود می رسد و بدهکار بداند که سرانجام باید حق طرف را بدهد و بیهوده تلاش می کند که به این طرف و آن طرف متمایل شود و ظفره رود .

مقصود از نظم این است که قوای سه گانه هر کدام به جای خود انجام وظیفه کنند و در کار همدیگر دخالت بی جا نکنند. به طور خلاصه، ساختمانی که به وسیله قانون اساسی پی ریزی شده به جای خود مستقر باشد. چرخهای جامعه به آن نظم مطلوب

بگردد و انحرافی در کارها نباشد.

هدف بعضی از روشهای تفسیری مبتنی است بر ایجاد نظم و بعضی روشها مبتنی است بر ایجاد عدالت. پس، بحث روشها به دو بخش اصلی تقسیم می شود و سرانجام به یک نتیجه گیری منتهی خواهد شد. در این مورد تحولاتی را که اتفاق افتاده لازم می بینم فهرست وار عرضه بدارم. تفصیل آن را می توانید در کتاب های مفصلتر مطالعه کنید.

نفوذ نظم در روش تفسیر

برای ایجاد نظم، برای اینکه مدعی و مدعی علیه وقتی به دادگاه می روند از قبل حکم قضیه را بدانند؛ برای اینکه قاضی آزاد نباشد، تفسیر ویژه ای ضرورت پیدا می کند، تفسیری که مبتنی بر نظم و در جستجوی اراده قانونگذار است. در تمام این مکتبها این مصلحت و هدف دنبال می شود. نمایندگان ملت قوانینی وضع می کنند و قضات اجرا می کنند و دیگران هم از آن اطاعت دارند. باید راهی پیدا کرد که مقصود نویسندگان قانون را بیابیم و آن را اجرا کنیم. پس همه در جستجوی اراده قانونگذار هستند، به همین جهت، برخلاف رویه مرسوم که این روشها را تفسیر لفظی یا تحلیلی گفته اند، با نظر کاربونی که یکی از استادان حقوق مدنی فرانسه است همراه می شویم و همه را مکتب روانی می نامیم زیرا آنچه در همه اینها مشترک است جستجوی اراده قانونگذار است.

روش های استنباط اراده قانونگذار

پيروان این مکتب، در جستجوی اراده نویسندگان قانون هستند و می گویند اراده آن مقامی که قانون را وضع کرده حجت است. پس باید به دنبال این مقصود باشیم که چه اراده و نظری داشته است: گفتگوی نمایندگان مجلس را ببینیم و از تاریخ استفاده کنیم. از کتبی که مورد استفاده آنان بوده بهره بریم و به این نتیجه برسیم که اراده نویسندگان

قانون چه بوده است. حسنی که این روش دارد این است که نظم را رعایت می کند و حسن دیگر آن این است که قانون به همان مجرایمی افتد و اداره می شود که طراحان قانون می خواسته اند و اراده عمومی در همه حال حکومت می کند. ولی عیب بزرگی هم دارد که مهمترین آن دشواری پیدا کردن این اراده است: گفتگوی نمایندگان گفتگوی کسانی است که بیشتر آنان از حقوق اطلاعات کافی ندارند، در جلسه علنی پیشنهادهایی می کنند که از جمع آنها نمی توان اراده قانونگذار را استنباط کرد. این ابهام همیشه وجود دارد و تشخیص اراده قانونگذار را دشوار و گاه ناممکن می سازد.

عیب دوم که مهم تر از عیب نخست است، چنین خلاصه می شود که، ما بر فرض که بتوانیم اراده نویسندگان قانون را به دست بیاوریم و کسب کنیم، در جایی که قانون کمی کهنه شده مثل قانون مدنی که هفتاد، هشتاد سال از عمر آن می گذرد، مثل این است که جامعه را عقب برده ایم و می خواهیم راه حل مسائل امروز جامعه را با راه-حلهایی که در آن روز نویسندگان قانون مدنی فکر می کردند حل کنیم و این باعث عقب ماندگی می شود. برای جلوگیری از این عیب اساسی تمهیداتی اندیشیده اند از این قرار:

گام نخست : جستجوی اراده قانونگذار کنونی

گروهی به این فکر افتادند که، در عین حال که نظم را حفظ می کنند و به قانون استناد می کنند، در روش تفسیر تحولی ایجاد کنند. پس، این فکر را دامن زدند که، به جای جستجوی اراده نویسندگان قانون باید در مقام جستجوی اراده قانونگذار کنونی باشیم.

از روزی که قانون وضع شده تا به امروز قوانین مختلف را ملاحظه کنیم. در این قوانین راه حلهایی وجود دارد و هر کدام معنا و مقصود و هدفی دارد. از مجموع این احکام احراز کنیم که نظر قانونگذار کنونی چیست؟ به عبارتی دیگر، اگر این مساله در مجلس مقننه مطرح شود چه نظری را قانونگذاران در این خصوص ابراز می کنند؟

راه حل پیشنهاد شده این فایده را دارد که (۱) مستند قاضی قانون است (۲) از کهنگی آن راه حلها جلوگیری می شود. در این شیوه، قوانین جدید مورد مطالعه است و در نتیجه راه حلی که به دست می آوریم هم نو و هم متکی به اراده قانونگذار است راه حلی است که چند تن از نویسندگان حقوقی فرانسه از قبیل کاپیتان و کولن و دیگران پیشنهاد کرده اند و کارایی لازم را هم دارد.

خاطره‌ای از دوران قضاوتم نقل می کنم که ببینید کارایی آن کجاست: ما دو نوع مال داریم. مال مثلی و مال قیمی.

در صورتی که کسی مال دیگری را از بین ببرد، به موجب قانون مدنی، اگر مثل موجود باشد، باید مثل آن را بدهد و اگر بنایی را خراب کند باید مثل روز اول بنا کند. ولی، در صورتی که دسترسی به مثل نباشد، باید قیمت بدهد. این تقدم بین مثل و قیمت در قانون مدنی مسلم است.

حال اگر قاضی بخواهد اراده نویسندگان قانون مدنی را اجرا کند در بعضی مسائل دچار اشکال می شود. پرونده‌ای را که در این زمینه داشتم نقل می کنم تا اهمیت بحث روشن شود: اتومبیلی تصادف کرده و مالک اتومبیل آن را تعمیر کرده بود و برای مخارج تعمیر طرح دعوا می کرد و مبلغ هزینه را می خواست. وکیل طرف قضیه، از دادگاه تقاضای تعیین کارشناس کرده بود و کارشناس گفته بود که این اتومبیل به مثل صورت اول قابل برگشت است. پس، بر مبنای نظر کارشناس ایراد کرد که در صورتی که مالی به مثل صورت اول قابل بنا کردن و دادن مثل ممکن باشد دادن قیمت ممکن نیست و دعوای قیمت باید رد بشود.

دادگاه ابتدایی دعوا را رد کرده بود. به این عنوان که مدعی باید مثل را بخواهد. اگر من هم در بند عدالت نبودم می گفتم که حکم مطابق قانون است و هیچ اشکالی ندارد ولی آیا درست است کسی که تصادف می کند امکان تعمیر آن را نداشته باشد؟ و اگر طرف مقابل تمیز مأمورین را نپذیرد و خسارت را ندهد، اقامه دعوی کند و چندین سال به انتظار حکم بماند؟ در این صورت، وقتی که بخواهند ماشین را به صورت اول

در بیاورند دیگر ماشینی است که قیمت ندارد. این راه حل را چه باید کرد؟ اگر به اراده نویسندگان قانون مدنی در روز تصویب تکیه می کردیم، جز این راه حل راهی نبود ولی، من همان زمان چون این شیوه را خوانده بودم از آن الهام گرفتم. با این هدف که در متون و قوانین دیگر آیا قواعدی هست که بتوان از آنها استفاده کرد و به جای مثل قیمت داد؟

در جستجو و استقراء در این زمینه، به بسیاری از موارد، از جمله قواعد کیفری و قوانین مدنی بسیاری برخوردم که حکم به قیمت داده بودند و از همه مهمتر ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی بود که سالها پس از قانون مدنی وضع شده و مقرر کرده است که نوع خسارت و نحوه جبران آن در اختیار دادگاه است. از این متن استفاده کردم و با شکستن حکم نخستین در دادگاه ابتدایی، حکم دادم به خسارت آن کسی که صدمه زده است.

پس تفاوت است میان کسی که دغدغه عدالت و فکر یافتن راه حل در ذهن او است با آن که در پی اجرای اراده قانونگذار است: به راه حلی که مجری اراده می رسد، راه حل کهنه و با مسائل اجتماعی و با نیازهای جامعه در تعارض است ولی، راه حلی که خواهان عدالت به آن می رسد ممکن است راه حل مطلوبی باشد.

رجوع به آخرین اراده قانونگذار در واقع یک تحول است: یعنی نخستین قدمی که در راه انقیاد محض به اراده نویسندگان قانون مدنی برداشته شده این است که به جای اراده نویسندگان قانون، اراده قانونگذار کنونی جستجو شود. تحولات دیگری که رخ داده در شیوه کشف این اراده است.

گام دیگر: توجه به هدف قانونگذار و عقل

در آغاز عده ای اعتقاد داشتند که با صنایع ادبی و با ترکیب خارجی قانون می توان اراده قانونگذار را کشف کرد. چرا که این اراده در ظواهر عبارات آمده است. بنابراین، عبارات می تواند نشانه اراده قانونگذار باشد ولی سایر منابع مشکوک است.

به همین جهت، به صنایع لفظی می پردازند: به عنوان مثال بحث می کردند که در متن قانون حروف اضافه و ربط چه معنی دارد و "که" در عبارت چه معنی دارد و این عبارت چگونه به هم مربوط می شود و از نظر ادبی، جمله گفته شده مجاز است یا حقیقت است و امثال این ها.

این مکتب به نام تفسیر لفظی شهرت یافته است و برخی تمامی مکاتبی را که بر نظم قانون تکیه دارند مبتنی بر همین کاوش ادبی و لفظی می دانند و این درست نیست. این باریک بینی ادبی در بین فقهای ما هم دیده می شود و اگر دقت کنید تحولاتی که در حقوق فرانسه بوده در فقه ما هم ایجاد شده است:

اخباریون چنین فکر می کردند و به دنبال نص بودند. می خواستند حکم تمام نیازها را در اخبار یا در آیات پیدا کنند. به همین جهت، علم معانی بیان، علم ادبیات، علم رجال جزء علمی شد که لازمه اجتهاد است. می خواستند از راه ادبیات به روح قانون دست یابند.

روش تفسیر ادبی و لفظی در مورد قوانین مذهبی وجهی دارد چرا که آنها می خواهند حکم خدا را استنباط کنند و طبیعی است که باید محتاط باشند. ولی ما در جستجوی اراده قانونگذار آن تعصب را نداریم. ما می خواهیم بدانیم قانونگذار کنونی که انسان و آسیب پذیر است چه می خواسته و هیچ تعصبی هم نداریم. ما عدالت را فدای اراده اینان نمی کنیم.

بنابراین، برای یافتن اراده قانونگذار تحولی رخ داد. گام دوم به این جا رسید که: به جای تکیه به متون قوانین، به هدف قانون هم توجه داشته باشند. ببینند مصالح و مفاسدی که آن قانون را اقتضا کرده چیست؟ آیا اجرای قانون، ما را به مصلحت می رساند یا به مفسدت؟

این تحول در حقوق اروپا به طریق علمی برجسته شده و کاملاً مشخص است ولی زمینه های آن در حقوق اسلام هم دیده می شود. بسیاری از فقهای مالکی اعتقاد دارند که احکام دائر مدار علت و مصالح و مفاسدی هستند که برای رسیدن به آن مفاسد و

مصالح وضع شده‌اند تاریخ فقه را اگر مطالعه کنیم می بینیم که این تحولات در ذهن فقهای ما هم ایجاد شده است. در مرتبه سوم پای عقل به میان می آید و به فکر آن می افتند که عقل از منابع تفسیر است: بدین بیان که قانونگذار عاقل به لوازم عقلی کلام خود توجه دارد، بنابراین آنچه عقل از قانون استنباط می کند در واقع حکم قانونگذار است. اختلاف بین روش اخباریون و عقلیون در فقه هم در واقع بستگی به این روش دارد. عقلیون برای دست یافتن به حکم شارع به دنبال دخالت عقل در تفسیر و فهم قانون می‌روند و اخباریون به دنبال نص و به دنبال مفاهیم ادبی و ظواهر کلام می‌روند و این سلسله مدتها ادامه داشته است در قدیم مرحوم صدوق و کلینی تا برسد به صاحب حدائق. در مقابل عقلیون بودند که برای یافتن معنی قانون از عقل استفاده می کردند. از این تاریخ است که کم کم علم اصول ایجاد شد که در واقع علم اصول روش تفسیر قواعد حقوق است و متوجه شدند که قانون مفهوم دارد.

مفهوم موافق دارد مفهوم مخالف دارد. احکام جزئی را می توان ترکیب کرد و از ترکیب آنها ایجاد قاعده کرد. نکته قابل توجه این است که تا زمان شهید ثانی و شهید اول، اصولاً قواعد حقوق ایجاد و نوشته نشده بود چرا که مکتب ادبی و لفظی حکومت داشت. ولی، وقتی حکم عقل به میان آمد، بر این شدند که از قواعد پراکنده‌ای که در حقوق وجود دارد قاعده بسازند و این قواعد را به مکلفان بگویند که آسانتر بتوانند به حکم شارع دست یابند. بنابراین "تمهیدالقواعد" نوشته شد "عناوین" نوشته شد تا آخرین قواعد فقه که نوشته مرحوم بجنوردی است که در هفت جلد است.

بنابراین، در آخرین تحولی که در جستجوی اراده قانونگذار ایجاد شد، سهم عقل بود که، راه و روزنه ای به عدالت است و بدین ترتیب، راه ورود اخلاق و عدالت به حقوق باز شد. دیگر فقط صحبت از اطاعت نبود صحبت از چیرگی بر قانون بود. به قول هوریو یکی از نویسندگان بزرگ حقوق اساسی و حقوق عمومی فرانسه که شهرت جهانی دارد (روش تفسیر عبارت از تمهیدی است که حقوقدان به وسیله آن می تواند بر قوانین و رویه قضایی چیره شود) در طول تاریخ، جای بردگان و اربابان بسیار

عوض شده است: روزی بردگان به اربابی رسیدند و روزی دیگر اربابان به بردگی. بشر، در تمام دوران همیشه برده منطبق بوده و پذیرفته است منطبق صوری راهبرد عقل باشد و او را هدایت کند ولی در عصر ما زمانی رسیده که ما منطبق را به استخدام گیریم تا به هدفمان که رسیدن به عدالت است برسیم.

گام سوم: اصالت قانون و نخستین جوانه‌های عدالت

در مرحله بعد، عده ای به این فکر افتادند که، حال که این سد شکسته شده و راه نفوذ عدالت به تفسیر باز گردیده است، برای خود قانون صرف نظر از نویسندگان آن ارجی قائل باشند می گویند: قانونگذار همین که قانون را وضع کرد دیگر کارش تمام شده است و ما هیچ وظیفه ای نداریم که تا ابد بدانیم که نویسندگان آن قانون چه خواسته اند. قانون، همانند هر پدیده اجتماعی تابع تحولات اجتماعی است. بنابراین تمام این تحولات در معنی قانون تاثیر دارد و ما باید قانون را آنطور تفسیر کنیم که با تحولات اجتماعی منطبق باشد.

براساس این نظر، قانون دو چهره دارد: متن قانون و روح قانون. متن ثابت است ولی روح و معنا تابع تحولات اجتماعی می شود پس باید این تحولات در نظر گرفته شود.

در حقوق اروپایی، مکتب تاریخی در واقع همین سنخ فکر را داشته است: می گفتند قوانین زاده فکر کسی نیست که آن را اعلام می کند. قانونگذار وظیفه دارد قواعد را کشف کند و اجتماع خود به خود قانون را ایجاد می کند. بنابراین، وقتی قانون خود به خود، ایجاد شود، باید وجدان اجتماعی را جستجو کرد و بینیم وجدان اجتماعی چه اقتضاء دارد. در نتیجه، با این نظر در واقع از قانون بریدند و تنها سایه قانون را بر سر خودشان حفظ کردند تا نظم حفظ شود ولی وجدان اجتماعی را در کنار آن پذیرفتند. عده ای دیگر به جای وجدان اجتماعی به حقوق فطری روی آوردند و برای اینکه اسم قانون از بین نرود گفتند: بالاتر از قانون دولتی قوانینی وجود دارد عالی که فطرت

انسان و ذات روابط اشیاء آن را اقتضا می کند بنابراین باید به دنبال قوانین طبیعی رفت و دید که آیا قوانین وضع شده کشف از آن قوانین عالی می کنند و آیا با آن فطرت همگامی دارند یا نه؟ قانون را به گونه ای باید تفسیر کرد که با قوانین فطری تطبیق کند.

این شیوه راهی برای رسیدن به عدالت است، چون وسیله و راه تشخیص قواعد عقل است و عقل راهبرد و مرکب برای رسیدن به عدالت.

تحقیق علمی آزاد

سرانجام جمعی دیگر به کلی از قانون بریدند و خواستند عدالت را به تنهایی اجرا کنند و اینان مکتبی درست کردند به نام «علمی آزاد». «ژنی» در اروپا مکتب تحقیق علمی آزاد را تاسیس کرد و گفت: ما معلومات معینی داریم که باید مبنای کشف حکم قرار گیرد و از جمله آنها است: معلومات غایی، معلومات تاریخی و معلومات قانونی باید آنها را ترکیب کنیم و راه حلی از میان آنها که مطابق با مصالح جامعه باشد به دست آوریم.

این مکتب ظاهر فریبنده ای دارد، ولی اگر اجرای قانون به تحقیق آزاد و علمی از واقعیت‌ها کشیده شود، قاضی آزاد می شود که آنچه می خواهد از راه حلهای غایی و تاریخی و قانونی بدست آورد و چیزی جلودار آن نیست و نظم فدای عدالت می شود در حالی که ما به دنبال راهکاری هستیم که نظم و عدل را با هم داشته باشیم.

نتیجه: منطق خطابی: آمیزه نظم و عدل

به اعتقاد من، بر خلاف آنچه شهرت دارد و نتیجه گیری که از آن می شود، منطق حقوق منطق ریاضی نیست. منطق تحلیلی و استنتاجی تنها نیست بلکه بیشتر منطق خطایی است. وقتی قاضی یا حقوقدان با مطلبی روبرو می شود و درمی یابد که قضیه چیست خواه ناخواه راه حلی به او القاء می شود و عدالت را احساس می کند که نام آن

را "عرفان حقوقی" گذاشته‌ام. لازم نیست که گیرنده این الهام حقوقدان باشد. همه این راه حل را احساس می‌کنند ولی تفاوت حقوقدان با دیگران این است که احساس او تربیت شده است، همانطور که یک هنرمند نقاشی یا موسیقی زیبایی را آن گونه که مردم عادی درک می‌کنند درک نمی‌کند و قاضی هم که با نظام حقوقی آشنا است طبیعتاً آن عدالتی را که احساس می‌کند از درون همان نظام استخراج کرده است. ولی این اشراف و این عرفان حقوقی او را هدایت می‌کند به سوی عدالت.

در همان قضیه که مثال زدیم، همین جذبه عدالت باعث شد که عقربه حرکت فکر من به سوی راه حل مطلوب هدایت شود. ولی این تمام کار نیست، اگر بنا باشد قاضی به سائقه عدالتی که می‌خواهد عمل کند و هیچ نظمی او را پای بند نسازد هرج و مرج ایجاد می‌شود و نظم از بین می‌رود. ولی بخش دوم آن را اصلاح می‌کند و آن این است که وقتی حرکت به سوی عدالت شد، تمام هنر حقوقدان در این است که بتواند آن راه حل عادلانه را به قانونگذار نسبت بدهد یا در استفاده از قوانین به نحوی آنها را در کنار هم بچیند و قیاس‌ها را ترکیب کند که بتواند آن نتیجه را به دست آورد. عالم طبیعی مثل فیزیکدان یا طبیب برای ایجاد انرژی تازه یا برای درمان بیماری آیا می‌تواند از عوامل طبیعت جدا شود و بگوید که مثلاً سنگ به زمین نیفتد؟ او محکوم این عوامل و قوانین است متنها معنی کشف این است که این عوامل را به نحوی در کنار هم قرار دهد و ترکیب سازد که به آن نتیجه مطلوب برسد آن انرژی را به دست بیاورد و آن بیماری را کشف کند.

کار حقوقدان ماهر هم همین است که از ترکیب قوانین قیاس‌هایی بسازد که منتهی به عدالت شود و اگر به عدالت رسید این عدالت قابل استناد است و اگر نتوانست به عدالت برسد فقط این خشنودی و امتیاز برایش می‌ماند که با ظلم در افتاده است.

در مقدمه کتاب خانواده این جمله را نوشته‌ام که «سعی من بر این است که به قوانین احترام بگذارم و از آنها جدا نشوم ولی، وقتی با ستمی آشکار روبرو شوم هرچه در دسترسم است بر سر آن قانون می‌کوبم تا از رونق و جلا بیفتد اگر بتوانم از آن

می‌گذرم و اگر نتوانم لاقبل این رضایت را دارم که با ظلم در افتاده‌ام.»
قاضی هم همین حالت را دارد یعنی روشی که ما پیشنهاد می‌کنیم روشی است که نظم و عدل را با هم دارد. سایه عدالت، رنگ عدالت و پرتو عدالت مثل عقربه قطب‌نما مسیر حرکت فکر او را معین می‌کند و استدلالهای حقوقی راه رسیدن به مقصود را فراهم می‌سازد یعنی از آن استدلالها راهی را فراهم می‌آورد که به آن نتیجه منتهی می‌شود.

بخش دوم: اعمال روش پیشنهاد شده در رویه قضایی

شرح دعاوی را از خانواده، شروع می‌کنم ممکن است کسی در تمام عمر اخذ به شفعه نکرده باشد ولی خانواده دارد و در خانواده به دنیا آمده و خانواده دار می‌شود. در آغاز این جستجو موارد فسخ نکاح را مرور می‌کنیم؛ مواردی که مرد می‌تواند نکاح را فسخ کند.

فرض می‌کنیم یکی از این بیماریها که در قانون مدنی از موجبات فسخ نکاح به وسیله شوهر آمده است، با بستری شدن ۳ روزه در بیمارستان برطرف شود، آیا شما به فسخ نکاح حکم می‌دهید؟ اگر می‌خواهید قانونی باشید و فقط به منطبق قانون توجه کنید و تحولاتی که در موضوع رخ داده ندیده بگیرید، باید پاسخ داد که حکم می‌دهید به فسخ نکاح، برای اینکه موارد فسخ نکاح کاملاً استثنایی است و حکم امری است و کسی که تقاضای فسخ می‌کند حق دارد. ولی آیا این نتیجه عادلانه است و منظور قانونگذار همین بوده است؟

از طرف دیگر، اگر همسری دچار ایدز شود و شما بخواهید فقط قانون را اجرا کنید، آیا می‌توانید آن را از موارد فسخ بگیرید؟ پاسخ قانون‌گرایان افراطی بیگمان منفی است. اما اگر آن دغدغه عدالت در فکر شما باشد و در جستجوی این باشید که به راه حلی برسید که هم قانون را رعایت کنید و هم به عدالت منتهی شود، باید به شیوه‌ای استدلال کنید که هدف قانونگذار نیز تأمین شود. مقصود قانونگذار این بوده

است که عیوبی که غیر قابل علاجند و به پیوند زناشویی آسیب می زنند در این گروه آیند: به عنوان مثال، در طب سنتی از این گونه است پیسی که معالجه نمی شود اما اگر با خوردن چند قرص که باعث رفع پیسی می شود درمان گردد آیا مجوز فسخ نکاح موجود است؟ از طرف دیگر بیماریهایی وجود دارد که در سابق نبوده و اکنون شایع شده و مانع از زندگی مشترک و رابطه زناشویی بین زن و مرد می شود، پس، در حالی که چنین عارضه‌ای رخ داد چه باید کرد؟ اگر شما نتوانید اینها را جمع کنید راه حل فرق می کند بنابراین هرگاه قانونی باشید به یک نحو عمل می کنید و اگر عادلانه فکر کنید به نحو دیگر اینکه مولانا می گوید:

(چند از این فقه و کلام و اصول مغز را خالی کنی ای بوالفضول)

توجه به همان قشریونی دارد که فقط به فکر اجرای متون قانونی هستند و از عدالت غافل. یعنی از حقوق عرفان و عشق و زیبایی را می گیرند و حقوقدان را تبدیل می کنند به آدمی مطیع. آدمی که بلد است فقط اطاعت کند ولی من می خواهم این فکر را در شما بدمم که حقوقدانان به عنوان موجودی متفکر و عاقل باید سهمی در اجرای قانون داشته باشد با اجرای این روش سهم شما در تفسیر روشن می شود، در حالی که اگر به فکر اجرای عدالت نباشید به بیراهه می روید.

مثال دیگر:

به موجب قانون مدنی در اصلاحاتی که شده برای اینکه نکاح واقع شود باید زن و شوهر بالغ باشند ولی نکاح صغیر با اجازه ولی صحیح است: اگر ما به دنبال مقصود قانونگذار رویم، می گوییم: در فقه این رسم بوده که پدر و جد پدری دختر ۶ ماهه را شوهر می داده‌اند و برای پسرشان به ولایت زن می گرفته‌اند و هیچ کس به این اقدام اعتراضی نداشته است. پس، اگر ما طرفدار فقط قانون باشیم و از اراده نویسندگان قانون مدنی پیروی کنیم، درمقابل این قانون باید زانو بزنیم و فقط اطاعت کنیم. ولی وقتی من این ماده را دیدم مدتها به فکر فرو رفتم و تاسف خوردم و می خواستم از نویسندگان این قانون بپرسم که آیا شما حاضر هستید دختر ۶ ماهه را شوهر دهید یا برای پسر ۸

ساله خود زن بگیریید؟ و برای اراده، او ارزشی قائل نباشید؟ در مقابل چنین متنی چه باید کرد؟ راهی به نظر نمی‌رسد برای اینکه قانون است.

ولی من به این فکر افتادم، لاقلاً تا آنجا که می‌توانم ایستادگی کنم و گفتم که در قانون گفته شده که با اجازه "ولی" و مقصود این است که طرف نکاح باید خود دختر یا پسر باشد و ولی آنرا اجازه بدهد. کسانی می‌توانند طرف نکاح باشند که "ممیز" باشند و مفهوم نکاح و طلاق را بدانند. بنابراین باید خود دختر و پسر نکاح را انجام دهند و ولی فقط اجازه بدهد. این تفسیر را اطاعت به قانون القاء نکرده بلکه همانطور که من بیان کردم دغدغه اجرای عدالت بوده است.

مثال دیگر:

هبة مهر در زمان نکاح و قبل از نزدیکی از طرف زن و شوهر است. فرض مساله این است: زن و مردی با هم پیمان زناشویی می‌بندند و زن برای ابراز وفاداری به مرد و برای اینکه نشان دهد در بند مادیات نیست و به این پیوند احترام می‌گذارد مهر را به شوهر می‌بخشد و شوهر قبل از نزدیکی زن را طلاق می‌دهد. مشهور فقها اعتقاد دارند که زن باید نصف مهر را به مرد برگرداند. این شهرت منطقی هم به دنبال دارد و به نظر "هومز" یکی از قضات معروف آمریکایی که در حقوق آمریکا مقامی مثل "شیخ مرتضی انصاری" در فقه ما دارد می‌گوید: (هیچ کلامی نیست که نتوان برای آن منطقی پیدا کرد و طرفین دعوا هر ادعایی داشته باشند منطقی برای آن می‌اندیشند)

در این جا هم از نظر منطقی حق با فقیهان است: وقتی شما مالی را به دیگری می‌بخشید به این معنا است که در آن تصرف کردید بنابراین تصرف در حکم قبض است بنابراین چه فرقی می‌کند که آن را به شوهر ببخشید یا به بیگانه.

اگر مهر را زن گرفته بود و به مادر خود می‌بخشید آیا باید نصف مهر را برگرداند؟ بله پس، بخشش به شوهر یا ابراء ذمه او نیز همین اقتضاء را دارد و در حکم گرفتن تمام مهر است. منطبق صوری و منطبق اطاعت از قانون این را اقتضا می‌کند ولی از شما می‌پرسم آیا این راه حل شما را راضی می‌کند؟ آیا این راه‌حل در برابر ندای وجدان که

متاثر شده راه‌حلی مطلوب است که ما را به نجات برساند؟ آیا انکار و پاسخ منفی وجدان و اخلاق برای شما ارزشی ندارد؟ اگر ارزشی ندارد که من با شما سخنی ندارم اگر دارد باید به فکر راه حل باشیم.

در این صورت این راه بر ما تلقین می‌شود: اولاً: از نظر منطق عرفی، کسی که چیزی نداده، چگونه مدعی پس گرفتن آن می‌شود؟ ثانیاً: این عطیه با این شرط ضمنی همراه بوده که نکاح دوام پیدا کند نه اینکه شوهر مهر را بگیرد و طلاق بدهد و بعد نصف آن را پس بگیرد. از تقلب به قانون و از سوء استفاده نسبت به حقوق باید جلوگیری کرد. این راه حل از چه منبعی به ما تلقین می‌شود؟ از اجرای قانون؟ از اطاعت قانون؟ از احترام به قانون؟ از استخدام گرفتن منطق برای رسیدن به عدالت؟

مثال دیگر، به عنوان یک پیشنهاد که سالیان دراز است در حقوق خانواده مطرح کرده‌ام و مطمئنم که راه‌حلهای سرانجام به این امر منتهی می‌شود ولی امروز رویه قضایی آن را نمی‌پذیرد، حقی است که مرد برای طلاق دادن دارد. رویه قضایی تصور می‌کند این حق مرد است، در حالی که باید دید زیاست شوهر بر خانواده و حقوقی که به شوهر داده شده هدفش چیست؟ آیا هدف ارضای حس خودخواهی مرد است؟ یا هدف تحکیم خانواده است؟

آیا شرع یا قانون هیچ کدام این اعتقاد را دارند که ما مرد را برتر از زن می‌دانیم و این موجود برتر هر وقت بخواهد می‌تواند همسرش را رها کند و آغوش گرم‌تری که پیدا کرد به آن پناه برد. اگر این را بگویید به قانونگذار نسبتی داده اید که شایسته او نیست.

بطور معمول وقتی اسم قانونگذار را می‌بریم در واقع یک روح خیالی را در نظر می‌آوریم که به جز عقل و منطق به چیز دیگری فکر نمی‌کند و به عدالت توجه ندارد. این غول خیالی را باید شکست و به جای آن فرشته‌ای نهاد که با چشم باز واقعیت‌ها را می‌بیند و به عدالت زمانه می‌اندیشد. باید روح چنین فرشته‌ای را به عنوان اسطوره نگاه داشت تا به نام او از ظلم و ستم پرهیز شود و عدالت تامین گردد.

اگر طلاق زن، حق شوهر باشد او هر زمان بخواهد زن را طلاق می دهد ولی اگر این اختیار به مناسبت حفظ خانواده باشد آن گاه قابل سوء استفاده است. مثل کاری است که مدیری بر خلاف مصالح اداره اش انجام می دهد. اگر مدیر اداری شخصی کارمندی را بی مورد از خدمت منفصل کند دیوان عدالت می تواند بگوید: ناروا این کار را کردی چه جهت معقولی داشته این کار را کردی. شوهر هم مدیر خانواده است در واقع ریاست یک تعارف است که به شوهر می کنند تکالیف مربوط به اداره خانواده بر عهده شوهر است پس این حقی که به شوهر داده شده قابل سوء استفاده است و دادگاه در صورتی که تشخیص بدهد که او سوء استفاده می کند می تواند تقاضای او را رد کند یا لاقبل او را به دادن خسارت محکوم سازد.

زمانی برای سخنرانی به اصفهان رفته بودم در دانشگاه اصفهان، قضات استان به دیدن من آمدند یک از آنان به من گفت که (نظریه شما را ضمن رایبی اعلام کردم و تقاضای طلاق شوهر را به دلیل سوء استفاده از اختیار رد کردم) و رای خود را به من نشان داد خیلی خوشحال شدم که سرانجام رخنه ای، حتی اگر به اندازه سر سوزن باشد، در دل دادرسان ایجاد شده و عدالت بر آن تکیه زده است.

به گمان من، اگر رود خروشان در حال گذشتن است و در دست شما یک سنگ ریزه، از پرتاب این سنگ ریزه خودداری نکنید زیرا روزی سنگ ریزه ها جمع می شود سدی می سازد و مسیر رودخانه را عوض می کند. این رای در دیوان عالی شکسته شده بود. ولی همین که در فکر یک قاضی این پیشنهاد رخنه کند که "طلاق دادن" اختیاری قابل سوء استفاده است خود غنیمت بزرگی است.

طبق اصل ۴۰ قانون اساسی هیچ کس حق ندارد حق خود را به وسیله اضرار به غیر قرار دهد و دادگاه همین که اضرار را تشخیص داد و غیر عادلانه دانست از آن جلوگیری می کند. این زمینه برابری نسبی حقوق زن و مرد را فراهم می آورد و با هیچ شرع و قانونی منافات ندارد.

آنچه مرا به این راه حل رساند اجرای قانون نبود. سالیان دراز شوهران زنان را طلاق

می دادند و طلاق نامه را غیابا برایشان می فرستادند. این سنت قانون گرایان بوده است اما وقتی که این اختیار را از روزن عدالت می بینیم، به فکر می افتیم که راه حل دیگری بیابیم که از گیر و دار و تنگنای قانون رها شویم و به عدالت روی بیاوریم .
مثال دیگر:

در دادگاه شهرستان قاضی بودم سند خریدی را دیدم که خانه ای را به چهار میلیون تومان معامله کرده بودند و هنوز برق خانه وصل نشده بود. فروشنده در سند ملتزم شده بود ظرف ۴ ماه منزل را تخلیه و تحویل دهد، ولی برق ۴-۳ روز بعد وصل شده بود و اندکی تاخیر داشت. خریدار اجراییه صادر کرده بود برای مبلغ ۴ میلیون تومان فروشنده از دستور اجرای شکایت کرده بود به دادگاه و در خواست ابطال اجراییه را خواستار بود .

مطابق ماده ۲۳۰ قانون مدنی، اگر وجه التزامی در قراردادی ذکر شود قاضی حق ندارد به کمتر یا بیشتر حکم دهد. طرفین خسارت مقطوع خود را قبلاً تراضی می کنند و دادگاه فقط اجرا می کند .

در برابر این متن چه باید کرد ؟ آیا این درست است که یک نفر هم خانه را بگیرد و هم ۴ میلیون خسارت معادل کل بهای معامله، را، یعنی معامله ای انجام شود که عوض و معوض در کیسه یک نفر قرار گیرد. من شبیه این را در فقه دیده بودم و راه حلی که مخالف آن بود در پرونده ای که درباره همین موضوع داشتم اجرا کردم: موضوع از این قرار بود:

مردی، زنش را طلاق می دهد به طلاق خلع. وکیل زرنگ زن در روز آخر عده بی- اطلاع شوهر رجوع کرده بود به فدیة. ولی مرد حق رجوع نداشت چون عده تمام شده بود و فدیة در برابر رجوع بود. روزی که به این پرونده برخورد کردم، در جستجوی این فرع در متون فقه، شرحی را دیدم در مسالک الافهام که نشان می داد در معاملات معوض، از جمله طلاق خلع، این عادلانه نیست که عوض و معوض در کیسه یکی از دو طرف قرار گیرد و مبادله را مختل سازد. می گویند فقها به عدالت اهمیت نمی دهند

این مثال نشان می دهد که گفته مشهور درست نیست بسیاری از راه‌حلاها که می‌گویند "اوجه" است یعنی عادلانه است .

من به همین عنوان در آن مورد رأی دادم که رجوع به فدیة درست نیست و رجوع باید در زمانی انجام شود که طرف مقابل هم امکان رجوع را داشته باشد.

در پرونده فروش خانه و وجه التزام معادل ثمن می‌خواستم به گونه ای از این فکر عادلانه استفاده کنم . مدت‌ها در فکر بودم، برای من آسان بود که بگویم وجه التزام مطابق ماده ۲۳۰ تعیین شده و این اجراییه درست است اما این مرا راضی نمی‌کرد و امیدوارم شما را هم راضی نکند.

سرانجام، با استفاده از اصول حقوقی به راه‌حل مطلوب رسیدم بدین توضیح که، چون تعهدی که فروشنده برای وصل کردن برق کرده است تعهدی بوده که دیگری باید انجام دهد و ظاهر قضیه نشان می‌دهد که تعهد به وسیله است نه تعهد به نتیجه. او امکانات لازم را برای وصل برق انجام داده، پس به تعهد خود عمل کرده و نباید هیچ وجه التزامی پردازد و اجراییه باطل است .

این را اعتراف می‌کنم که اگر وجه التزام ۱۰ هزار تومان بود ، به این شکل رأی نمی‌دادم و می‌گفتم که ۱۰ هزار تومان را بدهد چون تقصیر کرده است اگر وجه التزام مبلغی عادلانه بود به این شکل رأی نمی‌دادم ولی وقتی عدالت در خطر افتد جذبه عدالت باعث تعیین حرکت مسیر فکر قاضی می‌گردد .

ولی ، همان گونه که گفته شد، در مرحله دوم قاضی باید مهارت خود را نشان دهد و راه‌حل عادلانه را به قانونگذار نسبت بدهد به گونه ای که هم نظم حفظ شود و هم عدل.