

## امکان تجدید نظر در آرای وحدت رویه توسط دیوان عالی کشور

اقبال علی میرزایی\*

استادیار گروه حقوق دانشگاه شهرکرد

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۲/۷ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۱/۷/۱)

### چکیده:

آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور که از آن با عنوان کلی رویه قضایی یاد می‌شود در شمار منابع رسمی حقوق است. بدین معنا که آرای هیأت عمومی دیوان عالی همچون قوانین مصوب مجلس در دادگاه‌ها قابل استناد و لازم‌الاجراست. این مشابهت بدان جهت است که رأی وحدت رویه، مانند قانون، منبع حقوق محسوب می‌شود. با وجود این تشابه، بررسی اوصاف و قواعد حاکم بر آرای وحدت رویه و رابطه آن با قانون، مسائلی را قابل توجه می‌نماید. از آن میان، مسأله تغییر آرای وحدت رویه پیشین توسط هیأت عمومی دیوان عالی کشور چشمگیر است. چالشی که نظام حقوقی ما با آن روبه روست. در حقوق ایران، اختیار دیوان عالی کشور در این باره به موجب قانون سلب شده است. در حالی که اصول حقوقی و قانون اساسی، ما را به راه مخالف رهنمون می‌شود و ضرورت‌های عملی دفاع از این عقیده را بر می‌انگیزد که هیأت عمومی دیوان عالی کشور در تغییر آرای وحدت رویه سابق مجاز باشد.

**کلید واژه‌ها:** دیوان عالی کشور، منبع حقوق، قانون، رویه قضایی.

---

\*Email: alimirzaee443@yahoo.com

## ۱. مقدمه: مفهوم منبع حقوق و اقسام آن

چنان که در نوشته‌های حقوقی مرسوم است، رویه قضایی به معنای آرای وحدت رویه قضایی از منابع حقوق به شمار می‌رود. شرح و تبیین اصطلاح منبع حقوق<sup>۱</sup> و تفکیک آن از مفهوم مبنای حقوق<sup>۲</sup> از مباحث مهم در فلسفه حقوق است. چنان که در کتاب‌های فلسفه حقوق مشهور است، مقصود از مبنای حقوق، پایه و دلیل نیرویی است که قاعده حقوقی در جامعه دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۱:مقدمه). بنابراین، نظریه‌های مربوط به مبنای حقوق در صدد است برای پرسش‌های اساسی زیر پاسخی قانع کننده بیابد. پرسش‌هایی از قبیل اینکه: راز اقتدار قانون در جامعه چیست؟ چرا باید از قانون اطاعت کرد؟ تحمیل قانون بر روابط اجتماعی چگونه توجیه می‌شود؟ و غایت ایجاد یا وجود قواعد حقوقی در جامعه چیست؟ از این رو، دلایل و عواملی از قبیل عدالت، نظم، قدرت دولت‌ها، اراده ملت‌ها و هر عامل دیگر که در پاسخ آورده شود، مبنای اعتبار یا دلیل اقتدار قانون خواهد بود.<sup>۳</sup> در نتیجه، مبنای حقوق، یعنی دلایل توجیهی تبعیت از قواعد حقوقی یا علل موجهه وجود قانون.

لیکن، سخن از چگونگی ایجاد قواعد حقوقی به مبحث منابع حقوق مربوط است و منظور از منابع حقوق سرچشمه‌های ظهور و ایجاد قواعد حقوق و یا ابزارها و سازوکارهای موجد قواعد حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۳۰۱). به عبارت دیگر، در برابر این پرسش که قواعد حقوقی چگونه

### 1. Source of Law

### 2. Foundation of Law

۳. بحث از مبنای حقوق خارج از موضوع این مقاله است و فقط اشاره می‌شود: به طور کلی پاسداری از نظم و عدالت در جامعه زیر بنای اصلی حقوق و قانون را تشکیل می‌دهد. لیکن درباره اینکه کدام یک از این مبانی مقدم‌اند، میان فیلسوفان حقوقی اتفاق نظر نیست. از دیرباز این پرسش ذهن حکیمان را به خود مشغول کرده که آیا قانون ناعادلانه سزاوار پیروی است؟ چنانچه پاسخ مثبت باشد و شهروندان مجاز به سرپیچی از چنان قانونی باشند، مساله حفظ نظم در جامعه چه میشود؟ در جمع این دو مقوله، در حقوق معاصر، ضمن دفاع از اجرای مَرّ قانون، از ارتباط آن با ارزش‌های اجتماعی غفلت نمی‌شود (Hart, 1997: 55-60). محصول آخرین نظریه‌ها در این باره، گشودن باب نافرمانی مدنی (Civil Disobedience) است: از یک سو، دلیل اطاعت از قاعده حقوقی چیزی جز هماهنگی آن با ضرورت‌های عقل و اخلاق نیست. بنابراین، قانونی که با حکم عقل سلیم مخالف است، به سبب ناتوانی از اقناع وجدانی افراد، از حقیقت حقوق فاصله گرفته و در واقع به قدرت خام یا زور می‌ماند (Dias, 1985: 313). از سوی دیگر، در جامعه منظم نباید اجازه داده شود گروهی، قانونی را که موافق عقاید خود نمی‌دانند، زیر پا گذارند. آنکه به حکم وجدان خویش قانونی را ناعادلانه می‌داند و از آن سرپیچی می‌کند به تقاضای این که نظم عمومی را بر هم زده است باید مجازات شود. اما، تمام موفقیت او در این است که توانسته است موافقت دیگران را برانگیزد و قانون گذار را در اصلاح تصمیم ناعادلانه‌اش به تأمل وا دارد (Riddall, 1991: 190-200).

ایجاد می‌شوند یا از کجا نشأت می‌گیرند؟ گفته می‌شود از منابع حقوق به دست می‌آیند. در نتیجه، منابع حقوق، مظاهر تجلی قواعد حقوقی یا جلوه‌گاه‌های ظهور قواعد حقوق است. همچنین، باید تاکید شود: مراد از منبع حقوق صورت‌های ایجاد و ظهور قواعد حقوقی است نه مقام و قدرتی که حق وضع قواعد را دارد. براین مبنا، مقامی که اختیار و صلاحیت ایجاد قاعده دارد منبع حقوق نیست بلکه اثر عمل او که به صورت قانون، رأی وحدت رویه و... درمی‌آید، منبع حقوق است (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۵ و ۳۰۱).

در تبیین مفهوم منبع حقوق باید افزود: به پاره‌ای قواعد حقوقی در دادگاه‌ها استناد می‌شود. درحالی که برخی قواعد زاینده فرایند استدلال در دادگاه است. این مسأله ریشه در یک حقیقت بنیادین دارد و آن اینکه علم حقوق از دو مقوله استناد و استدلال فراهم آمده که هر یک در جای خود نظام حقوقی را اداره می‌کنند. برخی منابع حقوقی بر پایه استناد تکیه دارند. بدین معنا که ریشه اعتبار برخی قواعد حقوقی (قانون و رأی وحدت رویه)، اقتدار یا صلاحیت نهاد وضع‌کننده یا صادرکننده آن قاعده است. در این صورت، به قواعدی از پیش ثابت شده یا قواعدی که اعتبار آنها ثابت است استناد می‌شود. گاه نیز مبنای اعتبار قاعده حقوقی، از دلایلی تشکیل می‌شود که پذیرش آن را به عنوان یک قاعده حقوقی در نظر دادگاه «موجه» (Justified) می‌نماید (Raz, 1977: 196-200). در همین معنی است که از عرف، به عنوان منبع حقوق یاد می‌شود. اصول حقوقی و روح قانون نیز در این دسته از منابع قرار دارند. همچنین رویه قضایی به معنای رویه‌هایی که در دادگاه‌ها و در اثر تکرار آرای پیشین پدید می‌آید با تکیه بر عنصر استدلال شکل می‌گیرد و اصول حقوقی درون مایه این رویه‌ها را تشکیل می‌دهد.

در تایید این حقایق، در نظریه‌های اخیر، منابع متعدد حقوق به دو دسته تقسیم شده‌اند: الف) منبع مادی (Material source) منظور از آن منبعی است که در تعیین قاعده حقوقی مستند قرار می‌گیرد. برخی منابع مستقیماً مورد استناد دادگاه‌ها و نهادهای اجرایی واقع می‌شوند. بنابراین، قوانین و مقررات نوشته مانند مصوبات مجلس قانون‌گذاری یا آیین‌نامه‌های دولتی و آرای وحدت رویه جزء منابع مستقیم‌اند. همچنین استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر فقهی در سکوت قوانین موضوعه، از این جهت است که فقه امامیه، از منابع حقوق ایران محسوب می‌شود. هم‌چنان که قواعد حقوق رم در حقوق فرانسه و آثار بلک استون (قاضی و حقوق دان انگلیسی Sir William Black Ston (1780 - 1723) در حقوق انگلیس از چنین جایگاهی برخوردارند. ب) منبع غیر مادی یا اعتباربخشی (Validate Source): در بسیاری موارد، قاعده حقوقی منبعی مادی به دست نمی‌آید. در این صورت آنچه منشأ اعتبار (و نه ایجاد) قاعده حقوقی است، منبع حقوق تلقی می‌شود. در چنین فرضی پرسش این نیست که قواعد حقوقی از کجا به دست می‌آیند، بلکه مسأله

این است که چرا یک قاعده حقوقی دارای این وصف است؟ به عبارت دیگر، در این صورت به جای گفت‌وگو از مولد یا منبع قاعده حقوقی (Source of Law)، از نیروی موجد حقوق یا مبنای اعتبار قاعده حقوقی (Foundation of Law) سخن می‌رود. (Cross & Harris, 1991: 46-47) بدین سان، مطابق این نظریه دو مفهوم منبع و مبنای حقوق به هم نزدیک شده‌اند.

به عقیده برخی حقوقدانان، در میان نویسندگان حقوقی، در تعیین و شمار منابع حقوقی اختلاف است. چنان که در پاره‌ای نوشته‌ها، دست کم ده منبع برای حقوق ذکر شده است. ولی اگرچه، بیشتر نویسندگان حقوقی منابع حقوق را منحصر به چهار منبع "قانون، عرف، رویه قضائی و اندیشه‌های حقوقی" دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۳۰۴-۳۰۳) ولی در بیشتر نظام‌های حقوقی و به عقیده اکثریت فیلسوفان حقوق<sup>۱</sup>، قانون، رویه قضایی، عرف، اصول حقوقی و اندیشه‌های حقوقی<sup>۲</sup> (دکترین) منابع حقوق را تشکیل می‌دهند.

به هر روی، رویه قضایی یکی از منابع مسلم حقوق است. در این مقاله یکی از مسائل مرتبط با این منبع حقوق یعنی مسأله تغییر آرای وحدت رویه قضایی مورد مطالعه است. ولی پیش از پرداختن آن معانی متعدد اصطلاح "رویه قضایی" تبیین می‌شود تا زمینه بحث روشن و مقدمات ضروری این مطالعه فراهم باشد.

## ۲. معانی متعدد رویه قضایی:

چنان که اشاره شد، آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور یکی از منابع رسمی حقوق است که از آن با عنوان کلی رویه قضایی یاد می‌شود. اصطلاح رویه قضایی در نوشته‌های حقوقی در معانی مختلف به کار می‌رود: در معنای عام به مجموع آرائی اطلاق می‌شود که در نظام حقوقی و در نتیجه دادرسی‌های به عمل آمده از مراجع قضائی (اعم از دادگاه‌های بدوی، تجدید نظر و دیوان عالی کشور) در خصوص موضوعی صادر شده است. چنان که گفته شده است: "اصطلاح رویه قضایی اگر بی‌قید و به طور مطلق به کار رود مقصود از آن همین معنای عام یعنی مجموع آرای قضایی است. ولی منظور از رویه قضایی در معنای خاص آن ناظر به فرضی است که همه دادگاه‌ها یا دسته‌ای از آنها در باب یکی از مسائل حقوقی روش یکسانی در پیش گیرند و به اندازه‌ای آرای مربوط به آن

۱. از آن جمله‌اند: هربرت هارت (Hart, 1997: 101)، سر رابرت کراس و جی هریس (Cross & Harris, 1991: 46-47) و فرانسوا ژنی (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۲-۵ و ۴۵ به بعد).

۲. در حقوق کشور ما، فقه اسلامی (امامیه) را باید بر منابع یاد شده افزود. اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ در این باره صراحت دارد.

موضوع تکرار شود که بتوان گفت هرگاه محاکم با چنان مسأله‌ای در آینده رو به رو شوند همان تصمیم را خواهند گرفت" (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۵۰-۴۴۹).

در این صورت در واقع عرف و عادت مسلم قضایی در یک موضوع پدید آمده است. بنابراین رویه قضایی در این معنی به راه حل نسبتاً ثابتی اطلاق می‌شود که دادرسان در موضع سکوت قانون یا در مقام تفسیر و اجرای قانون در پیش گرفته‌اند و می‌توان آن را محصول عرف شکل گرفته در محاکم (عرف خاص) دانست. براین مبنا، به نظر می‌رسد روش محاکم حقوقی، مبنی بر الزامی دانستن ابلاغ اظهارنامه، پیش از واخواست سفته‌های عندالمطالبه، مصداقی از رویه قضایی به این معنا باشد (برای اطلاع از مبانی این رویه و نقد آن ر.ک: فخاری، ۱۳۸۷: ۱۶۸-۱۵۹). همچنین است پذیرش اعتبار سند عادی در معاملات اموال غیر منقول و املاک ثبت شده. هم چنان که، در رویه مستقر دادگاه‌ها حکم رفع تصرف عدوانی در صورتی که محکوم علیه مال را به تصرف ثالثی داده باشد، علیه متصرف کنونی اجرا می‌شود تا عمل غیر قانونی محکوم علیه مانع اجرای حکم نشود (در این موضوع نظریه‌های مشورتی متعددی از اداره حقوقی قوه قضائیه ارائه شده است که مضمون قاعده بالا را تأیید می‌کند. ر.ک. حیاتی، ۱۳۹۰: ۲۹۹ و ۳۲۳).

لیکن مراد از عنوان رویه قضایی، در معنای اخص آن و در کنار دیگر منابع حقوقی، همان آرای لازم‌الاتباع هیأت عمومی دیوان عالی کشور و در اصطلاح، آرای وحدت رویه قضایی است. بنابراین، مطابق نظر رایج در نوشته‌های حقوقی، فقط آرای نوعی دیوان عالی کشور از منابع رسمی حقوق محسوب می‌شود و قواعدی که به وجود می‌آورد مانند قانون الزام آور است (کاتوزیان، همان: ۴۶۸). چنان که مشهور است: "با تمیز منابع رسمی حقوق یک کشور می‌توان منابع حقوق آن را تعیین کرد: مقصود از منبع رسمی، منبعی است که دادگاه می‌تواند به قواعد وضع شده توسط آن استناد کند و در این مقام، دادرس از توجیه و استدلال بی‌نیاز است. بر این مبنا، قانون بی‌تردید از منابع حقوقی است. همچنین است آرای نوعی (وحدت رویه) هیأت عمومی دیوان عالی کشور" (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۵-۴). از این رو، رأی وحدت رویه ی قضایی نیز مانند قانون، قاعده کلی و الزام-آور می‌سازد و در شمار منابع حقوق در می‌آید. در نتیجه، آرای تمامی دادگاه‌ها، قاعده حقوقی ایجاد نمی‌کند. در کشورهای دارای نظام حقوقی نوشته، فقط آرای وحدت رویه قضایی چنین هستند<sup>۱</sup> و در حقوق کامن‌لا نیز تنها آرای دادگاه‌های عالی موجد قاعده سابقه<sup>۱</sup> است.

۱. به همین جهت، در قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه‌ها از صدور حکم به طور کلی و عام ممنوع شده‌اند. ماده ۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ مقرر داشته: «دادگاه‌ها مکلفند در مورد هر دعوا، به طور خاص تعیین تکلیف نمایند و نباید به صورت عام و کلی حکم صادر کنند». چون کلیت از خصایص قانون و قاعده حقوقی است و دادگاه مرجع حل اختلاف است، نه واضع قانون.

### ۳. قاعده سلسله مراتب میان منابع حقوق و مبنای آن:

امروزه، در همه نظام‌های حقوقی، وجود سلسله مراتب میان منابع حقوق پذیرفته شده است و قانون در رأس این منابع قرار دارد. به همین جهت در حقوق معاصر، اعتبار رویه قضایی و دیگر منابع با قانون برابر دانسته نمی‌شود و سایر منابع حقوقی از جمله رویه قضایی در درجه‌ای فروتر از قانون قرار دارند. بر این مبنا، قواعد حقوقی حاصل از منابع حقوقی متعدد اعتبار یکسان ندارند و قواعد ناشی از منابع پایین دست، اقتدار نقض و الغای قواعد منبع بالادست را ندارند (Hart, 1997: 101).

از این رو، نه تنها در حقوق ما که در همه نظام‌های حقوقی حتی نظام‌های تابع کامن لاء، برتری قانون بر رویه قضایی و منابع دیگر پذیرفته شده است (Ibid). به همین دلیل، در نوشته‌های حقوقی و آرای قضایی از تعارض قانون با آرای وحدت رویه سخن به میان نمی‌آید و عقیده به امکان الغای قانون با رأی وحدت رویه قضایی طرفداری ندارد. در عمل نیز این قاعده رعایت می‌شود. چنان که هیات عمومی دیوان عالی کشور اقتدار تغییر قوانین را برای خود نمی‌شناسد. به دیگر سخن، این نتیجه طبیعی برتری قانون<sup>۲</sup> بر سایر منابع حقوق است که منابع یاد شده اقتدار معارضه با قانون را

۱. به موجب این قاعده دادگاه‌ها ملزم به تبعیت از قواعد حقوقی اعلام شده در آرای پیشین خود و مراجع قضایی بالاتر هستند. مطابق اصول دادرسی پس از اثبات موضوع در دادگاه، قاضی مکلف است حکم قضیه را در منابع حقوق جستجو کند. یکی از این منابع در نظام کامن لاء قواعد مندرج در آرای قضایی سابق است. البته آرای تمامی دادگاه‌ها قاعده ساز نیستند. در حقوق انگلیس، رویه قضایی این کشور تنها آرای دادگاه عالی استیناف (Court of Appeal) و مجلس لردان (House of Lords) را از این اقتدار برخوردار می‌داند (Cross & Harris, 1991: 41-50).

۲. بیان علت تفوق قانون بر سایر منابع حقوق از حوصله و موضوع این نوشتار خارج است و تنها اشاره می‌شود که این اقتدار قانون دلایل فلسفی- تاریخی دارد. به حکایت تاریخ، پوزیتیویسم حقوقی همزمان با پیدایش مفهوم جدید دولت و همگام با اندیشه ایجاد حاکمیت یکپارچه شکل گرفت؛ در نظریه‌های جدید سیاسی از تفوق حاکمیت سیاسی بر قلمروهای هنجاری دیگر همچون قبایل محلی و نظام کلیسا دفاع می‌شد. تعریف قانون به فرمان حاکم سیاسی یا دستورات مستظهر به تهدید (Orders backed to Threat) از سوی جان آوستین (John Austin, ۱۸۵۹-۱۷۹۰ حقوقدان انگلیسی) در چنین فضایی مطرح شد. بدین سان، در اندیشه‌های حقوقی نیز مقارن با شکل‌گیری اندیشه‌های سیاسی راجع به دولت تحول پیدا شد. مطابق این اندیشه، قانون چیزی نیست جز دستورهای دارای ضمانت اجرا یا فرمان‌های متکی به تهدید. او قانونگذار را کسی می‌دانست که همگان از او اطاعت می‌کنند ولی او مطیع دیگران نیست. (Marmor, 2001: 40-42). تقویت مکتب اثبات‌گرایی حقوقی و تعدیل نظریه حقوق طبیعی نزد اندیشمندان و دکتربین حقوقی در عمل نیز آثاری به جای گذاشت: جریانی که در اروپا که به نهضت تدوین قانون مشهور شد و با قانون مدنی ناپلئون در فرانسه به اوج خود رسید با هدف‌هایی چون جلوگیری از خودسری قاضیان، رفع بلا تکلیفی اصحاب دعوا، امکان پیش‌بینی احکام و تصمیمات دادگاه‌ها و ضرورت شفاف‌سازی کار محاکم شکل گرفت. از این جریان امروزه به فورمالیسم (=Formalism= شکل‌گرایی) یاد می‌شود که در قرن نوزدهم در بیشتر دولت‌های اروپایی حاکم بود. در نتیجه این نگرش و بر اثر افراط در اهمیت قانون، سایر منابع حقوق به کلی به انزوا رانده شدند. لیکن از

نداشته باشند.<sup>۱</sup> نیز، بر اساس اصل سلسله مراتب میان منابع حقوق است که هیأت عمومی دیوان عالی کشور صلاحیت تغییر و الغای قانون را حتی به بهانه ایجاد وحدت رویه قضایی ندارد (کاتوزیان، همان: ۳۷۱-۳۷۰).

چنان که اشاره شد، در نظام‌های کامن لا نیز، منابع حقوقی دیگر از جمله آرای قضایی موجد سابقه در درجه‌ای فروتر از قانون قرار دارند. بر این مبنا از طرفی، در صورت تعارض قانون (مصوبات پارلمان) با قاعده سابق، برتری با قانون است و در نتیجه قاعده معارض قابل استناد نیست. همچنین، پارلمان همواره می‌تواند قاعده قضائی را ملغی کند. از طرف دیگر، استناد به قاعده قضایی سابق تنها در سکوت قانون و در جهت رفع خلاء های قانونی راهگشاست (Cross & Harris, 1991: 41-50).

در مقام تحلیل و بیان مبنای اصل سلسله مراتب منابع حقوق، برخی نویسندگان برقراری نظم و ترتیب میان قواعد حقوقی را اساس این قاعده می‌دانند و معتقدند در صورت وقوع تعارض میان قواعد حقوقی به یاری این قاعده کلی می‌توان تقدم و تأخر دو قاعده معارض را مشخص کرد و بدین وسیله از احتمال بی‌نظمی و تداخل میان قواعد و مقررات حقوقی جلوگیری می‌شود (Hart, 1997: 95). اگر بپذیریم که حقوق و نظام حقوقی حافظ نظم و امنیت در جامعه است، ضرورت دارد آنکه داعیه برقراری نظم در سر می‌پروراند و دیگران را به اطاعت فرا می‌خواند خود نیز باید منظم باشد و تا حدودی تبعیت و نظم را تجربه کرده باشد. برخی نویسندگان از همین جا از نظریه سازمانی بودن حقوق (Law Is an Institution) دفاع کرده‌اند و معتقدند این ویژگی حقوق است که مفاهیمی چون سلسله مراتب و تبعیت را در علم حقوق معنادار می‌کند (نیل مک کورمیک، مفهوم حقوق و مفهوم حقوق، چاپ شده در: جورج، ۱۹۹۶: ۱۸۸-۱۶۳). دیگران، ریشه قاعده سلسله مراتب را در عالم سیاست یافته‌اند (ابوالحمد، ۱۳۶۰: ۱۹ به بعد) و برخی هم آن را محدود به حوزه حقوق عمومی

---

اوایل قرن بیستم این عقیده تعدیل شد و منابع دیگر حقوق نیز به صحنه بازگشتند اما اقتدار پیشین را نداشتند و فروتر از قانون جای گرفتند (جان کلی، ۱۳۸۲: ۲۲۶ و بعد).

۱. باید افزود: برخلاف نظر شایع و مشهور میان حقوقدانان که هر قاعده حقوقی را با قاعده هم درجه و بالاتر قابل نسخ و تغییر می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۷ و ۳۷۱) هر قانون و قاعده حقوقی فقط با قاعده هم درجه قابل تغییر است: از این رو، رأی وحدت رویه نه تنها اقتدار تغییر قانون را ندارد، تغییر آن با اقدام مستقیم قانونگذار نیز صحیح نیست. منطق حقوق نیز موافق این ترتیب است: اگر بپذیریم رأی وحدت رویه معارض قانون فاقد اعتبار است دیگر نیازی به نسخ و اصلاح مستقیم آن پیدا نمی‌شود. قانونگذار می‌تواند آن دسته از آرای وحدت رویه را که با مصالح کشور مخالف می‌بیند و یا به هر دلیلی آنها را نمی‌پسندد با وضع قانون مغایر بی اثر سازد. به همین جهت، در تاریخ حقوق کشورمان موردی را نمی‌توان یافت که قانونگذار تغییر یا الغای رأی وحدت رویه را اعلام کرده باشد.

دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۶-۷ و ۷۱ به بعد و ۱۳۷۹: ۳۰۹-۳۰۶). چنان که مبنای بیشتر مقررات حقوق اداری و حقوق اساسی مفاهیم اقتدار و حاکمیت است تا اقتناع و استدلال. باید افزود: اصل یاد شده در میان انواع قانون به معنای عام نیز مراعی است. چنان که قانون عادی نباید مخالف قانون اساسی باشد. نیز، بر همین مبناست که آیین‌نامه‌های دولتی در صورت مخالفت با قانون بی اعتبار بوده و قابل ابطال‌اند.

#### ۴. محدوده آثار سلسله مراتب منابع حقوقی:

چنان که گذشت، در میان منابع حقوق، سلسله مراتبی هست و به همین دلیل حکم قانون بر قواعد به دست آمده از منابع دیگر برتری دارد، لیکن این وضعیت منافی با استقلال منابع حقوقی نیست. زیرا مفهوم تعدد و استقلال منابع حقوقی هنگامی معنا و اثر کامل خود را می‌یابد، که در عین پذیرش برتری برخی منابع بر دیگران هر یک از منابع مذکور در درون خود، مستقل از منابع دیگر از آزادی عمل برخوردار باشند و برای مثال در تغییر قواعد خود محدودیت نداشته باشند. بدین سان، عمده محدودیت منطقی ناشی از برتری قانون بر رویه قضایی این است که قاعده قضایی مخالف با قانون، معتبر قابل استناد نیست. لیکن لازمه عقلی و منطقی این تقدم و برتری این نیست که قاعده قضایی به موجب قاعده‌ای معارض از نوع خود قابل تغییر و اصلاح نباشد.

در فلسفه حقوق معاصر، نظریه استقلال منابع حقوق از یکدیگر مسلم دانسته می‌شود. بدین بیان که در تاریخ نظریه‌ها فیلسوفان و اندیشمندان حقوقی به دلایلی تاریخی سعی بر فروکاستن قواعد حقوق به یک منبع واحد یا قاعده ی بنیادین داشتند. چنان که جان اوستین عرف و عادت یا قواعد عرفی را فرمان ضمنی<sup>۱</sup> حاکم می‌نامید و به نظر او ریشه همه قواعد حقوقی را همچون قانون در اراده فرمانروا باید جست. لیکن فیلسوفان پس از او به درستی دریافتند که منبع بودن عرف به این جهت نیست که قانون یا قانونگذار به آن اعتبار بخشیده باشد. نیز اعتبار قواعد حقوقی اعلام شده در آرای قضایی ریشه در قانون عادی ندارد. بنابراین، وابسته کردن اعتبار منبع عرف یا رویه قضایی به منبع دیگر یعنی قانون به منزله تردید در اصالت منابع مذکور و در واقع، به معنای خارج کردن آنها از شمار منابع حقوق است. (Hart, 1997, p.54-64)

بنابراین، در میان منابع حقوق در عین استقلال آنها از یکدیگر، سلسله مراتب وجود دارد و به همین جهت قانون بر قواعد به دست آمده از منابع دیگر برتری دارد، اما تنها نتیجه منطقی برتری قانون، این است که قاعده قضایی مخالف با قانون مجلس قابل استناد نیست، نه این که رأی وحدت رویه قضایی اعتبار خود را نیز از قانون گرفته باشند. چنان که برخی فیلسوفان تصریح کرده‌اند: در

1. Tacit Order



منطق علم حقوق، میان دو مفهوم تبعیت<sup>۱</sup> یا سلسله مراتب قواعد حقوقی و اشتقاق<sup>۲</sup> اعتبار قواعد از یکدیگر ملازمه‌ای نیست. (Hart, 1997: p.101) یعنی، این حقیقت که قاعده فروتر، اقتدار نقض یا تغییر قاعده برتر را ندارد، اصولاً مستلزم این نیست که قاعده پایین‌تر در ارتباط با قواعد هم‌درجه با خود نیز با محدودیت مزبور رویه‌رو شود و از اصلاح قاعده هم‌نوع خود ناتوان باشد. در نتیجه چنانچه قانونی مقرر کند "عرف و عادت رایج در جامعه با رواج عرف مخالف قابل تغییر نیست و فقط به موجب قانون تغییر می‌یابد." نه تنها با حکمت قانونگذاری و منطق حقوقی قابل توجیه نیست بلکه با عقل سلیم و ساده‌عرف نیز سازگاری ندارد. به همین قیاس، قانونی که مقرر می‌دارد: "آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور قابل تجدید نظر نبوده و فقط به موجب قانون بی اثر می‌شوند."<sup>۳</sup> و بدین وسیله، هیأت عمومی دیوان عالی کشور را از تغییر آرای وحدت رویه قضایی ممنوع می‌سازد، با منطق حقوق و اصول حقوقی سازگار نیست و به همین جهت پذیرش آن دشوار است.

به علاوه، با وضع چنان قانونی، مخالفت قانونگذار با قانون اساسی نیز مسلم است: اصل ۱۶۱ قانون اساسی ما به صراحت اختیار ایجاد وحدت رویه قضایی را به دیوان کشور اعطا کرده است.<sup>۴</sup> اگرچه رأی وحدت رویه، بدان جهت که در رتبه ای فروتر از قانون است نمی‌تواند با آن معارضه کند. لیکن بی‌گمان منشاء اختیار هیأت عمومی دیوان عالی، در صدور آرای نوعی، نه اجازه قانون عادی، که حکم قانون اساسی است. از این رو، هرچند ممکن است در اجرای برخی اصول قانون اساسی، قوانین و مقرراتی در مجلس وضع شود<sup>۵</sup>، اما، این مقررات نباید مخالف قانون اساسی یا فراتر از آن باشد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دیوان عالی کشور را در جهت انجام صحیح وظیفه نظارت بر اجرای قوانین، مجاز و مکلف به ایجاد وحدت رویه قضایی می‌داند. تغییر رویه‌های نادرست نیز از ملزومات همین تکلیف است و به موجب قوانین عادی قابل سلب نیست. چنان که به تعبیر برخی نویسندگان، نفی صلاحیت مرجع مفسر در اصلاح تفسیر خود خلاف منطق و اصول حقوقی است (شمس، ۱۳۸۲: ۱۱۵).

### 1. Subordination.

### 2. Derivation.

۳. این حکم در ماده ۲۷۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ آمده است.
۴. در این اصل می‌خوانیم: "دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و ... تشکیل می‌گردد".
۵. چنان که در اجرای اصل ۱۶۱ قانون اساسی، قانونگذار ما قوانین مکرر به شرح زیر در این زمینه تصویب کرده است:
  ۱. ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸/۴/۷
  ۲. ماده‌های ۴۲ و ۴۳ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹/۴/۲
  ۳. ماده ۳ الحاقی به قانون آ.د.ک ۱۳۲۹ قمری مصوب ۱۳۳۷/۵/۱
  ۴. ماده ۲۰ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶ و ۵. دو ماده ۲۷۰ و ۲۷۱ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸.

گذشته از اینها، بی‌گمان، مراد از اینکه رأی وحدت رویه در حکم قانون است این است که رأی وحدت رویه، به منزله قانون و هم شأن آن است و لذا احکام و قواعد قانون را دارد. به همین دلیل، دادرسان و سایر مجریان قانون نمی‌توانند از آن تخلف کنند. نیز عدم اجرای رأی وحدت رویه، همانند استنکاف از اجرای قانون است. هرچند رأی وحدت رویه قضایی ماهیتاً و موضوعاً قانون نیست. چون مرجع صدور آن قوه مقننه نیست (مدنی، ۱۳۸۷: ۳۴). لیکن، از این قاعده که رأی وحدت رویه در حکم قانون است نباید نتیجه گرفت که آرای وحدت رویه هم ردیف آیین نامه‌های دولتی محسوب شده و در درجه‌ای فروتر از قانون قرار دارد. بلکه، برعکس از آنجا که رأی وحدت رویه در حکم قانون است، آیین‌نامه مغایر رأی وحدت رویه قابل اجرا و استناد نیست.

به دیگر سخن، فرق است میان رابطه قانون و آیین نامه اجرایی آن با ارتباط بین رأی وحدت رویه و قانون. اگر می‌توان گفت: نمایندگی و اختیار تصویب آیین نامه اجرایی از سوی قانونگذار اعطا می‌شود و به همین جهت تصویب آیین نامه قانونی بدون وجود چنان اختیاری فاقد اعتبار است. لیکن، چنان که پیش‌تر اشاره شد، در مورد آرای وحدت رویه، چنین نیست و اختیار هیأت عمومی دیوان عالی کشور در صدور آرای وحدت رویه مستقیماً از قانون اساسی برگرفته است.

با وجود این، چنان که گذشت، رأی وحدت رویه اقتدار معارضه با قانون را ندارد. اما، این قاعده گذشته از اصل سلسله مراتب قواعد حقوقی بر مبنایی دیگر نیز استوار است. اگر پذیرفته شود که رأی وحدت رویه، به واقع، بیان صحیح‌ترین یا موجه‌ترین تفسیر از قانون بوده و از این جهت بی‌شبهت به قانون تفسیری نیست، قاعده عقلی تبعیت از حکم یا امر مورد تفسیر در اینجا نیز حاکمیت دارد. بر همین مبنا، رأی وحدت رویه تابع حکم مورد تفسیر است و نمی‌تواند ناقض قانون مورد تفسیر باشد و یا از آن تخطی نماید. نیز بر این مبناست که با اصلاح یا الغای قانون، سخن از اعتبار رأی وحدت رویه قضایی مربوط به آن بیهوده می‌شود. به عبارت دیگر، با تغییر قانون، رویه قضایی که در تفسیر آن شکل گرفته بود بدون موضوع می‌ماند و در نتیجه منتفی می‌شود. قانون تفسیری نیز چنین است و به مقتضای طبیعت خود با زوال قانون مورد تفسیر زائل می‌شود.

##### ۵. نظریه مخالف و نقد آن:

از آنچه گذشت، این نتیجه به دست می‌آید که قانون عادی نمی‌تواند دیوان عالی کشور را از تجدید نظر در آرای وحدت رویه پیشین باز دارد و یا به هر شکلی اختیار دیوان مذکور را در صدور آرای وحدت رویه محدود کند. با وجود این، چنان که بیان شد، قانونگذار ایرانی ضمن تخطی از اصول حقوقی و با نقض قانون اساسی، طی ماده ۲۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ مقرر داشته

است: «آرای هیات عمومی دیوان عالی کشور قابل تجدید نظر نبوده و فقط به موجب قانون بی اثر می‌شوند»<sup>۱</sup>.

برخی نویسندگان در تأیید حکم ماده یاد شده استدلال کرده‌اند: امکان تغییر رأی وحدت رویه، گذشته از اینکه پیامدهای عملی نامطلوب دارد با اصول حقوقی نیز مغایر است: از سویی، اعطای اختیار تغییر آرای وحدت رویه به دیوان عالی، تغییر پی در پی آنها را سبب گردیده و از این طریق نظم و ثبات حقوقی را متزلزل می‌کند. از سوی دیگر، پذیرش چنان اقتداری ملازم با عقیده به امکان نسخ قانون بوسیله رأی وحدت رویه است. زیرا رأی سابق به موجب قوانین راجع به وحدت رویه در حکم قانون در آمده است. بدیهی است که رأی وحدت رویه نمی‌تواند ناسخ قانون قرار گیرد (مدنی، ۱۳۷۰: ص ۱۰۰ به بعد).

لیکن باید گفت: نه تالی فاسد ادعایی در عالم واقع محقق شده و نه اعتقاد به آن ملازمه منطقی موجه و قابل دفاع است: از سویی، ادعای وقوع تغییرات پی در پی و متعدد آرای وحدت رویه با واقعیت وفق نمی‌دهد. چنان که، در تاریخ دادگستری ما با وجود اختیار دیوان عالی کشور در تغییر آرای وحدت رویه، از سال ۱۳۲۸ تا ۱۳۷۸، تنها در یک مورد هیأت عمومی دیوان به صراحت عدول از تصمیم سابق خود را اعلام کرده است.<sup>۲</sup> از سوی دیگر، بر فرض که صرف امکان تغییر زود هنگام آرای وحدت رویه، با وجود عدم تحقق آن، منافی نظم و ثبات حقوقی باشد، از آنجا که امکان

۱. بدین ترتیب، با تصویب ماده مزبور، حکم قسمت اخیر ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸/۴/۷ که رأی وحدت را به موجب نظر هیأت عمومی دیوان نیز قابل تغییر می‌دانست، نسخ و اصلاح شده است.

۲. چنان که اشاره شد، هیأت عمومی دیوان عالی کشور در عمل کمتر از این اختیار خود استفاده کرده است و به همین جهت نمونه‌های آرای وحدت رویه تغییر یافته نادر است. رأی وحدت رویه شماره ۵۷۵-۷۱/۲/۲۹ تنها رأیی است که توسط هیأت عمومی دیوان به تصریح مورد اصلاح و تجدید نظر واقع شده است. البته چنان که خواهیم دید، نمونه دیگری نیز در این خصوص هست ولی، به این صراحت نیست. چون بعد از سال ۱۳۷۸ صادر شده است. به هر حال، به موجب رأی شماره ۵۷۵: «دعوی مالکیت اشخاص حقیقی یا حقوقی نسبت به اموالی که با حکم دادگاه‌های انقلاب اسلامی مصادره شده از جمله دعاوی حقوقی می‌باشد که رسیدگی آن در صلاحیت خاصه دادگاه‌های حقوقی است...» تغییر این رأی به جهت پیامدها و آثار نامطلوبی که داشت، با ذکر دلایلی چند از سوی دادستان کل کشور وقت، از هیات عمومی دیوان عالی کشور تقاضا شد. هیأت مذکور با پذیرش دلایل درخواست، طی رأی شماره ۵۸۱-۷۱/۱۲/۲ صراحتاً از تصمیم پیشین خود عدول کرد و با اینکه از زمان صدور رأی سابق یکسال نگذشته بود، اصلاح و تغییر آن را به شرح زیر اعلام کرد: «... هیأت عمومی وحدت رویه دیوان عالی کشور بر اساس ذیل ماده واحده قانونی وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸/۴/۷، در رأی وحدت رویه شماره ۵۷۵-۷۱/۲/۲۹ تجدید نظر نموده و با تغییر رأی مزبور، رسیدگی به ادعای اشخاص حقیقی یا حقوقی را نسبت به اموالی که دادگاه‌های انقلاب نامشروع شناخته و مصادره نموده‌اند در صلاحیت دادگاه‌های انقلاب تشخیص می‌دهد...».

تصویب قانون به سرعت و فوریت در بسیاری موارد وجود ندارد، در مواردی که ضرورت یا مصلحتی در میان باشد، محروم کردن دیوان کشور از حق تغییر در آرای سابق خود چندان موجه نیست. به علاوه، اگر پذیرفته شود که رأی وحدت رویه، پس از صدور، اعتبار حقوقی دارد بنابراین، رأی جدید به محض صدور در کنار آرای پیشین قرار گرفته و اعتبار خواهد داشت. در نتیجه، نمی‌توان آن را در درجه‌ای فروتر از رأی یا آرای سابق قرار داد. چون مرجع صادر کننده هر دو واحد است. به همین دلیل، در باره اقتدار آن در تغییر آرای قبلی نیز نباید تردید شود. همچنانکه قانون جدید پس از تصویب در ردیف قوانین موجود قرار می‌گیرد و نمی‌توان گفت قانون سابق در درجه‌ای بالاتر از قانون لاحق است. بی‌گمان، قانون ناسخ و منسوخ در یک رتبه‌اند و به همین جهت، در وقوع نسخ میان آنها مانعی منطقی وجود ندارد. به ویژه که سخن گفتن از تغییر رأی وحدت رویه یا قانونی که هنوز به شکل رأی یا مصوبه قانونی در نیامده مفهومی ندارد.

#### ۶. وضعیت کنونی ماده ۲۷۱ ق.آ.د.ک:

چنان که گذشت، در شرایط کنونی حقوق ایران، عقیده به امکان تغییر رأی وحدت رویه با رأی مؤخر، با مانع قانونی روبه روست. همان گونه که اشاره شد، حکم قانون وحدت رویه قضائی مصوب ۱۳۲۸ مبنی بر پذیرش این امکان، با ماده ۲۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ نسخ و ملغی شده است. با وجود این، باید گفت: اگر نتوان اقتدار هیأت عمومی در تغییر آرای وحدت رویه سابق را پذیرفت، معلوم نیست در مقام تعارض لاینحل دو رأی وحدت رویه سابق و لاحق جانب کدام یک را باید برگزید. در چنین وضعی حتی اگر رأی سابق مخالف اصول حقوق و روح قانون باشد، اعتقاد به اصلاح و تغییر ضمنی آن با رأی مؤخر ممکن نیست.<sup>۱</sup>

۱. به عنوان نمونه‌هایی از آرای وحدت رویه معارض می‌توان به دو رأی شماره ۵۹۳-۷۳/۹/۱ و ۶۰۹-۷۵/۶/۲۷ اشار کرد: رأی صدرالذکر به استناد بند ۳ ماده ۹ قانون تجدید نظر آرای دادگاه‌ها مصوب ۷۲/۶/۲۷ که در مقام احصاء احکام قابل تجدید نظر ذکری از دعاوی نفقه، حضانت، تمکین و ... ننموده، دعاوی مذکور را قابل تجدید نظر نمی‌داند. در حالی که مطابق رأی شماره ۶۰۹ کلیه آرای دادگاه‌ها در دعاوی غیر مالی قابل تجدید نظر دانسته شده است. روشن است که دعاوی نفقه، حضانت و مانند آنها از دعاوی غیر مالی محسوب می‌شوند. به همین دلیل اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۱۹۲۵-۷۶/۵/۱۲ رأی وحدت رویه ۶۰۹ را ناسخ رأی شماره ۵۹۳ دانسته است. همچنین مفاد آرای شماره ۶۸۷-۱۳۸۵/۳/۲ و ۶۵۱-۱۳۷۹/۸/۳ با یکدیگر قابل جمع نیست و به همین جهت به ناچار باید گفت رأی موخرالصدور رأی سابق را در قسمت مغایر اصلاح و لغو کرده است. مطابق رأی ۶۵۱ کلیه جرایم اشخاص کمتر از ۱۸ سال تمام بدون استثنا در دادگاه اطفال رسیدگی می‌شود. در حالی که به موجب رأی ۶۸۷ صلاحیت کلی دادگاه‌های اطفال در رسیدگی به جرایم مستوجب قصاص یا رجم یا صلب یا حبس ابد در خصوص اشخاص بالغ زیر ۱۸ سال تخصیص خورده و رسیدگی به جرایم مزبور در صلاحیت دادگاه تجدید نظر استان است.

به هر حال، با عدم پیش‌بینی مرجعی صالح، برای ابطال قوانین مغایر با قانون اساسی در حقوق ایران در شرایط کنونی، عقیده به بی‌اعتباری حکم مقرر در ماده ۲۷۱ ق. آد. ک مبنایی ندارد. به ویژه که تایید قانون مذکور به وسیله شورای نگهبان، اماره‌ای بر مطابقت قانون یاد شده با قانون اساسی محسوب است. با وجود این، مطابق نظر نویسندگانی که دادگاه‌ها را در تشخیص مطابقت قانون عادی با قانون اساسی صالح می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۴۷-۱۴۶). این امکان هست که بتوان گفت: هیأت عمومی دیوان کشور می‌تواند با نادیده گرفتن تصمیم قانونگذار در این باره همچنان به تغییر آرای سابق خود دست یازد. هر چند نمی‌توان قانون مانع این اختیار را بی‌اعتبار و باطل دانست. لیکن، اگر هیأت عمومی چنان رویه‌ای در پیش گیرد، سبب می‌گردد ماده ۲۷۱ مرقوم در شمار قوانین متروک و بی اثر درآید تا اینکه قانونگذار از موضع خود عقب‌نشینی کند و به اصلاح ماده ۲۷۱ یادشده وادار شود.

رای وحدت رویه شماره ۷۱۵ مورخ ۱۳۸۹/۳/۶ را می‌توان روشن‌ترین اقدام هیأت عمومی دیوان عالی کشور در شکستن طلسم ماده ۲۷۱ یادشده دانست. هیأت مذکور در جریان صدور رای فوق‌الذکر، تحت تأثیر ضرورت‌های عملی و به مقتضای پویایی رویه قضایی نتوانست به نظر سابق خود پایبند بماند. در نتیجه طی رای شماره مرقوم با عدول از نظر قبلی خود<sup>۱</sup>، اعلام کرد: "آرای دادگاه‌های... انقلاب در مواردی که مجازات قانونی جرم، اعدام باشد قابل تجدید نظر در دیوان عالی کشور است".

#### ۷. نقد پاره‌ای آرای وحدت رویه و توجیه ضرورت تغییر آنها:

اینک، ضمن تأیید رویه دیوان عالی کشور مبنی بر تغییر پاره‌ای آرای وحدت رویه سابق تأکید می‌شود: ضرورت تغییر آرای وحدت رویه در موارد مقتضی، حقیقتی انکار ناپذیر است. چنان چه بررسی و دقت شود، کم نیستند آرای وحدت رویه‌ای که از راه صواب به دور افتاده و از جهت مغایرت با قانون، اصول حقوقی، عدالت و انصاف محل نقد و تأمل‌اند. در این موارد، نظر دادرسان و اندیشه‌های حقوقی می‌تواند راهنمای تحول و تغییر باشد. اما، اگر هیأت عمومی راه برگشت نداشته باشد تا زمان تغییر و اصلاح قوانین مربوطه باید انتظار کشید.

اینک با بررسی برخی آرای وحدت رویه که به جهات بالا مورد نقد و ایراد قرار گرفته‌اند بحث را

پی می‌گیریم:

۱. مطابق رای وحدت رویه شماره ۷۰۳ مورخ ۱۳۸۶/۵/۹: "ماده ۲۱ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ علی‌الاطلاق مرجع تجدید نظر آرای دادگاه‌های ... انقلاب را دادگاه تجدید نظر استان محل استقرار آن دادگاه‌ها ... دانسته...".

الف) رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ به تاریخ ۱۳۸۷/۵/۲۲ مفاداً مشعر این معنی است که حق حبس مقرر برای زوج در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، تا دریافت تمامی مهریه مندرج در عقدنامه برقرار است و عسر و حرج زوج و حکم تقسیط مهر مانع و مسقط حق یادشده نیست.

صرف نظر از استدلال‌های حقوقی در این باره، از لحاظ اجتماعی و اخلاقی گفته شده است: اگرچه حقیقت و فلسفه تشکیل خانواده، تأسیس نهادی مقدس در جهت اجرای دستور الهی و عمل به سنت مقدس محسوب است اما، متأسفانه امروزه، حسب آداب و رسوم متداول، در مواردی این نهاد به ابزار معامله و سوداگری تبدیل شده و کانون خانواده نه تنها جایگاه مهرورزی و معاشرت حسنه نیست. بلکه به میدان کشمکش و قدرت نمایی مانند شده و قانون نیز در پاره‌ای موارد، ندانسته و ناخواسته به عنوان آتش بیار و هیزم کش این معرکه عمل می‌کند. بدین سان، چنانچه مهریه زوج‌های چهل میلیون تومان مقرر شده و درآمد زوج کارگر یا کارمند چهارصد هزار تومان باشد، با کسر یک چهارم حقوق و دستمزد او قریب به ۳۴ سال طول می‌کشد تا تمامی مهریه پرداخت شود. آن گاه عروس به خانه داماد ۶۰ ساله پای می‌گذارد. به علاوه، نباید از یاد برد که نفقه زوج در این سالها به حکم قانون به عهده زوج است و باید به خانه پدر زن حواله شود (حسینی، ۱۳۸۷: ۱۱-۸). از این رو، عقیده به سقوط حق حبس زوج، در صورت عسر و حرج زوج، به جهت موافقت با اصل ضرورت معاضدت زوجین در تشکیل و تشییع مبانی خانواده تأیید می‌شود و در مقابل، دفاع از رأی وحدت رویه فوق‌الذکر را دشوار می‌نماید.

ب) به موجب رأی شماره ۷۱۴ مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۱۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور " ... برای اقامه دعوی حقوقی، شکایت از آرا و دفاع از آنها دخالت وکیل قانوناً الزامی نیست...". در بیان علل و موجبات صدور این رأی باید گفت: آیین‌نامه اجرایی مواد ۳۱ و ۳۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶<sup>۱</sup> که در تاریخ ۱۳۸۴/۳/۵ به تصویب رئیس قوه قضائیه رسید، منشاء اختلاف میان دادگاه‌ها شد. پاره‌ای محاکم در اجرای آیین‌نامه مذکور - که به آیین‌نامه اجباری شدن وکیل معروف شد- از پذیرش دعوی حقوقی که به مباشرت اشخاص حقیقی و حقوقی غیر

۱. به موجب ماده ۳۲ یاد شده: " در نقاطی که وزارت دادگستری اعلام کند اقامه تمام یا بعضی از دعاوی حقوقی و نیز شکایت از آرا و دفاع از آنها در دادگستری با دخالت وکیل دادگستری خواهد بود...".

۲. در ماده ۱ آیین‌نامه مزبور می‌خوانیم: "به حکم ماده ۳۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶ اقامه کلیه دعاوی مدنی و حقوقی و نیز شکایت از آرا و دفاع از آنها در دادگاه‌های دادگستری با دخالت وکیل دادگستری یا مشاوران حقوقی ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه خواهد بود". لیکن در موارد استثنایی که در تبصره یک این ماده تصریح شده اشخاص حقیقی اجازه دارند شخصا اقامه دعوا نمایند و در تبصره ۳ آن، دولت و دارندگان رتبه قضایی، وکلای دادگستری و فارغ التحصیلان حقوق در دعاوی مربوط به خود از حکم ماده یادشده مستثنی شده‌اند.

دولتی و بدون استفاده از خدمات وکلای دادگستری اقامه می‌شد، امتناع می‌کردند و بدین ترتیب، با وجود صراحت آیین نامه یادشده، صرفاً به هنگام طرح یک اختلاف حقوقی، دخالت وکیل دادگستری را ضروری می‌دیدند و فقط مباشرت خواهان را در اقامه دعوی حقوقی نمی‌پذیرفتند. در مقابل، دیگران بنا بر آنچه از قانون و آیین نامه مربوط استنباط می‌کردند، دخالت وکیل را هم در موقع طرح دعوی حقوقی و هم در موضع دفاع از دعوا و شکایت از آرا ضروری تشخیص داده و تکلیف قانونی مزبور را به هر دو طرف دعوا متوجه می‌دانستند.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مقام رفع این اختلاف و جهت ایجاد رویه واحد میان محاکم، رأی فوق‌الذکر را صادر کرد و چنانکه ملاحظه می‌شود، نظر هیچ یک از دو طرف اختلاف را تأیید نکرد. در این باره برخی نویسندگان معتقدند: رویه حرفه‌ای شدن امور در دنیای امروز به صورت عرف و عادت مسلم درآمده و تأیید عقل و سیره عقلا نیز پایگاه آن است. بنابراین، مقصود قانونگذار از تصویب ماده ۳۲ مارالذکر، تأیید حکم عقل و عرف مبنی بر تخصصی کردن امر دعوی و در نتیجه کاهش احتمال طرح دعوی واهی و بیهوده و در نهایت کاستن از هزینه‌های مادی و معنوی اشتباه در دادرسی بوده است (کریمی، ۱۳۹۰: ۱۰۹-۹۳). در حالی که رأی وحدت رویه فوق با این هدفها و عرف زمانه سازگار نیست.

با وجود این، اکثریت قضات حاضر در نشست هیأت عمومی، با طرفداری از این استدلال که در شرع و قانون، الزامی در مراجعه به وکیل نیست، عقیده خود را به صورت رأی فوق‌الذکر ابراز کرده‌اند. اما اقلیت مخالف عقیده مزبور و نویسندگان هم داستان با آنها افزوده‌اند: استفاده از خدمات وکیل دادگستری از باب قاعده عقلی رجوع به خبره ضروری است و مطالعه فقه انور، عکس تلقی مزبور را ثابت و لزوم تغییر رأی وحدت رویه مذکور را ایجاب می‌کند. در این باره به احادیث و منابع فقهی نیز ارجاع داده شده است (کریمی، همان جا).

گذشته از ایراد یاد شده، با دقت در رأی وحدت رویه ۷۱۴ و قانون مورد تفسیر آن، چنین بر می‌آید که هیأت عمومی دیوان عالی کشور، آیین نامه اجرایی قانون را از اثر انداخته و به اصطلاح عقیم کرده است. کاری که مطابق اصول حقوقی و قانون اساسی ما، در شأن و صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است. مطابق قوانین راجع به وحدت رویه قضایی، وظیفه هیأت عمومی دیوان عالی کشور رفع استنباطهای نادرست از قوانین در دادگاهها و جمع رویه‌های متشکست در باب تفسیر قانون است. اما، تشخیص مغایرت آیین‌نامه‌های دولتی با قانون، در صلاحیت دیوان عدالت اداری است. در نتیجه، بعید نیست اقدام دیوان عالی کشور در این باره نوعی خروج از صلاحیت تلقی شود.

ج) به موجب رأی وحدت رویه ۶۳۰ سال ۱۳۷۷ "جرایم انتسابی، زناى محصنه و محصن بوده که در صورت اثبات، برحسب مقررات موضوعه مجازات آن رجم می‌باشد و بر طبق ماده ۲۱ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب... مرجع تجدید نظر محکومیت و برائت در خصوص مورد دیوان عالی کشور است. ولی چون محکوم علیها در مورد اتهام زنا به کمتر از نصاب شرعی و قانونی اقرار کرده است، محکومیت مشارالیهها به کمتر از ده سال حبس... موجب تغییر مرجع تجدید نظر نمی‌باشد...". نیز مطابق رأی شماره ۶۲۱ سال ۱۳۷۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور: "برحسب اطلاق قسمت الف بند ۲ ماده ۲۶ ناظر بر ذیل ماده ۲۱ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، در مورد اعلام وقوع قتل عمدی، چنانچه دادگاه بدوی قتل را غیر عمد تشخیص دهد و حکم محکومیت بر این اساس صادر گردد، تشخیص دادگاه، مسقط حق تجدید نظر خواهی شاکی خصوصی از جهت ادعای عمدی بودن قتل نمی‌باشد و مرجع رسیدگی تجدید نظر در این مورد با توجه به ماده ۲۱ قانون مرقوم دیوان عالی کشور خواهد بود".

در نقد آرای فوق گفته شده است: "در مورد صلاحیت دادگاه، مقتضای اصول و قواعد دادرسی این است که... نتوان به صرف ادعای شخص، جریان دادرسی را در اختیار وی گذاشت... در مورد اتهامی نظیر قتل عمد، اگر دادگاه به قتل شبه عمد حکم دهد... متهم از قتل عمد برائت دارد و این از مدلول التزامی حکم استفاده می‌شود." (خدابخشی، ۱۳۸۴: ۲۳ که این عقیده را به عنوان نظر مخالف از سوی یکی از قضات حاضر در جلسه هیأت عمومی نقل کرده است). برخی محققان در مقام بیان مبنای حقوقی این عقیده و نتیجه‌گیری از بحث افزوده‌اند: "توصیف حقوقی یا قضایی به منزله رکنی از ارکان علم قضا و از مفاهیم پیچیده و تخصصی است که در اختیار دادرسان قرار دارد. بر این مبنا، در تعیین نوع جرم، توصیف قانونی دادگاه رسیدگی کننده به اتهام مبنا و ملاک است نه آنچه که شاکی مدعی است. لذا آرای وحدت رویه فوق‌الذکر را باید حکمی استثنایی تلقی و در همان موارد و موضوعات مطروحه اعمال کرد" (همان جا).

د) گاهی در قانون، جرم معینی در حکم جرمی دیگر اعلام می‌شود. برای مثال، جرم انتقال مال غیر را در حکم کلاهبرداری می‌داند. در این موارد، در واقع، قانون گذار دو عمل مجرمانه را از حیث برخورد و ضمانت اجرا یکی می‌انگارد؛ هرچند ماهیت و عنصر مادی آنها یکی نباشد. حال مسأله‌ای که در این باره مطرح می‌شود این است که عبارت "انتقال مال غیر در حکم کلاهبرداری است" به معنای اجرای کلیه احکام کلاهبرداری در باره جرم انتقال مال غیر است؟ یا چنین نیست. در این باره برخی محققان استدلال کرده‌اند: "وابستگی عمل فرعی (انتقال مال غیر) به عمل اصلی (کلاهبرداری) صرفاً در خصوص آنچه که مهم‌ترین مقصود مقنن بوده و حکم اصلی برای عمل مرجوع الیه می‌باشد محقق است نه در خصوص سایر احکام و قواعد مخصوص عمل اصلی. براین



مبنا، چون مطابق ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی اصولاً اعمال تخفیف درباره کلیه جرایم تعزیری و بازدارنده ممکن است، لذا حکم تبصره ۱ ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ از آنجا که متضمن امری استثنایی و خلاف قاعده است در مورد جرایمی که مجازات آنها به کلاهبرداری احاله شده است جاری نیست". (خدابخشی، همان: ۹۸-۱۰۰) به دیگر سخن، چنانچه قانون موضوعی را در حکم امری دیگر قرار دهد، همه احکام قانونی آن امر را نمی‌توان به دیگری سرایت داد. بلکه حکم مربوط به موضوع اصلی فقط از جهتی که قانونگذار آن دو را مشابه دانسته و در واقع مقصود اصلی قانونگذار بوده به موضوع دیگر سرایت می‌کند.<sup>۱</sup>

با وجود این، هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۲۸ به تاریخ ۱۳۷۷/۶/۳۱ در جهت مخالف حرکت کرده است. از مفاد رأی مزبور چنین بر می‌آید که محدودیت تخفیف مجازات حبس به میزان حداقل مدت مقرر در تبصره یک فوق‌الذکر به جرایمی نیز که در حکم کلاهبرداری تلقی شده‌اند تسری دارد. به همین جهت، رأی مزبور به دلیل مخالفت با اصول حقوقی قابل‌خدشه است.

مشابه این ایراد، در مورد رأی وحدت رویه شماره ۶۹۶ مورخ ۱۳۸۵/۹/۱۴ نیز مطرح است. بدین توضیح که در باب تعزیری یا بازدارنده بودن مجازات جرم انتقال مال غیر میان دادگاه‌ها بحث و اختلاف بالا گرفت. نتیجه عملی این اختلاف نظر، در مسأله حاکمیت مرور زمان مقرر در ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ نمودار می‌شود. پاره‌ای محاکم با عقیده به اینکه مجازات جرم یاد شده جنبه تعزیری دارد مقررات مرور زمان را در مورد آن جاری نمی‌دانستند. اما برخی دیگر بر این مبنا که مجازات مذکور از جمله ی مجازات‌های بازدارنده است، آن را مشمول حکم مرور زمان می‌دانستند. تا اینکه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، طی رأی وحدت رویه فوق‌الذکر و به دستاویز این استدلال که قانونگذار جرم انتقال مال غیر را در حکم کلاهبرداری محسوب کرده، مقررات مربوط به کلاهبرداری از جمله خصیصه تعزیری بودن آن را به جرم انتقال مال غیر سرایت داد.<sup>۲</sup>

۱. رأی اصراری شماره ۳۱ سال ۱۳۵۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، موید این نظر و موافق با اصول حقوقی صادر شده است. رأی یاد شده مفاداً اشعار داشته است: "... عطف ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده به بند ۵ قانون ازدواج صرفاً راجع به میزان مجازات است لاغیر..." (به نقل از خدابخشی، همان جا).

۲. البته در رأی وحدت رویه مذکور استدلالی دیگر نیز به چشم می‌خورد که آن هم قابل تأمل است. بدین بیان که اقدام به انتقال مال غیر ماهیتاً از مصادیق اکل مال به باطل به شمار آمده و حرمت شرعی آن استنباط شده و با این استدلال عمل مزبور قابل تعزیر شرعی شناخته شده است. با وجود این، علی‌الاصول ملاک تعزیری بودن جرم و غیرشرعی بودن آن وجود سابقه کیفری در فقه است. در حالی که جرم انتقال مال غیر از امور مستحدثه است و چنین عنوان مجرمانه‌ای در فقه سابقه ندارد.

ه) چنان که پیش‌تر گذشت، به مقتضای اصل سلسله مراتب میان منابع حقوقی، رأی وحدت رویه توان معارضه با قانون ندارد و هیأت عمومی نباید خلاف قانون حرکت کند. با وجود این، در عمل بارها دیده شده که هیأت عمومی دیوان عالی به بهانه تفسیر قانون و به ضرورت مصلحت‌های عملی، قواعدی مخالف با قانون ایجاد کرده و بدین وسیله قانونی را متروک ساخته است؛ رأی وحدت رویه شماره ۵۳۶-۱۳۶۹/۷/۱۰- نمونه‌ای مشهور از این گونه است: رأی یاد شده بر خلاف نص ماده ۲۹۵ ق.ت. که در مقام بیان مقررات برات مقرر داشته: «هیچ نوشته‌ای نمی‌تواند... جایگیر اعتراضنامه شود...». و با نقض ماده ۳۱۴ همان قانون که مقررات راجع به اعتراض برات را در مورد چک نیز جاری می‌داند، گواهی بانک محال علیه دایر بر تایید عدم پرداخت وجه چک را به منزله واخواست دانسته و بدین طریق قوانین یاد شده را بی اثر کرده است.

همچنین، با اینکه ظاهر ماده ۲۸۹ قانون تجارت<sup>۱</sup> ناظر به تمام مواعد مذکور در ماده‌های پیش از خود (ماده ۲۸۶ در باب مهلت اقامه دعوی و ماده‌های ۲۸۴ و ۲۸۵ در خصوص مهلت ارسال اظهارنامه) است، رأی وحدت رویه شماره ۲۲۳۱ تاریخ ۱۳۴۱/۸/۵، آن را ناظر به مهلت اقامه دعوا دانسته و بدین وسیله تکلیف ظهنویس سند تجاری را در خصوص ضرورت ارسال اظهارنامه رسمی بی‌ضمانت اجرا کرده و در نتیجه مقررات مادتین ۲۸۴ و ۲۸۵ یاد شده را متروک ساخته است (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۶۸).

به هر روی، آرای قابل نقد و ایراد منحصر به موارد یاد شده نیست. مثال‌هایی که آورده شد حاصل استقرای ناقص است و مسلماً آرای دیگری از این دست وجود دارند که از اصول حقوقی دور افتاده باشند. در این موارد، هیأت عمومی دیوان عالی کشور ناگزیر باید از راه رفته باز گردد و در اصلاح این قبیل آرا بکوشد و این امر زمانی میسر می‌شود که راه بازگشت بسته نباشد.

#### ۸. نتیجه‌گیری:

رأی وحدت رویه در حکم قانون است. یعنی به منزله قانون و لازم‌الاتباع است و عدم اجرای آن همچون استنکاف از اجرای قانون بوده و دادگاه‌ها نمی‌توانند از آن تخلف کنند یا از اجرای آن امتناع ورزند. در نتیجه، رأی وحدت رویه، همانند قانون منبع حقوق محسوب می‌شود. لیکن، رأی وحدت رویه، هم شأن با قوانین مجلس نیست. چون، ماهیتاً قانون نیست و به تصویب مجلس نرسیده است و به همین دلیل، منبع رویه قضایی در جایگاهی فروتر از قانون قرار دارد و به همین جهت، اقتدار معارضه با قانون را ندارد و نمی‌تواند مخالف قوانین باشد. مبنای این قاعده، گذشته از

۱. به موجب ماده مزبور: "پس از انقضای مواعد مقرر در مواد فوق دعوی دارنده برات بر ظهر نویس‌ها... پذیرفته نخواهد شد".

اصل سلسله مراتب منابع حقوقی که بر پایه نظم درون سازمانی در نظام حقوقی استوار است، قاعده عقلی عدم تخطی تفسیر از امر مورد تفسیر نیز هست. رأی وحدت رویه به واقع مفسر قانون است. هر تفسیری مطابق طبیعت خود، مبین و تابع موضوع محل تفسیر است و نمی‌تواند با آن معارضه کند. از این رو، وضعیت آرای وحدت رویه، با رابطه قانون و آیین‌نامه‌های دولتی قابل قیاس نیست. اختیار تدوین آیین‌نامه‌های دولتی را قوه مقننه به دولت اعطا می‌کند. در حالی که، هیأت عمومی دیوان عالی کشور به تجویز قانون اساسی به صدور آرای وحدت رویه اقدام می‌کند. بنابراین، قانونی که این اختیار دیوان عالی کشور را ممنوع یا محدود کند، علاوه بر مغایرت با اصول حقوقی، مخالف قانون اساسی بوده، بی‌اثر است.

همچنین، آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، در حقیقت، صحیح‌ترین و موجه‌ترین تفسیر از قانون است. بنابراین چنانچه در مواردی دیوان عالی از این راه صواب دور مانده باشد باید به اصلاح آرای خود اقدام کند. تفاوتی نمی‌کند که آرای مزبور از استدلال‌های استوار برخوردار نبوده و از اقتناع وجدانی دادرسان و اندیشه‌های حقوقی باز مانده باشند یا اینکه دیوان مذکور با عدول از نقش حقیقی خود به وضع قواعد تازه دست زده باشد. چنان که ممکن است آرای وحدت رویه، با ارائه تفسیری مخالف با ظاهر قوانین برخی مقررات قانونی را متروک ساخته و عملاً بی اعتبار کرده باشند.

در نتیجه، ضمن توصیه تغییر برخی آرای وحدت رویه به جهات فوق‌الذکر، اصلاح ماده ۲۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ و احیای حکم قسمت اخیر ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸، پیشنهاد می‌شود.

## ۹. منابع و مآخذ:

### الف. فارسی و عربی:

۱. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۶۰)، «مسأله سلسله مراتب قوانین در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران: چرا قانونی بر قانون دیگر برتر است؟»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۲۲، صص ۱۹-۳۱.
۲. بولانژه، ژان (۱۳۷۶)، «اصول کلی حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه»، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۳۶، صص ۱۰۱-۷۳.
۳. حسینی، جمال (۱۳۸۷)، «ما ز یاران چشم یاری داشتیم»، *خبرنامه کانون وکلای دادگستری اصفهان*، شماره ۳۲، صص ۳۷-۳۵.

۴. حیاتی، علی عباس (۱۳۹۰)، آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
۵. خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۴)، استقلال و پیوند حقوق مدنی و کیفری، تهران: انتشارات فکرسازان.
۶. شمس، عبدالله (۱۳۸۲)، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
۷. فخاری، امیر حسین (۱۳۸۷)، اندیشه‌های حقوقی (۳): حقوق تجارت، تهران: انتشارات مجد.
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۹)، کلیات حقوق: نظریه عمومی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۰. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۳)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۱. کریمی، عباس و حسن محسنی (۱۳۹۰)، «اصل آزادی دفاع در دادرسی مدنی»، پژوهشنامه حقوقی، سال دوم، شماره اول، دانشگاه گیلان، صص ۹۳-۱۰۹.
۱۲. کلی، جان (۱۳۸۲)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: انتشارات طرح نو.
۱۳. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۸۷)، رویه قضائی، چاپ نهم، تهران: انتشارات پایدار.
۱۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۰)، «تکلیف آراء وحدت رویه از نظر تطبیق با قانون اساسی و شرع»، مجله حقوقی دادگستری، شماره اول، سال اول، صص ۱۱۲-۱۰۰.
۱۵. مهاجری، علی (۱۳۹۰)، آراء وحدت رویه جدید دیوان عالی کشور، تهران: انتشارات فکرسازان.

#### ب. انگلیسی:

1. Cross, R. and Harris, J.w (1991), **Precedent in English Law**, London: Oxford U. Press.
2. Dias (1985), **Jurisprudence**, London: butter worth.
3. George, Robert, p. (1996), **The Autonomy of law: Essays on legal positivism**, London: oxford u. press.
4. Hart, H. L.A (1997), **The Concept of Law**, Second Edition, London: Oxford. U. Press.
5. Marmor, Anderi (2001), **Positive law and objective values**, London: Clarendon press.
6. Raz, Joseph (1977), **The Concept of a Legal System**, Oxford.
7. Ridall.j.G. (1991), **jurisprudence**, London: Butterworth.