



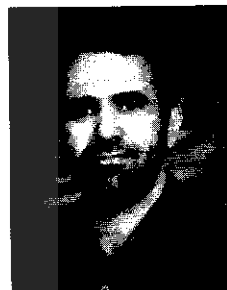
ناپختگی های تقنینی؛ چالش های قضایی !!!

علل انحلال شعب تشخیص دیوانعالی کشور!

دکتر علی کاظم زاده

وکیل پایه یک دادگستری و استاد دانشگاه

با اصلاح ماده ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ و تصویب قانون جدید دیوان عدالت اداری مصوب آذر ۱۳۸۵ و ابطال نظامنامه مصوب ۱۳۰۴ انتظامی قضات توسط دیوان عدالت اداری کشور در سال ۱۳۸۵؛ وضعیت تقنینی و قضایی کشور در شرایطی قرار گرفته است که لاجرم باید قلم بدست گرفت و با کاغذ آشتی داد تا اداء دین کرد انگار باید بار دیگر قلم زد، زیرا قلم رسالت سنگینی بر دوش دارد که باید آن را به انجام رساند تا از بار مسئولیت خویش شانه خالی کند و نفس راحتی بکشد، چه بسا نفس اش بگیرد از اینکه این همه راه دشوار را خواهد رفت ...



باید باور داشت نسل ما؛ رسالتی دارد که هنوز به انجام نرسانده است. بار سنگینی از رسالت خویش و تعهدات رفته گان؛ که بر دوش ماست وعده هایی که هنوز در مقام عمل بدان وفا نشده؛ پس تا تحقق نظام آرمانی رفته گان؛ ما راه های دشواری در پیشرو داریم که باید همواره تلاش کرد و پیوسته تقلا...

رب ادخلنی مدخل صدق و اخرجنی مخرج صدق و اجعل لی من لدنک سلطانا نصیرا

پروردگارا مرا با قدم صدق وارد کن و با قدم صدق بیرون آور و از پیشگاه خود نیرویی به من ارزانی دار تا یاور من باشد. (اسراء - ۸۰)

مصلحان در ره او برخواستند *** از خدا؛ تنها خدا را خواستند

این دفعه نیز بار سنگین قلم به سراغ یکی از ارکان سه گانه نظام حکومتی یعنی قوه قضائیه می رود که صاحب این قلم بی بضاعت؛ خود زمانی عضوی از آن و مرتبط با آن بوده و هست و شاید بهتر است بگویم تخصصی در نوع نگاه به مسائل کلان قوه قضائیه دارد پس باید این راه دشوار و پرستغلاخ را رفت نه بخاطر انگیزه های شخصی بلکه برای بهتر زیستن آیندگان و ساختن کشوری پیشرفته و آباد که جز با بهره گیری از میانی متقن دینی و علوم و فنون روز و متریقی و انتقال تجاربی که با هزینه این مردم حاصل شده؛ میسر نخواهد بود و معتقدین به نظام جمهوری اسلامی و اجرای عدالت و قانون در راستای باورهای دینی و اجتماعی می باید با شهامت و حتی جسارت به تکلیف خویش عمل کنند و صرف پرداختن به مسایل معیشتی و قصور و کوتاهی در این طریق، بخصوص برای نسل انقلاب گناه نابخشودنی است.



باید منصفانه ادعان داشت که دستگاه قضایی و روسای وقت آن؛ علیرغم خطاهای ساختاری و تشکیلاتی در دو دهه اخیر؛ گام‌های بسیار مثبتی بر داشته‌اند که نمی‌توان این خدمات ارزنده را نادیده گرفت و به نوبه خود جای تقدیر دارد اما این اقدامات و خدمات هرگز کافی نبوده و نیست و طرح چنین مبحثی در مجال این مقال نمی‌باشد و من نیز در مقام نگارش آن نیستم چرا که به نظر نگارش تمجیدانه؛ نه تنها دشوار نبوده بلکه سهل هم می‌باشد و اکنون قلم به دستانی هستند که بدون دغدغه در آن راه قلم می‌زنند و دیگرانی که از عهده آن بر می‌آیند پس برای باروری بیشتر بر ما مجالی دهید تا آسوده خاطر در این راه گام برداریم.

در جام من می؛ بیشتر کن ساقی امشب *** با من مدارا! بیشتر کن ساقی امشب
یکبار در دی ماه سال ۱۳۸۴ در این باب سخنی نگاشتم و از باب دلسوزی نظری اجمالی بر ماده ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ تحت عنوان «نقدی بر اختیارات قانونی رئیس قوه قضائیه» نوشته شد و در یکی از مجلات حقوقی کشور منتشر گردید و بر این باورم که مورد استقبال حقوقدانان؛ بخصوص قضات محترم و دانشجویان عزیز قرار گرفت تصور می‌شود که یکی از نتایج قابل پیش بینی در نظام قانونگذاری همین است که در ماده واحده مذکور آمده و خود چند و چون‌های فراوانی دارد که به اجمال بخشی از آن؛ از منظر تیز بینانه و متفکرانه شما گذر می‌کند. امید است که برای خوانندگان گرام اتلاف وقت نباشد.

نگارش اخیر نیز از سر خیرخواهی و به پاس اجابت فرمایشات حکیمانه مقام معظم رهبری که فرمودند «هر قدر ... صاحب نظران حوزه و دانشگاه و حقوقدانان کشور در مورد قوه قضائیه ... منصفانه انتقاد کنند دستگاه قضایی تقویت می‌شود» به رشته تحریر در می‌آید نه از سر انگیزه‌های شخصی و ...

قلم راندن و سخن گفتن در این راه پرمسئولیت؛ بیش از هر چیز نیازمند تدبیر و قبول ... می‌باشد زیرا که باید بخاطر مصالح و منافع ملی و خدمت به مردم و تأثیر بر جریان صحیح قانونگذاری شک و تردیدها را دور ریخت؛ دل را منزّه و خدایی کرد دریا دلی را! به نیت الهی و برای خدمت به نسل‌های آتی و کشور پیشه کرد.

گر تمسک به کتاب حق شود *** حق به جان آدمی؛ ملحق شود

از یک منظر نویسندگان دارای دو سبک نگارش متفاوت می‌باشند یکی در مقام تمجید و دیگری در مقام تنقید؛ هر دو در حد اعتدال مفید است اما اگر هر دو و یا هر یک از آن دو دسته؛ چشم بر واقعیات ببندند و راه افراط بیمایند بر حال جامعه؛ مضر بوده و به اصلاح و بهبود اوضاع کشور آسیب خواهد زد.

به همان اندازه که تنقید مغرضانه و متعصبانه بدون راه حل و اعتراض آمیز؛ مخرب است تمجید مطلقانه و چاپلوسانه؛ نیز خطرناک می‌باشد تمجیدی که به جای تقدیر از خدمات ارزشمند، افراد برای رسیدن به قدرت و یا کسب مقام و موقعیت و یا حفظ آنها و حتی مصون ماندن از خطر؛ به چاپلوسی روی آورند و تنقید، تبدیل به اعتراض منفی و غرض ورزی و نادیده انگاشتن خدمات شایسته مدیران کشور گردد هر دو برای رفم و اصلاح جامعه؛ سمی زهرآگین خواهد بود.

زعمای قوم و مدیران؛ نه الزاماً حاکمان (چرا که نگارنده بین خصلت حاکمیتی و خصلت مدیریتی نظام قابل به تفریق است)؛ باید با این پدیده عاقلانه و حکیمانه رفتار کنند فرصت چاپلوسی را از متملقان گرفتند و فرصت نقد را به منتقدین و دلسوزان کشور اعطاء کنند تا هم جامعه از اصلاح برخوردار شود و هم از خطرات رادیکالی مصون بماند.

این بار هم قلم، همانند قلم سرایی‌های قبلی؛ از باب تذکر و احساس مسئولیت است؛ گزنده نیست و بیش از پیش؛ اراده بر جانب انصاف دارد بر این باورم که صاحب قلم؛ نه تنها قلم را یکسویه نگرفته بلکه معتقد است نگارش خارج از اعتدال هرگز به اصلاح امور و پیشرفت و تعالی کشور کمک نخواهد کرد، تنها دنبال نقد و به تعبیری تاخت و تاز به مدیران و تاراج عملکرد مثبت دست اندرکاران نیست بلکه این قلم آثار چند سویه دارد: تنقید؛ تقدیر و تبیین.

۱) تنقید:

از این باب که بنیان قضایی جدید؛ بنام شعب تشخیص دیوان عالی کشور؛ مبتنی بر سوابق تاریخی و نظرات کارشناسانه

صحیح و سنجیده نبوده و آنقدر برفی و سست پایه بوده و فوندانسیون ضعیف داشته که بیش از چهار آفتاب تابستانی دوام نیاورد و آب شد و این بنیان نهاده شده جدید که تحت پوشش توسعه قضایی و با چشم انداز وسیع؛ خیلی زودتر از آنچه که پیش بینی می‌شد، فرو ریخت؛ به بیان دیگر باید پذیرفت که در طراحی و بکارگیری این بنیان جدید قضایی از علم و تکنولوژی و فن حقوق و تجارب گرانقدر قضات و اندیشه‌اندیشمندان فرهیخته و دلسوخته استفاده نشده بود و این رویه‌ای است که امروز هم کم و بیش استمرار دارد انگار ((درب)) بر همان پاشنه می‌چرخد (با کمی تفاوت).
آزمون و خطا تا کی؟

سوالی است که در میان اندیشمندان و جامعه و حاکمیت ما همچنان به پاسخ کافی دست نیافته است و آنقدر باید تکرار شود تا بستر فرهنگی خود را در میان طراحان و واضعان قانون باز کند این امر نیازمند بسترسازی از سوی همه اندیشمندان و صاحب نظران و دست اندرکاران برای متقاعد ساختن خود دست اندرکاران (نه دیگران)... است تا این باور؛ بارور گردد که قانون برای حل مشکلات مردم است در وضع قانون نباید سلاقی و علایق شخصی و گروهی را مد نظر قرارداد بلکه تدوین قوانین باید قایم به حل موضوعات مردم و مصالح جامعه باشد؛ باید پذیرفت که دوران مدیریت ریاست در جامعه ایرانی بسیار کوتاه تر از آن است که تصور می‌شود چرا که این اصل مسلم است که مدیران دیر یا زود و خواسته و ناخواسته آن مسند را ترک و آیندگان جای آنها را خواهند گرفت؛ اما قانون برای مردم است و ماندگار و پابرجا.

صاحب نظران؛ به خوبی واقف هستند که نه تنها نقد منصفانه برای کشور و ارکان نظام مفید است بلکه به دنبال اش پویایی دارد با این توضیح که نظریه پردازی در عین حال که امری فنی و تخصصی و حاصل علم و تجربه است؛ کار هر کسی نیست اما باید پذیرفت که اجرا همواره سخت‌تر از نظریه پردازی است پس ما صرف انتقاد کردن را؛ هنر نمی‌دانیم تقدیر و حمایت از عملکرد مثبت؛ دست اندرکاران نیز بخشی از مسولیت منصفانه منتقدین خیر خواه و قلم بدستان می‌باشد. هر چند تعداد نظریه پردازان و نخبگان جامعه و اندیشمندان محدود بوده و کمتر مورد توجه و عنایت دست اندرکاران واقع می‌شوند و در جامعه به آنها کمتر بها داده می‌شود. علیرغم همه این بی‌مهری‌ها؛ از ناحیه آنها گله‌ای نیست چون اینان می‌اندیشند و واقف هستند که دنیا تا دنیا بوده این رویه معمول بوده و این دسته عادت دارند که ظرفیت شان را افزایش دهند.

۲) تقدیر:

از این باب که این بنیان خود فرو نپاشید یعنی گذر زمان موجبات فروپاشی آن را فراهم نساخت بلکه این فروپاشی متاثر از اراده مدیریتی بوده و مدیران ارشد قوه قضائیه یا حسن نیت این جریان را رهبری و مدیریت کرده و وقتی به این نتیجه رسیدند که چنین بنیانی به حق آثار منفی دارد فلذا؛ با سرنویست مردم و دستگاه قضایی لجاجت نکردند به منطبق تن داده و به سهولت پذیرفتند که باید بنیان نهاده شده و غیر کارشناسی خود را کنار نهند و تسلیم واقعیت گردند این روحیه یعنی روح پذیرش حق و اراده بر اصلاح در یک نظام مردم سالار به ویژه مردم سالاری دینی بسیار ارزشمند بوده که این نگرش امید تازه‌ای در دل حقوقدانان جامعه ایجاد کرده به سهم خویش امید بخش، زیبا و قابل تحسین است. اصلاحیه مذکور ایرادات اساسی را که بر قانون مصوب ۱۳۸۱ وارد بوده مرتفع ساخته که از آن جمله می‌توان به برخی از آن اشاره کرد:

الف) اعتبار امر مختومه که یکی از ایرادات اساسی بر قانون سابق بوده مرتفع گشته است ثبات و امنیت حقوقی مخدوش شده از ناحیه قانون مذکور بر جامعه اعاده شده است.

ب) اصول متقن حقوقی از جمله اصل ((تناظر اصحاب دعوی)) و ((دفاع طرف مقابل و تبادل لواحق)) که در آن مرحله از رسیدگی از آحاد جامعه سلب شده بود احیاء گردید هر چند این اصل در مرحله اظهار نظر کارشناسی (نظارت و پیگیری چه در مرکز و چه در استان ها) که مبنای تصمیمات اصلی است باز نادیده گرفته شده است و اصحاب دعوی به خصوص



تجدید نظر خواننده در بی اطلاعی کامل بسر می‌برند با اعمال سیستم امنیتی و حفاظتی در سیستم دادرسی که ضرورتی ندارد اولاً اطلاعات بی اهمیت پرونده اهمیت پیدا می‌کند ثانیاً کارکنان و... قیمت و ارزش مضاعف کاتب پیدا می‌کنند که اگر احیاناً بخواهند اطلاعاتی از پرونده یا قضات آن به اصحاب دعوی دهند قیمت آن مضاعف و بسیار گران محاسبه خواهد شد چرا که معتقدند کسی امکان ورود و دادن اطلاع از پرونده را ندارد و چون افراد بسیار معدودی می‌توانند چنین کاری کنند پس ... این موجب فساد دستگاه می‌گردد در صورتی که اگر دسترسی افراد به جریان اظهار نظر برای هر دو طرف آزاد و سهل باشد دیگر نیازی به هزینه کردن و خرید مخبر و افزایش قیمت اطلاعات نیست همان روندی که در محاکم معمول است میان فساد به تناسب کمتر از آن حوزه می‌باشد و فساد در این بسترها مخفی و زیرزمینی می‌شود و ممنوعیت ورود وکیل نیز به بالا رفتن قیمت‌ها کمک شایانی می‌کند هر چند از این حیث تناقضی هم در رفتار دست اندرکاران قضایی مشهود است از یک سو تنظیم لایحه تجدیدنظر خواهی را به عهده وکیل نهاده و از سوی دیگر ورود آنها را ممنوع می‌سازد این موجب می‌شود و کلا روابط نامشروعی با کارکنان و غیره برقرار کنند و قس علی هذا ...

ج) قانون سابق که مقید به زمان نبوده تالی فاسد غیر قابل جبرانی را بر امنیت حقوقی کشور وارد می‌ساخت خوشبختانه مرتفع شده اکنون مقید به زمان یک ماه شده است.

د) قانون سابق که مقید به افراد خاصی نبود و به هر طریق ممکن را بیش بینی کرده اکنون تا حدودی مقید به اشخاص معینی شده است هر چند مانع از خروج رئیس قوه قضاییه از این محدوده نیز نمی‌باشد.

ل) قانون قبلی همانند قانون سابق که ملزم به رعایت تشریفات نبوده چون تحت عنوان اعاده دادرسی آمده تابع تشریفات قانونی اعاده دادرسی می‌باشد.

۳) تبیین

پیش از تبیین ماده واحده و بیان چند و چون های آن؛ لازم است علت اصلی دغدغه اصلاح قوانین و تغییر ساختار از منظر دست اندرکاران نظام قضایی کشور تحلیل گردد تا شاید با اصلاح و تغییر در نوع نگرش، موضوع بصورت زیربنایی حل شده و مبنای دغدغه اصلاحات زود هنگام و ناپخته؛ کاهش یابد تا هر از چندی بخاطر این موضوع نظم حقوقی بهم نریزد بنظر می‌رسد امید به عدالت مطلق و غفلت از عدالت قابل دسترس؛ علت عمده تغییرات زود هنگام و بعضاً ناهنگام است که یقیناً با پذیرش تئوری «عدالت قابل دسترس» ساختار و قوانین از ثبات نسبی برخوردار خواهند شد.

تئوری «عدالت قابل دسترس»:

باید اذعان داشت فلسفه وضع قانون برای تشکیل شعب تشخیص و اختیارات رئیس قوه قضائیه حفظ شرع و رعایت عدالت است به عبارتی تئوری که در عقبه این ایده‌ها نهفته است و مسئولان تقنینی و قضایی را وادار به تدوین و ارائه چنین لویحی کرده و می‌کند تئوری برقراری «عدالت مطلق» است یعنی دست اندرکاران بر این باور و تفکر هستند که تکلیف به اجرای عدالت دارند بیم آن دارند که نکند رأیی برخلاف عدالت صادر شود به همین دلیل پیوسته قوانین را اصلاح و ساختار را تغییر می‌دهند تا با آزمون و خطا به عدالت برسند در صورتی که:

اولاً: احکام دینی و سیره اولیای الهی ما را مکلف به اجرای عدالتی غیر قابل دسترس نکرده و نمی‌کند بلکه ما مکلف به فصل خصومت (عدالت قابل دسترس) هستیم وقتی قاضی شریح در مورد امام علی (ع) و مرد نصرانی قضاوت به ظاهر می‌کند و حق را به مرد نصرانی می‌دهد و حضرت علی (ع) هم در حکومت خودش مدارا و تمکین می‌کند در واقع به حکمی که برخلاف عدالت و موافق فصل خصومت صادر شده اعتراض نمی‌کند هر چند که می‌داند حکم قاضی شریح؛ خلاف عدالت است. رفتار و کنش حضرت علی (ع) در برابر حکم غیر عادلانه الهامی است به بشریت پیرو علی (ع) که میزان برای بشریت "فصل خصومت" است نه "عدالت غیر قابل دسترس" و "قدسی"؛ که تنها در کتب و نوشتجات و در سخن بزرگان و مصلحان یافت می‌شود و هرگز عملی و اجرایی نبوده و قابل پیاده شدن نیست؛ این بدان معنا نیست که به اجرای عدالت اعتقادی نیست؛ بلکه عدالت قابل دسترس، تکلیف بشریت است نتیجه اینکه مقنن و دست

اندر کاران قضائی نباید بیراهه‌هایی را در قوانین خویش پیش‌بینی کنند که فصل خصومت را از ما دور سازد و عدالت هم غیر ملموس گردد.

ثانیاً: اگر فلسفه اعمال اختیارات رئیس قوه قضائیه و مفتوح بودن باب تجدیدنظر خواهی اجرای عدالت است؛ چه تضمینی وجود دارد که آرای صادره در مرحله پس از اعمال اختیارات رئیس قوه قضائیه موافق عدالت باشد چه بسا آرای قبلی موافق عدالت بوده پس از این مرحله؛ رای برخلاف عدالت صادر گردد بخصوص که سوء جریانات پیشرو؛ قابل ارزیابی و پیش‌بینی نمی‌باشد.

ثالثاً: نمونه‌های مستند و قابل ذکر؛ از آرای وجود دارد که آراء پس از اعمال این اختیارات، مجدداً نقض شده یعنی بعد از اینکه رئیس قوه قضائیه رای را خلاف شرع تشخیص داد شعب تشخیص حکم به موافق شرع بودن (درست بودن) همان رای صادر کرده پس می‌توان چنین نتیجه گرفت که رای صادره بعد از اعمال مبتنی بر عدالت نبوده که نقض شده است به عبارتی اعمال و اختیارات رئیس قوه قضائیه تضمین کننده عدالت نیست بنابراین هیچ تضمینی برای برقراری عدالت مطلق وجود ندارد. برای شفاف کردن موضوع عین ماده واحده را ذکر و سپس تحلیل خواهیم کرد.

ماده واحده- ماده ۱۸ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۷ بشرح زیر اصلاح می‌شود:

ماده ۱۸- آراء غیر قطعی و قابل تجدید نظر یا فرجام همان است که در قانون آئین دادرسی ذکر گردیده تجدید نظر یا فرجام خواهی طبق مقررات آئین دادرسی مربوط انجام خواهد شد. آراء قطعی دادگاه‌های عمومی و انقلاب و نظامی و دیوان عالی کشور جز از طریق اعاده دادرسی و یا اعتراض ثالث به نحوی که در قوانین مربوط مقرر گردیده قابل رسیدگی مجدد نیست مگر در مواردی که رای؛ به تشخیص رئیس قوه قضائیه خلاف بین شرع باشد که در این صورت این تشخیص؛ بعنوان یکی از جهات اعاده دادرسی محسوب و پرونده حسب مورد به مرجع صالح برای رسیدگی ارجاع میشود.

تبصره ۱- مراد از خلاف بین شرع، مغایرت رای صادره با مسلمات فقه است و در موارد اختلاف نظر بین فقها؛ ملاک عمل نظر ولی فقه و یا مشهور فقها خواهد بود.

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

تبصره ۳- آراء خلاف بین شرع شعب تشخیص در یکی از شعب دیوان عالی کشور رسیدگی می‌شود.

تبصره ۴- پرونده‌هایی که قبل از لازم اجراء شدن این قانون به شعب تشخیص وارد شده است مطابق مقررات زمان ورود؛ رسیدگی می‌شود. پس از رسیدگی به پرونده‌های موجود شعب تشخیص منحل می‌شود.

تبصره ۵- آرائی که قبل از لازم اجراء شدن این قانون قطعیت یافته است حداکثر ظرف سه ماه و آرائی که پس از لازم اجراء شدن این قانون قطعیت خواهد یافت حداکثر ظرف یک ماه از تاریخ قطعیت قابل رسیدگی مجدد مطابق مواد این قانون می‌باشد.

تبصره ۶- از تاریخ تصویب این قانون ماده (۲) قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۸ و سایر قوانین مغایر لغو می‌شود.

فهم و استنباط حقوقی از ماده واحده:

۱) خلاف بین شرع یکی از جهات اعاده دادرسی:

اعاده دادرسی پیش‌بینی شده در ماده واحده که در قسمتی از آن مقرر داشته "... به عنوان یکی از جهات اعاده دادرسی محسوب..." تأسیس جدیدی است که مبتنی بر تشخیص خاص است که چندان رهگشا و امید بخش نبوده و نه تنها ناجی دستگاه قضایی نمی‌باشد بلکه تبعات منفی غیرقابل جبرانی بر پیکره نظام قضایی و سیستم دادرسی وارد می‌سازد

که بخش عمده‌ای از این تبعات در مقاله ((نقدی بر اختیارات قانونی رییس قوه قضائیه)) مذکور افتاده متأسفانه بجای الغای چنین اختیاراتی که نظم و ثبات قضایی را بهم ریخته آن اختیارات به گونه ای دیگر ایفا شده است که باز معتقدم رویه کارشناسانه و گره گشا نمی باشد هر چند دایره این اختیارات تا حدودی تعریف و محدود به زمان شده است.

۲) اعطاء حق ارجاع برای رییس قوه قضائیه بر خلاف اصول حقوقی:

در ماده واحده سخن از ارجاع به میان آمده است که مقرر داشته "... پرونده حسب مورد به مرجع صالح برای رسیدگی ارجاع می‌شود..."; ارجاع و ارسال چیست؟ ارجاع با ارسال چه فرق دارد؟ اولاً، از نظر حقوقی ارجاع با ارسال متفاوت است ارجاع قایم به شعبه معینی است که متصدی شعبه را ملزم به اظهار نظر قضایی می‌کند در صورتی که ارسال قایم به شعبه معینی نبوده و الزاماً مقام ارسال شونده را مواجه با اظهار نظر قضایی نمی‌کند. به موجب ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری "ارجاع به شعبه" ملاک قانونگذار است نه حتی ارجاع به قاضی مشخص مثلاً فلان دادرس، تخلف از این امر در نظر مقنن؛ برای مقام ارجاع تعقیب انتظامی در پی دارد در حالی که رییس قوه قضائیه در عمل نقش ارسال را بر عهده دارد ولی قانون به سهو نقش ارجاع را به او قایل شده است و این خطا یعنی قایل شدن اختیارات ارجاع، در درجه اول ناشی از خطای تیم لایحه نویس و سپس قانونگذار می‌باشد.

ثانیاً، ارجاع پرونده مستلزم داشتن سمت قضائی است عبارتی مقام ارجاع باید واجد سمت قضایی باشد در حالی که رئیس قوه قضائیه فاقد سمت قضائی است هر چند ماده ۲ قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۸ رئیس قوه را واجد سمت قضائی دانسته بود و چنین بیان داشته «ریاست قوه قضائیه سمت قضائی است و هرگاه رئیس قوه قضائیه ضمن بازرسی، رأی دادگاهی را خلاف بین شرع تشخیص دهد آن را جهت رسیدگی به مرجع صالح ارجاع خواهد داد.» ولی تبصره ۶ ماده واحده منقود؛ ماده ۲ قانون وظایف ... را ملغی دانسته و مقرر داشته «از تاریخ تصویب این قانون ماده (۲) قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۸ و سایر قوانین مغایر لغو می‌شود.» هر چند طراحان ماده ۲ قانون وظایف ... چنین اختیاراتی را به ظاهر به نفع رئیس قوه قضائیه پیش بینی نموده بودند و ایشان را واجد سمت قضایی شناخته بودند ولیکن از این امر غافل بودند که قایل شدن سمت قضائی به رئیس قوه قضائیه موجب می‌گردید ایشان مستخدم قضائی محسوب و در مواردی که در تصمیمات قضائی تخلفی مرتکب شود از طریق دادسرا و دادگاه عالی انتظامی قضات تعقیب انتظامی شود و حتی ماده واحده قانون اختیارات و وظایف رئیس قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۹ کلیه وظایف و اختیارات شورای عالی قضایی را به رئیس قوه قضائیه محول کرده و مقرر داشته "از تاریخ تصویب این قانون کلیه وظایف و اختیاراتی که در قوانین مختلف برای شورای عالی قضایی منظور شده به استثناء اختیارات موضوع تبصره ذیل ماده واحده قانون شرایط انتخاب قضات مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴ به رئیس قوه قضائیه محول می‌شود." با تصویب آن یکی از مسئولیت‌های شورای عالی قضایی که در ماده ۱ قانون مسئولیت قوه قضائیه مصوب ۱۳۶۲/۷/۲۶ آمده که در صورت تخلف اعضای شورای عالی قضائی (که امروزه رئیس قوه قضائیه به قائم مقامی شورا می‌باشد) دادگاه عالی انتظامی قضات؛ نسبت به موضوع تخلف وی حکم صادر و به مرحله اجراء درمی‌آید چنانچه محکومیت از نوع انفصال دائم باشد دادگاه حکم را به وسیله رئیس جمهور به اطلاع رهبر می‌رساند. ماده ۱ قانون اخیر الذکر مقرر می‌دارد «در صورتی که اعضای شورای عالی قضائی در ارتباط با شغل خود به تخلف متهم گردند رسیدگی در دادگاه انتظامی به عمل خواهد آمد و دادگاه با انجام تحقیقات به موضوع رسیدگی کرده و در حدود مقررات انتظامی حکم صادر می‌کند این حکم قطعی است و بلافاصله به مورد اجراء گذارده می‌شود.» و "ماده ۲ همان قانون مقرر می‌دارد در صورت محکومیت عضو یا اعضای منتخب، چنانچه محکومیتشان از نوع انفصال دائم باشد از سمت خود معزول می‌شوند، نسبت به اعضای انتصابی، دادگاه حکم را به وسیله رئیس جمهور به اطلاع رهبر می‌رساند." این همان به معنای واقعی مردم سالاری و مهار قدرت در نظام های دموکراسی است که نظام جمهوری اسلامی ایران



در حد مطلوب‌اش آن را در قوانین اش پیش بینی نموده که همه افراد و مقامات در برابر قانون مسئولیت یکسان دارند و کسی بلحاظ داشتن موقعیت و جایگاه عالی بر دیگری برتری ندارد تحقق آن منوط بر این است که در مرحله عمل حدشهای بر آن وارد نشود.

۳) بهم خوردن جایگاه مراجع عالی و تالی (شعب تشخیص و دیوان عالی کشور):

یکی از موارد نقد ماده واحده این است که آراء خلاف بین شرع شعب تشخیص؛ در شعبه دیوان عالی کشور رسیدگی می‌شود در صورتی که قبل از این و پیش از تصویب ماده واحده عکس آن عمل می‌شد آراء خلاف بین شرع دیوان عالی کشور؛ در شعب تشخیص رسیدگی می‌شد این نشانگر آن است که مقنن و لایحه نویسان هیچگونه فرقی بین آن دو جایگاه قایل نبوده و یا اصولاً جایگاه دیوان عالی کشور و شعبه تشخیص دیوان عالی کشور را بخوبی شناخته‌اند و عالی و تالی بودن هیچ یک از این دو مرجع را نسبت به یک دیگر ترجیح نمی‌دهند. اما در عرف خاص قانون گذاری و قانون نویسی که طبع فنی و علمی دارد باید بین دیوان عالی کشور و شعبه تشخیص دیوان عالی کشور قایل به تفریق بود چرا باید سیستم و ساز و گاری شکل داده شود و هیچ گونه ترجیحی بین آن دو نباشد. روزی یکی را مرجع عالی و آن دیگری را مرجع تالی و ناظر بر تالی و روز دیگر مرجع تالی را به عنوان مرجع عالی و جایگزین و حاکم و ناظر بر مرجع عالی قبلی و تالی امروز بنامیم.

این در حالی است که در شعب تشخیص دیوان عالی کشور پنج نفر قاضی اظهار نظر می‌کرد در حالی که در شعب دیوان عالی کشور دو نفر قاضی اظهار نظر می‌کند.

۴) این مورد با موارد دیگر اعاده دادرسی چه فرقی دارد؟

«معلوم نیست با چه توجیهی اعلام مخالفت بین رای با شرع از سوی رییس قوه قضاییه به عنوان یکی از جهات اعاده دادرسی اعلام شده است زیرا مرجع اعاده دادرسی در امور حقوقی، دادگاه صادر کننده رای قطعی است بنابراین جز موارد محدودی که در مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی قابل فرجام در دیوان عالی کشور است و پرونده‌هایی که در مقام حل اختلاف در صلاحیت دیوان عالی هستند سایر پرونده‌ها قابلیت طرح در شعب دیوان عالی کشور را ندارند» همانگونه که قبلاً نیز اشارت رفته به موجب ماده واحده اخیر؛ خلاف بین شرع در زمره موارد اعاده دادرسی قرار گرفته است. پس خلاف بین شرع یکی از مواردی است که به موارد اعاده دادرسی در قانون اعم از کیفری و حقوقی اضافه شده است. اما منوط به شرایط چندی بشرح ذیل است:

الف) مورد از مصادیق خلاف بین شرع باشد؛ منظور از خلاف بین شرع چیست؟

تبصره (۱) «همان ماده واحده؛ آنرا تعریف کرده است مقرر می‌دارد «مراد از خلاف بین شرع، مغایرت رای صادره با مسلمات فقه است و در موارد اختلاف نظر بین فقها؛ ملاک عمل نظر ولی فقه و یا مشهور فقها خواهد بود.»

ب) ایراداتی به تعریف «خلاف شرع بودن» تبصره مذکور وارد است.

اولاً، پر واضح است که خلاف بین شرع؛ غیر از استنباط فقیهان از دین است که به نحوی از انحاء در تبصره به آن اشاره شده است.

ثانیاً، سوء برداشت از عنوان «خلاف بین شرع» و تعمیم عالمانه این اختیار به مصادیق «خلاف بین قانون» که متأسفانه در کارنامه صاحبان و دست اندرکاران قضایی فراوان مشهود است که در مقاله قبلی بطور مبسوط به تفاوت آن دو و تخلفاتی که از نص قانون صورت گرفته اشاره شده بود و صدها رای شعب تشخیص؛ نمونه‌های بارزی از آن می‌باشد. ثالثاً- مسلمات فقه چیست؟

منظور از مسلمات فقه؛ موضوعات غیر استنباطی است یعنی محکومات دین که واضح بوده و در حوزه اجرا غیر قابل تاویل می‌باشند (با توجه به اینکه حوزه اندیشه فاقد مرز و بی انتهاست تاویل و تفسیر در این حوزه اجتناب ناپذیر است) پس موضوعات استنباطی نمی‌تواند از مصادیق مسلمات محسوب شود چه بسا ممکن است نسبت به یک امر مسلم فقهی یا

استنباط مجتهدی؛ آن امر مسلم فقهی تغییر اعتبار داده و از ارزش فقهی آن کاسته شود و مجتهدین دیگر غیر از آنچه که بوده استنباط نمایند آیا باز هم در زمره مسلمات فقهی است؟
 پر واضح است که در این صورت نمی‌توان گفت آن امر؛ جزء مسلمات فقهی است بلکه امر استنباطی محسوب می‌شود مثل اینکه حکمی بر خلاف دو برابر بودن سهم الارث مرد بر سهم الارث زن صادر شود.
 رابعاً آیا خلاف بین شرع مساوی مسلمات فقه است؟

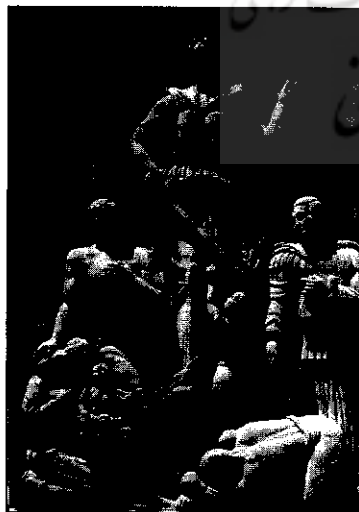
((قسمت اول این تبصره و انحصار خلاف بین شرع به موارد مغایرت رای با مسلمات فقه؛ مطابق با موازین فقهی است اما در خصوص قسمت دوم تبصره ذکر این نکته لازم است که وجود اختلاف نظر؛ بین فقها در موضوعی نشانگر این است که مورد از موارد خلاف بین شرع نیست بنابراین به نظر می‌رسد قسمت دوم تبصره یک مخالف و ناسازگار با هدف مترتب بر متن ماده تنظیم شده))

خامساً اما آیا خلاف نظر مشهور فقها یا ولی فقیه به معنای حقیقی کلمه؛ خلاف بین شرع می‌باشد یا خیر؟
 اگر نظر مشهور فقها که حتی قول اجماعی نیست موافق و نعلا به نعل شرع است باید نظر اقلیت از فقهاء را نعلا به نعل خلاف شرع دانست در صورتی که به معنای حقیقی کلمه عنوان خلاف بین شرع بر نظریه اقلیت از فقها یا نظریه خلاف نظریه ولی فقیه صادق نیست این امر بدون استثنا مورد قبول همه فقها است و محل تردید نیست قول اجماعی حاصل از استنباط عده‌ای از فقیهان یا اکثریتی از آنان قول مشهور نام دارد که پر واضح است در برابرش نظریه عده قلیلی از فقیهان می‌باشد که آنها هم حکم شرع را از دین استخراج کرده‌اند پس نمی‌توان گفت که نظر اقلیت خلاف شرع است چه بمانند قائل به خلاف بین شرع باشیم. مثل اذن پدر در نکاح دختر باکره که نظریه فقها چند دسته‌اند.

نظریه ولی فقیه چیست؟

هر چند فلسفه اضافه کردن نظریه ولی فقیه؛ در ماده واحده مذکور معلوم نیست شاید این باشد که یکی از مصادیق تمیز «خلاف بین شرع» از «موافق شرع» نظریه ولی فقیه است در فرض مذکور این سوال مطرح می‌شود که در چه زمانی ممکن است حکم دادگاهی بر خلاف نظر ولی فقیه باشد؟

به عبارتی بحث در این است که اگر حکم دادگاهی بر خلاف نظر افتایی ولی فقیه باشد آیا آن حکم خلاف بین شرع محسوب می‌گردد؟ بر فرض صواب بودن چنین اعتقادی که جای تامل دارد؛ سوال دوم مطرح می‌گردد که نظر افتایی ولی فقیه در چه زمانی صادر می‌شود؟ آیا جز این است که وقتی موضوعی در قوانین ما پیش بینی نشده و قانونگذار نسبت به آن سکوت اختیار کرده و مورد از مصادیق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده



۱۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری است ولی فقیه برای حل آن معضل در مقام فتوا بر می‌آید و گرنه با وجود قانون؛ نیازی به صدور فتوا نیست بخصوص که قوانین کشور تحت نظارت تقنینی و استصوابی ولی فقیه وضع می‌شود.

آیا منظور از نظریه ولی فقیه؛ احکام سلطانیه یعنی فتوای ولی فقیه برای نظم دادن به جامعه به این دلیل که در راس یک جامعه منظم قرار گرفته؛ می‌باشد؛ اگر چنین استنباطی درست باشد با عقیده نویسنده هم خوانی دارد برای اینکه همانطور که در نوشته‌های گذشته نیز تأکید گردیده؛ ماده واحده فقط و فقط شامل احکام خلاف بین شرع است نه خلاف قانون؛ چون ولی فقیه به موجب قانون اساسی نسبت به مصوبات مجلس و در معنای عام نسبت به جریان قانونگذاری؛ از طریق شورای نگهبان نظارت تقنینی دارد همانگونه که با نصب رییس قوه قضاییه؛ نظارت قضایی و با

امضا و تنفیذ ابلاغ ریاست جمهوری نظارت اجرایی دارد.

با نظارت شورای نگهبان؛ تصور قوانین خلاف شرع ممکن نخواهد بود تا رأی خلاف قانون؛ در زمره رأی خلاف شرع به حساب آید و به تبع آن قوانین نمی‌تواند برخلاف نظریه ولی فقیه باشد وگرنه نقض غرض پیش خواهد آمد و منطقی نیست که ولی فقیه از یک سو شورای نگهبان را برای پاسداری از شرع و به طریق اولی تأمین نظرات فقهی خویش تعیین کند و از سوی دیگر در همان نظام نظارتی ولی فقیه قوانینی تصویب شوند که خلاف نظریه ایشان باشد و دستگاه قضایی در مقام اجرای قانون با احکامی مواجه گردد که خلاف قانونی باشد که به مفهوم خلاف بین شرع است پس پاسداری شورای نگهبان چگونه خواهد بود؟

از بحث مذکور می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که علیرغم ایراداتی که بر قانون وارد است اما این نکته ثابت است که غرض قانونگذار از آرای خلاف بین شرع؛ آرای خلاف مسلمات فقه است نه آرای خلاف قانون؛ پس تعمیم این اختیار به آرای خلاف بین قانون فاقد جواز است.

حال این سوال مطرح می‌شود که آیا قانون همان شرع است و شرع همان قانون؟

در نظام جمهوری اسلامی؛ دو دیدگاه متفاوت وجود دارد.

یک نظر این است که بین قانون و شرع فرقی وجود ندارد شرع همان قانون است و قانون همان شرع می‌باشد چون از طریق شورای نگهبان احکام شرعی در قوانین موضوعه تجلی می‌یابد؛ که از نظر نگارنده صحیح نیست نظر دیگر این است که بین قانون و شرع فرقی وجود دارد و رابطه بین شرع و قانون رابطه عموم و خصوص من وجه است و دایره قلمرو شرع در مواردی اعم از قانون است مثل احکام مربوط به نماز و طهارت و خمس و ... که قانون نیستند ولی جز احکام شرعی هستند و در مواردی دایره قلمرو قانون فراتر از شرع می‌باشد مثل قوانین باز دارنده و یا تخلفات رانندگی ... که قانون محسوب می‌شود ولی جز احکام شرعی پس تداخل این دو با همدیگر موجب خلط می‌باشد و از باب اینکه هر کس از ظن خود شد یار من؛ افراد حسب مورد تفسیر به رای می‌کنند اگر آنچه که در قانون می‌آید شرع محسوب شود موارد عدیده‌ای وجود دارد که قانونگذار قانون را منسوخ یا تغییر یا اصلاح می‌کند در این صورت قانونگذار (مجلس) حق نقض احکام الهی (شرع) را پیدا می‌کند در صورتی که هیچ حکمی از احکام الهی توسط انسان‌ها قابل نقض نمی‌باشد و هیچ مجتهدی هم چنین فتوایی را نداده که حکم شرعی توسط بشر قابل نسخ یا تغییر باشد پس قانون همان شرع نیست ممکن است اعتبار قانون در حاکمیت‌های تئوکراسی (دینی) بسته به شرع باشد ولی قانون امر و نهی و بایدها و نبایدها و مقرراتی است که حاصل عقل بشری است که به تناسب نیاز بشری در طول زمان تکوین و شکل می‌گیرد در صورتی که حکم شرع جنبه الهی و قدسی دارد از مقام الوهیت و مافوق بشری بر بشر آمده است که از اراده انسان خارج می‌باشد تفاوت آن دو در حدی بود که شیخ فضل‌الله نوری برای تفریق بین قانون و شرع تحت عنوان «مشروطه مشروعه» و «مشروطه مشروطه» جان خود را از دست داد عنوان است «پس اگر کسی از مسلمین سعی در این باب نماید که ما مسلمانان مشروطه شویم این سعی و اقدام در اضمحلال دین است و چنین آدمی مرتد است و احکام اربعه مرتد بر او جاری است هر که باشد از عارف یا عامی از اولی الشر که یا ضعیف»

هر چند دیدگاه فقهی ایشان از این حیث که قانونگذاری را خلاف دین و قانونگذاران را مرتد فطری می‌دانست قابل انتقاد است که با دیدگاه امروزی فقها در تباین آشکار است اما از این تفاوت فتاوا دو مطلب ثابت می‌شود که غیرقابل تردید است اول اینکه بین شرع و قانون فرق وجود دارد کما اینکه شیخ فضل‌الله نوری به آن معتقد بوده است. دوم اینکه فتوای فقیهان استنباط فقیهان از دین است نه عین دین؛ چرا که این همه فاصله در استنباط؛ به وضوح به ما می‌گوید که حکم شرع الزاما همان حکم قانون نیست چون قانون آستن تغییر است عین دین (مسلمات) قابل تغییر نمی‌باشد.

این مطلب ادامه دارد ...

