

## بررسی تطبیقی مشروعیت قاضی در سیستم حقوقی جمهوری اسلامی ایران و سایر سیستمها



دکتر سام سوادکوهی فر  
(دادیار دادسرای دیوان عالی کشور)

نظام‌های حقوقی جهان، نوع مشروعیت یافتن قاضی نیز متنوع باشد.

ایالات متحده آمریکا سه نوع مشروعیت را پذیرفته است. دسته‌ای از قضات مشروعیت خود را از قوه مجریه می‌گیرند، دسته‌ای دیگر مشروعیت متکی به رأی مجلس دارند و دسته آخر براساس رأی مستقیم مردم مجوز قضاوت می‌یابند.

در ژاپن، در غیرمورد دیوان عالی، انتخاب و انتصاب قضات، از سوی حکومت کافی نیست، بلکه باید نصب آنان در رأی‌گیری عمومی هم تثبیت و تأیید شود.

در بسیاری از سیستم‌ها، اعم از لائیک و مذهبی، انتصاب قضات فقط از سوی دولت انجام می‌پذیرد. براساس حکم انتصاب قدرت عمومی است که قاضی مجوز حل و فصل دعاوی را دارد و صدور حکم به مجازات توسط او با تشریفات لازم‌الاتباع می‌شود. قضا در چنین باوری از مناصب حکومتی است (۵) و به دست مردم واگذار نمی‌شود، مگر در موارد خاص و جزئی. دادگاه‌های صلح در انگلیس، دادگاه‌های رفقا در شوروی سابق، شوراهای حل اختلاف و خانه‌های انصاف در کشورهای

اسلامی (شیعی) را بدانند و توجه به حلال و حرام داشته باشند. (۲) در روایتی با تصریح به موارد فوق چنین آمده است: «عمرین حنظله قال سألت عن ابا عبدالله (ع) عن رجلین من اصحابنا بینهما منازعه فی دین او میراث (...). قال، ینظران من کان منکم ممن قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف احکامنا فلیرضوا به حکما فانی قد جعلته علیکم حکما فاذا حکم بحکمنا فلم یقبل منه فانما استخف بحکم الله...». در روایت دیگری با تأکید بر اهمیت رجوع به صاحبان علم الهی و آگاهان به حلال و حرام ربوبی آمده است: «مجارى الامور بیدالعلماء بالله الامناء علی حلاله و حرامه». (۳)

نظام عرفی افریقا، مبتنی بر قضای غیردولتی است. در مناطقی از ایران که عشایری‌اند، حکمیت مردمی برای حل اختلافات مدنی و کیفری، نمونه‌ای از قضای غیردولتی است. (۴)

در غالب نقاط جهان، مشروعیت قضا، در غیرمورد داوری که به تراضی و توافق طرفین متکی است، برگرفته از نظام حاکمیتی است. در این صورت، طبیعی است که با توجه به تنوع

قاضی با چه شرایطی مشروعیت می‌یابد و معیار مقبولیت حکم او چیست. خصوصاً قاضی در نظام حقوقی یک کشور تا چه درجه قدرت اصلاح خطاها را دارد و در مواجهه با قوای حکومتی توان اعمال مقررات اساسی را دارا است. این موضوعات در بحثی تطبیقی، به ترتیب مورد مطالعه قرار خواهند گرفت.

### ۱. مشروعیت در پذیرش قاضی

پذیرش قاضی برای تصدی امر قضا به معنای عام کلمه، در نظام‌های حقوقی کشورهای جهان متفاوت است.

در پاره‌ای از نقاط، قضا وابسته به قدرت حکومت نیست، بلکه گرایش مردمی به حکمیت غیردولتی، مشروعیت بخش کسانی است که محل رجوع برای داوری و قضاوت قرار می‌گیرند. این امر در نظام‌های غیرمردمی و غیرمشروع (۱) دیده می‌شود و در مناطق بومی و خودگردان محلی نیز جریان دارد.

نزد شیعه، مراجعه به قاضی جور ممنوع است و در حکومت غیرمشروع، برای حل اختلاف میان اصحاب یا یاران، به آنان توصیه شده است به کسانی مراجعه کنند که احکام

در غالب نقاط جهان،  
مشروعیت قضا، در غیرمورد  
داوری که به تراضی و توافق  
طرفین متکی است،  
برگرفته از نظام حاکمیتی  
است.

قوه مجریه میل وافر دارد که قضاات دادگستری را در ترکیب کمیسیون‌ها، هیأت‌ها و مراجع حل اختلاف شرکت دهد. بهره‌کشی از مشروعیت قاضی و به‌کارگیری‌اش در ترکیب مراجع غیرقضایی غالباً موجب تنزل شأن قاضی و امر قضاوت می‌گردد. (۶)

پذیرش مشروعیت قاضی در جمهوری اسلامی ایران، به موجب قانون اساسی، متوقف بر حکمی است که از سوی رئیس قوه قضاییه در نصب قاضی صادر می‌شود (بند ۳ اصل ۱۵۸)، (۷) اگرچه برخلاف اصل، در برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷ پذیرفته شده است که از مشارکت مردم در امر قضا و اموری که از پیچیدگی کم‌تری برخوردار است استفاده شود (ماده ۱۸۹)، (۸)

مسئله قضاات تعزیرات حکومتی، قضاات دادگاه‌های شبه قضایی و داوران دولتی را نیز نمی‌توان از نظر دور داشت؛ کسانی که اساساً مشروعیت قضاوت خود را از قوه مجریه دریافت می‌کنند. در واقع، اصل سی و ششم قانون اساسی که می‌گوید: حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد، دیگر محدود به دادگاه‌های قوه قضاییه نیست؛ چه مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در رسیدگی به جرائم قاچاق کالا و ارز، قضاات دادگاه‌های قوه

مختلف و ایران قبل از انقلاب، نمونه‌ای از ایجاد دادگاه‌های مردمی برای رسیدگی به اختلافات مدنی و کیفری کم‌اهمیت و جزئی‌اند که به صورت افتخاری انجام وظیفه می‌کنند.

توسعه تصدی‌گری دولت‌ها و ضرورت حمایت مالی از مردم و رشد و گسترش امور تخصصی در زمینه‌های گوناگون و همچنین روابط گسترده بین‌المللی و نهادهای جهانشمول، هر یک نوع، جدیدی از قضاوت را باعث گردیده که چاره‌ای جز شکل‌گیری و سرانجام پذیرش قضاات و داورانی با ویژگی خاص نگذاشته است. حال با ورود گریزناپذیر چنین قضاتی به عرصه اجتماع که بعضاً هیچ‌گونه تحصیلات حقوقی نیز ندارند آیا وجود آن‌ها را از باب کمبود یا خلثی که در سیستم‌های قضایی موجود است پذیرفت یا جدا از دستگاه عدلیه کشورها، وجود آن‌ها را از لوازم نهادهای جدیدالتأسیس شناخت و جایگاه اختصاصی برایشان باید قائل شد؟ این مسأله محل تأمل است، خاصه این که نظام‌های مختلف راه‌حل‌های گوناگونی در این باره در پیش گرفته‌اند. شکل‌گیری دو نظام قضایی در فرانسه (عادی و اداری) و پنج نظام قضایی در آلمان (عادی، اداری، کار، تأمین اجتماعی، بودجه) و عدم اعتقاد به این دوگانگی یا چندگانگی در نظام حقوقی کامن‌لا و تشتت و ناسامانی مراجع غیرقضایی یا شبه قضایی در بسیاری از سیستم‌ها، گواه ضرورت تحقیق بیش‌تر در این خصوص و لزوم رسیدن به یک فرمول واحد در این خصوص است.

البته ایجاد دادگاه‌های قانون اساسی و ایجاد پست‌های قضایی در این راستا را در برخی کشورها باید به مجموعه موارد فوق افزود. پذیرش قضاات در این سیستم‌ها را در جهان کنونی می‌توان از تحولات به وجود آمده در مناصب قضایی به‌شمار آورد. اما تمایل دولت‌ها در به‌کارگیری قضاات دادگستری در مراجع شبه قضایی را نباید از نظر دور داشت.

مجریه (تعزیرات حکومتی) را اولاً همسنگ قضاات دادگاه‌های قوه قضاییه قرار داده و می‌گوید: «در مناطقی که محاکم قضایی (شامل دادگاه‌های انقلاب و یا دادگاه‌های عمومی) برای رسیدگی به پرونده‌های قاچاق وجود ندارد تا ایجاد تشکیلات قضایی، سازمان تعزیرات حکومتی براساس جرائم و مجازات‌های مقرر در قوانین مربوط و مفاد این قانون مجاز به رسیدگی به پرونده‌های فوق‌الذکر است» (۹) و ثانیاً برای جبران بطوء رسیدگی و تعیین تکلیف پرونده‌های قوه قضاییه، راه‌حلی منحصر به فرد، تشریح کرده که به موجب آن: «در صورت عدم رسیدگی یا تطویل دادرسی و عدم تعیین تکلیف قطعی پرونده در مدت فوق‌الذکر، سازمان تعزیرات حکومتی، موضوع ماده واحده قانون اصلاح قانون تعزیرات حکومتی (مصوب ۱۳۷۳/۷/۲۰) مجمع تشخیص مصلحت نظام، یا سازمان جداگانه‌ای که دولت تعیین خواهد کرد با درخواست سازمان شاکی می‌تواند همان پرونده را از محاکم قضایی یا سازمان شاکی مطالبه، و طبق جرائم و مجازات‌های مقرر در قوانین مربوط و این قانون اقدام نماید» (۱۰)

## ۲. مشروعیت قاضی در رأی

قاضی مختار در رأی و آزاد در اعمال سلیقه و صلاحی که خود تشخیص می‌دهد نیست. و امروزه، جز در نقاطی که حقوق عرفی محض توسط قضاات غیردولتی اعمال می‌شود، جایی که چنین مشروعیت مطلق برای اصرار رأی به اعطا شده باشد به چشم نمی‌خورد. حکومت‌ها برای پرهیز از اختلاف آرای راجع به موضوعات مشابه عموماً چاره‌اندیشی کرده‌اند. نتیجتاً رأی قاضی هنگامی مشروعیت می‌یابد که مبتنی بر منابعی باشد که توسط حکومت پیش‌بینی شده‌اند. لذا قانون به معنای عام کلمه یا آنچه حکومت مقرر کرده، نقشی مهم در مشروعیت یافتن آرای قضاات داشته است.

تبعیت قاضی از قانون تقریباً در بیش‌تر



نظام‌ها، از جمله نظام حقوقی رومی-ژرمنی، مورد تأکید واقع شده است و کم و بیش مورد عمل واقع می‌شود. قاضی باید بر مبنای قانون حکم کند و اگر قانونی نیافت باید به طرق دیگری رأی دهد که نوع آن از کشوری به کشور دیگر فرق می‌کند (مانند عمل به عرف، انصاف، اخلاق، دکترین، قواعد کلی حقوق، روح قانون و مذهب و...). مثلاً در سیستم حقوقی آلمان، قاضی می‌تواند عرف را جانشین قانون متروک کند.

در نظام حقوقی کامن‌لا، عقل و انصاف و به ویژه آرای سابق (۱۱)، منابع رأی بشمار می‌روند. البته امروزه قانون و مقررات مدون این محدودیت را ایجاد کرده‌اند که رأی برخلاف آن‌ها پذیرفته نمی‌شود.

در نظام‌های جهانی، نقش قضات در ایجاد قاعده حقوقی و ایجاد استانداردهای رفتاری روز به روز افزایش می‌یابد.

اما عمل به قانون به معنای عام کلمه چگونه است؟ آیا قاضی می‌تواند قاعده‌ای جدید ایجاد کند؟ اگر نفس تفسیر را خلق قاعده جدید بدانیم در این راستا، محوریت در تفسیر قاضی، قانون عادی است یا قانون اساسی و نزد ادیان الهی، خاصه اسلام، مبنا کتاب الهی است یا قانون؟ دیدگاه‌های متفاوتی «در خصوص مشروعیت قاضی در رأی و خلق قاعده جدید مطرح است.

پروفسور پرلمان (Chain Perelman) معتقد است قاضی به جای تفسیر قضایی از قانون، باید در اعتباربخشیدن به قانون بکوشد. (۱۲)

در سیستم حقوقی امریکا، قضات حول قانون اساسی عمل می‌کنند و حقوق متناسبی را به وجود آورده‌اند که در سایر سیستم‌ها کم‌تر دیده می‌شود. تشکیل دادگاه قانون اساسی به گونه‌های مختلف در پاره‌ای از کشورها کمک کرده تا قانون عادی، رویه‌های قضایی، و کلاً هر قاعده الزام آور دیگر که مخالف حقوق اساسی مردم است و موضوع شکایت قرار می‌گیرد، مورد تفسیر و

احیاناً نقض قضات واقع شود.

در جمهوری اسلامی ایران، مطابق قاعده مقتبس از قانون اساسی (اصل ۱۶۷) (۱۳)، عمل به قانون به معنای عام کلمه، مشروعیت بخش آرای قضات است. قاضی نمی‌تواند قانون را مورد عمل قرار ندهد ولو این که آن را برخلاف منابع معتبر اسلامی بیابد. البته پذیرفته شده که هر گاه قاضی، مجتهد جامع‌الشرایط باشد، اگر قانون را برخلاف شرع بداند، تقاضا کند که پرونده به شعبه دیگر دادگاه ارجاع گردد. (۱۴) شاید وضع چنین حکمی در مقررات حکومتی به این علت باشد که مطابق قاعده باید تمامی قوانین براساس

موازین اسلامی باشند (اصل ۴) (۱۵)

این امر در نظام اسلامی که جز عمل به احکام الهی را برای قاضی نمی‌پذیرد، محل تأمل است و آن را می‌توان تأسیسی جدید و ناشی از نیازهای روز دانست. البته به نظر ما قاضی متعهد است بر صحت صدور و احراز عدم مخالفت قوانین با احکام الهی نظارت داشته باشد تا مورد عتاب و طرد آن دسته از آیات متعدد الهی واقع نشود که از جمله تصریح دارند: «و من لم یحکم بما انزل الله فاولئك هم الکافرون»، (۱۶) «و من لم یحکم بما انزل الله فاولئك هم الظالمون»، (۱۷) «و من لم یحکم بما انزل الله فاولئك هم الفاسقون»، (۱۸) «و من یتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون»، (۱۹)

تلقى شفیق شهتا، از مقررات اسلامی به گونه‌ای دیگر است. او ابتدا می‌گوید: (۲۰)

Alors que dans la pensee chretienne, une loi positive humaine peut venir se juxtaposer a la loi divine, en se fondant sur la loi naturelle, une telle possibilite est exclue dans la pensee islamique, apuisque le souverain se trouve, dans le systeme constitutionnel musulman, demuni, en theorie, de tout pouvoir legislatif.

مضموناً بدین معنا که برخلاف تفکر مسیحیت که معتقد است در کنار قانون الهی می‌توان قانون موضوعه‌ای با تکیه بر قانون

در بسیاری از سیستم‌ها،  
اعم از لائیک و مذهبی،  
انتمصاب قضات فقط از سوی  
دولت انجام می‌پذیرد.  
براساس مکم انتصاب  
قدرت عمومی است که  
قاضی مجوز مل و فصل  
دعای او را دارد و صدور مکم  
به مجازات توسط او با  
تشریفات لازم‌الاتباع  
می‌شود

**پذیرش مشروعیت قاضی  
در جمهوری اسلامی ایران،  
به موجب قانون اساسی،  
متوقف بر حکمی است که از  
سوی رئیس قوه قضاییه در  
نصب قاضی صادر می‌شود  
(بند ۱۵۸ اصل ۱۵۸)**

را در قانون نیابند با استناد به منابع معتبر اسلامی، اجتهاد خود را در مورد آن اعمال کنند. فراتر از آن، قضات دیوان عالی کشور می‌توانند به تجویز اصل ۱۶۱\* قانون اساسی (۲۲) در مقام ایجاد وحدت رویه قضایی، فتاوی یا آرای صادر کنند که در حکم قانون است. (۲۴) قضات مسئولیت خطیر دیگری را نیز بعهده دارند. آنان می‌توانند با تکیه به قسمت سوم اصل ۱۶۷، که اجازه می‌دهد در صورت نبود قانون به فتاوی معتبر هم عمل کنند، برخی از فتاوی (۲۵) را اقتدار قانونی ببخشند. (۲۶)

نظام حقوقی ایران مبتنی بر تفکرات شیعی، تجربه جدیدی در امر حکومت مذهبی است. از این حیث بدیهی است تفاوت قابل ملاحظه‌ای با سایر سیستم‌های مذهبی داشته باشد که قاضی را فقط مجاز به تفسیر بسیار محدود و با اعتباری نسبی، از قانون کرده‌اند.

مطلب زیر حکایت از آن دارد که علمای حقوق جدید مسیحیت نیز تفسیر محدود را پذیرفته‌اند و تفسیر قاضی به طور محدود و نسبی، فقط در موضوع مطروح در حق طرفین دعوا مؤثر است:

ou une sentece judiciaire et qui n'a qu'une valeur relative limitee au cas precis pose et aux personnes concernees. (27)

**۳. قدرت قاضی و قوای حکومتی**

حقوق فرانسه در مقایسه با حقوق سایر سیستم‌های وابسته به خانواده اروپا و آمریکا از توسعه کم‌تری در زمینه استقلال قضایی و قدرت اجرایی آرای قضات، صادره علیه سایر قوا، برخوردار است که قسمتی از این ضعف ناشی از اتکای ترفیع مقام قضات به تصمیم مقام حکومتی (قوه مجریه - وزیر دادگستری) است. فراموش به این امر اذعان داشته می‌گوید:

Le pouvoir judiciaire, au sens propre du mot, manque d'indépendance et de force. L'avancement des juges

طبیعی داشت، در سیستم بنیادی اسلامی، حاکم نمی‌تواند بر اساس تئوری، قوه مقننه یا مجلسی به وجود آورد که وضع قانون کند.

شهنا سپس دکترینش را در خصوص منبع حقوقی اسلام برای قاضی چنین بازگو می‌کند:

Si nous nous placons sur le terrain des faits, nous dirons sana ambages qu'il n' existe qu'une seule et unique source du droit musulman, a savoir la doctrine.

به این معنا که بدون هیچ شبهه در عمل فقط یک منبع وجود دارد و آن هم اجتهاد علما یا دکترین است.

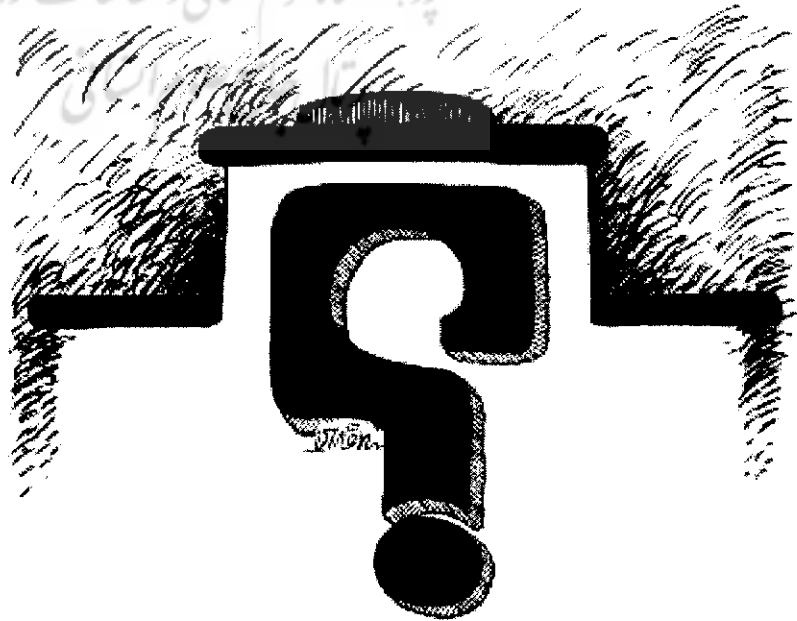
برنارد فیلیون (۲۱) با استفاده از عقیده شهنا می‌گوید:

Le mufti dit le droit et le quadi l'applique.

یعنی: مفتی حقوق را می‌گوید و قاضی آن را اعمال می‌کند.

آنچه شهنا و فیلیون بیان کرده‌اند در واقع همان چیزی است که مشروعیت قانونگذاری یا عمل به آرای فقها را در موضوعات مستحدثه می‌رساند. یک زمان، مفتی استنباط خود را از مقررات قابل اجرا بیان می‌کرد و مورد عمل قاضی قرار می‌گرفت، اما

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی



مربوط به تشریفات آیین دادرسی و مرحله تجدید نظر، ظرف یک ماه از تاریخ وصول شکایات، به موضوع رسیدگی و نسبت به صدور حکم و تعیین تکلیف قطعی پرونده اقدام و مراتب را به گمرک و سایر سازمانهای ذی ربط اعلام نمایند. نظر به مراتب فوق الذکر و این که جواز تصویب دستورالعمل نحوه رسیدگی به جرائم مذکور، موضوع قسمت اخیر تبصره ۱ ماده ۴ قانون، مفید وضع مقرراتی مبنی بر قابل تجدید نظر بودن احکام صادره نیست، دستورالعمل اصلاحی مورخ ۷۹/۸/۲ قوه قضاییه که احکام صادره را از لحاظ قطعیت و عدم قطعیت و قابلیت یا عدم قابلیت تجدید نظر و مرجع تجدید نظر مانند سایر احکام جزایی اعلام داشته، مفایر هدف و حکم مقنن و خارج از حدود اختیار مذکور در تبصره ۱ ماده ۴ قانون فوق الاشعار تشخیص داده می شود و مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می گردد. (۲۹)

پی نوشتها

۱. وسائل الشیعه، صفات القاضی، باب ۱.
۲. برای توضیح بیشتر در مورد حقوق اسلامی و تفسیر حضرت علی (علیه السلام) از آیات ۶۲ و ۸۵ از سوره نسا، راجع به عمل بر مبنای رأی صحیح که از اولی الامر یا خاندان رسول اکرم صادر می شود، رجوع کنید به جزوه درسی تطبیقی نگارنده، نیمسال دوم سال تحصیلی ۱۳۷۹ - ۱۳۸۰، صفحه ۵۱ تا ۵۳.
۳. نقل از امام حسین (علیه السلام)، تحف العقول.
۴. اموری مانند دیوان، اجرای رأی دیوان، تجدید نظر از رأی دیوان از حیث مرجع حل اختلاف و رسومی مانند کارچ و کپن (Karch - va - Kapon) و پتردیگ (Patardeyag) در مسائل کیفری نزد عشایر بلوچ مثال مناسبی برای قضاوت عشایری در ایران است (ر.ک. مردم شناسی فرهنگ بلوچ، گزارشی از همایش فرهنگ و ادبیات بلوچی در سوئد سال ۲۰۰۰، روزنامه همشهری، ۱۰/۹/۱۳۷۹ - ۳۰ / نوامبر ۲۰۰۰).
۵. در ایران پذیرفته شده که: مرجع رسمی تنظیمات و شکایات، دادگستری است و تشکیل دادگاهها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است (اصل ۱۵۹). همین طور مطابق اصل قانون اساسی، اعمال قوه قضاییه

نزد شیعه مراجعه به قاضی مجور ممنوع است و در حکومت غیر مشروع، بر اثر مل اختلاف میان اصحاب یا یاران، به آنان توصیه شده است به کسانی مراجعه کنند که امکان اسلامی (شیعی) را بدانند و توجه به ملال و مزاج

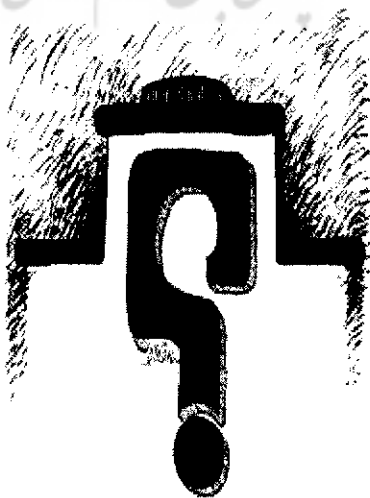
داشته باشند

depend trop souvent du pouvoir executif et les pouvoirs de decision a l'encontre des autorite de l'Etat sont faible. (28)

در ایران به منظور تأمین استقلال قضاوت، مطابق بند ۳ اصل یکصد و پنجاه و هشتم قانون اساسی، استخدام قضاوت عادل و شایسته و عزل و نصب آنها و تغییر محل مأموریت و تعیین مشاغل و ترفیع آنان و مانند اینها از امور اداری، طبق قانون، از جمله وظایف رئیس قوه قضاییه محسوب می شود که منسوب از سوی مقام رهبری است (اصل یکصد و پنجاه و هفت).

اگر چه قضاوت، جملگی منسوب از طرف رئیس قوه قضاییه اند و اعتبار قضاوت خود را از ابلاغ قضایی صادره توسط ایشان می گیرند، اما این امر آنان را از رسیدگی به دعاوی علیه تصمیمات اجرایی رئیس قوه قضاییه، منع نکرده است. قضاوت ایران نشان داده اند که بر اساس اختیار مکتسب از قوانین و خاصه اصل یکصد و هفتاد و سه قانون اساسی، مرجع رسیدگی به شکایات، تنظیمات و اعتراضات مردم نسبت به کلیه مأموران یا واحدها یا آیین نامه های دولتی و احقاق حقوق آنها هستند، ولو طرف شکایت، قوه قضاییه در مقام ایفای وظایف اجرایی اش باشد.

با عنایت به یک مورد رأی لازم الاتباع قضاوت دیوان عدالت اداری می توان به جایگاه مهم قضاوت ایران در محافظت از قانون و نظارت بر تصمیمات مقامات اجرایی پی برد. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره (۵/۷۹/۳۷۸ مورخ ۱۰/۴/۱۳۸۰) با رسیدگی به شکایت شکات علیه اصلاحیه دستورالعمل نحوه رسیدگی به پرونده های قاچاق کالا و ارز صادره از ریاست قوه قضاییه چنین رأی داده است: "... مستنبط و مستفاد از تلفیق مدلول ماده ۴ قانون و دو تبصره ذیل آن، بالاخص صراحت تبصره یک ماده مزبور مبنی بر عدم شمول تشریفات آیین دادرسی و مرحله تجدید نظر، این است که مراجع قضایی ذی صلاح مکلفند فارغ از قواعد



۲۳. اصل ۱۶۱ می گوید: «دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسئولیت‌هایی که طبق قانون به آن محول می‌شود بر اساس ضوابطی که رئیس قوه قضاییه تعیین می‌کند تشکیل می‌گردد».

۲۴. این مطلب را که مهم‌ترین وظیفه دیوان عالی کشور جمهوری اسلامی ایران است، در تز خود با ذکر مصداق مورد تصریح فرار داده‌ایم:

L'effort des juges pour degager la regle ou la norme applicable, dans tous les domaines du droit islamique, qui est inseparable d'autorite sources de droit, constitue l'une des plus importantes taches de la Cour Supreme (Le juge dans le systeme juridique iranien, these pour le doctorat en droit, Universite Jean Monnet- Saint Etienne, juin 1995, p. 228).

۲۵. رأی وحدت رویه شماره ۱۴۷۲/هـ-۱۳۷۱/۲/۱۲.

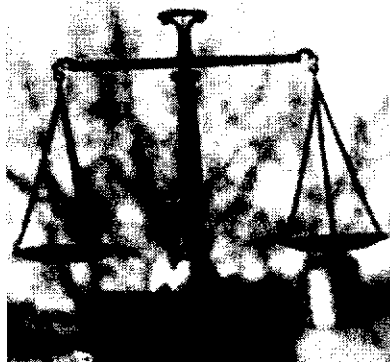
۲۶. این امر را در تز خود چنین بیان کرده‌ایم:

On peut, en s'appuyant sur cet exemple, dire que le juge, a, dans l'etat actuel de notre droit, le pouvoir de donner a la fatwa, q'l'autorite d'une regle obligatoire et officiellement applicable, s'il l'estime necessaire (Precite, P. 232).

27. Patrick Valdrini, Jacques Vernay, Jean-Paul Durmond, Olivier-Echappee, Droit canonique, precis Dalloz, 1989, n. 318, p. 252.

28. M. Fromont, Grands systemes de droit etrangers, Dalloz, 3ed., 1998, p. 140.

۲۹. دادنامه شماره ۱۱۴، کلاسه پرونده ۲۷۸/۲۹، به نظر می‌رسد اختیار قوه قضاییه در تهیه آیین نامه اجرایی، امری استثنایی است. در این خصوص مراجعه کنید به مقاله نگارنده با عنوان: «بحثی پیرامون قدرت اجرایی آیین نامه‌ها و بخشنامه‌های قوه قضاییه در مقایسه با آیین نامه‌ها و مصوبات قوه مجریه»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، تابستان ۱۳۸۰، شماره ۳۵، صفحه ۴۱ تا ۵۳.



explication que les juges aurrient recu pouvoir du legislateur, non seulement d'appliquer la loi et de l'interpreter, mais de la completer, de poser de nouvelles regles juridiques, et qu'en depit de la doctrine de la reparation des pouvoirs les juges disposeraiet eux aussi du pouvoir de creer des normes generales (Philosophie du droit, II - Les Moyens du droit, Michel Villey, 1979, p175. 12. Justice et argumentation, essais a la memoire de Chain Perelman, ressembles par Guyç.Haxrsher et Leon Ingloer - Le juge ministre du sens, par Francois Rigaux.

۱۳. مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیاید و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید...».

۱۴. ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱) می‌گوید: «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را بر خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگر جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد». تبصره ذیل ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کفبری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور (مصوب ۱۳۶۸/۲/۳۱) نیز مقرر می‌داشت: «در صورتی که قاضی مجتهد جامع شرایط باشد و فتوای قهقی او مخالف قانون مدون باشد، پرونده جهت رسیدگی به قاضی دیگر محول می‌شود».

۱۵. بر مبنای اصل ۴ قانون اساسی: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

۱۶. مانده، ۴۴.

۱۷. مانده، ۴۵.

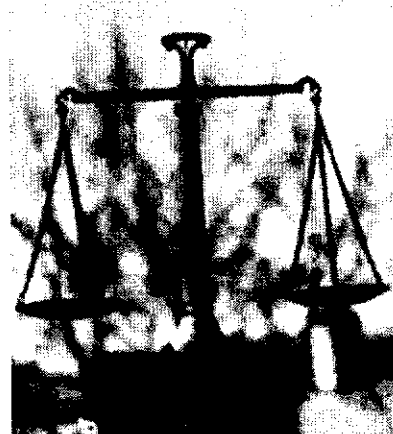
۱۸. مانده، ۴۷.

۱۹. بقره، ۲۲۹.

20. Archives de philosophie du droit, Dimension religieuse du droit et notamment sur.. la religion et les fondement du droit Ben Islam, par Chafik Chehata, PP21 et 22, n 18, 1973.

21. Bernard Fillion, La specifite du droit musulmna, 1-L'origine de la norme en droit musulman.

۲۲. ری: ماده واحده قانون مربوط به رویه قضایی (مصوب ۱۳۲۸/۴/۷). ضمناً بر اساس ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کفبری (مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس (سه سال آزمایشی): «آرای هیات عمومی دیوان عالی کشور قابل تجدیدنظر نبوده و فقط به موجب قانون بی‌اثر می‌شوند».



به وسیله دادگاه‌های دادگستری است که باید طبق موازین اسلامی تشکیل شود (اصل ۶۱).

۶. قانونی در نقد عمل هیات‌های حل اختلاف مالیاتی آورده است: «بر خلاف آنچه از شأن والای قاضی موضوع بند ۲ ماده ۲۴۴ به عنوان یک سر داور و شخص ثالثی که در صدور رأی منطبق با موازین عدالت و تشخیص حقوق طرفین نقش اساسی دارد، انتظار می‌رود، معمولاً این عضو هیات‌ها نقش مؤثر و فعال ندارد...» (نشریه حسابدار، سال یازدهم، شماره ۱۳۸، ۱۳۷۹ - مقاله هیات‌های حل اختلاف مالیاتی مرجع داوری یا محکمه جزائی صفحه ۸۳).

۷. مطابق بند ۳ اصل ۱۵۸: «استخدام قضات عادل و شایسته و عزل و نصب آن‌ها و تغییر محل مأموریت و تعیین مشاغل و ترفیع آنان و مانند این‌ها» از امور اداری، طبق قانون «از وظایف رئیس قوه قضاییه است».

۸. به موجب ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه: «به منظور کاهش مراجعات مردم به محاکم قضایی و توسعه مشارکت‌های آنان، رفع اختلافات محلی و نیز حل و فصل اموری که ماهیت قضایی ندارد و یا ماهیت قضایی آن از پیچیدگی کم‌تری برخوردار است به شوراهای حل اختلاف واگذار می‌گردد».

۹. قسمت اخیر تبصره ۲ ماده ۴ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۷۴/۲/۱۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام.

۱۰. صدر تبصره ۲ ماده ۴ قانون سابق الذکر.

۱۱. این مطلب از میشل ویلی است. او می‌گوید: علاوه بر اختیار اجرایی قانون و تفسیر آن توسط قضات انگلیس، آنان در خلق قاعده لازم‌الاجرا، همانند مجلس قانونگذاری نیز اقتدار دارند؛ امری که برابری با قانون می‌کند و البته چنین چیزی مخالف اصل تفکیک قوا در برخی سیستم‌ها تلقی می‌شود.

Les precedents, qui toujours ont joue un role capital, occupe maintenant dans nos cours une place au moins egale aux Codes On en donne cette