

بررسی تطبیقی مشروعیت قاضی

در سیستم حقوقی جمهوری اسلامی ایران و سایر سیستمها

تهیه و تنظیم: دکتر سام سوادکوهی فر

دایار دیوان عالی کشور و عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی - واحد تهران جنوب

چکیده

قاضی با چه شرایطی، مشروعیت، و حکم او مقبولیت می‌یابد؟ او در نظام حقوقی یک کشور تا چه درجه‌ای قدرت اصلاح خطاها، و در مواجهه با قوای حکومتی توان اعمال مقررات اساسی را دارد؟ این موضوعات، در مقاله حاضر، در بحثی تطبیقی، به ترتیب بررسی شده است.

الف - مشروعیت در پذیرش قاضی

پذیرش قاضی برای تصدی امر قضا به معنای عام کلمه، در نظام‌های حقوقی

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

در ژاپن، غیر از مورد 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 تنها از سوی دولت انجام می‌گیرد. قاضی براساس حکم انتصاب قدرت عمومی، مجوز حل و فصل دعاوی را اخذ می‌کند و صدور حکم به مجازات توسط او با تشریفات لازم‌الاتباع می‌شود. قضاء در چنین باوری از مناصب حکومتی است^(۳) و به 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 مختلف و ایران قبل از انقلاب نمونه‌ای از ایجاد دادگاه‌های مردمی برای رسیدگی به اختلافات مدنی و کیفری کم‌اهمیت و جزئی است 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، هریک نوع جدیدی از قضاوت را می‌طلبد که چاره‌ای جز شکل‌گیری و در نهایت، پذیرش قضات و داورانی با ویژگی خاص نمی‌گذارد. حال با رویش گریزناپذیر چنین قضاتی در عرصه اجتماع که بعضاً هیچ‌گونه تحصیلات حقوقی نیز ندارند، باید وجود آنها را از باب کمبود یا خلأیی که در سیستم‌های قضایی است بپذیریم، یا جدای از دستگاه عدلیه کشورها وجود آنها را از لوازم نهادهای جدیدالتأسیس بشناسیم و جایگاه اختصاصی برایشان قائل شویم؟! این مسئله محل تأمل است. به‌ویژه اینکه نظام‌های مختلف راه‌حل‌های گوناگونی در پیش گرفته‌اند. شکل‌گیری دو نظام قضایی در فرانسه

(عادی و اداری) و پنج نظام قضایی در آلمان (عادی، اداری، کار، تأمین اجتماعی و بودجه)، و عدم اعتقاد به چنین دوگانگی یا چندگانگی در نظام حقوقی کامن-لو و تشتت و نابسامانی مراجع غیرقضایی یا شبه قضایی در بسیاری از سیستم‌ها، گواه ضرورت تحقیق بیشتر در این خصوص و نیاز رسیدن به فرمولی استاندارد است.

تولد دادگاه‌های قانون اساسی و ایجاد پُست‌های قضایی در این راستا در برخی از کشورها را باید به مجموعه موارد فوق افزود. پذیرش قضات در این سمت‌ها را در جهان کنونی می‌توان از تحولات مناصب قضایی به‌شمار آورد. اما تمایل دولت‌ها در به‌کارگیری قضات دادگستری در مراجع شبه قضایی را نباید از نظر دور داشت. قوه مجریه تمایل زیادی دارد که قضات دادگستری را در ترکیب کمیسیون‌ها، هیئت‌ها و مراجع حلّ اختلاف شرکت دهد. بهره‌کشی از مشروعیت قاضی و به‌کارگیری آن در ترکیب مراجع غیرقضایی غالباً موجب تنزل شأن قاضی و امر قضاوت می‌شود^(۴).

در جمهوری اسلامی ایران، پذیرش مشروعیت قاضی به‌موجب قانون اساسی، متوقف بر حکمی است که از سوی رئیس قوه قضائیه در نصب قاضی صادر می‌شود (بند ۲، اصل ۱۵۸)^(۵). 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 قضاء و امری که از پیچیدگی کمتری برخوردار است استفاده شود (ماده ۱۸۹)^(۶). مسئله قضات تعزیرات حکومتی، قضات دادگاه‌های شبه قضایی و اوران 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 بیان می‌کند حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به‌موجب قانون باشد، دیگر محدود به دادگاه‌های قوه قضائیه نیست. چه‌اینکه مصوبه مجمع تشخیص صلحت نظام در رسیدگی به جرائم قاچاق کالا و ارز، قضات دادگاه‌های قوه مجریه

(تعزیرات حکومتی) را اولاً همسنگ قضات دادگاه‌های قوه قضائیه قرار داده است 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 جرایم و مجازات‌های مقرر در قوانین مربوط و مفاد این قانون مجاز به رسیدگی به پرونده‌های فوق‌الذکر است^(۷)؛ ثانیاً برای جبران بطن رسیدگی و تعیین تکلیف پرونده‌های قوه قضائیه راه‌حلی منحصر به فرد، تشریح کرده است 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 جرایم و مجازات‌های مقرر در قوانین مربوط و این قانون اقدام کند. (صدر تبصره ۲ ماده ۴ قانون سابق‌الذکر)

مشروعیت قاضی در رأی

قاضی در رأی، و اعمال سلیقه و صلاحی که خود تشخیص می‌دهد مختار و آزاد نیست؛ و امروزه، جز در نقاطی که حقوق عرفی محض از سوی قضات غیردولتی اعمال می‌شود، جایی که چنین مشروعیت مطلقاً به رأی قاضی بدهد دیده نمی‌شود. حکومت‌ها برای پرهیز از اختلاف آرا راجع به موضوعات مشابه عموماً چاره‌اندیشی کرده‌اند. در نتیجه رأی قاضی هنگامی مشروعیت می‌یابد که ابتناء بر منابعی داشته باشد که حکومت پیش‌بینی کرده است. لذا، قانون به معنای عام کلمه، یا آنچه حکومت مقرر

کرده است، مقامی مهم در مشروعیت یافتن آرای قضات دارد.

تبعیت قاضی از قانون، تقریباً در بیشتر نظام‌ها من جمله خانواده حقوقی رومی-ژرمنی، مورد تأکید واقع شده است و بیش و کم به آن عمل می‌شود. قاضی باید بر مبنای قانون حکم کند، اگر نیافت، به طرق دیگر که نوع تجویز از کشوری به کشور دیگر فرق می‌کند (مانند عمل به عرف، انصاف، اخلاق، دکترین، قواعد کلی حقوق، روح قانون و مذهب و...)، متوسل شود. مثلاً قاضی در سیستم حقوقی آلمان می‌تواند عرف را جایگزین قانون متروک کند.

در نظام حقوقی کامن-لو، عقل و انصاف و به‌ویژه آرای سابق، منابع رأی به‌شمار می‌روند^(۸)؛ اگرچه امروزه قانون و مقررات مدون نیز الزامی ایجاد کرده است که رأی برخلاف آن 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 قاعده جدیدی خلق کند؟ اگر نفس تفسیر را خلق قاعده‌ای جدید بدانیم، در این راستا، محوریت در تفسیر قاضی، قانون عادی است یا قانون اساسی؟ نزد ادیان الهی، به‌ویژه مسلمانان، کتاب الهی است یا قانون؟ دیدگاه‌های متفاوتی در خصوص مشروعیت قاضی در رأی و خلق قاعده جدید مطرح است.

پروفسور پرلمان^۱ معتقد است قاضی به‌جای تفسیر قضایی از قانون، باید در اعتباربخشیدن به قانون بکوشد^(۹).

قضات در سیستم حقوقی امریکا حول قانون اساسی عمل می‌کنند و حقوق متناسبی را ایجاد کرده‌اند که در سایر سیستم‌ها کمتر دیده می‌شود. تشکیل دادگاه قانون اساسی

به گونه‌های مختلف در پاره‌ای از کشورها کمک کرده است تا قانون عادی، روبه‌های قضایی و کلاً هر قاعده الزام آور دیگر، که مخالف حقوق اساسی مردم، و موضوع شکایت است، مورد تفسیر و احیاناً نقض قضات واقع شود.

در جمهوری اسلامی ایران، مطابق قاعده مقتبس از قانون اساسی (اصل ۱۶۷) (۱۰)، عمل به قانون به معنای عام کلمه، مشروعیت بخش آرای قضات است. قاضی نمی‌تواند به قانون عمل نکند ولو اینکه آن را برخلاف منابع معتبر اسلامی بیابد. البته چنانچه قاضی مجتهد جامع‌الشرائط باشد و قانون را برخلاف شرع بداند، می‌تواند به موضوع محل اختلاف در آن رابطه رسیدگی نکند و تقاضا کند که پرونده به شعبه دیگری ارجاع شود (۱۱). شاید وضع چنین حکمی در مقررات حکومتی به این جهت باشد که مطابق قاعده باید تمامی قوانین براساس موازین اسلامی باشد (اصل ۴) (۱۲).

این امر در نظام اسلامی، که جز عمل به احکام الهی را برای قاضی نمی‌پذیرد، محل تأمل است و می‌توان آن را تأسیسی جدید به علت نیازهای روز دانست. اگرچه 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 آیات متعدد الهی واقع نشود که تصریح دارند به اینکه:

وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ...؛ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ

فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (قرآن کریم، مانده / ۴۴-۴۵)؛ ...؛ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ

فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (مانده / ۴۷)؛ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (بقره

/ ۲۲۹).

تلقی شفیق شهما، از مقررات اسلامی به گونه‌ای دیگر است. او ابتدا می‌گوید (۱۳):

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, puisque le souverain se trouve,

dans le systeme constitutionnel musulman, demuni, en theorie, de tout pouvoir legislatif.

مضمون آن به این معنی است که برخلاف تفکر مسیحیت، که معتقد است در کنار قانون الهی می توان قانون موضوعه‌ای با تکیه بر قانون طبیعی داشت، در سیستم بنیادی اسلامی، حاکم نمی تواند بر اساسی ثنوری، قوه مقننه‌ای (یا مجلسی) به وجود آورد که قانون وضع کند.

شهتا سپس دکتربنش را در خصوص منبع حقوقی اسلام برای قاضی چنین بازگو می کند:

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

یعنی بدون هیچ شبهه‌ای در عمل تنها یک منبع وجود دارد و آن هم اجتهاد علما یا دکتربن است.

برنارد فیلیون با استفاده از عقیده شهتا می گوید:

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

یعنی مفتی حقوق را بیان می کند و قاضی به آن عمل می کند.

آنچه شهتا و فیلیون بیان کرده اند، در واقع مبین مشروعیت قانونگذاری یا عمل به آرای فقها در موضوعات مستحدثه است. در گذشته مفتی استنباط خود را از مقررات قابل اجرا بیان می داشت و قاضی به آن عمل می کرد؛ امروزه مجلس مقننه تشخیص خود را از مقررات موضوعه اعلام می دارد و آن را لازم الاتباع می کند.

اما نکته مهم دیگری که باید در خصوص سیستم حقوقی ایران یاد آورد شد، این است که قضات ما بیش از نیم قرن است که قانوناً می توانند قاعده جدیدی خلق، و آن را

لازم‌الاتباع کنند^(۱۵). در واقع قضات ایران، به ویژه بعد از انقلاب اسلامی، می‌توانند بر مبنای اختیار مقرر در قانون اساسی (اصل ۱۶۷)، چنانچه حکم قضیه‌ای را در قانون نیابند، با استناد به منابع معتبر اسلامی، اجتهاد خود را از آن اعمال کنند و فراتر از آن، قضات دیوان عالی کشور می‌توانند به تجویز اصل ۱۶۱ قانون اساسی^(۱۶) در مقام ایجاد وحدت رویه قضایی، فتاوی یا آرای صادرکنند که در حکم قانون است^(۱۷).

اضافه بر آن، قضات مسئولیت خطیر دیگری را نیز به عهده دارند. آنان می‌توانند با تکیه به شق سوم اصل ۱۶۷، که اجازه می‌دهد در صورت نبود قانون به فتاوی معتبر هم عمل کنند، برخی از فتاوی (رأی وحدت رویه شماره ۱۴۷۲ / هـ - ۱۳۷۱/۲/۱۲) را اقتدار قانونی ببخشند^(۱۸).

نظام حقوقی ایران مبتنی بر تفکرات شیعی، تجربه جدیدی در امر حکومت مذهبی است. از این حیث بدیهی است که تفاوت قابل ملاحظه‌ای با سایر سیستم‌های مذهبی داشته باشد که قاضی را تنها 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 اینکه قاضی به‌طور محدود و نسبی، فقط در موضوع مطروحه در حق طرفین دعوا مؤثر است:

...ou une senece judiciaire et qui n'a qu'une valeur relative limitee au cas precis pose et aux personnes concernees.^(۱۹)

قدرت قاضی و قوای حکومتی

حقوق فرانسه در مقایسه با حقوق دیگر سیستم‌های وابسته به خانواده اروپا و امریکا، در زمینه استقلال قضایی و قدرت اجرایی آرای قضات، صادره علیه سایر قوا،

توسعه کمتری دارد. قسمتی از این ضعف ناشی از انکای ترفیع مقام قضات به تصمیم مقام حکومتی (قوه مجریه - وزیر دادگستری) است. فرمون به این امر اذعان داشته است و می‌گوید:

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

L'avancement des juges depend trop souvent du pouvoir executif et les pouvoirs de decision a l'encontre des autorite de l'Etat sont faible.^(۲۰)

در ایران به منظور تأمین استقلال قضات، مطابق بند ۳ اصل یکصد و پنجاه و هشتم قانون اساسی، استخدام قضات عادل و شایسته، و عزل و نصب آنها و تغییر محلّ مأموریت و مشاغل و ترفیع آنان، و مانند اینها از امور اداری، طبق قانون، از جمله وظایف رئیس قوه قضائیه است که از سوی مقام رهبری نصب شده است (اصل یکصد و پنجاه و هفت).

اگرچه همه قضات، از طرف رئیس قوه قضائیه منصوب شده‌اند و اعتبار قضاوت خود را از ابلاغ قضایی صادره ایشان می‌گیرند، این امر آنان را از رسیدگی به دعاوی علیه تصمیمات اجرایی رئیس قوه قضائیه، منع نکرده است. قضات ایران نشان داده‌اند که بر اساس اختیار مکتسب از قوانین، و به‌ویژه اصل یکصد و هفتاد و سه قانون اساسی، مرجع رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم از کلیه مأموران، واحدها، آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها هستند. ولو طرف شکایت، قوه قضائیه در مقام ایفای وظایف اجرایی اش باشد.

با بذل عنایت به یک مورد رأی لازم‌الاتباع قضات دیوان عدالت اداری، می‌توان به جایگاه رکن قضات ایران در محافظت از قانون، و نظارت بر تصمیمات مقامات اجرایی، پی برد.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۵- ۳۷۸/۷۹، مورخ ۱۳۸۰/۴/۱۰، با رسیدگی به شکایت شکات علیه اصلاحیه دستورالعمل نحوه رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالا و ارز، صادره از ریاست قوه قضائیه چنین رأی می‌دهند:

... 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 تجدیدنظر این است که مراجع قضایی ذیصلاح مکلفند فارغ از قواعد مربوط به تشریفات آیین دادرسی و مرحله تجدیدنظر 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 ذی‌ربط اعلام نمایند. نظر به مراتب فوق‌الذکر و اینکه جواز تصویب دستورالعمل نحوه رسیدگی به جرائم مذکور، موضوع قسمت اخیر، تبصره یک ماده ۴ قانون مفید وضع مقرراتی مبنی بر قابل تجدیدنظر بودن احکام صادره نیست، دستورالعمل اصلاحی مورخ ۷۹/۸/۲ قوه قضائیه که احکام صادره را از لحاظ قطعیت و عدم قطعیت و قابلیت یا عدم قابلیت تجدیدنظر و مرجع تجدیدنظر مانند سایر احکام جزائی اعلام داشته است منایر هدف و حکم مقنن و خارج از حدود اختیار مذکور در تبصره یک ماده ۴ قانون فوق‌الاشعار تشخیص داده می‌شود و مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد. (۲۱)

یادداشت‌ها

۱. برای توضیح بیشتر درباره حقوق اسلامی و تفسیر حضرت علی - علیه السلام - از آیات ۶۲ و ۸۵ سوره نساء، راجع به عمل بر مبنای رأی صحیح که از اولی الامر یا خاندان رسول اکرم (ص) صادر می‌شود، رجوع کنید به جزوه درسی حقوق تطبیقی نگارنده (نیمسال دوم

سال تحصیلی ۱۳۸۰-۱۳۷۹)، ص ۵۱ تا ۵۳.

۲. اموری مانند دیوان (divan)، اجرای رأی دیوان، تجدیدنظر از رأی دیوان از حیث مرجع حلّ اختلاف و رسموی مانند کارچ و کپن (Karch-va-Kapon) و پتردیگ (Patardeyag) در مسائل کیفری نزد عشایر بلوچ، مثال مناسبی برای قضاوت عشایری در ایران است («مردم‌شناسی فرهنگ بلوچ، گزارشی از همایش فرهنگ و ادبیات بلوچی در سوئد، سال ۲۰۰۰»، روزنامه همشهری، ۱۰/۹/۱۳۷۹ - ۳۰ نوامبر ۲۰۰۰).

۳. در ایران پذیرفته شده است که: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است. و تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است.» (اصل ۱۵۹). همین‌طور مطابق اصل قانون اساسی، «اعمال قوه قضائیه به وسیله دادگاه‌های دادگستری است که باید طبق موازین اسلامی تشکیل شود.» (اصل ۶۱).

۴. قائلی در نقد هیئت‌های حلّ اختلاف مالیاتی آورده است: «برخلاف آنچه از شأن والای قاضی، موضوع بند ۲ ماده ۲۴۴، به‌عنوان یک سرداور و شخص ثالثی که در صدور رأی منطبق با موازین عدالت و تشخیص حقوق طرفین نقش اساسی دارد، انتظار می‌رود، معمولاً این عضو هیئت‌ها نقش مؤثر و فعال ندارد...» (نشریه حسابدار، سال پانزدهم، شماره ۱۳۸، ۱۳۷۹؛ مقاله «هیئت‌های حلّ اختلاف مالیاتی مرجع داوری یا محکمه جزائی؟»، ص ۸۳).

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

۶. به‌موجب ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه، «به‌منظور کاهش مراجعات مردم به محاکم قضایی و توسعه مشارکت آنان در رفع اختلافات محلی و نیز حلّ و فصل اموری که ماهیت قضایی ندارد و یا ماهیت قضایی آن از پیچیدگی کمتری برخوردار است، به شوراهای حلّ اختلاف واگذار می‌شود.»

۷. 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.

۸. مطلب زیر از میشل ویلی است. او می‌گوید علاوه بر اختیار اجرای نانون و تفسیر آن توسط قضات انگلیس، آنان در خلق قاعده لازم‌الاجرا، همانند مجلس قانون‌گذاری اقتدار دارند؛ امری که با قانون برابری 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 explication que les juges auraient 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 disposeraient eux aussi du pouvoir de creer des normes generales (*Philosophie du droit*, II-Les moyens du droit, Michel Villey, 1979, p 175).

9. Justice et argumentation, essais a la memoire de Chain Perelman, ressembles par Guy Haxrsher et Leon Ingloer- Le juge ministre du sens, par Francois Rigaux.

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

۱۱. ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ به این قرار است: «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را برخلاف شرع بداند،

پرونده به شعبه دیگر جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد». در نبره ذیل ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور، مصوب ۱۳۶۸/۳/۳۱ نیز مقرر شده بود: «در صورتی که قاضی مجتهد جامع‌الشرایط باشد و فتوای فقهی او مخالف قانون مدون باشد، پرونده جهت رسیدگی به قاضی دیگر محول می‌شود».

۱۲. بر طبق اصل چهارم 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».

13. Archives de philosophie du droit, Dimension religieuse du droit et notamment sur... la religion et les fondement du droit en Islam, par Chafik CHEHATA, p 21et22, n 18, 1973.

14. Bernard Fillion, La specificite du droit musulman, l-L'origine de la norme en droit musulman.

۱۵. ماده واحده قانون مربوط به رویه قضایی، مصوب ۱۳۲۸/۴/۷. در ضمن، بر اساس ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس (سه سال آزمایشی): «آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور قابل تجدیدنظر نبوده و فقط به موجب قانون بی اثر می‌شوند».

۱۶. طبق اصل ۱۶۱: 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 قضائیه تعیین می‌کند، تشکیل می‌شود.

۱۷. این مطلب را که مهم‌ترین وظیفه دیوان عالی کشور جمهوری اسلامی ایران است - در تز خود با ذکر مصداق تصریح کرده‌ایم:

L'effort des juges pour degager la regle ou la norme applicable, dans tous les domaines du droit islamique, qui est inseparable d'autres 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).

۱۸. این امر را در نز خود چنین بیان کرده‌ایم:

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

19. Patrick Valdrini, Jacques Vernay, Jean-Paul Durmond, Olivier-Echappee, Droit canonique, precis Dalloz, 1989, n. 318, p. 252.
20. M. Fromont, Grands systemes de droit etrangers, Dalloz, 3ed., 1998, p. 140.

۲۱. دادنامه شماره ۱۱۴، کلاس پرونده ۳۷۸/۷۹. به نظر می‌رسد اختیار قوه قضائیه در تهیه آیین‌نامه اجرایی امری استثنایی است. (برای توضیح بیشتر، مراجعه کنید به مقاله نگارنده با عنوان «بحثی پیرامون قدرت اجرایی آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های قوه قضائیه در مقایسه با آیین‌نامه‌ها و مصوبات قوه مجریه»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، تابستان ۱۳۸۰، شماره ۳۵، ص ۴۱ تا ۵۳.