

## رویکرد تفسیری دیوان عالی کشور در حمایت از حقوق و آزادی‌ها با تاکید بر آرای حقوقی

رضا نجفی<sup>۱</sup> - علی اکبر گرجی ازندریانی<sup>۲</sup> - علی تقی‌زاده<sup>۳</sup>

دریافت: ۱۳۹۷/۵/۱۸ - پذیرش: ۱۳۹۸/۱/۲۴

### چکیده

نقش و جایگاه والای تفسیر قضایی در نظام حقوقی بر کسی پوشیده نیست. هدف از این پژوهش، یافتن رویکرد تفسیری است که دیوان عالی کشور در جایگاه نظارتی-حمایتی دادرسان در فرآیند تفسیر ارائه می‌دهد. اما سوال این است که رویکرد و روش تفسیری دیوان عالی منتج به احقاق حق شده یا صرفاً به فصل خصومت بسنده کرده است؟ باتوجه به اهمیت وحدت تفسیر و جایگاه رویه قضایی دیوان عالی کشور در نظام قضایی، به نظر می‌رسد دیوان عالی هنوز نتوانسته است به خوبی بین گرانیکاه تفسیر و حمایت از حق‌ها و آزادی‌ها به ایفای نقش بپردازد. اما بررسی رویه قضایی دیوان عالی کشور در بخش حقوقی نشان می‌دهد که شکل‌گرایی حقوقی و اتکای صرف به متن‌گرایی و تفسیر لفظی رویکرد کاملاً مسلط و همیشه غالب دیوان نبوده و تفسیر پویا با توجه به شرایط پرونده در برخی موارد توسط دیوان عالی مورد توجه است. نکته قابل توجه این که هرگاه دیوان عالی دست به تفسیرهای پویا و هدف‌گرایی زده است بیشتر منتج به احقاق حق شده است.

**واژگان کلیدی:** دیوان عالی کشور، تفسیر قضایی، حقوق و آزادی‌ها، آرای حقوقی، شکل‌گرایی حقوقی.

reza\_najafi2015@yahoo.com

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

gorji110@yahoo.fr

۲. دانشیار حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

taghizadeh@atu.ac.ir

۳. استادیار حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی

## مقدمه

«کارکرد نهایی قانون و به نوعی نمود بارز آن، حل تعارضات و تراحماتی است که در جامعه و میان افراد رخ می‌دهد. در مواردی که قانون دچار نقصان و کمبود یا ابهام و تعارض می‌باشد، اعمال کارکرد ویژه آن مستلزم بهره‌گیری از تفسیر توسط قضات است. ضرورت صدور حکم، تفسیر را توجیه می‌کند. قاضی که در پی راه‌حل‌های اجتماعی است، به شیوه فقیهان نمی‌تواند اعلام کند که متوقف شدم. قاضی باید حکم بدهد: از یک سو با قانون ناقص روبه‌رو است و از سوی دیگر تکلیف دارد که رای بدهد» (خوئینی، ۱۳۹۳: ۱۹۹). اصولاً تعدد معنایی در متون حقوقی معمولاً از طریق تفسیر برطرف می‌گردد اما ابهام در قانون مستلزم ساخته شدن است. بین تفسیر و برساخت فرق وجود دارد. تفسیر تبیین معنای زبان‌شناختی زبانی خاص در یک متن است، درحالی که ساختن آن فعالیت، به کارگرفتن آن معنا در شرایط واقعی و خاص است (Solum, 2010: 9). تفسیر، اصولاً از نظر ارزشی بی‌طرف است یا به صورت بسیار محدودی ارزشی و هنجاری است (Barnett, 2011: 65-73). فهم متن قضایی نه جستجوی چیزی در گذشته و یا بازسازی و بازآفرینی آن، بلکه تطبیق متن با زمان حاضر است. زیرا معنای متن حقوقی و علل وضع قانون از طریق پرسش و پاسخ مستمر با آن به دست می‌آید. هرمنوتیک حقوقی به طریق متفاوت می‌فهمد و فهم خود را به لحاظ تاریخی مشروط می‌کند تا یک الگو برای تجربه هرمنوتیکی از تاریخ‌مندی احکام حقوقی و افق متأثر از آن شرایط ارائه دهد. هرمنوتیک حقوقی همواره نماد کار ترجمه بین نظام‌ها، زمان‌ها، مکان‌ها، مصالح و مفاصل است. وظیفه این رشته همیشه به مساله حقوق شهروندی، انتخاب آزادانه و ایجاد فرصت برابر برای آحاد مردم بوده است (پورسعید و یاسری، ۱۳۹۰: ۸۲).

«قوانین با توجه به پیچیدگی روابط اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و... نمی‌توانند برای هماهنگی با تغییرات روز جامعه منتظر ارائه تفسیر مناسب از قانونگذار یا تصویب قانون جدید بمانند؛ لذا اگر در روبه قضایی این امر صورت نگیرد و قاعده حقوقی در راستای تفسیری منطبق با واقعیات و نیازهای جامعه از قانون ایجاد نشود، قانون مسکوت می‌ماند یا دارای اثر موردنظر قانونگذار نخواهد بود. صلاحیت دیوان عالی در تکمیل قانون از طریق تفسیر به گونه‌ای است که تفسیر قانون را باید جزئی از پیکر قانون دانست و از جهت الزام‌آور بودن برابر خود آن. اگر وظیفه قضا منحصر شود در حمایت از ساختار قانونی در کشور در برابر

خطرهایی که آن را تهدید می‌کند و مانع اجرای خودبه‌خودی آن از طریق فعالیت حقیقی اشخاص شود، پس نظام قضایی از طریق احکامی که صادر می‌کند از آن سیستم قانونی حمایت می‌کند و با قدرت محدود شده‌ای که در اختیار دارد در فهم و تطبیق می‌کوشد تا رای را برای طرف دعوی صادر کند» (سیفی و امیرا قدم، ۱۳۹۵: ۱۸۸).

باتوجه به اهمیت وحدت تفسیر، رویکرد تفسیری دیوان عالی می‌تواند نقش تعیین کننده‌ای در رویه سایر دادگاه‌ها با هدف اتخاذ رویکرد تفسیری که نهایتاً به حمایت از حقوق و آزادی‌ها بینجامد، داشته باشد. این پژوهش بر آن است با استفاده از آرای دیوان عالی کشور نشان دهد که این نهاد عالی قضایی چه رویکرد تفسیری را در پیش گرفته است؟ آیا رویکرد واحدی وجود داشته یا شاهد وجود نشانه‌هایی از مکاتب تفسیری گوناگون در آرای دیوان عالی هستیم که در برخی موارد باعث صیانت از حقوق اساسی شهروندان شده است؟

## ۱. تفسیر قضایی: ضرورت و روش

### ۱-۱. نسبت دادرسی و تفسیر

«باتوجه به اینکه حقوق و قانون در دعاوی، نامتعیین است همواره می‌توان با نظریات حقوقی مخالف اما قابل قبولی مواجه شد که هریک از طرفین دعوا را تصدیق می‌کند. به طور خلاصه، در هر قضیه‌ای تا آنجا که به حقوق و قانون مربوط می‌شود تصمیم گیرنده می‌تواند به نحو قابل قبولی تصمیمی را به نفع یا ضرر یکی از طرفین دعوا اتخاذ کند و دلیل قابل قبولی نیز ارائه دهد که نتیجه را قانون به وی دیکته کرده است» (انصاری، ۱۳۹۲: ۵۰-۴۸). هیچ شکمی نیست که دادرسی باید قوانین را اعمال کند و در صورت لزوم به تفسیر آنها پردازد. احراز لزوم تفسیر قانون با او است اما گاهی این لزوم جنبه واقعی دارد و گاهی زائیده محذورات دادرسی است. محذوراتی که ریشه در اخلاق، عدالت یا انصاف و یا مصالح دارند و دادرسی با استفاده از فنون تفسیر و به ویژه تفسیر به مفهوم موسع کلمه، آنها را در اعمال قوانین دخالت می‌دهد و نقش سازنده خود را ایفا می‌کند. او قانون را از دریچه نگاه ویژه خود می‌بیند و به ویژه در فرضی که حکم صریحی در آن نیست قواعدی را که عادلانه می‌پندارد استنباط می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۵۶۷).

اعتقاد به طریقت داشتن قوانین نیل به چنین هدفی را برای قاضی میسر می‌سازد. برخی

حقوقدانان معتقدند برای فهم نقش سازنده دادرس، لازم است نقش دادرس در سه زمینه مورد مطالعه قرار گیرد که عبارتند از: الف- روشن و تکمیل ساختن قوانین؛ ب- تامین انسجام نظام حقوقی با حذف تناقضها و پ- تطبیق حقوق با تحول واقعیتها (انصاری، ۱۳۹۲: ۸۴). از نظر برخی حقوقدانان، قانونگذار به قضات اختیار رجوع به انصاف را می‌دهد یا آنان را به عادات و رسوم یا حقوق فطری ارجاع می‌دهد یا اجرای مقررات قانونی را تابع مقتضیات اخلاق حسنه یا نظم عمومی قرار می‌دهد. در کلیه این موارد، قانونگذار خواستار همکاری قضات است. در همه موارد، قضات هستند که با استنباط از قانون اقدام به استخراج و اعلام این عبارات و اصول می‌کنند. اصول از عناصر حقوق موضوعه به شمار می‌رود و انسجام حقوقی مرهون آنهاست. آنها دارای کلیت و ویژگی الزام‌آور هستند. رویه قضایی بلندگو و اعلام-کننده اصول است (جعفری تبار، ۱۳۸۸: ۵۵).

«روشن کردن نسبت دادرس با تفسیر مهمترین گرانگه بحث‌های تفسیری در تفسیرشناسی به طور کلی و تفسیرشناسی حقوقی به طور خاص را تشکیل می‌دهد. تاریخ تفسیرشناسی و تاریخ تفسیر حقوقی از توجه آغازین و صرف بر یافتن نظر پدیدآورنده یا قانون‌گذار، تمرکز اصلی بر متن (قانون)، در مرحله واپسین و سرانجام توجه امروزین فزاینده به تفسیرگر یا دادرس حکایت می‌کند. تا آنجا که می‌توان گفت که امروزه نقش دادرس در متن قانون به بالاترین میزان خود رسیده است (شجاعی، ۱۳۹۳: ۱۹۵).

توجه‌های بازیگری دادرس در فرآیند تفسیر قانون را می‌توان در سه دسته گنجانند: دسته یکم به محدودیت‌های مربوط به پدیدآوردن قانون از سوی قانونگذار، دسته دوم به نقش و جایگاه نظارتی - حمایتی دادرسان در فرآیند تفسیر و دسته سوم به گریزناپذیری بازیگری دادرس برای روزآمدسازی معنای قانون مربوط است» (شجاعی، ۱۳۹۳: ۱۹۷).

فیلسوفان واقعگرا<sup>۱</sup> علت تفسیر را عمدتاً در عواملی خارج از خود متن و یا قاعده حقوقی جستجو می‌کنند. این امر حتی اگر در حوزه‌های غیرحقوقی بشری با اعتمادبه نفس کمتری قابل دفاع باشد، در حوزه‌های حقوق بشری با قاطعیت بیشتری قابل طرح است. بی‌تردید عوامل اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و حتی تعلقات جناحی مفسر در ارائه تفسیری موسع و یا مضیق از هنجارهای حقوق بشری، نقشی اگر نه مهمتر - حداقل در حد همان متن - ایفا می‌کند.

نگاه انسان‌مدارانه اخلاقی یک متن حقوق بشری بیش از آنکه تاثیر متن بر مفسر باشد مرهون پیش‌ساخت‌های ذهنی خود مفسر است. البته از تاثیر سایر عوامل جانبی هم نمی‌توان غافل بود (قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۲: ۲۳۱).

به نظر جان رالز در کتاب لیبرالیسم سیاسی، دیوان عالی در آمریکا تجسم خرد عمومی است که راه‌حل مسائل اجتماعی را به‌رغم اختلاف سلیق گروه‌های مختلف اجتماعی به خوبی تقریر می‌کند. «دیوان عالی کشور در ایران نیز می‌تواند با ورود در موضوعات کلان حقوقی، به دادگاهی صاحب‌نظر و صاحب‌اثر بدل گردد. لیکن در عمل، دیوان عالی از این قابلیت خود بهره کامل نبرده و این دو علت دارد. نخست آنکه بر بنیاد قوانین متاخر فقط قلیلی از آرا و موضوعات اجازه ورود به دیوان را یافته‌اند و دوم آنکه اندیشه‌ای نقدپذیر در میان بسیاری از حقوقدانان رایج است که چون دیوان باید قوانین شکلی را اجرا کند، حق ورود در بسیاری از مسائل ماهوی حقوقی را ندارد. در حالی که دیوان رسیدگی شکلی می‌کند نه آنکه قانون شکلی را اجرا کند. رسیدگی شکلی به معنای نظارت بر شیوه اجرای شاکله قانون در دادگاه‌های تالی است و در این میان، فرقی بین اجرای قانون شکلی و قانون ماهوی نیست. پس دیوان عالی می‌تواند درباره تفسیر دادگاه بدوی از تقصیر دخالت کند گرچه نمی‌تواند برای کشف تقصیر، کارشناس جدید استخدام کند. درست است که دیوان عالی به امر موضوعی نمی‌پردازد اما بسیاری از امور موضوعی خود با قیاسی که در بردارنده امر حکمی دیگری است حاصل شده و دیوان بی‌گمان حق نظارت بر امر حکمی را نیز داراست» (جعفری تبار، ۱۳۹۵: ۴۱).

## ۲-۱. روش‌های تفسیر

متدلوژی یا روش‌شناسی تفسیر در ایران هنوز جایگاه مشخصی ندارد و به همین دلیل مفسران قانون، مبانی محکم روش‌شناختی ندارند اما بر اساس دو دیدگاه سنتی و واقع‌گرا، روش‌های تفسیر هم متفاوت است؛ در مفهوم کلاسیک، روش تفسیر؛ روشی است که ما را به شناخت می‌رساند یا به آن نزدیک می‌کند. در مفهوم رئالیستی، فرایند شناختی در کار نیست، بحث از مفید و مفیدتر بودن است و نه صدق و کذب. روش‌های تفسیر ابزارهایی هستند که کمک می‌کنند تا ما به عنوان مفسر، نتیجه مطلوب خود را توجیه کنیم (بابایی مهر، ۱۳۸۸: ۱۷۱).

دو روش تفسیر را می‌توان اینگونه تقسیم‌بندی کرد:

## ۱-۲-۱. شکل‌گرایی حقوقی: منشاگرایی

«شکل‌گرایی حقوقی گاه «به معنای نادیده گرفتن محتوای قاعده حقوقی و توجه کامل به ظاهر آن، چنانچه که در یک متن یا ماده حقوقی آمده است» فهمیده می‌شود. از این‌رو، ادعا شده که شکل‌گرایی برمبنای تعیین‌گرایی شکل گرفته است؛ به این معنا که مجموعه مواد قانونی برای ارائه پاسخ واحد و صحیح به هریک از پرسش‌های حقوقی کافی است. چنین می‌نماید که از دیدگاه شکل‌گرا، حقوق بسان نظام بسته‌ای است که در نهایت به اراده قانونگذار زنجیر شده است. به دیگر سخن، شکل‌گرایی در لزوم تبعیت از قواعد حقوقی، در گام نخست، به معیارهای درونی نظام حقوقی توجه دارد و معیارهای برون از این نظام مانند پیامدها، آثار خارجی و تحلیل فراحقوقی محتوایی را در ارزشیابی این قواعد حقوقی دخالت نمی‌دهد. با این وصف، شاید بتوان گفت شکل‌گرایی حقوقی در پی دوری از ملاحظات محتوایی هنجاری و ارزشی و بی‌طرفی نسبت به نظام‌های محتوایی و هنجاری است. به این ترتیب، استدلال حقوقی درحقیقت به منطق صوری (قیاس استنتاجی) یا منطق ریاضی (نظام منطقی مستقل از داده‌های تجربی) فروکاسته می‌شود. به همین دلیل گاه از شکل‌گرایی با عبارت نظریه حقوقی مکانیکی نام برده می‌شود، زیرا، از این منظر می‌توان نظام استدلال حقوقی را یک دستگاه محاسبه‌گر انگاشت. این دستگاه که همان دستگاه قیاس استنتاجی است، با قرار دادن داده واقعی (مربوط به واقعیات) در صغرای قیاس و داده حقوقی (قواعد قانونی) در کبرای آن، مدعی توانایی ارائه پاسخ صحیح به هریک از پرسش‌ها و مسائل حقوقی است. گفتنی است شکل‌گرایی در قلمروهای گوناگون تجلی‌های متفاوت یافته است. شکل‌گرایی در مقام قضاوت به قیاس‌گرایی و در قلمرو قانون‌گذاری و تفسیر به متن‌گرایی<sup>۱</sup> انجامیده است. از این‌رو، باید تاکید کرد که قیاس‌گرایی صرفاً یک تجلی از تجلیات شکل‌گرایی است» (راسخ و پورسید، ۱۳۹۵: ۷۲).

بنابر یک اعتقاد فرمالیستی، قاضی باید تابع قانون باشد و اگر قانون به هر دلیل نامناسب تلقی شود، تنها راه چاره، اصلاح یا لغو قانون است، راه میانه‌ای وجود ندارد. اما نسخه دیگری از شکل‌گرایی کمی منعطف‌تر است. به موجب آن، قاضی در برخی موارد می‌تواند قوانین را بدون نیاز به تفسیر اجرا کند. این نگرش فرمالیستی را شاید بتوان اینگونه تعبیر کرد که:

ضروری نیست قانون همواره در پرتو اهداف یا سیاست‌هایی تفسیر شوند که در خدمت آن قرار دارند. جوهر کلام منتقدان دکترین "تصمیم‌گیری تماما مطابق قانون" این است که در صورت تعارض یک قانون با هدفی که به خاطر آن تصویب شده است، نمی‌توان قاضی را مکلف دانست که بدون قید و شرط و کورکورانه از قانون متابعت نماید. در این حالت قاضی حق دارد در اعمال قانون، استثنا قائل شود یا قانون را طوری تفسیر کند که برای حل و فصل مورد مطروحه متناسب گردد (کیوانفر، ۱۳۹۵: ۷۸-۷۷).

می‌توان ادعا کرد که شکل‌گرایی در هر دو تجلی متن‌گرایی و قیاس‌گرایی آن رویگری قابل دفاع نیست. این رویکرد فوایدی را مانند نظم، پیش‌بینی‌پذیری و سرعت، در سطح فعالیت‌های روزمره و فوری حقوقی در پی می‌آورد، اما افزون بر ضعف و کاستی‌هایی که شکل‌گرایی برای نظام حقوقی و جامعه به بار می‌آورد و دقیقا به همان دلایل، نظام حقوقی، افزون بر شکل، باید دغدغه محتوا نیز داشته باشد. این مهم تنها با فراتر گذاشتن گام از دایره تنگ شکل‌گرایی میسور خواهد شد. دیوان عالی کشور باتوجه به جایگاه و صلاحیت‌های قانونی که دارد، می‌تواند بهترین گزینه و الگوی سایر مراجع قضایی برای پیش‌قدم شدن در این مسیر باشد. «اگر جزء این باشد، باید در انتظار دو واقعه باشیم: نخست آنکه نظام قضایی در عین قانونگرایی رفته رفته از عدالت فاصله بگیرد و در مواردی آن را زیرپا بگذارد. دوم آنکه؛ نظام قضایی به دام حیل قانونی/شرعی گرفتار افتد تا بتواند برای انطباق خود با واقعیات اجتماعی راه‌گزینی بیابد. درواقع ابداع حیل شرعی و قانونی از جمله برای فرار از شکل‌گرایی محض بوده که به نوبه خود مشکلاتی برای نظام حقوقی به وجود آورده است» (راسخ و پورسید، ۱۳۹۵: ۸۱).

#### ۲-۲-۱. واقع‌گرایی: پیدایش مکاتب پویا

تفسیر برمبنای روش‌های پویا مستلزم در نظر داشتن تحولات حقوقی و هم‌چنین زمینه اجتماعی مربوط به متن علاوه بر سوابق و زمینه تاریخی آن است. مکاتب پویا در برابر منشاگرایی، عینیت مبتنی بر معنای زمان تصویب را رد می‌کنند. از دید آنها واژگان دارای معنای ثابت و محصلی در طول زمان نیستند، بلکه این شرایط و زمینه درحال دگرگونی آنها است که به آنها معنی می‌دهد. در چنین حالتی در صورتی که جامعه دوره ثباتی را در

زمانه‌های متفاوت سپری کند، تفاسیر ثابت و در غیر این صورت دگرگون می‌شوند. این امر کاملاً در تعارض با پیش فرض‌های منشاگرایی بوده و آنها را به چالش می‌کشد. از نظرگاه منشاگرایان، تفسیری که در مقام قضاوت سال‌ها بعد از تصویب قانون ارائه خواهد شد، همان تفسیری است که واضعان قانون در زمان تصویب آن ارائه داده‌اند. طرفداران مکاتب پویا در دفاع از اعتقادات خود از آرای ویتگنشتاین تاثیر می‌پذیرند. براساس نظرات وی، معنای واژه‌ها را کارکرد آنها در یک بازی زبانی خاص معین می‌کند و لذا نه تنها واژه‌ها در بازی‌های زبانی متفاوت، معانی متفاوتی خواهد داشت بلکه با دگرگون شدن این بازی‌ها، معانی هم دگرگون می‌شوند. در هر صورت هیچ معنای محصلی برای واژگان وجود ندارد (استرول، ۱۳۹۲: ۲۰۸). از منظر یک مفسر مکتب پویا، متن قوانین همچون خاک رس است که مفسر می‌تواند آنها را در اشکالی که مقصود واضعان قوانین نبوده است، شکل دهد (Graham, 2006: 169). در حالی که منشاگرایی قادر به واکنش مناسب در مقابل تحولات مربوط به زبان نیست، مکاتب پویا این توانایی را دارند که منطبق با تحولات زبانی، تفاسیری مناسب از متن قوانین ارائه دهند. درحالی که منشاگرایی قادر به شناسایی و درک اثر متقابل تفسیر قانون و اعمال آن نیست، تفسیر پویا این فعل و انفعال را پوشش می‌دهد. منشاگرایی بر مفهوم ساختگی و غیرقابل جستجوی قصد قانونگذار تکیه دارد، اما در تفسیر پویا، قضات بر آنچه وجود دارد، اتکا می‌کنند. آنها به ارزیابی نیازهای فعلی جامعه می‌پردازند. باید توجه داشت که در جریان اعمال قوانین بر وقایع، تحول و تغییر معنای واژگان قوانین امری اجتناب‌ناپذیر است، قوانین در مسیرها و روش‌هایی که واضعان آنها هرگز در نظر نداشته‌اند، منعطفانه اعمال می‌گردند. مفسر پویا برخلاف یک منشاگرا، نقش فعالی را در تحول زبانی بازی می‌کند. از سوی دیگر ثابت شده است که در پرونده‌های دشوار، روش پویا نقش قابل توجهی در ارتقای عدالت داشته است. از آنجا که این روش صریحاً ماهیت تکاملی زبان را شناسایی کرده است، لذا قادر است که قوانین قدیمی را منطبق با دیدگاه‌های معاصر جامعه در خصوص عدالت تفسیر کند. این امر به خصوص در ارتباط با حوزه حق‌های بنیادین، یعنی جایی که دیدگاه‌های عموم در خصوص آنچه واجد شرایط عدالت یا واجد شرایط در شمار حقوق بنیادین قرار گرفتن، متفاوت است، نمود می‌یابد (Graham, 2006: 177).



## ۲. نقش فرمالیسم حقوقی در رویکرد تفسیری دیوان عالی با تاکید بر رویه قضایی

### ۲-۱. بازتاب تفسیر منشاگرا در آرای حقوقی دیوان عالی کشور

۱-۲-۱. عدم الزام قانونی به دخالت وکیل برای اقامه دعاوی حقوقی، شکایت از آرا و دفاع از آنها

از شعب ۱۵ و ۱۳ دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران با استنباط از مواد ۳۱ و ۳۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری و آیین‌نامه الزامی شدن حضور وکیل در دادگاه‌ها و ماده ۳۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، آرای متعارض صادر شده بود.

در مشروح مذاکرات هیئت عمومی شاهد آن هستیم که تمایل بیشتر افراد حاضر در جلسه به عدم الزام حضور وکیل در دعاوی حقوقی است. برخی معتقدند که حق بر گرفتن وکیل با اشاره به اصل ۳۵ قانون اساسی که در همه دادگاه‌ها طرفین دعوا حق دارند برای خود وکیل بگیرند قابل اسقاط است. از این عبارت مفهوم مخالف نیز استنباط می‌شود که حق دارند وکیل هم نگیرند. در یک نظر اعلام شد که اگر گرفتن وکیل اجباری باشد وکیل پول می‌خواهد از سوی دیگر نگرفتن وکیل هم در برخی موارد مفاسدی دارد از جمله اینکه بسیاری از مردم ضعیف، بیچاره می‌شوند و نمی‌توانند از حق خود دفاع کنند. اما اگر هم بگوییم الزامی وجود دارد اجحاف است. برخلاف قواعد فقهی، حقوقی؛ عقل و شرع است که مردم را ملزم به استفاده از وکیل نماید. الزام به گرفتن وکیل، مخالف قاعده لاضرر است. امیرالمومنین شخصا در دادگاه حاضر شده و از خود دفاع کردند.

در این میان نظریه دادستان کل کشور قابل توجه است. از نظر ایشان، بسیاری از کسانی که مبادرت به طرح دعوا می‌نمایند، به لحاظ عدم آشنایی و آگاهی با مسائل حقوقی به نتیجه مطلوب نمی‌رسند و گاه حقوق ایشان تضییع می‌گردد. از طرف دیگر این موضوع تراکم پرونده‌ها در محاکم را موجب شده و اوقات دادگاه‌ها را به خود مشغول می‌کند و باعث می‌شود آن دسته از دعاوی که به طور صحیح مطرح شده‌اند نیز سال‌ها معطل مانده و با تاخیر مورد رسیدگی قرار گیرند. این موضوع موجبات تضییع حقوق این گروه را به دنبال دارد. درحالی که مشورت و راهنمایی حقوق‌دانان و وکلای مجرب باعث می‌شود این اتفاقات یا صورت نگیرد و یا کاهش چشمگیری داشته باشد. «اینکه برخی بیان می‌دارند الزامی شدن وکیل مساوی است با تضییع حقوق افراد و تحمیل هزینه اضافی به آنها، به نظر صحیح نمی‌باشد؛ زیرا با رفع مشکلات مذکور، دعاوی هم در مسیر صحیح و قانونی مطرح می‌شوند و

هم در مدت زمان کمتری مورد رسیدگی قرار می‌گیرند. مضافاً اینکه این امر مانند تمام تزییقاتی که در شکل طرح دعوی حقوقی وجود دارد، قرار می‌گیرد. اگر معتقدیم که این موضوع خلاف شرع و قانون است، نسبت به دیگر مقررات مربوط به شکل رسیدگی به دعاوی از جمله هزینه دادرسی نیز می‌توان چنین ادعایی نمود؛ درحالی که واضح است چنین ادعایی صحیح نیست» (به نقل از روزنامه رسمی شماره ویژه رای وحدت رویه شماره ۷۱۴ مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۱۱).

اهمیت حق بر داشتن وکیل تا اندازه‌ای است که حتی به اعتقاد برخی از نویسندگان «قاضی قوت و قدرت استدلال را تشخیص نخواهد داد مگر آنکه آن را از دهان کسی که تمام نیروی فکری خود را برای بیان مدافعات تخصیص داده، استماع نماید. انجام این وظیفه برعهده وکیل است. باید متذکر شد که وظیفه وکیل تصمیم‌گیری نیست بلکه ترغیب و هدایت اختلاف به جهت صحیح خود است» (فولر، ۱۳۵۷: ۳۲). حضور وکیل در تمام مراحل دادرسی حقی است اساسی که به تضمین رعایت تشریفات قانونی کمک می‌کند. چنانکه شاهد آن هستیم در این رای، موضوع وحدت رویه دسترسی به وکیل به عنوان یک حق مطرح نشده است. حتی در اینجا ملازمه‌ای بین حق بر داشتن وکیل و الزام به انتخاب وکیل در دعاوی حقوقی وجود ندارد بلکه دیدگاه‌ها بیشتر ناظر به مصلحت است. دو مصلحتی که با هم تعارض کرده است یعنی از یکسو الزام به انتخاب وکیل باعث می‌شود که رسیدگی در مهلت معقول صورت گیرد اما از سوی دیگر هزینه‌های دادرسی را برای طرفین دعوی بالا می‌برد. نهایتاً دیوان عالی علیرغم استناد به قانون اساسی صرفاً به متن مواد قانونی استناد نموده و بدون ورود در ماهیت حق یا مصلحت بودن دسترسی به وکیل در دعاوی حقوقی، رای به عدم الزام داده است.<sup>۱</sup>

۱. رای وحدت رویه شماره ۷۱۴ مورخ ۸۸/۱۲/۱۱ چنین مقرر می‌کند: «مطابق اصل ۳۴ قانون اساسی، دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هرکس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه صالح رجوع نماید... و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد. انتخاب وکیل هم بنابه حکم مقرر در اصل ۳۵ قانون اساسی از حقوق اصحاب دعواست و ماده ۲ نیز مقرر داشته: «هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوی رسیدگی کند مگر اینکه شخص یا اشخاص یا وکیل یا قائم‌مقام یا نماینده قانونی آنان رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست نموده باشند.» و در ماده ۳۹ تصریح کرده: «در صورتی که وکیل استعفای خود را به دادگاه اطلاع دهد، دادگاه به موکل اخطار می‌کند که شخصاً یا توسط وکیل جدید، دادرسی را تعقیب نماید...» همچنین قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۵۶ در فصل ۸ در قسمت اخیر ماده ۳۴ یادآور شده که اجرای مقررات این فصل نباید حق تظلم و مراجعه مستقیم و بدون مانع اشخاص به دادگاه‌ها و دیوان عالی کشور را از آنان سلب نماید...».

## ۲-۱-۲. تفسیر تحت‌اللفظی و نقض تضمین رویه‌ای در مورد زنان

حقوق رویه‌ای اهمیتی کمتر از حق‌های ماهوی ندارند، چراکه در صورت تضمین حقوق رویه‌ای می‌توان به تأمین حقوق ماهوی امیدوار بود. حقوق رویه‌ای زمینه‌ساز اجرای حقوق ماهوی هستند. می‌توان میزان پابندی به تضمین حقوق ماهوی را با ارزیابی نظام رویه‌ای آنان سنجید. در نظام‌هایی که تضمینات رویه‌ای رعایت کافی نشود، می‌توان با اطمینان گفت حقوق ماهوی نیز جایگاه جدی و قابل‌اطمینانی ندارد (قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۹: ۲۰۱). از نظر شعبه بیست و یکم دیوان عالی کشور، مقررات قانونی راجع به تشکیلات محاکم دادگستری و رسیدگی در آن محاکم از مصادیق نظم عمومی و رعایت آنها الزامی است. دادخواست مطروحه به موجب قانون حمایت خانواده معین است و در زمینه تشکیل و صلاحیت دادگاه خانواده که تشکیل آن با حضور رئیس یا دادرس علی‌البدل و قاضی مشاور زن (در صورت تعذر مشاور مرد) مقرر گردیده است. در مقابل این استدلال، شعبه دوازدهم دیوان عالی در پرونده‌ای مشابه به فقدان نظر قاضی مشاور متعرض نشده است.

در رای وحدت رویه شماره ۷۴۱ مورخ ۹۴/۳/۲۶ هیات عمومی دیوان عالی کشور با توجه به اختلاف رویه پیش آمده چنین اظهار نظر می‌کند:

«نظر به اینکه تبصره ۱ ماده ۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۹۱ مقرر داشته: «در حوزه قضایی شهرستان‌هایی که دادگاه خانواده تشکیل نشده است دادگاه عمومی حقوقی مستقر در آن حوزه با رعایت تشریفات مربوط و مقررات این قانون به امور و دعاوی خانوادگی رسیدگی می‌کند» و با عنایت به اینکه در ترکیب دادگاه‌های عمومی حقوقی با توجه به بند الف ماده ۱۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مشاور پیش‌بینی نشده است بنابراین در مواردی که این دادگاه‌ها به علت عدم تشکیل دادگاه‌های خانواده به امور خانوادگی رسیدگی می‌کنند حضور قاضی مشاور زن در دادگاه قانوناً ضرورت ندارد...»

بنابه اهمیت اموری که در حفظ کیان خانواده نقش داشته و این که رسیدگی‌های تخصصی با جلب نظر متخصصین امور که رویکرد جدید قانونگذار است، صورت گیرد، قانونگذار قانون حمایت خانواده مصوب ۱ اسفند ۱۳۹۱ مجلس شورای اسلامی را وضع نمود. لکن رای وحدت رویه بدون توجه به فلسفه وضع قانون از توجه به حضور مشاور زن و صرفاً با تفسیر لفظی از قانون حمایت خانواده صادر شده که محل نقد است.

### ۳. نقش واقع‌گرایی در صدور آرای دیوان عالی کشور

#### ۳-۱. مسئله اطفال طبیعی و نظم عمومی

در پرونده‌ای، مردی که به ظاهر پیوند زناشویی با زن ندارد، متعهد می‌شود که برای فرزندان آن زن به نام خود شناسنامه بگیرد؛ یعنی آنان را فرزند مشروع خود بشناسد. دیوان عالی کشور او را ملزم به انجام تعهد خود دانسته است. بدین ترتیب، رویه قضایی راه دیگری برای شناسایی فرزندان طبیعی و مشروع ساختن نسب آنان باز کرده است؛ راهی که به فرزندخواندگی می‌انجامد بدون اینکه قاعده نامشروع بودن فرزند طبیعی را به صراحت نفی کند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۸).

هیئت عمومی دیوان عالی کشور با پاسخ به ادعاهای موجود مبنی بر نامشروع بودن طفل و با تفسیری انصاف‌مدار موضوع را از ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی خارج ساخته و از ظرفیت ماده ۱۰ قانون مدنی استفاده نمود. متن رای اصراری، به شرح زیر است:

«اعتراض فرجام‌خواه بر حکم فرجام‌خواسته این است که اولاً ورقه مستند دعوی هرچند رسمی است ولی با اکراه و ارباب از او گرفته شده و از این جهت بی‌اعتبار است. ثانیاً در حکم مزبور نوشته شده که این قرارداد طبق ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر و لازم‌الاجرا است و حال آنکه برخلاف ماده ۱۶۷ قانون مزبور تنظیم یافته و مفاد آن برخلاف نظم عمومی است. این اعتراضات بر حکم فرجام‌خواسته وارد نمی‌باشد، زیرا فرجام‌خواه به پرداخت مخارج دو طفل مزبور نیز تعهد نموده و مخارج آنها را طبق تعهد خود پرداخته و از اکراه و ارباب خود تا قبل از اقامه دعوی فرجام‌خوانده برای گرفتن شناسنامه سخنی به میان نیاورده. به علاوه، قرارداد مزبور فقط دائر بر تعهد او به گرفتن شناسنامه برای دو نفر طفل مزبور و پرداخت مخارج آنهاست، بلکه فرجام‌خوانده هم در قبال این تعهد از تمام حقوق خود گذشت کرده و متعهد نگهداری آنها نیز شده است. بنابراین، ادعای اکراه و ارباب در تنظیم این قرارداد و بی‌اعتباری آن غیرموجه است و ایراد به اینکه اجرای این تعهد برخلاف نظم عمومی است نیز بی‌وجه می‌باشد، زیرا نداشتن شناسنامه برخلاف نظم عمومی است، نه تعهد به گرفتن شناسنامه برای دو نفر که فاقد شناسنامه باشند. طبق ماده ۲۳۱ قانون مدنی مورد استناد فرجام‌خواه در لایحه اعتراض بر حکم فرجام‌خواسته نیز واقع گردیده، باعطف به ماده ۱۹۶ همان قانون، قرارداد طرفین ممکن است به نفع شخص ثالث که ام و س باشند نیز واقع گردد و چون

موضوع ادعای فرجام‌خواه فقط الزام فرجام‌خواه به گرفتن شناسنامه برای دو طفل مزبور است و موضوع ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی مورد ادعا و رسیدگی نبوده، این اعتراض وارد نیست و بالجمله بر حکم فرجام‌خواسته اشکالی که مستلزم نقض آن باشد، به نظر نمی‌رسد و ابرام می‌شود» (علی آبادی، ۱۳۹۱: ۸۲).

### ۲-۳. آثار نسب نامشروع و تحول ناشی از رای وحدت رویه ۶۱۷

در سال ۱۳۷۶ یک رای وحدت رویه از هیات عمومی دیوان عالی کشور صادر می‌شود که تحولی بزرگ در حقوق ایران، در ارتباط با آثار نسب نامشروع پدید آورد. این رای که به استناد قول غیرمشهور فقهای امامیه و فتوای امام خمینی صادر شده، برابری حقوق اطفال طبیعی و فرزندان مشروع را می‌پذیرد و تصریح می‌کند به اینکه زانی پدر عرفی طفل تلقی و نتیجتاً کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه برعهده وی می‌باشد و صرفاً موضوع توارث حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی بین آنان منتفی است. بنابراین، امروزه در تفسیر ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی باید گفت منظور از عدم الحاق ولد زنا به زانی، فقط از لحاظ توارث است و در سایر حقوق و تکالیف تفاوتی بین اطفال مشروع و نامشروع نیست.

این رای که به وسیله هیئت عمومی دیوان عالی کشور صادر شده و در موارد مشابه لازم-الاتباع است، برای رفع اختلاف بین دادگاه‌ها در ارتباط با اثبات نسب و اخذ شناسنامه برای اطفال نامشروع صادر شده است. در موارد متعددی که طفلی از رابطه نامشروع بین زن و مرد به دنیا آمده و این رابطه و نامشروع بودن نسب طفل به حکم دادگاه کیفری احراز گردیده بود، مادر طفل علیه پدر طبیعی برای اثبات نسب و الزام به اخذ شناسنامه برای وی با نام خانوادگی پدر اقامه دعوی می‌کرد، بعضی از دادگاه‌ها، به استناد اینکه نسب طفل نامشروع است و مقررات ثبت احوال در ارتباط با اولاد شرعی و صدور سند سجلی برای آنهاست و هیچ‌گاه ناظر به اولاد غیرشرعی نمی‌باشد، حکم به رد دعوی خواهان می‌دادند و بعضی دیگر با توجه به فتوای امام خمینی و اینکه اینگونه فرزندان از نظر لغوی و عرفی فرزند زانی بوده و مشارالیه پدر عرفی محسوب است و باید تکالیف مربوط به پدر از جمله پرداخت نفقه، حضانت، اخذ شناسنامه را انجام دهد و تنها حسب موازین شرعی و مواد قانونی توارث بین آنان منتفی است، پدر را ملزم به اخذ شناسنامه با نام خانوادگی خود برای فرزند طبیعی

می دانستند. سرانجام، هیئت عمومی دیوان عالی کشور برای رفع اختلاف رای مورخ ۷۶/۴/۳ را به شرح زیر صادر کرد:

«به موجب بند الف ماده یک قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال، ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است و تبصره ماده ۱۶ و ماده ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که ازدواج پدر و مادر به ثبت نرسیده باشد و اتفاق در اعلام ولادت و صدور شناسنامه نباشد، یا اینکه ابوین طفل نامعلوم باشند، تعیین تکلیف کرده است؛ لیکن در مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید، با استفاده از عموماً و اطلاق مواد یاد شده و مساله ۳ و مساله ۴۷ از موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی، زانی پدر عرفی طفل تلقی و نتیجتاً کلیه تکالیف مربوط به پدر، از جمله اخذ شناسنامه برعهده وی می باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آنان منتفی است و لذا رای شعبه سی ام دیوان عالی که با این نظر مطابقت دارد، به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی موجه و منطبق با موازین شرعی و قانونی تشخیص می گردد...».

هیئت عمومی با اینکه به ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی اشاره نکرده اما در حقیقت آن را تفسیر نموده و در تفسیر خود از قول مشهور فقها و حقوقدانان صرف نظر کرده و به تبعیت از قول غیرمشهور، به ویژه فتوای امام خمینی طفل نامشروع را از لحاظ نسب و آثار آن، جزء در مورد ارث، برابر با فرزند مشروع دانسته و گامی مهم در راه حمایت از فرزندان نامشروع و هماهنگ سازی حقوق ایران با معیارهای حقوق بشری برداشته است. با اینکه رای برای حل اختلاف راجع به تکلیف پدر طبیعی به اخذ شناسنامه برای فرزند نامشروع صادر شده اما از آن می توان یک قاعده عالی را استخراج کرد و آن، اصل تساوی حقوق فرزندان مشروع و نامشروع جز در مورد توارث است.

این رای وحدت رویه به خوبی می تواند نمایانگر نقش ارزنده دیوان عالی به عنوان مظهر خرد عمومی در جامعه باشد که با تمسک به روش های تفسیری دست به تحولی می زند تا از عواقب و مفاسدی که ممکن است از قانون برخیزد، پیشگیری نماید و گامی به سوی حفظ کیان جامعه بر مبنای مصلحت عمومی بردارد.

### ۳-۳. احراز رشد کودک پس از بلوغ: تفسیر اجتماعی دیوان عالی

در زمینه چگونگی اجرا و جمع ماده ۱۲۱۰ و تبصره آن اختلاف فراوانی بین دادگاه‌ها بود و سرانجام یکی از این اختلافات به دیوان عالی کشور رسید و منتهی به صدور رای به منظور ایجاد وحدت رویه قضایی شد. در این رای، توجه قضات دیوان عالی به واقعیات اجتماعی مشخص است. در این رای وحدت رویه<sup>۱</sup> اکثریت اعضای دیوان عالی تایید می‌کنند که کودک پس از رسیدن به بلوغ نیز تا زمانی که رشدش احراز نشده است، بایستی در سرپرستی قیم باشد و به طور مستقل نتواند در امور مالی خود دخالت کند. اگرچه این گامی برای حمایت از نوجوانان در زندگی اجتماعی است اما همچنان مشکل این ماده پردردسر را حل نمی‌کند. از نظر برخی حقوقدانان این رای قابل نقد است زیرا دیوان عالی در زیر پوشش تفسیر، دست به وضع قاعده زده که مغایر با قانون و فقه است. این رای وحدت رویه کاملاً بر مبنای مصلحت صادر شده است به عبارت دیگر، دیوان عالی در برابر خطای قانونگذار واکنش نشان داده و تاجایی که صلاحیت تفسیر قوانین اجازه می‌داد در تعدیل ابهام قانون و نزدیک ساختن آن به عدالت کوشیده است اما دیوان عالی نتوانسته است به حد کافی رای خود را مستدل و مستند نماید.

### ۳-۴. رعایت مصلحت در حضانت طفل

رسیدگی فرجامی شعبه ۸ دیوان عالی کشور به پرونده حضانت از طفل که دادگاه تجدیدنظر بدون توجه به مفهوم مصلحت ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده صادر نموده، قابل توجه است. به دلیل اهمیت، این رای عیناً آورده می‌شود: «... ثانیاً: زوجین دارای دو فرزند مشترک یکی دختر به نام ص. هفت ساله و دیگری پسر به نام الف. سه ساله می‌باشد که حسب دادنامه نخستین حضانت فرزند دختر به پدر و فرزند پسر به مادر محول گردیده است

۱. رأی وحدت رویه شماره ۳۰ مورخه ۶۴/۱۰/۳: «ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی اصلاحی هشتم دی ماه ۱۳۶۱ که علی القاعده رسیدن صغار به سن بلوغ را دلیل رشد قرار داده و خلاف آن را محتاج به اثبات دانسته ناظر به دخالت آنان در هر نوع امور مربوط به خود می‌باشد مگر در مورد امور مالی که به حکم تبصره ۲ ماده مرقوم مستلزم اثبات رشد است به عباره آخری صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ و اثبات رشد می‌تواند نسبت به اموالی که از طریق انتقالات عهدی یا قهری قبل از بلوغ مالک شده مستقلاً تصرف و مداخله نماید و قبل از اثبات رشد از این نوع مداخله ممنوع است و بر این اساس نصب قیم به منظور اداره امور مالی و استیفاء حقوق ناشی از آن برای افراد فاقد ولی خاص پس از رسیدن به سن بلوغ و قبل از اثبات رشد هم ضروری است...».

اگرچه پدر در حضانت فرزند بعد از هفت سالگی قانوناً دارای اولویت بوده ولی چون فرزندان مشترک بدون هیچ گونه تردیدی دارای وابستگی روحی و عاطفی با یکدیگر بوده و واگذاری حضانت هر یک از آنان به یکی از والدین و تعیین زمان ملاقات واحد برای هر یک از والدین جهت ملاقات با فرزند دیگر موجب خواهد شد که فرزندان مشترک ملاقاتی با یکدیگر نداشته و با هم بودن با یکدیگر را تجربه نمایند که این امر ممکن است موجب ورود صدمات روحی به هر یک از آنان گردد و از طرف دیگر فرزند مشترک دیگر به نام ص. که دختر بوده نزدیک به سن بلوغ می‌باشد و احتیاج به مراقبت‌های ویژه دارد و انجام این مراقبت‌های ویژه فقط از طرف مادر ممکن و میسر خواهد بود بنابراین چون به صلاحیت اخلاقی مادر در نگهداری طفل مشترک دختر خدشه‌ای وارد نشده لذا در مورد حضانت فرزندان مشترک مصلحت فرزندان که ملاک قانونی خواهد بود مراعات نگردیده و از این رو ضرورت قانونی داشته که دادگاه محترم تجدیدنظر با ملاک قرار دادن مصلحت فرزندان مشترک بویژه فرزند مشترک دختر هفت ساله در خصوص حضانت فرزند مشترک دختر تصمیم مقتضی اتخاذ نماید بنابراین دادنامه فرجام‌خواسته که بدون توجه به مراتب مرقوم در فوق انشاء گردیده به علت نقص تحقیقات و رسیدگی مخدوش بوده مستنداً به بند ۵ ماده ۳۷۱ و بند الف ماده ۴۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه مرقوم رسیدگی مجدد به همان دادگاه محترم صادرکننده رأی منقوض ارجاع می‌گردد»<sup>۱</sup>

از نظر قضات دیوان عالی، دادگاه تجدیدنظر نگرش انصاف‌مدارانه و حق‌مدارانه از قانون نداشته و لزوم اصل مصلحت در حضانت را نادیده گرفته است. البته به نظر می‌رسد احراز مصلحت در این مورد مستلزم اظهارنظر کارشناسان و مشاوران بهزیستی می‌باشد و صرف تشخیص قاضی به جهت تخصصی بودن امر و لزوم دقت در وضعیت روحی و روانی اطفال کفایت نمی‌کند.

#### ۴. جایگاه تفسیر پویا در آرای دیوان عالی

##### ۴-۱. توجه به فلسفه وضع قانون

در رای شماره ۷۳۴ مورخ ۱۳۹۳/۷/۲۲ دیوان عالی با نگاهی به ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون

۱. تاریخ رای نهایی: ۱۳۹۳/۱۲/۰۵ شماره رای نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۲۱۳.



بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۸۷ بیان می‌کند: «فلسفه تشکیل «صندوق تامین خسارت‌های بدنی» حمایت از زیان‌دیدگان حوادث رانندگی است که خسارت‌های بدنی وارد شده به آنها از سوی شرکت‌های بیمه قابل پرداخت نیست و با عنایت به اینکه از مقررات قانون و آیین‌نامه اجرایی آن در خصوص نحوه مراجعه زیان‌دیدگان به صندوق برای دریافت خسارت چنین مستفاد می‌شود که نظر قانونگذار تسریع و تسهیل در پرداخت خسارت به آنان بوده است؛ بنابراین در صورت امتناع صندوق از پرداخت خسارت بدنی زیان دیده، دادگاه عمومی جزایی صالح به رسیدگی و اظهارنظر در خصوص مورد خواهد بود و رعایت تشریفات مقرر برای دعاوی حقوقی در این موارد ضرورت ندارد. بدیهی است در صورت پرداخت خسارت نیز اقدامات قضایی برای تعقیب و شناسایی راننده مقصر باید ادامه یابد».

بنابراین، دیوان عالی با توجه به فلسفه وضع قانون در حالت مفهوم مخالف، با طرح عدم لزوم رعایت تشریفات قانونی دادرسی مدنی در مطالبه دیه از صندوق، در تحقق اصل رسیدگی در مهلت معقول، گامی مؤثر برداشته چرا که با لحاظ اقامتگاه صندوق (تهران) در جهت رعایت صلاحیت محلی، لازم می‌بود کلیه دعاوی در محاکم تهران طرح می‌گردید که اصل دسترسی آسان مردم به محاکم مخدوش می‌شد. مضاف بر اینکه رعایت تشریفات دادرسی مدنی علاوه بر لزوم پرداخت هزینه دادرسی مهلت معقول احقاق حق را مخدوش می‌نمود.

## ۲-۴. پر کردن خلا قانون

به موجب ماده ۹۴۴ قانون مدنی، اگر شوهر بیماری، زن خود را طلاق دهد و ظرف یکسال از تاریخ طلاق به همان مرض بمیرد، زن از او ارث می‌برد، مشروط بر اینکه شوهر نکرده باشد. ولی، آنچه در قانون نیامده و راه‌حل آن را باید در رویه قضایی جستجو کرد این است که هرگاه زن درخواست کننده طلاق باشد یا طلاق به صورت خلع و مبارات و با شرکت و توافق زن انجام گیرد، آیا حکم وراثت برای زن باقی می‌ماند یا بایستی آن را ویژه موردی شناخت که شوهر بدون رضای زن او را طلاق دهد؟

در یک پرونده، دادگاه به استناد اینکه ادعای خواهان از مصادیق ماده ۹۴۴ نیست زیرا زن

درخواست کننده گواهی عدم امکان سازش است، دعوی را رد کرد. شعبه سوم دیوان عالی در دادنامه ۳/۱۶۴ اینگونه رای داد:

«رای فرجام‌خواسته به نحوی که استدلال شده مخدوش و قسمتی از اعتراضات فرجامی بالمال وارد به نظر می‌رسد، زیرا علاوه بر اینکه مطابق ماده ۹۴۴ قانون مدنی در مورد طلاق بائن هم، چنانچه شرایط مصرح در آن ماده موجود باشد، زوجه از زوج خود ارث می‌برد و وقوع طلاق به درخواست زوجه، طلاق را از صورت بائن بودن آن خارج نمی‌سازد، به حکایت مندرجات پرونده دادگاه حمایت خانواده که مورد ملاحظه قرار گرفته، پس از اینکه زوجه درخواست گواهی عدم امکان سازش تقدیم داشته زوج و زوجه در جلسه رسیدگی دادگاه تراضی به ارجاع امر به داوری نموده‌اند و پس از اظهار نظر داوران بر وجود اختلاف خانوادگی میان زوجین و مقدور نبودن ادامه زندگی مشترک آنان و توافق مشارالیها به اینکه مبلغی به اقساط به زوجه پرداخت بشود، نامبردگان نظریه داوران را قبول نموده‌اند و بالجمله گواهی عدم امکان سازش برطبق رای داور و موافقت طرفین و به استناد ماده ۹ قانون حمایت خانواده صادر گردیده، زوج طلاقنامه را امضا نموده و در طلاقنامه مزبور طلاق رجعی نوبت اول قید و در شرح آن موجب طلاق، عدم توافق اخلاقی زوج و زوجه ذکر شده است. بنابراین، رای فرجام‌خواسته که بدون توجه به مراتب مذکور صادر شده نقض می‌شود». بنابراین، دیوان عالی در این رای با اشعار به اینکه راه حلی در قانون پیش‌بینی شده با توجه به اوضاع و احوال پرونده و به صورت مستدل و مستند به تفسیر از قانون زده است.

### ۳-۴. عدالت ترمیمی و خسارت ناشی از مستحق‌الغیر در آمدن مبیع ناشی از تفسیر موسع دیوان عالی کشور

یکی از آثار بیع بلکه مهم‌ترین آن، انتقال مالکیت کامل مبیع به مشتری است. چنانچه بخشی از مبیع یا تمام آن، در ملکیت بایع نبوده و متعلق حق غیر باشد، مالکیت مبیع به مشتری منتقل نمی‌شود و بایع ضامن و مسئول خواهد بود. در نتیجه اگر مالک اصلی، بیع را اجازه نکند و بایع فضول، مبیع را به مشتری تحویل داده باشد، مالک می‌تواند آن را از مشتری پس بگیرد. در مقابل، مشتری حق دارد برای گرفتن ثمنی که به بایع غیرمادون پرداخته است و همچنین در فرض جهل او به مستحق‌الغیر بودن مبیع، برای گرفتن غراماتی که متحمل شده

است، به فروشنده رجوع کند. آنچه قابل بحث است غرامات و خساراتی است که مشتری می‌تواند از بایع مطالبه نماید. در قانون مدنی، ماده خاصی در تعریف غرامت و خسارت وجود ندارد. ابهام و اجمال در لفظ «غرامات» مقرر در ماده ۲۹۱ قانون مدنی، باعث ایجاد رویه‌های قضایی متفاوت شده است. برخی از دادگاه‌ها غرامت را صرفاً محدود به ثمن و هزینه‌های مربوط به مبیع مانند هزینه دلالی دانسته و برخی از دادگاه‌ها غرامت را علاوه بر هزینه‌های مربوط به مبیع، شامل کاهش ارزش ثمن یا افزایش قیمت مبیع نیز دانسته‌اند. صدور این آرای متعارض<sup>۱</sup>، باعث دخالت هیات عمومی دیوان عالی کشور و صدور رای وحدت رویه در این خصوص شده است (رستمی و دیگران، ۱۳۹۳: ۴۶).

در هر دو رای علاوه بر حکم بر محکومیت خواننده به استرداد ثمن، به استناد اطلاق لفظ «غرامت» در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، به پرداخت میزان افزایش قیمت مبیع نیز ائنا رای شده است. شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان با این نظر که «غرامات شامل هزینه‌هایی است که مربوط به معامله می‌شود و از انجام معامله به خریدار وارد می‌گردد و تورم موجود در جامعه که موجب افزایش قیمت شده نمی‌تواند داخل در غرامت تلقی گردد». این قسمت از دادنامه بدوی را موجه و قانونی تشخیص نداده و در این خصوص، حکم به بی‌حقی خواهان بدوی صادر نموده است. اما در دادنامه دیگری، شعبه یازدهم تجدیدنظر دادنامه بدوی را عیناً تایید نمود.

نهایتاً رای وحدت رویه شماره ۷۳۳ در این باب، به شرح ذیل صادر شده است:

«به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی، بیع فاسد اثری در تملک ندارد. یعنی مبیع و ثمن کماکان در مالکیت بایع و مشتری باقی می‌ماند و حسب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم، اگر

۱. قابل ذکر است که در هر دو مورد اختلاف شعبه سوم و یازدهم دادگاه تجدیدنظر آذربایجان غربی ناشی از آرای صادره از شعبه دوم دادگاه حقوقی ماکو توسط نویسنده این سطور به عنوان قاضی دادگستری شعبه دو بدوی حقوقی شهرستان ماکو بود که منجر به رای وحدت رویه شد. نگارنده تا زمان صدور این رای بارها و بارها از دیوان عالی برای تشکیل هیئت عمومی و صدور رای وحدت رویه پیگیری به عمل آورده است. در هر دو پرونده آنچه که برای بنده مهم بود توجه به انصاف بود که اقتضا می‌کرد مشتری افزایش قیمت مبیع را نیز مطالبه کند اگرچه صراحتاً در رای صادره به اصل انصاف و عدالت قضایی استناد نکردم. همچنانکه ناصر کاتوزیان در جایی می‌نویسد: «قضات ما شرم دارند که بگویند راه‌حلی عادلانه است و همیشه سعی می‌کنند، برای توجیه نظر خود، بگویند راه حلی قانونی است.» اما واقعیت این است که بیشتر مواقع بیشتر از آنکه شرم باشد ناشی از ترس است ترس از رودررویی با هیئت رسیدگی به تخلفات انتظامی قضات شجاعت در صدور رای عادلانه در چارچوب تفسیر قانون را از قضات دادگاه‌های بدوی می‌گیرد و به همین دلیل معتقدم دیوان عالی با صلاحیت‌هایی که دارد در این زمینه می‌تواند بهتر نقش آفرینی نماید.

بعد از قبض ثمن، مبیع کالا یا جزئا مستحق‌الغیر در آید، بایع ضامن است و باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید و چون ثمن در اختیار بایع بوده است، در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، باتوجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی بایع قانونا ملزم به جبران آن است. بنابراین دادنامه شماره ۳۶۰ مورخ ۸۹/۳/۳۱ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی در حدی که با این نظر انطباق دارد صحیح تشخیص داده می‌شود...». بنابراین، دیوان عالی با استناد به اصل<sup>۱</sup>، از قاعده<sup>۲</sup> فراتر رفته و امکان مطالبه را فراهم نموده است. همچنین می‌توان گفت اگرچه دیوان عالی کشور در مورد این مسئله که محاکم بایستی افزایش قیمت مبیع را مورد لحوق حکم قرار دهند یا کاهش ارزش ثمن را، به صورت صریح رفع ابهام ننموده است اما دیوان با یک رویکرد عدالت اصلاح‌گر ترمیمی<sup>۳</sup> برخلاف دیدگاه فقهی اکثریت و برخی نظریات حقوقی سعی در ارائه راه‌حل جهت جبران خسارت وارده به خریدار بوده است.

#### ۴-۴. رویکرد انصاف مدارانه دیوان عالی کشور

##### ۴-۴-۱. تعدیل وجه التزام

یکی از مباحثی که هم در بین حقوقدانان و هم در رویه قضایی شاهد اختلاف هستیم، امکان تعدیل وجه التزام یا صحت مطلق شرط وجه التزام است. باتوجه به نص صریح ماده ۲۳۰ قانون مدنی، وجه التزام در حقوق ایران ماهیت خسارت دارد و غیرقابل تغییر توسط قاضی است. اما مسئله زمانی پیش می‌آید که در برخی موارد مبلغ وجه التزام چنان گزاف و نامتناسب با خسارت واقعی است که از نظر قضات حکم به آن ناعادلانه خواهد بود (حاتمی و صادقی، ۱۳۹۰: ۵۹).

#### 1. Principle.

#### 2. Rule.

۳. عدالت اصلاح‌گر (که گاهی آن را عدالت ترمیمی نیز نامیده‌اند: Corrective Justice) اشاره دارد به ملزومات و اقتضانات اصلاح و ترمیم وضعیتی که در آن شخص به نحوی از انحاء موجب صدمه دیگری شده است. بدین نحو که «عدالت اصلاح‌گر» اعاده وضع موجود به وضعیت برابر (یا خط مبنای وضع موجودی) است که قبل از ایجاد صدمه یا اخذ غیرعادلانه پول، بین دو هدف وجود داشته است. از این‌رو، عدالت اصلاح‌گر مبنای نهادهای جدیدی همچون حقوق قراردادهای، حقوق مسئولیت مدنی، جبران خسارت (Restitution) و عدالت کیفری می‌باشد (بیکس، ۱۳۸۸: ۱۲۰). امروزه در حقوق قراردادهای در تحلیل بر مبنای فلسفه اخلاق سنتی عدالت اصلاح‌گر (در جهت ترمیم آثار ناشی از نقض قرارداد) در کنار تحلیل اقتصادی قرارداد مورد توجه قضات قرار می‌گیرد.

هیات عمومی دیوان عالی کشور در رای اصراری مورخه ۱۳۷۷/۵/۱۳ با موضوع مطالبه وجه التزام مقرر به دلیل تاخیر در تنظیم سند رسمی با این استدلال که مطالبه وجه التزام موکول به پرداخت کل ثمن است و با انعقاد قرارداد لاحق، قرارداد سابق بی اثر شده و وجه التزام از بین رفته و ماهیت جریمه داشته و دادگاه حق رد یا قبول آن را داشته است، نهایتاً به این نتیجه می‌رسد که وجه التزام حکم شده مغایر با عدل و انصاف است. در پرونده‌ای دیگر نیز شعبه سوم دیوان عالی کشور، در مورد شرط وجه التزام که عبارت از تعیین دو فقره شرط برای تضمین تنظیم سند رسمی است؛ یکی تأدیه مبلغ بیست هزار تومان برای هر روز است و دومی دادن چک امانی به مبلغ یک‌صد و پنجاه میلیون تومان می‌باشد، با استناد به اینکه طبق مقررات قانون مدنی از اوصاف شروط مندرج از عقود این است که نامشروع (بند ۳ ماده ۲۳۲) و خلاف مقتضای عقد (بند یک ماده ۲۳۳) نباشد، عدم تعادل بارز و غیرمتعارف ارزش عرفی عوضین در عقود معاوضی و یا اشتراط شرطی که موجب تملک بیش از آن گردد از مصادیق شرط ضرری و دارا شدن غیرعادلانه و آن مثل غرور و اضرار در خود عقود است و طبق موازین فقهی نامشروع است، حکم به وجه التزام مقرر را نقض کرده است.

در دادنامه شماره ۸۰/۱۶۸/۳۸ نیز شعبه ۳۸ دیوان عالی کشور، شرط وجه التزام مقرر را که امر باطلی در پی داشته، باطل اعلام کرده است. زیرا مفاد شرط که تعیین مبلغ یکصد هزار ریال خسارت روزانه برای تخلف تجدیدنظرخوانده در استرداد قرض الحسنه موضوع قرارداد با انقضای مدت اجاره و تخلیه مورد اجاره از ناحیه مستاجر بوده، اساساً توافق بر تعیین خسارت تاخیر تادیه و اشتراط زیاده بر قرض است که از مصادیق بارز ربا است و مستنداً به اصل چهارم قانون اساسی و بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی قابل ترتیب اثر نیست (عابدیان و دیگران، ۱۳۸۸: ۱۶۲). البته نکته مهم این است آنگاه که قاضی برای تحقق عدالت، دست به ابتکار زده و برخلاف نص صریح قانون قدم برمی‌دارد، به توجیه و دلایل بیشتری نیازمند است (میرشکاری، ۱۳۹۵: ۳۸). به نظر می‌رسد ورود هیئت عمومی دیوان عالی کشور به این موضوع به منظور پایان دادن به اختلاف رویه و پر کردن خلا قانونی ضروری است اما بایستی منتظر ماند تا دید که مقاومت قضات دیوان عالی در برابر متن صریح ماده ۲۳۰ قانون مدنی، منجر به چه نوع تفسیری خواهد شد که در عین احترام به اصل آزادی اراده در قراردادها از عواقب ناعادلانه برخی وجوه التزام نیز جلوگیری کند و اینجاست که دیوان عالی هنر تفسیر خود را به نمایش

خواهد گذاشت.

#### ۲-۴-۴. عسر و حرج زن: رویکرد مشروط دیوان عالی کشور

شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور به موجب دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۳۲۰ مورخ ۱۳۹۲/۹/۵، مقرر نموده است: «...با توجه به اینکه هشت سال از تاریخ عقد ازدواج زوجین می گذرد و زوجه هنوز باکره است ... و این زوجه است که در فشار غریزی قرار گرفته و ظاهراً همان طور که دادگاه ذکر نموده زوجه در عسر و حرج است لذا به دلیل حرج زوجه، اصل حکم به الزام زوج به طلاق موجه و قابل ابرام است ولیکن چون علاوه بر الزام زوج به طلاق که موجب متلاشی شدن خانواده و زندگی مشترک می شود الزام زوج به پرداخت مهریه نیز مستلزم عسر و حرج آن نیز مشمول قاعده حرج است لذا می بایست زوجه ای که مدعی عسر و حرج است همه مهریه اش را در قبال طلاق بذل کند یا لاقبل قسمت عمده آن را بذل نماید تا اولاً قرینه باشد بر صحت ادعای عسر و حرج که معمولاً زن هایی که خود را در عسر و حرج می بینند می گویند حلال جانم آزاد و ثانیاً مستلزم عسر و حرج زوج نباشد لذا ضمن نقض دادنامه فرجام خواسته به استناد بند ج ماده ۴۰۱ از قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی پرونده به شعبه دیگر ارجاع می شود».

از یک منظر تفسیر دیوان عالی کشور را می توان انصاف گرایانه دانست. دیوان عالی کشور برخلاف نصوص قانونی که درخواست طلاق در صورت عسر و حرج زوجه بدون لزوم الزام بذل مهریه از حقوق مصرحه قانونی روجه می باشد، با طرح بحث عسر و حرج زوج، ضمن نگرش انصاف گرایانه با اعطای حقوق جدید به زوج سعی در تعدیل حق طلاق زوجه داشته تا با طلاق زوجه و همزمان الزام زوج به پرداخت مهریه موجبات عسر و حرج زوج فراهم نگردد. این نوآوری را جز با انصاف نمی توان توجیه کرد. اما در مقابل می توان نقدهای جدی به این رای وارد ساخت.

درخواست طلاق به جهت عسر و حرج، به موجب ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و تبصره الحاقی به آن (۱۳۷۹/۷/۳)، از حقوق زن است.<sup>۱</sup> ظاهراً استدلال دادگاه بر این است که عسر و حرج

۱. بموجب این تبصره: «عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل، در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می گردد: ۱- ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یک

زن نباید به قیمت عسر و حرج مرد تمام شود؛ به عبارت دیگر، صرف اینکه عسر و حرج زن ثابت شود، کافی نیست بلکه این عسر و حرج نباید متقابل باشد و الا به جهت تعارض، حق زن ساقط می‌شود مگر اینکه وجه ترجیح داشته باشد که همان بخشش مهریه یا «لااقل قسمت عمده آن» است؛ مبنای نظر دیوان عالی کشور به درستی معلوم نیست. زیرا مستند خود را بیان نکرده است. بر مبنای تفسیر از کدام منبع اعم از اصل و قاعده و سایر منابع حقوقی حکمی بدست آورده که نشان دهد برای استناد به عسر و حرج و تقاضای طلاق بر آن اساس، تحقق یک شرط (بذل همه یا قسمت عمده مهریه) و انتفای یک مانع (عسر و حرج متقابل زوج)، ضروری است. به روشنی نیز معلوم نیست این شرایط، به واقع نقش مانع و شرط را ایفا می‌کنند و در طول هم هستند یا خیر؟ آیا تقاضای طلاق از طرف زن، اساساً نباید سبب عسر و حرج مرد باشد که در این صورت قابل استماع نیست یا اینکه به محض بذل همه یا بخش عمده مهر، دیگر نیازی به بررسی عسر و حرج مرد نیست و با فرض تحقق آن نیز باید طلاق را استماع کرد؟ زیرا ممکن است مرد، نیاز یا تمایلی به بذل مهریه از جانب زن نداشته باشد و استمرار زندگی را بخواهد و جدایی را سبب عسر و حرج خود بداند؛ عبارت «لااقل قسمت عمده مهر» به جهت نامعین بودن، سبب اختلاف می‌شود. ممکن است مهریه مبلغ قابل توجهی باشد که در این صورت، یک سوم آن نیز عمده محسوب می‌شود و نیز ممکن است نصف یا بیشتر از نصف مهر نیز عمده به حساب آید و این عبارت شعبه دیوان بر اساس کدام مبنای حقوقی (شخصی یا نوعی) باید تحلیل شود؟ از منظر مرد یا زن یا عرف؟

از سوی دیگر، چه ارتباطی بین عسر و حرج و بذل مهر وجود دارد؟ این عبارت که «بذل مهر قرینه باشد بر صحت ادعای عسر و حرج که معمولاً زن‌هایی که خود را در عسر و حرج می‌بینند می‌گویند مهرم حلال جانم آزاد» آیا توجیه کننده حکم قانونی و شرعی مسأله است؟ آیا شعبه دیوان عالی کشور بر مبنای عرف (منبع حقوق نه مکمل یا متمم آن) به موضوع

سال بدون عذر موجه؛ ۲- اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلای وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است. در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید و یا پس از ترک، مجدداً به مصرف موارد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوجه، طلاق انجام خواهد شد؛ ۳- محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر؛ ۴- ضرب و شتم یا هرگونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد؛ ۵- ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید. موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید».

نگریسته و با چاشنی انصاف، در رأی منعکس نموده است؟ ممکن است از این منظر، رأی را قابل تأیید بدانیم که دیوان عالی کشور، در واقع بین موردی که عسر و حرج به دلیل رفتارهای ناپسند مرد و آزار روحی و جسمی زن است و موردی که به اصطلاح، مرد، تقصیری ندارد و تنها از یک عیب جسمی رنج می برد، تفاوت نهاده و در حالت اخیر، جدایی و گسست خانواده او را، آن هم با لزوم پرداخت مهریه، ظالمانه تلقی نموده باشد. از این رو، می توان ادعا کرد رأی بر جنبه های انصاف نیز مبتنی است و شاید عرفاً نیز قابل تحمل باشد. شاهد بر این تفاوت، مصادیق تبصره الحاقی به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی است، زیرا عسر و حرج مورد نظر را غالباً به رفتارهای «غیر قابل توجه، ناپسند و قابل سرزنش» مرد منتسب کرده و از مواردی که مرد، رفتار قابل سرزنشی مرتکب نشده، یادی نکرده است. با این حال هیچ یک از این موارد، درستی رأی را توجیه نمی کند و بهتر این بود که دیوان کشور، به عنوان بالاترین جایگاه اثرگذاری در رویه قضایی، به درستی از مبنا و علل این حکم عجیب، پرده بر می داشت.

### نتیجه گیری

هدف از این مقاله، دنبال کردن رویکرد تفسیری دیوان عالی کشور با توجه به آرای این دیوان است. قابل ذکر است که این پژوهش در مورد آرای کیفری دیوان نیز چنین تحقیقی را انجام داده است که به صورت مستقل ارائه می شود. قابل توجه آنکه دیوان عالی در آرای حقوقی نسبت به دعاوی کیفری از ابزارهای تفسیری بیشتر استفاده نموده و تمایل بیشتری به تفاسیر پویا از خود نشان داده است. اما در نهایت می توان گفت که رویکرد غالب دیوان عالی کشور هنوز یک رویکرد سنتی و شکل گرایانه به متون قانونی است. رویکرد غالب در این رویه دیوان عالی عبارت از «فصل خصومت» و نه «احقاق حق». به این معنا که مهم رسیدگی شکلی دیوان در قالب قواعد معین و حصول نتیجه مربوط است که به قضاوت مکانیکی مشهور است، فارغ از آنکه این قواعد اقتضائات عدالت و انصاف را تامین می کنند یا خیر. به این سان، دغدغه و رویکرد دیوان عالی به عنوان دادرسی آزادی خواه و عدالت گرا از صحنه رسیدگی شکل گرا غایب است اگرچه این گزاره را نمی توان مطلق گرفت اما رویکرد غالب نقض یا ابرام همه آن چیزی است که باید حاصل شود، خواه حقی استیفا شود یا ضایع گردد. به نظر می رسد دیوان عالی دادرسی و استدلال حقوقی خود را براساس قواعد و دستگاه



استدلالی روشن، ثابت و پیش‌بینی‌پذیر بنا کرده است از این‌رو، به قضات دادگاه‌های تالی اجازه نمی‌دهد هرگونه که می‌خواهند استدلال کنند، زیرا مسیر استدلال مشخص شده است و دست قضات برای فراتر رفتن از این محدوده باز نیست. قضات ملزم به تبعیت از ساختار و شکل قواعد برپایه استدلال‌های منطقی هستند. اما این بدان معنا نیست که تفسیر پویا هیچ جایگاهی در رویه دیوان عالی ندارد، بلکه دیوان عالی با هوشیاری تمام در بزنگاه‌های مهم که خود احساس کرده، با تفسیری پویا از قوانین بدان‌ها انعطاف داده و با تحولات اجتماعی و حقوق و آزادی‌های فردی هماهنگ نموده و این نوع آرا هم در حوزه کیفری و هم در قلمرو مدنی وجود داشته است اما پررنگ نبوده است. نکته قابل توجه این است که هرگاه دیوان عالی دست به چنین تفسیرهایی زده است بیشتر منتج به احقاق حق شده است.



## منابع

### الف- فارسی

#### کتاب‌ها

- استرول، اورال، (۱۳۹۰)، *فلسفه تحلیلی در قرن بیستم*، ترجمه فریدون فاطمی، چاپ پنجم، تهران: نشر مرکز.
- انصاری، باقر، (۱۳۹۲)، *نقش قاضی در تحول نظام حقوقی*، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- برایان، اچ، بیکس، (۱۳۸۸)، *فرهنگ نظریه‌های حقوقی*، ترجمه عباس ایمانی، چاپ اول، تهران: نامه هستی.
- جعفری تبار، حسن، (۱۳۹۵)، *دیو در شیشه در فلسفه رویه قضایی*، چاپ اول، تهران: حق گزاران.
- جعفری تبار، حسن، (۱۳۸۸)، *فلسفه تفسیری حقوق*، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- خوئینی، غفور، (۱۳۹۳)، *فلسفه حقوق*، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- قاری سیدفاطمی، محمد، (۱۳۸۲)، *حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر اول)*، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.
- قاری سید فاطمی، سید محمد، (۱۳۸۹)، *حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر دوم)*، چاپ دوم، تهران: انتشارات شهر دانش.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۰)، *فلسفه حقوق*، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۴)، *گامی به سوی عدالت*، جلد اول، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، *توجیه و نقد رویه قضایی*، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.
- کیوانفر، شهرام، (۱۳۹۵)، *مبانی فلسفی تفسیر قانون*، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- شجاعی، علی، (۱۳۹۳)، *تفسیر قانون جنایی در پرتو تفسیرشناسی و تحلیل گفتمان*، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.
- علی آبادی، عبدالحسین، (۱۳۹۱)، *موازن قضایی هیئت عمومی دیوان عالی کشور: بخش آرا ملنی*، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

#### مقاله‌ها

- بابایی مهر، علی، (۱۳۸۸)، «تفسیر، اصول و مبانی آن در حقوق عمومی»، *مجله حقوق خصوصی*، سال ششم، شماره ۱۴.
- پورسعید، رامین؛ یاسری، حسین، (۱۳۹۰)، «متدولوژی انتقادی و هرمنوتیک حقوقی»، *مبانی فقهی حقوق اسلامی*، سال چهارم، شماره ۷.

- حاتمی، علی اصغر؛ عبدالرضا صادقی، (۱۳۹۱)، «شرط وجه التزام غیر عادلانه»، *دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی*، دوره اول، شماره ۲.
- راسخ، محمد؛ پورسید آقایی، سید محمد، (۱۳۹۵)، «نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق»، *تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۹، شماره ۷۴.
- رستمی چکاسری، عبادالله، محمدرضا سرگزی و نوشین فراهانی، (۱۳۹۳)، «ماهیت و گستره غرامت قابل مطالبه از بایع در مبیع مستحق للغير (نقد و بررسی رای وحدت رویه شماره ۱۵/۷/۹۳-۷۳۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور)»، *فصلنامه رای*، دوره ۳، شماره ۷.
- سیفی زیناب، غلامعلی؛ امیرا قدم، ریما، (۱۳۹۵)، «بررسی تطبیقی نقش رویه قضایی در تحقق امنیت قضایی و اقتصادی در حقوق ایران و مصر»، *مبانی فقهی حقوق اسلامی*، دوره ۹، شماره ۱۷.
- فولر، فون، (۱۳۵۷)، «گفتار در حقوق آمریکا»، ترجمه سیدحسن مصطفوی، *مجله حقوقی وزارت دادگستری*، شماره ۳.
- میرشکاری، عباس، (۱۳۹۵)، «تعدیل وجه التزام»، *دوفصلنامه رویه قضایی (حقوق خصوصی)*، دوره ۱، شماره ۱.

#### آرای وحدت رویه

- رای وحدت رویه شماره ۷۱۴ مورخه ۱۳۸۸/۱۲/۱۱.
- رای وحدت رویه شماره ۷۴۱ مورخه ۱۳۹۴/۳/۲۶.
- رای وحدت رویه ۶۱۷ مورخه ۱۳۷۶/۴/۳.
- رای وحدت رویه ۳۰ مورخه ۱۳۶۴/۱۰/۳.
- رای وحدت رویه مورخه ۱۳۸۷/۹/۲۳.
- رای وحدت رویه شماره ۷۵۱ مورخه ۱۳۹۵/۵/۵.
- رای وحدت رویه شماره ۷۳۴ مورخه ۱۳۹۳/۷/۲۲.
- رای وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخه ۱۳۹۶/۱۰/۵.

#### ب- انگلیسی

- Solum, L. B, (2010), "The interpretation-construction distinction", *Const. Comment.*, 27, 95.
- Barnett, R.E, (2011), "Interpretation and Construction", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 34, No.1.
- Graham, R. N, (2006), "Right Theory, Wrong Reasons: Dynamic Interpretation, the Charter and Fundamental Laws". In *The Supreme Court Law*

