



دوره ۵۰، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۹
صفحات ۴۱۵ تا ۴۳۸ (مقاله پژوهشی)

نقش رویه قضایی در قانون گذاری کیفری

سهام صداقتی

دانشجوی دکتری دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرکرد

حسن عالی پور*

استادیار دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران

کریم صالحی

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرکرد

مهدی دهشیری

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرکرد

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۵/۱ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۹/۱۲/۴)

چکیده

انگاره اصلی این نوشتار، این است که رویه قضایی در نظام کیفری ایران، جایگاهی برتر از موقعیتی که در آن به عنوان منبع ارشادی حقوق شناسانده می شود، دارد. رویه قضایی، در معنای خاص در قالب رأی وحدت رویه و در معنای عام، اتحاد نسبی یا مطلق دادگاهها در موضوعی خاص است که نشان دهنده جریان خاص و مستمر در فرایند رسیدگی است. در رویکرد سنتی، رویه قضایی، منبع محور است تا مبنای محور. در این نگاه، رویه قضایی منبعی برای قضاوت و دستاویزی برای تحلیل در ادبیات حقوقی است؛ در حالی که در رویکرد مبنایی، رویه قضایی، خود خاستگاهی برای قانون گذاری به شمار می رود. رویه قضایی، پیوند مستقیم با مبانی شناخته شده حقوق یعنی عرف، فرهنگ جامعه و ارزش های آن دارد و خود به سان یک مبنای پالایشگر رخ می نماید که گزاره ها و اصول را از مبانی دیگر گرفته، آنها را به وصف نخبگی سنجیده و سپس آن را به قانون گذار جهت وضع می نمایاند. در نوشتار کنونی، رویه قضایی با بررسی جریان های قضایی و آرای وحدت رویه، مورد مطالعه قرار گرفته و با شیوه تحلیلی، نشان داده شده که چگونه رویه قضایی در ایران، نیرومندتر از گذشته گشته و یکی از جلوه های آن، تأثیر در قانون گذاری کیفری است. دستاورد نوشتار نیز بر این استوار است که رویه قضایی، نقشی «هدایتگر»، «جهت دهنده»، «بازآموزنده» و به ویژه «پیش رو» دارد که باید با اختصاص نهادی برای ارزیابی آن، کوشش شود تا تعامل رویه قضایی و قانون گذاری، علمی تر و کارآمدتر شود؛ تعاملی بر پایه پیروی رویه قضایی از قانون و قانون گذاری از رویه قضایی.

واژگان کلیدی

حقوق مدون، رویه قضایی، قانون، قانون گذاری.

* hassan.alipour@ut.ac.ir

مقدمه

منبع اصلی نظام حقوقی ایران همچون بیشتر کشورهای جهان، قانون است و رویه در طول قانون و پیرو آن به‌عنوان منبع تکمیلی به‌شمار می‌رود. با وجود این و در مقابل، امروز رویه قضایی جایگاه استوارتری داشته و ارجی نزدیک به قانون، یافته است. برابری رویه قضایی با قانون کیفری در ایران، هرچند در رویکردهای قانون‌محور یا حتی نگاه‌های دانشگاهی چندان مطرح نمی‌شود، راستی آن است که می‌توان از سه بعد دریافت که چگونگی رویه قضایی در ایران نسبتی با منزلتش در گذشته ندارد. نخست از جهت تضاد رویه قضایی با قانون، عوامل گوناگونی از جمله پراکندگی قوانین کیفری، کاستی‌های آنان، موقتی‌بودن برخی از قوانین کیفری، رویکرد دگرگونی در قانون به‌جای اصلاح آن، ضعف قانون‌گذاری، آیین‌نامه‌ای‌شدن قوانین کیفری جدید، تعدد مرجع قانون‌گذاری، ارج قانون را نزد دادرسان کاسته و سبب شده تا رویه‌های قضایی متضاد با متن قانون بنیاد بگیرد. رویه‌هایی همچون، شرط ضرر بالقوه در بزه جعل، لحاظ جرم مقدمه یا مقدمه لازم در تحقق جرم برای عدم اعمال تعدد مادی، درصدی‌کردن مسئولیت کیفری به‌ویژه در جنایات غیرعمدی در غیر از مورد اجتماع سبب و مباشر، عدم اعمال معیار سبب مقدم در تأثیر، دل‌بستگی به جزای نقدی موضوع قانون وصول به‌جای اعمال جایگزین‌های حبس مقرر در قانون مجازات اسلامی و رویه‌های گوناگون دیگر نشان می‌دهد که رویه قضایی در ایران از اینکه مخالف قانون عمل کند، پروایی ندارد. دوم، رویکرد صوابدیدی قضاوت، به‌ویژه در تعیین قضایی کیفر، سبب شده تا اختیار قضایی با اقتدار قانونی برابری کند. افزایش نهادهای تعیین مجازات و پیرو آن، اختیار قضات، بدون آنکه کنترل قضایی یا نظارت شورایی بر کیفرگزینی وجود داشته باشد، سبب گشته تا رویه قضایی در بیشتر موارد، کیفری را تعیین کند که در متن قانون، مقرر نشده است. هرچند چنین اختیاری را قانون به قضات داده است؛ در همان حال، بستر قدرت‌گیری رویه قضایی را نیز پدید آورده که گاه به رویه قضایی متضاد چهره نموده است. سوم، تأثیرپذیری قانون‌گذار از رویه قضایی در تصویب قوانین جدید که سبب شده تا رویه قضایی، نه‌تنها عنوان منبع ارشادی برای تفسیر قانون و پیروی بی‌چون‌وچرا از آن را داشته باشد، بلکه همچون مبنایی برای قانون‌گذاری‌های بعدی نیز مطرح شود. در این نوشتار، تنها از دریچه بعد سوم، به توانایی و قدرت رویه قضایی در ایران پرداخته می‌شود و پرسش‌های بنیادین نیز در همین راستا مطرح می‌گردد که آیا در نظام کیفری ایران، رویه قضایی، این توان را داشته است که به قانون‌گذاری کمک کند؟ پیروی قانون‌گذار کیفری از رویه قضایی، چه سمت‌وسویی را برای این منبع در نظام کیفری ایران ترسیم می‌کند؟ آیا وضعیت کنونی قانون‌گذاری ایران که به‌طور مشخص همراه با دو ویژگی رویه‌ای‌شدن و آیین‌نامه‌ای‌شدن است، می‌تواند جایگاه قانون را ناستوار سازد؟

در این نوشتار، با بیان برخی شاهد نمونه‌ها، خواهیم دید که رویه قضایی گاهی خود مبنای تنظیم لایحه جدید برای اصلاح قانون موجود یا وضع قانون جدید و ورود نهاد جدید به نظام کیفری است. این امر می‌تواند چالشی برای قانون و اهداف آن باشد و در همان حال می‌تواند به قانون، بالندگی و حیات عملی دهد. پس بی‌اعتنایی به آنچه در دادگاه‌ها می‌گذرد، نادیده‌گرفتن واقعیت است. شاید گفته شود که سهم رویه قضایی در مقایسه با سهم قانون، به‌عنوان منبع اصلی نظام حقوقی ایران، ناچیز است. حال آنکه رویه قضایی، حتی در نظام‌های قانونی، اگر پیش‌تر از قانون نباشد، همگام با آن حرکت می‌کند؛ به‌گونه‌ای که می‌توان گفت رویه قضایی در قانون‌گذاری، نخستین نقش را ایفا می‌کند. بنابراین، توسعه آن در قالب مجموعه‌های منظم، قانون‌گذار و دکتترین را به حرکت درمی‌آورد.

در مقاله حاضر، مسائل در چهار قسمت اصلی تحلیل خواهد شد. در آغاز به پیوند رویه قضایی با قانون پرداخته می‌شود تا جایگاه رویه قضایی از جهت عرضی یا طولی بودن رابطه‌اش با قانون بررسی گردد. سپس، کارکرد رویه قضایی با اهداف قانون سنجیده می‌شود تا نشان داده شود که چگونه رویه قضایی می‌تواند اهداف قانون را عملی‌تر سازد. در قسمت سوم، سنخ‌شناسی رویه قضایی از جهت میزان تأثیرگذاری بر قانون، بررسی و در قسمت آخر نیز، با بیان برخی مصداق‌های برجسته به جلوه‌های اثرگذاری رویه قضایی بر قانون اشاره می‌شود.

۱. پیوند رویه قضایی با قانون: طولی یا عرضی؟

رویه قضایی، متصدی تفسیر و اجرای درست قانون است و همچنین، قانون را با مقتضیات زمان هماهنگ ساخته و به آن عینیت و قدرت می‌بخشد. این ویژگی، رویه قضایی را در طول قانون می‌شناساند. از آنجا که قانون، ناقص یا مبهم است و قاضی به‌هنگام اجرای آن در دادگاه با دشواری‌هایی روبه‌رو می‌شود، رویه قضایی در حل چنین دشواری‌هایی به او یاری‌های ارزشمند و درخور نگرشی می‌دهد (ساکت، ۱۳۸۷: ۳۹۴). از سوی دیگر، رویه قضایی، هم در وضع قوانین مناسب با خواست جامعه و هم در اصلاح قوانین کهنه و قدیمی، قانون‌گذار را یاری می‌نماید. در این نگاه، قانون بدون رویه قضایی معنا ندارد. به‌راستی «قوانین تنها بخش ناچیزی از واقعیت‌های زندگی را دربرمی‌گیرد و درباره آن حکمی صریح دارد. بخش عمده، یا قانونی ندارد یا حکم مربوط به آن مجمل و غیرصریح و نارسا است. در همین بخش است که رویه قضایی نقشی سازنده دارد و به‌عنوان تکمیل‌کننده و گاه رهبر نظام حقوقی جلوه می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۵). چراکه «رویه قضایی، چکیده حقوق زنده و پالایشگاه قوانین است. از این دریچه است که اراده دولت، آمیخته و تعدیل شده با معجون جادویی و پنهان عدالت، به زندگی اجتماعی تزریق می‌شود

و سلامت نظام حقوقی را تأمین می‌کند...» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۵۴۲). بنابراین، رویه قضایی زمینه را برای قانون‌گذار فراهم می‌نماید تا در وضع قانون دچار اشتباه نشود.

۱-۱. رویه قضایی پیرو قانون

در سامانه حقوقی قانون‌محور، رویه قضایی از اهمیت کمتری برخوردار است و قاضی ناچار است که برای هریک از مسائلی که نزد او عنوان می‌شود، ماده‌ای از قوانین موجود کشور را یافته و بر قضیه مطروحه منطبق سازد و قانون ابزار منحصر مستندسازی رأی و سپس مستدل و موجه کردن آن به شمار می‌رود. هرچند دادرس، دیدگاه‌های خود در آرای سابق را در نظر دارد و از سایر دادگاه‌ها نیز الهام می‌گیرد و به‌طور مطلق به آن‌ها بی‌اعتنا نیست؛ «زیرا هیچ سیستم معقولی نمی‌تواند خود را از یک روش جهت‌یابی درست و استقرار منطقی صحیح محروم سازد. قضات کشور ما به آرای لازم‌الاتباع دیوان عالی کشور استناد و اشاره می‌کنند. سوابق قضایی و آرای سایر محاکم، به‌خصوص محاکم مافوق، برای این دسته از قضات، در حکم یک چراغ راهنماست؛ بدون اینکه از خود چراغ یا نگهدارنده آن ذکری به میان آورند» (توحیدخواه، ۱۳۹۱: ۱۰۵).

کار دادرس دادگاه، یک قیاس منطقی است؛ زیرا اساس در حقوق نوشته، انطباق مورد دعوی با مواد قانونی است. «نقش رویه قضایی در کشورهای خانواده رومی-ژرمنی را جز در ارتباط با نقش قانون، نمی‌توان به‌دقت تعیین کرد. از آنجا که حقوق‌دانان همه این کشورها در حال حاضر، تمایل به آن دارند که به یک متن قانونی استناد کنند، نقش سازنده رویه قضایی همیشه یا تقریباً همیشه، زیر پوشش تفسیر قانون مشخص می‌شود. عدول حقوق‌دانان از این عادت و اینکه قضات به‌صراحت، اختیار خود را در ایجاد قواعد حقوقی بشناسند، امری نادر است. آنان در روش خود مبنی بر تبعیت از قانون، در همه اوقات پافشاری می‌کنند؛ حتی هنگامی که قانون‌گذار این حقیقت را صریحاً بشناسد که قانون ممکن است همه چیز را پیش‌بینی نکرده باشد. قاضی حتی در این مورد باید رأی صادر کند و نمی‌تواند به‌دلیل عدم صراحت قانون از صدور رأی خودداری کند. بند دوم ماده ۱ قانون مدنی سوئیس، برای این فرض، قاعده‌ای آورده است: «قاضی باید بر طبق قاعده‌ای حکم کند که خود اگر قانون‌گذار بود، وضع می‌کرد. او در این جست‌وجو، از سنت و رویه قضایی الهام می‌گیرد» (داوید و اسپینوزی، ۱۳۷۸: ۱۲۷-۱۲۸).

به‌رغم اینکه رویه قضایی آشکارترین محل جلوه عدالت قانونی است، با این توجیه که قانون، منبع یگانه حقوق و دادرس، مأمور اجرای آن است، نقشی مگر در طول قانون ندارد. «از لحاظ دکتربین، دلیل اصلی فرعی بودن نقش رویه قضایی، تفکیک میان قاضی و قانون‌گذار است. در حوزه حقوق بین‌المللی کیفری که با جرائم و مجازات‌ها و تعیین مسئولیت کیفری و به‌تبع آن، تعیین

سرنوشت افراد صاحب‌منصب و مسئله حاکمیت و استقلال دولت‌ها سروکار دارد» (ذوالعین، ۱۳۷۷: ۷۱۷). «به‌طور قطع، رویه قضایی نکات مبهم قاعده کیفری را تبیین می‌کند و با عینی‌سازی قانون موجب پویایی حقوق می‌شود. امری که کلسن از آن به‌عنوان «حقوق‌سازی»^۱ یاد می‌کند. این تأثیر در حوزه بین‌المللی، به‌خاطر تمایزش از حقوق ملی، به‌ویژه فقدان قوه قانون‌گذاری، جدی‌تر است» (چیکاوا، ۱۳۸۷: ۱). همچنین جوانی این رشته و ابهامات فراوان قواعد کیفری بین‌المللی، اهمیت خاصی به رویه قضایی در این حوزه می‌بخشد. اساسنامه دیوان کیفری بین‌الملل، با تصریح بر لزوم تبعیت دیوان از اصل قانونی بودن جرم در ماده ۲۲ و اصل قانونی بودن مجازات در ماده ۲۳ و فرعی قلمداد کردن تصمیمات قضایی در ماده ۳۸، اصول قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها را بر دکنترین «پیروی از سابقه قضایی»^۲ ترجیح داده است. بدین‌سان، رویه قضایی بین‌المللی از منابع فرعی و کمکی حقوق بین‌المللی کیفری است.

در نظام حقوق نوشته، رویه قضایی منبعی در برابر قانون نیست و مسیر آن از طریق قانون تعیین می‌شود و پیش‌رو بودن قانون و پیرو بودن رویه قضایی و هدایت مسیر رویه قضایی از طریق قانون، روشن شده است. آرای قضایی در کشورهای با حقوق نوشته، عادتاً نقش ثانوی و فرعی دارند. نتیجه اینکه مطالعه نظم قانونی حاکم بر نهاد رویه قضایی، بیانگر آن است که قانون مصوب مجلس، منبع اصلی نظام حقوقی ایران بوده و رویه قضایی را صرفاً با دخالت هیئت عمومی دیوان عالی کشور، آن هم به‌منظور ایجاد وحدت رویه میان دادگاه‌ها مورد شناسایی قرار داده است. از این‌رو، رویه قضایی به معنای عرف قضات، یعنی رویه مورد اتباع دادگاه‌ها و یا به معنای آنچه در نظام حقوقی کاملاً آمده، حتی در صورتی که در موضوعی خلأ قانونی باشد، یا قانون ناقص یا متناقض باشد، مورد شناسایی قرار نگرفته و نقش رویه قضایی که چهره تفسیری و معاون قانون را دارد، محدود به تفسیر و اجرای قانون است. در نتیجه، قلمرو حقوق ناشی از رویه قضایی، محدود و ناچیز است و سهم رویه قضایی به‌عنوان یک منبع فرعی و پیرو با سهم قانون‌گذار متفاوت است و اصولاً به تجویز قانون اعتبار می‌یابد.

۱-۲. قانون پیرو رویه قضایی

«بنیاد حقوقی بعضی از کشورها بر پایه رویه قضایی استوار بوده و هست و عمیق‌ترین و ظریف‌ترین روابط حقوقی را شکل می‌دهد. حتی آن دسته از کشورهایی که قانون را یگانه منبع حقوق می‌دانند، باز هم نقطه تبلور حقوق را در رویه قضایی جست‌وجو می‌کنند. در نظام‌های

1. Law making
2. Stare Decisis

حقوقی کامن‌لا، آرای قضایی منبع اصلی حقوق را تشکیل می‌دهد و نقش رویه قضایی محدود به اعمال قواعد حقوقی نیست؛ مقامی است که آن قواعد را از عقل و عرف استخراج و اعلام می‌کند. بر طبق سنت حقوقی، قانون، منبعی است درجه دوم که نقش آن تکمیل و تصحیح رویه قضایی است. اجرای قانون، چهره استثنائی و خلاف اصل دارد و هیچ‌گاه قاعده کلی به وجود نمی‌آورد» (داوید، ۱۳۶۴: ۳۹۵ و ۳۶).

«در نظام حقوقی کامن‌لا، قاضی می‌کوشد که قاعده کلی را بیابد و بر امر جزئی سوار کند؛ با این تفاوت که او از جزء به کل می‌رود و به دنبال تصمیمات مشابه قبلی قضات و منطق به‌کاربرده‌شده در مسائل جزئی مطروحه در گذشته می‌باشد و عمل او از این لحاظ، کاری استقرائی است. رعایت این امر بر او اجباری است و در حکم خود، آن‌ها را مورد استناد قرار می‌دهد و حتی می‌تواند عقاید را نیز در حکم صادره تعریف و توصیف کند» (توکیدخواه، ۱۳۹۱: ۱۰۶). بنابراین، در حقوق کشورهای کامن‌لا منبع اصلی حقوق، قواعدی است که در دادگاه‌ها توسط قضات اعمال شده است. حقوق انگلستان، حقوقی است عرفی و رویه قضایی هم‌تراز عرف، اصلی‌ترین و مهم‌ترین منبع حقوق به شمار می‌رود. «در نظام حقوق عرفی، اصول حقوقی از قانون ناشی نمی‌شود؛ قانون استثنای وارد بر عرف محاکم را تعیین می‌کند. پس برای مطالعه حقوق انگلیس و آمریکا به جای مراجعه به مجموعه قوانین، باید رویه دادگاه‌ها را بررسی کنیم» (اعتدال، ۱۳۷۹: ۳۳).

«در انگلستان، قانون مصوب پارلمان در دست قضات آن کشور به تفسیرهای مختلف و مطابق اوضاع روز، دگرگونی‌های بزرگی پیدا می‌کند. رویه قضایی عمدتاً عهده‌دار جست‌وجوی مقصود مقنن و مفهوم قانون و مرزهای حاکمیت آن می‌باشد و با رویکردها، قواعد و پیش‌فرض‌هایی که ساخته و پرداخته خود اوست، به تجزیه و تحلیل قوانین و تشخیص قلمرو آن‌ها می‌پردازد» (امیدی، ۱۳۷۶: ۸۵).

هرگاه یکی از دادگاه‌های این کشور با تعبیر خاص خود، قانون مدون را به‌صورت حکم دادگاه درآورد و حکم مذکور قطعیت یابد، رعایت حکم مذکور و استناد به آن از طرف محاکم تالی، امری الزامی می‌شود. بنابراین، در انگلستان آرای قضات، جانشین قانون است و رویه قضایی به‌عنوان حجت و دلیل، مورد استناد محاکم قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، در نظام کامن‌لا رویه قضایی پیش‌رو است و اهمیت قانون به اندازه رویه قضایی نیست. به این اعتبار، مفهوم و گستره رویه قضایی، بسیار وسیع‌تر از مفهوم و دامنه آن در سیستم حقوق مدون است؛ تا آنجا که یک رأی یا تصمیم می‌تواند مبنای ایجاد رویه باشد. «با وجود پیچیدگی رفتار انسان، گسترش ارتباطات و پیشرفت سریع علوم موجب شده که نهادهای قانون‌گذار نتوانند وضعیت آینده را به‌صورت کامل پیش‌بینی کنند. قانون‌گذار توانایی پیش‌بینی همه روابط اجتماعی را ندارد و تاکنون در هیچ قانونی، راه حل تمام مسائل دیده نشده است. این امر، موجب ایجاد خلأ و فاصله میان قانون و نیازهای

جامعه شده؛ فاصله‌ای که در عمل، رویه قضایی می‌تواند آن را پر کند» (اعتدال، پیشین: ۷). به عبارت دیگر، «هرگز قانون نمی‌تواند طوری تنظیم و تصویب شود که بی‌نیاز از رویه قضایی باشد. رویه‌های قضایی از یک طرف، مکمل قانون هستند و از طرف دیگر، قانون را با اجتماع و نیازهای آن سازگار می‌کنند» (مدنی، ۱۳۷۲: ۲). به نظر می‌رسد هرچند در گذشته‌ای نه‌چندان دور در نظام‌های مبتنی بر رویه، حقوق، انباشت تصمیمات قضایی دادگاه‌ها بود و قانون نقشی فرعی داشت، این نگاه به رویه در کشورهای رویه‌ای، تغییرات جدی کرده و قانون نقش بارزتری یافته است.

۲. پیوستگی کارکرد رویه قضایی با اهداف قانون

کارکردهای رویه قضایی در نظام حقوقی ایران، رو به گسترش است و هدایتگری رویه قضایی برای قانون شاخص‌ترین کارکرد آن است. در نظام حقوقی کشور، رویه قضایی در قانون‌گذاری در پاره‌ای از موارد، سهم مستقیم و مؤثر داشته است. سودمندی‌های متعدد رویه قضایی چرایی تأثیرپذیری قانون از رویه قضایی را به‌عنوان یکی از موضوعات مبنایی در نظام حقوقی ایران به اثبات می‌رساند. با این تقریر، روشن می‌شود که این کارکردها می‌تواند مبنایی مستحکم برای تأثیرپذیری قانون از رویه قضایی باشد.

۲-۱. رویه در بستر نیازهای اجتماعی

روند شکل‌گیری قانون از زمانی که نیاز به وجود آن احساس می‌شود و سپس به‌صورت طرح یا لایحه به نهاد قانون‌گذاری پیشنهاد می‌گردد، تا هنگامی که تصویب شده و برای اجرا ابلاغ می‌شود، طولانی است. طولانی‌بودن جریان تدوین قانون از پویایی آن می‌کاهد و حتی ممکن است نیاز به وجود آن را منتفی سازد. ولی رویه قضایی می‌تواند این نقایص را تا حدودی جبران کند و قانون را با اموری که برای قانون‌گذار قابل‌پیش‌بینی نبوده، سازگار سازد. بنابراین، «سازگارسازی» قانون با نیازهای اجتماعی، البته آن دسته از نیازهایی که در قالب قضیه‌های حقوقی مطرح می‌شوند، مهم‌ترین کارکرد رویه قضایی است.

«رویه قضایی، اصول حقوقی یا استثناهای وارد بر اصول حقوقی را به شکل قواعدی لازم‌الاجرا درمی‌آورد. مهم‌ترین ویژگی رویه قضایی این است که قواعدی را که می‌سازد، با واقعیت‌های اجتماعی مطابقت بیشتری دارد؛ زیرا نظام قضایی معمولاً بر اثر بروز مشکلات و مسائل اجتماعی، به چاره‌جویی برمی‌خیزد و می‌توان آن را بازتاب مشکلاتی دانست که قانون به حل آن‌ها اقدام نکرده است» (اعتدال، پیشین: ۷۶-۷۷).

۲-۲. رویه در مقام بازتاب‌دهنده کاستی‌های قانون

وقتی قانون وضع می‌شود، از آغاز دارای ابهام و کاستی است؛ زیرا لزوم موجز و کلی بودن قوانین، باعث می‌شود که قانون‌گذار نتواند همه قواعد و مقررات حقوقی را در قالب مواد قانونی بیان کند. بنابراین، رویه قضایی که چهره زنده و عملی حقوق به شمار می‌آید، بهتر می‌تواند با تشخیص کاستی‌ها، به جبران آن‌ها بپردازد. بدین‌سان، قانون و قانون‌گذار بدون استمداد از تفسیرهای قضایی و حقوقی در اداره وقایع و مناسبات اجتماعی ناتوان خواهند بود. رویه قضایی در جریان شرح و توضیح متون قانونی، با نقادی‌ها و نکته‌سنجی‌های خود، ابهامات موجود را می‌زداید و کاستی‌ها و نارسایی‌های قواعد قانونی را باز می‌نماید؛ منطوق و مؤدای قانون را با منطوق و مقتضای زمان هماهنگ می‌سازد و از این راه در تکمیل و تلطیف نظام حقوقی سهم می‌شود و راه درست دگرگونی‌های لازم را نشان می‌دهد (اعتدال، پیشین: ۹).

نقش سازنده رویه قضایی در توضیح و تبیین مراد قانون‌گذار، رفع نقص و زدودن ابهام قانون غیرقابل انکار است. قانون خود به تنهایی پدیده‌ای است ثابت و قواعد ثابت قانون نمی‌تواند پاسخگوی نیازهای در حال تغییر و تزاید جامعه باشد. اینکه قانون‌گذار به همه پرسش‌هایی که برای قاضی مطرح است، از پیش پاسخ گفته، فرضی غیرواقعی است. گذشت زمان، موجب پیدایش رویدادهایی می‌گردد که اگر در زمان وضع قانون موجود بودند، بی‌هیچ تردید، مورد حکم قانون‌گذار واقع می‌شدند. خلأهای قانون را دادرسان دادگاه‌ها زودتر از دیگران درمی‌یابند. تفسیر دادرسان و رویه قضایی محاکم، گاه موجب انصراف یا تخصیص عموم قواعد و الزامات قانونی می‌شود و گاه سکوت قانون‌گذار را حمل بر معنایی می‌کند که به تدریج، صورت یک قاعده قضایی و عرف مسلم به خود می‌گیرد و منشأ حقوق یا الزاماتی می‌گردد. بدین‌سان، نمایش نقایص قانون از رهگذر رویه قضایی، نقشی چشم‌گیر در وادار ساختن قانون‌گذار به اصلاح و بازنگری قوانین موجود و انعکاس مفاد رویه قضایی در مصوبات جدید داشته است.

۲-۳. رویه در مقام الگودهی به قانون‌گذار

قانون‌های کیفری به‌ویژه در جایی که در مقام اصلاح قانون‌های پیشین وضع می‌شوند، با الگوگیری از رویه قضایی پدید می‌آیند. به سخن دیگر، این رویه قضایی است که سبب می‌شود تا چالش‌های قضایی و اجرایی قانون رخ نموده و قانون‌گذار به سمت اصلاح آن‌ها سوق پیدا کند. در نگاه کلان، «نقش کنشگران عدالت کیفری در انطباق قوانین با شرایط کنونی جامعه در حدود اختیارات محوله قانونی، مهم می‌نماید. در همین چهارچوب، آرای دادگاه‌ها و رویه قضایی، گاه خود منبع و مبنای تنظیم لایحه جدید برای اصلاح قانون موجود یا وضع قانون جدید و ورود نهاد جدید به نظام

کیفری واقع می‌شود. به‌عنوان نمونه، وضع و تصویب کیفرهای اجتماعی جایگزین حبس در لایحه قانون مجازات اسلامی عمدتاً ریشه در آرای بعضی از شعب ویژه اطفال دادگاه‌های عمومی جزایی در اواخر دهه ۱۳۷۰ و اوایل دهه ۱۳۸۰، یعنی دوره «توسعه قضایی» قوه قضاییه دارد» (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۸۵: ۴). ولی در نگاه خرد، رویه قضایی اصلی‌ترین کنشگری است که قانون‌گذار را مجاب به اصلاح قانون‌های کیفری می‌کند.

نقش رویه قضایی به‌عنوان نمونه در امور شکلی و به‌ویژه ارزیابی ادله اثبات شایان یادآوری است. دلایل معتبر و به‌عبارتی دارای ارزش اثباتی نیز در صورت لزوم باید از طریق رویه قضایی تعیین گردد تا طرفین دعوا از تحصیل و تقدیم دلایل فاقد ارزش قضایی خودداری کنند. حتی تبیین شیوه‌های صحیح تحصیل دلایل معتبر و ضوابط خاص لازم‌الرعايه ناظر به آن‌ها یا حداقل شیوه‌های ناپسند تحصیل دلیل، در صورت ضرورت، به عهده رویه قضایی گذاشته می‌شود تا از توسل به روش‌های غیرقانونی در تحصیل و ارائه دلیل پرهیز شود. درک مفهوم اصولی چون اصل تحصیل آزادانه دلیل که در دعاوی کیفری پذیرفته شده و نیز آشنایی با برخی از محدودیت‌های وارده به این اصل - به‌ویژه شناخت اینکه دلایل قانونی فقط باید به شیوه‌های قانونی، یعنی با احترام به «اصل مشروعیت تحصیل دلیل» کسب شده باشند - تنها در پرتو رویه قضایی امکان‌پذیر است. محکمه عالی انتظامی قضا و شعب دیوان عالی کشور همواره دادگاه‌ها را به ذکر دلیل در آرای خود (رای اصراری کیفری شماره ۳۵، مورخ ۱۳۷۴/۹/۲۸، هیئت عمومی دیوان عالی کشور) و توجه به شیوه‌های قانونی اثبات جرم (رای اصراری کیفری شماره ۵، مورخ ۱۳۷۶/۱۲/۷، هیئت عمومی دیوان عالی کشور) رهنمون می‌شوند. به پیروی از رویکرد رویه قضایی، موضوع دلیل و مشروعیت دلیل در قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری مورد توجه و پذیرش قانون‌گذار داخلی قرار گرفته است. لذا، به نظر می‌رسد رویه قضایی در ذهن قانون‌گذار در طرح تغییر صریح قانون، مؤثر بوده است.

۳. توازن میان چالش‌های قانون و ظرفیت‌های رویه قضایی

اتکای بیش از حد به قانون موضوعه، به‌ویژه با رویکرد پوزیتیویستی، نه‌تنها منجر به تولید انبوه قوانین پیچیده شده است، بلکه نقاط قوت قانون موضوعه یعنی ثبات، وضوح، قابلیت فهم و دسترسی آسان را تضعیف می‌کند. به سخن دیگر، «تأکید بیش از حد بر قانون در تنظیم روابط اجتماعی و نادیده گرفتن نقش قاعده‌سازی قضایی، علاوه بر اینکه موجب قانون‌زدگی، تورم تقنینی، ناکارآمدی و افت کیفی قوانین شده، به غنای نظام حقوقی نیز لطمه زده است. بدون شک، قانون و قانون‌گذار نمی‌تواند همه روابط اجتماعی را پوشش دهد و تمام زوایا و ابعاد موضوع مورد تنظیم را پیش‌بینی و برای آن تعیین تکلیف کند. عدم شناسایی نقش فعال قضا در این میان، صرفاً

باعث ایجاد تنزل و تردید در نقش مهمی است که قضات در عمل بازی می‌کنند یا باید بازی کنند. یعنی قضات مکلف‌اند فصل خصومت کنند و در این میان، فقدان، ابهام، اجمال، نقص و تعارض قانون، عذر موجهی نمی‌تواند باشد» (وکیلان، ۱۳۹۸: ۱۰). بدین‌سان، توسل بیش از حد به قانون موضوعه می‌تواند کیفیت قانون را کاهش دهد. برخی بر این باورند که «کاستی‌ها و نقایص گوناگون قانون موضوعه، اعم از نقایص اخلاقی، ماهوی و شکلی، دلیل افت کیفیت قانون است (Eng, 2002: 65). «یک مصوبه پارلمان ممکن است مخالف عدالت باشد (نقص اخلاقی)، مخالف یک ایدئولوژی سیاسی (مانند لیبرالیسم) باشد یا نقص شکلی داشته باشد (مانند طی‌نکردن تشریفات قانونی) یا ناسازگار با نظام حقوقی موجود باشد (مانند وجود احکام متضاد در یک نظام حقوقی واحد). این نقایص، جا را برای اجرای نهاد دیگر و شیوه دیگر ایجاد قواعد رفتاری می‌گشاید که شاید واجد چنین نقایصی نباشد یا بتواند نقایص قانون موضوعه را برطرف کند؛ یعنی نهاد قضات و قاعده‌سازی قضایی» (وکیلان، پیشین: ۱۷).

عدم اجرای قانون از سوی رویه قضایی خود بیان زورآزمایی رویه در برابر قانون است. مواد ۱۴۲ و ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی که برای نخستین بار در قانون پیش‌بینی شده‌اند، جایگاهی در رویه قضایی پنج سال نخست اجرای قانون مذکور نیافته‌اند و دادرسان و رویه قضایی، گرایشی به کنارآمدن با این دو ماده ندارند. چرایی دوربودن رویه قضایی از قانون و چالش‌های اساسی مرتبط با قانون، بسی درخور بررسی است. این مهم، یعنی ایستادگی رویه قضایی در برابر قانون، مصداقی از چالش‌های اساسی مرتبط با قانون است. به‌علاوه، در نظام قضایی ایران، منابع فقهی، خاستگاه و منشأ قوانین محسوب می‌شوند. شمول اصل ۱۶۷ قانون اساسی بر دعاوی کیفری برخلاف اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها است و در نتیجه با اصل حاکمیت قانون نیز سر ناسازگاری دارد. به نظر می‌رسد از آنجا که منابع فقهی به‌عنوان خاستگاه و منشأ قوانین محسوب می‌شوند، قانون‌گذار صرفاً برای یافتن عناوین مجرمانه، حق رجوع به این منابع را دارد و اعطای این حق حتی به قضات مجتهد، با عنایت به تنوع فتاوا و اختلاف‌نظرهای فقهی منجر به صدور احکام نامشابه و آرای متشتت قضایی خواهد شد. بدین‌سان باید گفت از چالش‌های اساسی مرتبط با قانون در نظام قضایی ایران آن است که اصالت با حاکمیت شرع است و ما شاهد حاکمیت شرعی قانون در این نظام هستیم.

«ادبیات حقوقی ما در ابتدا، موجودیت رویه قضایی به معنای عام را با تردید نگریسته و در تأثیرگذاری آن در نظام حقوقی مردد بوده است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۴۲۹). مؤید این تردیدها نیز ساختار و کلیت نظام حقوقی ماست که در طبقه‌بندی نظام‌های دارای «حقوق نوشته» قرار می‌گیرد و به‌طور سنتی تصور می‌شود که نقش رویه قضایی در این نظام‌ها اندک است؛ در حالی که

نقش آفرینی رویه قضایی در حوزه های مختلف و کارکردهای گسترده آن در سطح وسیع ملی و سازمانی، حاکی از محاسن آن در این نظام حقوقی است. این محاسن، نه تنها در سطوح مختلف نظام سیاسی-اجتماعی حاکم است، بلکه در سطوح مختلف سازمانی دستگاه قضایی، قابل ردیابی است. پاسداری از اهداف و توجه به ضرورت های مورد نظر قانون گذار، سازگارسازی قوانین کلی با خواست، نیاز و اقتضائات گونه گون و متفاوت محیط اجتماعی، هدف گراسازی فن تفسیر قانون، روان سازی و تسهیل اجرای قانون و قدرت تحرک بخشیدن به قوانین و مصوبات نو، اصلاح قوانین و حل معضل در موارد نقص، سکوت، اجمال یا تعارض قوانین و مهم تر از همه، توسعه نظام حقوقی کشور و تولید دانش بومی و سازمانی ویژه دستگاه قضایی، تنها بخشی از محاسن مرتبط با رویه قضایی است.

در قلمرو حقوق کیفری، رویه قضایی خاص می تواند در یکپارچه سازی رویه دادگاه ها در تعیین قضایی کیفر، بسیار نیرومند عمل کند. کما اینکه رویه قضایی عام نیز واجد همین اثر است و می تواند در یکپارچه سازی و همسوس کردن تعیین مجازات در مواردی که قانون صراحتی ندارد یا آنکه از ظاهر قانون برداشت های مختلفی صورت می گیرد، به کار آید.

۴. سنخ شناسی نقش رویه قضایی در قانون گذاری

در یک اجتماع پویا، به همان اندازه که قانون اصلاح می شود، همان قدر نیز نیازمندی های تازه به وجود می آید و در نتیجه به همان میزان، نقص در قانون دیده می شود. بدین سبب، رویه قضایی پایه پای تحولات اجتماعی از فرسودگی و نقص قوانین به شیوه مؤثری می کاهد. در انگلستان، آرای قضات جانشین قانون است و رویه قضایی به عنوان دلیل، مورد استناد محاکم قرار می گیرد. لذا، مفهوم و گستره رویه قضایی نسبت به سیستم حقوق مدون، وسیع تر است. رویه قضایی عهده دار جست و جوی مقصود مقنن و مفهوم قانون و مرزهای حاکمیت آن است. از این رو، جلوه های نقش رویه قضایی در قانون گذاری، در نظام حقوقی کشورهای کامن لاء، از نظام های حقوقی مدون بیشتر است. همچنین نقش رویه قضایی در قانون گذاری کیفری جلوه های مختلف یافته است.

کارکرد قانون سازی رویه قضایی در نظام حقوقی ایران در سه ظرف (۱) رویه قضایی خاص؛ (۲) رویه قضایی عام و (۳) نظریه های مشورتی اداره حقوقی، قابل بررسی مؤثر و نقش آفرین است.

۴-۱. رویه قضایی خاص

صدور رأی وحدت رویه که گاه رویه قضایی خاص گفته می شود، در مواردی که آرای متعارضی از یک یا چند شعبه دیوان یا دادگاه صادر شده باشد، به عنوان یکی از صلاحیت های هیئت عمومی

دیوان عالی کشور مورد شناسایی قرار گرفته است. دیوان عالی کشور در کنار نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم، عهده‌دار ایجاد وحدت رویه قضایی شده است. بر همین اساس طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، صدور رأی وحدت رویه در موارد مشابه که آرای متعارض از شعب دیوان یا دادگاه‌ها صادر شده باشد، به‌عنوان یکی از صلاحیت‌های هیئت عمومی دیوان عالی کشور برشمرده شده است. رویه قضایی خاص برجسته‌ترین ابزار قضایی برای انسجام یکپارچه‌سازی در تصمیمات قضایی است.

«رویه‌های گوناگون در موارد یا پرونده‌های مشابه، بیان‌کننده نقص قانون و نیز رویکردهای گوناگون قضایی نسبت به متون قانونی است. پویایی و نسبیّت بخش اعظم الفاظ در علوم انسانی که قانون‌گذار نیز ناگزیر به استفاده از این الفاظ است، تفاسیر مختلف را اجتناب‌ناپذیر می‌کند. از این جهت، قانون‌گذار نمی‌تواند مجدداً براساس این تعارض‌ها در موضوعات مشابه ورود کرده و قانون را اصلاح نماید؛ زیرا مشخصاً این طور استنباط می‌شود که یکی از دو دادگاه یا مرجع قضایی در برداشت از قانون مسیر درستی طی نکرده است. تشخیص مسیر درست یا نادرست باید برعهده نهادی باشد که برخلاف قانون‌گذار، هم خود در پرونده شأن ورود دارد و هم اینکه برتر از مراجعی باشد که در موضوعات مشابه، مسیر متفاوتی را طی کرده‌اند. از این منظر، مهم‌ترین نهاد، هیئت عمومی دیوان عالی کشور است که برگرفته از دو مؤلفه تجریه قضایی و اولویت نهادی است. این دو مؤلفه، دلیل مناسبی برای رفع اختلافات قضایی در موضوعات مشابه است تا هم نیازی به فرایند طولانی قانون‌گذار در مقام اصلاح مقررات نباشد و هم اینکه رویکرد یکپارچه‌سازی از بالای هرم قضایی اعمال شود. رویکرد بالای هرم به‌گونه‌ای تأثیرگذار است که دادرسان با طرز تلقی از تجربه و پیشینه قضایی قضات دیوان عالی کشور حتی آرای وحدت رویه‌ای را که شائبه مغایرت با قانون دارند، به قانون ترجیح می‌دهند. این ظرفیت بالای تبعیت قضات از رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور می‌تواند عامل تأثیرگذاری برای ایجاد رویه قضایی واحد در تعیین کیفر باشد» (توحیدی نافع، ۱۳۹۵: ۲۳۰-۲۲۹). از این رو، می‌توان گفت رویه قضایی خاص، شأن قانون‌گذاری دارد و به‌لحاظ کلی و نوعی بودن آن به‌درستی می‌تواند قسیم قانون قرار گیرد و بدین‌سان، دیوان عالی کشور به‌عنوان یکی از ارکان قوه قضاییه می‌تواند قانون‌گذاری کند. آرای وحدت رویه هرگز رویه شکل‌گرفته دیگر دادگاه‌ها را بیان نمی‌کنند، بلکه خود برای آینده دادگاه‌ها می‌توانند رویه‌ای مشخص را تکلیف کنند. پس چیزی که باید در نتیجه سال‌ها گفت‌وگو حاصل شود، به یک لحظه در دیوان عالی برای همه دادگاه‌ها معلوم و مقرر می‌شود.

رای وحدت رویه قضایی را در ایران باید گونه‌ای قانون‌گذاری قضایی^۱ رایج در کامن‌لا دانست؛ کاری که بنام با آن به شدت مخالف بود و جان آستین از آن جانبداری می‌کرد. دادرسان دیوان عالی در رای وحدت رویه می‌توانند با ارائه تفسیری غریب، از قانون موجود عبور کنند و به وضع قانونی جدید دست بزنند. رای وحدت رویه شماره ۵۳۶-۱۳۶۹/۷/۱۰ شاهد چنین تفسیری از قانون است که گواهی برگشت چک را به منزله واخواست تلقی نموده است؛ در حالی که رای مذکور مخالفت آشکارا با قانون تجارت دارد.^۲ به هر حال، رویه قضایی خاص که به زبان کلی صادر می‌شود، قانون‌وار و برای همه دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.

۲-۴. رویه قضایی عام

رویه قضایی به معنای عام که بدون قید و به‌طور مطلق به کار می‌رود، به معنی مجموع آرای قضایی است. اعتبار این نوع رویه قضایی، نسبی است و جنبه الزامی ندارد. این نوع رویه، مفهوم گسترده‌تری از رویه قضایی خاص، یعنی آرای وحدت رویه دیوان دارد. مفهوم عام رویه قضایی، «عبارت است از شیوه، روش و عادات دادگاه‌ها و مراجع قضایی برای حل یک مسئله خاص که به آن رویه قضایی عادی هم گفته‌اند» (جعفری لنگرودی، پیشین: ۳۴۰).

رویه قضایی با وجود تمام محدودیت‌ها، در تکمیل و تحول قواعد حقوقی و قانون‌گذاری نقش‌آفرینی می‌کند. دلیل این امر این است که قضات، خود را مقید به چهارچوب تعیین‌شده در نظام حقوقی مدون نمی‌کنند. رویه قضایی با دورشدن از نظر قانون‌گذار، این نقش را ایفا می‌کند. نقش سازنده رویه قضایی در قانون‌گذاری و تحول حقوق کیفری، حاصل ضرورت است. گاه قضات با مسکوت‌گذاشتن قانونی که اجرای آن را بنا به دلایلی به‌مصلحت نمی‌دانند، قانون‌گذار را به تمکین و تبعیت از رویه قضایی در تغییر آن قانون الزام می‌کنند. مقررات ماده ۱۱۹ قانون تعزیرات ۱۳۶۲، موضوع جرم خیانت در امانت را «اموال، اسباب، نقود و یا اجناس و ابنیه یا نوشتجاتی از قبیل سفته، چک و ...» ذکر کرده بود. کلمه اموال مندرج در این ماده عام بود و اموال منقول و غیرمنقول را دربرمی‌گرفت. رویه قضایی در مقام اجرای این ماده، آن را محدود به اموال منقول کرد و اموال غیرمنقول را از آن خارج دانست و بر این اساس، قائل به مجازات مستأجری که عین مستاجر را با انقضای مدت اجاره تخلیه نمی‌کرد، نبود.^۳

1. Judicial Legislation

۲. برای نقد این رای ر.ک: کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، *توجیه و نقد رویه قضایی*، ج ۲، تهران: نشر میزان، ص ۵۷.

۳. مجموعه دیدگاه‌های قضات در جلسات ماهانه کمیسیون بررسی امور حقوقی و قضایی دادگستری استان تهران (۱۳۷۶/۵/۲۲)،

شماره سند ۷۵/۲/۲۲، ص ۱.

با این ترتیب، رویه قضایی خلاف صریح متن قانونی عمل کرده و قانون‌گذار را در تصویب قانون تعزیرات ۱۳۷۵ ناگزیر نمود که صراحتاً مال غیرمنقول را موضوع بزه خیانت در امانت قلمداد نماید. بدین‌سان، قانون‌گذار به‌لحاظ تأثیر غیرمستقیم رویه قضایی، قانون را در نقض رویه قضایی وارد عمل نمود.

قانون‌گذار در مواد ۴۷ و ۴۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) تعدد و تکرار را بدون ذکر حدود و میزان تشدید، در زمره عوامل تشدید مجازات پیش‌بینی کرده بود که به‌دلیل مخالفت با اصل قانونی‌بودن جرائم و مجازات‌ها، در رویه قضایی درخصوص حدود و میزان تشدید مورد اختلاف قرار گرفت و سرانجام، هیئت عمومی دیوان در رأی وحدت رویه ۶۰۸-۶/۶/۷۵، محاکم را از تشدید مجازات به‌دلیل عدم تعیین حدود تشدید آن، منع کرد؛ این رأی برخلاف نظر قانون‌گذار، اختیار تشدید مجازات را از قاضی سلب نمود و حکم قانون را از اعتبار انداخت. از این‌رو، می‌توان گفت در ابتدا رویه قضایی عام و سرانجام با ورود هیئت عمومی دیوان عالی کشور، رویه قضایی خاص در این رأی، برخلاف اصول در مقام قانون‌گذاری ظاهر شد. رویه قضایی خاص در توجه‌دادن به قانون‌گذار سال ۱۳۹۲ پیرامون حدود تشدید مجازات در این قانون، به‌صورت غیرمستقیم مؤثر بوده است. در نهایت، بر این باوریم که رویه قضایی در سه ظرف پیش‌گفته می‌تواند به‌درستی جلودار و راهنمای قانون‌گذاری باشد.

۳-۴. نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی

اداره حقوقی قوه قضاییه، نهادی مشورتی برای قضات و مراجع رسمی است که مطابق ماده ۹ آیین‌نامه کمیسیون‌های مشورتی اداره‌کل حقوقی و تدوین قوانین مصوب ۱۳۵۸ و اصلاحی ۱۳۷۹/۱/۲۱، «هرگاه کمیسیون‌های مشورتی، در نتیجه بررسی استعلامات قضایی یا مطالعه آرای محاکم یا به طرق دیگر، به ابهام یا اجمال قوانین برخورد نمایند و یا از تفسیر غلط قوانین مستحضر شوند، مکلف‌اند نظر خود را مستنداً و با پیشنهاد اصلاحی به اداره‌کل حقوقی و تدوین قوانین اعلام نمایند تا برای اقدام مقتضی، تسلیم رئیس قوه قضاییه گردد». افزون‌بر کمیسیون‌های مشورتی، کمیسیون نظارت بر حسن اجرای قوانین به منظور مشابهی ایجاد شده است. وفق ماده ۱۲ آیین‌نامه کمیسیون نظارت بر حسن اجرای قوانین مصوب ۱۳۶۵/۳/۴، «کمیسیون، ضمن بررسی‌هایی که طبق مواد پیشین معمول داشته [است]، پیشنهادهای خود را در زمینه وضع یا اصلاح قوانین و مقررات و ... در دستگاه‌های مربوطه، به شورای عالی قضایی [رئیس قوه قضاییه] تسلیم می‌نماید».

به‌رغم مشورتی‌بودن و الزام‌آور نبودن نظریات اداره حقوقی، این نظریه‌ها به‌عنوان یکی از جلوه‌های مطلوب و مؤثر در قانون‌گذاری در نوع خود درخور توجه و تأمل‌اند و هرچند در مقایسه با دو جلوه دیگر، یعنی رویه قضایی خاص و عام، کمتر مورد توجه قرار گرفته‌اند، می‌توان آن‌ها را در تحریک‌بخشی به قانون و تطبیق با نیازها و مصالح اجتماعی، رفع ابهام و نقص قوانین و مقررات، هدایت‌گری مقنن در تصویب قوانین جدید و تصحیح قوانین سابق و حتی در کنترل تعیین قضایی کیفر مفید دانست. به نظر می‌رسد نظریه‌های اداره حقوقی، نه‌تنها در شرح و تبیین قوانین تأثیر فراوانی داشته و در رفع ابهام، اجمال، تعارض، تناقض و سکوت قانون نیز کارساز بوده است، بلکه این اداره می‌تواند با بیان نظر خود درباره متن قوانین، هم در شفافیت قوانین و هم در جلوگیری از تفسیر غلط قوانین و سوءاستنباط از آن‌ها، جهت‌دهنده و راهکاردهنده به دستگاه قضایی و تقنینی باشد.

۵. جلوه‌های رویه قضایی تأثیرگذار بر تقنین

نقش اساسی رویه قضایی و قدرت سازندگی آن در تقنین، انکارناپذیر است. در ایران، رویه قضایی توانسته در مسائل مختلف حقوقی و کیفری در زمینه شکل‌گیری قانون جدید، به دستاوردهای شایان نگرشی برسد. برای درک و آشنایی بهتر از نقش سازنده رویه قضایی، بیان نمونه‌های عملی مؤثر در تقنین، ضروری به نظر می‌رسد.

۵-۱. توسعه معیاری (دفاع ناقص پیوست به دفاع مشروع)

توسعه معیاری، در معنای ایجاد معیار از سوی رویه قضایی درباره موضوعی افزون‌بر معیار قانونی است و این نقش، بیشتر در حقوق جزای عمومی بازتاب می‌یابد که محل بیان معیارهای کیفری ماهوی است. ایجاد معیار از سوی رویه قضایی به‌واقع حاصل تأثیرپذیری درازمدت دادرسان از واقعیت‌های موجود در جامعه است. از این‌رو، «یکی از عواملی که هنگام قضاوت و تعیین راه‌حل قانونی مسائل «به‌ویژه در تعیین کیفر» دادرس را با دشواری مواجه می‌کند، شدت نتیجه رسیدگی است که هرچند «منطق حقوق» آن را می‌پذیرد و قواعد از آن حمایت می‌کنند، لکن «انصاف قضایی» پذیرای آن نیست. زیرا دادرس، تفاوتی فاحش میان موضوع دعاوی مرسوم و دعاوی خاص مشاهده می‌کند؛ به‌نحوی که نمی‌پذیرد برای این دو نوع دعوا حکم یکسانی دهد. قتل با سبق تصمیم یا به انگیزه سرقت اموال مقتول یا به‌جهت تجاوز به ناموس، به‌آسانی مجازات قصاص نفس را می‌پذیرد و دادرس را به تردید و سستی قلم نمی‌کشاند. ولی اگر در هنگام دفاع مشروع، قتلی صورت گیرد و ثابت گردد که تنها از حدود دفاع تعدی شده است، چون مرتکب،

دارای نیت و انگیزه سوء نیست، دادرس به آسانی قانع نمی‌شود که حکم به مجازات قصاص نفس صادر کند.

اما این احتیاط روی دیگر نیز دارد و آن عدم استحقاق مهاجم در کشته شدن است. عرف میان عمل مهاجم و مدافع، تفاوت قائل است و جانب مدافع را ننگه می‌دارد، لکن این نگرش تا حد سقوط مجازات قصاص پیش می‌رود و ساقط شدن کلی حق مهاجم را نمی‌پذیرد. بنابراین، جمع این دو نگرش احتیاط‌آمیز در این است که مدافع، «دیه» مقتول را پرداخت کند تا خون او تلف نشود. بحث «تناسب میان دفاع در مقابل عمل مهاجم» در رویه قضایی، آرای متعارض متعددی را به وجود آورده است» (خدابخشی، ۱۳۹۲: ۵۴۲).

۱- رأی شماره ۱۸-۱۳۷۵/۸/۲۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور اعلام می‌دارد:

«محکومیت عبدالمجید به قصاص نفس، موجه نمی‌باشد؛ زیرا هرچند که شرایط کامل دفاع مشروع هم در پرونده امر محقق نمی‌باشد، لکن باتوجه به اینکه عده‌ای از طایفه مقتول، با تبانی قبلی، به قصد انتقام‌جویی، به محل سکونت متهم هجوم آورده و ... متهم را در حدی که مستوجب مجازات قصاص نفس باشد، مسئول نمی‌داند و رأی شعبه بیستم دیوان عالی کشور، بر عدم استحقاق متهم به قصاص تأیید می‌شود...» (مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۷۵: ۳۹۴).

۲- در رأی شماره ۴-۱۳۷۶/۲/۱۶ همان هیئت می‌خوانیم: «متهم، ضمن اقرار به قتل، اظهار داشته که مقتول قصد تجاوز به وی داشته و در جریان دفاع، مرتکب قتل شده و ... بر این اساس، محکومیت به قصاص نفس برخلاف قانون می‌باشد؛ اعتراض وارد است و دادنامه شماره ۵۲۴-۱۸/۷/۷۵ شعبه ۱۴۴ دادگاه عمومی تهران، به اکثریت آرا نقض و چون با وجود مسلم بودن دفاع، تجاوز از حدود دفاع محرز است، متهم ضامن پرداخت دیه می‌باشد» (مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۷۶: ۱۴۶).

۳- هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی شماره ۲۰-۷۵/۸/۲۹ بیان می‌دارد: «باتوجه به اینکه مقدمین به حمله، سه نفر و مسلح به چوب و میله آهن بوده‌اند و متهم فرصت مراجعه به مأموران انتظامی را نداشته است، لذا، مسئولیت وی در حد کیفر قصاص نفس، به نظر موجه نمی‌باشد و ...، به لحاظ عدم تناسب دفاع مشروع، نام‌برده را نمی‌توان کاملاً مبرا از کیفر دانست؛ بنا به مراتب محکومیت بر قصاص نفس نقض و ...».

بررسی آرای دادگاه‌های تالی در مقابل آرای دیوان عالی کشور نشان می‌دهد که این دادگاه‌ها، عدم رعایت «تناسب» دفاع را موجب مجازات قصاص مرتکب می‌دانند و به «متفرعات و شرایط دفاع» بیشتر از «اصل» آن توجه دارند. شعبه ۲۹ دادگاه عمومی شیراز در دادنامه شماره ۹۴۳-۷۵/۸/۱۹ در مورد عدم تناسب دفاع مشروع و تعیین مجازات قصاص نفس مرتکب گفته است

«عمل متهم در قبال مقتول دفاع مشروع نبوده است؛ دفاع بایستی متناسب با حمله باشد». در مقابل، شعبه دوم دیوان عالی کشور بیان می‌دارد «دادگاه سعی کرده است که عدم تناسب دفاع با حمله را ثابت کند که ظاهراً در این قسمت، ایرادی هم به نظر نمی‌رسد و متهم ... از حد دفاع مشروع تجاوز کرده است و حسب موازین فقهی، در صورتی که مدافع از حد لازم در دفع طرف مقابل تجاوز کند، قتل شبه‌عمد است که دیه بر آن مترتب است».

مفهوم و منطوق مواد قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ چنین نتیجه می‌دهد که اگر یکی از شرایط قانونی تناسب دفاع در مقابل عمل مرتکب، رعایت نشد و قتلی صورت گرفت، مرتکب باید قصاص شود، اما این خط‌کشی کور و ترسیم مرزهای کیفری بدون توجه به سایر قواعد آن صحیح نیست و نشان می‌دهد که صرف عدم رعایت مقررات قانونی، سبب ترتب مجازات اصلی نمی‌شود. رویکرد آرای متعدد دیوان عالی کشور، در بحث «تناسب میان دفاع در مقابل عمل مهاجم»، با لحاظ شدت نتیجه رسیدگی در هنگام تعیین کیفر، رویه قضایی معتبری را به وجود آورد که باعث نوآوری در تبصره ۲ ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ گردید. «بنابراین، در مقوله دفاع از این پس، معیار میانه‌ای تعیین گردیده و در صورتی که نفس دفاع صدق کند، تجاوز از مراتب و شرایط آن، موجب خروج از دفاع و محکومیت مرتکب به قصاص نخواهد بود. در واقع تبصره، مصداقی را مطرح می‌کند که مرتکب نه آن اندازه گناهکار است که قصاص شود و نه آن قدر بی‌گناه که تبرئه گردد و باید به پرداخت دیه و تعزیر حسب مورد محکوم شود» (آقای‌نیا، ۱۳۹۳: ۲۳۲). به‌راستی این نوآوری قانون‌گذار، نگرشی جدید به دفاع است که اگر به‌واقع پدیده‌ای بر مبنای غریزه است، نباید آنچنان در گیرودار شرایط قانونی قرار بگیرد که به یک قاعده ضدغریزه بدل شود. از این رو، گرایش‌های جدید بر توسعه مفهوم فرهنگ دفاع در برابر تجاوز، در جامعه به وجود آمده است.

۲-۵. توسعه مصداقی (قرار تعلیق تعقیب)

توسعه مصداقی یکی از شایع‌ترین نقش‌های رویه قضایی است که شاید بیشترین انطباق با صلاحیت قضات در تفسیر قانون را داشته باشد. توسعه مصداقی، حاصل واقع‌نگری دادرسان باتوجه به واقعیت‌های پرونده است و بیشتر در حقوق کیفری شکلی یا در راستای پاسداشت حقوق متهم محقق می‌شود. در این مورد، می‌توان درباره قرار تعلیق تعقیب مثالی مطرح کرد. مطابق ماده ۲۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری ۱۳۵۶ «در کلیه اتهامات از درجه جنحه ... هرگاه متهم اقرار به ارتکاب جرم نماید، دادستان رأساً می‌تواند تا اولین جلسه دادرسی با احراز

شرایط زیر، تعقیب کیفری متهم را معلق سازد: ۱- اقرار مقرون به واقع؛ ۲- فقدان سابقه کیفری مؤثر؛ ۳- نبود شاکی یا استرداد شکایت از سوی وی ...».

براساس ماده مذکور، دادستان صرفاً در جرائم جنحه‌ای (جرائم سبک و متوسط) می‌توانست قرار تعلیق صادر کند و با مرتکبان جرائم شدید با رویکرد سخت‌گیرانه برخورد نماید که به نظر می‌رسد کنار گذاشتن دسته‌بندی پیشین (جنایت، جنحه و خلاف) و گونه‌بندی جدید در قانون منسوخ مجازات اسلامی ۱۳۷۰، تردیدهایی درخصوص چگونگی صدور قرار تعلیق تعقیب دعوی کیفری پدید آورد و با تصویب قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در سال ۱۳۷۳ و حذف نهاد دادسرا از عرصه نظام عدالت کیفری ایران، تردیدها درخصوص صدور این قرار افزایش یافت. به نظر می‌رسد با توجه به تفویض اختیارات دادستان به رئیس حوزه قضایی، امکان صدور این قرار وجود داشت؛ چنان‌که اداره کل امور حقوقی قوه قضاییه به موجب نظریه شماره ۷/۸۹۶۷ مورخ ۱۳۷۴/۲/۵ مقرر داشته است: «قرار تعلیق تعقیب که به استناد ماده ۲۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶ صادر می‌شود، در نقاطی که دادگاه‌های عمومی تشکیل و دادسرا حذف شده است، به تجویز تبصره ذیل ماده ۱۲ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب توسط مرجع رسیدگی صادر خواهد شد» که البته با احداث مجدد نهاد دادسرا در سال ۱۳۸۱، صدور این قرار در محدوده ماده ۲۲ قانون مصوب سال ۱۳۵۶ به دادستان محول شد. بنابراین، دادستان‌ها در وضعیت کنونی می‌توانند پس از احراز شرایط و توافق با متهم، در جهت صدور قرار تعلیق تعقیب دعوی کیفری گام بردارند. در همین راستا، با توجه به سیاست‌های کلان دستگاه قضایی و رهنمون‌ساختن دادستان‌ها به سمت بهره‌جستن از این شیوه در مرحله پیش‌دادرسی، شماری از قضات با میسر دانستن صدور این قرار بر اساس ماده ۲۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری ۱۳۵۶، تعلیق تعقیب دعوی کیفری را برگزیدند و رویه قضایی به استفاده از این شیوه برای پاسخ‌دهی به شماری از گونه‌های بزهکاری گرایش یافت. با وجود این، در زمینه چگونگی صدور این قرار میان قضات دادسرا، رویه‌ای یکسان مشاهده نمی‌شود. برخی عقیده دارند بازپرس می‌تواند رأساً این قرار را صادر کند. دسته دوم بر این باورند که فقط دادستان می‌تواند قرار مذکور را صادر نماید و اقدام بازپرس در این زمینه، باید در قالب پیشنهاد متبلور گردد. رویه اخیر، با بنیان‌های مربوط به چرایی و اگذاری تعقیب دعوی کیفری به دادستان سازگاری بیشتری دارد؛ زیرا تعقیب بزهکار در راستای حفظ مصالح عمومی، مهم‌ترین تکلیف دادستان است و در نتیجه، تصمیم‌گیری درخصوص توقف تعقیب کیفری یا ادامه آن، منحصرأ از اختیارات وی بوده و طبیعتاً قرار مذکور باید از سوی دادستان صادر شود.

عدم شفافیت لازم در قوانین موجود و تشتت رویه قضایی درخصوص چگونگی صدور قرار تعلیق تعقیب از سوی بازپرس، سیاست‌گذاران جنایی ایران را با وصف تردیدهای موجود بر آن داشت تا در تبصره ۴ ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، با الهام از رویکرد مورد پذیرش در رویه قضایی، چگونگی صدور قرار تعلیق دعوای کیفری را به صورت شفاف‌تر مورد توجه قرار دهند تا از این رهگذر، ابهامات فراروی این قرار برداشته شود. بدین‌سان، رویه قضایی درخصوص موضوع یادشده در قالب یک حکم تقنینی در تبصره ۴ ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، به قانون تبدیل شده و اعلام داشته است که بازپرس می‌تواند در صورت وجود شرایط قانونی، اعمال مقررات این ماده را از دادستان درخواست کند. بدین وسیله قانون‌گذار به این رویه قضایی، خصلت قانونی بخشید.

۳-۵. توسعه مصلحتی (دیة اقلیت‌های دینی)

توسعه مصلحتی براساس سازش بر قاعده جدید، بر پایه اقتضائات زمانی و مکانی و لحاظ انتظارات بین‌المللی است؛ در حالی که چنین سازشی به ظاهر مغایر با قانون یا حتی شرع است. در این زمینه می‌توان به دیة اقلیت‌های دینی پرداخت. دیدگاه مشهور فقهای امامیه این است که دیة اهل ذمه، یعنی یهود و نصارا و مجوس برای مرد، هشتصد درهم و برای زن، نصف آن است (خمینی، ۱۳۸۷: ۳۵۹). ذمی به افرادی گفته می‌شود که به یکی از ادیان یهودیت، مسیحیت و زرتشتی معتقدند و با قبول شرایط ذمه، تحت مقررات حکومت اسلامی، به زندگی بر مبنای عقاید دینی خود ادامه می‌دهند و در عین حال، از حمایت دولت اسلامی برخوردار بوده و جان، مال و ناموس آن‌ها در امان و مصون از تعرض است. برخی از فقهای معاصر، پیرامون دیة افراد ذمی با فرد مسلمان بر برابری دیة خون مسلمان و غیرمسلمان نظر داده‌اند (صانعی، ۱۳۷۶: مسئله ۱۸۷۳). شیخ مفید در «المقنعه» چنین می‌گوید: «اذا قتل المسلم الذی لم یکن لاولیائه القود و کان لهم الدیه و دیه الذی ثمان مائه درهم جیداً و عدلها من العین ... و دیه النساء اهل الذمی علی النصف من دیات رجالهم»؛ «اگر مرد مسلمانی، اقلیت مذهبی را به قتل برساند، اولیای وی حق قصاص ندارند، اما می‌توانند مطالبه دیه کنند و دیة وی هشتصد درهم محاسبه شده است. دیة زن اهل ذمه، نصف دیة یک مرد از ایشان است» (مفید، ۱۴۱۰ه.ق: ۳۹).

قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ که براساس فقه مشهور امامیه نوشته شده است، در ضمن ماده ۲۹۷، دیة قتل نفس مسلمان را یکی از امور شش‌گانه که قاتل در انتخاب هریک از آن‌ها مخیر است... بیان کرده است. از وصف «مسلمان» در ماده مذکور برمی‌آید که دیة اقلیت‌ها، غیر از شش قلم کالایی است که در ذیل ماده عنوان شده است.

در سایر مواد قانونی تا قبل از الحاق تبصره ۲ مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۶ به ماده ۲۹۷، حکم صریحی در مورد دیه اقلیت‌ها بیان نشده و از این جهت، قانون سکوت اختیار کرده بود. براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی موظف است با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند.

تا پیش از تصویب ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که جایگزین تبصره ۲ الحاقی به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ گردیده است، باتوجه به نظر غالب فقها، نظر مشهور حقوق دانان بر این بود که دیه مرد کافر ذمی هشتصد درهم و دیه زن کافر ذمی نصف آن و دیه اعضا و منافع آنها و جراحات، به نسبت دیه اعضا از دیه کامل تعیین می‌گردد. (خمینی، ۱۳۹۰.ق: ۵۹) و (الموسوی خویی، ۱۹۷۵:م: ۲۰۸).

رای صادره از شعبه ۱۹ دادگاه تجدیدنظر تهران که قبل از تصویب ماده واحد صادر شده، درخور توجه است. این شعبه در دادنامه شماره ۳۴۳۴ مورخ ۱۳۸۱/۷/۱، دیه افراد غیرمسلمان اهل کتاب را با دیه مسلمان یکسان تلقی و قانون‌گذار را باتوجه به حکم حکومتی مقام رهبری، پس از صدور این رای، در وضع آن ترغیب نمود.

۴-۵. توسعه فراقضایی (مسئولیت کیفری درصدی)

منظور از توسعه فراقضایی، بهره‌گیری از رویه‌های بیرون از دستگاه قضایی است که گاه به‌طور گسترده قضات را تحت تأثیر قرار می‌دهد. شاید برجسته‌ترین رویکرد فراقضایی که به رویه قضایی بدل شده، مسئولیت درصدی در جنایات است. مسئولیت درصدی، رویه‌ای مبتنی بر تسهیم عوامل تأثیرگذار در جنایت است که کارشناسان و پزشکان قانونی بر قضات تحمیل کرده‌اند و قضات نیز رویه را بر اندازه‌گیری میزان درصد مداخله این عوامل گذاشته‌اند؛ در حالی که تا پیش از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مسئولیت درصدی جایگاه قانونی نداشت. به استثنای مواردی که قانون‌گذار قائل به تنصیف در مسئولیت بوده است، در دیگر موارد باید دادرسی یک عامل قطعی و صددرصدی را به‌عنوان مسئول جنایت معرفی می‌کرد. این وضعیت در حال حاضر، در جمع سبب و مباشر در ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پذیرفته شده است. در دیگر حالت‌های مداخله بیش از یک عامل در جنایت، هرچند اساساً مسئولیت درصدی جایگاه قانونی ندارد، اما رویه قضایی بی‌تردید قائل به مسئولیت درصدی است. بدین‌سان، پذیرش مسئولیت درصدی در جنایات، در پهنه سیاست جنایی امروز ایران، حاکی از قدرتمندی رویه قضایی در نظام حقوقی به‌عنوان یک منبع ارشادی است.

۵-۵. سخت‌گیری در ارکان بزه (ضرر بالقوه برای بزه جعل)

رویه قضایی در نظام حقوقی ایران هرچند در قالب یک منبع ارشادی مطرح می‌شود، ولی بسیار نیرومند است؛ به‌گونه‌ای که حتی گاه قانون را به عقب می‌راند. ضرر بالقوه در تعیین کیفر برای بزه جعل از جمله رویه‌های مشهوری است که جایگاه قانونی ندارد. ضرر بالقوه در جرم مطلقمانند جعل که برای تحقق تنها نیاز به رفتار دارد، در قانون پیش‌بینی نشده است. ولی چون صرف تحقق رفتار، تغییر یا ساخت نوشته یا سند به قصد تقلب می‌تواند بسیار عام باشد، رویه قضایی نسبت به نوشته‌ها و اسناد عادی، راهی را انتخاب کرده که بر اساس آن باید جعل به‌طور بالقوه توان ایراد ضرر به دیگری را داشته باشد. این رویه نیرومند، در میان حقوق‌دانان نیز پذیرفته شده است.^۱

دیوان عالی کشور در آرای متعددی، اضرار آنی را شرط تحقق بزه جعل ندانسته است، بلکه عمل جعل را اگر در آتیه و حتی بالقوه متضمن ضرر به دیگری باشد، جرم قلمداد نموده است.^۲ اداره حقوقی دادگستری نیز رویکرد یادشده را با این استدلال که اگر احتمال ورود ضرر (ضرر بالقوه) متصور نباشد، جرم جعل محقق نخواهد شد، به‌عنوان یک رویه نیرومند پذیرفته است (نظریه اداره حقوقی دادگستری، ۱۳۷۳/۱۱/۱۵: شماره ۷/۷۶۸۱).

اثر رویه قضایی در این خصوص، به یکپارچه‌سازی در کل نظام حقوقی ایران منجر شده و این انسجام، پایه و مایه معقول و قابل‌پذیرشی دارد که می‌تواند موجب تحول در نظام حقوقی کیفری گردد و ضرورت وضع قانون مناسب در این زمینه را آشکار سازد.

نتیجه‌گیری

پاسخ قطعی و نهایی به مسائل این نوشتار، در گرو درک تمایز میان نظر و عمل است. در نظر، رویه قضایی منبعی عموماً ارشادی و تابع قانون است، ولی در عمل، رویه قضایی در عرض قانون و گاهی از آن نیرومندتر است. در برخی بررسی‌ها روشن شده است که پس از لازم‌الاجراشدن دو قانون مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، استعلامات قضات به‌طرز چشم‌گیری افزایش یافته است و دیدگاه اداره حقوقی برای بیشتر قضات، شأنی همچون قانون داشته که از آن تبعیت می‌کرده‌اند (زالی‌پور، ۱۳۹۶: ۴۷). درواقع، قضات متوسل به رویه قضایی تئوری‌محور شده‌اند که حد وسط رویه قضایی کاربردی و قانون مصوب قرار دارد. گذشته از این، نمی‌توان این واقعیت را

۱. رک: میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۲)، حقوق جزای اختصاصی، جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، ج ۲۱، تهران: نشر میزان، ص ۳۳۱.

۲. آرای شماره ۱۱۵۰ مورخ ۱۳۱۶/۵/۲۴ و ۱۳۱۴ مورخ ۱۳۱۸/۶/۱۹ و ۷۸۲ مورخ ۱۳۱۸/۴/۱۱ شعبه دوم دیوان عالی کشور (متین، احمد (۱۳۸۱)، مجموعه رویه قضایی، ج ۱، تهران: نشر رهام، صص ۱۰۶ و ۱۰۸).

نادیده گرفت که اگر برای دادرسان روشن شود که رویه‌ای در میان دادگاه‌ها بنیاد گرفته است، حاضر به چشم‌پوشی از آن نیستند؛ هرچند با قانون سازگار نباشد.

رویه‌ای شدن نظام کیفری ایران را نمی‌توان همچون آیین‌نامه‌ای شدن آن، یک خرده یا چالش دانست. زیرا رویه، دستاورد آزموده‌ها و واقع‌نگری‌ها است؛ همچنان که برخی از نظام‌های کیفری جهان بر پایه رویه قضایی ارتزاق می‌کنند. نظام حقوقی ایران، به‌طور سنتی به قانون و قانون‌گذاری اهمیت بیشتری می‌دهد و نقش قاعده‌سازی از رهگذر رویه قضایی را نادیده می‌گیرد. دلیل منزلت پایین رویه قضایی در نظام حقوقی ایران، بیش از آن که ریشه در عوامل اداری و اجرایی مانند عدم انتشار منظم آرای قضایی یا نقص در نظام آموزشی داشته باشد، ناشی از نوع نگاه ارزشی به این دو منبع مهم حقوقی است. لذا، می‌توان از رویه قضایی، به‌عنوان یک منبع الهام بخش در کنار قانون موضوعه استفاده نمود. به این اعتبار و با عنایت به تأثیرات مفید رویه قضایی در قانون‌گذاری می‌توان برای آن در تقویت و اعتلای قانون‌گذاری کیفری، نقشی اساسی قائل شد؛ چراکه اقتدار رویه قضایی در تغییر و نسخ قانون، سازنده است. در این زمینه، کارنامه رویه قضایی به‌عنوان یک منبع مشورتی، قابل‌دفاع است؛ هرچند تا مطلوب فاصله دارد.

تغییرات مکرر قوانین نیز در توانمندی رویه قضایی در کشور برای جبران کاستی‌های قانون‌گذاری بایسته، نقش عمده‌ای دارد. بنابراین، به‌جای اینکه به فکر اصلاح و تغییر پی‌درپی قوانین باشیم، باید قدرت رویه قضایی را در جبران نقص‌های قانونی بپذیریم و ضمن بهره‌جویی از رویه قضایی ثابت و پویا، هم قوانین را با طبع اجتماعی هماهنگ ساخته و هم حرکت قواعد را تأمین نماییم؛ زیرا در نظام حقوقی مدرن، قانون به‌تنهایی توانایی تغذیه کامل نظام حقوقی را ندارد. از این رو، به نظر می‌رسد که قانون موضوعه و رویه قضایی یکدیگر را کامل می‌کنند.

در مجموع، محصول نهایی این نوشتار، نشان‌دادن اهمیت جایگاه رویه قضایی در قانون‌گذاری کیفری است؛ چراکه بسیاری از رویه‌های قضایی با تبدیل به رأی وحدت رویه و یا از طریق قانون‌گذاری قوه مقننه، قانون‌ساز می‌گردند و از آنجایی که رویه‌های قانون‌ساز به‌صورت عینی و عملی به تجربه درآمده‌اند، در زمان تصویب و قانون‌گذاری، علاوه بر اینکه مخالفت چندانی برنمی‌انگیزند، پس از تصویب نیز از کارایی بیشتری برخوردارند و سازگاری و پیوستگی بهتری با هم دارند.

پیشنهاد نوشتار، تخصیص نهادی برای رصد رویه قضایی و بهره‌برداری از آن است. آرای وحدت رویه و نیز نظریات اداره حقوقی ثبت می‌شوند، ولی بدنه اصلی رویه قضایی که همان اتفاق نسبی یا مطلق قضات بر دیدگاهی خاص و جریان‌سازی در قبال آن است، نه رصد شده و نه ثبت می‌شود و حتی نمی‌توان به‌راحتی گفت که شمار تقریبی رویه‌های قضایی شکل گرفته (در

معنای جریان قضایی و نه صرفاً آرای محدود یا دیدگاه‌های قضایی پراکنده) به چه اندازه است. شناخت چنین رویه‌هایی نه تنها می‌تواند برای بهینه‌سازی خود رویه قضایی مؤثر باشد، بلکه منبعی نیرومند برای دانشگاه‌ها از جهت بررسی و ارزیابی و مبنایی استوار برای قانون‌گذاری کیفری بایسته است.

منابع

الف) فارسی

۱. آقایی‌نیا، حسین (۱۳۹۳)، جرائم علیه اشخاص (جنایات)، ج ۱۳، تهران: نشر میزان.
۲. اعتدال، محمد (۱۳۷۹)، اعتبار و اهمیت رویه قضایی، ج ۱، شیراز: انتشارات نوید شیراز.
۳. امید، جلیل (۱۳۷۶)، «تفسیر قانون در حقوق انگلستان»، مجله دانشکده حقوقی و علوم سیاسی، دوره ۳۸، صص ۸۵-۱۲۱.
۴. پورسرتیپ، فرج‌اله (۱۳۵۷)، «ماهیت و اهمیت رویه قضایی (۱)»، مجله حقوقی وزارت دادگستری، (برگرفته از لوح فشرده مجموعه مقالات حقوقی منتشر در سال ۱۳۹۵، علی مکرّم).
۵. توحیدخواه، فرانک (۱۳۹۱)، دیوان عالی کشور: وظایف و اختیارات قانونی، ج ۱، تهران: انتشارات خرسندی.
۶. توحیدی نافع، جلال (۱۳۹۵)، تعیین مجازات در نظام قضایی ایران و مطالعه تطبیقی آن با حقوق انگلستان، رساله دکتری، مدرسه عالی شهید مطهری.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۵)، ترمینولوژی حقوق، ج ۱۶، تهران: انتشارات گنج دانش.
۸. چیکایا، بلز (۱۳۸۷)، چکیده رویه قضایی در حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه همایون حبیبی، ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی.
۹. خدابخش، عبدالله (۱۳۹۲)، تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری، ج ۲، تهران: انتشارات شهر دانش.
۱۰. خمینی، روح‌اله (۱۳۸۷)، ترجمه تحریر الوسیله، ترجمه علی اسلامی، ج ۴، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
۱۱. ذوالعین، پرویز (۱۳۷۷)، مبانی حقوق بین‌الملل عمومی، ج ۱، تهران: انتشارات وزارت امور خارجه.
۱۲. رأی اصراری کیفری شماره ۵، مورخ ۱۳۷۶/۱۲/۷، هیئت عمومی دیوان عالی کشور.
۱۳. رأی اصراری کیفری شماره ۳۵، مورخ ۱۳۷۴/۹/۲۸، هیئت عمومی دیوان عالی کشور.
۱۴. رنه، داوید (۱۳۶۴)، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسین صفایی؛ محمد آشوری و عزت‌اله عراقی، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۱۵. داوید، رنه؛ اسپینوزی، کامی ژوفره (۱۳۷۸)، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ج ۲، ترجمه سیدحسین صفایی، تهران: نشر دادگستر.
۱۶. زالی‌پور مداب، مهران (۱۳۹۶)، ارزیابی جایگاه اداره حقوقی قوه قضاییه به‌عنوان منبع مشورتی در تعیین مجازات، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، پردیس فارابی دانشگاه تهران.
۱۷. ساکت، محمدحسین (۱۳۸۷)، حقوق‌شناسی (دبیاچه‌ای بر دانش حقوق)، ج ۱، تهران: نشر ثالث.
۱۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، توجیه و نقد رویه قضایی، ج ۲، تهران: نشر میزان.

۱۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق، ج ۲، چ ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۰. مجموعه دیدگاه‌های قضات در جلسات ماهانه کمیسیون بررسی امور حقوقی و قضایی دادگستری استان تهران (۱۳۷۶/۵/۲۲)، شماره سند ۷۵/۲/۲۲.
۲۱. مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۷۲)، رویه قضایی، چ ۵، تهران: انتشارات پایدار.
۲۲. مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۵ (۱۳۷۷)، ج ۲، چ ۱، تهران: دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور.
۲۳. مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۶ (۱۳۷۸)، ج ۳، چ ۱، تهران: دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور.
۲۴. میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۲)، حقوق جزای اختصاصی، جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، چ ۲۱، تهران: نشر میزان.
۲۵. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (۱۳۸۵)، کیفرشناسی، چ ۶، تهران: انتشارات مجد.
۲۶. وکیلان، حسن (۱۳۹۸)، رابطه رویه قضایی و قانون، چ ۱، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.

ب) غیر فارسی

۲۷. خمینی، روح‌اله (۱۳۹۰ه.ق)، تحریرالوسیله، ج ۲، قم: مطبعه الادب الاشرف.
۲۸. صانعی، یوسف (۱۳۷۶)، مجمع المسائل، چ ۱، قم: نشر میثم تمار.
۲۹. مفید، محمد بن نعمان (۱۴۱۰ه.ق)، المقننه فی الاصول و الفروع، در: سلسله الینابیع الفقهیه، علی اصغر مروارید، ج ۲۴، بیروت: مؤسسه فقه شیعه.
۳۰. الموسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۹۷۵م)، مبانی تکمله المنهاج، ج ۲، نجف: مطبعه الادب النجف الاشرف.
31. Eng, S. (2002), "Legislative inflation and the quality of law", in: *Legisprudence*, by Luc Wintges, Oxford: Hart publishing, pp: 65 -79.