

Evaluation of Judicial Procedure in the Essence of the Method of the Wise

Moein Gholamalipour^{1}, Ahmad Bagheri²*

1. PhD in Jurisprudence and Islamic Law, Faculty of Theology, University of Tehran, Tehran, Iran.

*Corresponding Author: Email: moein.gh.alipour@ut.ac.ir

2. Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: bagheri@ut.ac.ir

A B S T R A C T

Frequent judicial decisions in similar cases are known as judicial procedure. This event, as one of the sources of law, has a significant role in the development and excellence of the rights of societies. But one of the questions that has always been asked is why judicial procedure in the general sense has not had a proper place in Iranian law? Since Iranian law originates from Islamic jurisprudence, the reason for this is the incompatibility of jurisprudence with Islamic rules, to the extent that a number of jurists have denied the principles of jurisprudence in Islamic law. While examining the conduct of the wise and its authority from the perspective of Imam Khomeini and some experts, the functions of the judicial procedure were also explained. It is considered and thus can not be considered an obstacle to the application of judicial procedure in



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.341506.2049

Received:
26 July 2022

Accepted:
3 November 2022

Published:
4 June 2024



Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



the general sense (rule-making procedure) in the Iranian judicial system.

Keywords: Judicial Procedure, the Way of the Wise, Unity Procedural Vote, the Interests of the System, Jurisprudence and Law.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "A Critical Review of Judicial Procedure in Iran's Judicial System, Focusing on the Principle of Fairness", Faculty of Theology, University of Tehran, Tehran, Iran.

Funding:

The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Acknowledgements:

The authors would like to thank Dr. Ahmad Bagheri for their Cooperation in Preparing and Writing this research.

Author contributions:

Moein Gholamalipour: Conceptualization, Methodology, Software, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization.

Ahmad Bagheri: Conceptualization, Resources, Data Curation, Supervision, Project administration.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Gholamalipour, Moein & Ahmad Bagheri. "Evaluation of Judicial Procedure in the Essence of the Method of the Wise". *Journal of Legal Research* 23, no. 57 (June 4, 2024): 227-254.

Extended Abstract

Along with the progressive judicial systems in different countries, the judicial system of Iran is also moving towards legal evolution and excellence, and since it is influenced by the Islamic legal system and also the Roman and Germanic legal systems, it is unique in its own way and has the potential to be a prime example, but some judicial challenges can make any progressive judicial system stagnate. It seems that one of the main challenges of Iran's judicial system is the quality of using the Judicial precedent or case law as one of the legal sources. which is the collective result of the decisions that have been made in the courts in similar cases, is always a few steps ahead of the law and moves in sync with the immediate changes in society. The gaps caused by silence, abridgement or even the absence of the law can be compensated with the interpretations resulting from the Judicial precedent. This issue prevents the successive changes of the laws and lets the law to be updated in sync with the immediate changes of the society and therefore, brings the society closer to legal evolution. Two important factors are needed to achieve this evolution. The factor in priority is to prove the foundations of Judicial precedent in Islamic law, because the legal system of Iran is based on the Islamic legal system. It was proved in this article that one of the original basics of Judicial precedent in Islam which is considered as one of the reasons of clinging to the appearance and authority of solitary in the science of principles of jurisprudence, is called rational normative or method of the wise and its philosophy is summed up in preserving the interests of the society. This case can also be applied to the judicial present due to the fact that they are peer. As a result, it was proved that the lack of attention to the Judicial precedent in Iran cannot be an excuse of incompatibility with Islamic law, because some of the basics of the Judicial precedent were confirmed in Islamic law.

The second factor is related to the difference in the rule-making ability of the Judicial precedent against the principle of relativity of the court decision. In the Iranian legal system, there is two types of Judicial precedent: the first one is special Judicial precedent, which includes the judgments passed by the Supreme Court and is obligatory as the law; and the second type is called general Judicial precedent, which includes all the judgments passed by the courts and is not obligatory. There is no disagreement regarding judicial precedent in the specified sense, that is called uniform practice judgment. but regarding collection of judgment of the courts in similar cases, as a judicial precedent in the general sense, there are disagreements on whether it is possible to make rules in the said procedure or not. In addition, it is mentioned that according to the principle of relativity of the court decision, the decision is valid only

between the parties of the lawsuit and can not be generalized as a law.

After the investigations carried out in this research, it was concluded that the rule-making ability of the judicial precedent does not contradict the principle of relativity of the court decision, because every decision is made up of different components, including the reasons of the court decision and the verdict. The reasons are general and are the result of the court's interpretation of the available evidence, so there is a rule-making ability in it, unlike the verdict, which is reserved only for litigants. So, the principle of relativity of the court decision emerges in the context of the verdict. In other words, the principle of the relativity of the court decision is related to the verdict, but regarding to the judicial precedent rulemaking, we are faced with a collective general that all similar judgment will belong to, not an independent general that each verdict belongs to. In addition, in order to justify the rulemaking from different decisions in similar cases, we can refer to a similar institution in Iranian law that is called the practice creating judgment (not a uniform practice judgment) in the Administrative Justice Court, which is defined in article 90 of the law on organizations and procedures of the Administrative Justice Court of Iran. According to this article, if at least five similar judgment are issued from different branches (two or more branches), these judgment will be referred to the general board of the Justice Court to create an obligator precedent. Regarding to the proof of rule-making ability of judicial precedent and the jurisprudential basis for this concept, it seems the attitude of those people who consider the judicial precedent to be a legacy of Western law and prevent its application in Iranian law due to its incompatibility with Islamic rules is incorrect. As a result, it is better to use the rule-making ability of judicial precedent that guarantees rationality (method of the wise), in Iran's judicial system in order to prevent further damage. Because it is a preventive process for successive law changes and also the adaptation of laws to the issues of the day will put the society on a better path, and will lead the society towards the evolution of rights through realizing up to date rights.

پایش رویه قضایی در جوهره سیره عقلا

معین غلامعلی پور^۱، احمد باقری^۲

۱. دانش‌آموخته دکترای فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

*نویسنده مسئول: moein.gh.alipour@ut.ac.ir

۲. استاد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

bagheri@ut.ac.ir

چکیده:

آرای مکرر قضایی در موارد مشابه به رویه قضایی مشهور است. این واقعیه به‌عنوان یکی از منابع حقوق نقش پررنگی در تکامل و تعالی حقوق جوامع دارد. هرچند حقوق ایران هم از این امر مستثنی نیست اما نقش آن تنها به صدور رأی وحدت رویه در دیوان عالی کشور خلاصه شده که از آن به‌عنوان رویه قضایی به مفهوم اخص یاد می‌شود اما از پرسش‌هایی که همیشه مطرح بوده این است که چرا رویه قضایی به مفهوم اعم جایگاه مناسبی در حقوق ایران نداشته؟ و چرا نسبت به اجرای آن در نظام قضایی ایران هیچ تلاشی صورت نگرفته است؟ از این نظر که حقوق ایران نشأت گرفته از فقه اسلامی است به‌زعم بسیاری دلیل این امر عدم همخوانی رویه قضایی با قواعد اسلامی بوده تا جایی که شماری از حقوق‌دانان نیز منکر مبانی رویه قضایی در حقوق اسلام شده‌اند. در این پژوهش که به روش تحلیلی، توصیفی گردآوری شده، ضمن بررسی سیره عقلا و فلسفه آن به تبیین کارکردهای رویه قضایی و سیره نیز پرداخته شده، همچنین با بررسی



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/ILR.2022.341506.2049

تاریخ دریافت:

۴ مرداد ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۲ آبان ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ خرداد ۱۴۰۳

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



سنخیت سیره عقلا و رویه قضایی، احراز شد که سیره عقلا از مبانی اصیل رویه قضایی به شمار می‌رود و بدین ترتیب نمی‌توان مانعی برای به‌کارگیری رویه قضایی به مفهوم اعم (رویه قاعده‌ساز) در نظام قضایی ایران متصور شد.

کلیدواژه‌ها:

رویه قضایی، سیره عقلا، رأی وحدت رویه، مصالح نظامیه، فقه و حقوق.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان « بررسی انتقادی رویه قضایی در نظام قضایی ایران با محوریت اصل انصاف»، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

قدردانی:

بدین وسیله از استاد گرامی جناب آقای دکتر احمد باقری بابت همکاری در تهیه و نگارش این پژوهش سپاسگزاری می‌شود.

مشارکت نویسندگان:

معین غلامعلی پور: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - بررسی و ویرایش، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، تصویرسازی.
احمد باقری: مفهوم‌سازی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نظارت، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

غلامعلی پور، معین و احمد باقری. «پایش رویه قضایی در جوهره سیره عقلا». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۳، ش. ۵۷ (۱۵ خرداد ۱۴۰۳): ۲۲۷-۲۵۴.

مقدمه

شاکله شکل‌گیری نظام‌های اجتماعی نظم است و عقلای جوامع همواره کوشیده‌اند که مناسبات مختلف جامعه خود را با تنظیم قوانین و نظارت بر اجرای آن در مسیر نظم اجتماعی حرکت داده و به رشد جمعی برسند اما مناسبات یک جامعه همیشه یکسان نبوده و هر آن دستخوش تغییرات متعددی در شئون مختلف بوده و هست، این موضوع باعث شده که قوانین هرچند وقت یک بار نیاز به تغییر و بازنگری داشته باشند اما تغییرات قوانین هیچ وقت هماهنگی لازم با تغییرات پیوسته جامعه را نداشته و پاسخگوی نیازهای روز جامعه نبوده است. حال اگر به جامعه فعلی ایران و نظام قضایی حاکم بر آن بنگریم متوجه تغییرات بی‌رویه قانون و همچنین عدم رفع نیازهای بروز جامعه خود در حیطه قانون‌گذاری می‌شویم. هرچند در برخی نظام‌های حقوقی راه و رویه‌های خاصی برای حل این مشکل اعمال می‌گردد اما پیاده کردن شیوه آن نظام‌ها به مقتضیات ایدئولوژیک حقوق ایران، همخوانی ندارد چراکه اکثریت شاکله حقوق و نظام قضایی حاکم بر کشور ایران برگرفته از فقه و حقوق اسلامی است از همین رو بر آن شدیم تا آن دسته موارد تجربه‌شده در نظام‌های مختلف دنیا را که تجربه موفقی با نیازهای روز جامعه داشته و تا حدودی از تغییرات بی‌رویه قوانین جلوگیری کرده و به پویایی حقوق نیز کمک شایانی می‌کند موردبحث و بررسی قرار دهیم و آن مورد چیزی نیست جز رویه قضایی که حتی در برخی کشورها از آن به‌عنوان منبع اصلی حقوق یاد شده و در حقوق ایران هم به شیوه ضعیف‌تری پیاده‌سازی شده اما بسیاری از حقوق‌دانان معاصر برای ورود رویه قضایی به نظام قضایی ایران سخت مقاومت کرده و منکر سابقه و پذیرش رویه قضایی در علوم اسلامی شده و آن را ارمغانی از حقوق غرب دانسته‌اند. از محدود حقوق‌دانانی که قائل به پذیرش رویه قضایی در علوم اسلامی بوده دکتر جعفری لنگرودی است. به هر روی اکثریت منکر پذیرش رویه قضایی در مطمح علوم اسلامی گشته‌اند و ما در حقوق ایران نتوانسته‌ایم آن‌طور که باید و شاید از مزیت‌های تجربه‌شده و موفق آن بهره‌مناسی ببریم. در این پژوهش سعی داریم مناسبت رویه قضایی را با یکی از موضوعات اصول فقهی که سیره عقلا نام دارد و در علم اصول فقه بسیار از آن سخن به عمل آمده مورد واکاوی قرار دهیم و به این سؤال پاسخ دهیم که آیا رویه قضایی که در برخی کشورها به‌عنوان منبع اصلی حقوق معرفی شده هیچ‌زمینه و پذیرشی در حقوق اسلام نداشته است؟ و مقاومت عده‌ای از حقوق‌دانان در پذیرش این پدیده به‌حق بوده یا اینکه پاسخ منفی است و راه برای ورود رویه قضایی به نظام قضایی ما هموار بوده یا خیر؟ در این پژوهش که به‌صورت جمع‌آوری و گردآوری از کتب و مقالات فقهی، حقوقی و اصولی به‌عمل آمده ضمن توصیف رویه قضایی قاعده‌ساز و

تفکیک اقسام آن در حقوق ایران و جهان و همچنین شناخت منزلت سیره عقلا در اصول فقه، به تحلیل حقیقی آنها پرداخته، وجوه انطباق رویه قضایی را با سیره عقلا مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

۱- پیشینه پژوهش

از لحاظ پیشینه پژوهش می‌توان گفت که هیچ اثری به رویه قضایی از منظر علم اصول و سیره عقلا نپرداخته از همین روی برخی کتب و مقالات که به صورت غیرمستقیم به موضوع ارتباط دارند را ذکر می‌کنیم؛ از جمله مقاله نگاشته شده با موضوع بررسی شرط معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان اثر دکتر محمدتقی فخلعی، نتیجه این اثر از حیث اینکه معاصرت معصومان را شرط اساسی حجیت سیره نمی‌داند می‌تواند مرتبط با بحث باشد اما فقط پایه‌ها و مبناهای سیره عقلا مورد بررسی قرار گرفته و اساساً ورود مصداقی به مسائل روز جامعه از جمله رویه قضایی نداشته، همچنین اثر دیگر، کتابی تألیفی با موضوع اعتبار و اهمیت رویه قضایی توسط دکتر محمد اعتدال است که در بخش رویه قضایی در اسلام منکر وجود مبناها و پایه‌های رویه قضایی در اسلام شده که پژوهش حاضر به‌نوعی نظر ایشان را طرد می‌کند.

۲- مفهوم‌شناسی سیره عقلا

در فواید‌الاصول سیره عقلا بر استمرار عملی عقلا بر انجام کاری بدون در نظر گرفتن گرایش مذهبی و دینی آنها مبتنی شده است؛^۱ به‌زعم مرحوم مظفر نیز رویه مستمر یا بنای عملی خردمندان در انجام یا ترک کاری را سیره عقلا می‌گویند.^۲

امام خمینی سیره عقلا را عمل خردمندان در اداره امور زندگی، تصمیم‌گیری‌ها و دادوستدهای آنان می‌داند، به‌گونه‌ای که اگر توسط شارع منعی از عمل به آن وارد گردد، نظام اجتماعی مختل و چرخه حیات اجتماعی متوقف می‌گردد.^۳

شهید صدر علاوه بر شیوه عملی خردمندان مرتکزات عقلایی را نیز در تعریف بنای عقلا وارد می‌داند، بدین معنا که احکام عقلایی که در رفتار خردمندان وجود دارد هرچند در سلوک عملی ایشان

۱. محمدعلی کاظمی خراسانی، فواید‌الاصول، تقریرات اصولی محمدحسین نائینی، ج ۳ (قم: موسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۰۴)، ۱۹۲.

۲. محمدرضا مظفر، اصول فقه، جلد ۲ (قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۵)، ۵۱۳.

۳. سیدروح‌الله موسوی خمینی، انوار الهدایه فی التعلیق علی الکفایه، جلد ۱ (قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۵)، ۱۰۵.

وارد نیست اما می‌توان از آن به‌عنوان سیره عقلا یاد کرد^۴.

اکثر تعاریفی که از اصولیون برای سیره عقلا ذکر شده همگی نقطه مشترکشان استمرار یک رویه خاص از عمل عقلاست به‌گونه‌ای که عمل و شیوه مستمر خردمندان در یک موضوع خاص را می‌توان رکن تعاریف سیره عقلا دانست.

۳- بررسی اقسام سیره و حجیت آن

مشهورترین تقسیم‌بندی که برای سیره ذکر شده تقسیم سیره به دو نوع سیره متشرعه و بنای عقلاست. منظور از سیره متشرعه آن شیوه عقلانی است که در بین مسلمانان یا یک فرقه خاصی از مسلمانان رایج و شایع گشته؛ چنین سیره‌ای را سیره متشرعه می‌نامند و در مقابل سیره و سلوک خاصی که بین عقلا و خردمندان بدون در نظر گرفتن دین و مذهب آنان وجود دارد را به عقیده متأخران اصولی بنای عقلا می‌نامند^۵.

در باب سیره عقلا فقها به دو گروه تقسیم می‌شوند. گروه اول کسانی هستند که حجت سیره عقلا را ذاتی می‌دانند و گروه دوم کسانی هستند که حجت سیره را از بابت تقریر عام حجت می‌دانند. گروه دوم نیز به دو دسته تقسیم می‌شوند گروه اول کسانی هستند که معاصرت با عصر معصومان را شرط می‌دانند و گروه دوم کسانی هستند که معاصر با عصر معصومان را شرط نمی‌دانند^۶. اثرات قائل بودن به شرط معاصرت با معصوم در پذیرش یا عدم پذیرش سیره‌های مستحدثه معنا پیدا می‌کند. فقهایی که معاصرت با معصوم را شرط می‌دانند سیره‌های مستحدثه را نمی‌پذیرند و فقهایی که معاصرت با معصوم را شرط نمی‌دانند سیره‌های مستحدثه را می‌پذیرند^۷. با توجه به اینکه که فلسفه اصلی سیره عقلا مصالح نظام‌های اجتماعی و جلوگیری از اختلال در آن است؛ به‌گونه‌ای که خیلی از فقها این موضوع را تحت عنوان مصلحت نظامیه تأیید کرده‌اند^{۸-۹} به نظر حجیت سیره عقلا به عقل بازمی‌گردد و از آن جهت ذاتاً حجت است و تنها از جهت اینکه شارع اختیار تصرف‌های جزئی را دارد، برای مشخص کردن موضع

۴. محمدباقر صدر، درس فی علم الاصول (بیروت: دارالکتاب اللبنانی، ۱۴۰۶)، ۲۶۴.

۵. عباس زراعت، حمید مسجد سرایی، ترجمه و تبیین اصول فقه مظفر، جلد ۳ (تهران: انتشارات پیام نوآور، ۱۳۹۳)، ۳۲۴.

۶. محمد ضیا برهانی، «بررسی حجیت سیره و بنای عقلا»، مطالعات اصول فقه امامیه، ۹ (۱۳۹۷)، ۹۷.

۷. همان، ۹۸-۹۹.

۸. کاظمی خراسانی، پیشین، ۱۹۳.

۹. محمدتقی فخلعی و مجتبی ولی‌اللهی، «بررسی شرط معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان»، فقه و اصول، ۴۲،

۸۵ (۱۳۸۹)، ۱۰۲.

شارع نسبت به آن تصرفات احتمالی و جزئی، باید به شرع مقدس مراجعه شود.^{۱۰} البته اگر قائل به حجیت ذاتی سیره عقلا هم نباشیم می‌توانیم همانند محقق اصفهانی عدم ردع و منع شارع را حاکی از حجیت سیره عقلا بدانیم چه سیره معاصر معصوم باشد و چه نباشد.^{۱۱} بنیان‌گذار انقلاب اسلامی امام خمینی ره نیز بر تأیید این مطلب صحه گذارده و بدون اینکه هیچ منبعی به ادله اربعه اضافه گردد حجیت سیره را ذاتی دانسته و امضای شارع را ارشاد به حکم عقل می‌داند.^{۱۲}

مرحوم آخوند خراسانی نیز در باب حجیت خبر واحد به سیره عقلا استناد کرده‌اند و در پاسخ افرادی که آیات ناهیه را باعث اخلال در حجیت سیره می‌دانند بیان می‌دارد که حجیت سیره متوقف بر این نیست که آیات ناهیه رادع سیره عقلا نباشند بلکه متوقف بر عدم ثبوت ردع است و عدم ثبوت ردع متوقف بر چیزی نیست؛ به عبارت دیگر چون رادعیت آیات نسبت به سیره ثابت نیست، حتماً سیره عموم آیات را تخصیص می‌زند؛ لذا می‌گوییم سیره دارای حجت است و آیات ناهیه شامل سیره نمی‌شود. در نتیجه خبر واحد معتبر می‌گردد^{۱۳-۱۴} همان‌طور که از فحوای کلام آخوند مشهود است ایشان به دفاع از حجیت سیره عقلا پرداخته و سپس به پشتوانه سیره عقلا حجیت خبر واحد را تأیید می‌کنند.

۴- فلسفه وجودی و کاربردهای سیره

در مورد خاستگاه سیره و فلسفه وجودی آن نظراتی هرچند به صورت پراکنده در اقوال فقها وجود دارد.^{۱۵} از جمله اراده سوء سیاسی، منفعت‌طلبی، عقل و ارتکاز فطری، تربیت پیامبرانه و در نهایت مصالح نظامیه^{۱۶-۱۷}

اگر بخواهیم منصفانه این موارد را مورد بحث و بررسی قرار دهیم اراده سیاسی و منفعت‌طلبی هیچ

۱۰. محمدتقی اکبرنژاد، «حجیت ذاتی بناهای عقلایی و تأثیر آن در فقه و اصول»، فقه، ۱۷، ۶۴ (۱۳۸۹)، ۱۱۴.

۱۱. برهانی، پیشین، ۹۸.

۱۲. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، منهاج الوصول الی علم الاصول، جلد ۲ (قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۳)، ۱۰۶.

۱۳. کاظمی خراسانی، پیشین، ۳۴۰.

۱۴. محمدجواد فاضل لنکرانی، ایضاح الکفایه، جلد ۵، چاپ سوم (قم: نشر نوح، ۱۳۸۰)، ۳۵۰-۳۵۱.

۱۵. ابوالقاسم علیدوست، فقه و عقل (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵)، ۱۱۷.

۱۶. محمدحسین غروی اصفهانی، حاشیه المکاسب، جلد ۲ (قم: چاپخانه علمیه، ۱۴۲۵)، ۴۲.

۱۷. کاظمی خراسانی، پیشین، ۱۹۲-۱۹۳.

همخوانی با فلسفه سیره و بنای عقلا ندارد و در طول تاریخ بشریت هم همیشه این مورد مشهود بوده که معمولاً صاحب‌منصبان و حکام جور در بن‌بست‌های زمانه خود یا برای سامان اجتماع خود به دنبال چاره‌اندیشی از عقلای جامعه بوده‌اند. با این اوصاف منفعت‌طلبی و اداره سوء سیاسی نمی‌تواند خاستگاه سیره باشد اما در مورد تربیت پیامبرانه، عقل و ارتکاز فطری و مصالح نظامیه می‌توان خوش‌بین بود؛ چراکه هم مستندات قابل قبولی بر این موارد داریم و هم با عقل سلیم همخوانی دارد خصوصاً مورد مصلحت نظامیه که فقهای ما روی آن تأکید ویژه‌ای داشته‌اند. مرحوم مظفر و مرحوم نائینی سرآمد فقهایی هستند که تأکید خاصی بر مصالح نظامیه در فلسفه و کاربرد سیره عقلا دارند مثلاً مرحوم نائینی در استدلال به سیره عقلا بر حجیت قاعده‌ی عرض می‌کند که اگر تصرف تحت عنوان قاعده‌ی اماره مالکیت ندانیم در نظام حیات اخلال وارد می‌شود و همچنین نظم اقتصادی و بازار به هم می‌ریزد^{۱۸-۱۹} امام خمینی در کتاب مکاسب المحرمه بیان می‌دارد که برخی مبانی عقلایی مانند حق ملکیت و حق اختصاص را عبث و بیهوده می‌دانند در حالی که این موارد ابتدای مصالح نظامیه هستند.^{۲۰} مرحوم مظفر و مکارم شیرازی نیز در استدلال به اعتبار بنای عقلا بر خیر واحد و اصل صحت، نبود این بنای عقلایی را موجب هرچ و مرج و به هم ریختن نظم اجتماعی دانسته‌اند^{۲۱-۲۲} مرحوم نائینی و مرحوم مظفر در آنجا که حفظ حالت گذشته در استصحاب را بنای عقلا می‌دانند معتقدند که اگر بنای عقلا را در استصحاب به حفظ حالت گذشته قرار ندهیم و به شک اعتنا کنیم زندگی اجتماعی بشر به هم می‌ریزد و نظام زندگی و مراودات اجتماعی مختل می‌گردد.^{۲۳}

۵- ماهیت رویه قضایی

رویه در لغت به طریقه و روش^{۲۴} و همچنین به معنای اسلوب و طریقه، دستور، فکر و اندیشه است^{۲۵}،^{۲۶}

۱۸. همان، ۱۹۳.

۱۹. همان، ۶۰۳.

۲۰. سیدروح‌الله موسوی خمینی، مکاسب المحرمه، جلد ۱ (قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۸)، ۱۶۱-۱۶۲.

۲۱. محمدرضا مظفر، اصول فقه، جلد ۲ (قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۸)، ۸۱.

۲۲. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقیه، جلد ۱ (قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱)، ۲۸۸.

۲۳. کاظمی خراسانی، پیشین، ۲۵۲ و ۳۳۱.

۲۴. حسن عمید، فرهنگ عمید (تهران: نشر امیرکبیر، ۱۳۷۵)، ذیل واژه رویه.

۲۵. علی‌اکبر دهخدا، فرهنگ دهخدا (تهران: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۱)، ذیل واژه رویه.

۲۶. محمد معین، فرهنگ فارسی، جلد ۱ (تهران: انتشارات زرین، ۱۳۸۷)، ذیل واژه رویه.

بنا بر یک نظر رویه قضایی اصولاً مجموعه‌ای الزام‌آور و سازمان‌یافته از آراء، تصمیمات و اقدامات قضایی مکرر در موارد مشابه است.^{۲۷}

بنا بر نظری دیگر می‌توانیم تصمیمات و آرای صادره از دادگاه‌ها را به‌عنوان رویه قضایی در نظر بگیریم یا به عبارت بهتر قواعدی که از تصمیمات محاکم به دست می‌آید رویه قضایی نامیده می‌شوند که به دو معنای عام و خاص تقسیم می‌گردند^{۲۸-۲۹}

۶- انواع رویه قضایی

شکل کلی تصمیم (رأی) مکرر قضایی که در موارد مشابه الزام معنوی یا الزام قانونی مراجع قضایی را و می‌دارد به رویه قضایی معروف است.^{۳۰} به نظر طبق این تعریف دکتر جلال‌الدین مدنی از رویه قضایی که مورد اتفاق اکثر حقوق‌دانان هم هست نمی‌توان رویه قضایی را قابل تقسیم‌بندی دانست اما با توجه به اینکه در حقوق ایران رویه قضایی به شکل حقیقی خود جایگاهی ندارد از منظر حقوق ایران تحت عنوان رویه قضایی عام و رویه قضایی خاص (آرای وحدت رویه) تقسیم‌بندی شده است.

۶-۱- رویه قضایی عام

دکتر کاتوزیان در مقدمه علم و حقوق، رویه قضایی به معنای عام را مجموعه‌ای از آرای قضایی نام می‌برد و تأکید می‌کند که این معنا زمانی به منصفه ظهور می‌رسد که رویه قضایی به‌طور مطلق و بدون قید و شرط استعمال گردد که همان آرای صادره از دادگاه‌ها در کلیه سطوح را شامل می‌شود.^{۳۱} همچنین ضمن تعریفی دیگر، محمد اعتدال در کتاب اهمیت و اعتبار رویه قضایی آن را روش واحدی می‌داند که قضات در موارد سکوت، تناقض، اجمال یا نقص قانون جهت تفسیر قانون اتخاذ می‌کنند و تحت تأثیر عوامل متعددی از قبیل عملکرد نیروی انتظامی، مقامات زندان، کارکنان و قضات دادگاه‌ها قرار می‌گیرد.^{۳۲}

۲۷. محمد اعتدال، اعتبار و اهمیت رویه قضایی (شیراز: نشر نوید، ۱۳۷۹)، ۹.

۲۸. ناصر، کاتوزیان، مقدمه علم و حقوق (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶)، ۱۸۰.

۲۹. علی اسلامپناه، «رویه قضایی به‌منزله منبع حقوق»، تحقیقات حقوقی، ۲۱، ۸۴ (۱۳۹۷)، ۲۴۳-۲۴۴.

۳۰. جلال‌الدین مدنی، رویه قضایی (تهران: چاپخانه علامه طباطبایی، ۱۳۷۲)، ۳.

۳۱. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، پیشین، ۱۸۰.

۳۲. اعتدال، پیشین، ۱۷.

۶-۲- رویه قضایی خاص

رویه قضایی به معنای خاص زمانی مطرح می‌گردد که محاکم یا دسته‌ای از آنها در باب یکی از مسائل حقوقی شیوه یکسانی در پیش گیرند و آرای راجع به آن مسئله چنان تکرار شود که بتوان گفت هرگاه آن دادگاه‌ها با دعوایی روبه‌رو شوند همان تصمیم را خواهند گرفت،^{۳۳} یا در تعریفی دیگر رویه قضایی خاص راه‌حلی در نظر گرفته شده است که دادگاه‌ها به‌طور معمول برای حل یک مسئله حقوقی پیدا می‌کنند.^{۳۴-۳۵}

همچنین در حقوق ایران با کمی تفاوت از موارد بالا آرای نوعی و کلی که هیئت عمومی دیوان عالی کشور در مقام رفع تعارض از آرای محاکم صادر می‌کند و برای سایر محاکم در موضوعات مشابه الزام‌آور است، رویه قضایی به معنای خاص نامیده می‌شود. باین‌وجود، در نظام حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمنی رویه قضایی به معنی خاص به این معنا و مفهوم مذکور در حقوق ایران وجود ندارد.^{۳۶}

۷- فواید و کاربردهای رویه قضایی

دکتر جلال‌الدین مدنی ضمن تشریح اهمیت دستگاه قضا و نقش قضات در شکل‌گیری رویه قضایی ابتدا به اهمیت اصلی رویه قضایی پرداخته و به عبارتی اصلاح اجتماع را در گروهی شکل‌گیری مناسب رویه قضایی در آن جامعه دانسته است.^{۳۷}

در کشورهای چون جمهوری اسلامی ایران که قوانین آن مدون است قضات باید همه اقدامات خود را در مدار قانون و در جهت حق و عدالت سوق دهند و طبعاً اگر دستگاه قضایی چنین روندی داشته باشد در اصلاح اجتماع تأثیری عمیق دارد. جامعه را می‌توان از وضع قضایی شناخت و نقطه اوج شناسایی دستگاه قضایی همبین رویه‌های قضایی است. هرگاه این رویه‌ها توانسته باشند در مسائل مطروحه، اصلی‌ترین احساسات عدالت‌جویی را متبلور سازند و مردم را در مراجعات قضایی و طرح دعاوی

۳۳. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ۱۸۰-۱۸۱.

۳۴. علیرضا محمدزاده وادقانی، «رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۳۸، ۱۱۲۲۵ (۱۳۷۶)، ۴۴.

۳۵. بیژن عباسی، علی سهرابلو و احسان شهنساری، «رویه قضایی در حقوق عمومی معاصر»، مطالعات حقوق عمومی، ۴۸، ۱۳۹۷ (۳)، ۶۴۱.

۳۶. اسلام‌پناه، پیشین، ۲۴۵.

۳۷. مدنی، پیشین، ۲۹.

متوجه قانون و حق و عدالت سازند استحکام و توان این قوه را به معرض نمایش گذاشته‌اند و فقط در چنین موقعیتی است که می‌توان از فواید رویه قضایی صحبت کرد.^{۳۸}

فواید اعمال صحیح رویه قضایی این‌گونه بیان شده است: رویه قضایی به قانون قدرت تحرک می‌بخشد، قانون را با خواست جامعه منطبق و تا حدودی خشونت و نقاط ضعف قانون را برطرف و جامعه را از اجرای صحیح قانون مطمئن می‌سازد. همچنین باعث می‌شود قضات وظایف خود را با اندیشه عمیق قضایی همراه سازند، از سوی دیگر توانایی برطرف کردن تداخل، تضاد و تعارض قوانین را دارا است و می‌تواند موارد نقض، سکوت، اجمال و ابهام قانون را برطرف سازد و بدین ترتیب زمینه‌ای را برای قانون‌گذار فراهم می‌کند تا در وضع قوانین دچار اشتباه نگردد. به عبارت دیگر رویه قضایی، تجسم تحولات تاریخی کشور، به‌ویژه در بخش دگرگونی‌های قضایی است.^{۳۹}

به قول دکتر اعتدال تجربه و مشاهده نشان می‌دهد که مجموعه‌های قوانین تنها بخش ناچیزی از واقعیت‌های زندگی را دربر می‌گیرد و درباره آنها حکمی صریح دارد. بخش عمده‌تر یا قانونی ندارد یا حکم مربوط به آن مجمل و غیرصریح و نارسا است. در همین بخش است که رویه قضایی نقش سازنده دارد و به‌عنوان تکمیل‌کننده و گاه رهبر نظام حقوقی جلوه می‌کند. پس باید جایگاه و کارکرد استدلال حقوقی را در رویه قضایی جستجو کرد.^{۴۰}

در بسیاری موارد با وجود قانون عدالت از قبل قابل تعیین و تشخیص نیست. رویه قضایی آشکار می‌سازد که آرمان‌ها و هدف‌هایی که با عبارات کلی و زیبا بیان شده‌اند در عمل به چه نتیجه‌های مثبت یا منفی رسیده و در نهایت چه مجسمه‌ای از «عدالت» پدید آمده یا چه تصویری از آن در اذهان عمومی نقش بسته است. در میدان رویه قضایی می‌توان نابودی فرضیه‌های زیبا یا بی‌اعتباری آنها را به‌وسیله حقایق زشت به‌روشنی مشاهده کرد. کارکرد اصلی رویه قضایی سازگار نمودن قانون با نیازهای اجتماعی است.^{۴۱}

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. طولانی بودن جریان قانون از پویایی آن می‌کاهد و حتی ممکن است نیاز به وجود آن

۳۸. همان، ۲۹-۳۰.

۳۹. همان، ۳۰.

۴۰. اعتدال، پیشین، ۷۵.

۴۱. همان، ۷۶.

را منتفی سازد. رویه قضایی می‌تواند این نقایص را تا حدودی جبران کند و قانون را با اموری که قابل پیش‌بینی برای قانون‌گذار نبوده سازگار سازد؛ بنابراین سازگارسازی قانون و دیگر منابع حقوقی با نیازهای اجتماعی، البته آن دسته از نیازهایی که در قالب قضیه‌های حقوقی مطرح می‌شوند، مهم‌ترین کارکرد رویه قضایی است. فایده مهم دیگر رویه قضایی این است که قواعدی را می‌سازد که 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. قاضی همانند سکان‌بانی است که باید دائماً مشغول تنظیم و تصحیح مسیر کشتی به‌سوی مقصد باشد، بدین ترتیب که اقدامات و تصمیمات خود را تنظیم، تصحیح و یا تعدیل نماید تا مطمئن شود که به‌سوی مقصد و هدفی که در پیش دارد یعنی عدالت قضایی در حرکت است.^{۴۲}

از سوی دیگر اصل ۱۶۷ قانون اساسی^{۴۳} و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی^{۴۴} به‌وضوح اعتراف به عاجز بودن قانون در حل و پیش‌بینی تمام مسائل و معضلات جامعه داشته و بدین ترتیب ناتوانی حاکمیت مطلق قانون در سیر تکامل جامعه و نیل به‌غایت حقوق صراحتاً آشکار می‌گردد.

با ذکر این موارد نمایان شد قوانینی که از طرف قانون‌گذار وضع می‌گردد معمولاً کامل و جامع نیستند و نیاز به تفسیر در جهت رشد جامعه را دارند، همچنین با توجه به تغییرات روزافزون مناسبات مختلف هر جامعه، قوانین بعد مدت کوتاهی کهنه می‌شوند و نیاز به بازنگری یا تغییر دارند و تغییر بی‌درپی قوانین هم خودش آسیب‌دیگری است (برای مثال تغییرات مکرر قوانین در حوزه حقوق خانواده)؛ بنابراین اینجاست که نقش رویه قضایی پررنگ‌تر می‌شود و قانون را با مناسبات روز جامعه منطبق می‌سازد و به عبارتی نقش به‌روزرسانی قوانین بر عهده رویه قضایی است. با این اوصاف بهتر است برای جلوگیری از آسیب‌های بیشتر نقش رویه قضایی را در حقوق ایران نادیده نگیریم چرا که هم جلوی تغییر سریع برخی قوانین گرفته

۴۲. همان، ۷۷.

۴۳. اصل ۱۶۷ قانون اساسی: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

۴۴. ماده ۳ آیین دادرسی مدنی: قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند والا مستتکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد.

می‌شود و هم انطباق قوانین با مسائل روز جامعه در مسیر بهتری قرار خواهد گرفت و هم با ساری بودن حقوق زنده پویایی حقوق معنای حقیقی خودش را پیدا خواهد کرد.

۸- رابطه نهادهای عرف، رویه قضایی و سیره عقلا

عرف قاعده‌ای است که به تدریج در میان مردم یا گروه خاصی از آنها به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم گشته^{۴۵} و به عبارت دیگر امری است که از ناحیه عقل در دل انسان‌ها نشیند و طبع‌های سالم آن را پذیرا باشند؛^{۴۶} همچنین آنچه نفوس مردم در پرتو عقل بر آن استقرار یابد و مورد قبول طبع انسان‌ها واقع شود به عرف تعبیر شده است.^{۴۷}

در یک تقسیم‌بندی، عرف به عرف عام، عرف خاص، عرف صحیح، عرف فاسد، عرف فعلی و قولی تقسیم شده است.^{۴۸} در عرف عام با وجود اختلافات فرهنگی و زبانی و محیطی اکثریت مردم دخیل هستند که به عنوان نمونه می‌توان رجوع جاهل به عالم، عمل به ظواهر و... را نام برد و عرف خاص عرفی است که گروه خاصی از مردم به اقتضای شغل، حرفه، زمان، مکان یا... در آن دخیل هستند. عرف صحیح بدین صورت است که امور متداول بین مردم مصلحتی را از بین نبرد و مفسده‌ای را ایجاد نکند این‌گونه است که می‌تواند به عنوان عرف صحیح مورد استفاده جوامع قرار گیرد و عرف فاسد عرفی است که در میان گروه زیادی از مردم متداول گردد ولی با شرع یا قانون سازگاری نداشته باشد مثل معاملات ربوی، مصرف مسکرات، بازی با برخی آلات قمار و...^{۴۹}

حقوق دانان رابطه عرف و رویه قضایی را در چند نظر مورد بررسی قرار داده‌اند:

نظر اول عقیده کسانی است که عرف را نتیجه آرای قضایی می‌دانند در تأیید این نظر برخی نویسندگان، با ملاحظه ایجاد حقوق عرفی در انگلستان، عرف را نتیجه آرای محاکم و یکی از آثار رویه قضایی دانسته‌اند که البته مبالغه بزرگی به حساب می‌آید زیرا رویه قضایی ممکن است به برخی از عرف‌ها مانند سرقتی در گذشته رسمیت بخشد اما به هیچ وجه نمی‌توان عرف را محصول آرای محاکم دانست.^{۵۰}

۴۵. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد ۲ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳)، ۴۷۴.

۴۶. محمدجعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، جلد ۲ (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵)، ۵۸.

۴۷. سید محمدتقی حکیم، الاصول العامه للفقهاء المقارن (بی‌جا: المجمع العالمی لاهل البیت، ۱۴۱۸)، ۴۰۵.

۴۸. حکیم، پیشین، ۴۰۶.

۴۹. همان، ۴۰۷؛ علیرضا فیض کاشانی، مبادی فقه و اصول (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۵)، ۲۲۰ و ۲۲۱.

۵۰. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، پیشین، ۱۷۱؛ محمود سلجوقی، نقش عرف در حقوق مدنی ایران (تهران: نشر

دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۴۷)، ۱۳۶.

و نظر دوم عقیده کسانی است که رویه قضایی را شرط متأخر یا کاشف از اعتبار حقوق عرفی می‌دانند. بدین ترتیب رویه قضایی نه تنها انعکاس دهنده عرف عمومی در جامعه است بلکه واجد عرف مستقلی به نام عرف محاکم نیز هست چراکه رویه قضایی حاصل استنباط قضات از منابع و اصول حقوقی موجود در شناسایی راه‌حل برای چالش‌های مطروحه در جامعه است و با مطالعه و بررسی آن می‌توان به عرف محاکم در حل و فصل دعاوی مختلف پی برد و این‌گونه دلیل اطلاق عرف محاکم به رویه قضایی آشکار می‌گردد.^{۵۱}

پس تأثیر عرف و رویه قضایی بر یکدیگر انکارناپذیر است زیرا تا زمانی که رویه قضایی با اصول و قواعد مسلم یک جامعه هماهنگ نباشد رونق نپذیرفته و به فراموشی سپرده می‌شود؛ و از طرف دیگر نظارت نهادهای بالادستی مانند دیوان عالی کشور تضمین مهمی بر اجرای درست قواعد حاصل از عرف، جهت رعایت قواعد عرفی محسوب می‌شود.^{۵۲}

و از مجموع این نظرات می‌توان این‌گونه برداشت کرد که رویه قضایی در زمره عرف‌های صحیح جامعه جای می‌گیرد و به‌نوعی اخص از عمومیت عرف است و دلیل اینکه گاهی اوقات برخی حقوق دانان از اصطلاح عرف محاکم استفاده کرده‌اند نیز همین امر است.

در رابطه عرف و سیره عقلا برخی قائل به عدم تباین شده‌اند و عرف را با سیره عقلا مترادف دانسته‌اند.^{۵۳} از میرزای نائینی آورده شده گاهی از بنای عقلا به بنای عرف تعبیر می‌شود که منظور از آن عرف عام است.^{۵۴} همچنین از منظر برخی فقها گفته شده اصطلاح عرف همان عرف عقلا است که به اختصار و اطلاق از آن به‌عنوان عرف یاد می‌شود.^{۵۵}

البته گروهی دیگر فقط عرف صحیح را با بنای عقلا یکسان می‌دانند و معتقدند منظور از آن چیزی است که در پرتو عرف و عقل در میان مردم اندیشمند مرسوم و متداول می‌گردد.^{۵۶}

۵۱. تورج تقی زاده، نقش رویه قضایی در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۱)، ۸۰؛ سلجوقی، پیشین، ۱۳۶ و ۱۳۷.

۵۲. تقی زاده، پیشین، ۸۱.

۵۳. محمدجواد مغنیه، علم الاصول الفقه فی ثوبه الجدید (قم: دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۵۲)، ۲۲۲؛ محمدرضا مظفر، اصول فقه، جلد ۲ (قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۸)، ۱۵۳.

۵۴. کاظمی خراسانی، پیشین، ۱۹۳.

۵۵. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۱ (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶)، ۴۴۸.

۵۶. فیض کاشانی، پیشین، ۲۲۱ و ۲۲۴.

پس بنای عقلا شامل عرف‌های پسندیده و مورد تأیید عقل است که مفسده‌ای نداشته و یا مصلحتی را از بین نبرد که بدین ترتیب عرف‌های ناپسند نمی‌توانند در زمره بناهای عقلایی قرار گیرند^{۵۷} و بنا بر این نظرات می‌توان گفت سیره عقلا شاخه‌ای از عرف و اخص از آن است.^{۵۸}

از مجموع مطالب مذکور می‌توان گفت که رویه قضایی حاصل سیره عقلایی گروهی از مردم یعنی قضات دادگاه‌ها است و از سوی دیگر قضات دادگاه‌ها جز عقلا جامعه محسوب می‌گردند و از آنجا که بنای عقلا عرفی است که با عرف صحیح در مقابل عرف فاسد همخوانی دارد پس رویه قضایی همانند بنای عقلا در مجموعه عرف‌های صحیح قرار می‌گیرد یعنی عرفی که نه مفسده‌ای دارد و نه مصلحتی را نادیده می‌گیرد بلکه یک قدم جلوتر حتی در اندیشه حفظ مصلحت جامعه و به‌روزرسانی حقوق با مسائل روز جامعه قرار دارد.

۹- مناسبت سیره عقلا با رویه قضایی به مفهوم اعم

دکتر مسجد سرایی و دکتر زراعت در شرح و ترجمه کتاب اصول فقه مظفر اشاره‌هایی به ارتباط سیره عقلا و رویه قضایی داشته‌اند، البته ابتدا سیره عقلا را یکی از مصادیق عرف دانسته و این‌گونه دلیل آورده‌اند که عرف معنای وسیعی دارد که شامل عادات و رسوم و اندیشه‌های حقوقی و ... می‌شود و سیره عقلا نیز رفتار عملی آنان است و بر خلاف بقیه سیره‌ها و عرف‌ها، معقول است. ماده ۲۲۴ قانون مدنی به عرف و سیره عقلا به‌عنوان منبع غیرمستقیم حقوق اشاره دارد: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه.» و ماده ۲۲۵ نیز به‌گونه‌ای دیگر اعتبار سیره عقلا را بیان می‌کند. «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است.» وقتی عرف و سیره عقلا، شکل قانون پیدا نکند، قانونی نانوشته خواهد بود هرچند ضمانت اجرای آن، حمایت دولت نیست و از این جهت، منبعی غیرمستقیم به حساب می‌آید،^{۵۹} البته استناد به مواد ۲۲۴ و ۲۲۵ هرچند بیشتر در قالب عرف قرار می‌گیرد اما نویسنده درصدد اثبات سیره عقلا از مجرای عرف بوده که بی‌حساب هم نیست اما مثال‌هایی که ذکر شده به علت کمبود دلیل ابرازشده برای اثبات تطابق سیره و رویه قضایی از وادی حقیقی خودش است و به نظر به این دلیل بوده که دکتر مسجد سرایی و دکتر زراعت از در عرف برای انطباق سیره عقلا با رویه قضایی وارد شده‌اند.

۵۷. جعفری لنگرودی، پیشین، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۸۸۳.

۵۸. جعفری لنگرودی، پیشین، مکتب‌های حقوقی در اسلام (تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۸۲)، ۲۱۸.

۵۹. زراعت و مسجد سرایی، پیشین، ۳۳۴.

در ادامه این دکترین بیان می‌دارند که رویه قضایی قابل تشبیه به سیره عقلا است. منظور از رویه قضایی روش یکسان قضات دادگاه‌ها درباره یک مسئله حقوقی است و آن قدر این روش تکرار می‌شود که دادرسان در آینده نیز جز همین راه را نمی‌روند. دادرسان و قضات، اندیشمندان و عقلای علم حقوق هستند و سیره آنان در مسائل حقوقی به حق، نمود بارز سیره عقلای حقوق است.^{۶۰}

ناگفته نماند این بیانات ادعاهای افرادی را که منکر وجود پایه‌های رویه قضایی در حقوق اسلام شده بودند را نقض می‌کند. از جمله نظرات مذکور در کتاب اعتبار و اهمیت رویه قضایی نوشته محمد اعتدال و ... که به نظر این افراد دنبال مشابه‌سازی مفهوم رویه قضایی عصر امروز با مفاهیم صدر اسلام بوده‌اند در حالی که با توجه به مناسبات جوامع آن اعصار مجال شکل‌گیری مفهوم امروزی از رویه قضایی پدید نیامده اما زیربنای موضوع که همان بنای عقلاست موجود است به‌عنوان مثال ابن مسعود از صحابه پیامبر بیان می‌دارد^{۶۱}: هر که از این پس داوری کند باید بر پایه آنچه در کتاب خدا است داوری کند. پس اگر چیزی که در کتاب خدا نیست بر او عرضه شود باید بر اساس آنچه پیامبر داوری کرده داوری کند، پس اگر چیزی نزد او بردند که در قرآن و قضاوت‌های پیامبر نبود باید بر اساس داوری شایستگان و صالحان (رویه قضات شایسته) در آن به داوری بنشینند^{۶۲-۶۳}.

یا در تحف العقول از حضرت علی (ع) جهت ابلاغ به مالک اشتر این‌گونه بیان شده «ای مالک دو قاضی از یک ملت نباید در احکام اختلاف کنند، باید مورد اختلاف را به کسی که ولی امر شماست عرضه کنید تا او برابر با تعلیمات الهی در آن بنگرد و حکم دهد، قضات نیز بایستی بر اساس رأی او عمل کنند. ای مالک به قضات شهرهای حوزه مأموریت خویش نامه بنویس و از آنها دعوت کن در مسائل اختلافی به تو مراجعه کنند. درباره مسائل و احکام اختلافی آنها کتاب و سنت را ملاک قرار ده و احکام سازگار با قرآن و سنت را قبول کن و احکام ناسازگار را از درجه اعتبار ساقط گردان. قضات در این مورد موظف‌اند به اختلاف پایان دهند و از حکم واحد پیروی کنند. ای مالک اگر امر بر تو نیز مشتبه شد فقها را فراخوان

۶۰. همان، ۳۳۵.

۶۱. «فمن عرض قضاء منکم بعد الیوم فلیقض بما فی کتاب الله تعالی، فإن جاءه أمر لیس فی کتاب الله، فلیقض بما قضی به نبیه (ص). فمن جاءه أمر لیس فی کتاب الله و لیس فیما یقضی به النبی (ص) فلیقض بما قضی به الصالحون».

۶۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، دائرةالمعارف علوم اسلامی قضائی، چاپ سوم (تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۸۲)، ۴۹۰-۴۹۳.

۶۳. مدنی، پیشین، ۸۴-۸۵.

و نظر و رأی آنها را جویا شو همان را حکم قرار ده»^{۶۴-۶۵}

با توجه به نظرات بزرگانی همچون امام خمینی، شهید صدر و کاظمی خراسانی که حجیت سیره را ذاتی می‌دانند و همچنین با توجه به ابتکار امام خمینی ره مبنی بر لزوم مصلحت‌اندیشی در نظام حکومتی اسلام و اینکه احکام حکومتی فراتر از قلمرو احکام فرعی قرار دارند راه برای استفاده از سیره‌های مستحدثه باز است.^{۶۶} رویه قضایی به معنای عام هم با توجه به فوایدی که در جهت مصالح نظامیه دارد می‌تواند جز سیره‌های مستحدثه به شمار آید و بدین صورت از منفعت‌های مهم آن از جمله قاعده‌سازی و به‌روزرسانی قوانین نهایت بهره را در نظام قضایی کنونی جمهوری اسلامی ایران ببریم.

۱۰- مناسبت سیره عقلا با رویه قضایی به مفهوم اخص

از قول دکتر مسجد سرائی بیان شد که قضا و دادرسان، همان عقلای علم حقوق هستند و سیره آنان در مسائل حقوقی به‌حق سیره عقلای حقوق است. با این حال اگر از منظر حقوق ایران به موضوع بنگریم این‌گونه است که هرگاه سیره یک یا چند (قاضی) دادگاه با سیره دیگری تعارض پیدا کند در معرض داوری قضاوت باتجربه‌تر یعنی قضاوت دیوان عالی کشور قرار می‌گیرد،^{۶۷} همچنین آن قسمت از کلام امام علی (ع) در ابلاغ به مالک مؤید رویه قضایی به مفهوم اخص است که ایشان می‌فرمایند: ای مالک به قضاوت شهرهای حوزه مأموریت خویش نامه بنویس و از آنها دعوت کن در مسائل اختلافی به تو مراجعه کنند.^{۶۸} که البته این قسم از رویه قضایی در حقوق امروزی ایران جریان دارد و برای اولین بار در سال ۱۳۲۸ طی یک ماده واحده تصویب گردید و بعدها قانون اساسی هم وظیفه ایجاد رویه واحد یا همان رأی وحدت رویه را در اصل ۱۶۱ قانون اساسی تثبیت نمود.^{۶۹} اکنون ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری این‌گونه رویه‌سازی را در چهارچوب قانون جلوه می‌دهد: «هرگاه در شعب دیوان عالی کشور و یا هر یک از دادگاه‌ها نسبت به موارد مشابه اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی با استنباط از قوانین، آرای مختلفی صادر شود رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور به هر طریقی که آگاه

۶۴. جعفری لنگرودی، پیشین، دائرةالمعارف علوم اسلامی قضایی، ۴۹۱-۴۹۲.

۶۵. مدنی، پیشین، ۸۵.

۶۶. سیدروح‌الله موسوی خمینی، صحیفه امام، جلد ۲۰ (قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۹)، ۴۵۱.

۶۷. زراعت و مسجد سرائی، پیشین، ۳۳۴-۳۳۶.

۶۸. مدنی، پیشین، ۸۴-۸۵.

۶۹. همان، ۷۴.

شوند، مکلف‌اند نظر هیئت عمومی دیوان عالی کشور را به‌منظور ایجاد وحدت رویه درخواست کنند. همچنین هر یک از قضات شعب دیوان عالی کشور یا دادگاه‌ها نیز می‌توانند با ذکر دلایل از طریق رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور نظر هیئت عمومی را در خصوص موضوع کسب کنند. هیئت عمومی دیوان عالی کشور به ریاست رئیس دیوان عالی یا معاون وی و با حضور دادستان کل کشور یا نماینده او حداقل سه‌چهارم رؤسا و مستشاران و اعضای معاون کلیه شعب تشکیل می‌شود تا موضوع مورد اختلاف را بررسی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم نماید. رأی اکثریت که مطابق موازین شرعی باشد ملاک عمل خواهد بود. آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور نسبت به احکام قطعی شده بی‌اثر است ولی در موارد مشابه تبعیت از آن برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم می‌باشد.^{۷۰} الزام‌آور بودن رویه قضایی در حقوق ما به این نوع از رویه قضایی (خاص) اختصاص دارد و در سایر موارد یعنی رویه‌ای که در بطن دادگاه‌ها شکل می‌گیرد و می‌تواند قاعده‌ساز باشد (عام)، برای دادگاه‌ها لازم‌الاتباع نیست. به‌جرئت می‌توان گفت یکی از معضلات فعلی نظام قضایی حاکم بر ایران همین مورد است،^{۷۱} چراکه رویه قضایی در واقع همان شکل به‌روز شده‌ای از اقسام سیره عقلا است هرچند این سیره (سیره و روش عملی قضات) در حقوق ما به دو قسم تقسیم شده: رویه قضایی خاص و رویه قضایی عام و بهره ما فقط از رویه قضایی فقط به مفهوم اخص آن معطوف شده و هیچ توجهی به رویه قضایی به مفهوم اعم آن نداشته‌ایم در حالی که تغییر و تحولات جامعه در طول زمان ضرورت و نیاز به این نوع از سیره عقلا که اتفاقاً تجربه شده در برخی جوامع هم هست را دوجندان کرده است.

۱۱- بررسی قاعده‌سازی رویه قضایی در پرتو اصل نسبیت

در مقابله با فرض قاعده‌سازی رویه قضایی این ایراد مطرح می‌گردد که اصل بر نسبی بودن رأی دادگاه است به این معنا که رأی دادگاه فقط برای طرفین دعوا معتبر است و ایجاد الزام می‌کند نه دیگران.^{۷۲} در پاسخ به این ایراد می‌توان این‌گونه استدلال کرد که هر رأی از چند بخش تشکیل شده بخش اول شامل اسباب رأی است که کلیت دارد و بخش دوم همان منطوق رأی است که راجع به حقوق طرفین دعواست و فصل خصومت می‌کند. اسباب حکم ممکن است شامل دلایل اثبات دعوی مانند سند، شهادت شهود، اقرار و ... باشد و یا تفسیری است که دادگاه با توجه به زمان، مکان و شرایط حاکم بر

۷۰. حسن وکیلان، «جایگاه رویه قضایی و قانون به‌عنوان منابع حقوق در دکترین حقوقی» پژوهش حقوق عمومی، ۱۹، ۵۸ (۱۳۹۷)، ۵۷.

۷۱. کاتوزیان، پیشین، فلسفه حقوق، ۵۵۲؛ حسن جعفری تبار، فلسفه رویه قضایی (تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۳۹۶)، ۲۳.

جامعه از قوانین، عرف و عادات و رسوم مردم خواهد داشت. آنچه در واقع می‌تواند شالوده اصلی ایجاد رویه قضایی باشد همین تفسیر است، منطوق و شرایط ماهوی رأی فقط مربوط به حق و حقوق طرفین است اما نظری که دادگاه در باب قواعد حقوقی می‌دهد قابل پیروی در سایر دعاوی است و اگر دلایل آن قوی و محکم باشد زمینه ایجاد رویه قضایی قاعده‌ساز را فراهم می‌کند.^{۷۲}

برخی حقوق دانان به مانند کربونیه حقوق دان فرانسوی اذعان دارد که رویه قضایی خود رأی دادگاه نیست بلکه تکرار آرای مشابه در دادگاه‌ها است به گونه‌ای که بعضاً آن رویه می‌تواند مبدل به عرف خاص محاکم شود. پس از این دیدگاه می‌توان گفت رویه قضایی حاصل آرای چندین دادگاه در موارد مبتلابه است. به عنوان نمونه باید ببینیم تراکم آرای محاکم در تفسیر یک ماده قانونی مثلاً ماده ۲۷۷ قانون مدنی یا ۲۰ قانون ثبت و یا ... به چه منوال است. پس رأی دادگاه گرچه نسبی است اما به زعم گروهی از حقوق دانان می‌توان از این احکام جزئی حکمی کلی استخراج نمود تا بلکه رویه قضایی در عین به روز بودن و پویایی از حیث کلیت نیز به قانون نزدیک شود.^{۷۳}

به عبارت دیگر اصل نسبی بودن آرای دادگاه‌ها نسبت به هر رأی برقرار است ولی در بحث قاعده‌سازی رویه قضایی ما با عام مجموعی روبه‌رو هستیم که مجموع آرای مشابه متعلق حکم خواهد بود و در تعریف عام مجموعی که در مقابل عام استغراقی قرار می‌گیرد این گونه آمده که حکم برای مجموع من حیث المجموع ثابت است.^{۷۴}

از سوی دیگر برخی معتقدند که اعتبار رویه قضایی به اراده ضمنی قانون‌گذار گره خورده است و در توجیه این نظر به دو شیوه مختلف استدلال شده است.

استدلال اول: قانون‌گذار می‌داند که در پیش‌بینی همه مسائل ناتوان است و از طرف دیگر دادرسی ناگزیر شده در تمام دعاوی به صدور حکم پردازد و حق ندارد به بهانه سکوت، اجمال یا تناقض قوانین از بررسی و صدور حکم بپرهیزد، پس با این اوصاف قانون‌گذار به‌طور ضمنی به دادرسی نمایندگی می‌دهد که در تکامل و به‌روزرسانی حقوق اقدامات لازم را به عمل آورد.^{۷۵}

استدلال دوم: اگر در محاکم رویه و قاعده‌ای ایجاد گردد و در بین علمای حقوق، از جمله قضات، وکلا و ... اجرا گردد و از طرف دیگر قوه مقننه در برابر اجرای آن سکوت اختیار نماید می‌توان گفت رضای خود

۷۲. کاتوزیان، پیشین، فلسفه حقوق، ۵۳۶ و ۵۳۷.

۷۳. جعفری تبار، پیشین، ۲۴.

۷۴. زراعت و مسجد سرایی، پیشین، ۳۵۵.

۷۵. ناصر کاتوزیان، پیشین، فلسفه حقوق، ۵۴۷.

را بر بقای رویه موجود اعلام و به‌طور ضمنی آن را تأیید می‌کند.^{۷۶} مگر اینکه مقنن در پروسه قانون‌گذاری آن را مورد نقد قرار داده و با وضع قانون از اجرای آن ممانعت به عمل آورد.

و گروه دیگر اعتبار رویه قضایی را در جلب رضای دانایان حقوق و تا حدودی مشابه عرف صحیح دانسته‌اند بدین ترتیب که هرگاه رویه و روش‌های بین قضات دادگاه‌ها و سازمان‌های حقوقی مورد قبول و اجرای دانایان حقوق از جمله قضات، وکلا، داوران، کارشناسان، کارمندان دادگستری و ... واقع گردد رفته‌رفته اعتقاد عمومی بر الزامی بودن آن رویه راسخ می‌گردد و در این هنگام به‌ناچار باید ایجاد قاعده‌ای جدید توسط رویه قضایی را بپذیریم.^{۷۷}

البته به شرطی که مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد که در فقه ما این روند به عرف صحیح در مقابل عرف فاسد مشهور است.^{۷۸}

دکتر کاتوزیان بعد از نقد و بررسی نظرات مختلف این‌گونه نتیجه گرفته‌اند که با وجود مشاهده آثار عملی و انکارناپذیر رویه قضایی در کمال و تعدیل نظم حقوقی چرا نباید رویه قضایی را در زمره منابع رسمی حقوق بپذیریم؟ به دلیل درماندگی از پاسخ به همین پرسش‌ها است که در نظریه‌های جدید بیشتر تکیه بر نقش عملی و قاعده‌ساز رویه قضایی است. پس رویه قضایی می‌تواند قاعده نوعی و الزام‌آور به ارمغان آورد و دادگاه‌ها را بدان پایبند سازد.^{۷۹}

جالب اینکه دیوان عدالت اداری با رأی ایجاد رویه (نه رأی وحدت رویه) به‌گونه‌ای بر قاعده‌سازی رویه قضایی صحه گذاشته است با این توضیح که در دیوان عدالت اداری با دو مفهوم مختلف که از دو روش متفاوت تشکیل رأی وحدت رویه و رأی ایجاد رویه می‌دهند مواجه هستیم حالت اول در ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری ذکر شده و حاصل اختلاف شعب دیوان عدالت در موضوعی است که در نهایت هیئت عمومی دیوان عدالت به حل اختلاف می‌پردازد و رأی ناشی از حل اختلاف الزام‌آور می‌گردد و اما حالت دوم که مدنظر ماست بدین صورت است که اگر از شعب مختلف (دو یا چند شعبه) حداقل پنج رأی مشابه صادر گردد این آرا به هیئت عمومی دیوان عدالت برای رأی ایجاد رویه ارجاع می‌گردد که این روش هم الزام‌آور است و در ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری بدین صورت احصا شده است: هرگاه در موضوع واحد حداقل پنج رأی مشابه از دو یا چند

۷۶. همان، ۵۴۸.

۷۷. همانجا

۷۸. حکیم، پیشین، ۴۰۵ و ۴۰۷.

۷۹. ناصر کاتوزیان، پیشین، فلسفه حقوق، ۵۵۴.

شعبه دیوان صادر شده باشد، رئیس دیوان می‌تواند موضوع را در هیئت عمومی مطرح و تقاضای تسری آن را نسبت به موضوعات مشابه نماید. در صورتی که هیئت عمومی آرای صادر شده را صحیح تشخیص دهد، آن را برای ایجاد رویه تصویب می‌نماید. این رأی برای سایر شعب دیوان، ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی مربوط لازم‌الاتباع است.^{۸۰}

نجم رازی از نویسندگان قرن هفتم نیز رویه قضایی را همان سیرت سلف صالح نامیده است و از قضایانی سخن به عمل آورده که در میان مسلمانان بر سنت و سیرت سلف صالح حکم می‌کردند.^{۸۱}

نتیجه‌گیری

قوانینی که از طرف قانون‌گذار وضع می‌گردد معمولاً کامل و جامع نیست و نیاز به تفسیر در جهت رشد جامعه را دارند. همچنین با توجه به تغییرات روزافزون مناسبات مختلف اجتماعات بشری، قوانین بعد مدت کوتاهی کهنه شده و نیاز به بازنگری یا تغییر پیدا می‌کنند و تغییر پی‌درپی قوانین هم خودش آسیب دیگری است لذا اینجاست که نقش رویه قضایی پررنگ‌تر شده و قانون را با مناسبات روز جامعه منطبق می‌سازد. در بخش فواید رویه قضایی مشاهده نمودیم که این رویه نه تنها به قانون قدرت تحرک می‌بخشد بلکه قانون را با خواست جامعه منطبق ساخته و تا حد ممکن خشونت و نقاط ضعف قانون را رفع و رجوع می‌کند و از همه مهم‌تر طبق بیانات دکتر مدنی جامعه را از اجرای صحیح قانون مطمئن می‌سازد، به عبارتی نقش به‌روزرسانی قوانین در جهت حفظ مصلحت عامه بر عهده رویه قضایی است.

مورد دیگری که ما در این پژوهش تحت عنوان سیره عقلا مطرح کردیم دقیقاً به همین مصالح نظامیه و نظم اجتماعی برمی‌گردد. توضیحات و نظرات در مورد فلسفه سیره، موارد کاربرد سیره عقلا را بیش‌ازپیش نمایان ساخت و صاحب‌نظرانی از قبیل مرحوم مظفر، مرحوم نائینی، مکارم شیرازی، امام خمینی و ... سیره و بنای عقلا را لازمه حفظ نظام‌های اجتماعی و مصالح نظامیه می‌دانند، یعنی مناسب‌ترین موردی که می‌توان برای کاربرد سیره عقلا نام ببریم حفظ مصالح عامه و نظام‌های اجتماعی است.

با این تفاسیر می‌توان گفت رویه قضایی نوعی سیره از بنای عقلا محسوب می‌گردد. از این حیث بنای عقلا محسوب می‌گردد که قضات دادگاه‌ها در مکتب خود، عقلای آن حوزه به شمار می‌روند و

۸۰. شمس، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، جلد ۱ (تهران: نشر دراک، ۱۳۹۹)، ۱۴۵.

۸۱. نجم الدین رازی، مرصادالعباد (تهران: انتشارات علمی فرهنگی، ۱۳۷۹)، ۴۹۹؛ جعفری تبار، پیشین، ۲۳.

طریقه مکرر آنها در دادگاه‌ها، آن هم در موارد مشابه خواه‌ناخواه قابلیت ایجاد یک رویه واحد را داراست، قابلیت با توانایی قاعده‌سازی، قابلیتی که در حقوق کامن‌لا بیش از حد به آن بها داده شده و در حقوق ما بیش از اندازه نادیده گرفته شده و فقط در حد آرای وحدت رویه (رویه قضایی به مفهوم اخص) نسبت به آن بسنده شده که پاسخگوی نیازهای متغیر جامعه ما نیست.

با توجه به موارد مذکور به نظر می‌رسد نگرش آن دسته از افرادی که رویه قضایی را ارمغانی از حقوق غرب می‌دانند و از کاربرد آن در حقوق ایران به علت عدم همخوانی با قواعد اسلامی جلوگیری می‌کنند ناصحیح بوده و بهتر است برای جلوگیری از آسیب‌های بیشتر، رویه قضایی را که تضمین سیره عقلا را همراه با خود دارد در نظام قضایی ایران به کار ببندیم چرا که هم روندی پیشگیرانه برای تغییر سریع قوانین به حساب می‌آید و هم انطباق قوانین با مسائل روز جامعه را در مسیر بهتری قرار خواهد داد و هم با ساری بودن حقوق زنده، پویایی حقوق معنای حقیقی خودش را پیدا خواهد کرد.

ناگفته نماند در این پژوهش فقط یکی از موارد مبنایی رویه قضایی در فقه اسلام را که سیره عقلا نام دارد مورد واری قرار دادیم و موارد دیگری همانند شهرت فتوایی نیز به‌عنوان پشتوانه و مبنای رویه قضایی در فقه اسلامی معرفی شده‌اند که در مقاله‌ای دیگر آن را نیز مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

فهرست منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایه الاصول، جلد ۲، چاپ نهم. قم: موسسه النشر الاسلامیه، ۱۳۴۶.
- اسلام‌پناه، علی. «رویه قضایی به‌منزله منبع حقوق»، تحقیقات حقوقی، ۲۱، ۸۴ (۱۳۹۷)، ۲۴۳-۲۶۵.
Doi: 10.22034/JLR.2018.134099.1180
- اکبرنژاد، محمدتقی. «حجیت ذاتی بناهای عقلایی و تأثیر آن در فقه و اصول». فقه، ۱۷، ۶۴ (۱۳۸۹)، ۱۱۴-۱۶۵.
https://jf.isca.ac.ir/article_3070.html
- اعتدال، محمد. اعتبار و اهمیت رویه قضایی. شیراز: نشر نوید، ۱۳۷۹.
- برهانی، محمدضیا. بررسی حجیت سیره و بنای عقلا. مطالعات اصول فقه امامیه، ۹ (۱۳۹۷)، ۹۳-۱۱۴.
- بهرامی، محمد. «منابع حقوق در قرآن». پژوهش‌های قرآنی، ۹، ۳۴ (۱۳۸۲)، ۴۶-۷۱.
https://jqr.isca.ac.ir/article_21787.html
- تقی‌زاده، تورج. «نقش رویه قضایی در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- جعفری تبار، حسن. فلسفه رویه قضایی، دیو در شیشه. تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۳۹۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. دانشنامه حقوقی، جلد ۲. تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. دائره‌المعارف علوم اسلامی قضایی، چاپ سوم. تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۸۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مکتب‌های حقوقی در اسلام. تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، چاپ سوم. تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶.
- جعفری تبار، حسن. دیو در شیشه فلسفه رویه قضایی. تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۳۹۶.
- جمشید پور، خوئینی، غفور خوئینی و فرهاد تجری. «بررسی تطبیقی جایگاه رویه قضایی در نظام حقوقی ایران و فرانسه». مجلس و راهبرد، ۲۷، ۱۰۱ (۱۳۹۹)، ۲۹۵-۳۱۶.
<https://www.sid.ir/fa/journal/ViewPaper.aspx?id=505997>
- حکیم، سید محمدتقی. الاصول العامه للفقهاء المقارن. بی‌جا: المجمع العالمی لاهل البیت، ۱۴۱۸.
- دهخدا، علی‌اکبر. فرهنگ دهخدا. تهران: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۱.
- رازی، نجم‌الدین. مرصادالعباد. تهران: انتشارات علمی فرهنگی، ۱۳۷۹.
- زراعت، عباس و مسجد سربابی حمید. ترجمه و تبیین اصول فقه مظفر، جلد سوم. تهران: انتشارات پیام نوآور، ۱۳۹۳.
- سلجوقی، محمود. نقش عرف در حقوق مدنی ایران. تهران: نشر دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۴۷.
- صدر، محمدباقر. دروس فی علم الاصول. بیروت: دارالکتاب اللبنانی، ۱۴۰۶.
- عباسی بیژن، علی سهرابلو و احسان شهسواری. «رویه قضایی در حقوق عمومی معاصر». مطالعات حقوق عمومی، ۴۸، ۳ (۱۳۹۷)، ۶۳۹-۶۵۹.
<https://doi.org/10.22059/jplsq.2017.218903.1376>
- عمید، حسن. فرهنگ عمید. تهران: نشر امیرکبیر، ۱۳۷۵.
- علیدوست، ابوالقاسم. فقه و عقل. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵.
- غروی اصفهانی، محمدحسین. حاشیه‌المکاسب، جلد ۲. قم: چاپخانه علمیه، ۱۴۲۵.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد. ایضاح الکفایه، جلد ۵، چاپ سوم. قم: نشر نوح، ۱۳۸۰.

- فخلعی، محمدتقی و مجتبی ولی‌اللهی. «بررسی شرط معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان». فقه و اصول، ۴۲، ۸۵ (۱۳۸۹)، ۸۵-۱۰۴.

Doi: 10.22067/fiqh.v0i0.7925

- فضائلی، مصطفی. دادرسی عادلانه محاکمات کیفری بین‌المللی، چاپ اول. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۷.

- فیض کاشانی، علیرضا. مبادی فقه و اصول. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۵.

- کاتوزیان، ناصر. فلسفه حقوق، جلد ۲. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.

- کاتوزیان، ناصر. مقدمه علم و حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶.

- کاظمی خراسانی، محمدعلی. فوائد الاصول، تقریرات اصولی محمدحسین نائینی. قم: موسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۰۴.

- محمدزاده وادقانی، علیرضا. «رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۳۸، ۱۲۲۵ (۱۳۷۶)، ۴۳-۶۵.

https://journals.ut.ac.ir/article_15904.html

- مدنی، جلال‌الدین. رویه قضایی. تهران: چاپخانه علامه طباطبایی، ۱۳۷۲.

- معین، محمد. فرهنگ فارسی، جلد ۱. تهران: انتشارات زرین، ۱۳۸۷.

- مغنیه، محمدجواد. علم الاصول الفقه فی ثوبه الجدید. قم: دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۵۲.

- مکارم شیرازی، ناصر. القواعد الفقیه، جلد ۱. قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱.

- مظفر، محمدرضا. اصول فقه، جلد ۲، چاپ پنجم. قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۵.

- مظفر، محمدرضا. اصول فقه. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۸.

- موحد، محمدعلی. در هوای حق و عدالت از حقوق طبیعی تا حقوق بشر. تهران: نشر کارنامه، ۱۳۸۰.

- موسوی خمینی، سیدروح‌الله. صحیفه امام، جلد ۲۰. قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۹.

- موسوی خمینی، سیدروح‌الله. مکاسب المحرمه. قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۸.

- موسوی خمینی، سیدروح‌الله. انوار الهدایه فی التعلیق علی الکفایه، چاپ سوم. قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۵.

- موسوی خمینی، سیدروح‌الله. منهاج الوصول الی علم الاصول، جلد ۲. قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۳.

- وکیلیان، حسن. «جایگاه رویه قضایی و قانون به‌عنوان منابع حقوق در دکتربین حقوقی». پژوهش حقوق عمومی، ۱۹، ۵۸ (۱۳۹۷)، ۵۷-۸۱.

<https://doi.org/10.22054/qjpl.2018.15803.1375>

This Page Intentionally Left Blank



پروشکاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی