

پایش رویه قضایی در جوهره سیره عقلا

چکیده

آرا مکرر قضایی در موارد مشابه به رویه قضایی مشهور است. این واقعه 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 صرفاً 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؟ از این نظر که حقوق ایران نشئت 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 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 قاعده ساز) در نظام قضایی ایران متصور شد.

کلیدواژه: رویه قضایی، سیره عقلا، قاعده حقوقی، مصالح نظامیه، فقه و حقوق

مقدمه

شاکله شکل‌گیری نظامات 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 یک‌بار نیاز به تغییر و بازنگری داشته باشند اما تغییرات قوانین هیچ‌وقت 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 حیطة قانون‌گذاری می‌شویم. هرچند در برخی نظامات حقوقی راه و رویه‌های خاصی برای حل این مشکل اعمال می‌گردد اما پیاده کردن شیوه آن نظامات 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 نظامات مختلف دنیا را

که تجربه موفق با نیازهای روز جامعه داشته و تا حدودی از تغییرات بی‌رویه قوانین جلوگیری کرده و به پویایی حقوق نیز کمک شایانی می‌کند را مورد بحث و بررسی قرار دهیم و آن مورد چیزی نیست جز رویه قضایی که حتی در برخی کشورها از آن به‌عنوان منبع اصلی حقوق یادشده 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 معدود حقوقدانانی که قائل به پذیرش رویه قضایی در علوم اسلامی بوده دکتر جعفری لنگرودی است، به‌هرروی اکثریت منکر پذیرش رویه قضایی در مطمح علوم اسلامی گشته‌اند و ما در حقوق ایران نتوانسته‌ایم آن‌طور که بایدوشاید از مزیت‌های تجربه‌شده و موفق آن بهره‌مناسبی 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 به‌عمل‌آمده مورد واکاوی قرار دهیم و به این سؤال پاسخ دهیم، رویه قضایی که در برخی کشورها به‌عنوان منبع اصلی حقوق معرفی شده هیچ‌زمینه و پذیرشی در حقوق اسلام نداشته؟ 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 به‌عمل‌آمده ضمن توصیف رویه قضایی قاعده ساز و تفکیک اقسام آن در حقوق ایران و جهان و همچنین شناخت منزلت سیره عقلا در اصول فقه، به تحلیل حقیقی آن‌ها پرداخته و جوه انطباق رویه قضایی را با سیره عقلا مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

۱- پیشینه پژوهش

ازلحاظ 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 به‌صورت 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- مفهوم شناسی سیره عقلا

در فواید الاصول سیره عقلا مبتنی شده بر استمرار عملی عقلا بر انجام کاری بدون در نظر گرفتن گرایش مذهبی و دینی آن‌ها،^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 مرتکبات 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 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 یک‌رویه 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 دودسته 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

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

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

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

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

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

شرط نمی‌دانند، اثرات قائل بودن به شرط معاصرت با معصوم در پذیرش یا عدم پذیرش سیره‌های مستحدثه معنا پیدا می‌کند، فقهای که معاصرت با معصوم را شرط می‌دانند سیره‌های مستحدثه را نمی‌پذیرند و فقهای که معاصرت با معصوم را شرط نمی‌دانند سیره‌های مستحدثه را می‌پذیرند.^۷ با توجه به اینکه که فلسفه اصلی سیره عقلا مصالح نظامات اجتماعی و جلوگیری از اختلال در آن است به‌گونه‌ای که خیلی از فقها این موضوع را تحت عنوان مصلحت نظامیه تأیید کرده‌اند،^۸ 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 شارع نسبت به آن تصرفات احتمالی و جزئی، باید به شرع مقدس مراجعه شود.^۹

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 می‌دانند.^{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} 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.

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 فخلی؛ مجتبی ولی‌اللهی، «بررسی شرط معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان»، فقه و اصول ۴۲، (۱۳۸۹)، ۱۰۲.

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

۱۱. برهانی، پیشین، ۹۸.

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

۱۳. کاظمی خراسانی، پیشین، ۳۴۰.

۱۴. محمدجواد فاضل لنگرانی، ایضاح الکفایه، ج ۵، چاپ سوم، (قم؛ نشر نوح، ۱۳۸۰)، ۳۵۰-۳۵۱.

۴- فلسفه وجودی و کاربردهای سیره

در مورد خواستگاه 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 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 خواستگاه 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 فقهای 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 اخلاص 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 خبر واحد و اصل صحت، نبود این بنای عقلایی را موجب هرج و مرج و به هم ریختن نظم اجتماعی دانسته‌اند^{۲۱، ۲۲}.

^{۱۵} ابوالقاسم علی‌دوست، فقه و عقل، (تهران؛ پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵)، ۱۱۷.

^{۱۶} محمدحسین غروی اصفهانی، حاشیه‌ی مکاسب، ج ۲، (قم؛ چاپخانه علمیه، ۱۴۲۵)، ۴۲.

^{۱۷} کاظمی خراسانی، پیشین، ۱۹۲-۱۹۳.

^{۱۸} همان، ۱۹۳.

^{۱۹} همان، ۶۰۳.

^{۲۰} سیدروح‌الله موسوی خمینی، مکاسب المحرمه، ج ۱، (قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۸)، ۱۶۱-۱۶۲.

^{۲۱} محمدرضا مظفر، اصول فقه، ج ۲، (قم؛ انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۸)، ۸۱.

^{۲۲} ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقیه، ج ۱، (قم، مدرسه الامام امیر المومنین، ۱۴۱۱)، ۲۸۸.

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 مرادوات 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 می‌باشد^{۲۵}، بنا بر یک نظر رویه قضایی اصولاً مجموعه‌ای الزام‌آور و سازمان‌یافته از آرا تصمیمات و اقدامات قضایی مکرر در موارد مشابه می‌باشد.^{۲۷} بنا بر نظری دیگر می‌توانیم تصمیمات و آراء 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 (رای) مکرر قضایی که در موارد مشابه الزام معنوی یا الزام قانونی مراجع قضایی را وامی‌دارد به رویه قضایی معروف است.^{۳۰} به نظر طبق این تعریف دکتر جلال‌الدین مدنی از رویه قضایی که مورد اتفاق اکثر حقوق دانان هم

^{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.

^{۲۷}. محمد اعتدال، اعتبار و اهمیت رویه قضایی، (شیراز؛ نشر نوید شیراز، ۱۳۷۹)، ۹.

^{۲۸}. ناصر، کاتوزیان، مقدمه علم و حقوق، (تهران؛ انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶)، ۱۸۰.

^{۲۹}. علی اسلام‌پناه، «رویه قضایی به‌منزله‌ی منبع حقوق»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، (۲۱)، ۸۴: ۱۳۹۷، ۲۴۳-۲۴۴.

^{۳۰}. جلال‌الدین مدنی، رویه قضایی، (تهران، چاپخانه علامه طباطبایی، ۱۳۷۲)، ۳.

هست نمی‌توان رویه قضایی را قابل تقسیم‌بندی بدانیم 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.

۱-۶- 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 آرا 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}

۲-۶- 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 دعوی رویه‌رو 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 آراء نوعی و کلی که هیئت عمومی دیوان عالی کشور در مقام رفع تعارض از آراء محاکم صادر می‌کند و برای سایر محاکم در موضوعات مشابه الزام‌آور است، رویه قضایی به معنای خاص

^{۳۱}. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، پیشین، ۱۸۰.

^{۳۲}. اعتدال، پیشین، ۱۷.

^{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، (۱۳۷۶)، ۴۴.

^{۳۵}. بیژن عباسی، علی سهرابلو، احسان شهبواری، «رویه قضایی در حقوق عمومی معاصر»، مطالعات حقوق عمومی، ۴۸، ۳، (۱۳۹۷)، ۶۴۱.

نامیده می‌شود با این وجود، در نظام حقوقی کامن لا 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 گرو شکل‌گیری مناسب رویه قضایی در آن جامعه دانسته.^{۳۷}

در کشورهایی چون جمهوری اسلام 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 قضائی چنین روندی داشته باشد در اصلاح اجتماع تأثیری عمیق دارد. جامعه را می‌توان از وضع قضائی شناخت و نقطه اوج شناسایی دستگاه قضائی همین رویه‌های قضائی است هرگاه این رویه‌ها توانسته باشند در مسائل مطروحه اصلی‌ترین احساسات عدالت‌جویی را متبلور سازند و مردم را در مراجعات قضائی و طرح دعاوی 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 قضائی صحبت کرد.^{۳۸}

فواید اعمال صحیح رویه قضایی این‌گونه بیان شده: الف: رویه قضائی به قانون قدرت تحرک می‌بخشد، قانون را با خواست جامعه منطبق می‌سازد و تا حدودی خشونت و نقاط ضعف قانون را برطرف سازد. رویه قضائی جامعه را از اجرای صحیح قانون مطمئن می‌سازد. رویه قضائی باعث می‌شود قضات وظایف خود را با اندیشه عمیق قضائی همراه سازند. رویه‌های قضائی تراحم و تناقض و تعارض قوانین را مرتفع می‌نماید، موارد نقض سکوت، اجمال و ابهام را برطرف می‌سازد. رویه قضائی زمینه را برای قانون‌گذار فراهم می‌نماید تا در وضع قانون دچار اشتباه نشود. رویه قضائی تجسم تحولات تاریخی کشور بخصوص در قسمت 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 با حکم مربوط به آن مجمل و غیرصریح و

^{۳۶}. اسلام‌پناه، پیشین، ۲۴۵.

^{۳۷}. مدنی، پیشین، ۲۹.

^{۳۸}. همان، ۲۹-۳۰.

^{۳۹}. همان، ۳۰.

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 باوجود قانون عدالت از قبل قابل‌تعیین و تشخیص نیست رویه قضایی آشکار می‌سازد که آرمان‌ها و هدف‌هایی که با عبارات کلی و زیبا بیان‌شده‌اند در عمل به چه نتیجه‌های مثبت یا منفی رسیده و درنهایت 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 تصویب‌شده و برای اجرا ابلاغ می‌شود طولانی است. طولانی بودن جریان قانون از پویایی آن می‌کاهد و حتی ممکن است نیاز به وجود آن 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 سازگار سازی 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 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 سکان بانی است که باید دائماً مشغول تنظیم و تصحیح مسیر کشتی به‌سوی مقصد باشد، بدین ترتیب که اقدامات و تصمیمات خود را تنظیم، تصحیح و آیا 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 به غایت حقوق صراحتاً آشکار می‌گردد.

^{۴۰}. اعتدال، پیشین، ۷۵.

^{۴۱}. همان، ۷۶.

^{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.

با ذکر این موارد نمایان شد 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 هر جامعه، قوانین بعد مدت کوتاهی کهنه می‌شوند و نیاز به بازنگری یا تغییر دارند و تغییر پی‌درپی قوانین هم خودش آسیب دیگری است (برای مثال تغییرات مکرر قوانین در حوزه حقوق خانواده) لذا 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 حقوق ایران نادیده نگیریم چراکه هم جلوی تغییر سریع برخی قوانین گرفته 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 به‌عنوان 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 که 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 باوجود اختلافات فرهنگی و زبانی و محیطی اکثریت مردم دخیل هستند که به‌عنوان 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

^{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 نمی‌توانند 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.
^{۴۵} ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳)، ۴۷۴.

^{۴۶} محمدجعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۲ (تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵)، ۵۸.

^{۴۷} سید محمدتقی حکیم، الاصول العامه للفقہ المقارن (بی جا: المجمع العالمی لاهل البیت، ۱۴۱۸)، ۴۰۵.

^{۴۸} حکیم، پیشین، ۴۰۶.

مفسده‌ای را ایجاد نکند این‌گونه است که می‌تواند به‌عنوان 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}

حقوقدانان رابطه عرف و رویه قضایی در چند نظر مورد بررسی قرار داده‌اند:

نظر اول عقیده کسانی است که عرف را نتیجه آرای قضایی می‌دانند در تائید 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 هیچ‌وجه نمی‌توان عرف را محصول آرای محاکم دانست.^{۵۰}

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 انعکاس‌دهنده 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 می‌باشد 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}

^{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.

^{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.

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 حقوقدانان از اصطلاح عرف محاکم استفاده کرده‌اند نیز همین امر می‌باشد.

در رابطه عرف و سیره عقلا برخی قائل به عدم تباین شده‌اند و عرف را با سیره عقلا مترادف دانسته‌اند.^{۵۳} و 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 به‌اختصار 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}

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 بنابراین 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 آنجاکه 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

^{۵۳}. محمدجواد مغنیه، علم الاصول الفقه فی ثوبه الجديد (قم: دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۵۲)، ۲۲۲؛ محمدرضا مظفر، اصول فقه، ج 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.

^{۵۷}. جعفری لنگرودی، پیشین، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۸۸۳.

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

که نه مفسده‌ای دارد و نه مصلحتی را نادیده می‌گیرد بلکه یک‌قدم 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 سیره عقلا برخلاف 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 به‌طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به‌منزله 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 ابراز شده 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.

در ادامه این دکتربین 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 آن‌قدر 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 به‌حق، 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 درحالی 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

^{۵۹}. زراعت؛ مسجد سرایی، پیشین، ۳۳۴.

^{۶۰}. همان، ۳۳۵.

به‌عنوان مثال ابن مسعود از صحابه پیامبر بیان می‌دارد^{۶۱}: هر که از این پس داوری کند باید بر پایه آنچه در کتاب خداست 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 شماسست 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 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 قاعده سازی و به‌روزرسانی قوانین نهایت بهره را در نظام قضایی کنونی جمهوری اسلامی ایران ببریم.

۱۰- مناسبت سیره عقلا با رویه قضایی به مفهوم اخص

^{۶۱} «فمن عرض قضاء منکم بعد الیوم فلیقض بما فی کتاب الله تعالی، فان جاءه امر لیس فی کتاب الله، فلیقض بما قضی به نبیه (ص). فمن جاءه امر 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.

^{۶۴} جعفری لنگرودی، پیشین، دائرةالمعارف علوم اسلامی قضائی، ۴۹۱-۴۹۲.

^{۶۵} مدنی، پیشین، ۸۵.

^{۶۶} سید روح الله موسوی خمینی، صحیفه امام، جلد ۲۰ (قم؛ موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۹)، ۴۵۱.

از قول دکتر مسجد سرایبی بیان شد که قضات و دادرسان، همان عقلای علم حقوق هستند و سیره آنان در مسائل حقوقی به حق سیره عقلای حقوق است. با این حال اگر از منظر حقوق ایران به موضوع بنگریم این گونه است که هرگاه سیره یک یا چند (قاضی) دادگاه با سیره دیگری تعارض پیدا کند در معرض داوری قضات باتجربه‌تر یعنی قضات 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 قضات 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 رای وحدت رویه را در اصل ۱۶۱ قانون اساسی تثبیت نمود،^{۶۹} اکنون ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری این گونه رویه سازی 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 با دادستان کل کشور به هر طریقی که آگاه شوند، مکلفاند نظر هیئت عمومی دیوان عالی کشور را به منظور 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 سه چهارم 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.» الزام آور 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 قاعده ساز باشد (عام)، برای دادگاهها لازم‌الاتباع نیست. به جرئت می‌توان گفت یکی از معضلات فعلی نظام قضایی حاکم بر ایران همین مورد است،^{۷۰} چراکه رویه قضایی درواقع همان شکل بروز شده‌ای از اقسام سیره عقلاست 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 درحالی که

^{۶۷} زراعت؛ مسجد سرایبی، پیشین، ۳۳۴-۳۳۶.

^{۶۸} مدنی، پیشین، ۸۴-۸۵.

^{۶۹} همان، ۷۴.

^{۷۰} حسن و کیلیان، «جایگاه رویه قضایی و قانون به‌عنوان منابع حقوق در دکتترین حقوقی» پژوهش حقوق عمومی، ۵۸، ۱۹، (۱۳۹۷)، ۵۷.

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 دوچندان کرده است.

۱۱- بررسی قاعده سازی رویه قضایی در پرتو اصل نسبیت

در مقابله با فرض قاعده سازی رویه قضایی این ایراد مطرح می‌گردد که اصل بر نسبی بودن رای دادگاه است به این معنا که رای دادگاه فقط برای طرفین دعوا معتبر است و ایجاد الزام می‌کند نه دیگران.^{۷۱}

در پاسخ به این ایراد می‌توان این‌گونه استدلال کرد که هر رای از چند بخش تشکیل شده بخش اول شامل اسباب رای است که کلیت دارد و بخش دوم همان منطوق رای 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 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 رای 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 قاعده ساز را فراهم می‌کند.^{۷۲}

برخی حقوقدانان به مانند کربونیه حقوقدان فرانسوی اذعان دارد که رویه قضایی خود رای دادگاه نیست بلکه تکرار آرا مشابه در دادگاه‌هاست به گونه‌ای که بعضاً آن رویه می‌تواند مبدل به عرف خاص محاکم شود پس از این دیدگاه می‌توان گفت رویه قضایی حاصل آرا چندین دادگاه در موارد مبتلابه است به عنوان نمونه باید ببینیم تراکم آرا محاکم در تفسیر یک ماده قانونی مثلاً ماده ۲۷۷ قانون مدنی یا ۲۰ قانون ثبت و یا ... به چه منوال است. پس رای 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}

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

^{۷۲}. کاتوزیان، پیشین، فلسفه حقوق، ۵۳۶ و ۵۳۷.

^{۷۳}. جعفری تبار، پیشین، ۲۴.

به عبارت دیگر اصل نسبی بودن آرای دادگاهها نسبت به هر رای برقرار است ولی در بحث قاعده سازی رویه قضایی ما با عام مجموعی روبه رو 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 بپردازد 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 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}

^{۷۴}. زراعت؛ مسجد سراسی، پیشین، ۳۵۵.

^{۷۵}. ناصر کاتوزیان، پیشین، فلسفه حقوق، ۵۴۷.

^{۷۶}. همان، ۵۴۸.

^{۷۷}. ناصر کاتوزیان، پیشین، فلسفه حقوق، ۵۴۸.

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 باوجود 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 قاعده ساز 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 رای ایجاد رویه (نه رای وحدت رویه) به‌گونه‌ای بر قاعده سازی رویه قضایی صحه گذاشته است با این توضیح که در دیوان عدالت اداری با دو مفهوم مختلف که از دو روش متفاوت تشکیل رای وحدت رویه و رای 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 درنهایت هیئت عمومی دیوان عدالت به حل اختلاف می‌پردازد و رای ناشی از حل اختلاف الزام‌آور می‌گردد و اما حالت دوم که مدنظر ماست بدین‌صورت است که اگر از شعب مختلف (دو یا چند شعبه) حداقل پنج رای مشابه صادر گردد این آرا به هیئت عمومی دیوان عدالت برای رای ایجاد رویه ارجاع می‌گردد که این روش هم الزام‌آور است و در ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری بدین‌صورت احصا شده است هرگاه در موضوع واحد حداقل پنج رأی مشابه از دو یا چند 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 آراء صادرشده را صحیح تشخیص دهد، آن را برای ایجاد رویه تصویب می‌نماید. این رأی برای سایر شعب دیوان، ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی مربوط لازم الاتباع است.^{۸۰}

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

^{۷۸}. حکیم، پیشین، ۴۰۵ و ۴۰۷.

^{۷۹}. ناصر کاتوزیان، پیشین، فلسفه حقوق، ۵۵۴.

^{۸۰}. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، ج ۱ (تهران: نشر دراک، ۱۳۹۹)، ۱۴۵.

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

نتیجه گیری

قوانینی که از طرف قانون گذار وضع می گردد 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 می کنند و تغییر پی در پی قوانین هم خودش آسیب دیگری است لذا اینجاست که نقش رویه قضایی پررنگ تر شده و قانون را با مناسبات روز جامعه منطبق می سازد، در بخش فواید رویه قضایی مشاهده نمودیم که این رویه نه تنها به قانون قدرت تحرک می بخشد بلکه قانون را با خواست جامعه منطبق ساخته و تا حد ممکن خشونت و نقاط ضعف قانون را رفع و رجوع می کند و از همه مهم تر طبق بیانات دکتر مدنی جامعه را از اجرای صحیح قانون مطمئن می سازد، به عبارتی نقش به روزرسانی 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 برمی گردد، توضیحات و نظرات در مورد فلسفه سیره، موارد کاربرد سیره عقلا را بیش از پیش نمایان ساخت و صاحب نظرانی از قبیل مرحوم مظفر، مرحوم نائینی، مکارم شیرازی، امام خمینی و ... سیره و بنای عقلا را لازمه حفظ نظامات اجتماعی و مصالح نظامیه می دانند، یعنی مناسب ترین موردی که می توان برای کاربرد سیره عقلا نام ببریم حفظ مصالح عامه و نظامات اجتماعی است.

با این تفاسیر می توان گفت رویه قضایی نوعی سیره از بنای عقلا محسوب می گردد، از این حیث بنای عقلا محسوب می گردد که قضات دادگاهها در مکتب خود، عقلای آن حوزه به شمار می روند و طریقه مکرر آنها در دادگاهها، آن هم در موارد مشابه خواه ناخواه قابلیت ایجاد یک رویه واحد را داراست، قابلیت با توانایی قاعده سازی، قابلیتی که در حقوق کامن لا 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 می رسد نگرش آن دسته از افرادی که رویه قضایی را ارمغانی از حقوق غرب می دانند و از کاربرد آن در حقوق ایران به علت عدم همخوانی با قواعد اسلامی جلوگیری می کنند ناصحیح بوده و بهتر است برای جلوگیری از آسیب های بیشتر، رویه قضایی را که تضمین سیره عقلا را همراه با خود دارد در نظام قضایی ایران به کار ببندیم چراکه هم روندی پیشگیرانه برای تغییر سریع قوانین به حساب می آید 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 واریسی قرار دادیم و موارد دیگری همانند شهرت فتوایی نیز به عنوان پشتوانه و مبنای رویه قضایی در فقه اسلامی معرفی شده‌اند که در مقاله‌ای دیگر آن را نیز مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

کتاب‌نامه

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایه الاصول، ج ۲. چاپ نهم. قم؛ موسسه النشر الاسلامیه، ۱۳۴۶.
- اسلام‌پناه، علی، رویه قضایی به منزله‌ی منبع حقوق، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۷، ۲۴۳-۲۶۵. 21(84), 243-265. doi: 10.22034/jlr.2018.134099.1180
- اکبر نژاد، محمد تقی، حجیت ذاتی بناهای عقلایی و تأثیر آن در فقه و اصول، فقه، ۱۷، ۶۴ (۱۳۸۹)، ۱۱۴-۱۶۵.
- اعتدال، محمد، اعتبار و اهمیت رویه قضایی، شیراز؛ نشر نوید شیراز، ۱۳۷۹.
- برهانی، محمد ضیا، 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.
- تقی زاده، 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، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۲، تهران؛ انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائره‌المعارف علوم اسلامی قضائی، چاپ سوم. تهران؛ نشر گنج دانش، ۱۳۸۲.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مکتب‌های حقوقی در اسلام، تهران؛ گنج دانش، ۱۳۸۲.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول. چاپ سوم. تهران؛ گنج دانش، ۱۳۸۶.
- جعفری تبار، حسن، دیو در شیشه فلسفه رویه قضایی، نشر نگاه معاصر، تهران؛ ۱۳۹۶.
- جمشید پور، خوئینی، 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 محمد تقی، الاصول العامه للفقہ المقارن، بیجا؛ المجمع العالمی لاهل البیت، ۱۴۱۸.
- دهخدا، علی اکبر، فرهنگ دهخدا، تهران؛ موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۱.
- رازی، نجم الدین، مرصادالعباد، تهران: انتشارات علمی فرهنگی، ۱۳۷۹.

- زرعت، عباس؛ مسجد سرایی 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، احسان شهسواری، رویه قضایی در حقوق عمومی معاصر، مطالعات حقوق عمومی، ۴۸، ۳ (۱۳۹۷)، ۶۳۹-۶۵۹. <https://www.sid.ir/fa/journal/ViewPaper.aspx?id=353343>
- عمید، حسن، فرهنگ عمید، تهران، نشر امیرکبیر ۱۳۷۵.
- علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عقل، تهران؛ پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵.
- غروی اصفهانی، محمدحسین، حاشیه المکاسب، ج ۲، قم؛ چاپخانه علمیه، ۱۴۲۵.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد، ایضاح الکفایه، ج ۵، چاپ سوم، قم؛ نشر نوح، ۱۳۸۰.
- فخلعی، محمدتقی؛ ولی‌اللهی، مجتبی. بررسی شرط معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان، فقه و اصول، ۴۲، ۲، ۱۳۸۹، - .
doi: 10.22067/fiqh.v0i0.7925
- فضائلی، مصطفی، دادرسی عادلانه محاکمات کیفری بین‌المللی، چاپ اول. تهران؛ مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۷.
- فیض کاشانی، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران؛ انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۵.
- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج 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: مؤسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۰۴.
- محمد زاده وادقانی، علیرضا، رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳۸، ۱۳۷۶.
- 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، ج ۱، قم، مدرسه الامام امیر المومنین، ۱۴۱۱.
- مظفر، محمدرضا، اصول فقه، ج ۲، قم، انتشارات اسماعیلیان، چاپ پنجم، ۱۳۷۵.

- مظفر، محمدرضا، اصول فقه، قم؛ انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۸.
- موحّد، 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 التعلیقه 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 دکتترین حقوقی پژوهش حقوق عمومی، ۵۸ (۱۳۹۷)
- doi: 10.22054/qjpl.2018.15803.137, - 19(58), 1397, 57-81 ۸۱-۵۷