

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بسمه تعالی

تعهدنامه اصالت پایان نامه

اینجانب فرید طاهری توین فرزند فریدون دانشجوی رشته فقه و حقوق جزا مقطع کارشناسی ارشد دانشگاه علامه محدث نوری (ره) بدینوسیله اصالت کلیه مطالب و مندرجات موجود در مباحث مطروحه در این پایان نامه را با عنوان مبانی تجدید نظرخواهی از احکام کیفری در فقه و حقوق تأیید و تصدیق کرده اعلام می‌نمایم که تمامی محتوای این پایان نامه حاصل مطالعه، تحقیق و تفکر خودم بوده و به هیچ وجه رونویسی از پایان نامه و یا هیچ اثر یا منبع اعم از داخلی، خارجی و بین المللی نبوده و قانون مالکیت معنوی را رعایت نموده و از اقتباس مطالب دیگران بدون ذکر مأخذ خودداری کرده‌ام. و تعهد می‌نمایم در صورت استفاده از مطالب این پایان نامه در کتب، مجلات یا همایش‌ها اعم از داخلی و خارجی عنوان کامل و نشانی دانشگاه را قید نمایم. نیز ملتزم و متعهدم در صورت اثبات عدم اصالت این پایان نامه و یا احراز عدم صحت مفاد و یا لوازم این تعهدنامه در هر زمان و مرحله از مراحل که منتهی به فارغ التحصیلی شده و یا پس از آن و یا تحصیل در رشته یا در مقاطع دیگر و یا اشتغال و ...، دانشگاه حق دارد ضمن اعلام رد پایان نامه، نسبت به لغو و ابطال مدرک تحصیلی مربوط اقدام نماید. مضافاً به اینکه کلیه مسوولیت‌ها، پیگردها و پیامدهای قانونی و نیز خسارات مادی و معنوی وارده از هر حیث متوجه اینجانب می‌باشد.

نام و نام خانوادگی دانشجو

تاریخ و امضا

فرید طاهری توین

۹۵/۹/۲۲

وزارت ، علوم و تحقیقات و فناوری



دانشگاه علامه محدث نوری (ره)

(غیر دولتی - غیر انتفاعی)

پایان نامه‌ی دوره کارشناسی ارشد در رشته فقه و حقوق جزا

موضوع:

مبانی تجدید نظر خواهی از احکام کیفری در فقه و حقوق

استاد راهنما:

دکتر: بیت الله دیوسالار

استاد مشاور:

دکتر: یزدان صیقل

استاد داور:

دکتر: نسید مسیح حسینی

نام دانشجو:

فرید طاهری توبن

پاییز 1395

سپاسگزاری:

بعد از مدتها، پس از پیمودن راههای فراوان که با حضور شیرین اساتید عزیزم، با راهنماییها و دغدغه های فراوانشان و شیطنتهای زیبای آن دوران، نگاههای پدر مادرم، با چشمهای پر از برق شوق، و زیبایی حضور برادرانم در کنارم، که خستگیهای این راه را به امید و روشنی تبدیل کرده ، امیدوارم بتوانم در آینده ی نزدیک جوابگوی این همه محبت آنها باشم .

اکنون، با احترام فراوان برای این همه تلاش این عزیزان برای موفقیت من این پایان نامه را به پدر و مادرم، اساتید عزیز و برادران مهربانم تقدیم میکنم. امیدوارم قادر به درک زیباییهای وجودشان باشم.

چکیده:

کمال مطلوب در آیین دادرسی کیفری، احقاق حق و فصل خصومت است. این دو هدف می بایست همواره به طور یکسان مورد توجه قرار گیرد. زیرا افراط و تفریط در هر یک موجب بروز مشکلات و معضلات فراوانی می شود. امروزه با توجه به اهمیت موضوع تجدید نظر خواهی چه در فقه و چه در حقوق که در احقاق حق افراد جامعه کمک شایانی می نماید و با توجه به اهداف قوانین حقوقی و کیفری که در صدد برقراری عدالت در کشور می باشند، حق تجدید نظر خواهی برای افراد در نظر گرفته شده است. این موضوع آنقدر اهمیت را دارا می باشد که به عنوان حقی بین المللی و از حقوق بشری به شمار می آید. قوانین حاکم در کشور نیز مدعی این موضوع می باشد و همواره این حق را برای افراد جامعه در نظر گرفته اند تا مبادا دادرسی ظالمانه ای صورت گیرد. در این نوشتار سعی گردیده مبانی تجدید نظر خواهی، با تکیه بر تحلیل مفهوم منبع و مبنا و حکم و قطعیت احکام بررسی گردد، چرا که برای درک صحیح از هر موضوعی ابتدا باید به مبانی و چرایی آن پرداخت. سپس به ارزیابی تجدید نظر خواهی چه در فقه و چه در حقوق پرداخته می شود، چرا که موضوع تجدید نظر خواهی نیز مانند بسیاری از موضوعاتی که در حقوق از فقه اقتباس گردیده، دارای مخالفان و موافقانی می باشد. در این نوشتار سعی گردید با بررسی همه جانبه کتب فقهی و حقوقی و دیدگاه های مختلف حقوق دانان و فقها در خصوص تجدید نظر خواهی و ضرورت آن در دنیای امروز به اثبات رسیده و اصول و قواعد کلی حاکم بر آن به صورت استدلالی مورد بررسی قرار گرفته است. از این نظر بدیهی هست که با توجه به شرایط فعلی جامعه، پیش بینی تجدید نظر به شکلی که در سایر نظام های حقوقی مطرح است، نه تنها با شرع مغایرتی ندارد بلکه در جهت اهداف کلی شریعت قرار دارد.

واژگان کلیدی: تجدید نظر خواهی، حکم، قاضی، اجتهاد، قطعیت.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
1.....	مقدمه
3.....	فصل اول: کلیات
4.....	1- مفهوم شناسی واژه منبع و مبنای
4.....	مبحث اول مبنا
4.....	بند اول: تعریف مبنا
4.....	بند دوم: مبنای در نظام حقوقی
5.....	بند سوم: مبنای در نظام حقوق اسلامی
6.....	مبحث دوم: منبع
6.....	بند اول: تعریف منبع
6.....	بند دوم: منبع در نظام حقوقی
7.....	بند سوم: منبع در نظام حقوقی اسلامی
7.....	بند چهارم: فرق بین منبع و دلیل
8.....	بند پنجم: جداانگاری منبع و مبنای
9.....	بند ششم: مبنای تجدید نظر خواهی
13.....	1-2 مفهوم شناسی تجدید نظر خواهی
13.....	مبحث اول: تجدید نظر خواهی در لغت
13.....	مبحث دوم: مفهوم اصطلاحی تجدید نظر خواهی
14.....	مبحث سوم: روند شکل گیری تجدید نظر خواهی

- بند اول: تجدیدنظر خواهی در احکام کیفری قبل از انقلاب اسلامی ایران..... 15
- بند دوم: تجدیدنظر خواهی در قوانین بعد از انقلاب..... 16
- 3-1 مفهوم شناسی حکم..... 17
- مبحث اول: تعریف لغوی..... 17
- مبحث دوم: معنای اصطلاحی حکم..... 18
- بند اول: معنای اصطلاحی در فقه..... 18
- بند دوم: معنای اصطلاحی در حقوق..... 20
- مبحث سوم: آثار عمومی حکم قضایی..... 21
- 4-1 مفهوم شناسی قطعیت آرا محاکم..... 22
- مبحث اول: تعریف قطعیت..... 22
- مبحث دوم: مقایسه قطعیت آراء کیفری با اعتبار امر مختومه کیفری..... 26
- مبحث سوم: استثنا بودن قطعیت احکام..... 27
- بند اول: قطعیت احکام در فقه..... 28
- بند دوم: قطعیت احکام در حقوق..... 29
- فصل دوم: ارزیابی تجدیدنظر خواهی..... 31
- 1-1 موافقان تجدیدنظر..... 32
- مبحث اول: موافقان تجدیدنظر خواهی در فقه..... 32
- بند اول: از لحاظ عقلی..... 32
- بند دوم: عدم وجود دلیل نقلی..... 33
- بند سوم: حرام نبودن تفحص در به دست آوردن حکم واقعی..... 35

- 36.....مبحث دوم: موافقان تجدید نظر خواهی در حقوق.....
- 36.....بند اول: تجدیدنظر، راهی برای اطمینان از برقراری عدالت.....
- 37بند دوم: رسیدگی به درخواست تجدیدنظر در دادگاه عالی.....
- 37.....بند سوم: ممنوعیت تصمیم گیری بر ضرر متهم.....
- 37بند چهارم: حق متهم در رسیدگی شکلی و ماهوی.....
- 38.....بند پنجم: رعایت احتیاط.....
- 39.....بند ششم: تضمین بی طرفی در قضاوت.....
- 39بند هفتم: حفظ وجهه و اعتبار دستگاه قضای قضاوتی.....
- 41 .. 1-2 مخالفین تجدید نظر خواهی.....
- 41مبحث اول: مخالفان تجدید نظر خواهی در فقه.....
- 41.....بند اول: روایت.....
- 43.....بند دوم: دلیل عقلی.....
- 44بند سوم: اجماع.....
- 45.....بند چهارم: اصل.....
- 46مبحث دوم: مخالفان تجدید نظر خواهی در حقوق.....
- 46.....بند اول: اطلاع دادرسی.....
- 46بند دوم: زوال استحکام آرا.....
- 46.....بند سوم: ضرورت های اقتصادی.....
- 47.....بند چهارم: ضرورت های اجتماعی.....
- 47.....1-3 قایلین به تفصیل.....
- 48.....مبحث اول: ادله لزوم اجتهاد در قضاوت.....

- 48..... بند اول: آیات و روایات
- 49..... بند دوم: مقبوله عمر بن حنظله
- 51..... بند سوم: دو روایت ابو خدیجه
- 52..... بند چهارم: توفیع شریف
- 53..... بند پنجم: اجماع
- 53..... بند ششم: اصل عملی
- 54..... مبحث دوم: دلایل عدم امکان نقض رای قاضی مجتهد
- 54..... بند اول: اجماع
- 55..... بند دوم: اصل استصحاب
- 55..... بند سوم: ادله جواز حکم، دلالت بر جواز حکم بر جمیع تکالیف مترافعین را دارد
- 56..... بند چهارم: اطلاق ادله جواز حکم
- 57..... بند پنجم: لزوم هرج و مرج
- 58..... بند ششم: یک خصومت دو فصل را بر نمی تابد
- 59..... بند هفتم: حکم مجتهد با عدم تقصیر در اجتهاد، حکم الهی است
- 59..... بند هشتم: عدم جواز نقض رای در صورت مخالفت با فتوا
- 60..... بند نهم: ارتکاز عقلایی و بنای عقلا
- 62..... مبحث سوم: ادله جواز غیر مجتهد قضاوت
- 62..... بند اول: اطلاق ادله ای که بر قضاوت بنا بر حق و عدالت و ما انزل الله دلالت دارند
- 63..... بند دوم: مشهوره ابو خدیجه
- 64..... بند سوم: روایت عبدالله بن طلحه
- 65..... بند چهارم: عدم حدوث اجتهاد مصطلح در زمان حضور
- 65..... مبحث چهارم: نقض حکم پیشین قاضی غیر مجتهد

نتیجه گیری.....	67
ارایه پیشنهاد.....	69
منابع.....	71

یکی از موضوعات مهم و بحث برانگیز بین حقوق دانان و فقها، موضوع تجدید نظر خواهی از احکام کیفری در سیستم حقوقی می باشد. در نظام دادرسی اسلامی، بسیاری از فقها عقیده دارند که اگر طرفین جرم نزد قاضی دعوی مطرح کنند و قاضی پس از بررسی موضوع، طبق موازین قضا حکم صادر کند، طرفین نمی توانند دوباره همین دعوا را نزد قاضی دیگر مطرح کنند. معروف ترین و مقبول ترین مستند این حکم نیز روایت (عمر بن حنظله) می باشد که فقها با استناد به این روایت حکم به عدم جواز تجدید نظر خواهی داده اند. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، به دلیل تفکر حاکم در شکل گیری انقلاب، تغییر و تحولاتی در تمام ابعاد حکومتی در راستای اسلامی کردن صورت گرفت که یکی از این تغییرات، در دستگاه قضایی صورت گرفت. به دلیل همین طرز تفکر و به استناد نظر فقها، قانون گذار تصمیم به حذف نهاد تجدید نظر خواهی از دستگاه قضایی کشور گرفت. اما با گذشت مدتی پس از اتخاذ این تصمیم، دستگاه قضا به این نتیجه پی برد که امروزه علم قضا با توجه به ارتقای سطح دانش و به موازات آن توسعه علم قضا، اعتبار پیشین خود را دارا نمی باشد و قاضی نیز مانند دیگر انسان ها همواره در معرض خطا می باشد. لذا ضرورت وجود نهادی برای از بین بردن خطا دستگاه قضایی و کاهش آرای اشتباه و جلوگیری از اعمال غرض و بی عدالتی احساس گردید که چنان چه طرفین از رای دادگاه راضی نبودند، از مرجع بالاتر تقاضای رسیدگی مجدد نمایند. از سوی دیگر با توجه به وضعیت فعلی دستگاه قضا که عموم قضات غیر مجتهد می باشند درخواست تجدید نظر از احکام صادره از آن ها، هیچ منع شرعی ندارد.

از لحاظ عقلی نیز هیچ دلیل محکمی بر عدم جواز رسیدگی مجدد حکم صادره وجود ندارد. بدیهی است قضاوت، برای حل و فصل خصومت و قطعیت دعوا، برای تکوین عدالت است و اگر به کسی اجازه محاکمه و صدور حکم در امور مربوط به مردم داده می شود، به این دلیل می باشد که دقیقاً رسیدگی کند و در حد معقول حقیقت را کشف و بر اساس عدالت حکم را صادر کند. حال اگر عقلای جامعه بر اساس دوراندیشی و تجربیات دیگر سیستم های حقوقی، تشخیص دهند که در مواردی احتمال نقض و خطا در حکم صادره وجود دارد، بررسی مجدد آن، امری غیر معقول و بر خلاف عقل نمی باشد.

از لحاظ جرم شناسی نیز قربانی جرم مستحق حمایت و کمک های مادی و معنوی و روانی دولت و جامعه می باشد که در فرایند رسیدگی کیفری از زمان تعقیب تا زمان اجرای مجازات باید ارزش بیش تری به نظرات و خواسته های او داده شود، به عبارت دیگر نقش رسیدگی قضایی باید از مجرم مداری تا بزه دیده مداری باشد. لذا در صورت نارضایتی زیان دیده، دستگاه قضا باید امکان تجدید نظر خواهی از حکم را برای او قایل شود. پس از پیروزی انقلاب بزه دیده نیز در قوانین مصوب تا اندازه ای در نظام کیفری محور قرار گرفت و به وی اختیار دخالت در مجازات داده شد. امروزه تجدید نظر از احکام کیفری، با توجه به اهمیت آنها به عنوان یکی

از طرق اعتراض به احکام، در نظام های حقوقی دنیا و سیستم های قضایی کشورها به رسمیت شناخته شده و به عنوان یکی از عناصر تشکیل دهنده دادرسی عادلانه و از اصول ارزشمند دادگستری سالم محسوب می گردد. قانون گذار برای این که حقوق شهروندی و هم چنین حقوق شاکی و متهم هر چه بهتر رعایت گردد و در کنار آن عدالت برقرار گردد، روش هایی از جمله تجدید نظرخواهی را برای شکایت از آرا پیش بینی کرده است. از لحاظ بین المللی نیز در بند پنج ماده 14 میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، که کشور ایران نیز به آن ملحق شده، مقرر گردیده که هر کسی به ارتکاب جرمی محکوم گردد حق دارد که محکومیت خود را در دادگاه عالی تری طبق قانون مورد رسیدگی قرار دهد.

در حال حاضر در قوانین و مقررات کشور راهکارهایی برای کاهش حجم پرونده ها پیش بینی نشده است. علت حجم پرونده ها نیز در دادگاه تجدیدنظر به این دلیل می باشد که قانون گذار حجم زیادی از پرونده ها را قابل تجدید نظر میداند، در حالی که راهکارهای دیگری برای استحکام و قطعی شدن احکام دادگاهها وجود دارد و نباید تمام پرونده ها به دادگاه تجدید نظر واگذار گردد. یکی از این راهکارها استفاده از سیستم تعدد قاضی در مرحله بدوی به جای سیستم وحدت قاضی می باشد. این امر موجب کوتاه شدن فرایند دادرسی و کاهش تعداد پرونده ها در دادگاه تجدید نظر می گردد. به عبارت دیگر با تصویب قوانین جدید میتوانیم دادگاه ها را به این سمت سوق دهیم که درصد بیشتری از جرایم را با سیستم تعدد قاضی رسیدگی نمایند، در مقابل آرای دادگاههای بدوی را در موارد بیشتری میتوان قطعی دانست. تا زمانی که به این موضوع توجهی صورت نگیرد، در دادگاههای بدوی و تجدیدنظر، شاهد حجم بالایی از پرونده ها و اطاله دادرسی می باشیم.

فصل اول: کلیات:

فصل اول: کلیات

1-1 مفهوم شناسی واژه منبع و مبنای :

هر نظام حقوقی اعم از دینی و غیر دینی نمی تواند در زمینه ی همه ی مشکلات و در همه ی روابط بالفعل و بالقوه ی یک جامعه احکام و مقرراتی مشخص عرضه بدارد، زیرا محدودیت و توسعه ی احکام و مقررات حقوقی تابع روابط اجتماعی یک جامعه است و هر چه تعاون و همکاری افراد یک اجتماع پیچیده تر گردد ، احکام و مقررات حقوقی و قانونی آن جامعه نیز برای تنظیم این روابط و رفع تعارض و نزاع و نیز همکاری بیشتر و بهتر افراد وسعت می یابد و احکام کلی و جزئی تازه ای وضع خواهد شد . بنابراین در هر نظام حقوقی با گذشت زمان خلاهایی کشف یا نمودار خواهد شد که در این صورت لازم است قانون گذار یا فقیه این خلاهای حقوقی را با وضع احکام جدید با استنباط آن ها پر نماید و مشکلات و درگیری های اجتماعی را مرتفع سازد . آن چه قانون گذار یا فقیه را در وضع مقررات و استنباط احکام جدید یاری می کند ، کشف اهداف و مبانی ای است که در یک نظام حقوقی مورد نظر بوده و مقررات حقوقی به خاطر تحقق آن اهداف و بر اساس آن مبانی وضع گردیده است .

مبحث اول مبنا :

بند اول: تعریف مبنا :

لغت شناسان مبانی را جمع مبنی به معنی بنیاد، شالوده، بنیان، اساس، پایه و ریشه دانسته اند. آنان این واژه را با کلمات همچون اصل، قاعده، ضابطه مترادف شمرده اند. به نظر می رسد کلمه مبانی به تدریج در استعمال محققان علوم به حوزه پیش فرض های کلان و اصول موضوعه کلامی و فلسفی علوم و حتی بر دلایل اثبات یک نظریه اطلاق شده است. نمونه آن اطلاق مبانی بر علومی همچون فقه، حقوق، جامعه شناسی است که شامل دلایل، مفاهیم اساسی و اصول کلی آن دانش و گاه با توسعه ای شامل اصول موضوعه کلامی و فلسفه های آنها می گردد. دکتر ناصر کاتوزیان به گستردگی معنای مبنا در کتاب مبانی حقوق عمومی اشاره می کند: (واژه مبنا اندکی گسترده تر از معنای فلسفی آن به کار رفته است، یعنی، تنها بیان کننده دلیل الزامها و منشاء پنهانی تکالیف حقوقی نیست، بلکه به ستون های اصلی حقوق عمومی نیز می پردازد و در توضیح قلمرو و حاکمیت در آن نمودهای خارجی می کوشد).¹

بند دوم: مبنای در نظام حقوقی

واژه ی «مبنا» در دانش حقوق عبارت است از نیروی الزام آور حقوق و مقامی که ارزش قواعد حقوق را تامین می کند و پایه ی همه ی قواعد آن به شمار می آید.² بدین گونه که نظام حقوقی مبتنی بر آن و قواعد و مقررات حقوق

¹ کاتوزیان ، ناصر ، مبانی حقوق عمومی، نشر دادگستر، تهران ، پائیز 1377 ، ص 9

² کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، شرکت سهامی انتشار، 1393، ج 1، ص 21

آن وضع میگردد. بنابراین نیرو و جاذبه ای که پشتیبان قانون است و آدمی را به اجرای آن وامی دارد، مبنای حقوق می نامند.³

واژه ی «مبنا» اصطلاح خاص حقوقی است که در فقه اسلام و در میان فقیهان مسلمان کاربردی برای آن دیده نشده است. بلکه آن چه توسط فقیهان مسلمان در برابر واژه ی «مبنا» به کار برده می شود، اصطلاح ملاک است. در دانش فقه اسلام (ملاکات احکام اصولی است، که احکام و مقررات اجتماعی بر اساس آن وضع گردیده است).⁴

روشن است که شناخت و تشخیص مبانی حقوق بدون آگاهی از ویژگی های اساسی آن امکان پذیر نیست. لذا از جمله ویژگی هایی که برای مبانی میتوان برشمرده عبارت اند از:

1) مبانی حقوق همیشه از کلیت وسیعی برخوردار است، لذا عملاً همواره تعداد مبانی در هر نظام حقوقی محدود خواهد بود.

2) مبانی حقوق از نظر حقوق دانان وضع شدنی نیست، لذا اطلاق قانون یا قاعده بر آن ها صحیح نیست.

3) مبانی حقوق منشا الزامی بودن قواعد و مقررات اجتماعی به شمار می روند، به این معنا که حقوق تا حدود زیادی مشروعیت و الزامی بودن خود را از این مبانی به دست می آورد.⁵

حقوق از امور اعتباری و قراردادی است و اعتبارها و قراردادهای حقوقی بشر بر اساس ضرورت ها و ارزش هایی که یک فرد یا یک جامعه احساس می نماید، وضع می گردد. ارزش هایی که در هر جامعه با جامعه ی دیگر متفاوت است. هر فرد یا جامعه ای می تواند در زندگی به ارزش هایی خاص معتقد باشد. از این رو هر یک از نظام های حقوقی بر ارزش های مخصوص به خود استوار می باشد و حقوق دان نیز با کشف این ارزش ها و معیارهای مورد نظر و خط مشی کلی آن به تامین نیازمندی های حقوقی می پردازد.⁶

بنابراین روشن است که مبانی یا اصولی که قواعد و مقررات اجتماعی و یا هر نظام حقوقی، الزامی بودن و مشروعیت خود را از آن ها به دست می آورد، از دیدگاه های متفاوتی برخوردار باشد و درباره ی آنان نظرات گوناگونی ارایه شود و هر نظام حقوقی مبنا یا مبانی خاصی را برای قواعد حقوقی معرفی نماید.

بند سوم: مبنای در نظام حقوق اسلامی

در نظام حقوقی اسلام که یک نظام دینی است با توجه به علم بی پایان خداوند همه ی نیازها در اصول کلی و جزئی قوانین آن پیش بینی شده و خلائای حقوقی، آن گونه که در نظام های حقوقی بشری غیر دینی دیده می شود، در آن وجود ندارد. چه این که در این نظام حقوقی (حقوق اسلام) حق حکومت و قانون گذاری مختص ذات خداوند است و هیچ کس حق حکومت بر دیگری را ندارد، لذا وحی مبنای اصلی همه ی قواعد و مقررات حقوقی این نظام حقوقی به شمار می آید. یعنی آن چه مقررات و احکام فقه و حقوق اسلام را الزام آور می کند و به آن مشروعیت می بخشد، اتصال به وحی و صدور از منبع وحیانی است.⁷ ولی از آن جا که مشیت خداوند بر آزادی و اختیار انسان در

³. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، شرکت انتشار، 1373، ص 7

⁴. گلپایگی ماسوله، علی جبار، درآمدی بر عرف، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه قم، بی تا، ص 169

⁵. گلپایگی ماسوله، علی جبار، همان، ص 170

⁶. گلپایگی ماسوله، علی جبار، همان، ص 171

⁷. شیلاتی، امیر، کلیات حقوقی، بی تا، بی تا، ص 2

مورد اعمال و سرنوشت خویش قرار گرفته است و با توجه به انقطاع وحی و این که در نظام حقوقی اسلام جایگاه اصل «اجتهاد» همانند جایگاه اصل قانون گذاری است و فقیهان و مجتهدین واجد شرایط موظف به استنباط احکام و قوانین الهی که کاشف از اراده ی تشریحی خداوند است، می باشند، لذا از دیدگاه نظام حقوقی اسلام، تنها قواعد و قوانینی در جامعه قابل اجرا است که مطابق با عدالت و یا حداقل منافی با آن نباشد. بنابراین می توان اصل عدالت یا عدم تنافی با عدالت را به عنوان مبنای عرضی و ثانوی قواعد و مقررات نظام حقوقی اسلام دانست.

مبحث دوم: منبع:

بند اول: تعریف منبع:

واژه ی منبع که از اصطلاحات خاص دانش حقوق است، در لغت به معنای سرچشمه به کار می رود و در اصطلاح حقوقی، اگر چه مصادیقی که از آن به ذهن حقوق دان تبادر می کند تا حدودی روشن و خالی از ابهام است، ولی مانند بسیاری دیگر از اصطلاحات، دارای مفهومی ناآشکار است. به گونه ای که حقوق دانان درباره ی آن به تفاوت سخن گفته و احیاناً حکم به ابهام نیز کرده اند.⁸ حتی برخی از نویسندگان گاه از آن به کلیه ی روش های ایجاد حقوق و با اصطلاح منابع مادی تعبیر آورده اند و دیگر گاه آن را به معنای منبع اعتبار دانسته اند⁹ و با مبانی حقوق در آمیخته و از آنها با عناوین با وجود اختلاف ها و ابهام های موجود پیرامون واژه ی منبع در اصول احکام و عناوین اولیه و اصول و احکام و عناوین ثانویه یاد میکنند.

یک تعریف تعلیمی می توان گفت که منبع حقوق، امر یا اموری است که قواعد حقوقی از آن ریشه می گیرند و مقررات حقوقی را می توان از آن ها استخراج نمود. به دیگر سخن پدیده هایی که حقوق و تکالیف جامعه و مردم از آن ها سرچشمه می گیرد منابع حقوق نامیده می شود.¹⁰

بنابراین مقصود از منابع حقوق صورت های ایجاد و ظهور قواعد حقوقی است.¹¹ یعنی منظور از این بحث این است که بدانیم حقوق، یعنی مقررات لازم برای حفظ نظام اجتماعی از کجا به وجود می آید. پس منظور از منابع صوری، منابعی است که توسط آن ها بتوان پی به وجود حقوق و مقررات موجود برد.¹²

بند دوم: منبع در نظام حقوقی:

واژه ی منبع چنان که پیش از این اشاره شد، اصطلاحی است حقوقی که برای آن در فقه در میان نوشته های فقهی مسلمان کاربردی دیده نشده و تنها در چند دهه ی اخیر است که برخی از فقها و نویسندگانی که به زبان پارسی درباره ی فقه و حقوق اسلام قلم فرسایی کرده اند، آن را به کار برده اند.¹³

⁸ درآمدی بر حقوق اسلامی، دفتر همکاری حوزه دانشگاه، انتشارات اسلامی، 1364، ج 1، ص 2.

⁹ درآمدی بر حقوق اسلامی، همان، ص 253.

¹⁰ زنجانی، عباسعلی عمید، فقه سیاسی، انتشارات امیر کبیر، 1367، ج 2، ص 215.

¹¹ کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق، دانشگاه تهران، 1349، ج 2، ص 1.

¹² شیلاتی، امیر، همان، ص 16.

¹³ درآمدی بر حقوق اسلامی، همان، ص 173.

اصطلاحی که از دیرگاه تاکنون در فقه اسلام و در میان فقیهان مسلمان به جای واژه ی منبع به کار می رفته و رایج و شایع بوده ، واژه ی مدرک و دلیل است که دانش اصول فقه عهده دار تبیین و توضیح آن می باشد. در فقه اسلام مدارک یا ادله احکام عبارت است از، منابعی است که از مسیر آنها احکام و وظایف اجتماعی در اختیار بشر قرار می گیرد.¹⁴

از آن جا که منبع حقوق ، امر یا اموری است که از طریق آن ها مقررات اجتماعی کشف و در اختیار جامعه یا مجری قانون گذاشته می شود و نقش منابع حقوق نیز کشف احکام و مقررات حقوقی دانسته شده ، چنان که مصادیق خارجی ای که از عنوان منبع حقوق به ذهن اهل فن تبادری کند ، گواه بر این سخن است ،¹⁵ لزامی توان گفت که ویژگی مهم و عمده ی منابع حقوق دارا بودن اعتبار کشفی آن ها است . بدین معنا که منابع حقوق ادله ی احکام و مقررات حقوقی اند.

بند سوم: منبع در نظام حقوقی اسلامی :

اگر در نظام های غیردینی که حکومت مبتنی بر آرا و اراده ی عمومی را بهترین نوع حکومت می شمارند ، اراده ی جمعی ملت منبع اصلی حقوق است که به طور مستقیم در شکل عرف و عادات و رسوم و به طور غیرمستقیم به صورت قانون وقواعد حقوقی وضع و لازم الاجرا می نماید ، در نظام های حقوقی مبتنی بر تفکر توحیدی به ویژه در فقه اسلام که مفهومی وسیع تر از حقوق را دارا است ، تنها وحی و اراده ی خدا است که منبع اصلی و مشخص کننده ی قواعد و قوانین حقوقی است و هم او است که مبدا مشروعیت و پیروی از قانون نیز تلقی می گردد . ولی از آن جا که مشیت خداوند بر آزادی و اختیار انسان در مورد اعمال و سرنوشت خویش قرار گرفته است ، گذشته از کتاب و سنت که به جهت دربرداشتن وحی الهی از منابع وادله ی اصلی فقه و حقوق اسلام و مقدم بر هر دلیل دیگری شمرده می شوند ، عقل ، اجماع ، سیره ی مسلمین ، عرف و بنای عقلا نیز به عنوان منابع و ادله ی کاشف ، ماخداستنباط قواعد حقوقی و قوانین الهی به شمار می آیند و به این دلیل که تنها اراده ی خداوند منبع اصلی و مشخص کننده ی قواعد و قوانین است و حاکمیت و قانون گذاری نیز مختص ذات خداوندی است ، از منابع اخیر به عنوان منابع ثانوی وادله ی کاشف نام برده می شود و شاید بتوان مجموعه ی قواعد به دست آمده از آنان را به عنوان «حقوق غیرمدون اسلام و مجموعه ی قواعد به دست آمده از قرآن و سنت را به عنوان حقوق مدون دانست».¹⁶

بند چهارم: فرق بین منبع و دلیل:

برخی به جدایی منابع و مدارک معتقدند و می گویند : اگر چه معمولاً واژه ی ادله ی فقه مشابه اصطلاح منابع به کار می رود ، ولی با دقت بیشتری معلوم می گردد که آن دو واژه دارای دو مفهوم جداگانه اند ، زیرا ادله ی چهارگانه در فقه راهنما و نشان گر وجود حکم در منبع اصلی یعنی وحی الهی هستند ، ولی در عین حال باید توجه داشت که منبع قانون معتبر در اسلام اختصاص به وحی ندارد و با تعبیری تسامح آمیز می توان عرف ، عقل ، فرامین امام و رهبر دولت اسلامی و قرارداد را از منابع حقوق اسلام به شمار آورد . بدین ترتیب مفهوم منابع و ادله از دیدگاه فقهی با یک دیگر تفاوت کلی پیدا می کند . عرف و عقل در عین این که از ادله هستند ، جزو منابع هم محسوب می شوند .¹⁷ این اندیشه دایره ی مفهوم منبع را بسی وسیع تر از مفهوم ادله دانسته است . حال آن که در این جا اندیشه ی دیگری وجود دارد که با حفظ اصل جداانگاری مفهوم منبع و دلیل ، دایره ی مفهوم دلیل را بسی گسترده تر از دایره ی مفهوم منبع می

¹⁴ درآمدی بر حقوق اسلامی، همان، ص 174

¹⁵ درآمدی بر حقوق اسلامی، همان، ص 256

¹⁶ زنجانی، عباسعلی عمید، همان، ج 2، ص 217

¹⁷ درآمدی بر حقوق اسلامی، همان، ص 252

شمارد و بر این سخن است که اصطلاح ادله ی فقه از نظر مفهوم درمقایسه با مفهوم اصطلاحی منابع حقوق بسی گسترده تر و عام تر است، چرا که اصطلاح منابع حقوق در ادله ای منحصر است که تنها می توان از آن ها به استخراج مقررات و قوانینی دست یافت که رعایت آن ها در اجتماع لازم و ضروری است. حال آن که این گونه ادله تنها بخشی از مفهومی است که فقهای اسلام از اصطلاح ادله ی فقه منظور می دارند و به وسیله ی آن به تفهیم می پردازند. این اندیشه علت گستردگی و وسعت بیشتر مفهوم ادله ی فقه را نسبت به منابع حقوق در این می داند که فقه اسلامی علاوه بر مقررات اجتماعی، مشتمل بر بسیاری از وظایف عبادی و اخلاقی و تکالیف واجب فردی نه در برابر جامعه و دیگران بلکه در برابر خدای متعال می باشد و طبعاً ادله ی فقه ادله ی اثبات این گونه وظایف و تکالیف نیز به شمار می آید.¹⁸

به هنگام بررسی این دو اندیشه با توجه به وجود اختلاف ها و ابهام های موجود در باره ی مفهوم منبع که مفهوم دلیل نیز از آن مصون نمانده است، به نظر می رسد بحث جداانگاری منبع و دلیل بهره ی چندانی را در پی نداشته باشد و این بحث چیزی جز مناقشه ای لفظی نباشد به ویژه که کاربرد کنونی این واژه برای بیان معنا و پدیده ای واحد انکارناپذیر است.

بند پنجم: جداانگاری منبع و مبنای:

شاید با توجه به مطالبی که تاکنون گفته شده، تفاوت های بین مبنا و منبع آشکار گردیده و ضرورتی برای بیان تفاوت های آن دو دیده نشود، لذا در این بخش از سخن به جای بیان تفاوت های این دو به بیان دو دیدگاه اساسی پیرامون جداانگاری مبنا و منبع روی آورده می شود.

پیش از این، مبنا به نیروی الزام آور حقوق و منبع به صورت های ایجاد و ظهور قواعد حقوقی شناخته شد. اکنون پرسش در امکان همپوشی و یگانگی این دو است. در این خصوص دو دیدگاه مخالف و متقابل پدید آمده است. بدین گونه که گروهی این همپوشی را امکان پذیر می دانند و بر این باورند که چون حقوق و قواعد آن اموری اعتباری و قراردادی اند، ممکن است مبنا و منبع حقوق نیز وجود یکی بوده و تنها دارای تعدد اعتباری باشند. اینان برای تأیید گفته ی خود به مثال آوردن عرف و مبنا و منبع قرار گرفتن آن را در پاره ای از نظام های حقوقی گواهی بر سخن خود قرار داده اند.¹⁹ در برابر این اندیشه، اندیشه ی دیگری وجود دارد که از عدم امکان چنین همپوشی ای سخن به میان می آورد. پیروان این اندیشه می گویند: در این که منابع حقوق ادله ی اعتبار قواعد حقوقی اند، سخنی نیست. زیرا این یک حقیقت قطعی است که در آن نمی توان تشکیک نمود. تردید تنها در این است که آیا منابع حقوق گذشته از این که ادله ی اعتبار قواعد حقوقی هستند، منابع اعتبار (مبنای) آن ها نیز به شمار می روند؟ یا این که منابع اعتبار حقوق و سرچشمه های اصلی آن چیزهای دیگری می باشد؟ چه این که در منبع حقوق بحث از مشروعیت و یا لازم الاجرا بودن مقررات اجتماعی و یا این که این قواعد و مقررات بر اساس چه اصل یا اصولی وضع گردیده اند، مطرح نیست، بلکه به منبع حقوق صرفاً با این نظر که ارایه دهنده ی قوانین و مقررات اند، صرف نظر از این که ملاک این مقررات چیست، نگریسته می شود. به عنوان نمونه به قرآن که یکی از منابع حقوق اسلام است از آن نظر منبع اطلاق می شود که احکام و مقررات مندرج در آن بدون چون و چرا لازم الاجرا است. در این مرحله به این که این احکام به چه جهت لازم الاجرا آیند و مشروعیت خود را از کجا کسب کرده اند، پرداخته نمی شود.²⁰

این اندیشه به هنگام اثبات سخن خود می گوید، منابع حقوق به هیچ رو منابع اعتبار قواعد حقوقی نیستند. چه اینکه اطلاق عنوان منابع حقوق بر مصادیق آن به این لحاظ نیست که آنها منابع اعتبار قواعد حقوقی هستند. زیرا نخست این

18. شایگان، سید علی، حقوق مدنی، انتشارات طه، 1375، ص 35

19. درآمدی بر حقوق اسلامی، همان، ص 175

20. درآمدی بر حقوق اسلامی، همان، ص 174

که منابع حقوق دارای مصادیقی است مشخص، معلوم و متبادربه ذهن اهل فن که دارای اعتبار کشفی هستند و روشن است که اعتبار کشفی منابع حقوق به احکام و مقررات منکشف از آن ها منتقل نخواهد شد. دیگر این که اگر اطلاق عنوان منابع حقوق به منظور تبیین منابع اعتبار (مبانی) قواعد حقوقی می بود، می بایست اهداف نهایی که در نظام های حقوقی دارای اعتبار ذاتی هستند به عنوان بارزترین و شاخص ترین مصادیق منابع حقوقی شناخته می شدند. چرا که احکام و مقررات حقوقی وسایل هدایت جامعه به سوی اهداف نهایی هستند و بنابراین، اعتبار خود را از اعتبار و ارزش ذاتی آن ها کسب، و هدف نهایی حقوق منبع اصلی اعتبار آن ها خواهد بود. در صورتی که هیچ حقوق دانی هدف نهایی حقوق را در زمره ی منابع حقوق به شمار نمی آورد. بنابراین منابع حقوق، منابع اشتقاق قواعدحقوقی و ادله ی اعتبار آن ها هستند، نه مبانی و منابع اعتبار آن ها، زیرا در این صورت در نظام های حقوقی مبانی و منابع اعتبار قواعد حقوقی اهداف نهایی و ارزش های ذاتی اجتماعی خواهند بود.²¹

اکنون پس از این که دانسته شد قاعده ی حقوقی که حقوق به مجموعه ای سامان یافته از آن اطلاق می گردد به قاعده ی کلی و الزام آوری که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت در جامعه که به وسیله ی دولت اجرا و تضمین می گردد، گفته می شود و هم چنین پس از دانستن این نکته که مبنا یعنی نیروی الزام آور قاعده ی حقوقی که به آن مشروعیت می بخشد، دارای مفهومی غیر از منبع یعنی ریشه ی صورت ایجاد قواعد حقوقی است. لذا حال به تحلیل مبنا تجدید نظر خواهی پرداخته میشود.

بند ششم: مبنا ی تجدید نظر خواهی:

تجربه بشری در طول تاریخ دادرسی نشان داده است که دادن فرصت تجدید نظر و امکان بررسی ادعای عدم صحت حکم در مرجع دیگر، بیشتر تامین عدالت و رسیدن به حقیقت را تضمین کرده است هر چند کمی اجرای حق و عدالت را به تاخیر انداخته است. تجدید نظر خواهی منافاتی هم با اعتبار رای قاضی اولیه صادرکننده حکم ندارد. قاضی موظف است کوشش خود را بنماید و از لابلای ادله ابرازی و عنداللزوم تحقیقات لازمه حتی الامکان حقیقت را کشف نماید و حکم موضوع را از قوانین مدون و اصول و قواعد حقوقی قابل اعمال استخراج کند و رای بدهد. ولی از آنجا که بشر جایز الخطا است، هم در تشخیص موضوع و هم در فهم و بیان حکم، قانون پیش بینی کرده است که تحت ضوابط و معیارهای مشخصی بار دیگر موضوع در مرجع صالحی رسیدگی بشود. این معنا را عرف قضائی پذیرفته است و قضا شرعی هم علی القاعده نمیتواند با آن مخالف باشد.

الف) هر چند نظام مشخصی برای این امر در مبانی اولیه شرعی پیش بینی نشده است ولی اصل امکان اشتباه و خطای قاضی و لزوم برگشت از رای صادره نادرست در برخی متون مذهبی دیده میشود که در واقع میتوان آن را ارائه طریقی کلی به حساب آورد. مثلاً در نهج البلاغه امام علی بن ابیطالب علیه السلام در مقام بیان صفات قاضی میفرماید: (از جمله خصایص قاضی باید این باشد که در خطا و اشتباه خود پای فشارد و اگر حق را شناخت از بازگشت به حق و دست برداشتن از نظر خطای خود در نماند).²² در دستورالعملی که به نقل از جرجی زیدان خلیفه دوم برای قاضی منصوب خود در کوفه در مورد چگونگی قضاوت و آداب آن نگاشته از جمله آمده است که: (اگر دیروز در دعوائی

²¹ در آمدی بر حقوق اسلامی، همان، ص 276

2. امام علی، فیض الاسلام، سید علی نقی، ترجمه و شرح نهج البلاغه، ، نامه 53، موسسه چاپ و نشر تالیفات فیض الاسلام، بی تا

حکمی کردی و چون روز بعد به عقل خود رجوع نمودی واقع را شناختی و حکم حق را یافتی، نباید قضاوت دیروز تو را از بازگشت بحق بازدارد، زیرا بازگشت به حق بهتر از پای فشاری در باطل است.²³

به هر حال وقتی اصل این ترتیب عقلی و منطقی در تعلیمات و متون مذهبی نیز سابقه دارد و بدان اشاره شده است چگونگی رسیدگی و پرداخت به این موضوع با توجه به مقتضای زمان و مکان و کمی و زیادی دعاوی و وضعیت غالب بر قضاوت و آرا دادگاهها با مقرراتی که دولت تنظیم میکند تعیین میشود.

ب) از سوی دیگر باید توجه داشت که دادرسی و قضاوت ضمن اینکه هدف اصلیش باید رسیدن به حق و اجرای عدالت باشد، در عین حال به لحاظ حفظ نظم و ثبات در جامعه باید فصل خصومت کند و به هر حال در یک مقطعی قضیه را خاتمه دهد. در دادرسی باید قواعد و آئین منظمی برای کشف حقیقت تنظیم نمود به گونه ای که از روش دادرسی و رسیدگی به دلایل و نحوه تحقیق حتی الامکان بتوان احقاق حق نمود و در جای خود کیفر را بر بزهکار اعمال کرد و خلاصه اجرای عدالت را تأمین نمود. یکی از این قواعد، تجدید نظر خواهی می باشد. در توجیه دلیل یا مبنای تجدید نظر خواهی نسبت به آرای محاکم میتوان به، کاهش ضریب خطای آرای محاکم و اشتباه آنها در کشف حقیقت و مجازات مجرمان اشاره کرد.²⁴

اشتباه قضاوت می تواند علل مختلفی داشته باشد که از جمله:

1. ضعف علمی: شاید بتوان این مورد را مهم ترین علت اشتباهات برخی از قضاوت دانست، به طوری که بدون اغراق می توان گفت که برخی از قضاوت دادگاه های ما توان علمی مناسب برای تحلیل پرونده های ساده را نیز نداشته و در برخی موارد آرائی بسیار دور از ذهن، قانون و شرع می بینیم و شاید این قضیه نشأت گرفته از آن باشد که برخی از این قضاوت اصلا تحصیلات رسمی در علم حقوق ندارند و از این رو می توان گفت که در اشتباه صورت گرفته عمدی نداشته اند. زیرا توان و دانش آنها بیشتر از آنچه نشان داده اند نیست.

2. زیاد بودن پرونده ها: این مسئله نیز خود علتی غیر قابل انکار است و تمامی مسئولین قضایی بر این مورد اتفاق نظر دارند، زیرا میان حجم بالای کار و میزان اشتباه رابطه ای مستقیم وجود دارد بدین معنا که هر چه حجم کار بالا رود میزان اشتباه نیز افزایش می یابد، که نباید فراموش نمود که این امر خود سبب می شود که قضاوت فرصت کافی برای افزایش توان علمی خود نداشته و در همان سطحی که از دانشگاه فارغ التحصیل شده اند باقی بمانند.

3. سیستم آماری: به علت حجم پرونده ها و بالا بودن مراجعات و کم بود شعب و قضاوت برای رسیدگی به دعاوی مردم نوعی سیستم آماری در دادگاههای ما رایج گشته است، بدین صورت که هر دادگاهی سعی در افزایش میزان پرونده های رسیدگی شده خویش دارد و این افزایش سرعت کاهش دقت را در بر دارد.

4. عدم رعایت سلسله مراتب: باید اذعان نمود که در پاره ای از موارد قضاوت ما بدون طی منطقی سلسله مراتب قضایی به مناصب حساس من جمله ریاست شعب دادگاه ها در شهرهای بزرگ می رسند، بدین معنا که یک فرد که برای تصدی پست قضاوت استخدام می گردد باید در ابتداء چند سالی را در دادیاری و دادسرا حضور داشته باشند سپس مدتی را در دادگاههای شهر های کوچک که غالباً از چند شعبه معدود تشکیل یافته اند سپری کنند به این دلیل که با

²³ همان، نامه 53، ص 1011

²⁴ راجیان اصلی، مهر داد، بزه دیدگان و نظام عدالت جنایی، مجله حقوقی، زمستان 84، ص 96