



دانشگاه قم

دانشکده حقوق

پایان نامه‌ی دوره‌ی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

عنوان:

بررسی احکام قضایی مغایر با موازین شرعی

استاد راهنما:

دکتر محمود آخوندی

استاد مشاور:

دکتر ابوالفتح خالقی

نگارنده:

هاجر سپهوند

بهار ۱۳۸۸

بسم الله الرحمن الرحيم

تشکر و قدردانی

حمد و سپاس خدای را که توفیق کسب دانش و معرفت را به ما عطا فرمود. در اینجا بر خود لازم می‌دانم از تمام اساتید بزرگوار به ویژه اساتید دوره کارشناسی ارشد که در طول سالیان گذشته برای تحصیلم علم و معرفت و فضائل اخلاقی‌سازی نموده‌اند تقدیر و تشکر نمایم.

از استاد گرامی و بزرگوار جناب آقای دکتر محمود آخوندی که راهنمای اینجانب را در انجام تحقیق، پژوهش و نگارش این پای‌ان‌نامه تقبل نموده‌اند نهایت تشکر و سپاسگزاری را دارم.

از استاد گرامی جناب آقای دکتر ابوالفتح خالقی به عنوان استاد مشاور که با راهنمایی خود مرا مورد لطف قرار داده‌اند کمال تشکر را دارم.

تقدیم به:

پدر بزرگوار و مادر مهربانم

همچنین به تمامی پویندگان طریقت و علم و معرفت.

چکیده

استحکام رأی می‌تواند نشانه‌ای از وجود قانون شفاف و درست، دستگاہ قضایای کارآمد و اطمینان حکومت به عاملین اجراء و اعمال قانون باشد. بر این اساس است که صرف نظر از قابلیت شکایت از آراء، در موارد مشخص و تحت شرایط خاص قانونی، در اکثر سیستم‌های حقوقی، همواره نقطه پایان دادرسی و زمان قطعیت و قابلیت اجرای حکم، به موجب قانون مشخص شده است. آن چه مسلم است در قریب به اتفاق کشورهای جهان نظام تقنینی مواردی را پیش‌بینی کرده‌اند که در آن موارد اگر حکمی خلاف قانون باشد بالاترین مرجع اجرایی آن کشور می‌تواند نسبت به تقاضای تجدیدنظر از مراجع بالای قضایای اقدام کند اما آن چه رویه و عمل و منطق با اصول حقوقی بوده است این بوده که معمولاً این موارد به صورت استثناء و با تشریفات خاص قضایای و به موجب قانون عمل می‌شده و در بسیاری از موارد هم معمولاً این تقاضا و اعتراضات استثنایی در رابطه با اجرای عدالت مفید بوده است. در سیستم قضایای ایران یکی از مواردی که باعث تضییع حقوق افراد می‌شود و سبب اعتراضات افراد را در پی دارد صدور احکام قضایای مغایر با شرع می‌باشد که جهت رسیدگی به این اعتراضات در طی سال‌های پس از پیروزی انقلاب راه کارهای متفاوت (رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر، رسیدگی از طریق شعب تشخیص دیوان عالی کشور، رسیدگی از سوی رئیس قوه قضائیه،...) در نظر گرفته شده که در این پایان‌نامه درصدد بررسی این احکام و راه کارهای ارائه شده جهت رسیدگی به آنها هستیم.

واژگان کلیدی: حکم - خلاف - بی‌ن - شرع

فهرست مطالب

مقدمه	۱
۱- بیان مسئله و ضرورت تحقیق	۳
۲- سئوالات اصلی تحقیق	۳
۳- فرضیه‌های تحقیق	۳
۴- روش تحقیق	۳
۵- اهداف تحقیق	۴
۶- مشکلات تحقیق	۴
۷- ساختار تحقیق	۴
فصل اول: کلیات	۶
مبحث اول: مفاهیم	۷
گفتار اول: واژه شناسی	۷
الف) رأی	۷
ب) قرار	۷
ج) حکم	۸
د) قضاء	۸
ه) شرع	۸

۹ (و) فقه
۹ (ز) قانون
۱۰ (ح) خلاف
۱۰ گفتار دوم: مفاهیم اصطلاحی
۱۰ (الف) حکم
۱۱ (ب) قضاء
۱۱ (ج) فقه
۱۱ (د) قانون
۱۲ (هـ) موازی‌ن شرع
۱۳ (و) خلاف بی‌ن شرع
۱۵ (ز) خلاف مسلمات فقه
۱۹ مبحث دوم: رابطه قانون با شرع
۲۳ مبحث سوم: لزوم تجدیدنظر از احکام
۲۳ گفتار اول: اعتبار امر مختوم کی‌فری
۲۳ (الف) از لحاظ تاریخی
۲۴ (ب) از نظر حقوق کنونی
۲۶ گفتار دوم: مبانی تجدیدنظر از احکام
۳۱ فصل دوم: چگونگی رسیدگی به مفهوم مغایرت با شرع
۳۲ مبحث اول: مرجع تشخیص خلاف بین شرع
۳۲ گفتار اول: مرجع نظارت در امر قانون گذاری
۳۴ گفتار دوم: مرجع نظارت بر امر قضا
۳۷ مبحث دوم: تفاوت آراء متعارض با آراء مغایر با شرع
۳۷ گفتار اول: مفهوم مغایرت با شرع در آئین دادرسی

۴۰	گفتار دوم: تمیزی از آراء متعارض از آراء مغایر با شرع.....
۴۲	فصل سوم: سیر تقنینی رسیدگی به مفهوم مغایرت با شرع.....
۴۴	مبحث اول: قانون آئین دادرسی کیفری اصلاحی مصوب ۱۳۶۱/۶/۶.....
۴۷	مبحث دوم: قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳.....
۵۲	مبحث سوم: قانون آئین دادرسی محاکم دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸.....
۵۵	مبحث چهارم: قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۸.....
۵۶	گفتار اول: شمول اختیارات رئیس قوه قضائیه در ماده (۲) قانون مذکور.....
۵۸	گفتار دوم: نحوه اعمال ماده (۲) قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه.....
۶۰	مبحث پنجم: قانون تشکیل دادگاه عمومی و انقلاب اصلاحی ۱۳۸۱/۷/۲۷.....
	گفتار اول: تفاوت ماده ۱۸ اصلاحی سال ۱۳۸۱ با ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاههای
۶۴	عمومی و انقلاب.....
	گفتار دوم: تفاوت ماده ۱۸ اصلاحی با ماده ۳۱ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و
۶۵	انقلاب.....
	مبحث ششم: قانون اصلاح ماده ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب
۷۶	مصوب ۸۵/۱۰/۲۴.....
۱۰۲	مبحث هفتم: بررسی آراء خلاف بین شرع دیوان عدالت اداری.....
۱۱۱	نتیجه گیری.....
۱۱۵	پیشنهادات.....
۱۱۶	فهرست منابع و مأخذ.....

مقدمه

قاضی دادگاه با وجود تجربیات و سوابق علمی خود باز هم از ارتکاب خطا مصون نیست و ممکن است تصمی می که می گیرد مبتنی بر اشتباه باشد به ناچار اصحاب دعوا بای د تضمیناتی داشته باشند تا بتوانند خطای دادرسان را جبران نمایند. یکی از مهم ترین تضمینات؛ امکان برخورداری از حق تجدیدنظرخواهی و فرصت رسیدگی مجدد به دعواست. به همین دلیل در قانون آیین دادرسی کیفری، برای اصحاب دعوا حق تجدیدنظرخواهی پیش بینی شده است. شیوه رسیدگی مجدد به دعوا ممکن است به صورت عادی یا فوق العاده باشد. از مصادیق مهم روش فوق العاده؛ اعاده دادرسی است. در برخی از نظام های دادرسی در کشورهای جهان مواردی پیش بینی شده تا اگر حکمی خلاف قانون باشد؛ بنا به تصمیم عالی ترین مرجع قضای کشور امکان فرجام خواهی یا بررسی مجدد از رأی وجود داشته باشد. اما آن چه در این شیوه غیر معمول مهم است، رعایت تشریفات خاص قضای با در نظر داشتن اعتبار امر مختوم قضای است.

در قوانین کیفری مایکی از مواردی که باعث تضییع حقوق افراد می گردد، صدور رأی برخلاف احکام بین شرع می باشد. تحولات قانون گذاری بعد از انقلاب اسلامی، در زمینه اعتراض به آراء قضای، نشان می دهد که روند رسیدگی مجدد به آراء محاکم در طی سال های مختلف با فراز و فرودهای متعددی همراه بوده است. در ابتدا مطابق ماده ۲۸۴ و ۲۸۵ مکرر قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۶۱ رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه تجدیدنظر بود. بعد از آن مطابق ماده ۱۸ و ۳۱ قانون تشکیلی دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ از طریق دادستان کل کشور قابل رسیدگی

بود.

بعد از آن طبق قانون آئین دادرسی محاکم دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۸ و قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه مصوب همان سال به آن رسیدگی می‌شد، سپس طبق ماده ۱۸ آئین نامه اصلاحی قانون تشکیلات دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ در شعب تشخیص دیوان عالی کشور به آن رسیدگی می‌شد و سرانجام طی اصلاحیه سال ۱۳۸۵ برابر ماده ۱۸ اصلاحی قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، شیوه خاصی مقرر گردید. به موجب این مقررات در مواردی که رأی به تشخیص رئیس قوه قضائیه خلاف بین شرع باشد، پرونده حسب مورد به مرجع صالح برای رسیدگی مجدد ارجاع می‌شود. گرچه در قانون، منظور از خلاف بین شرع مغایرت رأی صادره با مسلمات فقه دانسته شده و در موارد اختلاف نظر بین فقها ملاک عمل، نظر ولی فقیه و یا مشهور فقها خواهد بود. ولی در عمل مسائلی را به دنبال خواهد داشت که نیاز به بررسی و تحقیق جامع دارد. بنابراین در این پایان نامه تلاش شده است به بررسی این مسائل پرداخته شود.

۱- بیان مسئله و ضرورت تحقیق

انسان موجودی جای‌الخطاست لذا هر لحظه بی‌م‌ای‌ن می‌رود که اشتباه کند پس باید نهادی برای بررسی و اعلام این اشتباه وجود داشته باشد. مخصوصاً قضات دادگاه‌ها که ممکن است تصمی‌می‌ که می‌گیرند مبتنی بر اشتباه باشد یکی از مصادیق این اشتباه صدور احکام قضای‌ی برخلاف شرع مقدس می‌باشد. بنابراین بحث تضمینات برای جبران این اشتباهات مطرح می‌گردد، یکی از حقوق پیش‌بینی شده حق اعتراض و تجدید نظر خواهی است که در سال‌های بعد از پی‌روزی انقلاب اسلامی تحولات فراوانی را پشت سر گذاشته لذا در این پایان‌نامه به بیان این مسئله و چالش‌های آن می‌پردازیم و با توجه به این که تاکنون در این زمینه تحقیق جامعی صورت نگرفته ضرورت بررسی این موضوع مطرح می‌شود.

۲- سئوالات اصلی تحقیق

در این پایان‌نامه سعی شده به ۲ سؤال اصلی زیر پاسخ داده شود:

الف) مراد از خلاف بی‌ن شرع در احکام صادره از دادگاه‌ها چیست؟

ب) در آئین دادرسی کی‌فتری برای رفع تعارض احکام قضای‌ی با حکم شرع چه راه

کارهای‌ی پیش‌بینی شده است؟

۳- فرضیه‌های تحقیق

الف) مراد از خلاف بی‌ن شرع مغایرت رأی صادره با مسلمات فقه است و در موارد

اختلاف نظری‌ن فقها ملاک عمل، نظرولی فقیه و ی‌ا مشهور فقها خواهد بود.

ب) در حال حاضر به طور فوق العاده در قالب اعاده دادرسی می‌توان از آن

تجدید نظر خواهی نمود که تشخیص آن با ری‌است قوه قضائیه خواهد بود.

۴- روش تحقیق

روش تحقیق در این پایان‌نامه به صورت تحلی‌لی - توصیفی می‌باشد.

۵-اهداف تحقیق

هدف از تحقیق بررسی موضوع مغایرت احکام دادگاه‌ها با موازین شرع و طرق اعتراض به آن جهت شفاف شدن موضوع و ارائه این تحقیق جهت استفاده قضات، اساتید، وکلا و عموماً شهروندان برای آشنایی با حقوق شهروندی می‌باشد.

۶-مشکلات تحقیق

به علت تازگی موضوع مشکل عمده ای که وجود داشت کمبود منابع مکتوب در این زمینه بود.

۷-ساختار تحقیق

این تحقیق متشکل از ۳ فصل می‌باشد که فصل اول با عنوان «کلیات» شامل دو مبحث بوده، مبحث اول تحت عنوان مفاهیم خود شامل ۲ گفتار که گفتار اول به واژه شناسی و گفتار دوم به تعاریف اختصاص دارد. در مبحث دوم «رابطه قانون با شرع» به تفصیل بیان شده است. عنوان مبحث سوم، «لزوم تجدیدنظر از احکام» می‌باشد که از ۲ گفتار تشکیل شده و در گفتار اول «اعتبار امر مختوم کیفری» و در گفتار دوم «تجدیدنظرخواهی از احکام» شرح داده شده است.

فصل دوم با عنوان «چگونگی رسیدگی به مفهوم مغایرت با شرع» شامل دو مبحث می‌باشد. عنوان مبحث اول «مرجع تشخیص خلاف بین شرع» می‌باشد که شامل ۲ گفتار بوده و گفتار اول «نظارت بر امر قانونگذاری» و گفتار دوم «نظارت بر امر قضاء» را بیان می‌دارد. مبحث دوم راجع به «تفاوت آراء متعارض با آراء مغایر با شرع» می‌باشد که خود شامل ۲ گفتار می‌باشد که گفتار اول به «مفهوم مغایرت با شرع در آئین دادرسی»، گفتار دوم به «تمیزی آراء متعارض از آراء مغایر با شرع» اختصاص دارد. فصل سوم تحت عنوان «سیر تقنینی رسیدگی به مفهوم مغایرت با شرع» می‌باشد که شامل هفت مبحث بوده، مبحث اول «قانون آئین دادرسی کیفری اصلاحی مصوب ۶/۶/۶۱»، مبحث دوم «قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۷۳»، مبحث سوم «قانون آئین دادرسی محاکم دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۷۸»، مبحث چهارم، «قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه مصوب ۷۸»، که خود شامل دو گفتار می‌باشد که گفتار اول در خصوص «شمول

اختیارات رئیس قوه قضائیه در ماده ۲ قانون مذکور» و گفتار دوم «نحوه اعمال ماده (۲) قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه را مورد بررسی قرار می‌دهد. مبحث پنجم «قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی سال ۸۱»، که دارای ۲ گفتار می‌باشد درگفتار اول به بررسی «تفاوت ماده ۱۸ اصلاحی سال ۸۱ با ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب...» و در گفتار دوم به بررسی «تفاوت ماده ۱۸ اصلاحی با ماده ۳۱ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب...» پرداخته شده مبحث ششم «قانون اصلاح ماده ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۸۵»، مبحث هفتم «بررسی آراء خلاف بین شرع دیوان عدالت اداری» را مورد بررسی قرار می‌دهد، و در نهایت نیز از کل تحقیق یک نتیجه‌گیری به عمل آمده است.

فصل اول: کلیات

مبحث اول:

مفاهیم

گفتار اول: واژه شناسی

الف) رأی

رأی در لغت به معنای حکم، قضاوت، فتوی، اظهارنظر، مقتضای عقل و فکر، فراست، علم، قصد و عزم، کام، اراده، میل، دستور، مشورت، مصلحت، مشاوره با کسی^۱، نظر، نظر نی‌کو، عقیده صائب، فکر خوب^۲، پندار، اصابت تدبیر، آنچه انسان می‌بیند و بدان معتقد می‌شود.^۳ اندیشه، تدبیر، عقیده، اعتقاد، بینایی دل و جمع آن آراء می‌باشد.^۴

ب) قرار

قرار در لغت به معنای ثبات و قرار ورزیدن، آرمیدن، آسایش و راستی^۵، حکم، عامل سکون، مایه ثبات، مایه آرامش^۶، جاگرفتن، آرام گرفتن، پابرجا شدن در جایی، آرامش،

۱ - علی اکبر دهخدا، لغت نامه دهخدا، چاپ دوم از دوره جدی‌د، (تهران: مؤسسه انتشارات چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷)، جلد هشتم، ص ۱۱۸۷۱.

۲ - عبدالنبی قیّم، فرهنگ معاصر عربی به فارسی، چاپ ششم (تهران: انتشارات فرهنگ معاصر، ۱۳۸۶)، ص ۵۰۹.

۳ - خلیل جری، فرهنگ لاروس عربی به فارسی (ترجمه کتاب المعجم العربی الحدیث)، چاپ یازدهم، (تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۰)، جلد اول، ص ۱۰۲۷.

۴ - حسن عمیّد، فرهنگ فارسی عمیّد، چاپ سوم، (تهران، چاپخانه سپهر، ۱۳۶۹)، ص ۶۹۰.

۵ - علی اکبر دهخدا، جلد یازدهم، ص ۱۷۴۸۳.

۶ - عبدالنبی قیّم، ص ۸۱۴.

آسودگی، پای‌داری، رأی و حکمی که درباره مسئله‌ی با امری صادر می‌شود، به معنی عهد و پی‌مان هم می‌گویند.^۱

ج) حکم

حکم در لغت به معنای قدرت، سی‌طره، ادعا نامه، دادرسی، قضاوت،^۲ حکمیت، داوری،^۳ حکومت، فرمان، دستور، امر فرمودن، احتکام، فرمان دادن، حکم کردن، می‌باشد و جمع آن احکام می‌باشد. در زبان فارسی با فعل «کردن» و «دادن» صرف می‌شود.^۴

د) قضاء

قضاء در لغت به معنای فرمان دادن و حکم کردن، قضاوت و داوری، قضا کردن، فتوا دادن، رأی دادن،^۵ ادا کردن،^۶ دستگاه قضای، تشکیلات قضای، تحقق، اجرا، بخش،^۷ و نیز به معنی تقدیر و حکم الهی که در حق مخلوق واقع شود،^۸ می‌باشد.

ه) شرع

شرع در لغت به معنای شریعت و راه خداوندی^۹، دین و آئین و کیش و مذهب، آئینی که از جانب خداوند عالمیان به توسط پیغمبران بر بندگان آمده، راه دین، راه راست

۱ - حسن عمی، همان، ص ۹۷۲.

۲ - احمدسی‌آج، فرهنگ بزرگ جامع نوین عربی به فارسی (ترجمه المنجد)، چاپ دوم، (تهران: انتشارات اسلام، ۱۳۷۸)، جلد اول، ص ۳۹۱.

۳ - عبدالنبی قی، ص ۴۱۷.

۴ - علی اکبر دهخدا، جلد ششم، ص ۹۱۵۷.

۵ - همان، جلد یازدهم، ص ۱۷۶۱۹.

۶ - خلیل جر، جلد دوم، ص ۱۶۴۵.

۷ - عبدالنبی قی، ص ۸۲۵.

۸ - حسن عمی، ص ۹۷۷.

۹ - محمد بندرریگی، فرهنگ جدی عربی - فارسی (ترجمه منجد الطلاب)، چاپ نهم، (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۲)، ص ۲۷۹.

که حق تعالی برای بندگان نهاده و بدان امر کرده، مقابل عرف^۱ قواعد و مقررات رسیده از طریق وحی به انبیاء که شامل مسائل اعتقادی و اخلاقی و حقوقی (یعنی عادات در برابر عبادات) می‌باشد.^۲ در فقه به معنی قانون است و به این معنی غالباً به صیغه جمع بکار رفته است.^۳

و) فقه

در لغت به معنی فهم، استنباط، علم، استنباط، علم به احکام شرعی، بصیرت، هوشیاری^۴، دانش و بینش، علم به احکام شریعت و اصول دین^۵ فهمیدن چیزی، ادراک، دانایی به احکام شرع^۶ می‌باشد. هم چنین در معنی اعم، علم شرع است و در معنی خاص، علم به اصول عقاید و فروع است.^۷ فقیه نیز به معنای دانا، دریابنده، عالم به علم دین^۸ عالم به احکام شرع و متخصص در علم فقه آمده است.^۹

ز) قانون

به معنای اصل و مقیاس چیزی^{۱۰}. مقررات، سازمان، حکومت، شریعت،^{۱۱} معیار،

۱ - علی اکبر دهخدا، جلد نهم، ص ۱۴۲۱۹.

۲ - محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، (تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸)، جلد سوم، ش ۸۵۱۴، ص ۲۲۷۹.

۳ - محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، (تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۲)، ش ۳۰۹۰، ص ۳۸۶.

۴ - عبدالنبی قیّم، ص ۷۹۲.

۵ - خلیل جرّ، جلد دوم، ص ۱۵۸۵.

۶ - احمد سیاح، فرهنگ بزرگ جامع نویسنده (ترجمه المنجد)، چاپ بیست و سوم، (تهران: انتشارات اسلام، ۱۳۸۴)، جلد دوم؛ ص ۱۵۱۰.

۷ - محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، ش ۱۰۴۵۷، ص ۲۸۱۲.

۸ - احمد سیاح، جلد دوم، ص ۱۵۱۰.

۹ - حسن عمید، ص ۸۴۳.

۱۰ - همان، ص ۹۶۸.

۱۱ - خلیل جرّ، جلد دوم، ص ۱۶۰۸.

ضابطه، مجموعه مقررات و دستورها، جمع قوانین،^۱ امری است کلی که بر همه جزئیاتش منطبق گردد و احکام جزئیات از آن شناخته شود، حکم اجباری که از دستگاه حکومت مقتدر مملکتی صدور یابد و مبنی و متکی بر طبیعت عالم تمدن و متناسب با طبیعت انسان باشد و بدون استثناء شامل همه افراد مردم آن مملکت گردد و اغراض مستبدانه اشخاص را در آن دخالتی نباشد.^۲

ح) خلاف

در لغت به معنای مرافعه، نزاع، دعوا، کشمکش، اختلاف، ناهمخوانی،^۳ مخالفت کردن، موافقت نکردن^۴، ناسازگاری کردن و در فارسی به معنی ناحق و دروغ و ناساز و ناهمتا می- باشد.^۵ هم چنین اختلاف نظر در مسائل فقه را خلافیات گویند.^۶

گفتار دوم: مفاهیم اصطلاحی

الف) حکم

حکم در اصطلاح عبارتست از قانون شرعی و شامل حکم تکلیفی و حکم وضعی می‌شود حکم به این معنی را حکم شرعی هم می‌نامند همچنین رأی قاضی را نیز حکم گویند که در این صورت حکم در مقابل فتوا بکار رفته است.^۷ طبق ماده ۲۹۹ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ « چنانچه رأی دادگاه راجع به ماهیت دعوا و قاطع آن به طور جزئی یا کلی باشد، حکم، و در غیر این صورت قرار نامیده می‌شود.» مفهوم مخالف ماده فوق اینست که: قرار، تصمیم یا رأی است که راجع به ماهیت دعوا نبوده و پرونده را کلاً مختوم نمی‌نماید بلکه مسی‌رسی‌دگی را تغیری داده و یک تصمیم موقت است.^۸

۱ - عبدالنبی قی‌م، ص ۸۰۵

۲ - علی اکبر دهخدا، جلد ۱۰، ص ۱۷۳۹۵.

۳ - عبدالنبی قی‌م، ص ۴۵۵.

۴ - همان، جلد هفتم، ص ۹۹۰۴.

۵ - حسن عمی‌د، ص ۶۰۵.

۶ - محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد سوم، ش ۶۶۸۴، ص ۱۸۲۴.

۷ - محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، شماره ۱۹۲۵، ص ۲۴۲ - ۲۴۳.

۸ - سی‌د جلال الدین مدنی، آئین دادرسی کی‌نبری ۲، چاپ سوم، (تهران: انتشارات پای‌دار، ۱۳۸۵)، ص ۴۰۵.

آن چه مسلم است این است که مهم ترین تصمیمات دادگاه به صورت رأی صادر می‌گردد که اعم است از حکم و قرار در اصطلاح حقوقی حکم دادگاه رأی است که به موجب آن، فصل خصومت گردد. برای حکم چهار عنصر اساسی متصور است:

الف) در امور ترافعی صادر شده باشد، ب) از دادگاه صادر شده باشد، ج) راجع به ماهیت دعوا باشد، د) قاطع دعوا باشد.^۱

ب) قضاء

در اصطلاح، صدور رأی در امور جزئی (جزئی منطقی) خواه برای فصل خصومات باشد یا در مصالح عامه باشد مانند امور حبسی، می‌باشد. افتاء به صورت کلی است و در مقابل قضاء است.^۲

ج) فقه

در اصطلاح، علم احکام شرعی، عملی است که از روی ادله تفصیلی است و نیز علمی است که از فروع عملی احکام شرع بحث کند و مقصود از آن تحصیل کلمه اقتدار بر اجرای اعمال شرعی است. مبنای این علم بر استنباط احکام است از کتاب و سنت، و سبب همین استنباط محل اجتهاد است.^۳

د) قانون

در اصطلاح در دو معنا به کار رفته است:

الف- معنای موسع: مجموعه قواعد رفتاری که نحوه رفتار افراد و مناسبات میان آنها را در جامعه مشخص می‌سازد که این معنا، به لحاظ عام بودنش، با معنای لغوی قانون مشابهت دارد. در این معنا قانون، فارغ از مقام تصویب کننده اش مدنظر است.

ب- معنای مضیق: مجموعه قواعد رفتاری که مربوط به امری خاص و مشخص است، آن گونه که گفته می‌شود: «قانون مدنی»، «قانون مجازات مرتکبین اختلاس و ارتشاء». در این معنا قانون ساخته و پرداخته مجامع قانون گذاری و به تعبیری، «وضعی» است.^۴

۱ - عبدالله شمس، *آئین دادرسی مدنی*، چاپ یازدهم، (تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۵)، جلد دوم، ص ۲۰۸.

۲ - محمد جعفر جعفری لنگرودی، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد چهارم، ش ۱۰۹۳۰، ص ۲۹۲۷.

۳ - علی اکبر دهخدا، جلد یازدهم، ص ۱۷۱۹۲.

۴ - صفر بیگ زاده، *شیوه نامه نگارش قانون*، چاپ دوم، (تهران: مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴)،

هـ) موازین شرع

بین موازین شرع با شرع فرق بسیار است. تنها اذهان کار نیازموده ممکن است در این باب تردید کنند. شرع یعنی اراده باری تعالی درباره افعال اختیاری بندگان بی تردید نبی و امام معصوم به طور مستقیم از اراده خداوند مطلع می‌شوند و آن را در قول و تقریر خود بیان می‌کنند. این مطلب در علم کلام اثبات می‌شود اما از معصوم که بگذریم و دوره غیبت کبری را که در نظر بگیری، راهی به حقیقت اراده شارع در دست نیست. هر کس اشکال و ایرادی به این انسداد راه وارد کند، به اراده تکوینی باری تعالی اعتراض کرده است. البته که حکمت غیبت کبری تمام این عارضه را پوشش می‌دهد. با این حال بندگان حضرت حق در عصر غیبت به حال خود رها نشده‌اند. ارجاع مردم به فقها توسط امامان معصوم علیهم السلام برای جلوگیری از تقویت مصالح و نقض غرض بعثت تا حد امکان راهی است که شارع مقدس خود تعبیه کرده است. اما شیعه به اصطلاح مخطئه‌اند، یعنی معتقدند فتوای فقیهان ممکن است با واقع اراده باری تعالی مطابقت کند و ممکن است مطابقت نکند. با این بیان معلوم می‌شود که هر فتوایی از هر فقیه جایز التقلید یک می‌زان از موازین شرع است. وقتی گفته می‌شود « موازین شرع » مراد فتاوی فقهای جایز التقلید است. وقتی می‌گوئیم « احکام اسلام » مراد تمامی فتاوایی است که تمام فقهای جایز التقلید در طول تاریخ صادر کرده‌اند.^۱

هیچ کس نمی‌تواند بگوید فلان فتوا حکم اسلام نیست، مگر در مقام فقیه‌هی که اجتهاد کرده و به فتوایی که نقیض آن حکم است رسیده است. در این صورت نیز، برای این فقیه و برای مقلدان وی آن حکم، حکم شرع نیست و این حکم، حکم شرع است. اما فراموش نشود که برای مقلدان فقیه اول، مطلب درست بر عکس است و این مقتضای منطقی قول به تخطئه است که تمام شیعه بر آن اجماع دارند. ما انسان‌ها، مقلدان و فقیهان، در عصر غیبت به شرع دسترسی نداریم و فقط به می‌زان شرع دسترسی داریم. هر کدام از

ص ۲۱.

۱ - هادی حبیبی، « تأملی بر مقاله « ناصب یا ناصر؟ »، ۸۷/۱۲/۴. www.blogfa.com/wwww.goftemaneslahat.