

مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۳ - شماره ۲۴ - بهار و تابستان ۱۴۰۰

صفحات ۳۵۱ - ۳۸۴ (مقاله پژوهشی)

## بررسی تعارض تبصره ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی با استقلال قاضی مجتهد

طاهره فرمنش\* / علی اکبر ایزدی فرد\*\* / علی اکبر جهانی\*\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۲۸

### چکیده

استقلال قاضی، ضامن دادرسی سالم است. مشهور فقها انصراف قضاوت را برای مجتهد دانسته و حکم وی را لازم الاجراء می دانند. اما طبق تبصره ماده ۳ قانون آ.د.م: «چنان چه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد»، به نظر می رسد استقلال علمی و عملی قاضی مجتهد با چالش مواجه شده است. نگارندگان معتقدند جلوگیری از تصمیم گیری قاضی مجتهد بدون هیچگونه تخطی وی از اصول قضاوت، به صرف خلاف شرع دانستن قانون، با استقلال قاضی تعارض دارد. تالی فاسد های این امر، انزوای اجتهاد در فرایند دادرسی، تقدیم مفصول بر فاضل و وهن شأن والای مجتهد است. بنابراین، با تعمق در مستندات نقلی و عقلی، راهکار قانونگذار در تبصره به عنوان تنها راه برون رفت از چالش، رد شده و راهکار ارجاع موضوع به شورای نگهبان یا شورای فقهی یا فتوای فقیه اعلم، به عنوان مرجع صالح تشخیص مطابقت یا عدم مطابقت قوانین با شرع پیشنهاد گردیده است.

**کلیدواژه:** استقلال قاضی، اجتهاد، شورای فقهی، شورای نگهبان.

---

\* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

\*\* استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده مسئول)

ali85akbar@yahoo.com

\*\*\* استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

## طرح مسأله

با پیروزی انقلاب اسلامی، مجریان فرآیند قانونگذاری نظام قضایی، تمام توان خویش را بر اجرایی شدن اصول و عقاید شریعت اسلام در متن قوانین موضوعه، بکار بستند. فقه اسلامی از دیرباز جایگاه رفیع و الهی برای قاضی قائل بوده و جزء لوازم بدیهی عظمت این جایگاه، استقلال است. استقلال قاضی در بادی امر، حول محور دوری از هوای نفس، عدم وابستگی و تمایل به طرفین دعوا، جناح و یا قدرتی می چرخد. اصل استقلال قاضی یکی از اصول مترقی سیستم حقوقی اسلام است که قبل از آن که در قوانین اساسی و عادی کشورها متجلی گردد در منابع شرعی به صراحت بیان شده بود و مورد عمل قرار می گرفت (زراعت، ۱۳۹۳: ۸۶). براساس آیات قرآن، روایات و تراث معتبر فقهی، استقلال در استنباط و صدور حکم، ضمانت اجرای عدالت از سوی نظام قضایی و اساس کارآمدی عملکرد قاضی به شمار می آید. از سوی دیگر، صبغه «اجتهاد» در موطن قضاوت، شرطی است که مورد تأکید مشهور فقهای متقدم و متأخر قرار گرفته است. برخی همچون شیخ طوسی، فقیه عارف به همه آن چه که نسبت به آن ولایت دارد را مجاز به قضاوت دانسته و قضاوت تقلیدی براساس نظر دیگران را جایز نمی داند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۰۷/۶). بعضی نیز با لفظ اهل علم (حلبی، ۱۴۱۷/۴۳۶؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۸۳/۸؛ طرابلسی، ۱۴۰۶: ۵۹۷/۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۶: ۱۰/۱۷ و ۱۹؛ فقعی، ۱۴۱۸/۲۷۶؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۵۴/۲) و برخی با عبارت اهلیت برای فتوا (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۲۹۴/۴؛ حائری طباطبائی، ۱۴۱۸: ۵/۱۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲/۲۸۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰/۸۹؛ خمینی، ۱۴۲۰: ۲/۴۰۷) و یا استقلال در افتاء (شهید اول، ۱۴۱۷: ۲/۶۵؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۵۹/۴)، قضاوت را از شئون صاحبان ملکه اجتهاد و مبنای لازم الاتباع بودن حکم قاضی می دانند و قائلند با اجتهاد قاضی این اطمینان حاصل می شود که وی تمام توانش را در به دست آوردن ظنّ معتبر بر حکم شرعی بکار گرفته است. با این حال، در دوره نظامندی قانونی

کنونی، در بستر اجرای موازین اسلامی در جامعه، فضای برابری برای قضاوت مجتهد و مقلد، به دور از اختلافات فقها پیرامون لزوم و یا عدم لزوم اجتهاد و تنها ذیل تبعیت از موازین قانونی در حقوق موضوعه، ایجاد گردیده است. اما محلّ بحث و نزاع در این مقاله، چالشی است که تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م.<sup>۱</sup> در مورد قاضی مجتهد و استقلال ایشان در مرحله رسیدگی و صدور حکم در جایی که قانون را خلاف شرع بداند، ایجاد کرده است. بنابراین، قضات غیر مجتهد، تخصصاً و موضوعاً از محلّ بحث خارج می باشند؛ چراکه اساساً به دلیل فقدان ملکه اجتهاد، توان کشف خلاف شرع بودن قانون را ندارند. شایان ذکر است آن چه تاکنون در مطالعات قبلی بررسی شده، اجتهاد یا عدم اجتهاد قاضی است. اما محور بحث در این مقاله، تعارض استقلال قاضی مجتهد با تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. است که تاکنون تحقیق مستقلی در این مورد صورت نگرفته است.

در حقوق عرفی و شرعی، استقلال قاضی مجتهد، گزاره اصلی در تحقق صحیح و متقن قضاوت وی است. با این حال تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. با اتکاء و تأکید بر اصل «قانونی بودن دادگستری»، اجازه صدور رأی بر خلاف قانون و مطابق با استنباط قاضی مجتهد از حکم شرع را نمی دهد. این امر، زمینه شکل گیری شکاف میان حقوق عرفی و شرعی را ایجاد می نماید. زیرا بر اساس تبصره مذکور، در صورتی که قاضی مجتهد قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع

---

۱. ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۱۳۷۹: «قضات دادگاه موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر 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 نمی توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد. تبصره: چنان چه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد.

خواهد شد. یعنی قاضی مجتهد باید قرار امتناع از رسیدگی صادر کند و بدون امکان ارائه هیچگونه نظری، پرونده را به مقام ارجاع فرستاده تا از آن طریق به شعبه دیگری برای صدور رأی ارجاع شود. سلب اختیار رسیدگی و اظهار نظر از قاضی مجتهد که فی نفسه، قضاوت از شئون وی در شرع است، منجر به شکل گیری تعارضی مستقر میان ملکه اجتهاد قاضی و استقلال وی می گردد.

اگر بخواهیم ماده ۳ ق.آ.د.م. را بازتابی از استقلال قضات به منظور ایجاد فضایی که بتوانند به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و یا اصول حقوقی مراجعه کنند، قلمداد نماییم. با عنایت به عمومیت دعاوی و به تبع آن تنوع موضوعات و رسیدگی ها، هنگامی که قاضی با متن قانون به هر نحو که در ماده ۳ ق.آ.د.م. آمده است، با مشکل روبرو گردید، می بایست بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی<sup>۱</sup> علی الاطلاق، از طرق معین شده در ماده ۳ ق.آ.د.م. به دعوا رسیدگی نماید. زیرا قواعد حقوقی در نظر و عمل محتوای اجتماعی دارند که از جمع بین اصل ۱۶۷ ق.ا. و قاعده عدم تعطیلی جریان دادرسی با تبصره مذکور، می توان نتیجه گرفت که به سبب الزام آور بودن قوانین، تبصره یاد شده قاضی مجتهد را تحت هر شرایطی، ملزم به ارجاع پرونده به شعبات دیگر دادگاه نموده است. این امر در واقع، تخصیصی بر عمومیت استقلال لحاظ شده در مفاد ماده ۳ ق.آ.د.م. و اصل ۱۶۷ ق.ا. ایجاد کرده است.

نگارندگان بر این اعتقادند که از مفاد تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. می توان به تقابل ملزومات آن با اصل استقلال قاضی مجتهد پی برد، زیرا قانونگذار در متن ماده ۳ ق.آ.د.م. از واژه قضات به طور مطلق استفاده کرده و قضات مجتهد و مقلد را ملزم نموده برای تطبیق حکم بر موضوع، تفسیر قانون و در نهایت صدور رأی، مسیر

---

۱. «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 نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

مشخص شده در ماده مذکور را طی کنند. اما در تبصره مذکور این اطلاق را قید زده و حق اظهار نظر را از قاضی مجتهد سلب نموده و در هر صورت، او را ملزم به ارجاع پرونده به شعبه ای دیگر کرده است، تا از تعطیلی جریان دادرسی به این عذر که قانون در ماهیت دعوی، منطبق با استنباط او از شرع نیست، جلوگیری شود. در حالی که طبق موازین شرعی قاضی مجتهد در فعالیت خود به دلیل توانمندی علمی و اساساً ولایتی که شرع به او اعطاء نموده، دارای استقلال علمی و عملی در مسیر بررسی و صدور رأی بوده و حکم او قطعی و لازم الاجراء می باشد. با عنایت به این که محتوای منابع فقهی، تأکید فراوان بر اهمیت جایگاه قاضی مجتهد و اختیار شرعی و استقلال وی دارند و از جهت انطباق و حاکمیت احکام و موازین شرعی در بطن قوانین موضوعه، تأثیر مستقیم بر نظام حقوقی ایران و حضور مجتهدان در فضای قضایی دارد، پژوهش حاضر سعی در پاسخگویی به این چالش و ارزیابی و تحلیل ابعاد و زوایای فقهی و حقوقی آن نموده است.

## ۱- مفهوم شناسی

در راستای رفع تعارض مستقر در تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. نخست باید معنای لغوی و اصطلاحی دو لفظ «استقلال» و «اجتهاد» را تبیین کرده و سپس به بررسی مسأله پردازیم.

### ۱-۱- استقلال

استقلال، مصدر بر وزن استفعال، از ریشه «قل» می باشد. اهل لغت برای آن معانی متعددی ذکر نموده اند که حقیقی برای آن می باشند، از جمله برداشتن و بلند کردن، ضابط امر خویش بودن، به خودی خود به کاری بر ایستادن بی شرکت غیر (معین، ۱۳۶۰: ۲۵۶/۱؛ جعفری لنگرودی، ۳۴۷/۱۳۷۸؛ حسینی دشتی، ۱۳۶۹: ۱۸۸/۲) و یا آزادی داشتن، به آزادی کار کردن، بدون مداخله کسی کار خود را ادامه دادن

بررسی تعارض تبصره ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی با استقلال قاضی مجتهد ————— ۳۵۶

(عمید، ۱۳۷۹: ۱۴۷/۱-۱۴۸) و برخی نیز آن را اعتماد به نفس، خودسری، به خوددایستایی و خودکامگی نیز تعبیر کرده اند (پرتو، ۱۳۷۷: ۱۵۹/۱)؛ در عین حال، داشتن حقّ یا توانایی تصمیم گیری در اداره کارها و بی نیازی و عدم وابستگی به دیگری نیز از معانی استقلال به شمار می رود (انواری، ۱۳۸۱: ۳۸۶/۱). استقلال، واژه ای است که در فقه نیز دارای ابعاد وسیعی است و به این مناسبت در باب های صلات، تجارت، وکالت، وصیت و صید و ذباحت به کار رفته است (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۲/۴۵۱؛ هاشمی رفسنجانی، ۲۰۷/۱۳۸۳). مجمع تشخیص مصلحت نظام در مقام تدوین سیاست های کلی نظام و در قالب ۷ بند، سیاست های کلی نظام در مورد استقلال قاضی را در تاریخ ۱۳۸۴/۱۲/۲۷ تصویب کرد. در این مصوبه از عبارت «استقلال قضات در رسیدگی به پرونده ها، بدون تأثیر پذیری از دخالت دیگران و تأمین معیشت و امنیت و شرایط کار مناسب با مسئولیت قضات» استفاده شده است. به نظر نگارندگان این مصوبه تعریف جامعی را از استقلال ارائه داده و تمامی مؤلفه های تشکیل دهنده و تأثیرگذار بر استقلال را ذکر کرده است.

## ۲-۱- اجتهاد

اجتهاد کلمه‌ای عربی از ماده «ج ه د» و باب افتعال به معنای به کار بستن تمام تلاش برای انجام دادن کاری است (فیومی، ۱۴۱۴: ۱۱۲/۱). اهل لغت، اجتهاد را با عباراتی همچون: نهایت تلاش (طریحی، ۱۴۱۶: ۳۲/۳)، تلاش برای دستیابی به امری (جزری، بی تا: ۳۱۹/۱؛ جوهری، ۱۴۱۰: ۴۶۱/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۳۵/۳)، تلاش توأم با تحمل رنج و سختی (اصفهان‌ی، ۱۴۱۲: ۲۰۸) و یا تلاش فراوان و بکار بردن همه توان در قول و فعل (جزری، بی تا: ۳۱۹/۱) معنی نموده اند. در اصطلاح، اجتهاد تلاش برای یافتن دلیل و حجتّ براحکام شرعی می باشد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۲: ۲۴۳/۱). در باب اجتهاد، تعاریف متعددی بیان شده است که می توان مفهوم مشترک از تمامی تعاریف های ارائه شده در علم فقه و لغت، را بکارگیری تمام قدرت و توان

در همه عملیات استنباط به منظور دستیابی به دلیل و حجت شرعی، از منابع معتبر در شریعت دانست. مجتهد نیز کسی است که علم به احکام شرعی فرعی از ادله تفصیلی را به صورت بالقوه و بالفعل دارد (طریحی، ۱۴۱۶: ۳/۳۳). اگرچه به صورت بالفعل به استنباط نپردازد، اما توانایی بالقوه آن را داراست.

## ۲- اصل استقلال قاضی

تاریخ قضای اسلامی، حکایت از حساسیت و ارزش والای قضاوت در راستای تحقق عدالت اسلامی و حفظ حقوق آحاد جامعه و برخورداری همه افراد از یک رسیدگی قانون مدارانه و عادلانه در یک دادگاه منصفانه و بی طرف دارد. قانونگذار جمهوری اسلامی ایران نیز به تبعیت از الگوی اسلامی، جایگاه رفیعی برای قاضی به عنوان ارزشمندترین سرمایه قوه قضائیه در مقابله با مفسدین و زورمندان قائل است. در این راستا اجرای اصلی با عنوان استقلال و بی طرفی قاضی در صدور احکام موجه و مستدل و مستند را پیش بینی کرده است تا از این طریق هم چهارچوبی برای فعالیت مستقل قاضی ایجاد نماید و هم بر عملکرد او نظارت دقیق داشته باشد. با مراجعه به متون دینی نیز این اصل صراحتاً قابل استنباط است. خداوند در آیه ۵۸ سوره نساء و آیات ۴۵ و ۴۷ و ۴۹ سوره مائده، ضمن تبیین جایگاه و وظیفه خطیر حاکم در حکم دادن، بر عدم پیروی از هوای نفس، صدور حکم بر اساس عدالت و به حق و در چهارچوب «بما أنزل الله» تأکید نموده است.

در سخنان معصومین(ع) نیز بر این مطلب تأکید شده است. حضرت علی(ع) در نامه خود به مالک اشتر می فرماید: «برای قضاوت بین مردم برترین شخص نزد خودت را انتخاب کن، کسی که امور قضاوت او را دچار تنگنا نکند، و برخورد مدعیان پرونده وی را گرفتار لجبازی ننماید، و در خطا پافشاری نرزد، و هنگام شناخت حق از بازگشت به آن درنماند، و درونش به طمع میل نکند، و در رسیدن به حقیقت

مقصود، به اندک فهم اکتفا ننماید، و درنگش در شبهات از همه بیشتر باشد، و دلایل را بیش از همه به کار گیرد، و از رفت و آمد نزاع کنندگان کمتر ملول شود، و در کشف امور از همه شکیباتر، و در وقت روشن شدن حکم از همه قاطع تر باشد، کسی که ستایش مردم او را دچار خودبینی نکند، و تمجید و تعریف او را به تعریف کننده مایل ننماید، که آراستگان به این صفات در جامعه اندک اند. قضاوت قاضی را هرچه بیشتر بررسی کن، و در پرداخت مال به او گشاده دست باش آن مقدار که نیازش را برطرف کند، و احتیاجش به مردم کم شود، و آنچنان مقامش را نزد خود بالا بر که از نزدیکانت احدی در نفوذ به او طمع ننماید، تا از ضایع شدنش به توسط مردم نزد تو در امان بماند. در زمینه انتخاب قاضی از هر جهت دقت کن؛ دقتی بلیغ و رسا، که این دین اسیر دست اشرار بود، در آن به هوا و هوس عمل می کردند، و وسیله دنیاطلبی آنان بود» (نهج البلاغه: نامه ۵۸).

همچنین از فحوای کلام امام صادق(ع) در جواب سؤال عمر بن حنظله که می گوید از امام صادق(ع) درباره دو نفر از دوستانمان که نزاعی بینشان بود در مورد قرض یا میراث، و به قضات برای رسیدگی مراجعه کرده بودند، سؤال کردم که آیا این رواست؟ فرمود: «هر که در مورد دعاوی حق یا دعاوی ناحق به ایشان مراجعه کند، در حقیقت به طاغوت مراجعه کرده باشد؛ و هر چه را که به حکم آنها بگیرد، در حقیقت به طور حرام می گیرد؛ گرچه آن را که دریافت می کند حق ثابت او باشد؛ زیرا که آن را به حکم و با رأی طاغوت و آن قدرتی گرفته که خدا دستور داده به آن کافر شود. خدای تعالی می فرماید: یَرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ. پرسیدم: چه باید بکنند؟ فرمود: باید نگاه کنند ببینند از شما چه کسی است که حدیث ما را روایت کرده، و در حلال و حرام ما مطالعه نموده، و صاحب نظر شده و احکام و قوانین ما را شناخته است ... بایستی او را به عنوان قاضی و داور بپذیرند، زیرا که من او را حاکم بر شما قرار داده‌ام. پس آنگاه که به حکم ما حکم نمود و از وی



نپذیرفتند بی گمان حکم خدا را سبک شمرده و به ما پشت کرده‌اند و کسی به ما پشت کند به خداوند پشت کرده و این در حدّ شرک به خداوند است» (حرّ عاملی، ۱۳۱۲: ۹۹/۱۸)؛ نیز کبرای کلیّ استقلال قاضی در علم و عمل را می توان استنباط نمود. در حقیقت، این آیات به ضمیمه روایات مربوط، به این مهم تصریح دارند که اصل منصب قضا، جایگاهی است که به انتخاب مردم واگذار نشده و باید به نصب الهی باشد (موحدی محب، ۱۳۸۸: ۱۳۱) و حکم قاضی ای که بر اساس احکام الهی حکم کند را تأیید و مخالفت با آن را سبک شمردن حکم خداوند و به منزله شرک به خدا می دانند (کلینی، ۱۴۲۹: ۶۵۱/۱۴).

حکم انشائی مندرج در این روایات و موارد مشابه دیگر همچون روایت ابی خدیجه از امام صادق (ع) که فرمود: «به آنان بگو اگر مخاصمه و نزاع و بگو مگو در برخی گرفتن و دادن ها بین شما واقع شد پرهیزید از این که محاکمه را به نزد یکی از این فاسق ها ببرید، بین خویش کسی که حلال و حرام ما را می شناسد معین کنید که من او را قاضی شما قرار دادم و بر حذر باشید از این که مخاصمه یکدیگر را به نزد سلطان ستمگر ببرید» (حرّ عاملی، ۱۳۱۲: ۱۰۰/۱۸)، و توقیع شریف از امام زمان (عج) که فرمودند: «در حوادث واقعه به راویان احادیث ما رجوع کنید، به درستی که ایشان حجّت ما بر شما و من حجّت خدا هستم» (حرّ عاملی، ۱۳۱۲: ۱۰۱/۱۸) دلالت بر تأکید اسلام بر استقلال در رأی و علم متقن قاضی به احکام الهی و صدور حکم بر اساس آن دارد تا فصل خصومت او طبق ضوابط صحیح از ادله و منابع معتبر، استخراج و استنباط شده باشد. قاضی می بایست با علم خودش، با بیّنه و با چیزهایی که در دست دارد، قضاوت کند و هیچ کس نمی تواند به او دستور دهد (هاشمیان، ۱۳۶۴: ۳۶۱/۱) و یا تحت تأثیر دیگران قرار گیرد.

استقلال قاضی، از منظر بعضی، حقّ و امتیازی است که قانون برای او قائل شده تا بتواند بدون هیچگونه ترسی از تمام اختیاراتی که قانون به او اعطاء کرده استفاده نماید.

بررسی تعارض تبصره ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی با استقلال قاضی مجتهد — ۳۶۰

قانونگذار نیز در راستای تضمین و تأمین دادرسی بی طرفانه، مصونیت و امنیت قضایی و همچنین تساوی مردم در برابر اجرای قانون، اقدام به چهارچوب بندی استقلال قاضی نموده است. اما این هدف بخاطر فقدان و یا شفاف نبودن چهارچوب و شاخصه های استقلال، موجب شده که نتوان در یک قالب معین، درجه و اعتبار استقلال قاضی را تعریف نمود. در نظام اسلامی که داعیه عدالت الهی، مبنای تنقیح قوانین موضوعه قرار گرفته است وجود چنین ابهامی، خطوط تحقق استقلال قاضی در مسیر بررسی و صدور حکم را متزلزل کرده است. استقلال قاضی گرچه در بادی امر ممکن است ساده و قابل فهم به نظر بیاید، اما می بایست دارای حدود و چهارچوبی در فقه و حقوق موضوعه باشد که محوریت فصل خصومت منوط به نتیجه حضور آن گردد. می توان مهم ترین فریضه در قوه قضائیه به عنوان یکی از کلیدی ترین ساختارهای حفظ نظم، امنیت و رعایت حقوق انسان ها و مرجع بررسی تظلمات را دقت در تنفیذ میزان استقلال به قاضی در بررسی پرونده های مفتوحه و در نهایت مختومه نمودن آنها دانست، زیرا تمامی ثمره عملکرد این قوه، در تصمیم قاضی تجلی پیدا می کند.

### ۳- حالات متصور در ماده ۳ ق.آ.د.م. و تبصره آن

به نظر می رسد در اعمال استقلال برای قاضی، به عنوان اصلی ترین بعد تحقق دادرسی عادلانه و مبنای احقاق حق و حفظ کرامت انسان ها، با توجه به متن ماده ۳ ق.آ.د.م. سه حالت کلی را می توان متصور دانست:

- ۱- در خصوص موضوع دعوا قانون موجود است و هیچ نقص، اجمال یا تعارضی در مواد قانون وجود ندارد.
- ۲- در خصوص موضوع دعوا قانون وجود دارد، اما قانون مبهم یا مجمل است و یا بین مواد قانونی تعارض وجود دارد.

۳- در خصوص موضوع دعوا، اصلاً قانونی وجود ندارد و اصطلاحاً قانون ساکت است.

در تطابق ۳ حالت متصور در ماده ۳ با تبصره آن، با چالش عدم استقلال و اختیار قاضی مجتهد مواجه می شویم. زیرا در متن تبصره تصریح شده که چنان چه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، اجازه صدور رأی وفق نظر خود را ندارد. بنابراین در حالت اول، فرض قانونگذار وجود قانون و عدم هر گونه نقص، ابهام، اجمال یا سکوت است، که مصداق بارز تبصره ماده ۳ قانون آ.د.م. محسوب می گردد و قانونگذار قاضی مجتهد را از حکم بر اساس اجتهاد شخصی اش منع کرده و وی را فاقد اختیار در رسیدگی دانسته است. اما در خصوص حالت دوم و سوم، در ماده ۳ ق.آ.د.م. بیان شده که قاضی باید با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد و الاً مستتکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهد شد. در متن ماده ۳ به طور مطلق از واژه قاضی استفاده شده است؛ لذا ممکن است قاضی مورد نظر مجتهد یا غیر مجتهد باشد. چنان چه قاضی غیر مجتهد باشد قطعاً به دلیل فقدان ملکه اجتهاد، امکان استنباط از منابع معتبر اسلامی را ندارد و تنها راه برای وی استناد و استفاده از فتاوی معتبر به عنوان شخصی مقلد است و به نظر نگارندگان چون قاضی غیر مجتهد است حتی امکان تشخیص عدم مغایرت اصول حقوقی با موازین شرعی برای وی فراهم نیست.

اما چنان چه قاضی مجتهد باشد در حالت دوم و سوم با چه تکلیفی مواجه است؟ در پاسخ به این سؤال، دو نظر قابل ارائه است: نظر اول این که به دلیل سکوت یا نقص یا اجمال و ابهام یا تعارض، قاضی مجتهد به طریق اولی بتواند بر اساس نظر اجتهادی اش عمل کرده و حکم صادر کند، زیرا در این مورد به دلیل عدم وجود قانون (فرض

سوم) یا نقص یا اجمال یا تعارض قانون (حالت دوم) با چالش و اشکال مخالفت نظر شخصی اش با قانون مواجه نیست. اما نظر دوم این است که در چنین حالتی نیز با استفاده از مبنای تبصره ماده ۳ به قاضی مجتهد اجازه صدور حکم بر اساس نظر شخصی اش را ندهیم، زیرا مبنای تبصره ماده ۳ جلوگیری از هرج و مرج و اعمال نظریات شخصی و برابری اشخاص در مقابل قانون است. نگارندگان معتقدند بر اساس چنین نظری، چالش عدم استقلال و اختیار قاضی مجتهد قوت بیشتری می یابد و وضعیت قاضی مجتهد از قاضی غیر مجتهد نیز بدتر می شود. زیرا حداقل این است که قاضی غیر مجتهد در چنین موقعیتی می تواند بر اساس فتاوی معتبر حکم صادر کند، اما قاضی مجتهد به دلیل ممنوعیت از تقلید چنین امکانی را ندارد و از طرفی طرفداران نظریه دوم امکان صدور حکم بر اساس فتوا و نظر شخصی وی را نیز مجاز نمی دانند و تنها راه ممکن برای ایشان عمل بر طبق تبصره ماده ۳ و گرفتن پرونده از قاضی مجتهد و ارجاع آن به شعبه دیگری جهت رسیدگی است.

به نظر نگارندگان، با رخدادهای مندرج در ماده ۳ ق.آ.د.م. با توجه به نگاه شریعت به وظیفه خطیر قاضی در فرایند صدور حکم بما أنزل الله و فصل خصومت، قاضی مجتهد به طریق اولی می بایست براساس نظر اجتهادی خود که برگرفته از استنباطش از ادله و منابع اسلامی است، حکم صادر کند. زیرا ملکه اجتهاد، چیزی جز تطبیق اصول بر فروع و نتیجه گیری از این عمل عقلانی نیست، همچنان که ابی نصر از امام رضا(ع) نقل می کند که فرمودند: «عَلَيْنَا إِلْقَاءُ الْأُصُولِ وَ عَلَيْكُمْ التَّفْرِيعُ؛ بیان اصول از ما و استخراج فروع با شما» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۶۲/۲۷). قدر متیقن از کلام معصوم(ع)، قاضی مجتهد است که سعی بلیغ در استخراج اصول و فروع شریعت از مبانی و ادله دارد و منبع اجتهاد وی، منابع معتبر اسلامی است که در متن ماده ۳ ق.آ.د.م. مقدم بر فتاوی معتبر و اصول حقوقی ذکر شده است. در واقع، جواز استناد به منابع اسلامی را باید محدود به قضات مجتهد نمود، زیرا تجویز اختیار به قاضی غیر

مجتهد برای استناد به این منابع، احتمال استناد به عامی که در محلّ دیگری تخصیص خورده یا استناد به ظاهری که دلایل قطعی در جای دیگر بر انصراف آن موجود است، را به دنبال دارد. بنابراین قضات غیر مجتهد صرفاً امکان استناد به فتاوی معتبر را دارند زیرا از دشواری طیّ طریق استنباط حکم از منابع معتبر اسلامی کاسته و تالی های پر مخاطره ای چون عدم تطبیق حکم با موضوع، تقصیر و اشتباه در موضوع و یا حکم را در پی ندارد.

در ارتباط با عمل قانونگذار در تنقیح تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. چند توجیه را می توان مطرح کرد:

#### **الف - ضمانت اجرای حفظ امنیت حقوق افراد جامعه**

بنیادی بودن حیثیت و منزلت انسانی در جامعه مدنی، ملاک تبیین ضمانت اجراهای لازم در جهت تأمین و استمرار امنیت حقوق افراد در جامعه است. زیرا بر طبق اصل برابری، تمام افراد مردم دارای حقوق و تکالیف یکسان اند و تا وقتی بین افراد مساوات کامل از هر لحاظ برقرار نشود، محال است که در جامعه ای عدالت اجتماعی و برادری و آزادی محقق شود (هاشمی، ۱۳۹۷: ۲۱۹). صیانت از حقوق افراد در تنازعات که با حضور طرفین دعوا در محاکم قضایی صورت می گیرد، نیازمند آن است که مرجع رسیدگی به تظلمات، برای تساوی عموم افراد در برابر قانون، ضمانت اجراهای معینی را به منظور تأمین و حفظ امنیت حقوق افراد که ضامن منافع عمومی می گردد، طراحی نماید. همچنان که در بند ۱۴ اصل ۳ ق.ا. چنین تصریح شده است: «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد: ۱۴- تأمین حقوق همه جانبه افراد از زن و مرد و ایجاد امنیت قضائی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون.»

از همین رو قانونگذار نیز منطقاً در جهت شمول قانون نسبت به عموم افراد جامعه ناگزیر به ایجاد سدّ در برابر نظریات انفرادی و صدور حکم براساس اجتهادات آزاد به

بررسی تعارض تبصره ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی با استقلال قاضی مجتهد ————— ۳۶۴

دلیل ایجاد نابسامانی فقهی، حقوقی و قضایی شده است، لذا برخی قائلند که این شیوه عمدتاً با هدف محدود و نهادینه ساختن اختیارات قضایی و جلوگیری از خودسری های دادرسان ساخته و پرداخته شده است (انصاری، ۱۳۹۲: ۱۱۶).

شاید بتوان این توجیه را در مورد قاضی مأذون به سبب فقدان قوه استنباط احکام شرعی و تقلید از فتاوی مراجع صادق دانست، هرچند که به نوعی ممکن است مانع استقلال قاضی در فرایند دادرسی و اجرای عدالت قضایی گردد، اما در ارتباط با قاضی مجتهد محل تأمل است و با توجه به راهکاری که در مقاله ارائه می شود، امنیت حقوق افراد جامعه با بررسی نظر قاضی مجتهد در مراجع بالاتر نه تنها خدشه دار نمی گردد، بلکه می تواند تضمینی جهت رفع ابهامات یا نقائص احتمالی در متن قانون باشد.

## ب- مصلحت

قانونگذار میان وجوب اطاعت از فتاوی مختلف قضات مجتهد و وجوب رعایت عدالت و برابری مردم در تعیین روشی معین برای بررسی و صدور حکم، بر سر دو راهی قرار گرفته است. در تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. قانونگذار گزینه دوم را ترجیح داده و برابری مردم در مقام رسیدگی را بر اساس اصل قانونی بودن دادگستری انتخاب نموده است. انتخاب مرجح با عنایت به مقتضیات زمان، تحوّل در روند دادرسی ها، گسترش دعاوی و رشد جرائم، به سبب آن که وقوع متعلق حکم در زمان خاص (مصلحت وقتی) موجب مصلحت در انجام فعلی در آن زمان می شود و یا زمان خاص بر مصلحت فعل افزوده (عمید زنجانی، ۱۳۸۹: ۵۴/۲) ناگزیر ملزم به تعمیم یا تخصیص مجرای استقلال در متعلقات آن شده است. از اینرو قضات مجتهد در جایی که قانون را خلاف شرع بدانند، ملزم به صدور قرار امتناع از رسیدگی شده تا از اخلال، هرج و مرج و آسیب به اصل نظام قضایی و حاکمیت اسلام در جامعه در بلندمدت جلوگیری

شود و در نتیجه مصلحت حفظ کیان اسلام بر لازم الاتباع بودن حکم قاضی مجتهد اولویّت دارد.

انتخاب مرجع می بایست طبق طریقی باشد که شارع آن را تأسیس یا امضاء نموده است، زیرا احکام تابع مصالح و مفاسد واقعی در متعلق خود می باشند (خوئی، ۱۴۱۳: ۲۰۵/۴ و ۲۹۱) تا بدین وسیله حجّیت یافته و کشف تنزیلی از واقع برای ما صورت پذیرد، زیرا از نظر شریعت اسلامی هر مصلحت یا مفسده ای به دلیل این که دارای آثار مقطعی هستند و این احتمال وجود دارد که در آینده اثر معکوس داشته باشند، نمی توانند تنها علت جعل حکم قرار بگیرند و حتی سیره عقلانیّه نیز این مسأله را نمی پذیرد (شیخ طوسی، ۱۴۱۷: ۷۳/۲). به نظر می رسد تمسک به مصلحت در صورتی جایز است که قطعی بوده و با ادله قطعیّه و نصّ شریعت مخالفتی نداشته باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۴۹۱/۲) در مسأله مورد بحث، امتناع قاضی مجتهد از رسیدگی هرچند که به دلیل تقدم مصالح عمومی بر مصالح فردی و اجرای عدالت است؛ اما از طرف دیگر، با اصل استقلال قاضی مجتهد که براساس ادله قطعیّه و نصوص شرعیّه ثابت است، منافات دارد، از اینرو با توجه به راه حلّ ارائه شده در این مقاله می توان بین آن دو جمع کرد و مصلحت نظام را حفظ نمود.

### ج- جلوگیری از تعارض و مصاف قانون و فتوا

به نظر می رسد یکی از دلایل فلسفه تصویب تبصره ماده ۳ و به تبع آن محدودیت عملکرد برای قاضی مجتهد را می توان در حاکمیت قانون بر جامعه دانست. انصراف روایات حوزه قضا<sup>۱</sup> دلالت بر آن دارد که دادرسی از وظایف فقهای شیعه در زمان

---

۱. الف: پیامبر اکرم (ص): «اللهم ارحم خلفائی. قيل: یا رسول الله و من خلفائک؟ قال: الذین یأتون بعدی و یروون منی حدیثی و سنتی...» «خدایا! بر جانشینان من رحمت فرست، پرسیدند: ای رسول خدا! جانشینان شما کیانند؟ فرمود: آنان که بعد از من می آیند و حدیث و سنت مرا نقل می کنند» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳: ۴۲۰/۴)؛ ب: توقیع شریف امام زمان (عج)، مقبوله عمر بن حنظله: از امام صادق (ع) و صحیحه ابی خدیجه (سالم بن مکرّم) از امام صادق (ع) که پیش تر ذکر گردیدند؛ ج: امام حسین (ع): «... مجاری الامور و الاحکام علی ایدی العلماء

بررسی تعارض تبصره ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی با استقلال قاضی مجتهد ————— ۳۶۶

غیبت به شمار می رود (حرّ عاملی، ۱۴۲/۱۴۰۹؛ شهید اول، ۱۴۱۷: ۴۷/۲). براساس این احادیث، امامان معصوم (ع) مردم را جهت رفع نیازهای حکومتی به ویژه مسائل قضایی و منازعات به فقها ارجاع داده اند و آنان را با تعابیری چون «امناء»، «خلفا»، «وارثان پیامبران» و «کسانی که مجاری امور به دست ایشان است»، معرفی کرده اند. به همین دلیل، ولایت فقها در این امور، مورد پذیرش معظم اصولیین شیعه می باشد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۶۰/۴؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۴۱۹/۳؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۴۹۴/۲) خروجی و مستنبط از ادلّه معتبر فقهی در کلام فقیه جامع الشرایط (مجتهد)، فتواست. فتوا، قضیه حقیقیه ای است که نشان دهنده وضعیّت شرعی موضوع و بیان حکم کلی الهی برای عموم است مانند: مستحبّ، واجب یا حرام است. به همین سبب، در عملیات افتاء به طور مطلق، راهی برای غیر فقیه تعریف نشده است و مدلول روایات، واجدان شرایط یعنی کسانی که سعی بلیغ در دستیابی و علم به احکام دارند، می باشد (خمینی، ۱۴۲۰: ۱۱۴/۲)؛ بنابراین اگر قاضی بخواهد بر اساس فتوا عمل نماید، قاضی دیگر نمی تواند آن را نقض کند، بلکه نقض آن مصداق «و الرّاد علیهم کالرّاد علی الله وهو فی حدّ الشّرك بالله» می گردد (مرعشی، ۱۳۷۶: ۲۲۸-۲۲۹) بنابراین، لزوم صدور رأی بر طبق فتوای برآمده از اجتهاد همچنان به قوّت خود باقی است و دلیلی بر اختصاص آن به مجتهد معین و مشخصی وجود ندارد (رضوان طلب و جهان دوست دالنجان، ۱۳۹۸: ۱۱۰).

مصاف قانون و فتوا زمانی ظهور می یابد که در قضیه معینی دیدگاه قاضی مجتهد و متن قانون که منشأ آن فتاوی فقیهان دینی است، با هم تنافی نمایند. از آنجا که با توجه به روند ملحوظه در روایات، قاضی مجتهد با علم به خلاف شرع بودن قانون نمی تواند براساس مندرجات آن حکم صادر نماید، پس در این شرایط میان اعمال نظر و به



تبع رأی براساس دیدگاه خود و تأمل و بررسی دیدگاهش در مسند بالاتر قضایی تعارض شکل می‌گیرد. در حقوق ایران، احکام قانونگذار به معنای الزام بر انجام کار یا ترک آن، قضایای شخصیّه ای هستند که جوهرهٔ بخش قابل توجهی از آنها، نقل فتاوی مشهور فقهاست که در مرحله قانونگذاری در مجلس شورای اسلامی بررسی و سپس توسط شورای نگهبان تأیید، و در نهایت به عنوان قانون تلقی می‌شوند. در حالی که فتوا، قضیهٔ حقیقه ای است که صرفاً بیان حکم کلی الهی برای عموم یا بیان موضوعات مستنبطه (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۴۳۸/۱) تلقی می‌شود. با این توصیف می‌توان گفت که فتوا اخصّ از قانون است؛ زیرا قانون مجموعه فتاوی یکسان فقها و یا در صورت اختلاف فقها، فتاوی فقیه حاکم است. بعضی معتقدند، قاضی براساس فتوا یا قانون باید قضاوت کند. در فرض وجود حکومت اسلامی، قانون، مرجع قاضی را در قضاوت، تعیین می‌نماید. این مرجع ممکن است قوانین موضوعه یا فتاوی رهبر یا فتاوی مرجع خاصی یا نظر شورایی از مراجع یا ... باشد (هادوی تهرانی، ۱۳۸۵: ۳۰۰/۱) و برخی می‌نویسند: «با این که مجتهد جامع الشرایط صلاحیت ذاتی برای حکم و قضا را داراست ولیکن در چهارچوب حکم اسلامی باید در نظام حرکت کند و حکومت ولی امر با نظارت فائقه حتی بر مجتهدین حاکم است و آحاد ملت حتی علما در چارچوب متصل به ولایت انجام وظیفه و ایفای نقش می‌نمایند» (صدیقی، ۱۳۷۴: ۸۲).

به نظر می‌رسد، تکلیف قاضی مجتهد به اجرای قانونی که توسط قوه مقننه پی ریزی و تصویب می‌شود، در مواردی است که قانون نارسا می‌باشد و این قاضی است که می‌بایست دست به تفسیر آن بزند. اما تبعیت صرف از قانون از سوی قاضی در فضایی که دارای ملکه اجتهاد است و اساساً مقام قضاوت برای آن در فقه اسلامی نهادینه شده است، مطابق با متن آیات و روایات نمی‌باشد و در نقطه مقابل این توانمندی قرار می‌گیرد. مگر آن که بپذیریم قاضی به طور مطلق نماینده حکومت

بررسی تعارض تبصره ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی با استقلال قاضی مجتهد ————— ۳۶۸

است و با این صورت ذهنی بگوئیم، نماینده ملزم به رعایت منافع اصیل می باشد و گرنه دیگر متّصف به نمایندگی نبوده و سالبه به انتفاء موضوع می شود.

در عصر نظام مندی قانونی کنونی، می توان قاضی را در نظام دادگستری، کارمند محسوب نمود که می بایست تابع سلسله مراتب موجود در متن قوانین بوده و در عمل و رأی به آن چه صرفاً در قانون ذکر شده و قانونگذار او را ملزم کرده است پایبند باشد. و به عنوان یک مجری، روند محکمه را در جهت رعایت عدالت اداره نماید و خود به تنهایی هیچ نقشی در حکم متّخذ از جلسه نخواهد داشت. اما این تبعیّت با استقلال تأکید شده در فقه منافات داشته و نقض کننده آن می باشد. زیرا استقلال به قاضی این آزادی و اختیار را اعطا می کند که با حفظ شئون و بر اساس توانمندی های علمی و فردی خود، بتواند معیارهای دادرسی عادلانه را در محکمه بکار برده و رأی در راستای حکم بما أنزل الله نسبت به حلّ و فصل خصومت و در نهایت، احقاق حقّ صادر کند. با این حال، آزادی عمل قاضی بی حدّ و حصر نیست، زیرا قضاوت از جمله وظایف اصلی حکومت ها بشمار می رود و حکومت ها با اعمال تشریفات خاص درصدد جلوگیری از سوء استفاده قاضی از آزادی عمل خود هستند.

اگرچه نقش قاضی مجتهد در مسند قضاوت را نمی توان نمایندگی متعارف در قانون موضوعه تعریف نمود، زیرا وظیفه قاضی به عنوان نماینده طرفین، برگرداندن نظم است که به عللی مختلّ شده است و صرفاً شخصی می تواند به این هدف والا نایل شود که هیچگونه تمایل یا ترس از قدرتی نداشته باشد و با پرهیز از تمایلات نفسانی، بر اساس علم و دانش خود نسبت به موازین شرعی و مندرجات قانون به عنوان شخصی بی طرف اختلاف را رفع نماید و بدیهی است که چنین عملکرد بی طرفانه ای با نماینده که اقتضای ذات آن رعایت غبطه و حفظ مصلحت و نفع شخص اصیل است، منافات دارد.

## ۴- ایرادات تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی

با توجه به توان غیر قابل خدشه مجتهد در امر دادرسی که منصرف و مصداق کامل عبارات ائمه(ع) همچون: «عرف حلالنا و حرامنا»، و «فارجعوا الی رواه احادیثنا» است، می توان بیان نمود که قاضی مجتهد در واقع شخصی است که در فرآیند فصل خصومت به سبب درجه اجتهاد خود، علاوه بر علم به مفاد قانون، دارای دو صفت و توانایی راسخ است: یکی فقاہت و دیگری عدالت که موجبات احاطه قاضی به مدارک شرع و استنباط صحیح از آنها با بذل تمام توان فقهی خود، و حصول قطع یا ظن نسبت به حکم شرعی را به همراه دارد. و بعد عدالت، قاضی را به رعایت تقوا، ورع و مروّت در امر قضا، الزام می دارد که هر دو موجبات پذیرش و اعتماد به تصمیم گیری و حکم وی می باشد. قانونگذار در تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. در جایی که قاضی مجتهد قانون را خلاف شرع بداند، دستور به منع رسیدگی و احاله پرونده (شمس، ۱۳۸۵: ۲۸/۳-۲۹) به شعبه دیگر داده است.

به نظر می رسد این تصمیم قانونگذار نه تنها استقلال قاضی مجتهد را در حاشیه قرار داده است بلکه تالی فاسد هایی همچون انزوای اجتهاد در فرآیند دادرسی، تنزّل شأن و وجاهت قاضی مجتهد و قبح عقلی تقدیم مفضول بر فاضل را به همراه دارد.

### ۱-۴- انزوای اجتهاد در فرآیند دادرسی

اگرچه در نظام حقوقی ایران، تفسیر قضایی به عنوان یک حقّ برای قضات به رسمیت شناخته شده، اما بر طبق اصول ۴، ۱۶۷ و ۱۷۴ ق.ا.ا.<sup>۱</sup> و ماده ۳ ق.آ.د.م. دارای

---

۱. اصل ۴ قانون اساسی: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.»  
اصل ۱۶۷ ق.ا.ا.: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدوّنه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدوّنه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

بررسی تعارض تبصره ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی با استقلال قاضی مجتهد ——— ۳۷۰

حدود و ثغور معین است که خود نشانگر محدودیت و در بعضی موارد سلب استقلال قاضی در این زمینه می باشد. قانونگذار در تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م با علم به طریقت قوه اجتهاد و استقلال مجتهد در کشف و احراز واقع و به تبع آن، قطعی و لازم الاتباع بودن حکم صادره از وی، در صورت عدم تقابل رأی ایشان با محتوای قانون، آن را مورد پذیرش قرار داده است. اما در صورتی که وی قانون را خلاف شرع بداند، تبصره ماده ۳ حق اظهار را به وی نداده و این امر موجب شکل گیری انزوای اجتهاد در فرآیند دادرسی شده است. این در حالی است که قضاوت اولاً و بالذات، متعلق به مجتهد است. تشخیص مجتهد به دلیل آن که ملکه استنباط احکام شرعی در او متبلور است نمی تواند به خطا رود، مگر این که قطع یا ظن قوی بر اشتباه او داشته باشیم. فقها نیز در این رابطه معتقدند خطای قاضی مجتهد جز در صورت اشتباه و یا غفلت از دلیل معتبر و یا مخالفت با دلیل قطعی یا ضرورت فقهی جایز نیست (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۳۳/۳؛ شهید اول، ۱۴۱۷: ۷۶/۲)، زیرا هرگاه احتمال خطای عقلایی و شرعی برای قاضی نباشد و وی بر اساس موازین قضایی و مبانی اجتهادی نظر دهد، به طور قطع ردّ بر نظرش، جایز نیست، حتی اگر طرفین هم بر آن تراضی نمایند و نیز قاضی مأذون در شعب دیگر بخواهد خلاف آن بگوید (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۴/۴۰؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۰۶/۲). به نظر می رسد در تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. قانونگذار با علم به این ویژگی، از قاضی مجتهد سلب اختیار نموده است. زیرا فرض ماده مذکور آن است که قضات در هر شرایطی می بایست طبق مسیر معین شده به انجام وظیفه قضاوت بپردازند و اجازه اصدار حکم بر اساس نظر اجتهادی شان (فتوا) را ندارند.

---

اصل ۱۷۴ق.ا.ا: «براساس حق نظارت قوه قضائیه نسبت به حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه های اداری سازمانی به نام «سازمان بازرسی کل کشور» زیر نظر رئیس قوه قضائیه تشکیل می گردد. حدود اختیارات و وظایف این سازمان را قانون تعیین می کند.»

برخی خالی بودن عصر از وجود مجتهد و تحاشی ایشان در امر قضا و یا سدّ باب اجتهاد را از دلایل مسامحه و عدول از پذیرش شرایط و جایگاه مجتهد در متن قانون به شمار آورده اند. در حالی که در فرآیند تاریخی اجتهاد هیچ گاه دوره ای به دلیل اهمیت این روش در استمرار شریعت و پاسخ گویی به مسائل، شبهات در موضوعات مستحدثه و جلوگیری از توقف و تعطیلی احکام و موازین الهی در بستر زمان، بدون حضور مجتهدین در عرصه شئون مرتب با احکام شرعی مخصوصاً قضاوت نبوده است و از اینرو آن را جزو فروض کفایی مسلمانان، به شمار آورده است.

تمامی روایاتی که از آنها سازوکار علمی، شخصیتی و اجرایی قاضی استخراج می شود، دلالت بر این دارند که قدر متیقّن برای تصدّی منصب قضا، مجتهد است و دلیل عقلی نیز مؤید آن است. به این معنا که اولاً، تصدّی اشخاص بر مناصبی که شناختی بر آن ندارند، عقلاً قبیح است. ثانیاً، اجتهاد برای قاضی از منظر تمامی فقها، اگرچه جزو شروط بنیادین و اولیه قضاوت نمی باشد، اما می توان گفت همین بس که شخص مجتهد در مرحله اعلاء توانمندی علمی و فقهی و آگاه به احکام و طرق استنباط صحیح است، پس الحاق حکم او به قطعیت و لازم الاتباع بودن آن به حکم عقل تنفیذ می شود. بنابراین، قدر متیقّن از استقلال در فرآیند دادرسی، ناظر به مجتهدی است که با علم به چارچوب و موازین اسلامی اقدام به صدور حکم «بما أنزل الله» نماید. با این حال، در تبصره مذکور از یکی از بارزترین جنبه های استقلال برای قاضی مجتهد که اسلام در امر قضاوت بر مقام ایشان تکیه دارد، عدول شده است. زیرا علی رغم اجتهاد قاضی و احراز آن، به صرف این که متن قانون را خلاف شرع بداند اجازه اعمال نظر خویش را ندارد. در حالی که این امر از اختیارات استنباطی اوست و پرونده برای بررسی و صدور حکم بدون در نظر گرفتن نظر قاضی مجتهد و بررسی آن، به شعبه دیگر ارجاع می شود. به نظر می رسد این رویکرد به نوبه خود قوت نظریه سلب استقلال قاضی را دو چندان می نماید.

## ۲-۴- تقدیم مفضول بر فاضل

در صورتی که قاضی مجتهد، قانون را خلاف شرع بداند راه حلّ قانونگذار در تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. صدور قرار امتناع از رسیدگی و ارجاع پرونده به شعبه دیگر (شعبه همعرض)<sup>۱</sup> است. گرفتن پرونده از قاضی مجتهد و ارجاع آن به غیر مجتهد، زمانی از نظر عقلی قابلیت پذیرش دارد که منجر به تحقق قبح عقلی تقدیم مفضول بر فاضل نگردد. علت توجیهی قانونگذار برای ارجاع پرونده به شعبه دیگر اجرای اصل قانونی بودن دادگستری است چرا که حتی دادرسی مجتهد هم نمی تواند خلاف قانون رأی دهد، چون اگر برابر قانونی رأی دهد که آن را خلاف شرع می داند، بر خلاف علم خود عمل کرده است (افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۶: ۱۸۲/۲) در حالی که این راه حلّ قانونگذار با ایراد و اشکال قبح عقلی تقدیم مفضول بر فاضل مواجه است و به علاوه، خلاف مقتضای نصّ قرآن است. خداوند در آیه ۹ سوره زمر می فرماید: «بگو: آیا آنان که اهل دانشند با مردم نادان یکسانند؟ منحصرأ خردمندان متذکر این مطلبند.» و منطوق صریح آیه، عدم تساوی عالم و جاهل است که تأییدی بر اصل عقلانی تقدیم فاضل بر مفضول است، زیرا از این دو یکسان نیستند، قطعاً باید عالم بر جاهل مرجح باشد و اصلاً وجهی برای احتمال برتری جاهل بر عالم موجود نیست. برخی نیز از منظر عدالت موضوع را بررسی نموده و بیان داشته اند که تفضیل مفضول، عدول از عدل می باشد (سبزواری، ۱۴۲۵: ۵۱۵).

اطلاق موجود در روایات، دالّ بر رجوع به عارف احکام و عالم به آنهاست و اصل اولی در جواز قضاوت مفضول، عدم آن است (آشتیانی، ۱۴۲۵: ۹۶/۱-۹۷). عقل نیز به ملازمت شرع، مهر تأیید بر رجوع به عالم می زند و آن را امری بدیهی و فطری در

---

۱. ماده ۹۲ قانون آئین دادرسی مدنی: «دادرسی پس از صدور قرار امتناع از رسیدگی با ذکر جهت، رسیدگی نسبت به مورد را به دادرسی یا دادرسان دیگر دادگاه محوّل می نماید. چنان چه دادگاه فاقد دادرسی به تعداد کافی باشد، پرونده را برای تکمیل دادرسان یا ارجاع به شعبه دیگر نزد رئیس شعبه اول ارسال می دارد و در صورتی که دادگاه فاقد شعبه دیگر باشد، پرونده را به نزدیک ترین دادگاه همعرض ارسال می نماید.»

نفس فرد جاهل می‌داند. مناط و قدر متیقن از شخصیت قاضی نیز، افضل و اعلم افراد در میان مردم است. برخی مراد از افضل را، افضل در فقه می‌دانند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۰/۴) و از دید برخی دیگر مراد از افضل، برتر از جهات مختلف است و تنها ناظر به اعلیّت نیست (هادوی تهرانی، ۱۳۸۵: ۸۶/۱). با توجه به دلایل نقلی و عقلی ذکر شده، منصب قضاوت که تجلّی علم برای احقاق حقوق مورد انکار و تزییع شده افراد است، اختصاص به فرد عالم به امر قضا و فاضل دارد و به قیاس اولی، حضور اعلم در این مقام منطقاً مورد قبول همه عقول است. زیرا اصل اولی و دلیل عقلی در باب علم، رجوع به اعلم است. بنابراین، اگر قدر متیقن از کلام شارع در نصب قاضی، اعلم باشد در راستای این دلیل، قضاوت تنها از آن اعلم می‌باشد (حائری طباطبائی، ۱۴۱۸: ۵۰/۱۵).

برخی مهم‌ترین دلیل بر اعتبار شرط اعلیّت قاضی را بنای عقلا ذکر نموده و قائلند که ردعی از جانب شارع برای این بنای عقلا اثبات نشده است (حکیم، ۱۴۱۸/۶۳۹). برخی نیز مدّعی اجماع بر آن هستند (محقّق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۱/۱۲) و بزرگانی مانند شیخ انصاری، آن را به عنوان فتوای مشهور نقل کرده‌اند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۴۰) در نتیجه، بر اساس مستنبطات فقهی، قاضی مجتهد عقلاً به لحاظ رتبه علمی و عملی، بر قاضی مقلّد، افضل است و قاضی مقلّد در درجه ددنی، براساس فتوای مراجع در نظام قضایی فعالیت می‌نماید. بنابراین، به حکم عقل عدول از قول مفضول و تصویب قول فاضل، امری لازم است.

با عنایت به دلایل فوق‌الذکر، قبح عقلی تسلّط مقلّد بر مجتهد محرز و ارجاع پرونده به وی در روند تصمیم‌گیری قضایی مردود است و نمی‌توان جواز فعالیت مفضول با حضور فاضل در حوزه تقلید که برخی علما تأیید نموده (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۲۸/۱؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۴۹/۱۷) و برخی نیز آن را ردّ کرده و بیان داشته‌اند که احوط، عدم تقلید از مفضول است، حتی در مسأله‌ای که فتوای وی با فتوای مجتهد

بررسی تعارض تبصره ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی با استقلال قاضی مجتهد ————— ۳۷۴

افضل، موافق باشد (محدّث قمی، ۱۴۲۳: ۸/۱) را به مورد ارجاع پرونده تعمیم و در سلب استقلال رأی قاضی مجتهد به صرف خلاف شرع دانستن قانون، جاری ساخت. ممکن است گفته شود به سبب اطلاق ادله نفی حرج و همچنین براساس عمومیت قاعده «الضرورات تبيح المحظورات»، از آنجا که فصل خصومت دعاوی در جامعه اسلامی در راستای حفظ و تبیین مقاصد شرع، امری ضروری است و در فضای پرتراحم امروزی که گسترش شکل گیری پرونده ها و رجوع به محاکم قضایی افزایش یافته است، عقلاً نصب قاضی مفضول توسط قاضی افضل، صحیح است و به تبع اطلاق چنین جوازی، تمامی ملحقات این جواز، میان قاضی فاضل و مفضول به طور برابر به منصفه ظهور می رسد؛ از جمله این که در صورت نیاز می توان قاضی مفضول را بر افضل مقدم داشت. پس در شرایط مندرج در تبصره مذکور نیز، اجازه بررسی پرونده ارجاعی براساس تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. به قاضی مفضول امری جایز است.

در ردّ این احتمال باید بگوئیم ملاک در ادله نفی حرج، أقرب به واقع بودن است. به این معنا که وقتی قاضی افضل وجود دارد، نباید سراغ قاضی مفضول رفت و این امر، حرج محسوب نمی شود، زیرا منظور از حرج در این ادله، حرج شخصی است نه نوعی (آشتیانی، ۱۴۲۵: ۱۰۱) و با الغای خصوصیت می توان گفت در اینجا که صلاحیت علمی و عملی قاضی ملاک است، حرجی به منظور ارجاع پرونده به قاضی مجتهد وجود ندارد. همچنین بر اساس قاعده «الضرورات تقدر بقدرها»، باید اذعان نمود که ارجاع پرونده به قاضی افضل از موارد موجب حرج در عصر کنونی نیست که حکم به عدم لزوم آن شود. در عین حال، موارد اندک درک خلاف شرع بودن متن قانون توسط قاضی مجتهد، مسأله ای فراگیر نیست که بررسی دیدگاه ایشان از توان محاکم نظارت بر آراء و نظرات قضات خارج باشد و الزام به ارجاع پرونده به شعبه دیگری که قاضی آن مجتهد باشد، چالش را به حداقل می رساند. در عین حال،



با پذیرش ارجاع و سلب استقلال قاضی مجتهد در این شرایط، چه براساس حکم شرعی حرمت تقلید مجتهد از دیگران و چه به منظور حفظ نظم عمومی و برابری افراد و حاکمیت قانون در جامعه مدنی، می بایست ارجاع پرونده به شعبه ای باشد که قاضی آن مجتهد باشد تا مراتب افضلیت رعایت شود. در غیر این صورت، ارجاع پرونده به غیر مجتهد به حکم عقل و شرع مردود است.

مگر این که قائل شویم تنصیص مجتهد - اعم از مطلق و متجزی - از طرف حکومت بر این مسند، صرفاً بر طبق قانون مدون و تأسیسی امروزی و براساس برابری افراد به منظور تفسیر متحد الشکل از قانون در مرحله اجراست. بدین ترتیب، کلیه قضات شاغل در نظام قضایی فعلی ایران، مأذون و منصوب از جانب حکومت هستند و استقلال نظر و عملکرد آنها به صورت محدود و در چهارچوب قوانین موضوعه تعریف شده است (تنگستانی، ۱۳۹۷/۵۰) و همگی در برابر قانون ولایتی یکسان دارند و افضلیت مجتهدین در اعلام و اعمال نظر در رسیدگی به منظور جلوگیری از پذیرش قوانین متعدد پیرامون یک واقعه در حکومت اسلامی، مسکوت و کنار گذاشته شده است. در حالی که اساساً این رویکرد از نظر فقهی مردود است، زیرا در استنتاجات اکثر فقهاء، نصب قاضی مأذون به خودی خود، از پایه متزلزل بوده و جایز نمی باشد، چه رسد به آن که از منظر حقوقی میان مجتهد و مقلد در امر قضا برابری لحاظ گردد.

## ۵- حل تعارض و نظر مختار

عقیده غالب در حقوق ما آن است که دادرس صرفاً عهده دار فصل خصومت و رفع تعارضات خصوصی نیست بلکه باید حقیقت نوعی و مادی را آشکار سازد. ولی آزادی اقدام در راه کشف حقیقت، بی قید و شرط نیست و باید در چارچوب اصول دادرسی و نظم قضایی انجام گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۵/۱ و ۴۶)؛ از اینرو برخی معتقدند چون صدور رأی براساس قانونی که دادرس مجتهد آن را خلاف شرع می

بررسی تعارض تبصره ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی با استقلال قاضی مجتهد ————— ۳۷۶

داند، توسط او شرعاً حرام و تقلید نیز بر او حرام است، قانونگذار راه حلّ را احاله پرونده به شعبه دیگر دانسته است (شمس، ۱۳۸۵: ۲۸/۳). از آنجایی که راه حلّ قانونگذار با استقلال قاضی مجتهد منافات دارد به نظر می رسد در ارتباط با تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. دو راه حلّ می توان پیشنهاد کرد:

راه حلّ اول این که دادرس مجتهد از نظر قضات دیگر، به عنوان نظر مشورتی استفاده کرده و رأی نهایی را صادر کند که در این صورت، نیازی به احاله پرونده به شعبه دیگر نیست. این راه حلّ در صورتی مورد تأیید است که نظر مشورتی، از قضاتی مجتهد گرفته شود که مصداق رجوع عالم به عالم است و تقلید محسوب نمی شود.

اما اشکال این راه حلّ آن است که در آیات و همچنین روایات «رجوع جاهل به عالم»، اولاً، کلمه «مجتهد» نیامده، بلکه «عالم» یا «عارف» یا «فقیه» آمده است؛ ثانیاً، رجوع جاهل به عالم مورد بحث است. از اینرو به نظر می رسد قدر متیقن، مراجعه «جاهل به عالم» است و «رجوع عالم به عالم» را تجویز نمی کند. وانگهی نظر مجتهد دیگر برای مجتهد اول اعتباری ندارد. سیره عقلانیّه آن است که کسی خودش نظر دارد، برای نظر خود اعتبار قائل است و به او اجازه نمی دهد که به نظر دیگری رجوع کند. سیره عقلانیّه در جایی رجوع را جایز می داند که انسان جاهل باشد و بخواهد به مجتهد دیگر مراجعه کند. به علاوه، نظر مشورتی تکلیفی برای دادرس مجتهد در انشای رأی ایجاد نمی کند.

با توجه به اصل ۱۶۷ ق.ا. که اولاً، هدف آن بستن راه امتناع قاضی از صدور حکم است؛ ثانیاً، به قضات اجازه می دهد در صورت نیافتن حکم در قوانین مدوّنه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه کنند. بدون تردید قضات در مقام عمل در فرض سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدوّنه، ممکن است نظرات متفاوتی ارائه دهند، به ویژه قاضی مجتهد که براساس مبانی فقهی خود عمل می کند و این امر خود

مشکلاتی را برای قوه قضائیه ایجاد می کند. بنابراین راه حلّ دیگر برای حلّ این مشکل، تعیین مرجعی قانونی ذیل «شورای نگهبان» از آنجا که اولاً و بالذات بررسی تطابق یا عدم تطابق مفاد مواد قانونی با موازین شرع را به عهده دارد که می تواند متشکل از مجتهدان مطلق باشد و یا «شورای فقهی» و یا استفتاء از «فتاوی فقیه أعلم» که تحت نظر مدیریت حوزه علمیه قم و با نظرخواهی از مجتهدان بنام حوزه تعیین شده باشند، ضروری است. سازوکار این مراجع می تواند به نظام قضایی در جهت رفع اختلافاتی که ممکن است در اثنای رسیدگی میان حاکمیت قانون و شرع در جایی که قاضی مجتهد متن قانون را خلاف شرع بدانند، یاری رساننده و فصل الخطاب قرار بگیرند. این راه حلّ از آنجا که تحت شمول اعمال ولایت مجتهد در امور حسبی که قریب به اتفاق فقها آن را ثابت می دانند، قرار می گیرد، مشکل تقدیم مفضول بر فاضل را حلّ می کند و با استقلال قاضی مجتهد منافات ندارد. زیرا قاضی مجتهد، اول نظر خود را مستقلاً داده است اما چون با قانون منافات دارد، قاضی مجتهد دوم می تواند آن را بررسی کند، اگر خطا، اشتباه یا غفلت قاضی اول اثبات شد، آن را ردّ می کند و اگر به دلیل مبانی فقهی خود به عنوان مجتهد مطلق و أعلم، نظر قاضی مجتهد اول را نپذیرفت، نافذ بوده و این با نظم قضایی نیز سازگارتر است. به نظر می رسد راه حلّ ارجاع به شورای نگهبان از قدرت بیشتری برخوردار است، زیرا این مرجع بر موضوعی که قبلاً مورد بررسی قرار داده است، اشراف کامل داشته و در مرحله بعدی که قاضی مجتهد آن را خلاف شرع دانسته، بهتر می تواند موضوع را مجدداً مورد بررسی قرار دهد.

ممکن است اشکال شود که با توجه به راه حلّ مطرح شده، دستگاه قضا مجبور است در کنار دادگستری مرجع رسیدگی دیگری تعیین نماید و پرونده ای که قاضی مجتهد به دلیل منطبق نبودن قانون با فتوایش به آن رسیدگی نکرده، به آنجا ارجاع

گردد، که دارای دو اشکال است: اول، موجب اطلاع دادرسی شده و دوم این که موجب شکل گیری مرجع جدید رسیدگی می گردد که مغایر با روند دادرسی است. در پاسخ به اشکال فوق می توان بیان نمود که اولاً، موضوع بحث اساساً مربوط به صلاحیت قاضی مجتهد برای رسیدگی است و مسأله تعیین صلاحیت در مواد ۲۶ تا ۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی دارای سابقه است و در صورت اختلاف در صلاحیت، پرونده بر حسب مورد به دادگاه تجدیدنظر و یا دیوان عالی کشور برای تعیین مرجع صالح ارجاع می شود و صرف مشکل اطلاع دادرسی، باعث چشم پوشی از آن نمی شود. لذا در خصوص صلاحیت قاضی مجتهد برای رسیدگی نیز صرف مسئله اطلاع دادرسی نباید باعث صرفنظر کردن از آن گردد. همچنین با عنایت به این که قضات مجتهد نسبت به قضات غیر مجتهدی که در حال حاضر در دستگاه قضا مشغول به کار هستند، از نظر تعداد در اقلیت قرار دارند، اینگونه نیست که تعداد کثیری از پرونده ها با مسأله اطلاع دادرسی مواجه شوند. ثانیاً، در خصوص شکل گیری مرجع رسیدگی نیز می توان پاسخ داد که اگر این ارجاع به مجتهدی صورت گیرد که وی نیز ابلاغ قضایی دارد در این صورت، عین نص تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. مبنی بر ارجاع به شعبه دیگر، بدون هیچ تغییری اجرا شده و مشکل تقدیم مفضول بر فاضل نیز پیش نمی آید. اما اگر به مرجعی که فاقد ابلاغ قضایی است ارجاع شود این مرجع صرفاً نقش تفسیر کننده و در واقع تعیین خلاف شرع بودن یا نبودن قانون را دارد و قرار نیست به آن رسیدگی نماید.

ممکن است گفته شود اگر به قاضی مجتهد اجازه دهیم با فرض خلاف شرع دانستن قانون، نظر شخصی خود را بر خلاف قانون اعمال کند، نظر وی بر قانون ترجیح داده می شود و این امر باعث تزلزل در قانون و سبب شکل گیری دو قانون متعارض در یک نظام قضایی می گردد. زیرا ما به مجتهد این حق را داده ایم تا قانون

را نادیده گرفته و ضمانت اجرای کلی بودن قانون را نقض کند. تالی فاسد این راهکار، ایجاد بی ثباتی است.

در پاسخ می توان گفت که با ارجاع امر به شورای نگهبان یا شورای فقهی، چنان چه نظر قاضی مجتهد رد گردد، براساس قانون عمل می شود و مشکلی به وجود نمی آید. اما چنان چه نظر قاضی مجتهد مورد تأیید قرار گیرد و قانون خلاف شرع اعلام شود (همچنان که در مورد موضوع مرور زمان در قانون آیین دادرسی مدنی سابق این امر اتفاق افتاد و شورای نگهبان آن را خلاف شرع اعلام نمود و در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ دیگر بحثی از مرور زمان درج نگردید)، قانون می بایست اصلاح و مطابق شرع تنظیم و تصویب گردد و قانون ابطال شده دیگر قابلیت اجرایی نداشته تا بخواهد مشکل تعارض دو قانون ایجاد شود.

### نتیجه گیری

استقلال قاضی به عنوان یک اصل، ضامن دادرسی سالم است. در این مقاله تعارض اصل استقلال قاضی مجتهد با تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. بررسی شد. در ارتباط با هدف قانونگذار از تنقیح تبصره مذکور، توجیها «ضمانت اجرای حفظ امنیت حقوق افراد جامعه»، «مصلحت اندیشی» و «جلوگیری از تعارض و مصاف قانون و فتوا»، هرچند که سبب نظم عمومی و حفظ حقوق افراد جامعه می گردد، اما با استقلال قاضی منافات دارد. در عین حال ایرادات وارده بر تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. به جهت ایجاد انزوای اجتهاد در فرآیند دادرسی و تقدیم مفضول بر فاضل تشریح گردید. درک و تشخیص خلاف شرع بودن متن قانون، مسأله ساده و متداولی نیست که بتوان گفت منجر به تشتت آراء و ایجاد هرج و مرج خواهد شد. در عین حال، جامعیت و غنای مبانی فقهی که بنای قوانین مدونه را تشکیل می دهند، خود نیز تأکیدی بر این مدعاست که در جایی که قاضی مجتهد، خلاف شرع بودن متن قانون در پرورنده مطروحه را اعلام می

بررسی تعارض تبصره ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی با استقلال قاضی مجتهد ——— ۳۸۰

کند، کشف علت و مناط نظر او باید بررسی شود، زیرا او با علم به ضوابط و قواعد کلی مذهب و روند قانونی ملحوظه، پی به چنین مسأله ای برده است. در عین حال، این برداشت که نظر ایشان فتوا محسوب می شود مردود است، زیرا با توجه به مفاد ارائه فتوا در متون فقهی، ایراد گیری به متن قانون توسط یک مجتهد، به معنای صدور فتوا از ایشان نیست. در نهایت، راهکارهایی در راستای برون رفت از تعارض میان استقلال قاضی مجتهد و مفاد تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. در قالب تشکیل شورای فقهی - قضایی - متشکل از فقهای اعلم و مورد تأیید مرکز مدیریت حوزه های علمیه قم و یا کارگروه جدید فقهی برای شرایط خاص مندرج در تبصره مذکور در شورای نگهبان و یا استفتاء از ولی فقیه ارائه گردید. به نظر می رسد می توان حد فاصل علم به خلاف شرع بودن و قرار منع رسیدگی را با این طرق، تعدیل و فضایی برای عدم سلب استقلال از قاضی مجتهد را ایجاد نمود.

## منابع

- قرآن کریم.
- نهج البلاغه.
- آبی (فاضل)، حسن بن ابی طالب یوسفی (۱۴۱۷ق)، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، ج ۲، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- آشتیانی، محمد حسن (۱۴۲۵ق)، القضاء فی الفقه الاسلامی، ج ۱، قم: زهیر.
- ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد (بی تا)، النهایه فی غریب الحدیث و الأثر، ج ۱، قم: اسماعیلیان.
- ابن ادريس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن برآج طرابلسی، قاضی عبد العزیز (۱۴۰۶ق)، المهدب، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی حسینی (۱۴۱۷ق)، غنیه النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

۳۸۱ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۳ - شماره ۲۴ - بهار و تابستان ۱۴۰۰

- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، **لسان العرب**، ج ۳، چ ۳، بیروت: دار الفکر.
- اردبیلی (محقق)، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان**، ج ۱۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، **کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- افتخار جهرمی، گودرز؛ السان، مصطفی (۱۳۹۶)، **آئین دادرسی مدنی**، ج ۲، تهران: میزان.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، **القضاء و الشهادات**، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- انصاری، باقر (۱۳۹۲)، **نقش قاضی در تحوّل نظام حقوقی**، ج ۲، تهران: میزان.
- انواری، حسن (۱۳۸۱)، **فرهنگ بزرگ سخن**، ج ۱، تهران: سخن.
- پرتو، ابوالقاسم (۱۳۷۷)، **واژه یاب**، ج ۱، چ ۲، تهران: اساطیر.
- تنگستانی، محمد قاسم (۱۳۹۷)، **استقلال و مسئولیت قوه قضائیه**، تهران: میزان.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، ج ۲، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی (۱۳۸۲)، **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام**، ج ۱، تهران: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق)، **الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه**، ج ۲، چ ۳، بیروت: دار العلم للملایین.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۳۱۲ق)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۸، چ ۹، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۲۷، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- حسینی دشتی، مصطفی (۱۳۶۹)، **معارف و معاریف (دائرة المعارف جامع اسلامی)**، ج ۲، تهران: مؤسسه فرهنگی آرایه.

بررسی تعارض تبصره ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی با استقلال قاضی مجتهد ————— ۳۸۲

- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق)، **مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۱ و ۴، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

- حکیم، محمد تقی (۱۴۱۸ق)، **الاصول العامه فی الفقه المقارن**، ج ۲، قم: مجمع جهانی اهل بیت (ع).

- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق)، **إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**، ج ۴، قم: اسماعیلیان.

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، **قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۴، چ ۲، بیروت: دار الأضواء.

- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۲۰ق)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، قم: دار العلم.

- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، **محاضرات فی أصول الفقه**، ج ۴، چ ۴، قم: دار الهادی.

- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق)، **مفردات ألفاظ القرآن**، بیروت: دار العلم.

- رضوان طلب، محمدرضا؛ جهان دوست دالنجان، مسعود (۱۳۹۸)، **انطباق احکام قضات مقلد بر فتوا یا قانون**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۱، ۸۵-۱۱۴.

- زراعت، عباس (۱۳۹۳)، **آئین دادرسی کیفری ایران با تکیه بر اصول و قواعد**، چ ۶، تهران: دانش پذیر.

- سبزواری، مولی هادی بن مهدی (۱۴۲۵ق)، **اسرار الحکم فی المفتاح و المختتم**، قم: مطبوعات دینی.

- شمس، عبدالله (۱۳۸۵)، **آیین دادرسی مدنی**، ج ۳، چ ۵، تهران: درآک.

- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۴۱۳ق)، **من لایحضره الفقیه**، ج ۴، چ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- صدیقی، کاظم (۱۳۷۴)، **آداب القضاء**، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، ۱۳ و ۱۴، ۷۹-۱۱۷.

- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ق)، **تکلمه العروه الوثقی**، ج ۲، قم: کتابفروشی داوری.

- طباطبائی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق)، **ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل**، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

- طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق)، **مجمع البحرين**، تهران: کتابفروشی مرتضوی.



۳۸۳ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۳ - شماره ۲۴ - بهار و تابستان ۱۴۰۰

- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۸، ج ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.

- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، **الخلاص**، ج ۶، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۱۷ق)، **العدّه فی أصول الفقه**، ج ۲، قم: چاپخانه ستاره.

- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، **اللمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه**، بیروت: دار التراث - الدار الإسلامیه.

- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، **الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه**، ج ۲، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۹)، **دانشنامه فقه سیاسی**، ج ۱، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.

- عمید، حسن (۱۳۷۹)، **فرهنگ فارسی**، ج ۱، ج ۱۹، تهران: امیرکبیر.

- فقعی، علی بن محمد بن طیّ (۱۴۱۸ق)، **الدر المنضود فی معرفه صیغ النّیات و الإیقات و العقود**، قم: مکتبه إمام العصر (عج) العلمیه.

- فیومی، احمد بن محمد (۱۴۱۴ق)، **المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی**، ج ۱، قم: دار الهجره.

- قمی (محدّث)، شیخ عباس (۱۴۲۳)، **الغایه القصوی فی ترجمه العروه الوثقی**، ج ۱، قم: صبح پیروزی.

- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ق)، **الکافی**، ج ۱۴، قم: دار الحدیث.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، **اثبات و دلیل اثبات**، ج ۱، تهران: میزان.

- کرکی (محقق)، علی بن حسین (۱۴۰۹ق)، **رسائل المحقّق الکرکی**، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره) و مؤسسه النشر الاسلامی.

- مرعشی، محمدحسن (۱۳۷۶)، **جایگاه فتوا در موارد فقد قانون**، تحقیقات اسلامی، ۱۲، ۲۲۳-۲۳۲.

- معین، محمد (۱۳۶۹)، **فرهنگ معین**، ج ۱، تهران: امیرکبیر.

- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق)، **أنوار الأصول**، ج ۱، ج ۲، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).

- موحدی محبّ، مهدی (۱۳۸۸)، **اجتهاد قاضی در نظام قضایی ایران**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱، ۱۲۵-۱۴۵.

بررسی تعارض تبصره ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی با استقلال قاضی مجتهد — ۳۸۴

- نجفی (کاشف الغطاء)، جعفر بن خضر مالکی (۱۴۲۲ق)، **كشف الغطاء عن مبهمات الشریعه الغراء**، ج ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۴۰، چ ۷، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ق)، **مستند الشیعه فی احکام الشریعه**، ج ۱۷، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- نوری (محدث)، میرزا حسین (۱۴۰۸ق)، **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**، ج ۱۷، بیروت: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- هادوی تهرانی، مهدی (۱۳۸۵)، **قضاوت در اسلام ۱ (قضاوت و قاضی)**، ج ۱، قم: خانه خرد.
- هاشمی رفسنجانی، اکبر (۱۳۸۳)، **فرهنگ قرآن**، ج ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- هاشمی، سید محمد (۱۳۹۷)، **حقوق بشر و آزادی های اساسی**، چ ۴، تهران: میزان.
- هاشمیان، حسین (۱۳۶۴)، **صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، ج ۱، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.