

سهم عدالت در تفسیر قانون

دکتر ناصر کاتوزیان *

موضوعی که پیشنهاد شده تا درباره آن سخن بگویم ، با کمال درایت انتخاب شده و در واقع مرکز تمام مطالعات حقوقی است ؛ شیوه ای است که، اگر همان گونه که پیشنهاد می کنم دگرگون شود، نظام حقوقی کشور دگرگون می شود. این موضوع «سهم عدالت در تفسیر قانون» است. عدالت در تفسیر قوانین چه نقش و سهمی دارد؟ آیا اعتنای به عدالت مارا به هرج و مرج می کشد، یا به حقوق زیبایی و شرافتی راکه سزاوار است اعطا می کند ؟ ما چگونه می توانیم نظم و عدل را باهم جمع کنیم ؟

قضات ما شرم دارند که بگویند راه حلی عادلانه است و همیشه سعی می کنند، برای توجیه نظر خود ، بگویند راه حلی قانونی است. نویسندگان ما به نام عدالت که می رسند قلمشان شکسته می شود. گویی عدالت مترادف با هرج و مرج است. اگر این گونه توهم ها از ذهن ما درآید و نشان داده شود که حقوق بی عدالت همانند کالبد بی روح است آغاز تحولی مطلوب است .

اگر هدف حقوقدان به اطاعت محض از قانون محدود شود، کار ساده ای است. اطاعت از قانون به وسیله ژاندارمری، نیروهای انتظامی و نظامیان خیلی بهتر از حقوق دانان انجام می شود ولی ، آنچه که به حقوق شرافت می بخشد، هنر حقوق دان در این زمینه است که از قواعد حقوق مرکب راهواری جهت رسیدن به عدالت بسازد . پس جای تعجب نیست که به موضوع پیشنهاد شده قید عدالت را اضافه کردم ، چرا که می خواستند در خصوص تفسیر حقوق سخن بگویم و من آن را تغییر دادم به سهم عدالت در تفسیر قانون .

بحث را با مقدمه ای درباره احتراز ناپذیری و ضرورت تفسیر آغاز و در سه بخش ارائه می کنم : (1) بخش نخست به مبانی تفسیر اختصاص دارد. (2) در بخش دوم از پیشینه عدالت در تفسیر سخن می گویم. (3) در بخش سوم شیوه های تفسیر را بررسی می کنیم .

* استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (متن سخنرانی).

مقدمه

ضرورت و اهمیت تفسیر

برای نشان دادن اهمیت تفسیر، از قانون اساسی آغاز می‌کنیم: معمولاً دولتهایی که با انقلاب روی کار می‌آیند، برای اینکه نفوذی بین مردم پیدا کنند، حقوق و آزادی‌هایی در قانون اساسی پیش‌بینی می‌کنند. ولی، همین که براریکه قدرت مستقر شدند، پشیمان می‌شوند و برای اینکه این حقوق را بازستانند دو راه در پیش دارند: یکی تغییر قانون اساسی و دیگری تفسیرهای بدعت‌آمیز، تفسیرهایی که بتواند قانون اساسی را از مسیر طبیعی خود منحرف کند و به دلخواه آنان سوق دهد.

گزینه نخست دشوار و بسته است، چرا که نمی‌توان به آسانی قانون اساسی را تغییر داد. ولی مسیر دوم باز است. زیرا، با تفسیرهای بدعت‌آمیز و نابجا، که همه از آن مثال‌هایی در ذهن دارید، و امروز موضوع این سخنرانی نیست، ممکن است قوانین رابه‌سویی ببرند، که با مقصود نویسندگان قانون سازگار نباشد. بنابراین، این پرسش منطقی به ذهن می‌رسد که چرا به هنگام نوشتن قانون از این خطر پرهیز نمی‌شود؟

دلیل احتراز ناپذیری خطر انحراف این است که طبع قانون و طبع هر حکم اقتضاء می‌کند که بعد از مدتی اجرای آن دچار اشکال شود و این ناشی از چند عامل است: اول اینکه قانون یا ناقص است یا مبهم. نقص قانون را بسیاری از قانونگذاران منکر می‌شوند و فکر می‌کنند قوانینی که وضع کرده‌اند راه حل تمام مسائل اجتماعی رادر بردارد.

ناپلئون همین فکر را می‌کرد، آلمانها هم همین‌گونه می‌اندیشیدند و بسیاری از نویسندگان حقوق همین فکر را دارند و باید بپذیریم که همه اشتباه می‌کنند و هیچ قانونی گنجایش این را ندارد که تمام راه‌های اجتماعی رادر خود جمع کند، حتی قوانین مذهبی. این توهم به خصوص در فقه و دربار قرآن هم ایجاد شده بود. در اوایل انقلاب گروهی می‌گفتند که ما به قانون نیاز نداریم و هرچه بخواهیم در قرآن است، بنابراین قانون ما قرآن است و احتیاجی به مجلس قانونگذاری نداریم و فقط باید یک حکومت عدل اسلامی تشکیل دهیم. این فکر در ظاهر فریبنده است ولی وقتی دقت کنید، می‌بینیم از ابتدا خریداری پیدا نکرد. قرآن برای این نازل نشده است که تمامی راه‌های زندگی اجتماعی در آن باشد. گذشته از این، سؤال مهم این است که قانون کامل چه قانونی است؟ قانونی که برای نحوه دست‌و‌صورت شستن، غذا خوردن، دستشویی رفتن، اداره رفتن و کار کردن، برای شما قاعده وضع کند و همه را به شما دستور دهد یا قانون کامل قانونی است که انسان را کامل بسازد. انسان عاقل و خردمند، انسانی که با عصای عقل خود مسیر سنگلاخ زندگی را طی کند؟ قرآن از این قبیل است.

مخالفان مجلس برای کمال قرآن استناد می‌کردند به آیه «لارطب ولا یابسن الا فی کتاب مبین» هیچ خشک و تری نیست، مگر در کتاب مبین. در حالی که اگر شما تفاسیر را نگاه کنید، همه یک جهت و یک دل‌اعتقاد دارند که مقصود از کتاب مبین قرآن نیست، مقصود لوح محفوظ الهی است. در آنجاست که هیچ خشک و تری نیست که ثبت

نشده باشد و هیچ چیز از علم خدا بیرون نیست. هیچ لزومی دارد ما چیزی را به قرآن نسبت دهیم که کتاب مبین برای آن نیامده است. قرآن که کتاب قانونگذاری نیست، مکتب انسان سازی است.

وانگهی، بسیاری از مطالب است که در قانون مبهم می ماند و بعد از اینکه مدتی گذشت واژه هایی که در قانون به کار رفته برای مردم غریب به نظر می آید و لازم است که کسی آنها را معنی کند و قلمرو و اجرایشان را نشان بدهد و بگوئید مقصود چیست؟

فصیح ترین و بلیغ ترین قوانین قادر نیستند وضعی را به وجود بیاورند که احتیاجی به تفسیر نداشته باشد. ما از قرآن کتابی فصیح تر نداریم. قرآن در روزی نازل شد که اعراب شرافت و هنرشان در ایجاد نوشته های ادبی و قصاید و شعرهایی بود که به کعبه می آویختند. در آن روز قرآن ادعا می کرد: (اگر تردید دارید نسبت به آنچه نازل کردیم یک سوره مثل آن بیاورید. اگر بیاورید که هیچ گاه نمی توانید بیاورید آنگاه از آتشی بترسید که هیزم آن از انسانها ست، یعنی از آتش جهنم بترسید). با وجود این، می بینید که تاچه اندازه در تفسیر و تعبیر قرآن اختلاف ایجاد شده است، چندان که، به گفته مشهور، هفتاد و دو ملت ایجاد شد، حافظ هم از این اختلاف می نالد و می گوید:

جنگ هفتاد و دو ملت همه را عذر بنه

چون ندیدند حقیقت ره افسانه زدند

ولی این قضاوت یک ادیب است. قضاوت حقوق دان این چنین نیست. همه آنها حقیقت را دیدند ولی از دیدگاه خود. شما دیوان حافظ را خوانده اید وقتی غمگین هستید و می خوانید یک معنی استنتاج می کنید و وقتی خوشحال هستید یک معنی دیگر و زمانی که گرفتارید استنباط دیگر می کنید.

فرزند کارگر با عینکی که به چشم دارد دنیا را می بیند، به همان چشمی نگاه می کند که خانواده اش نگاه می کنند، بچه کارفرما به چشمی دیگر که متناسب با محیط زندگی اوست.

به قول فوئر باخ: (تفکر در کاخ و تفکر در کلبه یکسان نیست). بنابراین، دیدگاه های گوناگون مذاهب مختلف را ایجاد کرده است. این تهمت که حقیقت را ندیدند و همه در اشتباه هستند یا این تهمت که سوئی نیت داشته اند و می خواستند حقیقت دین را کتمان کنند احتیاج به اثبات دارد و در واقع درست نیست. همه می خواسته اند که حکم خدا را اجرا کنند ولی از همین قرآن فصیح و بلیغ و از این همه اخبار معصوم باز نتوانستند استنباطی یکسان بکنند و همه به اتفاق برسند و این همه اختلاف نتیجه تفسیر های مختلفی است که از این کلمات انجام می شود.

از سوی دیگر، قانون به حکم طبیعت خود بعد از مدتی که می گذرد هم ناقص می ماند و هم مبهم. هیچ قانونی نمی تواند این موجود زنده یعنی جامعه را با زنجیر واژه ها در بند زمانه محبوس کند. این موجود در حال حرکت است و از خود قانون می آفریند. بنابراین، اگر قانونی در زمان خود کامل باشد، بعد از مدتی می بینیم بعضی از راه حل ها را ندارد. ممکن است بعضی ضوابط راداشته باشد ولی باز احتیاج به تفسیر و تعبیر دارد و راه حل ها روشن نیست. بنابراین نباید چنین پنداشت که می توان قانون را طوری نوشت که قابلیت تفسیر را نداشته باشد بلکه باید به این فکر بود که روش تفسیر چه باید باشد؟ تفسیر چگونه باید باشد که ما را، به راه راست هدایت کند و منحرف نسازد و مساله را چنان که شایسته است باید طرح کرد نه آن طور که دلمان می خواهد. به بیان دیگر، صورت مساله را نباید پاک کرد و بگوئیم وضع آرمانی این است که تفسیر نکنیم؛ باید تفسیر کنیم این لازمه قانون است ولی باید تفسیر به شیوه ای باشد که ما را به راه درست ببرد و منحرف نسازد.

عامل دیگری که تفسیر را توجیه می کند ضرورت صدور حکم است. قاضی و حقوق دانی که در پی راه حل های اجتماعی است به شیوه فقیهان نمی تواند اعلام کند که متوقف شدم. توضیح آن که فقیهانی که خیلی متشرع بودند اگر

به مسأله ای برمی خوردند که نمی توانستند راه حل روشنی برای آن پیدا کنند و راهی به حکم خدا بیابند می گفتند ما متوقفیم . ولی این راه توقف به روی قاضی بسته شده است . قاضی باید حکم دهد ، از یک سو با قانون ناقص روبرو است و از سوی دیگر تکلیف دارد که رأی بدهد . تنها راه چاره این است که دست به ابتکار بزند و قواعدی که با روح این قانون ارتباط دارد و نزدیک است به جای قانون اجرا کند .

ارتباط بحث با مبانی و منابع و منطق حقوق

موضوع دیگری که در این مقدمه لازم است بگویم این است که شیوه تفسیر به مسایل گوناگونی در فلسفه حقوق بر می خورد ؛ از جهتی به مبانی حقوق و از جهتی به منطق حقوق و از جهتی به منابع حقوق . زیرا، تفاوت می کند که ما حقوق را ناشی از قدرت دولت یا ناشی از فطرت انسان یا ناشی از تحولات اجتماعی و وجدان عمومی بدانیم و هر کدام از این گزینه ها را اختیار کنیم برای تفسیر قانون بایستی به دنبال نتایج همان نظر باشیم و شیوه متناسب را برگزینیم .

موضوع به منابع حقوق هم ارتباط پیدا می کند . خیلی فرق می کند که ما منبع حقوق را قانون بدانیم یا بین قانون و حقوق تفاوت قائل نباشیم یا بگوییم حقوق منابع زیادی دارد . حقوق بسان استخری است که آبهای مختلف در آن ریخته می شود و یکی از آن آبها آبی است که از قانون سرچشمه می گیرد، ولی این بخش ناچیزی از حقوق است. بسان خلیجی از یک اقیانوس. رویه قضایی و عرف و عادت و عقاید نویسندگان و اندیشمندان حقوقی، و به عقیده بعضی قواعد صنفی، در اجرای قواعد حقوق مؤثرند . اگر ما پذیرای این منابع باشیم تفسیر قواعد هم فرق می کند و برای فهم قانون باید در پی تمام این منابع هم بود .

بخش نخست : مبانی و عوامل مؤثر در تفسیر

دو ارزش نظم و عدل

در حقوق دو ارزش والا داریم : (1) ارزش نظم و امنیت در روابط اجتماعی (2) ارزش عدالت . بزرگترین مشکل حقوق دانان این است که نمی خواهند از هیچ یک از این دو ارزش بگذرند ؛ نه می خواهند نظم را از دست بدهند و نه می خواهند که نظم جابرا نه را جانشین عدالت کنند . بنابراین تمامی گفتگو ها درباره روش تفسیر در واقع دور این محور می گردد که چه کنیم که نظم به جای خود باقی باشد و قاضی خود را آزاد نبیند که به هر طرف که می خواهد متمایل شود و درعین حال امکان اجرای عدالت هم وجود داشته باشد .

بارها به این نکته اشاره کرده ام که تمام اشکال فلسفه حقوق در این است که بایستی با دو ندا و دو کلام خطاب کند : به عامیان نهیب بزند که قانون را اجرا کنند و به خاصان نشان دهد که چگونه از قوانین راهی به سوی عدالت باز کنند . اکنون من با خاصان روبرو هستم نه با عامیان ، پس ، سعی می کنم راهی راکه به عدالت منتهی می شود به شما عرضه کنم شاید مورد استفاده قرارگیرد . انتظار ندارم که مسأله جدیدی که در حقوق ما چند سالی است مطرح شده یکباره و بی درنگ پذیرفته شود. در این سالیان اخیر در تمام سخنرانی و مقالاتم بر آن بوده ام که روش تفسیر را از آن تنگنای تعصب انگیز که حقوق دانان و قضات ما ایجاد کرده اند نجات بدهم و راه بازی را که امروز دنیا به آن اعتقاد دارد نشان دهم .

این راه بی مانع اثر نمی کند ولی کم کم جای خود را باز می کند ، چنان که در سالهای اخیر می بینیم که اجرای عدالت به همه زبان ها و حتی سیاستمداران و قضات و دیگران جاری می شود در حالی که در سابق ، سخنی از عدالت نبود و همه به اجرای قانون فکر می کردند .

مقصود از نظم چیست ؟

مقصود این است که قاضی منضبط باشد و در موارد مشابه یکسان داوری کند . مقصود این است که طلبکار بداند که به حق خود می رسد و بدهکار بداند که سرانجام باید حق طرف را بدهد و بیهوده تلاش می کند که به این طرف و آن طرف متمایل شود و طفره رود .

مقصود از نظم این است که قوای سه گانه هر کدام به جای خود انجام وظیفه کنند و در کار همدیگر دخالت بی جا نکنند. به طور خلاصه، ساختمانی که به وسیله قانون اساسی پی ریزی شده به جای خود مستقر باشد . چرخ های جامعه به آن نظم مطلوب بگردد و انحرافی در کارها نباشد .

هدف بعضی از روشهای تفسیری مبتنی است بر ایجاد نظم و بعضی روشها مبتنی است بر ایجاد عدالت . پس ، بحث روش ها به دو بخش اصلی تقسیم می شود و سرانجام به یک نتیجه گیری منتهی خواهد شد . در این مورد تحولاتی را که اتفاق افتاده لازم می بینم فهرست وار عرضه بدارم . تفصیل آن را می توانید در کتاب های مفصل تر مطالعه کنید .

نفوذ نظم در روش تفسیر

برای ایجاد نظم ، برای اینکه مدعی و مدعی علیه وقتی به دادگاه می روند از قبل حکم قضیه را بدانند ؛ برای اینکه قاضی آزاد نباشد ، تفسیر ویژه ای ضرورت پیدا می کند ، تفسیری که مبتنی بر نظم و در جستجوی اراده قانونگذار است . در تمام این مکتبها این مصلحت و هدف دنبال می شود . نمایندگان ملت قوانینی وضع می کنند و قضات اجرا می کنند و دیگران هم از آن اطاعت دارند . باید راهی پیدا کرد که مقصود نویسندگان قانون را بیابیم و آن را اجرا کنیم . پس همه در جستجوی اراده قانونگذار هستند ، به همین جهت ، برخلاف رویه مرسوم که این روشها را تفسیر لفظی یا تحلیلی گفته اند ، با نظر کاربونی که یکی از استادان حقوق مدنی فرانسه است همراه می شویم و همه را مکتب روانی می نامیم زیرا آنچه در همه اینها مشترک است جستجوی اراده قانونگذار است .

روش های استنباط اراده قانونگذار

پیروان این مکتب ، در جستجوی اراده نویسندگان قانون هستند و می گویند اراده آن مقامی که قانون را وضع کرده حجت است . پس باید به دنبال این مقصود باشیم که چه اراده و نظری داشته است . گفتگوی نمایندگان مجلس را ببینیم و از تاریخ استفاده کنیم . از کتبی که مورد استفاده آنان بوده بهره ببریم و به این نتیجه برسیم که اراده نویسندگان قانون چه بوده است . حسنی که این روش دارد این است که نظم را رعایت می کند و حسن دیگر آن این است که قانون به همان مجرای می افتد و اداره می شود که طراحان قانون می خواسته اند و اراده عمومی در همه حال حکومت می کند . ولی عیب بزرگی هم دارد که مهمترین آن دشواری پیدا کردن این اراده است . گفتگوی نمایندگان گفتگوی کسانی است که بیشتر آنان از حقوق اطلاعات کافی ندارند ، در جلسه علنی پیشنهاد هایی می کنند که از جمع آنها نمی توان اراده قانونگذار را استنباط کرد . این ابهام همیشه وجود دارد و تشخیص اراده قانونگذار را دشوار و گاه ناممکن می سازد .

عیب دوم که مهم تر از عیب نخست است ، چنین خلاصه می شود که ، ما بفرض که بتوانیم اراده نویسندگان قانون را به دست بیاوریم و کسب کنیم ، در جایی که قانون کمی کهنه شده مثل قانون مدنی که هفتاد ، هشتاد سال از عمر آن می گذرد ، مثل این است که جامعه را عقب برده ایم و می خواهیم راه حل مسایل امروز جامعه را با راه حل هایی که

در آن روز نویسندگان قانون مدنی فکر می کردند حل کنیم و این باعث عقب ماندگی می شود. برای جلوگیری از این عیب اساسی تمهیداتی اندیشیده اند از این قرار:

گام نخست: جستجوی اراده قانونگذار کنونی

گروهی به این فکر افتادند که، در عین حال که نظم را حفظ می کنند و به قانون استناد می کنند، در روش تفسیر تحولی ایجاد کنند. پس، این فکر را دامن زدند که، به جای جستجوی اراده نویسندگان قانون باید در مقام جستجوی اراده قانونگذار کنونی باشیم.

از روزی که قانون وضع شده تا به امروز قوانین مختلف را ملاحظه کنیم. در این قوانین راه حل هایی وجود دارد و هر کدام معنا و مقصود و هدفی دارد. از مجموع این احکام احراز کنیم که نظر قانونگذار کنونی چیست؟ به عبارتی دیگر، اگر این مسأله در مجلس مقننه مطرح شود چه نظری را قانونگذاران در این خصوص ابراز می کنند؟

راه حل پیشنهاد شده این فایده را دارد که (1) مستند قاضی قانون است (2) از کهنگی آن راه حل ها جلوگیری می شود. در این شیوه، قوانین جدید مورد مطالعه است و در نتیجه راه حلی که به دست می آوریم هم نو و هم متکی به اراده قانونگذار است راه حلی است که چند تن از نویسندگان حقوقی فرانسه از قبیل کاپیتان و کولن و دیگران پیشنهاد کرده اند و کارایی لازم را هم دارد. خاطره ایی از دوران قضاوتم نقل می کنم که ببینید کارایی آن کجاست: مادو نوع مال داریم. مال مثلی و مال قیمی. در صورتی که کسی مال دیگری را از بین ببرد، به موجب قانون مدنی، اگر مثل موجود باشد، باید مثل آن را بدهد و اگر بنایی را خراب کند باید مثل روز اول بنا کند. ولی، در صورتی که دسترسی به مثل نباشد، باید قیمت بدهد. این تقدم بین مثل و قیمت در قانون مدنی مسلم است.

حال اگر قاضی بخواهد اراده نویسندگان قانون مدنی را اجرا کند در بعضی از مسایل دچار اشکال می شود. پرونده ای را که در این زمینه داشتم نقل می کنم تا اهمیت بحث روشن شود: اتومبیلی تصادف کرده و مالک اتومبیل آن را تعمیر کرده بود و برای مخارج تعمیر طرح دعوا می کرد و مبلغ هزینه را می خواست. وکیل طرف قضیه، از دادگاه تقاضای تعیین کارشناس کرده بود و کارشناس گفته بود که این اتومبیل به مثل صورت اول قابل برگشت است. پس، بر مبنای نظر کارشناس ایراد کرد که در صورتی که مالی به مثل صورت اول قابل بنا کردن و دادن مثل ممکن باشد دادن قیمت ممکن نیست و دعوای قیمت باید رد بشود.

دادگاه ابتدایی دعوا را رد کرده بود. به این عنوان که مدعی باید مثل را بخواهد. اگر من هم در بند عدالت نبودم می گفتم که حکم مطابق قانون است و هیچ اشکالی ندارد ولی آیا درست است کسی که تصادف می کند امکان تعمیر آن را نداشته باشد؟ و اگر طرف مقابل تمیز مأمورین را نپذیرد و خسارت را ندهد، اقامه دعوی کند و چندین سال به انتظار حکم بماند؟ در این صورت، وقتی که بخواهند ماشین را به صورت اول در بیاورند دیگر ماشینی است که قیمت ندارد. این راه حل را چه باید کرد؟ اگر به اراده نویسندگان قانون مدنی در روز تصویب تکیه می کردیم، جز این راه حل راهی نبود ولی، من همان زمان چون این شیوه را خوانده بودم از آن الهام گرفتم. با این هدف که در متون و قوانین دیگر آیا قواعدی هست که بتوان از آنها استفاده کرد و به جای مثل قیمت داد؟

در جستجو و استقراء در این زمینه، به بسیاری از موارد، از جمله قواعد کیفری و قوانین مدنی بسیاری برخوردیم که حکم به قیمت داده بودند و از همه مهمتر ماده 3 قانون مسوولیت مدنی بود که سالها پس از قانون مدنی وضع شده و مقرر کرده است که نوع خسارت و نحوه جبران آن در اختیار دادگاه است. از این متن استفاده کردم و با شکستن حکم نخستین در دادگاه ابتدایی، حکم دادم به خسارت آن کسی که صدمه زده است.

پس تفاوت است میان کسی که دغدغه عدالت و فکر یافتن راه حل در ذهن او است با آن که در پی اجرای اراده قانونگذار است. با راه حلی که مجری اراده می رسد، راه حل کهنه و با مسایل اجتماعی و با نیاز های جامعه در تعارض است ولی، راه حلی که خواهان عدالت به آن می رسد ممکن است راه حل مطلوبی باشد.

رجوع به آخرین اراده قانونگذار در واقع یک تحول است. یعنی نخستین قدمی که در راه انقیاد محض به اراده نویسندگان قانون مدنی برداشته شده این است که به جای اراده نویسندگان قانون، اراده قانونگذار کنونی جستجو شود. تحولات دیگری که رخ داده در شیوه کشف این اراده است.

گام دیگر: توجه به هدف قانونگذار و عقل

در آغاز عده ای اعتقاد داشتند که با صنایع ادبی و با ترکیب خارجی قانون می توان اراده قانونگذار را کشف کرد. چرا که این اراده در ظواهر عبارات آمده است. بنابراین، عبارات می تواند نشانه اراده قانونگذار باشد ولی سایر منابع مشکوک است. به همین جهت، به صنایع لفظی می پرداختند. به عنوان مثال بحث می کردند که در متن قانون حروف اضافه و ربط چه معنی دارد و « که » در عبارت چه معنی دارد و این عبارت چگونه به هم مربوط می شود و از نظر ادبی، جمله گفته شده مجاز است یا حقیقت است و امثال این ها.

این مکتب به نام تفسیر لفظی شهرت یافته است و برخی تمامی مکاتبی را که بر نظم قانون تکیه دارند مبتنی بر همین کاوش ادبی و لفظی می دانند و این درست نیست. این باریک بینی ادبی در بین فقهای ما هم دیده می شود و اگر دقت کنید تحولاتی که در حقوق فرانسه بوده در فقه ما هم ایجاد شده است: اخباریون چنین فکر می کردند و به دنبال نص بودند. می خواستند حکم تمام نیازها را در اخبار یادر آیات پیدا کنند. به همین جهت، علم معانی بیان، علم ادبیات، علم رجال جزء علمی شد که لازمه اجتهاد است و می خواستند از راه ادبیات به روح قانون دست یابند.

روش تفسیر ادبی و لفظی در مورد قوانین مذهبی و جهمی دارد چرا که آنها می خواهند حکم خدا را استنباط کنند و طبیعی است که باید محتاط باشند. ولی ما در جستجوی اراده قانونگذار آن تعصب را نداریم. ما می خواهیم بدانیم قانونگذار کنونی که انسان و آسیب پذیر است چه می خواسته و هیچ تعصبی هم نداریم. ما عدالت را فدای اراده اینان نمی کنیم.

بنابراین، برای یافتن اراده قانونگذار تحولی رخ داد. گام دوم به این جا رسید که، به جای تکیه به متون قوانین، به هدف قانون هم توجه داشته باشند. ببینید مصالح و مفاسدی که آن را اقتضا کرده چیست؟ آیا اجرای قانون، مارا به مصلحت می رساند یا به مفسدت؟

این تحول در حقوق اروپا به طریق علمی برجسته شده و کاملاً مشخص است ولی زمینه های آن در حقوق اسلام هم دیده می شود. بسیاری از فقهای مالکی اعتقاد دارند که احکام دائر مدار علت و مصالح و مفاسدی هستند که برای رسیدن به آن مفاسد و مصالح وضع شده اند تاریخ فقه را اگر مطالعه کنیم می بینیم که این تحولات در ذهن فقهای ما هم ایجاد شده است. در مرتبه سوم پای عقل به میان می آید و به فکر آدم می افتند که عقل از منابع تفسیر است. بدین بیان که قانونگذار عاقل به لوازم عقلی کلام خود توجه دارد، بنابراین آنچه عقل از قانون استنباط می کند در واقع حکم قانونگذار است. اختلاف بین روش اخباریون و عقلیون در فقه هم در واقع بستگی به این روش دارد. عقلیون برای دست یافتن به حکم شارع به دنبال دخالت عقل در تفسیر و فهم قانون می روند و اخباریون به دنبال نص و به دنبال مفاهیم ادبی و ظواهر کلام می روند و این سلسله مدتها ادامه داشته است در قدیم مرحوم صدوق و کلینی تا برسد به صاحب حدائق. در مقابل عقلیون بودند که برای یافتن معنی قانون از عقل استفاده می کردند. از این تاریخ است که

کم کم علم اصول ایجاد شد که در واقع علم اصول روش تفسیر قواعد حقوق است و متوجه شدند که قانون مفهوم دارد .

مفهوم موافق دارد مفهوم مخالف دارد . احکام جزئی را می توان ترکیب کرد و از ترکیب آنها ایجاد قاعده کرد . نکته قابل توجه این است که تا زمان شهید ثانی و شهید اول ، اصولاً قواعد حقوق ایجاد و نوشته نشده بود چرا که مکتب ادبی و لفظی حکومت داشت . ولی ، وقتی حکم عقل به میان آمد ، بر این شدند که از قواعد پراکنده ای که در حقوق وجود دارد قاعده بسازند و این قواعد را به مکلفان بگویند که آسان تر بتوانند به حکم شارع دست یابند . بنابراین « تمهیدالقواعد » نوشته شد « عناوین » نوشته شد تا آخرین قواعد فقه که نوشته مرحوم بجنوردی است که در هفت جلد است .

بنابراین ، در آخرین تحولی که در جستجوی اراده قانونگذار ایجاد شد ، سهم عقل بوده که ، راه و روزنه ای به عدالت است و بدین ترتیب ، راه ورود اخلاق و عدالت به حقوق باز شد . دیگر فقط صحبت از اطاعت نبود صحبت از چیرگی بر قانون بود . به قول هوریو یکی از نویسندگان بزرگ حقوق اساسی و حقوق عمومی فرانسه که شهرت جهانی دارد (روش تفسیر عبارت از تمهیدی است که حقوق دان به وسیله آن می تواند بر قوانین و رویه قضایی چیره شود) در طول تاریخ ، جای بردگان و اربابان بسیار عوض شده است : روزی بردگان به اربابی رسیدند و روزی دیگر اربابان به بردگی . بشر ، در تمام دوران همیشه برده منطبق بوده و پذیرفته است منطق صوری راهبرد عقل باشد و او را هدایت کند ولی در عصر ما زمانی رسیده که ما منطق را به استخدام گیریم تا به هدفمان که رسیدن به عدالت است برسیم .

گام سوم : اصالت قانون و نخستین جوانه های عدالت

در مرحله بعد ، عده ای به این فکر افتادند که ، حال که این سد شکسته شده و راه نفوذ عدالت به تفسیر بار گردیده است ، برای خود قانون صرف نظر از نویسندگان آن ارجی قائل باشند می گویند : قانونگذار همین که قانون را وضع کرد دیگر کارش تمام شده است و ما هیچ وظیفه ای نداریم تا ابد بدانیم که نویسندگان آن قانون چه خواسته اند . قانون ، همانند هر پدیده اجتماعی تابع تحولات اجتماعی است . بنابراین تمام این تحولات در معنی قانون تاثیر دارد و ما باید قانون را آن طور تفسیر کنیم که با تحولات اجتماعی منطبق باشد .

بر اساس این نظر ، قانون دو چهره دارد : متن قانون و روح قانون . متن ثابت است ولی روح قانون و معنا تابع تحولات اجتماعی می شود پس باید این تحولات در نظر گرفته شود .

در حقوق اروپایی ، مکتب تاریخی در واقع همین سنخ فکر را داشته است . می گفتند قوانین زاده فکر کسی نیست که آن را اعلام می کند . قانونگذار وظیفه دارد قواعد را کشف کند و اجتماع خود به خود قانون را ایجاد می کند . بنابراین ، وقتی قانون خود به خود ایجاد شود ، باید وجدان اجتماعی را جستجو کرد و ببینیم وجدان اجتماعی چه اقتضاء دارد . در نتیجه ، با این نظر در واقع از قانون بریدند و تنها سایه قانون را بر سر خودشان حفظ کردند تا نظم حفظ شود ولی وجدان اجتماعی را در کنار آن پذیرفتند .

عده ای دیگر به جای وجدان اجتماعی به حقوق فطری روی آوردند و برای اینکه اسم قانون از بین نرود گفتند : بالاتر از قانون دولتی قوانینی وجود دارد عالی که فطرت انسان و ذات روابط اشیا آن را اقتضا می کند بنابراین باید به دنبال قوانین طبیعی رفت و دید که آیا قوانین وضع شده کشف از آن قوانین عالی می کنند و آیا با آن فطرت همگامی دارند یا نه ؟ قانون را به گونه ای باید تفسیر کرد که با قوانین فطری تطبیق کند . این شیوه راهی برای رسیدن به عدالت است ، چون وسیله و راه تشخیص قواعد عقل است و عقل راهبرد و مرکب برای رسیدن به عدالت .

تحقیق علمی آزاد

سرانجام جمعی دیگر به کلی از قانون بریدند و خواستند عدالت را به تنهایی اجرا کنند و اینان مکتبی درست کردند به نام « علمی آزاد ». « ژنی » در اروپا مکتب تحقیق علمی آزاد را تاسیس کرد و گفت : ما معلومات معینی داریم که باید مبنای کشف حکم قرار گیرد و از جمله آنها است : معلومات غایی ، معلومات تاریخی و معلومات قانونی باید آنها را ترکیب کنیم و راه حلی از میان آنها که مطابق با مصالح جامعه باشد به دست آوریم .

این مکتب ظاهر فریبنده ای دارد ، ولی اگر اجرای قانون به تحقیق آزاد و علمی از واقعیت ها کشیده شود ، قاضی آزاد می شود که آنچه می خواهد از راه حل های غایی و تاریخی و قانونی بدست آورد و چیزی جلودار آن نیست و نظم فدای عدالت می شود در حالی که ما به دنبال راهکاری هستیم که نظم و عدل را با هم داشته باشیم .

نتیجه : منطق خطایی : آمیزه نظم و عدل

به اعتقاد من ، بر خلاف آنچه شهرت دارد و نتیجه گیری که از آن می شود ، منطق حقوق منطق ریاضی نیست . منطق تحلیلی و استنتاجی ها نیست بلکه بیشتر منطق خطایی است . وقتی قاضی یا حقوق دان با مطلبی روبرو شود و در می یابد که قضیه چیست خواه ناخواه راه حلی به او القاء می شود و عدالت را احساس می کند که نام آن را « عرفان حقوقی » گذاشته ام . لازم نیست که گیرنده این الهام حقوق دان باشد . همه این راه حل را احساس می کنند ولی تفاوت حقوق دان با دیگران این است که احساس او تربیت شده است ، همانطور که یک هنرمند نقاشی یا موسیقی زیبایی را آن گونه که مردم عادی درک می کنند درک نمی کند و قاضی هم که با نظام حقوقی آشنا است طبیعتاً آن عدالتی را که احساس می کند از درون همان نظام استخراج کرده است . ولی این اشراف و این عرفان حقوقی او را هدایت می کند به سوی عدالت .

در همان قضیه که مثال زدیم ، همین جذبه عدالت باعث شد که عقربه حرکت فکر من به سوی راه حل مطلوب هدایت شود . ولی این تمام کار نیست ، اگر بنا باشد قاضی به سائقه عدالتی که می خواهد عمل کند و هیچ نظمی او را پای بند نسازد هرج و مرج ایجاد می شود و نظم از بین می رود . ولی بخش دوم آن را اصلاح می کند و آن این است که وقتی حرکت به سوی عدالت شد ، تمام هنر حقوق دان در این است که بتواند آن راه حل عادلانه را به قانونگذار نسبت بدهد یا در استفاده از قوانین به نحوی آنها را در کنار هم بچیند و قیاس ها را ترکیب کند که بتواند آن نتیجه را به دست آورد . عالم طبیعی مثل فیزیک دان یا طبیب برای ایجاد انرژی تازه یا برای درمان بیماری آیا می تواند از عوامل طبیعت جدا شود و بگوید که مثلاً سنگ به زمین نیفتد ؟ او محکوم این عوامل و قوانین است منتها معنی کشف این است که این عوامل را به نحوی در کنار هم قرار دهد و ترکیب سازد که به آن نتیجه مطلوب برسد آن انرژی را به دست بیاورد و آن بیماری را کشف کند .

کار حقوق دان ماهر هم همین است که از ترکیب قوانین قیاس هایی بسازد که منتهی به عدالت شود و اگر به عدالت رسید این عدالت قابل استناد است و اگر نتوانست به عدالت برسد فقط این خشنودی و امتیاز برایش می ماند که با ظلم در افتاده است .

در مقدمه کتاب خانواده این جمله رانوشته ام که « سعی من بر این است که به قوانین احترام بگذارم و از آنها جدا نشوم ولی ، وقتی با ستمی آشکار روبرو شوم هر چه در دسترسم است برسر آن قانون می کوبم تا از رونق و جلا بیفتد اگر بتوانم از آن می گذرم و اگر نتوانم لااقل این رضایت را دارم که با ظلم در افتاده ام.»

قاضی هم همین حالت را دارد یعنی روشی که ما پیشنهاد می کنیم روشی است که نظم و عدل را با هم دارد . سایه عدالت ، رنگ عدالت و پرتو عدالت مثل عقربه قطب نما مسیر حرکت فکر او را معین می کند و استدلال ها راهی را فراهم می آورد که به آن نتیجه منتهی می شود .

بخش دوم : اعمال روش پیشنهاد شده در رویه قضایی

شرح دعاوی را از خانواده ، شروع می کنم ممکن است کسی در تمام عمر اخذ به شفعه نکرده باشد ولی خانواده دارد و در خانواده به دنیا آمده و خانواده دار می شود. در آغاز این جستجو موارد فسخ نکاح را مرور می کنیم ، مواردی که مرد می تواند نکاح را فسخ کند .

فرض می کنیم یکی از این بیماریها که در قانون مدنی از موجبات فسخ نکاح به وسیله شوهر آمده است ، با بستری شدن 3 روزه در بیمارستان برطرف شود ، آیا شما به فسخ نکاح حکم می دهید ؟ اگر می خواهید قانونی باشید و فقط به منطق قانون توجه کنید و تحولاتی که در موضوع رخ داده ندیده بگیرید ، باید پاسخ داد که حکم می دهید به فسخ نکاح ، برای اینکه موارد فسخ نکاح کاملاً استثنایی است و حکم امری است و کسی که تقاضای فسخ می کند حق دارد . ولی آیا این نتیجه عادلانه است و منظور قانونگذار همین بوده است ؟

از طرف دیگر ، اگر همسری دچار ایدز شود و شما بخواهید فقط قانون را اجرا کنید ، آیا می توانید آن را از موارد فسخ بگیرید ؟ پاسخ قانون گرایان افراطی بیگمان منفی است . اما اگر آن دغدغه عدالت در فکر شما باشد و در جستجوی این باشید که به راه حلی برسید که هم قانون را رعایت کنید و هم به عدالت منتهی شود ، باید به شیوه ای استدلال کنید که هدف قانونگذار نیز تامین شود . مقصود قانونگذار این بوده است که عیوبی که غیر قابل علاجند و به پیوند زناشویی آسیب می زنند در این گروه آیند ، به عنوان مثال ، در طب سنتی از این گونه است پسی که معالجه نمی شود اما اگر با خوردن چند قرص که باعث رفع پسی می شود درمان گردد آیا مجوز فسخ نکاح موجود است؟ از طرف دیگر بیماری هایی وجود دارد که در سابق نبوده و اکنون شایع شده و مانع از زندگی مشترک و رابطه زناشویی بین زن و مرد می شود ، پس ، در حالی که چنین عارضه ای رخ داد چه باید کرد ؟ اگر شما نتوانید اینها را جمع کنید راه حل فرق می کند بنابراین هر گاه قانونی باشید به یک نحو عمل می کنید و اگر عادلانه فکر کنید به نحو دیگر اینکه مولانا می گوید :

(چند از این فقه و کلام و اصول

مغز را خالی کنی ای بو الفضول)

توجه به همان قشربونی دارد که فقط به فکر اجرای متون قانونی هستند و از عدالت غافل . یعنی از حقوق عرفان و عشق و زیبایی را می گیرند و حقوق دان را تبدیل می کنند به آدمی مطیع . آدمی که بلد است فقط اطاعت کند ولی من می خواهم این فکر را در شما بدمم که حقوق دانان به عنوان موجودی متفکر و عاقل باید سهمی در اجرای قانون داشته باشد با اجرای این روش سهم شما در تفسیر روشن می شود ، در حالی که اگر به فکر اجرای عدالت نباشید به بیراهه می روید .

مثال دیگر :

به موجب قانون مدنی در اصلاحاتی که شده برای اینکه نکاح واقع شود باید زن و شوهر بالغ باشند ولی نکاح صغیر با اجازه ولی صحیح است. اگر ما به دنبال مقصود قانونگذار رویم، می‌گوییم: در فقه این رسم بوده که پدر و جد پدری دختر 6 ماهه را شوهر می‌داده‌اند و برای پسرشان به ولایت زن می‌گرفته‌اند و هیچ کس به این اقدام اعتراضی نداشته است. پس، اگر ما طرفدار فقط قانون باشیم و از اراده نویسندگان قانون مدنی پیروی کنیم، در مقابل این قانون باید زانو بزنیم و فقط اطاعت کنیم. ولی وقتی من این ماده را دیدم مدت‌ها به فکر فرو رفتم و تاسف خوردم و می‌خواستم از نویسندگان این قانون بپرسم که آیا شما حاضر هستید دختر 6 ماهه را شوهر دهید یا برای پسر 8 ساله خود زن بگیرید؟ و برای اراده‌ی او ارزشی قائل نباشید؟ در مقابل چنین متنی چه باید کرد؟ راهی به نظر نمی‌رسد برای اینکه قانون است.

ولی من به فکر افتادم، لاقلاً تا آنجا که می‌توانم ایستادگی کنم و گفتم که در قانون گفته شده که با اجازه « ولی » و مقصود این است که طرف نکاح باید خود دختر یا پسر باشد و ولی آنرا اجازه بدهد. کسانی می‌توانند طرف نکاح باشند که « ممیز » باشند و مفهوم نکاح و طلاق را بدانند. بنابراین باید خود دختر و پسر نکاح را انجام دهند و ولی فقط اجازه بدهد. این تفسیر را اطاعت به قانون القاء نکرده بلکه همانطور که من بیان کردم دغدغه اجرای عدالت بوده است.

مثال دیگر:

هبه مهر در زمان نکاح و قبل از نزدیکی از طرف زن و شوهر است. فرض مسأله این است: زن و مردی با هم پیمان زنا شویی می‌بندند و زن برای ابراز وفاداری به مرد و برای اینکه نشان دهد در بند مادیات نیست و به این پیوند احترام می‌گذارد مهر را به شوهر می‌بخشد و شوهر قبل از نزدیکی زن را طلاق می‌دهد. مشهور فقها اعتقاد دارند که زن باید نصف مهر را به مرد برگرداند. این شهرت منطقی هم به دنبال دارد و به نظر « هومز » یکی از قضات معروف آمریکایی که در حقوق آمریکا مقامی مثل « شیخ مرتضی انصاری » در فقه ما دارد می‌گوید: (هیچ کلامی نیست که نتوان برای آن منطقی پیدا کرد و طرفین دعوا هر ادعایی داشته باشند منطقی برای آن می‌اندیشند)

در این جا هم از نظر منطقی حق با فقیهان است. وقتی شما مالی را به دیگری می‌بخشید به این معنا است که در آن تصرف کردید بنابراین تصرف در حکم قبض است بنابراین چه فرقی می‌کند که آن را به شوهر ببخشید یا به بیگانه.

اگر مهر را زن گرفته بود و به مادر خود می‌بخشید آیا باید نصف مهر را برگرداند؟ بله پس، بخشش به شوهر یا ابراء ذمه او نیز همین اقتضاء را دارد و در حکم گرفتن تمام مهر است. منطق صوری و منطق اطاعت از قانون این را اقتضا می‌کند ولی از شما می‌پرسم آیا این راه حل شما را راضی می‌کند؟ آیا این راه حل در برابر ندای وجدان که متاثر شده راه حلی مطلوب است که ما را به نجات برساند؟ آیا انکار و پاسخ منفی وجدان و اخلاق برای شما ارزشی ندارد که من با شما سخنی ندارم اگر دارد باید به فکر راه حل باشیم

در این صورت این راه بر ما تلقین می‌شود: اولاً: از نظر منطق عرفی، کسی که چیزی نداده، چگونه مدعی پس گرفتن آن می‌شود؟ ثانیاً این عطیه با این شرط ضمنی همراه بوده که نکاح دوام پیدا کند نه اینکه شوهر مهر را بگیرد و طلاق بدهد و بعد نصف آن را پس بگیرد. از تقلب به قانون و از سوء استفاده نسبت به حقوق باید جلوگیری کرد. این راه حل از چه منبعی به ما تلقین می‌شود؟ از اجرای قانون؟ از اطاعت قانون؟ از احترام به قانون؟ از استخدام گرفتن منطق برای رسیدن به عدالت؟

مثال دیگر، به عنوان یک پیشنهاد که سالیان دراز است در حقوق خانواده مطرح کرده‌ام و مطمئنم که راه حل‌ها سرانجام به این امر منتهی می‌شود ولی امروز رویه قضایی آن را نمی‌پذیرد، حقی است که مرد برای طلاق دادن دارد.

رویه قضایی تصور می کند این حق مرد است ، در حالی که باید دید ریاست شوهر بر خانواده و حقوقی که به شوهر داده شده هدفش چیست ؟ آیا هدف ارضای حس خود خواهی مرد است ؟ یا هدف تحکیم خانواده است ؟
آیا شرع یا قانون هیچ کدام این اعتقاد را دارند که ما مرد را برتر از زن می دانیم و این موجود برتر هر وقت بخواهد می تواند همسرش را رها کند و آغوش گرم تری که پیدا کرد به آن پناه برد . اگر این را بگویید به قانونگذار نسبتی داده اید که شایسته او نیست .

به طور معمول وقتی اسم قانونگذار را می بریم در واقع یک روح خیالی را در نظر می آوریم که به جز عقل و منطق به چیز دیگری فکر نمی کند و به عدالت توجه ندارد . این غول خیالی را باید شکست و به جای آن فرشته ای را به عنوان اسطوره نگاه داشت تا به نام او از ظلم و ستم پرهیز شود و عدالت تامین گردد .

اگر طلاق زن ، حق شوهر باشد او هر زمان بخواهد زن را طلاق می دهد ولی اگر این اختیار به مناسبت حفظ خانواده باشد آن گاه قابل سوء استفاده است . مثل کاری است که مدیری بر خلاف مصالح اداره اش انجام می دهد . اگر مدیر اداری شخص کارمندی را بی مورد از خدمت منصرف کند دیوان عدالت می تواند بگوید : ناروا این کار را کردی چه جهت معقولی داشته این کار را کردی . شوهر هم مدیر خانواده است در واقع ریاست یک تعارف است که به شوهر می کنند تکالیف مربوط به اداره خانواده بر عهده شوهر است پس این حقی که به شوهر داده شده قابل سوء استفاده است و دادگاه در صورتی که تشخیص بدهد که او سوء استفاده می کند می تواند تقاضای او را رد کند یا لاقط او را به دادن خسارت محکوم سازد .

زمانی برای سخنرانی به اصفهان رفته بودم در دانشگاه اصفهان ، قضات استان به دیدن من آمدند یکی از آنان به من گفت که (نظریه شما را ضمن رای اعلام کردم و تقاضای طلاق شوهر را به دلیل سوء استفاده از اختیار رد کردم) و رای خود را به من نشان داد خیلی خوشحال شدم که سرانجام رخنه ای حتی اگر به اندازه سر سوزن باشد ، در دل دادرسان ایجاد شده و عدالت بر آن تکیه زده است .

به گمان من ، اگر رود خروشان در حال گذشتن است و در دست شما یک سنگ ریزه ، از پرتاب این سنگ ریزه خود داری نکند زیرا روزی سنگ ریزه ها جمع می شود سدی می سازد و مسیر رودخانه را عوض می کند . این رای در دیوان عالی شکسته شده بود . ولی همین که در فکر یک قاضی این پیشنهاد رخنه کند که « طلاق دادن » اختیاری قابل سوء استفاده است خود غنیمت بزرگی است .

طبق اصل 40 قانون اساسی هیچ کس حق ندارد حق خود را به وسیله اضرار به غیر قرار دهد و دادگاه همین که اضرار را تشخیص داد و غیر عادلانه دانست از آن جلوگیری می کند . این زمینه برابری نسبی حقوق زن و مرد را فراهم می آورد و با هیچ شرع و قانونی منافات ندارد .

آنچه مرا به این راه حل رساند اجرای قانون نبود . سالیان دراز شوهران زنان را طلاق می دادند و طلاق نامه را غیباً برایشان می فرستادند . این سنت قانون گرایان بوده است اما وقتی که این اختیار را از روزن عدالت می بینیم ، به فکر می افتیم که راه حل دیگری بیابیم که از گیر و دار و تنگنای قانون رها شویم و به عدالت روی بیاوریم .
مثال دیگر :

در دادگاه شهرستان قاضی بودم سند خریدی را دیدم که خانه ای را به چهار میلیون تومان معامله کرده بودند و هنوز برق خانه وصل نشده بود ، فروشنده در سند ملتزم شده بود ظرف مدت 4 ماه منزل را تخلیه و تحویل دهد ، ولی برق 3-4 روز بعد وصل شده بود و اندکی تاخیر داشت ، خریدار اجراییه صادر کرده بود برای مبلغ 4 میلیون تومان فروشنده از دستور اجرای شکایت کرده بود به دادگاه و درخواست ابطال اجراییه را خواستار بود .

مطابق ماده 230 قانون مدنی، اگر وجه التزامی در قراردادی ذکر شود قاضی حق ندارد به کمتر یا بیشتر حکم دهد. طرفین خسارت مقطوع خود را قبلاً تراضی می کنند و دادگاه فقط اجرا می کند.

در برابر این متن چه باید کرد؟ آیا این درست است که یک نفر هم خانه را بگیرد و هم 4 میلیون خسارت معادل کل بهای معامله را، یعنی معامله ای انجام شود که عوض و معوض در کیسه یک نفر قرار گیرد. من شبیه این را در فقه دیده بودم و راه حلی که مخالف آن بود در پرونده ای که درباره همین موضوع داشتم اجرا کردم. موضوع از این قرار بود:

مردی زنش را طلاق می دهد به طلاق خلع. وکیل زرنگ زن در روز آخر عده، بی اطلاع شوهر رجوع کرده بود به فدیة. ولی مرد حق رجوع نداشت چون عده تمام شده بود و فدیة در برابر رجوع بود. روزی که به این پرونده برخورد کردم، در جستجوی این فرع در متون فقه، شرحی را دیدم در مسالک الافهام که نشان می داد در معاملات معوض، از جمله طلاق خلع، این عادلانه نیست که عوض و معوض در کیسه یکی از دو طرف قرار گیرد و مبادله را مختل سازد. می گویند فقها به عدالت اهمیت نمی دهند.

این مثال نشان می دهد که گفته مشهور درست نیست بسیاری از راه حلها که می گویند «اوجه» است یعنی عادلانه است.

من به همین عنوان در آن مورد رای دادم که رجوع به فدیة درست نیست و رجوع باید در زمانی انجام شود که طرف مقابل هم امکان رجوع را داشته باشد.

در پرونده فروش خانه و وجه التزام معادل ثمن می خواستم به گونه ای از این فکر عادلانه استفاده کنم. مدتها در فکر بودم، برای من آسان بود که بگویم وجه التزام مطابق ماده 230 تعیین شده و این اجراییه درست است اما این مرا راضی نمی کرد و امیدوارم شما را هم راضی نکند.

سرانجام، با استفاده از اصول حقوقی به راه حل مطلوب رسیدم بدین توضیح که چون تعهدی که فروشنده برای وصل کردن برق کرده است تعهدی بوده که دیگری باید انجام دهد و ظاهر قضیه نشان می دهد که تعهد به وسیله است نه تعهد به نتیجه. او امکانات لازم را برای وصل برق انجام داده، پس به تعهد خود عمل کرده و نباید هیچ وجه التزامی بپردازد و اجراییه باطل است.

این را اعتراف می کنم که اگر وجه التزام 10 هزار تومان بود، به این شکل رای نمی دادم و می گفتم که 10 هزار تومان را بدهد چون تقصیر کرده است اگر وجه التزام مبلغی عادلانه بود به این شکل رای نمی دادم ولی وقتی عدالت در خطر افتد جذبه عدالت باعث تعیین حرکت مسیر فکر قاضی می گردد.

ولی همان گونه که گفته شد، در مرحله دوم قاضی باید مهارت خود را نشان دهد و راه حل عادلانه را به قانونگذار نسبت بدهد به گونه ای که هم نظم حفظ شود و هم عدل.