

## امکان سنجی نسخ قانون موضوعه به موجب رای وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور از منظر قواعد اصولی و اصول حقوقی

حمید گنجی زاده

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس

### چکیده :

مجلس شورای اسلامی یکی از مراجع وضع قاعده لازم الاجراست. اما تنها مرجع وضع قاعده لازم الاجرا در کشور نیست و در قانون مراجع دیگری نیز برای وضع این قاعده در نظر گرفته شده اند که یکی از این مراجع دیوان عالی کشور است که هیات عمومی آن بر اساس اصل 161 قانون اساسی و همچنین ماده 471 قانون آیین دادرسی کیفری مصوب 1392 صلاحیت صدور رای وحدت رویه را دارد که این رای در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر قضایی لازم الاتباع است. این پژوهش که به روش تحلیلی و توصیفی می باشد به دنبال این هدف است که آیا امکان وقوع تعارض بین مصوبه مجلس و رای وحدت رویه وجود دارد؟ از جهتی نیز این قاعده حقوقی جاری است که نسخ یک قانون فقط توسط مرجعی که آن را وضع کرده و یا مرجعی که در طبقه بندی قوانین، بالاتر است امکان دارد. حال با توجه به اینکه هم قانون موضوعه و هم رای وحدت رویه جزء قواعد لازم الاجرا به شمار می روند و انجام آن ها بر همگان لازم است ولی مراجع وضع آنها یکی نیست، ممکن است در مواردی بین رای وحدت رویه و قانون موضوعه تعارض بوجود آید و برخلاف قاعده مذکور، رای وحدت رویه با توجه به اصل 161 قانون اساسی که اختیارات دیوان عالی کشور را بیان کرده و ماده 471 قانون آیین دادرسی کیفری مصوب 1392 که مراحل ایجاد رای وحدت رویه و اثر آن را ذکر کرده و همچنین توجه به شباهت بین نسخ جزئی و تخصیص و از همه مهمتر، در نظر گرفتن مصلحت در شرایط و اوضاع و احوال مختلف، بتواند قانون موضوعه را نسخ کند.

### واژگان کلیدی

قانون موضوعه، رای وحدت رویه، نسخ، تخصیص، هیات عمومی دیوان عالی کشور

## مقدمه :

قانون را از جهتی به 2 معنای عام و خاص می‌توان تقسیم کرد. در معنای عام به تمام قوانین و مقرراتی گفته می‌شود که از طرف یکی از سازمان‌های دولتی که صلاحیت این کار را دارد وضع می‌شود و در معنای خاص به قواعدی گفته می‌شود که با تشریفات مقرر در قانون اساسی از طرف مجلس شورای اسلامی وضع شده است و یا از راه همه‌پرسی به طور مستقیم به تصویب می‌رسد. از طرفی دیگر هیات عمومی دیوان عالی کشور بر اساس ماده 471 قانون آیین دادرسی کیفری مصوب 1392 در شرایطی می‌تواند اقدام به صدور رای وحدت رویه نماید که رای صادره اعتبار قانون را دارد و برای همه مراجع قضایی و غیر قضایی الزام‌آور است؛ در نتیجه هم قانون موضوعه و هم رای وحدت رویه برای همگان لازم‌الاجرا هستند. اما نکته‌ای که وجود دارد و تا کنون به آن اشاره‌ای نشده است این است که رای وحدت رویه در جهت و موافق قوانین وضع شده ایجاد می‌شود یا می‌تواند حتی مخالف قوانین هم ایجاد شود به طوری که اصطلاحاً متعارض با قانون باشد و به عبارتی بتواند آن را نسخ کند. البته در بادی امر با توجه به قاعده حقوقی‌ای که وجود دارد و آن این است که قانون فقط توسط مرجعی که آن را وضع کرده و یا مرجعی که در طبقه‌بندی قوانین مرجع بالاتر است نسخ می‌شود (کاتوزیان، 1392) رای وحدت رویه صلاحیت نسخ قانون موضوعه را ندارد.

اهمیت و ارزش بحث در این است که در صورت بروز تعارض بین قانون و رای وحدت رویه کدام یک باید موضوع رای قضایی قرار گیرند و قاضی با استناد به آن حکم قضیه را مشخص کند و اینکه آیا قاضی می‌تواند در صورت وقوع تعارض از رسیدگی خودداری کند یا خیر؟

در خصوص چگونگی لازم‌الاجرا بودن رای وحدت رویه بر اساس اصل تفکیک قوا و همچنین قواعد و شرایط نسخ قانون موضوعه، به ترتیب توسط آقایان دکتر جلال الدین مدنی و دکتر اقبال علی میرزایی تحقیقاتی صورت گرفته است اما در آنها و تحقیقات دیگر اشاره‌ای به امکان یا عدم نسخ قانون بوسیله رای وحدت رویه نشده است.

## روش تحقیق :

در این پژوهش که به طریق تحلیلی و توصیفی تهیه و تدوین شده است علاوه بر ارائه تعریفی از قانون به معنای عام و خاص و ذکر تشریفات مقرر برای ایجاد آن و ذکر انواع نسخ و تخصیص و انواع آن‌ها، به ذکر سابقه تقنینی ایجاد رای وحدت رویه و تعریف آن و بررسی چندی از آرا وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور مرتبط با موضوع پژوهش می‌پردازیم.

## 1- تعریف قانون:

قانون در لغت به معنای دستورات و مقررات و احکامی است که از طرف دولت و مجلس برای حفظ انتظامات و اداره کردن امور جامعه وضع می‌شوند (حسن عمید، 1382) و لفظ موضوعه نیز به معنای وضع شده است که این معنای لغوی از قانون با معنای اصطلاحی آن دلالت دارد و در کنار عرف و رویه قضایی منابع حقوق را تشکیل می‌دهند.

قانون خود به 3 دسته تقسیم می‌شود:

1- قانون اساسی که قانون به اصطلاح مادر است و قدرت های صالح برای وضع قواعد حقوقی و اختیارات مقامات عالی کشوری را مشخص می کند

2- قوانین عادی مانند قانون مدنی و مجازات و... که نسبت به قانون اساسی از درجه اعتبار کمتری برخوردارند و همواره باید موافق و طبق اصول قانون اساسی تنظیم و تدوین شوند

3- مقررات دولتی که منظور از آن مقرراتی است که توسط قوه مجریه و تحت عناوینی مانند آیین نامه، تصویب نامه، دستورالعمل، مصوبه و... وضع می شوند. (محمد امامی و کوروش استوار سنگری، 1393)

بدین ترتیب می توان قانون را از جهتی به 2 معنای عام و خاص تقسیم کرد: منظور از قانون در معنای عام عبارت است از تمام مقرراتی که از طرف یکی از سازمانهای صالح دولت وضع شده است، خواه این سازمان، قوه مقننه یا قوه قضاییه یا رئیس دولت یا یکی از اعضای قوه مجریه باشد. پس در این معنا قانون شامل تمام مصوبات مجلس و آراء وحدت رویه و تصویب نامه ها و بخش نامه های اداری می شود. اما در معنای خاص، قانون به قواعدی گفته می شود که با تشریفات مقرر در قانون اساسی از طرف مجلس شورای اسلامی وضع شده است و یا از راه همه پرسی به تصویب می رسد. یعنی به عبارت دیگر در معنای خاص، قانون مفهومی جدای از تصمیمات قوه مجریه و قوه قضاییه دارد.

### 1\_1- تشریفات وضع قانون (قانون به معنای خاص):

در جمهوری اسلامی ایران تصویب قانون به معنای خاص فقط در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است که این موضوع در اصل 58 قانون اساسی به صورت ذیل بیان شده است: "اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می شود و مصوبات آن پس از طی مراحلی که در اصول بعد می آید برای اجرا به قوه مجریه و قضاییه ابلاغ می گردد."

نمایندگان مجلس نیز ممکن است براساس ضروریات جامعه تصویب قانونی را لازم بدانند و با طرح موضوع از طریق ارائه متن مورد نظر در مجلس تصویب آن را خواستار شوند که در اصطلاح حقوقی به این متن پیشنهادی طرح گفته می شود که این موضوع نیز در اصل 74 قانون اساسی پیش بینی شده است. علاوه براین براساس اصل 94، کلیه مصوبات مجلس باید به شورای نگهبان فرستاده شود تا از لحاظ انطباق با موازین اسلامی و قانون اساسی مورد بررسی قرار گیرد و تا زمانی که شورای نگهبان مصوبه مجلس را تایید نکند، آن مصوبه جنبه قانونی پیدا نخواهد کرد. بین ترتیب می توان گفت وضع قانون و به اجرا درآوردن آن متضمن 6 مرحله است: 1- پیشنهاد قانون (اصل 74) 2- تصویب قانون (اصل 58) 3- تایید قانون توسط شورای نگهبان یا مجمع تشخیص مصلحت نظام (اصل 94 و 112) 4- امضاء قانون توسط رئیس جمهور (اصل 123) 5- انتشار قانون در روزنامه رسمی (ماده 3 قانون مدنی) 6- گذشت مهلت 15 روز (ماده 2 قانون مدنی) (فرهاد بیات و شیرین بیات، 1396)

### 2- رای وحدت رویه:

سابقه تقنینی ایجاد رای وحدت رویه برای اولین بار به سال 1319 برمی گردد که قانونگذار در نخستین پیش بینی خود مبنی بر ایجاد رای وحدت رویه توسط هیات عمومی دیوان عالی کشور در ماده 43 قانون امور حسبی مقرر داشته بود: " دادستان دیوان کشور از هر طریقی که مطلع به سوء استنباط از مواد این قانون در دادگاه ها بشود یا به اختلاف نظر دادگاه ها راجع به امور حسبی اطلاع حاصل کند که مهم و موثر باشد نظر هیات عمومی دیوان کشور را خواسته و به وزارت دادگستری اطلاع می دهد که به دادگاه ها ابلاغ شود و دادگاه ها مکلفند بر طبق نظر مزبور رفتار نمایند". پس از آن نیز در قانون مربوط به وحدت رویه قضایی مصوب 1328 پیش بینی شده بود که این ماده واحده مقرر داشته بود: " هرگاه در شعب دیوان عالی کشور نسبت به موارد مشابه رویه های مختلف اتخاذ شده باشد، به تقاضای وزیر دادگستری یا رئیس دیوان مزبور و یا دادستان کل هیات عمومی دیوان عالی کشور که در این مورد لاقبل با حضور سه ربع از روسا و مستشاران دیوان مزبور تشکیل می یابد موضوع مختلف فیه را بررسی کرده و نسبت به آن اتخاذ نظر می نماید. در این صورت نظر اکثریت هیات مزبور برای شعب دیوان عالی کشور و سایر دادگاه ها در موارد مشابه لازم الاتباع است و جز به موجب نظر هیات عمومی یا قانون قابل تغییر نخواهد بود". بعد از این مقرر نیز قانونگذار ایجاد رای وحدت رویه را در ماده 3 از مواد اضافه شده به قانون ایین دادرسی کیفری مصوب 1337 پیش بینی کرده بود که در آنجا مقرر داشته بود: " هرگاه از طرف دادگاه ها اعم از جزایی و حقوقی راجع به استنباط از قوانین رویه های مختلفی اتخاذ شده باشد، دادستان کل پس از اطلاع مکلف است موضوع را در هیات عمومی دیوان کشور مطرح نموده و رای هیات عمومی را در آن باب بخواهد. رای هیات عمومی در موضوعاتی که قطعی شده بی اثر است ولی از طرف دادگاه ها باید در مورد مشابه پیروی شود". بعد از آن نیز قانونگذار در ماده 20 قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری مصوب 1356 مقرر داشته بود: " در موارد مذکور در ماده سوم قانون ایین دادرسی مدنی دادستان کل می تواند بنا به اعلام وزیر دادگستری و یا راسا موضوعات مشمول آن ماده را در هیات عمومی دیوان عالی کشور مطرح کند. در این صورت هیات عمومی دیوان مذکور طبق قانون وحدت رویه قضایی تشکیل و نسبت به موضوع رسیدگی و رای صادر خواهد نمود؛ طرح موضوع در هیات عمومی دیوان عالی کشور رافع وظایف دادگاه ها در رسیدگی و صدور حکم طبق ماده سوم ایین دادرسی مدنی نمی باشد". سپس قانونگذار ایجاد رای وحدت رویه را در ماده 270 قانون ایین دادرسی کیفری مصوب 1378 مقرر داشته بود. آنجا که بیان داشته بود: " هرگاه در شعب دیوان عالی کشور و یا هریک از دادگاه ها نسبت به موارد مشابه اعم از حقوقی و کیفری و امور حسبی با استنباط از قوانین اراء مختلفی صادر شود، رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور به هر طریقی که آگاه شوند مکلفند نظر هیات عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد وحدت رویه در خواست کنند. همچنین هریک از قضات شعب دیوان عالی کشور یا دادگاه ها نیز می توانند با ذکر دلایل از طریق رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور نظر هیات عمومی را در خصوص موضوع کسب کنند. هیات عمومی دیوان به ریاست رئیس دیوان عالی یا معاون وی با حضور دادستان کل کشور یا نماینده او و حداقل سه چهارم روسا و مستشاران و اعضای معاون کلیه شعب تشکیل می شود تا موضوع مورد اختلاف را بررسی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم نماید. رای اکثریت که مطابق موازین شرعی باشد ملاک عمل خواهد بود. اراء هیات عمومی دیوان عالی کشور نسبت به احکام قطعی شده بی اثر است ولی در موارد مشابه تبعیت از آن برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه ها لازم می باشد". نهایتاً در حال حاضر ایجاد رای وحدت رویه در ماده 471 قانون ایین دادرسی کیفری مصوب 1392 مقرر شده است که این ماده بیان می دارد: " هرگاه از شعب مختلف دیوان عالی کشور یا دادگاه ها نسبت به موارد مشابه اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی با استنباط متفاوت از قوانین، اراء مختلفی صادر شود رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور به هرطریقی که آگاه شوند مکلفند نظر هیات عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد وحدت رویه درخواست کنند. هریک از قضات شعب دیوان عالی کشور یا دادگاه ها یا دادستان ها یا وکلای دادگستر نیز می توانند با ذکر دلیل از طریق رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور نظر هیات عمومی را درباره موضوع درخواست کنند. هیات عمومی دیوان عالی کشور به ریاست رئیس دیوان عالی یا معاون وی و با حضور

دادستان کل کشور یا نماینده او و حداقل سه چهارم روسا و مستشاران و اعضای معاون تمام شعب تشکیل می شود تا موضوع مورد اختلاف را بررسی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم کنند. رای اکثریت در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم الاتباع است اما نسبت به رای قطعی شده بی اثر است. در صورتی که رای اجرا نشده یا در حال اجرا باشد و مطابق رای وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور عمل انتسابی جرم شناخته نشود یا رای به جهاتی مساعد به حال محکوم علیه باشد رای هیات عمومی نسبت به آراء مذکور قابل تسری است و مطابق مقررات قانون مجازات اسلامی عمل می شود".

## 1-2 - اهداف ایجاد رای وحدت رویه:

قضات دادگاه ها و محاکم دادگستری در استنباط از قوانین برای رسیدگی به دعاوی و اختلافات همواره ازاد هستند و قوانین و مقررات را با توجه به استنباط خود تفسیر می کنند و در این خصوص تفاوتی میان قضات دادگاه های عالی و تالی وجود ندارد و هیچ یک از قضات، حتی قاضی مرجع عالی، علی الاصول نمی تواند نظر قضایی خود را بر قضات مراجع تالی تحمیل و آنان را مکلف به تبعیت از نظر و رای خود نماید. بدین ترتیب با توجه به آزادی گفته شده که قضات در استنباط از قوانین دارند ممکن است همواره به دلیل این استنباط های آزادانه، شاهد صدور آراء متفاوت در موارد مشابه باشیم که این امر هم می تواند باعث زیر سوال بردن اعتبار قوه قضاییه به عنوان مرجع تظلم خواهی باشد و هم مردم را در تشخیص حقوق و تکالیف خود با مشکل رو به رو سازد (عبدالله شمس، 1395). لذا برای پرهیز از بروز این مسائل و مشکلات قانونگذار هیات عمومی وحدت رویه قضایی را پیش بینی کرده است که در ماده 471 قانون این دادرسی کیفری، همانگونه که ذکر شد بیان شده است.

هدف دیگری که به نظر می توان برای ایجاد رای وحدت رویه بیان داشت در مواردی ظاهر می شود که به دلیل ابهامی که در برخی مواد قانونی وجود دارد، قضات تفسیر های متفاوتی از آن می کنند و در نتیجه آراء متفاوتی در مورد یک دعوا صادر می شود. در این گونه موارد به دلیل اینکه رای قاضی باید در ابتدا مستند به قانون باشد و برای تسریع در روند رسیدگی به دعوا و پرهیز از طی شدن زمان لازم برای اصلاح ماده مبهم، براساس ماده 471 قانون این دادرسی کیفری مصوب 1392، به هیات عمومی دیوان عالی کشور این اختیار داده شده که از طریق صدور رای وحدت رویه حکم قضیه را مشخص کند.

البته باید توجه داشت که دیوان عالی کشور تنها مرجع صدور آراء وحدت رویه نیست، بلکه به موجب بند 2 و 3 ماده 12 قانون تشکیلات و این دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب 1392 با اصلاحات 1402، هیات عمومی دیوان عدالت اداری نیز صلاحیت صدور آراء وحدت رویه را دارد که این آراء وحدت رویه صادره توسط دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتباع است. ماده 89 قانون مزبور بیان میدارد: "هر گاه به تشخیص رئیس دیوان، در موضوعات مشابه، آرای متعارض از یک یا چند شعبه دیوان صادر شده باشد، وی می تواند دستور بررسی آن را جهت صدور رأی وحدت رویه صادر نماید. هیأت عمومی پس از بررسی و احراز تعارض، با اعلام رأی صحیح، نسبت به صدور رأی وحدت رویه اقدام می کند. در صورتی که هیأت عمومی آرای موضوع تعارض را غیر صحیح تشخیص دهد، نظر صحیح را با صدور رأی وحدت رویه اعلام می کند. این رأی برای شعب دیوان و مراجع اداری و همچنین برای هیأت های تخصصی و هیأت عمومی در مورد رسیدگی به ابطال مصوبات موضوع (بند) ۱ (ماده) ۱۲ (این قانون در ارتباط با آن موضوع لازم الاتباع است. اثر آرای وحدت رویه نسبت به آینده است لیکن در

مورد احکامی که در رأی هیأت عمومی مطرح و غیرصحیح تشخیص داده شده است، شخص ذینفع ظرف یک ماه از تاریخ درج رأی در روزنامه رسمی حق تجدیدنظرخواهی را دارد. در این صورت پرونده به شعبه تجدیدنظری که قبلاً به پرونده رسیدگی نکرده است، ارجاع می‌شود و شعبه مذکور موظف به رسیدگی و صدور رأی، مطابق رأی وحدت رویه است. آرای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان، فقط به موجب قانون یا رأی وحدت رویه موخر، بلااثر می‌شود.

نکته ای که باید ذکر شود این است که به نظر می‌رسد رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری اثر رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور در ارتباط با نسخ یا عدم نسخ قانون را نمی‌تواند داشته باشد زیرا: تشریفاتی که برای ایجاد رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور پیش بینی شده در اینجا وجود ندارد (از جمله حضور دادستان و ...) و همچنین رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور برای همه مراجع لازم الاتباع است، چه قضایی و چه غیرقضایی؛ بر خلاف رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری که فقط برای مراجع اداری لازم الاتباع است.

### 3- نسخ و تخصیص و تفاوت بین آنها:

نسخ را از 2 جهت می‌توان تقسیم بندی نمود: اول از جهت صریح و ضمنی بودن و دوم از جهت کلی و جزئی بودن.

نسخ صریح بدین معناست که گاه قانونگذار صریحاً اراده خود را در الغای قانون بیان می‌کند و در ضمن مقرر کرده است که مقررات گذشته را اعلام می‌کند اما نسخ ضمنی در صورتی اتفاق می‌افتد که قانونگذار صریحاً اراده خود را بر بی اعتباری مقررات سابق اعلام نمی‌کند بلکه چون اجرای هر 2 مقررهِ جدید و قدیم به طور همزمان امکان ندارد و عاقلانه به نظر نمی‌رسد که قانونگذار اجرای 2 امر متضاد را اراده کرده باشد به ناچار رعایت یکی از 2 قانون جدید یا قدیم لازم است و چون قانون جدید آخرین اراده قانونگذار است ناچار باید قانون قدیم را ناسخ قانون قدیم به شمار آورد.

تقسیم نسخ از جهت کلی و جزئی بودن: در نسخ کلی اراده جدید قانونگذار (یعنی قانون جدید) به طور کلی اراده قدیم قانونگذار (یعنی قانون قدیم) را از بین می‌برد و جایگزین آن می‌شود، حال چه به صورت صریح (یعنی بیان شدن در قانون جدید) و چه به صورت ضمنی (یعنی صریحاً ذکر نشدن اما جمع هر 2 ممکن نبودن) اما در نسخ جزئی اراده جدید قانونگذار به طور کلی اراده قدیم قانونگذار را نسخ نمی‌کند بلکه جزئی از آن را از بین می‌برد.

#### 3-1- چگونگی نسخ ضمنی به تناسب عام و خاص بودن قانون قدیم و جدید:

در این خصوص می‌توان 3 فرض را در نظر گرفت:

1\_ قانون قدیم و جدید از حیث عام و خاص باهم برابرند: به عبارت دیگر قلمرو دو قانون جدید و قدیم مساوی است و قانون جدید با قانون قدیم تعارض دارد که در این صورت قانون جدید قانون قدیم را نسخ می‌کند.

2\_ قانون قدیم عام و قانون جدید خاص است: در این صورت قانون خاص جدید از هر جهت قانون عام قدیم را نسخ نمی‌کند و فقط اجرای حکم را در مورد خاص منع می‌کند.



3\_ قانون قدیم خاص و قانون جدید عام است: در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد بین اینکه آیا قانون عام جدید قانون خاص قدیم را نسخ می‌کند و یا چون قانون خاص قدیم به عبارتی خاص بوده است حتی به موجب قانون عام هم نسخ نمی‌شود. براساس نظر دکتر کاتوزیان چون هر عامی قابل تخصیص است و در همه قوانین استثنائاتی دیده می‌شود، احتمال دارد قانونگذار مایل به حفظ حکم خاص بوده و بویژه از اینکه قانونگذار حکم خاص را از همه مانند های خود جدا ساخته و موضوع حکم قرار داده است این احتمال بیشتر تقویت می‌شود که از ابتدا نیز به نظر او این موضوع از سایر افراد عام متمایز باشد اما به طور کلی نمی‌توان گفت هیچ‌گاه قانون عام جدید ناسخ قانون خاص قدیم نیست بلکه این امر بستگی به قرائن و مفاد حکم دارد که گاه نشان می‌دهد قانونگذار مایل نیست هیچگونه استثنائی بر حکم باقی بماند. (ناصر کاتوزیان، 1392)

به نظر می‌رسد که گفته دکتر کاتوزیان صحیح است و به طور مطلق نمی‌توان گفت که قانون خاص قدیم تحت هر شرایطی به حیات خود ادامه می‌دهد بلکه باید به قرائن و اوضاع و احوال و بیان قانونگذار توجه کرد؛ البته بهتر است قانونگذار، خود صریحاً اشاره کند که آیا قانون خاص قدیم اعتبار دارد یا خیر تا باب تفاسیر مختلف و صدور آراء متفاوت بسته شود.

## 2-3- تخصیص:

تخصیص در لغت به معنای خاص گرداندن و اختصاص دادن است و در اصطلاح اصول به معنای خارج کردن بعضی از افراد و مصادیق از دایره شمول عام و محدود کردن دامنه فراگیری آن است (حسین قافی، سعید شریعتی، 1396) و به آن عبارت که دایره شمول عام را محدود می‌کند مخصص گفته می‌شود. به عنوان مثال در ماده 30 قانون مدنی که مقرر می‌دارد: "هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع را دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد"، به عبارت "مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد" مخصص و به مجموع عمل انجام شده روی این ماده تخصیص گفته می‌شود؛ به عبارت دیگر حکم این ماده به موجب عبارت ذکر شده تخصیص خورده است. مخصص را می‌توان به 2 نوع لفظی و غیر لفظی تقسیم کرد.

مخصص لفظی خود بر 2 نوع متصل و منفصل تقسیم می‌شود: مخصص متصل مخصصی است که همواره به همراه کلام عام می‌آید و متصل به عام است و آن را تخصیص می‌زند (مانند ماده 30 قانون مدنی) اما مخصص منفصل مخصصی است که همراه کلام عام نیست اما با آن ارتباط دارد و عده‌ای از افراد مشمول حکم عام را از آن خارج می‌کند، مانند مواد 445 و 447 قانون مدنی که در ماده 445 مقرر شده "هریک از اختیارات بعد از فوت به وراثت منتقل می‌شود" اما ماده 447 مقرر می‌دارد "هرگاه شرط خیار برای شخصی غیر از متعاملین باشد منتقل به ورثه نمی‌شود". در واقع ماده 447 حکم ماده 445 را محدود کرده و اصطلاحاً تخصیص زده است.

مخصص غیر لفظی: مخصصی است که همانطور از نامش پیدا است قید نمی‌شود بلکه با توجه به قرائن و اوضاع و احوال و اجماع و حکم عقل و اصول حقوقی می‌توان به آن پی برد، مثلاً اگر در محوطه دانشگاهی اعلامیه‌ای بر روی دیوار نصب باشد بدین مضمون که همه دانشجویان در جلسه روز شنبه حاضر شوند، نصب این اعلامیه در محوطه دانشگاه نشان می‌دهد که منظور فقط دانشجویان آن دانشگاه بوده است و نه همه دانشجویان.

### 3-3- تفاوت بین نسخ و تخصیص:

قبل از بیان تفاوت های بین نسخ و تخصیص، بیان می شود که منظور از نسخ در این قسمت نسخ جزئی است و نسخ کلی با تخصیص تداخل پیدا نمی کند زیرا همانطور که در تعریف تخصیص بیان شد، مخصص عبارت است از دلیل خاصی که بعضی از افراد عام را از موضوع حکم عام خارج می کند درحالی که در نسخ کلی ما شاهد خروج تمام افراد عام از موضوع حکم عام هستیم.

تفاوت اصلی نسخ و تخصیص را از 2 جهت می توان ذکر کرد:

اولا اینکه: در تخصیص، دلیل دوم (خاص) قبل از زمان عمل به دلیل اول (عام) وضع می شود و از همان ابتدا کشف می شود که دلیل عام شامل همه افراد نبوده و تنها شامل برخی از افراد است اما در نسخ جزئی، دلیل خاص پس از زمان عمل به دلیل عام وضع می شود. (محمد حسین شهبازی، 1395) به عبارت دیگر هم در نسخ جزئی و هم در تخصیص، ابتدا دلیل عام وارد می شود و سپس دلیل خاص اما در تخصیص دلیل خاص قبل از عمل به دلیل عام وارد می شود ولی در نسخ جزئی دلیل خاص پس از عمل به دلیل عام وارد می شود؛ به عنوان مثال در تاریخ 1397/1/1 ماده ای وضع می شود بر این موضوع که انعقاد قرارداد مربوط به نقل و انتقال مال غیرمنقول با خارجیان از تاریخ 1397/7/1 ممنوع است اما ماده دیگری در تاریخ 1397/6/1 ( یعنی قبل از زمان عمل به ماده) وضع می شود بدین صورت که انعقاد قرارداد مربوط به نقل و انتقال مال غیرمنقول با مردم عراق ایرادی ندارد؛ در این مورد ما شاهد بروز تخصیص قانون توسط قانونگذار هستیم زیرا هنوز به حکم عام عمل نشده. حال اگر در همین مثال جواز انعقاد قرارداد انتقال مال غیرمنقول به مردم عراق در تاریخ 1397/8/1 وضع می شد، شاهد بروز نسخ قانون بودیم زیرا مدتی به حکم عام عمل شده بود.

دوما اینکه: هرگاه قانونی به موجب قانون جدیدتر نسخ شود به کلی از نظام حقوقی حذف می گردد و با نسخ قواعد جدید هم دوباره حیات حقوقی پیدا نمی کند؛ پس اگر قانونگذار مایل باشد که قانون منسوخ دوباره اجرا شود باید به وضع دوباره آن دست بزند یا به گونه ای اراده خود را درباره احیاء قاعده منسوخ بیان کند ولی در مورد تخصیص چون فرض این است که قانون عام به جای خود باقی است و تنها گستره آن محدود و مقید شده، با حذف مخصص، دوباره عام قلمرو خود را باز می یابد، مانند اینکه از اصل قیدی نداشته است. ( ناصر کاتوزیان، 1392)

### 4- امکان یا عدم امکان تعارض رای وحدت رویه با قانون:

با توجه به مطالب گفته شده اولین سوال و شاید مهم ترین سوالی که پیش می آید این است که آیا امکان وقوع تعارض بین رای وحدت رویه و قانون وجود دارد؟ و اینکه آیا اساسا رای وحدت رویه می تواند قانون موضوعه را نسخ کند؟

با توجه به اصل 161 قانون اساسی که مقرر می دارد: " دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد رای وحدت رویه قضایی و انجام مسئولیت هایی که طبق قانون به آن محول می شود، بر اساس ضوابطی که رئیس قوه قضاییه تعیین می کند تشکیل می گردد " و توجه به قسمت ابتدایی اصل که مقرر داشته "... نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد رای وحدت رویه قضایی..." می توان اینگونه استدلال کرد که یکی از وظایف دیوان صرفا نظارت بر اجرای صحیح قوانین است و امکان تعارض با قانون و توانایی نسخ و تخصیص آن را ندارد و صلاحیت ایجاد رای وحدت رویه قضایی نیز که به آن سپرده شده در راستای تغییر ( نسخ و تخصیص) قوانین موجود نیست بلکه در جهت تکمیل خلاء های قانونی و در راستای یکنواخت و یکسو کردن



تفسیر های متفاوتی است که قضات از متن واحد قوانین داشته اند؛ از طرفی دیگر نیز ماده 473 قانون آیین دادرسی کیفری مصوب 1392 مقرر می دارد: "اراء وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور فقط به موجب قانون یا رای وحدت رویه موخری که مطابق ماده 471 این قانون صادر می شود قابل تغییر است". با توجه به ماده مذکور که علاوه بر پیش بینی تغییر رای وحدت رویه به موجب رای وحدت رویه جدید، احتمال تغییر رای وحدت رویه را به موجب قانون نیز پیش بینی کرده است، می توان اینگونه بیان داشت که این ماده نشان دهنده این است که اعتبار قانون بیشتر از رای وحدت رویه است و می تواند آن را تغییر دهد که در نقطه مقابل نشان دهنده این است که اعتبار رای وحدت رویه کمتر از قانون است و همانطور که ذکر شد، قاعده بر این است که نسخ قانون تنها از طرف مرجعی که آن را وضع کرده یا در طبقه بندی قوانین مرجعی عالی تر است امکان دارد پس در نتیجه، براساس ماده 473 که قانون می تواند رای وحدت رویه را تغییر دهد اعتباری بیشتر و رای وحدت رویه اعتباری کمتر از قانون دارد پس در نتیجه امکان وقوع تعارض بین رای وحدت رویه و قانون وجود ندارد.

اما از سویی دیگر نیز می توان اینگونه بیان داشت که اصل 161 قانون اساسی که یکی از وظایف دیوان عالی کشور را ایجاد رای وحدت رویه قضایی ذکر کرده است اشاره ای نکرده است که آیا دیوان در راستای ایفا این وظیفه می تواند قانون را نسخ کند یا خیر؟ پس با توجه به بیان قانونگذار در این اصل که به طور مطلق بیان شده و قیدی بر آن وارد نشده و نیز این قاعده عقلی و عرفی که اگر قانونگذار قیدی را لازم می دانست ذکر می کرد، دیوان عالی کشور در راستای ایفا صلاحیت ایجاد رای وحدت رویه قضایی، می تواند قانون را نسخ کند

همچنین با توجه به ماده 471 قانون آیین دادرسی کیفری که بیان کننده رای وحدت رویه است و مقرر می دارد: "... رای اکثریت در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم الاتباع است..." می توان اینگونه استدلال کرد که برای رای وحدت رویه نیز اعتباری همچون قانون در نظر گرفته شده و در حکم قانون پنداشته شده است و بر همین اساس بتوان گفت که اعتبار قانون را دارد پس می تواند قانون را تغییر دهد و در مواردی که فرصت کافی برای طی شدن تشریفات اصلاح قانون وجود ندارد، دیوان عالی کشور می تواند قانون را نسخ کند و همانطور که بیان شد یکی از اهداف ایجاد رای وحدت رویه تسریع در روند رسیدگی به دعا و پرهیز از طی شدن زمان لازم برای اصلاح قانون است.

اما دلیل مهم دیگری که می تواند اثبات کند امکان وقوع تعارض بین رای وحدت رویه و قانون وجود دارد و رای وحدت رویه می تواند قانون موضوعه را نسخ کند بحث مصلحت است و همانطور که از گفته برخی از فقها برداشت می شود، مصلحت در مواقعی می تواند مهم ترین و بالاترین ملاک برای عمل کردن قرار گیرد و لذا به همین دلیل است که از طرفی مرحوم محقق حلی بیان میدارند: "نسخ در شریعت ها به حکم عقل و شرع جایز است، چرا که عقل حکم می کند به تبعیت احکام از مصالح و در مصالح اختلاف و تغییر راه دارد، در نتیجه تغییر احکامی که تابع مصالح هستند نیز جایز خواهد بود." (حلی، بی تا) و از طرف دیگر مرحوم علامه طباطبایی می فرمایند: "مقررات وضعی حکومت قابل تغییر هستند و در ثبات و بقاء تابع مصلحتی می باشند که آنها را بوجود آورده است." (طباطبایی، 1354) و در نهایت امام خمینی (ره) می فرمایند: "حکومت می تواند هر امری را، چه عبادی و چه غیر عبادی را که جریان آن مخالف با مصالح اسلام است از آن مادامی که چنین است جلوگیری کند و از حج که از فرائض مهم اسلامی است در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی است موقتاً جلوگیری کند." (خمینی، 1371)

شاید بر اساس همین دیدگاه از مصلحت است که در نظام تقنینی کشور ما نیز مجمع تشخیص مصلحت نظام هر جا که بحث مصلحت در میان باشد می تواند نه تنها مصوبات مجلس و قانون بلکه حکم شرعی را نیز برای اجرای مصلحت نادیده بگیرد زیرا اصل 112

قانون اساسی مقرر می‌دارد: "مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع می‌دهد و سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است به دستور رهبری تشکیل می‌شود...." از این اصل برداشت می‌شود که اگر مجمع تشخیص مصلحت نظام مصوبه مجلس را مطابق با مصلحت نظام تشخیص دهد می‌تواند بر تصویب و تنفیذ آن نظر دهد هرچند خلاف شرع یا قانون اساسی باشد و شاید مهم‌ترین دلیلی که می‌توان برای نادیده گرفتن این قاعده که قانون فقط توسط مرجع وضع آن یا مرجعی که در طبقه بندی قوانین از آن بالاتر است نسخ می‌شود، بیان کرد، همین در نظر گرفتن مصلحت وجود نظم و سرعت در رسیدگی‌ها در مواقع مورد نیاز باشد.

اما این سوال که مصلحت چیست و چه شرایطی دارد و مرجع تشخیص آن کدام است خود بحث مفصلی است که در این مقال نمی‌گنجد اما به طور خلاصه می‌توان ذکر کرد که مصلحت در شرایط مختلف متفاوت است و نمی‌توان شرایط ثابتی را برای اعمال آن ذکر کرد و ممکن است موضوعی که امروزه در ارتباط با موضوع دیگر مصلحت است، مدتی بعد مصلحت نباشد و هدف از گفتن این مطالب این بود که می‌توان گفت هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مواردی امکان تعارض با قانون موضوعه را دارد و می‌تواند آن را نسخ کند زیرا از طرفی قانونگذار برای رای وحدت رویه اعتبار قانون را در نظر گرفته و انجام آن را برای همگان الزامی دانسته است و همچنین همانطور که در ادامه می‌آید قانونگذار انچه‌ا که برای اهمیت برای رای وحدت رویه قائل شده است که حاضر به نقض اصل تفکیک قوا برای ایجاد آن شده و دلیل دیگر اینکه بیان قانونگذار در اصل 161 به طور مطلق ذکر شده و از همه مهمتر اینکه ممکن است در موضوع و مورد خاصی مصلحت شخص و یا مصلحت جامعه در این باشد که رای وحدت رویه بتواند قانون را نسخ کند زیرا همانطور که مشخص است قانون توسط بشر خلق شده و بشر نیز مصون از اشتباه نیست و اینکه قانونگذار نتوانسته باشد فرضی را پیش بینی کند و یا اینکه پیش بینی کرده باشد ولی در مقام عمل به آن برخلاف پیش بینی قانونگذار اختلاف ایجاد شده باشد فرضی محتمل است و دور از ذهن نیست.

#### 1-4- چگونگی توجیه امکان وقوع تعارض بین رای وحدت رویه و قانون موضوعه بر اساس اصل تفکیک قوا:

ماده 471 قانون آیین دادرسی کیفری علاوه بر اینکه بیان کننده ایجاد رای وحدت رویه است موضوع دیگری را نیز می‌توان از آن برداشت کرد و آن بحث مربوط به اصل تفکیک قوا است که بر خلاف این اصل که در اصل 57 قانون اساسی مقرر شده، به گونه‌ای به قوه قضاییه اجازه وضع قاعده لازم‌الاتباع برای همگان را می‌دهد. این اصل مقرر می‌دارد: "قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضاییه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت برطبق اصول اینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند" در حالیکه وضع قانون براساس اصل 58 قانون اساسی که مقرر داشته: "اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود و مصوبات آن پس از طی مراحل که در اصول بعد می‌آید برای اجرا به قوه مجریه و قضاییه ابلاغ می‌شود" از وظایف قوه مقننه به شمار رفته است. حال سوالی که به ذهن می‌رسد این است که توجیه ایجاد رای وحدت رویه که توسط هیأت عمومی دیوان عالی کشور صادر می‌شود و به عبارتی زیرمجموعه قوه قضاییه است براساس اصل تفکیک قوا (اصل 57 قانون اساسی) چیست؟

شاید بتوان گفت که حل این مسئله چندان دشوار نباشد زیرا حتی در خود قانون اساسی نیز که اصل تفکیک قوا را مطرح کرده اصولی دیده می‌شود که از این اصل عدول شده و به عنوان مثال گاهی قوه مقننه که مرجع قانونگذاری است وظایف قوه قضاییه که مرجع تظلم خواهی است را انجام می‌دهد (اصل 90 قانون اساسی) و یا قوه مجریه که وظایف اجرایی دارد گاهی وظایف قوه مقننه را

انجام می‌دهد (اصول 74 و 138 قانون اساسی)؛ در نتیجه توجیه آن را شاید بتوان اینگونه مطرح کرد که هدف از این تفکیک قوا، به اصطلاح سر و سامان دادن به امور کشور و انجام منظم و سازمان یافته امور است و خود این هدف، یعنی انجام منظم امور گاه‌ایجاب می‌کند که در مواردی از این اصل تفکیک وظایف قوا عدول شود که به نظر نه تنها امری ناپسند نیست بلکه امری نیکو و منطقی است و به نظر در برهم زدن اصل تفکیک قوا نیز قانونگذار مصلحت را در نظر گرفته است، مصلحت مربوط به برقراری نظم و انجام بهتر و سازمان یافته تر امور کشور.

## 5\_ تکلیف قضات در صورت وقوع تعارض بین رای وحدت رویه و قانون موضوعه:

سوالی که پیش می‌آید این است که در صورت قائل بودن به امکان وقوع تعارض بین قانون و رای وحدت رویه کدامیک می‌تواند ملاک رای قاضی قرار گیرد؟ و اینکه آیا قاضی می‌تواند با استناد به وجود تعارض بین رای وحدت رویه و قانون بدلیل مشخص نبودن راه حل از صدور رای خودداری کند؟

دشواری مستند رای قاضی قرار گرفتن قانون یا رای وحدت رویه از آن جهت است که ماده 3 قانون ایین دادرسی مدنی مصوب 1379 مقرر داشته: "قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت کنند....." و از طرف دیگر نیز ماده 471 قانون ایین دادرسی کیفری که حکم ایجاد رای وحدت رویه را پیش بینی کرده و همچنین اصل 161 قانون اساسی اشاره ای نکرده اند که آیا رای وحدت رویه می‌تواند قانون موضوعه را نسخ کند یا خیر اما از سویی هم، قاضی این قاعده را میدانند که قانون فقط توسط مرجعی که آن را وضع کرده و یا مرجعی که در طبقه بندی قوانین مرجعی عالی تر است قابل نسخ است؛ پس با توجه به اینکه هیات عمومی دیوان عالی کشور، مرجع وضع قانون و یا مرجعی عالی تر از مجلس نیست، ممکن است قاضی به این نتیجه برسد که قانون را باید مستند رای خود قرار دهد.

اما ماده 471 قانون ایین دادرسی کیفری را به روش دیگری هم می‌توان تفسیر کرد و آن اینکه: چون رای وحدت رویه نیز اعتبار قانون را دارد و همانند قانون قاعده ای لازم الاتباع برای همگان است پس در نتیجه می‌تواند مانند قانون مستند رای قاضی قرار گیرد؛ به عبارت دیگر قاضی برای مستند رای خود به مرجع وضع قاعده لازم الاجرا توجهی نمی‌کند و آنچه اهمیت دارد اثر قاعده لازم الاجرا است که هم قانون موضوعه و هم رای وحدت رویه برای همگان لازم الاتباع هستند.

البته نکته ای که باید بدان توجه شود این است که آنچه اهمیت دارد تاریخ صدور و ایجاد رای وحدت رویه و قانون است؛ بدین صورت که اگر هرکدام دیرتر از دیگری در موضوع مطروحه صادر شده باشند ملاک عمل قرار می‌گیرند در نتیجه به طور مطلق نمی‌توان گفت که رای وحدت رویه قانون را نسخ می‌کند بلکه آنچه که اهمیت دارد تاریخ صدور هرکدام از قانون یا رای وحدت رویه است.

اما در خصوص اینکه آیا قاضی می‌تواند با استناد به وجود تعارض بین رای وحدت رویه و قانون از صدور رای اجتناب کند یا خیر؟ پاسخ خیر است زیرا ماده 3 قانون ایین دادرسی مدنی مصوب 1379 مقرر داشته: "قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت کنند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلا 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 نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعاو و صدور حکم امتناع ورزد و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهد شد".

## 6- بررسی چندی از آراء وحدت رویه که قانون موضوعه را نسخ کرده اند:

1\_ به موجب ماده واحده مصوب 1358/11/17 شورای انقلاب: " بنیاد مستضعان از پرداخت هزینه دادرسی در تمام مراجع قضایی معاف است" اما در رای وحدت رویه شماره 543 مورخ 1369/10/11 آمده است که " شرکت های تحت پوشش بنیاد مستضعان که شخصیت حقوقی مستقل از شخصیت بنیاد داشته و عملیات انتفاعی انجام میدهند مشمول مصوبه 17 بهمن ماه 1358 شورای انقلاب موضوع معافیت بنیاد از پرداخت هزینه دادرسی نبوده و در دعاوی حقوقی خود باید هزینه دادرسی را وفق مقررات قانونی پرداخت نمایند".

همانطور که ذکر شده به نظر رای وحدت رویه شماره 543، ماده واحده شورای انقلاب را نسخ جزئی کرده است.

2\_ ماده 30 قانون مالیات بر درآمد و املاک مزروعی و مستغلات و حق تمبر مصوب 1335 مقرر می دارد " در موقع وصول مالیات و جرائم آن از درآمد و اموال مودیان یا ضامن آنها وزارت دارایی نسبت به سایر طلبکاران حق تقدم خواهد داشت" اما رای وحدت رویه شماره 212 مورخ 50/8/6 مقرر داشته " قانون تصفیه امور ورشکستگی مصوب 1318 ترتیب خاصی برای پرداخت دیون ورشکسته مقرر داشته و بستانکاران از ورشکسته را به پنج طبقه تقسیم و حق تقدم هر طبقه را بر طبقه دیگر تصریح نموده و ماده 30 مالیات بر درآمد مصوب 1335 راجع به وصول مالیات و جرائم آن از اموال و دارایی عموم مودیان ناظر بر اشخاص ورشکسته که وضع مالی آنها تابع قانون خاصی می باشد نبوده .....".

در این مورد نیز ماده 30 قانون مالیات به طور مطلق و عام بیان کرده است که در موقع وصول مالیات وزارت دارایی نسبت به سایر طلبکاران حق تقدم خواهد داشت اما رای وحدت رویه شماره 212 اشخاص ورشکسته را شامل این ماده ندانسته و این ماده را نسخ جزئی کرده است.

3\_ ماده 478 قانون ایین دادرسی کیفری مصوب 1392 در قسمت تبصره مقرر می دارد " در صورتی که مجازات مندرج در حکم از نوع مجازات سالب حیات یا سایر مجازات های بدنی یا قلع و قمع بنا باشد، شعبه دیوان عالی کشور با وصول تقاضای اعاده دادرسی قبل از اتخاذ تصمیم درباره تقاضا دستور توقف اجرای حکم را میدهد اما رای وحدت رویه شماره 742 مورخ 94/5/6 مقرر میدارد " غایت و هدف قانونگذار از وضع تبصره اصلاحی ذیل ماده 478 قانون ایین دادرسی کیفری مصوب 1392 این است که احکامی که پس از اجرا قابل تدارک و جبران نیست و نسبت به آن تقاضای اعاده دادرسی شده قبل از حصول نتیجه تقاضا موقتا به موقع اجرا گذارده نشود؛ بر این مبنا و با توجه به قابلیت اجرای احکام قطعی کیفری، شعبه دیوان عالی کشور برای صدور دستور توقف اجرای حکم ابتدا باید درخواست را بررسی و ملاحظه و چنانچه نظر اعضای شعبه بر رد درخواست باشد صدور دستور توقف اجرای حکم امر بی فایده و لغو است و به این جهت صدور این دستور در چنین مواردی به دلالت عقلی موافق مقصود قانونگذار نبوده و موضوعا از شمول حکم مقرر در تبصره مذکور خارج است.....".

در این مورد نیز رای وحدت رویه شماره 742 ماده 478 قانون ایین دادرسی کیفری را نسخ جزئی کرده است.

4\_ ماده 249 قانون تجارت مقرر می دارد " برات دهنده، کسی که برات را قبول کرده و ظهرنویس ها در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند....." ظهر نویسی در لغت به معنای پشت نویسی است و ممکن است بر اساس این ماده هرکس پشت سند تجاری را

امضاء کند) یعنی حتی ضامن) ظهرنویس و در نتیجه در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی داشته باشد اما هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رای وحدت رویه شماره 597 مورخ 1374/2/12 مقرر داشت "مهلت یکسال مقرر در ماده 286 قانون تجارت جهت استفاده از حقی که ماده 249 این قانون برای دارنده برات یا سفته منظور نموده در مورد ظهرنویس به معنای مصطلح کلمه بوده و ناظر به شخصی که ظهر سفته را به عنوان ضامن امضاء نموده است نمی باشد".

در این مورد هم رای وحدت رویه شماره 597 ماده 249 را نسخ جزئی کرده است.

نکته پایانی اینکه در این آراء وحدت رویه ذکر شده آنچه که مشهود است در واقع یکی از تفاوت های اصلی بین نسخ و تخصیص است؛ همانطور که در قسمت تفاوت های بین نسخ و تخصیص ذکر کردیم اولین تفاوت اصلی بین نسخ و تخصیص این بود که در نسخ، حکم خاص بعد از اینکه مدتی از عمل به حکم عام گذشت وضع می شود اما در تخصیص، حکم خاص قبل از زمان عمل به حکم عام وضع می شود.

### نتیجه گیری:

قاعده بر این است که مرجع نسخ قانون فقط توسط همان مرجعی که آن را وضع کرده و یا مرجعی که در طبقه بندی قوانین مرجعی عالی تر است امکان پذیر می باشد اما در عمل شاهد مواردی هستیم که هیات عمومی دیوان عالی کشور با وجود اینکه مرجعی پایین تر از مجلس شورای اسلامی که مرجع وضع قانون است، توانسته است قانون را نسخ (جزئی) کند. مهم ترین دلایلی که برای امکان نسخ قانون توسط رای وحدت رویه می توان ذکر کرد ذیل چند مورد بیان می شود:

1- اصل 161 قانون اساسی که بیان کرده یکی از وظایف دیوان عالی کشور، ایجاد رای وحدت رویه قضایی است اشاره ای نکرده که دیوان در راستای انجام این وظیفه می تواند قانون مصوب مجلس را نسخ کند یا خیر؟ و چون بیان قانونگذار به صورت مطلق بوده و قیدی را ذکر نکرده است پس دیوان عالی کشور در راستای انجام این وظیفه می تواند قانون مصوب مجلس را نیز نسخ کند

2- ماده 471 قانون آیین دادرسی کیفری مصوب 1392 که بیان کننده روند ایجاد و اثر رای وحدت رویه است بیان داشته که رای وحدت رویه برای همگان لازم الاتباع است و به عبارتی برای ان اثری همانند قانون را در نظر گرفته است پس می توان اینگونه استدلال کرد که آنچه اهمیت دارد اثر قاعده وضع شده است که رای وحدت رویه همانند قانون اثری لازم الاتباع دارد و اگر اراده موخر است اراده مقدم لازم الاتباع را نسخ می کند، بدون اینکه توجهی به مرجع وضع اراده مقدم داشته باشد

3- در بعضی از مواقع مصلحت و پرهیز از طی شدن تشریفات و زمان طولانی برای اصلاح قانون ایجاب می کند که هیات عمومی دیوان عالی کشور بتواند قانون مصوب مجلس را نادیده بگیرد و قاعده لازم الاتباع جدیدی وضع کند و از آنجا که مصلحت بر حسب زمان ها و اوضاع و احوال مختلف ممکن است تغییر کند در نتیجه شاید نتوان از قبل شرایطی را برای ان پیش بینی کرد و اختیار تشخیص مصلحت را به خود هیات عمومی دیوان عالی کشور داد که البته می توان گفت با توجه به ماده 472 قانون آیین دادرسی کیفری مصوب 1392 که حضور دادستان را برای صدور رای وحدت رویه لازم میدانند، هیات عمومی دیوان عالی کشور برای صدور رای وحدت رویه توانایی تشخیص مصلحت را دارد.

4- ممکن است بیان شود که رای وحدت رویه صلاحیت نسخ قانون را ندارد و نهایتاً می تواند آن را تخصیص بزند اما با توجهی عمیق تر در مفهوم این 2 اصطلاح می توان بیان داشت که تخصیص نیز به گونه ای نسخ به شمار می رود؛ بدین تعریف که همانطور که استادان اصول بیان کرده اند، مخصص عبارتی است که دایره حکم بیان شده را محدود می کند و برخی از افراد و مصادیق حکم را از آن خارج می کند که به مجموع این عمل تخصیص گفته می شود اما در تخصیص نیز به عبارتی ما با نسخ جزئی حکم در مورد افراد و مصادیق خارج شده رو به رو هستیم؛ یعنی آن حکم اولیه با خارج شدن بعضی از افراد و مصادیق نسخ جزئی شده است و حتی شباهت بین نسخ و تخصیص تا جایی است که برخی از حقوقدانان این دو واژه را به جای هم بکار برده اند. (جعفری لنگرودی، 1381)

البته اینکه رای وحدت رویه بتواند قانون موضوعه را نسخ کند جنبه های مثبت و منفی ای میتواند داشته باشد.

جنبه مثبت آن پرهیز از پروسه طولانی قانونگذاری و از همه مهمتر سرعت در رسیدگی است زیرا در صورتیکه این اختیار برای هیات عمومی دیوان عالی کشور وجود نداشته باشد و در موضوعی بین طرفین دعوا اختلاف شود و موضع قانونگذار صریحاً مشخص نباشد باید دعوا را معلق نگه داشت و منتظر نظر مجلس در مورد آن بود که این خود برخلاف اصل سرعت در رسیدگی است.

جنبه منفی آن هم از این جهت است که اصل تفکیک قوا را برهم میزند (اگرچه این برهم زدن خود برای برقراری نظم امور است) و همچنین دقت و تمرکز و زمانی که برای ایجاد قاعده لازم الاتباع باید باشد وجود ندارد. که البته جنبه های مثبت آن از جنبه های منفی آن پررنگ تر است.



## منابع

- امامی، محمد و استوارسنگری، کوروش، 1393، حقوق اداری، چاپ هفدهم، تهران، نشر میزان
- بیات، فرهاد و بیات، شیرین، 1396، شرح جامع قانون مدنی، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات ارشد
- جعفری لنگرودی، محمد علی، 1381، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ چهارم، تهران، گنج دانش
- حلی (محقق)، شیخ جعفر، بی تا، معارج الاصول، چاپ اول، قم، انتشارات آل البیت
- خمینی، روح الله، 1371، صحیفه نور، چاپ اول، سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، انتشارات سروش
- شهبازی، محمد حسین، 1395، درس هایی از اصول فقه، چاپ چهارم، تهران، نشر میزان
- شمس، عبدالله، 1395، ایین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته، جلد اول)، چاپ سی و ششم، تهران، انتشارات دراک
- طباطبایی، محمد حسین، 1354، معنویت تشیع، قم، اندیشه
- علی میرزایی، اقبال، قواعد و شرایط نسخ احکام شرعی و قوانین موضوعه، نشریه علمی-پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره سیزدهم، پاییز و زمستان 95، ص 175-215
- عمید، حسن، 1382، فرهنگ فارسی عمید، چاپ بیست و ششم، تهران، موسسه انتشارات امیر کبیر
- قافی، حسین و شریعتی، سعید، 1396، اصول فقه کاربردی (جلد اول)، چاپ پانزدهم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
- کاتوزیان، ناصر، 1392، مقدمه علم حقوق، چاپ هشتاد و هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار
- مدنی، جلال الدین، تکلیف اراء وحدت رویه لازم الاتباع از نظر تطبیق با قانون اساسی و موازین شرعی، مجله حقوقی دادگستری، پاییز 1370، ص 100-107

## **Feasibility of repealing the subject law based on the unanimous decision of the General Board of the Supreme Court The country from the point of view of fundamental rules and legal principles**

**Hamid ganjizadeh**

### **Abstract:**

The Islamic Council is one of the authorities for making binding rules. However, it is not the only reference for the implementation of the necessary rules in the country and in law. Other authorities have been considered to establish this rule, one of which is the Supreme Court whose general board. Based on Article 161 of the Constitution as well as Article 471 of the Code of Criminal Procedure approved in 2012, the authority to issue unanimous decision has it that this decision is binding on the branches of the Supreme Court and courts and other authorities, both judicial and non-judicial, in similar cases. This research, which is analytical and descriptive, aims to determine whether there is a possibility of a conflict between the resolution of the Majlis and Is there a unanimous vote? In a sense, this is the current legal rule that a law can only be repealed by the authority that enacted it. Or a reference that is higher in the classification of laws is possible. Now considering that both the subject law and the unanimity vote are part of it. The rules are considered mandatory and it is necessary for everyone to follow them, but the authorities for their implementation are not the same, it is possible in cases between Unanimity vote and conflicting law. And contrary to the aforementioned rule, the unanimity vote according to Article 161 of the Constitution states the powers of the Supreme Court and Article 471 of the Code of Criminal Procedure approved in 1392. He mentioned its effect and also paid attention to the similarity between partial copying and allocation, and most importantly, considering expediency in the circumstances and Different circumstances can override the relevant law.

**Keywords:** The law is the subject, unanimous vote, versions, allocation, The General Board of the Supreme Court.