

تعارض ادله قانونی و راهکارهای حل آن

| زهرا سادات مناقب | دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران
| جلال‌الدین قیاسی* | دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

چکیده

تعارض ادله قانونی در زمره مسائل مبتلابه حقوق می‌باشد. قانون‌گذار در هنگام وضع قوانین، علی‌رغم دقت فراوان، قادر نیست قانون کامل و بدون نقصی ارائه دهد و تمام مسائلی که در آینده اتفاق می‌افتد را پیش‌بینی کند؛ پس احتمالاً تعارضاتی در قوانین و مواد آن‌ها رخ می‌دهد. تعارض قوانین باعث هرج‌ومرج، صدور آراء متفاوت، زیر سؤال رفتن انصاف و رعایت عدالت و در نتیجه موجب سردرگمی قضات می‌گردد. تعارض در مرحله وضع قانون و بین قوانینی که در یک سطح یا سطوح مختلف هستند رخ می‌دهد. گونه‌ای دیگر از صور تعارض، بین شرع و قانون اتفاق می‌افتد. بنابراین حقوق‌دانان در مواجهه با مسائل فوق‌الذکر، در پی راهکاری برای حل تنافی مذکور می‌باشند. در پژوهش حاضر، پس از تحلیل و بررسی در کتب و مقالات متعدد و همچنین با مطالعه دقیق در آراء وحدت رویه، نظریات مشورتی، نشست‌های قضایی، سعی بر آن است تا صور مختلف تعارض شناسایی و ضوابط حل آن تشریح گردد؛ به‌ویژه در مورد قوانین کیفری که برای حفظ توازن حقوق فردی و امنیت عمومی است. بنابراین اهمیت این موضوع، در فراهم کردن موجبات صدور حکم عادلانه و جلوگیری از اعمال سلیقه‌های متفاوت، واضح و مبرهن است.

واژگان کلیدی: ادله قانونی، تخصیص، صور تعارض، نسخ

مقدمه

با وجود دقت قانون‌گذار و استفاده از الفاظ دقیق و عبارات جامع، گاهی عملاً عبارت‌های قانون برای فهماندن مقصود روشن نبوده و ممکن است متن قانون محتمل معانی متعدد باشد. اشتباهات نگارشی، توسعه روابط میان افراد و تغییرات گسترده و مداوم در زمینه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و... نیز بستری برای وقوع مسائل جدید است که قانون‌گذار قادر نیست در زمان وضع قانون، تمامی این موارد را مدنظر قرار دهد. وضع مداوم قانون جدید راه‌حل مطلوبی برای رفع این مشکل نبوده و تفصیل بیش از حد قانون، خود مشکل جدیدی در این عرصه می‌باشد؛ با این توضیحات یکی از راه‌حل‌های موجود برای حل این مشکل، مسئله تفسیر قوانین است که ابهامات و تعارضات موجود در قوانین را حل و قانون حاکم بر واقعه مورد رسیدگی را تعیین کرده و در نتیجه قاضی در موارد ابهام، اجمال و تعارض قوانین، قادر به رسیدگی دعوا و صدور رأی می‌گردد. در تفسیر قانون، سعی بر روشن شدن معنی واقعی گفته‌های قانون‌گذار است.

در حقوق دو نوع ادله قانونی و قضایی وجود دارد؛ ادله قانونی بیان‌کننده حکم مسائل قضایی هستند مانند آنکه جرم چیست، مجازات آن چقدر است و...؛ ولی ادله قضایی در مقام اثبات دعوا به کار می‌روند مانند اسناد و مدارک، شهادت شهود، اقرار و... در هر دو نوع دلیل ممکن است تعارضاتی به‌صورت جداگانه رخ دهد.

تعارض ادله قانونی هنگامی رخ می‌دهد که میان مفاد دو دستور قانونی چنان مغایرتی است که تطبیق هر دو بر واقعه واحد ممکن نباشد. تعارض وضعیت دو قانون است که در مرحله وضع قانون رخ می‌دهد؛ به‌عنوان نمونه تعارض ماده ۱۶۱ و ۱۷۱ قانون مجازات اسلامی با ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری. با این توضیح که ماده ۱۶۱ و ۱۷۱ قانون مجازات اسلامی اصل را بر اعتبار اقرار گذاشته مگر اینکه قرائن برخلاف مفاد آن اقرار باشد؛ اما مفهوم ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری اقرار را معتبر نمی‌داند مگر قرائن بر صحت مفاد آن اقرار باشد. همچنین ممکن است میان ادله قضایی تعارض رخ دهد مثلاً اسناد و مدارک با شهادت شهود معارض باشند که تعارض ادله قضایی باید در مباحث ادله اثبات دعوا مورد بررسی قرار گیرد و از آنجا که هدف این نوشته، بررسی مسائل مربوط به تفسیر قانون است لذا فقط به بحث تعارض ادله قانونی پرداخته شده و گامی در جهت حل این نوع تنافی است تا موجبات صدور حکم عادلانه فراهم گردد. دستیابی به روش منطقی و عقلانی در جهت رفع تعارض‌ها و فهم صحیح آن، در جهت ایجاد انسجام و هماهنگی در درون نظام حقوقی، ضروری است. بنابراین پژوهش حاضر، در جهت چگونگی شناخت و حل تعارضات موجود در قوانین، صور مختلف تعارض ادله قانونی را در دو دسته مورد بررسی و تبیین قرار می‌دهد:

(۱) تعارض بین دو یا چند قانون که شامل دو فرض تعارض قوانین در سطوح مختلف و تعارض میان قوانین در یک سطح می‌باشد.

(۲) تعارض بین قانون و شرع که به دو شکل تباین کلی و شکل عام و خاص ممکن است رخ دهد. تعارضات بین قوانین، موجب تصمیم‌گیری‌های متعدد شده و در نتیجه باعث هرج و مرج و نبود رویه واحد و عدم رعایت عدالت در حکم مقامات قضایی می‌شود. شناخت اصول و قواعد کلی در این زمینه به افراد کمک می‌کند تا بتوانند در همه متون و قوانین این تعارضات را شناخته و با تکیه بر قواعد و اصول، درصدد حل آن برآمده و این موارد را به کار گیرند. این موضوع واجد اثرات کاربردی بسیاری برای محاکم و قضات دادگستری می‌باشد و محدود به حوزه خاصی نبوده و در تمام قوانین می‌توان از این اصول و قواعد و راه حل‌ها بهره جست. مسئله تعارض از زمان ظهور علم اصول مورد بحث بوده و هم‌زمان با تطور و گسترش علم اصول پیچیده‌تر شده است اما مبحث تعارض توسط حقوق‌دانان به صورت مدون و منظم مطرح نشده و نویسندگان حقوق کمتر و به صورت پراکنده به این موضوع پرداخته و نیاز به فعالیت‌های تحقیقاتی بیشتری در این زمینه می‌باشد. در واقع مقاله حاضر درصدد انجام این کار مهم است.

لازم به ذکر است مثال‌هایی که در پژوهش حاضر آورده می‌شود گاه ناظر بر مواردی است که در قوانین پیشین آمده؛ اما باید توجه داشت نسخ قوانین بر اعتبار قواعد تفسیری، خدشه‌ای وارد نکرده و قاعده‌ای که استنباط می‌شود همان‌گونه که در تفسیر قانون قبلی معتبر بوده در قانون فعلی و قوانین آینده نیز معتبر خواهد بود. تعارض ادله قانونی صور مختلفی دارد که در ذیل به صورت علی حده مورد بررسی و تبیین قرار می‌گیرد:

۱. تعارض بین دو قانون

۱-۱. تعارض بین ادله قانونی در سطوح مختلف

میان قوانینی که از نظر سلسله مراتب با یکدیگر متفاوت هستند ممکن است تعارض به وجود آید. در تعارض میان این‌گونه قوانین ابتدا باید به سلسله مراتب قوانین در نظام حقوقی هر کشور توجه نمود و قانونی را که بالاتر است به علت نزدیک‌تر بودن به مقصود قانون‌گذار و مبانی مورد احترام او بر قانون دیگر ترجیح داد. البته به نظر بعضی از حقوق‌دانان تعارض میان دو قانون هم‌عرض رخ می‌دهد (امیدی، ۱۳۸۹: ۸۸-۸۷) اما در پاسخ باید گفت درست است که نباید میان قوانین با سلسله مراتب متفاوت تعارض وجود داشته باشد اما در عمل مواردی از آن وجود دارد که در مطالب آتی بدان پرداخته می‌شود:

۱-۱-۱. تعارض قانون عادی با قانون اساسی

اصول قانون اساسی میثاق و منشور ملی یک کشور است و حدود صلاحیت قوای سه‌گانه را معین می‌کند. تصمیمات قوه قانون‌گذاری نباید با اصول قانون اساسی مخالف باشد؛ هرچند در عمل به ندرت رخ می‌دهد که موجب می‌شود حقوق اساسی افراد دستخوش نوسانات ناخوشایند قرار گرفته و اصول بنیادین نظام حقوقی و ساختار حقوقی و سیاسی کشور دگرگون و متزلزل گردد (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۷۳: ۳۲). در صورت ایجاد این نوع تعارض، عقل به حاکم بودن قاعده‌عالی‌تر یعنی قانون اساسی بر مقررات پایین‌تر حکم می‌کند. مخالفت قوه مقننه با قانون اساسی امری استثنائی و خلاف اصل است و دادرس در مقام تفسیر قوانین باید مفاد آن را بر معنایی حمل کند که با اصول قانون اساسی منطبق باشد؛ زیرا فرض این است که قانون‌گذار هیچ‌گاه از آن اصول تجاوز نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۴۷-۱۴۶؛ امیدی، ۱۳۸۹: ۹۳). اصل ۷۳ قانون اساسی نیز صلاحیت و اختیار تفسیر دادرسان را مورد تأیید قرار داده است. صلاحیت قضات در ترجیح قانون اساسی بر قانون عادی باعث تحکیم ثبات قانون اساسی و تضمین حقوق و آزادی‌های اساسی می‌باشد.

۱-۱-۲. تعارض قوانین عادی با تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی

میان قوانین عادی با تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی، تعارض قابل تصور است و قانون همیشه بر تصویب‌نامه، آیین‌نامه و بخش‌نامه‌های دولتی حاکم است. اصل ۱۷۰ قانون اساسی نیز مؤید این مطلب است. دادگاه حق دارد تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های دولتی را هم از لحاظ شکلی و هم از حیث ماهوی بازرسی نماید؛ در صورت تشخیص مغایرت آن‌ها با مفاد قوانین موضوعه، مسلماً قانون عادی مقدم خواهد بود.

۱-۱-۳. تعارض قوانین عادی با مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام

با توجه به اصل ۱۱۲ قانون اساسی، فلسفه تشکیل مجمع، رفع اختلاف میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان است. مجمع هنگامی می‌تواند حل اختلاف کند که نظرش بر نظریه‌های مجلس و شورای نگهبان مقدم باشد وگرنه اصل وجودی مجمع، بیهوده خواهد بود. در نظریه تفسیری شماره ۵۳۱۸-۱۳۷۲/۷/۲۴ شورای نگهبان آمده است: «هیچ‌یک از مراجع قانون‌گذاری حق رد یا ابطال و نقض و نسخ مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام را ندارد، اما در صورتی که مصوبه مجمع تشخیص مربوط به اختلاف نظر شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی بوده، مجلس پس از گذشت زمان معتدبه که تغییر مصلحت موجه باشد حق طرح و تصویب قانون مغایر را دارد و در مواردی که موضوع به‌عنوان معضل از طرف مقام معظم رهبری به مجلس ارسال شده باشد در صورت استعلام از مقام رهبری و عدم مخالفت معظم‌له موضوع قابل طرح در مجلس شورای اسلامی می‌باشد». بنابراین

مصوبات مجمع تشخیص مصلحت جز در دو مورد فوق‌الذکر، بالاتر از قوانین عادی و مقدم بر آنها است. بنابراین در تعارض کلی قوانین مصوب مجمع با قانون مصوب مجلس، مصوبات مجمع ناسخ قانون مجلس می‌شود. البته در صورتی که مصوبه مجمع، موقت نباشد؛ اما اگر مقید به وقت خاصی باشد تنها در این زمان خاص، قانون مجلس قابل اعمال نبوده و پس از آن به قوت خود باقی است و یا مجلس می‌تواند قانون مخالف مصوب مجمع را وضع کند (شریعتی، ۱۳۸۷: ۷۸).

در صورتی که نسبت بین مصوبات مجمع و قانون عادی، عموم و خصوص باشد، فروض ذیل قابل تصور است:

(۱) اگر مصوبه مجمع، خاص و لاحق بر قانون مجلس باشد در صورتی که تصریح و یا قرینه‌ای بر نسخ نباشد، قانون مجلس تخصیص خورده و در غیر مورد خاص، قانون عادی مجلس به قوت خود باقی می‌باشد.

(۲) اگر مصوبه مجمع، خاص و سابق بر قانون مجلس باشد در صورتی که موضوع مصوب مجمع باقی باشد، قانون لاحق مجلس درخصوص مورد مصوب مجمع، بی اعتبار خواهد بود.

(۳) اگر مصوبه مجمع، عام و لاحق بر قانون مجلس باشد، امر دائر می‌شود بین مخصّص بودن متقدم و ناسخ بودن متأخر؛ در فرض عدم تصریح و یا عدم قرینه بر نسخ و طبق قاعده جمع بین دلایل، تخصیص بر نسخ مقدم است.

(۴) اگر مصوبه مجمع، عام و سابق بر قانون مجلس باشد، قانون مجلس بدون اعتبار خواهد بود؛ زیرا که مجلس، شأنت تخصیص یا نسخ مصوبه مجمع را مادامی که موضوع باقی باشد، ندارد (شریعتی، ۱۳۸۷: ۷۸).

یکی از حقوق دانان استنباط دیگری در این خصوص داشته و می‌گوید: در صورت بروز مغایرت ضمنی بین مصوبات مجمع و مصوبات مجلس، ملاک، تاریخ تصویب دوم و لاحق است، چه مصوب مجلس یا مجمع باشد و در موارد مغایر، اولی را نسخ می‌کند (شریعتی، ۱۳۸۷: ۷۸).

با توجه به نظریه مذکور شورای نگهبان و بررسی فروض مختلف، شأن مصوبات مجمع در اعتبار حقوقی فوق قوانین مجلس است و این امر موافق با روح حکمیتی است که قانون برای مجمع قرار داده است و بر اساس این معیار باید تعارضات بین مصوبات مجمع و قوانین عادی حل گردد. این استنباط که وضع قانون جدید و یا تغییر و اصلاح قانون قبلی توسط مجلس، نسخ قانون قبلی مجمع است، درست به نظر نمی‌رسد.

مثال نقضی در این مورد وجود دارد بدین صورت که قضات با توجه به سکوت قانون در خصوص عمل ربا با استناد به ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری^۱ که عمومیت دارد و تمامی طرق تحصیل مال نامشروع را شامل می‌شود، مرتکبین ربا را به مجازات می‌رسانند؛ لیکن در سال ۱۳۷۵ قانون‌گذار عمل ربا را به شکل خاص در ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) جرم شناخت و بدین وسیله مصوبه مجمع تشخیص مصلحت را مقید نمود (قیاسی، ۱۳۷۹: ۲۴۳-۲۴۲) این عمل مجلس جای انتقاد دارد؛ زیرا مصوبه مجمع برتر از قانون عادی است و طبق فرض چهارم که ذکر آن گذشت، قانون مجلس نمی‌تواند مصوبه مجمع را به عنوان قانون عام و سابق مورد تقیید، تخصیص و نسخ قرار دهد. شورای نگهبان نیز در نظریه تفسیری شماره ۴۵۷۵ مورخ ۱۳۷۲/۳/۳ این گونه نظر داده است: مطابق اصل چهارم قانون اساسی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام نمی‌تواند خلاف موازین شرع باشد و در مقام تعارض نسبت به اصل قانون اساسی مورد نظر مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان (موضوع صدر اصل ۱۱۲) و همچنین نسبت به سایر قوانین و مقررات دیگر کشور مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام حاکم است.

۴-۱-۱. تعارض قوانین داخلی با مقررات بین‌المللی

ممکن است قوانین داخلی با عهدنامه‌های بین‌المللی تعارض پیدا کنند؛ بدین صورت که گاه قانون مغایر با مفاد عهدنامه از لحاظ زمان تصویب مؤخر از عهدنامه است و گاه مقدم بر آن. ماده ۹ قانون مدنی، عهدنامه‌های بین‌المللی را در حکم قانون می‌داند. به همین دلیل «هرگاه قانونی مخالف با عهدنامه وضع شود، دادگاه باید قانون مخالف را رعایت کند که آخرین اراده قانون‌گذار است» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۱)؛ این یک راه حل است که به دلیل هم‌ارزش دانستن عهدنامه با قانون عادی، احکام عمومی تعارض بین دو قانون عادی اجرا می‌گردد. اما برداشت دیگری که از ماده ۹ قانون مدنی می‌توان داشت این است که چون معاهدات، در حکم قانون می‌باشند، کمی پایین‌تر از قوانین عادی بوده و قانون‌گذار آسان‌تر می‌تواند قانون مخالف آن‌ها را وضع کند.

برداشت‌های مذکور مبتنی بر این است که ماده ۹ قانون مدنی، قاعده‌ای برای حل تعارض بین معاهده و قوانین دیگر وضع کرده است. اما این نقد وارد است که ماده ۹ قانون مدنی در مقام بیان سلسله مراتب و وضع قاعده حل تعارض نیست. قانون مدنی، خود در زمره قوانین عادی بوده و ماده

۱. «... یا به طور کلی مالی یا وجهی تحصیل کند که طریق تحصیل آن فاقد مشروعیت قانونی بوده است جرم محسوب و علاوه بر رد اصل مال به مجازات سه ماه تا دو سال حبس و یا جریمه نقدی معادل دو برابر مال به دست آمده محکوم خواهد شد.»

۹ صرفاً به قاضی فرمان می‌دهد تا معاهداتی را که به تصویب مجلس می‌رسند قانون تلقی کرده و به آن اثر اجرایی ببخشد. (شریعت‌باقری، ۱۳۹۰: ۲۹۱-۲۹۰) همچنین معاهده حاصل اراده دو یا چند دولت است، اصولاً قابل نسخ یک‌جانبه از سوی یک دولت نیست. (شریعت‌باقری، ۱۳۹۰: ۲۸۶)

نظر دیگری نیز وجود دارد که در مورد عهدنامه‌ها، چهره بین‌المللی را باید از وضع آن در درون حکومت جدا کرد. در روابط بین‌المللی، اعتبار عهدنامه بیش از قوانین داخلی است؛ اگر دولت‌ها بتوانند با وضع قوانین داخلی، مقررات عهدنامه را از بین ببرند، نظم جامعه جهانی از بین می‌رود و این نتیجه، با هدف انعقاد عهدنامه تعارض دارد. اما در محاکم داخلی، دادگاه نمی‌تواند به استناد الزامی که دولت در برابر طرف متعاقد خود پیدا کرده از اجرای قانون امتناع ورزد. قانون اساسی، قوه قضاییه را ملزم به اجرای قوانین می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۵۰-۱۴۹)

در نتیجه می‌توان با استناد به دو دلیل ذیل، معاهدات بین‌المللی را بر قوانین داخلی، ارجح دانست: دلیل اول: پیدایش و زوال معاهده تابع اراده‌های طرفین آن است در حالی‌که پیدایش و زوال قوانین عادی تابع اراده یک‌سویه قانون‌گذار داخلی است و یک اراده نمی‌تواند باعث زوال معاهده‌ای گردد که تابع اراده دو طرف بوده؛ بنابراین معاهده بین‌المللی برتر از قوانین داخلی است.

دلیل دوم: لزوم رعایت وفای به عهد است. هریک از طرفین قرارداد باید به تعهدات عهد پایبند باشند. قرآن کریم امر به «وفای به عهد»^۱ و «وفای به عقد»^۲ می‌فرماید. در چنین شرایطی، شورای نگهبان باید قانون مخالف معاهده را که قبلاً تصویب شده به دلیل عدم انطباق بر موازین اسلام مردود اعلام کند.

وقتی دولتی با تصویب قوانین معارض داخلی، موجب فسخ یا مخدوش شدن کل یا بخش‌هایی از قرارداد فی‌مابین شده و به‌صورت یک‌طرفه خود را از انجام تعهدات ناشی از قرارداد معاف کند؛ این عمل در مغایرت کامل با رویه حقوق بین‌الملل و عرف جاری بوده و موجب خسران اعتبار بین‌المللی کشور خواهد شد. بدیهی است که در شرایط خاص و غیرقابل پیش‌بینی، منافع ملی و حاکمیتی تعیین‌کننده نهایی اراده یک کشور در پایبند ماندن یا فسخ یک قرارداد دو یا چندجانبه بین‌المللی خواهد بود و دلایل فوق‌الذکر در شرایط معمول و عادی است که می‌تواند مورد بحث قرار گیرد.

۲-۱. تعارض بین ادله قانونی در یک سطح

تعارض ممکن است بین قوانینی ایجاد شود که سلسله مراتبی بین آن‌ها نبوده که در این قسمت به بررسی بعضی از این موارد پرداخته می‌شود.

۱. «و اوفوا بالعهد ان العهد کان مسئولا» به عهدایتان وفا کنید که عهد مسئولیت‌آور است. (سوره اسراء، آیه ۳۴)

۲. «یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود» ای ایمان‌آوردگان، به قراردادهایتان وفا کنید. (سوره مائده، آیه ۱)

۱-۲-۱. تعارض دو قانون در زمان (قانون ناسخ و منسوخ)

تعارض قوانین در زمان، هنگامی مطرح می‌گردد که قانون جدید با قانون سابق به صورت کلی یا جزئی منافات داشته که به تناسب میزان منافات بین دو قانون، بحث نسخ جزئی و کلی به میان می‌آید و این پرسش که وقایع رخ داده در زمان حکومت این دو قانون تابع کدام یک از قوانین است، مطرح می‌گردد. تعارض دو قانون در زمان معمولاً به شکل نسخ رخ می‌دهد. به همین دلیل این نوع تعارض با تجزیه و تحلیل قانون ناسخ و منسوخ، ذیل سه فرض توضیح داده می‌شود:

فرض اول) برابری قانون سابق و لاحق از حیث قلمرو: زمانی که قانون قدیم و جدید معارض بوده و از حیث عموم و خصوص و قلمرو با هم برابر باشند، قانون جدید، مقررات گذشته را نسخ می‌کند، چون جمع بین آن دو امکان ندارد. (شمس ناتری و دیگران، ۱/۱۳۹۲: ۲۲۶) برای مثال نسخ ضمنی مواد ۱۷۵-۱۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ بر اساس مواد ۱۱۳-۱۰۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

فرض دوم) عام بودن قانون سابق و خاص بودن قانون لاحق: در حقوق به طور معمول در این فرض، قانون خاص، مخصص قانون عام بوده و به لحاظ اینکه اصل حکم باقی می‌ماند از به کار بردن اصطلاح نسخ پرهیز می‌شود؛ چون در نسخ، حکم قانون به طور کلی برداشته می‌شود مگر اینکه معلوم شود، مقصود نسخ جزئی قانون عام سابق بوده است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۷۲).

اما در فقه، برای این فرض قائل به تفصیل شده و عده‌ای آن را نسخ و برخی دیگر تخصیص می‌دانند؛ اگرچه از نظر عملی بین نسخ جزئی و تخصیص تفاوتی وجود ندارد. استدلال آن‌ها این است که اگر زمان عمل به عام پیش از ورود خاص فرا رسیده باشد، خاص مؤخر، ناسخ عام مقدم خواهد بود (نسخ جزئی)؛ چون نسخ در حالتی رخ می‌دهد که پس از فرا رسیدن زمان اجرای عام باشد یا در حقوق، قانون دوم پس از اجرای قانون اول تصویب شده باشد. اما اگر زمان عمل به عام پیش از ورود خاص فرا رسیده باشد آن مخصص است، زیرا تخصیص باید هم‌زمان یا پیش از فرارسیدن زمان عمل به عام باشد یا در حقوق، قانون دوم پیش از زمان اجرای قانون اول تصویب شده باشد (محمدی، ۱۳۹۱: ۱۱۴ و ۱۱۶). در قوانین عادی که بشر آن را می‌نویسد، صدور خاص پس از عام، امری عادی و ناشی از قصور عقل بشری یا ایجاد مصالح جدید است. (قیاسی، ۱۳۷۹: ۲۴۶، ۲۴۷)

فرض سوم) خاص بودن قانون سابق و عام بودن قانون لاحق: این فرض در حقوق، مورد اختلاف است؛ عده‌ای غرض از وضع قانون عام جدید را پیش‌بینی مقررات کلی و عمومی در مورد یک مسئله حقوقی دانسته و معتقد به نسخ ضمنی قانون خاص سابق می‌باشند. اما این نظر قابل انتقاد است؛ زیرا در این فرض، قانون دوم نسبت به قانون اول، عام بوده و چون هر عام قابل تخصیص است؛ احتمال دارد

قانون‌گذار قصد حفظ قانون خاص سابق را داشته باشد. نظر اغلب نویسندگان همین است و در اثر وضع قانون عام، صرفاً احتمال نسخ مطرح می‌شود. بنابراین عقل سلیم حکم می‌کند که یقین را با احتمال نباید نادیده گرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۷۴). علاوه بر استدلال‌های مذکور، آراء وحدت رویه‌ای وجود دارد که حکایت از پذیرش نظر اخیر دارد. از جمله رأی وحدت رویه شماره ۲۱۲، مورخ ۱۳۵۰/۰۸/۰۶ و همچنین رأی شماره ۲۹/۵۹، مورخ ۱۳۶۰/۰۱/۱۵. لذا طبق رویه قضایی موجود، حکم عام مؤخر ناسخ حکم خاص مقدم نمی‌باشد (نظریه آیت‌الله نمازی دادستان کل کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۶۴-۱۳۸۲/۱۰/۳۰). با وجود این به طور کلی نمی‌توان ادعا کرد عام هیچ‌گاه ناسخ خاص نمی‌شود؛ در پاره‌ای از موارد، قرائن کار و مفاد حکم به خوبی دلالت دارد که قانون‌گذار مایل به هیچ‌گونه استثنایی بر حکم او نیست و گاه نیز حفظ خاص گذشته از مقدمات وضع قانون بر می‌آید. (شمس ناتری و دیگران، ۱/۱۳۹۲: ۲۲۷) تشخیص این مسئله به شرایط اجتماعی، اقتصادی و سیاسی یک جامعه نیز بستگی داشته و ممکن است در بعضی موارد دادگاه‌ها با توجه به شرایط مذکور، قانون خاص سابق را منسوخ شمرده و در موارد دیگر که منافع اجتماعی ایجاب می‌کند قانون خاص سابق را پس از وضع قانون جدید معتبر بدانند. ارائه حکم کلی در این مسئله، دشوار است. نشست قضایی دادگستری شیراز در مرداد ۸۴، دو نتیجه‌گیری با استدلال‌های مختلف در این مورد داشته است.^۳

۱. رأی وحدت رویه شماره ۲۱۲: «قانون تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸ 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 ۳۰ قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۳۵ راجع به وصول مالیات و جرایم آن از اموال و دارایی عموم مؤدیان ناظر به اشخاص ورشکسته که وضع مالی آنها تابع قانون خاصی می‌باشد نبوده و...»
۲. رأی وحدت رویه ۲۹/۵۹: «نظر به اینکه مقنن به لحاظ حفظ حقوق محجورین و غایب مفقودالاثر و رعایت مصلحت آنها طبق قسمت اخیر ماده (۳۱۳) قانون امور حسبی مقرر داشته است که در تقسیم ترکه اگر بین وراث محجور یا غایب باشد تقسیم به توسط نمایندگان آنها در دادگاه بعمل آید و با توجه به ماده (۳۲۶) همین قانون که به موجب آن مقررات قانون امور حسبی راجع به تقسیم ترکه در مورد تقسیم سایر اموال نیز ساری خواهد بود و نظر به اینکه ماده اول قانون افراز و فروش املاک مشاع که قانون عام است و بر طبق آن افراز املاکی که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته است در صلاحیت واحد ثبتی محل شناخته شده علی‌الاصول ناسخ ماده (۳۱۳) قانون امور حسبی که قانون خاص است نمی‌باشد نظر شعبه پنجم دیوان عالی کشور که تقسیم املاک محجورین و غایب مفقودالاثر را از صلاحیت واحد ثبتی خارج دانسته و در صلاحیت دادگاه شناخته است صحیح و مطابق با موازین قانونی است...»
۳. سؤال ۹۳۶: آیا ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی ناسخ ماده ۴۲ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع کشور مصوب ۱۳۴۶ می‌باشد؟

—

بنابراین در مواردی که قانون عام، مؤخر است و قانون خاص، مقدم، ارائه حکم کلی دشوار بوده و با توجه به شرایط، دادگاه‌ها تصمیمات متفاوتی می‌گیرند.

لازم به ذکر است در قوانین شکلی که به ماهیت امور مجرمانه نمی‌پردازند و تنها بر شیوه‌های اجرای بهتر دادرسی و عدالت نظارت می‌کنند؛ اجرای فوری قانون جدید، راه حلی برای حل تعارض میان قوانین شکلی می‌باشد. زیرا اولاً؛ به نظر قانون‌گذار، قانون شکلی جدید، بهتر از مقررات سابق است و وضع حقوقی پیشین را بهبود بخشیده و رو به کمال می‌برد. ثانیاً؛ وحدت نظام حقوقی و برابری اشخاص در مقابل قانون، ایجاب می‌کند که قانون جدید نه تنها بر رسیدگی جرائمی که بعد از اجرای آن واقع می‌گردد، بلکه بر جرائمی نیز که در حال رسیدگی است و سازمان و تشکیلات و شیوه دادرسی جدیدی را مقرر می‌کند، اجرا گردد. در همین رابطه دیوان عالی کشور در حکم شماره ۱۴۷۴-۳۱/۶/۱۷ و ۱۳۶۴-۱۱/۵/۲۷ چنین نظر داده است: «اصولاً قوانین مربوط به رسیدگی و اصول محاکمه که امر صلاحیت نیز از آن قبیل است عطف بماسبق می‌شود.» و ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی نیز مؤید این مطلب است.

در فقه برای فرضی که حکم عام، مؤخر از حکم خاص باشد، سه نظریه وجود دارد: ۱. خاص مقدم، مخصوص عام است. ۲. عام مؤخر ناسخ خاص می‌باشد. ۳. هر دو احتمال برابر بوده و باید به اصل عملی و مرجحات رجوع نمود.

نشست قضایی (۱) جزایی: نظر به این که عملیات و افعال مقید در ماده ۴۲ قانون حفاظت از جنگل‌ها و مراتع از قبیل سوزانیدن نهال و درخت و تهیه چوب و هیزم و زغال ... از مصادیق تخریب منابع طبیعی است و ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی هم اشاره و بلکه تصریح به تخریب منابع طبیعی دارد. بنابراین، با تصویب ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی ماده ۴۲ قانون حفاظت از جنگل‌ها و مراتع نسخ شده است. (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۲/۱۳۸۷: ۹۵۶-۹۵۵)

نشست قضایی (۲) جزایی: تخریب محیط زیست و منابع طبیعی که در ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی آمده است، شامل اقداماتی می‌شود که عرفاً تخریب محیط زیست یا منابع طبیعی محسوب شود. بنابراین، بریدن و ریشه کن کردن و سوزانیدن نهال و درخت و تهیه چوب و هیزم که در ماده ۴۲ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع آمده است، الزاماً به مفهوم تخریب محیط زیست و منابع طبیعی نیست. هر چند این اقدامات در مقیاس وسیع‌تری می‌تواند تخریب محیط زیست و منابع طبیعی محسوب شود. بنابراین، نمی‌توان معتقد بود که ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی، ماده ۴۲ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع را نسخ کرده است. (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۲/۱۳۸۷: ۹۵۶-۹۵۵)

در مسئله عام پس از خاص، هر دو احتمال نسخ و تخصیص وجود داشته و برای هر کدام مرجحاتی است. باید توجه داشت نسخ خلاف اصل بوده و نسخ هر قانون احتیاج به دلیل دارد و صدور عام، دلیل قاطعی بر نسخ نیست و صرفاً احتمال نسخ را مطرح می‌کند. همچنین در نسخ، یکی از دو قانون کنار گذاشته می‌شود در حالی که در تخصیص هر دو قانون حفظ می‌شوند و جمع دو حکم عام و خاص به شکل تخصیص، از نظر عرفی مطلوب‌تر می‌باشد. اما در مقابل این‌گونه نیز می‌توان استدلال کرد که در فهم قانون باید به دنبال کشف مراد مقنن بود و منطقی نیست که تنها بر اساس این که جمع دو حکم بر الغای آن ترجیح دارد، قضاوت کرد. همچنین عرفی‌تر بودن جمع عام و خاص به شکل تخصیص، کاشف از آن نیست که مراد مقنن تخصیص بوده است، زیرا چه بسا وی مصلحت را در نسخ قانون قبل ببیند که یکی از طرق آن همین وضع عام پس از خاص است. (قیاسی، ۱۳۷۹: ۲۴۸-۲۴۹)

با مقایسه مرجحات تخصیص و نسخ، دلایل ترجیح تخصیص قوی‌تر به نظر رسیده و علاوه بر آن بسیاری از فقیهان، قائل به تخصیص حکم عام مؤخر با خاص مقدم می‌باشند. (شمس ناتری و دیگران، ۱/۱۳۹۲: ۲۲۷-۲۲۶) در واقع مرجحات نسخ چیزی بیش از احتمال نسخ را ثابت نمی‌کند در حالی که حکم خاص تا قبل از صدور عام از حجیت برخوردار بوده و به صرف احتمال نسخ نمی‌توان آن را منسوخ دانست زیرا با احتمال نمی‌توان یقین را نادیده گرفت.

۲-۱. تعارض قوانین در مکان

تعارض قوانین در مکان هنگامی مطرح می‌گردد که قانون چند کشور بر مسئله‌ای واحد قابلیت تطبیق داشته و در تشخیص قانون حاکم کشورهای متعدد، اختلاف وجود داشته باشد. به عنوان نمونه جرائم ارتكابی در آب‌های ساحلی، در کشتی‌ها، در هواپیماها و... حقوق دانان برای تعیین محدوده اجرای قوانین جزایی در موارد اختلافی، رعایت اصول خاصی را لازم می‌دانند که عبارتند از: اصل سرزمینی، صلاحیت شخصی، صلاحیت واقعی و صلاحیت جهانی. در واقع تعارض قوانین در مکان، تعارض بین قدرت عالی دولت‌هاست.

هرگاه جرمی توسط خودی یا بیگانه در قلمرو یک کشور صورت بگیرد، طبق اصل صلاحیت سرزمینی، اولویت با قانون داخلی آن کشور می‌باشد؛ اما چنانچه تبعه یک کشور در خارج از کشور مرتکب جرمی شود به دلیل رعایت عدالت کیفری و اینکه هیچ جرمی بدون مجازات باقی نماند، اصل صلاحیت شخصی مطرح می‌گردد. این اصل زمانی است که فردی در خارج از قلمرو کشور متبوعش، جرمی انجام می‌دهد و کشور محل وقوع جرم به دلایل مختلف به جرم رسیدگی نمی‌کند و یا رسیدگی مناسبی نمی‌کند، بنابراین قانون داخلی کشور متبوع آن شخص طبق اصل مذکور حاکم می‌شود.

اگر جرم علیه مصالح عالیه کشور و در خارج واقع شود و مجرم نیز تبعه کشور دیگری باشد، تحت عنوان صلاحیت واقعی می‌توان اتباع خارجی را به سبب جرائمی که در خارج صورت گرفته مجازات کرد. (ولیدی، ۱۳۸۸: ۲۶۹) زیرا هر کشوری درصدد حفظ ثبات و اعمال قدرت و حاکمیت خویش است، گاه مصلحت حفظ نظام در آن کشور اقتضا می‌کند که با هرگونه عملی که ثبات و بقای آن کشور را به خطر می‌اندازد، به مقابله برخیزد و اصل صلاحیت واقعی این امکان را فراهم آورده است.

صلاحیت بعدی که مطرح می‌گردد صلاحیت جهانی است؛ بر اساس این نوع صلاحیت، جرائمی که مصالح عالیه تمامی دول و خانواده جهانی را به خطر می‌اندازند با صرف نظر از تابعیت مجرم یا مکان ارتکاب جرم، هر کشوری حق محاکمه و مجازات مجرم را دارد. بر اساس این توضیحات، هیچ جرمی بدون مجازات باقی نمی‌ماند. (ولیدی، ۱۳۸۸: ۲۷۳) بنابراین هنگامی که در حاکمیت چند قانون بر جرمی، تردید و تعارض وجود داشته باشد بر مبنای اصولی که ذکر شد حاکمیت قوانین کشورهای مختلف اولویت‌بندی شده و تعارض موجود بین قوانین کشورهای مختلف حل می‌گردد.

لازم به ذکر است که امکان تفاوت و تعارض در محتوای قوانین شکلی کشورهای مختلف با یکدیگر وجود دارد، اما در مقام اجرا با توجه به صلاحیت‌های چهارگانه، تعارض میان قوانین شکلی متصور نیست. زیرا همواره قانون یک کشور بر مسئله حاکم است و دادرسی بر اساس آن صورت می‌گیرد؛ حتی در حالتی که چند کشور مختلف، بر اساس اصول صلاحیتی به‌طور هم‌زمان، خود را صالح به رسیدگی بدانند؛ کشوری که زودتر رسیدگی را آغاز کرده است بر دیگر کشورها تقدم دارد. پس بر این اساس، تعارض میان قوانین شکلی در کشورهای مختلف عملاً ممکن نمی‌باشد.

۲. تعارض بین شرع و قانون

در کشور ما شورای نگهبان وظیفه دارد مصوبات مجلس را از نظر عدم مغایرت با موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد؛ لذا به ندرت پیش می‌آید قانونی خلاف شرع تصویب گردد و فرض بر عدم مغایرت است. قضات دادگاه‌ها نیز نباید به دنبال ارزیابی سازگاری قانون با شرع باشند زیرا این امر به اعمال اصل حاکمیت قانون در جامعه لطمه می‌زند اما وقوع این نوع تعارض، به دلیل اشتباه و سهو شورای نگهبان، محال نیست. این مسئله در دو حالت مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۲-۱. تعارض بین شرع و قانون به شکل تباین کلی

تباین در لغت به معنای مغایرت است. رابطه تباین به این صورت است که دو دلیل مغایر از حیث موضوع، مساوی می‌باشند اما به لحاظ حکم، متباین هستند. (قیاسی، ۱۳۷۹: ۲۳۰)

یکی از موارد قابل بحث در این حالت تعارض، مسئله تغلیظ دیه در قتل اقارب است که تبصره ماده ۲۹۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بیان داشته بود حکم تغلیظ در مواردی که مقتول از اقارب قاتل باشد جاری نمی‌شود. قانون‌گذار در برداشت از متون فقهی دچار سهو شده و شورای نگهبان نیز بدین نکته تفتن نیافته بود یا آنکه عبارت قانون وافی به مقصود نبود. به هر حال این حکم خلاف اجماع فقهای شیعه بود و تصویب آن موجب بروز شبهه‌ای جدید برای قضات شد؛ بدین صورت که گروهی بر این عقیده شدند که قتل اقارب در ماه‌های حرام و یا حرم مکه موجب تغلیظ دیه نیست؛ درحالی که منظور قانون‌گذار از وضع چنین تبصره‌ای در ذیل ماده ۲۹۹ جلوگیری از وضع تغلیظ به صورت مستقل در قتل اقارب و تفکیک نظریه فقهای امامیه از نظرات فقهای اهل سنت بوده است؛ زیرا به عکس علمای اهل سنت، فقهای امامیه قتل اقارب را موجب مستثلی برای تغلیظ دیه نمی‌دانند. این نوع نگارش موجب بروز مشکل و صدور آرای متفاوت بین شعب دادگاه‌ها شد. دیوان عالی کشور طی نامه‌ای موضوع را از شورای نگهبان استعلام کرد و با شرح موضوع، تقاضای تفسیر یا تغییر تبصره مذکور را نمود. شورای نگهبان در پاسخ طی نامه شماره ۱۳۸۴۷ مورخ ۱۳۷۱/۷/۱ اظهار داشت: «تبصره مذکور با این برداشت که قتل اقارب موجب مستثلی برای تغلیظ دیه نیست، صحیح و مورد تأیید فقهای شورای نگهبان است و این برداشت که اقارب از مفاد اصل ماده استثنا هستند و قتل آنان در ماه حرام مثلاً موجب تغلیظ نیست، خلاف موازین شرع است. بنابراین قتل اقارب نیز در ماه‌های حرام و یا حرمین شریفین موجب تغلیظ دیه خواهد بود.» مجلس شورای اسلامی نیز به منظور برطرف شدن مشکل، رأی به حذف این تبصره داد. همان طور که در این موضوع مشخص است بین قانون و شرع اختلاف ایجاد شده یعنی از قانون، این گونه برداشت می‌شد که قتل اقارب در ماه‌های حرام موجب تغلیظ دیه نیست در حالی که قتل اقارب به طور مستقل، خود موجب تغلیظ دیه نمی‌شود اما طبق شرع، قتل اقارب یا غیراقارب در ماه حرام، باعث تغلیظ دیه می‌گردد.

نمونه دیگر در این زمینه فرض وضع قانونی است که زن بتواند به صورت هم‌زمان چند شوهر داشته باشد؛ چنانچه قانون‌گذار به دلیل سهو در برداشت از حکم فقهی یا انشای غلط قانون یا چاپ اشتباه متن قانون چنین حکمی را وضع کند در این حالت قانون خلاف ضرورت شرع و بدیهیات فقه می‌باشد؛ در اینجا به طور مسلم بین شرع و قانون تعارض رخ می‌دهد. البته بروز چنین حالتی مشکل است و تنها در صورت اشتباه در چاپ متن قانون قابل تصور است.

همچنین، نمونه‌های دیگری از این تعارضات در بحث قصاص نفس می‌باشد. مثلاً بعضی از مراجع قائلند که: اگر بالغی نابالغی را بکشد قصاص نمی‌شود. (خویی، بی‌تا: ۷۱، ۷۲) این فتوا با ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مخالف بود که مقرر می‌داشت: «هرگاه بالغی

نابالغی را بکشد قصاص می‌شود.» با وجود این اختلاف، در ماده ۳۰۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، بار دیگر این حکم تکرار شد و قانون موضوعه سابق بر آن نظر فقهی مقدم شد؛ یا مسئله اکراه در قتل که نظر مشهور فقها این است که اکراه در قتل، مجوز قتل و موجب سقوط قصاص نیست. (نجفی، ۴۲/۱۳۷۴: ۴۹-۴۷) اما در نظری مخالف، اکراه در قتل مجوز قتل است و قاتل مکره به پرداخت دیه محکوم می‌شود (خویی، بی‌تا/۲: ۱۳). در این موضوع، بر اساس ماده ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی، مشخص می‌گردد که قانون با نظر مشهور منطبق است.

در زمینه تعارض بین قانون و شرع به شکل تبیین کلی، نظرات مختلفی وجود دارد:

۱. تبصره ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مقرر می‌دارد: «در صورتی که قاضی، مجتهد جامع الشرایط باشد و فتوای فقهی او مخالف قانون مدون باشد، پرونده جهت رسیدگی به قاضی دیگری محول می‌شود.» همچنین مطابق با تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد.» بنابراین با عنایت به مراتب فوق، توفیق و برتری حاکمیت شرع بر حاکمیت قانون هویدا می‌شود. (غفاری، ۱۳۹۱: ۱۲۵) اما به این نظر نقد وارد است؛ چراکه از این مواد به طور یقینی نمی‌توان نتیجه گرفت شرع بر قانون برتری دارد چون این موارد صرفاً به عدم رسیدگی توسط قاضی مزبور و ارجاع به قاضی دیگری اشاره دارد و از عدم اعتبار قانون موضوعه سخنی به میان نیامده است.

۲. در مقام تعارض بین قوانین موضوعه با فتاوی فقها، قوانین موضوعه مقدمند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۷۹: ۱۰۹). مثلاً در نزد قاضی، دو حکم تعارض می‌کنند؛ از یک طرف باید طبق قوانین موضوعه و از طرف دیگر نباید حکم به غیر آنچه شارع مقدس در نظر گرفته، بدهد و قانون موضوعه طبق فتوای مجتهد او غیر از آن هست که شارع مقدس حکم داده است.

از دلایل ترجیح حکم دادن بر طبق قانون می‌توان گفت که اگر وحدت قانونی در درون یک کشور وجود نداشته باشد، نظام آن کشور مواجه با هرج و مرج و اختلافات فراوانی خواهد بود و عقل و شرع به حفظ نظام حکم می‌کند. همچنین دلیل دیگر ترجیح وجوب حکم قانون این است که مادام که یک قانون بر سیستم قضایی حاکم نباشد، نزاع خاتمه نمی‌یابد و باید یک قانون در سراسر کشور وجود داشته باشد تا ملاک عمل قرار گیرد. (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۷۹: ۱۰۸) اگر این طور استدلال شود که قاضی مقلد یقین ندارد که قانون موضوعه غیر حکم شارع مقدس است و احتمال می‌دهد که نظر مجتهد و مرجع وی خلاف حکم شارع مقدس؛ و قانون، مطابق حکم شارع مقدس باشد، بنابراین تعارضی پیش نمی‌آید تا نوبت به اعمال قواعد تعادل و ترجیح برسد و اصل ۱۶۷ قانون

اساسی نیز مستندی بر این موضوع است؛ زیرا بر طبق این اصل، قاضی در ابتدا موظف به جست‌وجوی حکم دعوا در قوانین مدونه می‌باشد. در واقع نظر مجتهد وی از موارد بدیهی و ضروری فقه نیست که قانون یقیناً برخلاف ضروریات و مسلمات فقه باشد. در ثانی به فرض که یقین داشته باشد قانون خلاف حکم شارع مقدس است، حکم دادن او بر طبق قانون اشکال ندارد. در واقع حکومت به قاضی می‌گوید طبق قانون حکم کند و طرفین دعوا همچون در این مملکت زندگی می‌کنند، حاکمیت قوانین جاری را بر خود پذیرفته‌اند. دقیقاً نظیر این که یک قاضی شیعه بین اهل تسنن بر طبق احوال شخصیه بر آن‌ها قضاوت و حکم صادر می‌کند. در نتیجه یا اصولاً بین قوانین موضوعه و نظرات فقهی فقها تعارض پیش نمی‌آید و یا اگر هم تعارضی پیش آید، ترجیح با قوانین موضوعه است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۷۹: ۱۰۹).

۳. نظر نگارندگان بر این است که در مقام تعارض بین قانون و شرع به شکل تباین کلی باید بین احکام اجماعی، مشهور و ضروریات شرع، تفکیک قائل شد. هنگامی که قانونی با حکمی در شرع که از بدیهیات و ضروریات فقه می‌باشد، ناسازگاری داشته باشد، حکم شرعی بدیهی در فقه قطعاً بر قانون معارض خود اولویت دارد؛ چون قوانین ما برگرفته از موازین اسلامی بوده و اگر قوانینی خلاف بین شرع باشد لزوم وجود شورای نگهبان زیر سؤال می‌رود؛ مانند فرض تصویب قانونی که زن به طور هم‌زمان بتواند چند شوهر داشته باشد. البته در صورتی که حکم معارض با شرع، حکم حکومتی باشد باید بدان عمل کرده اما باید تحقیق نمود که اشتباهی در تصویب رخ داده یا خیر و در صورت وجود اشتباه باید حتماً تذکر داده تا برطرف گردد.

در حالتی که قانون با حکم مشهور و اجماعی، ناسازگاری داشته باشد باید در مورد مبنای تصویب آن قانون، تحقیق و بررسی انجام داد که به چه دلیل قانون‌گذار نظری مخالف با نظر مشهور فقهی یا نظری اضافه بر آن نظرات فقهی موجود پذیرفته و شورای نگهبان به چه دلیل آن قانون را مورد تأیید قرار داده و بر اساس آن مبنا ارزیابی می‌شود که نظر قانون‌گذار با وجود اختلاف با نظرات فقهی مشهور و اجماعی، منطقی یا غیرمنطقی است. اگر دلیل منطقی وجود داشت که مشکلی نیست و قانون اولویت دارد؛ زیرا در غیر این صورت حاکمیت و سلطه قانون بی‌معنی می‌شود؛ اما اگر دلیلی منطقی موجود نبود باید در اسرع وقت، نسبت به بازنگری و اصلاح قانون مطابق با شرع اقدام شود زیرا قانون در نظام جمهوری اسلامی ایران برگرفته از شرع می‌باشد؛ اگر خلاف قول مشهور فقها، قانونی بدون دلیل منطقی وضع شود در واقع استفاده از شرع در قانون‌نویسی بی‌معنا می‌گردد.

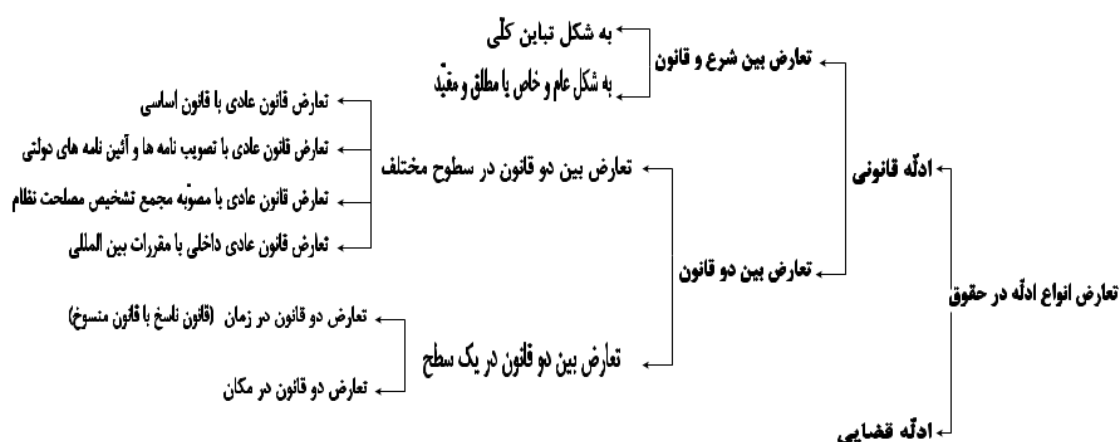
۲-۲. تعارض بین شرع و قانون به شکل عام و خاص یا مطلق و مقید

بخش مهمی از قوانین ما برگرفته از فقه بوده و قانون‌گذار در عین التزام شدید به احکام شرعی در تصویب این دسته از قوانین به شکل‌گزینی عمل کرده و گاه قیودی که شرع مقرر داشته؛ بیان نکرده است. به‌عنوان نمونه طبق ماده ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی: «جنایت در موارد زیر خطای محض محسوب می‌شود: الف) در حال خواب و بیهوشی و مانند آن‌ها واقع شود...» و طبق ماده ۴۶۳: «در جنایت خطای محض در صورتی که جنایت با بینه یا قسامه یا علم قاضی ثابت شود، پرداخت دیه برعهده عاقله است و اگر با اقرار مرتکب یا نکول او از سوگند یا قسامه ثابت شد برعهده خود او است». حکم قانون در مورد شخص خواب مطلق است؛ زیرا بر اساس ماده ۴۶۳ در هر قتل خطایی که با بینه یا قسامه یا علم قاضی اثبات شود عاقله باید دیه را پرداخت کند؛ اما این حکم در فقه مقید است؛ بدین صورت که اگر شخص خواب، دایه باشد بنابر تفصیلی که در فقه آمده اگر برای کسب افتخار در شیردادن طفل اقدام به این کار نموده باشد خود، ضامن دیه و اگر بر اثر فقر اقدام به شیردادن کرده باشد عاقله او ضامن است که از مراجع اخیر برخی به این تقیید فتوا داده (خویی، بی‌تا/۲: ۲۲۳) و برخی در آن تردید نموده و فتوا نداده‌اند. (خمینی، ۱۳۶۴/۲: ۶۸۹)

در مورد تعارض بین قانون و شرع به شکل عام و خاص دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد. عده‌ای عقیده دارند باید به عمومات قانون عمل شود و حکم خاص شرعی کنار گذاشته شود. استدلال آن‌ها این است که قانون‌گذار از مقررات فقهی آگاه است و این نشان می‌دهد که قانون‌گذار به‌طور ضمنی، حکم خاص شرعی را کنار گذاشته است. همچنین اگر رجوع به مخصص شرعی پذیرفته شود، قانون‌گذار برای این که حکم عامی را وضع کند دچار مشکل می‌شود؛ زیرا ممکن است قاضی با یک حکم خاص شرعی آن را تخصیص بزند. (قیاسی، ۱۳۹۲: ۷۰) اما بعضی دیگر معتقدند که باید به حکم خاص شرعی عمل کرد؛ زیرا قانون‌گذار همیشه تلاش کرده حکم خلاف شرع وضع نکند و چه‌بسا ممکن است مخصص شرعی در قانون ذکر نشود اما این دلیل نمی‌شود که از آن چشم‌پوشی شود چون تلاش قانون‌گذار همیشه بر این مبنا بوده که مطابق با شرع پیش رود. (قیاسی، ۱۳۹۲: ۷۱) به‌طور کلی می‌توان نتیجه گرفت که چنانچه قانون موضوعه به‌صورت عام باشد و مخصصی در شرع برای آن وجود داشته باشد که در قانون ذکر نشده؛ اگر به هر طریق دانسته شود که قانون‌گذار آن مخصص را کنار گذاشته، باید به همان قانون عام عمل شود. اما در فقدان چنین علمی چنانچه حکم خاص مذکور از مواردی باشد که مورد اجماع فقهای امامیه یا حکم مشهور فقهی است، باید بدان عمل شود و در غیر این صورت باید به عموم عام قانون تمسک جست و از حکم خاص چشم‌پوشی کرد.

دیدگاه اخیر، منطقی‌تر به نظر رسیده و راه‌حلی میانه و متناسب می‌باشد. همچنین زمانی که قانون به صورت خاص باشد و حکم شرع به صورت عام، به نظر می‌رسد راه حل اخیر، بهترین راهکار باشد؛ در واقع می‌توان از این نظر به عنوان قاعده‌ای عام در تعارض بین قانون و شرع به شکل عام و خاص استفاده کرد.

در پایان، جهت تبیین بهینه موضوع و اختصار کلیه مباحث مطرح شده، مطالب به صورت دسته‌بندی در نمودار ترسیم می‌گردد.



نتیجه

یکی از مسائلی که همواره در میان قضات و حقوق دانان مطرح بوده و هست تعارض ادله قانونی می‌باشد که شایسته است راهکار نسبتاً مشخص و چهارچوب روشنی در قبال آن تعریف گردد. در صورت ایجاد تعارض بین ادله قانونی در سطوح مختلف، باید به سلسله مراتب قوانین توجه کرده و قانونی که بالاتر از قانون دیگر است حاکم گردد. در صورتی که سلسله مراتبی وجود نداشته و دو قانون متعارض در یک سطح قرار داشتند در حالت تعارض قوانین در زمان باید با توجه به عام و خاص بودن قوانین و سابق و لاحق بودن آن‌ها تصمیم گرفت. همچنین در بحث تعارض قوانین در مکان، با توجه به اصول صلاحیت سرزمینی، صلاحیت شخصی، صلاحیت واقعی و جهانی، قانون حاکم بر مسئله مشخص می‌گردد.

در تعارض بین شرع و قانون به صورت تباین کلی، باید بین ضرورات و بدیهیات شرع، احکام اجماعی و احکام مشهور آن تفکیک قائل شد؛ بدین معنا که وقتی قانون با بدیهیات شرع تعارض پیدا کرد قطعاً حکم شرع بر قانون مقدم می‌گردد؛ اما در مورد تعارض احکام مشهور و اجماعی با قانون

باید بررسی کرد که قانون‌گذار به کدام دلیل، حکم شرعی را کنار گذاشته و بر چه مبنایی قانونی متعارض با شرع وضع کرده است و سپس بر مبنای آن قضاوت کرد که قانون مقدم می‌گردد یا شرع. اگر دلیل منطقی وجود داشت قانون مقدم می‌شود در غیر این صورت اولویت با شرع است زیرا قوانین ما برگرفته از شرع بوده و تمام سعی شورای نگهبان بر عدم وجود قانون مخالف با شرع می‌باشد. همچنین در تعارض قانون با شرع به صورت عموم و خصوص، باید بررسی شود تا مقصود اصلی قانون‌گذار کشف شده و به این موضوع پی برده شود که مثلاً مقنن، قصد کنار گذاشتن مخصص شرعی را داشته است یا خیر، و اگر علمی حاصل نشود و حکم خاص از موارد اجماعی و مشهور باشد، باید بدان عمل شده در غیر این صورت باید از آن چشم‌پوشی کرد. بنابراین در هر حالت از تعارض با اراده قواعد کلی می‌توان به تعارضات موجود در قوانین پایان داد. این قواعد را که از روش‌های تفسیر قوانین می‌باشند در تمام قوانین موضوعه می‌توان به کار گرفت.

منابع

فارسی

- امید، جلیل (۱۳۸۹)، تفسیر قانون در حقوق جزا، چاپ اول، تهران: جاودانه (جنگل).
- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۷۹)، «فقه و قانون نگاری»، فصلنامه قیسات، شماره ۱۶-۱۵، دوره ۵.
- شریعتی، محمدصادق (۱۳۸۷)، بررسی فقهی حقوقی مجمع تشخیص مصلحت نظام، قم: مؤسسه فرهنگی و اطلاع‌رسانی تبیان.
- شریعت‌باقری، محمدجواد (۱۳۹۰)، «برتری معاهدات بین‌المللی نسبت به قوانین عادی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۴۷، دوره ۱۴.
- شمس ناتری، محمدابراهیم، حمیدرضا کلانتری، ابراهیم زارع و زینب ریاضت (۱۳۹۲)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، ج ۱، چاپ اول، تهران: میزان.
- غفاری، هدی (۱۳۹۱)، «نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۳۶، سال چهاردهم.
- قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل (۱۳۷۳)، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران: نشر یلدا.
- قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۷۹)، روش تفسیر قوانین کیفری، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۹۲)، «حجیت عمومات قانون با وجود مخصص شرعی»، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره سی و نهم، دوره و سال دهم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ پانزدهم، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ سی و پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۱)، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، چاپ پنجاهم، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
- معاونت آموزش قوه قضاییه (۱۳۸۷)، مجموعه نشست‌های قضایی مسائل قانون مجازات اسلامی، ج ۲، چاپ اول، تهران: جاودانه.
- ولیدی، محمدصالح (۱۳۸۸)، بایسته‌های حقوق جزای عمومی ۱ - ۲ - ۳، تهران: انتشارات جنگل (جاودانه).

عربی

- خمینی، روح‌الله (۱۳۶۴)، تحریر الوسیله، ج ۲، قم: مکتب العلمیه الاسلامیه.
- خوئی، سیدابوالقاسم (بی‌تا)، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، نجف اشرف: مطبعه الآداب.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۷۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۴۲، چاپ هفتم، تهران: دارالکتب اسلامی.