

## نقش «اصول حقوقی» در رفع اجمال و سکوت حقوق ایران (در پرتو ماده ۳ آئین دادرسی مدنی ۱۳۷۹)

مرحانه فیاض بخش\* / ابومحمد عسگرخانی\*\* / سید باقر میر عباسی\*\*\*

### چکیده

در هر نظام حقوقی، مفاهیم عالی (اصول حقوقی) وجود دارد که قانونگذار با الهام و نشأت از آنها اقدام به وضع قواعد می نماید. هیچ نظام حقوقی قادر نیست کلیه موضوعات را پیش بینی کرده و برای همه آنها راه حل ارائه دهد؛ لذا قانونگذار در ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ به عنوان تأکید از مقام قضایی می خواهد که در صورت سکوت یا اجمال قانون، به اصول حقوقی مراجعه نماید. در این مقاله به این موضوع پرداخته شده که منظور قانونگذار از اصول حقوقی، صرفاً اصول کلی حقوق نبوده، بلکه موارد اصول جزئی حقوقی، اصول عملیه، اصول لفظیه، قواعد حقوقی، ضوابط حقوقی، اشباه و نظایر و امارات را نیز در بر گرفته و می توانند حتی به تنهایی مستند حکم قرار گرفته و در ایجاد رویه قضایی، نقش فزاینده ای داشته باشند.

**کلیدواژه:** اصول کلی حقوقی، اصول جزئی حقوقی، قواعد حقوقی، اشباه و نظایر، ظابطه حقوقی، ماده ۳ آئین دادرسی مدنی

---

\* دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی دانشگاه آزاد واحد پردیس بین الملل قشم

asgarkha@ut.ac.ir

\*\* دانشیار دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

\*\*\* استاد دانشگاه تهران

تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۱۰/۲۷ - ۱۳۹۷/۰۴/۱۴

## ۱- مقدمه

در هر نظام حقوقی تعدادی مفاهیم وجود دارد که بازگوکننده ارزش ها و معیار های حاکم بر آن نظام هستند. میراث نسل های گذشته است که وجدان عمومی آنها را پذیرفته و امروزه به عنوان بدیهیات نیازی به اثبات آن احساس نمی شود. اصل، وجود آنهاست مگر این که خلاف آن احراز گردد. قانونگذار با الهام از این آرمان ها و ارزش های مطلوب، اقدام به وضع قواعد حقوقی می نماید. در واقع همه قواعد و تدوین ها در نظام حقوقی، با نشأت گرفتن از این مفاهیم عالی صورت می گیرد. از این مفاهیم به عنوان «اصول حقوقی» یاد می شود. در مواردی قانونگذار در حین وضع قانون با مفاهیمی برخورد می کند که پیشتر روشن شده اند یا با مشکلاتی مواجه می شود که قبلاً حل شده اند؛ اینجاست که قانونگذار موضوع را به تصمیمات قبلی خود ارجاع می دهد و یا این که قانونگذار به عنوان تأکید از مقام قضایی می خواهد که در صورت فقدان یا سکوت قانون برای حلّ و فصل اختلاف به اصول کلی حقوق مراجعه نماید، چراکه نه نظام حقوقی ایران و نه هیچ نظام حقوقی قادر نخواهد بود که کلیه موضوعات را پیش بینی کند و راه حلّ همه اختلاف را ارائه دهد. لذا در این مقاله قصد داریم با توجه به ارجاع صریح قانونگذار به اصول حقوقی در ماده ۳ آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ و همچنین دیگر مواد مانند ماده ۱ آیین دادرسی مدنی بررسی کنیم که مراد از اصول حقوقی چیست؟ آیا صرفاً اصول عملیه یا لفظیه است، یا این که قواعد حقوقی و ضوابط حقوقی و اشباه و نظایر و امارات را نیز در بر می گیرد؟ آیا منظور قانونگذار صرفاً اصول کلی حقوق است یا اصول جزئی را نیز شامل می شود؟ آیا قواعد حقوقی زیر چتر اصول مستقیماً می توانند مستند صدور حکم قرار گیرند یا این که نقش واسطه و هدایت ما را به سمت اصول کلی و جزئی حقوق دارند؟ و در نهایت اصول حقوقی چگونه به تکمیل قانون و ایجاد رویه قضایی کمک می نماید؟ در موضوعات نزدیک به این مقاله قطعاً تحقیقاتی سابقاً انجام گرفته است.

لیکن هیچ یک نتوانسته اند به سؤالات بالا پاسخ داده و وارد این مبحث شده و نگرانی بی مورد مقام های قضایی را بر سر این که آیا قانوناً استفاده از اصول حقوقی در گسترده ترین تعریف خود (اعمّ از اصول کلی حقوقی، اصول جزئی حقوقی، قواعد حقوقی، ظابطه حقوقی، اشباه و نظایر) مجاز است یا خیر؟ مرتفع نماید. بدیهی است در صورتی که بتوان هر کدام از موارد بالا را اثبات نمود و به عنوان دکتربین به مراجع قضایی اعلام نمود فرایند دادرسی و صدور آراء در ماهیت، بسیار عادلانه تر و مستند تر و سریع تر خواهد بود و از تعداد قرار های ردّ دعوی یا عدم استماع دعوی نیز کاسته خواهد شد. چراکه متأسفانه در بسیاری پرونده های حقوقی قضات با این دلیل که مواد قانونی یا شرع صراحتاً در این خصوص تعیین تکلیف نکرده پرونده را با رأی ماهیتی ناعادلانه و به ضرر ذی حق واقعی مختومه کرده و یا با صدور قرار ردّ یا عدم استماع دعوی باعث وقفه موقتی و طولانی تر شدن و هزینه بر شدن حلّ اختلافات می گردند.

## ۲- مفهوم و ماهیت اصول حقوقی

اصطلاح اصل یا اصول، به وفور در قوانین ایران از جمله ماده ۱ و ۳ و ۳۷۱ این دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ ستفاده شده است لیکن مدلول آن در هیچ یک از مواد قانونی بیان نشده است. سؤال این است که چگونه می توان به تعریفی دقیق از آن دست یافت؟ به نظر می رسد علمی ترین روش تعیین مدلول آن، مراجعه به نظام حقوقی اسلام یا همان فقه باشد. حال چرا نظام حقوقی اسلام؟ و یا این که آیا اسلام خود یک نظام حقوقی محسوب می گردد؟ گرچه پاسخ به این دو سؤال اقتضای ورود به مباحث پیچیده دارد که از حوصله این بحث خارج است لیکن ذکر خلاصه ای از آن لازم است.

اول آن که با دقت در نظام حقوق اسلام روشن می شود که این نظام به طور کامل واجد ویژگی ها و ارکان لازم یک «نظام حقوقی» است. زمانی به مجموعه‌ای از قوانین، «نظام» گفته می شود که دارای مشخصات و عناصر لازم برای تأسیس و ایجاد یک نظام حقوقی باشد که این عناصر از جمله آنهاست: وجود مجموعه‌ای از قوانین، وجود تعداد بسیاری قاعده عام و اصول کلی منسج، مبتنی بودن مجموعه قوانین موجود بر آن اصول و قواعد کلی، وجود رابطه‌ای تنگاتنگ و عمیق میان قوانین و قواعد کلی، در حد رابطه فرع و اصل و یا کلی و مصداق آن، جامعیت قواعد کلی به صورتی که بتواند جوابگوی نیازها و رویدادها و موارد خاص باشد، عقلانی و انسانی بودن قواعد عام و کلی به نحوی که پذیرش عموم مردم را به دنبال داشته باشد، وجود ضمانت اجرایی قضایی نسبت به موارد نقض و تخلف از قوانین (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۶/۲).

بررسی و مطالعه منصفانه به خوبی نشان می دهد که حقوق اسلامی، واجد کلیه مشخصات فوق است. این حقوق مجموعه‌ای از دستورهای گسسته و پراکنده نیست که حسب وضعیت شخص و یا گروهی خاص اتخاذ شده باشد، بلکه مجموعه‌ای است از قوانین یکپارچه و منسجم که بر قواعد عام و اصول کلی استوار است و قوانین و احکام به طور کلی، مصادیق جزئی و موارد خاص آن قواعد مبنایی و اساسی محسوب می شوند.

ثانیاً، نظام حقوقی اسلام پشتوانه قوی برای نظام حقوقی ایران می باشد؛ چراکه اولاً- قانونگذار ایرانی، صریحاً در مواد مختلف به شرع و اسلام احاله داده شده است؛ ثانیاً- در نهایت، کلیه تصمیمات تقنینی و قضایی کشور بایستی مبتنی بر شرع باشد؛<sup>۱</sup>

---

۱- مطابق اصل ۴۴ قانون اساسی، کلیه قوانین بایستی مطابق موازین اسلام باشد. طبق اصل ۹۴ قانون اساسی، شورای نگهبان موظف است مصوبات مجلس را از حیث تطابق با موازین اسلام مورد بررسی قرار دهد. همچنین کلیه آراء دادگستری بایستی مستند به قانون و شرع باشد و ضمانت تخلف از شرع، نقض رأی صادره و رسیدگی مجلد به دستور رئیس قوه قضاییه مطابق با ماده ۴۷۷ آئین دادرسی کیفری می باشد.

۲۶۷ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۰ - شماره ۱۹ - پاییز و زمستان ۹۷

ثالثاً- اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ آیین دادرس مدنی و بسیاری موارد دیگر، مستقیماً مقام قضایی را در حلّ و فصل دعاوی به شرع احاله داده است؛ لذا پیراهه نرفتیم اگر معنای اصول حقوقی را در نظام حقوقی اسلام بیابیم و از آن در نظام حقوقی ایران استفاده نمائیم.

واژه اصل در لغت از جمله به مفهوم بنیاد و پایه بازگو شده است (انوری، ۱۳۸۱: ۴۴۱/۱) و در عرف نیز چند معنی دارد که یکی از آنها به معنای قاعده است (انصاری و همکاران، ۱۳۸۴: ۳۱۳). در اصطلاح و کاربرد آن در متون حقوقی چهار معنا و بنا بر تحقیقات یکی از حقوقدانان، نه معنا دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۵۹۲/۱).

به طور خلاصه، اصل در اصطلاح فقیهان و اصولیان در هر یک از معانی زیر می تواند به کار رود:

۱- اصل در برابر فرع؛ مثلاً در باب قیاس گفته می شود که شراب اصل است برای نبیذ، به این معنا که حکم نبیذ از حکم خمر استفاده می شود.

۲- اصل به معنای راجح و ظاهر؛ همانند این که حقیقت، اصل مجاز است. مثلاً زمانی که امر دایر باشد بر این که کلامی را بر معنای حقیقی آن حمل کنیم یا معنای مجازی آن، حمل بر حقیقت اصل است.

۳- اصل به معنای دلیل؛ یعنی کاشف از چیزی و راهنمای بدان چیز. یعنی دلیل اثبات حکمی را همان اصل یا دلیل می گویند.

۴- اصل به معنای آن چیزی که برای تشخیص پاره ای از احکام ظاهری یا تشخیص وظائف مکلف در جایی که دسترسی به حکم واقعی میسر نیست قانونگذاری شده باشد؛ همچون اصل استصحاب و اصل برائت.

۵- اصل به معنای قاعده؛ یعنی پایه ای که چیزی بر روی آن قرار می گیرد.

## ۲-۱- اصول کلی و اصول جزئی

در هر نظام حقوقی مفاهیمی وجود دارد که بازگو کننده ارزش ها و معیار های حاکم بر آن نظام هستند. میراث نسل های گذشته است و وجدان عمومی آنها را پذیرفته و امروزه به عنوان بدیهیات، نیازی به اثبات آن احساس نمی شود. اصل، وجود آنهاست مگر آن که خلاف آن احراز گردد. قانونگذار با الهام از این آرمان ها و ارزش های مطلوب، اقدام به وضع قواعد حقوقی می نماید. در واقع همه قواعد و تدوین ها در نظام حقوقی، با نشأت گرفتن از این مفاهیم عالی صورت می گیرد. این اصول ممکن است برآمده از حقوق طبیعی، وجدان عمومی، قدرت عادات و رسوم، داوری های عقل و حکم انصاف و یا روح حاکم بر حقوق هر کشور باشد که به دلیل اعتبار منطقی و طبیعی خود دارای جنبه جهانی بوده و در کنوانسیون های مختلف مصادیقی از آنها مورد اجماع جهانی قرار گرفته است. البته اعتبار این اصول در کشور ایران تا حدی است که مخالف با شرع نباشد (مؤمنی، مسجدسرای، ۱۳۹۰: ۸۰) این اصول کلی، هنگامی که برای ایجاد نظم حقوقی در یک موضوع خاص به کار گرفته می شوند، پشتوانه نظری ایجاد بسیاری از اصول جزئی در آن حوزه خاص قرار می گیرند. این اصول جزئی تر در ایجاد آن نظم حقوقی خاص نقش ایجاد، اجرایی و تضمینی خواهند داشت.

همان گونه که نظام های حقوقی بر اصول کلی استوارند، نظام حقوقی در هر موضوع خاص نیز بر پایه اصولی استوار شده است. به واقع، اصولی که پایه و اساس هر نظام حقوقی است را اصول کلی و اصولی که پایه و اساس موضوعات خاص داخل در هر نظام حقوقی است را اصول جزئی می نامند. به عنوان مثال، لزوم دادرسی منصفانه یا عدم اطاله دادرسی به عنوان اصول کلی، و به عنوان پایه و اساس تمام موضوعات حقوقی است ولی اصل «دستیابی حداکثری محکوم له به محکوم به» در موضوع اجرای احکام مدنی یا «اصل دوام و صحت قرارداد ها در موضوع قرارداد ها» اصل جزئی، در یک نظام حقوقی می باشد که البته اصل کلی «در کمترین زمان

ممکن» در مبنا و اساس این اصل جزئی قرار دارد. اصول کلی را به عنوان ریشه های یک درخت و اصول جزئی را به عنوان شاخ و برگ های آن باید در نظر گرفت. بهترین روش هم برای رسیدن به اصول جزئی، یافتن ماهیت و هدفی است که مبنای آن موضوع خاص بوده است. در واقع، با شناخت ماهیت و هدف هر موضوع می توان به مصادیقی از این اصول دست یافت. به عنوان نمونه، در مثال ذکر شده در بالا ماهیت اجرای حکم مدنی را «اجرای حق» و هدف آن را «دستیابی حداکثری محکوم له به محکوم به» همان حق شناخته شده در کمترین زمان می داند (امینی، نیکویان، ۱۳۹۶: ۹۷) و ضمن توجه به «لزوم دادرسی منصفانه» و عناصر تشکیل دهنده آن، به عنوان یکی از اصول کلی شناخته شده در نظام های حقوقی، اصولی را مرتبط با ماهیت و هدف اجرای حکم مدنی ارائه می نماید و تلاش دارد تا در آمدی بر مفهوم شناسی اصول در این نظم حقوقی خاص باشد.

به واقع، اصول در یک نظم حقوقی خاص، که گاه از آنها به عنوان قواعد جزئی نیز یاد می شود با ایجاد پایه های آن نظام حقوقی، مسیر اجرای آن اصل کلی را فراهم می نماید. برای نمونه، «لزوم دادرسی منصفانه» به عنوان یک اصل کلی حقوقی شناخته می شود که در موضوعات مختلف از جمله ایجاد مراجع دادرسی، نحوه رسیدگی و اجرای احکام نقش مبدأ و برای قانونگذاران به مثابه نقطه عزیمت به سوی ایجاد نظم حقوقی در موضوعات مرتبط با دادرسی و آثار ناشی از دادرسی تلقی می شود. از همین اصل کلی، اصولی به عنوان «اصول دادرسی» استخراج شده است؛ مانند «اصل تناظر»، «اصل حقوق دفاعی»، «اصل علنی بودن دادرسی» و همچنین «اصل استدلالی بودن دادرسی» مندرج در اصل ۱۶۶ قانون اساسی و بسیاری از اصول دیگر که در حقیقت، زمینه اجرای آن «اصل کلی» هستند. وصف تغییر ناپذیری و بی حد و مرزی که در مورد اصول کلی به کار می رود، در مورد اصول جزئی صادق نیست و می توان همراه با تحولات اجتماعی، تاریخی، اقتصادی و سیاسی بر مبنای شناخت مصلحت های برتر، اصولی متناسب را ترجیح داد که زمینه

نقش «اصول حقوقی» در رفع اجمال و سکوت حقوق ایران \_\_\_\_\_ ۲۷۰

مناسب تری در اجرای «اصل کلی» مرتبط داشته باشند. افزون بر این، گاه به تناسب مصلحت های برتر مواجهه با استثنائاتی می شوند که ناظر بر هر یک از این اصول، مورد تصریح قانونگذار نیز قرار می گیرد.

همچنین این که این مفاهیم در قالب قواعد موضوعه تصریح شده باشند یا خیر، از اهمیّت آنها نمی کاهد و حتی می تواند واضح قوانین اساسی را مقید کند (ژان بولانژه، ۱۳۷۶: ۷۴) در مواردی قانونگذار در حین وضع قانون با مفاهیمی برخورد می کند که پیشتر روشن شده اند یا با مشکلاتی مواجه می شود که قبلاً حلّ شده اند؛ اینجاست که قانونگذار به تصمیمات قبلی خود ارجاع می دهد و یا این که قانونگذار به عنوان تأکید از مقام قضایی می خواهد که در صورت فقدان یا سکوت قانون، برای حلّ و فصل اختلاف به اصول کلی حقوق مراجعه نماید.

## ۲-۲- اصول حقوقی و رابطه آن با قواعد حقوقی

### ۲-۲-۱- تعریف قاعده حقوقی

قواعد در لغت، جمع قاعده است و پایه و اساس هر چیزی را گویند؛ خواه مادی باشد، مانند پایه های ساختمان و خواه معنوی، مانند قواعد دین که به معنای ارکان و ستون های دین است. در قرآن کریم هم قواعد به همین معنی آمده است (بقره: ۲۷؛ نحل: ۲۶) در اصطلاح، قواعد عبارت است از گزاره و یا حکمی کلی که منطبق بر جزئیات خود باشد «البته علما به جای معنای اصل، قواعد را در معنای قانون، مسأله، ضابطه و مقصد نیز بسیار به کار برده اند (تهانوی، بی تا: ۱۱۷۶/۲-۱۱۷۷) فقه نیز مانند دیگر علوم قاعده مند است؛ اما برای تبیین و تعریف آن میان دانشمندان این دانش، اختلاف عقیده وجود دارد؛ هرچند که تفاوت چندانی در محتوای تعبیرهایشان به چشم نمی خورد. با توجه به همه تعریف های بیان شده در مورد معنای قاعده در فقه، می توان این واژه را در فقه اینگونه تعریف کرد: قاعده فقهی، فرمولی بسیار کلی است که منشأ استنباط احکام محدود تر واقع می شود و اختصاص به یک مورد خاص ندارد، بلکه بنای احکام مختلف و متعدد قرار می گیرد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۱/۱؛ حموی،



۲۲۱ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۰ - شماره ۱۹ - پاییز و زمستان ۹۷  
۱۳۵۷: ۲۲/۱؛ کوز الحصری، بی تا: ۳۰۵؛ زرقاء، ۱۹۶۳: ۱۹۴۱/۲. شمول و فراگیری  
این احکام کلی به گونه ای است که خروج از آنها نادر و استثناست و در صورت  
وجود نیز منتهی به حذف اصل و قاعده و به تعبیر فنی تحقق حکم «شاذ» می شود که  
قاعده را نقض نمی کند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۲/۲).

کار نگارش قواعد فقهی در میان شیعه امامیه از شهید اول و با تألیف کتاب القواعد  
و الفوائد آغاز شده و گسترش یافته است. بررسی های انجام شده نشان می دهد که به  
موازات گسترش تألیف کتاب های مربوط به قواعد فقه در میان فقیهان امامیه، اقدام به  
این امر در میان اهل سنت به تدریج کاهش یافته است (همان: ۱۴/۲).  
نخستین کتابی که تحت عنوان خاص «قواعد» نگارش یافته است و بخش عمده  
ای از آن به بیان قواعد فقه اختصاص دارد، کتاب گرانقدر القواعد و الفوائد است  
(همان: ۱۵/۲) که مؤلف نامدار آن بی مانندی اثرش را در میان مذهب امامیه یادآور  
شده است. او در اجازة خود به ابن خازن، کتاب خود را چنین معرفی می کند: «فمما  
صنفته کتاب القواعد و الفوائد مختصر یشتمل علی ضوابط کلیه، اصولیه و فرعیه  
تستنبط منها الاحکام الشرعیه لم یعمل الاصحاح مثله: یکی از مصنفات من کتاب  
قواعد و فوائد است؛ کتابی است مختصر مشتمل بر ضوابط کلی، اصولی و فقهی که  
احکام شرعی از آن به دست می آید و در میان اصحاب امامیه کتابی همانند آن تألیف  
نشده است (مجلسی، ۱۴۰۳: ۱۸۷/۴؛ خوانساری، ۱۳۹۰: ۸/۷).

## ۲-۲-۲- قاعده حقوقی و ضابطه حقوقی

تفاوت قاعده و ضابطه در ابواب آن است. قاعده، شامل فروعی از ابواب گوناگون  
می شود، اما ضابطه فقهی، جامع فروع مختصّ به یک باب واحد است. برای نمونه،  
مبحث «علی الید» که مختصّ به باب خاصی یعنی غضب است، ضابطه محسوب  
می شود و قاعده لا ضرر و یا لاجرح، که یکی از قواعد معروف فقه اسلامی است و  
روایت «لاضرر» که در کتب فریقین، به طور متواتر موجود است و اجماع علما

نقش «اصول حقوقی» در رفع اجمال و سکوت حقوق ایران \_\_\_\_\_ ۲۷۲

مدارک آن می باشد (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۵۲/۱) قاعده شمرده می شوند؛ هرچند که در کل این تقسیم بندی اجرایی شود و به ضابطه نیز قاعده می گویند.

### ۲-۲-۳- قاعده فقهی و نظریه فقهی (اشباه و نظایر)

قواعد فقهی، قضایایی هستند که زیر بنای مسائل فقه قرار می گیرند و همان طور که در تعریف آنها گفته شد، منشأ استنباط فروع واقع می شوند؛ در حالی که نظریه عام را فقیه با اتخاذ وجوه مشترک میان احکام مختلف به دست می آورد. به دیگر سخن، قاعده فقهی توسط شارع وضع یا خلق می شود در حالی که اشباه و نظایر عبارتند از موضوعات مختلف که در یک حکم مشترکند، و یا احکام مختلف که به یک موضوع تعلق دارند و فقیه آن را با امعان نظر کشف می کند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۵/۲).

استدلال به اشباه و نظایر برای اثبات حکم به صرف شباهت و همانندی، قیاس و از نظر فقهای امامیه باطل است، لیکن فقها جهت بهتر فهمیدن حکم از دلیل و نزدیک شدن ذهن به واقع، از آن در فقه استدلالی بسیار بهره گرفته اند (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۴۳/۴؛ بحرانی، بی تا: ۲۳۷/۷)؛ مثلاً شرع مقدس می گوید: «من أ تلف مال الغير فهو له ضامن: هر کس مال دیگری را تلف کند ضامن آن است» که یک قاعده فقهی است، ولی وقتی فقیه می بیند که در عقد بیع، اجاره، نکاح و مانند اینها عقل و رشد معتبر است، آنگاه با دقت در این که این گونه شرایط به قصد انشاء مربوط می گردد، اذعان می کند که جنون و صغر نیز موجب خلل در قصد هستند. لذا به این نظریه می رسد که در کلیه اعمال حقوقی، اهلیت معتبر است و لذا می گوئیم «نظریه اهلیت در عقود و ایقاعات». با توجه به آن چه گفته شد، باید تصدیق کرد برخی از قواعد فقهی را که محتوای آنها فقط آن چیزی است که فقیهان با ملاحظه موارد متعدد به عنوان وجه مشترک استنباط کرده اند و به این دلیل، زیر بنای مسائل و منشأ استنباط فروع و احکام نیستند می توان جزو نظریات عام محسوب کرد. به علاوه، به نظر می رسد آن چه به نام

۲۲۳ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۰ - شماره ۱۹ - پاییز و زمستان ۹۷  
«اشباه و نظائر» توسط فقیهان شیعه و سنی نگارش یافته، بیشتر با اصطلاح نظریه عام فقهی منطبق است تا با قواعد فقه (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲/۲۶) برای نمونه در اینباره حضرت رضا(ع) می‌فرماید: «علینا إلقاء الاصول و علیکم التفریح» به این معنا که ما قواعد عام و اصول کلی فقهی را بیان می‌کنیم و شما بر اساس همان اصول و قواعد، حکم مصادیق جزئی را حسب مورد استنباط کنید (حرّ عاملی، بی تا: ۶۲/۲۷؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ۲/۲۴۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳/۵۷۵).

پس به طور خلاصه، قواعد فقهی شامل چند گروه می‌گردند:

۱- یک دسته آنها که به طور کامل از نصوص - اعم از کتاب و سنت - گرفته شده اند، مانند قاعده لاضرر، قاعده ید، و قاعده تسلیط.

۲- دسته دیگر آنهایی که هرچند در متون شرعی ذکر نشده اند، مستند به نصوص شرعی و یا دیگر ادله فقهی هستند، مانند قاعده «ما یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده».

۳- گروه دیگری از قواعد فقهی نیز وجود دارد که فقیهان با ملاحظه موارد متعدد و اتخاذ وحدت ملاک آنها را بنا کرده اند. این نوع از قواعد در فقه عامه بسیار مرسوم است و گاهی تحت عنوان «الاشباه و النظائر» یا نظریه حقوقی گردآوری می‌شوند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۶/۲).

درباره دو گروه اخیر قواعد فقهی، کار فقیهان استخراج ملاک و یافتن موازین و اصول مهم و معرفی آنهاست که البته هر سه گروه زیر عنوان قواعد حقوقی قرار می‌گیرند.

#### ۴-۲-۲- اصول حقوقی و رابطه آن با قواعد حقوقی

قاعده حقوقی، کلی است، از آن جهت که تعداد نامعین عمل یا واقعه را در بر می‌گیرد؛ و از طرف دیگر، خاص است چراکه فقط برای همان اعمال و وقایع وضع و اجرا می‌شود. لیکن اصول، جملات راهبری هستند که تمامی شرح و بسط‌های بعدی مطابق آن صورت می‌گیرد. در واقع جملاتی که سلسله ای از راه حل‌های مثبت از آن گرفته می‌شود (ژان بولانژه، ۱۳۷۶: ۸۰).

نقش «اصول حقوقی» در رفع اجمال و سکوت حقوق ایران \_\_\_\_\_ ۲۷۴

ذکر مثالی برای باز شدن موضوع ضروری است. در ماده ۲۲۷۱ قانون مدنی فرانسه مرور زمان ۶ ماهه برای مطالبات هتل داران و اغذیه فروشان در نظر گرفته شده است؛ همچنین در ماده ۲۲۷۷ در خصوص مطالبات ناشی از تعهدات مرور زمان ۵ ساله در نظر گرفته شده است. هر کدام از این دو مورد، قاعده حقوقی ساده می باشند، چراکه هر دو یک سری بدهی های معین را در بر می گیرند. لیکن هر دو قاعده از یک اصل حقوقی نشأت گرفته اند: «اصل سقوط بدهی از هر نوع به واسطه مرور زمان». پس اصول «جملات راهبر» است و قواعد حقوقی موارد استعمال آنها (همان).

### ۳- نقش اصول حقوقی در تکمیل و رفع اجمال و سکوت قانون

#### ۳-۱- منظور قانونگذار ایرانی از اصول حقوقی

با توجه به تعاریف ارائه شده در بخش نخست این مقاله، واژه اصل تنها به اصول عملیه مانند «اصل استصحاب با برائت یا اصل تخییر و اصل احتیاط»، یا اصول لفظیه مانند «اصل حقیقت، اطلاق و ...» یا در معنای دلیل و اماره اختصاص ندارد، بلکه شمولیت آن گسترش یافته و قواعد حقوقی و ظابطه حقوقی و اشباه و نظایر را نیز در بر می گیرد؛ یعنی رابطه اصل و قاعده حقوقی، عموم و خصوص مطلق است. البته ذکر این مطلب به این معنا نیست که یک قاعده یا ظابطه حقوقی، خود نقش اصول حقوقی را اجرا نماید بلکه ما از قاعده به اصل رسیده و قواعد ما را در رسیدن به اصل حقوقی یاری می رساند. به عنوان مثال، فرض می شود که عقدی بین دو طرف منعقد گشته که در قالب هیچ یک از عقود معین مصرح در قانون نیست و تنها از نوع ماده ۱۰ قانون مدنی می باشد. طرفین هنگام عقد بر یکی از شروط که مثلاً هزینه های نگهداری تأسیسات و ابزار آلات با کدام طرف عقد است قبلاً توافق نکرده و بعد از وقوع اختلاف نیز نمی توانند توافق کنند و عرف خاص تجارت آنها نیز ساکت است. لیکن مقام قضایی با مطالعه تعهدات طرفین، ید امانی یکی از طرفین را بر مال مورد

اشاره احراز می‌کند. پس علی‌رغم این که این عقد در قالب هیچ یک از عقود معین نیست و چگونگی حل اختلاف موردنظر نیز در قانون اشاره نشده، مقام قضایی با استخراج اصل حقوقی از مجموع قواعد حقوقی عقود معین که همیشه در همه عقود امانی هزینه نگهداری با مالک است و هزینه استفاده بهینه از منفعت با طرف دیگر، اصل «هرکس مسؤول سود و زیان مال خویش است» را استخراج نموده و حکم مقتضی را صادر نموده و هزینه نگهداری را بر دوش مالک و هزینه استفاده بهینه از منفعت را بر دوش طرف دیگر که ید امانی دارد قرار می‌دهد. لذا با تعریفی که از قواعد فقه و اصل ارائه کردیم مراد و منظور از اصول حقوقی در ماده ۳ آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ کلیه افراد آن یعنی اصول عملیه، اصول لفظیه، اصول جزئی، قواعد حقوقی، ضابطه حقوقی و اشباه و نظایر می‌باشد. همچنین در عمل، قواعد حقوقی نه به طور مستقیم بلکه به طور غیر مستقیم خدمت رسانی می‌کنند.

### ۲-۳- اصول حقوقی و تأثیر آن بر رفع اجمال و سکوت قانون

همان طور که در مقدمه بیان شد هدف از نگارش این مقاله پاسخ به این سؤالات بود که مراد از اصول حقوقی چیست؟ آیا صرفاً اصول عملیه یا لفظیه است، یا این که قواعد حقوقی و ضوابط حقوقی و اشباه و نظایر و امارات را نیز در بر می‌گیرد؟ یا این که منظور صرفاً اصول کلی حقوق است و یا اصول جزئی را نیز شامل می‌شود؟ آیا قواعد حقوقی تحت لوای اصول مستقیماً می‌توانند مستند صدور حکم قرار گیرند و یا این که نقش واسطه را دارند؟ بدیهی است در صورتی که بتوان هر کدام از موارد بالا را اثبات نمود و به عنوان دکترین به مراجع قضایی اعلام نمود فرایند دادرسی و صدور حکم بسیار عادلانه‌تر، مستندتر و سریع‌تر خواهد بود و از تعداد قرارهای ردّ دعوی یا عدم استماع دعوی نیز کاسته خواهد شد؛ چراکه متأسفانه در بسیاری پرونده‌های حقوقی، قضات با این استدلال که مواد قانونی یا شرع صراحتاً در این خصوص تعیین تکلیف نکرده است پرونده را با رأی ماهیتی ناعادلانه و به ضرر ذیحق واقعی مختومه کرده و یا با صدور قرار ردّ یا عدم استماع دعوی باعث طولانی‌تر شدن و هزینه بر

شدن حلّ مخاصمات می گردند؛ در حالی که اگر بتوان ثابت نمود که اصول حقوقی مدّنظر قانونگذار اعمّ از تمامی موارد بالاست مخاصمات به طریق عادلانه تری حلّ و فصل خواهند گردید. با یک مثال ملموس توضیح داده می شود: فرض شود در یک نظام حقوقی، قانونگذار معاملات اشخاص نابالغ را به دلیل فقدان قصد باطل دانسته است، لیکن در مورد صحّت یا فساد معاملات فرد مجنون سکوت کرده است. در اینجا چون در این وضعیّت حقوقی خاص، هیچ قاعده مصرّح حقوقی و قانونی وجود ندارد ممکن است قاضی عقد را محمول به صحّت بداند و به این ترتیب، حکمی ناعادلانه را صادر نماید؛ در حالی که با توجه به اصل حقوقی «ابطال معامله به جهت عدم اهلیّت» می تواند معامله را باطل دانسته و عدالت را برقرار نماید. و همچنین موارد دیگر که نگارنده شخصاً به عنوان وکیل در پرونده های حقوقی مبتلا گشته است که چند نمونه از آن را بیان می نمایم. در یک پرونده ملکی قرار ارجاع به کارشناس صادر شده است. کارشناس ظرف مهلت معین اظهار نظر نموده و دادگاه به طرفین ابلاغ می نماید که ظرف ۷ روز با مراجعه به دادگاه، اظهار نظر کارشناسی را مطالعه کرده و نظر خود را اثباتاً یا نفیاً بیان نمایند. دادگاه صالح محلّ مال غیر منقول بوده و با اقامتگاه یکی از طرفین دعوی ۴۰۰ کیلومتر فاصله داشته است. بُعد مسافت و مهلت کوتاه هفت روزه که یکباره ایجاد شده است مشقّت زیادی را بر طرف دعوا اعمال می کرد و ممکن بود عملاً فرصت مطالعه نظریه کارشناس و اظهار نظر نفیاً یا اثباتاً را از دست دهد. مشاراً الیه از کارشناس دادگستری درخواست می نماید که نظریه خویش را به صورت الکترونیکی (ایمیل یا شبکه های اجتماعی) در اختیارش قرار دهد، لیکن کارشناس با این توجیه که در هیچ ماده قانونی، اجازه این عمل به کارشناس داده نشده انجام آن را از مصادیق تخلف دانسته و از ارسال آن خودداری می نماید. متأسفانه دادگاه مزبور هم بر این عقیده نظر تأییدی می گذارد. در حالی که آیا سکوت قانون به منزله ممنوعیّت ارسال مستقیم نظریه به طرفین دعوا آن هم بعد از ابلاغ دادگاه است؟

اینجاست که اهمیت اصول حقوقی آشکار می‌گردد؛ چراکه وقتی دادگاه به طرفین ابلاغ می‌کند که نظر کارشناس واصل شده و برای مطالعه آن به دادگاه مراجعه نمایید یعنی حق دسترسی به نظر کارشناس برای طرفین ایجاد گشته است. پس ارسال نظریه مستقیماً توسط کارشناس آن هم بعد از ابلاغ دادگاه به طرفین، نه تنها از مصادیق افشای اسرار شغلی نیست بلکه در جهت اصول کلی: دادرسی آسان، عدم اطاله دادرسی، برتری اصل طریقیّت نسبت به استثناء موضوعیت ملاحظه نظر کارشناسی از طریق مراجعه به دادگاه است. پس می‌بینیم که درست است قانون در این مورد سکوت کرده لیکن کارشناس می‌تواند نظریه خویش را بنا بر اصول حقوقی فوق در اختیار طرفین قرار دهد و نه تنها ارائه آن قانونی است بلکه عدم ارائه آن از مصادیق تخلف است. همچنین قاضی به جهت تأکیدی می‌تواند بنا بر همین اصول، به کارشناس دستور دهد که در صورت درخواست طرفین، نظریه کارشناسی بعد از ابلاغ دادگاه مبنی بر مهلت ۷ روزه اثبات و نفی در اختیار طرفین قرار گیرد. یا در هیچ یکی از مواد قانون مدنی صراحتاً قانونگذاری نشده است که چنان چه موکل فوت کند وکیل بایستی حساب و کتاب مدت و کالت خود را به ورثه موکل داده و تسویه نماید. در اینجا هم اگر اصول حقوقی به کمک نیابند قاضی ممکن است با این استناد که این مورد از تکالیف وکیل نیست چراکه در قانون تصریح نشده است، ورثه را ذینفع ندانسته و قرار ردّ دعوی صادر نماید و با این استدلال غلط، حق ورثه را ضایع نماید، در حالی که طبق اصول حقوقی راه حلّ مشخص است. از قواعد عقود معین مانند عاریه و ... با ویژگی بارز ید امانی، به اصل عدم مالکیت امین رسیده و با کمک اصل حقوقی «الزام به استرداد مال کسب شده از طرق نامشروع»، حکم به ارائه حساب و کتاب به ورثه و استرداد آن داده می‌شود. در واقع، نه نظام حقوقی ایران و نه هیچ نظام حقوقی قادر نخواهد بود که کلیه موضوعات را پیش بینی کند و راه حلّ ارائه دهد و به لطف اصول حقوقی است که برای احتیاجات عملی که در قانون راه حلّ آنها پیش

نقش «اصول حقوقی» در رفع اجمال و سکوت حقوق ایران \_\_\_\_\_ ۲۷۸

بینی نشده، رویه های قضایی ایجاد می گردد و مسیر هموار شده و خصومت مرتفع می گردد (همان).

### ۳-۳- اصول و تأثیر آن در رویه قضایی

البته ذکر این نکته ضروری است که رویه قضایی هیچگاه نه قانون را وضع می کند و نه خلق می کند، بلکه صرفاً به اعلام اصول که متن قانون آن را ارائه نداده یا منعکس نکرده، اکتفا می کند و در واقع، به نوعی از قانون رفع نقص می نماید. در این میان نقش دکترین نیز صرفاً کمک به کشف اصول است. در واقع، دکترین رویه قضایی را در استخراج اصول کمک می نماید و اصول را به رویه قضایی پیشنهاد می نماید. همین که اصول توسط رویه قضایی عنوان گشته و اجرا شدند دکترین با اطمینان خاطر از آنها به عنوان مصالح در ساختار های حقوقی استفاده می کند (ژان بولانژه، ۱۳۷۶: ۷۳) لذا با ارائه دکترینی صحیح از تأسیس «اصول حقوقی» مندرج در ماده ۳ در نهایت به تغییر رویه قضایی و ایجاد بستری برای تکمیل ساختار حقوقی ایران خدمت کرده ایم.

### ۳-۴- اصول حقوقی و نقش آن در تکمیل قوانین

در مواردی قانونگذار در حین وضع قانون با مفاهیمی برخورد می کند که پیشتر روشن شده اند، یا با مشکلاتی مواجه می شود که قبلاً حل شده اند؛ اینجاست که قانونگذار موضوع را به تصمیمات قبلی خود ارجاع می دهد و یا این که قانونگذار به عنوان تأکید از مقام قضایی می خواهد که در صورت فقدان یا سکوت قانون برای حل و فصل اختلاف به اصول حقوقی مراجعه نماید (ماده ۳ آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹) حتی در حوزه هایی مانند آیین دادرسی مدنی که به وجود اصول دادرسی مدنی در متن قانون تصریح شده ماده ۱ ق.آ.د.م. و آثاری بر نادیده گرفتن این اصول توسط مرجع دادرسی در نظر گرفته شده است مانند بند ۳ ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م.



لازم به ذکر است که پرداختن به اصول در موضوعات مختلف جزو عرصه های مغفول در ادبیات حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۶۷/۲) و جز در برخی حوزه های سنتی مانند حقوق قراردادها، به اصول مرتبط با آن نظم حقوقی پرداخته نمی شود. همچنین این اصول توسط حقوقدانان مورد شناسایی و تحلیل جامع و مبنا شناختی قرار نگرفته اند. این در حالی است که دادرسی منصفانه بدون رعایت این اصول هرگز امکان پذیر نیست.

### نتیجه گیری

اصول حقوقی مصرّح در ماده ۳ آیین دادرسی مدنی و مواد اول قانون آیین دادرسی مدنی و کیفری و مجازات شامل موارد زیر است. اصول کلی حقوقی مانند «اصل عدم اطاله دادرسی» و «اصل حسن نیت»، اصول جزئی حقوقی مانند «دستیابی حداکثری محکوم له به محکوم به» در موضوع اجرای احکام مدنی یا «اصل دوام و صحّت قراردادها در موضوع قراردادها»، اصول عملیه مانند «اصل استصحاب یا برائت یا اصل تخیر و اصل احتیاط» یا اصول لفظیه مانند «اصل حقیقت، اطلاق و ...»، قواعد حقوقی شامل قاعده حقوقی، ضابطه حقوقی، اشباه و نظایر و امارات. همچنین رابطه اصل و قاعده حقوقی، عموم و خصوص مطلق است. البته ذکر این مطلب به این معنا نیست که که یک قاعده یا ضابطه حقوقی، خود نقش اصول حقوقی را اجرا نماید؛ بلکه آنها نقش واسطه و هدایت کننده را به سمت اصول دارند. فی الواقع مقام قضایی از قواعد به اصل رسیده و سپس اصل را به عنوان قاعده بر موضوع اختلاف پیاده می نماید. همچنین ذکر این مطلب ضروری است که رویه قضایی هیچگاه نه قانون را وضع می کند و نه خلق می کند، بلکه صرفاً به اعلام اصول که متن قانون آن را ارائه نداده یا منعکس نکرده، اکتفا می کند و در واقع، به نوعی رفع نقص از قانون می نماید. در این میان، نقش دکترین نیز صرفاً کمک به کشف اصول است. در واقع، دکترین رویه قضایی را در استخراج اصول کمک می نماید و اصول را به رویه قضایی پیشنهاد

نقش «اصول حقوقی» در رفع اجمال و سکوت حقوق ایران \_\_\_\_\_ ۲۸۰

می نماید. همین که اصول توسط رویه قضایی عنوان گشته و اجرا شدند دکتربین با اطمینان خاطر از آنها به عنوان مصالح در ساختارهای حقوقی استفاده می کند. بدیهی است با پذیرش این تعریف گسترده از اصول که به طرق قانونی و مستدل در مقاله حاضر، اثبات شده است فرایند دادرسی و صدور حکم بسیار عادلانه تر و مستند تر و سریع تر خواهد بود و از تعداد قرار های ردّ دعوی یا عدم استماع دعوی نیز کاسته خواهد شد؛ چراکه متأسفانه در بسیاری پرونده های حقوقی، قضات به این دلیل که مواد قانونی یا شرع صراحتاً در خصوص آن اختلاف، حکم صریح نداشته یا تعیین تکلیف نکرده، پرونده را با رأی ماهیتی ناعادلانه و به ضرر ذیحق واقعی مختومه کرده و یا با صدور قرار ردّ یا عدم استماع دعوی باعث طولانی تر شدن و هزینه بر شدن حلّ مخاصمات می گردند.

## منابع

- قرآن کریم.

- ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- امینی، منصور؛ نیکویان، منصور (۱۳۹۶ش)، مفهوم شناسی اصول اجرای احکام مدنی، مجله حقوقی دادگستری، ۹۷، ۷-۲۸.
- انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی، استوار سنگری، کورش (۱۳۸۴ش)، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۱، تهران: محراب فکر.
- انوری، حسن (۱۳۸۱ش)، فرهنگ بزرگ سخن، ج ۱، تهران: سخن.
- بحرانی، یوسف (بی تا)، الحدائق الناضره فی أحكام العتره الطاهره، ج ۷، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- تهانوی، محمدعلی (بی تا)، کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم، ج ۲، بیروت: مکتبه لبنان ناشرون.

- ۲۸۱ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۰ - شماره ۱۹ - پاییز و زمستان ۹۷
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸ش)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، ج ۱، چ ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.
  - حرّ عاملی، محمد بن حسن (بی تا)، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه** ج ۲۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
  - حموی، احمد بن محمد (۱۳۵۷ق)، **غمز عیون البصائر علی محاسن الاشباه و النظائر**، ج ۱، قاهره: دار الطباعة العامره.
  - خوانساری، محمد باقر بن زین العابدین (۱۳۹۰ش)، **روضات الجنّات**، ج ۷، قم: اسماعیلیان.
  - زرقاء، مصطفی احمد (۱۹۶۳م)، **المدخل الفقهيّ العامّ**، ج ۲، دمشق: دار الفکر.
  - ژان بولانژه، (۱۳۷۶ش)، **اصول کلیّ حقوق و حقوق موضوعه**، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله حقوقی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۳۶، ۶۶-۸۸.
  - سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۴۱۷ق)، **مصادر الحقّ فی الفقه الاسلامی**، ج ۵، قاهره: معهد للدراسات العربیّه.
  - کاتوزیان، ناصر (۱۳۸ش)، **فلسفه حقوق**، ج ۲، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
  - کوز الحصاری، مصطفی بن محمد (۱۸۹۰)، **منافع الدقائق فی شرح مجامع الحقائق**، مطبعه **الاستانه، بی جا.**
  - مؤمنی، عابدین؛ مسجدسرایبی، حمید (۱۳۹۱ش)، **اصل اندیشی در نظام حقوقی اسلام**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۷، ۶۳-۸۴.
  - مجلسی (علامه)، محمدباقر (۱۴۰۳ق)، **بحار الانوارالجامعه لدرر أخبار الاثمه الأطهار**، ج ۲، بیروت: مؤسسه الوفاء.
  - محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق)، **قواعد فقه**، ج ۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
  - موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۴۰۱ق)، **قواعد فقهیّه**، ج ۱، چ ۳، تهران: عروج.
  - نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۹۸۱م)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

