

## نقش دادرسی در احراز قاعده ماهوی (در حقوق موضوعه جمهوری اسلامی ایران)

عباس کریمی\*

استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

همایون رضایی نژاد

کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۱۲/۹ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۰/۹/۱۲)

### چکیده:

دادرسی در انجام تکلیف رسیدگی به دعوا (مدنی) می باید قاعده ماهوی حاکم بر قضیه را در منابع موجود شناسایی نماید. انجام این مهم در گرو شناسایی دقیق منابع حکم و ترتب آن در نظام حقوقی حاکم است. حقوق موضوعه جمهوری اسلامی در اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی راجع به این تکلیف دادرسی اعلام موضع نموده است. به رغم تبعیت کلی نظام حقوقی مزبور از نظام حقوقی نوشته، تغییرات رخ داده بعد از انقلاب اسلامی نگاه نظام حقوقی اسلامی به قاضی را برگزیده است. این دیدگاه در مقایسه با نظام نوشته، عرصه فراخ تری در جولان دادرسی به منظور یافتن حکم قضیه برای وی فراهم نموده؛ با وجود حفظ سیادت قانون به عنوان نخستین منبع حکم و با وجود ابقای اعتبار سایر منابع، فتاوا و منابع معتبر اسلامی مورد تاکید بیشتری قرار گرفته است. نگارندگان در پی توجیه این نظر هستند که جایگاه دادرسی در شناسایی و اعمال قواعد بیش از آن چیزی است که در نظام حقوقی پیش از انقلاب و به تبعیت از نظام حقوقی نوشته وجود داشت.

### واژگان کلیدی:

قاعده ماهوی، منابع حکم، نظام حقوقی اسلامی (فقه امامیه)، منابع و فتاوی معتبر، روح قانون.

## مقدمه

در رسیدگی به دعوای مطرح نزد دادرسی هم قواعد دادرسی مدنی دخالت دارند و هم حق مبنای دعوای مطروحه (بر فرض ثبوت) ناگزیر بر قاعده موجد حقی مبتنی است که دادرسی می‌باید آن را در مقررات ماهوی شناسایی نماید. به عبارت دیگر همانگونه که بار اثبات امر موضوعی با متداعیین است اثبات حکم قضیه از طریق اتکا به ادله حکمی بر عهده دادگاه است (کریمی، ۱۳۸۶ الف، ص ۳۴). به فراخور نظام حقوقی حاکم حدود آزادی دادرسی در مراجعه به منابع موجود برای احراز قاعده ماهوی حاکم بر قضیه مشخص می‌شود. از میان نظام های حقوقی بزرگ برای نمونه در کامن لا و رومی- ژرمنی این اختیار متفاوت است. این امر به تفاوت ترتب منابع حقوق و حکم در این نظام ها بر می‌گردد. در تمام بررسی هایی که تاکنون در خصوص شناسایی جایگاه نظام حقوقی ایران در دنیا صورت پذیرفته است، این نظام تابع نظام حقوقی نوشته دانسته شده است. گرته برداری بسیاری مقررات (به خصوص قواعد شکلی) از آن چه در این کشورها حاکم بوده است موید نگرش بالا درمورد نوع نظام حقوقی ایران است. تغییر حکومت در سال ۱۳۵۷ نظم حقوقی موجود را نیز تحت تاثیر قرار داد. وضع پاره ای قواعد به طور خاص دیدگاه حکومت در مورد نظام قضایی را روشن می‌نماید که متفاوت با آنچه قبلاً جریان داشته است. اصول ۴ و ۱۲ و ۱۶۷ ق ۱ و ماده ۳ قانون آ. د. م نمونه های شاخص این قواعد هستند.<sup>۳</sup> نگاه به منصب دادرسی در نظام حقوقی اسلامی و نظام نوشته یکسان نیست. نقش قاضی در نظام حقوقی اسلامی با نظام حقوقی کامن لا قرابت بیشتری دارد تا نظام حقوقی نوشته. این اختلاف در حدود اختیار دادرسی در احراز قاعده ماهوی حاکم بر قضیه بیشتر به چشم می‌آید. تحدید منابع و حتی قواعد در نظام نوشته، دادرسی را هدایت شده و تابع نظم از پیش تعیین شده می‌گرداند. کنترل دادرسی از نگاه حقوق اسلامی با منابع اصلی صورت می‌پذیرد (کتاب، سنت، اجماع، عقل). این نوشته از منظر این تفاوت به بررسی تکلیف دادرسی در احراز قاعده ماهوی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران می‌پردازد.

اصل ۱۶۷ ق ۱ به طور کلی در این ارتباط موضع گیری نمود و به تبع آن مقررات دادرسی کیفری (ماده ۲۱۴) و مدنی (ماده ۳) به طور جزئی تر به این مساله پرداخت. در اینجا صرفاً تکلیف دادرسی در دعوی مدنی را بررسی می‌نماییم و به دنبال پاسخ به این پرسش ها هستیم که با توجه به قواعد مذکور و لحاظ دیدگاه خاص حقوق اسلامی به قاضی، گستره تکلیف دادرسی در احراز قاعده چیست؟ آیا تغییرات صورت گرفته منابع حکم را تغییر داده؟ و بالاخره

۱. از این پس در این نوشتار قانون اساسی به اختصار ق.ا نوشته می‌شود.

۲. از این پس در این نوشتار قانون آیین دادرسی مدنی به اختصار ق.ا.د.م نوشته می‌شود.

۳. در امور کیفری نیز این احکام در ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مورد تاکید قرار گرفته است

این تغییرات چه اثری بر اختیارات قاضی (حسب مورد مجتهد یا ماذون) در مراجعه به این منابع دارد؟ این مقاله با بررسی دو کار ارزشمند صورت گرفته تحت عنوان استنباط احکام مدنی (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۳۰:۲ به بعد) و نقش حقوق اسلامی در نظم حقوق کنونی (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۵۴) و با رویکردی مبتنی بر آن چه در خصوص تفاوت دو نظام گفته شد و همچنین اصطلاح شناسی تا حدی تازه از منابع تکمیلی حکم در پی پاسخ به این پرسش هاست. به همین منظور در دو مبحث ابتدا به تبیین لزوم احراز قاعده ماهوی با تمییز قواعد شکلی و ماهوی و تشریح ساختاری دعوی مدنی و همچنین توجیه این تکلیف از دیدگاه تمایز نظام های حقوقی می پردازیم. در قسمت بعدی وضعیت کنونی ترتب منابع حکم در نظام حقوقی ایران، چگونگی اعمال تکلیف احراز قاعده ماهوی توسط قاضی مجتهد و ماذون ونحوه انجام این تکلیف با توجه به منابع تکمیلی معرفی شده برای حکم در قواعد موضوعه را تحلیل می نماییم.

### مبحث اول: لزوم احراز ادله حکمی (قاعده ماهوی) توسط قاضی

در این مبحث در دو بند جداگانه به تبیین و توجیه لزوم احراز قاعده ماهوی حاکم بر دعوا توسط قاضی می پردازیم.

#### بند اول: تبیین لزوم احراز قاعده ماهوی توسط قاضی

**الف: تبیین لزوم احراز ادله حکمی (قاعده ماهوی) توسط قاضی از طریق تمییز قواعد شکلی از ماهوی**

دادرس در انجام تکلیف خود مبنی بر احراز قاعده ماهوی ناگزیر به شناسایی و تمییز قواعد ماهوی و شکلی است. قانون به عنوان منبع حکم در بحث ما منصرف از قواعدی است که مظروف حقوقی واقعی ندارند و متضمن هیچ گونه دستور آمرانه سلوکی نمی باشند (دلویو، ۱۳۷۹، ۳۸). به عبارت روشن تر قواعد شکلی که متضمن نحوه اثبات، شناسایی و اجرای حقوق ماهوی هستند و تکالیف سازمانی و شخصی دست اند کاران مسائل قضایی و وابستگان دادگستری را در جریان رسیدگی قضایی تعیین می نمایند موضوع بررسی این نوشتار نیستند. زمانی یک قاعده، قانون مادی- ماهوی یا موجد حق تلقی می شود که در روابط حقوقی شناسایی شده در ذات خود حقوق اشخاص در چهارچوب روابط مذکور را تعیین و به تبع برای طرف دیگر رابطه تکالیف ایجاد نماید. حال آنکه قاعده شکلی این وصف را ندارد و الزامات آن ذاتی و حقیقی نبوده بلکه در گرو حقوق ماهوی است.<sup>۱</sup>

۱. ضوابط دیگر چون نبود الزام حقیقی، تعیین شکلی یک رابطه فردی و خاص و جنبه اعلانی صرف که ناظر به قوانین (ماهوی) است بعنوان ویژگی های مقررات شکلی ارائه شده اند (دلویو، ۱۳۷۹، ۳۸)

**ب: تبیین لزوم احراز ادله حکمی (قاعده ماهوی) توسط قاضی در ساختار دعوای مدنی**  
در ادامه بحث پیرامون مفاهیم مقدماتی این نوشته، مفهوم و ساختار دعوای مدنی را شرح می‌دهیم.

### ۱: مفهوم دعوا

تعاریف متعددی برای دعوا ارائه شده است: آن را عملی که برای تثبیت حق صورت می‌گیرد (متین دفتری، ۱۳۸۱، ج ۱، ۶۲) یا اینکه حقی است که به موجب آن اشخاص می‌توانند از مقام رسمی (دادگاه) حمایت از حقوق خود در برابر دیگران با اجرای قانون را مطالبه کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ب، ص ۱۱۴) و در این خصوص با تحلیل مفاهیم مختلف دعوا آن را از دیدگاه‌ها مختلف مورد بررسی قرار داده‌اند (شمس، ۱۳۸۳، شماره ۴۸۹، کریمی، ۱۳۸۶، ب، ص ۲۳). در ارتباط با موضوع تحقیق دعوای کامل - که در واقع با اجزاء تمام از همه تعاریف ارائه شده انتزاع می‌شود - می‌باید به خواننده این سطور معرفی شود. با این توضیح که آنگاه که قاضی دعوای طرح شده را بر فرض دارا بودن شرایط شکلی و ثبوت آن، با قواعد مورد حق منطبق می‌نماید کمال دعوا جلوه گر می‌شود.<sup>۱</sup> از این منظر و با یک نگاه ساختاری دعوای مدنی (به مفهوم یک عمل حقوقی) عبارت است از درخواست اجرا، تثبیت، اعلام و یا تایید حقی که به موجب قواعد حقوقی معتبر در نظام حقوقی حاکم برای خواهان شناسایی شده و این حق معطل مانده، انکار و یا تضییع شده است و یا تایید و تثبیت وضعیت حقوقی و یا نظم حقوقی ایجاد نشده که حق مشروع خواهان با آن برقرار شود یا پایان دادن به وضعیت حقوقی که ادامه آن حقوق وی را زایل می‌نماید و ماهیت دعوا همیشه ناشی از یک وضعیت عدم قطعیت حقوقی است (کادیه؛ به نقل از محسنی ۱۳۸۹؛ ۴۰).

### ۲- ساختار دعوای مدنی

هر دعوای مدنی اجزائی دارد که لزوماً چهارچوب آن را تشکیل می‌دهند. این اجزا عبارتند از: طرفین دعوا، موضوع دعوا، جهات موضوعی و جهات حکمی. تا آنجایی که به بحث ما ارتباط پیدا می‌کند جهات حکمی که همان قواعد حقوقی حاکم بر فضا است را بررسی می‌نماییم؛ جهات حکمی به طور کلی تمام مسائل حقوقی است که بر رابطه حقوقی منشا دعوا حاکم است؛ این جزئی از دعواست که تکلیف اساسی دادرسی در مستند ساختن تصمیم قضایی را تعیین می‌نماید.

۱. تصور دعوای کامل در بند ۷ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی جلوه گر شده است.

در حقوق ما (بند ۴ م ۵۱ قانون آ. د. م) الزامات مربوط به ذکر جهات ادعا در دادخواست منحصرآ جهات موضوعی است و یافتن حکم قضیه به طور کلی و شناسایی قاعده ماهوی به طور خاص از تکالیف منحصر دادگاه است.

ذکر این نکته ضروری است که تکلیف دادگاه به اظهار نظر در مورد هر دعوا مستلزم پذیرش همه دعاوی در هر شکلی نیست. در واقع قواعدی که لزوماً اظهار نظر را به قاضی تحمیل می‌نماید (ماده ۳ قانون آ. د. م و اصل ۱۶۷. ق. ا) چون دو روی یک سکه، احکامی مختلف دارند.

با این توضیح که قواعد مذکور از یک سو قاضی را مکلف می‌نمایند که در هر حال راجع به یک دعوی طرح شده مستند به قواعد حاکم (شکلی - ماهوی) اظهار نظر نماید و رد یا پذیرش دعوا به طور کلی باید مستند به یک قاعده شناخته شده باشد. ممکن است دادخواست به لحاظ نقص رفع نشده پذیرفته نشود (مواد ۵۳ به بعد قانون آ. د. م) یا دعوا به جهتی قانونی شایستگی استماع نداشته باشد (مواد ۸۴، ۲ و ۸۹ قانون آ. د. م) در هر کدام از این فروض آنچه تکلیف دادگاه است، اعلام جهات قانونی رد دادخواست یا دعوا می‌باشد. از سوی دیگر قواعد مذکور دادرس را مکلف می‌کند که بر فرض شایستگی پذیرش دادخواست و استماع دعوا با ورود در ماهیت اختلاف تمام دانش و هنر خود را در یافتن قاعده ماهوی که حق خواهان بر آن استوار است به کار گیرد. بنابراین در ارتباط با بحث ما نفعی که خواهان یک دعوا خواستار شناسایی و اجرای آن است می‌باید مشروع باشد. این مشروع بودن در معنای عام خود شناسایی در نظام حقوقی است. این همان منبع حکم است؛ منبعی که توجیه کننده حق خواهان و شناسایی کننده تعهد و تکلیف خواننده دعوا مطروحه می‌باشد.

### **بند دوم: توجیه لزوم احراز ادله حکمی (قاعده ماهوی) توسط قاضی**

در این قسمت ضمن بیان مختصری در باب نظام های حقوقی مطرح در دنیا از دیدگاه نقش قاضی در احراز قاعده ماهوی، وضع کنونی حقوق ایران و سپس قواعد اصلی ناظر به بحث در نظام حقوقی حاکم را معرفی می‌نماییم.

### **الف: توجیه لزوم احراز ادله حکمی (قاعده ماهوی) از دیدگاه نظام های حقوقی**

در مطالعات تطبیقی، نظام های حقوقی مختلفی شناسایی شده است (عمدتاً ۵ نظام). در حقوق جدید (غربی) نظام حقوقی رومی - ژرمنی و کامن لا از معروفترین این نظام ها هستند. از دیدگاه حقوق تطبیقی به فراخور نظام حقوقی حاکم ترتب منابع حقوق شکل می‌گیرد. نظام حقوقی ایران از زمان ورود به دنیای حقوق نوین بر پایه نظام حقوقی نوشته، طراحی شده

است. در این نظام دادرس موجد قاعده حقوقی نیست. نظام تقنینی در مباحث قضایی، مستقل از دادگستری و تابع اصل تفکیک قوا در اختیار قوه قانونگذاری است. در بررسی منابع حقوق هر رژیم حقوقی نمی‌توان عناصر فرهنگی - تاریخی خاص ملت تابع آن رژیم را نادیده گرفت. هر نظام حقوق ملی ویژگیهای خاص خود را دارد. این امر پیچیدگی شناسایی منابع تکمیلی حقوق را در حقوق داخلی نشان می‌دهد (رنه داوید، ۱۳۶۴، ص ۱۹۵). در بررسی های تطبیقی صورت گرفته با توجه به مبانی و ریشه تاریخی بسیاری قواعد که امروزه در نظام حقوقی ایران شکل قانون به خود گرفته است تاثیر نظام حقوق اسلامی بر این نظام مورد بررسی قرار گرفته است. غالب این آثار در زمان پیش از وقوع انقلاب اسلامی ایران نوشته شده است (برای نمونه ر.ک رنه داوید، ۱۳۶۴، ص ۲۶۲، کاتوزیان ۱۳۷۹، ج ۲: ۳۰). در یکی از معروفترین آثار مطالعه تطبیقی، بسیاری نظام‌های حقوقی حاکم بر کشورهای اسلامی غیر از حقوق اسلام دانسته شده است و حقوق مذهبی اسلام به عنوان یک اصل اعلام شده شناخته شده است که بیشترین تاثیر و نفوذ آن در قواعد جزئی حاکم بر حقوق اشخاص و خانواده می‌باشد و به طور کلی حقوق داخلی ما در این مطالعات تابع نظام حقوق اسلامی دانسته نشده است (رنه داوید، ۱۳۶۴، ص ۴۴۴ به بعد). در این خصوص عبارتی را از رنه داوید عیناً نقل می‌نماییم: «در ایران به سستی مباحث می‌کنند که اسلامی کردن کشور به وسیله فاتحینی از نژاد دیگر آن را به فراموشی نسپرد است» (رنه داوید، ۱۳۶۴، ص ۴۴۴ به بعد).

قرائت رسمی از وضع فرهنگی - اجتماعی و حتی الگوهای رسمی حاکم بر روابط حقوقی و نگرش مسوولان قضایی در زمان پهلوی این اندیشه را القا می‌کرد که سنت ملی ایرانی در کسوت هایی جدید می‌تواند هنوز ادامه یابد و حتی اصول حقوق مذهبی را زیر سوال برد. جدای از ماهیت این‌گونه نظریه‌ها آنچه تا سال ۱۳۵۷ و پیش از وقوع انقلاب در ایران در مورد نظام حقوقی حاکم می‌توان گفت حکومت کامل نظام حقوقی رومی ژرمنی است. اما با وقوع انقلاب، اراده حکومت جمهوری اسلامی ایران بر اجرای قواعد حقوق اسلام تعلق گرفت (اصل ۴ ق. ا). در این نظام حقوقی منصب دادرسی جزئی از ریاست عامه و خاص پیغمبر (ص) و جانشینان بر حق اوست (محقق داماد، ۱۳۸۳، ص ۳۰) و اصل بر این است که قضات اسلامی از بین مجتهدین انتخاب شوند. در نظریات فقها در خصوص شرایط قاضی عموماً یکی از شرایط قضاوت اجتهاد می‌باشد و اهمیت آن تا جایی است که برخی قضاوت برای غیر مجتهد را حرام دانسته‌اند (یزدی، بی تا، ج ۲: ۲۳) (هر چند اختلاف نظرهایی در این خصوص وجود دارد) (محقق داماد، ۱۳۸۳، ص ۳۱). آثار این گرایش به وضوح در مقررات موضوعه جمهوری اسلامی ایران به چشم می‌خورد؛ از جمله مقام ریاست قوه قضاییه و اختیارات وی (اصول ۱۵۷ و ۱۵۸ ق. ا). مقام اجتهاد رئیس دستگاه قضایی و پاره‌ای مسوولان عالی قضایی (اصول ۱۶۱ و ۱۶۲ ق. ا)

دلیل دیگری بر این مدعاست. در انتخاب سایر قضات نیز اصل ۱۶۳ و بند ۵ ماده واحده شرایط انتخاب قضات دادگستری مصوب ۱۳۶۱، موازین فقهی را در تعیین شرایط و صفات ایشان حاکم می‌داند. ذکر مقدمات فوق برای بیان این نکته است که شرایط و الزام‌های مذکور در فقه بر این فرض استوار است که چنین دادرسی باید وظیفه خطیر احراز حکم قضیه از منابع موجود البته با اختیاراتی وسیع را به انجام رساند؛ اختیاراتی مفصل تر از قاضی در نظام نوشته به گونه‌ای که می‌توان مدعی شد نظام قضاوتی فقهی به نظام موسوم به کامن لا نزدیکتر است. در بحث ما منابع حقوق در نظام فعلی همان هاست که اکثر محققین در مقدمه‌های عمومی خود بر علم حقوق بیان داشته‌اند و ترتیب آن یعنی حکومت قانون به عنوان منبع اصلی و بیان سایر منابع به عنوان اقرار این منبع اصلی بیانگر پذیرش نظام نوشته به عنوان نظام حقوقی حاکم است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۱۹ به بعد. جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۵۹ به بعد). اینجاست که قاضی با شرایط و اختیارات نظام نوشته و نظام فقهی مسائل مختلفی را پیش رو دارد و این تفاوت دیدگاه در نگاه به قاضی و قاعده حقوقی در دو نظام مذکور در بسیاری موارد به چشم می‌خورد که موجد مسائلی است که نگارندگان در پی یافتن راه حلی مناسب جهت جمع بین تعارضات حاصل از این دوگانگی هستند.

### ب: توجیه لزوم احراز ادله حکمی (قاعده ماهوی) در حقوق موضوعه ایران

بررسی سیر تاریخی وضع و تغییر قواعد، حلقه گم شده بسیاری از مطالعات امروزی است؛ به گونه‌ای که تبار شناسی قواعد و سیر تحول آن بسیار راه گشاست و ناگزیر فهم مطلب و نظریه احتمالی مطرح در نوشته را آسان تر می‌نماید. در حوزه بحث ما امروز دو قاعده تعیین کننده دخالت دارد (ماده ۳ ق. آ. د. م و اصل ۱۶۷ ق. ا) سیر تاریخ قانونگذاری (به شیوه نوین) در این مملکت سابقه دیرینی ندارد. در این حوزه تا پیش از انقلاب صرفاً ماده ۳ ق. آ. د. مصوب ۱۳۱۸ حکومت داشت. این قاعده چنین مقرر می‌داشت: «دادگاه‌های دادگستری مکلفند به دعاوی موافق قانون رسیدگی کرده، حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبود و یا متناقض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند». این قاعده به وضوح تحت تاثیر ماده اول قانون مدنی سوئیس است که به اجمال در فرض عدم وجود حکم صریح قانونی، قاضی را در موقعیت قانونگذار و وضع قاعده برای حل و فصل قضیه قرار می‌دهد یا به عرف و اندیشه‌های حقوقی احاله می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۵۷). در تحقیقاتی که در ارتباط با موضوع صورت گرفته نیز با همین دیدگاه به قضیه نگریسته شده است؛ هر چند اصل ۱۶۷ نیز در زمان

این بررسی ها وضع شده بود. حقیقت این است که با وضع اصل ۱۶۷ قانونگذار در یک قاعده عالی موضع خود را اعلام نمود. این اصل مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال قوانین مدونه از رسیدگی و صدور حکم امتناع ورزد» در ق.آ.د.م.۱۳۷۹ قانونگذار این دیدگاه خود را تحکیم بخشید و تقریباً همان عبارات مذکور در اصل ۱۶۷ را در ماده ۳ ق.آ.د.م تکرار نمود: «قضات دادگاهها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر یا اصول حقوقی که مخالف موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد.» قاعده مزبور در قسمت اخیر که منابع تکمیلی حکم را تعیین می‌نماید از اصطلاحات منابع معتبر اسلامی، فتاوی معتبر و اصول مسلم حقوقی که مغایر با موازین شرع نباشند، استفاده کرده است. این تغییر صرفاً تغییر الفاظ و اصطلاحات نیست و نشانگر تغییر دیدگاه حاکمیت در نگرش به حقوق و قضا پس از انقلاب می‌باشد. مفاد ماده ۳ جدید و اصل ۱۶۷ که البته از حیث تعیین منابع تکمیلی عیناً دو اصطلاح را در خود دارد (فتاوی معتبر و منابع معتبر اسلامی) نمی‌تواند این عقیده را القا نماید که تفاسیر جهت شناسایی روح قانون یا اراده واقعی قانونگذار و همچنین نقش قاعده وار عرف توسط این قواعد جدید متفی شده است. آنچه‌آنچه که در مباحث آینده خواهیم دید، درون مایه این منابع تکمیلی با توجه به منابع حقوق اسلامی شناخته می‌شود و در راستای احراز قاعده ماهوی منابعی از نظر قانونگذار اسلامی افزوده شده است که البته با توجه به نفوذ حقوق اسلامی به عنوان مبانی بسیاری مقررات بویژه قانون مدنی - که عمده ترین منبع ماهوی در دعاوی مدنی است - ذکر منابع تکمیلی نامبرده بیشتر تاکید بر تغییر دیدگاه حاکمیت از رویکرد غربی به اسلامی است تا یک نوآوری در منابع حکم.

### مبحث دوم - گستره احراز ادله حکمی (قاعده ماهوی) توسط قاضی

در این مبحث در دو بند جداگانه ابتدا وضعیت کنونی ترتب منابع حکم در نظام حقوقی ایران و چگونگی اجرای این تکلیف در ارتبا با قاضی مجتهد و ماذون را بررسی می‌نماییم و سپس نحوه اعمال تکلیف مزبور با توجه به معرفی منابع تکمیلی حکم در قواعد موضوعه را مورد بررسی قرار می‌دهیم.



**بند اول: احراز ادله حکمی (قاعده ماهوی) مندرج در قوانین توسط قاضی****الف: ترتب منابع حکم در حقوق موضوعه ایران (منبع حقوق - منبع حکم)**

دربادی امر این دو مفهوم به هم نزدیک و گاهی منطبق تصور می‌شوند. اما با دقت در این دو مفهوم می‌توان بین آن دو یک رابطه کلی و جزئی برقرار کرد. با این توضیح که منابع حقوق منابعی است که به طور کلی قواعد الزام آور از آن ناشی می‌شود اما منبع حکم آن قاعده ماهوی است که به عنوان جهت قانونی که حق ماهوی مبنای دعوا بر آن استوار است و مشروعیت می‌یابد توصیف می‌شود. به عبارت بهتر اگر منابع حقوق عبارتی کلی است که قواعد از آن استخراج می‌شود؛ منبع حکم قاعده موجد حقی است که دادرس در کاو و در منابع معتبر و شناسایی شده استخراج می‌کند. اما منبع حقوق مفهومی کلی است که می‌توان قواعد شکلی و ماهوی را از آن استخراج نمود حال آن که در این نوشته منبع حکم صرفاً با قاعده ماهوی منطبق است.

اصولاً قواعد مستند تصمیم دادرس در قانون ذکر شده است. مساله مهم در این بحث لزوم استناد به قانون که نوعاً از الزامات تصمیم قضایی است، می‌باشد. اما نه به این معنا که دادرس در یافتن حکم قضیه صرفاً قوانین را بکاود و از سایر منابع حقوق غافل بماند. چه صرف نظر از طریقت یا موضوعیت قوانین (انصاری، ۵۶، ۱۳۸۷)؛ هر دادرسی مکلف است از تمام منابع موجود در توجیه عدالت شناسایی شده سود برد. در اینجا با توجه به قواعد اصلی موضوع بحث ما (اصل ۱۶۷ ق. ۱ و ماده ۳ ق. آ. د. م) که منابع فرعی را فتاوی معتبر، منابع معتبر اسلامی و اصول حقوقی مسلم ذکر نموده است این پرسش به میان می‌آید که آیا قواعد مذکور نافی سایر منابع شناسایی شده حقوقی است؟

قواعد مذکور صرفاً بیانگر ترتب در شناسایی منابع حکم هر قضیه مطرح نزد دادرس است در یک برداشت سطحی احصاء منابع حکم به قانون، منابع معتبر اسلامی و اصول حقوقی مسلم که مخالف شرع نباشد از قواعد فوق برداشت می‌شود. در نوشته‌های حقوقی که در بررسی منابع حقوق انجام گرفته از آن رو که در زمان حکومت قانون آ. د. م سابق صورت گرفته است به تقابل این دو قاعده پرداخته شده است (اصل ۱۶۷ ق. ۱. و ماده ۳. آ. د. م قدیم) (کاتوزیان، ۱۳۸۱، جلد ۲، ص ۳۹۴). در این زمان هر چند اختلاف مذکور وجود ندارد اما بحث مزبور از این حیث که آیا عقاید علمای حقوق، عرف و رویه قضایی به عنوان منابع حکم توسط قواعد حذف شده یا خیر بحث هنوز ادامه دارد.

### ب: احراز ادله حکمی (قاعده ماهوی) توسط قاضی (مجتهد- ماذون)

اشاره شد که دیدگاه حقوق اسلامی نقشی بیش از یک مجری صرف قواعد موضوعه برای قاضی قایل است. در راستای همین گرایش در قانون آیین دادرسی مدنی و در تبصره ماده ۳ چنین آمده است: «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد» این مقرر در نگاه نخست شاید حکومت قانون به عنوان منبع اصلی حقوق (حکم) در نظام حقوق ما را متزلزل بنماید چه به دادرسی اجازه می‌دهد که آن را با یک معیار دیگر به نام شرع بسنجد و در صورتی که آن را خلاف شرع ببیند، از رسیدگی امتناع نماید (برای ملاحظه رویکرد فقهی ر.ک خدابخشی ۱۳۹۰: ۱۲۸۱). این تبصره به نظر، تقابل و تفاوت دیدگاه‌های حقوق نوشته و حقوق اسلامی را نشان می‌دهد و نقش و نفوذ دیدگاه اسلامی را در تغییرات جدید قانون بیان می‌کند. صرف نظر از اینکه متن فوق در بادی امر اشکال‌های گفته شده را دارد، به نوعی حکومت قانون را زیر سوال برده و تبعیض در میان دادرسان ایجاد می‌نماید، به جهات ذیل مفید به نظر می‌رسد.

**نخست:** از حیث اصول حاکم بر قانون نویسی آنچه در تبصره بیان می‌شود، احکام خاص و استثنایی است. مفاد این تبصره که ظاهراً امکان عدم اجرای قانون توسط مجتهد را حق وی دانسته است این را بیان می‌کند که به حکم ماده ۳ که تبصره ذیل آن آمده حکومت قانون و سایر منابع تکمیلی به ترتیب شناسایی شده و به ویژه قانون که مطابق قاعده منبع نخستین است.

**دوم:** با وجود دیدگاه‌های حاکمیت در لزوم تصویب و اجرای قواعد شرعی و تفاوت نگاه به قاضی و قاعده حقوقی (که شرح آن رفت) مقرر مذکور در عین اینکه تفاوت دیدگاه را بیان می‌کند ولی به نوعی با تعیین تکلیف در خصوص یکی از مصادیق مهم این اختلاف (خلاف شرع دانستن قانون) امکان بی‌نظمی و خود سری در نتیجه اعمال دیدگاه‌های شخصی منتسب به حقوق اسلامی در نظم حقوقی حاکم را تا حدی از بین برده است. چه قاضی مجتهد با ثبوت وضعیت فوق حق رسیدگی و اعمال قاعده شرعی مورد نظر را ندارد و پرونده از وی اخذ و به دادرسی دیگری ارجاع می‌شود.

**سوم:** به رغم ظاهر تبعیض آمیز قاعده فوق اختصاص اختیار عدم رسیدگی به دادرسان مجتهد- که در بین قضات ماهوی کنونی درصد ناچیزی را تشکیل می‌دهند- توهم تبعیض را می‌زداید.

بنابراین این قاعده راجع به سایر دادرسان موسوم به ماذون که بخواهند با تمسک به قواعد شرعی قاعده صریح قانونی را نادیده بگیرند، حکمی روشن دارد و آنان از این امر منع شده‌اند.

**چهارم:** قاعده مذکور با تعیین امتیاز حکومت دیدگاه حقوق اسلامی برای دادرسان مجتهد- که از اعمال حکم غیر شرعی (هر چند قانونی) شخصاً اجتناب نمایند- ضمن ایجاد زمینه تشویقی برای ورود مجتهدان به عرصه قضاوت حدود و نفوذ این دیدگاه در نظامی که مبتنی بر حکومت قانون موضوعه است را تعیین و در واقع به طور ضمنی حکومت قانون را تأیید می‌نماید. این تبصره به شرحی که تحلیل کردیم در نهایت -در مواردی که حکم قانون روشن است- نظم ناشی از حکومت قانون را پذیرفته است و به رغم ظاهر آن، در فرض ورود در ماهیت یک مناقشه و اتخاذ تصمیم قاضی مجتهد و ماذون را در برابر قانون یکسان و مکلف به تبعیت می‌داند.

### **بند دوم: احراز ادله حکمی (قاعده ماهوی) در صورت سکوت، اجمال و یا تعارض قوانین**

در مباحث پیشین دیدیم که اصل ۱۶۷ ق.ا. و ماده ۳ ق.آ.م.پس از قانون منابع و فتاوی معتبر اسلامی و اصول حقوقی را به عنوان منابع تکمیلی حکم معرفی نموده‌اند. به تبع این ترتب قانونی، در دو قسمت ابتدا منابع فرعی منصوص در قانون و سپس سایر منابع را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### **الف: منابع اصلی حکم در صورت سکوت، اجمال و یا تعارض قوانین: منابع و فتاوی معتبر اسلامی- اصول حقوقی**

در این قسمت سخن از تمییز مفاهیم فوق و نقش قاعده‌وار آن به عنوان منبع حکم قضایی است. بررسی کردیم که هرچند قسمت عمده‌ای از مبانی قواعد حقوقی حاکم در روابط خصوصی را احکام شرعی تشکیل می‌دهد اما در شناسایی منابع حقوقی و در ارتباط با نحوه استنباط حکم اصل پذیرفته شده حکومت قانون به عنوان منبع نخستین- در طول سایر منابع- می‌باشد. درخصوص جایگاه حقوق اسلامی در منابع حقوق وضعی بررسی‌هایی صورت گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۳۶۷، کاتوزیان، ۱۳۷۶، ب، ص ۵۴). اما از آنجایی که در زمان طرح مطالب مذکور قانون آئین دادرسی مدنی جدید تصویب نشده، ماده ۳ به شکل کنونی تغییر نیافته و تبصره آن نیز الحاق نشده بود، تمام بحث‌ها حول محور جمع بین احکام ماده ۳ ق.آ.م.پس و اصل ۱۶۷ ق.ا. صورت گرفته است. وانگهی در مباحث مطروحه ابهام‌هایی در ارائه راه‌حل وجود دارد. در نتیجه باز خوانی این بحث ضروری است. در بندهای ذیل به تحلیل مفهوم فتاوی معتبر و منابع معتبر اسلامی، نقش قاعده‌وار آن و در پایان ارتباط این دو مفهوم با روح قانون می‌پردازیم:

## ۱- فتاوی معتبر

فتوا در بررسی‌های اصطلاح‌شناسی به معنای حکم هر قضیه به معنای خاص و یا نظری که عالم شرع به فروع احکام شرع و به طور کلی صادر می‌کند گفته می‌شود. از نظر تاریخی نیز هرچند در مواردی قاضی و مفتی عناوینی بود که در یک نفر جمع می‌شده است (برای مطالعه و جوه افتراق مفاهیم قاضی و مفتی ر.ک سنگلجی، ۱۳۸۰:۳۳؛ گلپایگانی، ج ۱:۱۲۰؛ نجفی، ج ۴۰:۹۸). اما جدای از این در تاریخ حقوق و قضاوت اسلامی اصولاً قضات متکی بر مفتیان بوده‌اند (وائل بن حلاق، ۱۳۸۶، ۲۲۷) از نظر تاریخی منابع بسیاری از احکام ماهوی حقوق اسلامی فتاوا بوده‌اند. فتاوایی که حتی در زمان و مکان واحد و در موارد مشابه احکام مختلفی در خود داشته‌اند. در نگاه نخست این امر تشتت و گونه‌گونی نامنظمی را در رجوع قاضی به فتوا فراهم می‌نماید. نمونه‌ی عملی این قضیه در خدمت قضایی یکی از نویسندگان تجربه شده است. به این صورت که در دعوایی فردی که خود را از اعضای سابق یکی از فرقه‌های مذهبی خاص می‌دانست، مدعی بود سالهاست مسلمان شده و این در حالی است که منسوبین وی که همانند وی از وراثت تلقی می‌شدند هنوز بر مذهب خود باقی بودند و این در حالی است که این فرقه مطابق برخی فتاوا کافر تلقی می‌شدند و در اثبات ادعای خود چند فتوا از مراجع را ارائه نموده بود. خوانندگان فتاوی دیگری ارائه می‌دادند که نقطه مقابل فتاوی مستندخواهان بود. این نمونه‌ی عملی تشتت در مراجعه به فتاواست.

در بحث‌های صورت‌گرفته استناد به فتاوا موجب تزلزل نظم حقوقی و شکنندگی عدالت دانسته شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ش ۲۴۹؛ کاتوزیان سال ۱۳۷۹، ص ۳۰). به نظر می‌رسد همانگونه که در بسیاری موارد اندیشه‌های علمای حقوق به اقتضاء ذات ناتمام و غیرکامل قواعد قانونی خلا و یا حتی نقص قانون را جبران می‌نمایند - به طور طبیعی در آن نیز اختلاف نظر وجود دارد - فتاوی معتبر نیز می‌تواند این نقش را ایفا کنند. با این امتیاز که فتاوی معتبر به صراحت منبع تکمیلی حکم می‌باشند؛ تصریحی که در مورد دکترین وجود ندارد. بنابراین تعدد فتاوا و نظرهای مختلف خود به خود موجد مشکل نیست؛ مسأله تقابل آن با سایر منابع از جمله قانون است که در این زمینه حکم روشن است و با وجود ترتب مصرح در مورد منابع حکم، راه بی‌بند و باری احتمالی مستندات حکم دادرسی بسته است و انگهی همانگونه که مورد تایید برخی بزرگان قرار گرفته حکم قاضی در هر حال بر فتوا مقدم است (رشتی، ۱۴۰۱: ۱۶۰؛ جلد ۱: ۱۱۲؛ عراقی، ۱۴۱۴: ۴۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۴۱؛ جلد ۲۷: ۳۵). با این توضیحات روشن است که تکلیف دادرسی در مراجعه به فتاوی معتبر چه خواهد بود! چنانکه در نمونه عملی که ذکر کردیم، با تمسک به اصولی چون وحدت مسلمین، اصالت ظهور (چرا که خوانندگان دعوی کفر آداب ظاهری اسلام را

۱. در برخی آثار فقهی توجه به نظر اکثریت مورد تاکید قرار گرفته است (شیخ صدوق؛ ۱۴۱۳: ۹۰).

به‌جای می‌آورند) و حتی اصل براءت (چه کافر بودن مستوجب پاره‌ای کیفرها و محرومیت‌هاست) فتاوایی مستند رأی قرار داده شد که بر مسلم بودن ایشان تأکید می‌کرد؛<sup>۱</sup> همچنین در نمونه‌هایی که بیشتر رایج است از جمله راجع به سرقفلی و حق کسب و پیشه که مشمول قانون ۱۳۵۶ (به لحاظ خروج جغرافیایی) یا قانون ۱۳۷۶ (به لحاظ انعقاد پیش از سال ۱۳۷۶) نباشد، بنا به اصولی چون آزادی قراردادی صحت اعمال حقوقی و... رویه قضایی کنونی فتاوایی را برگزیده است که بر شناسایی حق کسب و پیشه در فرض مسأله تأکید دارد.<sup>۲</sup> در نتیجه این بحث می‌توان گفت که با وجود نفوذ قواعد حقوقی اسلامی که در تار و پود بسیاری قواعد حقوقی (مدنی) احساس می‌شود، اعتبار فتاوا در نقش تکمیلی قواعد، امری اجتناب‌ناپذیر است

## ۲- منابع معتبر اسلامی

منابع معتبر اسلامی در معنای خاص خود عبارت از کتاب، سنت، اجماع و عقل می‌باشد.<sup>۳</sup> در معنای عام منابع معتبر اسلامی می‌تواند کتب معتبر فقهی را نیز دربرگیرد. پرسش این است که آنچه اصل ۱۶۷ ق.ا. و ماده ۳ ق.آ.د.م مورد نظر دارند منابع اصلی فقه امامیه است یا آثار معتبر فقهی هم مورد نظر است؟ به نظر می‌رسد که با توجه به بنای نظام تقنینی و قضایی برفقه امامیه و استفاده از عین عبارات فقها در آثار معتبر به عنوان قاعده قانونی، منابع معتبر اعم از منابع اصلی و آثار فقهی معتبر است. هرچند واژه معتبر، نیز در خود ابهام داشته و پاسخ روشنی به ما نمی‌دهد اما به نظر می‌رسد ضوابطی چون صاحب‌نظر بودن مؤلف اثر، فراوانی گروندگان و یا میزان پذیرش و اشتها آن اثر در بین علما و طلاب می‌تواند ضابطه‌ای اعتبار باشد (شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ۹). با این توصیف از منابع معتبر، دادرس در فرض تفحص در آثار فقهی معتبر آزادی ناشی از دیدگاه حاکم که همان نگاه نظام اسلامی به قاضی است را دارد که با وجود غیر مجتهد بودن اکثریت قاطبه قضات توهم حرمت تقلید که برای مجتهد در مراجعه به سایر فتاوا محدودیت ایجاد می‌نماید از بین می‌رود.

در بررسی‌های صورت گرفته با وجود عدم نفی امکان مراجعه قضات به منابع اصلی جهت استنباط حکم قضیه این امر با نظم حقوقی ناشی از حاکمیت قانون قابل جمع دانسته نشده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ب، ص ۶۴). این مربوط به فرضی است که حکم قضیه از طریق قانون یا به وضوح در سایر منابع مذکور دریافت شود. اما در فرضی که حکم قضیه یافت نشود، تکلیف

۱. دادنامه شماره ۸۰۹۹۷۲۸۸۵۳۰۰۲۴۸ شعبه سوم دادگاه عمومی اسلامشهر.

۲. دادنامه شماره ۸۰۹۹۷۲۸۸۵۳۰۰۷۴۰ شعبه سوم دادگاه عمومی اسلامشهر.

۳. البته در فقه امامیه قیاس هم اگر منصوص‌العله باشد می‌تواند منبع حکم باشد.

چیست؟ در این خصوص طی بررسی که صورت گرفته است، با ذکر مصادیقی به طور ضمنی امکان یافتن حکم تکمیلی آن هم از فتاوای معتبر و در تفسیر احکامی که ریشه خاص فقهی آن محرز است پذیرفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶؛ ب، ۶۴؛ نگارندگان بر این عقیده‌اند که در خصوص امکان مراجعه دادرس به منابع اصلی به نظر می‌رسد که بر فرض رعایت شیوه‌های علمی لازم - طریقه صحیح استنباط حکم مبتنی بر اصول فقه - با مانعی روبرو نیست و در راستای دیدگاه حاکم بر نظم حقوقی کنونی است.

### ۳- اصول حقوقی<sup>۱</sup>:

اصل در لغت به معنای ریشه، بیخ و گوهر آمده (معین، ۱۳۸۸، ۱۲۷) و در اصطلاح به معنای قاعده مستفاد از قانون شرع، عقل و یا عرف و عادت بکار رفته است (لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۱، ۴۲۱). اصول حقوقی چنین معرفی شده‌اند: اصولی که کلی، دائمی، انتزاعی و ارزشی‌اند (محسنی، ۱۳۸۴، غمامی و محسنی، ۱۳۸۶، ص ۲۳۹۳) که جزء مقدسات حقوق به شمار می‌روند (کاتوزیان، ج ۲، ۱۳۸۱، ۶۴۸) و همراه با تغییر پارادایم‌های جوامع انسانی تغییر می‌یابند (جعفری تبار، ۱۳۸۳، ص ۲۰۳).

همچنین در برخی آثار، از اصول کلی حقوقی به عنوان «قاعده ای کلی که گروهی از روابط حقوقی را در بر می‌گیرد و منبع چندین قاعده جزئی است» تعبیر شده است (بولانژه، اصول کلی حقوقی، جلد ۱، ص ۵۶ به نقل از کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۶۱۷). در تحلیل مفهوم اصول حقوقی آن را به شناسایی شدن از جانب علمای حقوق منتسب نموده‌اند و حتی آن را ساخته اندیشه و علمای حقوق دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۶۱۷) که قابل نقد است؛ چه هر چند در بسیاری موارد شناسایی و معرفی اصول حقوقی توسط علمای حقوق صورت می‌پذیرد اما به نظر می‌رسد که اصول حقوقی به عنوان مفاهیم کلی که حسب مورد مبنای آن را حکم عقلی، آرمان‌نهایی جهان شمول چون برابری، عدالت، اخلاق، انصاف و... می‌دهد؛ می‌تواند در موارد ابهام، تعارض یا سکوت قواعد موضوعه راهگشای دادرس بوده و وی را در استخراج قاعده ماهوی یاری دهند و حتی استناد به این اصول به عنوان قاعده حاکم بر موضوع (در مقام قاعده جزئی) نمی‌تواند خطا باشد. زیرا اولاً مطابق آن چه در قاعده اصلی موضوع بحث این نوشتار (ماده ۳ ق. آ.د. م) مقرر شده است اصول حقوقی منبع قاعده ماهوی تلقی می‌شوند. دوم آنکه هر چند در مباحث راجع به فلسفه حقوق بنا به توجهاتی این اصول ذیل بحث اندیشه‌های حقوقی مورد بررسی قرار گرفته‌اند، ولی ماهیت مستقل این اصول با وجود انتزاعی بودن آن غیرقابل انکار است؛

۱. برخی محققین اصول حقوقی را با عناوین فقهی چون قواعد فقهی، اصول المذهب وقواعد المذهب منطبق دانسته‌اند که قابل نقد است (خدابخشی، ۱۳۹۰، ج ۱، ۱۳۵)

آنچنانکه به نظر می‌رسد در قاعده پیش گفته قانونگذار با آگاهی از اینکه در بسیاری موارد اصول حقوقی در قواعد جزئی منعکس شده‌اند به موضوعیت اصول حقوقی (مسلم) به عنوان قاعده ماهوی تکیه نموده است. وانگهی نحوه انشاء قاعده مورد بحث (ماده ۳ آ.د.م) و اقتضای تفسیر صحیح از آن که ترتب منابع احراز قاعده را بیان می‌نماید به خوبی نمایانگر این است که نقش اصول حقوقی بدان‌سان که از دیدگاه فلسفه حقوق (نگاه به منابع حقوق) نگریده می‌شود مورد نظر قانونگذار نیست چه در نگاه فلسفی به منابع حقوق تلقی اصول حقوقی به عنوان زیرمجموعه عقاید علمای حقوق با توجه به محدودیت منابع صورت پذیرفته است؛ با این توضیح که در کنار عرف، رویه قضایی و نظریه‌های علمای حقوق، اصول حقوقی منبع مستقلی نیست ولی با وجود صراحت ارجاع قانون به اصول حقوقی به عنوان منبع حکم از یک سو اصول مسلم حقوقی را نمی‌توان ذیل عنوان عقاید علمای حقوق و نتیجه تراوشات خامه حقوق دانان دانست (دست‌کم از منظر بحث ما و با توجه به ماده ۳ آ.د.م) و از دیگر سو جهت توجیه اینکه اصول حقوقی از چه منبعی الزام قاعده‌وارش را تحمیل می‌کند اصول مسلم ذیل منبعی به نام قانون قرار می‌گیرند.

#### ۴- روح قانون

در مورد مفهوم روح قانون که در ذات خود ابهام دارد چنین گفته شده است: «اصول راهنمای قانونگذار در وضع قانون است خواه اصل راهنما از احکام فرعی و پراکنده قانون استخراج شود یا دلیل قطعی خارج بر آن دلالت کند... و این اصول مجموعه‌ای را تشکیل می‌دهد که در اصطلاح روح قانون نامیده می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۵۶). در نظام حقوقی کنونی روح قانون در قواعد مورد بحث (اصل ۱۶۷ و ماده ۳) ذکر نشده است اما با تکیه بر اصل ۴ ق.ا که کلیت نظام تقنینی را تابع نظام حقوق اسلامی و قواعد شرع قرار داده است می‌توان روح قانون را شناخت. در وضعیت فعلی روح قانون همان منابع معتبر اسلامی و نگاه حقوق اسلامی به قضیه محل ابهام یا سکوت قانون است. تجلی روح قانون و راهنمایی جهت شناسایی آن در مفاد اصل ۴ ق.ا. نهفته است. در رابطه با مفهوم روح قانون گفته شده است که اصل ۱۶۷ روح قانون را از شمار مستندهای حکم بیرون نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۶۷). با وجود درستی این سخن تغییر دیدگاه حقوق موضوعه با تصویب ماده ۳ قانون آ.د.م در شکل جدید محرز است و تعبیر استاد گرانقدر از روح قانون هرچند از حیث اصطلاح شناسی علمی صحیح است اما باید بپذیریم که روح قانون مورد نظر ایشان در حقوق موضوعه فعلی به رسمیت شناخته نمی‌شود و نظام اسلامی منبع روح قوانین در مقام تفسیر و هدایت دادرس در مسیر تاویل قواعد یا استخراج قواعد را حقوق اسلامی یا اصول آن می‌داند.

### ب: منابع فرعی حکم در صورت سکوت، اجمال و یا تعارض قوانین

در بخش های پیشین منابع حکم که در قانون مورد تصریح قرار گرفته‌اند (منابع منصوص) مورد بررسی قرار گرفت؛ در این بخش به سایر منابع احراز قاعده ماهوی می‌پردازیم.

#### ۱- عرف

در نگاه مبنایی به عرف به فراخور نظام حقوقی مورد بحث دیدگاه های متفاوتی طرح و بررسی شده است (رنه داوید، ۱۳۶۴، ص ۱۲۱ به بعد). اما در بحث ما عرف به عنوان منبع حکم، برابر است با قاعده الزام آور که دادرس رای خود را بر آن استوار می‌نماید. در بررسی‌هایی که در زمان حکومت قانون آ. د. م قدیم صورت پذیرفته است سکوت اصل ۱۶۷ ق. ۱ در قبال نقش عرف به عنوان منبع حکم با این استدلال که منبع الزام عرف، زندگی اجتماعی انسان است و طبیعت انسان آن را اقتضا می‌نماید را نافی منبع حکم بودن عرف ندانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۱، شماره ۲۹۴). در بحث مربوط به نقش عرف به عنوان منبع حکم نقش قانون بعنوان مبنای الزام آور بودن قاعده عرفی انکار ناپذیر است. به دیگر سخن اگر چه در وضع فعلی، اصل ۱۶۷ و ماده ۳ صریحاً عرف را منبع حکم ذکر ننموده‌اند، اما ارجاع متعدد قوانین دیگر به این منبع فرعی از یک سو (از جمله ماده ۳۵۶ ق. م و ماده واحده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه مصوب ۱۳۱۲/۴/۳۱) و نقش سنتی عرف در تفسیر و تکمیل قواعد قانونی از سوی دیگر، به روشنی مبنای الزامی بودن عرف را قانون (به طور کلی) معرفی می‌نماید. وانگهی در بحث ما نقش قانون به عنوان تکیه گاه و منبع اصلی قواعد حقوقی از چنان کلیت و انعطافی برخوردار است که عرف های متعدد قراردادی شغلی و قضایی همگی در نهایت بایک حکم کلی (به فراخور نوع عرف) مشروعیت خود به عنوان منبع حکم را کسب می‌کنند. البته این امر نافی هویت مستقل عرف به عنوان یک منبع کلی حقوق نیست. در نتیجه می‌توان گفت که عرف به عنوان منبع استخراج قاعده ماهوی حاکم بر دعوا مفهومی متفاوت از عرف در معنای فلسفی و تحلیل جامعه شناسانه حقوق دارد. از این رو علیرغم عدم نفی نقش مستقل عرف در شکل گیری قواعد قانونی در شناسایی عرف به عنوان قاعده و توجیه الزام آور بودن آن، تکیه آن به ارجاع قانون، حتی ارجاع کلی (آنچنانکه که در مقررات موجد حق ما چنین است) ضروری می‌نماید و عرف مستقل از قانون نقشی بسیار فرعی دارد زیرا تلقی استقلال کامل عرف به عنوان منبع حکم به معنای نفی تفکیک قوا، ایجاد اختیار وضع قاعده حقوقی برای قاضی و در نهایت ایستادن در برابر قوه تقنینی است (رنه داوید، ۱۳۶۴، شماره ۹۸).



## ۲- عقاید علمای حقوق (دکترین)

در برخی آثار اصطلاح اندیشه‌های حقوقی معادل دکترین استعمال شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ش ۳۵۵). از نظر نگارندگان تعبیر اندیشه‌های حقوقی اگر چه در معنای عام خود دکترین را هم در برمی‌گیرد ولی مفهومی وسیع تر داشته و لزوماً با عقاید علمای حقوق منطبق نیست. زمانی صحبت از آراء، افکار و اندیشه‌هایی است که مستقیم یا غیر مستقیم در خود گزاره‌های حقوقی دارد. اینچنانکه برخی دانشمندان الهی یا حتی ادبا ممکن است در آثار خود بدون اینکه متخصص حقوق باشند آرمان‌های حقوقی را بیان کنند و ارزش‌هایی را مورد تأکید قرار دهند. این مفهوم و تعبیر از اندیشه‌های حقوقی را نمی‌توان دکترین دانست (ری مالوری ۱۳۸۳ مقدمه). عقاید علمای حقوق همانگونه که در ظاهر کلام ملاحظه می‌شود اندیشه‌های حقوقی دانشمندان حقوق است و در بحث ما این نوع اندیشه‌ها که عموماً در نقد و تفسیر قواعد حاکم و تأیید یا نفی آنها ارائه می‌شوند و حتی در تفسیر و تکمیل قواعد مذکور سخن می‌گویند مورد نظر است. آنچه‌آن که در مورد اصولی چون عدم توجه ایرادات و موضوعیت اسناد تجاری علمای حقوق الزامی بودن این اصول و نقش قاعده و ارشان را از حکم موادی چون ۲۴۹ و ۲۵۱ قانون تجارت استخراج می‌نمایند. دادرس در مقام استنباط قاعده ماهوی حاکم بر دعوا صرفاً با این مفهوم اخیر دکترین روبروست و نه معنای فلسفی و آنچه مبنای بسیاری قواعد است؛ چه نظریه‌های حقوقی بیشتر نقش تولید و سازندگی در عرصه این علم را دارند و تغذیه‌کننده ذهن قانونگذار و حتی رویه قضایی در معنای خاص هستند؛ تا اینکه به عنوان منبع حکم در یک عمل قضایی نقش قاعده را داشته باشند.

## ۳- رویه قضایی

اصطلاح رویه قضایی در معانی مجموعه آرای قضایی و روش یکسانی که دادگاهها در مورد یکسان بکار می‌گیرند و به تکرار ماهیت عرف قضایی را یافته به کار برده شده است. رویه قضایی در معنای اخیر به عنوان منبع حقوق شناخته می‌شود. این که رویه قضایی منبع رسمی حقوق می‌باشد یا خیر و همچنین درجه اهمیت آن بسته به نظام حقوقی حاکم پاسخ‌های مختلفی دارد (رنه داوید، ۱۳۶۴، ۹۹ به بعد). برای توجیه شناسایی رویه قضایی به عنوان منبع حقوق توجیهاتی از قبیل اراده ضمنی قانونگذار - که در واقع اختیارات و اگذار شده به قضات و عدم پیش بینی همه روابط در قانون است - اعتقاد عمومی دانایان حقوق برخاسته از اجبار نهفته در تصمیمات قضایی و بالاخره استقلال کامل این منبع از سایر منابع ارائه شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۵۶). نقد این مبانی در حوصله این نوشتار نیست. بطور خلاصه می‌توان گفت که رویه قضایی در نظام حقوقی نوشته اعتبار رویه قضایی کاملاً را ندارد ولی حقیقت

این است که قواعد قانونی و حتی سایر منابع تکمیلی به مراتب کمتر از رویه قضایی عینیت دارد. قواعد قانونی در ذات خود انتزاعی است و این کلی بودن با اعمال تفسیر و حتی در پاره ای موارد تکمیل توسط دادگاهها (عالی) جبران می‌شود. تدوین مجموعه آرای قضایی و رشد تجربی آن منوط به وجود تشکیلات رسمی دادگستری است - امری که در تاریخ فقه شیعی کم سابقه است - و از این باب، کمتر در باب قضاوت شیعی رویه قضایی مدونی - امری که در بحث های علمی با شهرت و شیاع قابل انطباق است - یافت می‌شود. در موضوع این نوشته رویه قضایی به عنوان منبع حکم غیر از رویه قضایی در معنای پیش گفته است. به تعبیر یکی از دانشمندان آراء نوعی دیوان کشور در خود قاعده حقوقی را دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، شماره ۳۳۶، همان که در حقوق فرانسه تحت عنوان (arret de principe) خوانده می‌شود. هرچند در بسیاری موارد اختلاف نظرهای منتهی به رای وحدت رویه در مسائل شکلی است اما این امر نافی این نکته نمی‌باشد که آراء نوعی دیوان کشور موجد قاعده ماهوی باشد. امری که هرچند در ظاهر با تفکیک قوا مغایر است ولی با اختیار تصریح شده در قانون این تردید برطرف می‌شود (اصل ۱۶۱ق.۱ و ماده ۲۷۰ قانون آ.د.ک.).<sup>۱</sup>

## برآیند

نظام حقوقی ایران اگرچه در شکل امروزی خود تابع نظام حقوق نوشته است و ویژگیهای این نظام را دارد اما در تحولات پس از انقلاب اسلامی، به صراحت نظام حقوق اسلامی (فقه امامیه) را برگزیده است. هرچند در بسیاری قواعد ماهوی اثر نفوذ فقه امامیه از بدو قانونگذاری نوین ملاحظه می‌شود اما حکومت مذهبی پس از انقلاب به این بسنده نکرد و در نظام قضایی و نگاه به قاضی و قاعده حقوقی دیدگاه خاص شریعت را برگزید. دلیل این مدعا تغییراتی است که در پاره‌ای قواعد اساسی صورت گرفته است. اصول ۴ و ۱۲ و ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی از نمونه بارز این تحول می‌باشند. اصل ۱۶۷ و ماده ۳ در مقام بیان ترتب قواعد ماهوی حاکم بر دعاوی با انتخاب قانون به عنوان منبع نخستین، همچنان شاخص اصلی نظام حقوق نوشته را حفظ کرده است اما در سایر منابع تکمیلی تغییرات صورت گرفته در بادی امر گمراه کننده است. اگرچه ظاهر قواعد تغییر یافته می‌تواند این معنی را که قانون طریقت محض داشته و دادرسان نظام اسلامی در استنباط حکم می‌توانند مستقیماً به منابع معتبر اسلامی رجوع کنند را به ذهن القا می‌کند اما در تحلیل هایی که در این نوشتار ارائه گردید، مشخص شد که قانون موضوعه همچنان بر سایر منابع حکم

۱. برای نمونه دیوان کشور در رای مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ (شماره ۶۲۰) فروش سرقتی مال مرهونه را نافذ ندانسته است؛ که این تصمیم یک قاعده ماهوی است

سیادت دارد. دادرس در احراز قاعده ماهوی با توجه به اصول کلی حاکم بر نظام حقوقی کنونی همچنان تابع احکام صریح قانون است. این امر به معنای انقیاد کامل دادرس و پیش بینی همه فروض در مقررات موضوعه نیست؛ هرچند نسبت به قواعد سابق، منابعی چون عرف و روح قانون را بیان نموده و به اصول حقوقی مسلم، منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر اکتفا نموده است اما این به معنای حذف منابع تکمیلی ذکر نشده نیست. حقیقت امر این است که در تحولات پس از انقلاب و با وجود حفظ چارچوب های اصلی نظام نوشته، قانونگذار به رغم ابقاء عرف، عقاید علمای حقوق و رویه قضایی به عنوان منابع تکمیلی حکم، نظر به این دارد که مفهوم روح قانون تا آن جا که به قواعد شرعی مربوط است در منابع حقوق اسلامی جستجو شود. در خصوص فتاوی معتبر نیز کارکرد عقاید علمای حقوق برای ایشان متصور است؛ با این توضیح که در چهار چوب اصل پیوستگی قواعد حاکم در نظم حقوقی موجود، اختلاف نظرهای احتمالی در این فتاوا در انطباق با سایر اصول و قواعد حاکم، سنجیده و برطرف می شود. رجوع مستقیم دادرس در نظام فعلی به منابع معتبر اسلامی نیز با رعایت اصول استنباط احکام ایرادی ندارد و خواسته حقوق موضوعه فعلی است. به رغم بقای حاکمیت نظام نوشته بر حقوق موضوعه ایران نگاه به قاضی تغییر یافته و در واقع اختیارات وی در جستجو در منابع به خصوص منابع شرعی افزایش یافته است. این امر در عین حفظ چارچوب های کلی نظام نوشته، این مزیت را دارد که ایستایی موجود در ذات قوانین موضوعه و بی تفاوتی قاضی در این نظام تا حدی جبران می شود. با این برداشت، ضمن وفاداری به اصول نظام نوشته با بهره گیری از امتیاز آزادی نسبی دادرس در نظام حقوق اسلامی، پویایی دادرس در استخراج حکم عادلانه از منابع معتبر (در موارد لزوم) تأمین می شود.

## منابع و ماخذ

۱. انصاری، باقر، (۱۳۸۷) نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، انتشارات میزان.
۲. ابن حلاق، وائل (۱۳۸۶) تاریخ تئوری های حقوقی اسلامی، مترجم دکتر محمد راسخ، جاب اول تهران.
۳. جعفری تبار، حسن، (۱۳۸۳) مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷) روش جدید در مقدمه علم حقوق، چاپ اول تهران گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۱ تا ۴ چاپ دوم تهران گنج دانش.
۶. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۰) مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تاثیر آن در رویه قضایی، جلد ۱، چاپ نخست، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۷. داوید، رنه (۱۳۶۴) نظام های بزرگ حقوقی معاصر، مترجمین عزت الله عراقی و محمد آشوری، چاپ اول ۶.
۸. دل وکیو، جورجو (۱۳۸۳) فلسفه حقوق، مترجم جواد واحدی، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۹. رشتی میرزا حبیب الله (۱۴۰۱) کتاب القضاء، چاپ اول، قم، دارالقرآن کریم.
۱۰. سبزواری سید عبدالعلی (۱۴۱۳) مهذب الکلام فی بیان الحلال والحرم جلد ۲۷، چاپ چهارم، دفتر ایت الله سبزواری.
۱۱. سنگلجی، محمد (۱۳۸۰) آیین دادرسی مدنی در اسلام، چاپ سوم، قزوین طه.

۱۲. شمس، عبدالله (۱۳۸۳) آیین دادرسی مدنی، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، انتشارات دراک.
۱۳. شیخ صدوق، محمد ابن علی ابن بابوی من لایحضره الفقیه جلد ۳، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.م.
۱۴. عراقی، آقا ضیائی الدین (۱۴۱۴) کتاب القضاء، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۵. غمامی، مجید و محسنی حسن (۱۳۸۶) اصول آیین دادرسی فراملی، چاپ اول، تهران، نشر میزان.  
تهران مرکز نشر دانشگاهی
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶) اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، چاپ پنجم، تهران، انتشارات دادگستر.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱) فلسفه حقوق، جلد ۳ تا ۳، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹) گامی به سوی عدالت (مجموعه مقالات)، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
۱۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴) مقدمه علم حقوق، چاپ ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶) مقاله نقش حقوق اسلامی در نظم حقوقی کنونی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی شماره دوره ۳۶، ص ۱ تا ۷۱.
۲۱. کریمی، عباس (۱۳۸۶) آیین دادرسی مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
۲۲. کریمی، عباس (۱۳۸۶) ادله اثبات دعوا، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۲۳. مالوری، فیلیپ (۱۳۸۳) اندیشه‌های حقوقی، مترجم دکتر مرتضی کلانتریان، چاپ اول، تهران، طرح نو.
۲۴. متین دفتری، احمد (۱۳۸۱) آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد ۲ و ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.
۲۵. محسنی، حسن (۱۳۸۹) اداره جریان دادرسی مدنی، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۶. محسنی، حسن، (۱۳۸۴) اصول حاکم بر دادرسی عادلانه در دعوی مدنی، پایان‌نامه برای دریافت درجه‌ی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.
۲۷. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۳) قواعد فقهی بخش قضایی، چاپ سوم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۸. معین، محمد، (۱۳۸۸) فرهنگ فارسی معین، تهران، اشجع، چاپ چهارم.
۲۹. نجفی محمدحسن (صاحب جواهر) (بی تا) جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۱۰، چاپ هفتم، بیروت دار احیاء التراث العربی.
۳۰. یزدی، سید محمد کاظم، (بی تا) تکمله العروه الوثقی، جلد ۲، نرم افزار جامع فقه اهل بیت.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

- «رهن دین» سال ۱۳۷۶، شماره ۳۸. «بهره‌برداری از انفال» سال ۱۳۷۸، شماره ۴۳. «مالکیت دولت نسبت به آب‌های عمومی و اراضی وابسته به آن، سال ۱۳۷۸، شماره ۴۵. «نقدی بر نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره حدود مصونیت پارلمانی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران سال ۱۳۸۱، شماره ۵۸. «استجواب در دعوی مدنی» سال ۱۳۸۵، شماره ۷۴. «تبیین منطقی دلیل قضایی»، سال ۱۳۸۶، شماره ۴. «رهن اموال فکری» سال ۱۳۸۷، شماره ۲. «معرفی و بسط نظریه تحلیلی هوفلد از حق و کاربرد آن در زمینه حقوق کودک» سال ۱۳۸۷، شماره ۳. «قاعده عدم پذیرش شهادت بر مسموعات و استثنائات آن در نظام کامن لا با نگاهی تطبیقی به حقوق ایران» سال ۱۳۸۸، شماره ۱. «صلاحیت قضایی در دعوی ناشی از قراردادهای اینترنتی بررسی حقوق اتحادیه‌ی اروپا و ایالات متحده‌ی آمریکا سال ۱۳۸۹، شماره ۱۰۱. «رسیدگی دوباره قضایی به ادله اثبات دعوی» سال ۱۳۹۰، شماره ۲.