

## سیر تحولات مستند سازی حکم در فرض خلأ قانون در حقوق ایران

علی عباس حیاتی \*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۱۵

### چکیده

هیچ قانونگذاری نمی تواند مدّعی باشد که راه حلّ تمامی قضایای حقوقی را در متن قوانین پیش بینی نموده و در هیچ فرضی دادرس برای حلّ و فصل اختلافات، با خلأ قانونی روبرو نمی شود؛ زیرا دلایل مختلفی از جمله مستدحه بودن موضوع دعوا، تعلل قانونگذار در وضع قانون مورد نیاز، غفلت قانونگذار در وضع قانون جامع و ... باعث می شود نظام حقوقی در برهه ای از زمان، با خلأ قانونی مواجه شود. در این صورت، دو فرض قابل تصوّر است: نخست این که، تا زمان وضع قانون مورد نیاز، دعوی مطروحه معطل بماند که این طریقه، با نظم اجتماعی مغایر است و دوم، این که برای موارد اینچنینی قانونگذار قاعده ای کلی وضع نماید و در آن دادرس دلالت داده شود که در فرض مواجه شدن با خلأ قانونی، طریقه ارائه شده را اتخاذ کرده و دعوا را حلّ و فصل نماید و به بهانه خلأ قانون، از احقاق حقّ استنکاف ننماید. از زمان تشکیل عدلیّه به شکل نوین در حقوق ایران، قانونگذار همیشه در فرض خلأ قانونی با برتری دادن اصل تکلیف دادرس به نفع نظم اجتماعی دادرس را به صدور حکم بر اساس منبعی غیر از قانون دلالت داده است. این منبع که در طول زمان دچار تحوّل شده است شامل روح و مفاد قوانین موضوعه، عرف و عادات مسلم، اصول حقوقی، منابع معتبر اسلامی و فتاوی فقهای معتبر است. در این مقاله سیر تحوّل این موضوع مورد بررسی قرار گرفته است.

**کلیدواژه:** مستند سازی رأی، خلأ قانون، فتاوی معتبر، منابع معتبر اسلامی

## مقدمه

یقیناً هیچ قانونگذاری نمی‌تواند مدعی باشد که تمام قوانین مورد نیاز جامعه را تصویب نموده است و دادگاه‌ها برای حلّ و فصل هر اختلافی قانونی شفاف پیش رو دارند و می‌توانند به استناد آن رأی صادر کنند؛ زیرا تحوّل در هر جامعه‌ای امری قطعی است و هرچند قانونگذار آگاه می‌بایست تحولات احتمالی را پیش بینی کند و از قبل برای جانمایی آن تحوّل در نظام حقوقی مقرّرات لازم را پیش بینی کند، ولی اگر تحوّل عارض شده، پیش بینی نشده یا قانونگذار در تصویب قانون مناسب، اهمال کرده باشد، آنگاه این سؤال مطرح می‌شود که آیا قاضی می‌تواند به بهانه خلأ قانونی، رأی غیر مستند صادر نماید یا از حلّ و فصل اختلاف خودداری کند؟ یقیناً یکی از اصول مهم قضایی صدور آراء متقن و مستند است؛ زیرا در این صورت است که می‌توان به عادلانه بودن تصمیمات قضایی باور داشت؛ به همین دلیل در اصل ۱۶۶ (ق.ا) مقرر شده است: «احکام دادگاه‌ها باید مستدلّ و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است». به علاوه، عدم حلّ و فصل اختلاف به بهانه خلأ قانونی از قاضی پذیرفتنی نیست؛ زیرا معطل گذاشتن دعاوی به بهانه خلأ قانونی، با نظم قضایی و اجتماعی مغایر است. حال که قاضی مکلف به رسیدگی و صدور رأی است و رأی او باید مستند و مستدل باشد، در فرض خلأ قانونی قاضی با تکیه بر چه مستندی باید رأی صادر نماید؟ در نظام حقوقی ایران از همان ابتدای تشکیل عدلیه به شکل نوین، قانونگذار دغدغه پاسخگویی به این سؤال را داشته است. نخستین بار طی ماده ۳ و ۴ قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب سال ۱۲۹۰ به آن پرداخته است و سپس در سال ۱۳۱۸ طی ماده ۳ و ۴ (ق.آ.د.م)، در سال ۱۳۵۸ طی اصل ۱۶۷ (ق.ا)، در سال

۱. علائم اختصاری در این مقاله. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (ق.ا) قانون مدنی (ق.م) قانون مدنی فرانسه (ق.م.ف) قانون آئین دادرسی مدنی (ق.آ.د.م) قانون آئین دادرسی کیفری (ق.آ.د.ک). قانون مجازات اسلامی (ق.ا.م)

۱۳۷۸ طی ماده ۲۱۴ (ق.آ.د.ک)، در سال ۱۳۷۹ طی ماده ۳ (ق.آ.د.م) و در سال ۱۳۹۲ طی ماده ۲۲۰ (ق.م.ا) موضوع حکم قانونگذار قرار گرفت. با توجه به این که در این قوانین به مرور رویکرد قانونگذار در ارائه راه حل، تغییر کرده است، لازم است هر یک از قوانین فوق را از این منظر مورد بررسی و احیاناً با دیگر قوانین مقایسه نمائیم.

### ۱- قانون اصول محاکمات حقوقی ۱۲۹۰

نخستین قانونی که در فرض خلأ قانون تکلیف دادرس را در مستند سازی رأی مشخص نمود «قانون اصول محاکمات حقوقی» مصوب سال ۱۲۹۰ بود. این قانون که به تصویب کمیسیون قوانین عدلیه وقت رسید، در ماده ۳ آن چنین مقرر شده بود: «محاکم عدلیه مکلف اند که به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده و به موجب آن حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه مملکتی کامل یا صریح نباشد و یا ناقص و یا متناقض باشد باید محاکم عدلیه موافق روح و مفاد عمومی قوانین موضوعه امور را قطع و فصل نمایند». ماده ۴ همین قانون در ادامه مقرر کرده بود: «اکیداً ممنوع است که محاکم عدلیه به عذر این که قوانین موضوعه مملکتی کامل یا صریح نیست و یا ناقص و متناقض است صدور حکم را توقیف کنند. متخلفین از این قاعده در حکم اشخاصی خواهند بود که استنکاف از احقاق حق کرده باشند».

ملاحظه می شود که قانونگذار وقت ابتدا قاضی را مکلف نموده است که به استناد قانون حکم صادر نماید، ولی الزام قاضی منوط است به این که در موضوع دعوا قانون متناسب موجود باشد و آن قانون صریح باشد و با قانون دیگری متناقض نباشد.

اما اگر شرایط فوق فراهم نباشد، یعنی قانون صریح نباشد، یا متناقض باشد و یا ناقص باشد، قاضی ملزم است بر اساس «روح و مفاد عمومی قوانین» حکم صادر نماید. در خصوص طریقه ارائه شده توسط قانونگذار وقت، چند نکته قابل ذکر است.

اولاً- با توجه به این که تکلیف دادرس در مستند سازی تصمیم قضایی محدود به موردی نیست که دادرس حکم صادر می نماید، بلکه در مواردی که حتی قرار صادر می کند باید تکلیف مستند بودن رأی را رعایت کند. بنابراین بکار بردن واژه «حکم» در این ماده مبین آن نیست که در سایر تصمیمات قضایی ضرورتی در رعایت تکلیف مستندسازی رأی نیست. این تسامح قانونگذار توسط قانونگذاران بعدی نیز تکرار شد. بنابراین بهتر بود به جای واژه «حکم»، واژه «رأی» بکار می رفت، زیرا رأی، مفهومی اعم از حکم و قرار، دارد (ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م ۱۳۷۹).

ثانیاً- قانونگذار برای سایر حالاتی که در موضوع دعوا قانون صریح وجود ندارد، به قاضی تکلیف کرده است که بر اساس «روح و مفاد عمومی قوانین» حکم صادر نماید. که به نظر می رسد در این خصوص نیز قانونگذار می بایست بین حالات مختلف تفکیک قائل می شد؛ مثلاً اگر قانون متناقض است، اصولاً باید قانون منسوخ را شناسایی کرد و آن را کنار گذاشت و بر اساس قانون لازم الاجراء رأی صادر نمود. ثالثاً- تنها مرجعی که قانونگذار پیش روی قاضی قرار داده است این است که اگر قانون صریح نباشد یا ناقص یا متعارض باشد، به «روح و مفاد عمومی قوانین» مراجعه نماید. به نظر می رسد حتی در حال حاضر نیز در خصوص مفهوم «روح و مفاد عمومی قوانین» ابهام وجود دارد و این که قانونگذار قاضی را برای صدور حکم به چنین راه حل مبهمی ارجاع داده است مورد انتقاد است.

قانون مزبور به موجب قانون اصول محاکمات حقوقی و تجاری مصوب ۱۳۱۴ نسخ گردید و در قانون اخیر همان متن ماده ۳ قانون سابق و البته با تغییر نگارشی جزئی تکرار گردید و در فرض خلأ قانون علاوه به قابلیت استناد به «روح قانون» قابلیت استناد به «عرف و عادت مسلم» هم افزوده شد (مهرپور و صفری، ۱۳۹۷: ۲۰۷).

## ۲- قانون آئین دادرسی مدنی ۱۳۱۸

قانون اصول محاکمات حقوقی و تجاری با تصویب قانون آئین دادرسی مدنی به سال ۱۳۱۸ نسخ گردید. در قانون جدید حکم مواد ۳ و ۴ قانون سابق با تغییراتی در مواد ۳ و ۴ قانون جدید به شرح زیر تکرار شد.

ماده ۳: «دادگاه‌های دادگستری مکلف اند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانون 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.»

ماده ۴: «اگر دادرس دادگاه بعد از اینکه قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نیست و یا متناقض است و یا اصلاً قانونی وجود ندارد، از رسیدگی و فصل دعوی امتناع کند، مستنکف از احقاق حق محسوب خواهد شد.»

میان قانون اخیر و قانون پیشین وجوه اشتراک و افتراقی وجود دارد. از جمله اشتراکات این است که در هر دو قانون قانون‌نگذار از واژه «حکم» استفاده کرده است و بهتر بود به جای آن از واژه «رأی» استفاده می‌شد. همچنین در هر دو قانون، قاضی را مکلف شده است که به قانون صریح استناد کند و اگر قانون صریح نباشد یا ناقص یا متناقض باشد، به منبع دیگر که البته در دو قانون یکسان نیست، مراجعه کند و ضمانت اجرای تخلف از این مقرر مجازات استنکاف از احقاق حق است.

ولی تفاوت عمده‌ای که بین دو قانون وجود دارد این است که در قانون پیشین، قانون‌نگذار قاضی را در صورت نبود قانون صریح دلالت داده است که به «روح و مفاد عمومی قوانین» رجوع کند. ولی در قانون اخیر او را به «روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم» ارجاع داده است. هرچند از لحاظ واژه‌گزینی دو قانون یکسان نیستند، ولی به نظر می‌رسد، تغییر عبارتی از حیث رجوع به «روح و مفاد قانون» باعث تغییر مفهوم نشده است.

به علاوه، قانون اخیر، به قاضی اختیار داده است که در صورت اقتضا به عرف و عادت مسلم هم رجوع کند. حال برای روشن تر شدن موضوع بهتر است ابتدا به بررسی مفهوم «روح و مفاد عمومی قوانین» و سپس مفهوم «عرف و عادات مسلم» در مواد فوق بپردازم.

الف- روح و مفاد عمومی قوانین: بعضی از حقوقدانان در تفسیر ماده ۳ (ق.آ.د.م مصوب ۱۳۱۸) گفته‌اند: منظور ماده از روح قوانین موضوعه، اصول و قواعد حقوقی و همچنین نظریه‌های علمی می‌باشد که مبنای قوانین قرار گرفته است و منظور از مفاد قوانین موضوعه مفهوم آنها است، مانند مفهوم موافق و مخالف. قوانین بر اصول و قواعدی مبتنی است که دانشمندان حقوق آنها را با دقت‌های فلسفی و علمی و رعایت اصول مسلم اجتماعی اتخاذ نموده‌اند. اختلافاتی که بین قوانین کشورها دیده می‌شود، ناشی از اصول و قواعد علمی است که هر یک پیروی نموده است؛ زیرا چه بسا اصول و قواعدی که کشوری در وضع قوانین خود رعایت می‌کند، کشور دیگر آن را نمی‌پذیرد. اختلاف اصول و قواعد حقوقی در قوانین کشورها ناشی از نظریات علمی و سرچشمه‌های حقوقی مختلفی است که قوانین کشورها بر آنها استوار است. مثلاً قوانین مدنی فرانسه چون سرچشمه خود را از حقوق رومی می‌گیرد، بر اصول و قواعدی استوار است که در حقوق رومی از آنها پیروی می‌شود و قوانین مدنی ایران از اصول و قواعدی پیروی نموده است که فقه امامیه از آنها متابعت می‌کند. لذا برای یافتن روح و مفاد قوانین موضوعه اطلاعات کافی حقوقی لازم است. برای بدست آوردن روح و مفاد قوانین اطلاعات جزئی و اندک کافی نیست و به همین دلیل است که اسلام برای قضاوت اجتهاد را شرط می‌داند. زیرا بدون داشتن چنین توانی قاضی نمی‌تواند در موارد تناقض، خلأ و نقص و اجمال و ابهام قوانین دعوا را حل و فصل نماید (امامی، ۱۳۷۲: ۱۴۲). در این تحلیل چند نکته پر اهمیت ملاحظه می‌شود. نخست آنکه بین روح قانون و مفاد آن تفاوت وجود دارد و مشخصاً منظور از مفاد قانون همان مفهوم

موافق و مخالف قانون است. دوم آنکه اصول حقوقی پایه نظام حقوقی را تشکیل داده است که به کمک دانش کافی حقوقی می توان آن اصول را شناسایی کرد؛ لذا روح قانون مفهومی اعم از اصول و قواعد حقوقی دارد که درست به نظر می رسد.

شاید طرح همین دیدگاه باعث شده است که به سال ۱۳۷۹ وقتی قانون جدید آئین دادرسی مدنی تدوین گردید، قانونگذار در ماده ۳ آن اصطلاح اصول حقوقی را هم بکار برد و قاضی را در استناد به آن مجاز نمود.

بعضی دیگر از حقوقدانان در خصوص مفهوم روح قانون گفته اند: روح قانون در حقیقت کشف اراده قانونگذار از طریق کلام اوست که قاعدتاً با تفسیر و تحلیل کلام او امکان پذیر است. گاهی بیان قانونگذار چنان صریح است که توجه به ظاهر قانون ما را به سادگی به هدف قانونگذار رهنمون می سازد. اما ممکن است، مقصود قانونگذار در ظاهر کلام او روشن نباشد. در این صورت قاضی می تواند با توسل به وسایل تاریخی و منطقی حکمی را از قانون استنباط کند. حکم استنباط شده در واقع از روح قانون به دست آمده است (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۹۸؛ بوشهری، ۱۳۷۶: ۱۲۰/۱). در اصل ۱۳۸ (ق ۱) نیز اصطلاح روح قانون بکار رفته است مطابق این اصل: «... هر یک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیئت وزیران حق وضع آیین نامه و صدور بخشنامه را دارد، ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد» در این اصل به متمایز بودن روح قانون از متن قانون اشاره شده است.

بر اساس دیدگاه های فوق می توان گفت روح قانون مؤلفه های محدودی ندارد و ممکن است در قانونی با توسل به گزاره های تاریخی روح قانون را تشخیص داد. در قانون دیگر به کمک اصول حقوقی، در قانون دیگر به کمک نظریات علمی و ... روح قانون را تشخیص داد. به طور کلی می توان گفت روح قانون یعنی همان اراده پنهان قانونگذار در بطن قانون که اگر استنباط شود و به قانونگذار عرضه شود که آیا شما چنین مقصودی داشته اید، به قطع بتوان گفت پاسخ قانونگذار مثبت است.

«استلزام عقلی» در فقه در واقع همان مفهوم روح قانون را دارد. لیکن چون در فقه حکم شرع جایگزین قانون است لذا استلزام عقلی یعنی روح احکام شرعی (مهرپور و صفری، ۱۳۹۷: ۲۱۴).

به نظر می‌رسد شیوه نگارش ماده ۳ (ق.آ.د.م) دقیق نیست. زیرا القاء کننده این توهم است که روح قانون منبعی جدای از مدلول واژه‌های آن است و به عنوان متمم قانون و در صورتی که دادرس به قاعده حاکم دسترسی ندارد، به کار می‌آید. در حالی که روح قانون جوهر و نیروی محرک و جاندار واژه‌های قانون است و در هر حال معنی واقعی آن را معین می‌کند. لذا در تجزیه ناپذیری روح و عبارت قانون در جهان واقعیت، نباید تردید کرد و اگر دادرس از روح قانون حکم متناسب با دعوا را تشخیص داد، باید آن را حکم مستنبط از قانون قلمداد کرد نه حکم جایگزین قانون (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۷۱/۱).

ب- عرف و عادات مسلم: به نسبت قانون اصول محاکمات حقوقی، قانون اخیر این نوآوری را داشته که علاوه بر روح و مفاد قوانین به قاضی اختیار داده است برای صدور حکم و حل و فصل اختلاف به «عرف و عادات مسلم» نیز استناد کند. بعضی از حقوقدانان در تعریف آن گفته‌اند: «عرف به عمل استقرار یافته در روابط خردمندانۀ اجتماعی مردم یا جمعی از آنان گفته می‌شود که بدون الزام شارع تبعیت از آن را بر خود لازم می‌دانند» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۷۴-۴۷۵). عناصر این تعریف عبارت‌اند از: استقرار عمل در روابط مردم: برای اینکه عرفی به وجود آید باید عملی به اندازه‌ای در میان مردم تکرار شود که گویی به صورت عادت‌ی اجتماعی در آمده است. در این صورت است که می‌توان آن عمل را استقرار یافته قلمداد کرد. با وجود این عمل مورد نظر لازم نیست که مورد تبعیت همه مردم باشد. زیرا عرف ممکن است عام و یا خاص باشد. خردمندانه بودن عمل: تکرار هر رفتاری نمی‌تواند تشکیل دهنده عرف در معنای اصطلاحی آن باشد. زیرا چه بسا رفتاری ناپسند مورد عمل جمعی از افراد جامعه باشد.



مثلاً اگر آتش بازی و ترقه‌بازی در بعضی از ایام سال مورد عمل جمعی از افراد جامعه باشد، نمی‌توان آن را نوعی عرف تلقی کرد.

«جمعی از حقوقدانان آلمان، از جمله پوختار و اختر و لوبون در فرانسه معقول بودن را نیز از شرایط نفوذ عرف دانسته‌اند به نظر آنان اگر قواعد عرفی با اصولی که پایه‌های تمدن ملتی را تشکیل می‌دهد و از ذوق سلیم سرچشمه می‌گیرد مخالف باشد، نباید آن را در زمره قواعد حقوق آورد» (همان: ۴۸۰). دو یا چند جانبه بودن عمل: اگر انجام عملی در رفتار مردم استقرار یافته باشد، در صورتی عرف نامیده می‌شود که به نوعی به روابط حقوقی آنان مربوط باشد. روابط حقوقی نیز حداقل میان دو شخص به وجود می‌آید. اعتقاد عمومی به ضرورت تبعیت از عمل استقرار یافته: برای عرف دانستن عملی لازم است به نوعی اعتقاد عمومی بر ضرورت تبعیت از آن به وجود آید و همین اعتقاد عمومی است که پایه اساسی عرف را تشکیل می‌دهد.

اگر تکرار عملی در رفتار مردم اوصاف مزبور را نداشته باشد ممکن است «رسم» یا «عادت» قلمداد شود. رسم به عمل استقرار یافته در رفتار مردم یا جمعی از آنان گفته می‌شود که غالباً دلیل عقلی و یا منطقی پشتوانه آن نبوده و در عین حال، مردم تبعیت از آن را بر خود لازم و ترک آن را موجب تشویش خاطر و نگرانی می‌دانند. مثل ریختن آب پشت سر مسافر یا درست کردن آتش پشت پا یا اسپند دود کردن برای رفع چشم زخم و...؛ البته گاهی رسم در معنای گسترده‌تری بکار می‌رود و حتی عرف اصطلاحی را هم در بر می‌گیرد.

در معنای خاص، عادت به تکرار عملی در رفتار فرد گفته می‌شود به نحوی که انجام آن عمل برای او ملکه شود. مثل سحرخیزی که ممکن است عادت رفتاری فردی باشد. البته ممکن است به ندرت عادت در معنای رسم و گاهی در معنای عرف نیز استعمال شود.

از نظر لغوی نیز میان واژه عرف و واژه عادت تفاوت وجود دارد. در معنای دقیق کلمه، منظور از عرف، رفتاری است که افراد اجتماع به انجام آن خو گرفته باشند و عمل به آن را برای خود الزامی بدانند. منظور از عادت رفتاری است که به علت تکرار انجام آن توسط فردی برای او ملکه شده باشد. بنابراین، عادت، رفتاری فردی و عرف رفتاری اجتماعی است. قانونگذار در قانون مدنی چنین مفهومی از عادت را مد نظر قرار نداده است. بلکه مقصود از عادت همان عرف اجتماعی است (حیاتی، ۱۳۹۹: ۱۶۵-۱۶۶).

در قانون مدنی ایران، غالباً عرف و عادت با هم بکار برده شده است (مواد ۲۲۰، ۲۲۵) و به نظر می‌رسد مقصود از آن دو واژه دو معنای متفاوت نیست بلکه هر دو در مجموع یک معنا افاده می‌کنند. در فقه نیز گاهی برای مفهوم عرف از همان واژه استفاده شده است و گاهی واژه عادت را در معنای عرف استعمال کرده‌اند و گاهی هر دو را در کنار هم و در معنای عرف بکار برده‌اند.

بعضی هم از نظر منطقی رابطه این دو را عموم و خصوص مطلق دانسته‌اند. البته در این بین بعضی هم گفته‌اند، عادت اعم از عرف است و بعضی هم گفته‌اند عرف اعم از عادت است و بعضی هم گفته‌اند نسبت میان این دو واژه عموم و خصوص من وجه است (محمدی، ۱۳۹۷: ۲۶۵).

استنادپذیری عرف در فرض خلأ قانونی به این صراحتی که در قانون آئین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ مورد تصریح قرار گرفته است، در قوانین بعد از انقلاب مورد توجه قرار نگرفته است. البته دلیل این عدم تصریح آن نیست که عرف در حقوق ایران بعد از انقلاب، هیچ نقشی ندارد. بلکه دلیل آن این بوده است که در فرض خلأ قانون قاضی مکلف به رجوع به منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر شده است که در فقه اسلامی بنای عقلا یکی از منابع فقه است و در حقیقت بنای عقلا تعبیر دیگری از همان عرف است.

### ۳- قانون اساسی جمهوری اسلامی ۱۳۵۸

بعد از انقلاب نخستین قانونی که به اصل مستند بودن آراء و اصل تکلیف دادرس پرداخت قانون اساسی بود. در اصل ۱۶۶ به الزام دادرس در مستند و مستدل سازی حکم و اصل ۱۶۷ به اصل تکلیف دادرس پرداخته شده است: مطابق اصل اخیر: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدوّنه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». در این اصل دو فرض از هم تفکیک شده است. نخست فرضی که در قوانین، حکم قضیه موجود است و دوم فرضی که قانون در قضیه مورد نظر حکمی ندارد. بر اساس اصل مزبور قاضی در مرحله نخست باید ابتدا تلاش کند قاعده حاکم بر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر آن را یافت باید حکم دعوا را بر اساس قانون صادر نماید. اما اگر بعد از فحص در متون قوانین، حکمی نیابد به جهت اینکه معطل گذاشتن فصل خصومت مغایر نظم عمومی است باید با رجوع به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را استخراج و بر اساس آن اتخاذ تصمیم نماید. ترتب میان قانون و فقه اسلامی به معنای برتری دادن قانون بر فقه نیست، زیرا بر اساس اصل ۴ قانون اساسی کلیه قوانین باید بر اساس موازین اسلامی وضع شود و لذا همان قانون موجود هم منطبق با فقه اسلامی است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۵۶۵). تقدّم قانون بر فقه، منحصر به مواردی نیست که حکم قضیه در منطوق آن بیان شده باشد و مفهوم قانون نیز از همان اعتبار قانون برخوردار است و استناد به آن اولویت دارد (همان: ۵۶۷). بنابراین، اصل ۱۶۷ متضمّن حکم اولویّت استناد به قانون بر استناد به فقه است. نظم دادرسی و استقرار حق ایجاب می کند، ابتدا تمییز حق بر پایه قانون صورت گیرد. تقدّم قانون بر سایر منابع حقوق، دستاورد دموکراسی در عصر حاضر و لازمه حکومت اراده ملی بر زندگی اجتماعی است (همان: ۵۷۵).

اصل ۱۶۷ که به هدف تعیین تکلیف دادرس در فرض خلأ قانونی وضع شده است، خود اشکالات و ابهاماتی از قرار زیر دارد:

۱- هر چند بعضی گفته‌اند در این اصل، مقصود قانونگذار این بوده است که قاضی مجتهد به منابع معتبر اسلامی و غیر مجتهد به فتاوی معتبر استناد نماید (جباری، ۱۳۸۷: ۱۲۸) اما معقول این بود که به صراحت استناد به منابع معتبر اسلامی، ویژه قاضی مجتهد باشد و استناد به فتاوی معتبر ویژه قاضی غیر مجتهد؛ ولی این اصل آنچنان اطلاقی دارد که حتی قاضی غیر مجتهد هم می‌تواند برای استنباط حکم به منابع معتبر اسلامی رجوع نماید (حیاتی، ۱۳۹۹: ۱۲۵).

۲- مفهوم منابع معتبر اسلامی مشخص نیست؛ آیا مقصود منابع فقه اعم از قرآن، سنت اجماع و عقل است یا این که فراتر از آن کتاب‌های فقهی مثل مکاسب، جواهر الکلام، لمعه دمشقیه را هم شامل می‌شود؟ پاسخ روشن نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۸۱/۱). به علاوه در این اصل ضابطه تشخیص منبع معتبر فقهی از منبع نامعتبر فقهی مشخص نیست (خوئینی و ذوالفقاری، ۱۳۹۰: ۸۳).

۳- در منابع و فتاوی گاهی اختلاف نظر چندان فراوان است که ممکن است در موضوع واحد بشود احکام متفاوت صادر کرد. دشواری مسأله به این نکته باز می‌گردد که بر اساس اطلاق این اصل، قاضی اختیار انتخاب حکم متناسب با موضوع از میان منابع یا فتاوی معتبر را دارد، ولی مقام ناظر اعم از دادگاه تجدیدنظر و حتی دیوان عالی کشور نمی‌تواند تصمیم قاضی را به دلیل این که چرا منبع دیگر یا فتاوی دیگر را مستند قرار نداده است، نقض نماید (همان).

۴- اجرای اصل مزبور در امور کیفری با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها (اصل ۳۶ قانون اساسی) در تعارض است و در جمع میان دو حکم بهتر است اصل ۳۶ را مختص حکم عام اصل ۱۶۷ و حاکم بر آن بدانیم (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۸۴/۱؛ خالقی، ۱۳۹۳: ۲۳؛ حبیب زاده و محقق داماد، ۱۳۷۴: ۲۳).

۵- از آنجا که فتاوی حتی معتبر، ممکن است متشکست باشد و همچنین اگر قضات به منابع معتبر اسلامی رجوع کنند، ممکن است استنباطات مختلفی داشته باشند، همین امر باعث صدور آراء متشکست می شود و بی اعتمادی و نارضایتی از سیستم دادگستری از نتایج این وضع خواهد بود (خوئینی و ذوالفقاری، ۱۳۹۰: ۸۴). شاید گفته شود دیوان عالی کشور می تواند با صدور رأی وحدت رویه به این تشکست آراء پایان ببخشد، ولی دیوان عالی کشور در این حالت تکلیف سختی به دوش دارد، زیرا به سهولت نمی تواند، فتوایی را بر فتوای دیگر برتری دهد یا اگر دلیلی بر غلط بودن استنباط دادرس از منابع معتبر اسلامی ارائه نکند، به سهولت نمی تواند آن را کنار بگذارد و بر اساس رأی دیگر، رأی وحدت رویه صادر نماید.

۶- اطلاق این اصل به گونه ای است که در فرض اجمال و تعارض قوانین قاضی می تواند به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر روی آورد. در حالی که به نظر می رسد به کمک قواعد استنباطی که در کتب اصولی مضبوط است، دادرس می تواند با قدری کوشش، از قانون مجمل رفع ابهام کند و یا در صورت تعارض قوانین، ناسخ و منسوخ را از هم تشخیص دهد و حکم دعوا را به قانونی که از آن رفع ابهام شده و یا به قانونی که ناسخ قانون دیگر است، مستند نماید؛ چون تکلیف اولیه دادرس، مستند نمودن حکم دعوا به قانون است و لذا نباید به محض مواجه شدن با قانون مجمل یا متعارض، به منبع دیگر رجوع نماید.

سؤالی که اینجا مطرح می شود این است که اگر در موضوع دعوا «روح قانون» یا «عرف» قابل استناد باشد، تکلیف دادرس چیست؟

روح قانون در حقیقت محصول استنباط شده به کمک عقل دادرس و برداشت او از نظم حقوقی است. این استنباط در چارچوب قوانین صورت می گیرد و از حیث اصولی می توان گفت استلزام عقلی است نه عقل مستقل. بر این اساس، قاعده ای که از

روح قانون استنباط می‌شود، در حکم قانون است و دادرس را از رجوع به فقه بی‌نیاز می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱/۵۷۳).

می‌توان عرف را به عرف حکمی (عرف مستقل از قانون) و عرف موضوعی (عرف متکی با قانون) تقسیم نمود: منظور از عرف حکمی، عرفی است که به مانند قاعده حقوقی، واجد وصف الزامی بودن و کلی بودن باشد و در عین حال از ضمانت اجرای مشخصی نیز برخوردار باشد. چنین عرفی، عرف مستقل از قانون نامیده می‌شود؛ یعنی عرفی که نه به خاطر ارجاع قانون، بلکه عرفی که در نیازهای اجتماعی، و بدون دخالت قانونگذار به شکل قاعده حقوقی الزام آور، درآمده باشد، اما عرف موضوعی، عرفی است که برای شناخت موضوعات احکام مورد استفاده قرار می‌گیرد. عرف موضوعی را می‌توان عرف متکی به قانون نامید؛ بنابراین، برای شناخت مصادیق عرف موضوعی باید به متون قوانین رجوع کرد. مواد متعددی از قانون مدنی از جمله مواد ۵۴، ۶۸، ۱۰۷، ۲۲۱، ۲۲۴، ۲۲۵، ۲۸۰، ۳۳۲، ۳۴۲، ۳۴۴، ۳۵۶، ۳۷۵، ۳۸۲، ۳۸۶، ۹۵۱، ۹۵۳، ۱۱۰۷، ۱۱۳۱ و ... به مصادیقی از عرف موضوعی اشاره کرده است (حیاتی، ۱۳۹۶: ۳۴۷). لیکن تنها ماده ای که به عرف حکمی پرداخته است ماده ۲۲۰ (ق.م) است. قانونگذار در خصوص این که محدوده الزامات قراردادی تا به کجاست، در ماده ۲۲۰ (ق.م) چنین مقرر نموده است: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می‌نماید، بلکه، به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند». ماده مزبور از ماده ۱۱۹۴ (قانون مدنی فرانسه اصلاحی ۲۰۱۶) اقتباس شده است. قانونگذار فرانسه در فصل مربوط به آثار تعهدات، ماده مزبور را تحت عنوان «نیروی اجبار کننده قرارداد» آورده است. این ماده چنین مقرر داشته است: «قراردادها نه تنها نسبت به امور مصرح در آن، ایجاد الزام می‌کند، بلکه کلیه نتایجی که از انصاف، عرف و قانون حاصل می‌شود نیز، ایجاد الزام می‌کند.» البته رویه قضایی فرانسه، انصاف را به عنوان

یکی از منابع حقوق به رسمیت نشناخته است و به دادرس اجازه نداده است به استناد انصاف تغییری در شرایط قرارداد ایجاد کند. در این نظام حقوقی، عرف یکی از منابع حقوق است. یعنی دادرس اختیار دارد، در موارد فقدان قانون، حسب عرف، اتخاذ تصمیم کند. بودن عرف در کنار واژه قانون در ماده مورد اشاره نشانگر آن است که مقصود از عرف در اینجا عرف حکمی است. در حقوق فرانسه قانونگذار علاوه بر این که متعاقدین را به اجرای چیزی که بر آن توافق نموده‌اند و در قرارداد به آن تصریح نموده‌اند، ملزم کرده است، آنان را به اجرای الزامات قانونی و عرفی مرتبط با قرارداد نیز، ملزم کرده است. الزامات قانونی و عرفی قرارداد، علیرغم این که خارج از قلمرو تراضی طرفین بوده، ایجاد الزام می‌کند. با این توصیف، زمانی می‌توان به تفسیر درستی از ماده ۲۲۰ (ق.م) دست یافت که به تفسیر درستی از ماده ۱۱۹۴ (ق.م.ف) دست یابیم.

ماده ۲۲۰ مانند ماده ۱۱۹۴ الزامات قراردادی را به دو بخش تقسیم کرده است. بخش نخست اموری است که در عقد به آن تصریح شده است؛ یعنی اموری که به صورت صریح یا ضمنی مورد توافق قرار گرفته است و بخش دوم آن چیزی است که در عقد به آن تصریح نشده است، اما، عرف و یا قانون آن را بر متعاملین تحمیل می‌کند. قسمت نخست ماده ۲۲۰ (ق.م) چنین مقرر داشته است: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید...» بنابراین، الزام آور بودن موضوعات مورد توافق در قرارداد بی‌مناقشه است. واژه «تصریح» در اینجا به معنای «ذکر» است. یعنی آنچه در قرارداد به صورت صریح یا ضمنی ذکر شده است. لذا، تصریح در برابر ضمنی قرار ندارد؛ اما شناخت قلمرو موضوعات مورد توافق، اهمیت زیادی دارد. تشخیص موضوعاتی که به صراحت بر آن توافق شده است با مشکل چندانی روبرو نیست ولی شناسایی قلمرو موضوعاتی که به صورت ضمنی مورد توافق قرار گرفته، ممکن است، ایجاد نزاع کند؛ در چنین مواردی حلّ نزاع با

دادرس است. ممکن است عرف تکمیل کننده موضوعات مورد توافق باشد. ماده ۲۲۵ (ق.م) مقرر می‌دارد: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است». بنابراین، برای تشخیص قلمرو امور موضوعی قرارداد، یعنی موضوعات مورد توافق، نباید به موارد مصرح در قرارداد بسنده کرد. بلکه، اگر امری در عرف متعارف باشد، بدون اینکه متعاقدین به صورت صریح یا ضمنی بر آن توافق نمایند به منزله آن است که بر آن توافق کرده‌اند. به نظر می‌رسد، ماده ۲۲۵ (ق.م) در صدد تعیین قلمرو امور موضوعی قرارداد بوده است. به عنوان مثال، اگر عرف، حمل را در بیع حیوان جزء مبیع بداند، یا در بیع باغ، عرف میوه را جزء مبیع بداند در قرارداد مورد نظر، باید آن را وارد در قلمرو موضوعات مورد توافق بدانیم، حتی اگر قرارداد راجع به آن ساکت باشد (مواد ۳۵۷ و ۳۵۸ ق.م).

قسمت دوم ماده ۲۲۰ مبین این قاعده است که الزامات قراردادی، محدود به مواردی نیست که در قرارداد، به صورت صریح یا ضمنی، مورد توافق قرار گرفته است؛ بلکه، اگر به مناسبت آن قرارداد، قانونگذار رعایت قاعده‌ای را الزامی دانسته باشد یا به مناسبت آن قرارداد، عرف، رعایت قاعده‌ای را الزامی دانسته باشد متعاقدین ملزم به رعایت آن قواعد نیز هستند (حیاتی، ۱۳۹۳: ۲۸).

در مورد الزامی بودن قواعد عرفی متناسب با قرارداد، در وضعیت کنونی حقوق ایران، تردید وجود دارد؛ زیرا پذیرش این حکم، مستلزم آن است، عرف حکمی از منابع حقوق قلمداد شود. این در حالی است که در حال حاضر با وجود اصل ۱۶۷ (ق.ا) و ماده ۳ (ق.آ.د.م) عرف حکمی در زمره منابع حقوق قرار نمی‌گیرد؛ زیرا اگر در موردی قاضی با خلأ قانونی مواجه شود باید به استناد «منابع معتبر فقهی» یا «فتاوی معتبر» حکم صادر کند. در هر حال، با ترتیب مقرر در اصل و ماده مزبور وضعیتی پیش نمی‌آید که دادرس بتواند، به استناد عرف حکمی، حکم صادر کند؛ از اینرو



می‌توان گفت، ماده ۲۲۰ (ق.م) در زمانی تصویب شده است که تحت تأثیر حقوق فرانسه، در حقوق ایران، عرف حکمی نیز در زمره منابع حقوق بوده است. اما، بعد از پیروزی انقلاب اسلامی و وضع اصل ۱۶۷ (ق.ا) و ماده ۳ (ق.آ.د.م) دیگر، عرف حکمی، در زمره منابع حقوق قرار نمی‌گیرد؛ لذا به نظر می‌رسد ماده ۲۲۰ (ق.م)، در قسمتی که متضمن الزامی بودن عرف حکمی بر متعاملین است، نسخ شده است با این وصف، اگر قانونگذار بر آن باشد ماده مزبور را به توجه به شرایط کنونی اصلاح نماید، بهتر است عبارت «شرع» را جایگزین عبارت «عرف و عادت» نماید.

عرف حکمی در فقه امامیه «بنای عقلاء» نامیده شده است. اهل سنت عرف را حجّت می‌دانند و میدان عمل به آن را وسیع می‌دانند و در فقه امامیه بعضی حجیت آن را ذاتی می‌دانند و بعضی دیگر حجیت آن را منوط به امضای شارع نموده اند (ایزدی فرد و دیگران، ۱۳۸۸: ۶۶). با توجه به این که در اصل ۱۶۷ (ق.ا.) قاضی موظف شده است حکم دعوا را در قوانین مدونه بیابد، لذا با وجود قانون مصرح، قاضی نمی‌تواند به عرف حکمی استناد کند. ولی اگر در قوانین موجود حکم قضیه موجود نباشد و قاضی ناچار شود بر اساس اصل مزبور به منابع معتبر فقهی یا فتاوی متعبر استناد نماید؛ در این صورت، فتوای مورد استناد ممکن است متکی و یا مستند به بنای عقلا باشد و اگر دادرس به دلیل داشتن توان اجتهاد خود به بررسی منابع فقهی بپردازد تا از منابع معتبر فقهی حکم قضیه را استنباط کند و حکم مستنبط بنای عقلا (عرف حکمی) باشد، در این صورت بنای عقلاء و یا به تعبیر حقوقی عرف حکمی حجّت است و دادرس می‌تواند به آن استناد نماید.

همچنان که ملاحظه شد، در مقایسه با قوانین پیش از انقلاب رویکرد قانونگذار در خصوص تکلیف دادرس در مستند سازی رأی در فرض خلأ، نقص یا اجمال قوانین تغییر اساسی کرده است. مهم ترین تغییر آن است که پیش از انقلاب در فرض مسأله دادرس را ارجاع می‌نمود به روح و مفاد قوانین و نهایتاً

سیر تحولات مستند سازی حکم در فرض خلأ قانون در حقوق ایران \_\_\_\_\_ ۲۳۰

عرف و عادات مسلّم؛ لیکن بعد از انقلاب به دلیل رویکرد شریعتمدار قانونگذار، در فرض مسأله قاضی را به منابع معتبر اسلامی و فتاوی فقهای معتبر ارجاع می‌دهد.

#### ۴- قانون آئین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ و آئین دادرسی مدنی ۱۳۷۹

قانون دیگری که بعد از انقلاب به تصویب رسید و تکلیف دادرس را در فرض خلأ قانونی مشخص نمود «قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب جلد نخست در آئین دادرسی کیفری» بود که در سال ۱۳۷۸ به تصویب رسید. ماده ۲۱۴ این قانون چنین مقرر نمود: «رأی دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است. دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض یا ابهام قوانین مدون، از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند». قسمت نخست این ماده تکرار حکم مقرر در اصل ۱۶۶ و قسمت دوم نیز تکرار اصل ۱۶۷ قانون اساسی است. هر چند اطلاق اصل ۱۶۷ قانون اساسی شمول حکم بر امور کیفری را نیز در بر می‌گرفت، ولی اگر ماده ۲۱۴ (ق.آ.د.ک) به آن تصریح نمی‌نمود، می‌توانستیم بگوئیم اصل ۳۶ (ق.ا) که به صراحت به اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها پرداخته است، در امور کیفری مخصص اصل ۱۶۷ است و لذا اگر دادرس در امور کیفری حکمی در قوانین مدون نیابد، نمی‌تواند به منابع معتبر فقهی یا فتاوی معتبر رجوع کند. بلکه باید رأی بر برائت صادر نماید. اما حکم مقرر در ماده ۲۱۴ این استتاج اصولی را کنار گذاشت و به دادرس کیفری اجازه داد به خلاف اصل ۳۶ حتی در امور کیفری در فرض خلأ قانونی به منابع معتبر فقهی یا فتاوی معتبر رجوع کند. ولی حقوقدانان این حکم را مغایر اصل

قانونی بودن جرائم و مجازاتها و قاعده «قیح عقاب بلا بیان» می دانستند (احمد زاده و الهام، ۱۳۹۷: ۲۵۶؛ محقق داماد، ۱۳۸۶: ۱۵). همین انتقاد باعث شد در قانون جدید (آ.د.ک) مصوب ۱۳۹۲ این حکم لغو گردد. اما با وجود این، در ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر گردید: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر شده است، طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، عمل می شود». بنابراین در امور کیفری فقط در جرائم حدی می توان در صورت فقدان قانون به منابع معتبر فقهی یا فتاوی معتبر رجوع کرد.

در سال ۱۳۷۹ جلد دوم قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در آئین دادرسی مدنی به تصویب رسید. ماده ۳ این قانون حکمی همسو با اصل ۱۶۷ (ق.ا) در بر داشت و چنین مقرر نمود: «قضات دادگاه ها 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 با منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی توانند 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.

تبصره - چنان چه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد.»

در مقایسه اصل ۱۶۷ (ق.ا) با ماده ۳ (ق.آ.د.م) نتایجی به دست می آید. از جمله اینکه ماده ۳ در صورت فقدان قوانین مدون به قاضی اجازه داده است که به منابع معتبر فقهی و یا فتاوی و یا اصول حقوقی استناد کند. در این ماده عبارت «اصول حقوقی» به کار رفته که در اصل ۱۶۷ به آن اشاره نشده است. به علاوه در

تبصره ماده ۳ به مجتهد حق امتناع از رسیدگی تحت شرایط مقرر اعطاء شده است که اصل ۱۶۷ متعرض این موضوع نیز نشده است.

نقص عمده ای که در مقررات اصل ۱۶۷ و مواد ۳ پیشنهادی دیده می شود این است که به صراحت قاضی را موظف ننموده است که به هنگام اجمال، ابهام و تعارض قوانین حسب مورد ابتدا به رفع اجمال ابهام و یا تعارض میان قوانین مورد نظر بپردازد. در متون قوانین اجمال و ابهام و تعارض میان قوانین فراوان است و قاضی که دارای توان استنباط و تحلیل است می تواند به کمک اصول استنباط به رفع اجمال و ابهام و تعارض قوانین بپردازد؛ لذا بهتر بود حکم قضیه در دو مقررۀ متفاوت بیان می شد و در موارد اجمال و ابهام و تعارض قوانین قاضی مکلف می شد بر اساس اصول و قواعد مربوط، در احراز حکم دعوا در قوانین موجود بکوشد تا به بهانه اجمال و ابهام یا تعارض، بلافاصله به منابع دیگر روی نیاورد. این امر باعث انسجام قضایی و استقرار رویه قضایی مناسب و قابل قبول خواهد شد. اگر چنین الزامی نباشد، قضاتی که توان استنباط و تفسیر مقررات حقوق موضوعه را ندارند، به منابع فقهی و یا فتاوی فقها روی می آورند و در مقابل قضات دیگری که توان استنباط و تفسیر دارند با رفع اجمال و ابهام تعارض قوانین موجود حکم دعوا را به قوانین حقوق موضوعه مستند می کنند. این دوگانگی باعث تشتت در نظام دادرسی می شود. و در مقررۀ دیگر، حکم رجوع به منابع معتبر فقهی و یا فتاوی معتبر در فرض خلأ قانونی بیان می شد.

همچنین در ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی قانونگذار «اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد» نیز در ردیف منابعی قرار داده است که قاضی در صورت خلأ قانون می تواند بر اساس آن حکم صادر نماید. در تعریف اصل حقوقی دیدگاه های مختلفی مطرح شده است که اجمالاً می توان گفت: «اصل حقوقی، حکمی کلی، دائمی و الزام آور است که مبنای حقوق موضوعه قرار

گرفته و عقل مستقل آن را برای تضمین حقوق اساسی انسان ضروری می‌داند.» (حیاتی، ۱۳۹۷، ۱۹) در حقوق موضوعه، در مواردی اصطلاح «اصول حقوقی» بکار رفته است (ماده ۳ ق.آ.د.م). در بعضی موارد با اصطلاحاتی مشابه نظیر «اصول و قواعد آمره» (بند ۳ ماده ۳۷۱ قانون مزبور) و «اصول و مقررات» (ماده ۱ قانون مزبور) از همین مفهوم یاد شده است.

در ترکیب اصطلاحی «اصل حقوقی»، واژه «اصل» در مقابل «فرع» قرار دارد. بنابراین، آن چه بنیاد را تشکیل می‌دهد، اصل است و آنچه بر این بنیاد مبتنی است، فرع است. اصل در اینجا به معنای ریشه و بنیاد چیزی است که فروع بر آن مبتنی می‌شود و منظور از واژه «حقوقی» در ترکیب اصطلاحی مزبور، «حقوق موضوعه» است؛ یعنی اصلی که در قلمرو حقوق موضوعه می‌تواند قابل استناد باشد.

ممکن است تصور شود افزودن «اصول حقوقی» بر شمار منابع حقوقی در ماده ۳ (ق.آ.د.م) با مفاد اصل ۱۶۷ (ق.۱) منافات دارد. ولی به نظر می‌رسد قانون آئین دادرسی مدنی بر منابع مورد استناد قاضی منبع تازه‌تری نیافزوده است و همان هدف اصل ۱۶۷ را دنبال می‌کند؛ زیرا اصل اخیر دو هدف را دنبال می‌کند: نخست، معطل نماندن دادرسی و جلوگیری از استنکاف از احقاق حق؛ دوم، حفظ موازین اسلامی به عنوان پایه اجرای عدالت. و هر دو هدف مزبور در ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی نیز دنبال می‌شود. پس می‌توان گفت: «اصول حقوقی» تعبیر تازه‌ای از بنای خردمندان است که خود از منابع معتبر اسلامی است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۸۱/۳). این در حالی است که بعضی از حقوقدانان به طرح این مسأله پرداخته‌اند که آیا استناد به اصول حقوقی می‌تواند مقدم بر استناد به منابع معتبر فقهی یا فتاوی معتبر باشد یا خیر (جغتایی و دیگران، ۱۳۹۸: ۲۸۹) و از آنجا که اصول حقوقی تعبیر دیگری از همان بنای عقلا است که در فقه عقل

نیز از منابع فقه بشمار می آید، لذا طرح این مسأله نمی تواند پایه و اساسی داشته باشد.

البته اصول حقوقی معنای متفاوتی با اصول عملیه دارد. زیرا اصول عملیه حکم واقعی محسوب نمی شود، بلکه ابزاری هستند برای کشف حکم شرعی (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۲۶-۲۷). به تعبیر دیگر، می توان گفت که اصول عملیه جانشین نبود دلیل هستند، در حالی که اصول حقوقی خود حکم واقعی هستند که ممکن است در متن قوانین به آنها تصریح شده یا نشده باشد.

روح قانون و اصل حقوقی هر چند از حیث مفهوم تقابلی با هم ندارند. ولی نمی توان آن دو را مترادف دانست. به تعبیر بعضی از حقوقدانان: «اگر اصول حقوقی را عمودهایی در نظر بگیریم که نظام حقوقی بر آن استوار است می توان مجموعه این اصول را تشکیل دهنده روح نظام هستند استخوان بندی آن نظام دانست که بستر حرکت نظام حقوقی را فراهم می نماید» (مهرپور و صفری، ۱۳۹۷: ۲۱۶).

لازم به ذکر است اگر در اصل ۱۶۷ (ق.ا) جواز رجوع به فقه موقوف به فقدان قانون شده است و به عبارتی در رتبه قانون مقدم بر فقه دانسته شده است، به معنای ارجحیت حقوق بر فقه یا ارجحیت قانون بر قواعد اسلامی نیست؛ زیرا اصل ۴ (ق.ا) این توهّم را برطرف نموده است. در این اصل مقرر گردیده است که کلیه قوانین و مقرراتی که در نظام تقنینی جمهوری اسلامی به تصویب می رسد باید منطبق با شرع باشد. بنابراین قانونی که مقدم بر فقه دانسته شده همان قانونی است که با نظارت شورای نگهبان به تأیید شرع نیز رسیده است. به عبارتی، قانون در نظام جمهوری اسلامی همعرض احکام شرعی است. رعایت چنین ترتیبی برای جواز رجوع به فقه امری حتمی و ضروری است که بر نظام قضایی نظمی مطلوب حاکم می کند و مانع از تشتت در رویه قضایی و بی نظمی های قضایی می شود. معنی تقدم استناد به قانون بر استناد به فقه این است که در نظام حقوقی ما قاضی هدایت شده و منضبط بر قاضی

آزاد در استنباط ترجیح داده می‌شود تا نظم مطلوب بر هم نخورد و برابری اشخاص در مقابل قانون محفوظ بماند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۴۰۷/۲).

رعایت ترتیب مقرر در اصل ۱۶۷ (ق.ا) مستلزم آن است اولاً، استناد به منطوق صریح یا ضمنی قانون بر استناد به فقه ترجیح داده شود. ثانیاً، استناد به مفهوم مخالف قانون بر استناد به فقه ترجیح داده شود. ثالثاً - استناد به اصول حقوقی بر استناد به فقه ترجیح داده شود (مستنبط از ماده ۳ ق.آ.د.م). رابعاً - استناد به روح قانون بر استناد به فقه ترجیح داده شود. به تعبیر دیگر قاعده‌ای که از «روح قانون» استنباط می‌شود، در حکم قانون است و دادرس را بی‌نیاز از رجوع به فقه می‌کند. عدم ذکر جواز استناد قاضی به روح قانون در ماده ۳ (ق.آ.د.م) مانع از آن نیست که قاضی در رأی خود به روح قانون استناد نماید. زیرا روح قانونی منبعی جدای از قانون نیست بلکه روح قانون همان حکمی است که مراد قانونگذار بوده است، ولی به صراحت بیان نشده است و دادرس خوش ذوق به مدد دلایل عقلی و منطقی آن را از لایه‌های پنهان قانون استنباط می‌کند.

### نتیجه گیری و پیشنهاد

بررسی سیر تحولات تکلیف دادرس در فرض خلأ قانونی نشان داد که قانونگذار در طول زمان رویکردهای متفاوتی اتخاذ نموده است که در مجموع می‌توان دو مرحله را از هم تفکیک نمود: نخست، رویکرد قانونگذار قبل از انقلاب که در فرض خلأ قانونی دادرس را مکلف نموده بود بر اساس روح و مفاد قوانین موضوعه و نهایتاً عرف و عادات مسلم، حکم قضیه را صادر نماید و دوم، رویکرد قانونگذار بعد از انقلاب که بر اساس مبانی که در قانون اساسی جمهوری اسلامی پذیرفته شده بود، در فرض خلأ قانونی دادرس مکلف شده است، برای صدور حکم به منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر رجوع نماید. البته اطلاق اصل ۱۶۷ (ق.ا) که شامل امور کیفی هم می‌شد، مورد

انتقاد بود. از این لحاظ که رجوع به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات ها که مورد تصریح اصل ۳۶ (ق.ا) قرار گرفته بود مغایرت داشت. بر همین اساس، قانونگذار به خلاف تصریحی که در ماده ۲۱۴ (ق.آ.د.ک) مصوب ۱۳۷۸ به جواز رجوع به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر در امور کیفری نموده بود، در (ق.آ.د.ک) مصوب ۱۳۹۲ حکم مزبور را تکرار نکرد و البته به لحاظ ممنوعیت شرعی تعطیلی حدود، در ماده ۲۲۰ (ق.م.ا) مصوب ۱۳۹۲ به دادرسی اجازه داد که در فرض خلأ قانون و در خصوص حدود، مطابق اصل ۱۶۷ حکم قضیه را صادر نماید. به هر حال، کار قانونگذار در رعایت اصل قانونی بودن جرائم و مجازات ها در خصوص جرائم تعزیری قابل تقدیر است. لیکن در خصوص جرائم حدی مناسب عمل نکرده است. زیرا، تعداد جرائم حدی در فقه اسلامی محدود و مشخص است و از میان آنها تعدادی که وارد در قلمرو حقوق موضوعه نشده است نیز نادر و مشخص است؛ لذا بهتر بود همان موارد نادر را در حقوق موضوعه جرم انگاری کند.

نکته قابل انتقادی که بر اصل (ق.ا) ۱۶۷ و ماده ۳ (ق.آ.د.م) وارد است، این است که قانونگذار حکم قضیه را مطلق و به اجمال بیان کرده است و بهتر بود قدری مفصل تر و دقیق تر تعیین تکلیف می نمود. به این صورت که در حکمی مستقل مقرر می کرد: «دادرسی مکلف است حکم هر قضیه را نخست در قوانین مدونه بیابد. اگر قوانین موجود مبهم، مجمل یا متعارض باشد، باید بر اساس اصول استنباط و قواعد تفسیری حسب مورد از آن رفع ابهام، اجمال یا تعارض نماید». سپس در حکم دیگری مقرر می نمود «در صورتی که در موضوع دعوا قانون ساکت یا ناقص باشد و نتوان بر اساس اصول و قواعد حقوقی و روح و مفاد عمومی قوانین حکم صادر نمود، دادرسی اگر مجتهد است، مکلف است بر اساس منابع معتبر فقهی و اگر غیر مجتهد است مکلف است بر اساس فتاوی معتبر حکم صادر نماید». البته لازمه اعمال چنین مقرره‌ای آن است که قوه قضائیه برای قضاتی که مجتهد هستند گواهی اجتهاد صادر نماید.



مقدم دانستن استناد به قانون بر استناد به فقه، به معنی برتری قانون بر فقه نیست. زیرا بر اساس اصل ۴ (ق.۱) کلیه قوانین باید با فقه اسلامی تطابق داشته باشد و لذا زمانی که قاضی به قانون استناد می‌کند، همان قانون با فقه اسلامی تطبیق دارد و این اولویت بندی، لازمه رعایت اصل تساوی و نظم قضایی است. بر این اساس، حتی اگر دادرس بتواند به استناد اصول حقوقی و یا روح قانون حکم صادر نماید، نیازی به مستند نمودن حکم به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر ندارد و اگر نهایتاً اگر مشخص شد، حقوق موضوعه در دعوی مطروحه ساکت یا ناقص است، می‌تواند به فقه رجوع نماید.

### منابع

- احمدزاده، رسول؛ غلام حسین، الهام (۱۳۹۷)، **قبض و بسط اصل ۱۶۷ قانون اساسی در قلمرو کیفری**، فصلنامه مجلس و راهبرد، ۹۵، ۲۴۷-۲۷۲.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۲)، **حقوق مدنی**، ج ۶، چ ۱۲، تهران: کتابفروشی اسلامی.
- ایزدی فرد، علی اکبر؛ نعمت زاده، رجب علی؛ کاویار، حسین (۱۳۸۸)، **عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱، ۴۵-۷۳.
- بوشهری، جعفر (۱۳۷۶)، **حقوق اساسی**، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جبّاری، مصطفی (۱۳۸۷)، **فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی**، فصلنامه حقوق، ۳۳/۳۸، ۱۲۷-۱۳۷.
- جغتایی، عباس؛ نصیران نجف آبادی، داود؛ عباسیان، رضا (۱۳۹۸)، **قلمرو اجرایی اصول حقوقی و رابطه آنها با منابع معتبر اسلامی و فتاوی**، فصلنامه پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، ۱۸، ۲۷۹-۳۰۳.
- حبیب زاده، محمدجعفر؛ محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۴) **اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق ایران**، نشریه علمی دانشگاه شاهد، ۹ و ۱۰،
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۳)، **تعهدات تبعی قراردادی در حقوق مدنی ایران و فرانسه**، دانش حقوق مدنی، ۱، ۲۷-۳۴.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۶)، **حقوق مدنی ۳ «قواعد عمومی قراردادها»**، چ ۲، تهران: میزان.

- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۷)، مفهوم اصل حقوقی و مقایسه آن با قاعده حقوقی، دانش حقوق مدنی، ۲، ۱۵-۲۶.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۹)، مقدمه علم حقوق، ج ۱۴، تهران: میزان.
- خالقی، علی (۱۳۹۳)، نکته ها در قانون آئین دادرسی کیفری، ج ۲، تهران: شهر دانش.
- خوئینی، غفور؛ ذوالفقاری، سهیل (۱۳۹۰)، خلأهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضایی ایران (تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی)، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۳۴، ۷۹-۱۰۰.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲)، مقدمه علم حقوق، ج ۱۶، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، فلسفه حقوق، ج ۲، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، گامی به سوی عدالت، ج ۱ و ۲، تهران: میزان.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۶)، قواعد فقه: بخش جزایی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۷)، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ج ۶۲، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- مهرپور، حسین؛ صفری، سجاد (۱۳۹۷)، روح قانون در حقوق ایران، مجله حقوقی دادگستری، ۱۰۳، ۲۰۱-۲۱۸.