

سکوت قانون و روش شکست آن

مهمدرضا بندرچی^۱

چکیده:

شرح و تفسیر قانون یکی از روش‌های پذیرفته شده در نظام‌های حقوقی جهان است؛ بدین‌گونه که دادرس در مقام رسیدگی و احقاق حق نیازمند تفسیر مقرراتی است که قصد دارد به آنها استناد نماید و در این راستا مکاتب تفسیری مختلفی پدید آمده‌اند که حقوق‌دانان و قضات با مراجعه به مبانی آن از قوانین موضوعه تفسیرهای خاصی را ارائه می‌دهند ولی گاه دادرس نه با ابهام قانون بلکه با سکوت آن روبه‌رو می‌شود؛ چراکه مقنن به علت این که ذاتاً بشر است قدرت پیش‌بینی همه حوادث و وقایع پیش رو را ندارد، لذا نمی‌تواند همه مطالب ریز و درشت را در قانون بگنجانند و بدین ترتیب گاه دعاوی نزد قاضی مطرح می‌شود که در متون قانونی حکمی برایش معین نشده است و از طرفی قاضی ملزم به صدور حکم مقتضی است و نمی‌تواند از رسیدگی به بهانه نبود حکم قانون استنکاف کند؛ در این جاست که با پدیده‌ای به نام سکوت قانون روبه‌رو می‌شویم. در سیستم‌های حقوقی مختلف برای حل این مشکل راه‌های متفاوتی ارائه شده است. در آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸ که با الهام از حقوق فرانسه تدوین شده است، قانون‌گذار به تقلید از حقوق فرانسه قاضی را ملزم به مراجعه به روح قانون و عرف و عادات مسلم جامعه نموده که البته خود این متن هم ابهامات متعددی را ایجاد کرده بود. پس از تأسیس جمهوری اسلامی ایران و تدوین قانون اساسی آن رویه تغییر کرد و روش جدید تحلیل سکوت قانونی بنا نهاده شد که اهم آن در اصل ۱۶۷ قانون اساسی تجلی کرد و قاضی به جای رجوع به روح قانون ملزم به رجوع به منابع فقهی و فتاوی معتبر گردید و در دنباله آن در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۷۹ علاوه بر منابع فقهی و فتاوی معتبر به مقوله‌ای به نام «اصول حقوقی» نیز تصریح شد و بدین ترتیب بر اساس این مبنا ایجاد شده در جمهوری اسلامی ایران قاضی در هنگام روبه‌رو شدن با قضیه-ای که حکمش در قانون نیامده و از راه تفسیر قانونی هم نمی‌تواند رفع مشکل کند، ملزم است حکم واقع را در منابع فقهی، فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد جست‌وجو کند. در اینجا نقش قواعد فقه که جایگاه مهمی در حقوق اسلامی دارد آشکار می‌شود چراکه می‌توان آن را جزء اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی هم نیستند دانست و بدین ترتیب اهمیت تعریف و شرح مبانی این اصل حقوقی بیش از پیش مشخص می‌گردد.

کلیدواژه: قاعده، ادله، اصول حقوقی، تفسیر، سکوت قانون، تقنین

زندگی در جهان امروزی مناسبات نوین خاصی را ایجاد کرده که هر یک در جای خود قابل بررسی است و انسان به تبع وضع جدیدی که برایش پیش آمده تلاش کرده در شیوه‌های زندگی هم تغییرات مهمی ایجاد کند که با دوران قدیم بسیار متفاوت است؛ مثل سبک‌خانه‌سازی، راه‌ها، تحصیل، جنگ و صلح و غیره. یکی از دستاوردهای عصر جدید قانون‌گذاری است و رسیدگی قضایی بر مبنای قانون، ولی این امر تبعاتی دارد از جمله این که قاضی که با متنی خشک و مدون قانونی روبه‌رو است، در مقام رسیدگی و احقاقی حق و صدور حکم مقتضی نیاز به تفسیر قانون داشته و اصولاً شرح و تفسیر قانون، مقامی بس مهم در امر قضا و حقوق موضوعه دارد تا جایی که یکی از کارهای مهم دانشمندان علم حقوق، شرح و تفسیر قانون است و شاید تألیفات حقوق‌دانان و استادان علم حقوق را بتوان یکی از منابع مهم تفسیر قانون دانست که معمولاً قضات در مقام تفسیر مقررات به این نظرات علمی بهای زیادی می‌دهند. اما نکته بعدی که در مقام رسیدگی قضایی تجلی می‌کند و دادرس را با اشکال روبه‌رو می‌سازد. موضوع سکوت قانون است. یعنی واقعه‌ای نزد وی طرح می‌شود که برای آن حکمی در قانون موضوعه معین نشده است و یا آن که قانون آن قدر اجمال و ابهام دارد که عملاً به معنی سکوت است. در این وضعیت با پدیده‌ای به نام سکوت قانون روبه‌رو می‌شویم که نیازمند بررسی و تحلیل بیشتری است تا بتوان راه‌حل‌های مختلفی را که برای شکستن آن پیشنهاد شده است، بررسی کنیم.

در نظام‌های مختلف حقوقی جهت تفسیر و شرح قانون رویه‌های مختلفی همچون مکتب ادبی، مکتب تاریخی و مانند اینها پیش‌بینی شده است که دادرسان براساس این دکتورین‌ها در مقام رسیدگی قضایی به تفسیر قانون می‌پردازند اما در مرحله‌ای که آن را «سکوت قانون» می‌نامند، روش شکستن سکوت بسیار متفاوت است.

«دادگاه‌های دادگستری مکلفند 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 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»^۱

این متن قانونی که با الهام از قانون دادرسی مدنی فرانسه نگاشته شده، چهار مورد نقص قانون، ابهام، تناقض مواد قانونی و عدم وجود قانون را از موارد سکوت قانون دانسته و قاضی را مکلف کرده تا در این

۱. ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب سال ۱۳۱۸.

موارد چهارگانه به دو منبع: روح و مفاد قوانین موضوعه و نیز عرف و عادت مسلم، رجوع و حکم مقتضی صادر کند، ولی در هیچ ماده قانونی توضیحی در مورد معنی و مفهوم روح قانون نمی‌دهد که خود همین امر به جای حل مشکل به ابهام آن می‌افزود. به هر حال پس از تأسیس جمهوری اسلامی ایران و تدوین قانون اساسی آن موضوع شکست سکوت قانون به نحو دیگری بیان گردید:

مطابق اصل ۱۶۷ «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 یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

بدین ترتیب در نظام حقوقی کنونی ایران مسئله سکوت و اجمال و نقص قوانین به گونه‌ای جدید که تقریباً متفاوت از قاعده مندرج در ماده ۳ قانون مصوب ۱۳۱۸ است، طرح شده و نیاز به قواعد و اصول فقهی و حقوقی در این راستا کاملاً جدی و دقیق است. در مقاله پیش‌رو زوایای گوناگون این مطلب را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱- بررسی سکوت قانون در مقررات قبل از تأسیس جمهوری اسلامی ایران

در سال ۱۳۱۸ قانون‌گذار با الهام از مقررات دادرسی فرانسه به موضوع سکوت قانون و تعیین تکلیف آن عنایت داشته و راه‌کاری خاص را در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مننی ارائه می‌دهد.^۱ اشاره شد دادرس در مقام رسیدگی به نزاع (اعم از مننی یا کیفری) ابتدا باید به قانون مراجعه کند و حکم قضیه را در متون قانونی بیابد.^۲

برابر ماده ۵ قانون یاد شده «دادگاه هر دعوا را با قانون تطبیق کرده و حکم آن را تعیین می‌نماید و نباید به طور عموم و قاعده کلی حکم بدهد» و در ماده ۳ نیز قضات را مکلف کرده «... 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...»

بدین ترتیب دادرس در وهله اول در مقام رسیدگی باید صرفاً به قوانین مصوب مراجعه کند و حق ندارد در صورت وجود قانون صریح و مدون به منابع دیگر رجوع نماید.^۳

۱. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مننی و بازرگانی، چاپ ۳، تهران، مجد، ۱۳۸۱، ص ۷۲.

۲. قاسم‌زاده، قاسم، حقوق سلسی، چاپ ۲، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۴، ص ۷۸.

۳. مننی، جلال‌الدین، آیین دادرسی مننی، تهران، ۱۳۵۶، ص ۴۸.

مطابق مقررات یاد شده روح قانون یکی از منابع مهم حقوقی در تفسیر قانون بود که برابر ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ در این مورد قاضی را مکلف می‌کرد با رجوع به روح قانون و نیز عرف و عادت مسلم، قضیه را حل و فصل کند.

۲- روش شکست سکوت قانون در آیین دادرسی مدنی جدید (۱۳۷۹)

به علت این که ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸ شمسی هم دارای مفاهیمی مبهم و مجمل بود و هم اینکه با مبانی فقهی کاملاً منطبق نبود، قانون‌گذار درصدد برآمد که برای این امر راه‌کار دیگری بنیاد نهد لذا در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر کرد:

«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 یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد»

چنانچه می‌دانیم قانون اساسی در سال ۱۳۵۸ به تصویب رسیده است و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز در سال ۱۳۱۸ شمسی وضع شده است.

از نظر قضایی در این زمینه تأمل در دو نظر شایسته است:

اول: چون اصل ۱۶۷ با ماده ۳ مزبور متعارض است، لذا باید ماده ۳ را منسوخ ضمنی دانست که با تصویب قانون مؤخر (اصل ۱۶۷ قانون اساسی) منسوخ می‌باشد؛ فلذا در موارد سکوت قانون باید به اصل ۱۶۷ قانون اساسی تمسک نمود.

در نظریه دوم که به نظر می‌رسد به صواب نزدیک‌تر باشد بین اصل ۱۶۷ به اتکای «الجمع مهمما امکن اولی من الطرح» و ماده ۳ قانون مصوب ۱۳۱۸ تعارضی نیست؛ بلکه اصل ۱۶۷ قانون اساسی آن را تکمیل کرده است. لذا قاضی در موارد یاد شده و تأمل در هر دو متن قانونی می‌تواند با تمسک به روح قانون، عرف و عادات مسلم، منابع فقهی، فتاوی معتبر و اصول حقوقی، حکم قضیه را بیابد.

بدین ترتیب تا تصویب آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹ که ناسخ مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸ گردید قضات و دادرسان در موارد مطروحه به هر دوی این متون قانونی استناد می‌کردند ولی به هر حال ماده ۳ قانون مصوب ۱۳۱۸ اکنون نسخ شده و قانون‌گذار در سال ۱۳۷۹ در این زمینه مبادرت به وضع قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب نمود که بیانگر شیوه‌های دادرسی مدنی است.

در ماده ۳ این قانون به تأسی از اصل ۱۶۷ قانون اساسی و تکمیل آن چنین مقرر 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 و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد حکم قضیه را صادر نمایند...»

بدین ترتیب موضوع استناد به روح قانون و عرف و عادت مسلم و جایگزینی آنها در موارد سکوت قانون منتفی گردید اگرچه به شرحی که پیش‌تر هم گفتیم استناد به عرف و عادت در سایر مقررات قید شده است و از منابع حقوقی به شمار می‌رود.

بدین ترتیب وظیفه اولیه قاضی آن است که حکم قضیه را در قوانین مدون بیابد ولی ممکن است به چهار دلیل وی در این زمینه دچار مشکل شود:

اول: نقص قانون

دوم: عدم صراحت و وجود ابهام یا اجمال مقررات

سوم: تعارض قوانین

چهارم: عدم وجود قانون در قضیه

در این چهار مورد است که موضوع سکوت قانون به طور کلی آشکار می‌شود. لذا قاضی به دلالت قسمت اخیر ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع کند و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهد شد بلکه چاره کار آن است که با استعانت از منابع مورد اشاره در ماده مزبور خلأ قانونی را جبران کند.

در این ماده سه منبع مهم جهت پر کردن خلأ سکوت قانون به مفهوم کلی ذکر شده است:

اول: منابع معتبر اسلامی

دوم: فتاوی معتبر

سوم: اصول حقوقی غیرمغایر شرع

با دقت در اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مقایسه آن با ماده ۳ مزبور درمی‌یابیم که قانون‌گذار منبع مهم «اصول حقوقی غیرمغایر شرع» را هم به منابع مندرج در قانون اساسی اضافه کرده و بدین ترتیب نقص اصل ۱۶۷ را جبران کرده است. زیرا چه بسا موضوعی مستحدثه در نزد دادرس مطرح شود که حکم آن از منابع معتبر و یا فتاوی فقها به دست نیاید ولی اصول حقوقی می‌تواند به حل آن کمک نماید.

۳- منابع جایگزین سکوت قانون چیست؟

چنانچه در بخش گذشته یاد کردیم سه مأخذ مهم، یاری‌گر دادرس در شکستن سکوت قانون است که اکنون به شرح هر یک و دایره توانایی‌شان می‌پردازیم:

اول: منابع معتبر اسلامی

بر اساس فقه اسلامی اعم از اهل سنت و امامیه، مجتهد برای استنباط حکم فقهی باید به منابعی که مقرر شده مراجعه نماید و از صدور حکم و فتوا بدون دقت در منابع معتبر امتناع کند. در فقه اهل سنت کتاب سنت رسول الله (ص) و اجماع به عنوان منابع فقهی مذاهب اربعه شناخته شده است^۱ و بین مذاهب آنان در تعیین منابع دیگری مثل قیاس، سد ذرایع، سیره شیخین و صحابه اختلاف نظر است^۲ در فقه امامیه چهار منبع کتاب، سنت رسول الله و ائمه اطهار، اجماع و عقل به عنوان چهار منبع استنباط احکام فقهی شناخته شده است^۳.

تذکر مهم: به نظر می‌رسد چون قضات و دادرسان دو نوعند: مجتهد و مقلد؛ این ماده به گونه‌ای طراحی شده که برای هر دو گروه قابل استناد باشد. لذا باید گفت در مواردی که قاضی مجتهد است برای شکستن سکوت قانون باید رأساً به منابع فقه رجوع کند و حکم لازم را استنباط نماید ولی اگر دادرس، مقلد باشد دیگر جای رجوع به منابع فقه نیست. بلکه وی باید به فتاوی معتبر و اصول حقوقی استناد کند. تذکر دوم: منظور از منابع فقهی اسلامی چیست؟ آیا منابع فقهی امامیه ملاک است یا می‌توان به منابع فقهی اهل سنت هم رجوع نمود؟

برای پاسخ به این مطلب باید گفت:

طبق اصل ۱۲ قانون اساسی «دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی عشری است و این اصل الی الابد غیرقابل تغییر است...»

با توجه به این اصل می‌توان اصل چهارم قانون اساسی را که می‌گوید: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد...» به این صورت تفسیر کرد که منظور از موازین اسلامی، یعنی اصول و قواعد پذیرفته شده مذهب جعفری اثنی عشری که شورای نگهبان هم در عمل این تفسیر را پذیرفته و ملاک عمل تقنین قرار داده است و بدین ترتیب ملاک مغایرت و عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با شرع و موازین اسلامی،

۱. ابوریه، محمد، اضواء علی السنه المحمديه، ۱۴۱۲ ق، ص ۱۱۲.

۲. ابو حبیب، هادی، القلموس الفقهی، ۱۴۱۴ ق، ص ۸۱.

۳. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، ۱۴۲۱ ق، ص ۹۱.

مذهب جعفری دوازده امامی می‌باشد.

بدین ترتیب قضات مجتهد در رجوع به منابع اسلامی باید مطابق فقه جعفری عمل نمایند؛ اما از آنجایی که برابر اصل ۱۲ قانون اساسی «مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی دارای احترام کامل می‌باشند و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارشاد وصیت) و دعاوی مربوط به آن در دادگاهها رسمیت دارند...»

چنانچه موضوع متنازع‌فیه اهل سنت و زیدی در حدود احوال شخصیه در این اصل باشد، قاضی مجتهد می‌تواند به منابع فقهی اهل سنت رجوع کند و حکم قضیه را صادر کند و چنانچه مجتهد نباشد حق دارد به فتاوی معتبر اهل سنت با رعایت مذهب متداعیین و اصول حقوقی استناد کند. به عنوان مثال اگر بین دو طرف سنی مذهب در امر تقسیم ارثیه اختلاف پیش آید، چون بعضی احکام فقهی ارث آنان با مقررات قانون مدنی مغایر است و موضوع نیز در حیطه احوال شخصیه می‌باشد، قاضی ولو شیعه باشد باید به احکام مذهب آنان حکم نماید. بدین ترتیب در این حوزه با یک اصل و یک استثنا روبرو هستیم: اصل بر آن است که در موارد سکوت قانون باید به منابع فقهی امامیه عمل نمود و استثنای آن نیز در احوال شخصیه غیرشیعه و اقلیت‌های دینی می‌باشد.

دوم: فتاوی معتبر

چنانچه پیشتر گفتیم قاضی مجتهد در موارد سکوت قانون به منابع چهارگانه فقهی رجوع می‌کند اما چون این توانایی برای قاضی غیرمجتهد وجود ندارد و ملکه اجتهاد در او به وجود نیامده است، نمی‌تواند به منابع فقهی استناد نماید. مگر برای مستندتر کردن حکم خود بلکه وی در این هنگامه باید به فتاوی معتبر رجوع کند.

نکته- فتاوی معتبر چیست؟

نظریه‌ای که مجتهد جامع‌الشرایط صادر می‌کند می‌تواند چهره‌های مختلفی داشته باشد:

الف- حالت حکم دارد. یعنی یا بر اثر نزاع طرفین صادر شده و یا اینکه حکم واقع‌های را که از او سؤال شده بیان کرده مثل حکم حرمت استعمال توتون و تنباکو توسط مرحوم میرزای شیرازی.

ب- بیان نظرش در مسئله فقهی به صورت صریح است.

ج- در بیان حکم مسئله به علت این که ادله را کافی ندانسته حکم صریح نداده بلکه با بیان احتیاط واجب، بعید نیست، احتیاط مستحب، احتیاط ترک نشود و مانند این‌ها بیان نظر کرده است.

با توجه به اصل تفسیر موسع امور مدنی به نظر می‌رسد واژه فتوا در اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳

قانون آیین دادرسی مدنی را باید به همه نظراتی که فقیه جامع‌الشرایط نسبت به موضوعی صادر کرده تسری داد و آن را به فتوا یعنی نظر صریح و بدون احتیاط او منحصر نمود، کما این که پاره‌ای از حقوق‌دانان در تعریف فتوا گفته‌اند: نظری که مفتی می‌دهد خواه در مقام مرافعه و فصل خصومت باشد، خواه صرفاً اظهار نظر علمی باشد.^۱

توضیح قید «معتبر» در مقوله فتاوی معتبر

چنانچه در اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی توضیح دادیم، قانون‌گذار با قید «فتاوی معتبر» صفت معتبر را برای فتاوی بیان کرده است؛ حال باید دید علت این مقید کردن چیست؟ فتوا و نظریه فقهی زمانی اعتبار دارد که از جانب مفتی واجد شرایط افتاء و اجتهاد صادر شده باشد. در فقه امامیه برای مرجع تقلید که فرد اجلای فقیه و مجتهد است شرایطی تعیین شده است مثل شیعه اثنی عشری، مرد، بالغ، عاقل، عادل، اعلم^۲ که البته وجود همه این شرایط برای غیر مرجع تقلید لازم نیست مثل اعلیّت و عدالت. لذا اگر مجتهد جامع‌الشرایط، فاقد اعلیّت یا عدالت باشد جایزالتقلید نیست اما در این که به نظرات فقهی اش بتوان استناد کرد اشکالی به نظر نمی‌رسد. لذا می‌توان گفت فتاوی معتبر به نظریه‌ای گفته می‌شود که از جانب مجتهد مطلق که در اجتهاد وی شکی نیست، مرد، بالغ و شیعه اثنی عشری است، صادر شده باشد. بدین ترتیب فتاوی غیرمجتهد مطلق یا مشکوک‌الاجتهاد یا زن یا نابالغ یا غیر پیرو مذهب جعفری اثنی عشری قابل اعتبار نمی‌باشد و دادرس نمی‌تواند این نوع نظرات را ملاک حکم خود قرار دهد. با توجه به مطالب گفته شده درباره نحوه دادرسی در احوال شخصیه اهل سنت که پیشتر از آن سخن گفتیم دادرس در موارد یاد شده می‌تواند به فتاوی معتبر فقهای اهل سنت استناد کرده و حکم صادر کند.

سوم: اصول حقوقی غیرمغایر شرع

اصول جمع اصل است و از نظر لغوی به معنی اساس، بن، بنیاد، بیخ، طبیعت، ریشه‌ها، پایه‌ها، نژادها و گوهرهاست^۳ در فرهنگ‌های عربی نیز به مبنا و پایه یک چیز گفته می‌شود.^۴ برای این واژه در فقه معانی مختلفی بیان شده:

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ۱۳۵۵، ص ۲۰۱.
۲. یزدی، سیدمحمدکاظم، العروه الوثقی، ۱۴۱۰، ص ۸.
۳. دهخدا، علی اکبر، لغتنامه، ۱۳۶۲، ص ۳۰۱.
۴. مجمع اللغة العربیة، المعجم الوجیز، ۱۴۱۱، ص ۳۰۵.

در همین رابطه از امام صادق (ع) نقل شده که: عَلَيْنَا إِلقَاءُ الْأُصُولِ إِلَيْكُمْ وَ عَلَيْكُمْ التَّفْرِيعُ.^۱

در حقوق جدید نیز به قواعد حقوقی گسترده، اصل گویند: در حقوق «فرض قانونی» از آن با واژه Principe تعبیر می‌کنند یعنی اصولی که کلیت داشته و قابل اعمال در موارد حقوقی بسیار هست و در ذیل آن دو عنوان fiction (اصل عملی) و presumption (اماره) را قرار می‌دهند.^۲

با توجه به آنچه بیان شد باید گفت که منظور قانون‌گذار از اصول حقوقی مندرج در متن قانون‌های یاد شده آن دسته از قواعد مسلم اصولی و فقهی و حقوقی هستند که از نظر علمی توسط دانشوران فقهی و حقوقی پذیرفته شده است و مغایرتی هم با شرع یعنی فقه امامیه ندارند. به عنوان مثال به عده‌ای از این اصول حقوقی اشاره می‌کنیم:

اصاله الصحه، اصاله الحظر، اصاله الحقیقه، اصاله الحیل، اصاله اللزوم، اصل اباحه، آزادی اراده، استقلال اراده، امضایی بودن احکام معاملات، اصل انتقالی حقوق، اصل انفصال قوا، برائت، تسلیط، تفکیک قوا، تفسیری بودن قانون، تفسیر مضیق امور کیفری، تفسیر موسع امور مدنی، تفسیر به نفع متهم، اصل حاکمیت قانون، شخصی بودن مجازات‌ها، اصل عدم، عدم تبرع، عدم تخصیص، عطف به ماسبق نشدن قانون، عدم ولایت افراد بر یکدیگر، علنی بودن محاکم، غیر امری بودن قانون، قانونی بودن جرم.

در فقه نیز علاوه بر قواعد اصولی مشترک بین اصولی‌ها به قواعد فقهی معتبر هم می‌توان اشاره کرد که در کتب قواعد فقه به شمار زیادی از آنها اشاره شده است و بعضاً تعدادشان از صد قاعده هم گذشته است. در حقوق بین‌الملل هم به تعدادی از این نوع اصول حقوقی می‌توان اشاره نمود:

اصل آزادی دریاها، اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت، اصل عدم تأثیر قانون در خارج کشور، اصل محلی بودن تنظیم اسناد، اصل مصونیت پارلمانی، اصل مصونیت رؤسای کشورها در کشور دیگر، مصونیت مأموران سیاسی در کشورهای خارجی و...^۳

گاه ممکن است اصول حقوقی مشهوری وجود داشته باشند که در عرف بین‌الملل پذیرفته شده ولی مغایر شرع به‌شمار می‌روند. باید دقت کنیم که قانون‌گذار با قید «مغایر شرع نباشد» چنین اراده کرده که اصول حقوقی لازم نیست مطابق با شرع باشد بلکه عدم مغایرت آن با شرع امامیه کافی است. لذا دادرس در مقام اعمال اصول حقوقی که یقین در مغایرت آنها با شرع ندارد، آزاد است زیرا حکم به مغایرت نیاز به دلیل دارد و در تشخیص عدم مغایرت، صرف این که ظاهر اصل حقوقی در تغایر با شرع نیست کفایت می‌کند.

۱. طوسی، ابوجعفر محمد، تهذیب الاحکام، ۱۴۱۸، ص ۷۹.

۲. متین نغتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ۱۳۸۱، ص ۱۲۱.

۳. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، ۱۳۶۵، ص ۷۱.

به عنوان مثال در زمان اعتبار قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸ در ماده ۳۶۵ به اصل برائت و در ماده ۳۵۷ به اصل بقای دین اشاره شده بود که از اصول حقوقی مسلم است و نه تنها مغایرتی با شرع نداشتند، بلکه مطابق حکم شرعی هم بودند و به همین دلیل مفاد این مواد در ماده‌های ۱۹۸ و ۱۹۹ قانون آیین دادرسی جدید هم تکرار شد ولی مثلاً طبق ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی، مصوب ۱۳۱۸ دادگاه از تحصیل دلیل ممنوع بود و فقط حق داشت به ادله ابزاری طرفین توجه کند و فراتر از آن حق ورود نداشت در حالی که در ماده ۱۹۹ جدید، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استفاده طرفین دعوا هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد انجام خواهد داد. بدین ترتیب معلوم می‌شود ماده ۳۵۸ قانون ۱۳۱۸ مغایر شرع بوده است و اصل حقوقی مندرج در آن قانون قابل استناد نمی‌باشد.

مورد دیگر را می‌توان مسئله مرور زمان مدنی دانست. برابر اصول حقوقی مشهور در نظام‌های حقوقی جهان، اصلی به نام مرور زمان وجود دارد. یعنی پس از طی مدتی از منشأ دعوا، ادعای پیرامون آن در دادگاه قابل استماع نیست. در مواد ۷۳۱ به بعد قانون آیین دادرسی، مصوب ۱۳۱۸ این اصل حقوقی مهم پذیرفته شده است ولی در سال ۱۳۶۳ شورای نگهبان این مواد را خلاف شرع دانست و ابطال کرد و بعد از آن قضات حق استناد به این مواد را نداشتند.^۱

مهم‌ترین اصول حقوقی غیر مغایر شرع

پس از اینکه به اصول حقوقی و تشریح آن پرداختیم باید بگوییم که مهم‌ترین اصول حقوقی که نه تنها مغایر با شرع نیست، بلکه منطبق با شرع می‌باشد، قواعد فقهی است که در موارد سکوت، اجمال، ابهام یا نقص قانون جایگزین مناسبی برای حکم دادرس خواهد بود.

تذکر مهم

آنچه که در زمینه سکوت قانون و نحوه پر کردن خلأ قانونی بیان کردیم در مورد امور مدنی است و به هیچ وجه در امور کیفری و جرایم قابل تسری نیست. چراکه بنا به دو دلیل مهم «تفسیر به نفع متهم» و «تفسیر مضیق امور کیفری» و قاعده «اصل قانونی بودن جرایم» قاضی در تشخیص اتهام و مجرمیت متهم تنها باید به نص قانونی عمل کند و در هر موردی که قانون‌گذار موضوعی را جرم ندانسته و یا در انتساب آن به متهم تردید حاصل است باید حکم به تبرئه متهم صادر نماید و در این مرحله جای استناد به منابع فقهی و فتاوی و اصول حقوقی نیست. برای مستند کردن موضوع باید گفت برابر ماده ۲ قانون

۱. بندرچی، محمدرضا، مجموعه نظرات قلعونی شورای نگهبان، ۱۳۷۷، ص ۴۹.

مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲ «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود» که در زبان حقوقی از این حکم به «اصل قانونی بودن جرایم» تعبیر می‌گردد^۱ و برابر ماده ۱۲ همان قانون «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آنها باید از طریق دادگاه صالح، به موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد»

در امور کیفری «قاعده درأ» هم حکمفرما است. یعنی «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد، جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود» (ماده ۱۲۰ قانون مزبور) حتی در مواد ۱۶۰ به بعد قانون یاد شده نیز که در بیان ادله اثبات امور کیفری است، اشاره‌ای به سکوت قانون یا نقص و اجمال مقررات نمی‌کند و این بیانگر آن است که در امور جزایی که با جان، مال، آبرو و ناموس مردم سر و کار دارد با اندک شبهه‌ای رفع اتهام شده و متهم بدون وجود دلایل کافی و محکم، برائت حاصل می‌نماید.

۱. ولیدی، محمد صالح: حقوق جزای اختصاصی، ۱۳۶۷، ص ۲۰۸.

موضوع سکوت قانون که امری رایج در نظام‌های حقوقی جهان است، از مواردی است که هر یک برای آن راه‌حلی را در نظر گرفته‌اند: مثل رجوع به روح قانون، عرف و عادات، اصل نصفت قضایی، عدالت و مانند آنها. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و متون حقوقی موضوعه آن با مقوله سکوت قانون، رفتاری ضابطه‌مند شده بدین ترتیب که در ذیل این عنوان حقوقی مهم فروعاتی بیان شده است. بدین ترتیب باید بگوییم که سکوت قانون به دو معنی به کار رفته است:

الف - به مفهوم کلی که در ذیل آن فروعاتی چون نقص قانون، اجمال قانون، ابهام قانون، تعارض و تناقض مقررات و عدم وجود قانون قرار گرفته است. ب - به معنی نبود قانون لازم در مورد متنازع‌فیه که البته در این معنی به فروعات یاد شده در بند الف نمی‌توان اطلاق سکوت قانون نمود.

در هر دو صورت شیوه شکستن سکوت قانون مشابهت زیادی با کشورهای اسلامی چون مصر، سوریه، کویت و... دارد. بدین صورت که در همه این کشورها مقررات شرعی مبنای اصلی تقنین قرار داده شده و قاضی در موارد سکوت باید به عرف و شریعت رجوع نماید. برابر قانون اساسی و قوانین دادرسی مدنی، چنانچه قاضی، مجتهد جامع‌الشرایط باشد در هنگام سکوت قانون باید با رجوع به منابع فقهی اربعه چون کتاب، سنت، عقل و اجماع و اعمال قواعد اجتهادی حکم لازم را استنباط کند و چون تقلید بر مجتهد حرام است، نمی‌تواند به فتاوی فقهای دیگر اتکا نماید و چنانچه دادرسی، مجتهد نباشد موظف است در صورتی که فتاوی معتبر به گونه‌ای که شرح داده شد در دسترس باشد بدان‌ها استناد کند و یا اینکه حکم موضوع را استفتاء نماید و علاوه بر آن حق دارد به اصول حقوقی مندرج در علم حقوق که می‌توان آنها را در قواعد فقهی، قواعد اصولی، فروض قانونی و اصول پذیرفته شده بین‌المللی خلاصه نمود استناد کند. شرط اعتبار این اصول حقوقی جهت اتکای دادرسی به آنها عدم مغایرتشان با شرع مبتنی بر فقه امامیه می‌باشد ولی لزومی ندارد که این اصول حقوقی موافق شرع هم باشد. زیرا بین موافق شرع بودن و عدم مغایرت با شرع تفاوت وجود دارد بدین صورت که در هنگام بررسی عدم مغایرت، باید اصل را بر عدم گذارد و چنانچه مفاد اصل حقوقی صراحتاً با مبانی شرعی منافات نداشته باشد، کفایت می‌کند در حالی که اگر خواسته قانون‌گذار به دست آوردن موافقت اصل حقوقی با شرع بود باید تمام مفاد اصول حقوقی به منابع فقهی عرضه می‌شد تا از موافقت آن با شریعت اطمینان حاصل گردد و این خود امری کاملاً اجتهادی بود و از توان قاضی مقلد هم خارج. بدین ترتیب چون اصول و قواعد حقوقی از منابع مهم حل معضله سکوت قانون به شمار می‌رود، تدوین و شرح قواعد فقهی که منبع بسیار مهمی در این راستا می‌باشد امری لازم و اجتناب‌ناپذیر می‌باشد.

منابع و مأخذ:

الف - فارسی

۱. امامی، سیدحسن، (۱۳۶۴)، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، چاپ دوازدهم، شش مجلد.
۲. بندرچی، محمدرضا، (۱۳۷۷)، مجموعه نظرات قانونی شورای نگهبان، چاپ اول، قزوین، بحرالعلوم.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۴۸)، تاریخ حقوق ایران، چاپ اول، تهران، معرفت.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۵۵)، دانشنامه حقوقی، (پنج جلد) چاپ اول، تهران، امیرکبیر.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، مبسوط در ترمینولوژی، (پنج جلد) چاپ سوم، تهران، گنج دانش.
۶. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۶۲)، لغتنامه، چاپ اول، تهران، مؤسسه لغتنامه دهخدا.
۷. رشاد، محمد (۱۳۶۳)، اصول فقه، چاپ دوم، تهران، اقبال.
۸. زندی، محمدرضا، (۱۳۸۱)، نظرات قضات دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی، جلد سوم، تهران، جنگل.

۹. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، (۱۳۶۵)، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ هشتم، تهران، دانش.
۱۰. قاسم زاده، قاسم، (۱۳۴۴)، حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران.

۱۱. کاتوزیان، امیرناصر، (۱۳۸۰)، اثبات و دلیل اثبات، (دو جلد) چاپ اول، تهران، میزان.
۱۲. متین دفتری، احمد (۱۳۸۱)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، (دو جلد) چاپ سوم، تهران، مجد.
۱۳. محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۶۵)، قواعد فقه، تهران، (سه جلد) چاپ اول، علوم اسلامی.
۱۴. مدنی، جلال الدین، (۱۳۵۶)، آیین دادرسی مدنی، چاپ دوم، تهران، دانشگاه ملی ایران.
۱۵. ولیدی، محمد صالح، (۱۳۶۷)، حقوق جزای اختصاصی، تهران، امیرکبیر.

ب - کتب عربی

۱۶. ابن منظور، محمدبن مکرّم، (۱۴۱۰)، لسان العرب، جلد سوم، چاپ سوم، بیروت، دارالهجره.
۱۷. ابوحیب، هادی، (۱۴۱۴)، القاموس الفقہی، چاپ اول، دمشق، دارالافتاء.
۱۸. ابوریثه، محمد (۱۴۱۲)، اضواء علی السنه المحمدیه، چاپ سوم، بیروت، کتبی.
۱۹. اصفهانی، راغب، (۱۴۱۲)، المفردات فی غرائب القرآن، چاپ چهارم، بیروت، کتبی.
۲۰. حکیم، محمدتقی، (۱۴۱۴)، الاصول العامه للفقہ المقارن، چاپ دوم، بیروت، دارالنشر.
۲۱. رضی، محمدعلی، (۱۴۲۱)، الفقہ المیسر، جلد دوم، بیروت، نورالاشراق.

۲۲. طبرسی، فضل بن حسن، (۱۴۱۶)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، چاپ دوم، بیروت، دارالکتب.
۲۳. طوسی، ابو جعفر محمد، (۱۴۱۸)، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، بیروت، دارالکتب.
۲۴. فیروزآبادی، ابوظاهر محمد، (۱۴۱۷)، القاموس المحيط، چاپ سوم، بیروت، دارالرشد.
۲۵. مجمع اللغة العربیة، (۱۴۱۱)، المعجم الوجیز، چاپ سوم، بیروت، دارالثقافه.
۲۶. مظفر، محمدرضا، (۱۴۲۱)، اصول الفقه، چاپ ششم، بیروت، دارالاضواء.
۲۷. یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۱۰)، العروه الوثقی، (دو جلد) چاپ ششم، بیروت، دارالنشر.

The silence of the law and the method of its defeat

Mohammad Reza Bandarchi^۱

Abstract

In the legal systems of the world, interpretation of law is one of the accepted methods. Thus, in the proceedings and the exercise of the right, the judge needs to interpret the provisions to which she/he intends to refer and in this regard, different schools of interpretation have emerged which jurists and judges provide specific interpretations of statute by referring to its principles; But sometimes the judge is confronted, not with the ambiguity of the law but with its silence; Because the legislature does not have the power to predict all events ahead, due to its inherently human nature, Therefore, it cannot include all things in the law. Thus, sometimes the new claim is asserted which a verdict has not been determined by a judge in legal texts, On the other hand, the judge is required to issue an appropriate verdict and cannot refuse the proceedings under the pretext of the absence of law rule; This is where we come across a phenomenon called the silence of the law. It is provided different ways to solve this problem in different legal systems. In the Code of Civil Procedure ۱۹۳۹ which was inspired by French law, in imitation of French law, the legislature required the judge to refer to the spirit of the law and the inalienable customs; Of course, this text itself had created several ambiguities. That practice changed after the establishment of the Islamic Republic of Iran and the passing of the constitution and a new method was established to analyze the legal silence, the most important of which was manifested in Article ۱۱۷ of the Constitution And the judge was required to refer to jurisprudence and valid juristic opinions instead of referring to the spirit of the law and Subsequently, in the Code of Civil Procedure ۲۰۰۰ article ۳, in addition to jurisprudence and valid juristic opinions, a category called "legal principles" was also specified and Thus, based on this basis established in the Islamic Republic of Iran, the judge is required to search the judgment in jurisprudence, valid juristic opinions and legal principles that are not contrary to jurisprudence, when faced with a case whose verdict is not in the law and it can't solve the problem through legal interpretation, Here, the role of the rules of jurisprudence, which has an important place in Islamic law, is revealed because it can be considered as one of the legal principles that are not also contrary to with Islamic jurisprudence; Thus, the importance of defining and interpreting of this legal principle becomes more and more clear.

Keywords: rule, evidence, legal principles, interpretation, silence of law, legislation

۱. Faculty member of University of Islamic Denominations