

جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی

چکیده: حقوق اسلامی از دیرباز یکی از منابع مهم نظم حقوقی در ایران بوده است. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، قانون اساسی جمهوری اسلامی به‌طور رسمی حقوق اسلامی را به صحنه زندگی آورد و سایر نهادهای حقوقی را در خدمت این آرمان قرار داد (اصل چهارم قانون اساسی). به‌علاوه، اصل ۱۶۷ قانون اساسی حقوق اسلامی را در زمره منابع رسمی و تکمیل‌کننده قوانین آورد و قاضی را موظف به اجرای آن ساخت. بدین ترتیب، حقوق اسلامی نه تنها معیار وضع قانونی عادلانه است، نظام حقوقی کشور را نیز اداره می‌کند، در دادگاه به‌عنوان متمم قانون مورد استناد قرار می‌گیرد و در زمره منابع حقوقی است. هدف قانون اساسی جمهوری اسلامی این است که اتحاد حقوق و مذهب را تحقق بخشد. این مقاله در دو گفتار تنظیم شده است. در گفتار نخست، مرحله وضع قانون و در گفتار دوم، مرحله تفسیر و اجرای قانون مورد بحث قرار گرفته است. این مقاله کوششی در راه تبیین راههای عملی ایجاد همزیستی بین قدرت و مذهب، همبستگی حقوق و مذهب، و همبستگی حقوق اسلامی با حقوق دولتی است. هم‌چنین مؤلف کوشیده است اشکالهای عملی اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی را بیان کرده، راه‌حلهای مناسبی را در این خصوص ارائه کند.

اهمیت حقوق اسلامی در نظم حقوقی

حقوق اسلامی از دیرباز یکی از منابع مهم نظم حقوقی در ایران بوده است. پیش از انقلاب مشروطیت، رویه قضایی بر پایه این حقوق استوار بود و قضات شرع قواعد فقه

را هم چون قوانین رسمی کشور رعایت می‌کردند. در حقوق عمومی، وابستگی نظم حقوقی به شرع بسان حقوق خصوصی و کیفری نبود: فرمان پادشاه و بخشنامه‌های صدراعظم و حکام ولایات نیز از منابع اصلی رابطه حکومت و مردم بود، و احکام شرع بیشتر چهره بازدارنده و منفی داشت و مانع از صدور احکام و فرمانهای مخالف با موازین اسلامی می‌شد.

پس از تشکیل حکومت مشروطه و ایجاد مجلس قانونگذاری، از لحاظ نظری، حقوق و شرع دو نظام جداگانه شد؛ ابتکار فرماندهی به حقوق رسید و بازرسی و نظارت به شرع واگذار شد.^(۱) منتها، این مرزبندی در عمل ثابت نماند: از یک سو، در کنار دادگاههای عرفی که صلاحیت عام برای رسیدگی به دعاوی بر طبق قانون و عرف داشتند، در پاره‌ای از زمینه‌ها، به‌ویژه در امور خانوادگی (نکاح و طلاق)، دادگاه شرع صلاحیت رسیدگی پیدا کرد و به اجرای کامل فقه پرداخت؛ از سوی دیگر، نظارت فقیهان بر قانونگذاری دیری نپایید و هیچ‌گاه به‌طور کامل استقرار نیافت و ملاحظه مجلس از احکام شرع وابسته به شرایط و اوضاع و احوال سیاسی و اجتماعی گردید.

در این دوران، یکی از پایگاههای حقوق اسلامی اندیشه‌های نویسندگان و دانیان حقوق بود: اینان می‌کوشیدند تا مبانی احکام قانون مدنی را در فقه بیابند و نوزاد گرامی قانون را برگهواره سنتی خود پرورش دهند. نگاهی به کتابهای حقوق مدنی تدوین شده آشکارا نشان می‌دهد که گروه سنت‌گرا چگونه تلاش کردند تا فقه را از درون کتابها به صحنه اجتماع آورند و آن را، به‌عنوان اندامی زنده، بر بدن نظام حقوقی پیوند زنند؛ پیوندی که با جذب اعتقاد استحکام یافت و بر بادهای موسمی چیره شد و اکنون به‌صورت درختی بارور درآمده است.

این تلاش، عمومی نبود و در سایر رشته‌ها ضعیف می‌نمود؛ منتها، باید این واقعیت را پذیرفت که فقه نیز داعیه و وسیله حکومت بر سایر روابط اجتماعی و بین‌المللی را نداشت و ناچار بود که قلمرو نفوذ خود را محدود سازد. هم‌اکنون نیز که حقوق اسلام از منابع رسمی حقوق است و به گفته قانون اساسی «بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و مقررات دیگر» حکومت دارد، استخوان‌بندی شعبه‌های حقوق عمومی و حقوق تجارت و بین‌الملل خصوصی و عمومی را اندیشه‌های خارجی تشکیل می‌دهد.

زیرا، نظم این شعبه‌ها زاده تمدن جدید و نیازهای زندگی در جامعه بین‌المللی کنونی است و نباید انتظار داشت که بی‌پیرایه در دامان فقه باقی بماند. وانگهی، حقوق مدنی هم که از ریشه‌های کهن تغذیه می‌شود، در هوای آزاد دم می‌زند؛ و جوانه‌هایش در دنیای ریشه‌ها زندگی نمی‌کند و پای در زنجیر سنتها ندارد. پس، نباید از دلایل طبیعی پرورش حقوق مدنی بر دامان فقه و تمایل سایر رشته‌ها به تجربه و افکار نو غافل ماند و تنها بر اندیشمندان خرده گرفت که سرزمین رشد ره آورد خود را از یاد برده‌اند.

سهم رویه قضایی نیز در ایجاد همبستگی قانون و فقه چشمگیر بود. در مجموعه‌های ناقصی که از آرای دیوان کشور فراهم آمده است، احکام الهام گرفته از فقه فراوان دیده می‌شود و تمایل دادرسان به تفسیری که حقوق را به فقه نزدیک کند محسوس است. منتها، نگاهی بی‌طرف این سیر تدریجی را نیز درمی‌یابد که، هر چه بر عمر دادگاهها افزوده می‌شد، قانون‌گرایی جای سنت‌گرایی را می‌گرفت و اعتقاد به قانون بر سایر نیروهای روانی و اجتماعی چیره می‌گردید؛ در حالی که اندیشه‌های حقوقی، هر اندازه هم که بازسازی شد، ریشه‌های کهن را از گزند زمانه حفظ کرد.

در نظم حقوقی، دو موج اسلام‌گرایی و تجددخواهی گاهی در هم می‌آمیخت و گاه از هم فاصله می‌گرفت تا سرزمینی را در انحصار خود بگیرد. برخوردها و تعارضها نیز کم نبود و مبارزه‌های پنهانی و آشکار ادامه داشت و چشمهای بی‌تفاوت و بی‌نظر در این انتظار بود که یکی از دو نیرو در نبرد غالب آید تا با خیالی آسوده به آن بپیوندد.

انقلاب ۱۳۵۷ نیروی پیروز را برگزید. قانون اساسی جمهوری اسلامی، به‌طور رسمی حقوق اسلامی را به صحنه زندگی آورد و سایر نهادهای حقوقی را در خدمت این آرمان گرفت. اصل چهارم قانون اساسی با صراحت اعلام داشت که:

«کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین دیگر حاکم است و تشخیص این امر برعهده فقهای شورای نگهبان است.»

از سوی دیگر، اصل ۱۶۷ قانون اساسی، حقوق اسلامی را در زمره منابع رسمی و تکمیل‌کننده قوانین آورد و قاضی را موظف به اجرای آن ساخت. در این اصل که در

فصل قوه قضائیه آمده است می خوانیم که:

«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 نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

بدین ترتیب، حقوق اسلامی، نه تنها معیار وضع قانونی عادلانه است که باید نظام حقوقی کشور را اداره کند، در دادگاه نیز به عنوان متمم قانون مورد استناد قرار می گیرد و در زمره منابع حقوق است. هدف قانون اساسی جمهوری اسلامی این است که اتحاد حقوق و مذهب را تحقق بخشد. با وجود این، این دو نظام را نمی توان درهم آمیخت. ممکن است چندی قدرت در کنار اعتقاد بماند و برای این همزیستی بهایی پردازد، ولی حاضر نیست در برابر آن به زانو در آید و خود را فدا کند. منافع این دو نهاد اجتماعی و روانی نیز یکسان نیست: یکی بر اجبار تکیه دارد و دیگری به عشق؛ یکی عدل می خواهد و دیگری انصاف؛ یکی به مصلحت می اندیشد و دیگری به حقیقت؛ یکی به رفتار اجتماعی می پردازد و دیگری به اخلاص؛ یکی به انسان متعارف قانع است و دیگری به انسانی فداکار و شیفته حق می اندیشد. هر دو اطاعت می خواهند، ولی یکی اطاعت از دولت را فرمان می دهد و دیگری اطاعت از خداوند را. پس، نباید انتظار اتحاد قدرت و ایمان را داشت. باید به همزیستی نیز قانع بود. همین اندازه نزدیکی نیز، هم از تلخی قدرت می کاهد و هم ایمان را در زمره ارزشهای اجتماعی می آورد.

تأمین این همزیستی نیز هدفی ساده و در دسترس نیست؛ آرمانی است والا که شرط دستیابی به آن ریاضت و قناعت است... که عشق اول نمود آسان ولی افتاد مشکلها.

دریچه های نفوذ حقوق اسلامی

چنانکه گفته شد، آنچه در قانون اساسی آمده همزیستی قدرت و مذهب، و همبستگی حقوق اسلامی با حقوق دولتی است نه اتحاد آنها. حقوق دولتی در چارچوب آرمانهای مذهب در حرکت و تحول است؛ از فقه تغذیه می کند، ولی به زندگی ویژه خود ادامه می دهد. منابع و مقام صالح وضع قانون و شرع یکی نیست و هدفها نیز تفاوت

دارد. با وجود این، وسایلی در قانون اساسی پیش‌بینی شده است که باید دریچه‌های نفوذ حقوق اسلامی در نظم تحقیقی نامید. این دریچه‌ها عبارت است از:

۱. الزام بر اینکه قوانین در تمام زمینه‌های اجتماعی باید بر اساس موازین اسلامی باشد (اصل ۴ ق.ا.؟)

۲. منع مجلس شورای اسلامی از وضع قوانین مخالف با اصول و احکام مذهب رسمی کشور (اصل ۷۲ ق.ا.؟)

۳. پیش‌بینی شورای نگهبان به‌عنوان ناظر استصوابی وضع قانون و پاسدار موازین اسلامی در نظم حقوقی (اصل ۹۱ ق.ا.؟) و

۴. هدایت و الزام قاضی در استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، در فرضی که قانون راه‌حلی ندارد (اصل ۱۶۷ ق.ا.).

تفویض مقام رهبری به فقیه عادل، انتخاب رئیس جمهور از میان رجال مذهبی و سیاسی و سوگند او در پاسداری از مذهب، انتصاب رئیس قوه قضائیه و رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل از میان فقیهان عادل را نیز باید از تمهیدهای غیرمستقیم حفظ حقوق اسلامی شمرد. ولی، دریچه‌های مستقیم نفوذ این حقوق را می‌توان در دو مرحله: ۱. وضع و ۲. تفسیر اجرای قانون، جداگانه بررسی کرد.

گفتار نخست. مرحله وضع قانون

نقش منفی یا بازدارنده حقوق اسلامی

در مرحله وضع، نقش اصلی حقوق اسلامی منفی و بازدارنده است: حقوق اسلامی را نمی‌توان قانون رسمی کشور شمرد و به راه‌حلهای فقهی در روابط اجتماعی استناد کرد. ممکن است در مقام تفسیر قانون و سیر نظام حقوقی کشور از منبع اسلامی الهام گرفت و راه‌حل فقهی را با روح قانون همگام و موافق شمرد، ولی هیچ مقام اداری یا قضایی حق ندارد، به‌جای رجوع به قوانین وضع شده، برای یافتن قانون حاکم به فقه استناد کند و آنچه را یافته یا استنباط کرده است بر اجرای قانون ترجیح دهد. به بیان دیگر، حقوق اسلامی منبع قانون نیست؛ بازدارنده و هدایت‌کننده است. به همین جهت،

گفته شد که در نظام کنونی نباید از اتحاد حقوق و مذهب سخن گفت و باید به همزیستی و همگامی آنها قناعت کرد.

ممکن است ایراد شود که، چون قاضی می‌تواند در فرضی که قانون ناقص است به منابع و فتاوی معتبر اسلامی رجوع کند، نقش حقوق اسلامی را نباید تنها منفی شمرد. ولی، به آن پاسخ داده می‌شود که تمیز حق و قضاوت از چهره‌های اجرای قانون است نه وضع آن. پس، توجه به این نقش مثبت را به گفتار دوم می‌سپاریم و در این گفتار تنها به مرحله وضع و انشای قانون می‌پردازیم. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران:

«اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود و مصوبات آن، پس از طی مراحلی که در اصول بعد می‌آید، برای اجرا به قوه مجریه و قضائیه ابلاغ می‌گردد.» (اصل ۵۸)

معنی اصل ۵۸ این است که حق وضع و انشای قانون از ارکان حاکمیت ملی و در انحصار اراده ملت است و مجلس شورای اسلامی این اراده را بیان می‌دارد. رجوع به آرای مستقیم مردم در امور مهم نیز حاکمیت انحصاری مردم را تأیید و تقویت می‌کند.

قلمرو این نقش

در اصل ۴ ق.ا، که در فصل اصول کلی آمده است، می‌خوانیم که، قانون باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این حکم شامل تمام قوانین کشوری می‌شود، خواه پیش از استقرار قانون اساسی وضع شده باشد یا بعد از آن. پس، مفاد اصل ۴ درباره آینده چنین خلاصه می‌شود که: «مجلس شورای اسلامی باید بر اساس موازین اسلامی قانون وضع کند». جمله «وضع قانون بر اساس موازین اسلامی» روشن نیست؛ از مفاد آن بوی جدایی قانون و مذهب آشکارا به مشام می‌رسد، و گرنه بایست گفته می‌شد که «حقوق اسلامی قانون رسمی کشور است»، ولی قلمرو این الزام واضح نیست. آیا مقصود این است که قوانین نیز مانند احکام فقهی باید از منابع حقوق اسلامی (قرآن، سنت، اجماع و عقل) استنباط شود یا کافی است حاوی حکمی مخالف با احکام اسلامی نباشد؟

در نگاه نخست، شاید اهمیت این پرسش به نظر نیاید و تفاوت دو سوی آن مهم

جلوه نکند. ولی، تأمل بیشتر نشان می‌دهد که «الزام به وضع قانون بر اساس موازین اسلامی» چیزی بیش از «منع وضع قانون مخالف اسلام» است و از قلمرو حاکمیت ملی به سختی می‌کاهد و هرگونه ابتکار و حرکتی را دشوار می‌سازد. زیرا، معلوم نیست چگونه بر پایه منابع فقهی می‌توان شمار وزیران یا اختیار رئیس جمهور یا میزان جریمه قاچاق ارز یا بیمه اجباری اتومبیل و کارگران را استنباط کرد؟ حداکثر این است که گفته شود عقل مستقل، راهنما و منبع وضع این‌گونه قوانین است و بنای عقلا را باید معیار گرفت. اما این توجیه نیز از ابهام راه‌حل نمی‌کاهد، چرا که داوری عقل معیار ثابتی ندارد و در امور جزئی راه‌حلی ارائه نمی‌کند و ما را به محظوری دچار می‌سازد که سالیان دراز پیروان حقوق فطری از آن رنج می‌بردند و سرانجام نیز ناچار شدند دست از اعتماد به عقل بردارند و به تجربه روی آورند. ولی، در سوی مخالف، قید قانون اساسی تحمل‌پذیر و روشن است و مانع از ابتکار و رعایت مصالح اجتماعی نمی‌شود: ما آزادیم که قانون زندگی اجتماعی خود را چنانکه می‌خواهیم و مصلحت می‌دانیم، انتخاب کنیم و تنها قیدی که داریم مخالفت نکردن با موازین و احکام اسلامی است.

روح و متن قانون اساسی با راه‌حل اخیر موافق است:

۱. در اصل ۵۶ ق. ۱: پس از اعلام حاکمیت مطلق خداوند بر جهان و انسان، با صراحت تمام گفته شده است:

«و هم او، انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است.»

این حاکمیت، چون عرضی است و منشأ واقعی آن اراده خداوند است، محدود به همان اراده می‌شود؛ ولی، با این قید، وجود دارد و باید محترم داشته شود؛ در حالی که به زندگی در جامعه‌ای بسته و در قالبی از پیش ساخته «حکومت بر سرنوشت اجتماعی خویش» گفته نمی‌شود. به بیان دیگر، اطاعت با حاکمیت جمع نمی‌شود.^(۲)

۲. اجمال اصل ۴ ق. ۱. را اصل ۷۲ همان قانون، که در مقام بیان وظیفه مجلس شورای اسلامی است، از بین می‌برد. در این اصل می‌خوانیم:

«مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...»

این اصل، بی‌گمان بر اصل ۴ حکومت دارد. زیرا، از جهت خطابی که به مجلس یا اندام قانونگذاری دارد، نسبت به اصل ۴ خاص است و تفصیل در آن از دو جهت، اجمال قلمرو عام را در قید قانونگذاری بیان می‌کند:

۱. از این جهت که نشان می‌دهد مقصود نهایی منع از وضع قانونی است که با اصول و احکام مذهب مخالف باشد. چنین قانونی بر اساس موازین اسلامی است، هر چند که در فقه سابقه نداشته باشد و از امور مستحدثت به شمار آید و نتوان مفاد آن را به یکی از منابع فقهی نسبت داد. دو اصل ۹۴ و ۹۶ ق.ا. نیز این استنباط را تأیید می‌کند. در اصل ۹۴، که در مقام بیان تفصیلی وظیفه شورای نگهبان نسبت به مصوب مجلس و ضمانت اجرای دو اصل ۴ و ۷۲ است، چنین می‌خوانیم:

«... شورای نگهبان موظف است آن را.. از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند، برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند...»

این اصل، معیار «انطباق بر موازین اسلام» را «مغایر نبودن» با اصول و احکام اسلامی قرار داده است و از این جهت مفاد اصل ۷۲ را تأیید می‌کند و اصل ۹۶ نیز که اعلام می‌کند:

«تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلامی با اکثریت فقهای شورای نگهبان... است.»

در همین راستا است.

۲. از این لحاظ که مفهوم عام «اسلام» در اصل ۴ را مخصوص مذهب رسمی کشور (جعفری اثنی عشری) کرده است. پس، اگر قانونی مغایر با احکام مذهب سنیان باشد، مانعی برای تأیید شورای نگهبان ایجاد نمی‌کند. به بیان دیگر، مقصود از «موازین اسلامی» برداشتی است که در مذهب شیعه جعفری از اسلام می‌شود. احکام مغایر میان شیعیان و سنیان در فروع مسائل کم نیست و نظام حقوقی کشور ناچار باید یکی از این دو را قید قانونگذاری سازد (اصل ۱۲ ق.ا.).^(۳)

شورای نگهبان؛ ارجاع

درباره نقش شورای نگهبان در مرحله وضع قانون در جای دیگر توضیح داده شده است و نیازی به تکرار آن نیست.^(۴) آنچه باید بر آن گفته‌ها افزود، اختصاص یافتن صلاحیت تمیز شرعی بودن قوانین به فقهای شورا است. در اصل ۹۶ ق.ا. خواندیم که، تشخیص عدم مغایرت قانون با شرع با فقهای شورای نگهبان است. این گروه در بند ۱ اصل ۹۱ ق.ا. بدین‌گونه توصیف شده است:

شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز انتخاب این عده با مقام رهبری است.»

طبیعی است که مجلس شورای اسلامی، در مقام وضع قانون، می‌کوشد تا آن را به شیوه‌ای بیاراید که به مذاق فقیهان شورا نزدیک باشد و همین هدف روانی سبب می‌شود که، نه تنها قانون برخورد آشکار با احکام اسلامی نداشته باشد، به شیوه فقیهان و با استفاده از همان اصطلاحها و ابزارهای منطقی بیان گردد. در نتیجه، باید پذیرفت که در مرحله وضع قانون نیز اثر حقوق اسلامی محدود به نقش منفی آن نمی‌شود و در عمل، دریچه‌ای پنهان برای نفوذ و ورود احکام فقهی در نظم حقوقی رسمی است.

گفتار دوم. مرحله تفسیر و اجرای قانون

تفسیر قانون؛ قاعده

گفته شد که پیش از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز بسیاری از نویسندگان و دادرسان، به‌ویژه در تفسیر قانون مدنی، می‌کوشیدند تا از احکام اسلامی و اندیشه‌های فقیهان الهام بگیرند و پیراستن جامه کهن خویش را بر عاریت جامه دیگران ترجیح دهند. ولی، هیچ الزامی حقوقی در انتخاب چنین شیوه‌ای وجود نداشت و تنها نفوذ اخلاقی و اعتقاد، ضمانت اجرای آن بود. به همین جهت هم پاره‌ای از نوپردازان چنان سخن می‌گفتند که گویی هیچ سنت و خاطره‌ای از خود ندارند و در فضای مجرد و خالی از هر اندیشه‌ای ره آورد خود را به ارمغان می‌آورند.

اصل چهارم قانون اساسی، با اعلام حکومت حقوق اسلامی بر اطلاق یا عموم همه قوانین، آن الزام اخلاقی را به تکلیف حقوقی تبدیل کرد. دادرس وظیفه دارد که قوانین را چنان تفسیر کند که با موازین اسلامی و احکام آن برخورد پیدا نکند؛ حرامی را حلال نسازد و حلالی را حرام نکند. روح حاکم بر قانون اساسی و هدف قانونگذاری در سایه آن، گرایش و هدایت به سوی جامعه اسلامی است و تمام قوه‌ها و اندامهای پیش‌بینی شده در این نظام باید از برخورد با قوانین الهی و اسلامی پرهیز کنند. قاضی نیز، به‌عنوان نیروی اندیشمند و مأمور اجرای عدالت، این تکلیف را دارد که در مقام اجرای قانون به روح هدایت‌کننده احکام توجه کند و هم‌چون ماشینی منطقی و بی‌تفاوت تنها به مدلول الفاظ قانون نیندیشد.

تعدیل قاعده و رعایت نظم حقوقی

در اجرای قاعده‌ای که گفته شد نباید راه مبالغه پیمود. رعایت نظم حقوقی توجه به چند نکته مهم را ایجاب می‌کند:

۱. قاضی نمی‌تواند از مرحله تفسیر یا فراتر نهد و به بهانه احتراز از تجاوز به احکام اسلامی از اجرای قانون خودداری کند. در آغاز استقرار جمهوری اسلامی بعضی چنین اندیشه خطرناکی را در سر می‌پروراندند و می‌خواستند طغیان در برابر نظام قانونی یا ناآگاهی و بی‌مبالاتی خود را بدین وسیله توجیه کنند. هنوز هم گاه از این نغمه‌ها به گوش می‌رسد. ولی، باید دانست که تنظیم سیاست قانونگذاری با مجلس و شورای نگهبان است و قاضی نمی‌تواند خودسرانه از اجرای قانون صریحی که نمی‌پسندد خودداری کند و فتوای فقیهی را جانشین قانون سازد.

۲. در مقام تفسیر نیز باید میان «رأی فقیه» و «حکم شرع» تفاوت نهاد: رأی فقیه نظر خصوصی است؛ نتیجه تلاشی که دانشمندی برای دستیابی به حکم شرع کرده است. اعتبار دلالت این رأی وابسته به نفوذ اخلاقی و اعتبار صاحب آن است. فقیهان نیز مانند سایر کارشناسان در امور نظری با هم اختلاف دارند. اختلاف تنها نشانه اشتباه نیست؛ نتیجه شرایط گوناگون خارجی و روانی و نفوذ عوامل سیاسی و اقتصادی و اخلاقی در ذهن نیز هست که ما آن را در زبان عرف به اختلاف سلیقه تعبیر می‌کنیم. پس، در مسائل

نظری هیچ فتوایی دادرس را از تحقیق بی نیاز نمی کند. او در هر حال نیاز به اجتهاد برای یافتن هدف شارع و ترجیح و انتخاب دارد و تقلید بر او بخشوده نیست. آنچه دادرس را پایبند می کند یا الهام می بخشد «اصول و احکام اسلامی» است نه شهرت فقیهان که حداکثر، طریق دستیابی به آن است. پس، نباید از این واسطه ها و راهنماها سدی برای اجتهاد ساخت یا قاضی را معاف از اجتهاد شمرد.

سایر دانایان و اندیشمندی که به تفسیر قوانین می پردازند تابع همین قواعد هستند و نباید احتیاط و تدبیر را فدای سرعت و شهرت سازند. نگاهی گذرا به کتاب حقوق مدنی و در مسائلی، مانند، بیع کالی به کالی و ضمان معاوضی و اثر عقد ضمان و سبب مقدم در تأثیر در ضمان قهری و بلوغ دختران و دهها موضوع دیگر، آشکارا تفاوت میان «رأی فقیه» و «حکم شرع» و فایده جدایی این دو مفهوم را نشان می دهد و این تجربه را می آموزد که شیفته و مرعوب شهرتها نباید شد. شرع با رعایت مصالح اجتماعی در اجتهادهای جدید مخالفتی ندارد و، بر خلاف آنچه گاه ادعا می شود، مایل نیست که جامعه را در حال رکود و بی حرکت نگاه دارد و سنتها را مانع پیشرفت ملتها سازد.^(۵)

۳. قطع نظر از سایه عمومی حقوق اسلام بر نظام حقوقی دولتی، در تفسیر هر قاعده باید مهد و ریشه و پیشینه رشد آن را شناخت و به تناسب حکمتی که وجود و موقع آن در حقوق ما دارد توجه داشت و بیهوده احکام قانون را منحرف نساخت. همان گونه که مفهوم «خیار تعدر تسلیم» و «طلاق عدی» را باید در کتابهای فقه جستجو کرد، معنی اصطلاح «استفاده بدون جهت» و «پذیره نویسی» و «سبب نزدیک» و «دستور موقت» را باید در منابع ویژه آنها و از جمله عرف اهل فن دید و تفسیر مناسب هر قاعده را در محل خود نهاد. بر پایه همین نکته فنی است که در مقدمه علم حقوق در بخش تفسیر قانون مدنی^(۶) آورده ایم که:

«جمع نظام اسلامی با نیازها و ضرورتهای نو به ذوق سلیم و مطالعه فراوان احتیاج دارد. عرصه سیمرخ است و باید به آرامی و با روشن بینی در آن گام نهاد. شتابزدگی و تعصب این بنای کهن را در هم می ریزد و آن گاه به دشواری می توان ساختمانی دلخواه را جانشین آن کرد.»

درباره شیوه مطلوب تفسیر و فنون استنباط، سخن فراوان داریم که تفصیل آن را به

جلد سوم فلسفه حقوق (منطق حقوق) وامی‌گذاریم.^(۷)

اصل ۱۶۷ قانون اساسی و سرنوشت آن

مفاد اصل ۱۶۷ ق.ا. یکی از مهمترین تحولاتی است که نظام حقوقی ما را به سوی حقوق اسلامی متمایل می‌کند. در این اصل می‌خوانیم:

«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...»^(۸)

درجه این تحول را آینده نشان می‌دهد و وابسته به اقبال رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی است. واقعیت وضع کنونی را باید برزخی میان نظم پیشین و هدفهای بلندپروازانه قانون اساسی دانست؛ برزخی که استعداد هر دو نظم را در آن می‌توان دید. رویه قضایی در تردید است و هنوز نتوانسته شیوه منطقی و معتدلی انتخاب کند. دلیل اصلی این تردید و ابهام تفاوت و برخورد دو تربیت حقوقی در دادگستری کنونی است. دادرسانی که تربیت فقهی و حوزه‌ای دارند هنوز به اجرای قانون خو نگرفته‌اند و آن را مزاحم آزادی خود می‌بینند و مایل‌اند آنچه را در مدرسه خوانده‌اند جایگزین آن سازند. پس، به اندک بهانه از آن می‌گریزند و به فتوایی در دسترس روی می‌آورند. برای اینان استخراج حکم از کتاب فقهی هم ساده‌تر از جست‌وجو در مجموعه‌های قوانین است و هم امتیازی است که گروهی از آن ناتوان‌اند. برعکس، دادرسانی که تربیت حقوقی و دانشگاهی دارند از دیرباز آموخته‌اند و به تجربه دریافته‌اند که احترام به قانون والاترین ارزشهاست و باید متن و روح قانون معیار تمیز حق باشد. اینان، بر خلاف گروه نخست، دریافته‌اند حکم دعوی از مجموعه‌های قوانین مهارت بیشتر دارند و ترجیح می‌دهند که از معیار مشخص و دولتی برای تمیز حق استفاده کنند. در نتیجه، می‌کوشند که به هر تمهید، حکمی را به قانون نسبت دهند و خود را گرفتار دغدغه تمیز فتوای معتبر و آثار نامطلوب و قابل‌گفت‌وگویی آن نسازند. جمعی هم راه اعتدال پیش گرفته‌اند و قانون را در سایه فقه اجرا می‌کنند و می‌کوشند که در هر دو اجتهاد کنند و راهی برای جمع دو نظم بیابند. به نظر می‌رسد که غلبه با این گروه باشد و در آینده نیز دو گروه

افراطی ناچار شوند از موضع خود دست کشند و به این هم نهاد متعادل روی آورند. وضع کتابها و مقاله‌های حقوقی نیز کم‌وبیش مانند رویه قضایی است: در پاره‌ای از آنها هدف اصلی تحکیم و تأیید فقه است و گاه که، نویسنده از قانون نیز شاهد مثالی می‌آورد گویی حقوق اصیل و دلخواه را با قانونی بیگانه مقایسه می‌کند؛ زیر عنوان شرح قانون، فقه می‌نویسد و به دنبال مشهورات است و به آن می‌بالد و هیچ شخصیت و اصلاتی برای نمودار اراده ملی و نظم دولتی نمی‌شناسد. گروهی نیز به راه پیشین خود می‌روند؛ یا به حقوق اسلام به عنوان متمم قانون توجه ندارند، یا اگر نامی از آن می‌برند، چنان پخته و سطحی است که گویی تظاهر به امری تحمیلی و زاید می‌کنند. معدودی نیز می‌کوشند تا به اجتهاد در قوانین پردازند و در این راه از فقه و سنتهای اسلامی الهام بگیرند. نتیجه قطعی این وضع را آینده روشن می‌کند، ولی در هر حال، جهان کنونی در همه زمینه‌ها نیاز به ابتکار و اجتهاد دارد. این جهان خواه‌وناخواه ما را به دنبال می‌کشد. پس، چه بهتر که خود راهبر و پیشگام باشیم و به استقبال دشواریهای زندگی صنعتی و اطلاعاتی عصر خود رویم و دل به تقلید و افتخار به پیشینیان خوش نداریم. افتخار به گذشته در صورتی مفید است که، انگیزه پیشرفت در آینده شود؛ باید از آن، سکوی پرش و جهش بسازیم نه سراشیب سقوط و رکود.

تحلیل اصل و مراحل پژوهش حکم

از تحلیل اصل ۱۶۷ ق.ا. دو مرحله گوناگون در مقام تمیز حق استنباط می‌شود که هر کدام قاعده ویژه خود را دارد:

۱. فرضی که در قوانین حکم خاصی برای تمیز حق و رفع خصومت وجود دارد؛ و
۲. فرضی که قانون حکمی ندارد و دادرس ناچار است به قاعده دیگری در تمیز حق رجوع کند.

این دو فرض در طول یکدیگر است: یعنی، دادرس در مرحله نخست باید بکوشد تا قاعده حاکم بر دعوی را در میان قوانین بیابد و، چنانکه اشاره شد، تا زمانی که قانون هست نمی‌تواند از آن بی‌اعتنا بگذرد و به منبع دیگری (حتی حقوق اسلامی) روی آورد. مرحله دوم از زمانی آغاز می‌شود که قانونی در دسترس او نباشد و عدالت معطل بماند؛

آن گاه است که، پس از جست‌وجوی لازم و ناامیدی از یافتن حکم، باید حقوق اسلامی را به عنوان منبع متمم قانون بیابد و به کار بندد.

ترتیب میان قانون و قواعد اسلامی به معنی ترجیح نظم دولتی بر اسلامی نیست؛ این توهم را اصل ۴ ق.ا. از بین می‌برد. ترتیب، ناشی از این فرض است که قوانین جمهوری اسلامی نیز بر اساس موازین اسلامی وضع شده؛ استنباط قوه قانونگذاری از روح اسلام و آمیزه آن با مصالح ملی و عمومی است. پس، طبیعی است که این استنباط بر آنچه قاضی در پی یافتن آن است ترجیح دارد. زیرا، در تقسیم کار حکومت، قاعده را مجلس شورای اسلامی (قوه مقننه) وضع می‌کند و قاضی (قوه قضائیه) آن را در مقام تمیز حق به کار می‌بندد. مفهوم ترتیب الزامی میان قانون و احکام اسلامی این است که خلاف «فرض حقوقی»^۱ را، که از سنخ احکام موضوعی و ماهوی است، نمی‌توان اثبات کرد و نباید آن را با «اماره قانونی»^۲ و «اصل عملی»، که در زمره دلایل است، اشتباه کرد.^(۹)

۱. فرض وجود قانون

تقدم متن قانون

بارها گفته شد که، اگر دادرس متن حکمی را که برای تمیز حق نیاز دارد در قوانین بیابد، باید آن را به کار بندد و رأی را مستند به آن کند. در این فرض، رجوع به فقه نه ضروری است و نه مباح؛ برای مثال، ماده ۱۰ ق.م. قرارداد خصوصی را نافذ می‌داند، مگر اینکه بر خلاف صریح قانون باشد؛ یعنی، نفوذ هر عقد و شرط نیازی به اذن قانونگذار ندارد، ولی حکم او می‌تواند مانع نفوذ تراضی شود. پس، این بحث که آیا قراردادهای پیش‌بینی نشده در قانون و «شروط ابتدایی» الزام‌آور و نافذ است دیگر موردی ندارد؛ بحثی است بیهوده که باعث سوء تفاهم و القای شبهه درباره اعتبار قانون می‌شود.^(۱۰) هم‌چنین، وقتی ماده ۲۲ ق.ث. به صراحت اعلام می‌کند که دولت کسی را مالک زمین ثبت شده می‌داند که با سند رسمی آن را انتقال گرفته است، دیگر گفت‌وگو از آثار ایجاب و قبول شرعی در بیع و امکان شناسایی مالکیت کسی که ملک را با سند

عادی خریده است زاید و مزاحم است و باید از آن پرهیز کرد.^(۱۱) در چنین مواردی، رجوع به فقه به منظور پی بردن به منظور قانونگذار و پیشینه حکم قانون بی‌گمان مفید است، ولی نباید از آن حربه‌ای برای مبارزه با قانون ساخت. قانون اساسی راه جمع دو نظم قدیم و جدید را به ما آموخته است و زینده قاضی دولت جمهوری اسلامی نیست که در برابر قانون همان دولت طغیان کند.

تقدم قانون منحصر به مواردی نیست که حکم در منطوق آن آمده باشد. مفهوم قانون نیز از همان اعتبار برخوردار است و مانع از امکان رجوع به فقه می‌شود: به عنوان مثال، در ماده ۸۳۰ ق.م.، درباره امکان رد وصیت از سوی موصی له، می‌خوانیم که:

«... اگر بعد از وقت آن را قبول و موصی به را قبض کرد، دیگر نمی‌تواند آن را رد کند...»

و مفهوم مخالف حکم (مفهوم شرط) این است که:

«اگر موصی له بعد از وقت وصیت را قبول و موصی به را قبض نکرده باشد، حق رد وصیت را ندارد.»

این مفهوم، در مورد امکان رد وصیت بعد از قبول و پیش از قبض موصی به، با نظر مشهور در فقه مخالف است و نویسندگان قانون مدنی نظر معدودی از فقیهان (مانند، شیخ طوسی در مبسوط) را، که قبض را شرط لزوم وصیت دانسته‌اند پذیرفته‌اند.^(۱۲) این مفهوم، که در دید عرف به خوبی از ماده ۸۳۰ ق.م. بر می‌آید، مانند منطوق همان ماده حکم قانون است و قاضی نمی‌تواند، به استناد شهرت فقیهان متأخر که تمام کتابهایشان از منابع معتبر اسلامی است، حکم به لزوم بیع دهد.

مفهوم موافق قانون نیز، به ویژه در فرضی که مدلول الفاظ قانونگذار است، حکم قانون است و مانع از استناد قاضی به فقه می‌شود: به عنوان مثال، در ماده ۱۲۴۱ ق.م. آمده است:

«قیم نمی‌تواند اموال غیر منقول مولی علیه را بفروشد... مگر با لحاظ غبطه مولی علیه و تصویب مدعی العموم.»

این حکم، دست‌کم بخشش و صلح مال غیرمنقول مولی علیه را بدون تصویب دادستان منع می‌کند؛ هر چند که در عبارت قانون به آن اشاره نشده است.^(۱۳)

آیا استناد به روح قانون نیز مقدم بر فقه است؟

برای پاسخ دادن به این پرسش مهم که تاکنون به شیوه علمی مطرح نشده است توجه به چند مقدمه اساسی ضرورت دارد:

۱. مقصود از روح قانون، که در ماده ۳ ق.ا.د.م. به‌عنوان منبع تمیز حق آمده 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: برای مثال، اصل آزادی قراردادی، احترام به مالکیت خصوصی، لزوم جبران ضرر، نسبی بودن اثر قرارداد، منع سو استفاده از حق، حفظ حرمت خانواده مشروع و حمایت از متصرف، از جمله اصول مورد احترام در قانون مدنی است. این اصول سایه خود را بر همه احکام دارد و فروع گوناگونی از آنها استنباط می‌شود و هم‌چون شاخه‌های به‌هم‌بسته، مجموعه‌ای تجزیه‌ناپذیر تشکیل می‌دهد که در اصطلاح، «روح قانون» نامیده می‌شود. روح قانون همیشه بدین کلیت باقی نمی‌ماند و در اثر اجرای آن اصول الهام‌بخش در محل‌های خود سبب ایجاد قواعد جزئی‌تری می‌شود که به افعال و رفتار اشخاص تعلق می‌گیرد: مانند، قاعده مالکیت تبعی بر فضا و قرار ملک و احکام استیفا از مال و کار دیگری که از شاخه‌های اصل احترام به مالکیت است و حرمت زنا و قواعد نسب و اماره فراش که از توابع حمایت از خانواده مشروع است.

«روح قانون» معنای دیگری هم دارد که در ترکیب «هدف‌های قانونگذار» خلاصه می‌شود: برای مثال، از مفاد مجموع اصول اساسی حکومت جمهوری چنین برمی‌آید که هدف قانونگذار ایجاد همزیستی و همگامی میان نظم حقوقی و احکام اسلامی است. این هدف، هم‌چون ظرفی رنگین، هر چه را در درون دارد به همان رنگ نمودار می‌سازد و سایه خود را بر سر تمام قواعدی که محیط بر آنها است حفظ می‌کند و راهنمای مفسر و دادرس در تعیین مفاد و قلمرو قوانین و شیوه تکمیل آن می‌شود.

به‌طور خلاصه، روح قانون عبارت است از استخوان‌بندی نظم حقوقی و نیروی

محرك و بستر حرکت آن؛ اصلی راهنما که در پس پرده واژه‌ها پنهان است و به یاری خرد و تجربه باید آن را شناخت.

۲. بدین ترتیب، در استنباط روح قانون، خرد و تجربه مفسران و دادرسان نیز سهم مؤثر دارد و آمیزه‌ای است از آنچه قانونگذار گفته است و از آنچه باید بگوید. ماده اول قانون مدنی سوییس نمونه بارز واقع‌گرایی و گریز از پندار است: در این ماده می‌خوانیم:

«۱) قانون بر تمام موضوعهایی که به عبارت و روح یکی از مقررات آن مربوط می‌شود حکومت دارد.

۲) در صورتی که حکم قانونی قابل اجرا وجود نداشته باشد، قاضی بر طبق حقوق عرفی و، در صورت فقدان عرف، بر طبق قواعدی که اگر قانونگذار بود وضع می‌کرد، رأی می‌دهد.

۳) او از راه‌حلهای متداول در اندیشه‌های حقوقی و رویه قضایی الهام می‌گیرد.»

بر طبق این ماده، قانون در مرحله نخست باید مطابق با متن و روح و هدف آن تفسیر شود: روح و هدف قانون نیز مانند مدلول الفاظ آن جزو قانون است و عبارتها باید بر مبنای روح و هدف قانون معنی شود. ولی، هرگاه چنین متنی نباشد، دادرس در مرحله دوم بر طبق عرف رأی می‌دهد و در مرحله سوم، با الهام گرفتن از راه‌حل متداول در دانش حقوق و رویه قضایی، چنان حکم می‌دهد که گویی خود قانونگذار است. در آخرین مرحله، عدالتی که قاضی می‌پسندد جانشین عدالت قانونی می‌شود.

در حقوق انگلیس و امریکا نیز، جایی که قاعده سابق و حکمی در کامن‌لا نباشد، قاضی بر پایه آنچه از عقل و عرف استنباط می‌کند قانونگذار دعوی است و قاعده‌ای را که شایسته اجرا می‌داند تعیین می‌کند. در فرانسه نیز، ابتکارهای قضایی چشمگیر است. با وجود این، نویسندگان می‌کوشند تا قاضی را مجری قانون وانمود کنند تا بر «اراده ملی» و حاکمیت ملت آسیبی نرسد.

در حقوق ما، از لحاظ نظری، هیچ‌گاه به قاضی اختیار وضع قاعده، حتی در رابطه دو طرف دعوی، داده نشده است. او استنباط‌کننده و جست‌وجوگر است و باید حقوق را بیابد و اجرا کند. در ماده ۳ ق.ا.د.م، که نفوذ قانون مدنی سوییس در آن آشکار است، می‌خوانیم:

«دادگاههای دادگستری مکلف‌اند 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.»

در این حکم، که پیش از قانون اساسی جمهوری اسلامی تنها قاعده تفسیر و تکمیل قانون بود، قاضی مأمور اجرای «متن و روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم» است و در ایجاد قاعده حاکم نقشی ندارد. اصل ۱۶۷ ق.ا. دایره محیط دادرسی را تنگ‌تر می‌کند و قاضی را و می‌دارد، تا در صورتی که قانون حاکم بر دعوی را نیابد، حقوق اسلامی را به‌عنوان متمم قانون رعایت کند.

۳. این حکم «روح قانون» را از شمار مستندهای حکم بیرون نمی‌کند، زیرا قانونگذار عاقل به قاضی دستور نمی‌دهد که از مقصود و هدفهای او بی‌اعتنا بگذرد و تنها به واژه‌ها و صنایع ادبی پردازد؛ پوست را بگیرد و مغز را رها سازد. این حکم نامعقول زیبنده شارع حکیم نیست و به او نسبت داده نمی‌شود. روح قانون خمیرمایه و جوهر آن است و جدای از منطوق حکم تصور نمی‌شود. تأمل در بند ۱ ماده اول قانون مدنی سوییسی نیز نشان می‌دهد که متن الهام‌بخش نویسندگان ماده ۳ ق.آ.د.م. نیز روح قانون را از پرده واژه‌ها جدا نساخته است و قاضی را مأمور اجرای این ترکیب جسم و روح می‌کند.

اشتباه در تدوین ماده ۳ ق.ا.د.م. از آنجا است که استناد به «روح» قانون در فرضی آمده است که قانونی وجود ندارد یا آنچه هست ناقص و مبهم و متناقض است. شیوه نگارش ماده این توهم را ایجاد می‌کند که «روح قانون» منبعی جدای از مدلول واژه‌های آن است و به‌عنوان 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 واژه‌ها است و در هر حال معنی واقعی آنها را معین می‌کند. منتها، در فرضی که منطوق حکم و مدلول واژه‌ها چندان روشن است که مقصود را می‌رساند و ابهامی ندارد، ضرورتی برای استناد به روح قانون احساس نمی‌شود، چرا که روح و جسم در هم آمیخته و یگانه است. ضرورت آن‌گاه احساس می‌شود که جسم، یا نمودار و مظهر خارجی روح، ناقص و مبهم

است و دلالت کافی بر مقصود ندارد و قاضی ناچار از وسایل منطقی و خارجی، برای دست یافتن به مغز این پوسته فاسد و ناقص، استفاده می‌کند.

بنابراین، در تجزیه‌ناپذیری روح و عبارت قانون در جهان واقعیت نباید تردید کرد و از آن نتیجه گرفت که دادرس، همین که مقصود را در واژه‌ها و عبارت قانون نیابد، به جای تلاش در فهم روح قانون و یاری گرفتن از آن، باید به منابع معتبر و فتاوی اسلامی رجوع کند.

۴. همان‌گونه که اشاره شد، استنباط روح قانون محصول عقل دادرس و برداشت او از نظم حقوقی است. این استنباط در چارچوب قوانین صورت می‌پذیرد؛ استلزام عقلی است نه عقل مستقل. با وجود این، همانند مدلول الفاظ قانون، واقع محض نیست؛ ترکیبی از واقع و آرمانهای دادرس و شیوه تفکر او است. به بیان دیگر، سهم شخصیت و اخلاق دادرس و محیط زندگی اجتماع و یادگارهای ذهنی و تاریخی روان او را از در استنباط از قانون نباید فراموش کرد. اگر با دانایانی که دادرس را در این زمینه قانونگذار می‌دانند همراه نشویم، دست‌کم باید این واقعیت را پذیرفت که آنچه به‌عنوان «روح قانون» از مجموع قواعد پراکنده در نظم حقوقی، و از راه استقرار و تجربه یا قیاس، استنباط می‌شود، آمیزه‌ای از اعلامهای قانونگذار و آرمانها و هدفهای دادرس است؛ آنچه قانونگذار گفته است و آنچه بایست بگوید. به همین دلیل است که فقیهان شیعه در اعتبار قیاسی که علت آن استنباط شده است تردید دارند، زیرا نگران آن‌اند که در شرع بدعتی ناروا بیاید و عدالت خدایی با عدالت ناقص خاکیان درهم آمیزد. این نگرانی و احتیاط در نظم حقوقی بی‌مورد است و چه باک از اینکه نظم خاکیان در هم آمیزد و عقل دادرس یا دانایی دیگر به تدبیر مجلسیان افزوده شود و راه معقولتری در پیش گیرد.

پاسخ مخالفان و نتیجه

ممکن است ادعا شود که، چون آنچه «روح قانون» می‌نامیم نمودار اراده خالص قانونگذار نیست، نباید آن را ملحق به قانون ساخت و مقدم بر استنباط قاضی از فقه (منابع و فتاوی معتبر) شمرد. «روح قانون» در واقع قاعده‌ای است که به قانونگذار نسبت داده می‌شود تا راه حل رویه قضایی در چارچوب نظم قانونی قرار گیرد و تمیز حق معطل نماند. پس، باید آن را ملحق به فرضی شمرد که قانون راه‌حلی ندارد و قاضی باید به

حقوق اسلامی رجوع کند و در بند استنباط «روح قانون» نباشد و به همین جهت اصل ۱۶۷ ق.ا. از آن نام نبرده است.

بخشی از این گفته، درباره ناخالصی راه‌حلهایی که از اصول حقوقی استنباط می‌شود، درست و انکارناپذیر است. ولی، اگر این اندازه ناخالصی تجاوز و عیب محسوب شود، در رجوع آزاد قاضی به منابع و فتاوی معتبر دو چندان است. زیرا، اختلاف فتاوا و استنباطها در فقه چندان فراوان است که می‌تواند برای هر چه می‌پسندد مستندی در فقه بیابد. وانگهی، آرمانها و محیط زندگی و شیوه تفکر دادرس در برداشتی هم که او از مدلول الفاظ قانون می‌کند مؤثر است. نگاه اجمالی به کتابهای فقهی و حقوقی نشان می‌دهد که چگونه از عبارتی مشترک در اخبار و قوانین معانی گوناگون فهمیده شده است. مواردی که متن قانون چندان روشن و صریح است که جای هیچ اختلافی باقی نگذارد نادر است و بخش ناچیزی از نظم حقوقی را تشکیل می‌دهد. بخش مهمتر و اصلی، معرکه آرای گونه‌گونی اندیشه‌ها و برخوردها است، که همه اجرای قانون را می‌خواهند. بی‌گمان بعضی از این آرا و فتاوا با مقصود قانونگذار موافق نیست. در واقع، هر یک اثری را که قانون در ظرف ذهن او می‌نهد ادراک می‌کند و نام آن را «واقع» و «حق» می‌گذارد. طبیعت استنباط این ناخالصی و آمیزه حق و باطل در جهان واقعیت ایجاب می‌کند و ما ناچاریم که، در مقام اجرا و تنفیذ، وضع همه را «اطاعت» توصیف کنیم. پس، به این‌گونه احتمالها باید به تسامح نگریست و اثری را که قانون در ذهن دادرس یا مجتهد می‌گذارد قانون شمرد. نظام حقوقی به این تسامح و مجاز حقوقی نیاز دارد و به همین دلیل نیز حکم دادگاه را به منزله حکم قانون می‌داند.^(۱۴)

به‌طور خلاصه، قاعده‌ای که از «روح قانون» استنباط می‌شود در حکم قانون است و دادرس را بی‌نیاز از رجوع به فقه می‌کند. برای مثال، در موردی که از قیاس معامله ناشی از اکراه با معامله فضولی نتیجه گرفته می‌شود که اجازه مکره عقد را از روز انعقاد نافذ می‌کند^(۱۵)، دادرس نمی‌تواند به این بهانه که قانونی وجود ندارد به فقه رجوع کند و فتوای معتبر ولی مخالف آن نتیجه را قانون حاکم بر دعوی قرار دهد. هم‌چنین، در فرضی که روح قانون مدنی نفوذ بیع کالی به کالی را تأیید می‌کند^(۱۶)، قاضی حق ندارد به استناد شهرت در فقه به بطلان آن رأی دهد.

عرف ارجاع شده

چنانکه گفته شد، قلمرو این فرض محدود به مواردی می‌شود که راه‌حل دعوی در قوانین کشور یا روح استنباط شده از آن نباشد. بر این نتیجه باید فرضی را هم که قانون راه‌حل عرفی را پذیرفته و دادرس را احاله به عرف محل یا عادت کرده است افزود، زیرا چنین عرفی در حکم قانون است و بعضی آن را «قانون ضمنی» نیز گفته‌اند. ارجاع قانون به عرف ممکن است به‌طور صریح باشد یا ضمنی:

۱. ارجاع صریح، مانند ماده ۲۲۰ ق.م. که اعلام می‌کند:

«عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشد.»

یا ماده ۱۳۲ ق.م. که تصرف مالک را محدود به «قدر متعارف» می‌کند، یا ماده ۹۵۰ ق.م. که تمیز نهایی مال مثلی و قیمی را با عرف می‌داند، یا ماده ۱۱۳۱ ق.م. که تشخیص مدتی را که برای امکان استفاده از خیار لازم است موکول به نظر «عرف و عادت» می‌کند. ۲. ارجاع ضمنی، یا احاله به راه‌حلی که عرف سازنده آن است: مانند ماده ۱۶۷ و ماده ۲۷۷ ق.م. در رجوع به «قیمت عادل»، یا شناسایی تصرف به‌عنوان دلیل مالکیت (ماده ۳۵ ق.م.) که لازمه آن رجوع به عرف برای تشخیص تحقق تصرف است، یا رجوع به «اخلاق حسنه» در ماده ۹۷۵ ق.م. که ملازمه با تحلیل عرف محسنین جامعه دارد. پس، دادرس نمی‌تواند برای تمیز مثلی یا قیمی، به جای رجوع به عرف، به فتاوی معتبر رجوع کند و، برای مثال، مالی را مثلی بداند که اجزای مساوی دارد^(۱۷)، یا برای تمیز «اخلاق حسنه» از عرف محسنین بگذرد و به آن بی‌اعتنا بماند.^(۱۸)

۲. فرضی که قانون وجود ندارد

اهمیت این فرض

نخستین پرسشی که در آغاز این بخش به ذهن می‌رسد این است که، اگر مدلول الفاظ و عبارت قانون، روح قانون، و عرفهای ارجاع شده قوانین مانع از استناد به منابع و فتاوی

معتبر اسلامی باشد و قلمرو حقوق اسلامی مخصوص موردی شود که راه حل دعوی در هیچ یک از آنها نیامده باشد، آیا دیگر اهمیتی برای این فرض باقی می ماند؟

در پاسخ این سؤال مقدر باید گفت که نظم در دادرسی و نشان دادن حق بر جای شایسته خود ایجاب می کند که در مرحله نخست، تمیز حق بر پایه قانون صورت گیرد. تقدم قانون بر سایر منابع حقوق ارمغان دموکراسی عصر ما و لازمه حکومت اراده ملی بر زندگی اجتماعی است.^(۱۹) وانگهی، ضرورت آگاهی قبلی مردم از تکالیف خود و رفع ابهام از قواعد رفتاری ایجاب می کند که «قانون نوشته» جانشین حقوق عرفی شود؛ چنانکه تجربه های تاریخی سبب شده است که در کشورهای خانواده کامن لاینز به قانون همگانی و نوشته روی آورند. در حقوق ما نیز از دیرباز سنت بر این جاری شده است که توده مردم فرمانبر خردمندان باشند؛ قانون را مقامی والا تر (قانونگذار) وضع کند و دیگران فرمان آن را گردن نهند. این مقام والا در حکومت های کنونی دولت است که به نیابت از طرف عموم کشتیان جامعه سیاسی است. قانون اساسی نیز، با تمام اهمیتی که به حقوق اسلامی به عنوان روح حکومت می دهد، قاضی را مأمور می کند که قانون را بر همه چیز مقدم دارد. استقرار حکومت قانون هدف نهایی نظم حقوقی است. بنابراین، احترام به قانون اساسی نیز ایجاب می کند که هر چه بیشتر بر قلمرو بخش ویژه صلاحیت آن افزوده شود. نگرانی از تجاوز به موازین اسلامی نیز در این نظم قانونی وجود ندارد، زیرا مجلس از این تجاوز منع شده و شورای نگهبان پاسدار ارزش نخستین جمهوری است. در واقع، قواعد حاکم بر جمهوری همه بر پایه موازین اسلامی است: منتها، بخش مقدم را مجلس برگزیده و در مجموعه های نوشته آورده است و بخش دیگر را قاضی باید از منابع و فتاوی معتبر استخراج کند. پس، معنی تقدم بخش نخست این است که در نظام حقوقی ما قاضی هدایت شده و منضبط بر قاضی آزاد در استنباط ترجیح داده می شود تا نظم مطلوب بر هم نخورد و برابری اشخاص در مقابل قانون محفوظ بماند.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که قانون به مفهوم گسترده خود فراگیر همه روابط اجتماعی است و بخش ناچیزی به استنباط آزاد و معقول دادرس واگذار شده است. پیش از این به تفصیل دانستیم که نظم حقوقی ناقص است و رود پرخروش و متحرک پدیده های اجتماعی در بند قوانین محدود دولتی محبوس نمی ماند.^(۲۰) جامعه هر روز با

مسئله تازه‌ای روبه‌رو می‌شود که راه‌حل آن در هیچ قانونی دیده نمی‌شود. وانگهی، تمام راه‌حلهای سنتی نیز در قوانین نیامده است و بر پایه اصول حقوقی نیز به دشواری می‌توان به آنها دست یافت. پس، واگذاری این بخش قابل تغییر را به اجتهاد دادرس نباید بی‌اهمیت شمرد. آوردن چند مثال زنده از فروعی که در حاشیه نظم قانونی باقی مانده است شاهد پرده کوچکی از این اهمیت است.

مثال نخست را از متعارفترین بحثهای سنتی می‌آوریم: خیارات یکی از مفصل‌ترین بخشهای سنتی در قانون مدنی است (مواد ۳۹۶ - ۴۵۷). ارث نیز بابتی مفصل در این قانون دارد (مواد ۸۶۱ - ۹۴۹). قانون امور حسبی هم به کمال و تفصیل این باب کمک فراوان کرده است (مواد ۱۵۳ - ۲۵۷). با وجود این، درباره چگونگی ارث خیار حکمی در این مواد دیده نمی‌شود. همین اندازه می‌دانیم که خیار هم میراثی است که، در زمره سایر حقوق مالی، به بازماندگان صاحب آن می‌رسد (ماده ۴۴۵ ق.م.و). ولی، حکمی نداریم که چگونگی توزیع این حق را نشان دهد: آیا خیار حق تبعی است و همراه با بخش مادی ترکه به میراث می‌رسد؟ آیا سهم هر یک از وارثان برابر با سهم او از ترکه می‌شود یا خیار تجزیه‌ناپذیر است؟ آیا اعمال این حق منوط به اتفاق وارثان است یا هر کدام صلاحیت اجرای تمام حق را دارد؟ آیا زوجه از خیاری که منتهی به تملک زمین می‌شود سهمی دارد؟ پاسخ این سؤاها را نه در متن و مفهوم قوانین می‌توان یافت نه در روح قانون یا عرف ارجاع شده آن. منبعی خارج از قانون لازم است تا راهنمای دادرس قرار گیرد. این راهنمای خارجی و متمم، «حقوق اسلامی» و اندیشه‌های فقیهان است. (۲۱)

مثال دیگر: در وصیتنامه‌ها گاه موصی لهم یا مقدار موصی به مبهم می‌ماند: مانند وصیت بر فقیران و فرزندان یا وصیت به سهم یا جزئی از ترکه. بی‌گمان چنین وصیتی را به دلیل ابهام در تعیین موصی له یا موصی به، نمی‌توان باطل شمرد. (۲۲) پس دادرس باید به تعبیر اراده موصی بپردازد. در قانون مدنی هیچ اماره‌ای بر این مقصود پنهان پیش‌بینی نشده است. ولی، در فقه بر پایه قرآن و اخبار رسیده از معصوم و اژه‌نامه‌ای برای بیان مقصود موصی وجود دارد که می‌تواند متمم قانون قرار گیرد (۲۳).

مثال دیگر: در قانون مدنی موادی وجود دارد که به اجمال می‌رساند که مرد می‌تواند

چند زن را در یک زمان در نکاح خود داشته باشد، ولی درباره شمار این زنان حکمی دیده نمی‌شود. آنچه مسلم است اینکه شمار زنان نامحدود نیست؛ منتها قانون مرز این آزادی را معین نمی‌کند. در این فرض، مسلمانان اتفاق نظر دارند که شمار زنانی که در یک زمان با مردی پیوند زناشویی دارند نباید بیش از چهار باشد. این حکم شرعی، که از قرآن کریم نیز استنباط می‌شود^(۲۴)، از ضرورت‌های حقوق اسلامی است.^(۲۵) اصل ۱۶۷ ق.ا. به دادرس امکان می‌دهد که نقص قانون را جبران کند و او را موظف می‌سازد که حکم شرع را متمم قانون قرار دهد. هم‌چنین است درباره شرط امکان رعایت عدالت و اتفاق به زنان و دخول زنان موقت در عدد چهار^(۲۶)

یادآوریها

از این‌گونه مثالها در نظم حقوقی ما فراوان است و نگاه اجمالی به اندیشه‌های حقوقی و ادبیات آن نشان می‌دهد که قلمرو اجرای حقوق اسلامی تا چه اندازه استعداد گسترده‌گی دارد. منتها، در این زمینه باید به چند نکته مهم توجه داشت:

۱. آنچه از فقه استنباط و به نظم حقوقی افزوده می‌شود نباید با متن و روح قوانین تعارض داشته باشد؛ برای مثال، اگر به نقصی در قوانین اجاره محل کسب برخورد شود، نمی‌توان به استناد اصل ۱۶۷ ق.ا. حکمی از فقه استخراج کرد که نتیجه آن نامشروع بودن حق سرقفلی یا الغای حق تقدم در اجاره مستأجر یا امکان تخلیه مستاجر با حسن نیت در پایان مدت اجاره باشد؛ یا در نقصی که قانون تجارت در اداره شرکتها دارد به حکمی از فقه استناد کرد که شرکت را جایز می‌شمرد یا شخصیت حقوقی شرکت را نمی‌شناسد؛ یا در مبحث شروط، نقص قانون را به حکمی جبران کرد که «شرط ابتدایی» یا مستقل از عقد را باطل بداند یا نتیجه آن بطلان عقد در اثر بطلان شرط نامقدور باشد یا در شرط فعل به محض تخلف متعهد به مشروط‌له حق فسخ بدهد... و مانند اینها.

لازمه نظم حقوقی ایجاد هماهنگی میان قواعد و حفظ هدف مشترک آنها است؛ ماشینی زنده که به نظم بگردد و حرکت کند و نیروی آن از هر اندام توانمندتر شود. پس، نمی‌توان تخم نفاق و تضاد و پراکندگی در آن کاشت و تعمیر چنین ساختاری به شیوه‌ای کرد که به نابودی آن نظم انجامد. حکومت مدلول الفاظ (منطوق) و روح قانون بر قواعد

مستنبط از فقه به منظور حفظ چنین نظمی است و باید با دقت تمام از تجاوز به آن پرهیز کرد.

۲. نباید این داعیه را در سر پروراند که قانون در هر زمینه که ناقص باشد «با استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر» می توان به تکمیل آن پرداخت. گسترش مسائل مستحدثت به اندازه ای است که باید قصور طبیعی فقه را در برابر آن پذیرفت. دادرسی ناچار است به اجتهادهای تازه دست زند و به دشواریهای عصر خود بیندیشد و با منابعی که در دسترس دارد حکم مورد نیاز را به دست آورد. ولی، اشکال در این است که در پاره ای زمینه ها مبانی نیز حادث است. نمونه این اشکال را در تنظیم روابط کارگر و کارفرما دریافتیم، چندان که شورای مصلحت نظام ناچار شد سنتها را نادیده بگیرد و بدعت تدوین قانون را بر دوش نهد. در قواعد حاکم بر حمل و نقل و شرکتها و ورشکستگی و اسناد تجارتي و تعارض قوانین در زمان و مکان و داوریهای بین المللی و نظام پزشکی و بیمه و گمرک و بانکداری و ملی کردن صنایع و منابع و تنظیم روابط سازمانهای بین المللی و دهها موضوع دیگر وضع از این هم دشوارتر است. در جهان کنونی مبانی دگرگون شده است و طبیعت روابط به گونه ای است که اقتضای اجتهاد دیگری را بر پایه این مبانی دارد. این توهم خام را باید از ذهن زدود که دانش حقوق همان «فقه تحریف شده» یا التقاطی است؛ کودکی که از دامان مادر گریخته و باید به جبر بازگردانده شود. باید این نظام نو را که یکی از مهمترین علوم پایه در تمدن کنونی جهان است شناخت و فراگرفت و مبانی آن را رعایت کرد، وگرنه بنایی که به سالیانی دراز تا نیمه بالا رفته به اندک زمان فرو می ریزد.

۳. این ادعا که «عقل محض» می تواند تمام این کمبودها و کوتاهی قهری و طبیعی را جبران کند در جهان کنونی با شکست روبه رو شده است. از داوریهای عقل نمی توان نظام حقوقی کامل و آرمانی ساخت. به همین جهت، پیروان حقوق طبیعی نیز از بلندپروازیهای گذشته دست کشیده اند و بخش مهمی از نظم آرمانی را به حقوق وضع شده دولتها و عرف و قواعد اجتماعی واگذار کرده اند.^(۲۷) مقتضای عقل مستقل یا بنای عقلا نیز بر اعتماد به تجربه و رعایت مصالح و منافع است. تمام آنچه را در این تلاش عقلی و تجربی به دست می آید شرع تنفیذ می کند تا عصایی برای حرکت بسازد. به بیان

دیگر، شرع نیز به ما حکم می‌کند که به نیروی تفکر و تجربه در مسیری که برای حرکت انسان نشان داده است ابزارها و وسایل متناسب را انتخاب کنیم و توکل، ما را از تلاش باز ندارد. این راه ویژه مؤمنان نیست و هر خردمند دیگری نیز آن را می‌پیماید. هر چند اعتقادی به اسلام و حتی خداوند نداشته باشد؛ تفاوت تنها در این است که مخلصان و مؤمنان نمی‌توانند از مسیر عمومی شرع تجاوز کنند و قاعده‌ای برگزینند که مخالف با احکام آن باشد.^(۲۸) در واقع، باید انصاف داد که، با افزودن «عقل مستقل» بر منابع شرعی، عقل در استخدام شرع درآمده تا ابزار حرکت آن در تاریخ باشد. کمال شرع در این نیست که تمام راه‌حلها را آماده داشته باشد و از پیروان خود تنها اطاعت بخواهد^(۲۹)، هدف نهایی شرع تربیت انسان و کمال تربیت در پرورش استعدادها است؛ در این است که انسان در پرتو وحی به گونه‌ای هدایت شود که با چراغ عقل و با پای خود راه پر پیچ و خم تاریخ را پیماید.

اشکالهای عملی اجرای اصل ۱۶۷ ق.ا.

اجرای اصل ۱۶۷ ق.ا. در عمل با دشواریهای جدی روبه‌رو است، به گونه‌ای که رویه قضایی را در استناد به آن محتاط می‌کند. اشکالهای عملی را بدین‌گونه می‌توان خلاصه کرد:

۱. در اصل ۱۶۷ ق.ا. دادرس موظف شده است تا «با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید». معقول این است که «منابع معتبر اسلامی» ویژه مجتهدان و آگاهان و «فتاوی معتبر» مخصوص مقلدان باشد، ولی از ظاهر عبارت چنین برمی‌آید که قاضی، خواه مجتهد باشد یا مقلد، در استناد به هر دو منبع آزاد است. این آزادی گسترده، نه تنها به اختیار قاضی می‌افزاید، اجتهاد از منابع اصلی را دچار هرج‌ومرج می‌کند. زیرا، احتمال دارد قاضی ناآگاه به عامی استناد کند که در محل دیگری تخصص یافته است یا به ظاهری اعتماد کند که دلایل قطعی بر انصراف آن موجود باشد یا قاعده‌ای را مستند حکم کند که معنی دقیق آن را در نیافته است.
۲. مفهوم «منابع معتبر اسلامی» روشن نیست؛ آیا مقصود قرآن و سنت و اجماع و عقل است یا کتابهای اجتهادی که در فقه تدوین شده یا هر دو؟ برای مثال، آیا مکاسب یا جواهر یا شرح لمعه از منابع معتبر اسلامی است یا ملحق به فتاوا می‌شود؟

۳. در منابع و فتاوا بحثهای نظری و اختلاف در استنباط چندان فراوان است که قاضی در غالب موارد می‌تواند، به هر نظر که متمایل باشد، مستندی در فقه برای گفته خود بیابد. حسن این اختیار گسترده در امکان دستیابی به عدالت ملموس قضایی است، ولی عیب مهم آن در برهم زدن نظم حقوقی است. اگر دادرسی به فتوا یا کتاب معتبری برای تأیید خواست خود استناد کند، در مرحله تجدیدنظر نمی‌توان به استناد اجتهاد مخالفی که در فتوا یا کتاب معتبر دیگر آمده است آن را نقض کرد. دیوان کشور نیز که وظیفه تأمین «وحدت رویه قضایی» را به عهده دارد از نقض یا تعدیل حکمی که به فتوا یا منبع معتبری مستند شده ناتوان است. دیوان کشور می‌تواند بر اعتبار منبع حکم نظارت کند، ولی حق ندارد منبع معتبری را به استناد منبع معتبر دیگر محکوم سازد. بدین ترتیب، پراکندگی و بی‌نظمی در رویه قضایی باقی می‌ماند و هیچ مدعی یا منکری پیش از صدور رأی نمی‌تواند حدس بزند که حق دارد یا یاوه می‌گوید. پس از صدور حکم نیز فصل خصومت انجام می‌شود، لیکن قاعده کار آیندگان مبهم می‌ماند؛ برای مثال، اگر شعبه اول دادگاهی به استناد تذکره علامه حکم دهد و شعبه دوم همان دادگاه به استناد شرح لمعه برخلاف آن حکم کند، هیچ مرجعی وجود ندارد که بین این دو حکم متعارض داوری کند و قانون حاکم بر دعوی را در آینده روشن سازد. بدین ترتیب، آیا می‌توان گفت همه مردم در برابر قانون وضع مساوی دارند؟ یا باید گفت آنکه بخت یار او است به دادگاهی می‌رود که فتوای موافق با ادعا را می‌پسندد و آنکه بخت از او برگشته است به دادگاهی که فتوای مخالف را در دسترس می‌یابد؟

این عدالت شکننده را نظم حقوقی تحمل نمی‌کند و بخت‌آزمایی را در جریان دادرسی مردود می‌داند.^(۳۰) عدالت هم با نابرابری نمی‌سازد. روزی پاسکال به استهزا می‌گفت که «عدالت در این سوی کوه‌های پیرنه با عدالت در آن سوی پیرنه برابر نیست» تا اعتماد بر این معیار انعطاف‌پذیر را سست کند و امروز ما باید بپذیریم که عدالت در شعبه‌ای از دادگاه با عدالت در شعبه دیگر همان دادگاه برابر نیست؛ و در عین حال هر دو عدالت است و قابل احترام. در واقع، اگر نظم پایه و مقدمه عدالت را در هم بریزد، بر این ویرانه جغد ظلم لانه می‌کند نه فرشته عدالت.

ممکن است پرسیده شود که اختلاف در رویه قضایی ویژه استنباط احکام اسلامی

نیست؛ در مقام تفسیر و اجرای قانون و به‌ویژه «روح قوانین» نیز فراوان است. پس، چرا باید امری را که لازمه طبیعت قضا است وسیله خرده‌گیری بر امکان استنباط حکم از منابع و فتاوی معتبر ساخت؟ ولی، می‌توان پاسخ گفت که گونه‌گونی راه‌حلهای قضایی در یک موضوع یا موضوعهای مشابه، در هر حال عیبی است اغماض‌ناپذیر که چهره عدالت را تیره می‌کند. متنها، تفاوت در این است که عیب ناشی از اجرا و تفسیر قانون قابل رفع است: تمهیدهای قانونی در امکان تجدیدنظر و اعاده دادرسی و طبقه‌بندی محاکم و نظارت دیوان کشور بر تمام دعاوی مهم و تصمیم‌های نوعی دیوان در ایجاد وحدت رویه قضایی تا اندازه زیادی به اختلافها پایان می‌بخشد.^(۳۱) ولی، این تمهیدها در استناد به منابع و فتاوی معتبر مؤثر نیست و عیب هم‌چنان دست نخورده باقی می‌ماند. دلیل تفاوت در این است که اختلافهای ناشی از اجرای قانون برداشتهای گوناگونی از یک مستند است. در نتیجه، دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور می‌تواند اعلام کند که فهم دادرسی نخستین از قانون یا روح آن اشتباه است و راه استنباط درست را نشان دهد. ولی، در راه‌حلهای فقهی مستندها متعدد و گوناگون است و هیچ‌کدام را بر دیگری نمی‌توان ترجیح داد و بر دادگاه نخستین خرده‌گرفت که چرا فلان کتاب یا فتاوی معتبر را ترجیح داده است یا چرا اجتهاد او به مذاق دادگاه بالاتر خوش نمی‌آید. به بیان دیگر، در فرض نخست، همه احکام به یک منبع مشترک تکیه دارد، در حالی که در فرض دوم، چنین وجه اشتراکی وجود ندارد؛ منابع و مستندها متعدد و گوناگون است و اعتبار هر کدام برابر با دیگری است. چنین نزاعی هیچ‌گاه پایان نمی‌پذیرد، چرا که قدر مشترکی ندارد.

اگر اصل ۱۶۷ ق.ا. چنان تنظیم می‌شد که اختلاف استنباطها از یک مستند، هر چند مبهم و قابل بحث (مانند مشهور فقیهان متأخر)، سرچشمه می‌گرفت، گام نهادن در راه وحدت نیز میسر می‌گشت. زیرا، دیوان کشور می‌توانست بر یکی از دو مخالف ایراد کند که به مشهور نپیوسته است. هم‌چنین، اگر انتخاب قاعده حاکم به اجتهاد قاضی در حقوق اسلام واگذار می‌شد، با این قید که معیار اجتهاد حاکم نظر دیوان عالی باشد، راه معقولی بود که به وحدت منتهی می‌شد و سلسله مراتب دادگاهها و نظارت و حکومت دیوان عالی بر همه آنها از اختلاف به‌شدت می‌کاست. ولی، اکنون که معیار ارزش تنها

اعتبار مرجع و فتوا است و می‌دانیم که مراجع و فتاوی معتبر فراوان و گوناگون است، هیچ راه متعارفی برای هماهنگ ساختن این پراکندگی وجود ندارد.
۴. در مورد فتاوی معتبر، که ویژه مقلدان و خامان است، اشکال عملی دو چندان می‌شود:

(۱) فرضی که فتوای مستند مجرد و نوعی است (مانند رساله‌های عملی)، نه تنها تعدد و تکثر فتاوا نظم حقوقی را رنج می‌دهد، اختصار و اجمالی که در فتوای بی‌استدلال وجود دارد گاه رهن است. وانگهی، قدرت استنباط و ابتکار را از قاضی می‌گیرد و نماد تفکر و خرد قضایی و عدالت را به آلتی بی‌روح تبدیل می‌کند. در واقع، قانون اساسی می‌خواهد با شیوه‌ای غیراسلامی (تقلید قاضی چشم‌پسته) به حکم اسلامی برسد!
(۲) فرضی که فتوا درباره دعوی طرح شده و به وسیله یکی از دو طرف تهیه می‌شود: در این فرض، خطر آنچه را که گفته شد باید بر خطر حیل‌های جعل و تحریف فکر فتوا دهنده، سوتفاهم در شناخت واقعیت اختلاف، پنهانکاری و بی‌مبادلاتی سؤال‌کننده نیز افزود. به‌طور معمول، تنها به قاضی رفته خوشحال برمی‌گردد؛ چنانکه در فتاوی‌ای که برای اثبات حقوق کشوری در دادگاه بین‌المللی یا دادگاه صالح خارجی مستند قرار می‌گیرد، وضع بهتر از این نیست. مدعی می‌کوشد تا دانایی را موافق طبع بیابد و از او فتوای مورد نظر را بگیرد.

۵. اجرای اصل ۱۶۷ ق.ا. در امور کیفری با اصل قانونی بودن مجازات‌ها (اصل ۳۶ ق.ا.) در تعارض است و جمع دو حکم اقتضا دارد که اصل ۳۶ مخصص حکم عام اصل ۱۶۷ و حاکم بر آن باشد و در مورد تعیین مجازات بر قاعده عام رجوع به مراجع و فتاوی معتبر اسلامی ترجیح داده شود.^(۳۲) با وجود این، ماده ۲۸۹ ق.ا.د.ک خواسته است مفاد اصل ۱۶۷ را با تغییر جزئی (منابع فقهی معتبر یا فتاوی مشهور و معتبر) در امور کیفری نیز اجرا کند که، چون با قانون اساسی مخالف است، اجرای آن معلق می‌ماند.^(۳۳)

نتیجه

با وضعی که اصل ۱۶۷ ق.ا. دارد، رویه قضایی ناچار است یکی از دو شیوه را در پیش گیرد: ۱. با بی‌نظمی و پراکنده‌گویی بسازد و بدون توجه به آثار نامطلوب کار خود،

استناد به «مراجع معتبر اسلامی و فتاوی» را ادامه دهد؛ و ۲. بکوشد، تا با الهام گرفتن از اندیشه‌های فقیهان، راه حل مورد انتخاب را به متن یا مفهوم یا روح قوانین نسبت دهد و گریبان از معرکه بکشد.

راه حل دوم معقولتر است و استدلال و بحث و استنباط را در اسباب رأی رونق می‌بخشد، تکلیف سنگین و دشوارتری بر دوش قاضی می‌نهد و در عوض، استقلال و آزادی به او می‌بخشد و احساس می‌کند که رأی او بر صفحه دادنامه نقش بسته نه فکر دیگران. عدالت نیز خوشنود است که با قاضی مدبّر و متفکّر و با چشم باز روبه‌رو است، نه کاهلی چشم‌بسته که با رأی دیگران قضاوت می‌کند. رویه قضایی اکنون بر سر دو راهی است، ولی انتظار می‌رود طبیعت کار قضایی چیرگی عقل را سبب شود؛ چنانکه نشانه‌های بارزی از این تمایل روزافزون دیده می‌شود.

یادداشت‌ها

۱. ر.ک. ناصر کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، ج ۱، ش ۲۱۹ به بعد.
۲. ر.ک. ناصر کاتوزیان، *گامی به سوی عدالت*، ج ۱، مقاله «حاکمیت در جمهوری اسلامی»؛ و *گذری بر انقلاب ایران*، همان مقاله، ص ۱۸۹ به بعد.
۳. کاتوزیان، *همان کتابها*، مقاله «در جست‌وجوی راه وحدت»؛ هم‌چنین، «نقدی تحلیلی بر پیش‌نویس قانون اساسی، اصل ۱۳، دین و زبان رسمی کشور»، *گذری بر انقلاب ایران*، ص ۱۴۰.
۴. ر.ک. *فلسفه حقوق*، ج ۲، ش ۷۴.
۵. در مورد ضرورت جمع فقه با نیازهای اجتماعی، ر.ک. ناصر کاتوزیان، *ضمان قهری (الزامهای خارج از قرارداد)*، ج ۱، مسئولیت مدنی، سرآغاز؛ *گامی به سوی عدالت*، ج ۱، مقاله «مقدمه‌ای بر جمهوری اسلامی».
۶. ر.ک. ناصر کاتوزیان، *مقدمه علم حقوق*، ش ۱۹۷.
۷. مختصری از این بحث در *مقدمه علم حقوق* نیز آمده است که مانند تمام مطالب آن کتاب چهره مقدماتی و پایه‌ای دارد، ش ۱۸۵ به بعد.
۸. پیش از تصویب قانون اساسی، اصل راهنما در تکمیل و تفسیر قوانین ماده ۳ ق.ا.د.م. بود که، به جای حقوق اسلامی، به روح قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم اشاره می‌کرد.

۹. برای دیدن این تفاوت، ر.ک. ناصر کاتوزیان، *اعتبار امر قضاوت شده*، ش ۱۰ و ۱۲، در اصول فقه، میان اماره و دلیل تفاوت گذارده‌اند (محمدی، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، ش ۲۷۴)؛ ولی، در حقوق کنونی تفاوت در دلالت مستقیم و باواسطه است (ر.ک. *تعهدات*، ج ۲، ش ۳۹۲) و در قانون مدنی امارات در زمره دلایل آمده است.
۱۰. ر.ک. ناصر کاتوزیان، *عقود معین*، ج ۱، ش ۴۳؛ *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، ش ۵۵۰ به بعد.
۱۱. *عقود معین*، همان کتاب؛ *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، ش ۲۰۲، گامی به سوی عدالت؛ ج ۲، مقاله «ماهیت و آثار قولنامه».
۱۲. ر.ک. ناصر کاتوزیان، *وصیت در حقوق مدنی ایران*، ش ۲۷۶.
۱۳. کاتوزیان، *مقدمه علم حقوق*، ش ۱۹۰.
۱۴. در اخبار از معصوم نیز به تکرار آمده است که حکم و اجتهاد قاضی حکم ما است و صاحب جواهر در کتاب قضا، برای توجیه منع نقض حکم قاضی به دلیل اختلاف در اجتهاد، می‌نویسد: «... لان الحکم بالاجتهاد الصحیح حکمهم فالزاد علیه راذ علیهم» و در تقریرات حاج میرزا حبیب‌الله رشتی به مجازی بودن فرض انطباق اجتهاد دادرس با حکم شرع و مصلحت ایجاد آن نیز اشاره شده است: «فلا تبه بعد فرض کثرة الاجتهادات و وقوع التغبیر فیها، لوجاز النقض، للزم اختلال النظام کما لایخفی» (خطی).
۱۵. ر.ک. کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، ش ۲۷۶.
۱۶. ر.ک. کاتوزیان، *عقود معین*، ج ۱، ش ۱۲۴.
۱۷. نظر مشهور در فقه که قانون مدنی با رجوع به عرف آن را به‌طور ضمنی نپذیرفته است: ر.ک. شیخ مرتضی انصاری، *مکاسب*، ص ۱۰۵.
۱۸. ر.ک. کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، ج ۱، ش ۱۹۹.
۱۹. ر.ک. کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، ج ۲، ش ۱۹.
۲۰. ر.ک. همان، ش ۲۱.
۲۱. در این باره، ر.ک. کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۵، ش ۹۰۲-۹۱۰، ص ص ۱۰۷-۱۲۹.
۲۲. *فمن بدلہ بعد ما سمعہ فأئماً إنمہ علی الذین یتدلونہ، قرآن کریم*، سوره بقره، آیه ۱۸۱، ر.ک. کاتوزیان، *وصیت در حقوق مدنی ایران*، ش ۹۳ به بعد و ش ۱۰۴ به بعد.
۲۳. در مورد وصیت مسلمان و کافران بر فقیران، ر.ک. شیخ محمد حسن نجفی، *جواهر الکلام*، جلد متأخر، ص ۷۳۲ (چاپ سنگی)؛ شهید ثانی، *شرح لعمه*، ج ۵، ص ۳۱؛ هم‌چنین، ر.ک. کاتوزیان، همان کتاب، ش

کتاب، ش ۱۰۶؛ جعفری لنگرودی، وصیت، ش ۲۵۳؛ سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۸۲ و

۸۳.

۲۴. آیه ۳، سوره نساء.

۲۵. کنز‌العرفان، ص ۱۴۱؛ ریاض، ج ۲، نکاح؛ مسالک، ج ۱، ص ۴۸۸؛ جواهر، ج ۳۰، ص ۲ به بعد؛ المغنی،

ج ۷، ش ۵۲۳.

۲۶. ر.ک. ناصرکاتوزیان، خانواده، ج ۱، ش ۶۴ و ۶۵؛ هم‌چنین، در این باره که نکاح منقطع را نیز باید در چهار

عدد آورد ر.ک. همان کتاب، ش ۶۵ و درباره شرط امکان اجرای عدالت و توانایی بر انفاق، ش ۶۶.

۲۷. ر.ک. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ش ۳۳ به بعد.

۲۸. ر.ک. همان، ش ۱۶؛ و سید محمدحسین طباطبایی، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۲۵۰.

۲۹. آیه «لَا زُطْبَ وَلَا يَابِسَ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُبِينٍ» که گاه مورد استناد قرار می‌گیرد اشاره به لوح محفوظ الهی و

آگاهی پروردگار جهان هستی از همه رویدادها است نه اینکه هر خشک و تری در قرآن است و سیاق

عبارت و آیات پیش از آن به روشنی مقصود را می‌رساند (سوره انعام، آیه ۵۹)، ر.ک. طبرسی، مجمع

البیان، ج ۴، ص ۳۱۱ که درباره معنی کتاب مبین آمده است: «معناه و هو مکتوب فی کتاب مبین ای اللوح

المحفوظ.»

۳۰. شیخ مرتضی انصاری در باب تعادل و تراجیح از کتاب فوائد حدیثی را از پیامبر (ص) خطاب به ابابکر نقل

می‌کند بدین مضمون: «لا تقض فی الشی الواحد بحکمین مختلفین.»

۳۱. ر.ک. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ش ۱۲۷ و ۱۶۵ و ۱۶۶.

۳۲. ر.ک. همان، ش ۱۹۸.

۳۳. همان.