

جایگاه فتاوی معتبر و منابع معتبر فقهی در مقام دادرسی و ارتباط آن با اصول کلی حقوقی

مجید آب خیز^۱

چکیده:

در قانون آیین دادرسی مدنی . علاوه بر منابع معتبر فقهی و فتاوای معتبر . اصول کلی حقوقی بعنوان یکی از منابع حقوق مورد شناسایی قانونگذار واقع شده است . حساسیت قانونگذار در قانون اساسی و مقررات دیگر بر رعایت موازین اسلامی و نحوه استقرار اصول کلی حقوقی در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی باعث شده است در میان حقوقدانان این سؤال مطرح گردد در اینکه در صورت تعارض منابع معتبر فقه و فتاوای معتبر با اصول کلی حقوقی !. آیا منابع فقه و فتاوی مقدم بر اصول کلی حقوقی هستند یا اولویت استنادی قضات با اصول کلی حقوقی است ؟ با توجه به اختلاف نظر نویسندگان و جامعه حقوقی در این خصوص و عدم موضعگیری روشن رویه قضایی راجع به مورد . تحقیق حاضر در صدد است پاسخ مناسبی بر سؤال مزبور داده شود

کلمات کلیدی: قانون اساسی-آیین دادرسی مدنی - آیین دادرسی کیفری- اصول کلی حقوقی - منابع معتبر فقه - فتاوای معتبر .

^۱ - دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد واحد نجف آباد اصفهان

مقدمه:

اصول کلی حقوقی بعنوان پایه های نظام حقوقی ایران در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی در کنار قانون- منابع معتبر اسلامی فتاوی معتبر بعنوان یکی از منابع حقوق مورد شناسایی قانونگذار واقع شده است به طوری که در موارد عدم تعیین قانون یعنی عدم توجیه نتیجه ای خاص توسط دلایل حقوقی. قضات برای حل و فصل دعاوی مکلفند با رجوع به منابع معتبر فقهی و فتاوی معتبر. اصول حقوقی به عنوان منشاء ظاهری حقوق و تکالیف اشخاص. حکم قضیه را صادر کنند.

تردید نیست که اولویت رجوع با قانون است چون به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی امکان رجوع به دیگر منابع زمانی است که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا معارض باشند و یا اصلاً" قانونی وجود نداشته باشد.

ولی آیا همچنان که قانون گذار در مبحث ادله سعی کرده است ارزش دلایل را طبقه بندی کند(واحدی قدرت اله . بایسته های آیین دادرسی مدنی . نشر میزان . سال ۱۳۸۰ صفحه ۱۵۰) نظر داشته است اصول کلی حقوق را نیز در اولویت آخر استناد قرار دهد؟(شمس عبدالله . آیین دادرسی مدنی. جلد ۲ نشر میزان سال ۱۳۸۱ صفحه ۲۱۶) یا اولییتی در امکان استناد وجود ندارد و یا بر غم اینکه اصول حقوقی بعد از منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر قید شده اولویت استنادی بعد از قانون با اصول حقوقی خواهد بود؟

با مراجعه به نظر نویسندگان حقوق در نظام حقوقی ایران و رویه قضایی و بررسی میدانی در میان قضات ارجمند و اساتید محترم حقوق نظر واحدی وجود ندارد و رویه قضایی موضع روشنی اتخاذ نکرده است. چون با توجه به امکان تعارض منابع اهمیت پاسخ به قضیه انکار نا پذیر است در پنج گفتار شامل :

۱: مفهوم اصول کلی حقوقی

۲: منابع معتبر و فتاوی معتبر فقهی

۳: رابطه اصول کلی حقوق با منال معتبر و فتاوی معتبر

۴- تاثیر قول مشهور فقها در مقام تعارض اصول حقوقی با فتاوی بعضی از فقها

۵- لازمه استناد به منابع معتبر فقهی

بحث خواهم کرد.

گفتار اول: مفهوم اصول حقوقی:

در نوشته هایی نویسندگان حقوقی و نیز آرای محاکم اعم از مدنی و جزایی بسا موارد از اصول حقوقی سخن گفته می شود مثل اصول حقوقی تناظر و یا حق دفاع آزادی تهیه ادله و ارایه دلایل در آیین دادرسی مدنی آزادی و حاکمیت اراده اصل لا ضرر و سوء استفاده از حق و غیره که برخی از اصول در 'متن قوانین آمده است مثل برابری در مقابل قانون - منع تفتیش عقاید-آزادی مطبوعات-آزادی شغلی-اصل قانونی بودن مجازاتها و اصل برائت و منع شکنجه و غیره ۱ و برخی از سوی نویسندگان و اهل نظر از قواعد حقوقی موجود استنباط شده است مثل لا ضرر. استفاده بدون سبب (یزدانیان علیرضا . مقاله تقسیم بندی منابع تعهدات قراردادی و غیر قراردادی در حقوق ایران و فرانسه . فصلنامه حقوق و علوم سیاسی . دوره ۴۱. ش ۲ سال ۱۳۹۰ ص ۳). بعضی در متون فقهی آمده است مثل من له الغنم فعلیه الغرم (موسوی بجنوردی سید محمد . قواعد فقهیه . نشر میعاد . سال ۱۳۷۲. ص ۷۱) . و گاه در عرف میباشد .

۱- مثل اصول ۲۰، ۲۱، ۲۲، ۲۳، ۲۴، ۲۸، ۳۶، ۳۷، ۳۸. ...قانون اساسی

واما آیا اصول حقوقی همان روح قانون است که در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۱۸ هجری شمسی آمده است؟ در تعریف روح قانون آمده است عبارتست از استخوان بندی نظم حقوقی و نیروی محرک و بستر حرکت آن اصلی راهنما که در پس پرده واژه ها پنهان است و به یاری خرد و تجربه باید آن را شناخت (کاتوزیان ناصر . مقاله جایگاه حقوقی اسلامی در نظم حقوقی. مجله کانون وکلای دادگستری مرکز . ش ۱۰ ش پیاپی ۱۶۴-۱۶۵) یعنی اصول راهنمای قانونگذار در وضع قانون است خواه اصل راهنما از احکام فرعی و پراکنده قانون استخراج می شود یا دلیل قطعی خارج بر آن دلالت کند مثل احترام به مالکیت خصوصی. لزوم جبران ضرر. نسبی بودن قرارداد. حفظ حرمت خانواده مشروع یعنی اصولی که از مجموع مقررات حاکم اعم از قانون اساسی قوانین عادی منابع فقه استنباط میشود بطوری که این اصول سایه خود را بر همه احکام دارد و فروع گوناگون از آنها استنباط می شود و مجموعه ای تجزیه ناپذیر تشکیل میدهد. بدین معنی مجموع اصول حقوقی مرادف با روح قانون خواهد بود که روح قانون هر نظام حقوقی متفاوت از نظام حقوقی دیگر خواهد بود و با افزایش تفاهم و اشتراکان نظام های حقوقی روح حاکم بر نظامهای حقوقی نیز تفاهم بیشتری خواهند داشت. در ادامه این پرسش به میان میآید آیا قواعد حقوقی با اصول حقوقی به یک معنی است؟

بعضی از نویسندگان از قاعده حقوقی و فقهی در مقابل مساله حقوقی صحبت کرده اند گفته شده است قاعده حقوقی حکمی است بر موضوع کلی. مثل ماده ۳۰ قانون مدنی که می گوید (هر مالکی نسبت به مالک خود حق هر گونه تصرف و انتفاع را دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد) برخی از قواعد حقوقی در متون قوانین نیامده است ولی مسائل بصورت مواد تذکر داده شده است که مبتنی بر آن

قواعد میباشند و میتوان آن قواعد را از آن موارد بدست آورد مثل قاعده لا ضرر که از مواردی مثل ۳۲۸-۱۳۲-۱۰۰-۳۳۱ قانون مدنی می توان استنباط کرد(امامی سید حسن حقوق مدنی ۴. کتابفروشی اسلامی سال ۱۳۶۵. ص ۱۱۵) و مساله حقوقی عبارت است از قضیه حقوقی که حکم موضوع خاصی را دربردارد مثل قانون ۳۶۵ قانون مدنی که می گوید (بیع فاسد اثری در تملک ندارد) کلمه بیع موضوع خاصی است و عبارت مزبور یک مسئله حقوقی است و یکی از مسائل قاعده حقوقی (عمل قضایی فاسد اثر حقوقی ندارد) است.

در این معنا مسئله حقوقی ناظر به موضوع خاصی است بدون اینکه رابطه معینی را در بر گیرد. در زبان حقوقی مرسوم امروز مساله حقوقی ناظر به رابطه خاص و افراد معین است رابطه ای که در عالم خارج وجود دارد و مقید به اشخاص معین است برای مثال اگر گفته شود (حسن چون از پدرش ضمانت کرده است در برابر طلبکار مدیون است) یکی از مسائل حقوقی طرح شده است. لکن ماده ۶۹۸ قانون مدنی که بدون توجه به اشخاص معین بعد از ضمانت. ذمه مضمون عنه را بری و ذمه ضامن به مضمون له را مشغول میداند قاعده حقوقی است در واقع مسئله حقوقی حکمی است که در محل خود پیاده شده و با امور ماهوی در میامیزد(کاتوزیان ناصر. فلسفه حقوق ج ۲. شرکت سهامی انتشار. چ سوم. سال ۱۳۸۵. ص ۶۲۸) و قاعده حقوقی عبارتست از حکم کلی و دایمی و الزام آور است. بطوری که موضوع آن میتواند خاص یا کلی باشد(کاتوزیان ناصر. مقدمه علم حقوق. شرکت سهامی انتشار سال ۱۳۸۹. ص ۵۵)

بادقت در مفهوم قاعده حقوقی در فقه و آنچه امروز اصول حقوقی گویند میتوان گفت اصول حقوقی احکامی است که چندین قاعده از آن احکام سر چشمه میگیرد قواعدی مجرد و کلی که ممکن است

مبنای چندین قاعده حقوقی باشند مثل اصل لاضرر . صحت در قراردادها . و آزادی قراردادها . برای همین است که برخی کلی بودن اصول حقوقی در قبال قاعده حقوقی را از صفت ممتاز آن شناخته اند .

کلی بودن اصل حقوقی بدین معنی است که در میان قواعد حقوقی مصداقهای متعدد دارد و از این حیث با کلی بودن قاعده حقوقی در برابر وقایع خارجی تفاوت دارد . اصلی که بدین گونه معنی میشود امتیازی بر سایر قواعد ندارد و تنها تفاوت در گستردگی قلمرو اصل میباشد که شامل قواعد جزئی متعدد میشود ولی برخی از نظر ارزش اخلاقی . سیاسی . در جایگاه خاصی قرار میگیرد که با وجدان عمومی . انتظام جامعه . مذهب و استقلال جامعه ارتباط پیدا میکند بنوعی که جامعه بر رعایت اصول مربوط به مذهب . استقلال ارزش مافوق قواعد دیگر قائل است و در هیچ شرایطی مخالفت با آن اصول را توجیه نمی نماید . بطوری که این اصول پایه های تمدن و نظام حقوقی هر ملت را تشکیل میدهند و تجاوز بدانها نظم بین قواعد را بهم میریزد

گفتار دوم: منابع معتبر فقهی . فتاوی معتبر:

قانونگذار در مواد متعدد از قانون اساسی و قوانین عادی از جمله اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مواد ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری . قضات را مکلف کرده است در صورت سکوت . نقص . اجمال . ابهام یا تعارض قوانین به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه و حکم قضیه را صادر نمایند .

برغم اینکه مدت زیادی از تاریخ تصویب قوانین میگذرد مفهوم منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر بطور کامل هنوز روشن نیست و مشغولیت خارج از حد متعارف قضات به حل و فصل دعاوی و متاسفانه اهتمام به جنبه های کمی در مقایسه با جهات کیفی . و افزایش اهمیت نامبارک آمار پرونده های مختومه نسبت به رسیدگی های کیفی

باعث شده است رویه قضایی واحدی ایجاد نشود. معلوم نیست آیا مقصود از منابع معتبر اسلامی همان منابع حقوق اسلام شامل کتاب، سنت، اجماع و عقل است یا نوشته های دیگر مثل مکاسب، جواهر، شرح لمعه نیز از منابع معتبر اسلامی میباشند؟ (کاتوزیان ناصر، مقاله جایگاه حقوق اسلامی پیشین) برخی گفته اند حتی تا ۱۷ منبع نیز بعنوان منابع معتبر اسلامی وجود دارد (یوسفی پور شهروز، مجله دادرسی، بهمن و اسفند ۱۳۸۴، ش ۵۴ - ص ۳۹)

آیا منظور از فتاوی معتبر فتاوی مراجع تقلید قاضی یا فتاوی مشهور یا مراجع تقلید معاصر است؟ آیا فتاوی مراجع تقلید معاصر همان فتاوی است که در قالب مساله های عملی بطور مجرد و نوعی در دسترس همگان است و آیا شامل همان فتاوی نیز است که اغلب اوقات احد از وکلای دعوی یا اصحاب دعوی با طرح موضوع پرونده بر حسب مورد از فقهای معتبر اسلام و به ضمیمه لوایح تقدیم و ضمیمه پرونده میگردد و هر کسی بر حسب نفعی که در پرونده دارد از قاضی دادگاه انتظار دارد ذهن و استنباط خود را بطور کامل در اختیار فتوا و نظر فقیه قرار دهد؟!

الف) منابع معتبر فقهی:

در فقه امامیه کتاب، سنت، اجماع، عقل بعنوان منابع حقوق مطرح هستند. (نجومیان حسین، زمینه حقوق تطبیقی در نظامهای حقوقی اسلام، فرانسه، انگلیس روسیه، کتابفروشی جعفری سال ۱۳۴۸، ص) گفته شده است منظور از منابع معتبر آن منابعی است که قواعد و احکام فقهی از آنها استنباط میشوند. به تعبیر دیگر آن دسته از منابع که از حجیت و اعتبار لازم برای استنباط احکام بر خوردارند. بطوری که آنچه مستند به آنها میشود در واقع مستند به اراده حق تعالی که قانونگذار اصلی در نظام حقوق اسلام است میباشد که همان کتاب، سنت، اجماع و عقل است. صرفنظر از اینکه نزد برخی از فقها اجماع یا عقل از اعتبار کافی برای یک منبع مستقل بودن بر خوردار نیستند از اینرو چنانچه

قاضی بخواهد به منابع معتبر مراجعه کند باید خود توان تشخیص اعتبار منابع را داشته باشد (- معاونت حقوقی و امور مجلس . تفسیر منابع و فتاوی موضوع اصل ۱۶۷ قانون اساسی) چرا که برخی کلمات قرآن بدلیل وجود محکّمات و متشابهات نیاز به تفسیر دارند (سوره آل عمران . آیه ۲۵) و بعضی از آنها عام . برخی دیگر خاص . بعضی مطلق و یا مقید و برخی ناسخ و برخی منسوخ میباشند.

سنت محتاج تخصصی بر احاطه بر احادیث و روایات است . همچنانچه کلمات قرآن نیز چون معانی دیگر لغات در طول زمان ممکن است در اثر عوامل اجتماعی معنی و درجات معنی کلمه تغییر کند . (مهدوی یحیی جامعه شناسی در دانشگاه تهران سال ۱۳۴۱ - صفحه ۴۲-۷۱) چنانچه احکام عقلی تنها راه حل مستقلات عقلی نیست و شامل استلزامات عقلی نیز است و یا در کنار اصول عملیه ادله عقلیه دیگری مثل ادله قطعیه ادله ظنیه ادله اجتهادی وجود دارند که برای همه موارد مذکور نیاز تخصصی بر احاطه نسبت به احکام شرعی دارد .

در اینجا پاسخ یک مساله حائز اهمیت خواهد بود اینکه آیا قضات غیر مجتهد هم می توانند به منابع معتبر مراجعه کنند یا تنها قضات مجتهد صلاحیت این کار را دارند؟ اصل ۱۶۷ قانون اساسی از این جهت اطلاق دارد و تمامی قضات را در بر می گیرد یعنی هم قضات متخصص احکام شرعی و هم غیر مجتهد لکن توجه به توضیحات مختصر بالا می رساند قضات غیر مجتهد بجز برای موارد مسلم و قطعی حق رجوع نخواهند داشت .

ب) فتاوی معتبر:

در خصوص فتاوی معتبر گفتنی است مخصوص قضات غیر مجتهد است چون قاضی مجتهد خود صاحب نظر و اجتهاد است و استنباط وی دارای صحت و اعتبار

است نیازی بر استناد به فتوای مجتهد دیگر ندارد (الموسوی الخمینی روح اله - تحریر الوسیله - موسسه دارالمعلم - مساله ۴ - صفحه ۴۰۷). ولی مراد قانونگذار از فتاوی معتبر چیست؟

الف) آیا مراد فتوای مرجع تقلید غیر مجتهد است که بسا موارد اتفاق میافتد فتاوی مراجع تقلید با هم منطبق نیست و منافات دارند.

ب) یا شامل فتاوی مشهورین است که با اندک توجهی به مقررات ملاحظه می گردد برخی از مواد قانونی با نظر فقهای مشهور منافات دارد و توجه به فتاوی مشهور موجب تعارض مقصود قانونگذار با آنچه مورد قضاوت قرار می گیرد خواهد شد و یا اغلب موارد سکوت مربوط به امور حادث جدید است که در بین فتاوی مشهور سابقه طرح نداشته است و موضوعاً قضیه منتفی بوده است.

ج) یا منظور از فتاوی معتبر فتاوی مرجع تقلید خواهان شاکی. متهم خواننده دعوی است؟ که در هر دعوی قاضی دادگاه مجبور است فتاوی خاص مرجع تقلید احد از طرفین را بیابد که در صورت استناد به فتاوی مرجع تقلید خواهان یا شاکی. حق خواننده و متهم که تکلیف و مجازات نتیجه دعوی و شکایت متوجه اوست ضایع خواهد شد و اگر حقوق متهم و خواننده ملاک عمل واقع گردد با توجه به تعداد زیاد مجتهدین عصر جای سوء استفاده برای هر یک از مکلفین بمنظور فرار از بار تکلیف و تعهد باز خواهد شد.

د) ممکن است گفته شود منظور از فتاوی معتبر فتاوی مراجع تقلید معاصر است. چون در احکام. زمان و مکان در تشخیص موضوع موثر است (سبحانی جعفر. مقاله نقش زمان. مکان در استنباط. مجله فقه اهل بیت. سال ۱۳۸۴. ش ۴. ص ۵۸ به بعد). و به هر فتوایی نمیتوان اتکا کرد و منظور از فتاوی معتبر فتاوی است که در زمان و عصر کنونی برای جامعه دارای اعتبارند و مردم در عمل از آن احکام بهره مندند! لکن همین

فتاوی نیز بسیاری از موارد دیده میشود با هم تفاوت دارند. اصولاً سکوت قانون در موارد مشکل و تقریباً نادر است و استناد به فتاوی در موارد نادر نیاز پیدا میکند و تفاوت فتاوی هم اغلب در موارد و سکوت قانون است که رخ میدهد. (توصیف و تحلیل علمی آرای قضایی، مسائل حقوقی ۱، معاونت آموزش قوه قضاییه، انتشارات جاودانه سال ۱۳۸۸، ص ۱۳۵)

ه) ممکن است منظور از فتاوی معتبر فتاوی ولی فقیه باشد. از آن جهت که قضات منصوب در محدوده اذن و نصب او باید عمل کنند. چون قضا در اسلام نوعی ولایت و امارت و میتوان گفت از مناصب پیامبر و اهل بیت و ولی امر است. (جوادی عاملی، ادب قضا در اسلام، نشر اسراء، سال ۱۳۹۰، ص ۱۴۳)

اطلاق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مواد ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و ۲۱۴ آیین دادرسی کیفری نشان میدهد منظور از فتاوی معتبر صرفاً فتاوی ولی فقیه نیست برغم اعتقاد به اینکه قضات منصوب و ماذون باید به فتاوی ولی فقیه عمل کنند خالی از قوت نیست ولی در واقع تفاوتی بین قضات مجتهد و غیر مجتهد از جهت انتصاب نیست و هر دو منصوب حکومتی محسوب میشوند در حالی که تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی صرفاً در صورت مغایرت نظر قاضی مجتهد با قانون وی را از تکلیف رسیدگی معاف کرده است و نگفته است در صورت مغایرت فتوی مجتهد با فتوی ولی فقیه مکلف به تبعیت از فتوی ولی فقیه باشد. چون اگر لازم میبود قانونگذار در تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی در مقام بیان بود و ایجاب مینمود حکم قضیه را مقرر نماید.

روند رسیدگی در محاکم نشان میدهد در مواقع سکوت قانون و ضرورت رجوع به فتاوی. اغلب قضات غیر مجتهد در حد بضاعت و امکانات و دسترسی به فتاوی نظر

مرجع تقلید را مقدم بر فتاوی دیگر مراجع تلقی میکنند و در صورت عدم دسترسی به فتویای مرجع تقلید خود از نظر ولی فقیه و دیگر مراجع تقلید صاحب نام در عصر حاضر استفاده میکنند. همچنانچه از قاضی مجتهد کسی انتظار ندارد نظر مراجع دیگر را بر نظر خود مقدم دارد مگر اینکه بعنوان نظر اجتهادی خود مورد پذیرش قراردهد.

گفتار سوم: نسبت رابطه اصول کلی حقوقی با منابع معتبر و فتاوی معتبر

در ظاهر ممکن است تصور گردد اصول کلی حقوقی که به عنوان یکی از منابع حقوق در کنار دیگر منابع آمده است کاملاً جدا از منابع معتبر فقهی و فتاوی فقهی معتبر می باشد. ولی با اندک توجهی روشن میگردد در بسیاری از موارد اصول کلی حقوق جز روح قانون نیست و روح قانون پایگاهی جز منابع معتبر فقهی و فتاوی فوتی معتبر ندارد برای مثال گفته شده است مبنای ماده ۳۲ قانون مدنی اصل لاضرر است (جعفری لنگرودی محمد جعفر. حقوق اموال. جلد اول. چ مشعل آزادی. تیرماه ۲۵۳۶. ص ۳۲۳). اصل لا ضرر جایگاهی جز منابع معتبر فقهی ندارد (جعفری محمد تقی. منابع فقه. انتشارات نور. سال ۱۳۶۰. ص ۱۲۲ الی ۱۳۶) (هر چند مبنای عقلانی نیز دارد) لکن در بسیاری دیگر از منابع دیده می شود قوانین و مقررات مربوط به علت عدم موضوعیت در سابقه فقهی و برداشت مقررات از نظام حقوقی دیگر جایگاهی در فقه ندارد و در فتاوی معتبر بدون اظهار نظر نگراییده است. مثل اکثر مباحث مربوط به حقوق بین الملل خصوصی و یا آنچه در قانون آمده است مربوط به نظر اقلیت از فقهاست که جزو منابع معتبر تلقی نمی گردد و یا بانظر فقهای اهل تسنن بیشتر انطباق دارد تا فقهای امامیه مثل مورد ضمان اسناد تجاری در حقوق تجارت. که لازم می دارد گفته

شود در برخی موارد نسبت بین اصول کلی حقوقی با منابع و فتاوی معتبر^۱ ممکن است از نوع تباین باشد مثل مقررات مربوط به رایانه ای که بصورت جامع در فقه سابقه بحث ندارند. ممکن است از نوع عموم و خصوص مطلق باشد مثل مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه که در نظامهای حقوقی بی توجهی بدان پذیرفتنی نیست و در عین حال مفاهیمی که در قالب حق و تکلیف و حق و حکم آمده است بیگانه با مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنه نمی میباشند. با این تفاوت که بعلت ضرورت دخالت دولتها در روابط خصوصی متعاملین و در گیرودار افزایش نقش حمایتی دولتها به قوانینی که در راستای حمایت حقوقی از یکی از متعاملین وضع شده است مثل قوانین و مقررات کارگری (مهر فرهنگ . حقوق کار و بیمه های اجتماعی. موسسه عالی حسابداری . سال ۱۳۴۸. ص ۴۶) و یا حمایت از حقوق مصرف کنندگان (کاتوزیان ناصر . مسئولیت ناشی از عیب تولید . دانشگاه تهران . سال ۱۳۸۱. ص). باید دقت نظر داشت تا در موارد عدم امکان استناد به قانون. قواعدی که در فقه صرفا مبتنی بر روابط خصوصی آزاد متعاملین است حاکم بر روابط متداعیین نگردد.

برخی موارد نسبت اصول کلی حقوقی با منابع معتبر فقهی نسبت تساوی است. یعنی حکم هر دو یکی است. برای مثال در قانون مدنی برای حالتی که زن بعلت آزار و اذیت و سوء معاشرت شوهر ناچار شود فدیة به شوهر دهد و با بذل فدیة خویشتن را برهاند مطلبی نیامده است و مشاهده میگردد بسیاری از قضات و سردفتران طلاق این را از موارد طلاق خلع میدانند در حالی که حکم بر طلاق خلع در مساله مذکور با اصول کلی حقوقی و روح مقررات حاکم بر خانواده مغایر است چون اینگونه قضاوت نوعی اجازه به شوهر برای بهره مندی از خطای خود است (نصیران داود .

درس فلسفه حقوق برای دکترای حقوق خصوصی . دانشگاه نجف آباد اصفهان . سال تحصیلی

(۱۳۹۰، ۱۳۹۱)

در تفاوت نوع طلاق مذکور در بالا با طلاق خلع گفتنی است بدلالت ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی طلاق خلع آن است که زن بواسطه کراهتی که از شوهر خود دارد درقبال مالی که به شوهر میدهد طلاق بگیرد.....یعنی در طلاق خلع زن مرد را دوست ندارد نه از آنجهت که مورد آزار و اذیت مرد است بلکه از آنجهت که کراهت و نفرت دارد . چون دادن فدیة و قبول ما بذل نوعی قرارداد و توافق طرفینی است که نیاز به عمل انشایی دارد و در عمل انشایی بدلالت ماده ۱۹۰ قانون مدنی قصد و رضایت از شرایط اساسی است و بجز در موارد نادر از عقود و قراردادها که فقدان رضا موجب عدم نفوذ عقد است در بقیه اعمال حقوقی از موارد بطلان است(- شهیدی مهدی . سقوط تعهدات . دانشگاه بهشتی . سال ۱۳۶۸ . ص ۵۵ کاتوزیان ناصر . حقوق مدنی . خانواده . ج اول . بهنشر سال ۱۳۶۸ ص ۳۱۹). برای همین است در منابع فقه چنان بذلی از سوی زن حرام و طلاق بشرح بالا از نوع رجعی تلقی می گردد(- روح اله الموسوی الخمینی . تحریر الوسیله . دارالعلم . چاپ دوم . ص ۳۵۲ . مساله ۱۴ علامه حلی . تبصره المتعلمین . بقلم حاج شیخ ابوالحسن شعرانی . کتابفوشی . اسلامیه سال ۱۳۶۷ . ص ۵۷۸)

به همان اندازه که گفتیم برخی موارد اصول کلی حقوقی موجود مربوط به برخی مقررات مثل حقوق بین الملل خصوصی - گمرکی است که در منهج فقهی کمتر بحث شده است و بعضی موارد نیز اصول کلی حقوقی پاسخگوی موارد ستوت قانون نیست. برای مثال قانون مدنی در خصوص اینکه مرد حد اکثر ضیید زوجه می تواند در زمان واحد اختیار کند ساکت است. و اصول حقوقی پاسخی ندارد لذا ناچاریم با

مراجعه به قرآن کریم بگوییم نمی تواند در زمان واحد بیش از چهار زن داشته باشد. (سوره نساء . آیه ۳)

گفتار چهارم: تاثیر قول مشهور فقها در مقام تعارض اصول حقوقی با فتاوی بعضی از فقها ممکن است از فحوای مطالب چنین استنباط شود که قانونگذار خود مقید به رعایت اصول حقوقی است بنوعی که اگر حکمی از احکام بر پایه قاعده و اصلی پایه ریزی میگردد قانونگذار را مکلف مینماید از تمامی آثار آن قاعده تبعیت نماید برای مثال قانونگذار در ماده ۳۴ قانون مدنی گفته است ((نتایج حیوانات در ملکیت تابع مادر است و هرکسی مالک مادر شد مالک نتایج آن هم خواهد شد)) ماده مزبور در مقام بیان قاعده تابعیت منافع از ملک است (حاتمی علی اصغر . جزوه کلاسی دانشکده حقوق دانشگاه شیراز سال ۱۳۶۷) لکن دیده میشود قانونگذار بعنوان تنظیم کننده رابطه متعاملین رعایت تمامی آثار قاعده را بر خود واجب نمیدارد چنانچه در ماده ۳۵۸ قانون مدنی میگوید ((.....حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی شود مگر اینکه تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود.....)) یا در ماده ۱۰۸۴ قانون مدنی آمده است ((هر گاه مهر عین معین باشد و معلوم گردد قبل از عقد معیوب بوده و یا بعد از عقد و قبل از تسلیم معیوب و یا تلف شود شوهر ضامن عیب و تلف است)).

ماده فوق به پیروی از فقه امامیه تنظیم گردیده است و بدیهی است تا زمان تسلیم زوج ضامن مهر معین است ولی آیا ضامن مزبور از قبیل ضمان معاوضی است یا از مصادیق ضمان ید است ؟ در این خصوص میان فقیهان عامه و امامیه اختلاف نظر است . پاره ای از فقهای عامه بر نظریه ضمان معاوضی معتقدند و مشهور فقهای امامیه به نظریه ضمان ید قائلند (محقق داماد . سید مصطفی - بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن . نشر علوم اسلامی . ۱۳۶۷ صفحه ۲۴۲) وانگهی مشاهده میگردد از تمامی

آثار نظریه ضمان ید نیز پیروی نگردیده است چون ضمان ید برای مواردی است که عیب و تلف مذکور بعد از عقد و قبل از تسلیم حاصل گردد نه قبل از عقد نکاح! زیرا ضمان عیبی که معلوم شود قبل از عقد موجود بوده با ضمان معاوضی بیشتر قابل توجیه است تا با ضمان ید. از طرف دیگر چنانچه موضوع با ضمان معاوضی توجیه شود نتیجه فسخ عقد و یا فسخ مهر و تبدیل آن به مهر المثل است در حالی که فتوای امامیه که قانون مدنی در ماده ۱۰۸۴ از آن پیروی کرده است ضمان به مثل و یا قیمت است و بنابر این باید گفت حکم مزبور با قواعد منطبق نمی باشد و ظاهراً فقها با استناد به اجماع بر خلاف قواعد و اصول حقوقی فتوا داده اند (نجفی . محمد حسن . جواهرالکلام فی شرح شرایع اسلام . کتابفروشی اسلامی . ج ۳۱ چاپ سوم سال ۱۳۷۴ . ص ۴۱).

در مورد دیگر ملاحظه می‌گردد حکم قانونگذار بر خلاف اجماع است . برای مثال در ماده ۱۰۹۰ قانون مدنی آمده است ((اگر اختیار تعیین مهر به زن داده شود زن نمیتواند بیشتر از مهرالمثل معین نماید)) اما آنچه در فتاوی فقها دیده میشود حد اکثر اختیار زوجه در این فرض مهرالسنه یعنی پانصد درهم است. (محقق حلی - جعفر بن حسن - شرایع الاسلام فی المسائل الحلال و الحرام - جلد ۱، ۲ - انتشارات خرسندی چ اول سال ۱۳۸۹ - صفحه ۵۶۵) که فقها در این زمینه اجماع دارند. (محقق داماد سید مصطفی . همان . ۲۵۳)

در حجیت اجماع بعنوان یکی از منابع حقوق در اسلام و یکی از ادله در میان فقها اختلاف نظر وجود دارد . (فیض - علیرضا . مبادی فقه و اصول . دانشگاه تهران - سال ۱۳۸۰ . ص ۳۹) بطوری که شیعه اجماع را بطور مستقل یکی از ادله فقه نمیشناسد بلکه کسی که مدعی حجیت اجماع است اعتبار آن را بخاطر قطع به رای و نظر امام علیه السلام قائل شده است . تا جائیکه گفته شده است ذکر اجماع در شمار ادله فقه شیوه پسندیده ای نیست پس کافی است بجای اجماع به همان سنت اکتفا شود زیرا در

حقیقت دلالت آن بخاطر اشتغال آن بر سنت است. (فیض. محمد. - الفیض. چاپ ۱۳۶۹ ق ص ۵۴) همچنانچه صاحب جواهر گوید: نیک آگاه باش تا در غلط و اشتباه نیفتی و از ظاهر اصطلاح اجماع فریب نخوری و بر ادعای اجماع اعتماد نکنی! و یا گوید بعضی از علما در نام گذاری و بکار بردن اصطلاح اجماع زیاده روی کرده اند و قول جمعی را که قول امام در میان آن نیست و حتی قول مشهور را اجماع نامیده اند و مخالفت با این گونه از اجتماعات کوچکترین ضرری متوجه انسان نمیکند چنانچه ادله دال بر اجماع مقتضی آن است (نجفی. محمد حسن - جواهرالکلام. ج ۴۱. ص ۳۵)

قول مشهور فقها آنان را ملزم به تبعیت و رعایت از شهرت فتوایی و قول مشهور نمیگرداند. همچنانچه در اصل ۱۶۷ قانون اساسی. ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری قضات مکلفند در مواردی با استناد به منابع معتبر فقهی و یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کنند و فتاوی معتبر و منابع فقهی معتبر مرادف با نظریه مشهور فقها نیست. بنابر این قول مشهور فقها در مقام تعارض اصول حقوقی با فتوای بعضی از فقها دارای حجیت نیست.

گفتار پنجم: لازمه استناد به منابع معتبر و فتاوی فقهی معتبر

با بررسی تاریخچه قانونگذاری در ایران مشاهده می گردد در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ با اصلاحات بعدی قضات در مواقع سکوت و ابهام و تعارض قوانین مکلف بودند با استناد به روح قانون عرف و عادت مسلم در جامعه حکم قضیه را معین نمایند. روح قانون همام اصول کلی حقوقی و مبانی و پایه های نظام حقوقی بود که بسته به مورد قضات به اصول و قواعد حقوق و منابع فقهی که مقررات بر آن بنا شده بود استناد می کردند بنوعی که اگر قانون. قاعده ای از کشور های دیگر اکتباس میشد قضات سعی می کردند اصول حقوقی حاکم بر آن

مقررات را استنباط و استخراج کنند و اگر مقررات سابقه فقهی داشت با مراجعه بدان سوابق اصول و قواعد فقهی که مقررات بر آن نباشده شده بود استخراج و حکم قضیه را بیان می کردند. در همه این موارد اصول حقوقی و روح قوانین نا مانوس با مقررات حاکم نبود و هم راستا و در راستای مقررات بود بنوعی همواره هدف قانونگذار در استنباط و استناد به اصول حقوقی مدنظر قاضی بود تا انسجام مقررات به هم نخورد و روح قانون وصله نا همگون با نص قوانین جلوه گر نکند.

هر چند اطلاق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و نیز اصل ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ بر خلاف کسانی که معتقدند استناد به منابع معتبر فقهی و فتاوی معتبر بر خلاف اصل قانونی بودن جرم در مجازات است (صادقی محمد هادی . حقوق جزای اختصاصی ۱ . جرایم علیه اشخاص . سال ۱۳۷۶ . ص ۲۲) در واقع متضمن اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیز است (اداره کل امور حقوقی قوانین قوه قضائیه . نظریه شماره : ۷/۴۱۴۸ . ۷/۳/۲۹) لکن نباید فراموش کرد فلسفه قبح عقاب بلا بیان . قانونی بودن جرم و مجازات . ضرورت انطباق و تنظیم رفتارها با هنجارها در جامعه جز این نیست تا افراد اجتماع با اطلاع از تکالیف و موازین و مقررات و در یک جامعه منظم . با اطلاع از مقررات و بنحو یکسان و منسجم . اعمال حقوقی خود را تنظیم کنند و در صورت تخلف با ضمانت اجرای قواعد حقوقی روبرو میشوند (- ناصر کاتوزیان . مقدمه علم حقوق . شرکت سهامی انتشار . سال ۱۳۸۹ . ص ۵۵)

در نظام حقوقی سابق گر چه منابع معتبر بطور روشن و صریح در قانون نیامده بود ولی قضات تا جایکه روح مقررات اجازه میداد از منابع فقه که پایه بسیاری از مقررات بود بهره مند می شدند . وجود روح قانون و عدم قید منابع معتبر فقهی باعث می شد علاوه بر اینکه قانونی بودن تکالیف مورد سؤال واقع نگردد. در عین

حال آنجا که قوانین مبتنی بر منابع فقه بود با استناد به روح قانون از آن بهره مند گردند. حساسیت قانونگذار بر رعایت موازین اسلامی در موارد سکوت قانون و غیره باعث شده است تا با حذف عبارت روح قانون. از عبارت منابع معتبر فقه و اصول کلی حقوقی استفاده گردد. ولی آیا منابع معتبر فقه و اصول کلی حقوقی هر دو جدا از هم و بیگانه از هم اند؟ در پاسخ میتوان گفت بیگانه از هم نیستند و لازم و ملزوم همدیگرند از آن جهت که لازمه استناد به منابع معتبر فقهی توجه به اصول کلی حقوقی است تا بر روح و چارچوب و استخوان بندی موازین قانونی لطمه وارد نگردد و با توجه به اولویت قانون (که تردیدی در اولویت قانون نیست) قضات نتوانند بدون توجه به اصول و روح مقررات به منابع فقه مراجعه کنند والا چنانچه بسیاری گفته اند وجود آرای مختلف در فتاوی و منابع فقه و بالتبع تشتت آرای قضات نه تنها موجب تضییع حقوق ملت بلکه موجب وهن اسلام نیز میگردد بطوری که مردم چنین فکر میکنند احکام اسلام از وحدت و انسجام بر خوردار نیست و رعایت تساوی در میان مردم ممکن نمیشود. (سید محمد حسن مرعشی. جایگاه فتوا در موارد فقد قانون. مجله تحقیقات اسلامی. بهار و تابستان سال ۱۳۷۶ سال دوازدهم. ش ۱-۲ ص ۲۲۴)

نتیجه:

با تحلیلی که از اصول کلی حقوق منابع معتبر فقه فتاوی معتبر گردید میتوان معتقد بود استخوانبندی مقررات و استحکام و انسجام نظام حقوقی بسته به رعایت اصول حقوقی است. اصولی که انحراف از اهداف قانونگذار را بر احدی بر نمی تابد. بدلیل وجود تشتت و اختلاف نظر فقها در فتاوا و استنباط از منابع فقه. اعتقاد بر تقدم اولویت استناد به منابع فقه. فتاوا. نسبت به اصول کلی حقوقی موجب افزایش تعارض. تفاوت برداشتها. آرای قضات و تضييع حقوق اصحاب دعوی و عدم امکان نظارتی صحیح مراجع عالی قضایی مثل دیوانعالی کشور. تجدید نظر خواهد شد. از آنجهت که بعلت اختلاف فقها و مراجع و استنباط فقها استناد قضات به فتاوی و منابع. حسب ظاهر مقررات صحیح خواهد بود و با توجه به اولویت استناد به قانون. مردم ملزم و ناچارند در مرحله نخست نسبت به انطباق رفتار خود چه در زمینه اعمال حقوقی و چه وقایع حقوقی و... با قانون و اصول حقوقی (که مقررات منطبق برآن اصول و قواعدند) مبادرت نمایند. چون تحمل و بار مسئولیت در درجه نخست با قانون است و اصول حقوقی بعنوان روح و جان قانون از قانون جدا شدنی نیست. و نحوه نگارش اصول حقوقی بعد از فتاوی معتبر و منابع معتبر اسلامی در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی نشانگر اولویت قانونگذار به فتاوی و منابع فقهی در مقایسه با اصول حقوقی نیست. همچنانچه قانونگذار بدرستی در ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری اصول حقوقی را در ردیف قانون قرار داده است و بدلالیت نص ماده مذکور. منابع معتبر فقهی و فتاوی معتبر را در اولویت بعدی قرار داده است. درست است ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مربوط به امور جزایی است. ولی باید اذعان داشت از جهت اولویت استنادی امور جزایی با مدنی تفاوتی ندارد.

فهرست منابع :

الف: ۱ - قرآن کریم

ب: کتب فارسی و عربی

۲ - امامی سید حسن. حقوق مدنی. جلد چهارم. کتاب فروشی اسلامی سال ۱۳۶۵

۳ - جوادی آملی. ادب قضا دز اسلام. نشر اسرا سال ۱۳۸۸

۴ - جعفری - محمد تقی. منابع فقه. انتشارات نور سال ۱۳۶۰

۵ - جعفری لنگرودی محمد جعفر. حقوق اموال. جلد اول. چاپ مشعل آزادی. تیر

ماه ۲۵۳۶

۶ - جعفری لنگرودی محمد جعفر. ترمینولوژی حقوق. گنج دانش سال ۱۳۶۷

۷ - حلی. علامه به قلم شیخ ابوالحسن شعرانی. تبصره المتعلمین. کتابفروشی

اسلامیه. سال ۱۳۶۷

۸ - شمس. عبدالله. آیین دادرسی مدنی. جلد ۲. نشر میزان. سال ۱۳۸۱

۹ - شهیدی. مهدی. سقوط تعهدات. دانشگاه بهشتی. سال ۱۳۶۸

۱۰ - صادقی. محمد هادی. حقوق جزای اختصاصی ۱. جرایم علیه اشخاص. نشر

میزان. سال ۱۳۷۶

۱۱ - فیض. علیرضا. - مبادی فقه و اصول - دانشگاه تهران. سال ۱۳۸۰

۱۲ - فیض. محمد - الفیض. چاپ ۱۳۶۹ ق

۱۳ - کاتوزیان. ناصر. فلسفه حقوق جلد ۲. شرکت سهامی انتشار. چاپ سوم. سال

۱۳۸۵

۱۴ - کاتوزیان. ناصر. فلسفه حقوق. جلد ۱. شرکت سهامی انتشار. چاپ سوم. سال ۱۳۸۵

۱۵ - کاتوزیان. ناصر. مسولیت ناشی از عیب تولید. دانشگاه تهران. سال ۱۳۸۱

- ۱۶- کاتوزیان. ناصر. حقوق مدنی. خانواده. جلد اول. بهنشر. سال ۱۳۶۸
- ۱۷- کاتوزیان. ناصر. مقدمه علم حقوق. شرکت سهامی انتشار. سال ۱۳۸۹
- ۱۸- محقق داماد. سید مصطفی. بررسی فقهی حقوق خانواده. نکاح و انحلال آن. نشر علوم اسلامی سال ۱۳۶۷
- ۱۹- محقق حلی. جعفر بن حسن - شرائع الاسلام فی المسائل الحلال و الحرام. ج ۱، ۲ - چ اول. انتشارات خرسندی. سال ۱۳۸۹
- ۲۰- الموسوی الخمینی. روح اله. تحریر الوسیله. موسسه مطبوعات دارالعلم. ج ۲ چاپ دوم
- ۲۱- مهدوی. یحیی. جامعه شناسی. دانشگاه تهران. سال ۱۳۴۱
- ۲۲- موسوی بجنوردی. سید محمد. قواعد فقهیه. نشر میعاد. سال ۱۳۷۲
- ۲۳- مهر. فرهنگ. حقوق کار و بیمه های اجتماعی. موسسه عالی حسابداری. سال ۱۳۴۸
- ۲۴- نجفی. محمد حسن - جواهر الکلام. کتابفروشی اسلامی. ج ۳۱. چ سوم سال ۱۳۷۴
- ۲۵ - نجفی. محمد حسن - جواهر الکلام. کتابفروشی اسلامی. ج ۴۱ سال ۱۳۷۴
- ۲۶ - نجومیان. حسن. زمینه حقوق تطبیقی در نظامهای حقوقی اسلام. فرانسه. انگلیس. روسیه. کتابفروشی جعفری. ۱۳۴۸
- ۲۷- نصیران داود. درس فلسفه حقوق برای دکترای حقوق خصوصی. دانشگاه آزاد نجف آباد اصفهان. سال ۱۳۹۰
- ۲۸- واحدی. قدرت اله. بایسته های آیین دادرسی مدنی. نشر میزان. سال ۱۳۸۰
- (ج) نشریه:

۲۹- سبحانی . جعفر . نقش زمان و مکان در استنباط . مجله فقه اهل بیت . شماره ۴۳ . سال ۱۳۸۴

۳۰- کاتوزیان. ناصر . مقاله جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی . مجله کانون وکلای دادگستری مرکز . ش ۱۰ . ش پیاپی . ۱۶۴-۱۶۵ . دوره جدید ۱۳۷۵

۳۱- نصیران . داود. حکومت قانون یا حکومت قاضی . فصلنامه حقوق و علوم سیاسی . دوره ۴۱ . ش ۳ . سال ۱۳۹۰

۳۲- یوسفی پور . شهروز . بررسی تحلیلی اصل ۱۶۷ قانون اساسی . مجله دادرسی . ش ۵۴ . بهمن و اسفند سال ۱۳۸۴

۳۳- یزدانین . علیرضا . تقسیم بندی منابع تعهدات قراردادی و غیر قراردادی در حقوق ایران و فرانسه . فصلنامه حقوق . دانشکده حقوق و علوم سیاسی . دوره ۴۱ . ش ۲ . سال ۱۳۹۰

(د) اینترنت:

۳۴- معاونت حقوقی و امور مجلس . تفسیر منابع و فتاوی فقهی موضوع اصل ۱۶۷ قانون اساسی .