

## قلمرو فقه در حقوق موضوعه ایران

علی‌رضا یزدانیا\*  
\_\_\_\_\_

### چکیده

از زمان پیدایش حقوق، دین و مذهب و اعتقادات قلبی منبع عظیمی برای حقوق به‌شمار می‌رفته است. قرن‌های متمادی، مقررات کلیسا هم دین و شریعت بوده است هم حقوق؛ همان وضعیتی که قبل از مشروطه در ایران می‌توان شاهد آن بود. سعی قانونگذاران نیز این بوده است که تا حد ممکن راه‌حل معضلات اجتماعی را از درون نظام شرعی پیدا کنند و به‌صورت قانون جلوه دهند، همچنان‌که قضات و حقوقدانان نیز در عمل به فقه وفادار مانده‌اند و مواردی که احکام فقهی در آرا انعکاس یافته است، کم نیست. حتی دکترین حقوقی نیز در مواردی برای تفسیر و شرح مواد قانونی به دامان فقه پناه آورده است.

با وجود این، بخشی از قواعد حقوقی ما از فقه فاصله گرفته و رنگ و بوی اروپایی به خود گرفته است. از سویی، اصولی در قانون اساسی وجود دارد که دامنه کاربرد فقه را در حقوق موضوعه تیره و تار کرده است. در قانون اساسی، تفسیر و شرح مواد ناقص یا مبهم به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر واگذار شده درحالی‌که دامنه کاربرد فقه در مورد قوانین مقتبس از رژیم‌های حقوقی دیگر محل تردید است. همین امر، تدوین قلمرو فقه در حقوق موضوعه را ضروری ساخته است؛ که در این مقاله بررسی می‌شود.

**کلیدواژه‌ها:** فقه، حقوق موضوعه، تفسیر، وضع قانون.

### مقدمه

نمی‌توان انکار کرد که پس از معتقدات مذهبی، هیچ وسیله‌ای برای ملتی بهتر از قوانین اجتماعی و سیاسی نیست. بنابراین، مذهب برای نظم جامعه مفید است؛ زیرا مذهب، نوعی

\* استادیار حقوق دانشگاه اصفهان yazdanian\_alireza@ase.ui.ac.ir

تاریخ دریافت: ۸۹/۸/۲۰، تاریخ پذیرش: ۸۹/۱۲/۵

کنترل درونی افراد است. گویا مذهب گذشته از تأمین سعادت جاوید بعد از مرگ، سعادت دنیوی را نیز تأمین می‌کند. با وجود این، نظم جامعه گاه اقتضا می‌کند قوانینی وضع شود که گاه در مذهب و فقه ریشه ندارند. گاه جمع این مواد در کنار هم مسئله خاصی ایجاد نمی‌کند؛ اما مشکلی که در حقوق ایران وجود دارد، این است که در اصل ۴ قانون اساسی نه تنها منبع وضع قواعد، حقوق اسلامی داشته شده است - که در این صورت، با محدودیت منبع روبه رو خواهیم شد - بلکه در اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز تفسیر و رفع نقص اصول مزبور از طریق منابع و فتاوی معتبر اسلامی امکان‌پذیر دانسته شده است. در حالی که تفسیر یک قاعده اروپایی با یک منبع مذهبی، حداقل برای یک قاضی، امری مشکل است. در این مقاله ضمن تأکید بر الهام‌بخشی مذهب و دین به عنوان منبع حقوق، ابهامات اصول قانون اساسی در مورد دامنه کاربرد فقه در وضع، تفسیر و تکمیل قوانین موضوعه در طی چند گفتار بررسی شده است.

## ۱. تأثیر فقه در وضع قوانین

### ۱.۱ ارتباط فقه و حقوق

قواعد مذهب که در متون فقهی ما انعکاس یافته، بیشتر برای تزکیه روح و قلب است. بدین ترتیب که مذهب بیشتر جنبه پند و اندرز دارد و به عبارتی «مبشراً و نذیراً» است؛ به همین جهت، حتی اگر در قالب مقررات خشک حقوقی نیز تنظیم نشود، بشر از روی اراده و احساس قلبی آنها را به موقع اجرا می‌گذارد (متسکیو، ۱۳۶۲: ۶۷۵). حتی اگر مذهبی غیرآسمانی در جامعه وجود داشته باشد، این حسن را دارد که افراد را کنترل می‌کند. نمونه آن، مذهب «پگو» در هندوستان است که آسمانی نبوده اما وسیله کنترل خوبی به‌شمار می‌رفته است. (همان: ۶۷۶)

به این ترتیب، هر چه مقررات حقوقی یک کشور با مذهب و اعتقادات قلبی سازگارتر باشد، از نظر روانی به نفع دولت‌ها است: اولاً دولت مجبور نیست برای وادار ساختن مردم به اجرای قواعد، هزینه‌ای صرف کند چرا که مردم خودبه‌خود به آنها عمل می‌کنند؛ ثانیاً قوه قضائیه کمتر با قانون‌شکنان مواجه می‌شود. بی‌جهت نیست که قوانین گاه در عمل رنگ و بوی مذهبی به خود گرفته‌اند. (لوی برول، ۱۳۶۷: ۹۳)

از سوی دیگر، دین نیز صرفاً به جنبه باطنی و روحی انسان محدود نیست؛ بلکه اصول خاصی برای زندگی دنیوی در ادیان وجود دارد. نگاهی به قرآن، تورات یا انجیل

نشان می‌دهد که این متون مقدس، به علم دین محدود نیستند. این کتاب‌ها، سرشار از قوانینی هستند که بامسائل اجتماعی و حقوقی سروکار دارند، مانند مقررات خانواده، مالکیت، ارث، تعهدات و ... (همان، ص ۴۲). بنابراین، با ارتباط حقوق و دین در طول تاریخ، خواه در ایران خواه در اروپا (Kanner, 1965: 10) فقه نیز عملاً به‌عنوان یکی از علوم دینی با حقوق در ارتباط بوده است و هست. حتی پس از انقلاب مشروطه نیز وضع به همین صورت باقی ماند. در اصل اول متمم قانون اساسی مشروطه مقرر شده بود: «مذهب رسمی ایران، اسلام و طریقه حقه جعفریه اثنی عشریه است. پادشاه ایران باید دارا و مروج این مذهب باشد.» و در اصل دوم، در خصوص وضع قوانین در مجلس و ارتباط آن با فقه درج شده بود: «باید در هیچ عصری از اعصار، مواد قانونیه آن، مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین حضرت خیرالانام - صلی الله علیه و آله و سلم - نداشته باشد.» بنابراین، حتی پس از مشروطه تا امروز نیز وضع قانون، بی‌تأثیر از فقه نبوده است و نیست.

## ۱،۲ کاهش جنبه‌های فقهی حقوق در مقطعی از زمان

در اروپا، رنسانس این تأثیر را بر جامعه نهاد که جامعه به فکر افتاد فقط با وضع حقوق می‌توان نظم و امنیت را در جامعه برقرار کرد؛ و برای حقوق، وظیفه و قلمرویی جدا از مذهب در نظر گرفته شد. (داوید، ۱۳۶۹: ۳۶؛ دل - وکیو ۱۳۸۰: ۱۹۷)؛ جنبشی که به ایران نیز سرایت کرد و عده‌ای دم از جدایی دین و حقوق زدند. (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه تهران، ۱۳۶۸: ۷۲)

قانون اساسی مشروطیت نیز نهاد خاصی برای تقنین پدید آورد به نام مجلس که با شروع فعالیت آن، حقوق و مذهب و فقه عملاً از هم جدا شد و تأثیر فقه در قوانین رو به کاهش نهاد. روابط ایران و اروپا نیز افزایش یافت و به تدریج قواعد فقهی جای خود را به قواعد اروپایی داد و عملاً این قواعد به مجلس پیشنهاد می‌شد؛ چنان‌که علیرغم تظاهر به دینداری و احترام به فقه از سوی مجلس، در عمل قوانین غیر فقهی زیادی به تصویب رسید (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ج ۱/۳۰۶)؛ قوانین اصول محاکمات حقوقی و کیفری و قانون تجارت به کلی از حقوق فرانسه و تقریباً بدون نظر به فقه تنظیم شد؛ حقوق خانواده و ارث به فقه وفادار ماند و قانون مدنی در این قسمت، ترجمه‌ای است از نوشته‌های فقهی. با وجود این، تصویب قانون حمایت از خانواده نشان داد که حقوق خانواده نیز از حقوق غیر فقهی متأثر شده است. در

امور مالی و قسمت‌هایی از قواعد تعهدات و معاملات، باینکه فقه امامیه رعایت شد، ظاهر این قواعد اروپایی بود و از باب‌بندی قانون مدنی فرانسه اقتباس شده بود. بنابراین، در مقطعی از زمان، حقوق موضوعه ایران، رنگ غیرفقهی به‌خود گرفت یا این تأثر از فقه رو به کاهش نهاد.

### ۳،۱ سایه دوباره فقه در وضع قوانین

بعد از انقلاب اسلامی، در سال ۱۳۵۷، با بروز اسلام‌گرایی و تجددخواهی، در اصل ۴ قانون اساسی، حقوق اسلامی دوباره در عرصه وضع قانون دخیل دانسته شده است. در اصل مزبور مقرر شده است:

کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، 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 و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر برعهده فقهای شورای نگهبان است.

گذشته از اصل ۴، منع مجلس از وضع قوانین مخالف با مذهب رسمی کشور (اصل ۷۲) و نظارت استصوابی شورای نگهبان در وضع قوانین (اصل ۹۱) و راهنمایی و الزام دادرس در اسناد به فقه در صورت فقدان حقوق موضوعه (اصل ۱۶۷)، همه منابعی است که با آنها، فقه مستقیماً به پیکره حقوق موضوعه تزریق می‌شود.

### ۴،۱ قلمرو مبهم فقه در وضع قوانین

با وجود اصل ۴ قانون اساسی، امروزه مهم‌ترین منبع حقوق موضوعه ایران، فقه و حقوق اسلامی است. امروز، بین فقه و حقوق همزیستی خاصی آغاز شده است؛ بدین ترتیب مجلس باید براساس موازین اسلامی قانون وضع کند. حقوق رسمی ایران، فقه نیست بلکه هرچه وضع شود باید براساس فقه باشد و این خود نشان می‌دهد که گرچه آرمان قانون اساسی اتحاد فقه و حقوق بوده است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ج ۲/۳۸۴)، شیوه تنظیم اصل ۴ نشان می‌دهد که این اتحاد حاصل نشده است. برای تحقق آرمان مزبور باید در قانون اساسی چنین مقرر می‌شد: «حقوق اسلامی، قانون رسمی کشور است». با وضع اصل ۴، فقط مجلس مکلف است قوانین آتی را برطبق موازین اسلامی وضع کند. (همان: ۳۸۷)

این الزام، به طرح این ابهام انجامیده است که آیا قوانین موضوعه نیز باید مانند احکام فقهی از منابع اصلی یعنی قرآن، سنت، اجماع و عقل استنباط شود یا همین که قانونی با احکام اسلامی مغایرت نداشته باشد، کفایت می‌کند؟

از فایده عملی رفع این ابهام نباید غافل شد؛ زیرا «الزام به وضع قانون براساس موازین اسلامی» با «منع وضع قانون مخالف اسلام» یکسان نیست. اگر تکلیف مجلس، وضع قانون براساس موازین اسلامی باشد، در این صورت دامنه ابتکار مجلس محدود است؛ چراکه معلوم نیست چگونه با تکیه بر منابع اصلی فوق‌الذکر می‌توان با رعایت مصالح جامعه قانون وضع کرد، به عنوان مثال میزان جریمه قاچاق ارز چگونه از این منابع به دست می‌آید؟ اما اگر تکلیف مجلس، عدم وضع قوانین مغایر موازین اسلامی باشد، آنگاه مجلس در تمامی مستحذات و مسائل روز جامعه می‌تواند قانون وضع کند؛ وانگهی، در استفاده از منابع اسلامی و غیراسلامی نیز آزاد است و فقط نباید قوانین مغایر با اسلام وضع کند. از بین این دو احتمال، یکی را باید برگزید؛ که در قسمت بعدی، درباره آن توضیح داده شده است.

#### ۵،۱ تبیین قلمرو فقه در وضع قوانین

در اصل ۴ قانون اساسی، به شکلی مبهم، وضع قانون براساس موازین اسلامی به مجلس تکلیف شده است و معلوم نیست آیا منظور «الزام به وضع قانون براساس موازین اسلامی» است یا «منع وضع قانون مغایر اسلام». بی‌گمان، یکی از راه‌های رفع ابهام از قانون، تفسیر به وسیله خود قانون (Linter pretation par le code) است. اصل ۷۲ قانون اساسی به گونه ای تنظیم شده است که نظر دوم را اقوی جلوه می‌دهد. مطابق این اصل، «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام و مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...». از فحوای اصل برمی‌آید که مقصود این است که مجلس نباید قانونی وضع کند که با اسلام مغایرت داشته باشد. در این صورت، این قانون بر اساس موازین اسلامی است گرچه در فقه بی‌سابقه بوده و از امور مستحذته باشد.

در اصل ۹۴ قانون اساسی نیز مقرر شده است:

کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ۱۰ روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلامی و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند، برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت، مصوبه قابل اجرا است.

طبق این اصل، معیار انطباق بر موازین اسلامی، مغایرت نداشتن با احکام اسلام است؛ چنان‌که در اصل ۹۶ نیز این تفسیر تأیید شده است. طبق این اصل، «تشخیص عدم

مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام، با اکثریت فقهای شورای نگهبان است».

بنابراین، در مواردی که فقه منبع مستقیم حقوق موضوعه است و مواد قانونی دقیقاً مضمونی از آیات یا احادیث است (مانند مقررات ارث در قانون مدنی) و در مواردی که مصالح و نیازهای جامعه وضع قانونی را اقتضا کند که در فقه سابقه نداشته، دست مجلس در وضع قانون باز است؛ به عبارت دیگر، لازم نیست که راه حل تمامی معضلات اجتماعی در فقه جست و جو شود. فقه نیز داعیه چنین شمولی را ندارد. بلکه کافی است که قوانین مغایر فقه و احکام اسلامی نباشد. با این تفسیر، اقتباس قوانین از کشورهای اروپایی مانند فرانسه نیز اگر مغایر موازین فقهی نباشد، قید انطباق با موازین اسلامی را تأمین می کند؛ زیرا منظور از این قید، عدم مغایرت با فقه است. در نتیجه، اگر قانونی مورد نیاز جامعه باشد ولی در فقه مطرح نشده باشد و به عکس در یک رژیم حقوقی دیگر مانند فرانسه وجود داشته باشد، در صورتی که مغایر احکام اسلامی نباشد و نیز از طریق روش های موجود در حقوق ایران مانند «اصول فقه» نتوان به همان نتیجه مورد نظر رسید، مجلس می تواند از آن مورد اقتباس کند و با ایجاد تغییراتی و یا به عبارت دیگر با بومی کردن قانون، آن را به پیکره حقوق ایران پیوند دهد.

## ۲. تأثیر فقه در تفسیر قوانین

### ۱،۲ لزوم تفسیر قانون

تفسیر یعنی هویدا کردن (معین، ۱۳۸۲؛ ج ۱/۱۱۱۳)؛ و در اصطلاح علم حقوق یعنی تعیین معنی درست و گسترده قاعده حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۷۷؛ ج ۲/۲۰۸). لزوم تفسیر از این امر ناشی می شود که قانونگذار هر قدر هم دقیق و آینده نگر باشد، باز هم مسائل اجتماعی در محدوده دقت و آینده نگری او نمی گنجد و اگر هم به فرض چنین احاطه ای داشته باشد، جامعه پویا است و هر روز معضلی تازه بروز می کند و حقوقدان ناگزیر از تفسیر قواعد مزبور و حل معضلات پیش آمده است؛ به عبارتی، سرعت تحولات اجتماعی بیش از سرعت قانونگذاری است. وانگهی، گاه توده نامنسجم قوانین با شماری از نسخ و تخصیص ها مشکلی است که جز به یاری تفسیر، نمی توان قانون را اعمال کرد. از سوی دیگر، استناد به ابهام و اجمال و تناقض و سکوت قانون، دست آویز مناسبی برای معافیت از احقاق حق نیست. بنابراین، چاره ای جز تفسیر قواعد وجود ندارد.

## ۲,۲ لزوم تفسیر قانون به وسیله فقه

بحث از تفسیر و انواع آن را در این مختصر جایی نیست و در اینجا، برحسب موضوع، فقط به تفسیر تاریخی اشاره می‌شود.

تفسیر تاریخی یعنی استفاده از ملاحظات برای کشف منظور مقنن؛ که به دو گونه به کار می‌رود: (۱) استفاده از مقدمات تهیه قانون و مباحث نمایندگان در مجلس؛ (۲) استفاده از تاریخ برای راه یافتن به نظر قانونگذار (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ج ۲/۲۴۵)؛ که طریقه دوم با موضوع مقاله مرتبط است.

با استفاده از تاریخ می‌توان قواعدی را که الهام‌بخش مقنن بوده است، به دست آورد. تاریخ حقوق ایران نشان می‌دهد که در برخی قوانین، فقه امامیه الهام‌بخش مقنن در تدوین مواد بوده است. کتب معروف فقه مانند شرح لمعه، شرایع، تذکره علامه، جواهرالکلام و مکاسب، همه از متونی هستند که مقنن ایران در تدوین قسمت‌هایی از حقوق موضوعه، فراروی خود داشته است. حقوق را باید با روح و روش تاریخ نگاری بررسی کرد (پاشا صالح، ۱۳۴۸: ۶) و اگر تاریخ قسمت‌هایی از قوانین ما چون قانون مدنی و مجازات را فقه تشکیل دهد، نمی‌توان از تأثیر فقه در تفسیر مواد غافل شد. برای مثال، در ماده ۸۸۲ قانون مدنی «لعان» و در ماده ۱۰۵۸ همان قانون «طلاق عدی» مطرح شده است ولی تعاریفی از آن دو وجود ندارد و باید به فقه مراجعه کرد. (محقق حلی، ۱۳۷۷: ۱۸۸؛ جبعی‌العاملی، ۱۳۷۲: ج ۲/۱۸۱) به همین جهت، در اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقرر شده است:

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 دعوی و صدور حکم امتناع ورزد.

## ۳,۲ قلمرو مبهم فقه در تفسیر قوانین

همان‌طور که مطرح شد، تاریخ بخش عظیمی از مقررات حقوق موضوعه ایران را فقه تشکیل می‌دهد که در مقام تفسیر باید لحاظ شود. این امر در مورد مواد قانونی که صرفاً از فقه و بدون دخالت حقوق اروپایی تدوین شده اشکالی پیش نمی‌آورد؛ برای نمونه، در خصوص تفسیر مقررات خانواده در قانون مدنی یا ارث و وصیت در رجوع به فقه برای تفسیر تردیدی نیست. مشکل جایی بروز می‌کند که یک ماده خاص، آمیزه‌ای است از فقه و حقوق اروپا. این آمیزش در قوانین به این صورت است که یا مطالب کهن در باب‌بندی

اروپایی عرضه شده (مانند باب معاملات قانون مدنی)، و یا در میان مواد، ماده‌ای از اصول اروپایی اقتباس و گنجانده شده (مانند ماده ۱۰ قانون مدنی)، و یا ماده‌ای در قانونی دیگر آمده که با مطالب قانونی که مستقیماً از فقه گرفته شده است، سر ناسازگاری دارد (مانند مقررات حقوق تجارت که از حقوق اروپا ترجمه شده است و بعضاً مغایر با موادی از قانون مدنی به نظر می‌رسد). به عنوان مثال، در خصوص معامله به قصد فرار از دین، در ماده ۲۱۸ سابق قانون مدنی، به تبعیت از فقه، حکم چنین معامله‌ای، عدم نفوذ اعلام شده و مقرر شده بود: «هرگاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین واقع شده است، آن معامله نافذ نیست»؛ و در ماده ۲۱۸ فعلی مقرر شده است: «هرگاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده، آن معامله باطل است». در حالی که در ماده ۴۲۴ قانون تجارت که از حقوق فرانسه اخذ شده، حکم چنین معامله‌ای، قابلیت فسخ دانسته شده است. طبق این ماده:

هرگاه در نتیجه اقامه دعوی از طرف مدیر تصفیه یا طلبکاری بر اشخاصی که با تاجر طرف معامله بوده یا بر قائم مقام قانونی آنها ثابت شود تاجر متوقف قبل از تاریخ توقف خود برای فرار از دین یا برای اضرار به طلبکارها معامله نموده که متضمن ضرری بیش از ربع قیمت حین معامله بوده است، آن معامله قابل فسخ است مگر اینکه طرف معامله قبل از صدور حکم فسخ تفاوت قیمت را بپردازد ...

بنابراین، در تفسیر این مواد معلوم نیست چگونه می‌توان از فقه کمک گرفت و عملاً دامنه فقه در تفسیر قوانین دچار ابهام می‌شود.

## ۴,۲ تبیین قلمرو فقه در تفسیر قوانین

با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در تفسیر مواد، فقه مرتبه نخست را دارا است. ولی معلوم نیست تفسیر مواد قانون تجارت که از فرانسه گرفته شده است یا موضوعاتی در حقوق مدنی که ریشه در فرانسه یا سوئیس دارد، چگونه با فقه ممکن است. به نظر می‌رسد در این موارد، رجوع به منبع اقتباس آن مواد در تفسیر مفیدتر و عملی‌تر است. به عنوان مثال، عبارت «خود موضوع معامله» در ماده ۲۰۰ قانون مدنی و عبارت «استفاده بلاجهت» در ماده ۳۱۹ قانون تجارت، جز با رجوع به حقوق فرانسه قابل تفسیر نیست. در ماده ۲۰۰ قانون مدنی مقرر شده است: «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد»؛ که این عبارت را فقط در ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه می‌توان دید.<sup>(۱)</sup> (Strack, 1972: 414) یا عبارت «تعهد ناشی از داراشدن بلاجهت» (Des obligation)



resultant de l'enrichissement illegitime) را فقط با مراجعه به کتب فرانسوی (همان، ص ۶۷۹) یا ماده ۶۲ قانون تعهدات سوئیس می‌توان تفسیر کرد.<sup>(۳)</sup>

نگاهی به ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ این امر را مدلل می‌سازد که فقه نمی‌تواند تنها منبع تفسیر به‌شمار رود. در این ماده مقرر شده است:

قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند و در صورتی که قوانین 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 اصولی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند.

چنانچه ملاحظه می‌شود، عبارت «اصولی که مغایر با موازین شرعی نباشد»، دایره شمول بیشتری برای ماده قائل شده است به نحوی که به نظر می‌رسد اصول حقوقی اروپایی نیز که مغایر با موازین شرعی نباشد و در زمان تصویب قانون به نوعی الهام‌بخش مقنن بوده و در احراز اراده مقنن مؤثر است، می‌تواند در تفسیر متون قانونی به‌کار آید، البته به شرطی که با متون فقهی و اصول حقوقی ایران از جمله اصول عملی مغایرت نداشته باشد. نکته قابل توجه این است که ماده ۳ قانون مزبور گرچه قانون عادی است و اصل ۱۶۷ جزء قانون اساسی است و قانون عادی نمی‌تواند مغایر با قانون اساسی باشد، بدیهی است معنای «تغایر» و معنای «افزودن» دو پدیده متفاوت است و در ماده ۳ فقط منبع دیگری برای تفسیر افزوده شده است ولی با قانون اساسی مغایرت ندارد. (اصل ۹۴ قانون اساسی)

بنابراین، قلمرو فقه در تفسیر مواد، تا جایی است که مواد مزبور از فقه گرفته شده باشد؛ در غیر اینصورت، در مورد موادی که از حقوق اروپایی اقتباس شده است، تا جایی که بتوان نهادی مشابه در فقه یافت و یا از اصول عملیه استفاده کرد، می‌توان در رفع ابهام از فقه مدد جست و گرنه باید به سرچشمه آن مواد یعنی حقوق اروپایی مراجعه کرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ج ۱۴۵/۳ به بعد)

### ۳. تأثیر فقه در تکمیل قوانین

#### ۱,۳ نقص و سکوت قوانین

همان‌گونه که عنوان شد، مقنن قادر نیست برای همه جوانب یک پدیده اجتماعی قانون وضع کند و اگر هم به فرض بتواند با لحاظ تمامی جوانب یک پدیده اجتماعی قانونی وضع کند، تحول پدیده‌های اجتماعی به حدی است که قانون امروز شاید در مورد برخی جنبه‌های

همان پدیده در روز دیگر ناقص جلوه کند. در مواردی نیز ظهور یک معضل اجتماعی به قدری اتفاقی و سریع است که مدت زمان زیادی طول می کشد تا مجلس درباره آن قانون وضع کند و بنابراین در این فاصله زمانی، قوانین در مورد آن مسئله در حالت سکوت به سر می برند. بنابراین، نقص و سکوت قانون در علم حقوق، امری طبیعی است. در این موارد، اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی ابتدا به قوانین مدونه و در صورت فقدان قانون به منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر راهنمایی شده است. بنابراین قاضی مکلف به رسیدگی است و در غیر این صورت خود مجرم است. در ماده ۴ قانون اساسی فرانسه این تکلیف مطرح شده<sup>(۳)</sup> که در حقوق ما نیز در لابه لای قوانین تکرار شده است. در نتیجه، مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، حتی در صورت نقص و سکوت قانون، قاضی مکلف است با استناد به فقه و منابع معتبر اسلامی نقص قانون را رفع و به پرونده رسیدگی کند. طبق این اصل، فقه در سکوت و نقص قانون نیز منبع تکمیل کننده حقوق است.

### ۲,۳ قلمرو مبهم فقه در تکمیل قوانین

سؤالی که در اینجا مطرح می شود، این است که حقیقتاً چگونه می توان با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی ادعا کرد که چنانچه قانون در هر زمینه ناقص یا ساکت باشد، با استناد به «منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر» می توان آن را تکمیل کرد؟ گستردگی مسائل مستحدثه به اندازه ای است که بتوان اذعان داشت که همه آنها نمی توانند در فقه سابقه طرح داشته باشند. مسائلی چون بیمه، گمرک، ورشکستگی، اسناد تجاری، شرکتها و ... همه از مسائلی است که در دنیای معاصر پای گرفته اند و رجوع به فقه در تکمیل آنها میسر نیست (کاتوزیان ۱۳۷۷: ج ۲/۴۱۱). وانگهی، گاه نیازها و مصالح اجتماعی پدیده ای را اقتضا می کند که قانون درباره آن ساکت است و به عکس فقه جواب معارض دارد. به عنوان مثال، در عرصه بین المللی، گاه بیع جنبه کالی به کالی به خود می گیرد؛ قانون مدنی در این زمینه ساکت است و از سویی انعقاد آن به این نحو نیاز جامعه است و در عمل می توان شاهد چنین بیعی بود در حالی که فقه صراحتاً به بطلان آن حکم داده است. نکته دیگر اینکه تنوع آرا و نظرها در فقه زیاد است و اگر قرار باشد فقه منبع مکمل قانون به شمار آید، به تشتت احکام و آرا و قواعد حقوق دامن زده خواهد شد. بنابراین، شاید منابع پنهان دیگری نیز مکمل حقوق باشند. در نتیجه، با محدودیت مندرج در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، دامنه کاربرد فقه در تکمیل قانون مبهم است.

### ۳،۳ تبیین قلمرو فقه در تکمیل قوانین

چنان‌که عنوان شد، در مورد نقص و سکوت قانون، اصل ۱۶۷ قانون اساسی به‌طور مطلق قاضی را مکلف به رجوع به فقه کرده است و حتی در مورد مسائلی که مسبوق به طرح در فقه نیست نیز قاضی طبق اصل ۱۶۷ باید به فقه مراجعه کند؛ امری که بی‌نهایت مبهم و در مواردی غیرعملی است. در حالی که با توجه به خود قانون اساسی باید از کلی‌نگری دست برداشت و قلمرو فقه در تکمیل قوانین را تبیین کرد؛ بدین ترتیب که ابتدا باید اصل ۱۶۷ را به حقوق مدنی و به‌طور کلی امور غیرجزایی محدود کرد، چراکه در حقوق کیفری اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها (اصل‌های ۳۷ و ۱۶۶ و ۱۶۸) مانع از رجوع قاضی به فقه و تنبیه را عملی است که در قانون ذکر نشده است. بنابراین، اصل ۱۶۷ قانون اساسی منصرف از مسائل کیفری بوده و معطوف به امور مدنی است. اما در مسائل حقوقی و مدنی نیز این اشکال هست که اگر موردی مطرح شود که قانون در مورد آن ساکت باشد و در عین حال مبانی این مسئله در فقه نیز طرح نشده باشد، چه باید کرد. به‌نظر می‌رسد در ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، در امور مدنی واقع‌بینانه‌تر عمل شده است؛ چرا که گذشته از منابع معتبر اساسی و فتاوی معتبر، منبع دیگری اضافه شده و آن عبارت است از «اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد»، که این منبع، ابزاری است که دامنه منابع را در تکمیل حقوق گسترده‌تر ساخته است. بنابراین، در این موارد که قانون ساکت است و درباره آنها در فقه مطلبی نیست، از طریق اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، می‌توان نقص قانون را جبران ساخت، حتی اگر این اصول حقوقی، در رژیم‌های حقوقی دیگر یافت شود. بدیهی است استناد به اصول حقوقی رژیم‌های حقوقی دیگر نباید با اصول حقوقی ایران از جمله اصول عملیه مغایرت داشته باشد.

بنابراین، در موارد نقص یا سکوت قانون، اگر مسئله مطرح‌شده کیفری باشد، قاضی به متن قانون بسنده می‌کند و در امور غیرکیفری، رجوع دادرسی به فقه، به مواردی محدود است که آن مسئله در فقه، سابقه طرح داشته باشد، در غیر این صورت، یعنی در مواردی که امری حقوقی و غیرکیفری طرح شود که در فقه نیز سابقه نداشته باشد، ارجاع قاضی به فقه بیشتر شبیه ارجاع وی به ناکجاآباد است. به‌نظر می‌رسد که در این موارد باید به خاستگاه آن پدیده اجتماعی مراجعه کرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ج ۱/۳۶۱). به عنوان مثال، قانون مدنی در بند ۳ ماده ۸۶۲، طبقه سوم را «اعمام و احوال و خالات و اولاد آنها» عنوان کرده است. اما در خصوص اعمام و احوال و اولاد اعمام و احوال پدر و مادر متوفی ساکت است.

طبیعی است که با توجه به سابقه طرح آن در فقه باید در حل مسئله به فقه مراجعه کرد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۱۲۰)

اما در مورد پدیده‌ای چون «غیرمنقول حکمی» مندرج در ماده ۱۷ قانون مدنی، به نظر نمی‌رسد که دانش یک قاضی توان استخراج حکم از فقه را داشته باشد. بنابراین، در این موارد باید به خاستگاه مسئله (برای مثال، حقوق فرانسه) مراجعه کرد. در ماده ۱۷ مزبور مقرر شده است:

حیوانات و اشیایی که مالک آن را برای عمل زراعت اختصاص داده باشد، از قبیل گاو و گاو میش و ماشین و اسباب و ادوات زراعت و تخم و غیره و به طور کلی هر مال منقول که برای استفاده از عمل زراعت لازم و مالک آن را به این امر تخصیص داده باشد، از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال، جزء ملک محسوب و در حکم مال غیرمنقول است.

این ماده در فقه سابقه ندارد و به نظر می‌رسد از ماده ۵۵۲ قانون مدنی فرانسه گرفته شده باشد<sup>(۴)</sup> و در موارد سکوت و ابهام در این ماده باید به شرح آن در قانون مدنی فرانسه مراجعه کرد.

البته نباید فراموش کرد که تفسیر یک پدیده با کمک یک رژیم حقوقی دیگری مانند فرانسه کافی نیست و باید تا حد ممکن با فقه و موازین اسلامی سازگاری یابد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۹۷)؛ به عبارت دیگر، در اقتباس و تفسیر یک پدیده حقوقی، نباید پیوند آن با رژیم حقوقی ایران و فقه را از یاد برد و آن را بومی ساخت، کاری که آبا و اجداد ما در مورد قانون مدنی تا حد ممکن رعایت کرده‌اند. به عنوان مثال، در ماده ۱۹۰ قانون مدنی مقرر شده است:

برای صحت هر معامله، شرایط ذیل اساسی است: ۱. قصد طرفین و رضای آنها؛ ۲. اهلیت طرفین؛ ۳. موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴. مشروعیت جهت معامله.

با اینکه در تدوین ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران بوده است و این دو ماده را می‌توان شبیه دانست، در بند ۱ ماده ۱۹۰، کلمه «قصد» اضافه شده ولی در بند ۱ ماده ۱۱۰۸ به کلمه «رضایت» بسنده شده است. بنابراین، در اقتباس احکام دیگر رژیم‌های حقوقی برای تکمیل قانون، فقه مبنا قرار می‌گیرد؛ به عبارتی، حقوق اخذ شده نباید با موازین اسلامی مغایر باشد.

نکته دیگر اینکه در حقوق برخی کشورها، با فقدان قانون یا سکوت قانون، منابعی در نظر گرفته شده است که قاضی با رعایت سلسله مراتب به آنها رجوع می‌کند؛ به عنوان مثال، در

حقوق مصر، در صورت سکوت قانون، عرف، حقوق اسلامی، مبانی حقوق طبیعی و عدالت می‌توانند منبع تکمیل حقوق باشند که در ماده ۱ قانون مدنی مصر پیش‌بینی شده است.<sup>(۶)</sup>

## نتیجه‌گیری

تردیدی نیست که دین اسلام کامل‌ترین ادیان است و بیشتر مسائل روزمره زندگی، از عبادات تا معاملات، در کتب فقهی طرح شده است. نکته دیگر اینکه هیچ رژیم حقوقی نمی‌تواند خود را از مذهب و باورهای قلبی بی‌نیاز کند و در این مورد فقه ما در مرحله وضع، تفسیر و تکمیل قانون، مهم‌ترین نقش را ایفا می‌کند، به نحوی که فهم و درک برخی از مواد حقوق ایران بدون تکیه بر فقه میسر نیست.

اما واقعیت این است که همه حقوق در فقه خلاصه نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ج ۲ / ۲۸ به بعد). زندگی اجتماعی گسترده‌تر از آن است که بتوان آن را پیش‌بینی کرد. سرعت ظهور و تکامل و تحول پدیده‌های اجتماعی، فراتر از سرعت قانونگذاری است و همواره حقوق عقب‌تر از پدیده‌های اجتماعی در حرکت است. از سوی دیگر، برخی از این پدیده‌ها و نیازها در فقه مسبوق به طرح نیست و گرنه فقهای مدبر در مورد آن چاره‌اندیشی می‌کردند. از سوی دیگر، در وضعیت کنونی، این یک حقیقت است که بسیاری از نهادها و تأسیسات حقوقی، از کشورهای اروپایی مخصوصاً فرانسه در رژیم حقوقی ما وارد شده است؛ همچنین، زندگی اجتماعی اقتضا می‌کند که گاه دستاوردهای حقوقی دیگران را در حقوق وارد کنیم. بنابراین، با اصل ۱۶۷ قانون اساسی که تنها منبع وضع و تکمیل و تفسیر قانون را فقه می‌داند، قلمرو فقه مبهم است و معلوم نیست در مورد پدیده‌های جهانی چگونه می‌توان حقوق را به منابع داخلی محدود کرد و لذا به نظر می‌رسد که در حقوق فعلی ایران، قانون نوشته بر هر متن دیگری مقدم است و با وجود قانون نمی‌توان به فقه یا حقوق اروپایی مراجعه کرد. (اصول ۴، ۱۶۷) اما در وضع یا شرح یا تکمیل قانون باید تحقیق کرد که آیا در فقه حکمی هست یا نه. اگر مسئله مسبوق به طرح در فقه بود، باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه کرد و در غیر این صورت، یعنی اگر در قانون مطرح نشده یا ناقص و مجمل باشد و در فقه نیز چنین پدیده‌ای طرح نشده و فتوای جدیدی نیز به دست نیامده باشد و با اصول حقوقی ایران از جمله اصول عملیه نیز نتوان مشکل را حل کرد، باید به خاستگاه آن مسئله مراجعه کرد و چنانچه قانونی از حقوق کشور دیگری گرفته شده باشد، برای درک آن باید به متون مربوط مانند نوشته‌های حقوق‌دانان فرانسه مراجعه کرد.

این امر نه تنها در وضع و تفسیر و تکمیل حقوق مؤثر است، بلکه بر آموزش حقوق نیز اثر می‌گذارد: معلم حقوق باید در شرح و بسط مواد قانونی، به سابقه آن بنگرد؛ هر جا امری مقتبس از فقه است، به فقه رجوع کند و هر جا پدیده‌ای و یا قانونی جدید وجود داشته باشد که در فقه نیست و با منابع داخلی نیز نمی‌توان آن را تفسیر کرد، به منابع اصلی یعنی حقوق اروپایی مراجعه کند.

### پی‌نوشت

1. Article 1110: L'erreur n'est une cause de nulite de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance meme de la chose qui est l'objet ...
2. Article 62. 1: Celui qui sans cause legitime s'est enrichi aux depens d'autrui est tenu a restitution...
3. Article 4: Le juge qui refusera de juger sous pretexte du silence . de l'obscurite ou de l'insuffisance de la loi pourra etre poursuivi comme coupable de deni de justice.
4. Article 1108: Quatre conditions sont essentielles pour la validite d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige: sa capacite de contracter : un objet certain qui forme la matiere de l'engagement : une cause licite dans l'obligation.
5. Article 1108: Quatre conditions sont essentielles pour la validite d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige: sa capacite de contracter : un objet certain qui forme la matiere de l'engagement : une cause licite dans l'obligation.
۶. المادة ۱: تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناول هذه النصوص في لفظها او في فحواها . فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فاذا لم توجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة.

### منابع

- پاشا، صالح، علی (۱۳۴۸). سرگذشت قانون؛ مباحثی از تاریخ حقوق، تهران: دانشگاه تهران.
- جعفی‌العاملی، زین‌الدین (۱۳۷۲). الروضة البهية فى شرح المعمة دمشقية، ج ۲، چ هفتم، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰). ترمینولوژی حقوق، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۹). ارث، ج ۱، چ دوم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). صدمقاله در روش تحقیق علم حقوق، تهران: گنج دانش.

داوید. رنه (۱۳۶۹). *نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه حسین صفایی، محمد آشوری و عزت‌الله عراقی، چ دوم، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.  
دفتر همکاری حوزه و دانشگاه تهران (۱۳۶۸). *درآمدی بر حقوق اسلامی*، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها.

دل وکیو، جرج (۱۳۸۰). *فلسفه حقوق*، ترجمه جواد واحدی، تهران: نشر میزان.  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). *فلسفه حقوق*، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). *گامی به سوی عدالت*، ج ۲، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی.  
لوی برول، هانری (۱۳۷۶). *جامعه‌شناسی حقوق*، ترجمه ابوالفضل قاضی، چ سوم، تهران: نشر دادگستر.  
محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن (۱۳۷۷). *المختصر النافع*، تهران: الهام.  
معین، دکتر محمد (۱۳۸۲). *فرهنگ فارسی*، ج ۱، چ بیستم، تهران: امیرکبیر.  
منتسکیو (۱۳۶۲). *روح‌التوانین*، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، چ هشتم، امیرکبیر.

Kanner, M. (1965). *Le droit simple et complet*. 5e. ed. Parsi: Librairie generale de droit et jurisprudence.

Strack. Boris (1972). *Droit civil.Obligations*. Paris: Librairies Techniques, Librairie de la cour de cassation.

