

پژوهش نامه حقوق اسلامی سال دوازدهم، شماره دوم- پائیز و زمستان ۱۳۹۰، پیاپی ۳۴، صص ۷۹-۱۰۰

## خلاهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضائی ایران (تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی)

تاریخ دریافت: ۹۰/۵/۵

غفور خوئینی\*

تاریخ پذیرش: ۹۰/۶/۱۵

سهیل ذوالفقاری\*\*

### چکیده

اصل ۱۶۷ قانون اساسی که به منظور رفع نقائص موجود در نظام حقوقی وضع شده است، برای اجرایی شدن با موانع علمی و عملی فراوانی رو به روست. زیرا از یک سو چگونگی رجوع به منابع و فتاوی معتبر معرفی شده در اصل مبهم است؛ از دیگر سو امکان استفاده از برخی این منابع در بسیاری از قضات وجود ندارد. از جهت دیگر حکم بسیاری از مسائل مستحدثت به لحاظ بی سابقگی در متون فقهی به طور کلی وجود ندارد. در صورتی هم که بتوان حکمی را از این منابع با تمام این مشکلات کشف نمود، اختلاف نظر متخصصان دینی، مانع از ایجاد یک نظم و رویه واحد در نظام قضایی شده و بر بنیانهای اعتماد جامعه به دستگاه قضا لطمه وارد می‌آورد. در این بررسی، برخی از مشکلات موجود در این اصل معرفی شده و سعی بر این است که تا زمانی که نظر بر حفظ این اصول باقی است، با استفاده از برخی روش‌های تفسیری دایره اجرایی آن و بالتبع مشکلات ناشی از آن کاهش یابد. امری که امروزه در رویه عملی دادگاه‌ها نیز به لحاظ رغبت کم تر در ارجاع به این اصل به خصوص در امور کیفی روشن است.

### واژگان کلیدی

قانون اساسی، اصل ۱۶۷، قانون نوشته، روح قانون، منابع معتبر.

---

\* دانشیار گروه حقوق و رئیس پژوهشکده فلسفه و حقوق تطبیقی دانشگاه خوارزمی

ghkhoeini@tmu.ac.ir

\*\* کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی

soheilzolfaghari@yahoo.com

### ۱. بیان مسأله

ارتباط نظام حقوقی ایران از یک سو با منابع فقهی و از سوی دیگر الگوگیری از حقوق نوشته، انکار ناپذیر است. بی تردید این تأثیر پذیری دو سویه در برخی موارد موجب ایجاد برخی برخوردها و تداخل مرز اجرایی می‌شود. در این باره اصول نظام نوشته، گرایش به قانون‌گرایی و ارتباط با فقه، اجتهاد را تقویت می‌کند.

هنگامی که یک سیستم حقوقی به فکر ایجاد نظم در روابط اجتماعی است، الزاماً می‌بایست از یک منطق قانون‌گذاری پیروی کند. این منطق، مقام قضا را یاری می‌دهد تا با در دست داشتن یک سند عقلانی به صدور آرای مبادرت ورزد که با هیچ یک از مبانی هماهنگ، که مدّ نظر مقنّن بوده است، مغایرت نداشته باشد. در هریک از نظام‌های حقوقی، ساز و کارهای متفاوتی برای این امر پیش‌بینی می‌شود؛ اما این که تا چه حد موفق است، امری است که در تجارب قضایی نمایان می‌گردد.

در نظام‌های حقوق نوشته، تا حدّ زیادی به دلیل وجود قانون به عنوان منبع برتر، رفع نیاز با مشکل جدی مواجه نیست؛ اما این موضوع مورد اتفاق است که قانون با ویژگی کلی خود نمی‌تواند پوشش صد درصد جامعی برای تمام نیازهای روز باشد. این نقص در کشورهایی که از رویه قضایی استوار و ریشه داری بهره مند هستند با تفسیر و شیوه‌های منطقی - حقوقی جبران می‌گردد.

در حقوق ایران و با توجه به وابستگی به منابع فقهی، رفع برخی از خلاءهای قانونی به همان منابع واگذار می‌گردد. این چنین است که مضمون عبارت اخیر در اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مواد ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری متجلی شده‌اند.

نگاهی به اصل و مواد پیش گفته و مجازات پیش‌بینی شده برای قاضی مستنکف از احقاق حق (ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی) نشان می‌دهد که با توجه به ماهیت قوانین نوشته و ضرورت بیان کلی احکام، اصولاً جزئیات و مصادیق در متون قانونی جایگاهی نداشته و وجود آنان نیز از ضروریات نیست و بدین ترتیب با حفظ اهمیت متون قانونی و در مرتبه بعد در تشخیص حکم مسأله در صورت نقص، اجمال و... منابع و فتاوی معتبر اسلامی و فقهی و اصول حقوقی (ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی) چاره ساز

خلاهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضائی ایران (تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی) ۸۱

خواهد بود. به این لحاظ تحلیل رابطه فقه و حقوق در نظام ما لازم می‌آید. رابطه‌ای که تا روشن نگردد، رجوع به چنین اصول و مواد قانونی، خود بر ابهام مطلب می‌افزاید. (گرجی، ۱۳۷۸، صص ۱۸-۲۱)

از دیگر سو، خود متون قانونی در این باره باید به دقت مورد تحلیل قرار گیرند. اصل ۱۶۷ قانون اساسی به عنوان کلید طلایی نظام حقوقی فعلی در مسیر اجرای خود، با مشکلات اساسی مواجه خواهد بود. شناسایی این اشکالات و بررسی دلیل و راه حل برون رفت از آنها گام نخست است. توضیح آن که قواعد حقوقی از آنجا که حق و تکلیف افراد جامعه را مشخص می‌نماید و ارتباط مستقیم با حقوق شهروندی دارند، باید به قدر کافی روشن و گویا بوده و سرگردانی و ابهام ایجاد ننمایند. البته این موضوع ایده آل است و گاهی در اصول قانون اساسی به لحاظ کلیت و مواد قوانین عادی به لحاظ حدوث مسائل جدید و پر فرغ بودن موضوعات سابق این ابهام حاصل می‌شود و شرح و تفسیر لازم می‌آید. با این مراتب است که لازم می‌آید در علم حقوق همواره باب تفسیر مفتوح بماند و مجریان قانون در مقام تطبیق بر موضوعات بتوانند تفسیر منطقی خود را در راه این تطابق به کار گیرند.

البته امکان تفسیر مواد قانونی توسط مقام قضایی، تنها در مورد قوانین عادی (انطباق کلیات با موضوعات) در اصل ۷۳ قانون اساسی پذیرفته شده است و تفسیر قانون اساسی در صلاحیت اعضای شورای نگهبان (اصل ۹۸ قانون اساسی) باقی می‌ماند؛ چراکه قانون اساسی به عنوان سند میثاق یک ملت و تشریفات پیچیده در تغییر و حک و اصلاح نیاز به نگرهبانی دقیق دارد. در هر حال شیوه‌های متفاوت تفسیری درباره قوانین وجود دارد. شیوه‌ای که در کشور ما در حال حاضر معمول است، مبتنی بر کشف اراده قانون‌گذار است.

بدیهی است صدور آراء متهافت در یک نظام قضایی و عدم وحدت رویه، مانعی اساسی بر سر راه اجرای وظایف تقسیم شده و اجرای عدالت در مقام تمیز حق از ناحق خواهد بود. این نقص عمده را عمل به ظهور و اطلاق اصل ۱۶۷ قانون اساسی دامن خواهد زد؛ چرا که تفسیر چار چوبه دقیقی برای مراجعه قضات و استفاده از منابع اسلامی موجود نیست. علاوه بر آن بر اهل فن پوشیده نیست که اختلاف در فتوا و

برداشت از منابع فقهی نسبتاً زیاد است و تشتت آراء نتیجه بدیهی این نظریه خواهد بود.

## ۲. مشکلات و موانع اجرایی اصل ۱۶۷ قانون اساسی

اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای ایجاد تعادل وضع شده است (تسخیری، ۱۳۸۵، ص ۵۱۱) که می‌تواند نقائص قانون گذاری را جبران نماید؛ اما در صورتی که موانع آن روشن نشود، عملکرد عکس خواهد داشت. تحلیل این اصل مورد توجه برخی از حقوق‌دانان بوده است. گروهی آن را موجب امکان دست یابی به عدالت قضایی می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۴۱۳) اما ممکن است برداشت یک اختیار گسترده از این اصل منتهی به هرج و مرج شود. برای این که مشکلات موجود در این اصل روشن شود، ابتدا منطوق آن به این شکل مورد تحلیل قرار می‌گیرد:

الف) حکم قانون در دعوی مطروحه معین است و قانون راه حل صریح و روشن دارد.

ب) برای حالتی که در دعوی مطرح شده، قانونی وجود ندارد و یا قوانین موجود ناقص، متعارض و یا مجمل هستند.

تکلیف وضعیت «الف» مشخص است و در حالت «ب»، مقنن قاضی را مکلف به رجوع به منابع ذیل کرده است:

۱- منابع معتبر اسلامی.

۲- فتاوی معتبر.

۳- اصول حقوقی. (ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی).

ذکر این نکته الزامی است که رجوع به این منابع، آخرین راه و پس از نیافتن حکم قانونی از طریق تلاش قاضی در بررسی ماهیت موضوع و انطباق آن با قوانین موجود است. (شمس، ۱۳۸۷، ج ۲، صص ۲۰۴-۲۰۵). قوانین حقوقی به هر ترتیب لایزال و ابدی نیستند و امکان تغییر آن‌ها در برخورد با نیازهای روز وجود دارد. اما در نظامی که قواعد آن بعضاً از شریعتی جاودانه گرفته می‌شود، این محدودیت در رجوع به منابع وجود دارد که باید تا حد امکان به نصوص معتبر وفادار بود و پاسخ نیازها را در آن چه هست جست و جو نمود و بیشتر از آن که نیاز را سنجید، دیدگاه شارع را طلب کرد.

خلاهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضائی ایران (تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی) ۸۳

اما اهمیت تطبیق میان نظام حقوقی و نیاز عمومی روز، قابل انکار نیست. بنابراین در اصل مذکور و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، به روح قانون و اصول حقوقی نیز اهمیت داده می‌شود تا به هر دو نیاز پاسخ داده شده باشد. (یوسفی فر، ۱۳۸۴، ص ۳۷)

## ۲-۱. مشکلات و موانع عملی در اجرای منطوق اصل ۱۶۷ قانون اساسی

به نظر در خود متن اصل و امکان تفاسیر متعدّد از آن که به مواد قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و کیفری نیز به همین نحو سرایت کرده است، شش ابهام اساسی وجود دارد:

۱- اولین نکته آن که مطابق اصول و مواد پیش گفته، رجوع به منابع معتبر اسلامی، الزامی است؛ حال آن که منظور از این منابع، مشخص نشده است که آیا منابع چهار گانه فقه امامیه مدّ نظر است یا کتب مراجع و علمای شیعه نیز در این مرتبه قرار می‌گیرد، تا بدین ترتیب در عرض یک دیگر قرار گیرند و ترتّب از میان برود؟ در نظام فقه امامیه، قرآن، سنّت، عقل و اجماع، منابع اصلی استنباط احکامند. منابعی که با رجوع به آن‌ها، دست یابی به حکم حقیقی شارع امکان پذیر خواهد بود. در این زمینه حاصل تلاش اجتهادی فقها در طی سالیان دراز به صورت کتب فقهی نمایان شده است که با توجه به این چهار منبع اصلی دست به استنباط زده‌اند. حال آیا منظور از منابع معتبر، این چهار منبع است یا کتب فقها داخل در این حوزه خواهد بود و به چهار منبع اصلی افزوده می‌گردد؟

اگر تفسیر دوم را مورد پذیرش قرار دهیم، باید به سؤال دومی نیز پاسخ دهیم و آن این که ملاک اعتبار یک منبع فقهی در مجموعه کتب موجود چیست؟ ملاک این اعتبار بر قاضی روشن نیست.

۲- چگونگی مراجعه، ابهام برانگیز است؛ آیا مشاوره است یا ماهیت آن، تقلید صرف قاضی است؟ (جبّاری، ۱۳۸۷، ص ۱۲۹) آیا مقلدان می‌توانند به منابع معتبر اسلامی و فقهی به صرف مشاوره رجوع کنند و این مخالفتی با مبانی فقهی ندارد؟ در حقیقت این مشکل به دو شکل بروز می‌نماید: نخست آن که اگر قاضی مجتهد باشد، تقلید بر وی حرام است و از دیگر سو نیز او نمی‌تواند از صدور رأی امتناع ورزد و مورد چون از موارد سکوت یا نقص قانون است، او نمی‌تواند با استناد به این که قانون

را خلاف شرع می‌داند، از اختیار قانونی ارجاع به شعبه‌ای دیگر سود برد. دوم این که اگر قاضی مجتهد نبود و در واقع مقلد بود، چگونه می‌تواند به منابع معتبر (چهار گانه) رجوع کند؟ در حالی که او توان اجتهادی ندارد.

۳- سومین ابهام، مشکل اساسی بروز تشّت در آراء است که پیش از این نیز به آن اشاره شد. وجود اختلاف میان آراء فقها، امری روشن است و حتّی اگر منابع را به منابع چهار گانه تفسیر نماییم، وجود فتاوی معتبر متفاوت انکار ناپذیر خواهد بود. به علاوه سوء برداشت و خطر تحریف و جعل نیز بر این ایراد افزوده می‌شود.

۴- اجرای چشم بسته و بی قید و شرط اصل ۱۶۷ قانون اساسی بدون توجه به عمومیت این اصل، در نهایت نتیجه رجوع به محاکم دادگستری را غیر قابل پیش‌بینی کرده و منجر به کاهش اعتماد به دستگاه قضا خواهد شد.

۵- پنجمین ایراد، به اجرای تجلّی اصل در قالب قوانین کیفری (ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری) باز می‌گردد؛ چرا که با مفهومی که از اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در ذهن نقش بسته است، منافات دارد؛ هر چند این قوانین از جانب شارع جعل شده است.

۶- اجمال و ابهام در متن ماده و خصوصاً این که ابهام مذکور چگونه باید مرتفع گردد. نتیجه این ابهام، پرسشی مهم است؛ چگونه می‌شود اصلی که خود دارای اجمال و تعارض است، در مقام رفع تعارض برآید؟ قاضی چگونه می‌تواند ابهام و اجمال خود این اصل را برطرف سازد؟ این مشکل به خصوص در مورد فتاوی معتبر بروز می‌کند.

## ۲-۲. بررسی برخی از مشکلات عملی در رجوع به منابع و فتاوی

در تاریخ فقه شیعه، اجتهاد به عنوان ابزاری به منظور هماهنگ سازی قواعد کلی اسلامی با نیازهای مطرح، مورد استفاده قرار گرفته و این به غیر از وظیفه اصلی یعنی استنباط نظر شارع از منابع آن است. اگر بتوان برای اجتهاد در سیر تاریخی آن، چنین نقش مجزایی را شناسایی کرد، بسیاری از موانع عملی مرتفع خواهد شد. (فیض، ۱۳۶۵، صص ۵۴-۶۱). به علاوه این شیوه استنباطی با دو عنصر زمان و مکان ارتباط مهم و اساسی دارد. (صابریان، ۱۳۸۵، ص ۶) با این لحاظ می‌توان نقش اجتهاد را به دو شکل مورد بررسی قرار داد:

خلاهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضائی ایران (تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی) ۸۵

اول، اجتهاد توانایی برای استنباط احکام از منابع آن است. (جباری، ۱۳۷۷، صص ۴۳-۴۶) دوم، اجتهاد ابزاری برای تطبیق حکم است بر کلیات؛ به معنای ابزاری برای شناسایی مصداق و تطبیق حکم بر آن.

با توجه به ویژگی نظام قضایی ما و استفاده از قضات مأذون و نه مجتهد، و لزوم رجوع به هر کدام از منابع چهارگانه اصلی، در صورت تفسیر به مورد نخست با ایراد اساسی عدم توانائی رو به رو خواهد کرد. این ایراد، اصل مزبور را از غیر قابل اجرا و ناکارآمد خواهد کرد. در این باره تفاوتی میان هیچ کدام از منابع وجود نخواهد داشت. اما در معنای دوم رجوع به این منابع، با این ایرادات کمتر رو به رو خواهد شد. اما در خصوص رجوع به منابع چهارگانه باید به نکاتی به عنوان مشکلات کار توجه کرد؛ در خصوص قرآن می توان گفت:

#### ۲-۱-۲. مشکلات عملی در رجوع به قرآن

رجوع به قرآن دارای نکات حائز اهمیت و قابل توجهی است. از جمله آن که هر چند هیچ یک از آیات قرآن از لحاظ سند قابل خدشه نیستند، اما در باب متشابهات و حتی ظواهر در محکّمات نیز نیاز است تا بتوان عام و خاص و مجمل و مبین را مشخص و گره‌گشایی نمود و این یک تخصص و فن ویژه‌ای است که باید آموخت و به کار بست. هر چند آیاتی چون ۲۷۵ سوره بقره و ۲۹ و ۱۲۸ سوره نساء هستند که در ظاهر آن‌ها احتمال خلافی نیست (نص)؛ اما درباره آیاتی که دلالت آن‌ها بر معنای مورد نظر کاملاً مجمل است (از جمله آیه ۴۳ سوره بقره)، مشکل به شیوه اساسی باقی خواهد ماند و روشن نیست این اجمال و ابهام چگونه باید حل شود؟ (گرچی، ۱۳۷۵، ج ۲، صص ۱۵۸-۱۵۹) بدین معنا که در رجوع به نصوص و ظواهر به منظور استنباط حکم از کتاب، نیازمند دانش فقهی و قدرت اجتهاد می‌باشد. در قرآن کلیاتی است که معرفت به آن‌ها از حکم عقل نیز استنباط می‌شود. اما قاضی به این کلیات نیازی ندارد و غالب نیازهای قضایی، مربوط به فروع است که احکام آن در کتاب الهی مسکوت مانده است و یا از تعیین برخی مصادیق، مقصود خاصی دنبال می‌شده است که اساساً به طور منطقی تمام موضوعات را در بر نمی‌گیرد. (بطحائی، ۱۳۸۳، صص ۵۵-۶۷) علاوه بر این

مسائل مستحدث که حکمی در قرآن ندارند، قاضی مأذون که نه توانایی اجتهاد دارد و نه اجازه آن را، قادر به حل آن‌ها نیست.

#### ۲-۲-۲. مشکلات علمی رجوع به سنت

علاوه بر آن که حاد تر و پیچیده تر از رجوع به قرآن است، مقدمه و مکمل رجوع به قرآن هستند که قاضی مأذون به طریق پیش گفته نخواهد توانست به آن‌ها رجوع نماید. دیگر آن که فنون این مراجعه غالباً در اختیار قاضی نیست و اگر هم باشد، بی شک اطاله دادرسی، تالی فاسد آن خواهد بود. در استفاده از کتب حدیثی مشهور امامیه (مانند کافی محمد بن یعقوب گلینی، مَنْ لَا يَحْضُرُهُ الْفَقِيهَ شَيْخٌ صَدُوقٌ، تَهْذِيبُ الْاِحْكَامِ وَ اسْتِصْوَارِ شَيْخِ طَوْسِي) نیز مشکلات جمع و عموم، مطلق و مقید و مطابقت احادیث با قرآن بر دشواری می‌افزاید.

#### ۲-۲-۳. رجوع به اجماع

از جمله مشکلات عملی رجوع به اجماع، می‌توان به دشواری تحقق اجماع مُخَصَّل (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۴۴۵) انکار حجیت اجماع از دیدگاه برخی فقها مانند صاحب شرایع به علت نداشتن اساس عقلی، عرفی و تعبدی صحیح، عدم اصالت اجماع در مقابل نقل سنت، نبود مبنای صحیح برای رجوع قاضی به منابع فقهی، وجود تردید در حجیت اجماع در احکام قضایی تردید حاصل می‌آورد، اشاره کرد. علاوه بر این، احادیثی که در اعتبار اجماع نقل شده، هیچ دلالتی بر این امر ندارد و در سیستم‌های دیگر دنیا نیز چنین چیزی مشاهده نشده است. برخی نیز با این نظر مخالف‌اند (محمدی، ۱۳۸۵، صص ۱۸۷-۱۸۸) این نکته‌ها راه را برای دقت بیشتر در اجماعات می‌گشاید. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ص ۱۱)

مشکلاتی که در خصوص فتاوی معتبر وجود دارد، در این باره روشن تر است. بی شک اختلاف آرای فقهی در موضوعات مختلف، قضات را در هنگام مراجعه سردرگم خواهد کرد. (سلیمان پور، ۱۳۸۳، ۸۱) از سویی قاضی در رجوع به این منابع، مطابق اصل قانون اساسی مجبور است و از سویی در هنگام رجوع، با انبوهی از فتاوی مختلف رو به رو است. آیا قاضی باید به نظر مشهور رجوع کند یا در این مراجعه مختار است؟ به علاوه ملاک اعتبار یک فتوا شخصیت مجتهد است یا مطابقت با نظر



مشهور؟ در صورت اخیر، اگر نظر مشهوری موجود نباشد، تکلیف ملاک اعتبار چیست؟ در فقه امامیه برای هر کدام از این دو نظر، طرفدارانی هست؛ اما در حقوق یک راه کار عملی می‌بایست ارائه شود. (رهامی و آهنگران، ۱۳۸۱، ص ۲۰) به نظر می‌رسد دیدگاه دوم برای قاضی و در مقام صدور حکم فواید عملی بیشتری دارد. البته ملاک تلفیقی نیز راه حل منطقی‌تری به دست می‌دهد؛ به این ترتیب که درجه اجتهادی مجتهد به علاوه هماهنگی با نظر مشهور را ملاکی برای تعیین اعتبار قرار دهیم. تمسک به شهرت یک نظریه و تحمیل آن بر قاضی به منظور جلوگیری از تشتت آرا بسیار مفید خواهد بود. به ویژه بر این اساس که رجوع قاضی بر اساس تبعیت از متن صریح قانون صورت می‌پذیرد و منطقی نیست که قانون به مجموعه‌ای ارجاع دهد که نتیجه آن روشن نیست. این ارجاع به علاوه با نوشته بودن نظام حقوقی ما مغایرت خواهد داشت. در صورتی که در آن موضوع فتوای مشهوری وجود نداشته باشد، قاضی می‌تواند با توجه به منطق حقوقی نظامی که در آن به صدور رأی مبادرت می‌ورزد و توجه به اصول حقوقی کلی آن، نظر و فتوای مناسب را انتخاب نماید.

### ۳. تحلیل نظریات پیرامون رفع مشکلات و موانع اجرایی اصل ۱۶۷ قانون اساسی

برای رفع مشکلاتی که پیش از این به آن‌ها اشاره کردیم، حقوق‌دانان نظریاتی ارائه کرده‌اند که به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

#### ۳-۱. نظریه استناد به روح قانون

قبل از ایجاد یک دیدگاه به عنوان نظریه‌ای مستقل، باید گفت برخی حقوق‌دانان ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی را به شکل یک شیوه استنادی که بر قضات از جانب قانون‌گذار تحمیل شده است، بیان کرده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، صص ۳۸ - ۱۰۲-۱۰۸). پس از این دیدگاه، نظریه «روح قانون» به شکل یک نظریه علمی استقلالی در نظام حقوقی ایران مطرح شد. (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۳۹۹)

در قوانین فعلی ایران، اصطلاح «روح قانون» تعریف نشده است؛ البته این موضوع در قوانین قبل از انقلاب و در ماده اول قانون مدنی سوئیس مورد توجه بوده است و زاینده فکر یک حقوق‌دان نیست؛ اما در هر حال روح قانون را قانون‌گذار به رسمیت

شناخته است و در وضعیّت فعلی نظام حقوقی ما، تنها یک نظریه علمی است. در دکتترین، روح قانون به این شکل تعریف شده است:

الف) منظور از روح قانون، قصد و غرض مقنّن است که از دیرباز در میان فقها مطرح بوده است. هرگاه موضوعی در قانون پیش‌بینی شده که با موضوع متنازع فیّه دارای صفات و مشخصات مشترک باشد، قاضی می‌تواند به استناد روح قانون، حکم مزبور را به مورد اختلاف تسری و تعمیم دهد. (بوشهری، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۲۰)

ب) اصول و نظریه‌های علمی که پایه یک یا چند ماده قانون باشد. (امامی، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۱۵۸)

ج) مقصود از روح قانون به عنوان منبع تمیز حق، اصول راهنمای قانون‌گذار در وضع قانون است؛ خواه این اصل راهنما از احکام فرعی و پراکنده قانون استخراج شود یا به دلیل قطعی خارج.

روح قانون را به شکل دیگری نیز می‌توان تعریف کرد و آن «هدف‌های قانون‌گذار» است. برای مثال از مفاد مجموع اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران چنین برمی‌آید که هدف مقنّن، ایجاد هم‌زیستی میان نظم حقوقی و احکام اسلامی است. این هدف، سایه خود را بر سر تمام قواعدی که محیط بر آن است حفظ می‌کند. به عبارت دیگر «روح قانون عبارت است از استخوان‌بندی نظم حقوقی و نیروی محرک و بستر حرکت آن با اصلی راهنما که در پس پرده واژه‌ها پنهان است و به یاری خرد و تجربه باید آن را شناخت.» (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۳۹۹)

بنابراین دادرس در مواجهه با قانون، نباید احکام موجود را در مجموعه‌ای جدا از سایر قوانین در نظر بگیرد؛ چرا که قوانین هر کشور، اهداف و مبنای مشترک دارند. دادرس باید از امر قانون‌گذار پیروی کند؛ اما یک امر در مجموعه‌ای از اوامر است که معنا می‌یابد و متن هیچ قانونی را نباید به تنهایی ملاک کار قرار داد.

### ۳-۱-۱. شرح و نقد نظریه

در تفسیر قانون به عنوان مهمترین منبع در نظام حقوقی ایران، نباید نقش اجتهاد و استنباط قاضی را فراموش کرد. دادرس برای این تفسیر باید از آزادی نسبی برخوردار باشد و نباید تنها به پوسته خشک آن محدود بماند. آن چه به عنوان روح قانون مطرح

شده است، نباید به صورت افسار گسیخته مورد پذیرش قرار گیرد؛ چرا که به این ترتیب نظریه‌ای که برای رفع مشکلات اصل ۱۶۷ ایجاد شده است و به قصد رفع تشنّت آراء گسترده شده، خود موجب بی‌نظمی در آراء صادره می‌گردد. این شیوه که در نظام حقوقی با مبانی فرهنگی دیگری عجین شده است، با ویژگی‌های نظام رایج حقوقی ما هم‌خوانی زیادی ندارد؛ مگر این که چارچوب‌های متناسب آن تمهید شود. استفاده از علوم اصول و منطق و رعایت مبانی و قواعد فقهی در این مسیر راه گشا است و می‌تواند احتیاط قاضی را در این راه تضمین نماید.

برای فهم منظور حقیقی مقنّن، چند راه پیش بینی شده است که به اشاره از آن‌ها می‌گذریم:

الف) توجه جامع به تمامی قوانین: پیش‌تر ذکر شد که یکی از مفاهیم روح قانون، ترکیب اهداف مقنّن است. زمانی که قانون‌گذار در طی چندین سال، برای یک موضوع، چندین قانون وضع کرده است، توجه به عام و خاص، مقلّم و موخر بودن آن‌ها نسبت به یک دیگر در درک منظور مقنّن، کمک کننده است.

ب) توجه به مفهوم مخالف: وقتی راه حل موجود در یک متن قانونی، دارای جنبه استثنایی باشد، می‌توان به استناد به مفهوم مخالف در موارد معلوم از حکم متضاد بهره برد. برای مثال می‌توان به مواد ۶۹۱ و ۶۱۵ قانون مدنی اشاره نمود. (مدنی، ۱۳۷۷، ۱۹۵) در این مسیر قاضی باید به قواعد علم اصول توجه داشته باشد؛ بدین معنا که از هر حکم قانونی نمی‌توان مفهوم مخالف گرفت.

ج) توجه به مفهوم موافق: یعنی «معنای قوانین موجود در منطوق یک تفسیر با معنای موجود در مفهوم همان قضیه از لحاظ سلب یا ایجاب» است. در این زمینه می‌توان به قیاس اولویت و وحدت ملاک اشاره نمود. توضیح آن‌که اگر علت حکم در مفهوم قوی‌تر و شدیدتر از علت حکم در منطوق باشد یا بتوان قاعده مشابه را در موارد دیگر به علت داشتن یک مبنا به کار برد، قاضی می‌تواند مقصود قانون‌گذار را دریابد. (لطفی، ۱۳۸۶، ص ۹۱)

د) توجه به مقدمات تصویب قانون: بررسی مراحل که یک قانون از زمان پیشنهاد تا تصویب طی می‌کند، مرور بر انتقادات، نظرات و پیشنهادها، می‌تواند راه مناسبی برای

دانستن مقصود قانون‌گذار که در نهایت به صورت یک ماده قانونی در آمده است باشد. اگر در تدوین بعضی از احکام قانونی، مقنن توجه به منابع خاصی داشته است، مراجعه به آن‌ها می‌تواند کلید فهم روح قانون باشد. توجه به اصول حقوقی توجه به آن دسته‌ای از قواعد کلی است که نه تنها مبنای بسیاری از قوانین قرار گرفته است، بلکه به دلیل سابقه‌ای طولانی، نفوذ و اعتبار خاص دارد. زیر ساخت‌های این اصول در آداب و سنن، عقاید مذهبی یا عادات و رسوم یافت می‌شود. این اصول رفته رفته به بخشی از زندگی حقوقی و ارکان تمدن ملت تبدیل می‌شوند و حتی قانون‌گذار در تجاوز به آن‌ها احتیاط می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۵۶۴)

البته لازم به ذکر است که در این شیوه نیز مانند سایر شیوه‌ها اگر حکم امری از منظر قانونی صریح باشد، هر چند خلاف اصول حقوقی، برای مقام قضاوت لازم‌الاتباع است و او مکلف به اجرای آن‌ها است.

البته باید بین اصولی که در متن قوانین آمده و جزء رسمی حقوق موضوعه است با اصولی که «وجدان عمومی» آن را به طور مبهم احساس می‌کند، تفاوت قائل شد. درباره دسته اول تردید مهمی وجود ندارد؛ جز آن‌که تفاوت این اصل با سایر قواعد حقوقی، در کلی و جزئی بودن آن‌ها است و قانون‌گذار نباید خود را بی‌قید و شرط پایبند به آن‌ها بداند و از سوی دیگر باید حریم اصول از تجاوز تفاسیر خلاف مقام قضاوت حفظ شود. ولی درباره دسته دوم، یک تردید اساسی هست و آن این که آیا اصول حقوقی خارج از قانون وجود دارند یا خیر؟ به طور خلاصه باید گفت این اصول حقوقی از آن جا که نقشی در ایجاد قواعد حقوقی داشته‌اند، می‌توانند در تفسیر آن به کار آیند. آن چه به عنوان ابزار و وسایل کشف روح قانون ذکر شد، خلاف دیدگاه برخی حقوق‌دانان (مدنی، ۱۳۷۷، صص ۱۹۴-۱۹۵) خود قانون است نه روح آن.

### ۳-۲. نظریه اعتدال‌گرا مبتنی بر تفسیر نوین از اصل ۱۶۷

این نظریه، یک شیوه علمی است که به نظر با اجرای صحیح قواعد و ارکان آن، می‌توان از تشنّت آرای محاکم کاست. این نظریه بر پایه قواعد عقلی همراه با تفسیر مضیق اصل مزبور بنا شده است. مهم‌ترین ارکان این نظریه، به شرح ذیل می‌باشد:

خلاهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضائی ایران (تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی) ۹۱

الف) اولین و مهم‌ترین رکن این نظریه، تعریف است؛ بدین معنا که برای تفسیر اصل ۱۶۷ قانون اساسی، ابتدا باید اصطلاحات اصل مزبور به دقت مطابق احکام اسلامی و قواعد حقوقی تعریف گردد.

ب) علاوه بر زدودن ابهامات اصطلاحات، به نظر برای کاستن از تشتت آرای دادگاه‌ها باید از هر اصطلاحی معنای محدودی به دست دهیم تا دایره اصل ۱۶۷ قانون اساسی، کوچک و کوچک‌تر شود. قاعدتاً نتیجه آن، رجوع کم‌تر قضات به منابع دیگر غیر از قانون به جهت عدم نیاز خواهد بود.

ج) سومین اصل، نگاه جامع به کل اصول قانونی است. برای مثال اگر بخواهیم قضات مأذون را ممنوع از رجوع به منابع معتبر اسلامی بدانیم، از ظاهر اصل مزبور چنین نتیجه‌ای حاصل نمی‌آید؛ بلکه باید آن را با اصول دیگر معنا کرد. برای نمونه می‌توان با توجه به اصل چهارم قانون اساسی و به استناد این که کلیه قوانین باید مطابق احکام شرع باشد، تنها قضات مجتهد را مجاز در رجوع به منابع و فتاوی معتبر بدانیم؛ چرا که بر اساس احکام اسلامی، نمی‌توان قاضی مأذون (غیر مجتهد) را مجاز به رجوع به منابع معتبر چهارگانه اسلامی دانست. البته ممکن است بر این تفکیک ایراد گرفته شود که چنین چیزی از اصل مورد بحث به دست نمی‌آید. این ایراد اگر چه به این صورت قابل پاسخگویی است که اگر منابع معتبر را به منابع چهار گانه تفسیر نماییم، این تفکیک لازم غیر مفارق آن خواهد بود، اما به دلیل این که قاضی در نظام حقوقی ما، اعم از مجتهد و مأذون جز در یک مورد استثنایی، به یک چشم از سوی قانون‌گذار نگریسته می‌شود، ایراد وارد خواهد بود. در نتیجه می‌توان این گونه تفسیر نمود که رجوع به منابع نه از باب اجتهاد به معنی کشف حکم بلکه به معنای تطبیق بر مصداق است. (موسی زاده، ۱۳۸۹، صص ۳۳۵-۳۴۱)

د) رکن دیگر این نظریه، توجه به قانونی بودن نظام حقوقی است. بدین معنا که هدف اصلی و اساسی یک دادرس باید اجرای قانون باشد و هر گونه تلاشی را برای اجرای قانون و به دست آوردن حکم قانون‌گذار به عمل آورد. توجه به روح قانون هم تا جایی است که ما بتوانیم آن را قانون بدانیم، اما هر گاه روح قانون، تبدیل به استنباط شخصی قضات گردید، نظر به این که صفت قانون بودن از روی آن برداشته خواهد

شد، دیگر قاضی نمی‌تواند آن را به موقع اجرا گذارد؛ زیرا احکام شرعی هم حقیقتاً قانون می‌باشند و تنها تفاوت این احکام با قوانین موضوعه در این است که حکومت اسلامی آن‌ها را در درجه دوم پذیرفته است. بنابراین در این جا هم قانون وجود دارد که مقدم بر استنباط قاضی است. در واقع حکم شرعی که در ذات خود برای برقراری نظم و انضباط توسط شارع مقدس صادر گردیده، نباید به گونه‌ای اجرا شود که موجب بی‌نظمی در نظام حکومت داری نوین باشد و این قطعاً به معنای تغییر حکم شرعی نبوده، بلکه منظور از آن، اجرای حکم به شیوه‌ای است که در قالبی باشد که بتواند تولید نظم کند.

ه) توجه به اصول عقلی در چگونگی رجوع به فتاوی معتبر برای کاهش تشتت آراء، الزامی است.

### ۳-۳. اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی در دعاوی حقوقی و کیفری

اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی در دعاوی حقوقی جایز است؛ البته با تذکر این که دادرس باید قواعد رجوع به فتاوی معتبر را رعایت کرده و در نظر داشته باشد که رجوع به فقه، امری استثنایی است. اما در امور کیفری، اجرای این اصل با پذیرش ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، با اختلاف نظر حقوق دانان رو به رو شده است. پرسش اساسی در این زمینه این است که آیا قاضی می‌تواند با تخطی از اصل ۳۶ و دیگر اصول مرتبط با اصل قانونی بودن، به مفاد اصل ۱۶۷ در امور کیفری عمل نماید؟ به نظر می‌آید دیدگاه صحیح، آن است که اصل ۱۶۷ قانون اساسی به طور کلی در امور کیفری قابل اجرا نیست؛ بلکه باید بین موردی که قانون، مجمل است برای مثال قانون‌گذار در مورد کیفیت اجرای قانون، ساکت است با موردی که اصولاً قانونی به تصویب نرسیده، تفاوت قائل شد. اگر در زمینه موضوع دعوی کیفری، قانونی به تصویب نرسیده باشد، دادرس به دلایل ذیل، مطلقاً حق رجوع به منابع و فتاوی معتبر اسلامی را ندارد:

الف) مخالفت اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که اصول ۳۶ و ۱۶۹ قانون اساسی نیز بر آن تأکید دارند. در متون فقهی نیز «قاعده قبح

خلاهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضائی ایران (تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی) ۹۳

عقاب بلا بیان» در صورتی که منظور از بیان را بیان واصل بدانیم و نه بیان صادر از جانب شارع، همین مفهوم را می‌رساند. (محقق داماد، ۱۳۸۶، صص ۱۵-۱۸)

توجه به این نکته الزامی است که اصل ۱۶۷ قانون اساسی، عام است و عمل به عام قبل از تفحص برای مخصص جایز نیست. لذا اصولی مانند ۳۶ و ۱۶۹ و بند ۴ اصل ۱۵۶ که حالت خاص دارند، اصل ۱۶۷ را از عمومیت خارج و آن را به امور حقوقی اختصاص می‌دهند. علاوه بر این، در اصل سی و ششم، کلمه «فقط» به کار رفته که از ادات حصر است و مفهوم حصر، حجت است.

البته باید توجه داشت که ممکن است برخی بر این امر ایراد وارد سازند که اصول قانون اساسی با یک دیگر رابطه‌ای دارند که مانع از ایجاد رابطه عام و خاص بین آنها می‌شود. بنابراین توسل به این طریق برای عدم اجرای اصل ۱۶۷ در امور کیفری جایز خواهد بود. به ویژه که مقنن، این مفهوم را در ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری تکرار نموده است. برای رفع این معضل، تحلیل موضوع الزامی است. اگر بحث بر سر این است که آیا این اصل و آن ماده با قاعده قانونی بودن جرم و مجازات مخالفت دارند یا خیر و اگر پاسخ مثبت است، منطبق حاکم بر این مخالفت چیست، می‌توان گفت که به نظر می‌رسد این مخالفت وجود دارد و مقنن به دور از منطقی که در اصل سی و ششم قانون اساسی بدان معتقد بوده است، اقدام به وضع ماده ۲۱۴ مورد بحث نموده. اما اگر سؤال این باشد که با وجود این مخالفت باز می‌توان در امور کیفری به اصل و ماده مذکور استناد نمود یا خیر، موضوعی حائز اهمیت است.

در خصوص ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری باید گفت که می‌دانیم قانون عادی نمی‌تواند با قانون اساسی مخالف باشد. این ماده با اصل ۳۶ قانون اساسی مخالف است. اما وظیفه بررسی این مطابقت، با شورای نگهبان است و نه قاضی. در واقع ماده ۲۱۴ با اصل ۱۶۷ موافق و با اصل ۳۶ مخالف است. وجود این تعارضات در نظام قانون اساسی بالطبع قانون‌گذاری عادی را با چنین ابهاماتی رو به رو خواهد ساخت. در هر حال با وجود این تعارضات، قاضی کیفری می‌تواند به ماده قانونی مزبور استناد ورزد و در این باره از پشتوانه استدلالی نیز بهره‌مند است. توجه به این نکته الزامی است که آیا اصل قانون اساسی می‌تواند در نظام حقوقی ما به طور مستقیم مورد استناد قاضی قرار

گیرد؟ به نظر می‌رسد قانون اساسی بیان‌کننده اصول و کلیات بوده و محدوده اجرایی آن را قانون عادی مشخص می‌کند. بنابراین در عمل نیز ارجاع مستقیم به اصول معمول نیست؛ اگر چه غالباً به این مبنای نظری توجه نمی‌شود.

#### ۴. فرض معین بودن حکم قانون در دعاوی مطروحه

پس از بررسی اجمالی اصل مذکور و برخی از مشکلات آن، به یکی از راه‌کارهای حاصل از خود این اصل به طور مجزاً اشاره می‌شود. این فرض که مستنبط از اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌باشد، حاوی این نکته اساسی است که با سایر فروض مطرح در اصل در طول یک دیگر قرار دارند؛ بدین معنا که دادرس در مرحله نخست باید بکوشد تا قاعده حاکم بر دعوا را بیابد و به هر صورت ممکنه فصل خصومت نماید. نتیجه مهمی که از این امر حاصل می‌آید، عدم امکان رجوع به منابع دیگر در صورت وجود قانونی است که رفع اختلاف و صدور حکم با آن امکان‌پذیر باشد. برای مثال ماده ۱۰ قانون مدنی، قراردادهای خصوصی را در صورت خلاف قانون یا نظم عمومی نبودن، نافذ می‌داند، بنابراین بحث از نفوذ عقود غیر معین و شروط ابتدایی و عدم ذکر آن در قانون، موردی برای رجوع به سایر منابع باقی نمی‌گذارد و بحثی است بیهوده که موجب سوء تفاهم و القای شبهه درباره اعتبار قانون می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، صص ۵-۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۹۸)

در واقع زمانی که قانون‌گذار اراده خود را درباره امری صراحتاً بیان می‌دارد، دیگر رجوع به فقه تنها از جهت مسائلی چون پی بردن به پیشینه حکم قانون و مانند آن مفید است؛ اما نباید از آن حربه‌ای برای مقابله با قانون ساخت. تقدّم قانون به سایر منابع، منحصر به مواردی نیست که منطوق آن حکمی را بیان کند؛ مفهوم قانون نیز از همان اعتبار برخوردار است. این وضعیت البته تنها در مورد قانون موضوعه به معنای آن چه از مجرای مجلس قانون‌گذاری می‌گذرد و با توشیح رئیس‌جمهور اجرایی می‌شود نیست؛ بلکه هر چه در حکم قانون باشد نیز همان گونه است. برای مثال اگر در زمینه‌ای قانون مجمل است و برای تبیین آن، رأی وحدت رویه‌ای صادر شود، رجوع به منابع فقهی بی‌محل است.



خلاهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضائی ایران (تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی) ۹۵

نتیجه آن که ضرورت رعایت قانون در نظام قانونی ما که تابع حقوق نوشته است، مورد توجه است و با وجود این که شرع مقدس اسلام نیز در نزد قانونگذار اهمیت خاصی داشته و در اصول قانون اساسی به لزوم رعایت شرع توجه ویژه‌ای شده است (اصول ۴، ۷۲، ۹۱، ۹۴ و ۱۰۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) لیکن حتی در صورت مغایرت قوانین مدوئه مجلس شورای اسلامی با شرع، این قوانین بر فقه و سایر منابع، مُرجَح هستند؛ به گونه‌ای که قاضی مجتهد نیز نمی‌تواند با نظر اجتهادی خود، خلاف قانون رأیی صادر کند. (تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی)

علت این توجه و اصرار ویژه مقلن بر اولویت متون قانونی، ساز و کار پیش‌بینی شده توسط قانون اساسی برای مطابقت قوانین مصوب با شرع است. بنابراین اولاً اصولی مانند اصل چهارم و نود و ششم قانون اساسی روشن می‌کند که اگر قانونی پس از طی مراحل ویژه تصویب، به مرحله اجرا رسید، فرض بر این است که مفاد آن مطابق احکام اسلام و قانون اساسی می‌باشد؛ ثانیاً در صورتی که اتفاقاً قانونی برخلاف احکام شریعت تصویب شد، قضات حق اجرا نکردن آن را به این استناد ندارند و مرجع تغییر، همان مرجع تصویب خواهد بود.

سئوالی که باقی می‌ماند آن است که اگر قاضی دادگاه با وجود کوشش فراوان، قادر به یافتن قانون صالح نباشد و در نتیجه با استناد به منابع و فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید؛ اما پس از ختم دادرسی، قانون مناسب یافت شود؛ به گونه‌ای که قبل از صدور حکم وجود داشته باشد، اما قاضی ملتفت آن نبوده است، تکلیف چیست؟

در پاسخ به این سؤال، باید دو فرض را از یک دیگر تفکیک کرد:

الف) اگر این استناد به منابع فقهی و عدم توجه به قانون موجود، مستلزم ایجاد سهو قلم یا اشتباهاتی از این دست در رأی باشد و نسبت به آن رأی تجدید نظر خواهی نشده باشد، تصحیح رأی با قاضی صادر کننده رأی خواهد بود. (ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی) در غیر این صورت، مرجع تجدید نظر صالح به رفع خطا خواهد بود. (ماده ۳۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی)

ب) در صورتی که این وضعیت منجر به حالتی شود که در نتیجه آن، تغییر ماهوی و اساسی در رأی لازم آید، با توجه به این که تغییر رأی پس از صدور آن، خلاف قانون

است (ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی) تنها راهی که برای ذی حق باقی می‌ماند، طرق قانونی شکایت از قبیل واخواهی، اعاده دادرسی، تجدید نظر و یا فرجام خواهی است.

### نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی ایران، اصلی‌ترین منبع حقوق، قانون موضوعه است. لذا قاضی باید کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد؛ اما از آن جایی که نظام حقوقی ایران یک نظام نوشته اسلامی است و قوانین و احکام اسلامی، حقوقی ذاتی شمرده می‌شوند که از سوی شارع مقدس جعل گردیده است و این که حکومت اسلامی باید بسط دهنده احکام و موازین اسلامی باشد و در این حکومت، احکام اسلامی ترک نشود، قانون اساسی اجازه داده است در مواردی که قانونی وجود ندارد و یا قوانین موجود ناقص یا مجمل هستند، قاضی بتواند به منابع و فتاوی معتبر اسلامی رجوع کند و در جهت احقاق حق بکوشد.

باید توجه داشت که اگر چه رجوع به آرای فقها، هم سنگ دکترین حقوقی در سایر نظام‌های حقوقی است و شاید وسیع‌تر از آن نیز باشد، چرا که این آرا مستند به منابع بوده و کاملاً ابداعی نیستند، اما این امر و اطمینان نسبی حاصل از رجوع به چنین منابعی نباید دستگاه قضایی را که در دامان نظام نوشته پرورش یافته، به سمت اختلاطی هدایت کند که با آن مانوس نیست و ناهماهنگی را گسترش دهد. مشکلات و موانع اساسی که درباره رجوع به این اصل وجود داشت، حقوق‌دانان را به ارائه نظریاتی در این باره سوق داده است. بررسی اجمالی نظریه روح قانون، نشان داد که آن چه غالباً مد نظر است، خود قانون می‌باشد. یعنی روح قانون به معنای اخص همان منطوق یا مفهوم قانون است؛ اما روح قانون به معنای اعم، خروج از دایره قانون مداری و دامن زدن به تشنّت بیشتر آراء است. در پی ایرادات وارد بر نظریه مذکور، نظریه اعتدال گرا پیشنهاد شد.

نتایج اعمال مفاد این نظریه، به قرار ذیل است:

الف) با تفسیر مضیق از اصطلاح قاضی، اصل ۱۶۷ قانون اساسی در مراجع اداری اجرا نخواهد شد و مراجع قضایی عهده دار اعمال آن خواهند بود.

خلاهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضائی ایران (تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی) ۹۷

ب) تفسیر مضیق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، منجر به عدم اعمال مفاد این اصل در آن دسته از دعاوی کیفری خواهد شد که اصلاً قانونی برای موضوع شکایت وضع نگردیده است.

ج) تفسیر اصل ۱۶۷ قانون اساسی همراه با اصول دوم و چهارم قانون اساسی نه تنها منجر به اختصاص دادن منابع معتبر اسلامی به قضات مجتهد و فتاوی معتبر به قضاوت مأذون خواهد شد؛ بلکه موجب خواهد گردید تا تنها کتاب، سنت، عقل و اجماع را جزء منابع معتبر بدانیم. و رجوع به فتاوی معتبر توسط قضات مجتهد که تقلید بر آنها حرام است نیز ممنوع گردد.

د) نظم بخشیدن رجوع قضات مأذون به فتاوی معتبر اسلامی به وسیله اعمال قواعد رجوع به این فتاوی گامی مؤثر در جهت وحدت رویه قضایی می باشد.

ه) اصل بر قانونی بودن نظام حقوقی ایران است و رجوع به فتاوی، امری استثنایی می باشد؛ بنابراین در موارد وجود نص قانونی و امکان دسترسی به آن از طریق اعمال قواعد منطق حقوقی، رجوع به منابع و فتاوی بی مورد است.

و) اگر بتوان تعارض مواد قانونی را با استفاده از قواعد حل تعارض و اجمال متون قانونی را با جمع مواد قانونی، استناد به روح قانون به معنای اخص و در مواردی با استناد به روح قانون به معنای اعم و یا با توجه به اصول حقوقی یا فقهی رفع نمود، موردی برای رجوع به منابع و فتاوی معتبر وجود ندارد.

ز) قاضی نمی تواند به بهانه این که اصل ۱۶۷ قانون اساسی او را موظف به صدور حکم، و نه قرار، کرده از صدور قرار در جایی که دعوا مستعد صدور قرار است، امتناع ورزد.

ح) قاضی نمی تواند در صورتی که آراء وحدت رویه قضایی صادره از دیوان عالی کشور مشکل را رفع نموده باشد، به مفاد اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمل نماید.

ط) مفاد عهدنامه هایی که بین دولت ایران با دول خارجه در حدود مقررات منعقد می شود، در حکم قانون داخلی است و قاضی را از رجوع به منابع و فتاوی معتبر بی نیاز می کند.

با وجود این به قانون‌گذار پیشنهاد می‌شود که با اصلاح اصل ۱۶۷ و مشخص کردن چارچوبه رجوع و اختصاص صریح آن به مباحث حقوقی، هدف خود را از تدوین این اصل مشخص سازد. البته نحوه عملکرد قضات و رویه فعلی محاکم داخلی با وجود این اصل، تمایل شدیدی به خروج از حدود و ثغور «قانون نوشته» نشان نداده است؛ به خصوص آن‌که در مسائل کیفری این موضوع نمایان‌تر است. اجرای اصل مذکور اگر در قالب نوین و با رفع اشکالات موجود صورت گیرد، می‌تواند پویایی نظام دادرسی را تضمین کرده و برای حلّ یک تعارض، اجمال و یا نقص، انتظار تصویب قانون جدید یا تفسیر را طولانی نکند و نیاز فوری صدور حکم را با تشریفات طولانی قانون‌گذاری درگیر نسازد.

#### منابع

قرآن کریم

- امامی، سید حسن (۱۳۸۴)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیه.
- بطحائی، سید هاشم (بهار و تابستان ۱۳۸۳)، «بزه‌های کیفردار از نظر قرآن مجید»، مجله اندیشه‌های حقوقی، سال دوم، شماره ۶.
- بوشهری، جعفر (۱۳۷۶)، حقوق اساسی، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- تسخیری، محمد علی (۱۳۸۵)، در پرتو قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ترجمه محمد سپهری، تهران: معاونت فرهنگی مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی.
- جباری، مصطفی (تابستان ۱۳۷۷)، «سخنی در اجتهاد»، مقالات و بررسی‌ها (مجله دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران)، دفتر ۶۳.
- همو (پاییز ۱۳۸۷)، «فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی»، فصل‌نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره ۳۸، شماره ۳.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۵)، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- همو (۱۳۸۰)، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- رهامی، محسن و آهنگران، محمد رسول (بهار ۱۳۸۱)، «تحریر نوین از حجیت شهرت بر اساس نظریه حقوق دانان (دکترین)»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال چهارم، شماره ۱۲.
- سلمان‌پور، محمد جواد (بهار و تابستان ۱۳۸۳)، «علل اختلاف مبانی و فتاوی مجتهدان»، مقالات و بررسی‌ها (مجله دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران)، دفتر ۷۵ (۳).

خلاهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضائی ایران (تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی) ۹۹

- شمس، عبدالله (۱۳۸۷)، *آیین دادرسی مدنی*، تهران: انتشارات دراک.
- صابریان، علی رضا (تابستان و پاییز ۱۳۸۵)، «زمان مکان و نقش این دو، در اجتهاد»، *مجله پژوهش‌های دینی*، سال دوم، شماره ۵.
- فیض، علی رضا (فروردین ۱۳۶۵)، «اجتهاد و تاریخ آن»، *مقالات و بررسی‌ها (مجله دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران)*، دوره ۴۱-۴۲.
- همو (۱۳۷۹)، *کلیات حقوق؛ نظریه عمومی*، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- همو (۱۳۸۱)، *فلسفه حقوق؛ منابع حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- همو (۱۳۸۴)، *حقوق مدنی (عقود معین)*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- گرچی، ابوالقاسم (پاییز ۱۳۷۸)، «رابطه فقه و حقوق»، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، سال اول، شماره ۳.
- همو (۱۳۷۵)، *مقالات حقوقی*. تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- لطفی، اسدالله (۱۳۸۶)، *اصول فقه*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۶)، *قواعد فقه؛ بخش جزایی*، تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۵)، *مبانی استنباط حقوق اسلامی (اصول فقه)*، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- مدنی، سید جلال الدین (۱۳۷۷)، *مبانی و کلیات علم حقوق*، تهران: انتشارات پایدار.
- موسی زاده، ابراهیم (تابستان ۱۳۸۹)، «تحلیل فرجام شناختی از اصل چهارم قانون اساسی»، *فصلنامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)*، دوره ۴۰، شماره ۲.
- هاشمی، سید حسین و کوشا، جعفر (تابستان ۱۳۸۰)، «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها»، *نامه مفید*، سال هشتم، شماره ۲۶.
- یوسفی فر، شهروز (بهمن و اسفند ۱۳۸۴)، «بررسی تحلیلی اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی (پژوهشی درباره موارد استناد قضات به غیر از قوانین مدون)»، *ماهنامه قانون اساسی*، سال نهم، شماره ۵۴.

