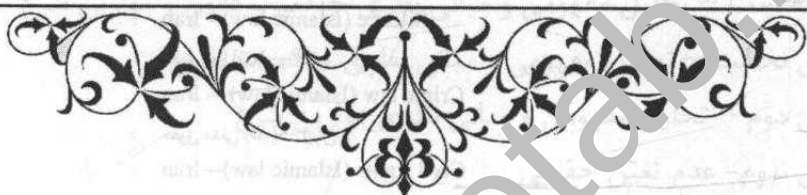




سکوت قانون: استنادپذیری منابع و فتاوی اسلامی

جلد ۱۶۱۱ قانون اساسی و تحلیل رویه‌ای عدم تعین قانون



مؤلفین: دکتر علی اکبر گرجی (افغانی)، رضا بهمنی

ویراستار: دکتر آریی فاسی

انتشارات فکرسازان

سرشناسه	:	گرگی ازندریانی، علی اکبر، ۱۳۵۲ -
عنوان قراردادی	:	ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	:	سکوت قانون: استنادپذیری منابع و فتاوی اسلامی: اصل ۱۶۷ قانون اساسی و تحلیل رویه‌ای عدم تعین قانون / علی اکبر گرگی ازندریانی، رضا بهمنی؛ ویراستار آرین قاسمی.
مشخصات نشر	:	تهران: فکرسازان، ۱۳۹۸.
مشخصات ظاهری	:	۱۵۶ ص.
شابک	:	۹۷۸-۶۰۰-۷۵۶۰-۸۶-۰
وضعیت فهرست نویسی	:	فیا
موضوع	:	سکوت (حقوق) -- ایران
موضوع	:	Silence (Law) -- Iran
موضوع	:	حکومت قانون -- ایران
موضوع	:	Rule of law -- Iran
موضوع	:	سکوت (حقوق) -- ایران
موضوع	:	Silence (Islamic law) -- Iran
موضوع	:	حقوق مدنی (افقه) -- ایران
موضوع	:	Crime law (Islamic law) -- Iran
موضوع	:	حقوق مدنی (افقه) -- ایران
موضوع	:	Civil rights (Islamic law) -- Iran
شناسه افزوده	:	بهمنی، رضا
شناسه افزوده	:	قاسمی، آرین، ۱۳۶۵ - ویراستار
رده بندی کنگره	:	۱۳۹۸ س ۴ / KMH۵۵
رده بندی دیویی	:	۳۴۶/۵۵۰۲
شماره کتابشناسی ملی	:	۵۵۸۲۷۰۲

انتشارات فکرسازان

سکوت قانون: استنادپذیری منابع و فتاوی اسلامی .
اصل ۱۶۷ قانون اساسی و تحلیل رویه‌ای عدم تعین قانون

مؤلفین: دکتر علی اکبر گرگی ازندریانی ، رضا بهمنی
ویراستار: دکتر آرین قاسمی

تعداد صفحه: ۱۵۶ قطع وزیری تیراژ: ۳۰ نسخه دیجیتال سال و نوبت چاپ: اول ۱۳۹۷
شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۷۵۶۰-۸۶-۰
قیمت: ۲۰۰۰۰ تومان

آدرس انتشارات: تهران، خ انقلاب، خ وحید نظری، قبل از تقاطع فخررازی، ک قدیری، پ ۲۲
واحد ۴. تلفن: ۶۶۹۶۰۷۶۰ فروش آنلاین: www.fekrsazan.ir

فهرست کوتاه^۱

۷	درآمد
۱۳	بخش نخست - تحلیل مفهومی و مبانی نظری حاکمیت قانون و موازین شرع
۱۵	فصل نخست - تحلیل مفهومی و مبانی نظری حاکمیت قانون
۳۵	فصل دوم - تحلیل مفهومی و مبانی نظری موازین شرع
۵۲	فصل سوم - عدم تعیین حقیقی
۶۵	بخش دوم - عدم تعیین حقوقی، استناد به موازین شرع در رویه قضایی
۷۲	فصل نخست - استناد به موازین شرع در حاکمیت شکلی قانون
۱۰۵	فصل دوم - استناد به موازین شرع و حاکمیت ماهوی قانون
۱۳۷	برآمد

۱ - جهت ملاحظه فهرست بلند به انتهای کتاب مراجعه شود.

درآمد

در دهه‌های اخیر، «حاکمیت قانون» در عرصه‌های مختلف حقوقی، سیاسی و اقتصادی بسیار مورد توجه قرار گرفته و تعاریف متعددی از آن ارائه شده است. علت این تشّت آراء به سرشت تاریخی و جدلی مفهوم «حاکمیت قانون» بازمی‌گردد. این مفهوم نیز همانند مفاهیم آزادی، عدالت، حق و... جزو آرمان‌های اجتماعی است که در گذر زمان برداشت‌های مختلفی از آن صورت پذیرفته است. هر نظام حقوقی واجد ویژگی‌های متفاوت و بعضاً متعارض با دیگر نظام‌های حقوقی است و بنابراین، هر الگوی برداشت از مفهوم در بستر شرایط تاریخی و فرهنگی هر نظام و متناسب با پارادایم حاکم بر آن، واجد ویژگی‌ها و خصایص متفاوتی می‌شود. حاکمیت قانون نیز از این قاعده مستثنی نیست؛ با این حال و علی‌رغم وجود اسس نظری‌های عمیق در باب چیستی این مفهوم، در این خصوص بحثی نیست که اصل حاکمیت، قانون جزو بنیادهای حقوق عمومی مدرن بوده و امروزه به مثابه معیار ارزیابی نظام‌های حقوقی، ارزشی جهان‌شمول دارد. به طور کلی تلقی‌های موجود از حاکمیت قانون را می‌توان در قالب دو طیف کلی «شکلی» و «ماهوی» شناسایی نمود. نظریات شکلی اصلاً با «فرآیند محور» بوده و نظریات ماهوی بر «ضرورت اشتغال برخی ارزش‌های بنیادین در قانون» تأکید دارند. همچنین در عرصه تحلیل نظام‌های حقوقی، از حدود ۲۰۰ سال پیش تاکنون نزاعی بر سر «تعین» یا «عدم تعین» قانون مطرح بوده است. صرف نظر از اختلافات مابین طرفداران و مخالفان تعین و عدم تعین حقوقی، تقریباً تمام حقوقدانان و نظام‌های حقوقی متفق‌القول هستند که «سکوت قانون» امری اجتناب‌ناپذیر است و نظام‌های

مختلف حقوقی به اقتضای عناصر پایدار و ناپایدار خویش، برای حلّ معضل مذکور از بین رویکردهای «منبع محور» و «روش محور» انتخاب‌های مختلفی داشته‌اند.

قانونگذار ایرانی نیز ضمن پذیرش اصل حاکمیت قانون، در اصل ۱۶۷ و پاره‌ای از قوانین عادی به صورت «منبع محور» عمل نموده و در موارد خلاف قانونی با اتکاء بر نظریه حاکمیت شرع، قضات را به رجوع به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر ملزم نموده است. اما یکی از مهم‌ترین عرصه‌های حکمرانی که می‌تواند به نقض حق‌ها و آزادی‌های مردم منجر گردد، مسأله چگونگی تصمیم‌گیری قضات می‌باشد.

در نظام حقوقی ایران اگر چه همیشه ارجاع به فقه حالت استناد نمی‌گیرد و گاهی - همچون موضوعات مدنی که قوانین صبغه فقهی داشته‌اند - برای رفع ابهام است، ولی موضوع مهم و مناقشه‌برانگیز حاکمیت رجوع ابتدائی برای کشف حکم و استناد بوده که با توجه به اینکه در اصول ۱۶۶ و ۶۷ به صورت کلی، حاکمیت قانون در نظام قضاء و همچنین در خصوص موضوعات حقوق کیفری تحت عناوین «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» و اصل پیشرفته «قانونی بودن امر جزائی» (موضوع اصل ۶۳) انعکاس یافته است، اهمیت مسئله را دوجندان می‌نماید. برخی حقوقدانان نیز با گسترش مفهومی این اصول ذیل عنوان اصولی همچون «قانونی بودن جرم و مجازات» بحث کرده‌اند که در این فرض باید مستندات قاضی در حکم (یعنی قانون و یا منابع فقهی)، شفاف باشد.

قانون‌گذار برای مقابله با اعمال ناقض اصل حاکمیت قانون در این برداشت که در امر قضا منجر به نقض عدالت قضایی می‌شود، جرائمی از قبیل امتناع مقامات قضایی از دادرسی و یا استنکاف آن‌ها از صدور حکم را برشمرده است و در مواد قانونی مربوطه مجازات هر کدام را مقرر داشته است و حتی صدور رای برخلاف بین شرع را نیز به‌سان خلاف بین قانون و از موجبات اعاده دادرسی دانسته است.

علاوه بر بحث چگونگی استناد به موازین شرعی برای عبور از معضله «سکوت قانون»، اصل رجوع به شرع نیز امری خالی از مناقشه نیست. کم‌وبیش یکصد و پنجاه سال از

ورود مفاهیم نوین حقوقی به ایران می‌گذرد و در این سال‌ها علی‌رغم تلاش‌های بسیار برای اصلاح ساختارهای حکومتی ایران در دست‌یابی به بسیاری از نهادهای نوین ناکام مانده‌ایم.

از جمله مسائلی که از پس این سال‌ها هنوز نتوانسته‌ایم به خوبی آن را حل نماییم، تبیین نسبت موازین شرع و حاکمیت قانون است. در اثر حاضر، تلاش داریم با تدقیق نظری در ماهیت هر یک از این دو، رویه قضایی ایران را با توجه به مبانی حاکمیت قانون، بررسی نماییم. در این مسیر، یافتن درکی صحیح از ماهیت این گزاره‌ها ضرورت دارد، به خصوص وقتی از سطح مفاهیم انتزاعی فراتر رویم و با نظر به رویه قضایی تجلی عینی این مفاهیم را دست‌و‌پا می‌نماییم، با مسائل مختلفی مواجه می‌شویم که به این نزاع‌های نظری نیز رنگ و بوی دیگری می‌دهند. از جمله این مسائل عینی، چنانکه بالاتر نیز بیان شد، بحث «سکوت» یا «تلاء» قانون است. امری که در عمل درک‌های انتزاعی و ابتدایی از «حاکمیت قانون» و «حاکمیت شرع» را به چالش می‌کشد.

بحث سکوت و تلاء قانونی اساساً در اوان بسیاری از کشورها به رسمیت شناخته شده و سپس راه‌هایی برای جبران آن بیابان گردیدیم که قاضی ملزم به تبعیت از آن‌هاست. از جمله می‌توان به ماده یک قانون مدنی سوئیس^۱ و ماده هفت قانون مدنی اتریش^۲

۱- ماده ۱ قانون مدنی سوئیس:

Art. 1 La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

2 A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. 3 Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

ماده ۱- بند یک- قانون بر تمام اموری حاکم است که واژگان یا روح مقررات آنها، با آن موارد ارتباط پیدا می‌کند. بند دو- در صورت فقدان قانون قابل اجرا، دادرس بر اساس حقوق عرفی حکم صادر می‌کند، و در صورت نبود عرف، برحسب قواعدی که اگر خود او قانونگذار بود و آنها را وضع می‌کرد، قضیه را حل و فصل می‌نماید. در این صورت دادرس از راهکارهای موجود در آموزه علمای حقوق و رویه قضایی الهام می‌گیرد.

۲- ماده ۷ قانون مدنی اتریش: در صورتی که حکم قضیه‌ای را نتوان از الفاظ یا معنای طبیعی قانون به دست آورد، باید به موارد مشابهی که حکمشان به طور قطعی در قوانین معین گردیده است، و نیز به مبنای دیگر قوانین مرتبط با قانون

اشاره نمود. سیستم حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز، در اصول و مواد متعددی درصدد بیان سکوت و خلأ و سپس ارائه راهکارهایی برای عبور از آن بوده است.

از جمله، قوه مؤسس ابتدا در اصل ۱۶۷ قانون اساسی بیان داشته است که: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.» و سپس قانون‌گذار عادی در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ راهکارهایی جهت روشن‌رشد ارائه داده و بیان داشته است:

«قضات دادگاه موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در تسویه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستکف از احقاق حق شناخته‌شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد.»

همچنین، قانون‌گذار در فصل سوم قانون تجارت الکلیت در مواد ۳ و ۴ با ارائه رهنمودی برای تفسیر قانون بیان داشته است:

ماده ۳ - در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین‌المللی و ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد.

ماده ۴ - در مواقع سکوت و یا ابهام باب اول این قانون، محاکم قضایی باید بر اساس سایر قوانین موضوعه و رعایت چهارچوب فصول و مواد مندرج در این قانون، قضاوت نمایند

موردبحث، توجه کرد. در صورتی که باز هم حکم قضیه معلوم نباشد، باید با توسل به شرایطی که به دقت گردآوری و مورد بررسی قرار گرفته‌اند، حکم آن را استنباط کرد. این کار باید مطابق با اصول حقوق طبیعی انجام شود.