

کاربرد اصول فقه در قانون مدنی

سپاوش عاشوری

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ارومیه

چکیده

حقوق مدنی ایران بر پایه حقوق اسلام و مذهب تشیع، توسط علما و حقوق دانان بزرگ، تدوین شده است، که با عنایت به متون حقوقی قانون مدنی تفسیر فقهی و اصولی در منطق و مفهوم آن لحاظ شده است. بنابراین کاربرد اصول فقه را در متن قانون مدنی باید جستجو کرد و در تحلیل و بیان مفاهیم اصولی و اهمیت آن در متن قانون مدنی از منظر تدوین کنندگان آن و کاربردهای مناصب قوه قضائیه، قضات و وکلاء و حقوق دانان و اساتید دانشگاه ها مورد توجه قرار گرفته است. اهمیت کاربرد اصول فقه در قانون مدنی زمانی مشخص می شود که قضات در آرای خود و وکلاء در دفاعیات خود و لوایح تقدیمی از استدلال های اصول فقه و قواعد فقه استفاده نمایند. نوشتار حاضر به بررسی کاربرد و اهمیت اصول فقه در قانون مدنی در ابعاد بکار گیری، تفسیر، و تقنین پرداخته شده است و بازتاب آن در متن قانون مدنی و آرای قضائی از سوی قضات دادگاه ها و وکلاء دادگستری نمایان می شود.

واژگان کلیدی: کاربرد، اصول فقه، اهمیت، قانون مدنی

مقدمه

حقوق مدنی جمهوری اسلامی ایران مرهون کوشش و تلاش دانشمندان عرصه حقوق در سالهای پر مشقت مشروطیت تدوین شده و بنیانگذاران آن در سال 1306 اقدام به نوشتن قانون مدنی نموده‌اند، که می‌توان به نصرالله تقوی، محمد فاطمی، مصطفی عدل، محمد صدر، محمد رضا ایروانی، محمد علی کاشانی، علی داور اشاره کرد و بزرگانی چون دکتر ستوده، و دکتر حسن امامی و دکتر ناصر کاتوزیان و دکتر لنگرودی نقش بسزائی در تفسیر قوانین مدنی ایفاء نموده‌اند. عمده ترین نگرش تدوین کنندگان قانون مدنی توجه به منبع فقه و اصول فقه در متن قانون مدنی بوده است (مبارکیان /بی تا -).

در این مقاله قصد نگارنده توجه به:

- 1- اهمیت اصول فقه در قانون مدنی ایران
- 2- مصادیق کاربردی مفاهیم و موضوعات اصول فقه بر حقوق مدنی
- 3- لزوم نگرش قضات و وکلاء دادگاه های حقوقی به مفاهیم کاربردی اصول فقه است .

1- اهمیت اصول فقه در قانون مدنی

پیدایش اصول فقه مقارن با علم فقه بوده است، و این دو از آغاز در کنار یکدیگر قرار داشته‌اند و نویسندگان و تدوین کنندگان قانون مدنی با این نگاه که می‌بایست فقه و اصول فقه را در تدوین مواد قانونی مد نظر قرار می‌دادند در سال 1306 دست به تدوین قانون مدنی زده‌اند. از طرفی حقوق مدنی ایران همچون سایر کشورها بر ستون فقرات قانون مدنی استوار بوده است و تکامل آن بدون در نظر گرفتن سایر قوانین مرتبط و قواعد کلی موجود در نظام حقوقی به ویژه ابزارهای استدلالی و استنباط احکام ممکن نیست (بیگدلی، 1395، ص 17).

چنانچه ماده 3 قانون آئین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «قضات دادگاهها 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 معارض باشند یا اصلا قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، به استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر اصول حقوقی که مغایر با شرع نباشد حکم قضیه را صادر نمایند.»

در این ماده بخوبی مشخص شده است مقصود از منابع معتبر اسلامی مباحث: فقه و اصول فقه می‌باشد. با وجود قوانین بی شمار و معارض و متناقض گاهی طرح دعوائی صورت می‌گیرد که یا قوانینی برای آن تدوین نشده است، و یا آئین نامه ای موجود نمی‌باشد. اینجاست که منبع فقه و اصول فقه به کمک قاضی می‌آید. حسین قافی و دکتر سعید شریعتی در خصوص اهمیت و کاربرد علم اصول فقه را در حقوق مدنی چنین بیان می‌دارند:

الف: فهم و تحلیل درست قوانین بر گرفته از فقه

ب: استفاده صحیح از منبع فقهی به عنوان مستند حکم دادگاه

ج: فهم و تحلیل درست قوانین مبتنی بر قواعد اصول فقه

د: استفاده از قواعد اصول در استنباطهای حقوقی (قافی، شریعتی، 1395، ص 61).

سید کمال خطیبی قمی در مقدمه کتاب خود می‌فرماید: «کتب و یا نوشته هائی که در این مورد وجود دارد صرفا برای آشنائی دانشجویان با علم اصول تنظیم شده است و خوانندگان آن در عمل قادر به استفاده از آن قواعد و اصول نمی‌باشند. به همین دلیل به ندرت در عمل قادر به استفاده از آن قواعد نمی‌باشند، به همین دلیل به ندرت در آرای قضائی و دادرسان و وکلاء و دادخواست‌های تنظیمی از سوی وکلای محترم دادگستری و همچنین مقالات و مباحث علمی از این اصول و قواعد دیده

می‌شود. (قمی / 16/1393) توجه به صاحب منصبان قوه قضائیه، قضات محترم، دادرسان، بازپرسان، دادیاران و وکلاء به علم اصول و کاربرد آن در دعاوی حقوقی حائز اهمیت بوده و می‌بایست در دستور کار قرار گیرد حتی در توضیح قرار دادها و آرای قضائی صادره از دادگاه های بدوی و تجدید نظر و دادگاه انقلاب زیرا توجه به قواعد فقه و اصول فقه و استدلال به اصطلاحات و موضوعات به آرای قضائی قوام داده و آن ها را مستحکم می‌کند.

در بیان اهمیت اصول فقه همین اندازه کافی است که دانشمندان این رشته در تعریف اصول فقه آن را جهت استنباط احکام شرعیه تعریف کرده‌اند از جمله محقق خراسانی، صاحب کفایه الاصول و مرحوم مظفر و ابوزهره و میرزای نائینی در طرق بدست آوردن احکام که شامل مباحث عبادات و معاملات طریق استنباط حکم شرعی و اصول فقه متذکر شده‌اند (فیض، 1382، ص 30) و با بیان مباحث معاملات که عمده این مباحث در کتاب مکاسب شیخ مرتضی انصاری ذکر شده است، بنیان و اساس قانون مدنی و مواد قانونی تدوین شده می‌باشد. و در تفسیر مواد قانونی همواره حقوق دانان در بیان منظور و مقصود قانونگذار تلاش کرده‌اند و کمتر به جنبه های فقهی و اصول فقه در قانون مدنی از جهت نحوه استدلال و استنباط احکام و مواد قانونی که توجه نموده‌اند در حالی که نقش بسزائی دارند، که قضات محترم و وکلای دادگستری می‌بایست بیشتر به آن توجه نمایند.

2- مصادیق اهمیت اصول فقه در قانون مدنی

در هر مبحثی از مباحث اصول فقه بحث کاربرد خود را در قانون مدنی نمایان می‌کند، گویا مباحث در قانون مدنی جریان دارد، همه حقوق دانان به آن اذعان دارند. اما هنوز می‌توان کسانی را یافت که به کاربرد اصول فقه در حقوق با دیده تردید یا کاربرد آن را به قدری ناچیز می‌دانند که صرف وقت و پرداختن به مباحث اصولی را برای دانشجویان حقوق لازم نمی‌دانند. (قاضی وشریعتی / 38/1395) در مقابل این عقیده به نظر می‌رسد با فراخ نگری و دقت بیشتر می‌توان کاربرد گسترده اصول فقه در حقوق پی برد. لذا می‌طلبید ابتدا فهم و تحلیل درست قوانین بر گرفته از فقه را فهمید همانند اصطلاحات مقرر در مواد 1052 و 1053 قانون مدنی و سپس استفاده صحیح از منابع فقهی به عنوان مستند حکم دادگاه مدنظر قرار گیرد زیرا مواد 167 قانون اساسی و ماده 3 قانون آئین دادرسی مدنی به این موضوع بعنوان اصل کلی اشاره نموده است. اصل 167 قانون اساسی در واقع حقوق اسلامی را در زمره منابع رسمی و تکمیل کننده قوانین آورده و قاضی را موظف به اجرای آن ساخته است. به این ترتیب حقوق و حقوق مدنی در دادگاه‌های عمومی (حقوقی) به عنوان متمم قانون از اصول فقه بهرمنند می‌شوند، موضوع دیگر اینکه: فهم و تحلیل درست قوانین مبتنی بر قواعد اصول فقه است. به موجب اصل 37 قانون اساسی «اصل بر براءت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.» و یا ماده 197 قانون آئین دادرسی مدنی که مقرر می‌دارد: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شده اصل بر بقای آن است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.» (همان، 1395، ص 40) در این دو ماده که کاربردی ترین مباحث حقوق مدنی و جزا می‌باشد در احکام صادره از دادگاه های حقوقی و جزائی و یا در دفاعیات وکلاء دادگستری کاملاً مشهود می‌باشد. از طرفی استفاده از قواعد اصولی در استنباط های حقوقی در اهمیت و کاربرد علم اصول فقه در قوانین حقوقی مورد توجه حقوق دانان قرار گرفته است.

بعنوان اشاره مستقیم نگارنده مقاله به بعضی از موضوعات کلی اصول فقه و کاربرد آن و حساسیت بخشیدن این موضوعات برای قضات محترم دادگاه‌ها و وکلاء محترم دادگستری جهت اهمیت به کاربرد این موضوعات در احکام صادره خود و یا در دفاعیات قابل تأمل است.

2-1- کاربرد مباحث الفاظ در قانون مدنی

شاید بتوان گفت، تمام قوانین حقوقی دنیا خواسته یا ناخواسته از الفاظ در نوشتن و تدوین قوانین خود استفاده نموده‌اند، زیرا معنا بدون لفظ نقشی در تدوین و انشای قانون نخواهد داشت، خواه وضع این الفاظ تعینی یا تعینی باشد. سید مصطفی مومنی

در کتاب خود بیان می‌دارد: «به استناد ماده 1194 قانون مدنی: پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان، ولی خاص طفل نامیده می‌شود. این ماده مصداقی از وضع تعینی لفظ است، چراکه قانونگذار ولی خاص را بمعنای پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان بکار برده است.» (مؤمنی، 1394، ص 18) و دکتر بیگدلی در کتاب تفسیر اصولی قانون مدنی فرموده‌اند: این یک حکم وضعی است (بیگدلی، 1395، ص 685). یکی دیگر از موارد کاربرد مبحث الفاظ، ماده 1107 قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن و البسه و این ماده نیز مصداقی از وضع تعینی است، زیرا بنظر سید مصطفی مؤمنی واضع این لفظ عرف است، و موضوع لفظ نفقه و موضوع له لفظ (معنا) همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن و البسه و ... می‌باشد. (مؤمنی، 1394، ص 18) و دکتر بیگدلی نیز ماده 1107 قانون مدنی را حقیقت عرفی می‌داند (بیگدلی، 1395، ص 633). ابولفضل باقری راد مواد قانون مدنی از قبیل مواد 2 و 15 و 17 و 18 و 56 و 64 و 164 و 174 و 201 و 211 و 267 و 448 و 449 قانون مدنی را از جمله مباحث الفاظ دانسته است (باقری راد، 1394، ص 22).

2-2- کاربرد مباحث اوامر و نواهی در قانون مدنی

صاحب کفایه در تعریف امر می‌فرماید: «دستور انجام کار به شخص دیگری در مرحله پائین تر» (خراسانی، 1362، ص 83). ماده 1109 قانون مدنی مقرر می‌دارد: نفقه مطلقه رجعیه در زمان عده وفات بر عهده شوهر است. معنی این جمله آن است که شوهر باید نفقه زوجه مطلقه رجعیه را بپردازد (فهیمی، 1395، ص 56). دکتر بیگدلی قسمت اول ماده را حکم تکلیفی مکلف می‌دانند (بیگدلی، 1395، ص 634). مواد 468 و 472 و 473 و 1064 و 1196 و 1198 و 1225 قانون مدنی در خصوص صیغه امر و مفهومی که از امر فهمیده می‌شود را بیان می‌دارد (باقری راد، 1394، ص 85). صاحب کتاب غایة المرام فی شرح مقدمه الامام در خصوص ماده 1109 قانون مدنی می‌فرماید: «جملات خبری جملاتی‌اند که قابل تصدیق و تکذیب هستند.» در این ماده بخش اولش هم می‌توانیم تصدیق کنیم و هم تکذیب و ماده 1109 قانون مدنی یک جمله خبری است که شوهر باید نفقه مطلقه را در زمان عده بپردازد (شبخیز و محمد تبار، 1396، ص 101).

در مورد ماده نهی نیز می‌توان به ماده 1192 قانون مدنی که مقرر می‌دارد: ولی مسلم نمی‌تواند برای امور مالی علیه خود وصی غیر مسلم معین کند. و یا ماده 1045 قانون مدنی مقرر می‌دارد: نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است. هر دو ماده ظهور در نهی دارند چرا که جمله خبری غیر انشائی از نوع منفی است (مؤمنی، 1394، ص 61).

2-3- کاربرد مبحث مفاهیم در قانون مدنی

مفهوم در مقابل منطوق آمده است لذا منطوق عبارت است از: آن چه که به طور مستقیم از جمله‌ای فهمیده می‌شود و در جمله‌ای فهمیده می‌شود و در جمله ذکر شده است. و مفهوم یعنی آنچه که به طور غیر مستقیم از جمله‌ای فهمیده می‌شود و در جمله ذکر نشده است (لنکرانی، بی تا، ج 7، ص 353). به ماده 24 قانون مدنی چنانچه دقت کنیم، مقرر می‌دارد: کوچه هائی که آخر آنها مسدود نیست را نمی‌توان تملک کرد. از این جمله هم منطوق و هم مفهوم بدست می‌آید. زیرا می‌توان گفت: الف: کوچه هائی که آخر آنها مسدود نیست را نمی‌توان تملک کرد. ب: کوچه هائی که آخر آنها مسدود است را می‌توان تملک کرد. با این توضیح یک منطوق و یک مفهوم در جمله مشخص است، همینطور در مواد 59 و 840 و 915 قانون مدنی (شب خیز و محمد تبار، 1396، ص 150). در ماده 954 قانون مدنی آمده است: کلیه عقود جائزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفه، در مواردی که رشد معتبر است. در این ماده مفهوم موافق استنباط می‌شود، زیرا در تعریف آن آمده است: هر گاه مفهوم جمله از جهت نفی و اثبات مطابق با منطوق باشد آن را «مفهوم موافق» یا «فحوای خطاب» می‌گویند. بنابراین با توجه به این ماده، در صورتی که سفه موجب فسخ عقد جائز شود، جنون به طریق اولی موجب فسخ خواهد بود (قافی، شریعتی، 1395، ص 149). در مورد مفهوم مخالف می‌توان به ماده 840 قانون مدنی اشاره کرد، که بیان

می‌دارد: وصیت به صرف مال در امر غیر مشروع باطل است. منطوق جمله: وصیت به صورت مال در امر غیر مشروع باطل است. مفهوم مخالف کاملاً مشهود است (شب خیز و محمد تبار، 1396، ص 165).

2-4- کاربرد مبحث عام و خاص در قانون مدنی

عام در لغت به معنای شامل شدن و فراگیری و خاص به معنای ویژه بودن و عدم فراگیری است (پیشین، 1390، ص 561). در قانون مدنی کلماتی مانند: هر، کلیه، هیچ کس، ممکن نیست، حق ندارد، تمام، همه آن، دلالت بر عام بودن دارند. ماده 190 قانون مدنی بیان می‌دارد: برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است. این ماده مصداقی از عام افرادی است چرا که منظور از لفظ «هر معامله» تک تک عقود و معاملات را شامل می‌شود (مؤمنی، 1394، ص 105). ماده 5 قانون مدنی از کلمه کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله و خارجه را مطیع قوانین ایران دانسته است. این ماده عام است. بنابر این در زبان عربی کلماتی از قبیل: کل، جمیع، اجمعین، کافه، و در زبان فارسی کلمات مورد اشاره بر سر هر کلمه‌ای می‌آیند بر فراگیری نسبت به همه افراد دلالت می‌نمایند (باقری راد، 1394، ص 173). مرحوم مظفر نیز در تعریف عام بیان می‌دارد: عام لفظی است که همه افراد خود را شامل می‌شود. مانند: قوانین ایرانیان و در تعریف خاص بیان نموده‌اند: لفظ خاص: لفظی است که بعضی از افراد موضوع خود را شامل می‌شود (مظفر، 1363، ص 139). ماده 128 قانون مدنی مقرر می‌دارد: اموال مجهول المالک با اذن حاکم به مصرف فقرا می‌رساند. در این ماده اموال مجهول المالک لفظ خاص است. (شب خیز و محمد تبار، 1396، ص 182). مواد 11، 27، 29، 32، 94، 1258، 1287، قانون مدنی دلالت بر عمومیت دارند، و با لفظ جمع آمده‌اند در اقسام عام اصولین عام را بر عام افرادی و عام مجموعی و عام بدلی تقسیم نموده‌اند، که غالب عام‌ها افرادی هستند، و معمولاً با نشانه‌های عام، کل، کلیه، تمام، شناخته می‌شوند (باقری راد، 1394، ص 174). مواد 1071، 849، 696، 190، 165، 20، قانون مدنی و 854، 815، 670، 669، 591، 580، 458، 432، 431، 77، بند ب از ماده 892، 1024، و 1313 قانون مدنی دلالت بر عام مجموعی دارد (پیشین، 1394، ص 177) ماده 264 قانون مدنی در مورد عام بدلی بیان می‌دارد: تعهدات به یکی از طرق ذیل ساقط می‌شود:

1- بوسیله وفای به عهد

2- به وسیله اقاله

3- بوسیله ابراء

4- بوسیله تبدیل تعهد به وسیله تهاتر

5- بوسیله مالکیت مافی الذمه

بنابراین عام بدلی یا کلماتی مثل (یکی، یا) شناخته می‌شود (پیشین، 1394، ص 178). البته در یک ماده قانونی ممکن است سایر مباحث اصولی نیز جریان داشته باشد. مثل همین ماده فوق که بنظر دکتر کاتوزیان که بیان داشته است: «هرگاه در وجود یکی از موجبات سقوط دین وفای به عهد و تهاتر و ابراء ذمه تردید شود شک در وجود رافع است.» (کاتوزیان، بی تا، ج 2، ص 412). در شرح این موضوع از منظر اصولی گفته شده است: زیرا وجود دین در گذشته یقینی و حتمی می‌باشد در نتیجه چون تردید و شک پیش می‌آید که آیا رافعی آمده یا خیر؟ در این خصوص: (شک در وجود رافع) بوده است و در نتیجه می‌توان استصحاب جاری کرد (قمی، 1393، ص 191).

2-5- کاربرد مباحث مطلق و مقید و مجمل و مبین

اطلاق: در لغت به معنای رهائی و آزادی و تقیید در بند نمودن و مقید کردن است. مطلق در اصطلاح: لفظی را گویند که در جنس خود شایع باشد. و مقید در اصطلاح لفظی را گویند که در جنس خود شایع نباشد (خراسانی، بی تا، ج 1، ص 376). ماده 199 قانون مدنی مقرر می‌دارد: «رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست.» لفظ معامله در این

ماده بصورت مطلق بکار رفته است. زیرا قیدی آنرا مقید نکرده است و به همین دلیل چون دلالت می‌کند بر معنائی که آن معنا در جنس خودش شیوع و سریان دارد، آنرا باید مطلق دانست (قمی، 1393، ص 160). البته برخی همچون دکتر محمد جعفر لنگرودی این ماده را به دلالت عام می‌داند (لنگرودی، بی تا، ص 560) و یا ماده 4 قانون مدنی که بیان می‌دارد: اثر قانون نسبت به آتیه است. کلمه قانون در این ماده مطلق است و یا ماده 845 قانون مدنی کلمه وصی مطلق است. ماده 1062 قانون مدنی نیز که مقرر می‌دارد: نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول در اینجا کلمه نکاح مطلق است، اما الفاظی که مطلق را بیان می‌کنند عبارتند از: اسم جنس که خود به صورت اسم جنس مفرد نکره مثل کلمه (زنی) در مواد 1155، 1157، 1156 قانون مدنی ذکر شده است و یا به صورت اسم جنس مفرد معرفه مانند کلمه (زن) در مواد 1111، 1113 قانون مدنی آمده است (باقری راد، 1394، ص 218).

اما مقید که دارای دو نوع است، قید متصل و قید منفصل: قید متصل به صورت صفت مانند نکاح دائم، عقد لازم و یا به صورت مضاف الیه مانند: حریم چاه، اقرار سفیه، و یا به صورت متمم یا قید مانند: ماده 1050 قانون مدنی با علم به وجود علقه زوجیت و حرمت نکاح قید به صورت متمم آمده است. و یا به صورت استثناء مانند: ماده 69 قانون مدنی که می‌فرماید: وقف بر معدوم صحیح نیست مگر به تبع موجود که مقید به صورت شرط آمده است. در ماده 875 قانون مدنی آمده است: شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است. اینجا هم مقید در حالت شرط آمده است. مواد 1130، 1108، 917، 916، 833، 181، 154، 59 قانون مدنی بیانگر قید متصل به صورت شرط آمده است. اما قید منفصل: قیدی است که در کلامی مستقل ذکر شود. مثل مواد 445، 447، 446 قانون مدنی (قافی و شریعتی، 1395، ص 256).

اما مجمل: در تعریف آن گفته شده است: لفظ یا عبارتی است که معنای آن ظاهر و روشن نباشد. و مبین عبارتی است که معنای آن روشن باشد و ابهامی در آن نباشد (پیشین، 1395، ص 284). ماده 619 قانون مدنی مقرر می‌دارد: «امین باید عین مالی را که دریافت کرده است رد نماید.» در این ماده الفاظی که به کار رفته است کاملاً روشن است و تردیدی در معنای آنها وجود ندارد. معنای کلی ماده نیز خالی از ابهام و اجمال است. این ماده مبین است: اما ماده 778 قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر شرط شده باشد که مرتهن حق فروش عین مرهونه را ندارد باطل است.» در این ماده معلوم نیست که آیا تنها شرط مزبور باطل است یا عقد هردو؟! لذا در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوقدانان معتقدند: در خصوص عبارت پایانی ماده 778 قانون مدنی معتقدند در بطلان شرط تردید وجود ندارد ولی نسبت به اثر شرط در عقد رهن ماده ی مذکور مجمل است: ظاهراً ماده تنها بطلان شرط را تایید می‌کند (قمی، 1393، ص 390).

2-6- کاربرد ادله استنباط احکام در قانون مدنی

ادله استنباط احکام عبارتند از: 1- قرآن 2- سنت 3- اجماع 4- قیاس 5- عقل 6- استحسان 7- عرف و عادت»

1-2-6- قرآن

دکتر ابولحسن محمدی در این باره می‌فرماید: مهمترین دلیل از نظر اصولی قرآن است، که در اصول فقه از آن بیشتر به «کتاب» تعبیر می‌شود و مهم ترین دلیل اثبات احکام است. از نظر علم اصول فقه آنچه لازم است دانسته شود این است که قریب پانصد آیه و در حدود یک ششم قرآن مربوط به احکام، اعم از عبادات و معاملات و غیره است. که بعضی علما آنها را به صورت کتاب های جداگانه تالیف کرده‌اند و عبارتند از: قلائد الدرر تالیف شیخ احمد جزائری، زبدۃ البیان تالیف مقدس اردبیلی و کنز العرفان فی فقه القرآن تالیف مرحوم فاضل مقداد به نام آیات الاحکام مشهورند (محمدی، 1386، ص 152). نمونه‌ای از مواردی که مقنن برای استنباط و بیان حکم از آیات قرآن استفاده نموده است: از قانون مدنی ماده 654 بیان می‌دارد: «قمار و گروبندهی باطل و دعاوی راجع به آن مسموع نخواهد بود.» با توجه به آیه 90 از سوره مائده وضع شده است. «یا ایها الذین آمنوا انما الخمر و المیسر و الانصاب و الازلام رجس من عمل الشیطان فاجتنبوه لعلکم تفلحون» ای کسانیکه ایمان آوردید شراب و

قمار و بت‌ها و وسایل قمار پلید و از کارهای شیطان‌اند، از آنها اجتناب کنید تا رستگار شوید. در آیه 275 سوره بقره نیز آمده است: *احل الله البیع و حرم الربا*. خداوند خرید و فروش را حلال و ربا را حرام کرده است (شبخیز و محمد تبار، 1396، 236).

2-6-2- سنت

دومین دلیل استنباط احکام اسلامی سنت است. اصولین چنین تعریف کرده‌اند: سنت عبارت است از قول یا فعل یا تقریر معصوم در امور دینی، نقلی، و حکایت سنت را روایت حدیث خبر گویند (میزای قمی، بی تا، ص 409). حجیت و اعتبار سنت نبوی (ص) مسلم و اجماعی است و احتیاجی به استدلال ندارد، که در قالب خبر واحد و متواتر بسط داده شده است (محمدی، 1386، ص 164). مصداقی از قانون مدنی که مقنن با توجه به سنت وضع نموده است می‌توان به ماده 143 قانون مدنی اشاره نمود که مقرر می‌دارد: هرکس از اراضی موات و مباحه قسمتی را به قصد تملک احیاء کند مالک آن قسمت می‌شود. این ماده سنت قولی پیامبر (ص) وضع شده است. زیرا رسول خدا (ص) فرموده‌اند: *من احیا ارضا مواتا فهو له هرکس زمین موات را آباد کند، مال او خواهد بود*. این قاعده در فقه به قاعده احیاء موات مشهور است (شبخیز و محمد تبار، 1396، ص 253). در خصوص ماده 387 قانون مدنی آمده است: اگر مبیع قبل از تسلیم، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد. مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نماید، که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود. مقنن در این ماده با توجه به سنت قولی پیامبر اکرم (ص) وضع نموده است. پیامبر (ص) فرمودند: *کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه: تلف قبل از تسلیم کردن به مشتری بر عهده بایع خواهد بود*. این قاعده در فقه به قاعده تلف مبیع قبل از قبض مشهور است (نوری، بی تا، ج 13، ص 30).

2-6-3- اجماع

که در معنا آمده است یکی به معنای قصد و نیت و دیگری به معنای اتفاق نظر: (بهادلی، بی تا، ج 1، ص 91) اجماع در اصطلاح در همین معنای دوم یعنی اتفاق نظر کردن و متفق شدن به کار رفته است اما اتفاق نظری مورد ملاک و توجه مقنن است که کاشف و حاکی از رای و نظر معصوم (علیه السلام) باشد از طرفی باید بین مجتهدین باشد و باید امری از امور دینی باشد. برای مثال علما اجماع دارند که سرمایه عقد مضاربه باید وجه نقد باشد لذا ماده 546 قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می‌شود.» و یا علما اجماع دارند که عقود باید منجز باشند لذا ماده 189 قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقد منجر آن است که تاثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود.» (شبخیز و محمدی تبار، 1396، ص 256).

2-6-4- قیاس

در مورد قیاس: قیاس اصولی: در لغت به معنای سنجش و اندازه‌گیری دو چیز با هم می‌باشد و در اصطلاح به معنای استنباط حکم موضوع با واقعهای (فرع) که در مورد آن نص وجود ندارد (باقری راد، 1394، ص 252). دکتر ابوالحسن محمدی قیاس را چنین تعریف می‌نماید: قیاس در لغت به دو معنا بکار می‌رود.

الف: بمعنای سنجش و اندازه‌گیری

ب: بمعنای مساوات و برابری

(8)

لکن معنای اول بیشتر شایع است. و در اصطلاح فقه و اصول به معنای دوم نزدیکتر است (محمدی، 1386، ص 189). صاحب کتاب معالم الدین در اصطلاح و تعریف قیاس فرموده‌اند: «قیاس عبارت است از حکم بر معلومی به مانند حکمی که برای معلوم دیگر ثابت است، بواسطه مشترک بودن آن دو، در علت حکم.» (شیخ حسن، بی تا، ص 167).

در قانون مدنی مستفاد از ماده 212 آن که بیان می‌دارد: عقود محجورین به واسطه عدم اهلیت باطل است. حال فرض کنید مقنن حکم ایقاعات محجورین را در قانون بیان نکرده باشد که آیا ایقاعات آنها هم باطل است یا خیر؟ در اینجا اگر بگوئیم «عقود محجورین» به واسطه عدم اهلیت باطل است. لذا ایقاعات محجورین هم بواسطه عدم اهلیت باطل است. این نوع قیاس، قیاس مساوات می‌باشد. در این ماده علت حکم نداشتن اهلیت، و شباهتی که بین اصل و فرع وجود دارد. و یا مواد 691، 349، 387 قانون مدنی با الهام از قیاس وضع شده است. همینطور مواد 195، 1213 و 1125 قانون مدنی (شب خیز و محمد تبار، 1396، ص 267 و 278).

2-6-5- دلیل عقلی

دکتر ابوالحسن محمدی دلیل عقلی را چنین تعریف می‌کند: «دلیل عقلی عبارت است از حکمی که با درک صحیح آن ممکن باشد، حکمی شرعی بدست آید.» (محمدی، 1386، ص 205). مواد 843، 209، 202، 65، 1070 و 38، 144، 39، 302، 306 پ، 1106، 1107، 381، 443، 47 قانون مدنی در بیان موضوعات اصولی مورد بحث در خصوص یکی از ادله اثبات احکام همانا عقل می‌باشد. که بیشتر مباحث در خصوص مقدمه واجب می‌باشد (باقری راد، 1394، ص 272).

2-6-6- استحسان

در تعریف استحسان آمده است: استحسان در لغت بمعنای نیک دانستن و پسندیدن است و در اصطلاح اصول: عبارت است از صرف نظر کردن از قیاس یا قاعده کلی به سبب وجود مصلحتی خاص برای کشف حکمی مخالف با آن موضوع (مومنی 1394/189) حقوق مدنی ماده 1110 مقرر می‌دارد: در ایام عده وفات، مخارج زندگی زوجه عندالمطالبه از اموال اقاربی که پرداخت نفقه به عهده ی آنان است. (در صورت عدم پرداخت) تامین می‌گردد. دکتر بیگدلی بیان داشته این ماده حکم وضعی و دارای مفهوم وصف و چون حکم ماده کلی است اصالة الاطلاق نیز حاکم است. (بیگدلی 1395/635) در این ماده انصاف و عدالت قضائی (استحسان) ایجاب می‌کند که زن حامل در عده وفات مستحق نفقه باشد (باقری راد، 1394، ص 283).

2-6-7- عرف و عادت:

عرف و عادت آخرین مبحث از ادله استنباط احکام است. تعریف مشهور عرف به نقل از دکتر ابولحسن محمدی چنین بیان شده است: «عرف نوعی از عادت است و عادت معنایی است دارای عنصر تکرار و بدون رابطه تلازم عقلی و در بیان عادت فرموده‌اند: عادت از عود و بازگشت و در لغت به معنای خوی است.» هرگاه کاری در اثر تکرار چنان مطبوع طبع شود که انجام مکرر آن خوشایند و ترک آن دشوار شود می‌گویند. عادت بوجود آمده است (محمدی، 1395، ص 262 و 264). ماده 28 قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اموال مجهول المالک با اذن حاکم یا ماذون از قبل او به مصارف فقرا می‌رسد.» فقیر در متون قانونی و

شرع بسیار به کار رفته است، حال اگر در قانون و شرع، معنا و مفهوم این لفظ بیان نشده باشد، برای روشن شدن معنای آن به عرف مراجعه می‌کنیم، و در خصوص عادت قانون مدنی ماده 375 را وضع نموده است که مقرر می‌دارد: مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آن جا واقع شده است، مگر این که عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد (شبخیز و محمد تبار، 1396، ص 300 و 304).

2-7- اصول عملیه

شاید بتوان گفت: بحث اصول عملیه مصادیق فراوانی در قانون چه حقوق مدنی و چه حقوق جزا دارد. لذا استدلال قضات خصوصاً مباحث برائت در ارای اصدار یافته دیده می‌شود و استناد به برائت و استصحاب دو موضوع از موضوعات اصول عملیه بیشتر مورد توجه است. در این بخش به هریک از این مباحث جداگانه پرداخته می‌شود.

اصول عملیه عبارتند از:

1- برائت 2- تخییر 3- احتیاط 4- استصحاب

2-7-1- اصل برائت

مراد از اصل برائت اصلی از اصول عملیه است که هنگام شک مکلف در تکلیف و عدم دسترسی وی به حجت شرعی اجرا می‌شود و در مقام عمل، مکلف را موظف به انجام آن تکلیف نمی‌داند. در قانون مدنی ماده 1257 بیان می‌دارد: هر کس مدعی حقی باشد باید آنرا اثبات کند و مدعی علیه، هرگاه در مقام دفاع امری شود که محتاج به دلیل باشد، اثبات امر به عهده اوست. قانونگذار در این خصوص به اصل برائت توجه نموده است (باقری راد، 1394، ص 314). مواد 197 قانون آئین دادرسی مدنی نیز به اصل برائت پرداخته است. و همچنین اصل 37 قانون اساسی نیز به اصل برائت اشاره نموده این دوماه و یک اصل از مهمترین و مشهورترین مواد کاربردی در دفاعیات و انشاء آرای قضائی به شمار می‌روند.

2-7-2- اصل تخییر

منظور از اصل تخییر این است که در موردی که تکلیف الزامی مردد باشد و بین یکی از دو یا چند چیز و جمع بین آن‌ها و یا ترک همه آنها ممکن نباشد (مانند الزام به نجات دو غریق) مکلف را در انتخاب یکی از آن دو کار مخیر می‌سازیم. از این تعریف فهمیده می‌شود که اصل تخییر مانند اصل برائت از باب شک در تکلیف است و نه همچون اصل احتیاط از باب شک در مکلف به در برائت نمی‌دانیم تکلیف هست یا نیست و می‌گوئیم طبق اصل برائت تکلیف نیست اما در تخییر قطعاً می‌دانیم تکلیف هست اما نوع تکلیف را نمی‌دانیم که وجوب است یا حرمت (رحمانی، 1394، ص 292). ماده 780 قانون مدنی مقرر می‌دارد: در تراحم مرتهن و طلبکار آن، مرتهن بر هر طلبکار دیگری رجحان خواهد داشت زیرا مرتهن طلبکار با وثیقه است و بر سایر طلبکاران مقدم می‌شود. و ماده 1203 قانون مدنی بیان می‌دارد: «در صورت بدون زوجه و یک یا چند نفر واجب النفقه دیگر زوجه مقدم بر سایرین خواهد بود و اصل بر عدم تمکن زوج به دادن نفقه پدر و مادر است.» مواد 120 و 30 و 283 و 384 و 410 و 1080 و 1089 و 1092 قانون مدنی موضوع تخییر را بیان نموده‌اند (باقری راد، 1394، صص 315-317).

2-7-3- اصل احتیاط

میرزای نائینی در بیان اصل احتیاط می‌فرماید: مورد این اصل وضعیتی است که مکلف به نوع الزام از وجوب و حرمت علم و یقین دارد، ولی مصداق در مورد وجوب یا مورد حرمت (مکلف به) را نمی‌داند. و شک دارد از سوی دیگر یقین دارد که یک طرف بر او واجب یا حرام است (نائینی، بی تا، ج 4، ص 4). بنابراین مجرای اصل احتیاط شک در مکلف به یا موضوع است. کاربرد اصل احتیاط در دو صورت جاری می‌شود:

الف) دوران امر بین متباینین: دو چیز کلی که با هم اختلاف داشته قدر مشترک بین آنها نباشد ماده 1317 قانون مدنی مقرر می‌دارد: «شهادت شهود باید مفاداً متحد باشد، بنابراین اگر شهود به اختلاف شهادت دهند قابل اثر نخواهد بود. مگر اینکه قدر متیقنی بدست آید.»

ب) دوران امر بین اقل و اکثر: دو چیزی که در آن‌ها حداقل و حد اکثر وجود داشته و قدر مشترکی بین آنها باشد. ماده 225 قانون تجارت در همین خصوص است. مواد 878 و 1158 و 1240 و 1160 قانون مدنی در خصوص اصل احتیاط تدوین شده است.

2-7-4- اصل استصحاب

معنای لغوی استصحاب بمعنی همراه داشتن و همراهی است. و در تعریف فقهی و حقوقی گفته شده: «ابقاء ما کان» یعنی حکم به بقاء آنچه پیش تر وجود داشته است، و در توضیح گویند: هر گاه یقین داشته باشیم که چیزی در زمانی وجود داشته است و حالا شک داشته باشیم که در زمان بعد از آن وجود دارد یا خیر آن را موجود فرض می‌کنیم (استصحاب وجودی) و هر گاه یقین داشته باشیم که چیزی در زمانی وجود نداشته است و حالا شک داشته باشیم که در زمان بعد از آن وجود دارد یا خیر فرض می‌کنیم آن هم وجود ندارد (استصحاب عدمی).

اصل استصحاب را قدما ی علم اصول (استصحاب حالت سابقه) نامیده‌اند (رحمانی، 1394، ص 307). کاربرد استصحاب در قانون مدنی ماده 359 قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر گاه دخول شی در مبیع عرفاً مشکوک باشد آن شی داخل در مبیع نخواهد بود.» اگر دقت نمائیم مقنن در این ماده بیان نموده: که هر گاه در وجود و عدم شی در مبیع شک کردیم بر اساس اصل عدم حکم به عدم آن می‌دهیم، و یا در ماده 1257 قانون مدنی که بیان می‌دارد: هر کسی که مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند. مقنن در این ماده بیان نموده که هرگاه در وجود و عدم حقی شک کرده ایم بر اساس اصل عدم حکم به عدم آن می‌دهیم و مدعی باید وجود حق را ثابت کند (شبخیز و محمد تبار، 1396، ص 349) و یا ماده 872 قانون مدنی مقرر داشته است: «اموال غائب مفقود الاثر تقسیم نمی‌شود مگر بعد از ثبوت فوت او یا انقضاء مدنی که عادتاً چنین شخصی زنده نمی‌ماند.» در این ماده حکم قضیه معلوم و روشن است و ما نسبت به آن یقین داریم که اگر غایب مفقود الاثر زنده باشد اموال تقسیم نمی‌شود ولی اگر زنده نباشد اموال تقسیم می‌شود. بنابراین مشکل و شک و تردید ما در حکم قضیه نیست بلکه در موضوع است. بدین معنا که ما می‌دانیم و یقین داریم که غایب مفقود الاثر در گذشته زنده بوده است ولی الان دچار شک و تردید هستیم نسبت به حیاطش «موضوع» که در این حالت به استناد استصحاب موضوعی اصل را بر حیاط غایب می‌گذاریم تا خلافتش ثابت شود (مومنی، 1394، ص 208).

3- لزوم نگرش قضات دادگاه‌های حقوقی به کاربردهای اصول فقه

دکتر سعید بیگدلی در مقدمه کتاب خود بنام تفسیر اصولی قانون مدنی چنین بیان می‌دارد. «نباید از منزلت اصول فقه در تفسیر متون قانونی و کشف زوایای مبهم و مجمل یا متعارض قوانین و مقررات کاسته شود. به جز ابزارهای استثنائی شبیه آنچه ذکر شد ضوابط و قواعد فراهم آمده در قالب اصول استنباط فقهی، گنجینه‌ی گرانبهائی است که عمده آن‌ها مبتنی بر دلایل محکم عقلی یا اصولی متفاهم عرفی است، که در هر نظام حقوقی قابل استفاده است (بیگدلی، 1395، ص 21). وجود استدلال حقوقی بدون در نظر گرفتن قواعد فقه و اصول و توجه به آن منطقی نیست و قضات محترم رابسوی شخصی گرائی و سلیقه محوری سوق می‌دهد. لذا وجود اصول فقه و مبانی فقهی کمک به رفتار قضات در برخورد با پرونده‌های جریانی در باب حقوق خصوصی خواهد داشت. هر چند که قضات بدلیل حجم پرونده‌های ارجاعی فعلاً از رویه قضائی استفاده نموده‌اند و بیشتر پرونده‌ها از نظر شکلی رد می‌شود و تنها استناد قضات نیز به ماده 2 قانون آئین دادرسی مدنی است. این حجم ارجاعات سبب می‌گردد تا قضات کمتر به داشته‌های علمی خود مراجعه کرده و یا در آرای خود استدلال اصولی را نیز مدنظر قرار

دهند. استدلال قضائی در دو نظام بزرگ صورت‌گرا و واقع‌گرا شکل می‌گیرد و هرکدام از این دو موضوع ویژگی‌های خود را دارند. ماهیت استدلال قضائی از منظر دو دیدگاه متفاوت است و باید گفت مباحث حقوق مدنی در برخورد این دو نظام متأثر می‌گردد (غفوری، 1392، صص 26-27).

هر چند حقوق مدنی و بطور کلی قانون چیزی جز تبلور وجدان قضائی جمع نیست که در آن حیات حقوقی جامعه به تبعیت از فرمول‌ها یا سنت‌های معین و مشخص به سیر خود ادامه می‌دهد. اما در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران و دین مبین اسلام پرکردن خلاءهای قانونی و یافتن حکم بر موارد ما لا نص فیه را هکارهای فقهی و اصولی تدوین شده است (نویخت، 1388، ص 13). منتهی این راهکارها بصورت زیر ساخت قانون مدنی در نیامده است و علم اصول و قواعد فقهی در متن قوانین دیده نشده است بلکه تنها اشارات و مفاهیم و ایجاز و کنایات است که ما را بسوی اصول و فقه راهنمایی می‌کند. بنظر می‌رسد تفسیر ادبی و فقهی و اصولی هر ماده از قانون مدنی بنابر توضیح آن بتوان در قالب واژه هر منو تیک حقوقی تاویل و یا شرح داد لذا قضات محترم در کنار مشغله فراوان قضات حتماً می‌بایست وقتی برای مطالعه عمیق تر و تفسیر قوانین از نظر اصولی و فقهی و حتی ادبی که بسیار در نگارش آراء خود موثر است تامل نمایند. لذا متون حقوقی در این قالب شگرد یا فن خاص نیست بلکه گونه‌ای شناخت است، که قضات محترم با بکارگیری موضوعات مختلف و ادله استنباط احکام و قواعد فقهی و حقوقی در مطلوبیت رسیدگی پرونده‌های حقوقی کمک شایان می‌کنند.

نتیجه‌گیری

بی‌تردید آن‌گاه که در نظام حقوقی ایران سخن از «منابع حقوق» به میان می‌آید، «فقه» به عنوان مهم‌ترین و برجسته‌ترین منبع خودنمایی می‌کند؛ توجه به این منبع غنی و ارزشمند خصوصاً با تشکیل حکومت اسلامی در ایران از اهمیت بیش‌تری برخوردار شده‌است.

هر چند که تا پیش از تشکیل نظام جمهوری اسلامی نیز فقه به عنوان یکی از منابع حقوق و قوانین کشور مورد استناد حقوق‌دانان بود و بسیاری از قوانین نیز بر همین مبنا استوار گشته و از همین منبع استخراج شده بود، اما باید پذیرفت که انقلاب اسلامی آغازگر گفتمانی جدید در عرصه‌ی حیات فردی و اجتماعی انسان‌ها بود و پس از چند قرن حاکمیت گفتمان سکولاریسم و دین‌گریزی بر فرهنگ، سیاست و اقتصاد جهان موضوع اداره‌ی جامعه و حکومت بر اساس تعالیم دینی و فقهی و آموزه‌های وحیانی را مطرح ساخت.

حضرت امام خمینی(ره) به عنوان معمار بزرگ انقلاب اسلامی و نظریه‌پرداز حکومت اسلامی از سال‌ها پیش از پیروزی انقلاب با تأکید بر توانمندی دین و آموزه‌های فقهی برای اداره‌ی حکومت و پاسخ‌گویی فقه به شؤون مختلف حیات بشر، خواهان تشکیل حکومت اسلامی و تدوین قوانین بر اساس احکام اسلامی شد و همواره بر این آرمان پافشاری کرد تا سرانجام موفق به تشکیل نخستین حکومت دینی در عصر حاضر گردید.

بر همین مبنا قانون اساسی جمهوری اسلامی به منزله‌ی میثاق ملیّی آحاد جامعه، با تأکید بر اسلامی بودن نظام قانون‌گذاری در کشور بر اصل ضرورت عدم مخالفت قوانین و مقررات کشور با مبانی فقهی و موازین شرعی و احکام اسلامی پای‌فشاری می‌کند و از جمله اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی، صراحتاً مقرر می‌دارد:

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

اصول دیگر قانون اساسی و قوانین عادی دیگری سازوکار قانون‌گذاری و تقنین در نظام جمهوری اسلامی را مشخص نموده‌است که در اینجا به جهت رعایت اختصار از ذکر آن سازوکارها صرف‌نظر نموده و صرفاً به این نکته‌ی مهم و مرتبط با بحث خود اشاره

می‌نماییم که در اصل چهارم قانون اساسی ضرورت انطباق همه‌ی قوانین و مقررات کشور با موازین اسلامی مطرح شده‌است، اما آنچه موجب تأمل است اختلاف نظرهای فقهی فقهاء است که تا حد زیادی ریشه در اختلاف مبانی اصول فقهی ایشان دارد. متأسفانه یکی از اشکالات نظام قانون‌نویسی و قانون‌گذاری در کشور این است که با گذشت ۳۰ سال از برپایی سازوکار جدید و با وجود زیرساخت‌های لازم جهت اسلامی شدن نظام حقوقی، هنوز میان جنبه‌ی حوزوی قانون‌گذاری و قضاوت با جنبه‌ی دانش‌گاهی آن انفکاک وجود دارد و یکی از آثار سوء و پی‌آمدهای این جدایی، عدم توجه شایسته به مبانی اصولی در حقوق ایران است.

اگرچه صاحب‌نظران علم حقوق، خود معترفند که اصول تأثیرات گسترده‌ای در نظام حقوقی ایران دارد و از آن جمله یکی از اساتید علم حقوق می‌فرمایند:

«در خصوص حقوق ایران، علم اصول تأثیر بیش‌تری دارد. زیرا می‌دانیم که قسمت مهم حقوق خصوصی ایران مقتبس یا متأثر از فقه اسلامی است. مثلاً قانون مدنی ایران بیش‌تر آن از کتب فقهی امامیه گرفته شده‌است و حتی اصطلاحات عقود و ایقاعات و شروط و غیره که در آن به کار رفته همان اصطلاحات فقهی است و چون استفاده از فقه امامیه بدون اصول فقه غیر ممکن است از این رو باید پذیرفت که علم اصول فقه تأثیر به‌سزایی در فهم و درک حقوق موضوعه ایران دارد و برای حقوق ایران ناچار باید اصول دانست.»

اما با این حال بی‌توجهی به علم اصول در دانش‌کده‌های حقوق و مسلح نبودن بسیاری از حقوق‌دانان به سلاح ممتاز اصول فقه، تأثیرات نامطلوبی در مراحل تقنین، تفسیر قانون و حتی قضاء بر جای گذاشته و می‌گذارد. بدین روی به نظری‌رسد که اصلاح نظام آموزشی دانش‌کده‌های حقوق ضرورتی انکارناپذیر است که باید زودتر به آن توجه کرد. از جمله یکی از کارشناسان در همین زمینه می‌گوید:

«متأسفانه در سرفصل‌های آموزشی دانش‌کده‌های حقوق کشورمان اصول، قواعد و فنون قانون‌گذاری چنان که باید و شاید مورد توجه قرار نمی‌گیرد و چه بسا اتفاق می‌افتد که دانشجویی تا آخرین مراتب علمی رشته‌های حقوق را طی می‌کند بی آن‌که آشنایی چندانی با موضوع یاد شده پیدا کند ... شیوه‌ی آموزش به گونه‌ای است که کم‌کم دانش‌جو فکر می‌کند که بحث‌های مبنایی، مربوط به قانون‌گذار است و به دانش‌گاه ارتباط ندارد. در حالی که کلیه‌ی مشکلاتی که در عالم حقوق وجود دارد از مبنا ناشی می‌شود نه از مصداق.»

بر همین اساس و به دلیل همین احساس نیاز بعضی از اساتید و بزرگان علم حقوق در فلسفه‌ی حقوق توجهات ویژه‌ای به مباحث علم اصول به عنوان «منطق حقوق» داشته‌اند که اگرچه در نوع خود جالب و البته لازم است، اما ناکافی و نیازمند تعمیق بیشتر است.

به هر روی آنچه تا اینجا گفته شد لزوم عطف توجه بیش‌تر به آگاهی از اصول فقه و ضرورت تجزیه و تحلیل مبانی اصولی در آموزش علم حقوق و فرایند قانون‌گذاری بود. اما صرف‌نظر از فرایند تقنین، توجه به مبانی اصولی در امر تفسیر قوانین و نیز قضاوت، لازم و ضروری است. خصوصاً آنکه با توجه به اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران 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 بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

بر این اساس حال که قانون اساسی، مراجعه قاضی به منابع معتبر اسلامی را امری جایز و بلکه لازم شمرده‌است، باید اعتراف کرد که این امر خطیر جز از طریق تجهیز قاضی به ابزارآلات ضروری جهت استفاده و بهره‌برداری از این منابع امکان‌پذیر نخواهد بود و کیست که نداند که «علم اصول فقه» به عنوان منطق فقه یکی از مهم‌ترین این ابزارها است؟

منابع و مآخذ

- 1- قرآن کریم
- 2- اسماعیل تبار، احمد (1395). اصول فقه ادله فقهائتی و تعارض ادله، تهران، انتشارات دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری
- 3- انصاری، شیخ مرتضی (1365). فرائد الاصول، قم، انتشارات النشر الاسلامی جامعه مدرسین
- 4- باقری راد، ابوالفضل (1395). اصول فقه به بیان ساده، تهران، انتشارات مشاهیر دادآفرین
- 5- بهادلی، احمد کاظم (بی تا). مفتاح الوصول الی علم الاصول، جلد 2.
- 6- بیگدلی، سعید و حسینی الموسوی، سید مجتبی (1395). تفسیر اصولی قانون مدنی، تهران، انتشارات مهر سا
- 7- خطیبی قمی، سید کمال (1393). کاربرد اصول فقه در قانون مدنی، تهران، انتشارات مشاهیر مهر داد آفرین
- 8- خدابخشی، عبدالله (1393). حقوق حاکم بر اجرای آرای مدنی، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار
- 9- رحمانی، هادی (1394). آموزش اصول فقه در بیست و یک روز، تهران، انتشارات مجد
- 10- شب خیز، محمد رضا (بی تا). فرهنگنامه اصول فقه، چاپ دوم، انتشارات کتاب آوا
- 11- شب خیز، محمد رضا و محمد تبار، عباد (1396). اصول فقه دانشگاهی، تهران، انتشارات کتاب آوا
- 12- فهیمی، عزیزالله (1395). اصول فقه تکمیلی، تهران، انتشارات خرسندی
- 13- فیض، علیرضا (1382). مبادی فقه و اصول، تهران، انتشارات و چاپ دانشگاه تهران
- 14- قافی، حسین و شریعتی، سعید (1395). اصول فقه کاربردی، تهران، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
- 15- محمدی، ابوالحسن (1386). مبانی استنباط حقوق اسلامی اصول فقه، تهران، انتشارات دانشگاه تهران
- 16- محمد غفوری، محمد رضا (1392). استدلال قضائی در دو نظام بزرگ حقوقی صورتگرا و واقع گرا
- 17- مومنی، مصطفی (1394). اصول فقه در نظم نوین، تهران، انتشارات مجد
- 18- قمی، میرزا (بی تا). قوانین الاصول، جلد اول، قم، انتشارات عبدالرحیم
- 19- نوری، حسین بن محمد نقی (بی تا). مستدرک الوسائل، جلد 13
- 20- نویخت، حسین (1388). شیوه‌های تفسیر قوانین مدنی، تبریز، انتشارات فروزش