

## استناد به روح قانون در دادرسی

محمدباقر عامری نیا\* علی جمادی\*\*

### چکیده

استناد به روح قوانین چه از نقطه‌نظر ارزیابی قراردادهای خصوصی و تشخیص درستی یا نادرستی آن‌ها و چه از جهت شناسایی همسویی یا عدم همسویی مصوبات، دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های صادره توسط نهادهای قدرت در یک جامعه و چه در مواقع خلأ یا ابهام قانون، از آن‌چنان اهمیتی برخوردار است که می‌توان گفت از پایه‌های دادرسی منصفانه به شمار می‌آید. جای گرفتن واژه «روح قانون» در برخی مقررات قانونی و مکلف ساختن قضات به توجه به آن در مقام دادرسی، به معنی پذیرش آن به عنوان یک مستند محکم در نظام دادرسی است. با این همه قانونگذار هیچ تعریف روشنی از آن ارائه نداده و در واقع مفهوم و مصداق شناسی آن را به تشخیص قاضی موکول نموده است. ماهیت شناسی مقوله‌ی روح قانون، پایگاه قانونی، راهکارهای فقهی - حقوقی برای شناسایی آن و نیز آسیب‌شناسی این جریان از جمله اموری است که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته است.

---

\* استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد یاسوج (نویسنده‌ی مسئول)

mohamadamerinia@gmail.com

\*\* استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد یاسوج

Jamadiali@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۴/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۲/۲۶

## واژه‌های کلیدی: دادرسی، روح گرایی، روح قانون، عدالت.

### ۱. مقدمه

آنچه از دادرسی در نظامهای قضایی مدون به ذهن خطور می‌کند و رویه‌ی قضایی نیز به طور سنتی بر اساس آن استوار گردیده، عبارت است از روی آوردن قاضی به نصوص مصرحه‌ی قانونی و تطبیق پدیده‌های حقوقی بر آنها. این فرایند در پاره‌ای موارد آنچنان قالب‌گرایی افراطی به خود می‌گیرد که اهداف اصلی وضع قوانین از قبیل عدالت و برقراری نظم و انضباط جمعی تحت‌الشعاع قرار گرفته و فراموش می‌شود. روح گرایی در حوزه‌ی علوم انسانی به طور عام و در دانش حقوق به طور خاص، در واقع روی آوردن به فلسفه‌ی متعالی این علوم و پیوند خوردن با حقایق موردنظر در آنها است. این مهم اگرچه به لفظ آسان و دارای جذابیت است، اما در عمل بسیار دشوار و چالش برانگیز خواهد بود. چرا که اولاً؛ نیازمند درک درست و اعلی از فلسفه‌ی حقوق است و این خود امری است غیر آسان، ثانیاً؛ مبتنی بر تسلط قاضی به ابعاد گوناگون قانون‌گذاری در این عرصه و به تعبیر دیگر نیازمند نوعی جامعیت علمی است که عملاً در قضات کمتر مشاهده می‌شود و ثالثاً؛ به لحاظ باور سنتی دیرینه دایر بر اتکا به ظواهر نصوص و بسته ماندن دیرینه‌ی فضای معناگرایی فلسفی در دادرسی، جرأت روح گرایی در مفهوم مورد بحث به اقل درجه‌ی ممکن رسیده است.

لیکن دشواری مزبور موجب نمی‌شود که این جریان متعالی و نجات بخش از گردونه دادرسی خارج گردد و جامعه‌ی حقوقی از آن غافل بمانند. بلکه رسالت راه‌یابی در مسیر اجرای عدالت و عملی سازی اهداف والای قانون‌گذاری و مبناسازی رعایت حقوق، ایجاب می‌کند که هم قضات به هنگام مطالعه‌ی قوانین به روح حاکم بر آنها توجه کنند و هم استادان و نویسندگان حقوق، با مطالعه‌ی کاربردی آن، قضات را در این عرصه یاری رسانند. نگارندگان این پژوهش، در راستای همین وظیفه، کوشیده‌اند تا به قدر وسع خود و تا جایی که ظرفیت یک مقاله اجازه می‌دهد، ابعدی از موضوع مورد بحث را

روشن نمایند.

این مطالعه را تحت عناوین بعدی پی می‌گیریم:

## ۲. پایگاه قانونی استناد به روح قوانین در دادرسی

ماده‌ی ۳ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مقرر داشته بود: «دادگاه‌های دادگستری مکلف‌اند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده، حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه‌ی کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشند یا اصلاً، اصل قانونی در قضیه‌ی مطروحه وجود نداشته باشد؛ دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم، قضیه را قطع و فصل نمایند». بنابراین ضرورت استناد به روح قانون، از حدود هفتاد سال پیش یعنی در آغازین دوره‌ی قانون‌گذاری آن‌هم به صورت یک امر الزامی توسط قانونگذار عنوان گردیده است.

اگرچه در قانون آئین دادرسی مدنی جدید (ماده ۳ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹)، این واژه حذف گردیده و ظاهراً به جایش کلمه «اصول حقوقی» آمده است. (متن ماده ۳: «قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه‌ی کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه‌ی مطروح 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 بهانه‌ی سکوت یا نقض یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد».) و در ماده‌ی ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب که تصریح دارد - قضات دادگاه‌های عمومی و انقلاب مکلف‌اند به دعاوی و شکایات و اعلامات موافق قوانین موضوعه و اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رسیدگی کنند و تصمیم قضایی را اتخاذ نمایند»، نیز ملاحظه می‌شود که «عنوان روح قانون» وجود

ندارد و تنها به لزوم رجوع به منابع فقهی و فتاوی معتبر (مورد اشاره در اصل ۱۶۷ ق.ا) و نیز عرف و عادت، اکتفا شده است.

اما؛ همچنان این اصطلاح در نظام قانونی ایران وجود دارد، چرا که اصل ۱۳۸ قانون اساسی که اهمیتش از دو قانون یاد شده در فوق، به مراتب بیشتر است، ضرورت توجه به روح قوانین را گوشزد نموده است. این اصل مقرر می‌دارد: «علاوه بر مواردی که هیئت‌وزیران یا وزیری مأمور تدوین آئین‌نامه‌های اجرایی قوانین می‌شود، هیئت‌وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری، به وضع تصویب‌نامه و آئین‌نامه بپردازد. هر یک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیئت‌وزیران حق وضع آئین‌نامه و صدور بخش‌نامه را دارد، ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد».

بنابراین ضرورت تبیین منظور قانونگذار از این «واژه» به قوت خود باقی است و این بحث همچنان از جایگاه قانونی و حقوقی برخوردار است.

### ۳. اهمیت شناخت «روح قانون»

گاهی مخالفت با روح قوانین توسط نهادهای قدرت از قبیل قوه‌ی مجریه یا قوه‌ی قضائیه در تصویب آئین‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها و ... صورت می‌گیرد که می‌توان به استناد اصل ۱۳۸ قانون اساسی و از طریق دیوان عدالت اداری ابطال آن‌ها را خواستار شد. و گاهی نیز این مخالفت، توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی در قالب انعقاد قراردادها، شکل می‌گیرد که این قراردادها نیز حسب مورد در محاکم صالح قضایی قابل ابطال خواهد بود.

اگرچه در مورد دوم، قانونگذار تصریحی ندارد و صرف عدم مخالفت با قانون را برای انعقاد قراردادها متعرض شده است اما؛ جمود ورزیدن به ظاهر مواد قانونی تهی از کلمه روح، با منطق حقوقی سازگاری ندارد.

درست است که ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی که بیان داشته «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند، در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است»؛ و ماده‌ی ۱۲۸۸ همین قانون نیز که می‌گوید: «مفاد سند در صورتی معتبر است که مخالف

قانون نباشد». نامی از ضرورت عدم مخالفت با روح قانون نبرده است، اما از آنجا که روح قانون با پیکره‌ی محسوس آن وابستگی دارد و به شرحی که بعداً توضیح خواهیم داد، ارتباطی انفکاک ناپذیر با آن دارد، لذا جای تردیدی در تعمیم مفاد هر دو ماده، به هر دو مقوله (قانون و روح قانون) وجود ندارد.

برخی از حقوقدانان در این باره گفته‌اند: «روح و مفهوم قانون چیزی جز مقصود قانونگذار نیست، پس اگر پذیرفته شود که کلامی دارای مفهوم است، چگونه می‌توان ادعا کرد که این مفهوم چون به قالب الفاظ نیامده است اثر ندارد؟ به اضافه خواهیم دید که نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز از موانع نفوذ اراده است و در بسیاری موارد این دو مفهوم با متون قوانین بیگانه است و از منبع دیگری ناشی می‌شود. بطلان قراردادهای مخالف اخلاق یا مصلحت که در هیچ متن قانونی نیامده است، نشان می‌دهد که مقصود از تنظیم ماده‌ی ۱۰ این نبوده است که دادگاه از استناد به مدلول التزامی قانون برای حکم به عدم نفوذ قرارداد ممنوع شود... درست پنداشتن قراردادهایی که با روح قانون منافات دارند، در عمل نتایج ناگواری به بار می‌آورد». (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۵۷).

هم ایشان در جای دیگر، در مبحث تعارض عرف و روح قانون و اینکه روح قانون بر عرف مقدم است می‌گوید: «... بنابراین روح قانون نیز مانند متن آن در برابر عرف محترم است و باید در هر حال بر آن مقدم داشته شود». (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۸۷).

مستنبط از کلام برخی دیگر از شارحان قانون مدنی نیز همین است. (ر.ک: امامی، ۱۳۸۵: ۲۴) اگرچه این حقوقدان در جای دیگر مطلبی دارند که برخی از نویسندگان (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۴۵) چنین برداشت کرده‌اند که نظر ایشان تقدم عرف و عادت به روح قانون است، اما این برداشت از کلام امامی قابل خدشه است زیرا عبارت وی متضمن هر دو احتمال و بلکه در نهایت دایر بر ترجیح روح قانون است. عبارت ایشان عیناً چنین است: «در صورتی که حکم قضیه‌ی مطروحه از نظر روح قوانین با عرف و عادت مسلم یکسان باشد، دادگاه طبق آن رأی صادر می‌نماید ولی هرگاه حکم قضیه‌ی مطروحه از نظر آن دو یکسان نبوده و یکی برخلاف دیگری باشد، به نظر می‌رسد باید موافق عرف و عادت مسلم رأی صادر نماید اگرچه می‌توان به اعتبار مقدم ذکر نمودن کلمه‌ی «روح قوانین موضوعه» بر کلمه «عرف و عادت مسلم» بر آن بود که دادگاه طبق روح قوانین

موضوعه باید رأی صادر نماید». (امامی، ۱۳۸۴: ۱۵۹).

تحلیل صورت گرفته توسط مرحوم امامی اگرچه مربوط به دوره حاکمیت قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ (ماده‌ی ۳ آن) است و اکنون مقوله‌ی عرف و عادت در ماده ۳ ق. آ. د. م جدید حذف گردیده و در نتیجه فرض تعارض بین عرف و عادت با روح قانون نیز منتفی است ولی منظور این است که در نظر حقوق‌دانان کشور تا چه اندازه توجه به روح قوانین در مقام دادرسی جایگاه و اهمیت داشته و دارد.

#### ۴. مفهوم شناسی روح قوانین

پس از روشن شدن سابقه‌ی تاریخی و پایگاه قانونی اصطلاح «روح قانون» و اهمیت جایگاه آن در دادرسی، اکنون می‌بایست به غرض اصلی از این نوشتار یعنی تحلیل و بررسی منظور قانونگذار از این اصطلاح بپردازیم.

علیرغم اهمیت این موضوع و نقش کاملاً کاربردی و گسترده‌ای که در نظام دادرسی دارد، متأسفانه قانونگذار خود کمترین تعریف و بلکه کمترین اشاره‌ای به مقصودش از این مقوله ارائه نداده است. مجمل‌گویی به طور کلی یک ضعف مهم و غیرقابل اغماض است که شایسته قانونگذار حکیم نیست، خصوصاً نسبت به این مورد که خود می‌خواهد به مثابه‌ی یک قانون مورد استناد قرار گیرد؛ و بالطبع ماهیت شناسی آن بر عهده شارحان و نویسندگان حقوق خواهد بود، اما با این همه هنوز مقصود از آن روشن نگردیده و خصوصاً به لحاظ کلی‌گویی‌های بدون ارائه‌ی ضابطه‌ی مشخص و معین، همچنان غبار ابهام بر چهره آن باقی مانده است.

ما در اینجا نمونه‌هایی از تعاریف صورت گرفته درباره‌ی این اصطلاح را ذکر می‌کنیم و سپس به ارائه‌ی راهکارها و ضوابطی که می‌تواند معرف آن باشد، می‌پردازیم. اهم تعاریف صورت گرفته که البته بعضاً تداخل با یکدیگر دارند و برخی هم در واقع تعریف نیستند بلکه ذکر مصداق‌اند به این شرح است:

۴.۱. اصول و نظریه‌های علمی که پایه‌ی یک یا چند ماده‌ی قانونی باشد مانند «قاعده‌ی لاضرر» که روح مواد باب تقسیم اموال شرکت در قانون مدنی ما است» (جعفری

لنگرودی، ۱۳۸۳: ۳۳۸).

۴.۲. روح قوانین موضوعه، اصول و قواعد حقوقی و همچنین نظریه‌های علمی است که مبنای قوانین قرار گرفته است. (امامی، ۱۳۸۵: ۲۳ و امامی ۱۳۸۴: ۱۵۷).

۴.۳. روح قانون عبارت است از نیت و قصد قانون‌گذار که همان عدالت است. (صادقی ۱۳۸۴: ۵۴).

جمع‌بندی دیدگاه‌ها این نتیجه را به دست می‌دهد که اگرچه منظور از روح قانون قالب صوری و به تعبیری مدلول لفظی مواد قانونی نیست ولی هرگز بیگانه از آن‌ها هم نیست، بلکه روح قانون مبنای اساسی اعتبار حقوقی و منطقی مواد قانونی است که مجموعه‌ای از فلسفه حقوق و اهداف و غایات آن و نیز جریان بخشی منطقی و عقلانی مفاد قوانین را در خود جمع کرده است، این جمع‌بندی ماهیت شناسانه زمانی روشن می‌شود که راهکارهای شناخت این پدیده‌ی مهم را مورد شناسایی و توجه قرار دهیم، مطالعه مهمی که مبحث زیر را به خود اختصاص داده است.

## ۵. راهکارهای شناخت روح قوانین

اگرچه مدعی نیستم که آنچه در این جا به عنوان راهکار شناخت روح قوانین ارائه می‌دهیم، لزوماً تمام راهکارها است ولی اهم آن‌ها است:

### ۵.۱. تحلیل فلسفی این اصطلاح

نگاه فلسفی به پدیده‌ها، پرداختن به چیستی آن در افقی کلی است و چیزی فراتر از معنای لغوی یک واژه است، در این نگاه بین پدیده‌های مختلف در یک مجموعه پیوند جدی وجود دارد. قوانین وقتی به طور جزئی و خاص نگریسته می‌شوند، چیزی غیر از مفاد آمده در متن (دلالت لفظ با همه انواعش = منطوق و مفهوم) آن‌ها، چیز دیگری را افاده نمی‌کنند؛ اما؛ وقتی در نگاهی کلی و جامع و به تعبیر دیگر سیستماتیک و به صورت زنجیره‌ای به هم پیوسته دیده شوند، قدر جامعی به دست می‌دهند که می‌توان آن را جریان نامرئی ولی حتمی الوجود آن مجموعه‌ی قوانین نام‌گذاری کرد و این همان چیزی است

که در عرف حقوقی روح آن قوانین می‌نامیم.

فلسفه‌ی حقوق دانشی است که در آن ماهیت قانون، مبانی و سرچشمه‌های آن، ویژگی‌های کلی، منظور قانون و علل و عوامل آن بحث و بررسی می‌شود. (حسن علی ذنون، ۱۹۷۵: ۹-۱۲).

قوانین هر جامعه‌ای نمایشگر اعتقادات، باورهای اخلاقی، عرف و عادات آن جامعه است. در واقع قوانین بر مبانی و ریشه‌هایی استوارند که با تأمل و تعمق در آنها، یک سلسله اصول و پیش‌فرض‌هایی دیگر کشف می‌شود. (محمدخالد مسعود، ۱۳۸۲: ۱۷).

در این نوع مباحث، عالم درون بیشتر مورد توجه است تا عالم خارج. بحث فلسفی از حقوق، مستلزم بحثی روش‌شناسی نیز خواهد بود، زیرا بررسی شیوه‌ی استنباط عالم حقوق، اینکه از کجا شروع می‌کند و چگونه به نظریه‌ی حقوقی خاصی دست می‌یابد، خود بحثی روش‌شناختی از علم حقوق است. (ر.ک: ملکیان و دیگران؛ ۱۳۷۷: ۵۵).

روشن است که نگاه فلسفی به حقوق و قانون‌گذاری صورت گرفته پیرامون آن قاضی را به سمت و سوی درک باطنی قوانین و پیدا کردن روح حاکم بر آنها سوق می‌دهد.

همین نگاه فلسفی و تأثیر آن برای شناخت مقوله‌ی روح قوانین است که برخی از نویسندگان حقوق مدنی گفته‌اند: «برای به دست آوردن روح و مفاد قوانین موضوعه، اطلاعات کافی حقوقی لازم است و به وسیله‌ی اطلاعات جزئی که برای فهم سطحی مواد قانونی به کار می‌رود، نمی‌توان به روح و مفاد قوانین دست یافت و بدین جهت است که اسلام قوه‌ی استنباط را شرط قضاوت می‌شمارد...». (امامی، ۱۳۸۴: ۱۵۸).

## ۵.۲. نیت شناسی قانونگذار

قانون‌گذاران هر جامعه‌ای بر پایه‌ی مبانی اعتقادی و مکتبی اعم از دینی و غیر دینی و بر اساس آنچه در نظرشان نسبت به ساختارهای فرهنگی، سیاسی، اقتصادی و ... اهمیت دارد، مبادرت به وضع قوانین می‌نمایند. راه حل مورد بحث، ناظر به شناخت اغراض و اهداف پشت پرده و به طور مشخص پیدا کردن مقاصد قانونگذار است. به نظر ما حتی

می‌توان گفت نیت شناسی قانون‌گذاران یک دانش است و باید آن را یک تخصص در عرصه‌ی حقوق قلمداد کرد. درست مانند آنچه در فقه، فقها از مقوله‌ای به نام «مذاق شارع» یا «مقاصد شارع» سخن گفته‌اند (که در بند بعد اشاره خواهیم کرد). به لحاظ تاریخی و در مجموعه‌ی نویسندگان حقوق، برخی افراد بوده‌اند که سالها تحقیقات خود را متمرکز بر نیت خوانی قانون‌گذاران در وضع قوانین ساخته‌اند. به عنوان نمونه ژان دوما (Jean Domat) عنوان روح قوانین را در فصل یازدهم کتابش *traite des Lois* (رساله القوانین) که در سال ۱۶۸۹ میلادی منتشر شد، به کار برد، منظور او از این کلمه غایت حقیقی قوانین یعنی عدالت و از طرفی یافتن نیت قانون‌گذاران بود. (ر. ک: متیسکیو؛ ۱۳۹۱: ۱۱۸ - ۱۱۹).

متیسکیو (Montesquieu) خود نیز در مقدمه‌ی کتابش می‌نویسد: «هنگامی که روزگار باستان را در نظر می‌گرفتم، سعی می‌کردم روح آن را جستجو نمایم تا قضایایی را که در حقیقت مختلف است یکسان پندارم و اختلاف آن‌هایی که ظاهراً یکسان به نظر می‌رسند، از نظر دور ندارم». (همان: ۱۷۰).

خلاصه اینکه، شناخت عمیق از مقاصد و نیت قانون‌گذاران در یک جامعه که می‌توانیم آن را روانکاوی قانون‌گذاران بنامیم، به یک معنا طریقی است راهبردی که در پرتو آن روح نهفته در دل قوانین را در بینش یک حقوقدان برملا و متجلی می‌سازد. بدیهی است که نیت شناسی قانون‌گذاران مستلزم درک صحیح و همه‌جانبه از طرز تفکر آنان و نوع باورهای ایدئولوژیک، پراگماتیک و ... است و راهکارهای مطالعاتی مخصوص خود را می‌طلبد که نیازمندی پردازش جداگانه است. برخی از آن راهکارها به قرار ذیل است:

**۵.۲.۱. مرور مذاکرات قانون‌گذاری:** مطالعه، مرور و پیگیری مذاکرات مجلس قانون‌گذاری، راهکار مناسبی برای کشف طرز تفکر قانون‌گذاران است، مذاکرات مزبور انعکاس‌دهنده‌ی نوع نگاه قانون‌گذاران و علل و عوامل و انگیزه‌های وادارکننده‌ی آن‌ها به وضع آن قوانین است. اینجا است که ضرورت تدوین و نگارش و بلکه تدریس مذاکرات موصوف آشکار می‌شود.

قاضی جویای کشف نیت قانونگذار می‌تواند با مطالعه‌ی مستمر آن مذاکرات به روحيات و مقاصد وضع‌کنندگان قانون واقف گردد.

**۵.۲.۲. تحول شناسی دوره‌ای وضع قوانین:** فراوان پیش می‌آید که قانون‌گذاران یک کشور، پیرامون یک موضوع دست به تغییر قانون زده و سیاست خود را عوض می‌کنند. شناخت زمینه‌های تاریخی و جغرافیایی تغییر قوانین نیز تا حدود زیادی ما را به اهداف آنان آشنا می‌سازد، چرا که همین زمینه‌ها، علل و انگیزه‌های عینی و تجربی نهفته در بینش وضع‌کنندگان قوانین را انعکاس می‌دهند.

### ۵.۳. توجه به معادل فقهی

سومین راهکاری که ما را در شناخت مفهوم روح قانون یاری می‌دهد، توجه به معادل فقهی این واژه است، چرا که معادل موصوف تا حدود زیادی در فقه تعریف و شناسایی شده است.

در مطالعات فقهی به واژه‌ای بر می‌خوریم که در عین تفاوت لفظی با اصطلاح مورد بحث، به لحاظ ماهوی مشابهت کاملی با آن دارد. این اتحاد ماهوی است که به ما اجازه می‌دهد برای آن از عنوان معادل استفاده کنیم و از آن برای فهم واژه مورد بحث بهره‌برداری کنیم. آن معادل عبارت است از واژه‌ی «مذاق شریعت». شریعت همان قانون است، منتها قانون دینی. جالب توجه اینکه برخی از فقها به جاز واژه «مذاق شریعت» از عنوان «روح شریعت» استفاده کرده‌اند. این فقیه برای استدلال بر مشروعیت تشکیل حکومت اسلامی و لزوم آن به روح اسلام و مذاق شرع استناد کرده است. (منتظری: ۱۴۰۸: ۴۶۵ - ۴۶۶).

فقیه‌ی دیگر، در مقام تبیین جایگاه قرآن کریم و قوانین آمده در آن، قرآن کریم را از جهت وضع قانون منحصر به فرد می‌داند و می‌گوید: «قوانین قرآن مانند قوانین دیگر، دارای جمود نیست، بلکه در قوانین آن به مقصود اصلی از وضع آن‌ها توجه شده و روح قوانین اسلام را متجلی ساخته است». (خمینی ۱۴۱۸: ۵۱۲).

روح‌گرایی مورد بحث در اندیشه‌ی برخی دیگر نیز انعکاس یافته است. (ر.ک:

مغنیه، ۱۳۹۹؛ ۴۶۵ - ۴۶۶).

برخی از فقهای اهل سنت نیز از این معادل استفاده کرده‌اند، به عنوان نمونه نووی درباره حرمت استعمال حشیش، به نقل فتوایی از ابن تیمیه پرداخته که او حشیش را داخل در مسکرات و حرام می‌داند، سپس می‌گوید این فتوا با روح اسلام در حرمت مسکرات هماهنگ است. (نووی، بی‌تا: ۱۲۱).

و اما استفاده از واژه مذاق شریعت در کتب فقهی فراوان مشاهده می‌شود. ظاهراً اولین کسی که این واژه را در مطالعات فقهی به کار برد امام محمد غزالی بوده است. (علی شاهی؛ ۱۳۹۰: ۴۱). آنجا که فتاوی ابوحنیفه را بر خلاف مذاق شرع معرفی می‌کنند. (غزالی، ۱۴۱۹: ۶۱۸).

در شیعه، صاحب جواهر حدود دوازده بار از اصطلاح «مذاق الشرع» یک‌بار از اصطلاح، «مذاق الشریعه» و یک‌بار نیز از واژه «مذاق قواعد الشریعه» یاد کرده و در جاهای گوناگون کتاب خود (جواهر الکلام)، از این اصطلاح بهره برده و از آن به عنوان دلیلی در احکام، یاد کرده است. (علی شاهی، ۱۳۹۰: ۴۵ - ۴۶).

البته قبل از صاحب جواهر، سید محمدجواد عاملی (صاحب مفتاح الکرامه) به آن استناد جسته است. (همان: ۴۳).

اگرچه فقیهان نیز به تعریف روشن و صریحی از روح شرح نپرداخته‌اند، لیکن دقت در موارد استنادی آنان به این مقوله، منظور آنان را می‌شناساند. به عنوان نمونه ردیه صاحب جواهر بر نظریه فقهی عدم جواز طلاق همسر شخص دیوانه توسط ولی با استناد به اینکه این نظریه از مذاق شرع دور است به جهت اینکه این حکم با مصلحت زوج و زوجه سازگار نیست. (نجفی، ۱۳۷۴: ۶)؛ و یا اعتراض وی به برخی از دیدگاه‌های فقهی سخت‌گیرانه با استدلال به اینکه بنای شرع بر آسان‌گیری بوده است. (نجفی، ۱۳۷۳: ۱۵۰) و همانند او استدلال خوئی و تعبیر از آن به مصلحت تسهیل (ر.ک خوئی، ۱۴۱۷: ۹۸) و نیز مانند او شیخ طوسی و فتوای او بر عدم جواز قطع دست دزد در فرضی با استدلال به اینکه بنای شارح بر آسان‌گیری بوده است. (طوسی، ۱۳۸۷ هـ: ۱۰۱).

یا رد برخی دیدگاه‌های فقهی توسط امامان شیعه مثلاً اعتراض امام صادق (ع) بر دیدگاه اهل سنت بر بطلان وکالت در نکاح، با استدلال به اینکه این حکم از عدالت به

دور است. (حر عاملی؛ ۱۴۱۴: ۱۶۳). این نتیجه را به دست می‌دهد که اموری چون مصلحت، عدالت، آسان‌گیری روح شریعت را تشکیل می‌دهد. از آن جهت که فقیهان ذکر شده با کنکاش در منابع فقه، سیاست‌گذاری شارع را در امر تشریح و دخالت دادن این امور توسط او را درک کرده‌اند.

همچنان که با کنکاش منابع فقه در باب جرائم حدی، این نتیجه به دست می‌آید که بنای شارع در این حوزه بر سختگیری در اثبات بوده است و اگر فقیهی و یا یک قاضی، روش آسان‌گیرانه را در خصوص اثبات این جرائم پیشه کند، می‌توان گفت برخلاف مذاق و روح شریعت رفته است.

بنابراین در نگاه فقیهانه روح‌گرایی در استنباط احکام فقهی، به معنی توجه به فلسفه‌ی فقه و اهداف عالی شرع در قانون‌گذاری خاص خود است. اهدافی چون مصلحت واقعی و عقلانی، عدالت و آسان‌گیری که به تناسب موارد لحاظ می‌گردد. همین معنا را می‌توان را در خصوص کشف روح قوانین کاربردی کنیم و چنین اموری را به منزله‌ی روح قوانین بدانیم و متناسب با کاربرد هر کدام، از دل قوانین دریافت نماییم. به عنوان نمونه اموری چون بازدارندگی‌های فردی و اجتماعی را در مجازات تعزیری، روح حاکم به این مجازات تلقی نماییم.

## ۶. آسیب‌شناسی استناد به روح قوانین

مقوله‌ی استناد به روح قانون دارای ایراداتی نیز هست که نمی‌توان نگاه منصفانه را از آن دور نگاه داشت، برخی از آن‌ها به شرح ذیل است:

### ۶.۱. سلیقه‌ای شدن دادرسی:

سلیقه‌ای شدن دادرسی از رهگذر استناد به روح قوانین، یکی از مهم‌ترین ایرادات و بلکه چالش‌های پیش روی این جریان است. این ایراد بر این مبنا استوار است که روح‌گرایی در واقع بر پایه استنباطات شخصی قاضی صورت می‌گیرد و چون استنباطات قضایی همواره به دور از سلايق نیستند، هر کسی می‌تواند نوعی استنباط داشته باشد و آن را در پرتو مقوله‌ی مورد بحث توجیه نماید. این ایراد اگرچه به مثابه‌ی خطری فرا

روی جریان استناد به روح قانون به شمار می‌آید ولی منحصر به این جریان نیست. همین مشکل در استناد به الفاظ عبارات قانون نیز وجود دارد که استنباطات متفاوت فراوان از قوانین شاهد صدق مدعا است. به نظر می‌رسد برداشتن گام‌های جدی در ضابطه‌مندسازی و ملاک یابی روح قانون و نیز بالا بردن سطح علمی قضات و شناساندن فلسفه‌ی حقوق به آنان، خطر مزبور را به حداقل ممکن می‌رساند.

## ۶.۲. هرج و مرج در عالم حقوق

هرج و مرج در عالم حقوق در اینجا به معنی تلقی‌های گوناگون از پدیده‌های حقوقی است که ممکن است هر حقوق‌دانی با نام‌گذاری انطباق یا عدم انطباق آن‌ها بر روح قانون، داشته باشد؛ و در نتیجه پدیده‌های حقوقی ثبات ذاتی خود را از دست بدهند، اما از آنجا که روح‌گرایی به معنی ترک نصوص و یا عدم ضرورت توجه به صراحت‌های قانونی در خصوص معرفی پدیده‌های حقوقی نیست، بلکه به عنوان جریانی موازی و در غالب موارد وراء این نصوص مورد پیشنهاد است، لذا ایراد مورد بحث جدی به نظر نمی‌رسد.

## ۷. نتیجه‌گیری و پیشنهادات

از مجموع آنچه گفتیم به دست می‌آید که اولاً؛ استناد به روح قوانین همچنان در مقام دادرسی کشور ما جایگاه دارد. ثانیاً؛ پی بردن به روح قوانین اگرچه تا حدود زیادی دشوار به نظر می‌رسد ولی امری محال نیست و راهکارهای مشخص و معلومی دارد. ثالثاً؛ روح‌گرایی گامی مؤثر در تأمین عدالت است. رابعاً؛ بالا بردن سطح علمی قضات شرط اساسی برای ورود به عرصه‌ی استناد به روح قوانین است و بدون آن امری محال. خامساً؛ با همه‌ی اهمیتی که این مقوله در فرایند دادرسی دارد، در ساختار حقوقی کشور ما چندان توجهی به آن نشده است. به عنوان پیشنهاد توصیه می‌شود که قوه‌ی قضائیه و نیز نظام آموزش عالی کشور در راستای نهادینه کردن این مهم در دادرسی گام‌های مؤثری از قبیل برگزاری همایش‌های علمی، تدوین کتاب و جزوات آموزش بردارد و قضات را به سمت و سوی توجه عمیق به فلسفه‌ی حقوق تشویق و ترغیب

نمایند.

## منابع

## الف . فارسی

- امامی، سید حسن (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: اسلامیه.
- امامی، سید حسن، (۱۳۸۴)، حقوق مدنی، جلد چهارم، تهران: اسلامیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۳)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- صادقی، محسن (۱۳۸۴)، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، تهران: میزان.
- علی شاهی، ابوالفضل (۱۳۹۰)، مفهوم و حجیت مذاق شریعت در فرایند استنباط احکام فقهی، قم: بوستان کتاب.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، کلیات حقوق (نظریه عمومی)، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محمد خالد مسعود، ترجمه ظفری، محمدرضا و اصغری آقمشهدی، (۱۳۸۲)، فلسفه حقوق اسلامی، قم: بوستان کتاب.
- ملکیان، مصطفی و دیگران (۱۳۷۷)، گفت‌وگوهای فلسفه فقه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
- منتسکیو، ترجمه مهتدی، علی اکبر (۱۳۹۱)، روح القوانین، تهران: امیرکبیر.
- قانون اساسی.
- قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸.
- قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹.
- قانون مدنی.

## ب. عربی

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴)، وسائل الشیعه، جلد ۱۹، قم: موسسه آل البیت.

- حسن علی ذنون، (۱۹۷۵)، *فلسفه القانون*، بغداد: مطبعة العانی.
- خمینی، سید مصطفی (۱۴۱۸)، *تفسیر القرآن الکریم*، جلد چهارم، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷)، *مصباح الاصول*، جلد دوم، تقریر محمدعلی توحیدی، قم: مکتبه الداوری.
- طوسی، شیخ محمدحسن (۱۳۸۷)، *المبسوط*، جلد هفتم، تصحیح محمدتقی کشفی، تهران: مکتبه الرضویه.
- غزالی، محمد بن محمد (۱۴۱۹)، *المنحول من تعلیقات الاصول*، تحقیق محمدحسن هیتو، بیروت: دارالفکر.
- مغنیه، محمدجواد (۱۳۹۹)، *الشیعة فی المیزان*، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- منتظری، حسینعلی (۱۴۰۸)، *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه*، ج اول، قم: تفکر
- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۳۷۳)، *جواهر الکلام*، ج اول، تهران: اسلامیه.
- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۳۷۴)، *جواهر الکلام*، ج سی و دوم، تهران: اسلامیه.
- نووی، یحیی بن شرف (بی تا)، *المجموع (شرح المذهب)*، بیروت: دارالفکر.