

# روشهای تحلیلی حقوق دانان برجسته ایران مقابله روش تحلیل حقوقی عدالت

## محور باروش اصولی

ناصر علیدوستی شهرکی<sup>۱</sup>

چکیده:

در دوران نزدیک به یک صد ساله شکل‌گیری حقوق نوین ایران، فراز و فرودهایی که ویژگی نوپایی نظام حقوقی است دیده می‌شود. این دودلی که آیا حقوق ایران به فقه که منبع اصلی و دیرین خود بوده اقتدا کند و از آن سیراب شود یا از حقوق نوشته اروپایی که الهام بخش نگارش قوانین به شکل امروزی است، خطامشی بگیرد، همواره ذهن حقوق دانان را به خود مشغول کرده است.

حقوق دانان در دوران ما به روشهای متفاوتی به تحلیل حقوقی پرداخته‌اند. گاهی چنان به فقه پایبنداند و گویی متون فقهی شرح و تفسیر می‌کنند و گاهی چنان نسبت به سابقه فقهی بی‌توجه بوده و تنها به منابع و متون حقوق نوشته اروپایی متوسل شده‌اند که گویی الزام به تبعیت از حقوق ایشان را مد نظر داشته‌اند. روشی که امروزه وجود دارد از آن زیاده روی و کاستی به سوی یک نقطه تعادل پیش می‌رود و آن عبارت است از سیراب شدن از هر دو منبع حقوق ایران که یکی فقه امامیه و دیگری حقوق نوشته است.

افزون بر این چگونه باید به تحلیل مبانی حقوقی پرداخت و جایگاه عدالت و مصلحت‌ها به عنوان آرمان حقوق تا چه حد تعیین کننده‌اند و متون و عبارات قانونی تا چه اندازه از قداست و احترام برخوردارند؟ به این سوالات نیز پاسخهای گوناگون داده شده است.

حقوق دانانی چون استاد جعفری لنگرودی با اشراف به هر دو منبع یعنی فقه و حقوق موضوعه به حق توانسته‌اند نقش بی‌بدیلی در استفاده از این دو منبع در جهت تبیین و تحلیل حقوقی قوانینی مانند قانون مدنی ارائه کنند و در عین رعایت اصول و قواعد تفسیر قوانین، از اجرای عدالت نیز غافل نشده‌اند. این مقاله‌گذاری است بر این فرایند باشد که بتواند در حد مجال خود اشارتی بر شیوه و روش حقوق دانان در این زمینه باشد.

کلیدواژه: روش تحلیل حقوقی، فلسفه حقوق، تحلیل جزئی و اصولی، استقراء

حقوق ایران به دلیل وضع قوانین و نظارت عالی دستگاه قضایی از طریق صدور آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور ظاهراً در زمره نظام‌های حقوق نوشته قرار می‌گیرد که بر خلاف نظام حقوقی کامن‌لا، باید از تشتت و تهافت به دور باشد؛ اما در نظرات حقوق‌دانان برجسته به ویژه اساتید مسلم حقوق خصوصی، اختلاف نظرهایی را شاهدیم که برای جامعه دانشگاهی همواره دلیل این همه اختلاف نظر، پرسشی همیشگی و مقدر است.<sup>۱</sup>

نکته قابل توجه اینکه بیشتر حقوق‌دانان ما از پایبندان به فقه امامیه‌اند و در حد اجتهاد به گونه تخصصی از استدلال فقهای مشهور به روش فقهی سیراب می‌شوند و نسبت به کسانی که از فقه رویگردانند خرده می‌گیرند که این گوهر مقدس فقه نیمه دیگر حقوق ماست و نمی‌توان حقوق ایران را بدون دانستن فقه درک کرد و معتقدند که ما می‌بایست کالای کهن را در بسته بندی نو به جهان دانش عرضه کنیم.<sup>۲</sup> از سوی دیگر همانند قانون مدنی ما متأثر از حقوق بیرون به ویژه حقوق نوشته فرانسوی هستند. با این همه اشتراک چرا این گونه راههای متفاوتی را پیش گرفته و به نتایج مختلفی دست یافته‌اند؟ این همه اختلاف نظر ناشی از چیست؟

اختلاف حقوق‌دانان عمدتاً ناشی از اختلاف مبنایی ایشان است. توضیح اینکه بسته به اینکه در چه زمینه‌ای پیشینه علمی داشته باشند، می‌تواند در شکل‌گیری منظومه اندیشه یک حقوق‌دان موثر واقع شود. مانند زمینه مطالعات فقهی، حقوق خارجی (حقوق کامن‌لا یا رومی ژرمنی) و حتی زمینه مطالعات غیرحقوقی (زمینه مطالعات فلسفی، تاریخی، علوم سیاسی، علوم پایه و ریاضی و... یقیناً در روش اندیشه‌ای حقوق‌دان موثر خواهد بود. به هر حال، هر یک از دیدگاه‌ها ممکن است تحت تاثیر دانسته‌های حقوق‌دان در یکی از زمینه‌های مرتبط و حتی زمینه‌هایی باشد که کمترین ارتباط را با دانش حقوق دارند. بی تردید باید این اندیشمندان را با منظومه فکری مخصوصشان مورد توجه قرار داد تا به علت اختلافاتشان نزدیک شد. برای یک منظومه فکری، منابع مورد توجه اندیشمندان، روشهای تحلیل و استدلال، ابزارهای مورد استفاده برای تحلیل و اهداف غایی مد نظر از مهمترین‌ها هستند که با لحاظ این موارد می‌توان به چرایی برخی اختلافات پی برد. تفاوت در هر یک از این موارد منجر به تفاوت در

۱. منظور از این حقوق‌دانان جعفری لنگرودی، کاتوزیان و شهیدی هستند. البته نوشته‌های شارحی مانند مصطفی عدل (منصورالسلطنه) از حیث لقطاع از فقه به عنوان سرچشمه حقوق ایران از یک سو و نظرات کسائی مانند حبیب الله طلهری که مواد قانونی را تنها با لحاظ جهات فقهی بررسی می‌کنند و به منابع حقوق موضوعه متعرض نمی‌شوند و روش سید حسن امامی که روشی میانه دارد نیز قابل توجه است.

۲. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۶۲، ص ۱۲

روش استدلال و نتیجه و خروجی تحلیل خواهد شد. با این مقدمه به تفاوت‌هایی که منجر به اختلاف در میان حقوق‌دانانمان می‌شود می‌پردازیم.

### ۱- تفاوت در منابع مورد استناد

هر چند امروز تردیدی نیست که فقه امامیه منبع اصلی حقوق ایران است اما در یک دوره زمانی نزدیک به تصویب قانون مدنی همچنان که اشاره کرده اند<sup>۱</sup>، برخی تمایل به تفسیر قانون مدنی بدون توجه به منابع دیرینه فقهی آن داشتند. از این رو با تفسیری غیر فقهی به نتایجی می‌رسیدند که با تفاسیر حقوق‌دانانی که از این مشرب سیراب شده‌اند متمایز بود و به نتایج متفاوتی می‌رسیدند.

برعکس گاهی دیده می‌شود که مفسرین قانون مدنی، حقوق مدنی را تنها با اتکا به فقه تفسیر می‌کنند و به دیگر سرچشمه آن یعنی حقوق نوشته اروپایی کمتر توجه می‌کنند که این نگاه نیز با واقعیات حقوقی ناسازگار است و تفاسیر حقوقی را با نارسایی مواجه می‌کند.

در این میان استاد جعفری لنگرودی همانند بیشتر حقوق‌دانان متأخر با یاری جستن از دو منبع اصلی قانون مدنی یعنی فقه امامیه و حقوق فرانسه، با اشراف کاملی که به این دو منبع داشتند و البته با اشراف نسبت به دیگر نظام‌های حقوقی مهم معاصر توانسته‌اند علاوه بر ارائه تحلیلهای مبنایی در حقوق خصوصی ایران، خوانندگان را با مبانی فکری و نظری حقوق‌مان آشنا سازند.

برای نمونه می‌توان به برداشتهای متفاوت از ماده ۲۶۵ قانون مدنی<sup>۲</sup> اشاره کرد. در تفسیر این ماده بین حقوق‌دانان اختلاف نظر هست. برخی این ماده را ظاهر در مدیونیت دهنده مال می‌دانند و بعضی دیگر معتقد به عدم مدیونیت دهنده مال بوده‌اند و اثبات استحقاق دریافت را به عهده گیرنده مال می‌دانند.<sup>۳</sup> در فقه امامیه نیز در صورت اختلاف بین دهنده مال و گیرنده آن، در مورد تقدم قول دهنده یا گیرنده، بحث و اختلاف وجود دارد.

توضیح اینکه در رسیدگی قضایی تشخیص مدعی اهمیت فراوان دارد، اجمالا کسی مدعی محسوب می‌شود که خواسته یا ادعای وی خلاف اصل یا خلاف ظاهر یا خلاف قاعده و یا حتی خلاف اماره و اوضاع و احوال باشد. در تفسیر این ماده بسته به نوع تفسیر جایگاه مدعی و منکر متفاوت خواهد بود.

تفسیر اول از ماده ۲۶۵ قانون مدنی: در یک برداشت از این ماده هر کس مالی به دیگری می‌دهد ظاهراً

۱. کاتوزیان، ناصر، پیشین

۲. ماده ۲۶۵ قانون مدنی: «هر کس مالی به دیگری می‌دهد ظاهراً در عدم تبرع است؛ بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مدیون آن چیز باشد می‌تواند استرداد کند».

۳. لپهری، حمید و رحیمی، سلماز، ۱۳۹۵، ص ۳۲

مجانی نداده است. ظاهر در این است. بنابراین اگر مقروض (مدیون) نباشد می‌تواند آنچه را که داده مسترد کند.

حال در پرونده‌ای که نزد قاضی مطرح است از آنجا که اصل بر براءة است اگر پرداخت کننده استرداد وجه را بخواهد و دریافت کننده پرداخت وجه را بابت طلب خود بداند در حقیقت دریافت کننده مدعی وجود دین است چون به لحاظ فقهی نیز اصل بر براءة است و ادعای دریافت کننده خلاف این اصل است، پس اگر مدعی وجود دین است باید اثبات کند.<sup>۱</sup>

در مقابل عده‌ای معتقدند ماده ۲۶۵ قانون مدنی از ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده هر چند که صراحت و روشنی آن ماده اقتباسی را ندارد در آن ماده عنوان شده است.

«هر پرداختی، دینی را مفروض می‌دارد؛ بنابراین شخصی که بدون وجود دین پرداختی کرده باشد می‌تواند آن را مسترد کند».

از این ماده برمی آید که در حقوق فرانسه پرداخت، اماره و دلیل مدیونیت است. هر چند که ماده ۲۶۵ به این صراحت بیان نشده است. اما به کمک متن ماده ۲۶۵ و سابقه اقتباس و با عنایت به قاعده عمل به ظاهر اینکه در عرف جامعه ما ظاهراً وقتی کسی به دیگری وجهی می‌دهد بدهکار است و الا پرداخت بدون دین خلاف ظاهر است پس در مانحن فیه اگر پرونده‌ای نزد قاضی مطرح باشد که پرداخت کننده ادعای اشتباه در پرداخت را مطرح کند و دریافت کننده ادعای وجود دین را مطرح کند. بنابراین که ادعای پرداخت کننده خلاف ظاهر فوق‌الذکر است، اوست که باید ادعای اشتباه در پرداخت یا قرض بودن را اثبات کند.<sup>۲</sup>

در مقابل ایراد می‌شود که ماده قانون مدنی فرانسه با ماده ۲۶۵ قانون ما متفاوت است و صرف‌نظر از اینکه اقتباس شده یا نشده از این دو ماده نمی‌توان نتیجه یکسان گرفت. افزون بر این، نظر مذکور مستلزم این است که پرداخت کننده امر عدمی را اثبات کند. مثلاً در مورد حاضر باید از پرداخت کننده خواست، عدم مدیونیت خود را اثبات کند که اثبات امر عدمی محال است.

در پاسخ گفته می‌شود درست است که ماده ۲۶۵ قانون مدنی ایران به صراحت قانون مدنی فرانسه پرداخت را اماره مدیونیت نمی‌داند اما در حقوق ما ارزش ظاهر بالاتر از اصول عملیه است. بنابراین هر چند در حقوق ما اصل بر براءة است اما اصل تا زمانی معتبر است که خلاف آن دلیلی وجود نداشته باشد (الاصل دلیل حیث لا دلیل). منظور از دلیل هرگونه دلیل، اماره و ظاهر است. وقتی کسی پولی به

۱. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، مجد، تهران، چاپ ۳، ۱۳۸، ص ۲۳

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی عقود معین، ج ۳، چاپ ۳، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۴، ص ۲۹

دیگری می‌پردازد در عرف جامعه ما ظاهراً مدیون بوده است که پرداخته است و همین ظاهر عرفی اصل برائت را از بین می‌برد.<sup>۱</sup>

## ۲- تفاوت در روشهای استدلال حقوقی

شاید بتوان از جهاتی اندیشه حقوق‌دانان را به اقسام گوناگون تقسیم کرد اما از حیث روش تحلیل همانند آنچه که در روش حل تعارض قوانین مطرح است<sup>۲</sup>، در یک نگاه می‌توان روش‌های مورد نظر حقوق‌دانان را به دو روش تحلیل حقوقی و روش جزمی اصولی تقسیم کرد.

### ۱-۲- روش جزمی و اصولی<sup>۳</sup>:

این روش یادآور روش جزمی اصولی، حل تعارض قوانین در عرصه بین‌الملل خصوصی است البته با تفاوت‌هایی که ناشی از عرصه مورد نظر است. بیشتر حقوق‌دانان صاحب این سبک متعلق به کشورهایمانند ایتالیا و آلمان هستند و نظرات برخی حقوق‌دانان ما این روش را به ذهن متبادر می‌کند. از حقوق‌دانان دارای این سبک به نی‌بوی می‌توان اشاره کرد.<sup>۴</sup>

مثلاً در خصوص مجری نبودن اعمال شرایط اساسی صحت معاملات در مورد شروط ضمن عقد از جمله در شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین نشود. بنابر نظری، شروط باطل به موجب قانون مشخص شده‌اند و نمی‌توان شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین نشود را به آنها اضافه کرد؛ بلکه نظر به اطلاق ماده ۳۳۴ و مواد مربوطه دیگر چنین شرطی صحیح و معتبر خواهد بود.

مثلاً هرگاه در فروش اتومبیل به مبلغ معین، شرط شود که مبلغ نامعینی پول که در داشبورد اتومبیل است متعلق به خریدار باشد، این عقد و شرط ضمن آن هر دو صحیح‌اند هر چند مبلغ موضوع شرط مجهول باشد.<sup>۵</sup>

یا این‌که آیا حکم مندرج در ماده ۳۸۷ قانون مدنی<sup>۶</sup> (تلف مبیع قبل از قبض) خاص بیع است یا در همه عقود معاوضی دیگر هم جریان دارد، اختلاف نظر است:

۱. همان، ص ۲۴

۲. المسی، نجادعلی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۹۴، ص ۳۲

### ۳. Methode dogmatique

۴. المسی، نجادعلی، پیشین، ص ۳۴

۵. شهیدی، مهدی، جزوه حقوق مدنی (۳) دانشگاه شهید بهشتی، سال ۱۳۷۲، ص ۶۱

۶. ماده ۳۸۷ قانون مدنی: «اگر مبیع قبل از تسلیم بنون تقصیر و افعال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد شود مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قلم مقام او رجوع کرده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.» بر گرفته از روایت: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه.»

برخی حقوق‌دانان بر این باورند مقررۀ ماده ۳۸۷ قانون مدنی خلاف قاعده است، زیرا تلف قهری مال باید بر عهده خود مالک باشد نه دیگری لذا این حکم استثنا بر قاعده بوده و خاص بیع است و نمی‌توان آن را به دیگر عقود معاوضی سرایت داد<sup>۱</sup> اما دیگر حقوق‌دانان بر مبنای رابطه هم‌پستگی بین عوضین، نظریۀ سبب تعهد، تفسیر ارادۀ طرفین، اجرای عدالت معاوضی، رعایت حسن نیت و غیره این حکم را یک قاعدۀ کلی دانسته و آن را در تمام عقود معاوضی جاری می‌دانند.<sup>۲</sup>

## ۲-۲- روش تحلیل حقوقی:

در این روش نباید اختیار قاضی خارج از چارچوب قانون و مبنای تحلیل حقوقی تصور شود؛ بلکه قاضی باید به کمک تحلیل حقوقی و با در نظر گرفتن آثار و تبعات اجرای قانون، قانون را به گونه‌ای که عادلانه است اجرا کند.

در بسیاری از مواردی که قانون‌گذار برای قاضی اختیار حداقل و حداکثر را دیده است، در واقع بخشی از اختیارات خود را به وی تفویض می‌کند. برای نمونه در مثال شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین نشود عنوان می‌شود که هرچند قانون‌گذار در مورد شروطی که موجب جهل به عوضین نشود حکم صریحی ندارد اما به دلایل ذیل نمی‌توان نظر بر صحت این شروط داد.

اول اینکه ماده ۱۹۰ قانون مدنی شرایط اساسی صحت معاملات: در بند سوم از این ماده می‌گوید موضوع معامله باید معین باشد. همچنین در ماده ۲۱۶ قانون مدنی که به موجب آن «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است» معلوم بودن مورد معامله برای صحت قرارداد ضروری است در نتیجه معلوم نبودن (مجهول بودن) مورد معامله و شرط ضمن آن از طرف قانون‌گذار رد شده است.

دیگر دلیل اینکه تردیدی در ضرورت معلوم بودن خود مورد معامله وجود ندارد و مجهول بودن موجب بطلان است اما در مورد شروط ضمن آن نیز به موجب مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ معلوم بودن ضروری است و اگر شرط مجهول باشد و از آنجایی که موجب جهل به عوضین نمی‌شود تنها خود شرط باطل است. البته این بطلان موجب بطلان عقد نمی‌گردد.<sup>۳</sup>

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (۶) عقود معین (۱) مجد، ۱۳۸۸، ص ۴۵؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، ج ۱، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ش ۲۹۶ و ۳۵۸  
 ۲. املی، سیدحسن، حقوق مدنی ج ۱، اسلامیه، ۱۳۷۴، ص ۴۶۰؛ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، ش ۷۳۵ و صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، تهران: میزان، ۱۳۸۲، ص ۳۰۳  
 ۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، گنج دانش، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۶۸ و کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، ص ۱۶۷ و صفایی، سیدحسین، قواعد عمومی قراردادها، میزان، ۱۳۸۵، ص ۱۹۱.

توجیه نظریه؛ حکمت ضرورت معلوم بودن مورد معامله در مورد شروط ضمن آن نیز اقتضا می‌کند شرط را نیز مشمول همان حکمت بدانیم. یعنی همان‌طور که مجهول بودن مورد معامله موجب غرر و اختلاف و ضرر و اکل مال به باطل می‌شود، مجهول بودن شرط نیز همین تبعات را به دنبال دارد. لذا باید چنین شرطی را باطل بدانیم و به قیاس تساوی یعنی علت حکم در اینجا و آنجا یکی است. اطلاق مورد معامله در مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ قانون مدنی شامل مورد اصلی معامله و شروط تبعی نیز می‌شود. بنابراین همه شرایط صحت مورد اصلی معامله برای شرط ضمن عقد هم باید رعایت شود.

### ۳- تفاوت در اهداف و غایت حقوق

همچنان‌که حقوق‌دانان هدف قواعد حقوقی را یکی از سه امر دانسته‌اند: (۱) امنیت حقوقی (۲) عدالت (۳) ترقی اجتماع<sup>۱</sup> به منظور نیل به این اهداف نیز تلاش کرده و تفسیر قوانین را نیز در این جهت صورت می‌دهند. با وجود این نمی‌توان باشوق دستیابی به این اهداف متعالی، نصوص قانونی را نادیده گرفت چرا که انسان جایز الخطا است و از مفاهیم سه‌گانه بالا که محل نزاع می‌باشند برداشتهای یکسانی وجود ندارد و چه بسا بر اساس برداشت یک حقوق‌دان امری عادلانه باشد و برداشت دیگر حقوق‌دان نتیجه آنرا ناعادلانه بداند. از این‌رو توجه به بیان قانون‌گذار و نصوص موجود به عنوان فصل الخطاب باید مورد توجه قرار گیرد. از این‌رو در نظر دوم درست است که اهداف بالا عالی و آرمانی هستند اما ما مجریان قانون هستیم و نمی‌توانیم به خاطر اهداف آرمانی اجرای نصوص قانونی را معطل بگذاریم.

#### ۱-۳- اجرای نصوص قانون به منزله هدف حقوق

در این نگاه حقوق‌دان تنها خود را مقید به اجرای قانون می‌داند و اجرای قانون را مترادف و هم مفهوم عدالت می‌شمارد. البته کمترین دستاورد این دیدگاه برقراری نظم و انضباط قضایی است چرا که مجال برداشتهای گوناگون کاهش می‌یابد و تهافت آرای قضایی و اختلافات به کمترین اندازه می‌رسد. هدف دیگر حقوق فصل خصومت است که محقق می‌شود.

بنابراین، بیش از آنکه به اختیارات قاضی و مجری قانون توجه شود به نصوص قانونی و تفسیر ادبی قانون توجه می‌شود زیرا عدالت مفهومی نیست که در دسترس یک قاضی یا مجری قانون باشد بلکه مفهوم عدالت صرف نظر از اختلافاتی که در ماهیت آن وجود دارد و چه بسا گاهی دست نیافتنی تلقی می‌شود، امری کلان است و مقنن باید چگونگی تحقق آن را دنبال کند و قاضی تنها مکلف به اجرای قانون است.

۱. کاتوزیان، ناصر. فلسفه حقوق ج (۱)، شرکت سهامی انتشار، چاپ ۵، ۱۳۸۸، ص ۵-۵.

## ۲-۳- اجرای عدالت و نیل به مصالح جامعه به منزله هدف حقوق

آرمان‌گرایی عدالت مدار، علاوه بر توجه به قوانین و مقررات، به نتیجه اجرای قانون عنایت دارد و اگر نتیجه اجرای قانون را ناعادلانه یافت در پشت سنهای شهرت و رسم و رویه قضایی و صنایع ادبی و منطقی فرو نمی‌ماند. از هر وسیله که علم حقوق در اختیارش نهاده بر آن قاعده و قانون می‌کوبد تا از رونق بیفتد و در مسیر عدالت قرار گیرد.<sup>۱</sup>

برای نمونه اگر قانون‌گذار در ماده ۱۷۹ قانون دریایی<sup>۲</sup> سوءاستفاده از وضعیت اضطراری را موجب تعدیل می‌داند چه اشکالی وجود دارد که این حکم در موارد غیر قرارداد دریایی نیز تسری یابد. علی‌رغم مغایرت این حکم با قواعد عمومی قراردادها، می‌توان مبنای این حکم را در موارد مشابه نیز مورد استفاده قرار داد و به‌عنوان قاعده به کار برد.<sup>۳</sup> حکم عام به‌موجب ماده ۲۰۶ قانون مدنی<sup>۴</sup> آن است که قرارداد اضطراری صحیح است اما اگر سوءاستفاده از اضطرار شود در قانون خاص (دریایی) چنین قراردادی قابل ابطال است. حال به استقرا هر قراردادی که تحت تاثیر سوء استفاده از اضطرار منعقد شود بر مبنای علت حکم قانون اخیرالذکر غیرنافذ تلقی شود که این استقرا ناقص است اما به منظور حمایت از شخص مضطر و جلوگیری از سوءاستفاده طرف مقابل این حکم عادلانه و اخلاقی به نظر می‌رسد در تکمیل و تایید استدلال خود به اصل ۴۰ قانون اساسی استدلال می‌کند که مقرر داشته هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضطرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.

این شکل استدلال پیش از اینکه در قید رعایت اصول استدلال و مبنای نظری آن باشد در صدد اجرای عدالت و تامین منافع و مصالح مورد نظر است.

## ۴- تفاوت در ابزار استدلال

هر چند در بدو امر گمان می‌رود که استدلال در علوم انسانی به ویژه علم حقوق عموماً به کمک ابزار یکسان میسر است اما با اندک مذاقه می‌توان به روشنی دریافت که بسته به هدف‌گذاری و غایت مورد نظر از حقوق، ابزار مورد استفاده متفاوت می‌شود. از این رو در مقوله حاضر با اندکی دقت می‌توان به روشنی تفاوت ابزار استدلال و تحلیل در دو نحله فکری حقوق ایران را مشاهده کرد که ذیلاً اشاره می‌شود.

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی خنواده، ج ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹، ص ۹.

۲. ماده ۱۷۹ قانون دریایی. امکان تغییر یا فسخ قرارداد و کمک و نجات هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، ص ۵۱۲.

۴. ماده ۲۰۶ اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود.



## ۱-۴- استدلال منطقی و اصولی

۱: در نگاه اصولی شهیدی آنچه اهمیت دارد و مبنای تحلیل و استدلال حقوقی قرار می‌گیرد قوانین موضوعه و موازین فقهی است که به کمک اصول و موازین تفسیر قانون و همچنین اصول و مبانی استنباط حقوقی اسلامی (اصول فقه) مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد و حقوق‌دان همانند یک مجتهد حکم موضوع را از قوانین و مقررات و در صورت سکوت قوانین از منابع فقهی استنباط می‌کند و معتقد است در موارد ابهام و اجمال دادگاه مکلف است به عرف و عادت مسلم مراجعه کند و عرف و عادت مسلم در مورد مقررات مننی فقه امامیه است.<sup>۱</sup>

از این رو در موضوعات حقوقی بسیاری از نظرات به دست آمده از این روش حقوقی به فتاوی مشهور فقهای امامیه نزدیک و منطبق است.

برای نمونه می‌توان بیع کالی به کالی<sup>۲</sup> را نام برد. برخی حقوق‌دانان<sup>۳</sup> معتقدند که بیع کالی به کالی به سکوت قانون مننی و رد ضمنی آن در ماده ۳۶۴ قانون مننی استناد می‌کنند که به موجب آن در بیعی که قبض شرط صحت است مثل بیع صرف انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع.

توضیح اینکه وفق ماده ۳۶۴، انتقال مالکیت در بیعی که قبض شرط صحت آن است از زمان قبض است و عبارت (مثل بیع صرف) مذکور در ماده به نظر این حقوق‌دانان، مثال دومی هم دارد که بیع سلف و سلم می‌باشد و در این بیع نیز قبض شرط صحت است و معتقدند بیع سلف و سلم عقد عینی است و طبق ماده ۳۶۴ قبض شرط صحت آن است. دلیل این لزوم برای اجتناب از تبدیل بیع سلف و سلم به کالی به کالی است فلذا قانون‌گذار قبض را شرط صحت این بیع می‌داند<sup>۴</sup> تا از تحقق بیع کالی به کالی اجتناب شود. افزون بر این بر فرض که قانون مننی ساکت باشد باید به منابع و فتاوی معتبر فقهی برگردیم<sup>۵</sup> که در آنجا نیز بیع کالی به کالی باطل است.<sup>۱</sup>

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مننی (۶ عقود معین (۱)، مجد، ۱۳۸۸، ص ۳۵.

۲. بیع کالی به کالی بیعی است که در آن ثمن و مبیع هر دو کلی و موجل باشند. مثل بیع سی کیلوگرم برنج تلبستان آینده در مقابل صد کیلوگرم گندم تلبستان آینده.

۳. همان‌جا.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرة المعارف حقوق مننی و تجارت ج ۱، ص ۵۹۳.

۵. اصل ۱۶۷ قانون اساسی:

اصل ۱۶۷ قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد یا استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مننی:

قضات دادگاهها موظفند موافق قوانین به دعوی 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 قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به

## ۲-۴- استدلال استقرایی و مصلحت‌گرا و عدالت‌مدار

این نگاه، مصلحت‌محور و عدالت‌گراست بنابراین نظر، احترام و اجرای قوانین مهم است اما وضع قوانین برای هدفی والاتر یعنی برای اجرای عدالت صورت گرفته است. مصالح جامعه باید در اجرای قوانین تامین شود و گرنه حکمت قانون‌گذاری زیر سوال خواهد رفت و به تعبیری اگر قانون ناعادلانه باشد با ابزار منطقی باید چنان بر سر آن کوبید تا در مسیر عدالت قرارگیرد البته این امر دلیل بر تمایل به بی‌نظمی و هرج و مرج طلبی تلقی نمی‌شود بلکه نگاه به افق بالاتر از نظر قانون‌گذار یعنی اجرای عدالت مبنای این نظر است. مثلاً در خصوص بیع کالی به کالی به این استدلال که اولاً بنا بر اصل صحت قراردادهای و ثانیاً حاکمیت اراده در قراردادهای (ماده ۱۰ قانون مدنی) ثالثاً عدم تصریح قانون‌گذار بر بطلان بیع کالی به کالی و رابعاً عدم ظهور ماده ۳۶۴ قانون مدنی (استدلال مخالفین) یعنی ظاهر ماده این‌گونه نیست. خامساً بنا بر وجود نظر مخالف در فقه ادعای اجماع محل تردید است.

مرحوم محقق قمی در جامع الشتات<sup>۱</sup> مبنای بطلان بیع کالی به کالی را بیع دین به دین می‌داند که حدیث نبوی لایبایع الدین بالدین، بیع دین به دین را نهی کرده است اما اینکه بیع کالی به کالی بیع دین به دین است را آن فقیه رد کرده است. استدلال محقق قمی: روایت بیع دین به دین را رد می‌کند و بدیهی است زمانی می‌تواند این موضوع صدق پیدا کند که در حین انجام بیع، دو دین وجود داشته باشد و موضوع بیع قرار گیرند که این بیع دو دین نهی شده است اما در بیع کالی به کالی دینی نیست هرچند گفته شود که بعد از بیع دینی ایجاد شود.

نهایتاً با توجه به مصالح اجتماعی و اقتصادی و ضرورت انجام بیع‌های کلی حکم بر بطلان این نوع از بیع در حقیقت به معنای باطل دانستن بسیاری از تجارتهای بزرگ عرصه تجارت بین‌الملل و تجارت داخلی خواهد بود. پس بنابراین نظر گرچه اصطلاح بیع کالی به کالی در قانون مدنی ایران نیامده است اما ماده‌ای هم وجود ندارد که بیع کالی به کالی را باطل اعلام کند.<sup>۲</sup>

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 والا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد.

۱. شهیدی، مهدی، جزوه حقوق مدنی (۳) دانشگاه شهید بهشتی، سال ۱۳۷۲. ص. ۱۸. و امامی، سیدحسن، حقوق مدنی ج ۱، اسلامیه، ۱۳۷۴. ۴۵۳.

۲. میرزای قمی، (میرزا ابوالقاسم گیلانی معروف به محقق قمی)، جامع الشتات (السؤال والجواب)، چاپ نجف اشرف ۱۳۴۰. ص. ۱۳۲، ۱۵۹، ۱۶۲، ۱۸۴ و ۱۸۹.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ۱۳۸۲. ص. ۹۹۴، ش. ۳۷۱۴. کتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادهای، ج ۲، چاپ ۳، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۱. ص. ۲۰۵، ش. ۴۱۵.

## خلاصه اینکه:

نویسندگان قانون مدنی از شهرت بطلان بیع کالی به کالی در فقه اطلاع داشته اند؛ با وجود این در مقام تقنین سکوت کرده و متعرض آن نشده‌اند.

در ماده ۳۴۱ ق.م. مؤجل بودن مبیع یا ثمن پذیرفته شده است.

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها که در ماده ۱۰ ق.م. آمده است و نیز اصل صحت مذکور در ماده ۲۲۳ ق.م. مؤید صحت این نوع قرارداد است.

اصل در معاملات آن است که قبض تأثیری در صحت ندارد، مگر در مواردی که به لزوم آن تصریح شده باشد درحالی که دربیع سلفه بر ضرورت قبض ثمن تصریح قانونی وجود ندارد.

بر فرض اینکه قبض ثمن در بیع سلف ضرورت داشته باشد دلیل بر بی اعتباری بیع کالی به کالی نیست. مطالعه کتب فقهی نشان می‌دهد که شرط لزوم قبض ثمن در مجلس عقد و بطلان بیع مال کلی به نسیه بیشتر به اجتهاد و احتمالاً به مصلحت اندیشی فقیهان اُتکا دارد تا به منع اخبار وارده؛ زیرا پاره‌ای چون صاحب جواهر دلیل عمده این امر را اجماع دانسته اند؛ در حالی که مخالفانی نیز در این زمینه وجود دارند.

روایتی که مستند بطلان بیع کالی به کالی است در مفهوم آن اختلاف نظر هست و برای اثبات ادعا کافی نیست.

بیع کالی به کالی نه تنها با نظم عمومی و اخلاق حسنه تعارض ندارد بلکه در روابط بازرگانی مورد نیاز است و بی اعتبار دانستن آن ما را در روابط تجاری بین‌المللی با مشکل مواجه می‌سازد.<sup>۱</sup>

در پایان برای نمونه به نقش استقرا به عنوان یکی از روش‌های منطقی در تحلیل قوانین می‌پردازیم که به دو نوع استقرا تام و استقرا ناقص تقسیم می‌شود.

در استقرای تام برای رسیدن به نتیجه تمام نمونه‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرد و نتیجه‌گیری صورت می‌پذیرد مثلاً اگر همه انواع فلزات در معرض حرارت قرار داده شود و اعلام شود که هر فلزی در اثر حرارت منبسط می‌شود این حکم حجیت دارد.

اما استقرای ناقص که تعدادی از مصداق‌های مورد نظر مورد آزمایش قرار می‌گیرند و نتیجه به دست آمده به همه مصادیق حتی آنچه که مورد آزمایش نشده تسری داده می‌شود. مثل اینکه چند فلز در معرض حرارت قرار گیرد و با توجه به انبساط یافتن این فلزات اعلام شود که همه فلزات در اثر حرارت

۱. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چاپ ۳، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۱، ص. ۲۰۸ به بعد.

منبسط می‌شوند. این استقراء ناقص است. زیرا همه فلزات مورد آزمایش واقع نشدند و شاید فلزی پیدا شود که حکم آن متفاوت باشد. مثلاً استثنائاً فلزی پیدا شود که در اثر حرارت منقبض و در اثر سرما منبسط شود.

افزون بر این، علم ناشی از استقرای تام به قطع و یقین است درحالی که علم ناشی از استقرای ناقص مفید ظن و گمان است. و بنا بر آیه شریفه (إِنَّ الظَّنَّ لَا يَغْنَى مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً<sup>۱</sup> ظن و گمان افراد، را برای یافتن حق کفایت نمی‌کند. بنابراین چنین استدلالی (مبنی بر استقراء ناقص) حجیت ندارد.<sup>۲</sup> این استدلالات به دیدگاه اصولی و منطقی نزدیک است.

در مقابل، حقوق‌دانانی معتقدند برای دست یابی به حکمت‌های موردنظر قانون‌گذار ابزاری وجود ندارد مگر بررسی قوانین پراکنده و اشکالی ندارد ما با دیدن چند حکم قانون‌گذار در مناسبت‌های مختلف پی به حکمت موردنظر قانون‌گذار ببریم و از این طریق قاعده‌سازی کنیم. چرا که قوانین نه می‌توانند نه لازم است که همه موارد را بیان کنند.

از این رو اگر در چند نمونه نظر قانون‌گذار دیده شد اشکالی ندارد که حکم موردنظر به موارد مشابه تسری یابد برای نمونه اگر قانون‌گذار چنانکه گذشت، در قانون دریایی سوء استفاده از وضعیت اضطراری را موجب قابلیت ابطال یا تعدیل معامله می‌داند چه اشکالی وجود دارد که این حکم که با عقل و عدالت و حتی شرع انطباق دارد، به موارد دیگر نیز تسری یابد.

حال به استقرای هر قراردادی که تحت تاثیر سوء استفاده از اضطرار منعقد شود بر مبنای علت حکم قانون اخیرالذکر غیرنافذ تلقی شود که این استقراء ناقص است اما به منظور حمایت از شخص مضطر و جلوگیری از سوء استفاده طرف مقابل این حکم عادلانه و اخلاقی به نظر می‌رسد در تکمیل و تایید استدلال خود به اصل ۴۰ قانون اساسی استدلال می‌کنند که هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضطرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.

در داوری نه چندان آسان میان شیوه‌های استدان حقوق به نظر می‌رسد تحلیل عدالت‌گرایانه و آرمانی را باید در دانشکده‌های حقوق و حوزه‌های علمیه پرورش داد و از آن، خمیر مایه قانون‌گذاری و اجتهاد نو فراهم ساخت. اما در مقام قضاوت نظریه اصولی اقبال بیشتری دارد.

۱. آیه ۳۶ سوره یونس.

۲. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی. تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، چاپ ۶، مجد، ۱۳۹۶.

در حقوق ایران به‌ویژه حقوق مدنی شاهد برخی اختلاف نظرهایی در برداشت از مواد قانونی مشابه هستیم که گاهی موجب حیرت دانشجویان و موضوع پرسش ایشان از اساتید است. در پاسخ باید گفت عوامل گوناگونی شکل دهنده منظومه اندیشه یک تحلیلگر و حقوق‌دان است و خروجی این منظومه تابعی از این عوامل است.

از یکسو اینکه حقوق‌دان به کدام منابع متوسل می‌شود؛ آیا حقوق ما را برگرفته از حقوق اروپایی می‌داند یا پیشینه حقوق‌مان را در فقه جعفری می‌داند یا اینکه این هر دو را در شکل‌گیری حقوق ما ایران دخیل می‌داند. اینها در مواد مورد استفاده منظومه فکری حقوق‌دان، موثر و در نتیجه بر خروجی این منظومه تعیین کننده است.

از دیگر سو روش تحلیل حقوقی حقوق‌دانان یکسان نیست. گاهی روش اصولی و جزئی و اجرای مَرّ قانون مورد نظر است، گاهی شیوه تحلیل حقوقی و رسیدن به عدالت به عنوان هدف آرمانی در تحلیل حقوقی دنبال می‌شود.

باری در تحلیل‌های علمی حقوقی رسیدن صاحب نظران به نتایج متفاوت، لزوماً نشانه کاستی و نقص نیست و در سایه این اختلافات است که ابعاد مختلف موضوع روشن شده و از نگرش تک بعدی احتراز می‌شود و ابعاد مختلف مسئله روشن می‌شود. شاید یکی از حکمت‌های حدیث شریف «اِخْتِلَافُ اُمَّتِی رَحْمَةٌ» ناظر به این بعد باشد. نمونه‌هایی از اختلافات در برداشتها در خصوص بیع کالی به کالی، وضعیت شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین نشود، حکم سوءاستفاده از اضطرار مورد اشاره و مبنای اختلاف مورد توجه واقع شد.

در داوری نه چندان آسان میان روش‌های استادان حقوق به نظر می‌رسد تحلیل عدالت‌گرایانه و آرمانی را باید در دانشکده‌های حقوق و حوزه‌های علمیه پرورش داد و از آن، خمیر مایه قانون‌گذاری و اجتهاد نو فراهم ساخت. اما در مقام قضاوت نظریه اصولی اقبال بیشتری دارد.

از بزرگترین حقوق‌دانانی که با اشراف کامل به جنبه‌ها و ابعاد مختلف حقوق ما توانسته نظرات مورد توجه و مبنایی به ویژه در موارد اختلافی ارائه کند، استاد جعفری لنگرودی است. ایشان در عمر به ویژه از حیث گردآوری و ارائه مطالب مورد نیاز برای انجام پژوهش‌های حقوقی نقش ارزنده‌ای ایفا کرده و این مطالب را در اختیار حقوق‌دانان قرار داده‌اند که بتوانند با دسترسی آسان به آنها، نظریه پردازی کنند و در حقیقت ایشان مقدمات نظریه‌پردازی در حقوق ما را فراهم کرده است.

۱. قرآن کریم
۲. ابهری، حمید و رحیمی، ساناز (۱۳۹۳)، «بررسی حقوقی و فقهی ماده ۲۶۵ قانون مننی»، فصلنامه پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۳۶.
۳. امامی، سیدحسین (۱۳۷۴)، حقوق مننی جلد اول، اسلامیه.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مننی، جلد اول، گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، حقوق تعهدات، جلد اول، تهران، دانشگاه تهران.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (بی تا)، دائرة المعارف حقوق مننی و تجارت.
۸. شهیدی، مهدی (۱۳۷۲)، جزوه حقوق مننی (۳)، دانشگاه شهید بهشتی.
۹. شهیدی، مهدی (۱۳۷۳)، جزوه درسی دوره لیسانس حقوق مننی ۶ دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۱۰. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، سقوط تعهدات، چاپ سوم، تهران، مجله تهران.
۱۱. شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، حقوق مننی (۶) عقود معین (۱)، مجد.
۱۲. شهیدی، مهدی (۱۳۹۶)، حقوق مننی - جلد اول، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ ششم، مجد.
۱۳. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی حقوق مننی، جلد دوم، تهران، میزان.
۱۴. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قراردادها، چاپ چهارم، میزان.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۲)، حقوق مننی، ضمان قهری - مسئولیت مننی، کتابفروشی دهخدا.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، شرکت انتشار.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، شرکت سهامی انتشار.
۱۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، حقوق مننی عقود معین، جلد سوم، چاپ سوم، تهران، گنج دانش.
۲۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، فلسفه حقوق، جلد اول، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، دوره حقوق مننی خانواده، جلد اول، شرکت سهامی انتشار.
۲۲. الماسی، نجادعلی (۱۳۹۴)، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی.
۲۳. میرزای قمی (محقق قمی)، میرزا ابوالقاسم گیلانی (۱۳۴۰ ه. ق.)، جامع الشتات (السؤال و الجواب)، چاپ نجف اشرف.

## Analytical methods used by Iranian prominent lawyers versus justice-oriented legal analysis based on principles

Naser Alidousti Shahraki<sup>۱</sup>

### Abstract

There have been ups and downs in the modern legal system of Iran over the hundred years. As an ever-existing dilemma, Iranian Lawyers have always been asking that whether Iran's Law should rely on the jurisprudence as its main reference or should make its policies based on the European Law, which encompasses the modern rules.

The lawyers are now analyzing legal cases using various methods. Sometimes, the highly adhere to jurisprudence just describing and interpreting the jurisprudential texts. Nevertheless, sometimes ignore the jurisprudential antecedents and only rely on European texts and references. The current methods try to keep balance using both Imamiyeh jurisprudence and written law as the reference for Iran's Law.

How legal foundations should be analyzed? To what extent the justice and interests are determinant as the legal ideals? Are legal texts and references respected enough? The above-mentioned questions have had different answers. Some juristic such as Professor Jafari Langarudi have used both references (jurisprudence and objective law) for legal analysis of rules and laws such as civil code. They not only followed interpretive principles but also considered justice. This paper aimed at reviewing this process to introduce the procedures and methods used by lawyers to contemplate the legal rules.

**Keywords:** Legal Analysis Method, Philosophy of Law, Dogmatic and Systematic Analysis, Inductive Reasoning

<sup>۱</sup> Faculty member of University of Judicial Sciences and Administrative Services