

## دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت

سال چهارم، شماره ۸، پائیز و زمستان ۱۳۹۶

### مبانی نظری، سازوکارهای تشخیص و کارکردهای روح قانون

هادی تقی زاده<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۳/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۳/۱۴

#### چکیده

دیرسالیست که اصطلاح روح قانون و موارد مشابه آن (مذاق شریعت، مقاصد شریعت، اصول کلی حقوقی و...) در ادبیات حقوقی ما کاربرد فراوان یافته است. تبیین و کشف مبانی نظری روح قانون و بررسی حجیت آن در قوانین موضوعه، گره‌گشای بسیاری از مسائل خواهد بود. به دیگر سخن در کشورهای با حقوق موضوعه با وجود تلاش مقنن در جهت پیش‌بینی غالب مسائل و لحاظ احکام آن‌ها در قوانین و بنا نهادن منطق تقنینی خود براساس نگاهی موشکافانه به همراه حدسیات زیرکانه، باز در موارد بسیاری با سکوت، اجمال و تعارض نصوص قانونی مواجه می‌شویم و به‌عنوان یک حقوقدان، در مقام کشف اراده مقنن و حکم مطلوب، دچار تنگنای معرفتی شده و حاجت به فراخنایی چون روح قانون برای یافتن گزیر و گریز از صعوبت بی‌قانونی لازم می‌آید. در این بین گاه روح حاکم بر کلیت قانون و گاه روح حاکم بر هر یک از مواد قانون، می‌تواند برای رهایی از تنگنای معرفتی فریادرس باشد و با تمسک به روح قانون می‌توان تفسیری دقیق‌تر از قانون ارایه داد و حتی این ابزار می‌تواند راهنمای قانون‌گذار در وضع قوانین و موثر در ایجاد رویه‌های قضایی باشد.

**کلمات کلیدی:** روح قانون، مذاق شارع، اصول حقوقی، تفسیر قضایی، مقاصد شریعت

## ۱. مقدمه

سال‌هاست که اصطلاح روح قانون و موارد مشابه آن (مذاق شریعت، مقاصد شریعت، شم الفقاهه، اصول کلی حقوقی و...) در ادبیات حقوقی بزرگان ما اعم از فقها و حقوق دانان، به کرات مورد استفاده قرار می‌گیرد، بی‌آن‌که سخنی انسجام یافته و منبعث از روش‌شناسی فقهی و حقوقی، در این باب رفته باشد. همچنین قانون‌گذار در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی سابق، مقرر می‌داشت "دادگاه‌های دادگستری مکلف‌اند ... در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده یا متناقض باشد ... باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم، قضیه را قطع و فصل نمایند".

تعریف و تبیین مفاهیم در علم حقوق همانند سایر علوم، نقشی بنیادین دارد. نقش این فرآیند را می‌توان از دو زاویه مورد لحاظ قرار داد: از یک سو تعیین‌کننده حوزه تعریف است و از سوی دیگر امکان شناخت و برشماری عناصر تشکیل‌دهنده آن مفهوم را میسر می‌سازد. اما به رغم این اهمیت، بیان مفهوم روح قانون و ارائه تعریفی جامع از آن، به سادگی میسر نیست.

در دنیای حقوق مفاهیمی یافت می‌شود که با شنیدن آن می‌توان به‌طور کلی و اجمالی به مقصود گوینده پی برد چرا که معنای این مفاهیم هرچند به‌طور مبهم بر ذهن مخاطب می‌نشیند و کاشف از غرض گوینده است، اما نمی‌توان تعریفی دقیق و روشن از آن‌ها ارائه داد. می‌توان این گونه مفاهیم را مفاهیم القا شده، نام نهاد و روح قانون در همین زمره است.

اصطلاح روح قانون که در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ به‌عنوان راه‌گشای دادرسی در مواجهه با سکوت، اجمال و ابهام قانون ذکر شده بود، در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی جدید مصوب ۱۳۷۹ نیامده و جمله "اصول حقوقی که مغایر با موازین شرع نباشد" جایگزین آن شده است. در هیچ‌یک از مواد قانونی کشور ما تعریفی از روح قانون به‌عمل نیامده است و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی سابق نیز که به صراحت از آن نام برده، مفهوم آن را روشن نساخته بود و استناد به روح قانون با توسل به قانون جدید، مورد تردید واقع شده است. حتی آنان که روح قانون را مفهومی بدیهی می‌انگارند، در ارائه مفهومی آشکار از آن، ناتوان نشان می‌دهند.

نظر به عدم شفافیت ماهیت و مبانی نظری روح قانون در سیستم حقوقی ما، تبیین و کشف مبانی نظری روح قانون و بررسی حجیت آن در قوانین موضوعه، گره‌گشای بسیاری از مسائل پیچیده ناشی از شبهه خواهد بود. به دیگر سخن در کشورهای دارای حقوق موضوعه با وجود تلاش بسیار مقنن در جهت پیش‌بینی غالب مسائل احتمالی و لحاظ احکام آنها در قوانین و بنا نهادن منطق تقنینی خود براساس نگاهی موشکافانه به همراه حدسیات زیرکانه، باز متأسفانه شاهد آن هستیم که در موارد بسیاری با سکوت، اجمال و تعارض نصوص قانونی مواجه می‌شویم و یا مسائلی مستحدثه بروز یافته که کشف احکام آنها از قوانین سابق به سادگی ممکن نیست و به‌عنوان قاضی، وکیل یا حتی یک محقق در علم حقوق، در مقام کشف اراده مقنن و حکم مطلوب، دچار تنگنای معرفتی شده و حاجت به فراخوانی چون روح قانون برای یافتن گزیر و گریز از صعوبت بی‌قانونی لازم می‌آید تا با تمسک بر آن بتوان رفع شبهه نموده و حکم واقعی حاکم بر مسئله را استخراج کرد.

سوالات و فرضیاتی که در این تحقیق نویسنده به دنبال پاسخ آنها ست بدین شرح است:

پرسش اصلی: مبانی نظری اعتبار، سازوکارهای تشخیص و کارکردهای روح قانون چیست؟

سوال فرعی: ارتباط روح قانون با اصطلاحات مشابه همچون مذاق شریعت، اصول حقوقی و...

چیست؟

فرضیه: روح قانون به دلیل داشتن مبنای نظری اعتبار و قابلیت تشخیص، می‌تواند در آرای محاکم، مستند رای قرار گیرد. به نظر می‌رسد بتوان روح قانون را در معنای عام و خاص مورد بررسی قرار داد.

توضیح آن که چه عقل‌گرا باشیم و چه اراده‌گرا (یعنی چه صرفاً به تحلیل عقلی برای تفسیر قوانین بپردازیم و چه به دنبال کشف اراده شارع و مقنن باشیم)، پذیرش مفهومی تحت هر عنوان، برای تفسیر و کشف مفاهیمی ورای نصوص قانونی، اجتناب‌ناپذیر است و آنچه در قانون نیامده اما مستلزم حکمی از احکام برای انتظام رفتار اجتماعی افراد و مدیریت روابط آدمیان است، ناگزیر می‌بایست از طریقی کشف و استخراج گردد و روح قانون در این مهم گره‌گشاست.

به دیگر سخن، روح قانون در معنای عام، همچون چترواژه ایست که حکایت از هر مشی تفسیری در جهت کشف حکمی از احکام ناگفته مقنن دارد. این مهم می‌تواند با هر ابزار و روش تفسیری از جمله قیاس اصولی، تفسیر لفظی، مقاصد شریعت، اصول حقوقی، رویه و منطق تقنینی

مقنن، حال چه در فضای وضع قوانین با مبانی فقه امامیه و چه فقه عامه و چه خارج از عرصه فقه حاصل شود.

اما روح قانون در معنای خاص می‌تواند پیوندی از دو اصطلاح مذاق شارع و مقاصد شریعت باشد. البته لازم به ذکر است که منظور از مقاصد شریعت در این نوشتار، مقاصد شریعت در معنای خاص که بیشتر مورد توجه فقه اهل سنت بوده است نمی‌باشد و منظور بیشتر غایات و اهداف عقلی یا نقلی (مورد تصریح مقنن)، جهت اجرای مطلوب و تفسیر به هنگام قوانین است.

توضیح آن که ترکیب این دو اصطلاح فقهی، می‌تواند نهاد تفسیری نوینی باشد، تحت عنوان روح قانون. چرا که پاره‌ای اغراض از وضع یک قانون گاه در ذهن مقنن وجود دارد که می‌توان آن را از رویه تقنینی او دریافت (مذاق شارع) و گاه چنین مهمی در ذهن مقنن وجود ندارد اما لازمه کارآمدی و اجرای مطلوب یک قانون، لحاظ چنین غایاتی است.

در واقع روح قانون در معنای خاص، پیش‌فرض‌های تقنین افزون بر غایات مطلوب مقنن در جهت تفسیر و اجرای کارآمد یک قانون خواهد بود با تکیه بر انسجام‌گرایی حقوقی و پذیرش کارآمدی به‌عنوان ملاک اصلی قوانین و این مهم در بسیاری مواقع، منطبق با یکی از اصول حقوقی یا گفتمان حاکم بر اندیشه حقوق دانان در یک امر حقوقی است.

به دیگر سخن در این نظریه تنها به دنبال غایات مقنن از تقنین و تطبیق آن‌ها بر روش تفسیر نمی‌باشیم، بلکه امور عقلی، عرفی و ضرورت‌های اجتماعی، ملاک اصلی تفسیر و اجرای کارآمد و به‌هنگام یک قانون خواهد بود. پرواضح است که روح قانون در معنای خاص، در نهایت به‌عنوان دلیل لبی مورد استفاده قرار خواهد گرفت و نه دلیل لفظی و بدیهی است که محدودیت‌های دلیل لبی را هم خواهد داشت و نمی‌توان به اطلاق آن تمسک جست.

در خصوص روح قانون، غیر از کتاب روح‌القوانین (The Spirit of laws) نوشته منتسکیو، مقاله‌ای در سال ۱۳۵۴ در نشریه حقوق کانون وکلا، شماره ۱۳۲ به قلم دکتر علی فروزانی به رشته تحریر درآمده است. توضیح آن که منتسکیو در مقام تبیین مفهوم روح قانون نبوده است و تنها به سیر تاریخی اهداف مقنن و اغراض مشترک قانون‌گذاران در کشورهای مختلف پرداخته است و مقاله مذکور نیز تنها نوشتاری برای آموزش ارکان قیاس اصولی است و نه تبیین روح قانون و قیاس اصولی را به‌عنوان یکی از طرق کشف ناگفته‌های مقنن بررسی نموده است.

مفاهیم مشابه همچون مذاق شریعت نیز در دو مقاله از دکتر محمود حکمت‌نیا (فقه و حقوق ۸۵ ش ۹) و آقای ابوالقاسم علی‌دوست (فصلنامه حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۲۲) و کتابی تحت عنوان مفهوم و حجیت مذاق شریعت در فرآیند استنباط احکام فقهی (ابوالفضل علی شاهی، ۱۳۹۰) مورد مذاقه قرار گرفته است اما به روح قانون پرداخته نشده است و در خصوص اصول حقوقی نیز، کتاب اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه نوشته محسن صادقی به رشته تحریر درآمده است که در مقاله حاضر، مورد استفاده قرار گرفته است.

البته رساله‌ای در مقطع کارشناسی ارشد در سال ۱۳۸۴ در دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، تحت عنوان روش استخراج احکام از قانون مدنی توسط سیدسروش نواده مشکوه‌الدیوان با راهنمایی حسین علی احمدی، به رشته تحریر درآمده است و مختصر اشاره‌ای هم به حقیقت روح قانون و نظریات مربوط به آن کرده است، اما آن رساله در خصوص روش‌شناسی استنباط حکم است و در مقام تبیین مفهوم روح قانون نمی‌باشد و صرفاً به بیان روش‌های مرسوم فقهی، جهت اجتهاد و استنباط پرداخته است. همچنین حوزه بحث صرفاً در حیطه احکام قانون مدنی است و نه کشف منطق حاکم بر تقنین و به کارگیری آن؛ لذا در آن رساله به مسایل مورد بحث در این مقاله پرداخته نشده است.

## ۲. مفهوم، تعاریف و ویژگی‌ها و ماهیت روح قانون:

### ۲-۱. مفهوم روح قانون

مفاهیم، ابزار تحلیل علمی هستند. ابزاری که با آن می‌اندیشیم، نقد می‌کنیم، توضیح می‌دهیم و تحلیل می‌کنیم. تصرف صرف در جهان خارج، معرفتی درباره آن به ما نمی‌دهد. برای آن که جهان برای ما واجد معنا باشد باید به یک مفهوم، معنایی را تحمیل کنیم و این ضرورت از راه ایجاد مفاهیم میسر می‌شود. مفاهیم به ما کمک می‌کنند تا مصادیق را از طریق بازشناسی خواص یکسان آن‌ها طبقه‌بندی نماییم. می‌توان مفهوم‌شناسی را به مثابه تلاش برای کشف زوایای پنهان حاکم بر یک موضوع دانست. (توحید فام، ۱۳۸۱، ص ۱۲۰ و ۱۲۱)

تعریف و تبیین مفاهیم در علم حقوق همانند سایر علوم، نقشی بنیادین دارد. نقش این فرآیند را می‌توان از دو زاویه مورد لحاظ قرار داد: از یک سو تعیین کننده حوزه تعریف است و از سوی دیگر

امکان شناخت و برشماری عناصر تشکیل‌دهنده آن مفهوم را میسر می‌سازد. اما به رغم این اهمیت، بیان مفهوم روح قانون و ارائه تعریفی جامع از آن، به سادگی میسر نیست. (پولانزاس، ۱۳۷۷، ص ۲۳) حتی آنان که روح قانون را مفهومی بدیهی می‌انگارند، در ارائه مفهومی آشکار از آن، ناتوان نشان می‌دهند. در دنیای حقوق مفاهیمی یافت می‌شود که با شنیدن آن می‌توان به‌طور کلی و اجمالی به مقصود گوینده پی برد چرا که معنای این مفاهیم هرچند به طور مبهم بر ذهن مخاطب می‌نشیند و کاشف از غرض گوینده است، اما نمی‌توان تعریفی دقیق و روشن از آن‌ها ارائه داد. (دل وکیو، ۱۳۳۸، ص ۵۴)

می‌توان این‌گونه مفاهیم را مفاهیم القا شده نام نهاد و روح قانون در همین زمره است. با توجه به عدم تعریف روح قانون در قانون و رویه قضایی، رسالت تبیین مفهوم آن را دکتربین بر عهده خواهد گرفت و در ادامه به چند نمونه از تعاریفی که اندیشمندان حقوق ارائه کرده اند، اشاره خواهیم کرد.

## ۲-۲. تعریف‌های ارائه شده از روح قانون

اصطلاح روح قانون که در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ به‌عنوان راه‌گشای دادرسی در مواجهه با سکوت، اجمال و ابهام قانون ذکر شده بود، در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی جدید مصوب ۱۳۷۹ نیامده و جمله "اصول حقوقی که مغایر با موازین شرع نباشد" جایگزین آن شده است. در هیچ‌یک از مواد قانونی کشور ما تعریفی از روح قانون به‌عمل نیامده و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی سابق نیز که به صراحت از آن نام برده است، مفهوم آن را روشن نساخته بود، لذا باید اندیشه علما را به یاری طلبید.

الف- دکتر حسن امامی این تعریف را برای روح قانون پیشنهاد می‌کند:

روح قوانین موضوعه، اصول و قواعد حقوقی و همچنین نظریه‌های علمی می‌باشد که مبنای قوانین مزبور قرار گرفته است (امامی، ۱۳۷۸، ص ۲۴). از منظر ایشان، قوانین بر اصولی مبتنی هستند که دانشمندان حقوق، آن‌ها را با دقت فلسفی و علمی و رعایت اصول مسلم اجتماعی اتخاذ نموده‌اند. راه تحصیل روح قانون نیز کشف و شناسایی اصولی است که مفاد چند قانون بر پایه آن استوار شده است.

ب- دکتر جعفری لنگرودی بیان داشته است:

اصول و نظریه‌های علمی که پایه یک یا چند ماده قانون باشد، مانند قاعده لاضرر که روح مواد

باب تقسیم اموال شرکت در قانون مدنی ماست. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۳۳۸)

روح قانون در بسیاری از موارد منطبق با یک اصل کلی حقوقی است و از این لحاظ تعریف مزبور قابل پذیرش می‌باشد. به‌عنوان مثال: اصل تسلیط به منزله روح حاکم بر مواد ۳۰، ۳۱، ۳۸، ۳۹ قانون مدنی می‌باشد که خود یکی از اصول مسلم حقوقی نیز به‌شمار می‌آید. (روزنامه اطلاعات، ۱۳۷۹، گفتگو با دکتر ناصر کاتوزیان)

اصل حقوقی هرگاه در معنای استنباط‌های برگرفته از مجموع قوانین به کار رود که توسط عالمان و رویه قضایی پرورنده شده است، تعبیری دیگر از روح قانون بوده و منبعی تازه به‌شمار نمی‌آید. واژه اصول، گاه برای مطالعه منظم خصوصیات اساسی سیر تحول قوانین موضوعه و بررسی اوصاف و قواعد یک نظام خاص به شیوه علمی به کار برده می‌شود و در این معنا اصول، مرادف با روح قانون است. (بولانژه، ۱۳۷۶، ص ۱۷ و کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۶۲۶)

لذا می‌توان چنین استنباط نمود که اولاً تعریف مشخصی از روح قانون ارائه نشده است. ثانیاً در بسیاری از این تعاریف روح قانون را همان اصول حقوقی پنداشته‌اند. البته در ادامه بحث به این موضوع و مشترک معنوی بودن این دو اصطلاح در یک معنا خواهیم پرداخت، اما لازم است که ابتدا برای رسیدن به یک تعریف حداقلی به بررسی ویژگی‌های روح قانون بپردازیم.

## ۲-۳. ویژگی‌های روح قانون

### ۲-۳-۱. کلی بودن

کلی بودن روح قانون است که سبب می‌شود حقوق دانان و قضات در برابر مسائل جدید فرو نمانند و از آن کلیت، برای مسئله جدید، راه حلی نو و مناسب بیافرینند و هنگام برخورد با رویدادهای حقوقی، آن را به‌عنوان مفهومی کلی، محترم بدانند. (زحمتکش، ۱۳۷۵، ص ۹۸). افزون بر آن، کلی بودن روح قانون، پاسخ‌گوی نیاز به ضرورت انعطاف‌پذیری حقوق موضوعه در عرصه زندگی اجتماعی است و نه تنها مبانی بسیاری از قوانین قرار می‌گیرد بلکه به دلیل سابقه طولانی، نفوذ و اعتبار خاص یافته و به خاطر ارتباطش با نیازهای جامعه در شمار پذیرفته‌های اجتماعی درمی‌آید. (دوپاکیه، ۱۳۳۲، ص ۶۴)

## ۲-۳-۲. دائمی بودن

دائمی بودن، وصف ممیزه روح قانون از دیگر نهادهای حقوقی نیست چرا که قاعده و اصول حقوقی نیز به حکم طبیعت خود از دوام برخوردار می‌باشند اما مبنای دوام هر یک متفاوت از دیگری است. پاره‌ای از طرفداران مکتب حقوق طبیعی، مبنای دوام روح قانون را این‌گونه توجیه می‌کنند؛ به عبارت دیگر، به عقیده ایشان حقوق بر یک سلسله مفاهیم کلی ابتناء دارد که ناشی از اراده پروردگار بوده و متناسب با طبیعت بشر است. این مفاهیم، مبانی لایتغیر و زوال ناپذیراند و قوانین موضوعه باید مبتنی بر آن‌ها باشد. اعتبار روح قانون بنیادین بوده و با نسخ و بی‌اعتبار گشتن یک قاعده موضوعه از حیثیت و نفوذ آن کاسته نخواهد شد. (حیدریان، ۱۳۵۰، ص ۴۵)

## ۲-۳-۳. انتزاعی بودن

پدیده‌های مادی از آنجا که از طریق آزمایش و مشاهده اثبات‌پذیر هستند، در تمام جوامع مفاهیمی یکسان و پایدار دارند اما مفاهیم حقوقی به‌عنوان مفاهیمی انتزاعی و نیاز پرورده، اثبات‌ناپذیر هستند و داوری در مورد آن‌ها تابع قواعد تصدیق و تایید نیست و اصولاً معیاری عینی برای آن‌ها موجود نمی‌باشد و به‌همین خاطر در جوامع و تمدن‌های گوناگون با اصول و سنت‌های متفاوت و بعضاً متعارض حقوقی و ارزشی روبرو می‌شویم. (کوش، ۱۳۸۱، ص ۷۶)

## ۲-۳-۴. نماینده اهداف و ارزش‌های حاکم بر یک نظام حقوقی

روح قوانین به‌عنوان مفاهیمی ارزشی، بخش عمده‌ای از مباحث حقوق را در حوزه باید انگار قرار داده و حقوق را به‌عنوان شاخه‌ای علمی، در زمره علوم هنجاری نشانده است. در دایره حقوق، آنچه هست، هیچ‌گاه از آنچه باید باشد بی‌نیاز نبوده و هر قدر هم قانون را وصف روابط واقعی و موجود بدانیم، سرانجام باید ارزش و اعتبار آن را از منبعی بالاتر بجوییم. حقوق و قانون از آرمان خالی نیست. هدف قانون‌گذار، تحقق جامعه مدنی است. جامعه‌ای که در آن قوانین حقوق، تابع مقصودی متعالی است. بی‌گمان اکتفا به هست‌ها و نادیده گرفتن باید‌ها، مانعی در راه تحقق این آرمان است. (صانعی، ۱۳، ص ۶۰)

## ۲-۴. ماهیت روح قانون:

پس از بیان ویژگی‌های روح قانون می‌توان به جمع‌بندی زیر رسید:



روح قانون، نیت قانون‌گذار از وضع قانون است اعم از این که مبتنی بر اصلی از اصول کلی و دایمی حقوق و مبنای چند قاعده جزئی باشد یا نه که نماینده ارزش‌های حاکم بر آن جامعه است. در حقیقت روح قانون، نیروی محرکه قانون‌گذار و اصلی راهنماست که در پس پرده واژه‌ها بوده و به یاری خرد و تجربه شناخته می‌شود؛ نیرویی که مواد یک قانون را زنجیروار به یکدیگر متصل می‌سازد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، صص ۵۶ و ۵۷)

وصف کلی بودن، روح قانون را از مسائل جزئی و موردی متمایز می‌سازد. قید دایمی بودن، آن را از قواعد حقوقی مبتنی بر متغیرهای اجتماعی جدا می‌کند. منشا وضع چند قاعده جزئی‌تر بودن، وصف منبع بودن آن را نشان می‌دهد و بخش آخر تعریف نیز روشن‌گر بار ارزشی روح قانون است.

### ۳. روح قانون و تمییز آن از مفاهیم مشابه

#### ۳-۱. روح قانون و اصول حقوقی

همان‌طوری که پیشتر عنوان شد، اصطلاح روح و مفاد قانون که در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ به‌عنوان راه‌گشایی دادرس در مواجهه با سکوت، اجمال و ابهام قانون ذکر شده بود، در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی جدید مصوب ۱۳۷۹ نیامده و عبارت اصول حقوقی که مغایر با موازین شرع نباشد جایگزین آن شده است. روح قانون در بسیاری از موارد منطبق با یک اصل کلی حقوقی است. به‌عنوان مثال اصل تسلیط به‌منزله روح حاکم بر موارد ۳۰، ۳۱، ۳۸، ۳۹ قانون مدنی به شمار می‌آید که خود یکی از اصول مسلم حقوقی نیز به‌شمار آید.

اصل حقوقی هرگاه در معنای استنباط‌های برگرفته از مجموع قوانین به‌کار رود که توسط عالمان و رویه قضایی پرورانده شده است، تعبیری دیگر از روح قانون بوده و منبعی تازه به شمار نمی‌آید. بولانژه نیز بر این عقیده است که واژه (اصول) گاه برای مطالعه منظم خصوصیات اساسی سیر تحول قوانین موضوعه و بررسی اوصاف و قواعد یک نظام خاص به شیوه علمی به‌کار برده می‌شود و در این معنا اصول، مرادف با روح قانون است. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۶۲۶)

با وجود این مشابهت، یکی دانستن روح قانون و اصول حقوقی از جهاتی قابل انتقاد به نظر می‌رسد. در غالب موارد روح قانون و اصول بر یکدیگر منطبق هستند (مانند مثال پیشین) اما همواره چنین نیست. توضیح آن که قانون‌گذار در وضع قوانین، خود را تابع مصالح اجتماعی می‌داند. مصلحت

اجتماعی تدبیری است که دولت به نمایندگی از افراد مردم، به منظور رعایت منافع معنوی و مادی یک جامعه و در راستای اهداف خیرخواهانه و کمال طلبانه اتخاذ می‌کند (مدکور، ۱۹۶۴، ص ۱۲۲) و رعایت این منافع گاه اقتضا می‌کند که قانون‌گذار، قانونی برخلاف اصول حقوقی وضع نماید بدون آن‌که به خاطر این امر مورد انتقاد واقع شود. برای نمونه اصل رضایی بودن قراردادها، به‌عنوان یکی از اصول حقوقی حاکم بر قراردادهاست اما در ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ مصلحت اجتماعی اقتضا کرده است تا قانون برای حفظ حقوق اشخاصی که با مالک قانونی یک ملک، قراردادی منعقد کرده‌اند و برای جلوگیری از دعاوی طولانی و فرساینده درباره اثبات مالکیت، ثبت رسمی معامله غیر منقول را شرط اثبات بدانند. روح حاکم بر این مواد، لزوم تشریفاتی بودن اینگونه معاملات است و حال آن‌که اصل حقوقی، رضایی بودن قراردادهاست.

نتیجه آن‌که رابطه اصول حقوقی و روح قانون از لحاظ منطقی، عموم و خصوص من وجه است. (دوپاکیه، ۱۳۲۲، ص ۴۴) بدین معنا که گاه روح قانون، یکی از اصول حقوقی است (مانند روح مواد ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی که مبتنی بر اصل تسلیط است) و گاه روح قانون بر هیچ اصل حقوقی استوار نیست (مانند روح قانون روابط موجر و مستاجر سال ۵۶ که حمایت از مستاجر بود، بی‌آن‌که یک اصل حقوقی به‌شمار آید). از سوی دیگر برخی اصول حقوقی خود روح قانون نیز هستند. مانند اصل رضایی بودن عقود که از روح مواد قانون مدنی در بخش عقود معین بر می‌آید.

### ۳-۲. روح قانون و مذاق شریعت

با بررسی کتب فقهی به این نتیجه خواهیم رسید که اصولاً فقها تعریفی از اصطلاح مذاق شارع یا مذاق شریعت ارائه نکرده‌اند و با وجود آن‌که ارائه تعریفی دقیق که نتوان به آن خدش‌های وارد آورد آسان نخواهد بود، لازم است برای روشن شدن بحث به تعریفی اجمالی از مذاق شریعت بپردازیم.

#### ۳-۲-۱. تعریف مذاق شریعت

می‌توان گفت مذاق شریعت به معنای آگاهی از سبک، آهنگ و روش شارع در جعل احکام است، در جایی که دلیل ظاهر و قطعی برای استناد حکم وجود ندارد اما از آنجا که حکم، با روش شارع در آن احکام مناسبت دارد، حکم مسئله روشن می‌شود (علی شاهی، ۱۳۹۰، ص ۳۹). مذاق شریعت یکی از راه‌های فرعی است که در طول ادله می‌توان از آن به اراده تشریحی شارع دست یافت. علاوه براین،

مقاله ۶. مبانی نظری، سازوکارهای تشخیص و کارکردهای روح قانون ۱۳۷

مذاق شریعت در شناخت مفاهیم و موضوعات و رفع تزاخمت میان احکام کاربرد دارد (حکمت نیا، ۱۳۸۵، ص ۲۶). ناگفته نماند که کسانی که واژه شریعت را برای استنادات فقهی خود به کار برده‌اند، هرگز مقصودشان کشف عارفانه حکم از منابع فقهی نبوده است تا این امر مستلزم رسیدن به مقامی عظیم و متعالی باشد. (علیدوست، ۱۳۸۸، ص ۱۴)

### ۳-۲-۲. تفاوت روح قانون و مذاق شریعت

با وجود پاره‌ای شباهت‌ها میان روح قانون و مذاق شریعت به چند تفاوت اصلی میان آن‌ها باید توجه نمود:

الف- آنچه تحت عنوان مذاق شارع یا مذاق شریعت، میان فقها مورد استفاده قرار گرفته است مشخص نیست که دقیقاً کدام نهاد فقهی است. فقها بعضاً بسیاری از روش‌های استنباط را به مذاق نسبت داده‌اند و حال آن‌که روح قانون چنین نیست. ناگفته نماند که روح قانون نیز چنین استعدادی برای ایجاد ابهام دارد.

ب- مذاق شارع در نظام‌های حقوقی اراده‌گرا قابل تصور است و حال آن‌که روح قانون، عقل‌گرایی را هم شامل می‌شود.

ج- مذاق شارع می‌تواند هر چیزی باشد و با مسلمت عقلی، مغایرت تام داشته باشد چرا که اصولاً بر پایه‌های معرفتی غیر معتزلی بنا شده است و حال آن‌که یکی از خاستگاه‌های روح قانون، مسلمت عقلی است.

د- مذاق شارع، همچون رویه قضایی می‌ماند و از جنس دریافت‌های پسینی معرفتی و تبیین واقعه، پس از وقوع است و حال آن‌که روح قانون، داخل در پیش فرض‌های تقنین هم می‌شود.

### ۳-۳. روح قانون و مقاصد شریعت

#### ۳-۳-۱. تعریف مقاصد شریعت

مقاصد شریعت نزد اهل سنت جایگاه والایی دارد و از آن‌جا که در قانون‌گذاری، ابتدا باید اهداف جعل آن را در نظر گرفت و سپس به وضع تبصره‌ها برای آن قانون پرداخت تا تبصره‌های وضع شده با اصل قانون در تعارض قرار نگیرند در شریعت نیز مسئله به همین گونه است. به دیگر سخن، شارع برای جعل قانون ابتدا فلسفه و اهدافی را در نظر می‌گیرد و سپس به جعل قانون می‌پردازد لذا در نظر

نگرفتن این اهداف می‌تواند زیان‌های جبران ناپذیری را در پی داشته باشد. (علیدوست، ۱۳۸۸، ص ۱۲) از منظر اهل سنت، مقاصد شریعت، تنها به این نیست که جزئیات در کنار یکدیگر قرار گیرند تا یک قاعده کلی به دست آید، بلکه پس از دریافت کلیات، دوباره به جزئیات نگریسته می‌شود تا در پرتو کلیات درک شوند و نگرشی نو به جزئیات حاصل شود. گویی پیوند دوگان‌های میان کلیات و جزئیات وجود دارد (ابوزید، ۱۳۸۸، صص ۲۰۱ و ۲۰۲). مقاصد شریعت می‌تواند به مجتهد یاری رساند تا از نصوص، تفسیری ارائه دهد که مطابق آرمان‌های کلی شارع باشد و فقیه را از جمود، در امان نگاه دارد. به دیگر سخن باید مجتهد، در خود نصوص نیز به اجتهاد پردازد و به الفاظ تکیه نکند (علی شاهی، ۱۳۹۰، ص ۲۶۸).

### ۳-۲. تفاوت روح قانون و مقاصد شریعت

با وجود شباهتی که میان روح قانون و مقاصد شریعت از جهت مفهوم و کارکرد وجود دارد به تفاوت‌های قابل توجهی می‌توان اشاره کرد:

اولاً مقاصد شریعت بسیار کلی است. به دیگر سخن نمی‌توان یک باب از قانون که فصل خصومت میان اصحاب دعوا و اصلاح ذات‌البین، روح حاکم بر مواد آن قسمت است را به مقاصد دین و شریعت نسبت داد. به بیان بهتر روح قانون در یک سطحی همان مقاصد شریعت یا مقاصد قانون‌گذار است اما در سطوح پایین‌تر متمایز از آن است و صرفاً به‌عنوان اصلی کلی، سامان‌دهنده مواد یک باب قانون است.

ثانیاً روح قانون بعضاً همچون مذاق شریعت از بررسی رویه تقنینی و تشریحی قانون و شرع به دست می‌آید و حال آن‌که مقاصد شریعت صرفاً به تحقق و نیل به پاره‌ای مقاصد کلی بسنده کرده است.

با وجود این نمی‌توان وجوه تشابه و کارکردهای مشابه این دو مفهوم حقوقی را نادیده انگاشت.

### ۴. خاستگاه و مبانی نظری روح قانون

منظور از خاستگاه روح قانون، منبع پنهان و نیرومندی است که اساس روح قانون را شکل داده و توجیه‌کننده الزام ناشی از آن است و منظور از مبانی نظری، مبانی پذیرش و اعتبار آن است. پرسش اصلی ما در نوشتار پیش رو عبارت از این است که روح قانون مبانی اعتبار و نیروی خود را از کجا

می‌گیرد؟ پاسخ به این سوال مستلزم بحث از ریشه و خاستگاه روح قانون و تبیین نحوه تکوین آن است.

#### ۴-۱. خاستگاه روح قانون

##### ۴-۱-۱. عقل

بسیاری از مفاهیم کلی حقوقی که به اعتقاد نگارنده، ذیل عنوان روح قانون جای خواهند گرفت ناشی از حکم عقل می‌باشند و باید از سوی قانون‌گذار، محترم شمرده شوند و قوانین موضوعه بر پایه آن‌ها وضع و تفسیر شود. تجاوز از این امور را کسی نمی‌پذیرد زیرا این امر به منزله تجاوز به خرد آدمی است و نفی عقلانیت به حساب می‌آید. این اصل که دو صفت متضاد با بار حقوقی متفاوت در یک شخص جمع نمی‌شود، اصلی عقلانی است که به تقریب در تمام نظام‌های حقوقی از جمله ایران در ماده ۳۰۰ قانون مدنی تحت عنوان مالکیت ما فی‌الذمه پذیرفته شده است.

روح قانون، ترجمان حقوق به‌عنوان یک نظام خردگرا و ابزار بدیع تامین این ویژگی در هر نظام حقوقی است. می‌توان گفت پیامبران به منزله عقل ظاهری و اصول خردگرایانه ناشی از آن به منزله پیامبر باطنی قانون‌گذار و دادرس به‌شمار می‌آیند. (مک دائل، ۱۳۸۰، ص ۱۳۸)

نفوذ احکام عقلی در حقوق را نمی‌توان و نباید انکار کرد اما آن‌چه بیان کردیم نباید موجب گردد تا در خصوص سهم و نقش عقل، دچار مبالغه‌گویی شده و راه افراط بیماییم چرا که حقوق از شاخه‌های علم‌الاجتماع است و علاوه بر منطق، بر تجربه، ضرورت‌های زندگی اجتماعی و نیازهای جمعی نیز تکیه دارد. (بلاغی، ۱۳، ص ۶۷)

##### ۴-۱-۲. اخلاق

اخلاق را می‌توان مجموعه قواعدی خواند که رعایت آن‌ها برای نیکوکاری و رسیدن به تکامل، لازم بوده و ملاک تشخیص نیک از بد است. پاره‌ای مفاهیم کلی که داخل در حوزه روح قانون است انعکاس‌دهنده گفتمان اخلاقی حاکم بر جامعه است و به همین دلیل است که می‌توان از روابط حقوق و اخلاق سخن گفت (سروش، ۱۳۸۳، ص ۱۱۲). جدایی حقوق از اخلاق، مانعی در راه نفوذ اخلاق در حقوق نیست. گاه دریچه‌های حقوق بر روی اخلاق باز است و مقنن و کسانی که در خلق قوانین مداخله دارند از رهگذر تأثیری که اخلاق بر وجدان آن‌ها می‌گذارد احکام آن را در قواعد

حقوق موضوعه دخالت می‌دهند. به‌ویژه آن‌که جوهره بسیاری از اصول کلی حقوقی را اخلاق شکل می‌دهد و به تعبیر پترو، نویسنده لاتینی قرن اول میلادی، حقوق، رسوب تاریخی اخلاق یا عدالت است. (دل وکیو، ۱۳۸۸، ص ۵۱)

#### ۴-۱-۳. مذهب

مذهب را می‌توان مجموعه احکامی تعریف کرد که به‌عنوان باور اعتقادی و ایمانی افراد جامعه راهنمای آنان به سوی کمالی است که از دید آن‌ها کمال مطلوب تلقی می‌شود. بسیاری از قواعدی که امروزه جنبه اخلاقی دارند برخاسته از دستوره‌های مذهبی و اندیشه‌های بلند پیامبران است. مذهب از نیروهای سازنده حقوق است و از این روست که این علم با موازین عادت و انصاف سازگار شده و حافظ حد و مرزهایی است که فضایل و کرامات انسانی را استحکام می‌بخشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۳، ص ۱۶۲). صرف نظر از احکامی که از اسلام سر برآورده و وارد حقوق موضوعه ما شده است، پاره‌ای قوانین بر پایه مذهب بنا شده و احکام آن به تناسب باورهای مذهبی مقرر گردیده است. به‌طور مثال در تمام ادیان آسمانی و از جمله دین اسلام بر رعایت انصاف تاکید شده است و خداوند در قرآن کریم در آیات متعدد، مسلمین را به رعایت انصاف فرا خوانده است. (صادقی، ۱۳۸۴، ص ۷۵)

#### ۴-۲. مبانی نظری روح قانون

##### ۴-۲-۱. مبانی نظری اعتبار روح قانون در نظام‌های حقوقی عقل‌گرا

کمتر اندیشمندی است که سهم عقل را در شکل‌گیری و اعتلای دانش بشری انکار کند. در عرصه علوم اجتماعی نیز عقلانیت، جایگاهی شایان توجه یافته است. عقلانیت را می‌توان فرآیند مبتنی ساختن واقعیات و امور بر قوانین خرد و اراده، به‌کارگیری محاسبه، استدلال، تفکر و تصمیم‌گیری در مباحثات تعریف کرد و به تعبیر بهتر عقلانیت، فرآیند به‌کارگیری ابزارهای متناسب با هدفی پیش‌رونده است. (هیولیت، ۱۳۶۵، ص ۹۸)

در نظام‌های حقوقی عقل‌گرا، روح قانون، مبانی اعتبار خود را از حکم عقل می‌گیرد. به‌دیگر سخن، اگر بنا باشد که قانون، رافع مشکلات اجتماعی و ناظم روابط میان آدمیان باشد ارائه تفسیری عقلانی و کارآمد، از ضرورت‌های عقلی می‌باشد و اگر بنا باشد که محاکم یا دیگر نهادهای مفسر و

مجری، در ارائه تفسیر یا شیوه اجرای قوانین، به گونه‌ای عمل کنند که قانون را ناکارآمد کنند از مصادیق نقض غرض است و هیچ انسان اهل خرد و نازک اندیشی حکم به تایید چنین رویه‌ای نخواهد کرد. به دیگر سخن، در صورتی که حکم به اعتبار و حکومت روح قانون بر فرآیند تفسیر ندهیم تناقضی پدید خواهد آمد که عبارت است از ارائه تفسیری که ناقض تقنین است. به بیان بهتر، عدم توجه به روح قانون، مفسر را به مشی تفسیری نادرستی می‌کشاند که نتیجه آن نقض اراده تقنینی مقنن است، لذا لازم است که پاره‌ای مولفه‌های معرفتی تحت هر عنوان به‌عنوان روح حاکم بر قوانین، حافظ تفسیر درست و اجرای کارآمد قوانین باشند. این‌جاست که می‌توان چنین نتیجه گرفت که هر نظام عقل‌گرایی مهر تایید بر وجود و ضرورت استناد به روح قانون خواهد زد.

#### ۴-۲-۲. مبانی نظری اعتبار روح قانون در نظام‌های حقوقی اراده‌گرا

در نظام‌های حقوقی اراده‌گرا شاید با اندکی مسامحه بتوان بیان داشت که روح قانون، به طریق اولویت دارای اعتبار است چرا که اگر بنا باشد شارع یا مقنن در امر تشریح یا تقنین، پاره‌ای اهداف و اغراض داشته باشد که موثر در تفسیر و تطبیق مفاهیم بر مصادیق است عدم توجه به این اهداف و از مسیر تفسیر صحیح خارج نشدن، خود، مهم‌ترین غرض شارع یا مقنن است چرا که در صورت عدم پذیرش این امر، دچار تناقض خواهیم شد و حال آن‌که لازمه حکمت شارع و مقنن، توجه به عدم استعمال تناقضات عقلی است. این مهم که اراده‌گرایان به دنبال کشف اراده تشریحی شارع یا اراده تقنینی مقنن می‌باشند منافاتی با اعتبار بخشی نظری به روح قانون ندارد چرا که اراده‌گرایان نیز بر این امر اذعان دارند که در موارد سکوت، اجمال و تعارض نصوص، ناگزیر می‌باید به دنبال کشف اراده واضح قانون باشند که در این فرآیند به اموری توسل خواهند جست که از نظر نگارنده، همان روح قانون است و اختلاف عنوان، تاثیری در معنوی نخواهد داشت.

#### ۵. سازوکارهای تشخیص روح قانون

##### ۵-۱. تشخیص روح قانون با استقرا از مجموعه قوانین

توجه به مجموعه قوانین و تحصیل یک نگاه کلی معرفتی، می‌تواند موید پاره‌ای نکات در فرآیند تقنین باشد. زبان قانون، زبانی است که هر چند بیشتر براساس زبان عرف پدید آمده است اما این

زبان چاشنی‌های خاص خود را دارد که اگر کسی آشنایی لازم را با این مولفه‌ها نداشته باشد توان استنباط احکام از ادله را نخواهد داشت.

فقها در باب طرق تحصیل مذاق شریعت به دفعات از این چیرگی و تسلط بر نصوص شرعی و زبان خاص آن یاد کرده‌اند. برای مثال صاحب جواهر که خود از نظریه‌پردازان در مقوله مذاق شریعت به شمار می‌آید این آگاهی از زبان شرع را از چیزهایی می‌داند که برای شخص، توانایی کشف مذاق شریعت و سازگاری و یا ناسازگاری دلیل را با مذاق شارع به ارمغان خواهد آورد. (علی شاهی، ۱۳۹۰، ص ۱۹۶)

#### ۵-۲. تحصیل روح قانون از طریق مناسبت میان حکم و موضوع

واژه مناسبت، به معنای هماهنگی و سازگاری می‌باشد و در اصطلاح، عبارت است از وصف روشن و قانون‌مندی که حکم بر پایه آن جعل شده است و در تقنین و تشریح دخالت داشته و مصلحتی را کشف کرده که مقصود شارع بوده است. (شعبان، ۱۳، ص ۱۵۲)

مناسبت و اقتران از اموری هستند که در میان ادله به گونه‌ای خاص مورد توجه فقها قرار گرفته‌اند و استنباط درست و سنجیده از روایات به نقش اساسی مناسبت حکم و موضوع و لحاظ آن‌ها در امر تفسیر و استنباط بستگی دارد. گویی در راه تحصیل روح قانون یکی از مولفه‌های مهم، داشتن پیش‌فرض تفسیری مناسبت میان حکم و موضوع است.

در تعریف مناسبت میان حکم و موضوع می‌توان گفت حالات و خصوصیات موضوع که حکم را آورده است که گاه باعث گستردگی اثبات حکم به دیگر موارد و گاه تنگی و محدودیت آن می‌شود. گویی در مناسبت، توجه ویژه به موضوع و اوصاف به کار رفته در حکم مربوط به این موضوع و وجود مناسبتی میان آن‌ها می‌شود.

#### ۵-۳. تحصیل روح قانون از طریق مناط احکام

یکی دیگر از اموری که می‌توان از آن به‌عنوان سازگاری برای تحصیل روح قانون بهره برد، ملاک و مناط احکام است. برای مثال مناط و علت حکم در بحث ولایت بر سفیه عنوان شده است. آیا سفیه می‌تواند به کارهایی مانند اجاره دادن خود بپردازد؟ مرحوم حکیم براساس دلیل ولایت در احوال سفیه استدلال می‌کند که علت و فلسفه ولایت بر سفیه، پاسداری از مصلحت او در اموالش می‌باشد



بنابراین از این جهت جدایی میان موارد تصرف درست نیست زیرا در همه این موارد، مصلحت سفیه وجود دارد و حکم این مورد را از دلیل ولایت بر او می‌توان به‌دست آورد. او در ادامه یادآور می‌شود همان‌گونه که سفیه حق ندارد خود را اجاره دهد از این هم منع می‌شود که بخواهد به طور مستقل به ازدواج اقدام کند زیرا همان رعایت مصلحت سفیه در اینجا نیز یافت می‌شود. هرچند تصرفاتی مانند ازدواج، تصرف مالی به‌شمار نمی‌آیند ولی چون در آن مورد ما مناط را به‌دست آوردیم که همان حفظ مصلحت سفیه است، همین مصلحت نمی‌گذارد که سفیه بتواند به‌گونه مستقل به ازدواج بپردازد. (علی شاهی، ۱۳۹۰، ص ۲۱۲)

## ۶. کارکردها

### ۶-۱. روح قانون و قانون

از آنجا که روح قانون و قانون بر یکدیگر اثر متقابل دارند، به بررسی این تاثیرات می‌پردازیم:

#### ۶-۱-۱. تاثیر روح قانون بر قانون

تاثیر روح قانون بر قانون را می‌توان هم در مرحله وضع قانون و هم در مرحله تفسیر آن بررسی نمود:

#### ۶-۱-۱-۱. روح قانون؛ راهنمای قانون‌گذار در وضع قوانین

در اینجا دو اصطلاح روح قانون و اصول حقوقی مشترک معنوی محسوب می‌شوند چرا که اصول حقوقی، روح مشترکی است که مواد قانون را به یکدیگر پیوند می‌زند. از این رو قانون‌گذاری که بی‌توجه به این روح به حذف برخی قواعد و اصلاح پاره‌ای دیگر اقدام کرده و بر این گمان است که تنها با یک قاعده سروکار دارد، از این حقیقت ناآگاه است که نظام حقوقی، مجموعه‌ای از قواعد به هم پیوسته است که در نتیجه روح حاکم بر آن قانون به یکدیگر مرتبط شده‌اند. (حسن زاده، ۱۳، ص ۱۲۶)

بدین ترتیب وضع قانون در هر جامعه، نیازمند قبول یک سلسله اصول پیشینی است که مرجع قانون‌گذاری آن‌ها را به‌عنوان پیش‌فرض‌های تقنین قبول می‌کند و این نقش بنیادین است که روح قانون را معیار نیک و بد قوانین و تشخیص قواعد سره از ناسره قرار داده است. (صادقی، ۱۳۸۴، ص ۱۸۷)

#### ۶-۱-۲. روح قانون؛ مفسر قانون

در اصطلاح حقوقی تفسیر به مجموعه ابزار و قرائن اعم از لفظی و معنوی اطلاق می‌گردد که جهت کشف اراده واضح متن حقوقی در موارد ابهام، اجمال و نقص، به کار برده می‌شود. ابهام و اجمال، اعم از این است که در لفظ متون باشد یا در معنا.

تفسیر از پیچیده‌ترین و ظریف‌ترین مسائل حقوقی و قضایی بوده و نیازمند تبحر خاص مراجع تفسیر است زیرا عدالت به‌عنوان روح حاکم بر تمام قوانین، در سایه تفسیر است که می‌تواند تقویت شود یا از بین برود. از این روست که چگونگی تفسیر صحیح قانون، مستلزم دانستن پیش‌فرض‌هایی است که قانون بر پایه آن، شکل یافته است. (صالح، ۱۳۴۸، ص ۲۴)

#### ۶-۱-۲. تاثیر قانون بر روح قانون

پایبندان به نصوص قانون به‌دلیل مدون بودن و توانایی آن در برقراری نظم جمعی، قانون را یگانه منبع حقوقی می‌دانند و معتقدند که در قانون، تمام مسائل پیش‌بینی شده است و از شناسایی امور فراقانونی در حوزه حقوق خودداری کرده و اعتقاد دارند که آنچه تحت عنوان عدالت و انصاف در حقوق مطرح می‌شود و از بافت بازتری برخوردارند و حقوق دانان، گاه آن‌ها را در استدلال‌های نظری خود به کار می‌برند، در حقیقت اموری فراحقوقی هستند و ماهیتی غیر حقوقی دارند (راسخ، ۱۳۸۱، ص ۴۷). این دیدگاه بسیار افراطی است و با این اطلاق غیرقابل پذیرش است اما بخشی از واقعیت را با خود به همراه دارد. زیرا در نظام‌هایی که قانون، مهم‌ترین منبع حقوق به‌شمار می‌آید، نمی‌توان تاثیر قانون را بر دیگر منابع و از جمله روح قانون انکار کرد.

هرچند روح قانون منبعث از اخلاق، رسوم اجتماعی و عقل می‌باشد و به همین دلیل اعتباری والا دارد و تشکیل‌دهنده زیرساخت‌های یک نظام حقوقی است و قانون‌گذار در تعدی از آن آزاد نیست (بولانژه، ۱۳۷۶، ص ۲۹) اما آن‌گاه که اصلی با استخراج از روح قانون، به‌صورت نوشته وارد حقوق موضوعه می‌شود، وصف کمال می‌یابد چرا که تضمین دولتی و برخورداری از ضمانت اجرای قانونی، هرچند شرط قوام روح قانون نیست اما شرط کمال آن به‌شمار می‌آید.

#### ۶-۲. روح قانون و رویه قضایی

روح قانون همان‌گونه که در تفسیر قانونی موثر است مراجع قضایی را در تفسیر قضایی، یاری می‌دهد. از این روی، روح قانون می‌تواند راهنمای دادرس در تفسیر دادگرانه باشد. همچنین می‌توان

گفت آرای قضایی باید در راستای روح قانون و اصول کلی حقوقی باشد و تصمیماتی که دادرس اتخاذ می‌کند، وقتی می‌تواند به رویه تبدیل شود که مبتنی بر این اصول باشد. از این روست که روح قانون را می‌توان، راهنمای رای قاضی و پایه رویه قضایی دانست. اما در مقابل رویه قضایی نیز می‌تواند علاوه بر خلق روح قانون به کشف روح قانون نیز پردازد.

## ۷. نتیجه‌گیری

- روح قانون، نیت قانون‌گذار از وضع قانون است اعم از این‌که مبتنی بر اصلی از اصول کلی و دایمی حقوق و مبنای چند قاعده جزئی باشد یا نه که نماینده ارزش‌های حاکم بر آن جامعه است. در حقیقت روح قانون، نیروی محرکه قانون‌گذار و اصلی راهنماست که در پس پرده واژه‌ها بوده و به یاری خرد و تجربه شناخته می‌شود.

- وصف کلی بودن، روح قانون را از مسائل جزئی و موردی متمایز می‌سازد. قید دایمی بودن، آن را از قواعد حقوقی مبتنی بر متغیرهای اجتماعی جدا می‌کند. منشا وضع چند قاعده جزئی‌تر بودن، وصف منبع بودن آن را نشان می‌دهد و بخش آخر تعریف نیز روشن‌گر و بار ارزشی روح قانون است.

- روح قانون با مفاهیم مشابه، تفاوت دارد، از این روی، رابطه اصول حقوقی و روح قانون از لحاظ منطقی، عموم و خصوص من‌وجه است. همچنین با مفاهیم فقهی از جمله مقاصد شریعت و مذاق شریعت که آگاهی از سبک، آهنگ و روش شارع در جعل احکام است، تفاوت دارد.

- خاستگاه روح قانون را می‌توان عقل، اخلاق و مذهب دانست و مبانی نظری و حجیت آن از نظر نظام‌های حقوقی عقل‌گرا، حکم عقل و در نظام‌های حقوقی اراده‌گرا به طریق اولی اراده شارع است.

- روح قانون را می‌توان با استقرا از مجموعه قوانین و نیز از طریق مناسبت میان حکم و موضوع و همچنین از طریق مناط احکام به‌دست آورد.

- روح قانون می‌تواند، راهنمای قانون‌گذار در وضع قوانین بوده و یا در زمان اجرای قانون در مقام تفسیر، به‌عنوان مفسر قانون عمل نماید. همچنین از دیگر کارکردهای روح قانون این است که می‌تواند راهنمای رای قاضی در تفسیر قضایی بوده و نیز می‌توان روح قانون را گاهی در نقش پایه‌گذار رویه قضایی دانست.

- در حقوق ایران با توجه حذف عبارت روح قانون از ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی و استفاده از جانشین آن یعنی اصول حقوقی، منبع بودن اصول کلی حقوقی، محرز می‌باشد و دادگاه‌ها نیز در موارد متعدد به اصول مختلف حقوقی استناد کرده‌اند اما ابهام مفهومی روح قانون و احتیاط برخی قضات، رویه قضایی ایران را از نقش والای این نهاد محروم ساخته است.

### منابع

- ابوزید، نصر حامد (۱۳۸۰)، معنای متن، ترجمه مرتضی کریمی نیا، تهران، طرح نو.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۸)، حقوق مدنی، جلد اول، تهران، انتشارات اسلامیه.
- بولانژه، ژان (۱۳۷۶)، اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۶، بهار ۱۳۷۶.
- پولانزاس، یکوس آر (۱۳۷۷)، اشیاء و حقوق، ترجمه نجاد علی الماسی، تهران، دادگستر.
- توحید فام، محمد (۱۳۸۱)، رویکرد تحول مفاهیم سیاسی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۷، پاییز.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷)، ترمینولوژی حقوق، تهران، میزان.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۵۳)، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، تهران، انتشارات ابن سینا.
- حکمت نیا، محمود (۱۳۸۵)، مذاق شریعت، فصلنامه تخصصی فقه و حقوق، سال سوم، شماره نهم، تابستان.
- حیدریان، محمود (۱۳۵۰)، مبادی علم حقوق، تهران، چاپ سوم.
- دل وکیو، ژرژ (۱۳۳۸)، بنیان تعلقی حقوق، ترجمه امیر هوشنگ آجودانی، مجله حقوقی وزارت دادگستری، سال اول، شماره ۲.
- دوپاکیه، کلود (۱۳۳۲)، مقدمه تئوری کلی و فلسفه حقوق، ترجمه علی محمد طباطبایی، تهران، چاپخانه بوذرجمهری.
- راسخ، محمد (۱۳۸۱)، حق و مصلحت، تهران، طرح نو.
- روزنامه اطلاعات، مصاحبه با ناصر کاتوزیان، استاد دانشگاه تهران، شماره ۲۱۹۹۳، پنجشنبه ۱۳۷۹/۶/۳.
- زحمتکش، ید الله (۱۳۷۵)، خردگرایی و دادگری، به راهنمایی: دکتر نجاد علی الماسی، دانشگاه امام صادق (ع)، (پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا).
- سروش، عبدالکریم (۱۳۸۳)، روش نقد اندیشه‌ها، موسسه فرهنگی صراط، جلسه سوم.
- شعبان، زکی الدین (۱۹۹۵)، اصول الفقه الاسلامی، جامعه قاریونس، بنگازی.
- صادقی، محسن (۱۳۸۴)، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، تهران، نشر میزان.

مقاله ۶. میانی نظری، سازوکارهای تشخیص و کارکردهای روح قانون ۱۴۷

- صالح، علی پاشا (۱۳۴۸)، تاریخ حقوق، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- صانعی، پرویز (۱۳۷۲)، جامعه شناسی ارزش ها، تهران، گنج دانش.
- علی شاهی، ابوالفضل (۱۳۹۰)، مفهوم و حجیت مذاق شریعت در فرآیند استنباط احکام فقهی، قم، بوستان کتاب.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۸)، استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد، مجله حقوق اسلامی، شماره ۲۲ سال ششم، پاییز.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۶، بهار.
- کوش، دنی (۱۳۸۱)، مفهوم فرهنگ در علوم اجتماعی، ترجمه فریدون وحید، تهران، انتشارات سروش.
- مدکور، محمد سلام (۱۹۶۴)، مدخل الفقه الاسلامی، قاهره، دار التوصیه.
- مک دائل، رایان (۱۳۸۰)، مقدمه‌ای بر نظریه‌های گفتمان، ترجمه فرهنگ گفتمان، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی و انتشارات سروش.
- هپولیت، ژان (۱۳۶۵)، مقدمه بر فلسفه تاریخ هگل، ترجمه باقر پرهام، تهران، نشر آگاه.