

دکترین به منزله منبع حقوق

علی اسلامی پناه^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۱/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۲۳

چکیده

این مقاله درصدد پاسخ دادن به پرسشی درباره منابع حقوق است که آیا قواعد ساخته علمای حقوق از چنان جایگاهی برخوردارند که بدون درج در قانون مستقیماً منبع حقوق قرار گیرند؟ دکترین همواره در تعمیق درک ما از قواعد و مفاهیم حقوقی نقش مؤثری ایفا نموده و نام آن همواره در کنار قانون، رویه قضایی و عرف ذکر می‌شود. اصولاً منبع حقوق به مرجعی گفته می‌شود که می‌تواند به نمایندگی از عموم جامعه قواعد عام، کلی و الزام‌آور وضع کند و محصول کار او برای همگان از جمله برای قضات الزام‌آور باشد. دکترین به دشواری در این تعریف می‌گنجد. امروزه در اغلب کشورها دکترین منبع مستقیم حقوق محسوب نمی‌شود و دادگاه‌ها نمی‌توانند نظر علمای حقوق را تحت همین عنوان مستند رأی خود قرار دهند. باین وجود در حقوق کشور ما نظریات علمای حقوق به صورت محدود تحت عنوان «فتاوی معتبر» به عنوان منبع تکمیلی حقوق پذیرفته شده است. در این مقاله ضمن بررسی قلمروی مفهومی دکترین، جایگاه این نهاد به عنوان منبع حقوق مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: دکترین، نظریه علمای حقوق، منابع حقوق، تفسیر قانون، مقدمه علم حقوق.

مقدمه

در علم حقوق منظور از دکترین نظریاتی است که علمای حقوق در مقام شرح و تفسیر قوانین و نیز در مقام نقد و بررسی آراء قضایی ارائه می‌کنند. اصولاً علاقه‌مندان به حقوق از طریق دکترین با حقوق آشنا می‌شوند. علمای حقوق که وظیفه آموزش حقوق در دانشگاه‌ها را بر عهده دارند عامل اصلی شکل‌گیری دکترین حقوقی هستند. وقتی نظریه‌ای توسط علمای حقوق بیان شده و در معرض نقد دیگران قرار گرفته و همچنان استوار باقی می‌ماند، این نظریه ارزش راهبری حقوقی پیدا می‌کند. اما پرسشی که مطرح است این است که در سلسله‌مراتب هنجارها و قواعد حقوقی جایگاه دکترین کجاست؟ آیا نقش دکترین در حقوق همانند بادی است که می‌وزد و پرچم را تکان می‌دهد یا همانند تمثال شیری است که بر پرچم حک شده و با باد تکان می‌خورد؟ به تعبیر دیگر، آیا دکترین همانند قانون منبع حقوق بوده و قضات ملزم به اعمال قواعد ساخته دکترین در آراء خود هستند؟ یا دکترین تنها نقش تفسیری و روشنگری دارد؟ در این مقاله ابتدا مفهوم و سپس نقش دکترین را به‌عنوان منبع تفسیر و ایجاد قاعده حقوقی مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۱- مفهوم دکترین

واژه دکترین دارای دو معنای عام و خاص است. دکترین در معنای عام معادل «نظریه»،^۱ «تز»^۲ یا «عقیده»^۳ است و به مجموعه مفاهیمی اطلاق می‌شود که می‌توان به کمک آن‌ها وقایع را تفسیر نموده و عمل انسان را هدایت و رهبری نمود.^۴ طبق معنای عام، هر نظریه‌ای در هر زمینه علمی دکترین نامیده می‌شود. به‌عنوان مثال، وقتی گفته می‌شود دکترین مارکسیست بر مبنای اصل نبرد طبقاتی و دکترین لیبرالیسم بر مبنای اصل عدم مداخله دولت در اقتصاد استوار است، اصطلاح دکترین در معنای عام آن به کاررفته است؛ اما دکترین در معنای خاص نظریات یا عقایدی است که علمای حقوق در مقام شرح و تفسیر قواعد حقوقی بیان می‌کنند. دکترین همانند قانون و رویه قضایی دارای ماهیت مکتوب و نوشتاری است؛ بنابراین، به آن دسته از

1. La theorie.

2. La these.

3. L'opinion.

4. Robert Paul, *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, Paris, 2010, p. 767: "Ensemble de notions qu' on affirme être vraies et par lesquelles on prétend fournir une interprétation des faits, orienter ou diriger l' action humaine".

آراء و نظریات حقوقدانان دکترین اطلاق می شود که در جایگاه آموزش یا در لباس پژوهش، به رشته تحریر درآمده باشد.^۱ مطابق این تعریف، کتب، جزوات آموزشی، مقالات، پژوهش های صورت گرفته در مراکز تحقیقاتی و دایره المعارف های حقوقی، رساله های دکتری و دیدگاه های ارائه شده در کنگره ها و محافل و نشست های علمی و به طور کلی آثار و شاهکارهای طلایه داران حقوق مهم ترین مصادیق دکترین هستند.^۲ وظیفه دکترین در دوره های مختلف، توسط اشخاصی مانند خطیبان، مستشاران حقوقی، استادان دانشگاه و پژوهشگران حقوقی که با «فکر» یا «عمل» سر و کار داشته اند محقق گشته است.

این پرسش مطرح است که آیا دکترین اقدام انفرادی هر حقوقدان است، یا منظور از دکترین نظریه جمعی علمای حقوق در یک عصر معین است؟ در فقه اسلامی عدد صاحب نظران در اعتبار نظرات آنان مؤثر است. حکمی که همه فقها درباره آن اتفاق داشته باشند، «اجماع» نامیده می شود و به عقیده بسیاری از پیروان مذاهب اسلامی الزام آور محسوب می شود.^۳ حکمی که اکثریت فقها درباره آن متفق باشند، «شهرت» نامیده می شود و برخی آن را نیز الزام آور تلقی نموده اند.^۴ در واقع در فقه نظر هر عالم در کنار نظر دیگران ارزش پیدا می کند؛ اما در حقوق ارزش دکترین منوط به عدد صاحب نظران نیست. اصولاً نظر علمای حقوق، خواه به انفراد و خواه به اکثریت یا به اجماع دارای ارزش واحدی است. چه بسا نظریه یک حقوقدان بلند پایه که همگان را مجذوب خود ساخته و همه نظرها را به خود معطوف می سازد. امروزه اساساً مجموعه ای متشکل از حقوقدانان ملی یا بین المللی که به منظور تبادل نظر و یکنواخت کردن نظریات درباره مسائل حقوقی گرد هم آمده و اعلام نظر کنند وجود ندارد. دکترین نظر شخصی هر حقوقدان است که درباره یک مسئله حقوقی یا در پاسخ به یک پرسش بیان می کند. البته هر چه تعداد طرفداران یک نظریه بیشتر باشد آن نظریه از استحکام و مقبولیت بیشتری برخوردار خواهد بود. امروزه اشخاص و مؤسسات حقوقی تحقیقاتی که از امکانات و تجهیزات برخوردارند در این عرصه ایفای نقش می کنند. مؤسسه بین المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی و کمیسیون حقوق بین الملل سازمان

1. Cornu Gerard, *Vocabulaire juridique*, puf, 1978, p. 282.

2. Jestaz Philippe et Jamin Cristophe, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 240.

۳. مظفر محمد رضا، *اصول الفقه*، ج ۲، بیروت، مؤسسه علمی للمطبوعات، ۱۹۹۵، ص ۹۷.

۴. همان، ص ۱۶۴.

ملل متحد که حقوقدانان بزرگ بین‌المللی در آن‌ها فعالیت می‌کنند، نمونه‌های بارز دکتربین در عرصه حقوق هستند. به عبارت دیگر، امروزه دکتربین از حالت فردی به سوی کارهای گروهی و جمعی متحول گشته است.

۲- نقش دکتربین در تفسیر قوانین و نقد آراء دادگاه‌ها

در کار حقوق نقش قاعده‌گذاری به مقنن و نقش تصمیم‌گیری به قضات محول شده است. دکتربین فقط نقش علمی و تفسیری دارد. دکتربین در نقش تفسیری خود دو وظیفه اصلی یعنی نقد و بررسی قواعد حقوق موضوعه و نقد و بررسی آراء صادره از محاکم را بر عهده دارد. در این دو زمینه دکتربین راهنمای عمل مقنن و قضات است. تصور جامعه‌ای بدون وجود دکتربین به عنوان مفسر قوانین و آراء دادگاه‌ها و نظریه‌پرداز حقوق بسیار دشوار است.

۲-۱- نقش دکتربین در تفسیر قواعد حقوقی

دکتربین در این رسالت خود به وضع و نسخ و تفسیر قوانین و شکل‌گیری نظام حقوقی کمک می‌کند. کمک به وضع قانون: یکی از وظایف اصلی دکتربین کمک به مقنن در وضع قوانین است. تأثیر عقاید و اندیشه‌های علمای حقوق بر قانون‌گذار در مرحله وضع قانون بر کسی پوشیده نیست. دکتربین گرچه منبع رسمی حقوق محسوب نمی‌شود ولی در زمره منابع مادی حقوق قرار می‌گیرد؛ یعنی مقنن می‌تواند مواد قانون موردنظر خود را از آراء و نظریات علمای حقوق اقتباس نماید. دکتربین خود قاعده حقوقی وضع نمی‌کند ولی می‌تواند مقنن را به وضع قواعد حقوقی وادار می‌کند. گاه دکتربین آهنگ قانون جدیدی را به صدا درمی‌آورد و مقنن را به تدوین آن ترغیب می‌کند. قانون محصول کار جمعی عرف، دکتربین و مقنن است. عرف در میان مردم به صورت شبه‌غریزی شکل می‌گیرد، توسط حقوقدانان صورت‌بندی شده و به وسیله مقنن تصویب یا تأیید می‌شود.^۱ گاه دکتربین خود طرح اولیه قانونی را آماده نموده و به مقنن پیشنهاد و مقنن آن را با اصلاحاتی تصویب می‌کند. به عنوان مثال، قانون مدنی کشور ما منشأ دکتربینی دارد. طرح اولیه قانون مدنی کشور ما که تاکنون همتایی نداشته توسط سید محمد فاطمی قمی مستشار وقت دیوان عالی کشور تهیه شده و به کمیسیون که مأمور تهیه پیش‌نویس قانون مدنی بود ارائه گردید. کمیسیون مزبور طرح پیشنهادی مرحوم فاطمی را با

۱. دل و کیو ژرژ، فلسفه حقوق، ترجمه جواد واحدی، تهران، ۱۳۸۰، ص ۱۰۱.

اصلاحات و اضافاتی تأیید و به مجلس شورای ملی ارائه نمود و مجلس شورای ملی مصوبه کمیسیون مزبور را بی کم و کاست مورد تصویب قرار داد.^۱ در کشور فرانسه در سال ۲۰۰۵، پیر کاتالا^۲ استاد حقوق دانشگاه پاریس به همراه سی و دو حقوقدان و سه قاضی، طرح اصلاح بخش تعهدات قانون مدنی فرانسه را تهیه و به وزیر دادگستری فرانسه تقدیم کرد.^۳ این طرح نهایتاً در سال ۲۰۱۶ به تصویب نهایی رسید و به قانون تبدیل شد.

کمک به درک صحیح از قانون: پس از وضع قوانین توسط مقنن، وظیفه دکترین بر کشف معنای قوانین متمرکز می‌شود. یکی از اصلی‌ترین وظایف دکترین افزایش آگاهی نسبت به حقوق است. دکترین با تفسیر قواعد حقوقی امکان درک حقوق موجود را فراهم می‌آورد. علمای حقوق در گرایش‌های مختلف حقوقی هر یک به سهم خود بخشی از قواعد حقوق موضوعه را تحت مطالعه قرار می‌دهند. حقوق، بدون وجود دکترین، تعداد انبوهی از قوانین و مقررات است که به‌طور خشک و بی‌روح در قفسه‌ها نگهداری می‌شود. دکترین به قوانین و مقررات گرما و حیات می‌بخشد. کار اصلی دکترین به‌عنوان مرجعی آگاه و بی‌طرف ارائه معنایی در ست از قانون به‌عنوان منبع اصلی حقوق است. دکترین با تحقیقات خود از گره‌ها و موانع در مسیر حقوق رمزگشایی می‌کند. امکان دارد قوانین ناقص مبهم و متعارض باشند، دکترین در این گونه موارد راه حل معقول ارائه می‌کند. به‌عنوان مثال، قانون مدنی ما در خصوص حکم معاملات صغیر ممیز ساکت است. دکترین برخلاف اطلاق ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی، معاملات صغیر ممیز را غیر نافذ اعلام کرده است.^۴ حقوقدانان کشور ما در رفع ابهام از قوانین مانند ماده ۲۰۰ و ۲۰۱ قانون مدنی تلاش وافر نموده‌اند. سومین وظیفه دکترین ساختن ادبیات حقوقی است. در این مرحله دکترین واژه‌های به‌کاررفته در قوانین و حدود قلمرو آنها را به‌خوبی تبیین می‌کند. تدوین اصطلاحات حقوقی یکی از خدمات ارزنده دکترین به دنیای

۱. فاطمی قمی سید محمد، *خاطرات*، به کوشش دکتر حسین زندیه، مرکز پژوهش کتابخانه، موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۹، تهران، ص ۱۰۴.

2. Pierre Catala.

3. Deumier, pascal, *introduction générale au droit*, LGDJ, 2013, n. 390.

۴. امامی سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۵، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۷، ص ۲۶۵ - کاتوزیان ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، تهران، انتشارات به‌نشر، ۱۳۶۸، ش ۳۰۲ - صفایی سید حسین، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص ۱۳۲ - شهیدی مهدی، *حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۰، ش ۲۱۶.

حقوق است.^۱ قضات فرصت کافی برای تجزیه و تحلیل همه قوانین و مقررات را ندارند، لذا به ناچار باید از مطالعات و تفاسیر دکتربین مدد گیرند. به همین جهت قضات و به ویژه قضات جوان با دیدن یک راه حل در آثار حقوقدانان بزرگ آرامش خاطر یافته و رأی خود را با تکیه بر آن، صادر می کنند. البته، قاضی نمی تواند نظر دکتربین را مستقیماً و با ذکر مأخذ، مستند رأی خود قرار دهد، بلکه باید مفاد نظریات علمی حقوقدانان را به عنوان نظر خود بیان کند.

هشدار نسبت به قوانین نامناسب: یکی از وظایف دکتربین این است که قوانین موجود را مورد نقد و بررسی قرار دهد. جامعه به کسانی نیاز دارد که دائماً درباره حقوق بیندیشند. دکتربین در این رسالت خود نقش دیده بان را ایفا می کند؛ بنابراین، اگر قواعد حقوق موضوعه را نادرست تشخیص دهد، باید نسبت به ادامه اجرای این قوانین، زنگ خطر را به صدا در آورد و مقنن را به نسخ یا اصلاح آن ها ترغیب نماید. به عنوان مثال، دکتربین در کشور ما با روشنگری های به موقع خود توانست مقنن را پس از حذف داد سراها به احیای مجدد آن وادار نماید. دکتربین وظیفه دارد حقوق را به غایت و هدف اصلی آن یعنی عدالت نزدیک سازد. دکتربین با مشعل فروزانی که در دست دارد، می تواند حقوق را به مسیر صحیح هدایت نموده و «وضع موجود» را به «وضع مطلوب» و «هست» را به «باید» تبدیل نماید.^۲

سامان دهی نظام حقوقی: وجود دکتربین برای داشتن یک نظام حقوقی معقول و منطقی ضروری است. دکتربین میان ایدئالیسم حقوقی و واقعیت گرایی حقوقی تعادل و توازن برقرار می سازد. کار واقعی دکتربین فرضیه سازی، نظریه پردازی، نقد و پیشنهاد است. دکتربین با کار نظام مند خود، قواعد حقوقی را در سازمان های حقوقی قرار داده و نظامی هماهنگ از اصول و قواعد و سازمان های حقوقی را عرضه نموده و با تدوین نظامی منطقی، کلیت، وحدت و پیوستگی حقوق را رقم می زند. دکتربین به صورت حافظه حقوق عمل می کند یعنی میان گذشته، حال و آینده حقوق ارتباط برقرار کرده و با برقراری توازن میان قوانین کهن و نیازهای جدید به تحول حقوق کمک می کند. برخی از اندیشمندان، در توسعه قلمرو وظایف دکتربین پا را فراتر نهاده و گفته اند؛ اندیشه حقوقی باید در هر جا و همیشه در برابر بی عدالتی قد راست

۱. کوشش های ارزنده استاد دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی در تدوین ترمینولوژی، فرهنگنامه و دانشنامه های حقوقی قابل تحسین است.

2. Jestaz Philippe et Jamin Christophe, *La Doctrine*, Dalloz, 2004, p. 172.

کند و از بی کس و کارها در برابر صاحبان قدرت و ستم‌پیشگان دفاع کند و این وظیفه‌ای پایان‌ناپذیر است.^۱

۲-۲- نقش دکترین در نقد آراء دادگاه‌ها

یکی از وظایف دکترین نقد و بررسی آراء صادره از محاکم است. دکترین در بررسی آراء محاکم مفهوم و قلمرو آراء و نیز ابزار و فنون استنباط مورد استفاده آنان را بر اساس اصول و موازین حقوقی مورد ارزیابی قرار می‌دهد. دکترین با این اقدام خود در رواج روش استدلال صحیح، قانونمند کردن رسیدگی‌ها، اصلاح رویه قضایی، ارتقای نظام حقوقی و برقراری عدالت مؤثر واقع می‌شود. نقشی که دکترین در نقد آراء محاکم ایفا می‌کند همانند نقشی است که هیأت منصفه در رسیدگی‌های قضایی یا افکار عمومی در سیاست ایفا می‌کند. گرچه قضات ملزم به پذیرش نظریات دکترین در نقد و بررسی آراء خود نیستند، ولی جامعه وزن آراء محاکم را با عیار نقد دکترین می‌سنجد.

۳- نقش دکترین به عنوان منبع مستقیم ایجاد قاعده حقوقی

منبع حقوق مرجعی است که می‌تواند به نمایندگی از عموم جامعه قواعد عام، کلی و الزام‌آور وضع کند و محصول کار او برای همگان از جمله برای قضات الزام‌آور باشد. وضعیت اعتبار دکترین به عنوان منبع مستقیم حقوق در همه نظام‌های حقوقی و در همه اعصار یکسان نبوده است. امروزه تسلط اندیشه مکتب حقوق موضوعه، تصور جامعه‌ای که در آن با سکوت مطلق قانون، عرف و رویه قضایی دکترین یکه‌تاز میدان باشد و قاضی مکلف به اعمال نظر علمای حقوق باشد کمی دشوار است. امروزه شرایط دکترین برای تبدیل شدن به یک منبع حقوقی نه لازم و نه کافی است.^۲ وضعیت دکترین با سایر منابع حقوق متفاوت است. تفاوت دکترین و قانون در این است که اولاً قواعد حقوقی اساساً باید توسط مرجعی وضع شوند که در قانون اساسی این صلاحیت به وی اعطا شده باشد. قانون از چنین صلاحیتی برخوردار است و در مرحله وضع و اجرا از پشتوانه قدرتمند دولت برخوردار بوده و برای همگان الزام‌آور است،

۱. مالوری فیلیپ، اندیشه‌های حقوقی، ترجمه مرتضی کلانتریان، نشر آگه، ۱۳۸۸، ص ۱۳.

2. Cornu Gerard, *Droit civil, introduction, les personnes et les biens*, Paris, Montchrestien, 1991, n. 451.

ولی دکتربین یک اظهار نظر علمی و فنی است که فاقد پشتوانه دولتی است.^۱ به تعبیر دیگر دکتربین قدرت قانون را ندارد. ثانیاً قانون توسط نمایندگان منتخب مردم به تصویب رسیده و با درج در روزنامه رسمی به اطلاع همگان می‌رسد ولی نظرات علمای حقوق مهر رسمی دولت را نداشته و منتشر نمی‌شوند. تفاوت دکتربین و عرف در این است که؛ عرف عکس العمل خودجوش همه مردم یک جامعه در مقابل نیازهای متداول است، ولی دکتربین اظهار نظر عقلایی قوم درباره مسائل حقوقی است.^۲ تفاوت دکتربین و رویه قضایی این است که اولاً دکتربین رویه قضایی را مورد نقد قرار می‌دهد ولی عکس آن صادق نیست. ثانیاً دکتربین تفسیر آزادانه‌ای از قوانین را بیان می‌کند در حالی که قاضی موظف به رعایت چارچوب الفاظ قانون است. ثالثاً اگر دعوی در دادگاه اقامه شود دادگاه ملزم به اظهار نظر است ولی اگر مسئله‌ای در نزد دکتربین مطرح شود ملزم به پاسخ‌گویی نیست. رابعاً قاضی در صورتی اظهار نظر می‌کند که دعوی در نزد او اقامه شده باشد، ولی دکتربین هر وقت بخواهد اظهار نظر می‌کند.^۳ به‌طور کلی می‌توان گفت؛ منابع حقوق یا قاعده می‌سازند و یا آن را اجرا می‌کنند. دکتربین نه قاعده می‌سازد و نه آن را اجرا می‌کند بلکه تنها در جریان ساخت و اجرای قواعد حقوقی به مقنن و قاضی مدد می‌رساند.

۱-۳- دکتربین در حقوق خارجی

از دیرباز در جوامع و اعصار مختلف درباره نقش ایجاد دکتربین بحث و گفتگو وجود داشته است. در حقوق روم، نظر حقوقدانان برای دادگاه‌ها الزام‌آور بود.^۴ امپراطوران رومی تصمیم گرفته بودند نظریات ارائه‌شده توسط حقوقدانان رومی برای قضات لازم‌الاجرا باشد.^۵ در خانواده رومی دکتربین مدتی طولانی منبع حقوق بوده است. در واقع در دانشگاه‌ها بود که از قرن سیزدهم تا نوزدهم، اصول حقوقی استخراج می‌شد. تنها در دوران اخیر است که با

1. Roubier Paul, *Theorie generale du droit*, Paris, Dalloz, 2005, p. 13.

۲. برخی نویسندگان معتقدند که دکتربین همان عرف علمای حقوق است که نوعی عرف خاص محسوب می‌شود. (جعفری لنگرودی محمدجعفر، ۱۳۸۷، *اندیشه و ارتقاء، گنج دانش*، ۱۳۸۷، ش. ۵۹۸). طبق این نظر جایگاه دکتربین به‌عنوان منبع حقوق هم‌ردیف عرف خاص است که در نبود قانون به آن مراجعه می‌شود. لیکن به نظر می‌رسد که دکتربین به دلیل فقدان عنصر معنوی از عرف متمایز است.

3. cornu, *optcit*, n. 448.

4. Starck Boris, *Droit civil, introduction*, Librairies Techniques, Paris, 1972, n. 126.

5. Weill Alex, *Droit civil, introduction generale*, Paris, Dalloz, 1970, n. 181.

پیروزی اندیشه‌های دمکراتیک و قانون‌نویسی، تفوق قانون جایگزین برتری دکترین شده است.^۱ ولی در عصر حاضر «دکترین» فاقد ماهیت اجبار کننده و نیروی الزام آور به عنوان یک منبع حقوق شده و قضات ملزم به اعمال آن‌ها نیستند. به همین جهت امروزه در اغلب کشورها، دکترین رسماً به عنوان منبع اصلی یا تکمیلی حقوق معرفی نشده است.^۲ در نظام حقوقی کامن‌لا، دکترین به معنای متداول در نظام حقوقی رومی ژرمنی وجود ندارد.^۳ در نظام حقوقی فرانسه، اکثر قریب به اتفاق حقوق‌دانان نقش دکترین را در ایجاد مستقیم قاعده حقوقی به عنوان منبع حقوق، رد کرده‌اند.^۴ لیکن در برخی کشورها، مانند سوئیس، دکترین به عنوان منبع فرعی و تکمیلی حقوق پذیرفته شده است. طبق بند ۳ ماده ۱ قانون مدنی سوئیس، در صورت عدم وجود قانون مدون و عرف و رویه قضایی، قاضی از دکترین الهام می‌گیرد. در این گونه نظام‌ها دکترین یک منبع الهام‌بخش است. در کشورهای برزیل و پرتغال هرگاه قاعده‌ای مورد وفاق حقوق‌دانان، قضات و وکلا باشد، دادگاه نمی‌تواند برخلاف آن قاعده رأی صادر کند.^۵ در حقوق بین‌الملل عمومی طبق ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی، «دیوان موظف است از عقاید حقوق‌دانان برجسته ملت‌های مختلف به عنوان وسیله آگاهی از قواعد حقوقی استفاده کند»؛ بنابراین، در محاکم بین‌المللی نظریات علمای حقوق به منظور اطلاع از قواعد حقوق داخلی کشورها، به عنوان منبع تکمیلی حقوق پذیرفته شده است.

۲-۳- دکترین در حقوق ایران

قانون اساسی ما درباره نظریات حقوق‌دانان به عنوان منبع حقوق سکوت اختیار نموده، اما «فتاوی» فقها را به عنوان منبع تکمیلی حقوق اعلام نموده است. اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقرر

۱. رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه دکتر صفایی، دکتر آشوری و دکتر عراقی، ش ۱۱۰.

2. Aubert Jean-Luc, *introduction au droit*, Paris, Ciry, 2008, n 182: "La doctrine n est pas, et ne peu pas etre, une source du droit, meme indirecte: elle n est investie d' aucun pouvoir institutionnel qui lui permette de creer la regle de droit".

3. Jestaz Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2005.p. 116.

4. Ghestin Jacques et Goubeaux Gilles, *Droit civil, introduction* Paris, LGDJ, 1997, n. 227 - Weill Alex, opcit, n. 181. - Carbonnier Jean, *Droit civil, introduction*, Paris, 1991 PUF, n 35 - Mazeaud Henri, *Lecons de droit civil, Introduction a l' étude du droit*, Paris, Montchrestien, 1991, n. 99. - François Terré, *Introduction générale au droit*, n 198.

5. Bergel Jean-Louis, *Theorie generale du droit*, Paris, Dalloz, 2003, n. 59.

دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد». البته، از آنجا که فتاوی فقها منبعی تکمیلی و استثنایی بر قاعده کلی محسوب می شود باید شرایط مراجعه به آن با دقت تعیین شود. اعمال حکم اصل ۱۶۷ قانون اساسی منوط به تحقق سه شرط است: شرط اول اینکه راه حلی در قوانین مدونه وجود نداشته باشد، شرط دوم، فتوای معتبر صریحی در خصوص مورد وجود داشته باشد و شرط سوم اینکه مسئله مورد نظر مربوط به امور حقوقی باشد. در ادامه این مبحث شرایط سه گانه فوق را مورد تحلیل قرار خواهیم داد.

۱-۲-۳- شرط اول: عدم وجود راه حل در قوانین مدونه

فتاوی معتبر فقها در کنار منابع معتبر، منبع تکمیلی حقوق محسوب می شود و قضات در صورت سکوت قانون رأی خود را بر اساس این منبع تکمیلی صادر می کنند. البته، شرط مراجعه قضات به این منبع تکمیلی، سکوت قانون است و با وجود قانون نوبت به فتوی نمی رسد. قانون و فتاوی معتبر در عرض یکدیگر نیستند. قاضی نمی تواند با وجود قانون، به فتوای فقیه مراجعه نماید. تفسیر قانون در حکم قانون است و مادام که تفسیر قانون ممکن باشد نوبت به فتوای فقیه نمی رسد. به تعبیر برخی از حقوقدانان؛ قاضی در درجه اول باید قانون را از راه تفسیر مواد قوانین موضوعه دریابد ولی اگر این امر میسر نشد آن وقت مستنداً به مبانی قوانین موضوعه که اهم آنها رعایت شرع است می تواند در خصوص مورد با رعایت همه جوانب و ضوابط تفسیر قانون عمل کند.^۱ بی اعتنایی به منطوق قانون جرم و موجب مجازات است. مفهوم قانون همانند منطوق آن معتبر است؛ بنابراین، قواعدی که از روح قانون یا سایر لوازم و روش های تفسیر قانون مانند قیاس، وحدت ملاک، مفاهیم و دلالت های التزامی از قانون، استنباط می شود در حکم قانون بوده و مانع مراجعه قاضی به فتوای فقیه است. قاضی باید حتی الامکان قانون موضوعه را بر دعوی اعمال نماید. شورای نگهبان در اظهار نظری در مورد قانون مربوط به دادگاه های انقلاب و صلاحیت آنها در سال ۱۳۶۰ که در آن پیش بینی شده بود برای رسیدگی و صدور حکم در مورد حدود و قصاص و دیات دادگاهها به

۱. جعفری لنگرودی محمدجعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹، ص ۱۷۰.

تحریرالوسیله امام خمینی و فتاوی ایشان مراجعه نمایند، اعلام داشت: «هنگامی دادگاه‌ها می‌توانند به تحریرالوسیله مراجعه نمایند که متن فارسی آن به‌عنوان یک متن قانونی (به‌صورت مواد قانونی) مطرح و به تصویب برسد».^۱ وجود قاعده عرفی هم که قانون آن را پذیرفته است، مانع مراجعه قاضی به منابع تکمیلی یعنی فتاوی فقها است. (ماده ۲۲۰ قانون مدنی). تبصره ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد». این حکم بدین معناست که در تعارض حکم قانون و فتوی، قانون مقدم است. مراجعه به فقه، طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی به‌عنوان آخرین چاره و برای نجات قاضی از سرگردانی است، یعنی مراجعه به فقه زمانی مجاز است که تمام درها به روی استنباط حکم از قانون بسته باشد. در چنین جایی فقه به‌عنوان مددکار قانون ظاهر می‌شود نه به‌عنوان رقیب قانون که متر صد فرستی باشد تا بر مسند قانون تکیه بزند. به تعبیر برخی فرزندگان، فقه باید وسیله‌ای برای تکمیل قانون و نه حربه‌ای برای مبارزه با آن باشد.^۲ اگر قاضی علیرغم وجود حکم قانون به فتوی مراجعه کند اقدام او توقف اجرای قانون و نقض قانون اساسی محسوب می‌شود؛ بنابراین، وقتی بتوان با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی، قولنامه را معتبر تلقی نمود، دیگر نباید با مراجعه به فقه، اعتبار قولنامه را به استناد عدم نفوذ «شروط ابتدایی» مورد تردید قرار داد.^۳ در صورتی که فتاوی فقها با قوانین موضوعه متعارض باشد قانون بر فتوی مقدم خواهد بود.

۲-۲-۳- شرط دوم: وجود فتاوی معتبر صریح

در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، واژه فتاوی به قید «معتبر» مقید شده است. در قوانین ما برای تشخیص فتاوی معتبر از غیر معتبر ضابطه و معیاری ارائه نشده، برای معتبر بودن یک فتوی دو ضابطه قابل ارائه است. ضابطه اول محتوای علمی فتوی و ضابطه دوم شهرت شخص صادرکننده فتوی است. مطابق معیار اول فتاوی معتبر فتوایی است که به‌صورت یک نظریه علمی در یک مقاله یا کتاب منتشر شده و صاحب‌نظران زیادی اعتبار آن را تأیید کرده‌اند. در واقع اعتبار فتوی ناشی از داوری صاحب‌نظران است. مطابق معیار دوم اعتبار فتوی ناشی از

۱. مهرپور حسین، مختصر حقوق اساسی، نشر دادگستر، ۱۳۸۹، ص ۱۴۹.

۲. کاتوزیان ناصر، فلسفه حقوق، تهران، انتشارات به نشر، ج ۲، ۱۳۶۵، ش ۲۴۳.

۳. کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۱، ۱۳۷۱، ش ۴۳.

شهرت و شخصیت صادرکننده فتوی است. در این صورت فتوایی معتبر تلقی می شود که توسط فقیهی معروف اعلام شده باشد.

استفاده از فتاوی فقیهان توسط دادگاه‌ها با مشکلات و دشواری‌هایی مواجه است که قضات گرامی باید به آن توجه داشته باشند. یکی از مشکلات ناشی از تعارض فتاوی معتبر است. زمانی که دو فقیه دو فتوای معتبر کاملاً متناقض درباره موضوع واحدی صادر نموده باشند اجرای یکی از دو فتوی مغایر عدالت و نصفت قضایی است. در توضیح این مطلب باید گفت؛ پس از سپری شدن دوران امامت امامان شیعه یعنی تقریباً از ابتدای قرن چهارم هجری فقهای امامیه به اجتهاد روی آوردند. در طول حدود ده قرن اجتهاد، فقیهان نام‌آور بسیاری در آسمان فقاقت شیعه درخشیده و فتاوی معتبری صادر کرده‌اند. فقهای متقدم، متأخر و معاصر درباره یک مسئله ممکن است فتواهای متفاوتی صادر کرده باشند. از سوی دیگر، امکان دارد هر فقیه درباره یک موضوع در دوره‌های مختلف زندگی علمی خود نظریات متفاوتی بیان کرده باشند. به‌عنوان مثال، درباره شطرنج می‌توان تفاوت آشکاری میان فتاوی مشاهده نمود؛ بنابراین در میان این فتاوی معتبر متعدد امکان تعارض امری اجتناب‌ناپذیر است. پرسش قابل طرح اینکه در صورت وجود «فتاوی معتبر» متعدد، قاضی چگونه باید یکی را انتخاب کند و به‌جای قانون در دعوی مطروحه اعمال کند؟ اگر گفته شود قاضی مخیر است هر کدام را بخواهد بر دعوی مطروحه اعمال کند، باید گفت برخلاف عدالت و منطق است که یک قاضی با استناد به فتوای یک فقیه حکم به مجازات بدهد و قاضی دیگری در همان موضوع با استناد به فتوای فقیه دیگری حکم برائت صادر کند. پرسش دیگر اینکه اگر دو دادگاه با استناد به دو فتوای معتبر متفاوت دو رأی متناقض صادر کنند، در مرحله تجدیدنظر یا فرجام با فرض اعتبار هر دو فتوی، چگونه می‌توان یکی از دو رأی صادره را نقض کرد، به‌عنوان مثال، اگر در موضوع معینی قانون ساکت باشد و یک دادگاه طبق فتوای یک فقیه بزرگ مانند شیخ مفید، از فقهای متقدم، حکم صادر کند و دادگاه دیگری در موضوع مشابه طبق فتوای فقیه دیگری مانند امام خمینی (ره)، از فقهای معاصر، حکمی مغایر با دادگاه اول صادر کند، چون هر دو فتوی معتبر هستند دیوان عالی کشور در رسیدگی فرجامی چگونه می‌تواند یکی از دو رأی را

نقض کند. این وضعیت برخلاف عدالت قضایی و اصل تساوی افراد در مقابل قانون است.^۱ یکی دیگر از مشکلات تلقی فتاوی به عنوان منبع حقوق پراکندگی آن‌ها در ابواب و کتب فقهی است که غالباً به زبان عربی نگاشته شده و تنها برای عده قلیلی قابل درک و فهم است. توقع آگاه بودن مردم عادی از این کتب تخصصی، تکلیف ما لا یطاق است. مجازات افرادی که به هر دلیل از فتاوی گسترده کیفری فقها مطلع نیستند، عقاب بلا بیان محسوب می‌شود. مردم می‌توانند به عذر جهل به فتاوی استناد کنند و خود را معاف از کیفر بدانند. وقتی که به موجب ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی افراد حق داشته باشند در مورد چند ماده مختصر مصرح در قانون مجازات درباره «حدود» ادعای جهل کنند و دادگاه جهل آنان را می‌پذیرد، به طریق اولی باید بتوانند درباره مسائل مطرح شده در کتب و مجموعه‌های مفصل فقهی به زبان عربی ادعای جهل کنند.

۳-۲-۳- شرط سوم: منع تسری فتاوی به امور کیفری

حکم اصل ۱۶۷ قانون اساسی باید تنها به امور حقوقی محدود شود؛ زیرا تعمیم این حکم به امور کیفری مغایر نص و روح قانون اساسی و اصول و موازین حقوقی است. برخی با توجه به اطلاق واژه «دعوی» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی گمان کرده‌اند که اگر قانون رفتاری را جرم نداند ولی به فتاوی یکی از فقیهان شیعه آن رفتار جرم و قابل مجازات باشد، قاضی باید طبق این فتوی حکم به مجازات بدهد. به عنوان مثال، اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۱۹۴۷ مورخ ۱۳۷۹/۳/۲۹ چنین اظهار داشته است: «اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب و ماده ۲۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری در واقع متضمن اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیز هست؛ زیرا مقررات یادشده، رجوع به منابع فقهی را در امور کیفری، در مواردی که قانون ساکت است ولی در شرع، مجازات خاص برای آن مقرر شده، تجویز کرده؛ بنابراین، قضات مأذون بر اساس مقررات یادشده، می‌توانند عملی را که فاقد مجازات در قانون است لیکن در شرع مجازات خاص برای آن مقرر شده، مثل ارتداد طبق مقررات شرعی مجازات نمایند». همین

۱. از آنجاکه در قانون اساسی ما واژه «فتاوی» در کنار واژه «منابع» ذکر گردیده است و مقنن تقدم و تأخری در مراجعه به آن دو بیان نکرده است، قاضی می‌تواند به جای مراجعه به فتاوی، مستقیماً به «منابع معتبر» مراجعه کند و از این رهگذر اجتهاد را بر تقلید صرف برتری بخشد.

تفسیر از قانون اساسی در قوانین کیفری ما وارد شده است. این برداشت از اصل ۱۶۷ قانون اساسی ابتدا در ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو مصوب ۱۳۶۸/۴/۲۰ و سپس در ماده ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۵ و بعداً در ماده ۲۱۴ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ و سرانجام در سال ۱۳۹۲ وارد قانون مجازات اسلامی گردید. ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ مقرر می‌دارد: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود».^۱ اما این عقیده با مخالفت جدی و گسترده حقوقدانان کشور ما مواجه گشته است. دلیل این مخالفت تعارض این عقیده با «اصل قانونی بودن جرائم و مجازات» است. در حقوق کیفری دادرسی نمی‌تواند جرم و مجازات ابداع نماید، بلکه قاضی تنها برای عملی می‌تواند مجازات تعیین کند که طبق قانون آن رفتار جرم تلقی شده و برای آن مجازات پیش‌بینی شده باشد. اصل آزادی انسان‌ها اقتضا می‌کند که مقنن قبلاً حدود مرز اعمال مجاز و ممنوع را معین نماید.^۲ قانون اساسی ما به این اصل مهم حقوقی توجه داشته و آن را در اصول ۳۶ و ۱۶۹ به صراحت ذکر نموده؛ بنابراین، اطلاق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، با اصول ۱۶۹ و ۳۶ قانون اساسی مقید گشته است؛ بنابراین، با خروج دعاوی کیفری از شمول حکم، کلمه دعوی در اصل ۱۶۷ واژه دعوی در این اصل منصرف به دعاوی غیر کیفری است. اصول و موازین حقوقی ایجاب می‌کند که هرگاه قانون عملی را جرم اعلام نکرده باشد، دادگاه بر اساس اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، حکم برائت متهم را صادر نماید؛ بنابراین، جرایم باید در قانون برشمرده شوند نه این که قاضی آن‌ها را از لابه‌لای کتب فنی فقها کشف نماید. اکثریت قریب به اتفاق حقوقدانان کشور ما مفاد این اصل را منصرف به امور غیر کیفری دانسته و معتقدند اگر در امور کیفری حکم عمل ارتكابی در منطوق قوانین جزایی صریحاً پیش‌بینی نشده باشد، قاضی مکلف است از متهم رفع اتهام نموده و حکم برائت او را صادر

۱. البته چون حکم این ماده ناظر به حدود است باید به‌طور مضیق تفسیر شود و از تعمیم آن به دیات و تعزیرات خودداری شود.

۲. علی‌آبادی عبدالحسین، حقوق جنایی، ج ۱، انتشارات فردوسی، ۱۳۹۲، ص ۴۶ - محسنی مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، کلیات حقوق جزا، ج ۱، نشر گنج دانش، ۱۳۹۲، ص ۳۰۲.



نماید.^۱ به عقیده حقوقدانان، جرم دانستن رفتار بر اساس فتوای فقیهان امنیت قضایی شهروندان را دستخوش پراکندگی و پریشانی خواهد ساخت.^۲ به علاوه، جرم انگاری عملی تقنینی است و تنها باید از طریق مجلس انجام شود، نمی توان اختیار این اقدام مهم را به قاضی محول کرد تا با مراجعه به منابع معتبر و فتاوی اعمال روزانه مردم را جرم تلقی کند. اگر قضات بتوانند با این سهولت رفتاری را جرم محسوب کنند وجود دستگاه تقنینی عبث خواهد بود. در سایر نظام های حقوقی نظیر فرانسه نیز در امور کیفری همین نظر پذیرفته شده است.^۳ ژان پرادل استاد حقوق کیفری فرانسه اعتقاد دارد اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها ناشی از قرارداد اجتماعی است، لذا تعیین جرم و مجازات باید فقط در اختیار مجلس منتخب مردم باشد.^۴ پرتالیس یکی از چهار نویسنده قانون مدنی فرانسه می گوید: «در امور کیفری فقط باید یک متن رسمی روشن، شفاف و از قبل مکتوب وجود داشته باشد که بتواند مبنای عمل دادگاه باشد».^۵ اسناد بین المللی که کشور ما به آن ها پیوسته است نیز اصل قانونی بودن جرائم و مجازات ها را پایه و اساس حقوق بشر مرتبط می دانند. به عنوان مثال، بند

۱. کاتوزیان نا صر، مقدمه علم حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵، ش ۱۹۸ - مهرپور حسین، پیشین، ص ۳۷۵ - افتخار جهرمی گودرزی، اندیشه های حقوقی نوین در حقوق داخلی و بین المللی، انتشارات نویان، ۱۳۹۵، ص ۲۱۵ - هاشمی سید محمد، حقوق اساسی، ج ۲، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص ۴۰۹ - هاشمی سید محمد، «بررسی مفاهیم عدالت و انصاف از دیدگاه قانون اساسی جمهوری اسلامی، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت»، دانشگاه تهران با همکاری برنامه عمران ملل متحد، تهران، ۱۳۸۲، ص ۱۹۹ - اردبیلی محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص ۲۰۴ - صناعی پرویز، حقوق جزای عمومی، ج ۱، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۱، ص ۱۱۶ - آخوندی محمود، آئین دادرسی کیفری، ج ۱، سازمان چاپ و انتشارات وزارت ارشاد، ۱۳۸۹، ص ۹۴ - کلانتری کیومرث، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات ها، ساری، انتشارات دانشگاه مازندران، ۱۳۷۵، ص ۹۲ - حبیب زاده محمدجعفر و محقق داماد سید مصطفی، «اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق ایران»، نشریه علمی دانشگاه شاهد، ۱۳۷۴، ص ۲۵ - نجفی توانا علی و میلیکی ایوب، حقوق جزای عمومی، ج ۱، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳، ص ۵۶.

۲. هاشمی سید محمد، «بررسی مفاهیم عدالت و انصاف از دیدگاه قانون اساسی جمهوری، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت»، ص ۱۹۹.

۳. لوی برول هانری، جامعه شناسی حقوق، ترجمه ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص ۸۱.

۴. ژان پرادل، تاریخ اندیشه های کیفری، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات سمت، ۱۳۹۶، ص ۴۶.

5. Portalis Jean Etienne Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, éditions Confluences, 2004, p. 21: «En matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence».

۲ ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر مقرر می‌دارد: «هیچ کس برای انجام یا عدم انجام عملی که در موقع ارتکاب آن عمل به موجب حقوق ملی یا بین‌المللی جرم شناخته نمی‌شده است محکوم نخواهد شد». یا ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مقرر می‌دارد: «هیچ کس به علت فعل یا ترک فعلی که در زمان ارتکاب مطابق قوانین ملی یا بین‌المللی جرم نبوده است محکوم نمی‌شود».

نتیجه‌گیری

نتایج تحقیق درباره ارزش و اعتبار دکترین به‌عنوان منبع حقوق را می‌توان به شرح ذیل خلاصه نمود.

۱- نقد و بررسی قوانین موجود یکی از وظایف دکترین است. دکترین در این رسالت خود به وضع و نسخ و تفسیر قوانین و شکل‌گیری نظام حقوقی کمک می‌کند. وقتی که دکترین در جریان نقد و بررسی‌های خود، قواعد حقوق موضوعه را صحیح تشخیص دهد، باید آن قواعد را توجیه نموده و عمل بر طبق آن‌ها را توصیه نماید. لیکن اگر قواعد حقوق موضوعه را نادرست تشخیص دهد، باید ضمن هشدار نسبت به خطر اعمال آن‌ها در جامعه، مقنن را به نسخ یا اصلاح آن‌ها ترغیب نماید. دکترین با مشعل فروزانی که در دست دارد، می‌تواند حقوق را به مسیر مطلوب هدایت کند. دکترین باید حقوق را از «هست» به «باید» و وضع موجود را به سوی وضع مطلوب سوق دهد. دکترین وظیفه دارد حقوق را به‌غایت و هدف اصلی آن یعنی عدالت نزدیک سازد. نظریه‌پردازی، خلاقیت و نوآوری کار واقعی دکترین است. دکترین میان قوانین کهن و نیازهای جدید پیوند برقرار می‌سازد. حقوق عرصه مداوم مباحثه حقوقدانان با یکدیگر، قضات با یکدیگر و حقوقدانان با قضات و قانون‌گذار است. دکترین به‌صورت حافظه حقوق عمل می‌کند که میان گذشته، حال و آینده حقوق ارتباط برقرار می‌کند. دکترین با مطالعه حقوق فعلی جامعه و تحقیق در حقوق سایر زمان‌ها و مکان‌ها و تدوین نظریه‌های عمومی کلیت، وحدت و پیوستگی حقوق را رقم می‌زند.

۲- یکی از وظایف دکترین نقد و بررسی آراء صادره از محاکم است. وقتی که دکترین آراء محاکم را بر اساس اصول و موازین حقوقی مورد قضاوت قرار می‌دهد ضمن بررسی نحوه استفاده قاضی از ابزار و فنون استنباط، مفهوم و قلمرو رأی را نیز تعیین می‌کند. دکترین با این اقدام خود در برقراری عدالت، قانونمند کردن رسیدگی‌ها، اصلاح رویه قضایی و در نتیجه در

ارتقا و کارآمدی نظام حقوقی جامعه خود مؤثر واقع می‌شود. نقشی که دکترین در نقد آراء محاکم ایفا می‌کند همانند نقشی است که هیأت منصفه در رسیدگی‌های قضایی یا افکار عمومی در سیاست ایفا می‌کند. گرچه قضات ملزم به پذیرش نظریات دکترین در نقد و بررسی آراء خود نیستند، ولی جامعه وزن آراء محاکم را با عیار نقد دکترین می‌سنجد.

۳- امروزه به‌طور کلی «دکترین» فاقد ماهیت اجبار کننده به‌عنوان یک منبع حقوق بوده و قضات ملزم به اعمال نظریات علمای حقوق در آراء خود نیستند. به همین جهت در عصر حاضر در اغلب نظام‌های حقوقی، دکترین رسماً به‌عنوان منبع اصلی یا تکمیلی حقوق معرفی نشده است. اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که از قرارداد اجتماعی سرچشمه می‌گیرند و ایجاد می‌کند که تعیین جرم و مجازات فقط باید در اختیار مجلس منتخب مردم باشد. در امور کیفری فقط باید یک متن رسمی روشن، شفاف و از قبل مکتوب وجود داشته باشد که بتواند مبنای عمل دادگاه باشد. در نظام حقوقی ما دکترین هیچ‌گاه منبع اصلی و مستقیم حقوق نبوده است. ولی در قانون اساسی ما، به‌طور استثنایی فتاوی معتبر به‌عنوان منبع تکمیلی حقوق معرفی شده است. با توجه به استثنایی و تکمیلی بودن این منبع، باید قلمرو آن به‌طور مضیق اعمال گردد. شرایط تعیین قلمرو این حکم عبارتند از: اولاً زمانی نوبت به فتاوی معتبر می‌رسد که قاضی حکم قضیه را در قوانین مدونه پیدا نکند. در صورتی که حکم قضیه صریحاً در قانون بیان شده باشد یا زمانی که قاضی بتواند با تفسیر منابع اصلی یا با توسل به روح قوانین موجود حکم قضیه را پیدا نماید، نوبت به این منبع تکمیلی نمی‌رسد. قواعدی که از روح قانون یا سایر لوازم و روش‌های تفسیر قانون مانند وحدت ملاک، مفاهیم و دلالت‌های التزامی از قانون، استنباط می‌شود در حکم خود قانون بوده و مانع مراجعه قاضی به فتاوی فقیه است. ثانیاً باید فتاوی معتبر صریحی درباره قضیه مطروحه وجود داشته باشد. به‌علاوه مفهوم «فتاوی» را نباید آن‌چنان توسعه داد که نظریات حقوقدانان را نیز در برگیرد؛ بنابراین، قضات دادگاه‌های داخلی اجازه ندارند در آراء خود به نظریه‌های حقوقدانان استناد کنند. البته، قضات می‌توانند نظریات علمی حقوقدانان را بدون ذکر نام و مأخذ به‌عنوان عقیده خود در آراء صادره بیان کنند. ثالثاً از آنجا که اطلاق اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل ۳۶ همان قانون مقید گشته، در صورت سکوت قوانین موضوعه در دعاوی کیفری، جرم دانستن عمل به استناد منابع یا فتاوی برخلاف اصول و موازین حقوقی و روح قانون اساسی است.

منابع

فارسی

- آخوندی محمود، *آئین دادرسی کیفری*، ج ۱، (تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت ارشاد، ۱۳۸۹).
- اردبیلی محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵).
- افتخار جهرمی گودرز، *اندیشه‌های حقوقی نوین در حقوق داخلی و بین‌المللی*، (تهران: انتشارات نوین، ۱۳۹۵).
- امامی سید حسن، *حقوق مدنی*، (تهران: انتشارات اسلامی، ج ۵، ۱۳۷۷).
- ژان پرادل، *تاریخ اندیشه‌های کیفری*، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۶).
- جعفری لنگرودی محمدجعفر، *مجموعه محشای قانون مدنی*، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹).
- جعفری لنگرودی محمدجعفر، *اندیشه و ارتقاء*، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷).
- حبیب زاده محمدجعفر و محقق داماد سید مصطفی، «اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق ایران»، *نشریه علمی دانشگاه شاهد*، شماره ۹ و ۱۰، (۱۳۷۴).
- داوید رنه، *نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه دکتر صفایی، دکتر آشوری و دکتر عراقی، (تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۴).
- دل و کیو ژرژ، *ترجمه جواد واحدی، فلسفه حقوق*، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۰).
- شهیدی مهدی، *حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات*، (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۰).
- صناعی پرویز، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۱).
- صفایی سید حسین، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵).
- علی‌آبادی عبدالحسین، *حقوق جنایی*، ج ۱، (تهران: انتشارات فردوسی، ۱۳۹۲).
- فاطمی قمی سید محمد، *خاطرات*، به کوشش دکتر حسین زندیه، (تهران: مرکز پژوهش کتابخانه، موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۹).
- کاتوزیان ناصر، *حقوق مدنی، عقود معین*، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱).
- _____، *فلسفه حقوق*، ج ۲، (تهران: انتشارات به نشر، ۱۳۶۵).

- _____، مقدمه علم حقوق، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵).
- _____، قواعد عمومی قراردادها، (تهران: انتشارات به نشر، ۱۳۶۸).
- کلانتری کیومرث، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، (مازندران: انتشارات دانشگاه مازندران، ۱۳۷۵).
- لوی برول هانری، جامعه شناسی حقوق، ترجمه ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵).
- مالوری فیلیپ، اندیشه‌های حقوقی، ترجمه مرتضی کلانتریان، (تهران: نشر آگه، ۱۳۸۸).
- محسنی مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، کلیات حقوق جزا، (تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۹۲).
- مظفر محمدرضا، اصول الفقه، مؤسسه علمی للمطبوعات، (بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۹۹۵).
- مهر پور حسین، مختصر حقوق اساسی، (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۹).
- نجفی توانا علی و میلکی ایوب، حقوق جزای عمومی، (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳).
- هاشمی سید محمد، حقوق اساسی، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵).
- هاشمی سید محمد، «بررسی مفاهیم عدالت و انصاف از دیدگاه قانون اساسی جمهوری اسلامی، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت»، (تهران: دانشگاه تهران با همکاری برنامه عمران ملل متحد، ۱۳۸۲).

English sources & French

- Aubert Jean-Luc, 2008, *introduction au droit*, Cirey, 12 ed. Paris.
- Bergel Jean-Louis, 2003, *Theorie generale du droit*, Dalloz, 4 ed., Paris.
- Carbonnier Jean, 1991, *Droit civil, introduction*, P.U.F, 20 ed., Paris.
- Cornu Gerard, 1991, *Droit civil, introduction, les personnes et les biens*. Montchrestien, 5 ed. Paris.
- Cornu Gerard, 1990, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F., 2 ed., Paris.
- Deumier Pascale, 2013, *introduction générale au droit*, L.G.D.J., 2 ed. Paris.
- Ghestin Jacques et Goubeaux Gilles, 1997, *Droit civil, introduction generale*, L.G.D.J., Paris.
- Jestaz Philippe, 2005, *Les sources du droit*, Dalloz, 1 ed., Paris.
- Jestaz Philippe et Jamin Christophe, 2004, *La doctrine*, Dalloz, 1 ed., Paris.
- Mazeaud H. et L., par M de Juglart, 1991, *Lecons de droit civil, Introduction a l' étude du droit*, Montchrestien, 2 ed. Paris.

- Portalis Jean Etienne Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, éditions Confluences, 2004.
- Robert Paul, 2010, *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, Paris.
- Raymond Gillien, 2007, *Le Lexique des Termes juridiques*, Dalloz, Paris.
- Roland henri et boyer Laurent, 2002, *introduction au droit*, Litec, Paris.
- Roubier Paul, 2005, *Theorie generale du droit*, Dalloz Paris.
- Starck Boris, 1972, *Droit civil, introduction*, Librairies Techniques, Paris.
- Terré Francois, 2015, *Introduction generale au droit*, Dalloz, 10 ed., Paris.
- Weill Alex, 1970, *Droit civil, introduction generale*, Dalloz, Paris.

