

منطق حقوق مدرن و اصول فقه؛ خاستگاه و کاربردهای متفاوت

با مطالعه موردی در نظام حقوقی ایران

دکتر حسین سیمایی صراف*

چکیده

وفاداری حقوق ایران به شریعت که با تصویب اصل چهارم قانون اساسی، الزام حقوقی نیز یافته است از یک سو، و کم کاری حقوق دانان ایرانی در تدوین اصول تفسیر حقوقی مستقل از اصول فقه اسلامی از سوی دیگر، سبب بروز مغالطه یکسان انگاری اصول فهم این دو دانش هنجاری شده است. از آثار این مغالطه، حذف مُتَد استدلال قیاسی از اسلوب های استدلال حقوقی و مراجعه به منابع اسلامی (موضوع اصل ۱۶۷ قانون اساسی) با وجود امکان استنتاج قانون و حاکمیت آن است. این مقاله بر آن است که حتی اگر به کارگیری قیاس در تفسیر فقهی ناروا باشد کاربست آن در حقوق لزوماً، ناموجه نیست و به این ترتیب اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی، زمانی مجال می یابد که همه راه های تفسیری از جمله قیاس بسته باشد. حاصل این رویکرد حاکمیت هرچه بیشتر قانون و کاهش اعمال سلیقه های متشتت فقهی به بهانه سکوت قانون است و نتیجه هرمنوتیکی آن اثبات استقلال منطق تفسیری حقوق از منطق تفسیری فقه است.

کلید واژگان

منطق حقوق و اصول فقه - حاکمیت قانون - قیاس - روش - منبع.

*استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم.

مقدمه

از نخستین صبحگاهانی که حقوق مدرن چشم به روی این کشور گشود، اصول فهم و تفسیر آن را اصول فقه اسلامی راهبری می‌کرد. این روند با پیروزی انقلاب اسلامی و حاکمیت یافتن رسمی فقه با تصویب اصل چهارم قانون اساسی، رو به تزايد گذاشت. اکنون گمان عمومی بر آن است که به جز اصول و فنونی که کاربرد آنها در حقوق موضوعاً منتفی است (مانند خبر واحد)، به کارگیری سایر فنون ایجابی یا سلبی اصول فقه در تفسیر حقوقی ضروری است. به عنوان نمونه، قیاس که مشروعیت آن در تفسیر فقهی ناروا است در تفسیر حقوقی نیز ناموجه است. بنابراین هرگاه از راه به کارگیری تکنیک‌های موجه اصول فقهی، راه حل یک معضل - حکمی یا موضوعی - حقوقی یافت نشود، مطابق اصل ۱۶۴ قانون اساسی باید به منابع اسلامی مراجعه نمود حتی اگر به مدد قیاس راه برون رفت گشاده باشد. این مقاله مدعی است در این رویکرد چندین مغالطه نهفته است. نخست آنکه میان قیاس به مثابه منبع با قیاس به مثابه روش خلط شده است در حالی که ممنوعیت اولی ملازمه با ممنوعیت دومی ندارد. دوم آنکه لزوم انطباق قوانین با موازین اسلامی (اصل چهارم قانون اساسی)، به مفهوم ضرورت پیروی از مبدء فهم و تفسیر آنها (اصول فقه) نبوده بلکه به معنای انطباق با محتوی منابع اسلامی (اعم از موافقت یا عدم مغایرت) است. دیگر آنکه حتی اگر به کارگیری قیاس به مثابه روش نیز در تفسیر فقهی ممنوع باشد لزوماً کاربست آن در حقوق ممنوع نیست. اگر نتوان در منابع اسلامی با مبدء قیاسی به تفسیر مرضی شارع دست یافت چرا نتوان در منابع حقوقی و مثلاً در فهم و تفسیر قانون، با کاربست قیاس، به اراده قانون‌گذار راه یافت. با این رویکرد هنگامی نوبت به اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌رسد که هیچ راهی - حتی راه تفسیر قیاسی - بر حقوق‌دان گشوده نباشد. حاصل این نگاه، حاکمیت هرچه بیشتر قانون و ناهموار ساختن قانون‌گریزی با به صحنه کشاندن آرای متشتت فقهی است.

بر اساس آنچه که گفته شد، نخست، مغالطه قیاس روشی و قیاس منبع را نقد می‌کنیم. سپس یکسان‌انگاری منطق فقه و حقوق را به نقد می‌کشیم و سرانجام نمونه‌هایی عملی از منطق متفاوت حقوق و فقه در رویه قضایی را نشان خواهیم داد.

گفتار اول: قیاس در نظر: خلط منبع و روش، و نقد یکسان‌انگاری منطق فقه و حقوق

۱. تمییز منبع از روش؛ قیاس به مثابه روش

قیاس (تمثیل) در جایگاه منطق ارسطویی، بی‌شک روشی در کنار سایر روش‌های استدلال (قیاس منطقی و استقرا) می‌باشد، اما همین «روش» در تاریخ شریعت اسلامی گاه در نقش «منبع» ظاهر شده است و آن هنگامی است که به جانشینی «رأی» عمل می‌کرده است. با افول پدیده «رأی» در قرن دوم هجری که بر اثر ستیز حدیث‌گرایان با اصحاب رأی شروع و با ظهور محمد بن ادریس شافعی (م ۲۰۴ ه.ق.) خاتمه یافت، قیاس در جایگاه یک روش وفادار به سنت، نزد همه مذاهب فقهی - حتی مذهب رأی‌ستیزی چون مذهب احمد بن حنبل - مقبولیت عام یافت. با این همه نمی‌توان از خلط آشکار نویسندگان اصول فقه در شمارش قیاس در زمره منابع فقه چشم پوشید. نگاهی به پلان کتاب‌های اصول فقه این مدعا را اثبات می‌کند. غزالی از اصولیان بزرگ و ابو زهره از عالمان معاصر سنی در شمار اندک نویسندگانی هستند که از دام این خلط رسته‌اند.^۱

^۱ غزالی در کتاب ارزشمند خود به نام «المستصفی من علم الاصول» منابع استنباط را از مبدءهای استنباط تفکیک نموده و با تسمیه یک باب از کتاب خود به نام «المؤمر» و باب دیگر به نام «کیفیه استثمار الاحکام من مؤمرات الاصول» ظاهراً در صدد رهیدن از دام خلط منبع با روش بوده است. وی در باب «المؤمر»، از قرآن، سنت، اجماع، عقل و استصحاب به عنوان چهار اصل از اصول ادله که ظاهراً تعبیر دیگری از «منبع» به شمار می‌رود نام برده است و در باب «الاستثمار» مباحث الفاظ «عام و خاص» مطلق و مقید و نیز «قیاس» را ذکر کرده است که در حقیقت

اکنون جای طرح این پرسش است که تفاوت گذاری میان منبع و روش چه ارزش علمی یا عملی دارد؟ در پاسخ، به ذکر این فایده مهم بسنده می‌کنیم که منبع - خواه در فقه یا حقوق - نیاز به اثبات حجیت و اعتبار دارد. از هر منبعی نمی‌توان هنجارهای فقهی یا حقوقی را استخراج کرد. دو نظام فقهی شیعه و سنی و دو نظام حقوقی کامن‌لا و حقوق موضوعه بیش از هر چیز از حیث منبع با یکدیگر تفاوت دارند. به عکس، روش استدلال و به طور کلی آنچه که منطق استنباط و تفسیر تلقی می‌شود، سازوکارهایی عقلایی برای نیل به منبع محسوب می‌شوند و برای اعتبار خود نیازمند اعتبار مستقیم شرعی نیستند. البته، بر حسب برخی از مبانی، امضای شارع ولو به نحو عدم‌الردع لازم است تا روش‌های خردمندانه نیز معتبر شناخته شوند. اما این امضا به سهولت قابل احراز است چه آنکه شارع روش ویژه‌ای برای مفاهمه خود با بشر عرضه نکرده و عموماً از همان روش‌های عقلایی بهره گرفته است. از همین رو است که فقیهان عامه و خاصه، دانش اصول را پدیده‌ای عرفی، عقلایی و بشری تلقی کرده‌اند. خلافاً، اندیشمند سنی تصریح نموده که مباحث و قواعد اصولی، قواعد تعبدی نیستند. آنها ابزاری در دست متدینان برای نیل به حدود الهی و وسایلی در دست قضات برای تفسیر و تطبیق قانون‌اند و لذا کارکرد علم اصول منحصر به نصوص دینی و احکام شرعی نیست.^۲ اصولی بزرگ شیعه مرحوم نائینی در خصوص امارات ظنی که بخش مهمی از دانش اصول را تشکیل می‌دهد معتقد است که؛ امارات ظنی روش‌هایی عقلایی‌اند که شارع با آنها مخالفت نورزیده است. وی به عنوان یک ضابطه کلی می‌گوید؛ اساساً ما روش ابداعی و اختراعی شرعی برای کشف احکام شرعی نداریم.^۳ این ضابطه کلی می‌تواند تأییدی بر ادعای فوق باشد که «روش‌ها» به طور کلی سازوکارهای عقلایی و بشری محسوب می‌شوند و اعتبار آنها نیازمند تأیید مستقیم شارع نیست. بر اساس آنچه که در بالا گفته شد، اصولاً قیاس به مثابه روش (و نه به مثابه منبع) نیازمند تأیید شرعی یا قانونی نیست. با این همه نمی‌توان انکار کرد که بر اساس برخی دلایل خاص، گونه‌هایی از قیاس فی‌الجمله ممنوع هستند که در مقالی مستقل باید به نقد و بررسی آن پرداخت.

حال آیا اصل ابتدای قوانین بر شریعت اسلام (اصل چهارم قانون اساسی) و لزوم مراجعه به منابع اسلامی در صورت سکوت قانون (اصل ۱۶۷ قانون اساسی) ایجاب می‌کند که به کارگیری قیاس در تفسیر حقوقی و استدلال قضایی نیز ممنوع باشد؟ پاسخ به این پرسش را در بند بعدی مطرح خواهیم کرد.

۲. منطق فقه و حقوق: یگانگی یا دوگانگی

نظام حقوقی ایران هیچ موضعی به‌طور رسمی درباره حجیت یا عدم حجیت قیاس اتخاذ نکرده است، چنان‌که درباره دیگر الگوهای استدلال حقوقی نیز نشانی از رد یا قبول دیده نمی‌شود. این سکوت از آن‌رو است که اصولاً در سیستم ایرانی جایگاهی برای منطق حقوقی و بررسی اصول تفسیر و استدلال حقوقی وجود ندارد و به همین جهت روشن نیست که اگر اصول فقه اسلامی - که تا اندازه‌ای خلأ منطق حقوق را پُر کرده است - نبود، حقوق‌دانان ایرانی چگونه دست‌اندرکار تفسیر و استنباط حقوقی می‌شدند. اما در ادبیات حقوقی و در آرای حقوق‌دانان کم و بیش به موضوع فوق پرداخته شده است.

راه‌های وصول به منبع می‌باشند. (نگاه کنید به: محمد، غزالی؛ المستصفی من علم الاصول، ج ۱ و ۲، دارالفکر، بی‌تا). ابوزه‌ره نیز در کتاب «اصول الفقه» از این دام رهیده است. حتی می‌توان تبویب او را از غزالی نیز دقیق‌تر به حساب آورد چه آنکه او اجماع و استصحاب را نیز بر خلاف غزالی تحت عنوان «طرق استخراج الاحکام من الكتاب و السنه» آورده، چنان‌که از قیاس نیز در همین ردیف و در کنار مباحث الفاظ نام برده است (نگاه کنید به: محمد، ابوزه‌ره؛ اصول الفقه، دارالفکر العربی، بی‌تا).

۲. عبدالوهاب، خلافاً؛ علم اصول الفقه، قاهره، دارالحديث، ۱۴۲۳هـ.ق، ص ۱۸.

۳. محمدحسین، نائینی؛ فوائد الاصول، ج ۳، تقریر توسط محمدعلی کاظمی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷هـ.ق، ص ۹۱.

مرحوم دکتر امامی و نیز دکتر جعفری لنگرودی که نسبت به اصول و فقه اسلامی آگاه و وفادار می‌باشند تلویحاً و یا تصریحاً از اعتبار قیاس در تفسیر حقوقی سخن رانده و خود از آن بهره نیز گرفته‌اند. دکتر امامی ضمن اشاره به اعتبار قیاس،^۴ در عمل به قیاس دست یازیده و حکم اجرة المسمای معیوب را در همه حالات - خواه منفعت و خواه عین خارجی باشد - با تشکیل دو قیاس، استنباط کرده و گفته است: «اجرة المسمی در صورتی که منفعت شخصی باشد از لحاظ احکام عیب، مانند منفعت عین مستأجره است، بنابراین هرگاه اجرة المسمی در حین عقد معیوب باشد مؤجر فقط می‌تواند اجاره را فسخ بنماید و نمی‌تواند ارش بخواند، زیرا، آنچه مناط عدم مطالبه ارش در مورد منفعت عین مستأجره است، در اجرة المسمایی که منفعت می‌باشد نیز موجود است و فرق آن دو مانند فرق بین ثمن و مثنی، اعتباری است. به خلاف آن اجرة المسمی عین خارجی می‌باشد که در این صورت هرگاه در حین عقد معیوب باشد، مؤجر می‌تواند عقد را فسخ کند و یا آن را با أخذ ارش قبول بنماید زیرا، از نظر وحدت ملاک، حکم مورد مزبور مانند حکم خیار عیب در مبیع می‌باشد».^۵

دکتر لنگرودی به صراحت اعتبار قیاس را در قلمرو حقوق به رسمیت شناخته، تصریح نموده است که: «قیاس یکی از وسایلی است که دادرس یا وکیل و سایر کسانی که کار عملی با قانون دارند به وسیله آن از متن یک قانون تجاوز می‌کنند و به عبارت دیگر تفسیر موسّع از قانون به عمل می‌آورند. قیاس از جمله کهن‌ترین ابزار استنباط است که در همه ازمه و امکنه آن را شناخته و می‌شناسند و هیچ‌گاه دستگاه عدالت گریبان از دست آن خلاص نخواهد نمود».^۶

اما آقای دکتر کاتوزیان، گویا اعتبار قیاس در حقوق را به تبعیت از دیدگاه مشهور فقیهان امامیه چندان مقبول نیافته و در عوض، وحدت ملاک و تنقیح مناط را رایج دانسته است. نصّ عبارت ایشان چنین است: «در حقوق ما، با توجه به سوابق تاریخی آن و بطلان قیاس در فقه امامیه، به ندرت از تمثیل (قیاس فقهی) به طرزی که گفته شد استفاده می‌گردد و به جای آن از طریق وحدت ملاک و تنقیح مناط همین نتیجه به دست می‌آید».^۷

دیدگاه مزبور از دو جهت قابل نقد است. نخست آنکه در اصطلاح اصولیان، وحدت ملاک و تنقیح مناط از جمله طرق کشف علت بوده و در نتیجه، از مصادیق قیاس می‌باشند که بسته به درجه یقین یا ظنی که ایجاد می‌کنند ارزش‌گذاری می‌شوند و حتی برخی از حقوق‌دانان تصریح کرده‌اند که قیاس، وحدت ملاک و تنقیح مناط با یکدیگر مترادف می‌باشند.^۸ بنابراین تلقی ضدیت میان قیاس و تنقیح مناط در عبارت بالا قابل قبول نیست.

و دیگر آنکه قیاس کردن قیاس حقوقی به قیاس فقهی، قیاس مع الفارق است و حتی اگر اعتبار قیاس در استنباط فقهی به‌طور کلی یا جزئی مردود باشد در تفسیر حقوقی به عکس، کلاً و یا دست‌کم جزئاً قابل قبول است. به نظر می‌رسد که لزوم ابتناء حقوق بر شرع تنها مستلزم ارتزاق حقوق از منابع شرع است و پیروی از مُتَد و منطق فقه ضروری نیست. اگر حقوق‌دانان از اصول فقه برای تفسیر حقوقی بهره می‌گیرند نه به دلیل ضرورت شرعی که به عکس به سبب عرفی و عقلایی بودن سازوکارهای اصولی است و با وجود این همه آنچه که به عنوان اصول فقه شناخته می‌شود برای تفسیر حقوقی و قضایی نه لازم و نه کافی می‌باشد. نسبت اصول فقه با آنچه که به عنوان منطق حقوق به آن نیاز است نسبت عموم و خصوص من وجه است. اصل ۱۶۷ قانون اساسی که قاضی را در موارد خلأ قانون به منابع اسلامی ارجاع داده و به کارگیری منطق و مُتَد استنباط فقهی را، نه در این اصل و نه در هیچ اصل دیگری شرط نموده است، تأییدی است بر

^۴. سیدحسن، امامی؛ حقوق مدنی، ج ۲، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۸، ص ۳۱.

^۵. همان، ص ۴۷.

^۶. محمدجعفر، جعفری لنگرودی؛ مقدمه عمومی علم حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۱، ص ۱۸۳.

^۷. ناصر، کاتوزیان؛ گامی به سوی عدالت، ج ۲، تهران، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۷۹، ص ۴۶۷.

^۸. سیدحسن، امامی؛ همان، ص ۳۳.

مدعای بالا. قیاس کردن ممنوعیت قیاس در حقوق به ممنوعیت آن در فقه از سویی دیگر نیز مع الفارق است چه آنکه اساسی‌ترین دلیل مخالفت با قیاس در استنباط فقهی، ناتوانی عقل از درک ملاک‌های احکام شرعی است. به تصریح اصولیان امامیه، مصالح احکام شرعی که به مثابه ملاک‌های آن احکام می‌باشند از دامنه فهم عقل بیرون بوده و فقط از طریق سماع قابل شناسایی می‌باشند.^۹ بدیهی است که به این ملاک نمی‌توان قیاس در حقوق را ناروا دانست چه آنکه مقررات حقوقی، مصنوعات بشری بوده و روشن است که هر مصنوعی برای صانع خود شناخته شده است. چگونه ممکن است بشر به علل و مبانی مقررات موضوعه خود در حوزه‌های بانکی، بازرگانی، بیمه، شهرسازی، معاملات، اسناد تجاری، سازمان قضایی، آیین دادرسی و ده‌ها حوزه تقنینی دیگر آشنا نباشد.

بلی، بیشترین مواجهه محافظه کارانه می‌تواند با آن دسته از مقررات حقوقی که مستقیماً از شرع اتخاذ شده‌اند صورت بگیرد و در آن قلمرو، ممنوعیت بهره‌گیری از استدلال قیاسی ادعا شود، البته آن هم - به نظر نگارنده - به شرطی که گزاره‌های مزبور از قبیل گزاره‌های تأسیسی تعلیل‌ناپذیر - و نه امضایی یا تعلیل‌پذیر - باشند که به هیچ روی علل آنها به چنگ عقل و فهم بشری در نیایند.

آخرین نقد قابل ذکر در نظریه تشبیه قیاس در حقوق به فقه، ادعای کمیابی قیاس در حقوق ایران است. ما در گفتار آینده، نمونه‌هایی از رویه قضایی که در چارچوب قیاس سامان یافته‌اند را نقل می‌کنیم که نشان می‌دهد به عکس آنچه ادعا شده است، تا چه حد این سبک استدلال رایج و گسترده است.

گفتار دو: مقیاس در عمل: مستندات قیاس در رویه قضایی

چنان که گفته شد، در رویه قضایی (به معنای عام که شامل آرای وحدت رویه، آرای محاکم بدوی و تجدیدنظر می‌شوند) و نظریات مشورتی، چندان از قیاس بهره گرفته شده است که نادیده گرفتن مُتد مزبور از سیستم استدلال قضایی را ناممکن می‌نماید. البته به لحاظ واهمه تنوریک، از به کارگیری صریح این اصطلاح اجتناب شده و از عناوینی چون وحدت ملاک، تنقیح مناط، الغاء خصوصیت و مانند آنها استفاده گردیده است.

از سوی دیگر کم نیستند مواردی که این واژگان به خصوص واژه وحدت ملاک به غلط به کار رفته و به رغم وجود نصّ قانونی از اصطلاح وحدت ملاک استفاده شده است. اکنون چند مورد از این خلط مفهومی به عنوان نمونه ذکر می‌شود.

- شعبه سوم دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۳/۸۶۰ مورخ ۱۳۷۱/۱۲/۲۶ تصریح کرده است که با توجه به وحدت ملاک مواد ۲۷۵ و ۲۷۷ قانون مدنی الزام متعهد خارج از حدود تعهدش وجاهت قانونی ندارد؛ در حالی که این مفاد، مدلول مطابقی مواد مزبور می‌باشد.

- شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۲۵/۳۶۲ مورخ ۷۲/۱۱/۱۲ در کلاسه ۷۳۱۴/۱۳ گفته است؛ برحسب وحدت ملاک از ماده ۴۰۱ قانون مدنی شرط مجهول باطل است. و حال آنکه نص ماده مزبور حکم به بطلان شرط مجهول صادر نموده است.

این آشفتگی در ادبیات حقوقی، آن هم از سوی دیوان عالی کشور که الگوی محاکم تالی است به هیچ وجه پذیرفته نیست، به‌ویژه که نمونه‌های فوق‌الذکر همگی مربوط به دوران پس از انقلاب اسلامی است که ادبیات فقهی و اصولی بیش از گذشته به سیستم دادگستری نفوذ کرده و آشنایان به فقه به طور گسترده‌ای زمام قضایی کشور را به دست گرفته‌اند.

^۹. محمدرضا، مظفر؛ اصول الفقه، ج ۱، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۵ ه. ق، صص ۲۳۰-۲۲۹، ۲۲۹-۲۳۰ و صص ۱۲۰-۱۱۹.

اکنون، نمونه‌هایی از استدلال قیاسی را که در رویه قضایی به کار رفته است به تفصیل مطرح کرده، مواردی چند را فقط نشانی می‌دهیم. ضمناً گاه نظریات مشورتی اداره حقوقی دادگستری را که جنبه راهنمای غیرالزام‌آور برای قضات دارد را طرح و بررسی می‌نماییم.

الف) حقوق خصوصی

۱. قیاس گواهی‌نامه عدم پرداخت به واخواست

به موجب ماده ۲۴۹ قانون تجارت دارنده برات در صورتی می‌تواند از همه حقوق مذکور در آن ماده استفاده کند که مطابق سایر مواد از جمله ماده ۲۸۰ قانون تجارت نسبت به عدم تأدیه وجه برات واخواست کرده باشد و به تصریح ماده ۲۹۵ از همان قانون، هیچ نوشته‌ای نمی‌تواند جایگزین واخواست مزبور شود. از طرف دیگر ماده ۳۱۴ قانون تجارت، چک را از حیث ضمانت، صدور، ظهنویسی و اعتراض تابع مقررات بروات دانسته است. همین مسأله موجب شده است تا قضات نسبت به جایگزینی گواهی‌نامه عدم پرداخت که از سوی بانک‌ها به جای واخواست صادر می‌شود، تردید کرده، برخی آن را به منزله واخواست تلقی کرده و به عکس برخی دیگر برای سند واخواست موضوعیت قائل شده (به‌ویژه با توجه به ماده ۲۹۵ قانون تجارت) آن را بی‌اثر بدانند.

دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه، ماده ۲۸۰ قانون تجارت را ویژه سند برات دانسته و چک را از شمول آن بیرون دانسته است ولیکن از سوی دیگر ضمن اذعان به لزوم واخواست چک به منظور بهره‌برداری از حقوق دارنده، صدور گواهی‌نامه عدم پرداخت صادره توسط بانک‌ها را به منزله واخواست تلقی کرده است.^{۱۰} در این رأی، فرآیند استدلال قیاسی به روشنی طی شده است. گویا دیوان عالی کشور چنین در نظر گرفته است که ملاک صدور واخواست، احراز رسمی عدم پرداخت وجه سند تجاری می‌باشد و این امر با صدور گواهی‌نامه عدم پرداخت توسط بانک‌ها که مرجعی رسمی می‌باشند نیز احراز می‌گردد.

۲. قیاس واحدهای کسبی به غرفه‌های شرکت‌های مسافری

غرفه‌های واگذارشده به شرکت‌های مسافری در داخل ترمینال‌ها، به موجب لایحه قانونی احداث ترمینال‌های مسافری مصوب ۱۳۵۹ و اصلاحیه سال ۱۳۷۲ از شمول قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ خارج شده و در نتیجه اجاره غرفه‌های مزبور موجب پیدایش حق کسب و پیشه یا تجارت برای مستأجران نمی‌گردد. این قانون درباره وضعیت واحدهای کسبی غیر مسافری (واقع در محوطه ترمینال‌ها) ساکت است.

برخی از محاکم، واحدهای اخیرالذکر را به غرفه‌های مسافری ملحق نموده و حکم به تساوی احکام داده‌اند و برخی دیگر واحدهای کسبی مزبور را از شمول آن قانون خارج دانسته‌اند.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه، نظریه نخست را ترجیح داده و با عنایت به اهداف مقنن مبنی بر تأمین رفاه و آسایش عامه مردم و سایر مصالح عمومی، واحدهای کسبی را به غرفه‌های مسافری ملحق دانسته و اجاره آنها را فاقد پیدایش حق کسب و پیشه تلقی کرده است.^{۱۱}

ملاحظه اهداف و ملاک‌های مقنن که به منزله علت و قدر جامع قیاس می‌باشند به روشنی در رأی شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر اصفهان که مورد تأیید هیأت عمومی دیوان عالی کشور قرار گرفته است به این شرح منعکس گردیده که؛ از ملاحظه لایحه قانونی احداث پایانه‌ها مصوب ۱۳۵۹ و اصلاحی ۱۳۷۲ چنین استنباط می‌شود که؛ قانون‌گذار به منظور

^{۱۰}. رأی وحدت رویه شماره ۵۳۶ مورخ ۱۳۶۹/۷/۱۰، روزنامه رسمی شماره ۱۳۳۳۱۰ مورخ ۶۹/۹/۱۵.

^{۱۱}. رأی شماره ۶۳۶ مورخ ۷۸/۴/۱۵، روزنامه رسمی ۱۵۸۹۰ مورخ ۷۸/۶/۲۴.

تأمین آسایش عمومی از طریق ایجاد پایانه‌های مسافربری و تأسیسات متناسب با نیاز عامه، مبادرت به وضع قوانین و مقرراتی نموده و به لحاظ اینکه در تحقق این امر مانعی به وجود نیاید در تبصره ماده اول لایحه مصوب ۱۳۵۹ مقرر داشته است که این واگذاری مشمول مقررات قانون روابط مؤجر و مستأجر نبوده و حقوق استیجاری و کسب و پیشه برای متصرفان یا متصدیان آنها ایجاد نخواهد کرد.

دادگاه همچنین در برابر ادعای مغایرت تبصره ۴ از آیین‌نامه اجرایی تبصره ماده ۲ لایحه ۱۳۷۲ که واگذاری سایر غرفه‌های پایانه‌ها را نیز از شمول قانون روابط مؤجر و مستأجر خارج دانسته است با قوانین عادی و ادعای بطلان آن به استناد اصل ۱۷۰ قانون اساسی چنین استدلال کرده است که؛ علاوه بر انگیزه قانون‌گذار به شرحی که قبلاً ذکر شده است، شمول مقررات قانون مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ بر اینگونه غرفه‌ها (واحد‌های کسبی) موجب می‌شود که بر یک مجموعه، دو نوع ضابطه متفاوت و متغایر حاکم باشد و در نتیجه اعمال اختیاراتی که تحقق اهداف اصلی قانون‌گذار منوط به آن است از سازمان‌های مسئول سلب شود که رسیدن به چنین تالی فاسدی منظور قانون‌گذار نبوده است. در رأی بالا به صراحت، ملاک‌های قانون‌گذاری لحاظ شده و به تالی فاسد عدم رعایت ملاک‌های مزبور شامل حاکمیت دو نوع ضابطه متفاوت بر یک مجموعه و نقض غرض توجه شایسته‌ای شده است.

۳. عطف بماسبق کردن قانون به دلیل قیاس

بر اساس تبصره الحاقی به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۶، چنانچه مهریه، وجه رایج باشد متناسب با تغییر شاخص قیمت سالانه زمان تأدیه نسبت به سال اجرای عقد، محاسبه و پرداخت خواهد شد. مطابق ماده ۴ قانون مدنی که مقرر می‌دارد اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد، محاکم خواسته تقویم مهریه به نرخ روز را در صورتی که تاریخ وقوع عقد نکاح قبل از تصویب تبصره فوق بود رد می‌کردند. هیأت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه دست به تنقیح مناط زده و با اتکا به ملاک تبصره فوق‌الذکر، حکم به تقویم کلیه مهریه‌ها، چه مهریه‌های بعد از تصویب قانون و چه مهریه‌های قبل از قانون صادر نمود. بر اساس این رأی «منظور مقنن از ماده واحده قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۷۶ با توجه به عبارات صدر تبصره و «فلسفه وضع» آن حفظ ارزش ریالی مهریه زوجه است که معمولاً برحسب وجه رایج (ریالی) تعیین می‌شود اگر چه تاریخ وقوع عقد ازدواج مربوط به زمان قبل از تصویب تبصره مزبور باشد، با این وصف قانون مرقوم (تبصره ۴ الحاقی) با ماده ۴ قانون مدنی مبیّتی ندارد».^{۱۲}

۴. سایر نمونه‌ها

برای رعایت اختصار صرفاً چند پرونده دیگر که با استفاده از استدلال قیاسی حل و فصل گردیده‌اند با تأکید مجدد بر آنکه موارد استفاده از این تکنیک بیش از حدی است که انتظار می‌رود مورد اشاره قرار می‌گیرند. - دادنامه شماره ۱۲۸ مورخ ۷۴/۸/۱۶ صادره از شعبه اول دادگاه انتظامی قضات که با وحدت ملاک از ماده ۵۵۹ آیین دادرسی مدنی، مرجع رسیدگی به اعاده دادرسی احکام صادره از دادگاه انتظامی کانون وکلا را دادگاه عالی انتظامی قضات دانسته است. البته این رأی نقض شده و مرجع اعاده دادرسی را هیأت تجدیدنظر انتظامی قضات دانسته است.

^{۱۲}. رأی وحدت رویه شماره ۶۴۷ مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۲۸، روزنامه رسمی شماره ۱۶۰۳۶ مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۲۲.

- دادنامه شماره ۵۰۸-۷۳ مورخ ۱۳۷۳/۸/۲۵ صادره از شعبه چهارم دادگاه حقوقی یک تهران، عمل وکیل را که مصلحت موکل را رعایت نکرده به استناد وحدت ملاک از ماده ۱۰۷۴ قانون مدنی، فصولی تلقی کرده است. نص ماده مزبور صرفاً راجع به عدم رعایت مصلحت موکل در عقد نکاح است.

- دادنامه شماره ۴۰۵ مورخ ۷۳/۸/۲ صادره از شعبه دوم دادگاه حقوقی یک تهران، دعوای خواهان علیه ضامن چک را با وحدت ملاک از ماده ۲۸۹ قانون تجارت مردود دانسته در حالی که نص ماده مزبور راجع به رد دعوا علیه ظهرنویس‌ها (به دلیل عدم رعایت قواعد قانونی توسط خواهان) می‌باشد.

ب) حقوق جزا

۱. قیاس ارش به دیه

بر طبق ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی «دیه مرد و زن یکسان است تا وقتی که دیه به ثلث دیه کامل برسد در آن صورت دیه زن نصف دیه مرد است» این قانون نسبت به ارش هرگاه که بالغ بر ثلث دیه کامل شود ساکت است.

همین امر موجب اختلاف در محاکم بدوی شده و در نهایت دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۸۳ مورخ ۸۴/۱۰/۱۳، ارش را به دیه قیاس نموده و مقرر داشته است که: «در مواردی که جمیع صدمات وارد بر اناث، ناشی از سبب واحد بوده و مجموع دیه مقدّر و ارش زائد بر ثلث دیه کامل مرد مسلمان گردد در احتساب آن مقررات ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی ملاک عمل خواهد بود».^{۱۳}

متن رأی به وضوح حاکی از توسعه حکم خاص دیه به ارش و در واقع «قیاس» ارش به دیه می‌باشد، اما این قیاس دست کم از دو جهت قابل نقد است.

نخست؛ تنصیف دیه زن حکمی بر خلاف اصول و قواعد اولی است و مطابق ضوابط اصولی باید در تفسیر آن به قدر متیقن اکتفا نمود و لذا تفسیر موسّع و توسعه حکم به ارش بر خلاف اصول تفسیر است.

دوم؛ دیه و ارش یا ماهیتاً مقوله‌ای جزایی است که قیاس در حوزه جزایی روا نیست و یا از مقوله جبران خسارت است که حکم به تنصیف، در حقیقت حکم به جواز عدم جبران خسارت است که آن نیز بر خلاف اصل لزوم جبران کلیه خسارت‌ها است.

۲. قیاس قرار اناطه به سایر قرارها

بند ب ماده ۱۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ قرارهای قابل اعتراض را احصا کرده و نامی از قرار اناطه به میان نیاورده بود. بر همین اساس برخی از محاکم، تجدیدنظرخواهی قرار اناطه را ردّ می‌کردند ولیکن چون برخی دیگر از محاکم، اعتراض مزبور را می‌پذیرفتند موضوع در هیأت عمومی دیوان عالی کشور مطرح و رأی وحدت رویه‌ای صادر شد که بر مبنای آن قرار اناطه قابل تجدیدنظر تلقی شد.

یکی از مستندات رأی مزبور تنفیج مناط مستنبط از ماده ۱۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰ است که قرار اناطه را جزء قرارهای قابل شکایت شناخته است. همچنین در این رأی ادعا شده است که اصل بر قابل اعتراض بودن قرارهایی است که اصدار آنها موجبات اضرار به حقوق اصحاب دعوا را فراهم می‌سازد.^{۱۴} از نقطه نظر این تحقیق دو نکته در رأی مزبور قابل نقد و بررسی است؛

^{۱۳}. روزنامه رسمی ۱۷۷۰ مورخ ۸۴/۱۲/۱۶.

^{۱۴}. رأی وحدت رویه شماره ۶۴۰ مورخ ۱۳۷۸/۸/۱۸، روزنامه رسمی، ۱۶۰۱۶ مورخ ۷۸/۱۱/۲۸.

نخست آنکه؛ هیأت عمومی دیوان عالی کشور از قانونی تنقیح مناط گرفته است که نسبت به غیر نظامیان منسوخ و یا غیرقابل ارجاع است.

و دیگر آنکه؛ اصل قابل اعتراض بودن قراردایی که اصدار آنها موجب اضرار به حقوق اصحاب دعوا است گرچه اصلی مترقی و موجه است، اما مستند این اصل بیان نشده و به نظر جز با قیاس به معنای عام، یعنی؛ استنباط علت از طریق استقرا در موارد جزئی و مقاصد کلی (شیوه‌ای که قبلاً مورد بحث قرار گرفت) استخراج آن میسر نیست.

۳. قیاس برای تعیین دادگاه صالح

برای رسیدگی به اعتراض به قرار ضبط وثیقه توسط دادستان میان محاکم اختلاف شده است که آیا مرجع صالح دادگاه تجدیدنظر است یا دادگاه عمومی؟ این اختلاف پس از تصویب قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ بروز کرده است که اختیارات دادستان که قبلاً به رئیس حوزه قضایی اعطا شده بوده را از وی سلب و مجدداً به دادستان اعاده نموده است.

برخی از محاکم با استناد به ملاک ماده ۳ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی مصوب ۱۳۸۱ که مقرر می‌دارد؛ دادسرا در معیت دادگاه بدوی انجام وظیفه می‌نماید، دادگاه بدوی را صالح دانسته و بعضی دیگر از محاکم به استناد تبصره ماده ۱۴۳ آیین دادرسی کیفری که مرجع رسیدگی به اعتراض از قرار صادره توسط رئیس حوزه قضایی را دادگاه تجدیدنظر دانسته، مرجع صالح را هنوز هم (پس از اعاده اختیارات دادستان و سلب آنها از رئیس حوزه قضایی) دادگاه تجدیدنظر دانسته‌اند.

دادستان کل کشور در نظریه خود به استناد تنقیح مناط از ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، دادگاه عمومی را صالح به رسیدگی دانسته و دیوان عالی کشور نیز در رأی وحدت رویه به این استدلال تمایل نشان داده است.^{۱۵}

چه بسا ادعا شود که؛ اطلاق ماده ۳ برای اثبات صلاحیت دادگاه عمومی کافی بوده و نیازی به اتخاذ ملاک از آن ماده نمی‌باشد. این گمان جداً مردود است چه آنکه؛ نص ماده مزبور در صدد اصل تشریع و تأسیس دادسرا بوده و از این حیث در مقام بیان نمی‌باشد تا بتوان به اطلاق آن تمسک نمود. نص ماده چنین است: «در حوزه قضایی هر شهرستان یک دادسرا نیز در معیت دادگاه‌های آن حوزه تشکیل می‌گردد». بلی در ذیل این ماده گاه مرجع حل اختلاف دادستان و بازپرس و در یک مورد، مرجع اعتراض متهم، دادگاه عمومی معرفی شده است (بندهای ح، ط و ل). از این موارد می‌توان الغاء خصوصیت کرد و یا به اتکای استقراء جزئی تنقیح مناط نموده موارد مسکوت و مشابه را به موارد مذکور، قیاس کرد.

۴. قیاس سوزاندن جسد میت به سایر جنایات

در ماده ۴۹۴ قانون مجازات اسلامی انحاء مختلف جنایت بر مرده مسلمان احصا شده و نامی از سوزاندن جسد، برده نشده است ولیکن اداره حقوقی دادگستری در نظریه‌ای مشورتی با اتخاذ ملاک از ماده مزبور معتقد است که در مورد سوزاندن بدن میت نیز پرداخت دیه لازم است.^{۱۶}

^{۱۵}. رأی وحدت رویه شماره ۶۹۴ مورخ ۱۳۸۵/۸/۹، روزنامه رسمی ۱۸۰۰۹ مورخ ۱۳۸۵/۱۰/۲.

^{۱۶}. نظریه شماره ۷/۲۷۰۰ مورخ ۷۷/۴/۸.

چنان‌که از نظریه فوق برمی‌آید گویا ملاک دیه در ماده فوق «جنایت» است و انحصاری از جنایت که در قانون ذکر شده از باب مصداق و مثال است و لذا از آنها الغاء خصوصیت شده و برای هر نوع جنایت از جمله سوزاندن دیه مقرر شده است.

۵. قیاس مقتول در تصادف به مقتول در ازدحام

بر طبق ماده ۲۵۵ قانون مجازات اسلامی هرگاه شخصی در اثر ازدحام کشته شود و یا جسد مقتولی در شارع عام پیدا شود حاکم شرع باید دیه او را از بیت‌المال بدهد.

اداره حقوقی دادگستری در نظریه‌ای مشورتی درباره شخص یا اشخاصی که بر اثر تصادف غیرعمدی کشته شده‌اند و تحقیقات منجر به شناسایی و دستگیری راننده نشده است حکم مشابه داده و بیت‌المال را مسئول پرداخت دیه مقتول دانسته است. استدلال اداره مزبور، اتخاذ ملاک از ماده فوق‌الذکر و نیز قاعده حرمت هدر رفتن خون مسلمان (لایبطل دم امرئ مسلم) می‌باشد.^{۱۷}

با تفسیر اداره حقوقی از ماده ۲۵۵ قانون مجازات اسلامی می‌توان همدلی کرد و به صراحت مدعی شد که ازدحام جمعیت یا شارع عام خصوصیتی نداشته و صرفاً بیان برخی مصادیق‌اند و نباید آنها را با موضوع واقعی که احتمالاً حفظ حرمت خون مسلمان و لزوم جبران خسارت است، اشتباه کرد.

اما این نظریه با سایر مقررات قانون مجازات اسلامی از جمله ماده ۲۵۹ همان قانون سازگاری و انسجام ندارد چه آنکه؛ برحسب این ماده هرگاه مرتکب قتل عمد بمیرد، قصاص و دیه هر دو ساقط می‌شوند. وضع این ماده با ملاک ماده ۲۵۵ مثل حرمت هدر رفتن خون مسلمان و مانند آن مغایرت دارد.

۶. قیاس قرار تعلیق به قرار منع تعقیب

به موجب ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی باید در ضمن صدور قرار منع یا موقوفی تعقیب، تکلیف اشیاء و اموال کشف شده را که دلیل یا وسیله جرم بوده، یا از جرم تحصیل شده‌اند تعیین کرد تا مسترد یا ضبط یا معدوم شوند. در این ماده تکلیف اشیای فوق در مواردی که دادستان قرار تعلیق تعقیب متهم را صادر می‌نماید مشخص نشده است. اداره حقوقی در نظریه‌ای مشورتی اعلام کرده است که؛ با توجه به وحدت ملاک در حکم قرار منع و موقوفی تعقیب، دادستان ضمن صدور قرار تعلیق تعقیب باید تکلیف اشیاء و اموال حاصل از جرم را نیز معین کند که ضبط یا معدوم یا مسترد گردد.^{۱۸}

۷. قیاس وجه‌الکفاله به دین

در نظریه شماره ۷/۸۲۹۱ مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۸ آمده است؛ با اینکه دستور اخذ وجه‌الکفاله از کفیل و یا وجه‌التزام از متهم حکم نیست و از شمول قانون اجرای احکام مدنی خارج است، مع‌ذلک به لحاظ حقوق متهم و خانواده‌اش و وحدت ملاک بهتر است که مقررات اجرای احکام مدنی در مورد مستثنیات دین در این مورد نیز اجرا گردد و نیز اگر در مورد احکام، رعایت مستثنیات دین لازم باشد در غیر احکام به طریق اولی لازم خواهد بود.

^{۱۷}. نظریه مشورتی شماره ۷/۸۷۱۰ مورخ ۸۲/۱۰/۱۶ اداره حقوقی قوه قضائیه.

^{۱۸}. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۱۲۲ مورخ ۶۹/۶/۱۵.

در این نظریه، نخست با وحدت ملاک و سپس با قیاس اولویت، مستثنیات دین از احکام به قرارهای وجه‌الکفاله و التزام به درستی تعمیم داده شده است چه آنکه؛ ملاک خارج بودن مستثنیات دین از تعهدات مالی مدیون، ضرورت برخورداری همگان و از جمله مدیون از حداقل‌های لازم برای معیشت است و این ملاک در قرار وجه‌الکفاله به طریق اولی وجود دارد، زیرا، در تعهدات مالی، دین و طلبی وجود دارد و مع‌ذلک طلبکار از وصول مطالبات خود از مستثنیات دین محروم است ولیکن در قرار وجه‌الکفاله اساساً طلبی در کار نیست و قرار مزبور صرفاً برای ضمانت حضور متهم است.

۸. سایر نمونه‌ها

در این بخش نیز به منظور رعایت اختصار، نشانی چند دعوای جزایی دیگر که با به کارگیری قیاس و وحدت ملاک حل و فصل گردیده‌اند ارائه می‌شود؛

- شعبه ۱۶ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۶۹۸ مورخ ۷۱/۱۲/۲۳، ادعای اکراه در لواط را با قیاس به ماده ۶۷ ق.م.ا. که راجع به اکراه در زنا است پذیرفته و رافع مسئولیت دانسته است.

- هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۳۲ مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ ایراد جرح با کارد را به منزله جرح با چاقو قلمداد کرده و با وحدت ملاک از بند ج ماده واحده قانون لغو مجازات شلاق مصوب ۱۳۴۴ قرار بازداشت متهم را الزامی دانسته است. نص این قانون راجع به ایراد جرح یا چاقو می‌باشد.

ج) حقوق عمومی

۱. قیاس کارمند مستعفی به بازنشسته

به موجب تبصره ماده ۳ قانون نحوه تعدیل نیروی انسانی دستگاه‌های دولتی، مستخدم رسمی می‌تواند هنگام تقاضای بازنشستگی، حقوق و فوق‌العاده‌های مربوط به ایام مرخصی‌های استحقاقی استفاده نشده خود را مطالبه نماید. درباره کارمند متوفی نیز حقوق مزبور به وراثت قانونی وی پرداخته می‌شود.

این قانون درباره کارمند مستعفی که از مرخصی‌های استحقاقی استفاده نکرده ساکت است. بر همین اساس اداره کل امور اداری کارکنان قوه قضائیه از پرداخت حقوق مربوط به ایام مرخصی که کارمند مستعفی استفاده نکرده است استکفاف نمود. اما شعبه ۲۳ دیوان عدالت اداری در رسیدگی به پرونده فوق به کلاسه ۸۵/۱۸۳۶ به صراحت اعلام کرد که؛ با استفاده از وحدت ملاک ماده ۳ قانون نحوه تعدیل نیروی انسانی که درباره کارمند بازنشسته و مستعفی می‌باشد، حقوق و مزایای کارمند مستعفی که از مرخصی استفاده نکرده است قابل پرداخت است.

۲. قیاس دعوای در حال رسیدگی به دعوای مختومه

شعبه ده دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۲۹ مورخ ۱۳۸۲/۱/۱۷ در پرونده کلاسه ۲۸۶۳/۱۰/۸۱ نسبت به شکایت شاکی از بیمه تأمین اجتماعی قرار عدم استماع صادر نموده به علت آنکه همان دعوا سابقاً طرح شده و در حال رسیدگی در مرحله تجدیدنظر بوده است.

مستند دادگاه مزبور اتخاذ وحدت ملاک از بند ت ماده ۲۰ آیین دادرسی دیوان عدالت اداری است. به موجب این بند وقتی که شکایت طرح شده بین همان اشخاص، رسیدگی شده و نسبت به آن حکم قطعی صادر شده باشد، قرار رد شکایت صادر می‌شود.

چنان که مشاهده می شود نص قانون راجع به رد شکایتی است که سابقاً طرح شده و حکم قطعی در مورد آن صادر شده و به اصطلاح اعتبار قضیه محکوم بها را پیدا کرده است، در حالی که مورد دعوا شکایتی است که سابقاً طرح شده و اکنون در مرجع تجدیدنظر در حال رسیدگی است. در این پرونده، دعوای در حال رسیدگی در مرجع تجدیدنظر به دعوای رسیدگی شده در آن مرجع، قیاس شده است.

نتیجه‌گیری

خلط میان منبع و مُتد سبب شده است که ممنوعیت قیاس در فقه به حقوق نیز سرایت داده شود، در حالی که علاوه بر جدایی تحلیلی این دو از یکدیگر، اصول چهارم و یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی نیز تنها به منابع اسلامی - و نه به اصول فقه اسلامی - ارجاع می‌دهند. از سوی دیگر حتی بر فرض لزوم پیروی از مُتد استنباط فقه اسلامی، نمی‌توان ممنوعیت قیاس در فقه را به حقوق سرایت داد، چه آنکه قدر مشترک و جامعی میان فقه و حقوق در این مورد وجود ندارد. علت عمده ممنوعیت قیاس در فقه، عجز از فهم علل و ملاکات گزاره‌ها و هنجارهای شرعی است، در حالی که این علت در حقوق - که ساخته دست بشری است - منتفی است. آدمیان به آنچه که خود می‌سازند واقفند و لذا در همان حیطه می‌توانند قیاس کنند. بنابراین قیاس حقوق به فقه قیاس مع الفارق است. گرچه ممکن است گمان شود که در ساحت‌هایی که حقوق از فقه وام گرفته است به ناچار باید از به کارگیری قیاس پرهیز نمود اما می‌توان در این استنتاج تردید کرد، چه آنکه ممنوعیت قیاس در معاملات و به‌طور کلی در قلمروی که اصطلاحاً از آن به عنوان امور امضایی نام برده می‌شود از حیث فقهی نیز جای تأمل فراوان دارد که شایسته تحقیق دیگری است. نگارنده نمی‌تواند از این گمان خود ذکر به میان بیاورد که اساساً رواج قیاس در دکتربین حقوقی و تصمیمات قضایی، بسی نزدیک‌تر به «قانون‌گرایی» است تا مراجعه به منابع مذکور در اصل یکصد و شصت و هفت قانون اساسی. در پایان باید یادآور شد که - چنان که در گفتار دوم دیدیم - نظام قضایی نتوانسته از به کارگیری قیاس برکنار بماند و لیکن از آنجا که سرنوشت قیاس در حقوق به قیاس در فقه دچار شده است تحقیقات چندانی در ادبیات حقوقی پیرامون این موضوع صورت نگرفته و در نتیجه شاهد خطاهای بسیاری در رویه قضایی کشورمان هستیم. اکنون با پرده برداشتن از این خلط آشکار می‌توان زمینه را برای به رسمیت شناختن این سبک استدلال در نظریه و عمل حقوقی فراهم آورد و سرانجام به جرأت می‌توان مدعی شد که، گرچه منطق فقه و حقوق متباین از یکدیگر نیستند و لیکن متساوی هم نبوده و نقاط افتراق آنها کم نیستند.

فهرست منابع

۱. ابوزهره، محمد؛ اصول الفقه، دارالفکر العربی، بی‌تا.
۲. امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۸.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ مقدمه عمومی علم حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۱.
۴. خلّاف، عبدالوهاب؛ علم اصول الفقه، قاهره، دارالحديث، ۱۴۲۳ق.
۵. غزالی، محمد؛ المستصفی من علم الاصول، دارالفکر، بی‌تا، ج اول و دوم.
۶. کاتوزیان، ناصر؛ گامی به سوی عدالت، تهران، انتشارات دانشکده حقوق، ۱۳۷۹.
۷. مظفر، محمدرضا؛ اصول الفقه، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
۸. نایینی، محمد حسین؛ فوائد الاصول، تقرير توسط کاظمی، محمدعلی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۹. قانون اساسی.
۱۰. قانون مدنی.
۱۱. قانون تجارت.
۱۲. قانون مجازات اسلامی.
۱۳. رأی وحدت رویه شماره ۶۴۷ مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۲۸، روزنامه رسمی شماره ۱۶۰۳۶ مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۲۲.
۱۴. رأی وحدت رویه شماره ۶۸۳ مورخ ۸۴/۱۰/۱۳، روزنامه رسمی ۱۷۷۷۰ مورخ ۸۴/۱۲/۱۶.
۱۵. رأی وحدت رویه شماره ۳۲ مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۱۶.
۱۶. رأی وحدت رویه شماره ۶۹۴ مورخ ۱۳۸۵/۸/۹، روزنامه رسمی ۱۸۰۰۹ مورخ ۱۳۸۵/۱۰/۲.
۱۷. رأی وحدت رویه شماره ۶۴۰ مورخ ۱۳۷۸/۸/۱۸، روزنامه رسمی ۱۶۰۱۶ مورخ ۷۸/۱۱/۲۸.
۱۸. رأی وحدت رویه شماره ۵۳۶ مورخ ۱۳۶۹/۷/۱۰، روزنامه رسمی شماره ۱۳۳۳۱۰ مورخ ۶۹/۹/۱۵.
۱۹. رأی وحدت رویه، شماره ۶۳۶ مورخ ۷۸/۴/۱۵، روزنامه رسمی ۱۵۸۹۰ مورخ ۷۸/۶/۲۴.
۲۰. دادنامه شماره ۱۲۸ مورخ ۷۴/۸/۱۶ صادره از شعبه اول دادگاه انتظامی قضات.
۲۱. دادنامه شماره ۶۹۸ مورخ ۷۱/۱۲/۲۳، شعبه ۱۶ دیوان عالی کشور.
۲۲. دادنامه شماره ۲۹ مورخ ۱۳۸۲/۱/۱۷ در پرونده کلاسه ۲۸۶۳/۱۰/۸۱ شعبه ده دیوان عدالت اداری.
۲۳. دادنامه شماره ۴۰۵ مورخ ۷۳/۸/۲ صادره از شعبه دوم دادگاه حقوقی یک تهران.
۲۴. پرونده کلاسه ۸۵/۱۸۳۶ در شعبه ۲۳ دیوان عدالت اداری: ص ۱۷۸.
۲۵. دادنامه شماره ۷۳-۵۰۸ مورخ ۱۳۷۳/۸/۲۵ صادره از شعبه چهارم دادگاه حقوقی یک تهران.
۲۶. نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری شماره ۷/۲۷۰۰ مورخ ۷۷/۴/۸ ص ۱۷۵.
۲۷. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۱۲۲ مورخ ۶۹/۶/۱۵.
۲۸. نظریه مشورتی شماره ۷/۸۷۱۰ مورخ ۸۲/۱۰/۱۶ اداره حقوقی قوه قضائیه.
- نظریه مشورتی شماره ۷/۸۲۹۱ مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۸.