

انعطاف‌پذیری قانون در مرحله تصویب و اجرا

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۲/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۴/۱۲ حسین مهرپور^۱

چکیده

قانون به عنوان مقررات و ضوابط دارای ضمانت اجرا و تنظیم‌کننده روابط اجتماعی که با تصویب بر اساس مقرره به صورت عام و لازم‌الاجرا بوده، هنگامی اثر مفید خود را دارد که باور عموم مردم را به خود جلب کند. همان‌گونه که اخلاق و مقررات مذهبی، در جای خود از این وضعیت برخوردارند و در بسیاری از مواقع با وجود نداشتن ضمانت اجرای حکومتی، مردم به آنها عمل می‌کنند.

برای موفقیت یک قانون، قانون‌گذار و مجری قانون، باید ظرافت و مهارت لازم را در وضع و تصویب قانون و نیز در اجرای آن به خرج دهند. قانون از صلابت و خشکی خاص خود برخوردار است و قاعداً استثنای پذیر نیست و باید شفاف و قاطع باشد. در عین حال در مواردی لازم است به طور حساب‌شده، منعطف باشد و در جای خود نرمی نشان دهد و در مقام اجرا نیز با عنایت به هدف اصلی اجرای قانون که برقراری نظم و عدالت است، شایسته است قابلیت انعطاف‌پذیری داشته باشد.

شاید از همین‌روست که در احکام و مقررات دینی، به‌ویژه در متون قرآنی، هر جا حکمی بیان شده و بر قاطعیت لازم برای اجرای آن تأکید شده، استثناهایی نیز ذکر شده و

۱. استاد دانشگاه شهید بهشتی (H_Mehrpour@sbu.ac.ir).

مثلاً توبه خلافکار موجب نرم شدن حکم سخت موضوعه اعلام شده و امروزه قانون‌گذار در بسیاری از قوانین موضوعه، بر حسن نیت و انصاف و شرافت معامله، تصریح کرده است. در این مقاله به تفصیل بیشتر، این موارد، مورد بحث قرار خواهد گرفت.

واژگان کلیدی: قانون، تصویب قانون، اجرای قانون، انعطاف‌پذیری، اخلاق، حسن نیت، انصاف.

مقدمه

قانون، نقش عمده و کلیدی در مدیریت جامعه امروز و تنظیم روابط اجتماعی دارد. اصطلاحاً قانون، به دو عنوان قانون اساسی و قانون عادی، تقسیم می‌شود. قانون اساسی، که در واقع قانون فرا دستی است، به تعیین و تبیین نهادهای حاکم و اختیارات و وظایف دستگاه‌های حکومتی و حقوق مردم و چگونگی رعایت آنها می‌پردازد.

قانون عادی که طبعاً کلمه قانون، منصرف به آن است، شامل مقررات و ضوابطی است که برای نظم و نسق دادن به اعمال و رفتار اجتماعی مردم، از معاملات و احوال شخصیه و تعقیب و مجازات مجرمین و برقراری نظم و امنیت از سوی مرجع قانون‌گذاری تصویب می‌شود.

دادگاه‌ها که مرجع حل و فصل اختلافات و دعاوی و متکفل تعقیب و مجازات مجرمین و متجاوزین به حقوق مردم، می‌باشند باید بر اساس قانون، تشکیل شده، رسیدگی نموده و حکم صادر نمایند.

قانون، اگر هم از اخلاق، الهام گرفته باشد و یا موازین اخلاقی را به صورت مواد قانونی در آورده باشد لازم الاجراست، ضمانت اجرا دارد و باید بدون عذر و بهانه‌ای اجرا شود. دولت خوب و شایسته دولتی است که قانون را محترم شمرده و همه امور را بر مجرای قانون و طبق قانون عمل می‌کند.

صحت و سقم امور و حتی تحقق بسیاری از موازین و مفاهیم با معیار قانون، سنجیده می‌شود و در محدوده قانون، محترم و معتبر است. احکام دادگاه‌ها باید براساس قانون و مستند به مواد قانونی، صادر شود تا معتبر و محترم و قابل اجرا باشد و عدالت و امنیت را در جامعه برقرار کند. قراردادهایی که بین افراد منعقد می‌شود، به حکم قانون، محترم و لازم

الاتباع است. هیچ یک از طرفین نمی‌تواند بدون جلب موافقت طرف دیگر یا به حکم قانون، از اجرای مفاد قرارداد خودداری کند، به تعبیر ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه، و قوانین کشورهای عربی که تحت تأثیر این قانون، تصویب شده‌اند، قرارداد برای طرفین آن، حکم قانون را دارد (ر.ک: قانون مدنی کویت: ماده ۱۹۶).

بنابراین با توجه به احترام حاکمیت اراده که قانون نیز آن را به رسمیت شناخته، هر یک از طرفین قرارداد باید طبق مفاد قرارداد، تعهد خود را انجام دهد و علی‌الاصول دادگاه هم نمی‌تواند طرف قرارداد را از انجام تعهد، معاف کند یا آن را تقلیل یا افزایش دهد.

با همه این اوصاف، از آنجا که مسائل اجتماعی و روابط انسانی و مصالح جامعه که قانون برای تنظیم آنها وضع شده است، فرمول خشک و ثابت شده ریاضی ندارند. برخی مواقع، اصرار و پافشاری بر اجرای مَر قانون و انعطاف‌ناپذیری آن، می‌تواند مشکلاتی را به وجود آورد و از باب از قضا سرکنگین صفرا فزود، اجرای عدالت و نظم و امنیت را با مشکل مواجه سازد. از این رو برای حفظ اصالت لزوم اجرای قانون، لازم است نسبت به انعطاف‌پذیری آن نیز هم در مرحله تصویب و از سوی خود قانونگذار و هم توسط مجریان و بویژه دستگاه قضایی، تمهیداتی اندیشیده شود. این معنی در برخی از نظام‌های حقوقی پس از تجربیات به‌دست آمده از اجرای قانون، مورد توجه قرار گرفته و در بعضی نظام‌ها مغفول مانده است. در این نوشتار سعی می‌شود با اشاره به وضعیت برخی از قوانین خارجی، موقعیت نظام حقوقی ایران مورد بحث قرار گیرد و نگاهی هم به منابع فقهی افکنده شود.

۱. مفهوم انعطاف‌پذیری قانون

۱.۱. انعطاف‌پذیری قانون در مرحله تصویب

انعطاف‌پذیر بودن قانون بدین معنی می‌تواند باشد که قانون‌گذار وقتی در موضوعی قانونی را تصویب می‌کند که به طور عام، لازم الاجراست و عذر و بهانه‌ای علی‌القاعده

برای دست برداشتن از اجرای آن نباید باشد و علی‌الاصول، پس از آنکه روند تصویب و انتشار و اطلاع‌رسانی عمومی آن، انجام شد، حتی ادعای جهل به آن نیز مسموع نیست، ممکن است به مناسبت اوضاع و احوال خاص، پیشامدهای غیر منتظره، وضعیت نامناسب فرد مکلف به اجرای قانون و امثال آن، اجازه عدم اجرا یا تخفیف در اجرای قانون را بدهد و به نحوی در اجرای خشک و بلا‌قید آن تلطیفی ملحوظ دارد. مثلاً وقتی قانون مدنی، ازدواج با زن شوهردار یا زنی که در عده دیگری به سر می‌برد را باطل اعلام می‌نماید و آن را موجب حرمت ابدی می‌داند، می‌گوید: اگر این ازدواج بخاطر عدم آگاهی از حرمت نکاح در ایام عده یا بخاطر جهل به بودن زن در ایام عده صورت گرفته باشد، هر چند ازدواج باطل است ولی حرمت ابدی حاصل نمی‌شود، نوعی انعطاف‌پذیری در قانون صورت گرفته و در واقع تخفیفی نسبت به اثر و پیامد قانون و تخلف از اجرای آن به خاطر عدم آگاهی افراد مشمول قانون به عمل آمده است و از این حیث قانون، از انعطاف برخوردار است.

طبق ماده ۱۰۵۰ قانون مدنی، «هر کس زن شوهردار را با علم به وجوده علقه زوجیت و حرمت نکاح یا زنی را که در عده طلاق و یا در عده وفات است، با علم به عده و حرمت نکاح برای خود عقد کند، عقد باطل است و آن زن، مطلقاً بر آن شخص، حرام مؤبد می‌شود» و مطابق ماده ۱۰۵۱ همان قانون: «حکم مذکور در ماده فوق، در موردی نیز جاری است که عقد ازدواج از روی جهل به تمام یا یکی از امور مذکوره فوق بوده و نزدیکی هم واقع شده باشد. در صورت جهل و عدم وقوع نزدیکی، عقد باطل، ولی حرمت ابدی، حاصل نمی‌شود». در واقع جهل به حکم یا موضوع، موجب شده که قانونگذار، انعطافی در اجرای حکم قانونی خود نشان دهد و حکم حرمت ابدی را بردارد.

در حقوق فرانسه، این نوع ازدواج به پوتاتیف^۱ موسوم است و در واقع عدم آگاهی زوجین یا یکی از آنها به باطل بودن عقد ازدواج اعم از جهل به حکم یا موضوع و مبادرت کردن به آن موجب می‌شود که آثار بطلان عقد و پیامدهای آن به آینده، یعنی زمان پس از آگاه شدن از بطلان مربوط شود و به گذشته سرایت نکند، شاید بتوان گفت به نوعی مانند وطی به شبهه در نظام حقوقی و فقهی ماست. این جهل و عدم آگاهی، نشانه عدم سوء نیت و داشتن حسن نیت شناخته شد و به خاطر این حسن نیت، قانونگذار، چنین انعطافی را به خرج داده است.^۲

و یا وقتی قانونگذار، علی‌رغم اینکه بدهکار را مکلف می‌کند دین خود را طبق توافق صورت گرفته با طرف قرارداد به موقع و به طور کامل بپردازد و تبعیض در پرداخت یعنی پرداخت بخشی از دین را در موعد و تاخیر انداختن بخش دیگر را روا نمی‌دارد، به دادگاه اجازه می‌دهد در صورت نادار بودن و استیصال بدهکار به اوقساط متناسبی برای پرداخت بدهد جلوه‌ای از انعطاف‌پذیری قانون را به لحاظ وضعیت خاص بدهکار، می‌توان مشاهده کرد. ماده ۲۷۷ قانون مدنی ایران، در این راستا مقرر می‌دارد: «متعهد نمی‌تواند، متعهد له را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید. ولی حاکم، می‌تواند نظر به وضعیت مدیون، مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد». بر همین روال حکم قانونی برخی از قوانین مدنی کشورها که به دادگاه اجازه تعدیل قرارداد را در مواردی که اجرای قرارداد به شکل توافق شده، موجب سختی و ضرر طرف قرارداد است، داده‌اند قابل توجیه می‌باشد و انعطاف‌پذیری

1. MARIAGE PUTATIF.

۲. فرهنگ حقوقی فرانسه، انتشارات دالوز، پاریس، ۱۹۶۶، جلد ۲ ذیل عنوان MARIAGE صفحه ۱۳۱، شماره ۵۴: «اگر ازدواج باطلی با حسن نیت انجام شده باشد بطلان ازدواج به آینده اثر می‌کند و این ازدواج پوتاتیف نامیده می‌شود. شرط پوتاتیف بودن ازدواج این است که حداقل یکی از زوجین دارای حسن نیت باشد؛ یعنی یا حکماً یا موضوعاً نسبت به بطلان ازدواج جاهل باشد».

قانون را به لحاظ رعایت انصاف و جلوگیری از قرار گرفتن طرف قرارداد در مضیقه و سختی نشان می‌دهد؛ از باب مثال ماده ۱۹۸ قانون مدنی کویت مقرر می‌دارد: «هر گاه بعد از عقد و قبل از اجرای آن وضعیت خاص و استثنایی که به طور متعارف هنگام بستن قرارداد قابل پیش بینی نبوده و اجرای قرارداد با این وضعیت پیش آمده هر چند محال نیست ولی خسارت سنگینی برای متعهد بر جای می‌گذارد، قاضی می‌تواند بعد از ارزیابی مصلحت طرفین، تعهد را تعدیل و به وضع معقولی برگرداند بدین صورت که یا میزان تعهد را کم کند و یا ما به ازاء آن را افزایش دهد».^۱

در امور کیفری هم مواردی مشاهده میشود که قانونگذار، انعطاف به خرج داده و با توجه به پاره‌ای ملاحظات، اجرای حکم قانونی را بر برخی از مجرمین، متوقف کرده است، مثلاً طبق ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی (بند خ) اگر کسی در زمان قحطی مرتکب سرقت شود مجازات حد سرقت بر او اجرا نمی‌شود یا طبق ماده ۱۱۴ همان قانون، در صورتی که متهم به ارتکاب برخی از جرایم توبه کند، مجازات و اجرای حد از او برداشته می‌شود و در بعضی از موارد مجازات حد به تعزیر تبدیل می‌گردد.^۲ نظیر این امر را در بخش کیفری در نظام حقوقی

۱. ماده ۱۹۸ قانون مدنی کویت: «اذا طرأت: بعد العقد و قبل تمام تنفیذه ظروف استثنائية عامة لم یکن فی الوسع توقعها عند ابرامه و ترتب علی حدودها ان تنفیذ التزام الناشئ عنه و ان لم یصبح مستحیلاً صار مرهقاً للمدین بحیث یهدده بخسارة فادحة جاز للقاضی، بعد الموازنة بین مصلحة الطرفين ان یرد الالتزام المرهق الی حد المعقول بان بضیق من مداه او یزید فی مقابله و یقع باطلاکل اتفاق علی خلاف ذالک» قانون مدنی کویت سال ۱۹۸۰ از انتشارات دفتر وزیر امور حقوقی اداری.

۲. ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲: «در جرایم موجب حد به استثنای قذف و مجاربه هر گاه متهم قبل از اثبات جرم، توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، حد از او ساقط می‌گردد. همچنین اگر جرایم فوق غیر از قذف با اقرار ثابت شده باشد در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضاییه از مقام رهبری درخواست نماید.

تبصره ۱. توبه محارب قبل از دستگیری یا تسلط بر او موجب سقوط حد است.

امریکا، تحت عنوان پلی بارگین (PLEA BARGAIN) می‌توان دید که اگر متهم به جرم خود اقرار کند، دادستان، ممکن است، مرتبه جرم انتسابی را پایین‌تر بیاورد یا نفوذ خود را برای صدور حکم دادگاه به مجازات سبک‌تری به کار بندد.^۱

نمونه دیگری از انعطاف‌پذیری در قانون‌گذاری را می‌توان در مواد ۵۰۹ و ۵۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ در بحث مربوط به موجبات ضمان، ملاحظه کرد که با وجود حکم کلی و اصلی قانون مربوط به اینکه هر کس بر اثر عمل خود به دیگری خسارت وارد کند، ضامن و مسئول است، مسئله رعایت مصلحت و یا انجام عمل بر مبنای احسان و نیکوکاری، موجب شده که در قانون‌گذاری انعطاف نشان داده شود و به موجب حکم قانون وارد کننده خسارت، مسئول زیان وارده نباشد، ماده ۵۰۹ مقرر می‌دارد: «هر گاه کسی در معابر یا اماکن عمومی با رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی، عملی به مصلحت عابران انجام دهد و اتفاقاً موجب وقوع جنایت یا خسارت گردد ضامن نیست.» گویاتر از آن ماده ۵۱۰ همان قانون است که می‌گوید: «هر گاه شخصی با انگیزه احسان و کمک به دیگری، رفتاری را که به جهت حفظ مال، جان، عرض یا ناموس او لازم است، انجام دهد و همان عمل، موجب صدمه و یا خسارت شود، در صورت رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی، ضامن نیست.»

به هر حال از نمونه‌های مختلف ذکر شده، می‌توان، این معنی را دریافت که منظور از انعطاف‌پذیری قانون در مرحله تصویب، این است که قانونگذار ضمن وضع قانون و تأکید بر لزوم اجرای آن، در عین حال، در مواردی بنا به مقتضیات و اوضاع و احوال خاص از

تبصره ۲. در زنا و لواط هر گاه جرم به عنف، اکراه و یا اغفال بزه‌دیده انجام گیرد، مرتکب در صورت توبه و سقوط مجازات به شرح مندرج در این قانون به حبس یا شلاق تعزیری محکوم می‌شود.

1. The Oxford companion to law.

جمله ملاحظه نحوه رفتار یا وضعیت مالی یا روحی یا جهات مختلف دیگر، خود، اجازه انعطاف و نرمی در اجرای قانون را داده است و به گونه‌ای دامنه اجرای قانون را محدود یا منتفی کرده است.

۱.۲. انعطاف‌پذیری قانون در مرحله اجرا

انعطاف‌پذیری قانون در مرحله اجرا، طبعاً می‌تواند بدین معنی باشد که مجریان قانون، ضمن الزام به اجرا و عدم انحراف از آن در مواردی که قانون نیاز به تفسیر دارد به گونه‌ای قانون را تفسیر و اجرا نمایند که همان مقتضیات گفته شده در تصویب قانون، در مقام اجرا نیز در نظر گرفته شود و قانون با لطافت لازم اجرا گردد. مخصوصاً در مواردی که قانون، اطلاق یا ابهام و اجمال دارد، می‌توان قانون را به گونه‌ای انعطاف‌پذیر تفسیر کرد و از خشکی جمود زیان آور آن کاست. شاید برای بیان این منظور بتوان در قانون داخلی به این رأی وحدت رویه دیوانعالی کشور در خصوص الزام پدر طبیعی فرزند مولود رابطه نامشروع به انجام تکالیف پدری و گرفتن شناسنامه مثال زد. در حالی که طبق ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی: طفل متولد از زنا، ملحق به زانی نمی‌شود. و رابطه نسبی و پدر و فرزند بین مرد و کودک متولد از رابطه نامشروع او با زنی وجود ندارد و بنابراین قاعداً احکام متفرع بر نسب از جمله تکلیف به حضانت که در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی مقرر شده: نگاهداری اطفال، هم حق و تکلیف ابویین است و تکلیف به اتفاق که در ماده ۱۱۹۹ آمده است: نفقه اولاد، بر عهده پدر است، در اینجا ساری و جاری نمی‌باشد، در عین حال هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مقام رأی وحدت رویه، قاعداً با در نظر گرفتن رعایت موازین انصاف و احسان نسبت به کودک و با استخراج از برخی از مواد قانونی که بر رابطه طبیعی کودک و شخصی که از نطفه او این موجود انسانی پدید آمده است، اثر حقوقی بار کرده چنانکه به موجب ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی ازدواج مرد با اقارب نسبی حتی اگر این قرابت ناشی از زنا

باشد، ممنوع، اعلام شده چنین برداشت کرده که تکلیف حضانت و رسیدگی به کودک و نفقه دادن به او و حتی گرفتن شناسنامه برای کودک بر دوش مردی است که این کودک از نطفه او بعمل آمده هر چند از طریق عمل نامشروع که قانون آن را به رسمیت نمی شناسد.^۱

همچنین می توان به عنوان نمونه، در این موضوع به رویه قضایی فرانسه اشاره کرد که با وجود آنکه در قانون مدنی فرانسه، از جبران خسارت معنوی، صریحاً نامی برده نشده و ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی مزبور، صرفاً و به طور مطلق می گوید هر کس مسئول جبران زیان وارده بر اثر عمل او به دیگری خواه از روی عمد یا غیر عمد می باشد که با توجه به رویه جاری در زمان تصویب، ظهور در جبران خسارت مادی و از دست دادن مال دارد، با توجه به ملاحظات انسانی و پذیرش عرفی جبران خسارت معنوی با پرداخت پول، رویه قضایی فرانسه، اطلاق عنوان خسارت و لزوم جبران آن در ماده مذکور را شامل خسارت معنوی نیز دانسته است و بر آن مبنا دادگاه ها حکم به جبران خسارت معنوی با پرداخت پول می دهند.^۲

۱. رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ مقرر می دارد: «به موجب بند الف ماده ۱ قانون ثبت احوال مصوب سال ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال، ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است و تبصره ماده ۱۶ و ماده ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که ازدواج پدر و مادر به ثبت نرسیده باشد و اتفاق در اعلام ولادت و صدور شناسنامه نباشد، یا اینکه ابوی طفل معلوم نباشد تعیین تکلیف کرده است لیکن در مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید با استفاده از عموماً و اطلاق مواد یاد شده و مسئله ۳ و ۴۷ از موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (ره) زانی پدر عرفی طفل تلقی و در نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است».

۲. ر.ک: مجموعه قانون مدنی فرانسه: (Code civil) چاپ دالوز، پاریس سال ۱۹۹۵، صفحه ۹۳۱ ذیل ماده ۱۳۸۲ و در مقام شرح و بیان آن ذیل عنوان: خسارت مادی و معنوی: Dommage material ou moral
رأی بخش مدنی دیوان کشور فرانسه را در تاریخ ۱۳ فوریه ۱۹۲۳ نقل می کند که گفته است: ماده ۱۳۸۲ به مفهوم عام و مطلق در مورد خسارات معنوی هم مانند خسارات مادی اجرا می شود.

۲. انعطاف‌پذیری قانون در برخی قوانین خارجی

اجمالاً، مفهوم کلی انعطاف‌پذیری قانون در مرحله تقنین و اجرا تبیین شد و حال نگاهی به برخی از قوانین کشورهای خارجی و از جمله اسلامی که تا حدی در مبانی قوانین موضوعه ایران، نیز سنخیتی دارند می‌افکنیم و موضع آنها را نسبت به منعطف بودن قانون ملاحظه می‌کنیم به عنوان نمونه اشاره‌ای به وضعیت این موضوع در قانون مدنی فرانسه و قانون مدنی مصر و کویت می‌نمائیم، قانون مدنی فرانسه، از این جهت که قانون مدنی ایران در برخی از موارد مخصوصاً در قسمت تعهدات از آن الهام گرفته و قوانین مدنی مصر و کویت از این جهت که به هر حال یکی از منابع آنها فقه اسلامی است و مخصوصاً کویت که تدوین‌کنندگان آن مدعی‌اند در چارچوب فقه اسلامی، مواد قانونی را تنظیم کرده‌اند و در عین حال هر دوی اینها از قانون مدنی فرانسه هم، الهام گرفته‌اند با قانون ایران سنخیتی خوب دارند.

به هر حال در این قوانین انعطاف‌پذیری قانون مورد توجه قرار گرفته است در مواردی خود قانون، حکم متعارف و خشک خود را به مناسبتی مورد تعدیل قرار داده و حکم تلطیف شده قانونی را بیان کرده و در مواردی به قاضی دادگاه این اجازه را داده است که قانون را با انعطاف لازم، تفسیر و اجرا نماید.

در این قوانین دو عنوان در مقام اجرای قانون یا قراردادهای خصوصی که حکم قانون را دارند مورد توجه قرار گرفته و به آنها نقش داده شده است، این دو عنوان عبارتند از: حسن نیت و انصاف، در موارد مختلف در خود قانون ذکر شده است که در اجرای قانون یا قرارداد، باید حسن نیت یا انصاف مورد توجه قرار گیرد و در نتیجه قانون‌گذار خود با ملاحظه انصاف یا حسن نیت حکم قانونی خاصی را وضع کرده است یا قانون موضوعه

خود را اصلاح کرده و در مواردی اصولاً انجام این امر را به عهده قاضی مجری قانون گذاشته است. از باب مثال قانون مدنی فرانسه در ماده ۱۱۳۴ می گوید:

قراردادهایی که طبق قانون منعقد می شوند، برای طرفین قرارداد حکم قانون را دارند. این قراردادها باید با حسن نیت اجرا شوند.^۱

در ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی، نقش انصاف در اجرای قراردادهای قانونی لازم الاتباع، مورد توجه قرار گرفته است. طبق ماده مزبور، قراردادها، نه تنها طرفین آن را ملزم به اجرای آنچه در آنها تصریح شده می کند، بلکه آنها را به کلیه نتایجی که انصاف، عرف و عادت یا قانون بر حسب طبیعت قرارداد قایلند، ملزم می کند.^۲

شاید بتوان گفت براساس توجه به انصاف، قانونگذار فرانسه که در ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی براساس حاکمیت اراده و الزام طرفین بر توافق صورت گرفته بین آنها مقرر کرده بود «هر گاه در قرارداد شرط شود که متخلف از ایفاء تعهد، مبلغ معینی بابت خسارت پرداخت کند، دادگاه نمی تواند، حکم پرداخت خسارت بیشتر یا کمتر در حق طرف دیگر صادر کند». انعطاف به خرج داده و در ژوئیه ۱۹۷۵ بندی را به این شرح به این ماده افزود: «معدالک، قاضی دادگاه، می تواند رأساً میزان خسارت مورد توافق را در صورتی که فوق العاده زیاد، یا به نحو مسخره آمیزی کم بداند، تعدیل کند یا افزایش دهد».

۱. ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران عیناً ترجمه این ماده قانون مدنی فرانسه است، ولی عبارت ذیل ماده که مربوط به اجرای با حسن نیت است، حذف شده. ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران بدین گونه است: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

۲. عین همین مفهوم در ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران با حذف کلمه انصاف منعکس شده است، ماده ۲۲۰: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود ملزم می باشند».

در مورد حسن نیت نیز قانون مدنی فرانسه برای آن نقش و اثر حقوقی قائل شده و در مواردی وجود حسن نیت را بر خلاف ضوابط عمومی قانونی موجب رفع یا سبک شدن مسئولیت دانسته است؛ مثلاً طبق ماده ۱۲۳۸ قانون مدنی فرانسه، تا دیه دین وقتی معتبر است یا به تعبیر ماده ۲۶۹ قانون مدنی ایران وفای عهد وقتی محقق می‌شود که متعهد چیزی را که می‌دهد، مالک یا مأذون از طرف مالک باشد و شخصاً هم اهلیت داشته باشد. یعنی اهلیت پرداخت دین را داشته باشد، بنابراین اگر کسی مالی را که متعلق به خود او نیست و از سوی صاحب مال هم مجاز نباشد که آن را برای ادای دین بکار برد یا فرضاً اهلیت پرداخت دین را نداشته و در عین حال به عنوان تادیه دین، مال را پردازد، وفای به عهد محقق نشده و در نتیجه، متعهدله گیرنده مال هم مالک آن مال نمی‌شود و باید آن را به صاحبش یا مقام ذی صلاح برگرداند، قانون مدنی فرانسه در ذیل این ماده ۱۲۳۸ می‌گوید اگر مال پرداخت شده به عنوان تادیه دین، پول یا مال دیگری که استفاده از آن ملازم با تلف و مصرف شدنش است، می‌باشد و متعهدله گیرنده مال، با حسن نیت، آن مال را گرفته و مصرف کرده است، موردی برای استرداد مال از متعهدله نیست، یعنی وجود حسن نیت باعث شده قانون‌گذار حکم متعارف مسئولیت شخص نسبت به مالی که بدون مجوز قانونی در اختیار او قرار گرفته را تلطیف کند و مسئولیت را بردارد. صدر ماده ۱۲۳۸ قانون مدنی فرانسه عیناً در قالب ماده ۲۶۹ قانون مدنی ایران قرار گرفته، ولی چون در نظام حقوقی ایران، برای حسن نیت، نقش و اثر حقوقی پیش‌بینی نشده ذیل آن ماده در قانون مدنی ایران نیامده است.

توجه به حسن نیت و مؤثر بودن آن، به خصوص در مورد اجرای قرارداد و نیز ملحوظ نمودن انصاف در قانون مدنی مصر و کویت نیز ملاحظه می‌شود. قانون مدنی مصر که مصوب سال ۱۹۴۹ میلادی و قانون مدنی کویت، که بسیار متأخرتر از آن و مصوب سال ۱۹۸۰ میلادی است و هر دو شریعت اسلام را در زمره منابع خود ذکر کرده و در عین حال

هر دو تحت تأثیر قانون مدنی فرانسه تدوین شده‌اند که البته این تأثیر در قانون مدنی مصر بیشتر است، اجرای قرارداد را با ملاحظه و مراعات حسن نیت و توجه به عدالت و انصاف، متعرض شده‌اند و در مواردی قانونگذار با توجه به موازین انصاف، حکم متداول قانون را منعطف کرده و به گونه‌ای دیگر تغییر داده است. در این خصوص مواد ۱۴۷، بند ۱ و ۲ و ۱۴۸ بند ۱ و ۲ و ماده ۱۴۹ قانون مدنی مصر قابل توجه است.

مشابه آن در قانون مدنی کویت در مواد ۸۱، ۳۰۶، ۲۳۵، ۱۹۳، ۱۹۷، ۱۹۶، ۱۹۵ و موارد دیگر می‌توان ملاحظه کرد. قانون مدنی کویت در ماده ۱۹۶، قرارداد را برای طرفین آن، در حکم قانون اعلام می‌کند (العقد شریعه المتعاقدين) و در ماده ۱۹۷ می‌گوید: قرارداد را باید مطابق با محتویات آن و با روشی که با مقتضیات حسن نیت و شرافت معامله منطبق باشد اجرا نمود (بجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من احكام و بطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية و شرف التعامل) در ماده ۱۹۵ تقریباً مفاده ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه و ماده ۱۴۸ قانون مصر، مبنی بر اینکه علاوه بر لزوم اجرای مصرمات قرارداد مورد توافق طرفین باید مقتضیات عرف و عادت و انصاف و حسن نیت را مورد توجه قرارداد کمی مفصل تر بیان شده است: (لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط او يسرى عليه من احكام القانون و انما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، و فقا لما تجرى عليه العادة و ما تمليه العدالة و مع مراعاة طبيعة التعامل و ما يقتضيه حسن النية و شرف التعامل) نمونه‌هایی از انعطاف‌پذیری خود قانون بر مبنای حسن نیت و انصاف نیز می‌توان در این قانون مشاهده کرد؛ مثلاً با اینکه در ماده ۳۰۲ ذکر شده است که طرفین، می‌توانند در ضمن عقد یا قرارداد جداگانه وجه التزام تخلف از اجرای قرارداد را تعیین کنند که طبعاً بر ایشان لازم الوفاء است، در ماده ۳۰۳ نظیر بند الحاقی به ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه و کمی متفاوت با آن می‌گوید اگر متعهد ثابت کند، خسارتی به متعهد وارد نشده و یا مبلغ تعیین شده به عنوان وجه التزام فوق

العاده بیش از خسارت وارده است، دادگاه می‌تواند مداخله نموده و میزان وجه التزام را تقلیل دهد و در صورت عدم ورود خسارت هم که متعهد، الزامی به پرداخت وجه ندارد.

شبیه این معنا، در ماده ۳۰۳ قانون مدنی کویت مقرر شده است. افزون بر این، در برخی موارد به قاضی اختیار داده شده با رهنمود گرفتن از مقتضای انصاف و عدالت حکم کند و در این راستا، شروط و توافقات طرفین را نیز، تعدیل نماید. مثلاً در ماده ۸۱ قانون مدنی کویت در خصوص قراردادهای الحاقی آمده است که اگر این قراردادها مشتمل بر شروط ظالمانه باشند، دادگاه می‌تواند در جهت اجرای عدالت و انصاف این شروط را تعدیل نموده یا متعهد را معاف کند.

در ماده ۳۰۶ قانون مدنی کویت نیز پس از آنکه در ماده ۳۰۵ هر گونه توافقی بر پرداخت مبلغی به عنوان خسارت تأخیر تأدیه در جایی که مورد تعهد وجه نقد است منع شده مقرر می‌دارد در عین حال اگر بدهکار با وجود توانایی پرداخت دین و مطالبه آن از جانب طلبکار، اقدام به پرداخت نکند و از این بابت بر طلبکار ضرر نامتعاریفی وارد شود، دادگاه، می‌تواند بدهکار را به پرداخت مبلغی به عنوان خسارت با مراعات مقتضیات عدالت و انصاف محکوم کند.

ملاحظه می‌شود در قوانین بعضی از کشورها که به عنوان نمونه، مقررات قانونی یک کشور غربی و دو کشور اسلامی مورد اشاره واقع شد، به نوعی انعطاف‌پذیری قانون را، هم در مرحله تصویب و از سوی قانونگذار و هم با اجازه و اشاره قانون در مرحله اجرا و توسط دادگاه پذیرفته و ساز و کار عمده این ترتیب را حسن نیت و انصاف قرار داده‌اند. در همین راستا، سنه‌وری حقوقدان معروف مصری و شارح قانون مدنی مصر در ذیل عنوان مربوط به عقد باطل و نتایج آن می‌گوید: «على أنَّ العقد الباطل قد ينتج في حالات استثنائية اثره الاصلی باعتباره عقداً و هذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل و طورا وجوب حماية

حسن النية؛ عقد باطل، علی الاصول به عنوان، عقد، اثری بر آن بار نمی‌شود و کان لم یکن است، در عین حال، ممکن است در بعضی از موارد، به لحاظ لزوم تعامل و حمایت از حسن نیت، آثار قانونی بر آن بار گردد» (السنهوری، بی‌تا: ج ۱، ص ۴۹۵).

۳. انعطاف‌پذیری در احکام شریعت اسلامی

حال مرور کوتاهی هم بر انعطاف‌پذیری احکام و مقررات در شریعت و فقه اسلامی داشته باشیم. در قرآن مجید در زمینه‌های مختلف بیان احکام عبادی، احکام جزائی، احکام مدنی انعطاف‌پذیری دیده می‌شود. به صورت کلی خداوند متعال در قرآن کریم در مقام ملاحظه انعطاف‌پذیری در بیان احکام در خطاب به مکلفین می‌فرماید: «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ» (سوره بقره، آیه ۱۸۵). همچنین ذیل حکم مربوط به وجوب روزه و معاف کردن مریض و مسافر یا در مقام جهل به احکام شرعی می‌فرماید خداوند در احکام دین و شریعت، حرج و مشقت قرار نداده است: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (سوره حج، آیه ۷۸) «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» (سوره مائده، آیه ۶)، ذیل حکم تیمم در صورت نداشتن آب برای وضو یا غسل.

در تعیین احکام و قراردادن تکلیف و وضع احکام حلال و حرام، مقتضیات اضطرار و سختی انجام تکلیف و داشتن حسن نیت مد نظر قرار گرفته و بر آن مبنا تکلیف، تعدیل شده است، چنانکه پس از بیان محرمات در زمینه خوراکی‌ها مانند مردار و خوک و خون حالت اضطرار را مستثنی کرد و ارتکاب این عمل محرم به لحاظ اضطرار و بدون تجزّی و سوء نیت را بدون اشکال اعلام کرده است و می‌فرماید: «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (سوره بقره، آیه ۱۷۳).

در احکام کیفری هر جا حکم مجازاتی برای ارتکاب جرمی تعیین کرده، توبه مجرم را موجب تغییر وضع در اعمال مجازات و احیاناً معاف کردن او از مجازات اعلام کرده است؛ چنان که در سوره مائده، ابتدا در آیه ۳۸ حکم مجازات برای مرتکبین سرقت، اعم از مرد و زن را بیان می‌کند: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ». اما در آیه بعد می‌فرماید: کسی که توبه کند و خود را اصلاح نماید، خداوند توبه او را می‌پذیرد: «فَمَن تَابَ مِن بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ». یا در همان سوره در مورد جرم بزرگ محاربه که مجازات‌های سختی هم برای آنها در نظر گرفته شده، توبه مجرمین را قبل از دستگیری موجب خودداری حکومت از اجرای آن مجازات‌های سخت دانسته است: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ» (سوره مائده، آیات ۳۳ و ۳۴).

علاوه بر این در مواردی خداوند در مقام شارع و وضع‌کننده حکم در هنگام مواجه شدن با مشکلات عملی اجرای حکم مقرر خود از سوی مردم و مکلفین، انعطاف به خرج داده و حکم خود را تغییر داده یا اصلاحیه‌ای بر آن وارد کرده است؛ چنان که در مورد ممنوعیت مباشرت با زنان در شب‌های ماه رمضان و مواجه شدن با مشکلات عملی این حکم، خداوند خود، حکم مقرر خویش را تغییر داد و مباشرت با زنان در شب‌های ماه رمضان را حلال کرد. (ر.ک: سوره بقره، آیه ۱۸۷).

همچنین در سوره نور، پس از آنکه شدیداً کذف را محکوم و برای کسی که نسبت زنا به زنی داده باشد و چهار شاهد که گفتار او را تأیید کنند، نداشته باشد، حکم هشتاد ضربه شلاق و محرومیت اجتماعی عدم پذیرش شهادت و فاسق بودن او را صادر کرده، در ارتباط

با موردی که نسبت‌دهنده شوهر زن باشد و با خود چهار شاهد عادل نداشته باشد، با توجه به مشکلات عملی و اجرایی که در زمان خود پیامبر (ص) در این مورد پیش آمد، خداوند خود حکم مقرر خویش را اصلاح کرد و اطلاق حکم آیه ۴ را از موردی که نسبت‌دهنده، شوهر زن باشد منصرف نمود و مقررات لعان را در این مورد وضع کرد. دقت در نحوه بیان آیات شماره ۴ تا ۱۰ سوره مبارکه نور و ملاحظه بیان مفسرین و مورخین در مورد شأن نزول این آیات، به‌ویژه آیات مربوط به لعان، بیان گر انعطاف‌پذیری خود شارع مقدس در مورد احکام مقرر خویش می‌باشد (ر.ک: تفسیر مجمع البیان و سایر تفاسیر و نیز کتاب ادوار فقه محمود شهابی).

۴. قواعد فقهی و نشانه‌های انعطاف‌پذیری در فتاوی برخی از فقها

ضوابط و قواعد شناخته شده فقهی لازم و لا حرج که در فقه و بیان احکام فقهی و دادن فتوی کاربرد، دارد نیز می‌تواند از نشانه‌های توجه به انعطاف‌پذیری در بیان احکام فقهی باشد که آثار آن را در برخی از احکام فقهی و فتاوی فقها می‌توان مشاهده کرد. حتی در مواردی بر همین مبنا فتاوی برخی از فقها بر اساس همین مساله عسر و حرج به نوعی به تعدیل قرارداد یا فسخ آن حکم داده شده است؛ چنان‌که صاحب جواهر در مورد قرارداد حفر چاه به وسیله مقتی در موردی که مقتی مزبور بر سر راه حفر چاه به سنگی سخت برخورد کند که انجام قرارداد موجب صعوبت و دشواری بسیار زیاد برای او می‌شود، به رفع الزام وی از حفر چاه نظر داده است.^۱

۱. صاحب جواهر در بحث مربوط به کسی که برای حفر چاه، اجیر می‌شود و احکام مربوط به رفع غرر و حدود تعیین کاری که باید انجام دهد و مواردی که ممکن است فسخ شود، می‌گوید: «لو حفر بعض ما قوطع علیه ثم تعذر حفر الباقي او تعسر اما لصعوبة الأرض او مرض الاجير او غير ذلك... قوم حفرها و ما حفرت و رجع الاجير عليه بنسبته...». جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۷، ص ۲۹۱.

حتی در فتاوی برخی از فقهای معاصر در مقام پاسخ به استفتاء، مسئله تاثیر تغيير اوضاع و احوال در قرارداد و امکان فسخ یا تعديل آن با توجه به پیش آمدن وضعیتی که موجب عسرت و مشقت طرف قرارداد در اجرای آن می‌شود نظیر آنچه در قانون مدنی مصر و کویت دیدیم، مشاهده می‌شود؛ چنان‌که در استفتائی که در خصوص موضوع یک قرارداد پیمانکاری و افزایش شدید قیمت مواد اولیه که اجرای قرارداد را به شکل موجود، موجب تعمس شدید شرکت پیمانکار نموده از جمعی از مراجع سؤال شد: آیا با این تغییرات شدید، شرکت محق در فسخ قرارداد یا تعديل آن از طریق مراجع ذی صلاح قضایی می‌باشد یا خیر؟ مراجع مورد سؤال برخی به جواز فسخ قرارداد توسط پیمانکار به خاطر این وضعیت پیش آمده و برخی به امکان تعديل در قیمت تعیین شده برای انجام مورد قرارداد نظر داده‌اند. برای مثال آقای مکارم شیرازی گفته‌اند: «در صورتی که تورم و گرانی فوق‌العاده و غیر منتظره‌ای باشد، عامل حق دارد قرارداد را فسخ کند».

آقای سیستانی نیز گفته‌اند در این مورد شرکت پیمانکار می‌تواند قرارداد را فسخ نماید و آقای بهجت گفته‌اند: «اگر تورم باشد، باید قیمت روز را پرداخت کند».

نمونه و نشانه‌های توجه به تغییر اوضاع و احوال و ملاحظه انصاف و حسن نیت و سوء نیت را بدون نام بردن از این عناوین و عمدتاً ذیل عناوین «لا حرج و لا ضرر» و «بنای عقلا» در لابلای نظریات فقهی برخی از فقها، می‌توان پیدا کرد و انعطاف‌پذیری احکام شریعت را در فتاوی آنها یا حداقل القاء نظریه فقهی مشاهده کرد؛ چنان‌که از باب مثال مرحوم سید محمد کاظم یزدی در ذیل عنوان غایب مفقود الاثر و امکان مطلقه ساختن زوجه غایب مفقود الاثر با توجه به شرایط مربوط به این حکم، یعنی بی‌خبر بودن از حیات و ممات شوهر و انجام تحقیق و تفحص پس از مراجعه به دادگاه و به نتیجه نرسیدن، می‌گوید: اگر شوهر غایب حیاتش معلوم باشد، مثلاً محکوم به زندان بوده و در زندان به سر ببرد و زوجه

نتواند بر این امر صبر کند و در سختی و مشقت بیفتد و یا اعمال ترتیبات ذکرشده برای غایب مفقود الاثر از قبیل تعیین مدت و ضرب الاجل و انجام جستجو، موجب شود که زن در معصیت بیفتد و تحمل صبر این وضعیت را نداشته باشد، دادگاه می‌تواند بدون مراعات این ترتیبات ذکرشده، زن را مطلقه نماید (ر.ک: طباطبایی یزدی، بی‌تا: ج ۲، ص ۷۵).

همین فقیه روشن‌بین در بحث مربوط به مسئولیت ید امانی نسبت به مالی که در اختیار اوست، در صورت ارتکاب تعدی و تفریط، این مسئله را مطرح می‌کند که اگر کسی اقدام به تعدی و یا تفریط نمود ولی قبل از اینکه آسیبی به مال تحت اختیار او وارد شود، از تعدی یا تفریط خودداری کرد و در واقع حسن نیت و عمل خود را در مراقبت از مال مورد امانت نشان داده آیا باز مسئول تلف و نقص آن مال که ناشی از تعدی و تفریط و عمل او نیست، می‌باشد یا خیر، ایشان بر خلاف قول مشهور، که ید امانی را به خاطر حدوث تعدی یا تفریط همچنان ضامن می‌دانند، نظریه عدم ضمان را تقویت می‌کند (همان: ص ۱۴۶).

۴.۱. خسارت معنوی در نظریه برخی از فقهای پیشین

نمونه دیگری که می‌توان بدان اشاره نمود، خسارت معنوی است؛ یعنی جبران صدمات و لطومات روحی که از عمل فردی نسبت به فرد دیگر صورت گرفته و عنوان تلف مال یا صدمه شخصی جسمی که با مال قابل ارزیابی نباشد، با محکوم کردن، عامل خسارت به پرداخت مبلغی پول می‌باشد که امروزه پذیرش عرفی پیدا کرده و در قوانین بسیاری از کشورها یا رویه قضایی آنها، جا افتاده؛ ولی مشروعیت این امر، از لحاظ فقه اسلامی، مورد بحث است و فقهای شورای نگهبان در مواردی، اعلام کرده‌اند جبران صدمات روحی با پول، با موازین شرعی، سازگار نمی‌باشد و آن را خلاف شرع اعلام کرده‌اند.^۱

۱. به عنوان مثال نظر شورای نگهبان در ارتباط با تبصره یک ماده و ۳۰ قانون مطبوعات سال ۱۳۶۴ که اجازه مطالبه خسارت مادی و معنوی را به شاکی می‌داد، بدین شرح اعلام شد: «در تبصره یک ماده که طرح دعوی خسارت معنوی

ولی نشانه‌هایی از قابلیت پذیرش خسارت معنوی و جبران آن با پول در کلمات برخی از فقهای نامدار گذشته دیده می‌شود؛ چنان‌که علامه حلی، در کتاب قواعد خود در بحث مربوط به دیه چنین می‌گوید: «اگر بر اثر عمل و اقدام غیرقانونی کسی برای سقط جنین، از زن جسمی ساقط شود که منشأ انسانی آن معلوم نباشد و مشخص نباشد که جسم سقط‌شده، موجودی انسانی بوده است، طبعاً دیه سقط جنین به آن تعلق نمی‌گیرد؛ ولی می‌توان گفت به لحاظ دردی که زن از این بابت متحمل شده است، (خسارت معنوی) دادگاه از باب حکومت، می‌تواند مرتکب را به پرداخت وجهی محکوم نماید».

یعنی با جود اینکه تلف نفس یا عضوی پدید نیامده و صدمه مادی جسمی مشهود نیست، به لحاظ دردی که زن متحمل شده است، می‌توان ما به ازائی قرار داد و مرتکب را به پرداخت آن محکوم کرد و این در واقع بیانگر امکان پذیرش خسارت معنوی و جبران آن با مال است. البته فقهای دیگر از این نظر، استقبالی نکردند و حکم به پرداخت خسارت را برای امری که جنبه مادی ندارد و نقص در قیمت محسوب نمی‌شود، نپذیرفته‌اند (فخرالمحققین، ۱۳۸۹: ج ۴، ص ۷۲۴؛ همچنین ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۳، ص ۲۷۶). البته علامه خود، در فراز بعدی، پرداخت خسارت در مقابل صرف ایجاد درد را رد کرده، ولی فخرالمحققین در کتاب ایضاح، نظریه پرداخت خسارت را تقویت کرده است (فخرالمحققین، ۱۳۸۹: ج ۴، ص ۷۲۴).

مجاز و دادگاه مکلف به رسیدگی آن شده، تقویم خسارات معنوی به مال و امر مادی مغایر موازین شرعی است، البته رفع هتک و توهین که به شخصی شده به طریق متناسب با آن در صورت مطالبه ذیحق لازم است». حسین مهرپور، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، ص ۲۳۱.

۴.۲. خسارت عدم النفع، قوانین خارجی و دیدگاه‌های فقهی

در بحث مشروعیت مطالبه خسارت عدم النفع، یعنی موردی که بر اثر تخلف متعهد از انجام مورد تعهد یا در اثر اقدام زیان‌بار شخصی، فرد دیگر از دست یافتن به منفعی که به طور متعارف قرار بوده به دست بیاورد، محروم شود؛ چنان که می‌دانیم بسیاری از قوانین امروز، آن را قابل مطالبه می‌دانند؛ مثلاً قانون مدنی فرانسه در ماده ۱۱۴۹ درباره خساراتی که متعهدله در مقام تخلف از انجام تعهد می‌تواند از متعهد مطالبه کند، می‌گوید: «این خسارات اصولاً عبارتند از خسارتی که متحمل شده (مالی که از دست داده) و منفعتی که از آن محروم شده است». قانون مدنی کویت نیز در ارتباط با تخلف از انجام تعهد و جبران خسارت ناشی از آن در ماده ۳۰۰ می‌گوید: «جبران خسارت شامل زیانی است که به متعهد له وارد شده و درآمدی است که از او فوت شده است». در باب مسئولیت مدنی غیرقراردادی نیز همین قانون در ماده ۲۳۰ می‌گوید: «ضرری که شخص بر اثر عمل غیر قانونی خود نسبت به دیگری باید جبران کند، شامل زیانی است که وارد شده و درآمدی است که از دست رفته است».

اصل امکان مطالبه وجهی به عنوان از دست دادن منفعت که بر اثر تخلف یا عمل غیر قانونی دیگری به وجود آمده، در عبارت بعضی از فقها با توجه به قاعده لاضرر و با روحیه انصاف و عدالتخواهی دیده می‌شود؛ چنان که به نقل صاحب جواهر، صاحب کتاب ریاض المسائل به این نظر گرایش داشته است و درباره موضوع حبس کردن فرد صنعت‌گر و دارای حرفه و پیشه که معمولاً کار می‌کند و درآمدی کسب می‌کند و در نتیجه مانع شدن از تحصیل منفعت و کسب درآمد برای وی، گفته است که فقها، عموماً، مطالبه این خسارات را مشروع نمی‌دانند. ایشان می‌گویند می‌توان حبس‌کننده و در واقع کسی را ضامن دانست که با اقدامش مانع تحصیل درآمد و کسب منفعت دیگری شده، به استناد قاعده

لاضرر و بدین جهت که شخص مرتکب این عمل، متعدی و تجاوزگر است و در حق فرد محبوس، ظلم کرده و از این جهت، ضامن و مسئول است و می‌توان وی را بدین جهت ضامن دانست که سبب از بین رفتن منفعت شده است (ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷، ص ۳۹-۴۰).

البته مشهور فقهای امامیه، این روند را نپذیرفته و نه مطالبه خسارت معنوی و جبران آن به وسیله پول و نه مطالبه خسارت عدم النفع را درست ندانسته‌اند و حتی در مورد قاعده‌سازی عسر و حرج هم به خصوص در ارتباط با درخواست طلاق از سوی زوجه به این استناد اشکال دارند؛ به گونه‌ای که آقای خویی در کتاب منهاج الصالحین خود به نظر مرحوم سید محمد کاظم یزدی در این خصوص که قبلاً نقل شده، به شدت برخورد می‌کند و پذیرش آن را بعید می‌داند.^۱

در خصوص مطالبه خسارت عدم النفع هم، مشهور فقها، مطالبه آن را مشروع نمی‌دانند؛ چون مال محقق شده‌ای از بین نرفته تا بتوان به استناد قاعده یا حدیث «من اتلف مال الغير فهو ضامن» او را مسئول دانست. صاحب جواهر پس از نقل کلام صاحب ریاض که بدان اشاره کردیم، می‌گوید: کسی که عبارات فقها را ملاحظه کند، درمی‌یابد که عموماً فقها با این نظر مخالف بوده و مطالبه چنین خسارتی را صحیح نمی‌دانند (همان).

به نظر می‌رسد نظریات مشهور فقهای امامیه تأثیر خود را در قوانین موضوعه ایران، به خصوص در تدوین قانون مدنی بر جای گذاشته است؛ به گونه‌ای که تدوین‌کنندگان قانون

۱. آقای خویی، در منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۹۳، پس از نقل کلام سید در خصوص جواز حکم دادگاه به طلاق زن به اعتبار لاضرر و لاجرح می‌گوید: «و ما ذکره بعید و ابعده منه ما ذکره ایضاً من انّ المفقود، اذا امکن اعمال کیفیات المذكورة من ضرب الاجل و الفحص، لکن کان ذالک موجبا للوقوع فی المعصية، تجوز المبادرة الی طلاقها من دون ذلک و لازم کلامه جواز المبادرة الی طلاق الزوجة بلا اذن من الزوج اذا علم کون بقائها علی الزوجیه موجبا للوقوع فی المعصية و هو کماتری».

مدنی با وجود الهام گرفتن از قانون مدنی فرانسه، به‌ویژه در بخش تعهدات عناوین حسن نیت و انصاف و نقش آنها در ایجاد رفع یا تخفیف مسئولیت و نیز خسارت معنوی و عدم النفع را حذف کردند.

هم‌اکنون نیز مشرب فقهی فقهای شورای نگهبان، تأثیر خود را در کلیه قوانینی که به تصویب مجلس می‌رسد، آشکار می‌سازد؛ به این صورت که سخت درگیر دلالت ادله نقلی که بیشتر آنها هم روایات و اخبار واحد هر چند صحیح و موثق هستند می‌باشند و نه تنها پذیرش مقتضیات ادله عقلی و بنای عقل بر خلاف آن ادله فقهی بر ایشان دشوار است، بلکه هر جا دلیل شرعی و فقهی بر اثبات حق و به‌ویژه تکلیفی وجود نداشته باشد، به راحتی نمی‌توانند بر مقتضای ادله عقلی و مصالح جامعه و لوازم انصاف و حسن نیت که خود از ملزومات حکم عقل و بناء عقلا است، فتوا دهند.

در حالی که مذاق شرع که علاوه بر توصیه به حکم بر مبنای عدالت، «و اذا حکمتم بین الناس، ان تحکموا بالعدل» (سوره نساء، آیه ۵۸) و مقابله به مثل با فرد متجاوز و متعدی است: «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» (سوره بقره، آیه ۱۹۴) در کنار امر به عدالت، امر به احسان نیز نموده که جنبه لطیف‌تر اجرای عدالت است: «ان الله یامر بالعدل و الاحسان و ایتاء ذی القربی» (سوره نحل، آیه ۹۰).

این موارد اقتضا می‌کند در تبیین احکام شریعت و فتوا، این جنبه‌ها در نظر گرفته شود و احکام شرعی که خود با اخلاق در یک مسیر طی طریق می‌کنند و امروزه منبع اصلی قانون‌گذاری ما به شمار می‌روند، به صورت منعطف استخراج و بیان شود؛ آن‌گونه که رد پای آن را در دیدگاه‌های برخی از فقها، از قدیم و جدید می‌توان یافت؛ هر چند در زمان خود، دیدگاه آنها به عنوان اقوال شاذ تعریف شده‌اند.

۵. انعطاف‌پذیری قانون در نظام حقوقی ایران

همان‌طور که در بخش اول با بیان مثال‌هایی، مفهوم انعطاف‌پذیری قانون توضیح داده شد، در نظام حقوقی ایران نیز مواردی از انعطاف‌پذیری، هم در مرحله تصویب و هم در مقام اجرا، می‌توان مشاهده کرد. این معنی به خصوص در مقررات جزائی مخصوصاً قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ با این رویکرد که مجازات مجرم علی‌الاصول به منظور تنبیه و اصلاح مجرم و عبرت دیگران و تنبیه آنان و البته نوعی ترمیم خسارات وارده بر زیان دیده و تشفی خاطر اوست، مشاهده می‌شود. بر همین مناسبت که در این قانون، برای توبه متهم یا مجرم به شرحی که در بخش اول گفته شد، حساب باز شده و ترتیب اثر حقوقی داده شده و موجب سلب کیفر یا تخفیف آن اعلام گردیده و در مبحث مربوط به مسئولیت مدنی و جبران زیان وارده بر اشخاص، برای احسان و انجام عمل برای مصلحت جامعه و دیگران نیز اثر قانونی بار شده و موجب سلب مسئولیت عامل ورود زیان شده است (ر.ک: مواد ۱۱۴، ۵۰۹، ۵۱۰ قانون مجازات اسلامی).

۵.۱. عدم انعطاف در برخی از مقررات حقوقی

در امور حقوقی مشخصاً عنوان حسن نیت و انصاف در نظام حقوقی ایران، جایگاه روشنی ندارد و قانون‌گذار به صراحت برای این دو عنوان نه در مقام تقنین و نه در ارتباط با مجریان قانون، اثری قائل نشده؛ لذا در بحث مربوط به تعدیل قرارداد یا تلطیف شرایط و تعهدات غیر منصفانه، مندرج در قرارداد راه حلی پیش‌بینی نشده است و انعطافی ملاحظه نمی‌شود، ماده ۲۳۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف، مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است، محکوم کند». اصلاحیه‌ای که در ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه یا ترتیباتی که در قوانین مدنی مصر و کویت پیش‌بینی شده که اگر میزان وجه التزام فوق العاده زیاد باشد، دادگاه می‌تواند آن را تعدیل و اصلاح کند، در قانون مدنی ایران به

چشم نمی خورد. ماده ۲۶۹ قانون مدنی می گوید: «وفای به عهد وقتی محقق می شود که متعهد، چیزی را که می دهد، مالک یا مأذون از طرف مالک باشد و شخصاً هم اهلیت داشته باشد». اگر غیر از این وضعیت باشد، اداء دین محقق نشده و طبعاً گیرنده مال هم نسبت به مالی که گرفته است، ضامن است. علم و جهل و سوء نیت و حسن نیت هم در این امر سودی ندارد و نتیجه ای بر آن مترتب نیست.

طبق ماده ۳۶۶: «هر گاه کسی به بیع فاسد، مالی را قبض کند، باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود، ضامن عین و منافع آن خواهد بود». در ضامن بودن و مسئولیت کسی که مالی را در پی بیع فاسد قبض کرده، علم و جهل و حسن نیت و سوء نیت اثری ندارد و به طور مطلق، مسئول شناخته می شود.

ماده ۳۰۸ قانون مدنی در مقام تعریف غصب می گوید: غصب، استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان ادامه ماده اشعار می دارد: «اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است». ماده ۳۱۵ مقرر می دارد: «غاصب مسئول هر نقصی و عیبی است که در زمان تصرف او به مال مغضوب وارد شده باشد، هر چند مستند به فعل او نباشد». بنابراین اگر مال کسی، نه به نحو عدوان بلکه صرفاً بدون مجوز قانونی تحت تصرف دیگری قرار گرفت، این شخص متصرف هر چند، متجاوز و دارای سوء نیت هم نباشد، مثل اینکه جاهل به مغضوبه بودن مال در ید او باشد، در هر حال، غاصب، محسوب و حتی بدون تعدی و تفریط ضامن خسارات وارده بر آن مال می باشد.

قاعده عسر و حرج که یکی از زمینه های انعطاف پذیری قانون به حساب می آید، به زحمت و با استفسار از فتوای بنیانگذار انقلاب اسلامی مرحوم امام خمینی در بحث مربوط به حق زن برای درخواست طلاق از دادگاه وارد قانون مدنی شد (ر.ک: مهرپور: ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۱۴). طبق ماده ۱۱۳: «در صورتی که دوام زوجیت، موجب عسر و حرج زوجه

باشد، او می‌تواند به حاکم شرع، مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور، در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع، طلاق داده می‌شود».

فسخ نکاح به علت وجود عیب در یکی از طرفین، صرفاً محدود به عیوب خاصی است که در قانون ذکر و احصاء شده است (مواد ۱۱۲۱، ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ قانون مدنی) هر عیبی هر چند عرفاً عیب مهم و قابل ملاحظه باشد، موجب حق فسخ نیست. در همین رابطه بین زن و مرد فرق گذاشته شده، وجود عیوبی چون: جذام، برص، زمین‌گیری و نابینایی از هر دو چشم اگر در زن باشد، مرد حق فسخ نکاح را دارد، ولی اگر در مرد باشد، زن حق فسخ ندارد (مواد ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳). در حالی که در برخی از کشورهای اسلامی توانسته‌اند در این زمینه قانون را منعطف نموده و تصویب نمایند وجود هر گونه عیب مستحکم و نفرت‌آوری، چه در مرد و چه در زن، برای طرف دیگر ایجاد حق فسخ می‌کند (قانون احوال شخصیه کویت: ماده ۱۳۹).

با اصرار فقهای شورای نگهبان مبنی بر خلاف شرع بودن مطالبه خسارت معنوی و عدم النفع در قانون آئین دادرسی مدنی، مطالبه این خسارات پذیرفته نشده و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ صراحتاً اشعار می‌دارد: «خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست». طبعاً نمونه‌های دیگری هم از انعطاف‌ناپذیری نظام حقوقی ایران می‌توان برشمرد.

۵.۲. نشانه‌های گرایش به انعطاف‌پذیری در حقوق ایران

با همه این اوصاف در همین نظام حقوقی، می‌توان مواردی از انعطاف‌پذیری قانون و حتی به نوعی رعایت انصاف و حسن نیت را نیز مشاهده کرد؛ مثلاً در ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی، ضمن اینکه مسئولیت خسارات وارده از ناحیه صغیر و افراد تحت سرپرستی سرپرست را در صورت تقصیر به عهده سرپرست گذاشته و او را مسئول جبران خسارت از مال

خودش دانسته است. در عین حال در صورت مواجه شدن سرپرست با مشکل مالی پرداخت بخشی از خسارات را از مال خود صغیر مجاز دانسته و در هر حال مقرر داشته جبران خسارت باید به گونه‌ای باشد که سرپرست و فرد تحت سرپرستی او دچار مضیقه و تنگدستی نگردند، یعنی در واقع قانون‌گذار، رعایت انصاف را مدّ نظر قرار داده است. ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی بدین شرح است: «کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا بر حسب قرارداد به عهده او می‌باشد، در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت، مسئول جبران زیان وارده از ناحیه مجنون یا صغیر می‌باشد و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد، از مال مجنون یا صغیر، زیان جبران خواهد شد و در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران‌کننده زیان نباشد».

البته قانون مسئولیت مدنی سال ۱۳۳۹ از مواد مسئولیت مدنی قانون تعهدات سوئیس اقتباس شده است.

گام دیگری که در طریق انعطاف‌پذیری قانون برداشته شده، نوعی پذیرش جبران خسارت معنوی با پول و مطالبه عدم النفع در قانون جدید التصویب آئین دادرسی کیفری (مصوب سال ۱۳۹۲ و قابل اجرا در تیرماه ۱۳۹۴) است که ماده ۱۴ و تبصره‌های آن مقرر می‌دارد:

- ماده ۱۴: «شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند».

تبصره ۱: «زیان معنوی، عبارت از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی است. دادگاه، می‌تواند علاوه بر صدور حکم به جبران خسارت

مالی، به رفع زیان از طرف دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن حکم نماید».

تبصره ۲: «منافع ممکن الحصول، تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. همچنین، مقررات مربوط به منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی، شامل جرائم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود».

در زمینه انعطاف‌پذیری در اجرای قانون نیز که البته باید با احتیاط و وسواس زیاد، اقدام کرد، با وجود اینکه کمتر چنین اختیاری از سوی قانون‌گذار به قضات داده شده، در عین حال با اختیاری که طبق اصل ۷۳ قانون اساسی، قضات در دعاوی مطروحه در نزد آنها به طور موردی، صلاحیت تفسیر قانون عادی را دارند و تفسیر آنها معتبر است. طبق قانون وحدت قضایی که تفسیر قضات هیئت عمومی دیوان عالی کشور از قانون در مورد خاصی برای قضات دیگر، لازم الاتباع است و حکم قانون را دارد،^۱ عملاً رویه قضایی، می‌تواند در اجرای قانون تا حدی، انعطاف به خرج دهد. در مواردی به آراء و رویه‌های قضایی برخورد می‌شود که پیدا است: با توجه به روحیه انعطاف‌پذیری و توجه به رعایت انصاف صادر شده

۱. طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲: «هر گاه از شعب مختلف دیوان عالی کشور یا دادگاه‌ها، نسبت به موارد، اعم از حقوقی، کیفری و امور حبسی، با استنباط متفاوت از قوانین، آراء مختلفی صادر شود، رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور، به هر طریق که آگاه شوند، مکلفند، نظر هیئت عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد وحدت رویه درخواست کنند. هر یک از قضات شعب دیوان عالی کشور یا دادگاه‌ها یا دادستان‌ها یا وکلای دادگستری نیز می‌توانند با ذکر دلیل از طریق رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور، نظر هیئت عمومی را درباره موضوع درخواست کنند، هیئت عمومی دیوان عالی کشور، به ریاست رئیس دیوان عالی یا معاون وی و با حضور دادستان کل کشور یا نماینده او و حداقل سه چهارم رؤسا و مستشاران و اعضای معاون تمام شعب تشکیل می‌شود تا موضوع مورد اختلاف را بررسی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم کنند. رأی اکثریت در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم الاتباع است».

است، از جمله برخی آرائی که در زمینه مطالبه خسارت معنوی یا مطالبه خسارت مازاد بر دیه مقرر قانونی صادر می‌شود.

و به هر حال به نظر می‌رسد، زمینه انعطاف‌پذیری قانون در مرحله تصویب و گرایش به آن و به نوعی نقش قائل شدن به حسن نیت و انصاف در حال فراهم شدن است که شایسته است با احتیاط و ظرافت و مهارت قانون‌گذاری از آن استقبال کرد.

نتیجه

به نظر می‌رسد یکی از مزایا و محاسن قانون خوب که پیوند آن را با اخلاق بیشتر می‌کند و به حسن اجرای آن کمک می‌کند انعطاف‌پذیری آن است. اگر قانون با حفظ خاصیت عام الشمول بودن و قدرت اجرائی داشتن خود، بتواند حسب مورد، نرمی و انعطاف‌پذیری خود را در جای مناسب و متناسب با اوضاع و احوال، داشته باشد و به‌ویژه تاب انطباق با انصاف و عدالت در آن ملحوظ شده باشد، مقبولیت اجرایی بیشتری پیدا می‌کند و اجرای آن، هم عملی‌تر و هم مفیدتر خواهد بود. از همین روست که در نظام حقوقی برخی از کشورها به عامل حسن نیت و انصاف در اجرای قانون و حتی در پیاده کردن و تفسیر قراردادهای منعقد بین اشخاص که برای آنها حکم قانون را دارد، توجه خاصی مبذول شده است. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران که متکی بر فقه و احکام شریعت است که با اخلاق، پیوندی عمیق دارد، در قسمت کیفری و حقوقی، زمینه‌های انعطاف‌پذیری و تلطیف قانون وجود دارد. عناوین: توبه، سقوط مجازات با شبهه (قاعده درأ: تدراً الحدود بال شبهة) در امور کیفری و توجه به قاعده لاضرر و رفع عسر و حرج و توصیه کلی که به اجرای عدالت و احسان شده، همه زمینه‌هایی است که می‌تواند انعطاف‌پذیری قانون را در این نظام تقویت کند. در حال حاضر، هم در فقه و تبیین احکام شریعت به صورت فتوا و هم در قانون‌گذاری، به طور روشن و گویا و به عنوان دیدگاه

کلی، توجه به منعطف بودن قانون، کمتر به چشم می‌خورد. نمونه‌هایی از انعطاف‌ناپذیری قانون در مباحث قبلی بیان شد، که برای حل آنها، لازم است دیدگاه‌های فقهی که امروزه زمینه‌ساز قوانین موضوعه در جمهوری اسلامی ایران است، متحول گردد.

به نظر می‌رسد، تحرکی در جهت منعطف کردن قانون آغاز شده است. آوردن عنوان توبه و توجه روشن و صریح به قاعده درأ در قانون مجازات و نقش دادن به احسان برای سقوط مسئولیت مدنی، و عنایت به مسئله عسر و حرج در حل برخی از مسائل حقوقی، در نظام قانون‌گذاری ما دارد شکل می‌گیرد. گرایش دستگاه قضایی نیز به اجرای منعطفانه قانون در آراء صادره در جهت رعایت انصاف، کم و بیش به چشم می‌خورد که مناسب است در این زمینه تحرکی بیشتر مخصوصاً در بخش قانون‌گذاری صورت گیرد. البته مناسب است برای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون و حیل قانونی نادرست، دقت، ظرافت و مهارت لازم را به خرج داد.

منابع

الف) کتاب‌ها

۱. قرآن کریم
۲. خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، چاپ بیستم.
۳. سنه‌وری، عبدالرزاق، احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، ج ۱، بیروت، بی‌تا.
۴. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، ملحقات العروة الوثقی، ج ۲، قم: داوری.
۵. فخرالمحققین، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، ج ۴، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۹ ه. ق.
۶. مهرپور، حسین، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، تهران: اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۷۴.
۷. _____، مجموعه نظریات شورای نگهبان، ج ۱، چاپ جدید، تهران: دادگستر، ۱۳۸۷.
۸. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد‌های ۲۷، ۳۷ و ۴۳، ۱۴۰۴ ق.

ب) فرهنگ‌ها و قوانین

۱. فرهنگ حقوقی فرانسه، پاریس: دالوز، ج ۲، ۱۹۶۶.
۲. فرهنگ حقوقی انگلیسی (The Companion To Law).
۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۴. قانون مدنی ایران.

۵. قانون مجازات اسلامی، مصوب سال ۱۳۹۲.
۶. قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب سال ۱۳۹۲.
۷. قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۷۹.
۸. قانون احوال شخصیه کویت، مصوب سال ۱۹۸۴.
۹. قانون مدنی کویت، مصوب سال ۱۹۸۰.
۱۰. قانون مدنی مصر، مصوب سال ۱۹۴۹، ترجمه محمدعلی نوری، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
۱۱. قانون مدنی فرانسه، مجموعه محشی با اصلاحات تا سال ۱۹۹۵، پاریس: دالوز، ۱۹۹۶.