



# قوه قضائیه

## در حاشیه فصل یازدهم

### قانون اساسی

قسمت سوم

حجت الاسلام سید مصطفی محقق داماد

قوه قضائیه



بسمه تعالی

### اصل ۱۶۷ قانون اساسی

بر اساس اصل فوق قضای بهیچ وجه نمیتواند دعوارا بدون حکم گذارد و یا صماطله نماید بلکه بایستی در صورتیکه در اصل فوق بدان اشارت رفته است برخورد کرد حکم قضیه را استنباط نماید و رای مقتضی صادر کند.

پس آگاهی بر طریق استنباط که همان مسلکه قدسیه اجتهاد است، پایه اصلی قضاوت است و بدون آن قاضی نمیتواند بر چنین مسندی تکیه زند زیرا استناد به منابع معتبر اسلامی یافتن معتبر که در اصل آمده است بدون داشتن چنین قوه‌ای امکان پذیر نیست و موارد برخورد دادرسی با مصادیق مورد اشاره اصل (سکوت نقض اجمال تعارض قوانین مدونه چندان هم نیامده است) سکوت موردی است که قانون قسمتی از حکم را بیان نموده و قسمت دیگر را به سکوت برگزار کرده است.

مثلاً در ماده ۹۴۶ و ۹۴۷ قانون مدنی که راجع به میراث زوج و زوجه است نسبت به مثل قنات (نه ساختمان آن بلکه مقدار آبی که از قنات بیرون می آید و دارای ارزش است) ساکت است زیرا مشمول نه اموال منقول است و نه مشمول ابنیه و نه اشجار و لذا اینکه آیا اگر جزء تر که متوفی قنات باشد بخصوص اگر متوفی آن را برای مدتی اجازه داده باشد تکلیف آن چیست؟ آیا زوجه از مال الاجاره ارث می برد یا خیر؟ قانون ساکت است زیرا قانون مدنی معیار را بر اساس منقول و غیر منقول قرار داده و حال آنکه در فقه اینطور مطرح نیست.

**نقص قانون-** از آنجائیکه قانون گذاران بشری مسلماً همه فرعیکه در عمل پیش آمد می کند نمی تواند منظور نظرشان قرار گیرد و لذا بسیار در عمل اتفاق افتاده که بسیاری از موارد حکم آن در قانون پیش بینی نشده است مثلاً قانون مدنی در باب ارث در فصل سوم تحت عنوان «در شرائط و جمله از مواعین ارث» فقط قتل و لعان را بعنوان مانع ذکر کرده و نسبت به کفر ساکت است و از اینکه در عنوان با ذکر کلمه «جمله از» معلوم می گردد که قانون گزار توجه به این موضوع داشته است و لذا

نمی توان گفت با عدم ذکر، نفسی مانعیت آن را نموده بلکه در مقام بیان تمام مواعین نبوده است.

اجمال قانون- منظور از اجمال آنست که در قانون الفاظ مجمل بکار رفته و بطور صریح نمی باشد. گرچه این روش خلاف رویه قانون گذاری است ولی بسیار اتفاق می افتد که از روی عدم توجه و یا بعلل خاص قانون گزار به اجمال بر گزار می نماید. مثلاً ماده ۳۹۱ قانون مدنی می گوید در صورت مستحقاً للغیر بر آمدن کل یا بعض از مبیع بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد در این ماده روشن نگردیده که منظور از بایع کیست؟ آیا تنها همان فروشنده مستقیم است که با او معامله انجام شده است یا منظور مطلق فروشنده است که بنا بر این خریدار میتواند به فروشنندگان قبلی نیز مراجعه نماید.

**تعارض قوانین-** بسیار اتفاق می افتد که در موردی دو ماده قانون کاملاً متفاوت وجود دارد و عمل به هر دو مقدور نمی باشد البته این موضوع بدو قسم صورت میگرد که در اصول فقه در باب تعادل و ترجیح کاملاً بحث شده است.

#### ۱- تزامم ۲- تعارض

۱- تزامم آنست که مورد دارای دو عنوان و یا حیثیت است که قانون گذار برای هر یک از دو عنوان قانونی وضع نموده است و هر یک از دو ماده قانون مخالف با یکدیگر هیچگونه تشاخری ندارد و این اشکال بخاطر مورد است که معنون بهر دو عنوان بوده و مصداق هر دو میباشد.

مثلاً وقتی که شیئی از اموال خود را بدرون خانه‌ای پرتاب میکند و همسایه از این عمل ناراضی است هنگامیکه میخواهد برود و بردارد مصداق دو ماده قانون از طرفی تصرف در مال غیر است بدون رضایت صاحبش و از طرف دیگر مکلف است که منزل غیر را از اموال خودش، خودش تخلیه نماید در این حالت بر اساس اهم و مهم از یکی از مادتهای رفع اثر قانونی گردیده و محکوم عمل به دیگری خواهد بود.

۲- تعارض- مورد تعارض آنجایی است که دو ماده قانون مخالف با یکدیگر تضاد داشته باشند و امکان سازش اصولی و منطقی بین آنان نباشد که در این صورت چون عمل بهر دو امکان پذیر نیست و نمیتوان هیچکدام را به دیگری ترجیح داد لذا هر

دو قانون منفی الاثر وساقط خواهد شد. در آئین دادرسی مدنی بجای تعارض تناقض آمده است که صحیح نیست و منظور همین تعارض است منظور از سازش اصولی و منطقی ضوابطی است که در قواعد اصولی بکار میآید که، در اینصورت باید بهمان ضوابط عمل نمودار جمله:

**الف- ناسخ و منسوخ-** اگر زمان تصویب یکی از دو قانون مؤخر از دیگری است قانون دوم نسخ قانون اولی است.

**ب- عام و خاص-** اگر نسبت یکی از دو قانون به دیگری از نسب اربع عام و خاص مطلق باشد قانونی که دائره آن اخص است تخصص قانون دیگر خواهد. ولی اگر نسبت بین آن دو عموم و خصوص من و چه باشد مورد اجتماع از قبیل تعارض است که بحث ما در آنست و تعیین تکلیف خواهیم نمود.

**ج- مجمل و مبین-** اگر یکی از دو قانون بگونه ایست که میتواند بیان کننده مفهوم قانون دیگر باشد بایستی دو تا قانون را در کنار یکدیگر گذاشت و مجمل را حمل مبین نمود.

**د- مطلق و مقید-** اگر دو قانون بگونه ایست که یکی از دو قانون اطلاق دارد و همان مفاد را دارد لیکن دارای قیدی است که میتواند قانون قبلی را مقید سازد، در اینصورت باز هر دو قانون را یکجا محاسبه کرده و در یکدیگر ادغام میکنیم.

(۱)- در اینکه فرق بین اطلاق و تقید با عام و خاص چیست در کتب اصول فقه مشروحاً بحث گردیده و برای اطلاع بیشتر میتوانید به این مراجع مراجعه نمائید.

**حکومت و ورود-** منظور از این دو واژه که فرق بین آندو هم بسیار ظریف است اصطلاحی است که اصولیین از زمان مرحوم شیخ انصاری طاب ثراه بکار میبرند. حکومت، آنست که یک قانون در دلالست خود به قانون دیگر را نظر داشته باشد و قانون