

قانون متروک: مبانی، مفهوم و مصادیق

اقبالعلی میرزایی^۱

چکیده

قانون متروک، قانونی است که با وجود قابلیت و امکان اجرا، در دادگاهها و دیگر نهادهای مجری قانون به آن عمل نمی‌شود. از این رو، معیار ترک قانون، عدم اجرای آن توسط نهادهای رسمی و مجری قانون است. پس باید این مفهوم را از مفاهیم مشابه پیراست: گاه قانون‌گذار اجرای قانون معینی را بنا به دلایلی به طور موقت موقوف می‌کند. چنین قانونی متروک نیست، بلکه اجرای آن معلق مانده است. هم‌چنین ممکن است قانونی موضوع و محلی برای اجرا نداشته باشد و به همین علت اجرای آن معطل بماند؛ همچنان که قانونی که مردم از آن سرپیچی می‌کنند، متروک نیست؛ به شرطی که دادگاهها از اعمال قانون بر متخلفان چشم‌پوشی ننمایند. زیرا، رفتارهای ناقض قانون که گاه در جامعه شیوع می‌یابد، موجب عرف به معنای حقیقی کلمه نیست. به عبارت دیگر، رواج تخلف عمومی از قانون اگرچه از شأن و منزلت قانون می‌کاهد، اما سبب متروک ماندن قانون نمی‌شود. در فرض بی‌اعتنایی افراد عادی به قانون، نقض قانون محقق است، نه ترک آن. به هر حال ترک قانون، برخلاف نسخ آن، موجب بی‌اعتباری قانون نمی‌شود؛ زیرا نسخ یا لغو قانون تنها از سوی قانون‌گذار ممکن است؛ همچنان که وضع یا تصویب قانون در اختیار اوست.

واژگان کلیدی:

عرف، منبع حقوق، ترک اجرای قانون، الغای قانون، سکوت قانون، تعلیق

اجرای قانون

۱. دکتری حقوق خصوصی، استادیار دانشگاه شهرکرد.

درآمد

مطابق عقیده‌ی رایج، قانونی که در جامعه بدان عمل نشود، نقش فعالی در نظام حقوقی ندارد و به اصطلاح جزء حقوق زنده محسوب نمی‌شود. به همین جهت، متروک شدن قانون همچون نسخ آن، از اسباب سلب اعتبار از قانون شناخته شده است؛ در این فرض، نیروی عرف عامل سقوط اعتبار یا الغای قانون است. بدین ترتیب، ترک قانون، موضوعی مرتبط با عرف انگاشته شده و شناخت مفهوم ترک قانون، وابسته به مطالعه‌ی نقش عرف به عنوان یکی از منابع حقوق است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۳۴۸). این اندیشه بی‌مبنا نیست؛ مطالعه‌ی سیر تاریخی آن، حقایق بیشتری را می‌نمایاند. بی‌گمان قانون در حال خمودگی و رکود، در نظم حقوقی دخالت ندارد، اما بحث در این است که اگر دوباره با اقبال عمومی روبه‌رو شود، آیا به نظم حقوقی می‌پیوندد یا چون اندامی فاسد باید آن را به دور افکند، به بیان دیگر، آیا عرف مانع از نفوذ قانون است یا نسخ آن می‌باشد؟

ریشه‌ی مفهوم رایج ترک قانون را باید در اندیشه‌های فیلسوفان حقوق و سیاست جست‌وجو کرد. در این میان، عقاید «کارل مارکس»^۱ قابل توجه است. اگرچه پیش‌بینی مارکس درباره‌ی آینده‌ی حقوق محقق نشد^۲، اما، نظریه‌ی او تأثیر عمیقی در فلسفه‌ی حقوق بر جای نهاد، از جمله‌ی این آثار، شکل‌گیری یا تقویت رویکرد تاریخی در فهم حقوق است. مکتبی که با نام «فریدریش کارل فون ساوینی»^۳ شناخته می‌شود.

خدمت بزرگ مارکس به فلسفه‌ی حقوق، به ویژه مکتب تاریخی حقوق^۴،

1. Carl Marx (1818-1885).

۲. در اندیشه‌ی مارکس، حقوق بر پایه‌ی روابط مادی انسان‌ها و اختلافات ناشی از آن قوام یافته است. بر این مبنا، قاعده‌ی حقوقی، استقلالی از خود ندارد، بلکه وابسته به شیوه‌های تأمین نیازهای آدمی است؛ در واقع، شرایط اقتصادی، قانون و حقوق را ایجاد کرده است. بنابراین، حقوق روبنایی است که منحصر به واقعیت‌های اجتماعی و تاریخی بستگی دارد. از نظر مارکس مبارزه‌ی طبقاتی، یکی از پایه‌های اساسی پیدایش حقوق است؛ در این مبارزه، طبقه‌ی پیروز اراده‌ی خود را به نام قانون بر دیگران تحمیل کرده است. مارکس پیش‌بینی می‌کرد که این مبارزه با تحقق کمونیسم و مالکیت اشتراکی، پایان می‌یابد و در پی آن، دولت و حقوق از مفهوم تهی می‌شوند؛ جامعه‌ی بی‌طبقه، جامعه‌ای بی‌دولت و حقوق خواهد بود و بر همان سیاق خواهد ماند. برخی پیروان مارکس این عقیده را اغراق‌آمیز یافتند و به جای صحبت از منسوخ شدن حقوق و دولت، از معلق و خاموش ماندن آن دو سخن گفته‌اند (فیلیپ مالوری، ۱۳۸۲: ۳۱۰ به بعد).

3. Feredrich karl von Savigny (1861-1779) حقوق دان آلمانی و استاد مارکس در حقوق

4. Historical Approach to Law.

تفکیک مفهوم حقوق از دولت بود. در مخالفت با افراط‌گرایی برخی پیروان مکتب اثباتی حقوق، که این دو مفهوم را یکی می‌دانستند، برخی از مخالفان، نه به سوی نظریه‌ی حقوق طبیعی، که به تأسیس مکتب تاریخی حقوق سوق داده شدند.

از دیدگاه ساوینی اگر در تاریخ سیر کنیم، این حقیقت را در می‌یابیم که حقوق مدنی هر ملتی، مانند زبان، آداب و رسوم و عرف و عادت، برآمده از روح آن ملت و مخصوص به خود او است. بنابراین، قاعده‌ی حقوق، امری مطلق و عام نیست که در همه‌ی کشورها به طور یکسان اجرا شود. حقوق، یکی از نیروهای اجتماعی است که از دگرگونی اجتماع تأثیر می‌پذیرد و به‌سان عرف، خودبه‌خود ایجاد و دگرگون می‌شود. کار حقوق‌دان، کشف و استخراج قواعد از بطن جامعه است و عمل قانون‌گذار، تدوین و اعلان این قواعد از پیش موجود می‌باشد، نه خلق یا ابداع قانون (مالوری، ۱۳۸۲: ۲۴۷-۲۴۴).

حقوق‌دانان مکتب تاریخی، از این مقدمه که حقوق هر ملت، زاده‌ی تاریخ آن و مظهر روح ملی است، نتیجه می‌گیرند که عرف بر دیگر منابع حقوقی، از جمله قانون برتری دارد. به زعم ایشان، اگر پذیرفته شود که قانون ترجمان و اعلان قاعده‌ای عرفی است، نه تنها قانون مخالف با عرف اعتباری ندارد، بلکه با شیوع و رواج عرف جدید در هر مورد، قانون مغایر با آن، خود به خود بی‌اعتبار و ملغی می‌شود.

نتیجه‌ی مذکور در ابتدا منطقی به نظر می‌آید، اما نسبت به چگونگی نقش عرف در ایجاد قواعد حقوقی مناقشه است و به تبع، منبع حقوق محسوب شدن آن، هنوز مسلم نیست. به دیگر سخن، نتایج مذکور بر مبانی و مقدماتی استوار است که آن مقدمات بی‌آن که ثابت شده باشند، مفروض و مسلم پنداشته شده‌اند. از این رو، پیش از بحث در باب مفهوم ترک قانون، باید نقش و جایگاه عرف در میان منابع حقوق مطالعه شود.

۱. نقش و جایگاه عرف در میان منابع حقوق

در بیشتر نظام‌های حقوقی، قانون، رویه‌ی قضایی، عرف، اصول حقوقی و اندیشه‌های حقوقی یا دکتترین را منابع حقوق می‌دانند.^۱ هم‌چنین، در همه‌ی

۱. در حقوق ایران، فقه اسلامی (امامیه) را باید بر منابع یاد شده افزود. اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده‌ی ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹

نظام‌های حقوقی، وجود سلسله مراتب میان منابع حقوق پذیرفته شده است. اعتبار عرف و دیگر منابع با قانون برابر نیست. در حقوق امروز، منابع دیگر از جمله عرف و رویه قضایی، در درجه‌ای فروتر از قانون قرار دارند (Hart, 1997: 101). به همین دلیل حقوق‌دانان از امکان الغای قانون با رأی وحدت رویه قضایی سخن نمی‌گویند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۳۷۱-۳۷۰؛ ابوالحمد، ۱۳۶۰: ۱۹ به بعد) و هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز چنین اقتداری برای خود نمی‌شناسد. با وجود این، می‌بینیم که در نوشته‌های حقوقی، عرف سبب ترک قانون و حتی موجب سقوط اعتبار آن دانسته می‌شود. چنین عقیده‌ای با پذیرش برتری قانون بر عرف سازگار نیست.^۱ به علاوه، هم‌چنان که به تفصیل خواهد آمد، بر خلاف آنچه مشهور شده است، عرف در ترک قانون نقشی ندارد. در نتیجه، نه فقط جایگاه، که نقش عرف به عنوان یک منبع حقوق به درستی تبیین نشده است.

گذشته از این مسایل و مباحث نظری، پرسش این است که آیا عرف پیش از

بر این امر تأکید دارد. با وجود این، در قانون اساسی و قوانین مصوب پس از انقلاب اسلامی، به منبع بودن عرف تصریح نشده است. در حالی که ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ عرف و عادت مسلم را در دادگاه‌ها قابل استناد دانسته و در نتیجه، آن را جزو منابع حقوقی محسوب کرده بود. بنابراین، می‌توان گفت: مقررات قانون آیین دادرسی مدنی سابق، در مواردی که معایر با قانون جدید نیست، به قوت خود باقی است. هم‌چنین اعتبار حقوقی عرف از قانون عادی ریشه نمی‌گیرد تا به مجوز قانونی نیاز باشد. عرف، منبعی مستقل در کنار قانون و دیگر منابع حقوقی است. در بسیاری از نظام‌های حقوقی، مبنای عرف و اصول حقوقی را در اصول نانوشتی قانون اساسی جست‌وجو می‌کنند. در برخی قوانین ایران، به ویژه قانون مدنی، به صراحت به حکم عرف ارجاع داده شده است. از جمله در ماده ۲۲۰ این قانون آمده است: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند». رویه قضایی نیز در منبع حقوق بودن عرف تردید نمی‌کند؛ چنان که در بخشی از رأی اصراری شماره ۱ به تاریخ ۱۳۷۹/۱/۲۳ آمده است: «چون حق زارعانه، ناشی از مساعی زارع در ملک مورد تصرف است، که منشا عرفی دارد...». خرید و فروش وام‌های بانکی بین مردم و فروش تراکم توسط شهرداری‌ها، از مصادیق دیگر نهادهای حقوقی ناشی از عرف است. با سکوت قوانین موضوعه در این موارد، نقش عرف چشم‌گیر است (خسروی، ۱۳۸۷: ۳۳ و بعد).

۱. این قاعده که قانون منبعی بالاتر از عرف است و نتیجه‌ی منطقی آن، یعنی عدم امکان تعارض قاعده‌ی عرفی با قانون، با مثالی قابل تبیین است: چنان‌چه می‌دانیم، در حقوق ایران، حق کسب و پیشه و تجارت، در ابتدا ریشه در عرف و عادت داشته است. قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ این حق را تأیید کرد. از آن زمان، مبنا و مستند حق یاد شده، نه عرف، که قانون بود. در مواد ۱۸ و ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ نیز به وجود حق مزبور تصریح گردید، اما قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ در مواد ۹ و ۱۰، ضمن پذیرش مفهوم جدید سرفقلى، مطالبه‌ی هرگونه وجهی غیر از آن را ممنوع اعلام کرد و به این طریق مقررات سابق را لغو نمود. در حقوق کنونی که قوانین مربوط به حق کسب و پیشه و تجارت منسوخ است، عرف و عادت معارض با قانون سال ۱۳۷۶ در دادگاه‌ها قابل استناد نخواهد بود.

تأیید دادگاه، منبع حقوق محسوب می‌شود یا آن که چنین نیست؟ به عبارت دیگر آیا قاعده‌ی عرفی پیش از آن که در دادگاه‌ها مورد استناد واقع شود، دارای اعتبار حقوقی است؟ برای مثال، چنان‌چه دادگاه در سال ۱۳۸۹ بر اساس قاعده‌ای عرفی رأی دهد، آیا محکوم‌له می‌توانست به استناد همان قاعده در سال ۱۳۸۸، خود را محق و عمل محکوم‌علیه را غیرقانونی بداند؟

بیشتر نویسندگان حقوقی به این پرسش پاسخ منفی داده‌اند. اینان با تأکید بر آن‌چه در عمل اتفاق می‌افتد، اعتبار عرف را ناشی از آرای محاکم و منبعث از رویه‌ی قضایی می‌دانند و معتقدند عرف و عادت در صورتی قاعده‌ی حقوقی محسوب می‌شود که در آرای دادگاه‌ها مورد استناد قرار گرفته باشد. بر این مبنا، تا زمانی که عرف در دادگاه به رسمیت شناخته نشود، در شمار قواعد حقوقی قرار نمی‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۸۱-۱۸۰). مطابق این نظر، عرف پیش از تأیید رویه‌ی قضایی، یک قاعده‌ی اخلاقی است. پس از آن نیز، نه قاعده‌ای عرفی، که قضایی محسوب می‌شود. همچنان که اگر قاعده‌ی عرفی از تصویب مجلس بگذرد، منبع آن، عرف نیست، بلکه قانون است.

منابع حقوق در عین استقلال، دارای سلسله‌مراتبی است؛ به همین جهت حکم قانون بر قواعد به دست آمده از منابع دیگر برتری دارد، اما تنها نتیجه‌ی منطقی برتری قانون، این است که قاعده‌ی عرفی یا قضایی مخالف با قانون قابل استناد نیست، نه این که دو منبع یادشده اعتبار خود را نیز از قانون گرفته باشند. چنان‌چه برخی فیلسوفان تصریح کرده‌اند: در منطق علم حقوق، میان دو مفهوم تبعیت^۱ یا سلسله‌مراتب قواعد حقوقی و اشتقاق^۲، اعتبار قواعد از یکدیگر ملازمه‌ای نیست (Hart, 1997: 101). به دیگر سخن، این حقیقت که قاعده‌ی فروتر، اقتدار نقض قاعده‌ی برتر را ندارد، ضرورتاً مستلزم این نیست که قاعده‌ی پایین‌تر اعتبار خود را مدیون قاعده‌ی بالاتر باشد.

از لحاظ عملی نیز روشن است که آرای تمامی دادگاه‌ها، قاعده‌ی حقوقی ایجاد نمی‌کند. در کشورهای دارای نظام حقوقی نوشته، فقط آرای وحدت رویه‌ی قضایی چنین هستند؛ در حقوق کامن‌لا نیز تنها آرای دادگاه‌های عالی موجد قاعده‌ی

1. Subordination.

2. Derivation.

سابقه است. از این رو در مواردی که دادگاه تالی به استناد قاعده‌ی عرفی رأی صادر می‌کند، سخن از ایجاد قاعده‌ی حقوقی به وسیله‌ی رأی قضایی ممکن نیست.^۱ در این موارد به ناچار باید پذیرفت که دادگاه به قاعده‌ای از پیش موجود استناد می‌کند؛ و گرنه حکم قضایی فاقد مستند و مبنا بوده و باطل است.^۲ بنابراین، عرفی که به تأیید محاکم نرسیده، مانند قانونی است که به دادگاه نیامده و فرصتی برای تفسیر آن ایجاد نشده است. پس در اعتبار آن نباید تردید کرد (Cross & Harriss, 1991: 165).

از سوی دیگر، در موارد متعددی قوانین موضوعه به ویژه قانون مدنی به عرف و عادت رایج میان مردم ارجاع می‌دهد. اصطلاح قانون تکمیلی، ناظر به این قسم از قوانین است. اگرچه در برخی نوشته‌های حقوقی از تعارض عرف با قانون تکمیلی سخن می‌رود، اما هماهنگی و استقلال دو منبع قانون و عرف، بیش از هر مورد دیگر در این فرض نمایان است.

۲. تعامل عرف و قانون تکمیلی

آمره بودن قانون، جزء طبیعت آن است. قانونی که الزام‌آور نباشد و افراد مجاز به عدم رعایت آن باشند، قانون به معنای حقیقی کلمه نیست. در این خصیصه، قانون تکمیلی^۳ با قانون امری مشترک است؛ با این تفاوت که اثر واقعی و الزامی آن‌ها، در صورتی ظاهر می‌شود که طرف‌های قرارداد، خلاف آن توافق نکرده باشند. این اختیار که افراد می‌توانند خلاف قانون تراضی کنند، ریشه در قانون دارد. بنابراین نباید توافق

۱. به همین جهت، در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، دادگاه‌ها از صدور حکم به طور کلی و عام ممنوع شده‌اند؛ چه عام بودن از خصایص قاعده‌ی حقوقی است و دادگاه مرجع حل اختلاف است، نه واضع قانون (ماده‌ی ۴ همان قانون: «دادگاه‌ها مکلفند در مورد هر دعوا به طور خاص تعیین تکلیف نمایند و نباید به صورت عام و کلی حکم صادر کنند»).

۲. به موجب اصل یکصد و شصت و ششم قانون اساسی: «حکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به قوانین و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است».

3. Loi Suppletive .

در حقوق فرانسه، قانون تکمیلی را گاه قانون تفسیری (loi Interpretative) و گاه قانون اعلامی (loi De-claratoire) نامیده‌اند. اما اکثریت نویسندگان عنوان قانون تکمیلی را مناسب‌تر دیده‌اند (Daloz, 1973). (T.iv: H) با وجود این، چنان‌چه می‌دانیم، قانون تفسیری یا استفساری در اصطلاح حقوقی، مفهوم دیگری دارد. به علاوه، از آن‌جا که قوانین تکمیلی مکمل شروط ضمن عقد یا عرف و عادت قراردادی هستند، به نظر می‌رسد این عنوان گویاتر باشد.

مخالف را نقض قانون تلقی کرد.^۱

با وجود این، هنوز در ماهیت و مبنای قوانین تکمیلی اختلاف نظر است گروهی مبنای اعتبار قانون تکمیلی را اراده‌ی مستقیم قانون‌گذار می‌دانند و در این باره تفاوتی میان قوانین تکمیلی و امری نمی‌بینند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۳: ۴۶). مخالفان معتقدند قوانین تکمیلی ریشه در اراده‌ی طرفین قرارداد دارد و کار قانون‌گذار محدود به تأیید اراده‌ی مذکور است (شهیدی، ۱۳۸۱، ج ۲: ۳۰۲). مسأله‌ی تعارض میان قانون تکمیلی و عرف نیز مطرح است: نظری که مبنای قانون تکمیلی را اراده‌ی طرفین عقد می‌داند، با عقیده به وجود رابطه‌ی طولی میان دو منبع یاد شده، وقوع تعارض را منتفی می‌داند، اما گروه نخست، با پذیرش امکان وقوع تعارض، در جهت رفع آن تلاش می‌کند.

عمده دلیل کسانی که ارتباط قانون تکمیلی را با اراده‌ی طرفین قرارداد نفی می‌کنند، حکومت آن در صورت جهل طرفین قرارداد به حکم قانون است. به موجب این نظر، اگر چه عرف و عادت یا لوازم عرفی عقد، نوعی شرط ضمنی است که اعتبار خود را از تراضی می‌گیرد و به همین دلیل می‌توان آن را در حکم شرط صریح دانست، اما این تحلیل هنگامی درست است که در صورت جهل طرفین به عرف، این ادعا در دادگاه شنیده شود و طرف زیان‌دیده بتواند ثابت کند که هیچ‌گاه راضی به مفاد قاعده‌ی عرفی نبوده است. در حالی که ماده‌ی ۳۵۶ قانون مدنی خلاف آن را اعلام می‌کند.^۲ پس باید پذیرفت که آوردن عرف در شمار مفاد عقد، تنها بر اراده‌ی قانون‌گذار در تکمیل قراردادها استوار است (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۳: ۴۹-۴۶).

نظر مخالف بر آن است که اعتبار عرف در اداره‌ی قراردادها، ناشی از دلالت آن بر قصد و اراده‌ی انشاکنندگان عقد است. افراد به طور معمول به روش مرسوم در عرف معامله می‌کنند، مگر آن‌که به طور صریح آن را کنار بگذارند، و گرنه سکوت آن‌ها با فرض آشنایی به روش مزبور، ظاهراً حکایت از قبول آن دارد. بدین‌سان، عرف قراردادی را باید جزء شروط ضمن عقد دانست. بنابراین، عرف و عادت قراردادی،

۱. برای مطالعه‌ی بیش‌تر درباره‌ی قوانین تکمیلی، بنگرید به: (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۶۱ - ۱۵۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۱۸۶).

۲. «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع ... است. اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند».

نقشی جز رفع ابهام از قرارداد و آشکار کردن مقصود طرف‌های عقد ندارد. با وجود این، نتیجه‌ی منطقی تبعیت عرف از اراده‌ی مشترک، این است که آثار عرفی ناآشنا برای طرفین عقد، نباید آن‌ها را ملزم سازد؛ در چنین مواردی، هدف مقنن آزاد کردن دادگاه از رسیدگی به ضمائر و مکنونات درونی متعاملین است، نه وضع یک مبنای جدید برای شروط ضمن عقد (شهیدی، ۱۳۸۱، ج ۲: ۳۰۲). در چنین مواردی، عرف مفسر اراده‌ی طرفین عقد است؛ اراده‌ای ضمنی که در قرارداد به آن تصریح نشده است. قانون تکمیلی نیز در نبود عرف و عادت قراردادی، همین نقش را بر عهده دارد. به عبارت دیگر، فلسفه‌ی وضع ماده‌ی ۳۵۶ قانون مدنی، بیش از آن که ناظر به مرحله‌ی ثبوت و ایجاد قراردادها باشد، در مشکلات و موانع موجود در مقام اثبات و تفسیر قرارداد ریشه دارد. مبنای حاکمیت قاعده‌ی عرفی، حتی در صورت جهل طرفین به آن، چیزی جز دغدغه‌ی قانون‌گذار راجع به ثبات و استواری معاملات نیست. اگر اجازه داده شود هر کسی با این ادعا که به شرایط موجود رضایت نداشته، در صدد اثبات خلاف رویه‌ی رایج عرفی برآید، دادگاه از این‌گونه دعوی فراغت حاصل نخواهد کرد. به ویژه آن که اثبات شرط ضمنی مخالف عرف، غیرممکن است. ماده‌ی ۲۲۵ قانون مدنی، مثال دیگری از همین قبیل است. تفسیر الفاظ عقود برخلاف معانی عرفی، نه بیهوده، بلکه ناممکن است. اگر فردی ادعا کند قصد او از واژه‌ی «فروختم»، اجاره دادن مال بوده و نه بیع آن، تنها با ارجاع به معانی عرفی کلمات می‌توان این ادعا را ثابت کرد.

با آشکار شدن ماهیت قانون تکمیلی، باید پذیرفت که عرف قراردادی و به تبع، قانون تکمیلی، ریشه در اراده‌ی طرفین عقد دارد. چنانچه این اراده به صورت صریح بیان نشود، باید به حکم عقل و منطق عرف گردن نهاد و آن‌ها را به منزله‌ی شرط ضمنی دانست. بر این مبنای بی آن که تعارضی میان آن‌ها باشد، هر یک در صورت نبود دیگری، اداره‌ی قرارداد را بر عهده دارد. در صورت فقدان تصریح در قرارداد، عرف به منزله‌ی شرط ضمنی است و در موارد نادر که عرفی موجود نیست، حکومت بر قرارداد با قانون تکمیلی است.^۱ به ویژه آن که قانون تکمیلی، به ترتیب،

۱. در حقوق کامن‌لا، قواعد حقوقی مدون نشده‌اند. به همین جهت به جای اصطلاح و مفهوم قانون تکمیلی، عنوان شروط ضمنی (Implied Conditions or Termes) رایج است (داوید، ۱۳۶۴: ۳۵۶).

تقدم اراده‌ی طرفین عقد بر عرف و تقدم عرف بر قانون را پذیرفته است.^۱ از آن‌چه گذشت، روشن می‌شود که امکان تعارض عرف با قانون تکمیلی و به تبع آن، پذیرش نسخ ضمنی یا ترک قانون تکمیلی با عرف، منتهی است.^۲ به قانون تکمیلی در جایی عمل می‌شود که عرف و عادت وجود نداشته باشد و این عرف حتی اگر پیش از تصویب قانون تکمیلی شکل گرفته باشد، هم‌چنان معتبر و مقدم بر قانون است و تنها با عرف دیگر ملغی می‌شود. هم‌چنین عرف متأخر که به جای عرف سابق نشسته، بر قانون تکمیلی مقدم است و فقط در صورت نبود عرف و عادت مرتبط با قضیه، نوبت به حاکمیت قانون تکمیلی می‌رسد.^۳

۳. ابهام در نقش عرف

گفته شد که بیش‌تر نویسندگان حقوقی، با تأکید بر آن‌چه در عمل اتفاق می‌افتد، اعتبار عرف را ناشی از آرای محاکم و منبعث از رویه‌ی قضایی می‌دانند، لیکن، مطابقت این عقیده با واقع، به شرحی که آمد، چندان مسلم نیست و انطباق آن با منطبق حقوق نیز دشوار است. ایجاد قاعده‌ی حقوقی به موجب رأی دادگاه و هم‌زمان با اجرای آن، با روح حقوق و کارکرد قاعده‌ی حقوقی مخالف است، اگر وظیفه‌ی اصلی حقوق، هدایت رفتار افراد در جامعه است، تسری آن به اعمالی که پیش از ایجاد و اعلام قاعده‌ی حقوقی واقع شده‌اند، با منطبق حقوق سازگار نیست. امروزه در همه‌ی نظام‌های حقوقی، از اصل عطف بماسبق نشدن قوانین دفاع می‌شود. با وجود این، تردیدها درباره‌ی چگونگی منبع بودن عرف تاکنون ادامه دارد. ماهیت عرف به‌گونه‌ای است که نمی‌توان آن را همچون قانون، منبعی مستقیم برای

۱. ماده‌ی ۲۸۰ قانون مدنی: «انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده به عمل آید. مگر این‌که بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضا نماید». مشابه همین ترتیب در ماده‌ی ۳۸۲ این قانون پذیرفته شده است.

۲. نظر مخالف از برخی نویسندگان حقوق فرانسه نقل شده که مطابق آن شکل‌گیری عرف متأخر بر قانون تکمیلی، سبب ترک و نسخ قانون مقدم می‌شود. برای دیدن این نظر و تأیید آن در حقوق ایران، بنگرید به: (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۳: ۵۰ به بعد).

۳. برای دیدن تأیید این نتیجه، بنگرید به: (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۵۱۹) نسخ قانونی را که عرف مخالف آن مستقر شده است، نباید پذیرفت. معنی قانون تکمیلی این است که هرگاه دو طرف به طور صریح یا ضمنی بر خلاف آن تراضی نکنند، حکم قانون باید در روابط آن‌ها حکم‌فرما باشد و حکومت عرف که نوعی تراضی ضمنی است، با مفاد قانون معارضه ندارد (شهیدی، ۱۳۸۱، ج ۲: ۳۵۹).

حقوق دانست. با مراجعه به مجموعه‌های مدون، به آسانی می‌توان به قوانین یا آرای وحدت رویه دسترسی داشت؛ در صورتی که احراز قاعده‌ی نانوشته‌ی عرفی دشوار است؛ به گونه‌ای که دادگاه می‌تواند در وجود یک قاعده‌ی عرفی تردید کند و از همین راه چنان قاعده‌ای را بی‌اثر بگذارد. به عبارتی، دشواری اثبات قواعد عرفی، عملاً موجب تردید در وجود آن‌ها می‌شود؛ ممکن است محاکم، عرف و عادت را مسلم ندانند.^۱ افزون بر این، دادگاه‌ها می‌توانند قاعده‌ی عرفی را از جهت معقول بودن آن ارزیابی کرده و از این طریق، عرف مخالف اخلاق حسنه و عقل را کنار بگذارند. در حالی که چنین اختیاری را در مورد قانون ندارند (Cross & Harris, 1991: 46) نتیجه‌ی بدیهی این تفاوت‌ها، آن است که نمی‌توان عرف را منبعی مشابه قانون یا رأی وحدت رویه دانست. توجه به این واقعیت‌ها سبب شده است تا نویسندگان حقوقی در تبیین نقش عرف به عنوان منبع حقوق تلاش بیش‌تری به عمل آورند. بدین منظور برخی از آنان با نگرشی نو به مطالعه‌ی منابع حقوق پرداخته‌اند.

۴. اندیشه‌های نو در تبیین عرف

برخی محققان، منابع متعدد حقوق را به چند دسته تقسیم نموده‌اند: (Cross & Harris, 1991: 46)

الف) منبع مادی و مستقیم^۲: منبعی است که در تعیین قاعده‌ی حقوقی مستند قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، این منابع دلیل اثبات قواعد حقوقی هستند. قوانین و مقررات نوشته‌مانند مصوبات مجلس قانون‌گذاری یا آیین‌نامه‌های دولتی و آراء وحدت رویه در این دسته قرار دارند. ویژگی اصلی منابع حقوقی مادی آن است که قاعده‌ی حقوقی مستنبط از این منابع، به طور مستقیم و بی‌هیچ تلاش فکری به دست می‌آید (Cross & Harris, 1991: 47).

ب) منبع تاریخی یا غیرمستقیم^۳: منبعی است که قوانین موجود و قواعد

۱. چنان‌چه پیش‌تر اشاره شد، حق زارعه ریشه در عرف و عادت دارد؛ و برخی دادگاه‌ها به استناد عرف، چنین حقی را از طرف زارعین قابل مطالبه می‌دانند. با وجود این، در برخی آرای قضایی، این حق، به علت تردید در عرف منشأ آن، به رسمیت شناخته نشده است. از این قبیل است رأی اصراری شماره‌ی ۲۴ به تاریخ ۱۳۶۹/۹/۶ هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور.

2. Material Source.

3. Historical Source.

ناشی از آرای قضایی ریشه در آن دارند. استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر فقهی، از این جهت است که فقه اسلامی و به ویژه فقه امامیه، منبع تاریخی حقوق ایران محسوب می‌شود. هم‌چنان که قواعد حقوق رم در حقوق فرانسه، منبعی تاریخی است و آثار «بلک استون»^۱ در حقوق انگلیس از چنین جایگاهی برخوردارند. نقش عمده‌ی این منابع، یاری رساندن به اجرای صحیح قوانین از طریق کمک به فهم و تفسیر منابع مستقیم است. البته گاه به طور مستقیم نیز می‌توان به منابع غیرمستقیم استناد کرد. هم‌چنان که در موارد سکوت قانون و به منظور رفع خلاء قانونی، منابع تاریخی کارگشا است.^۲ اصول حقوقی و روح قانون نیز در این دسته از منابع قرار دارند. از طرفی، پاره‌ای قواعد حقوقی، ریشه در اصولی بنیادین دارند. هدف از تصویب هر قانون، راهنمای تفسیر و اجرای آن قرار می‌گیرد. به علاوه از آنجا که اهداف وضع قانون را می‌توان در مذاکرات مقدماتی مجلس یافت، اسناد حاوی مذاکرات نیز جزو منابع تاریخی و غیرمستقیم به شمار می‌روند.

ج (منبع غیر مادی یا اعتباربخشی)^۳: در بسیاری موارد، قاعده‌ی حقوقی به طور مستقیم یا غیرمستقیم از منبعی مادی به دست نمی‌آید. در این صورت آنچه منشأ اعتبار (و نه ایجاد) قاعده‌ی حقوقی است، منبع حقوق تلقی می‌شود. در چنین فرضی پرسش این نیست که قواعد حقوقی از کجا به دست می‌آیند، بلکه مسأله این

1. Sir William Black Ston (1780 -1723) .

قاضی و حقوق‌دان انگلیسی است که اثر او تحت عنوان شرح و تفسیرهایی بر قوانین انگلیس (Commentaries on the Law of England) در سال ۱۷۶۵ منتشر شد.

۲. اگرچه دو منبع فقه و عرف با هم اشتباه نمی‌شوند، لیکن اوصاف اساسی و تفاوت‌های این دو منبع را در مقام مقایسه بهتر می‌توان دریافت: حکم فقهی در موارد سکوت قانون، در حکم قانون است و در رفع خلاء‌های حقوق نقش اساسی دارد. نقش عرف نیز این‌گونه است. به علاوه فقه مانند عرف، منبعی در طول قانون است و به همین دلیل، حکم فقهی یا قاعده‌ی عرفی توان معارضه با ماده‌ی قانونی ندارد. هم‌چنین فقه و عرف، هر دو در مقام تفسیر قوانین نیز نقش دارند: چون بیشتر قوانین ما ریشه در فقه دارند، در تفسیر و فهم آن‌ها، مراجعه به منابع فقهی ضروری است. از طرف دیگر در فهم معانی قوانین، الفاظ آن‌ها بر معانی عرفی حمل می‌شوند. با وجود این، فقه از سویی منبعی مادی و مستقیم است و از سوی دیگر، منبع تاریخی حقوق محسوب می‌شود. دو قید تاریخی و مادی بودن، تمایز فقه را از منبع عرف آشکار می‌کند. عرف به مقتضای طبیعت خود، منبع زنده و جاری حقوق است، در حالی که در مقام یافتن حکم فقهی، هر چه بیشتر به گذشته برگردیم، به اصالت فقه نزدیک‌تر شده‌ایم. هم‌چنین نحوه‌ی احراز و اثبات قاعده‌ی عرفی با حکم فقهی متفاوت است؛ دادگاه‌ها در ارزیابی قواعد عرف مختارند و می‌توانند از پذیرش آن سر باز زنند، اما برای محاکم امکان تردید در حکم شرعی یا اختیار ارزیابی آن وجود ندارد، چون فقه منبع مادی و مستقیم است؛ حکم به دست آمده از متون معتبر فقهی به طور مستقیم مورد استناد واقع می‌شود و از این حیث میان فقه و قانون تفاوتی دیده نمی‌شود.

3. Validate Source.

است که چرا یک قاعده‌ی حقوقی دارای این وصف است؟ به عبارت دیگر، در این صورت به جای گفت‌وگو از مولد یا منبع قاعده‌ی حقوقی،^۱ از نیروی موجد حقوق^۲ یا مبنای اعتبار قاعده‌ی حقوقی سخن می‌رود. در همین معنی است که از عرف به عنوان منبع حقوق یاد می‌شود.

احراز یا تشخیص قواعد حقوقی در دادگاه‌ها، معمولاً به دو صورت محقق می‌شود:

ریشه‌ی اعتبار برخی قواعد حقوقی (قانون و رأی وحدت رویه)، اقتدار یا صلاحیت نهاد وضع‌کننده یا اعلام‌کننده‌ی آن قاعده است. در این صورت، به قواعدی استناد می‌شود که از پیش ثابت شده یا اعتبار آنها مفروض است.

گاه نیز مبنای اعتبار قاعده‌ی حقوقی، از دلایلی تشکیل می‌شود که پذیرش آن را به عنوان یک قاعده‌ی حقوقی «موجه»^۳ می‌نماید (Raz, 1977: 196-200) در این صورت دادگاه قاعده‌ای نانوشته را کشف و اعلام می‌کند، اما آن را ایجاد نمی‌کند. به علاوه، اثبات قواعد عرف، نه به صورت کلی و مانند قانون یا رأی وحدت رویه، که به طور جزئی و موردی محقق می‌شود و در هر مورد باید قاعده‌ی عرفی حاکم را جداگانه احراز کرد.

در نظام‌های حقوقی پیشرفته تشکیل دادگاه‌های قانون اساسی را باید تحولی در این زمینه محسوب کرد. امروزه بیش‌تر سخن از صلاحیت تعیین حقوق و قاعده‌ی حقوقی است تا ایجاد آن. عرفی در حال شکل‌گیری است که به موجب آن، به یک مرجع معین اقتدار بنیادین اعطا می‌شود تا با استفاده از ابزارهایی که علم حقوق در اختیار او می‌نهد، اعتبار قواعد حقوقی را ضمن تطبیق با داده‌های فرهنگی جامعه محک بزند؛ هر قاعده که از آزمایش سربلند بیرون آید، قاعده‌ای معتبر است؛ و گرنه اعتبار ظاهری خود را از دست خواهد داد. در نتیجه اعتبار قواعد حقوقی در نظام حقوقی، به این دلیل است که چنین قواعدی به وسیله‌ی نهاد صالح تأیید شده‌اند و این اعتبار حاصل استقرار عرف قضایی است.^۴ بنابراین، عرف عمومی صلاحیت تعیین

1. The Source of Law.
2. The Force of Law.
3. Justified.

۴. هانا آرت، با زبان سیاست از این تحول چنین یاد می‌کند: «این از نوآوری‌های حقوق مدرن است که مرجعیت (Authority) را از قوه‌ی مقننه به قوه‌ی قضاییه انتقال داده است. مطابق عرف جدید، تجلی اقتدار و حاکمیت

حقوق را به دادگاه‌ها، به ویژه دادگاه‌های عالی اعطا می‌کند، لیکن این مراجع، در تعیین اعتبار قواعد حقوقی، ملتزم به رعایت عرف و عادت قضایی هستند. به علاوه، اختیار دادگاه در تعیین و شناسایی قواعد حقوقی، محدود و مشروط به آوردن دلایل موجه و خردپسندانه است و به همین جهت از آن به صلاحیت تعبیر می‌شود. در نتیجه، عرف منبع حقوق است و به همین جهت قواعد عرفی دارای اعتبار حقوقی‌اند، لیکن منبع بودن عرف به این علت نیست که قانون یا رأی قضایی به آن اعتبار بخشیده است؛ چه در این صورت، اصالت آن مورد تردید قرار می‌گیرد. به دیگر سخن، وابسته کردن اعتبار عرف به منابع حقوقی دیگر، به منزله‌ی رد نظریه‌ی منبع بودن عرف است.

۵. مفهوم و علل متروک ماندن قانون

چنانچه اشاره شد، اعتبار قاعده‌ی حقوقی در صورت اجرای آن، معنای حقیقی خود را می‌یابد. بر این اساس، قانونی که بر روی کاغذها می‌ماند، همچون جسم بی‌جان است که سخن از زنده بودن آن فایده‌ای ندارد. با استمداد از چنین قیاس‌هایی، این اندیشه قوت گرفت که قانونی که اجرا نمی‌شود، در حکم قاعده‌ای منسوخ و ملغی شده است. به همین جهت، در کنار مفهوم نسخ حقوقی یا قانونی،^۱ نوع دیگری از نسخ پذیرفته شده که مطابق آن، قانون منسوخ، نه قانوناً که عملاً نسخ می‌شود. عنوان «نسخ عملی»^۲ ناظر بر این مفهوم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۶۳۵). در پاره‌ای نوشته‌ها از آن به «نسخ به واسطه‌ی ترک قانون»^۳ نیز تعبیر شده است.^۴ (McLeod, 1999: 103).

ملی را باید در دادگاه‌ها دید. دیگر معیار مرجعیت، قدرت و اراده نیست، بلکه عقل و استدلال است. قوه‌ی مقننه صاحب قدرت است، ولی مناسب مرجعیت نیست؛ چون قدرت همیشه آپستن فساد است. قوه‌ی قضاییه اما، نه صاحب قدرت است و نه کارگزار اراده؛ تنها به داشتن قوه‌ی دآوری و تمیز ممتاز است، در میان قوای سه‌گانه، قوه‌ی قضاییه از همه ضعیف‌تر است. به همین دلیل شایسته و در خور مرجعیت است. در نتیجه مرجعیت حقیقی که همان نوع حقوقی آن است، به جای مرجعیت سیاسی می‌نشیند» (آرنت، ۱۳۷۷: ۲۸۶).

1. Abrogation en Droit.
2. Abrogation en Fait.
3. Abrogation par Desuetude.

۴. البته قوانین کیفری از این قاعده مستثنی دانسته می‌شوند و عقیده به نسخ عملی آن‌ها پذیرفته نیست (Mer & Vitu, 1973: 232).

برخی نویسندگان، با اذعان به این حقیقت که نسخ و الغای قانون، همچون وضع آن، فقط به دست قانون‌گذار ممکن است، ضمن تعدیل نظر مزبور، بی‌اعتباری قانون به موجب عرف مخالف و متأخر را ترک قانون^۱ می‌نامند (صانعی، ۱۳۸۲: ۳۱). اینک ضمن بحث و نقد دیدگاه‌های ابرازی، برای تبیین مفهوم ترک قانون، ابتدا باید قانون متروک را از مفاهیم مشابه بازشناخت و در ادامه برخی دلایل و علل عمده‌ی متروک ماندن قوانین را بررسی نمود.

۱-۵. مفهوم ترک قانون و تمیز آن از مفاهیم مشابه

اصطلاح ترک قانون، ممکن است با اصطلاحات مشابه خلط شود. از این جهت مقایسه‌ی آن‌ها در جهت تعیین حد و مرز هر یک ضروری است.

۱-۱-۵. تفاوت ترک قانون با نقض آن

ممکن است برخی قوانین هر چند مدت چندانی از تصویب آن‌ها نگذشته باشد، به دلایلی چون مخالفت با نیازهای زمان یا عرف حاکم در جامعه، مورد تبعیت قرار نگیرند و برخلاف آن‌ها عمل شود و این مخالفت به صورت رفتار عمومی درآید. در این صورت، اکثریت جامعه چنان قانونی را ناکارآمد و قید و بندی بیهوده می‌بینند و به همین جهت تخلف از آن را روا می‌دانند. در چنین مواردی قانون در دادگاه‌ها به اجرا در می‌آید و فقط از طرف مردم عادی مورد تخلف واقع شده و نقض می‌شود. روشن است که قانون مورد تخلف، در حقیقت، نه متروک، که منقوض است.

چنان‌که پیش‌تر گفته شد، به عقیده‌ی پیروان مکتب تاریخی حقوق، علت به مرحله‌ی اجرا نرسیدن بسیاری از قوانین، عدم انطباق حکم آن‌ها با عرف و واقعیت‌های اجتماعی است. چنین قوانینی، یا از ابتدا با عرف جامعه ناسازگاراند یا این که به مرور زمان انطباق خود با نیازهای جامعه را از دست می‌دهند و در پی آن متروک می‌شوند. بنابراین سبب ترک قانون، وجود عرف مخالف است (صانعی، ۱۳۸۲: ۳۱).

برخی معتقدند شکل‌گیری رفتار مخالف با قانون را نمی‌توان عرف به معنای حقیقی کلمه دانست. برای این که یک قاعده‌ی رفتاری به گونه‌ای مستمر و الزام‌آور

1. Obsolescence.

درآید و به اصطلاح عرف شود، باید با یک نیروی هنجاری^۱ همراه شود. اثر این نیرو معمولاً به شکل الزام به متابعت یا سرزنش به خاطر نقض قاعده‌ی عرفی ظاهر می‌شود. در مورد ترک قانون و مخالفت با آن، بسیاری از مواقع چنان نیرویی محسوس و مشهود نیست و حتی وجود آن فایده‌ای ندارد؛ زیرا به موجب اصول و قواعد مسؤولیت مدنی، انحراف از عرف یا خروج از رفتار متعارف، شبه‌جرم^۲ محسوب شده و موجب مسؤولیت مدنی است. در حالی که بعید است دادگاه‌ها کسانی را که از عرف مخالف قانون تخلفی نمایند، مسؤول بشناسند (Raz, 1977: 64).

بدین‌سان، نه تنها اعتبار قواعد حقوقی با عرف سلب نمی‌شود، بلکه دخالت عرف در متروک شدن قانون مورد تردید قرار می‌گیرد. به همین جهت در آخرین نظریه‌ها، به جای صحبت از ترک قانون، به وسیله‌ی عرف، از معطل ماندن اجرای قانون در دادگاه‌ها و دیگر نهادهای مجری قانون سخن می‌رود^۳ (Raz, 1977: 201-202). این همان مفهومی است که ما در تعریف قانون متروک آورده‌ایم: تفاوت است میان قانونی که بر خلاف آن عمل می‌شود و قانونی که به آن عمل نمی‌شود. در فرض نخست، نه از ترک قانون، بلکه از نقض قانون باید سخن گفت. روشن است که عمل متخلفان غیرقانونی نیست و با تخلف آنان، اعتبار قانون زایل نمی‌شود.

رفع نیازهای مردم و توجه به واقعیات جامعه، یکی از غایت‌های حقوق و قانون است، اما از نظم هم نباید غافل ماند. در جمع این دو مقوله، در حقوق معاصر، ضمن دفاع از اجرای مّر قانون، از جنبه‌ی درونی قاعده‌ی حقوقی^۴ و ارتباط آن با ارزش‌های اجتماعی غفلت نمی‌شود. در بیش‌تر نظام‌های حقوقی، به لزوم انطباق حقوق با عرف جامعه و اخلاق والا توجه می‌شود. حقوق‌دانان نیز در اجرای رسالت حقیقی خود، درصدد سازگار کردن این اندیشه‌ها با منطق حقوق برآمده‌اند. محصول آخرین نظریه‌ها در این باره، گشودن باب نافرمانی مدنی^۵ است. از یک سو، نمی‌توان

1. Norm Pressure.

2. Delicit.

۳. بر فرض که در موارد نقض عمومی قانون، اهمال نهادها و سازمان‌های مجری آن مؤثر باشد، اما تا زمانی که دادگاه‌ها متخلفان را به کیفر مقرر در قانون محکوم می‌کنند، اجرای قانون هنوز معطل نیست.

4. Internal Aspect of Law.

۵. مطابق پاره‌ای اندیشه‌های رایج در فلسفه‌ی حقوق معاصر، چنان‌چه تخلف از قانون معین، جنبه‌ی عمومی Civil Disobedience به خود بگیرد، نشان از آن دارد که چنین قانونی کارکرد حقیقی خود را از دست داده و به موجودی مزاحم تبدیل شده است؛ در نتیجه باید نسخ شود (Riddall, 1991: 190). از این مفهوم

مردم را به اجرای قواعدی که مورد پسندشان نیست الزام کرد. قانونی که با عرف زمان مخالف است، به سبب ناتوانی از اقناع وجدانی افراد، از حقیقت حقوق فاصله گرفته و در واقع به قدرت خام یا زور می‌ماند. از سوی دیگر، در جامعه‌ی منظم نباید اجازه داده شود گروهی، قانونی را که موافق عقاید خود نمی‌دانند، زیر پا گذارند. بنابر این، تنها راه آن است که قانون‌گذار خود دست به ابتکار زند و برای مواجه نشدن با مقاومت مردم، قانون نامناسب یا ناکارآمد را اصلاح و نسخ نماید. قانونی که مورد بی‌اعتنایی افکار عمومی قرار گرفته، باید لغو شود و گرنه مقنن با اصرار بیهوده بر اجرای آن، موجبات وهن قانون را فراهم آورده است.

۲-۱-۵. قوانین مسکوت

گاه علت عدم استناد به قانون، آن است که در عمل موردی برای اجرای آن پیش نیامده است. همچنین ممکن است در موضوع قانون معین، اختلافی حادث شده و در نتیجه به آن استناد نشود و اجرای حکم قانون از دادگاه‌ها یا سازمان‌های رسمی خواسته نشود. برای مثال، امروزه به مقررات قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ در باب شرکت‌های مختلط سهامی و غیرسهامی و نسبی به ندرت عمل می‌شود و دادگاه‌ها کمتر این احکام را به کار می‌گیرند.^۱ بی‌گمان، بحث از ترک قانون در این رابطه بی‌مورد است؛ ترک قانون زمانی محقق است که امکان و قابلیت اجرای قانون وجود داشته باشد، اما در دادگاه‌ها و نهادهای اجرایی رسمی به آن عمل نشود، در حالی که در فرض حاضر، موردی برای اجرای قانون پیش نیامده است تا مراجع قضایی و اجرایی مکلف به اجرای آن باشند و ترک به معنی حقیقی کلمه در باره‌ی آن صادق باشد. بنابراین، قانونی که مدت‌ها بدون موضوع اجرایی مانده، نه متروک،

تحت عنوان نافرمانی مدنی یاد می‌شود؛ این امر یکی از مقدمات اصلاح قوانین تلقی می‌شود. بر این اساس، در نظام‌های حقوقی مدرن، انتقاد از قانون مخالف عدالت و اخلاق و حتی کوشش عملی برای لغای آن مجاز شناخته شده است. در عین حال، تا زمانی که قانونی نسخ یا اصلاح نشده، در اعتبار و حاکمیت آن تردید نمی‌شود. برای مطالعه بیشتر:

(See: Riddall 1991: 190-200)

۱. به گزارش برخی محققان، برابر آمار ارائه شده از سوی اداره‌ی ثبت شرکت‌های تهران، در سی سال اخیر سه نوع شرکت مذکور تقریباً موضوع تقاضا برای ثبت نبوده‌اند و ثبت شرکت تضامنی به ندرت انجام گرفته است (پاسبان، ۱۳۸۷: ۲-۳) شاید به همین دلیل در لایحه‌ی جدید قانون تجارت که از سال ۱۳۸۴ تدوین و به مجلس تقدیم شده است، مقرراتی راجع به شرکت‌های مختلط و نسبی پیش‌بینی نشده است.

که مسکوت است.

فقیهان اسلامی با طرح نظریه‌ی «انساء»^۱ بیش از نویسندگان مغرب زمین در این باره اندیشیده‌اند: در پی گمانه‌زنی‌ها برای یافتن تفسیری موجه از آیه‌ی ۱۰۶ سوره‌ی بقره،^۲ گروهی از نویسندگان ضمن قرائت متفاوت این آیه، واژه‌ی مناسب در بیان مراد آن را «نَسَاءُ» دانسته‌اند. بدین‌سان، در میان مفسرین قرآنی و فقیهان، نظریه‌ای شکل گرفت که با تکیه بر اندیشه‌های زبان‌شناختی - تفسیری، مفهوم انساء را، نه الغای حکم، که به تأخیر افتادن اجرای آن به علت فقدان موضوع می‌داند.^۳ در این باره گفته‌اند: گاه بنا به سببی حکمی جعل می‌شود، سپس با از بین رفتن آن سبب و موضوع، حکم مربوط به آن نیز زایل می‌گردد. این زوال حکم را نباید همچون نسخ شدن آن، دایمی و برگشت‌ناپذیر تلقی کرد. در این صورت، نسخ به معنای حقیقی کلمه محقق نیست، بلکه به تعویق افتادن اجرای حکم یا نسأ (نساء) آن مطرح است. چنان‌چه حکم وجوب جهاد به هنگام ضعف بنیه‌ی دفاعی مسلمین

۱. برای مصدر «انساء» (بر وزن انشاء) دو ریشه‌ی لغوی محتمل است: نسی به معنای فراموشی و نسیان و نساء (ن س) به معنای به تأخیر افتادن و معوق ماندن. هر دو ریشه در صیغه‌ی انساء مشترکند. صفت مفعولی «نَسَاءُ» نیز مشترک میان دو ریشه است. معنای ریشه‌ی نخست آشنا است، لیکن ریشه‌ی نساء اندکی مهجور است. در لسان العرب، ذیل واژه‌ی نساء می‌خوانیم: «و نَسَأَ الشَّيْءَ أَخْرَهُ وِ الْإِسْمِ التَّنْسِيَةُ... و نَسَأَ اللَّهُ فِي أَجَلِهِ وِ أَنْسَأَ أَجَلَهُ: أَخْرَهُ. التَّنْسِيَةُ: التَّأَخِيرُ». آیه‌ی ۳۷ سوره‌ی توبه ناظر به همین معنی است که می‌فرماید: «إِنَّمَا التَّنْسِيَةُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ...» لغت نسیء در میان اعراب جاهلی، از معنای لغوی آن دور نشده است. آنان مطابق این سنت، یک سال، ماه حلال را حرام می‌شمردند و سال دیگر، ماهی حرام را حلال؛ و با این پس و پیش کردن ماه‌ها و به تأخیر انداختن حرمت آن‌ها، سعی داشتند حلال و حرام الهی را ضایع کنند. تا این که با نزول آیه‌ی یاد شده چنین عملی کفر دانسته شد. درباره‌ی این که در آیه‌ی ۱۰۶ سوره‌ی بقره، کدام ریشه‌ی انساء به کار گرفته شده، میان مفسران قرآنی اختلاف است. هر دو نظر طرفدارانی دارد: قدیمی‌ترین نظریه‌های تفسیری که بر اساس روایاتی از اصحاب رسول صلی‌الله علیه و آله شکل گرفته، واژه‌ی «نَسِيهَا» را از ریشه‌ی نسی و به معنای فراموشی می‌داند. این نظر تأییدی علمی بر روایت‌هایی است که از فراموش شدن برخی آیات وحی توسط پیامبر خبر می‌دهد. مطابق این نظر، میان دو مفهوم نسی و نسخ ارتباط است؛ و همین حقیقت، آن دو مفهوم را در آیه‌ی ۱۰۶ بقره کنار هم قرار داده است. پس نسی هم نوعی نسخ است؛ با این ویژگی که گذشته از الغای حکم، لفظ آیه را نیز از بین می‌برد. از همین جا نظریه‌ی «نسخ الحکم و التلاوه» پدید آمد. در دفاع از این عقیده، طبری نوشت: «هیچ آیه‌ای از قرآن فراموش نشده، مگر آن که نسخ شده باشد» (ابن حزم، ۱۳۴۶: ۶۵؛ رحیم، بی‌تا: ۱۸۵). مخالفان عقاید بالا، ریشه‌ی نساء را ترجیح داده و قرائت «نَسَاءُ» را صحیح می‌دانند (زرکشی، ۱۹۹۰، ج ۲: ۱۷۳؛ سیوطی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۶۴۹). اختلاف‌ها تاکنون پایان نگرفته است. اما عقیده به نسیان آیه‌های قرآنی، امروزه طرفدار جدی ندارد.

۲. «ما نَسَخَ مِنْ آيَةٍ أَوْ نَسِيَهَا نَاتَ بَخِيرٍ مِنْهَا».

۳. با وجود این در برخی تفسیرهای قرآنی به این تفاوت قرائت، دقت نشده است. چنان‌چه در تفسیر نمونه، با این که قرائت «نَسِيهَا» مبنای تفسیر قرار گرفته، لیکن مراد از آن، به تأخیر افتادن اجرای حکم دانسته شده است بنگرید به: (مکارم شیرازی و جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۳، ج ۱: ۴۵۱).

قابل اجرا نیست و تا زمان تقویت سپاه اسلام به تأخیر افتاده است؛ بی آن که نسخی واقع شده باشد. به همین جهت پس از سپری شدن دوران فترت و به مجرد برگشت قدرت دفاعی مسلمانان، حکم منشاء جهاد نیز بدون این که شارع حکمی جدید انشا کند، دوباره مورد عمل قرار می‌گیرد (زرکشی، ۱۹۹۰، ج ۲: ۱۷۳). بنابراین می‌توان گفت «انساء» مؤید این معنی است که هر حکمی باید در زمان مناسب و مقتضی اجرا شود؛ با انقضاء آن زمان و حدوث شرایط متفاوت، حکم مناسب آن دوران نیز تغییر می‌کند و جای خود را به حکم مناسب و مطلوب در شرایط جدید می‌دهد. این مفهوم را نمی‌توان نسخ و بی‌اعتبار شدن حکم نامید. زیرا، نسخ عبارت است از الغای اعتبار حکم برای همیشه، به گونه‌ای که در هیچ شرایطی نتوان به آن استناد کرد (زرکشی، ۱۹۹۰، ج ۲: ۱۷۳).^۱ در نتیجه قانون مسکوت با قانون منسوخ نیز آمیخته نمی‌شود.

۳-۱-۵. تعلیق اجرای قانون

گاه ممکن است در قانون، زمان شروع اجرای آن، مدتی به تأخیر افتد. آن گونه که در ماده‌ی ۳ قانون تشکیل محکمه‌ی انتظامی قضا^۲ مصوب ۱۳۷۰ آمده است. گاهی نیز قانون‌گذار بنا به دلایل و مصالحی، ضمن وضع قانون جدید، اجرای قانونی را که قبلاً تصویب کرده است، موقوف می‌کند. مانند قسمت «ل» بند ۷ قانون بودجه‌ی

۱. «ممکن است شارع به جهتی امر به انجام کاری کند و سپس آن جهت زایل شود: مانند امر به صبر و مدارا با دشمنان به هنگام ضعف سپاه اسلام که در این حال حکم جهاد واجب نیست...، اما با قدرت گرفتن سپاه اسلام حکم وجوب جهاد باید مورد عمل قرار گیرد؛ در این صورت حکم جهاد برای مدتی نه منسوخ که منسأ بوده است. از اینجا ضعف عقیده‌ی کسانی که آیات مشعر بر مدارا یا کفار را با آیاتی که امر به جهاد کرده‌اند منسوخ دانسته‌اند معلوم می‌شود. در حقیقت این دسته آیات نه منسوخ که منسأ هستند. چون اعتبار حکم منسوخ به کلی زایل می‌شود و دیگر بر نمی‌گردد در حالی که در این موارد (انسا) چنین نیست». هم‌چنین بنگرید به: (سیوطی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۶۴۹) و (ابن حزم، ۱۳۶۴: ۶۵): «در آیه‌ی شریفه می‌خوانیم: «ما ننسخ من آیه او ننساءها... برخی نیز ننسأها خوانده‌اند و معنی دو قرائت متفاوت است... ننسأها در لغت به معنای به تأخیر افتادن است. طبق این قرائت، مراد آیه‌ی مزبور این است که گاهی عمل به آیات و احکام الهی برای مدتی به تأخیر می‌افتد و این همان مفهومی است که از آن به انسا یاد می‌شود». برخی نویسندگان قرآنی معاصر، از این مفهوم با عنوان نسخ مشروط یاد کرده‌اند (معرفت، ۱۳۷۹: ۱۹۷).

۲. «این قانون از تاریخ اول خرداد ماه ۱۳۷۱... لازم الاجرا است». هم‌چنین ماده‌ی ۱ قانون تنظیم جمعیت خانواده مقرر می‌دارد: «کلیه امتیازاتی که در قوانین بر اساس تعداد فرزندان یا عائله پیش‌بینی و وضع شده‌اند، در مورد فرزندان چهارم و بعد که پس از یک سال از تصویب این قانون متولد می‌شوند قابل محاسبه و اعمال نخواهد بود...».

سال ۱۳۸۸.^۱

گذشته از ظاهر عبارت قانون بودجه ۱۳۸۸ و متون مشابه، حالت چنین قانونی به ترک قانون نزدیک‌تر است تا نسخ و الغای آن. یعنی در مدت اعتبار قانون موقت و جدید، اجرای قانون سابق معلق می‌ماند، اما منسوخ و ملغی نمی‌شود؛ زیرا، تنها راه اعاده‌ی اعتبار قانون منسوخ، این است که از تصویب مجدد قانون گذار بگذرد، در حالی که در مورد بحث حاضر، با انقضای مدت قانون موقت، قانون سابق خود به خود اعتبارش را از سر می‌گیرد و نیازی به انشای مجدد آن نیست. به عبارت دیگر، سخن از الغای قانون در صورت معلق ماندن اجرای آن ناروا است؛ زیرا، مانعی نیست که قانون معلق بدون تمدید اعتبار یا تصویب مجدد، دوباره به اجرا درآید.

رویه‌ی قضایی ایران در تأیید این حقایق مستقر شده است. اختلاف دادگاه‌ها در مورد زوال یا بقای اعتبار ماده‌ی ۴۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰ اصلاحی ۱۳۵۲،^۲ ریشه در ابهام وضعیت حقوقی ماده‌ی یاد شده، پس از سپری شدن دوران توقف اجرای آن داشت. وقفه‌ای که با تصویب قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱ حادث گشت. بدین بیان که با تصویب قانون اخیر، دادگاه‌های کیفری یک ملزم شدند پس از رسیدگی به دعوا، به جای آن که حکم صادر کنند، پرونده را به همراه نظریه‌ی خود به دیوان عالی کشور ارسال کنند. در صورت تنفیذ نظر آنان در دیوان، مبادرت به صدور حکم می‌کردند و در غیر این صورت، رسیدگی را مطابق نظر دیوان ادامه می‌دادند. بدین‌سان، موردی برای اختلاف نظر میان محاکم کیفری و دیوان عالی کشور پیش نمی‌آمد تا محل صدور آرای اصراری باشد. به همین علت، ماده‌ی ۴۶۳ مذکور به مدت پنج سال و تا پایان مهلت اعتبار قانون آزمایشی ۱۳۶۱ معلق و موقوف‌الاجرا ماند.

با اتمام مهلت قانون موقت و ناموفق مذکور، اعتبار آن دیگر تمدید نشد، اما

۱. «در سال ۱۳۸۸ کلیه قوانین عام و خاص مغایر با این بند از جمله تبصره ۳۸ دنامه قانون بودجه ۱۳۵۸ ملغی‌الاثراًست...». در بند ۶۲ همان قانون آمده است: «در سال ۱۳۸۸ وزارت آموزش و پرورش و واحدهای تابعه از پرداخت هر نوع عوارض به شهرداری‌ها معاف می‌باشد» و بند ۴۷ آن قانون مقرر داشته است: «در سال ۱۳۸۸ بیمه‌شدگان مرد دارای حداقل ۶۰ سال زن دارای حداقل ۵۵ سال... از جزء (۳) بند «ب» قانون اصلاح تبصره ۲ الحاقی ماده ۷۶ قانون اصلاح... قانون تأمین اجتماعی... مصوب ۱۳۷۱ مستثنی بوده...».

۲. در ماده‌ی یاد شده می‌خوانیم: «هر گاه دادستان یا محکوم‌علیه به علل و جهات سابق مجدداً تقاضای فرجام نماید موضوع در هیأت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور رسیدگی می‌شود... رأی هیأت مذکور رأی اصراری نامیده می‌شود و بر محاکم تالی لازم‌الاتباع است.»

این تردید پیش آمد که حکم ماده‌ی ۴۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری در نتیجه‌ی عدم اجرای پنج ساله‌ی آن منسوخ شده یا این که در وضعیتی که امکان صدور رأی اصراری وجود دارد، حکم مذکور قابل استناد بوده و در نتیجه تشکیل هیأت عمومی شعب کیفری مطابق روال سابق، قانونی است. در رویه‌ی قضایی هر دو نظر طرفدارانی داشت. هیأت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه‌ای عقیده به عدم نسخ ماده‌ی یاد شده را تأیید کرد.^۱ در تأیید مفاد این رأی باید گفت: قانون‌گذار می‌تواند به موجب قانون موقت، تعلیق اجرای قانون سابق را به صراحت مقرر نماید و به این طریق در طول اجرای قانون موقت، قانون قبلی را موقوف‌الاجرا و عقیم سازد. هم‌چنین می‌تواند با وضع و جایگزین کردن قانون موقت و مخالف مقررات سابق و بی آن که تصریح کند، موجبات توقف اجرای مقررات موجود را فراهم نماید. در این موارد تعلیق اجرای قانون، نه به صراحت، که به طور ضمنی واقع شده است.^۲

۴-۱-۵. فراهم نبودن زمینه‌ی اجرای قانون

ممکن است اجرا نشدن قانون به سبب فراهم نبودن مقدمات یا زمینه‌ی اجرای آن باشد. در چنین فرضی نیز سخن از ترک قانون نارواست. بنابراین، در موارد موقوف‌الاجرا مانندن قانون به علت فراهم نشدن اسباب اجرای آن مانند فقدان تشکیلات اداری و سازمانی، ترک قانون محقق نیست، چه در این فرض، به جهت نبود زمینه‌ی اجرای قانون، امکان اجرای آن وجود ندارد، نه این که دادگاه‌ها در اجرای آن

۱. رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۵۶۶، به تاریخ ۱۳۷۰/۷/۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور: «اصل ۱۶۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه‌ی قضایی را از اختیارات دیوان عالی کشور قرار داده و دیوان کشور با نقض و ابرام احکام محاکم، نظرات خود را اعمال... می‌کند. اقدام دادگاه‌های کیفری در صدور رأی اصراری... ایجاب می‌نماید که موضوع در هیأت عمومی دیوان عالی کشور مطرح و مورد بررسی قرار گیرد. ماده‌ی ۴۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری هم که اعتبار قانونی و قدرت اجرایی دارد، بر این اساس تصویب شده... بنابراین رأی شعبه‌ی ۲۸ دیوان عالی کشور دایر بر ضرورت تشکیل هیأت عمومی کیفری برای رسیدگی به پرونده‌های اصراری کیفری صحیح و منطبق با موازین قانونی است». اگرچه نتیجه یا منطوق رأی قابل تأیید است، اما مقدمه‌ی آن توجیه و استدلال حقوقی ندارد. به عبارتی، چنان که ملاحظه می‌شود، اعتبار و قدرت اجرایی ماده‌ی ۴۶۳ مذکور بی‌هیچ دلیلی مسلم و مفروض پنداشته شده است. با وجود این، مستند قانونی آن (اصل یکصد و شصت و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) به جا و مرتبط است.

۲. باید توجه داشت که وضعیت قانون متروک، بیش‌تر مشابه قوانین معلق است تا قانون منسوخ، اما با هیچ یک از آن دو آمیخته نمی‌شود. از طرفی، ترک قانون سبب الغای اعتبار آن هرچند به طور موقت نیست. اجرای قانون متروک هیچ زمان معلق نمی‌ماند تا سخن از احیای آن به میان آید.

تعلم نمایند یا دیگر مجریان، قانون را نادیده گرفته باشند.^۱

قانون شورای دولتی مصوب ۱۳۳۹ نمونه‌ای مشهور از این قبیل است که پیش‌بینی نشدن ردیف بودجه برای تشکیل شورای مذکور، سبب موقوف ماندن آن شد.^۲ قانون تشکیل دادگاه‌های سیار مصوب ۱۳۶۶ نیز به همین سرنوشت دچار شده بود تا این که قوه قضاییه طی بخشنامه‌ای نحوه‌ی راه‌اندازی دادگاه‌های سیار را به رؤسای کل دادگستری‌ها ابلاغ کرد.^۳ از این رو، عقیده به این که، با فراهم نبودن مقدمات اجرای قانون، اعتبار آن ساقط می‌شود، با واقع مطابقت ندارد و با منطق حقوق نیز سازگار نیست؛ زیرا، بی‌اعتبار دانستن قانون به جهت نبود زمینه‌ی اجرای آن، معنایی جز این ندارد که مرور زمان در شمار اسباب زوال اعتبار قانون آورده شود.^۴

در حقوق برخی از کشورهای اروپایی، با این که قدمت پاره‌ای قوانین به چندین قرن می‌رسد، به اندازه‌ی آنچه در حقوق ایران شایع است، از بی‌اعتباری قانون قدیمی سخن نمی‌رود؛ حتی ماندگاری قوانین قدیمی را نشانه‌ی سازگاری آن‌ها با عقاید و اخلاق حاکم بر جامعه می‌دانند (Kemp & Carleton, 1960: 478-481).

۵-۱-۵. ترک اجرای قانون

عدم اجرای قانون در دادگاه‌ها به ندرت اتفاق می‌افتد. با این که دادگاه‌ها از اجرای جزئی‌ترین قوانین و مقررات چشم‌پوشی نمی‌کنند، اما ممکن است در مواردی از عمل به پاره‌ای قوانین غفلت نمایند؛ خواه آن‌ها را نامناسب و بی‌فایده یافته باشند یا اهمال و تساهل سبب مهجور ماندن قانون باشد. چندان که گویی عرف قضایی در

۱. از این رو، به نظر می‌رسد، فرض عدم امکان و فقدان قابلیت اجرای قانون به حالت انسا یا سکوت قانون شبیه‌تر است تا ترک آن.

۲. بعید نیست سیاست حاکم در آن زمان، احقاق حق علیه دولت را به مصلحت ندانسته و تشکیل دادگاه صالح را اجازه نداده باشد، اما پس از پیروزی انقلاب اسلامی در اجرای اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قانون دیوان عدالت اداری ۱۳۶۰ به تصویب رسید؛ این قانون پس از سال‌ها اجرا، با معلوم شدن کاستی‌ها و نارسایی‌هایش در سال ۱۳۸۵ جای خود را به قانون جدید داد.

۳. بخشنامه‌ی شماره‌ی ۱/۸۷/۲۵۶۳ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۲ رئیس قوه قضاییه.

۴. برخی نویسندگان از این عقیده چنین دفاع کرده‌اند: «قاعدگی حقوقی به طور طبیعی مقید به زمان خاصی نیست؛ زیرا این وصف یکی از نتایج کلی بودن آن است. به دلیل وصف دائمی بودن قانون است که گفته می‌شود: قانون تنها با قانون دیگر نسخ می‌شود و گذشت زمان و متروک شدن قانون، اعتبار آن را از بین نمی‌برد» (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۵۳۸).

این باره شکل گرفته است.^۱

در چنین فرضی، قانون با وجود قابلیت اجرایی به عزلت رانده شده است.^۲ بنابراین، به نظر می‌رسد ترک قانون در معنای واقعی خود، در همین فرض محقق می‌شود. در این صورت این پرسش مطرح می‌شود که آیا ترک قانون و عدم استناد دادگاه‌ها به آن، موجب نسخ و بی‌اعتباری قانون است؟ صرف‌نظر از هرگونه استدلال موافق یا مخالف، آن چه نظام حقوقی ایران در برخی موارد در عمل تجربه کرده، مؤید پاسخ منفی است؛ چنانچه برای مثال، احکام مقرر در مواد ۳۱ و ۳۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶ که سال‌ها به خلوت رانده شده بود، با تدوین آیین‌نامه‌ی اجرایی آن در سال ۱۳۸۴ جامه‌ی عمل پوشید.^۳ هم‌چنین، اگرچه سخن از احکام لعان در مواد ۸۸۲ و ۱۰۵۲^۴ قانون مدنی، در حقوق کنونی ایران بحثی بی‌فایده پنداشته می‌شود و حتی برخی نویسندگان، قواعد مربوط به آن را در قانون مدنی به لحاظ نداشتن موردی برای اجرا، قواعدی متروک و به تبع بی‌اعتبار می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۵۱۷) اما، در عمل و کیلان کارآزموده هر چند در مقام استیصال و چاره‌جویی، به آن استناد می‌کنند و دادگاه‌ها را نیز با خود هم داستان می‌کنند.^۵ حال آن‌که، بی‌گمان، استناد به قانون منسوخ و طرح دعوا بر مبنای آن در دادگاه مسموع نیست.

۱. چنانچه به هنگام مقایسه‌ی دو مفهوم «نقض» و «ترک قانون» اشاره شد، اگرچه اقتدار و نحوه‌ی عمل دیگر نهادهای مجری قانون را نیز نباید نادیده گرفت؛ نقش دادگاه‌ها در این باره بی‌بدیل است. برای مثال با این که قوانین کیفری هرگز با تخلف افراد عادی بی‌اعتبار نمی‌شوند، اما با اهمال ضابطان قضایی و مدارا کردن با مجرمان، از قدرت قانون کاسته می‌شود. با وجود این، نمی‌توان بی‌اعتباری چنین قوانینی را نتیجه گرفت. حتی اگر نهادهای کشف جرم به هنگام تخلف افراد و نقض قوانین یاد شده مجرمان را تعقیب و دستگیر نکنند، باز هم قوانین مذکور معتبراند. به شرطی که دادگاه‌ها در مقام اقامه‌ی دعوا به قوانین یاد شده استناد کنند (Raz, 201-202: 1977).

۲. قانون راجع به نحوه‌ی مطالبه‌ی دیون مصوب ۱۳۳۹، نمونه‌ای مشهور از این قبیل است.

۳. قانون مربوط به لزوم ارائه‌ی گواهی‌نامه‌ی پزشک پیش از ازدواج مصوب ۱۳۱۷، با بی‌مهری سردفتران ازدواج مواجه بود اما با صدور دستوری اداری از سوی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، قانونی مفید که بی‌جهت منزوی شده بود، به میدان عمل بازگشت (نقل از: کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۵۱۷).

۴. «تفریقی که با لعان حاصل می‌شود موجب حرمت ابدی است».

۵. «بعد از لعان زن و شوهر از یکدیگر ارث نمی‌برند...».

۶. در دعوی که در آن زوج به زوجه‌اش نسبت زنا داده و از اثبات آن عاجز مانده بود، وکیل او به منظور سقوط حد قذف و رهایی از اجرای حکم طلاق، اجرای تشریفات لعان را از دادگاه درخواست نمود. دادگاه کیفری اجرای لعان را در صلاحیت دادگاه حقوقی دانسته و به صلاحیت آن دادگاه، قرار عدم صلاحیت صادر نمود. دادگاه حقوقی نیز با عدم پذیرش قرار یاد شده، پرونده را به دیوان عالی کشور ارسال نمود بنگرید به: (بازگیر، ۱۳۸۱: رأی ش. ۳۸۱)

منطق علم حقوق نیز این رویه‌ی عملی را تأیید می‌کند. در منطق حقوق، مفاهیم «اعتبار»^۱ و «نفوذ»^۲ یا اجرای قاعده‌ی حقوقی را باید از یکدیگر تفکیک نمود. بر این مبنا، تا زمانی که قوانین موجود در یک نظام حقوقی، به شیوه‌های مقرر در آن نسخ و ملغی نشده‌اند، معتبر می‌باشند. در نتیجه، اجرا نشدن یک قانون، هر چند به مدت طولانی، دلیل بی‌اعتباری آن نیست،^۳ مگر این که به موجب یک قاعده مقرر شود که «هر قاعده‌ای که مدت زیادی معطل و ناکارآمد مانده باشد، قاعده‌ی حقوقی محسوب نمی‌شود». به این ترتیب، حکومت نظم و قاعده بر نظام حقوقی، ایجاب می‌کند مردم عادی، دادگاه‌ها و مجریان قانون نتوانند با عمل نکردن به مفاد قوانین، آن‌ها را بی‌اعتبار سازند (Hart, 1997: 101). در تمام نظام‌های حقوقی، این قاعده‌ی مسلّم پذیرفته شده که لغو هر قاعده‌ی حقوقی به دست مقام واضع آن ممکن است؛ اختیار نسخ قانون با قانون‌گذار است. بر همین مبنا برخی نویسندگان حقوقی، ترک قانون را سبب بی‌اعتباری آن نمی‌دانند و در رویه‌ی قضایی پاره‌ای از کشورها، مرادف دانستن این مفهوم با نسخ قانون خطرناک توصیف شده است (Kemp &)

1. Validity.

2. Efficacy.

۳. برخی در تعدیل دو دیدگاه افراطی که یکی متروک ماندن قانون را سبب منسوخ شدن آن می‌داند و دیگری بی‌اعتباری قانون را در اثر ترک آن نمی‌پذیرد، گفته‌اند: «از لحاظ نظری و اعتبار رسمی، متن ترک شده، هم‌چنان قابل استناد است، اما تا زمانی که به آن استناد نشود، نباید آن را در شمار قواعد حقوقی آورد. با وجود این، نمی‌توان چنان قاعده‌ای را منسوخ دانست؛ چه در صورت عمل مجدد به آن، بدون نیاز به انشا و تصویب مجدد قانون‌گذار اعتبار خود را باز می‌یابد» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۵۱۷-۵۱۶). پذیرش کامل این عقیده دشوار است: اگر پذیرفته شود قانونی که سال‌ها مورد استناد قرار نگرفته است، خود به خود از شمار قواعد حقوقی بیرون می‌رود، باور به بازگشت مجدد آن بدون دخالت قانون‌گذار مبنایی ندارد. با وجود این، با تفکیک دو مفهوم «اعتبار» و «نفوذ قانون»، به آسانی می‌توان استدلال کرد که قانون متروک هم‌چنان معتبر است و تنها اجرای آن معطل مانده است. ۴. این استدلال را نظر مخالف نیز مورد توجه قرار داده؛ گفته شده است: «هیچ چیز بدتر از تیانجه‌ی پری نیست که بی‌فایده در گوشه‌ای افتاده و از یاد رفته باشد و کودکی اتفاقاً آن را پیدا کند و با آن ور برود و پدر خود را بکشد. قوانین و مقرراتی که مهجور مانده‌اند، از همه‌ی قوانین خطرناک‌ترند. مخصوصاً اگر علت مهجور ماندن، غلط بودن آن‌ها باشد» (جعفری‌تبار، ۱۳۷۵: ۶۹)؛ بی‌گمان، همواره چنین نیست که قانون متروک، قانونی نادرست باشد؛ چنان‌چه لزوم استفاده از وکیل دادگستری در محاکم، یا فایده‌ی ارائه‌ی گواهی‌نامه‌ی تندرستی پیش از ازدواج قابل انکار نیست. به علاوه، استدلال به این که قانون متروک ممکن است به صورت وسیله‌ای خطرناک درآید، دلیل کافی بر بی‌اعتباری آن نیست؛ زیرا، قانون فقط ابزاری در دست مجری قانون است و مانند هر ابزار دیگری فی‌نفسه حاوی ارزش مثبت یا منفی نیست. کارکرد قانون، حکمرانی است، اما، برحسب هدفی که برای آن به کار می‌رود، ارزیابی می‌شود. همان‌قدر که احتمال دارد، قانونی برای هدفی نامطلوب به کار گرفته شود، به همان اندازه محتمل است که برای برآوردن هدفی نیکو به کار رود. در حالی که، خطر ناشی از بی‌اعتبار انگاشتن قانون متروک یقینی است؛ اگر دادگاه‌ها مجاز باشند همواره از استناد به چنان قوانینی خودداری کنند، نظم و امنیت حقوقی از

(Carleton, 1960: 478-481).

۲-۵. علل عمده‌ی متروک ماندن قوانین

چنان که اشاره شد، در مواردی اندک، رویه‌ی قضایی از اجرای برخی قوانین معتبر و مفید غفلت کرده و بدین وسیله موجبات متروک ماندن آن‌ها را فراهم آورده است. در حقوق ایران گذشته از تسامح و تساهل دادگاه‌ها، علل متروک ماندن قوانین متعدد است.

باید توجه داشت که تنها با مطالعه‌ی وضعیت خاص هر قانون می‌توان به علت متروک ماندن آن پی برد، اما گذشته از موارد استثنایی، می‌توان علل زیر را به عنوان علل مشترک و عمده‌ی ترک قانون در حقوق ایران دانست.

۱-۲-۵. ترک قوانین به واسطه‌ی وقوع انقلاب

تأثیر انقلاب اسلامی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نمودار است. چنانچه بسیاری از قوانین تصویب شده در زمان رژیم سابق، پس از انقلاب متروک ماند؛ این وضعیت در خصوص پاره‌ای از قوانین تاکنون ادامه دارد؛ از این جمله است مقررات مربوط به حقوق خانواده؛ با پیروزی انقلاب اسلامی و به تأسی از اصول چهارم و دهم قانون اساسی جمهوری اسلامی، اندیشه‌ی تبعیت کامل از احکام شرعی و فتاوی فقیهان در روابط زناشویی مطمح نظر قرار گرفت. شورای نگهبان قانون اساسی، به عنوان طلایه‌دار این جریان، موادی از قوانین حاکم را مغایر شرع دانسته و باطل اعلام کرد.^۱ افزون بر این، روحیه‌ی طاغوت‌ستیزی و نفرت از آثار طاغوتی، بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و به ویژه قوانین خانواده سایه افکنده بود؛ به گونه‌ای که، نه فقط مردم عادی و مقامات سیاسی، دادگاه‌ها نیز چنین می‌اندیشیدند.^۲

میان می‌رود. چگونه می‌توان معیار بی‌اعتباری قانون متروک را به دست داد؟ از چه زمانی به یقین می‌توان گفت ترک قانون سبب بی‌اعتباری آن می‌شود؟ بی‌گمان، در پاسخ این پرسش‌ها اتفاق نظر وجود ندارد و مواجه شدن با خطر هرج و مرج و بی‌قانونی حتمی است.

۱. برای مثال در نظریه‌ی شماره‌ی ۱۴۸۸ به تاریخ ۱۳۶۳/۵/۹ شورای نگهبان، مجازات‌های مقرر در ماده‌ی ۱ الحاقی ۱۳۱۷ به قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ و ماده‌ی ۱۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ غیرشرعی و باطل اعلام شد. البته این رویه محدود به قوانین خانواده نبود. برای مثال ماده‌ی ۱۳۰۹ قانون مدنی طی نظریه‌ی شماره‌ی ۲۶۵۵ به تاریخ ۱۳۶۷/۸/۸ آن شورا ابطال گردید.

۲. در مواردی حتی برخی بخش‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مخالف قوانین موجود از سوی شورای عالی قضایی و

بدین سان وضعیت حقوقی عمده‌ی قوانین مربوط به حقوق خانواده و در رأس آن‌ها قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ در بوته‌ی اجمال ماند. با این‌که تاکنون قانون حمایت خانواده به کلی منسوخ نشده، اما اعتبار آن نیز مسلم نیست و بسیاری مقررات آن متروک مانده است.^۱ در نوشته‌های حقوقی از محاسن آن سخن می‌رود، و کیلان تردید دارند که بتوانند با استناد به احکام مزبور، دادرسان را نیز با خود همراه و هم‌عقیده سازند. قانون‌گذار نیز با برخی اقدامات خود بر تردیدها افزوده و حتی بیش از دیگران بر این آشفتگی و ابهام دامن زده است: از طرفی، هنوز نسخ صریح تمام یا بعضی مواد قانون حمایت خانواده اعلام نشده و فقط به وضع قوانین متفرقه و مغایر با مقررات موجود اقدام شده است.^۲ از طرف دیگر، بسیاری از احکام و مقررات قانون

رئیس قوه‌ی قضاییه صادر شد. گرچه تعدادی از آن‌ها در پی شکایت مردم از سوی دیوان عدالت اداری ابطال شد، مانند بخشنامه‌ی شماره‌ی ۱۵۵۹۳-۱۳۶۲/۳/۲۹-قوه‌ی قضاییه که با رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۴۷۰۴۶ به تاریخ ۱۳۶۷/۳/۱۶ دیوان عدالت اداری ابطال گردید، لیکن بی‌اعتباری بسیاری از آن‌ها هنوز رسماً اعلام نشده است. البته این امکان نیز هست که دادرسان امروز، بر خلاف گذشتگان در اجرای وظیفه‌ی مقرر در اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی، از عمل به مفاد بخشنامه‌های مغایر قانون خودداری کنند. برای دیدن نمونه‌هایی از بخشنامه‌های یاد شده بنگرید به: (هدایت‌نیا، ۱۳۸۲: ۱۶۹ به بعد).

۱. برخی نویسندگان از قانون اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۱۳۳۹ به عنوان نمونه‌ای از قوانین متروک یاد کرده‌اند. مطابق این نظر، پس از پیروزی انقلاب اسلامی و با تصویب قانون مجازات اسلامی، از آن جا که اقدامات تأمینی در میان تعزیرات شرعی جایگاهی نداشت، مغفول ماند (نوربها، ش ۲۹ و ۳۰: ۹ و بعد). با وجود این، می‌توان گفت قانون یاد شده از کنج عزلت بیرون آمده و بیش از گذشته مورد استناد محاکم واقع می‌شود. همچنین آن‌که حکم ماده‌ی ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ در خصوص لزوم اخذ اجازه از دادگاه جهت ازدواج مجدد، رفته رفته مورد توجه محاکم واقع شده، در حالی که پیش‌تر، محدود یا مقید کردن این حق شرعی مردان، غیرمجاز دانسته می‌شد.

۲. عمده‌ی احکام و مقررات حقوق خانواده پس از انقلاب به همین شیوه دگرگون شده‌اند: چنان‌چه تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۳ لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ در مقام اصلاح مقررات ماده‌ی ۸ قانون حمایت خانواده مقرر داشته است: «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده...؛ لایحه‌ی قانونی مزبور خود نیز به همین سرنوشت دچار شد؛ به نحوی که بخش‌هایی از تبصره‌ی مذکور که مقرر نموده بود «در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد مراجعه به دادگاه لازم نیست...»، با تصویب ماده واحدی قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ با اصلاح مواجه شد. زیرا به موجب قانون اخیر: «از تاریخ تصویب این قانون، زوج‌هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر دارند، بایستی جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند...»؛ اطلاق این حکم شامل موارد طلاق توافقی نیز می‌باشد. دشواری تشخیص مغایرت‌ها با تعدد قوانین متفرقه و تصویب بخشی از آن‌ها دو چندان می‌گردد. در ذیل به برخی از قوانین راجع به حقوق خانواده که پس از انقلاب اصلاح یا الحاق شده‌اند، اشاره می‌شود: طرح اصلاح ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی (راجع به سن ازدواج) مصوب ۱۳۷۹؛ قانون الحاق یک تبصره به ماده‌ی ۱۱۳۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱ (در ذکر مصادیق تمثیلی عسر و حرج)؛ قانون اصلاح ماده‌ی ۱۱۳۳ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱؛ ماده واحدی الحاق یک تبصره به ماده‌ی ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۶؛ قانون اصلاح ماده‌ی ۱۱۷۳ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۶؛ قانون اصلاح ماده‌ی ۱۱۶۹ قانون مدنی و الحاق یک تبصره به آن مصوب ۱۳۸۱؛ قانون

حمایت خانواده در قالب قوانینی جدید بار دیگر به تصویب رسیده است.^۱ به هر حال، همان‌گونه که گفته شد، ترک قانون و عدم اجرای آن موجب سلب اعتبار قانون نیست. تفاوتی نمی‌کند که علت متروک ماندن، انقلاب باشد یا غیر آن. حکومت نظم و قاعده بر نظام حقوقی ایجاب می‌کند نه تنها مردم عادی، که دادگاه‌ها و مجریان قانون نیز نتوانند با عمل نکردن به مفاد قوانین، آن‌ها را بی‌اعتبار کنند، در غیر این صورت کمترین نتیجه‌ی نامطلوب عقیده به سلب اعتبار قانون به جهت متروک شدن آن، رواج بی‌نظمی و هرج و مرج در جامعه است.

۲-۲-۵. متروک ماندن قوانین مقید

برخی قوانین مقید به اوضاع و احوال خاصی هستند؛ به گونه‌ای که در این قبیل موارد، اعتبار قانون در نظر قانون‌گذار محدود به همان شرایط و اوضاع و احوال معین است که در آن شرایط وضع شده است؛ لذا نباید اعتبار همیشگی آن را پذیرفت. این تقید زمانی گاه در عنوان قانون نیز مشاهده می‌شود.^۲ قوانین ناظر بر زمان انقلاب،

اصلاح ماده‌ی ۱۱۸۴ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۹ (در شرایط عزل ولی قهری)؛ قانون اصلاح ماده‌ی ۱۱۰۷ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱ (در احصاء مصادیق در باب نفقه‌ی زوجه)؛ قانون اصلاح ماده‌ی ۱۱۱۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱ (در خصوص پرداخت نفقه‌ی ایام عده‌ی وفات)؛ قانون اختصاص تعدادی از دادگاه‌های موجود به دادگاه‌های موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی (دادگاه خانواده) مصوب ۱۳۷۶؛ قانون تفسیر تبصره‌های ۳ و ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۳ و ...

۱. برای امثال قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش مصوب ۱۳۷۶ عیناً حکم ماده‌ی ۲۱ قانون حمایت خانواده را با تغییر جزئی تکرار کرده و مدت سه ماهه‌ی مقرر در ماده‌ی اخیر را در باب مهلت اعتبار گواهی عدم امکان سازش پذیرفته است. هم‌چنین ماده‌ی واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام، با تقریر این حکم که: «چنان‌چه اختلاف فیما بین (زوجین) از طریق دادگاه و حکمین... حل و فصل نگردد، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش آنان را به دفاتر اسناد رسمی طلاق خواهد فرستاد...»، به همراه مقررات دیگر خود، به ویژه تبصره‌ی ۶ آن قانون در خصوص تعیین حق‌الزحمه سنوات زندگی مشترک برای زوجه، رجعت مسلم به مواد ۱۰ و ۱۱ قانون حمایت خانواده محسوب می‌شود. نمونه‌ای دیگر از این دوباره‌کاری‌ها، به ماده واحده‌ی مورخ ۱۳۷۲ مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام مربوط است؛ این ماده واحده عین رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۳۷ به تاریخ ۱۳۶۳/۹/۱۹ را به تصویب رساند و از آن با عنوان «قانون رسیدگی به دعاوی مطروحه راجع به احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایرانیان زرتشتی، کلیبی و مسیحی» یاد نمود. حکم ماده واحده‌ی یاد شده، تکرار مفاد قانون اجازه‌ی رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم، مصوب ۱۳۱۲ است.

۲. قانونی که مدت اعتبار و اجرای آن به صراحت معین شده، قانون موقت است. لیکن در فرضی که به مدت اعتبار قانون تصریح نشود و فقط از قرائن برآید که قانون برای اوضاع و احوالی ویژه و گذرا تصویب شده است، اگرچه قانون موقت به معنای دقیق کلمه نیست، اما نمی‌توان آن را قانون دائمی دانست. تفاوت مهم قانون مقید، با قوانین دائمی در این است که قوانین اخیر فقط با وضع قانون ناسخ ملغی می‌شوند؛ در حالی که قانون مقید با رفع

جنگ، حکومت نظامی و بحران‌های اجتماعی و اقتصادی از این‌گونه‌اند.^۱

معمولاً وجود شرایط فوق‌العاده که قانون‌گذار را به چاره‌جویی و تصویب قوانین ویژه برای دفع آن برانگیخته است، دیری نمی‌پاید؛ چرا که با سپری شدن مدت زمانی، وضع به حالت عادی باز می‌گردد. بنابراین، زوال اعتبار قوانین مقید را به تبع برطرف شدن موضوع آن‌ها باید پذیرفت،^۲ اما مشکل عمده این است که نمی‌توان به نحو دقیق پایان اعتبار چنین قوانینی را تعیین کرد. به همین جهت این قوانین، مدتی بدون اجرا و به عنوان مصدافی از قوانین متروک باقی می‌مانند.^۳

در حقوق فرانسه، از قوانینی که با توجه به اوضاع و احوال معین وضع می‌شوند، با عنوان "Loi de Circonstance" یاد کرده (واحدی، ۱۳۸۲: ۱۶۷) و بر این باورند که با زوال وضعیت‌های خاص، قوانین مربوط به آن‌ها نیز متروک و به تبع منسوخ می‌شوند. بدین‌سان، مسأله‌ی الغای اعتبار چنین قوانینی، زیر عنوان

شرایطی که علت وضع آن بوده است، بدون موضوع شده و خود به خود ملغی می‌گردد. اگرچه در برخی نوشته‌های فقهی، احکام مقید به درستی از احکام موقت تفکیک شده‌اند (معرفت، ۱۳۷۵: ۱۹۷) اما، در برابر این پرسش که اعتبار چنین احکامی تا چه زمانی ادامه می‌یابد، پاسخی صریح داده نشده است و تنها برخی نویسندگان به اجمال اشاره کرده‌اند که زوال اعتبار این‌گونه احکام، با انجام شدن موضوعشان خود به خود محقق می‌شود و نیازی به نسخ آن‌ها نیست (ابن حزم، ۱۳۶۴ ق: ۵۹). «اما آنچه از احکام وابسته به مدت زمان معین است، با انقضای آن مدت یا انجام شدن عمل موضوع حکم، اعتبار حکم مربوط به آن نیز ساقط می‌شود. ولی زوال اعتبار چنین احکامی را نمی‌توان نسخ نامید».

۱. در برخی نوشته‌های فقهی، احکام راجع به وجوب جهاد را، که ناظر به زمان هجوم دشمن است، از این قبیل دانسته‌اند، باید گفت مراد از قانون ویژه‌ی زمان جنگ، قانونی نیست که احکام و قواعد عمومی راجع به جنگ را معین کرده است؛ مانند معاهدات بین‌المللی راجع به مقررات منع کشتار غیرنظامیان، بلکه مقصود قانونی است که در زمان وقوع جنگ معینی، احکام خاصی مقرر می‌دارد تا اداره‌ی امور کشور مختل نشود. برای مثال قیمت برخی کالاها را غیر قابل افزایش اعلام می‌کند. از این رو، حکم وجوب جهاد، با قوانین مقید قابل قیاس نیست و چنان‌چه پیش‌تر اشاره شد، اطلاق قانون مسکوت بر آن گویاتر است.

۲. در برخی قوانین ایران، به مقید بودن آن‌ها تصریح شده است. چنان‌چه در مقدمه‌ی «لایحه‌ی قانونی انتخاب اولین رئیس جمهور جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب اسلامی آمده بود: «این مقررات مخصوص انتخابات اولین رئیس جمهور است و... انتخابات ادوار آینده به موجب قوانین مجلس... انجام خواهد گرفت». البته عنوان قانون مزبور نیز گویای مقید بودن آن است.

۳. همان‌گونه که اشاره شد، طبع مخصوص قوانین مقید و وابستگی آن‌ها به اوضاع و احوال معین، سبب تمایزشان از قوانین دائمی می‌شود. از این رو، ماهیت این نوع قانون به قانون موقت شبیه‌تر است تا قانون دائمی. بر این مبنا، دشوار است بتوان گفت قانونی که در بحران‌های اقتصادی بیست سال پیش وضع شده است، امروزه نیز با وقوع حوادث مشابه قابل اجرا است. چنان که برخی نویسندگان گفته‌اند: «هرچند اصل غیر موقت بودن قانون از اوصاف اساسی آن و از اصول پذیرفته شده در حقوق است، اصل مذکور مطلق نیست. به همین جهت مطابق نظر غالب، قوانین زمان جنگ، مقررات حکومت نظامی و قوانین عفو، همگی به عنوان قانون موقت شناخته می‌شوند» (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۵۹۳).

«نسخ به واسطه‌ی ترک قانون»^۱ مطالعه می‌شود (Weill, 1992: 102-103)، اما چنان‌که گذشت، پذیرش سلب اعتبار قانون در پی ترک شدن یا عدم اجرای آن دشوار است؛ نمی‌توان پذیرفت که اجرا نشدن قانون، مانع استناد دادگاه‌ها به آن می‌شود، بنابراین باید گفت که اعتبار قوانین مقید، نه به اجرا یا ترک آن، که به چگونگی تفسیر دادگاه‌ها و تشخیص دادرسان در مورد بقا یا زوال شرایط اجرای قانون بستگی دارد. به این ترتیب، مانند همه‌ی مسائل تفسیری، مدت استمرار یا موعد زوال اعتبار قانون مقید، برای همیشه محل نظر و مناقشه باقی می‌ماند؛ لذا، در این باره نمی‌توان معیاری قاطع به دست داد.^۲ با وجود این، در پاره‌ای موارد، می‌توان الغای قطعی قانون مقید را احراز کرد. در صورتی که موضوعی برای اجرای قانون نمانده باشد و قانون برای همیشه بدون موضوع بماند، سخن از بقای اعتبار آن بی‌معناست. بحث را با مطالعه‌ی این فرض به پایان می‌بریم.

۳-۲-۵. منتفی شدن موضوع قانون

در فقه اسلامی بحث از دگرگونی حکم به تبع تغییر موضوع آن، پیشینه‌ای طولانی دارد. فقیهان به فراست دریافته بودند که هر حکمی تابع موضوع خود است و بود و نبودش با سرنوشت موضوع آن پیوند دارد. در نوشته‌های فقهی عنوان «تبدیل حکم» ناظر بر این مفهوم است؛ در بیان آن گفته شده است: «چنان‌چه موضوع حکم به گونه‌ای دگرگون شود که اجرای حکم سابق در خصوص آن بیهوده یا مخالف مذاق شارع باشد، باید تغییر و تبدیل حکم را به تبع دگرگونی موضوع پذیرفت.^۳ برای مثال

1. Abrogation par Desuetude

۲. برخی نویسندگان در این باره قائل به تفکیک شده‌اند. به نظر ایشان چنان‌چه برای مقابله با بحران‌های ویژه مانند جنگ، قوانین خاصی تصویب شود که پس از مدت‌ها حکمت وضع خود را از دست دهد، نمی‌توان قوانین مذکور را منسوخ دانست؛ زیرا قاعده این است که کهنگی قانون سبب نسخ آن نمی‌شود، اما اگر به طور صریح یا ضمنی قانونی مقید به وضع ویژه شود، با تغییر آن وضعیت، قانون را باید از بین رفته شمرد. با این وجود، در تشخیص نسخ ضمنی همین قوانین نیز باید احتیاط کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۳۴۶-۳۴۴).

۳. تفاوت دو اصطلاح «نسخ» و «تبدیل» حکم قابل توجه است؛ زیرا، واجد ثمره‌ی عملی مهم می‌باشد: تبدیل حکم در پی تغییر موضوع آن و خود به خود واقع می‌شود. در حالی که زوال و تغییر حکم در صورت نسخ به اراده‌ی قانون‌گذار محقق می‌گردد. بدین‌سان، بر خلاف نسخ حکم، تبدیل آن امری مرتبط با امور موضوعی است و به همین جهت، مختص مقام اجرا و تفسیر قانون است؛ فقط با شناخت موضوع، تغییر و زوال حکم مربوط به آن فهمیده می‌شود. فهم این امور و تشخیص تحقق تبدیل حکم، در شأن و اختیار دادرسان است، در حالی که نسخ قانون فقط در صلاحیت قانون‌گذار است. با وجود این، برخی نویسندگان فرانسوی اصرار دارند تبدیل حکم

تحریم شرابی که اکنون به سرکه تبدیل شده، با هدف حکم حرمت شراب ناسازگار است؛ نمی‌توان چنان حکمی را در چنین موضوعی اجرا کرد. به عبارت دیگر، با تحقق دگرگونی در موضوع، محل اجرای حکم از میان رفته و اصرار بر حفظ آن بیهوده و بی‌فایده می‌شود.^۱

پیش‌تر اشاره شد که قوانین مقید برای اوضاع ویژه یا وضعیت‌های استثنایی و به منظور اداره‌ی بحران‌های حادث مانند جنگ، حکومت نظامی و بلایای قهری و پیش‌بینی نشده، تصویب می‌شوند. به همین جهت از مصادیق بارز قوانین مرتبط با موضوع خود به شمار می‌روند؛ این‌ها پس از رفع حوادث مذکور، بدون موضوع می‌شوند؛ در نتیجه سخن گفتن از اعتبار آن‌ها پس از زمان رفع بحران بیهوده می‌نماید.

هم‌چنین است قانونی که موضوع آن انجام شده و یا موعد اجرای آن گذشته است. در این موارد نیز، در واقع موضوع قانون منتفی شده و محل اجرای آن از بین رفته است و دیگر موردی برای اجرا پیش نمی‌آید. در نتیجه عقیده به بقای اعتبار قانون، ناموجه می‌نماید. از این قبیل است ماده‌ی ۵۹۸ قانون تجارت^۲ که امروزه موضوعی برای حکم آن یافت نمی‌شود؛ حکم این ماده پس از اجرا شدن در ابتدای تصویب قانون تجارت، بدون موضوع و متروک مانده است؛ هم‌چنان که، قانونی مرتبط با ایجاد تشکیلات و سازمان اداری معین، با تشکیل آن سازمان بدون موضوع می‌ماند.^۳ برای مثال با تشکیل دادگاه‌های عمومی در مدتی کمتر از پنج سال از تصویب قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، مقررات مواد ۳۴ به

را نوعی نسخ بدانند. ایشان حتی عنوان نسخ عقلی (Abrogation rationell) را برای آن مناسب یافته‌اند (Carbonnier, 1992: 212).

۱. برای دیدن خلاصه‌ای از نظریه‌ی «تبدیل حکم به تبع تبدیل موضوع»، بنگرید به: (موسوی بجنوردی، ش ۱۰، ۲۴۱: به بعد؛ معرفت، ش ۱۶۴ و ۱۶۵: ۲۴۷ و بعد؛ جناتی، ۱۳۷۰: ۴۹۱ و ۴۳۷). در حقوق کشورهای اروپایی نیز نشانه‌هایی از پذیرش نظریه‌ی تبدیل حکم به تبع تغییر موضوع آن دیده می‌شود. ضرب‌المثل حقوقی زیر موید این معنی است: «cessante ratione legis cessante et ipsa lex». همچنان که در حقوق ایران پذیرفته شده است که: «هر حکمی با زوال علت وجودی خود زایل می‌شود».

۲. «طلبکاران تاجر متوقفی که قبل از تاریخ اجرای این قانون طلب خود را مطالبه کرده‌اند مشمول مقررات ماده‌ی ۴۷۳ نبوده و از حقی که به موجب قانون سابق برای آن‌ها مقرر بوده استفاده خواهند کرد».

۳. ماده‌ی ۴۷ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ نمونه‌ای دیگر است؛ به موجب این ماده: «وزارت کشور مکلف است... مقدمات اجرا از حیث تهیه وسایل کار و تجهیزات و تأمین کارکنان لازم و آموزش آنان را فراهم نماید...».

بعد قانون یاد شده بدون موضوع ماند.^۱

مثال دیگر، مقررات راجع به حکومت نظامی است؛ امری که در یک مقطع زمانی به تبع شرایط خاص آن زمان وضع شده و در موارد مشابه به کار نمی‌آید. از این رو، با برقراری مجدد حکومت نظامی پس از سال‌ها، نمی‌توان قانون سابق را به جهت مشابهت موضوع، احیا شده پنداشت. هم چنین نمی‌توان گفت قانونی که در زمان انقلاب، نمایندگان مجلس شورای اسلامی را مجاز به همراه داشتن یک قبضه‌ی اسلحه می‌دانست، هم اکنون معتبر است.^۲ بدین‌سان، در این فرض قانون متروک به قوانین منسوخ می‌پیوندد.^۳

۱. به همین قیاس، در صورتی که سازمان یا تشکیلات اجرایی معینی برای همیشه برچیده شود، الغای مقررات مربوط به آن را به تبع باید پذیرفت. زیرا، در این صورت مقررات مذکور برای همیشه بدون موضوع می‌شوند. ممکن است به موجب قانون، تشکیلات معینی برچیده شود، اما اجرای مقررات و وظایف آن به سازمان جدید داده شود. در این صورت قانون مربوط به وظایف نهاد سابق ملغی نمی‌شود. چنانچه قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، ضمن الغای تشکیلات سابق دادگستری از جمله دادگاه‌های اطفال، در تبصره‌ی ماده ۱۱ خود اعلام کرد: «به جرایم اطفال در دادگاه جزا به ترتیب مقرر در قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار رسیدگی خواهد شد». نکته‌ی دیگر این‌که در وضع کنونی ممکن است گفته شود با احیای دادرسی، قوانین و مقررات دادرسی مربوط به آن نیز احیا شده است. این عقیده زمانی قابل دفاع می‌نمود که مقررات مزبور صریحاً نسخ نشده بودند، در حالی که به موجب ماده‌ی ۳۰۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸، قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۰ و اصلاحات بعدی آن، نسبت به دادگاه‌های عمومی و انقلاب و نهادهای تابعه از جمله دادرسی عمومی و انقلاب لغو شده است.

۲. بنگرید به: قانون راجع به حفاظت نمایندگان مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب اسلامی.
۳. رویه‌ی قضایی ایران در موردی مشابه همین عقیده را اختیار کرده است. در نشست قضایی دادگستری استان تهران در برابر این پرسش که آیا قانون تشکیل دادگاه فوق‌العاده رسیدگی به جرایم ضد انقلاب مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب، با توجه به قوانین مصوب بعدی قابلیت اجرایی دارد، یا آن که چنین نیست؟ از طرف اکثریت اعلام شده است: «صرف نظر، از این‌که تاکنون دادگاهی تحت عنوان دادگاه فوق‌العاده رسیدگی به جرایم ضدانقلاب به کیفیتی که در قانون مذکور آمده است تشکیل نگردیده و از این حیث به آن عمل نشده، اصولاً تصویب آن لایحه برای شرایط خاص آن زمان بوده است... قانون موضوع سؤالی منسوخ است» (معاونت آموزش دادگستری کل استان تهران، ۱۳۸۲: ۱۰۲).

برآمد

قانون متروک به معنای عام، قانونی است که اجرا نمی‌شود؛ ترک قانون در این معنی، اجرا نشدن قانون و معطل ماندن آن به هر علتی را شامل می‌شود. گاه قانون‌گذار اجرای قانون را برای مدتی موقوف و معلق می‌کند و گاه فقدان بودجه‌ی کافی و تشکیلات لازم، اجرای قانون را متوقف می‌سازد؛ اما ترک قانون در معنای خاص، ناظر به قوانینی است که با وجود امکان اجرا یا داشتن قابلیت اجرایی در دادگاه‌ها و دیگر نهادهای رسمی به آن‌ها عمل نمی‌شود. مانند برخی قوانین مصوب پیش از انقلاب اسلامی که اکنون به فراموشی سپرده شده‌اند. با وجود این، صرف کهنگی قانون یا تخلف افراد عادی از آن، موجب متروک شدن قانون نیست؛ به شرط آن‌که در دادگاه‌ها به این قوانین عمل شود و متخلفان از قانون قدیمی محکوم شوند. قوانین متروک، به جهت متروک ماندن اعتبار خود را از دست نمی‌دهند و تا هنگامی که که توسط قانون‌گذار نسخ نشده‌اند، معتبر و لازم‌الاجرا می‌باشند. قوانین مقید یا قوانین مرتبط با موضوع خود، از موارد نادری هستند که بدون اجرا ماندن آن‌ها، مقدمه‌ی الغای اعتبارشان را فراهم می‌آورد. باید توجه داشت در فرضی که محل اجرای قانون به کلی از میان رفته باشد، آنچه سبب ملغی شدن قانون است، بدون موضوع اجرایی شدن چنین قوانینی است و نه ترک اجرای آن‌ها.

بنابراین محاکم قضایی و نهادهای اجرایی باید به همه‌ی قوانین جاری عمل نمایند و به بهانه‌ی کهنگی یا ناکارآمدی برخی قوانین، از اجرای آن‌ها چشم‌پوشی نکنند؛ تا بدین طریق از رواج هرج و مرج و اعمال سلیقه در نظام قضایی و اداری کشور جلوگیری شود و از سوی دیگر، قوای قضاییه و مجریه نیز باید پیشنهاد اصلاح یا الغای قوانین متروک را به قانون‌گذار ارائه نمایند.

فهرست منابع

- ۱- آرنٹ، هانا، *انقلاب*، مترجم: عزت‌الله فولادوند، چاپ دوم، خوارزمی، ۱۳۷۷.
- ۲- ابن حزم، ابو محمد علی، *الاحکام فی اصول الاحکام*، تصحیح: احمد محمد شاکر، مطبعه السعاده، مصر، ۱۳۴۶ هـ.ق.
- ۳- ابوالحمد، عبدالحمید، «مسأله سلسله مراتب قوانین در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران: چرا قانونی بر قانون دیگر برتر است؟»، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره‌ی ۲۲، ۱۳۶۰.
- ۴- بازگیر، یدالله، *تشریفات دادرسی در آراء دیوان عالی کشور: صلاحیت و احکام راجع به آن*، تهران، فردوسی، ۱۳۸۱.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق اموال*، تهران، گنج دانش، ۱۳۵۵.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران، بنیاد استاد، ۱۳۵۷.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد پنجم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- ۸- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۹.
- ۹- جعفری تبار، حسن، *مسئولیت مدنی سازندگان و فروشندگان کالا*، تهران، دادگستر، ۱۳۷۵.
- ۱۰- جناتی، محمدابراهیم، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، کیهان، ۱۳۷۰.
- ۱۱- خسروی، علی، «*حق زارعانه از منظر منابع حقوق ایران*»، فصل‌نامه‌ی دانشکده‌ی ادبیات و علوم انسانی دانشگاه شهرکرد؛ ویژه‌نامه‌ی حقوق، سال سوم، شماره‌های ۱۰ و ۱۱، پاییز و زمستان، ۱۳۸۷.
- ۱۲- داوید، رنه، *نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر*، مترجم: سیدحسین صفایی، محمد آشوری و عزت‌الله عراقی، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۴.
- ۱۳- رحیم، محمدحسین بن محمد، *فصول الغرویه فی اصول الفقہیه*، چاپ سنگی، بی‌تا.

- ۱۴- زرکشی، بدرالدین محمد، *البرهان فی علوم القرآن*، جلد دوم، تحقیق: یوسف عبدالرحمن ۱۶. المرعشی، دارالمعرفه، بیروت، ۱۹۹۰.
- ۱۵- سیوطی، جلال‌الدین عبدالرحمن، *الاتقان فی علوم القرآن*، جلد دوم، تحقیق: فواز احمد زمزلی، بیروت، دارالکتب العربی، چاپ دوم، ۱۴۲۱ هـ ق.
- ۱۶- شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات*، جلد دوم، تهران، مجد، چاپ نخست، ۱۳۸۱.
- ۱۷- صانعی، پرویز، *حقوق و اجتماع: رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی*، تهران، طرح نو، ۱۳۸۲.
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر، *فلسفه‌ی حقوق*، جلد نخست، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر، *فلسفه‌ی حقوق*، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
- ۲۰- کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹.
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲.
- ۲۲- مالوری، فیلیپ، *اندیشه‌های حقوقی*، مترجم: مرتضی کلانتریان، تهران، آگه، ۱۳۸۲.
- ۲۳- معاونت آموزش دادگستری استان تهران، *مجموعه دیدگاه‌های قضایی قضات دادگستری استان تهران*، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۸۲.
- ۲۴- معرفت، محمد هادی، *علوم قرآنی*، تهران، سمت، ۱۳۷۹.
- ۲۵- معرفت، محمد هادی، *قرآن و علوم بشری*، مجله‌ی کانون وکلا، تهران، کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره‌ی ۱۰، شماره‌ی پیاپی (۱۶۴-۱۶۵)، دوره‌ی جدید، ۱۳۷۵.
- ۲۶- مکارم شیرازی، ناصر، با همکاری جمعی از نویسندگان، *تفسیر نمونه*، تهران، دارالکتب الاسلامی، ۱۳۸۳.
- ۲۷- موسوی بجنوردی، محمد، *نقش زمان و مکان در تغییر احکام*، مجله‌ی کانون

- وکلا، تهران، کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۰، شماره ۱۶۵-۱۶۴، دوره ۱۳۷۵، جدید.
- ۲۸- نوریها، رضا، *قانونی در عزلت*، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌های ۳۰ و ۲۹.
- ۲۹- هاشمی، محمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، حاکمیت و نهادهای سیاسی*، جلد دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۲.
- ۳۰- هایک، فریدریش فون، *قانون، قانون‌گذاری و آزادی*، برگردان: مهشید معیری و موسی غنی‌نژاد، تهران، طرح نو، ۱۳۸۰.
- ۳۱- هدایت‌نیا، فرج‌الله، «بررسی آثار بخش‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های مسئولان قضایی در قوانین خانواده»، مجله‌ی فقه و حقوق، سال نخست، ۱۳۸۳.
- ۳۲- واحدی، قدرت‌الله، *مقدمه علم حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
- 33- Burton, John, *The Sources of Islamic Law: Islamic Theories of Abrogation*, Edinburg University Press, 1990.
- 34- Carbonnier, Jean, *Droit civil; Introduction*, Paris, 1992.
- 35- Cross, R. and Harris, J.w, *Precedent in English Law*, Oxford U. Press, 1991.
- 36- Dalloz, EncycloPédie Juridique, *Prepertoire de Droit Civil*, Tome IV, Paris, 1973.
- 37- Hart, H. L.A, *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford. U. Press, 1997.
- 38- Kemp, Allen, Carleton, *Law in the Making*, Oxford, U. Press, 1960.
- 39- Marty, G. and Raynaud P, *Droit Civil, T. 1: Introduction General*, Sirey, 1972.
- 40- Mcleod, Ian, *Legal Method*, Macmillan Press, London, 1999.
- 41- Merl, Roger and Vitu, Andre, *Traite de Droit Criminel*, V.1, Paris, 1973.
- 42- Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1977.
- 43- Riddall, J. G, *Jurisprudence*, Butterworths, London, 1991.
- 44- Weill, Allex, *Droit Civil: Introduction General*, Paris, 1992.