

بایسته های تقنین

دکتر احمد حاجی ده آبادی

شناسنامه پژوهشی اثر

عنوان طرح نامه : بایسته های تقنین
پژوهشکده : نظام های اسلامی : گروه علمی: فقه و حقوق

محقق : دکتر احمد حاجی ده آبادی

ارزیابان علمی: آقایان ناصر قربان نیا، احمد رمضان، محمود حکمت نیا

ویراستار: حسین دهنوی

موضوع اصلی: قانون گذاری و قانون نگاری موضوع فرعی: فقه - حقوق جزای اسلامی



بایسته های تقنین

دکتر احمد حاجی ده ابادی

ناشر: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

چاپ و صحافی: جازخانه مجمع جهانی اهل بیت (ع)

چاپ دوم: ۱۳۸۵ شمارگان: ۱۲۰۰ نسخه

قیمت: ۳۳۵۰ تومان

شابک: ۹۶۴ - ۸۳۵۲ - ۲۲ - ۴

حق چاپ برای ناشر محفوظ است

سرشناسه حاجی ده ابادی. احمد

عنوان ویدیاور: بایسته های تقنین / حاجی ده ابادی.

مشخصات نشر: تهران: سازمان انتشارات، پژوهشگاه فرهنگ اندیشه اسلامی، ۱۳۸۳. مشخصات ظاهری: ۳۵۴ ص.

بها: ۳۳۵۰۰ ریال شابک: ISBN:964-8352-22-4

یادداشت: فیبا

یادداشت: کتابنامه: [۳۴۵]-۳۵۴، همچنین به صورت زیرنویس.

موضوع: قانون گذاری - قانون گذاری (فقه) - فن نگارش - حقوق - حقوق جزا (فقه).

رده بندی کنگره: ۲ پ ۷ ح/۲۸۶ K

رده بندی دیویی: ۳۴۰/۱۱

شماره کتابخانه ملی: ۵۹۷۲-۸۲ م

فهرست تفصیلی

صفحه	عنوان
۱۳	پیشگفتار
۱۵	مقدمه
۲۹	فصل اول: بایسته‌های قانون‌گذاری
۲۹	۱. عدالت، روح قانون
	۲. قانون‌گذاری، کاری گروهی و نه فردی و همراه با تخصص‌های گوناگون
۳۳	۳. سودمندی
۳۷	۴. انسجام بیرونی (تعیین جایگاه قانون در نظام حقوقی)
۴۲	۵. وجود موضوع قانون
۴۴	۶. دخالت ندادن عواطف و احساسات
۴۶	۷. تغییر ندادن و حذف نکردن بدون جهت
۵۷	۸. قابل اجرا بودن

۹. جامعیت ۵۹
۱۰. مغایرت نداشتن با حقوق فطری و طبیعی انسان ۶۱
۱۱. مغایرت نداشتن با فرهنگ عمومی ۶۲
۱۲. مغایرت نداشتن با واقعیات و رسوم اجتماعی ۶۳
۱۳. تأمین اهداف قانون ۶۶
۱۴. تناسب جرم و مجازات ۷۱
- فصل دوم: بایسته‌های قانون‌نگاری ۷۵
۱. صراحت و ساده‌نویسی ۷۵
- ۱-۲. علل ماهوی مغلق‌نویسی ۷۷
- ۱-۲-۱. جلوگیری از عوام‌زدگی قانون و حقوق ۷۷
- ۱-۲-۲. فرار قانون‌گذار از کشمکش نیروهای اجتماعی ۷۸
- ۱-۲-۳. روشن نبودن مسأله برای مقنن ۷۹
- ۱-۳. علل شکلی مغلق‌نویسی ۸۲
- ۱-۳-۱. به کار بردن جمله‌ها و عبارت‌های طولانی ۸۲
- ۱-۳-۲. به کار بردن ترکیب‌های نادرست ۸۴
- ۱-۳-۳. استعمال واژه‌های نامأنوس ۸۵
- ۱-۳-۴. به کار بردن واژه‌هایی با مفاهیم نسبی ۸۶
- ۱-۳-۵. استعمال واژه‌های مشابه ۸۹
- ۱-۳-۶. آوردن چند پیام در یک ماده ۹۱
۲. به کار بردن الفاظ عامیانه و مستهجن ۹۱

- ۱۷۹ ۱۸۴. علم به موضوع در جرایم غیر عمدی
- ۱۸۰ ۱۸۵. ذکر و عدم ذکر عنصر معنوی جرایم عمدی و اجزای آن
- ۱۸۰ ۱۸۵-۱. انجام آزادی عمل مجرمانه
- ۱۸۱ ۱۸۵-۲. علم به موضوع
- ۱۸۴ ۱۸۶. ذکر عنصر معنوی در جرایم غیر عمدی
- ۱۸۵ ۱۹. عنصر قانونی ساده
- ۱۸۹ فصل سوم: فقه و تقنین
- ۱۹۲ مبحث اول: حقوق اسلام و نظام حقوق مدون و غیر مدون
- ۱۹۳ گفتار اول: نظام حقوق مدون و حقوق غیر مدون
- ۱۹۳ ۱. تفاوت‌های حقوق مدون و غیر مدون
- ۱۹۴ ۱-۱. طرز تلقی قانون
- ۱۹۸ ۱-۲. طرز تفسیر قانون
- ۲۰۱ ۲. محاسن حقوق مدون
- ۲۰۱ ۲-۱. روشن بودن وظایف اشخاص
- ۲۰۱ ۲-۲. سرعت در رفع نیازها
- ۲۰۲ ۲-۳. ایجاد وحدت نظام قانونی
- ۲۰۲ ۳. معایب حقوق مدون
- ۲۰۲ ۳-۱. عدم جامعیت قانون
- ۲۰۲ ۳-۲. عقب ماندن قانون از حرکت تمدن
- ۲۰۳ ۴. محاسن حقوق غیر مدون

- ۲۰۳ ۴-۱. انعطاف پذیری
- ۲۰۳ ۴-۲. استحکام حقوق
- ۲۰۴ ۵. معایب حقوق غیر مدون
- ۲۰۵ نتیجه
- ۲۰۵ گفتار دوم: جایگاه حقوق اسلام در نظام‌های حقوقی
- ۲۰۵ ۱. دیدگاه‌های موجود
- ۲۰۶ ۱-۱. نزدیکی حقوق اسلام به حقوق غیر مدون
- ۲۰۶ ۱-۲. نزدیکی حقوق اسلام به حقوق مدون یا زیر گروه بودن آن
- ۲۰۶ ۲. ادله دیدگاه دوم
- ۲۰۶ ۲-۱. به صورت قانون بودن منابع اصلی حقوق اسلام
- ۲۰۶ ۲-۲. اهمیت تفسیر و وجود مکاتب گوناگون تفسیری در حقوق اسلام
- ۲۰۷ ۲-۳. نقش بسیار ضعیف رویه قضایی
- ۲۰۹ نتیجه
- ۲۱۰ مبحث دوم: اشاره‌ای کوتاه به تفاوت‌های فقه و حقوق
- ۲۱۰ ۱. موضوع و قلمرو
- ۲۱۳ ۲. ضمانت اجرا
- ۲۱۶ ۳. ماهیت احکام
- ۲۱۷ ۴. هدف
- ۲۱۸ ۵. مرزین اشخاص

۶. منابع	۲۱۹
مبحث سوم: بایسته‌های تقنین منابع فقهی و مشکلات موجود در انعکاس فقه به صورت قانون	۲۲۰
۱. دقت در انتقال صحیح متون و منابع فقهی در قالب قانون	۲۲۰
۲. فقه فردی و فقه حکومتی	۲۳۷
۳. توجه به کارآمدی احکام شرعی	۲۴۶
۴. تفسیر قوانین انعکاس یافته از فقه	۲۵۲
۵. منابع لابی احکام و مشکلات ناشی از تغییر زبان از دلیل لابی به دلیل لفظی	۲۵۶
۶. فقه و مرزهای عقیدتی و جغرافیایی	۲۵۹
۷. آوردن مخصص و مقید همراه با عام و مطلق	۲۶۳
۸. تعدد مرجعیت و قوانین موضوعه	۲۶۷
۹. مبنای مشروعیت قوانین: تطابق با نظر مشهور؟ رهبر؟ شورای نگهبان؟ یا...	۲۸۴
۱۰. رابطه جرم فقهی و جرم جزایی	۳۱۲
نتیجه	۳۳۵
ضمیمه	۳۴۱
منابع	۳۴۵

پیشگفتار

قانون مهم‌ترین منبع حقوق ایران و سایر کشورهایی است که در زمره نظام‌های حقوق مدون قرار می‌گیرند. حتی امروز در کشورهایی که سیستم حقوقی‌شان، نظام حقوق غیرمدون است قانون جایگاه ویژه‌ای یافته است. در نتیجه در همه کشورها وضع قانون امری اجتناب‌ناپذیر است. وضع قانون از دو مرحله قانون‌گذاری و قانون‌نگاری متشکل است. مرحله اول به دنبال یافتن بهترین و مناسب‌ترین قاعده و مرحله دوم به دنبال یافتن بهترین و مناسب‌ترین قالب و شکل برای بیان و ابراز قاعده می‌باشد. بدیهی است برای یافتن بهترین قاعده و بهترین قالب، باید اصولی و ضوابطی را رعایت نمود به گونه‌ای که رعایت نکردن آن‌ها، قانون را با مشکلاتی همچون عدم نیل به اهداف و لزوم تغییرات زود به زود مواجه می‌سازد. در کتاب حاضر سعی شده پاره‌ای از اصول و ضوابط مزبور با عنوان «بایسته‌های تقنین» مورد بحث و بررسی قرار گیرند. در عین حال برای آن که

بحث صرفاً تجربیدی و انتزاعی نباشد، بلکه بحثی کاربردی باشد، قانون مجازات اسلامی از دریچه «بایسته‌های تقنین» نقد و بررسی می‌شود. علاوه بر آن چون مهم‌ترین پایه قوانین در ایران فقه و منابع معتبر آن است، «بایسته‌های تقنینی منابع فقهی» نیز مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند.

پژوهش حاضر که توسط عضو محترم هیأت علمی گروه فقه و حقوق پژوهشگاه جناب آقای احمد حاجی‌ده‌آبادی صورت گرفته است، نتیجه تلاش ایشان در نگارش پایان‌نامه کارشناسی ارشد در دانشگاه مفید با عنوان «سیاست تقنینی جزایی مطلوب براساس نظام قضایی اسلام» و زحماتی است که پس از آن با ارائه طرح‌نامه و نگارش مجدد در پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی به سامان رسیده است.

گروه فقه و حقوق پژوهشگاه بر خود لازم می‌داند که از زحمات پژوهشگر محترم، شورای علمی پژوهشگاه و معاونت پژوهشی دانشگاه مفید به ویژه آقایان دکتر حسین میرمحمد صادقی، دکتر محمود آخوندی، دکتر حسن مرادی، محمود حکمت‌نیا، ناصر قربان‌نیا و احمد رضائی که با نظرات ارزشمند خود بر غنای این کار افزودند قدردانی و تشکر نماید.

گروه فقه و حقوق

پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

مقدمه

بایسته تقنین (جمع آن، بایسته‌های تقنین)، از دو واژه بایسته و تقنین ترکیب یافته است. واژه بایسته در لغت به معنای «واجب، لازم و ضرور» آمده^۱ و در این کتاب، به معنای قواعد، اصول و راهبردها به کار رفته است. واژه «تقنین» که در اصل، واژه‌ای عربی است، در فرهنگ زبان عربی به معنایی به کار رفته که واژه «تدوین» در زبان فارسی و واژه «codification» در زبان انگلیسی به همان معنا به کار رفته‌اند؛ یعنی تنقیح قوانین، و تعیین منسوخ از ناسخ، و عام و خاص و تعیین ربط مقررات گوناگون با یکدیگر از هر جهت و گردآوری و تدوین مقررات به سبک علمی.^۲ به عبارت دیگر، جمع‌آوری و ترتیب سیستماتیک و معمولاً به وسیله موضوع قوانین دولت یا کشور، یا قواعد و مقررات پوشش دهنده قسمتی خاص یا موضوعی از حقوق یا «رویه»

۱. محمد معین: فرهنگ فارسی، ج ۱، ص ۴۷۱.

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی: ترمینولوژی حقوق، ص ۵۶۹.

است؛^۱ اما واژه «تقنین»، امروزه در زبان فارسی به معنای وضع قانون و قانونگذاری به کار می‌رود؛ البته در زبان عربی، برای مفهوم «قانون‌گذاری»، لغت «تشریح» و در زبان انگلیسی، واژه «Legislation» را به کار می‌برند. به هر حال، مقصود از «تقنین» در این جا، وضع قانون و قانون‌گذاری است. پس از دانستن مفهوم دو واژه «بایسته» و «تقنین»، معنای عبارت ترکیبی «بایسته‌های تقنین» روشن خواهد شد. مقصود از «بایسته‌های تقنین»، اصول و قواعدی است که لازم است در تقنین به کار گرفته شوند تا قانون به سهولت و سرعت و در بالاترین حد ممکن به اهدافش نائل شود. به عبارت دیگر، بایسته‌های تقنین به اصول و فنون و راهبردها و قواعدی گفته می‌شود که برای به‌کرد تقنین به منظور دستیابی آسان و سریع به اهداف آن، اعمال می‌شوند. توضیح این‌که فرایند تقنین، از دو مرحله تشکیل می‌شود: مرحله اول، یافتن قاعده مناسب و مرحله دوم، دستیابی به قالب مناسب برای آن قاعده مناسب پیدا شده است. از مرحله اول به «قانون‌گذاری»، و از مرحله دوم به «قانون‌نگاری» تعبیر می‌کنیم. بهتر است مقصودمان را با منالی روشن کنیم. فرض کنید که متولیان و دست‌اندرکاران وضع قانون در کشور، مشاهده می‌کنند در اثر بالا رفتن سطح زندگی و استفاده گسترده از وسائل نقلیه، میزان تصادم‌ها بالا رفته و نیاز است که در این زمینه، قانونی وضع شود. برای مقنن ابتدا این پرسش مطرح می‌شود که اگر دو وسیله نقلیه به هم برخورد کنند و

1. Henry compbell black: *Black's Law Dictionary*, M.A, 1990. s.t Pavl, Minn West Publishing co, P.258.

خسارت‌هایی را به بار آورند، کدام یک از این دو وسیله ضامن است و مسؤلیت دارد. بهترین و مناسب‌ترین قاعده در این باره چیست؟ پاسخ این است که «مقصر»، ضامن است. حال اگر هر دو طرف مقصر باشند، قاعده مناسب در این زمینه چیست؟ صورت‌ها و احتمال‌هایی مطرح است. اول آن‌که بگوییم: هر یک، ضامن کل خسارت طرف مقابل است. دوم آن‌که هیچ یک، ضامن خسارت طرف مقابل نیست؛ زیرا می‌توان گفت به نوعی تهاثر صورت می‌گیرد. سوم آن‌که هر یک، ضامن نصف خسارت طرف مقابل باشد. قانون‌گذار در این مرحله، به بررسی یکایک این احتمال‌ها دست می‌زند تا بهترین قاعده را بیابد. ممکن است بگوید: احتمال اول، قاعده‌ای مناسب نیست؛ زیرا گاه خسارت‌هایی دو طرف، در قیمت اختلاف فاحش دارند و این عادلانه نیست که هر یک کل خسارت طرف مقابل را برعهده داشته باشد. احتمال دوم هم درست نیست؛ چون هر دو مقصر هستند و در وقوع خسارت بر دیگری، نقش داشته‌اند و تهاثر همیشه در «دین» صورت می‌گیرد، نه در «مسؤولیت»؛ یعنی نمی‌توان گفت: مسؤلیت مدنی این طرف، در برابر مسؤلیت مدنی طرف مقابل، تهاثر کرده است؛ بنابراین، هیچ یک ضامن خسارت طرف مقابل نیست؛ اما احتمال سوم، مناسب به نظر می‌رسد؛ یعنی ضامن بودن هر کدام در برابر نصف خسارت طرف مقابل، قاعده‌ای مناسب است؛ زیرا خسارت وسیله الف مثلاً ناشی از دو عامل بوده است: یکی تقصیر خودش و دیگری تقصیر طرف مقابل. فرض کنید وسیله «الف»، با سرعت غیر مجاز در حال حرکت بوده و وسیله «ب»، انحراف به چپ داشته و با هم تصادم

کرده‌اند. دو عامل، باعث خسارت وسیله «الف» شده است: یکی سرعت بیش از حد خودش، و دیگری، انحراف به چپ به وسیله طرف مقابل؛ پس وسیله «ب» یکی از دو عامل وقوع خسارت وسیله «الف» بوده؛ پس مناسب و عادلانه این است که بگوییم: وسیله «ب»، نصف خسارت وسیله «الف» را ضامن است. درباره خسارت وسیله «ب» هم به همین صورت می‌توان سخن گفت؛ یعنی خسارت این وسیله، از دو عامل ناشی بوده است: یکی انحراف به چپ خودش، و دیگری سرعت غیرمجاز طرف مقابل؛ پس وسیله «الف» یکی از دو عامل وقوع خسارت وسیله «ب» بوده و عادلانه و مناسب این است که بگوییم: وسیله «الف» نصف خسارت وسیله مقابل را ضامن است.

این مرحله را که یافتن قاعده مناسب یا به تعبیر دیگر، یافتن بهترین قاعده است، مرحله «قانون‌گذاری» نام می‌نهیم. حال پس از یافتن بهترین قاعده، مرحله دوم آغاز می‌شود، و آن، یافتن بهترین قالب است؛ یعنی این قاعده را در چه قالبی و با چه الفاظ و عبارت‌ها و ترکیب‌هایی بیان کرد؛ برای مثال، بنویسیم: «هرگاه دو وسیله نقلیه ... یا بنویسیم: «هرگاه دو سوار» یا بنویسیم «هرگاه یک وسیله با وسیله دیگر تصادم کند ...». این مرحله را «قانون‌نگاری» (نگارش قانون) نام می‌نهیم. در مثال پیشین مقنن جمهوری اسلامی ایران بهترین قالب را به گمان خود در ماده ۳۳۶ ق.م.ا.ب.دین شکل آورده است:

هرگاه در اثر برخورد دو سوار، وسیله نقلیه آن‌ها مانند اتومبیل خسارت ببیند، در صورتی که تصادم و برخورد، به هر دو نسبت داده شود و هر دو مقصر باشند یا هیچ‌کدام مقصر نباشند، هرکدام، نصف خسارت وسیله نقلیه

دیگری را ضامن خواهد بود؛ خواه آن دو وسیله از یک نوع باشند یا نباشند و خواه میزان تقصیر آن‌ها مساوی یا متفاوت باشد و اگر یکی از آن‌ها مقصر باشد، فقط مقصر ضامن است.

حال هم در مرحله یافتن مناسب‌ترین قاعده و هم در مرحله یافتن بهترین قالب، اصول و قواعدی وجود دارد که به متولیان این دو مرحله کمک می‌کند. این اصول را «بایسته‌های تقنین» می‌نامیم؛ به طور مثال، یکی از بایسته‌های قانون‌گذاری که در آینده از آن بحث خواهیم کرد، «مطابق عدالت بودن قانون» است؛ یعنی قانون باید عادلانه باشد. این اصل در یافتن قاعده مناسب به قانون‌گذار کمک می‌کند. شاید اگر قانون‌گذار متوجه این اصل بود، در مثال پیشین که دو وسیله با هم برخورد کرده‌اند و هر دو مقصرند، قاعده مناسب را این نمی‌دانست که هر یک ضامن نصف خسارت طرف مقابل باشد؛ بلکه قاعده مناسب را این می‌دانست که هر یک بر حسب درجه و میزان تقصیرش ضامن است. فرض کنید ماشین بنز ۱۰۰ میلیون تومانی با سرعت ۲۵۰ کیلومتر در ساعت در جاده‌ای در حال حرکت است و با ژیان ۱ میلیون تومانی که انحراف به چپ دارد، برخورد می‌کند و هر دو خسارت می‌بینند. کارشناسان مجرب ترافیک، نقش سرعت غیرمجاز بنز را در این تصادم ۹۵ درصد و انحراف به چپ ژیان را ۵ درصد می‌دانند. آیا منطقی و عادلانه است که مطابق ماده ۳۳۶ ق.م.ا. بگوییم: صاحب ماشین ژیان، نصف خسارت‌های ماشین بنز را که چه بسا بالغ بر چند ده میلیون تومان شود، ضامن است؟ آیا بهتر نیست بگوییم: هر یک بر حسب میزان تقصیرش ضامن است؟

به هر حال، «قانون‌گذاری» یعنی یافتن مناسب‌ترین و بهترین مضمون و حکم و قاعده، و «قانون‌نگاری» یعنی یافتن بهترین و مناسب‌ترین قالب. مطالب پیشگفته را می‌توان به شکل دیگری بیان کرد: قانون از یک مفهوم مادی و یک مفهوم صوری متشکل است. مفهوم صوری قانون، همان صورت خارجی آن است که به شکل کلمات و نوشته‌هایی در می‌آید؛ یعنی کلمات قانون که در قالب مواد گنجانده می‌شوند. اموری که به مفهوم صوری قانون و صورت خارجی آن مربوطند، «بایسته‌های قانون‌نگاری» یا «اصول شکلی تقنینی» یا «فنّ قانون‌نویسی»^۱ نامیده می‌شوند؛ برای مثال از جمله این اصول، «ساده نویسی به جای مغلّق نویسی»، و «به کار نبردن الفاظ عامیانه و مستهجن» است. نیز این که مقنّن بنویسد: «فلان چیز شرط است» یا بنویسد: «ضدّ آن مانع است»، از زمره این اصولند.

اصول مربوط به مفهوم مادی قانون و به تعبیری، لبّ و محتوای آن را که می‌توان با الفاظ گوناگونی از آن محتوا تعبیر به میان آورد، «بایسته‌های قانون‌گذاری» نامیده می‌شوند. به عبارت دیگر، «بایسته‌های قانون‌گذاری» تأمین‌کننده اوصاف ذاتی قانون بوده، به آن نفوذ واقعی می‌بخشند. گرچه در تعداد اوصاف ذاتی قانون اختلاف نظر است، سه وصف «کلّیت»، «دوام» و «الزامی و اجباری بودن»، از اوصافی به شمار می‌روند که مورد اتفاق بیش‌تر دانشمندان هستند و مفهوم مادی قانون، از این سه وصف جدا نیست. قانونی که

کلی یا دائم، و یا الزامی نباشد، قانون نیست.^۱ اصولی که تأمین‌کننده این اوصافند، «بایسته‌های قانون‌گذاری» و به تعبیری، «اصول ماهوی تقنینی»^۲ نامیده می‌شوند؛ به طور مثال، قانونی وقتی دوام می‌یابد که «قابل اجرا باشد»، و «با حقوق فطری و فرهنگ عمومی در تضاد و تعارض نباشد» یا قانون، وقتی صفت کلیت را دارا است که «تخصیص فراوان نخورده و استثنا بر نداشته باشد». این‌ها همه از زمره «بایسته‌های قانون‌گذاری» هستند.

یادآوری چند نکته ضرورت دارد:

نکته اول: از آن‌جا که این بحث بدین شکل، برای نخستین بار مطرح می‌شود، طبیعی است که عده‌ای در تعداد این فنون و اصول با ما موافق نباشند، و مواردی را بر آن بیفزایند یا از آن بکاهند و این، طبع اولیه هر بحث نوی است.

نکته دوم: ممکن است بعضی از این اصول، دو وجهی باشند؛ یعنی از یک طرف، تأمین‌کننده اوصاف ذاتی قانون و مربوط به مفهوم مادی آن و از طرف دیگر، با مفهوم صوری قانون در ارتباط باشند. ما فنون دو وجهی را در جایی قرار داده‌ایم که گویا بیش‌ترین تناسب را دارا است؛ یعنی اگر وجهه ماهوی بودن آن‌ها بر وجهه شکلی بودنشان غلبه داشته باشد، آن‌ها را در «بایسته‌های قانون‌گذاری» مطرح می‌کنیم و بالعکس.

۱. ر.ک. ناصر کاتوزیان: *فلسفه حقوق*، ج ۲، ص ۱۰۲.

2. La Technique Fondamental.

ر.ک. ناصر کاتوزیان: *فلسفه حقوق*، ج ۲، ص ۱۰۲.

نکته سوم: واژه‌های دیگری هم برای «بایسته‌های قانون‌نگاری» و «بایسته‌های قانون‌گذاری» به کار رفته است و می‌توان به کار برد؛ مثل واژه «ادب درونی قانون» و «ادب برونی قانون».

لئون فولر...^۱ معتقد است:

قانون دو نوع ادب (morality) دارد: اول، ادب درونی قانون، و دوم ادب برونی قانون. ادب درونی قانون که جنبه شکلی (formal) دارد، خنثا است و عبارت است از رویه‌ها و قواعدی که باید بر قانون‌گذاری حکم فرما باشد تا قانون، قانون شود؛ اما ادب برونی قانون، بیش‌تر جنبه ماهوی (substantial) دارد. قانون‌گذاری همواره در یک ساخت و بافت اجتماعی صورت می‌گیرد و این ساخت و بافت اجتماعی، معمولاً محدودیت‌ها و خصایصی را به قانون‌گذار تحمیل می‌کند و ادب برونی قانون را تشکیل می‌دهد؛ مثلاً قانون‌گذاری در یک رژیم آپارتاید قطعاً به دلیل ساخت اجتماعی آپارتاید دچار محدودیت‌هایی می‌شود که از بیرون به آن تحمیل شده است.^۲

ضرورت و اهداف

آنچه ما را به نگارش این نوشته واداشته، سه امر است:

۱. احصا و تبیین بایسته‌های تقنین

یکی از مهم‌ترین وظایف هر نظام حقوقی، قانون‌گذاری است.

1. L.L. Fuller.

۲. جهانگیر صالح‌پور: «امام خمینی، فقیه دوران گذاره، کیان، س ۹، ش ۴۶، فروردین و

اردیبهشت ۱۳۷۸، ص ۲۸.

قانون‌گذاری اصول و قواعدی دارد که عدم رعایت آن‌ها، باعث ناکارآمدی و متروک شدن قانون و تغییر زود به زود آن خواهد شد. این اصول و قواعد تا کنون در جایی به طور مجزا بحث و بررسی نشده‌اند؛ بلکه برخی از آن‌ها در لابه‌لای مباحث حقوقی و به صورت گذرا و اشاره‌وار مطرح شده‌اند. در این کتاب، کوشیده شده است تا بایسته‌های مزبور احصا، ارائه و تبیین شوند تا مقنن را راهنمایی کنند.

۲. وظیفهٔ مادر برابر حقوق اسلام و به‌ویژه فقه جزایی

با پیروزی انقلاب اسلامی در ۲۲ بهمن ماه ۱۳۵۷، دگرگونی‌های چشمگیری در ایران اتفاق افتاد که حوزه‌های بسیاری را در نوردید؛ از جمله، تحوّل عظیم بود که در نظام حقوقی کشور پدید آمد. خواستهٔ چندین و چند سالهٔ مردم مسلمان ایران مبنی بر اجرای احکام اسلامی باعث شد تا قوانین و به‌ویژه قوانین جزایی به زودی دستخوش تغییرهایی شوند؛ برای نمونه، به تحوّل قوانین جزایی اشاره می‌کنیم. ابتدا «قانون حدود و قصاص و مقررات آن» در تاریخ ۱۳۶۱/۶/۳ و پس از آن، «قانون راجع به مجازات اسلامی» در ۱۳۶۱/۷/۲۱ و «قانون دیات» در ۱۳۶۱/۹/۲۴ تصویب شدند. در ۱۳۶۲/۵/۱۸ نیز «قانون تعزیرات» تصویب شد. این قوانین، در عمل نتوانستند انتظارات را برآورند و با اشکالاتی مواجه شدند. یکی از مهم‌ترین علل ناکارآمدی این قوانین آن بود که فقیهان شیعه از فقه الحکومه به طور گسترده بحث نکرده بودند و در عمل، جز در مقاطع زمانی کوتاهی، هیچ‌گاه

حکومت را در اختیار نداشتند؛ در نتیجه، حقوق جزا که از شاخه‌های حقوق عمومی و مربوط به وظایف حکومت و دولت است، در فقه شیعه ظهور و بروز چندانی نیافته بود و به عکس فقه جزایی، مباحثی نظیر طهارات و عبادات و معاملات در فقه از نظر کمی و کیفی گسترش فراوانی یافت. اگر در زمان‌های قدیم مسائل کتاب «صلوه» به هشتصد مورد می‌رسید، اکنون به بیش از چهار هزار مسأله رسیده است. این نکته نشان می‌دهد که مشکلات قوانین جزایی اسلامی، بیش‌تر از اجرا نشدن آن‌ها در طول سالیان متمادی و تازه تأسیس بودن بسیاری از آن‌ها در شکل قوانین موضوعه سرچشمه می‌گیرد.

قانون آخری که در این زمینه به تصویب رسید، «قانون مجازات اسلامی» بود که در تاریخ ۱۳۷۰/۵/۸ به صورت آزمایشی تصویب، و مدت اجرای آزمایشی آن در تاریخ ۱۳۷۵/۱۲/۱۲ به مدت ده سال تمدید شد. کتاب پنجم این قانون با عنوان *تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده* در تاریخ ۱۳۷۵/۳/۲ به تصویب رسید. بر این قانون هم متأسفانه اشکالات و انتقادات بسیار جدی وارد است. قانون‌گذار به جای آن که قوانین پیشین را با اصلاحات بنیادین تغییر دهد، با یک رفورم و اصلاح ظاهری و در خیلی موارد حتی بدون کوچک‌ترین تغییر، آن‌ها را در قانون مجازات اسلامی آورده است. قانون‌گذار در تمام قوانین و مقرراتی که نامشان پیش‌تر گذشت، و نیز قوانین دیگری که براساس فقه، آن‌ها را تغییر داده، کوشیده است متون فقهی را ترجمه کند و به صورت قانون موضوعه درآورد با آن که زبان فقه و شیوه آن، با زبان قانون و شیوه آن بسیار تفاوت دارد. بسیاری از این اشکالات، از عدم

شناخت یا عدم رعایت بایسته‌های تقنین نشأت می‌گیرد. حال، وظیفه دینی و شرعی ما اقتضا می‌کند که مشکلات و نارسایی‌های قوانین و مقرراتی را که حاوی احکام اسلامی است، برطرف سازیم تا مبادا در آینده‌ای نزدیک، این قوانین به علت وجود مشکلات و نارسایی‌ها متروک بماند و به چیزی مبتلا شویم که از آن می‌گریختیم.^۱

۳. بررسی قانون مجازات اسلامی

با توجه به این که اکنون در امور کیفری و جزایی، قانون مجازات اسلامی حاکم است و این قانون در آینده‌ای نزدیک باز اصلاح و تصویب خواهد شد، این نوشته کوشیده است سهمی در این امر داشته باشد و بخشی از اشکالات آن را بیان کند.

پیشینه

تا آن‌جا که بررسی کردیم، بحث از بایسته‌های تقنین اعم از قانون‌گذاری و قانون‌نگاری به طور گسترده در هیچ کتاب و رساله‌ای طرح نشده، البته مختصر و گذرا در لابه‌لای مباحث آمده است؛ اما حق مطلب آن‌گونه که بایسته و شایسته است، ادا نشده. شاید بهترین کتاب‌ها در این زمینه، *روح القوانین* اثر متسکیو و جلد دوم *فلسفه حقوق دکتر کاتوزیان* باشند؛ البته در واپسین روزهایی که این کتاب برای چاپ آماده می‌شد، کتابی با عنوان *فقه و*

۱. در زبان عرب، ضرب المثلی است که می‌گوید: کز من المطر الی المیزاب یعنی از باران به سوی

قانون‌گذاری اثر آقای ابراهیم شفیعی سروستانی به بازار آمد که بخش سوم آن با عنوان *بایسته‌های قانون‌گذاری فقهی* تا اندازه کمی به مطالب مورد بحث ما نزدیک است.

کتاب‌هایی با موضوع قانون و قانون‌گذاری نوشته شده است؛ از جمله، قوانین، نوشته افلاطون، علم قانون‌گذاری در دو جلد اثر فیلانثیری^۱ که به سال ۱۷۸۰ میلادی به چاپ رسیده است،^۲ و *مقدمه‌ای بر اصول اخلاقی و قانون‌گذاری و نامه‌هایی پیرامون قانون‌گذاری* که هر دو، اثر بنتام^۳، دانشمند انگلیسی هستند و به ترتیب، در سال‌های ۱۸۱۷ و ۱۷۸۹ میلادی انتشار یافته‌اند.^۴ به این کتاب‌ها جز *قوانین افلاطون* دست نیافتیم ضمن آن که به گمان نزدیک به یقین، آن‌ها بیش‌تر به مباحثی نظیر احصای جرایم، سیاست جنایی، جرم‌شناسی و کیفرشناسی پرداخته‌اند تا به بایسته‌های تقنین. نقل مباحثی از این کتاب‌ها در آثار دیگران مثل پیشنهاد لغو مجازات اعدام، اصل قانونمندی، و اصلاح مجرم، موید آن است که به موضوع این نوشته مربوط نیستند.

دورنمای مطالب

کتاب حاضر از سه فصل متشکل است. پس از آن‌که دانستیم تقنین از دو

1. Filangieri.

۲. به نقل از: ژان پرادل: *تاریخ اندیشه‌های کیفری*، ص ۵۷.

3. Bentham.

۴. به نقل از: ژان پرادل: *تاریخ اندیشه‌های کیفری*، ص ۶۰.

مرحله «قانون‌گذاری» و «قانون‌نگاری» تشکیل شده و هر کدام از این دو مرحله، بایسته‌های خاص خود را دارا است، در فصل اول به «بایسته‌های قانون‌گذاری» و در فصل دوم به «بایسته‌های قانون‌نگاری» می‌پردازیم. موضوع فصل سوم، «فقه و تقنین» است. از آن‌جا که مهم‌ترین منبع قوانین در جمهوری اسلامی ایران، فقه و منابع معتبر اسلامی است، لازم دیدیم فصلی را به این موضوع از دریچه تقنین اختصاص دهیم. در فصل سوم، مبحث اول به این نکته می‌پردازد که جایگاه فقه به عنوان نظام حقوقی اسلام، میان نظام‌های موجود در جهان چیست. آیا نظام حقوقی اسلام، زیر مجموعه نظام حقوقی مدون شمرده می‌شود یا زیر مجموعه نظام حقوقی غیرمدون است؟ نقش قانون در این دو نظام و به طور طبیعی در نظام حقوقی اسلام چگونه است؟ مبحث دوم این فصل، به تفاوت‌های فقه و حقوق که در تقنین اثر می‌گذارند، اشاره می‌کند؛ آن‌گاه مبحث سوم آن، به بایسته‌های تقنینی منابع فقهی و مشکلات موجود در انعکاس فقه به صورت قانون خواهد پرداخت؛ البته از آن‌جا که علاقه و گرایش نویسنده، حقوق جزا و جرم‌شناسی است و عقیده‌اش بر آن است که تقنین در حقوق کیفری، اصول خاصی را افزون بر کلیات بایسته‌های تقنین دارد، کوشیده شده است تا برخی از بایسته‌های خاص تقنین قوانین جزایی، اعم از قانون‌گذاری، قانون‌نگاری و تقنین منابع فقهی، در انتهای هر فصل آورده شود.