

## الزامات تقنین بر پایه فقه

پدیدآورنده (ها) : قربان نیا، ناصر

حقوق :: نشریه دین و قانون :: زمستان ۱۳۹۲ - شماره ۲

صفحات : از ۵۹ تا ۷۶

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1070171>

تاریخ داندلود : ۱۴۰۲/۰۷/۲۵

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- حاکمیت قانون و احکام حکومتی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- محدودیت های مجلس شورای اسلامی در قانونگذاری (موضوع اصل ۷۱ قانون اساسی)
- مبانی فلسفی تفسیر قانون
- تأملی در نظریه ی منطقه الفراغ از منظر شهید صدر (ره) و نقدها و نقص های آن
- چپستی نظریه های علمی: رویکردهای نحوی و معناشناختی
- تحلیل جایگاه نهادهای اجرایی فراقوه ای مصوب مجلس در نظام جمهوری اسلامی ایران و چارچوب اصل استقلال قوا
- مقدمه ای بر فلسفه قانونگذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون
- چپستی و دلایل منطقه الفراغ در قانون گذاری اسلامی
- آثار تعهدات طبیعی
- سنجش عقل تفسیری
- تاملی در رجوع به فقه در قلمرو حقوق کیفری با تأکید بر فلسفه قانونگذاری و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در نظام حقوقی ایران
- در گفتگو با مهدی هداوند مطرح شد؛ عدالت مالیاتی در ایران رعایت نمی شود

## عناوین مشابه

- تعدیل تعهدات قراردادی بر پایه اصول و قواعد حاکم بر فقه اسلامی
- الزامات برنامه ریزی فرهنگی در اوقات فراغت با تأکید بر فقه نظام مدیریت فرهنگی
- بررسی جایگاه و استقلال وکیل بر پایه مبانی فقهی و تاریخ فقه
- نقدی بر تفاسیر حقوقی ماده ۲۱۸ قانون مدنی و ارائه تفسیر بر پایه آموزه های فقه امامیه
- بررسی تحلیلی معاملات بر پایه ارز دیجیتال از منظر فقه امامیه و نقش زنجیره بلوکی در صنایع مختلف
- دشتان (حیض) در دین زردشتی (بر پایه منابع فارسی) و مقایسه آن با فقه امامیه
- نگرشی نو به فقه تربیتی بر پایه فقه القرآن
- «الزامات و قواعد مناظرات انتخاباتی در نظام سیاسی مردم سالاری دینی» (با تأکید بر بند ۵۱ الگوی پایه اسلامی ایرانی پیشرفت)
- بررسی عوامل مؤثر بر پایه پولی
- نگاهی به ابعاد روایت مندی در داستان سه سوت جادویی احمد اکبر پور (بر پایه نظریه ماریا نیکولایوا)

## الزامات تقنین بر پایه فقه

ناصر قربان‌نیا\*

### چکیده

مطابق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تمامی قوانینی که انحاء روابط را سازمان می‌دهد، باید مطابق موازین اسلامی باشد یا با آن مغایر نباشد. هم مقنن محترم و هم نهاد پراهمیت ناظر در سه دهه اخیر، موازین اسلامی را به فقه امامیه تفسیر کرده و در نتیجه قانون‌گذاری بر پایه فقه صورت گرفته و گاه قانون شکل اقتباس یا ترجمه محض پاره‌ای از متون فقهی را به خود گرفته است. اهمیت فقه در امر تقنین غیرقابل انکار است؛ اما مسئله این است که قانون‌گذاری الزامات و اقتضائاتی دارد. چگونه می‌توان با تحفظ بر آموزه‌های فقهی و ارزش‌های شناخته‌شده در آن، قانونی وضع نمود که حیات و پویایی نظام حقوقی حفظ گردد؟ آیا اساساً می‌توان حقوق موضوعه را با فقه سامان داد و در عین حال دارای قوانین منطبق با زمان بود و پاسخگوی نیازهای متحول جامعه امروزی نیز بود؟

اقتضائات و الزامات قانون‌گذاری مطابق با موازین فقهی چیست؟ آیا می‌توان برای حل پاره‌ای از معضلات با تکیه بر دیدگاه‌های شاذ و نادر فقهی به قانون‌گذاری مبادرت ورزید؟ نقش اخلاق درونی قانون و رعایت ضوابط درونی قانون در قانون‌گذاری تا چه میزان می‌تواند به آفرینش قانون مناسب و مطلوب کمک کند؟ در این مقاله خواهیم کوشید به پرسش‌هایی از این دست پاسخ دهیم.

**واژگان کلیدی:** قانون‌گذاری، فقه، اخلاق درونی

\* دانشیار و مدیر گروه حقوق دانشگاه مفید

## گفتار اول: استفاده از ظرفیت‌های نهفته در فقه امامیه

۱. فقه اسلامی میراث ارزشمند و گرانقدر تمدن اسلامی است که همهٔ امور یک مسلمان در رابطه‌اش با خدا، با خود، با جامعه و دولت، با طبیعت و با هموعانش را در بر می‌گیرد. موضوع علم فقه افعال مکلفان است؛ بنابراین عهده‌دار بیان حکم آن چیزی است که از مکلف صادر می‌شود. فقه دانش کشف و تبیین شریعت است. به بیان دیگر، فقه آینه‌ای است که شریعت در آن منعکس می‌شود. فقه حاصل اجتهاد است و اجتهاد اعم از آن است که مجتهد را به حکم الهی واقعی برساند یا به حکم ظاهری معتبر در زمان شک رهنمون کند. در تعریف فقه گفته‌اند: «هو مجموعه الاحکام و القواعد المشروعة فی الاسلام، الّتی تُنظَّم علاقة المسلم برّبه و بأفراد المجتمع الذی یعیش فیہ و کذا علاقة مجتمعة بالمجتمعات و الدول الأخری»<sup>۱</sup> قلمرو فقه بسیار گسترده و پردامنه است و شامل بخش‌های عبادی، معاملات، جزائیات، قوانین کیفری، احکام قضا و دادرسی، حقوق متقابل حاکم و شهروندان و احکام و مقررات بین‌المللی در زمان صلح و جنگ می‌گردد.

نمی‌توان ادعا کرد که در فقه اسلامی تمامی مسائلی که جامعه امروزین بدان نیازمند است، کاملاً بررسی و تبیین شده و فقه فاقد هرگونه کاستی است؛ گرچه مسلماً در برخی از حوزه‌ها از غنای کاملی برخوردار است. در میان کتاب‌های فقهی نمونه‌هایی دیده می‌شود که در زمان تألیف شاهکار محسوب می‌شدند. فقه‌العقود از این دست است. سالیان دراز است که انسان‌ها لزوم احترام به پیمان‌ها و وفای به عهد را دریافته و قواعد مربوط به قراردادها را ساخته و پرداخته و فقیهان ابعاد و ساحات مختلف آن را روشن کرده‌اند. اما همین‌که بحث حدود حاکمیت اراده در موردی که دولت و مؤسسه‌های عمومی طرف قراردادند یا دولتی غیراسلامی طرف قرارداد دولت اسلامی است و نیز مسائل مربوط به روابط حقوقی مابین دولت‌ها به میان آید، روزنه اشکال گشوده می‌شود.

۲. حقوق مجموعه قواعد و مقرراتی است که بر جامعه‌ای معین حکومت می‌کند و هدف آن تحقق بخشیدن به نظم و عدالت است. علم حقوق نیز دانشی است که به بررسی قواعد و مقررات حاکم در یک جامعه می‌پردازد؛<sup>۲</sup> برخلاف فقه اسلامی که همه شئون یک مسلمان را شامل می‌شود و تمام روابطی را که یک انسان ممکن است برقرار کند، پوشش می‌دهد. حقوق علی‌الاصول به پاره‌ای از روابط نمی‌پردازد؛ بلکه تنظیم‌کننده رابطه شهروندان با یکدیگر، دولت و جامعه و طبیعت است.

بنابراین روابط انسان با خداوند و با نفس مشمول قواعد و مقررات حقوقی نیست؛ مگر آنکه دارای آثار بیرونی باشد. حقوق، تنظیم رابطه زیبای انسان با خداوند را به شریعت و الهیات وامی گذارد و رابطه انسان با نفس را به علم اخلاق. برای اینکه حقوق به هدف نهایی خود، یعنی استقرار عدالت در روابط میان مردم و نیز روابط مردم و دولت و تأمین نظم عادلانه و پایدار در جامعه برسد، تکالیف مردم را روشن و منهیات را در قالب قانون به مردم اعلام می‌کند و امتیازاتی برای مردم در برابر دیگران، اعم از آحاد انسانی و جامعه می‌شناسد و با ایجاد تکلیف برای گروه دوم، توانایی خاصی به دارندگان امتیاز اعطا می‌کند. این امتیاز و توانایی را که حقوق هر جامعه منظم برای اعضای خود به رسمیت می‌شناسد، حق می‌نامند که جمع آن حقوق است؛<sup>۳</sup> بنابراین واژه حقوق مشترک لفظی است که هم به معنای مجموعه قواعد و مقررات است و هم به معنای سلطه‌ها و توانایی‌ها و امتیازها. در دانش حقوق قواعد و مقررات حاکم در یک جامعه مطالعه می‌شود و این قواعد، هم مبین حق‌های شهروندان است و هم بیانگر تکالیف آنان.

۳. سخن از بایسته‌های قانون‌گذاری بر پایه فقه است. لازم است نخست، به نسبت میان فقه و حقوق نگاهی گذرا افکنیم. سخن گفتن از نسبت فقه و حقوق سهل است و ممتنع! گزارش از آنچه هست دشوار نیست، اما گفتن از آنچه که باید باشد، آسان نیست. مألوف است که در پاسخ این پرسش که چه رابطه‌ای میان فقه و حقوق وجود دارد، گفته می‌شود از جهاتی میان آن دو اشتراک و از جهاتی افتراق وجود دارد. مبانی آن دو ممکن است (نه لزوماً) متفاوت باشد، منابع آن دو کاملاً متفاوتند و در متدلوژی و روش استنباط، مغایر یکدیگرند. هدف آن دو از جهاتی یکسان است، ولی اهداف متفاوت هم دارند. در قلمرو و حوزه شمول تفاوت جدی بین آنها وجود دارد و نقطه افتراق مهم دیگر، تفاوت در ضمانت اجرا است. اما این تمام مسئله نیست. اگر درباره نسبت حقوق ایران و فقه امامیه مورد پرسش قرار گیریم، می‌توانیم پاسخ دهیم بین آن دو نسبت عام و خاص من وجه برقرار است. وجه اشتراکی که دامنه وسیعی از این دو را می‌سازد و دو وجه افتراق. اما این نیز تمام مسئله نیست.

پرسش مهم این است که آیا در دنیای امروز دل بستن به فقه سزا است؟ آیا روا است حقوق موضوعه را بر پایه فقه سامان دهیم؟ آیا فقه اسلامی پاسخگوی نیازهای متحول جامعه امروزی است؟ آیا فقه اسلامی همگام با کاروان تحول، توسعه یافته است؟ آیا آنچه را که حقوق مدرن در دنیای امروز تأمین می‌کند، می‌توان تماماً از فقه اسلامی انتظار داشت؟ فقه و حقوق چقدر بر یکدیگر

تأثیر داشته و چه میزان از هم متأثر بوده‌اند؟ آیا برای استفاده از ظرفیت‌های عالی نهفته در فقه امامیه برای حل معضلات، نباید به رفع کاستی‌های اجتهاد نیز اندیشید؟ و پرسش‌هایی از این دست پیش روی ما است.

بی‌توجهی و بی‌مهری به فقه اسلامی سراسر خطا است؛ چراکه فقه میراث ارجمند هزارساله و جزء مهم فرهنگ و تمدن ما است. خردمند خود را از سابقه دیرینه فرهنگی‌اش قطع نمی‌کند. به‌رغم پاره‌ای از کاستی‌ها، تحول حقوق را مرهون فقه امامیه‌ایم. آثار فقیهان در فقه‌العقود و المعاملات نه تنها در عصر خود، که امروز هم شاهکار محسوب می‌شود. نادیده انگاشتن پیشینه بر شاخه نشستن و بن بریدن است. اما این بدان معنا نیست که از اندیشه‌های دیگران بهره نبریم. علم و اندیشه مرز و بوم نمی‌شناسد. هر کجا و هر زمان باشد، به بشریت تعلق دارد. از دستاوردهای علمی نظام‌های حقوقی دیگر که با اصول و مبانی اسلامی ناسازگاری ندارد، باید بهره برد.

آنچه گفتم نه تنها از آن رو است که مطابق اصل چهارم قانون اساسی هیچ‌یک از قوانین و مقررات حاکم در جمهوری اسلامی ایران نباید مغایر با موازین اسلامی باشد و نه تنها از آن رو است که بر اساس اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی در صورت سکوت، اجمال قانون یا تعارض، قاضی موظف است به فتاوی معتبر و منابع معتبر اسلامی رجوع کند؛ چه آنکه این نگاه پوزیتیویستی پرسشگر را قانع نمی‌کند. چنان‌که دکتر کاتوزیان به خوبی گفته است: «جهان کهنه‌سرایبی است که در گذشته‌های دور نیز مایه‌های اصلی آنچه را که امروز جدید می‌پنداریم، در خود داشته است.

مفاهیم نو فرزندان اندیشه‌های کهنند. بیهوده نیست که در دانشکده‌های حقوق کشورهای پیشرفته به درس «تاریخ حقوق» به غایت اهتمام دارند و مجسمه حقوق دانان بزرگ گذشته را در مدخل و سرسراهای دانشکده‌ها می‌گذارند. قطع پیوند با گرانبهاترین سرمایه‌های حقوقی خطایی است جبران‌ناپذیر. برای توسعه و تحول در حقوق باید به تاریخ زندگی نهادهای حقوقی رو آوریم و از آنها الهام بگیریم. بنابراین بدون توجه به فقه، نه تفسیر دقیق قوانین ممکن است و نه تکمیل آن. بخش عمده حقوق ایران، به‌ویژه حقوق مدنی، چهره تکامل‌یافته و مدون فقه امامیه است که بر مبنای تحقیق فقیهان در طول قرن‌ها تدوین شده است. افزون بر این، نکته مهم‌تری وجود دارد که اهمیت فقه را در حقوق ایران نشان می‌دهد. حقوق وضع می‌شود تا به اجرا درآید و عدالت و نظم را متحقق سازد؛ از همین رو دولت اجرای آن را با منظور کردن ضمانت‌های اجرایی تضمین می‌کند.

بهترین ضمانت اجرای قانون آن است که در دل‌ها نفوذ کند و مردمی که باید از آن تبعیت کنند، آن را عادلانه و مرتبط با مصلحت و سعادت دنیوی و اخروی خود به شمار آورند. شاید از همین رو است که هیچ فیلسوف حقوقی در این امر تردید ندارد که قانون‌گذار در وضع قانون باید به ارزش‌های شناخته‌شده در جامعه توجه کند؛ حتی فیلسوفان اثبات‌گرای حقوق که مشروعیت قانون را فقط در فرمان حاکم می‌بینند و آنچه را قانون‌گذار وضع می‌کند، لازم‌الاتباع می‌دانند.

اگر مردم قوانین را ساخته خود و محصول ضرورت‌ها و نیازهای جامعه و سازگار با ارزش‌های مقبول خود بدانند، در اجرای آن تردید نمی‌کنند؛ مگر معدودی که حتی عدالت آشکار را نیز زیر پا می‌گذارند. مبتنی بودن قوانین بر پایه‌های فقهی و مذهبی اصولاً به اجرای سریع آن کمک می‌کند. بی‌گمان اگر اعضای یک جامعه مذهبی، تکلیف مربوط به اجرای قاعده حقوقی را تکلیف مذهبی خود به شمار آورند، قانون‌گذار به بخش مهمی از هدف تقنینی خود دست یافته است. حتی در جوامع کمتر مذهبی نیز حقوق‌دانان به پایه‌های اخلاقی و مذهبی قوانین تفتن دارند. استاد نامور فرانسوی، ژرژ ریبیر سال‌ها است که تلاش می‌کند تا نشان دهد منبع اصلی قواعد تعهدات در قانون مدنی فرانسه «اخلاق مذهبی» است؛ چنان‌که به حقوقدان دیگری سخت خرده می‌گیرد که به اشتباه رفته که بدون توجه به اخلاق مسیحی، حقوق مدنی فرانسه را شرح کرده است.

اما روشن است که فقه، مجموعه قواعد زندگی در اجتماع است و نمی‌تواند از نیازها و ضرورت‌های این زندگی دور بماند. جهان امروز به سوی پیوستگی پیش می‌رود، ارتباطات گسترش می‌یابد و دنیا دهکده جهانی لقب می‌گیرد. این نزدیکی و پیوستگی باعث شده است که به تدریج نهادی از یک اخلاق جهانی و همگانی شکل بگیرد، اصولی به وجود آید که همگان احترام به آن را لازمه حفظ مصالح انسان و تمدن به شمار آورند، دولت‌ها تشویق به انعقاد معاهدات ویژه گردند، مراجعه به داوری یا دیوان‌های دادگستری بین‌المللی تکلیف دولت‌ها در حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات به شمار رود و حمایت بین‌المللی از حقوق بشر چهره جدی به خود گیرد. از فقه اسلامی، خاصه امامیه، انتظار می‌رود همراه با کاروان تحول و توسعه جوامع، توسعه یابد و پاسخگوی نیازهای جدید و مسائل نوپیدا باشد.

در روزگار ما شتاب تحولات اجتماعی بسیار زیاد است. این ادعا پذیرفتنی نیست که فقه بدون توسعه و تحول می‌تواند برای همیشه تمام جوامع را اداره کند. روشن است که فقه بر پایه‌هایی استوار

و اصولی بر آن حاکم است که بر پایه آنها می‌تواند نیازهای دنیای جدید را پاسخ دهد. قاعده لاضرر یکی از این اصول و قواعد کلیدی است، و قاعده لاضرر، قاعده پراهمیت دیگری است. گرچه تطبیق نظریه سوءاستفاده از حق با قاعده لاضرر مخالفانی دارد، به نظر پاره‌ای از صاحب‌نظران اگر تحقیقات دامنه‌دار و نکات و دقایق فقه‌های بزرگ به‌خوبی تحلیل شود و جوهر آن اندیشه‌ها در یک بازخوانی هوشیارانه و روشن‌بینانه به زبان امروز تبیین گردد، با برخی از پیشرفته‌ترین نظریه‌های معاصر هماهنگ و سازگار درخواهد آمد.<sup>۵</sup>

البته در مورد مفاد و میزان قاعده لاضرر، میان فقیهان اختلافات جدی وجود دارد؛ اما بنا بر یک نظر قوی، این قاعده مقتضی آن است که انسان از سوی انسان‌های دیگر و نیز از سوی دولت مورد تهدید و اضرار نباشد. شاطبی می‌گوید: اصل آن است که انسان از هرچه مایه رنج و زیان اوست مصون بماند: «لاصل عصمة الانسان عن الاضرار به و ایلامه». اگر اسلام اجازه اضرار به دیگران را نمی‌دهد و هیچ حکم ضرری در اسلام جعل نشده و اگر قاعده لاضرر بر قاعده تسلط انسان‌ها بر مالشان مقدم است، می‌توان ممنوعیت سوءاستفاده از حق را از آن استنباط کرد. آیا نمی‌توان با تمسک به قاعده لاضرر یا ممنوعیت سوءاستفاده از حق، راه سوءاستفاده پاره‌ای از مردان از حق طلاق را سد کرد و از بخشی از اجحاف‌هایی که گاه در پرتو این حق تقریباً انحصاری بر زنان اعمال می‌شود، پیشگیری نمود؟

اصل ممنوعیت خوردن مال از روی باطل، جزء ثوابت فقه اسلامی است که هم جامعیت و عمومیت دارد و هم جاودانه است. در هیچ عصر و در هیچ شرایطی در روابط میان مسلمانان مبادله به باطل مجاز نیست. اگر در حقوق مدرن، ممنوعیت دارا شدن غیرعادلانه به عنوان یکی از مبانی مسئولیت مدنی مطرح شده، در قرآن کریم این مسئله قرن‌ها پیشتر آمده است: «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل».

برخی از اصول حاکم بر فقه اسلامی که از قرآن کریم استخراج می‌شود، عبارتند از: «هیچ کس بار گناه دیگران را به دوش نمی‌کشد»؛<sup>۶</sup> خداوند هیچ کس را جز به اندازه طاقتش تکلیف نمی‌کند؛<sup>۷</sup> خداوند به شما فرمان می‌دهد که امانت‌ها را به صاحبانشان بازگردانید و چون میان مردم به داوری نشینید، به عدالت داوری کنید؛<sup>۸</sup> دشمنی با گروهی شما را وادار نکند که عدالت نورزید، عدالت ورزید که به تقوا نزدیک‌تر است؛<sup>۹</sup> ای کسانی که ایمان آورده‌اید به عدالت فرمانروا باشید و برای خدا



شهادت دهید، هرچند به زیان خود، یا پدر و مادر و خویشاوندان شما باشد؛<sup>۱۰</sup> هرکس انسانی را بدون اینکه مرتکب قتل یا فساد شده باشد، به قتل رساند، مثل آن است که همه انسان‌ها را کشته است؛<sup>۱۱</sup> و ما به بنی آدم کرامت دادیم». <sup>۱۲</sup> با حاکم کردن این اصول و قواعد در دنیای امروز، می‌توان به بسیاری از پرسش‌ها و نیازها پاسخ گفت.

۴. اما با این‌همه فقه اسلامی با آسیب‌ها، شبهه‌ها و چالش‌هایی مواجه است؛ بنابراین نیازمند تأمل دوباره، تحول و توسعه است که ضروری است به‌طور ضابطه‌مند تحقق یابد. یکی از عوامل بسیار مؤثر در تحول و توسعه فقه و همچنین حقوق، اعطاء نقش اساسی به عقل مستقل در استنباط و تقنین است. البته به دشواری‌های نگاه به عقل مستقل به عنوان منبع یا درست‌تر سند و مدرک فقه توجه داریم. در اینکه در فقه امامیه عقل یکی از منابع فقه به شمار می‌رود، تردیدی نیست. مسئله این است که به این منبع پراهمیت برای رفع معضلات چه میزان توجه می‌شود؟ تأسی به شیخ مفید در این حوزه سودمند است. او با طرح عقل به عنوان سند کشف حکم شرعی و مخالفت با استاد نص‌گرای خود شیخ صدوق، مباحث مهمی در جایگاه عقل در کنار سایر اسناد کشف نمود و بر تثبیت عقل و تقدیم آن بر نصوص مخالف درک عقل پای فشرد و به صراحت گفت: «ان وجدنا حدیثا یخالف احکام العقول، طرحناه لقضیه العقول بفساده»<sup>۱۳</sup> شاید به قدر کافی بهره‌بردن از درک عقل در نظام استنباط با وجود تصریح و تأکید بر عقل به عنوان یکی از اسناد چهارگانه کشف حکم، معلول خوف غلتیدن در ورطه قیاس و اعمال سلیقه بوده است؛ ولی ضرورت این امر غیرقابل انکار است که باید از درک مصلحت و مفاسد از سوی عقل در کنار سایر اسناد به‌درستی بهره‌برد. گاه عقل از درک مصالح و مفاسد احتمالی ناتوان است؛ اما با این رویکرد احتیاطی نمی‌توان ظرفیت‌های نهفته در مصلحت را مغفول نهاد. افزون بر اینکه در نظامات اجتماعی، فقیه در فهم مصالح و مفاسد کمتر دچار تردید می‌شود. روشن است که در پرتو رعایت شرایط و اصول می‌توان به صورت نظام‌مند از عنصر عقل، مصلحت و نیز مقاصد شریعت در کشف احکام بهره‌مند شد و در نتیجه آن نظام حقوقی را متحول کرد.

۵. چنان‌که حقوق نمی‌تواند از تحولات جامعه دور بماند و بدون توجه به نیازهای جامعه به حیات خود ادامه دهد و برای پاسخگویی به پدیده‌های نوظهور، نیازمند قواعد جدید است که در شکل‌گیری نمی‌تواند با ارزش‌های شناخته‌شده جامعه بیگانه باشد، از فقه نیز انتظار می‌رود ارزش‌های مقبول جامعه

را مورد توجه قرار دهد. فقه همچون حقوق نمی‌تواند عرف متشرعه را نادیده انگارد، اخلاقیات حاکم بر جامعه را نبیند و شیوه خردمندان را در برآوردن نیازهای زندگی جدید و امور حقوقی مغفول گذارد. سیره عقلا و عرف متشرعه مادام که با اصول، مبانی و موازین مسلم و قطعی شریعت ناسازگار نباشد، می‌تواند در تحول نهادهای حقوقی متناسب با تحولات زمان و مکان مورد اعتماد واقع شود. با آنکه عرف و عادت در دنیای حقوق جایگاه ممتازی دارد، عمدتاً فقیهان امامیه برای عرف در اثبات حکم تکلیفی اعتباری قائل نیستند؛ مگر عرف موجود در عصر معصوم که مورد ردع شارع قرار نگرفته است. اما فاضل مقداد، از فقیهان ارجمند امامیه، در نضدالقواعد، تغییر احکام را با تغییر عادات ممکن و جایز دانسته است. به تصریح وی اموری همچون پول رایج، نفقه زوجه و خویشاوندان، تابع عرف و عادت زمان خود است و با تغییر این عرف و عادت، حکم فقهی نیز دچار تغییر می‌گردد.<sup>۱۴</sup> به هر روی اگر در فقه امامیه عرف بیشتر مورد عنایت قرار گیرد، زمینه اجتماعی‌تر شدن حقوق نیز فراهم می‌شود.

گاهی اخلاق اجتماعی زمینه اجرای قانونی را غیرممکن می‌سازد یا به اندازه‌ای آن را ناموجه می‌نماید که باعث متروک شدن آن می‌گردد. مثلاً ممکن است در زمانی، فقهی بزرگ نکاح را شبیه یک عقد تملیکی دانسته که منافع زن یا خود زن در برابر مهر مبادله می‌شود. ولی این حکم امروزه غیرقابل پذیرش است. یا مجازات رجم که در فقه و به تبع آن در قانون آمده است، ظاهراً با اخلاقیات جامعه امروز سازگار نیست و از همین رو به استناد وهن دین، حکم توقف اجرای آن داده شده است. شهید محمدباقر صدر، فیلسوف و فقیه نامدار امامیه، ضمن تصریح بر اینکه هدف از اجتهاد، سازگار ساختن اندیشه اسلامی با رویدادهای زندگی است، می‌گوید: «هرگاه مدلول نص در قلمرو مسائل عبادی باشد، باید به همان ظهور لغوی یا سیاقی آن بسنده شود و نباید به آن چیزی افزود؛ چون گذشت زمان به هیچ روی فهم از نصوص عبادی را دگرگون نمی‌کند. ولی هرگاه نص در حوزه مسائل اجتماعی وارد شده باشد، در این صورت باید نص را از دریچه فهم اجتماعی و ارتکاز مشترک میان مردم فهمید و با چنین فهمی موجب توسعه یا تضییق نص گردید».<sup>۱۵</sup> بنابراین برای جاودانه ماندن و پویاتر شدن فقه، باید آن را با تحولات اجتماعی سازگار ساخت.

۶. نکته دیگر تأکید بر امر بسیار مهمی است که مرحوم استاد مطهری نیم قرن پیش، پس از رحلت مرحوم آیت‌الله بروجردی طرح کردند و امروز به سبب اهمیتی که فقه در امر قانون‌گذاری دارد، ضرورت آن بسیار بیش از پیش احساس می‌شود و آن، پیشنهاد تشکیل «شورای فقهی» است.

وی در سخنرانی خویش با عنوان «اجتهاد در اسلام»<sup>۱۶</sup> هم‌فکری و همکاری بین دانشمندان طراز اول و صاحب‌نظران هر رشته را یک عامل مهم برای ترقی و پیشرفت دانسته، تصریح می‌کند در دنیای امروز دیگر فکر و عمل فردی ارزش ندارد و از تکروری کاری ساخته نیست. مطهری لزوم مشاوره علمی و تبادل نظر را بی‌نیاز از استدلال می‌بیند؛ اما در عین حال به آیه شریفه «و امرهم شوری بینهم» و روایتی از حضرت امیر (علیه السلام) استناد می‌کند تا نشان دهد تبادل فکر و اندیشه، امری دینی است.

وی به حق بر این باور است که اگر شورای فقهی در اجتهاد ایجاد شود و اصل هم‌فکری و تبادل نظر که در زمره اصول زندگی اهل ایمان قرار دارد، جامه عمل بپوشد، گذشته از ترقی و تکاملی که در فقه پیدا می‌شود، بسیاری از اختلاف فتواها از بین خواهد رفت. اکنون سخن در افتاء شورایی نیست؛ چه ممکن است نسبت به اعتبار و جاهت آن تردید شود. بحث در لزوم وجود شورا و مجمعی است که فقیهان دارای رتبه افتاء به بحث و گفت‌وگو با یکدیگر پرداخته، همدیگر را در فهم دقیق‌تر موضوع یاری دهند و استدلال‌های فقهی یکدیگر را بشنوند و در نتیجه، هر یک مستقلاً حکم شرعی را فهم و استنباط کنند.

فهم موضوعاتی که به زندگی فردی انسان‌ها مرتبط است، آسان‌تر است؛ اما فهم موضوعات اجتماعی که در زمان‌های مختلف، متغیر و دگرگون می‌شود، همواره آسان نیست. بی‌گمان تبادل نظر فقیهان و گفت‌وگو و بحث فقهی میان آنان، ضریب خطا در فهم موضوع و نیز کشف و استنباط حکم شرعی را به شدت کاهش می‌دهد و اعتبار و اعتماد به آن را نزد مقلدان افزایش می‌دهد. تعدد و تکرر مرجعیت و در نتیجه تعدد اجتهاد و آراء فقهی، بنفسه، می‌تواند حسن محسوب شود؛ اما آنگاه که فقه مرجع نهاد قانون‌گذاری و نیز قضایی قرار می‌گیرد، تشتت آرا می‌تواند موجب دشواری‌ها و معضلاتی شود. قاضی در موارد اجمال و سکوت قانون یا تعارض قوانین موظف است به فتاوی معتبر و منابع معتبر اسلامی مراجعه کند. در اینکه مراد از فتاوا و منابع معتبر چیست، اختلاف است؛ اما بی‌تردید قضات نمی‌توانند به کتاب و سنت و اجماع و عقل استناد کنند و خود اجتهاد نمایند؛ چه آنکه قاطبه قضات مأذون ما، از ملکه اجتهاد بی‌بهره‌اند. از سوی دیگر در فقه ما نسبت به مسائل نوپیدا، حکم شرعی استنباط‌شده وجود ندارد. قاضی در میان فتاوی متشتت، به کدامین فتوا مراجعه کند؟ در قانون‌گذاری نیز مشکلاتی پدید می‌آید که در گذشته شاهد مواردی از آن بوده‌ایم.

بی‌گمان وجود شورای فقهی به مرجعیت دینی قوت می‌بخشد و حضور آن را به مثابه یک نهاد اجتماعی، بیش از پیش تثبیت می‌کند و به نهاد حقوق در مسیر تحول، کمال و توسعه یاری می‌دهد.

### گفتار دوم: لزوم پیروی از سیاست تقنینی واحد و شفاف

قانون‌گذار در وضع قانون کیفری باید از سیاست جنایی و کیفری تعریف‌شده‌ای تبعیت کند. موادی از قانون مجازات اسلامی حکایت از آن دارد که مدون لایحه و مصوب آن دارای چنین سیاستی نیست. آنجا که مقنن محترم از حکمی که در قانون پیشین وجود داشت عدول می‌کند، معلوم نیست در نتیجه پیروی از سیاست کیفری باشد؛ چنان‌که روشن نیست در ایجاد تحول و نوآوری، پیروی از آن سیاست را مطمح نظر داشته است.

این امر کاملاً قابل درک است که دست قانون‌گذار در امر قانون‌گذاری کاملاً باز نیست. به موجب اصل چهارم قانون اساسی «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد...» چنان‌که بر پایه اصل هفتاد و دوم قانون اساسی «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...».

اما مسئله این است که مراد از موازین اسلامی چیست؟ تعاریف متعددی از موازین اسلامی و نیز مبانی حقوق اسلامی ارائه شده است و درباره پاره‌ای از مصادیق آن اتفاق نظر وجود دارد؛ اما همه زوایا و ساحات آن محلّ وفاق نیست. عین همین ابهام در تفسیر اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی نیز وجود دارد. مراد از منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر چیست؟ هنوز در این باره که شورای محترم نگهبان در تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات مجلس با موازین اسلامی بر چه پایه‌ای اظهار نظر می‌کند، اختلاف نظر وجود دارد؛ به نوعی که این تشکّل رأی از بیانات اعضای محترم شورای نگهبان نیز مستفاد است. در حالی که برخی به درستی بر این عقیده‌اند که فقهای محترم بر اساس نظرهای اجتهادی خود درباره مصوبات مجلس اظهار نظر می‌کنند، پاره‌ای از آنان تصریح کرده‌اند میزان، رأی مشهور فقیهان یا نظریه فقهی حاکم اسلامی است و برخی از آنان نظریات غیر مشهور یا شاذّ فقهی را هرگز بر نمی‌تابند.

به عنوان نمونه به قانون اخیر التصویب مجازات اسلامی اشاره می‌کنم. آنچه در این قانون مهم است، در مواردی رویگردانی قانون‌گذار از نظریات مشهور و پیروی از نظریات غیر مشهور است.

شخصاً به هیچ روی این امر را منفی تلقی نمی‌کنم، بلکه بر این باورم که گاه عمل به نظریات غیر مشهور در مقام تقنین، عدالت کیفری را نیک‌تر تأمین می‌کند و با دنیای امروز و مصالح جامعه ما سازگارتر است.

اما آنچه آدمی را به شگفت می‌آورد این است که اگر دستگاه فقهی اسلامی، خاصه امامیه، این قدر انعطاف دارد که دارد، اگر نظام حقوقی ما که باید تماماً اسلامی باشد، آن قدر منعطف است و سوراخ سوزن آن به آن حدّ موسّع است که گاه شتری با بارش از آن می‌گذرد، چرا گاه به حدّی مضیق می‌شود که نخی از آن عبور نمی‌کند تا بتواند پارگی‌های آن را بدوزد و نظام حقوقی را متحول کند و انسجام آن را تأمین نماید؟ به نظر قاصر صاحب این قلم، تأمل در فقه می‌تواند به تحول در نظام حقوقی، دست کم در پاره‌ای از حوزه‌ها، بینجامد.

حیرت زوال‌ناپذیر از آنجا ناشی می‌شود که اگر مقنن محترم می‌تواند با تمسک به نظریه‌ای شاذ، ضمان مطلق طیب را مردود شمارد و اخذ برائت را لازم نداند که وجود آن با اجرای درست می‌تواند جان و امنیت و حیثیت بیمار را بهتر تأمین کند و اجرای ناقص آن نهایتاً ممکن است در مواردی بیهوده جلوه نماید، چرا در کیفر جرم محاربه بر یک نظر مشهور اصرار می‌ورزد و کیفرگزینی را در اختیار قاضی غیر فقیه قرار می‌دهد و از نظریه ترتیب که اتفاقاً از شهرت و اعتبار فقهی فوق‌العاده‌ای برخوردار و در تأمین عدالت مؤثر است، روی می‌گرداند؟ اگر مقنن می‌تواند با استناد به نظریه‌ای غیر مشهور کیفر جرمی را در دو طرف آن در شرایط عدم احصان متفاوت تلقی کند و یک طرف را مستوجب قتل بداند و طرف دیگر را مستوجب شلاق، چرا به نظریه غیر مشهور دیگر که حکم آن جرم را عین جرم دیگری با همان ماهیت می‌داند که در فرض احصان و عدم احصان، طرفین کیفر برابر دارند، اخذ نکنند؟ اگر وجود نظریه غیر مشهور برای مقنن شبهه ایجاد می‌کند و او را وامی‌دارد که قاعده درء را در مقام تقنین هم جامه عمل بپوشاند که بسیار مستحسن است، چرا به طور کامل آن را اجرا نمی‌کند؟ از آن رو که ممکن است تصور شود کار مقنن را در اتخاذ نظریات غیر مشهور تخطئه می‌کنم، بر این نکته مجدداً تأکید می‌ورزم که این اقدام بنفسه امر صوابی است، به این شرط که قانون‌گذار ارجمند در این امر از سیاست واحد و روشنی پیروی کند.

این نکته را نیز اضافه می‌کنم که روا بودن اتخاذ نظریه غیر مشهور توسط مقنن، الزاماً این نتیجه را ندارد که قاضی نیز می‌تواند در مقام اعمال اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، نظریه

شادی را معتبر تلقی کند و بر اساس آن حکم نماید؛ چه آنکه این امر می‌تواند به تشتت آراء قضایی بینجامد و اصل طلایی «تساوی همگان در برابر قانون» را نقض کند.

به نظر می‌رسد گاه مقنن محترم، قانون‌گذاری را با ترجمه متون فقهی خلط نموده است. قرار نیست هر آنچه در فقه اسلامی آمده است، بعینه و با تحفظ بر همان ادبیات و اصطلاحات وارد دنیای حقوق شود. تکلیف مقنن کیفری آن است که با داشتن مبانی روشن و حفظ ارزش‌های مذهبی و رعایت موازین و مبانی اسلامی، عدالت کیفری را تضمین نماید. عدالت در قانون‌گذاری شرط اساسی تحقق عدالت در یک جامعه سیاسی است و بسان آینه‌ای است که تصویر عدالت را بازمی‌تاباند. امروز تنها سخن در این نیست که دولت باید به تأمین عدالت بیندیشد، بلکه احساس عدالت، به‌ویژه در حوزه حقوق کیفری، دارای اهمیتی فوق‌العاده است که دولت باید بکوشد آن را در شهروندان ایجاد کند.

عدالت همواره مقتضی احترام همیشگی به اصول ثابت است؛ اما چنین نیست که همه اصول حقوقی غیر قابل تغییر باشند. عدالت اولاً، مقتضی احترام به این اصول تغییر یافته است و ثانیاً، اصل تغییر و تحول را نیز محترم می‌شمارد؛ چراکه نظام حقوقی نه تنها می‌تواند، بلکه باید تغییرات متناسب را همپای دگرگونی‌های اجتماعی در قوانین و نهادهای اجتماعی ایجاد کند. ولی این تغییرات نمی‌تواند و نباید بیرون از چارچوب قواعد اساسی که مقتضای عدالت است انجام پذیرد. مقنن نمی‌تواند و نباید فارغ از ارزش‌های مذهبی جامعه به وضع قانون گمارد. اما این بدان معنا نیست که بی‌توجه به اصول عدالت کیفری قانون‌گذاری نماید. نمی‌توان در این امر تردید کرد که اگر دو نظریه فقهی متعارض در یک مسئله وجود داشته باشد، قانون‌گذار باید نظریه‌ای را اخذ کند که با اصول عدالت کیفری در دنیای امروز سازگار است.

### **گفتار سوم: رعایت ضوابط درونی قانون در قانون‌گذاری**

بر قانون‌گذاری اصول و قواعدی حکومت می‌کند. قانون باید دقیق، شفاف و واضح باشد، دویپهلو نباشد و تاب تفاسیر متعدد را نداشته باشد، ضرورت، وضع آن را اقتضاء کند، تعارض و تناقض در مواد آن نباشد، حاوی ابهام، ایهام و اغلاق نباشد، اصول حقوقی در وضع آن رعایت گردد و افزون بر رعایت زبان علم حقوق، قواعد ادب فارسی نیز در صورت‌بندی قواعد مورد توجه قرار گیرد.

وضع قانون برای هدف کاربردی معینی صورت می‌گیرد؛ بنابراین باید به قدری روشن و واضح باشد که تابعان و مجریان آن، مراد از آن را به‌خوبی دریابند و به کار بست آن مبادرت ورزند. یک

قانون متناقض، پرابهام و ابهام‌دار، موجب سردرگمی یا گمراهی کسانی می‌شود که باید از آن پیروی کنند.<sup>۱۷</sup>

این امر ضرورتاً به معنای لزوم ساده یا فنی‌نویسی قانون نیست. قانون‌گذار باید در وضع قانون اصول حقوقی را رعایت کند، از زبان علم حقوق پیروی کند، اصطلاحات رایج و شناخته‌شده در علم حقوق را به کار گیرد و از اطاله کلام و تفصیل بی‌دلیل بپرهیزد.<sup>۱۸</sup>

قانون ساده یا فنی هر دو ممکن است مبهم، غامض یا متناقض باشند. بنابراین صرف نظر از اینکه کدام یک از دو مکتب ساده یا فنی‌نویسی را در تدوین قانون برگزینیم، قانون باید قابل فهم باشد تا قابل اجرا گردد.<sup>۱۹</sup>

قانون باید صریح باشد؛ به این معنا که ماده قانونی به‌وسیله الفاظی مبهم و مجمل حکمی را بیان نکند. بیان حکم به وسیله الفاظ مبهم و مجمل، خلاف روش قانون‌گذاری است؛ زیرا قوانین برای عموم افراد کشور وضع می‌شود تا در عمل به کار ببرند و ناچار باید صریح و فهماننده مقصود باشد.<sup>۲۰</sup>

برخی چون منتسکیو طرفدار قانون ساده‌اند و تأکید می‌کنند که قوانین هرگز نباید به نحو لطیف و دقیق و با استفاده از عناوین پرطمطراق نوشته شود. به اعتقاد وی قانون‌گذار نباید نبوغ استدلالی و منطقی خود را در قوانین به کار برد؛ زیرا قوانین برای کسانی نوشته می‌شود که فهمشان کم است و فقط دلایل ساده و عادی را می‌توانند بفهمند. منتسکیو الواح دوازده‌گانه را به عنوان بهترین نمونه قانون صریح معرفی می‌کند؛ قانونی که حتی اطفال رومی آن را فرا گرفته و حفظ می‌کردند.<sup>۲۱</sup>

از سوی دیگر طرفداران مکتب دفاع اجتماعی تا حدودی از ابهام‌های موجود در متن قانون جانب‌داری می‌کنند. به باور آنان استفاده از برخی عبارات مبهم در قوانین کیفری، برای صیانت از کیان اجتماع و جلوگیری از پاره‌ای انحراف‌ها ضروری است؛ چه آنکه عبارات گنگ، انعطاف‌پذیری قانون را تقویت می‌کند و از این طریق می‌توان دفاع اجتماعی را تأمین و تضمین نمود. گفتمان دفاع اجتماعی بر آن است که ابهام موردی در قوانین کیفری دارای منفعت اجتماعی است؛ زیرا پلیس و دادگاه‌ها را قادر می‌سازد با کشش بیشتری با ناهنجاری‌های متنوع برخورد نمایند؛ بی‌آنکه منتظر تشریح قانون‌گذار در این زمینه باشند.<sup>۲۲</sup>

بی‌گمان قانون‌گذار کیفیری ما در به‌کارگیری عبارات و واژگان مبهم، موهم، غامض، دوپهلوی و پیچیده، از فلسفه‌ای که گفتمان مکتب دفاع اجتماعی بر آن مبتنی است، متأثر نبوده است. بیان منتسکیو توأم با مبالغه است؛ ولی صریح و شفاف بودن قانون و نه لزوماً ساده بودن آن، دارای اهمیت فوق‌العاده‌ای است. «هنجارهایی را می‌توان به عنوان قانون تلقی کرد که با صراحت کافی انشاء شده باشد، به طوری که یک شهروند بتواند رفتار خود را بر اساس آن تنظیم کند».<sup>۲۳</sup> مؤلفه صراحت و شفافیت در هر قانونی پراهمیت است؛ اما این شاخصه در قوانین کیفیری که با حقوق و آزادی‌های فردی مردم مرتبط است، اهمیتی فزون‌تر دارد.

امروز این گزاره که: «قانون باید صریح و شفاف باشد»، به قدری واضح و روشن است که برای مبرهن ساختن آن نیازمند استناد به منتسکیو، هارت، فولر، بکاریا و مانند آنان نیستیم. ذکر باورهای آنان فقط تأکیدی است بر اهمیت مسئله. اجمال، ابهام، اغلاق و پیچیدگی قانون از دو سو آسیب آن محسوب می‌شود:

اولاً: کارآمدی قانون را با مشکل مواجه می‌سازد. «قانون یک هویت هدفدار است. قانونی کارآمد است که بتواند به هدف نایل آید. هدف از قانون هرچه باشد، قانون ناکارآمد به پدیده‌ای تبدیل می‌شود که شاید بتوان آن را «لا قانون» و در برخی موارد «ضد قانون» نامید. به عبارت دیگر، اگر قانون نتواند کارکرد و هدف منظور از آن را انجام دهد، حداقل یک قانون بد و حداکثر مشکلی بر مشکلات یک جامعه بی‌قانون خواهد بود».<sup>۲۴</sup> لذا پاره‌ای از نظریه پردازان حقوقی یکی از ویژگی‌های قانون را کارآمدی ذکر نموده‌اند.<sup>۲۵</sup> قانونی که فاقد صراحت و تفسیربردار است، به‌خوبی توسط تابعان آن پیروی نمی‌شود؛ یا از آن رو که به درستی فهم نمی‌شود یا به آن دلیل که امکان فرار از حاکمیت قانون با تفاسیر متهافت فراهم می‌گردد.

سزار بکاریا، حقوقدان ایتالیایی سده هجده میلادی، لازم می‌داند قانون به‌صورت صریح و واضح و با زبانی ساده و همه‌فهم بیان شود، و بر وجه پیشگیرانه و بازدارندگی آن تأکید می‌کند. او معتقد است: قانون رسمی و عمومی باید به زبان مأنوس و متعارف تدوین شود. به هر میزان کسانی که قوانین مقدس را می‌فهمند و به آن دسترسی دارند بیشتر باشند، همان قدر از میزان جرایم کاسته می‌شود؛ زیرا بی‌هیچ تردید، نادانی و دودلی نسبت به کیفرها، به هوا و هوس‌ها میدان می‌دهد.<sup>۲۶</sup>



نمونه‌هایی از این مشکلات عبارتند از: قانون‌گذاری دیر هنگام یا عقب‌ماندگی تقنینی، زمان‌پریشی تقنینی یا وضع قوانین غیر منطبق با زمان، تورم در قانون‌گذاری، وجود تناقض در قوانین مربوط به یک حوزه، و افراط و تفریط تقنینی؛ به این معنا که در حوزه‌هایی که لازم نیست، قانون وضع می‌شود و در جاهایی که تنظیم و کنترل نیاز است، قانون گذرانده نمی‌شود.<sup>۲۷</sup>

با توجه به ظرفیت‌هایی که در نظام حقوقی ایران وجود دارد، از قانون‌گذار محترم انتظار می‌رود در مقام تقنین ضمن توجه به ارزش‌ها و نیروهای سازنده حقوق، حیات تحول‌پذیر، پویا و ارگانیک نظام حقوقی را مطمح نظر قرار دهد.

### نتیجه

قانون‌گذاری فن است و هنر؛ هنری که بر علم و دانش متوقف است. قانون‌گذاری نه اقتباس است، نه ترجمه. به تعبیر فولر: «نه تنها اخلاق بیرونی قانون که جنبه ماهوی دارد مهم است، بلکه اخلاق درونی قانون که جنبه شکلی دارد نیز پر اهمیت است». قانون‌گذار نیازمند سیاست واحد و شفاف تقنینی است. مقنن باید در خلق نظام حقوق کیفری از سیاست جنایی و کیفری عادلانه‌ای تبعیت کند. قانون‌گذار مکلف است قانونی وضع کند که با موازین اسلامی مغایر نباشد؛ اما این امر با ترجمه متون فقهی تفاوتی آشکار دارد. او موظف است با داشتن مبانی روشن و با حفظ ارزش‌های مذهبی و رعایت موازین و مبانی اسلامی، نه تنها عدالت کیفری را تضمین نماید، بلکه بکوشد به گونه‌ای به وضع قانون همت کند که در صورت تفسیر و اجرای عادلانه آن توسط دستگاه قضایی احساس عدالت را در شهروندان که تابعان قانونند، ایجاد کند. عدالت مقتضی احترام به اصول ثابت است؛ اما تمام اصول حقوقی، غیرقابل تغییر نیستند. کارایی یک قانون در گرو احترام به اصول ثابت و شناسایی اصل تغییر و تحول است. نظام حقوقی برای حفظ پویایی و تأمین حیات ارگانیک باید همپای دگرگونی‌های اجتماعی در قوانین و نهادها و نظام‌های اجتماعی، تغییرات متناسب را در چارچوب قواعد اساسی ایجاد نماید. این ظرفیت در فقه پویای امامیه وجود دارد که نه تنها مانعی بر سر راه تحول و توسعه نظام حقوقی ایجاد نکند، بلکه تأمل دوباره در پاره‌ای از ابواب و مسائل فقهی، نگاهی عمیق‌تر به ادله و اسناد کشف و استنباط احکام شرعی، توجه جدی‌تر به عناصر عقل، مصلحت و عدالت و نیز اصول راهنما و مقاصد شریعت و همچنین اهتمام به مقوله پراهمیت ثبات و تغییر

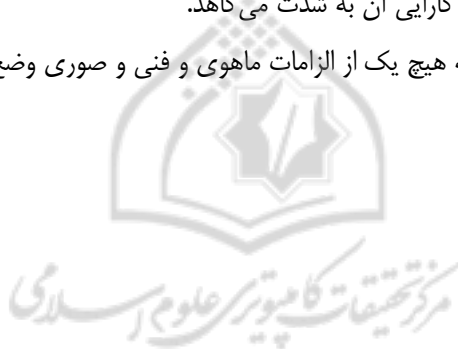
احکام و تأثیر تبدیل و دگرگونی زمان، مکان و شرایط و احوال اجتماعی بر تغییر احکام، می‌تواند زمینه تحول و توسعه در حقوق ایران را فراهم سازد.

از سوی دیگر اخلاق درونی قانون، اصول و قواعدی است که بر قانون‌گذاری حاکم است و با رعایت آنها قانون، قانون می‌شود.

قانون باید صریح و شفاف، فاقد ابهام، ایهام، غموض و اغلاق باشد، حاوی تعارض و تناقض نباشد، در بردارنده موادی باشد که وضع آنها ضروری است، از ادبیات و نثر معیار پیروی کند و اصول حقوقی در وضع آن رعایت گردد. فقدان صراحت و شفافیت، خاصه در قوانین کیفری، به حاکمیت قانون که از مؤلفه‌های اساسی زمامداری است، آسیب وارد می‌کند.

قانون معیوب و پرابیراد، حتی از حیث ادبی، آن را در نگاه تابعان و مخاطبان، غیر مستحکم و ناستوار جلوه می‌دهد و از کارایی آن به شدت می‌کاهد.

قانون‌گذار نمی‌تواند به هیچ یک از الزامات ماهوی و فنی و صوری وضع قانون بی‌اعتنا باشد.



## پی نوشت

۱. برای ملاحظه تعاریف متعدد ارائه شده از «فقه»، ر. ک: ابوالقاسم علیدوست، فقه و مصلحت، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ص ۶۴ - ۶۸.
۲. رک: ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، ص ۷؛ همو، مقدمه علم حقوق، شرکت سهامی انتشار، ص ۱۳؛ ناصر قربان‌نیا، عدالت حقوقی، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۱، ص ۴۶.
۳. رک: ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۸.
۴. ناصر کاتوزیان، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، مقدمه.
۵. محمدعلی موحد، در هوای حق و عدالت، تهران، نشر آگاه، ص ۳۶۸.
۶. فاطر: ۱۸.
۷. بقره: ۲۸۶.
۸. نساء: ۵۸.
۹. مائده: ۸.
۱۰. نساء: ۱۳۵.
۱۱. مائده: ۳۲.
۱۲. اسراء: ۷۰.
۱۳. به نقل از دکتر گرجی، تاریخ فقه و فقهها، ص ۱۴۵.
۱۴. ضد القواعد الفقهیه، ص ۹۰.
۱۵. الاجتهاد و الحیات، ص ۱۶۷.
۱۶. ده گفتار، ص ۱۰۴.

17. Fuller: The morality of Law, new haven, 1978, P. 84 .

۱۸. رک ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۱۰۹؛ گامی به سوی عدالت، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ج ۱، ص ۹-۱۶۶.

19. H. L. A. Hart: The Concept of Law, Oxforx, Clarendon Press, 1961, P. 202 .

۲۰. سید حسن امامی، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، ج ۱، ص ۱۲.

۲۱. منتسکیو، روح القوانين، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ هشتم، ۱۳۶۲، ص ۵-۸۷۲.

۲۲. می‌ری دلماس مارتی، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، ج ۱، نشر میزان، ۱۳۸۱، ص ۷۷.

۲۳. همان، ص ۶۶.

۲۴. محمد راسخ، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ص ۴۶.

25. Schuck: The limits of Law, ch. 13 به نقل از همان

۲۶. سزاربکاریا، جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۶۸، ص ۴۷.

۲۷. ر. ک: محمد راسخ، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ص ۳.

