

# **بایسته های تقنین**

(با نگاهی انتقادی به قانون مجازات اسلامی)

**دکتر احمد حاجی ده آبادی**

---

شناسنامه پژوهشی

عنوان طرح نامه: بایسته‌های تقنین پژوهشکده: نظام‌های اسلامی

گروه علمی: فقه و حقوق محقق / مترجم: دکتر احمد حاجی ده آبادی

ناظر علمی: \_\_\_\_\_، ارزیابان علمی: ناصر قربان‌نیا - احمد رضانی - محمود حکمت‌نیا

پژوهشیار: \_\_\_\_\_، دستیار: \_\_\_\_\_، ویراستار: حسین دهنوی

موضوع اصلی: قانون‌گذاری و قانون‌نگاری موضوع فرعی: فقه - حقوق جزای اسلامی

مدت انجام تحقیق:

---

## بایسته‌های تقنین

(با نگاهی انتقادی به قانون مجازات اسلامی)

---

دکتر احمد حاجی ده‌آبادی

حاجی ده آبادی، احمد

بایسته‌های تقنین بانگاهی انتقادی به قانون مجازات  
اسلامی / احمد حاجی ده آبادی. — تهران: پژوهشگاه  
فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۳.

۳۵۴ ص ۳۳۵۰۰ ریال : ISBN : 964-8352-22-4

فهرست نویسی براساس اطلاعات فیپا.

کتابنامه: ص ۳۴۵ - ۳۵۴: همچنین به صورت  
زیرنویس.

۱. قانونگذاری. ۲. قانونگذاری (فقه). ۳. فن نگارش --  
حقوق. ۴. حقوق جزا (فقه). الف. عنوان.

۳۴۰/۱۱

۲ ب ۷ ح / ۲۸۶ K

۵۹۷۲ - ۸۲ م

کتابخانه ملی ایران



پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

**بایسته‌های تقنین**

(بانگاهی انتقادی به قانون مجازات اسلامی)

دکتر احمد حاجی ده آبادی

ناشر: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

چاپ: نشاط

چاپ اول: ۱۳۸۳. شمارگان: ۵۰۰ نسخه

قیمت: ۳۳۵۰ تومان

شابک: ۹۶۴-۸۳۵۲-۲۲-۴ - ISBN: 964-8352-22-4

حق چاپ برای ناشر محفوظ است

## 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 تخصّص‌های
۳۳	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
- ۲-۱. 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
- ۳-۱. علل شکلی مغلق‌نویسی ..... ۸۲
- ۱-۳-۱. به کار بردن جمله‌ها و عبارات‌های 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 متشابه ..... ۸۹
- ۱-۳-۶. آوردن چند پیام در یک ماده ..... ۹۱
۲. به کار بردن الفاظ عامیانه و مستهجن ..... ۹۱

۳. رعایت زبان علم و اصطلاح‌های مرسوم آن ..... ۹۳
۴. وجود فقط یک پیام در هر ماده ..... ۹۶
۵. رعایت قواعد دستوری و نوشتاری ..... ۹۸
۶. تدوین اصول کلی و پرهیز از تفصیل بیهوده ..... ۱۰۱
۷. اختصار ..... ۱۱۰
۸. قانون‌نگاری، و «شرط» و «مانع» ..... ۱۱۳
۹. ذکر نکردن فلسفه قانون ..... ۱۱۶
۱۰. نظم ساختاری ..... ۱۲۱
- ۱۰-۱. ترتیب در تعریف موضوع و حکم ..... ۱۲۱
- ۱۰-۲. آوردن مطالب مرتبط به هم در یک باب و یک فصل ..... ۱۲۲
- ۱۰-۳. نامگذاری با دقت عنوان باب‌ها و فصل‌ها ..... ۱۲۶
- ۱۰-۴. مطابقت مواد فصل یا باب با عنوان آن ..... ۱۲۸
- ۱۰-۵. مطابقت داشتن موضوع تبصره، با موضوع اصل ماده ..... ۱۳۰
- ۱۰-۶. جایگاه مناسب مواد و رعایت ترتیب در چینش آن‌ها ..... ۱۳۳
- ۱۰-۷. تقسیم و طبقه‌بندی مواد مرتبط به هم ..... ۱۳۵
- ۱۰-۸. ارجاع صحیح به مواد قبلی و بعدی ..... ۱۳۶
- ۱۰-۹. عدم خلط با دیگر قوانین ..... ۱۳۷
۱۱. قبح استثنای زیاد (تخصیص اکثر) ..... ۱۴۰
۱۲. انسجام درونی ..... ۱۴۴
۱۳. تأثیر روش تفسیر در قانون‌نگاری ..... ۱۴۸

- ۱۴۸ ..... ۱۳-۱. تفسیر
- ۱۴۹ ..... ۱۳-۲. ضرورت و نیاز به تفسیر
- ۱۴۹ ..... ۱۳-۳. انواع تفسیر
- ۱۵۰ ..... ۱۳-۴. روش‌های تفسیر قانون
- ۱۵۰ ..... ۱۳-۴-۱. تفسیر ادبی
- ۱۵۱ ..... ۱۳-۴-۲. تفسیر منطقی
- ۱۵۳ ..... ۱۳-۴-۳. تفسیر تاریخی
- ۱۵۷ ..... ۱۳-۵. تفسیر قوانین کیفری
- ۱۵۷ ..... ۱۳-۶. تفسیر مضیق
- ۱۵۸ ..... ۱۳-۶-۱. رابطه تفسیر مضیق با دیگر روش‌های تفسیری
- ۱۶۰ ..... ۱۳-۶-۲. ماهیت تفسیر مضیق
- ۱۶۲ ..... ۱۳-۷. نقش روش‌های تفسیری در قانون‌نگاری
- ۱۶۳ ..... ۱۴. لزوم تعریف نهادها و مصطلحات قانونی
- ۱۶۴ ..... ۱۵. لزوم تعریف جرم به وسیله قانون
- ۱۶۹ ..... ۱۶. تعریف جرم از ساده به مشدد
- ۱۷۲ ..... ۱۷. تعیین مجازات نقدی بر اساس نرخ تورم
- ۱۷۴ ..... ۱۸. ذکر نکردن اجزای عنصر معنوی
- ۱۷۵ ..... ۱۸-۱. عنصر معنوی جرایم عمدی
- ۱۷۷ ..... ۱۸-۲. عنصر معنوی جرایم غیر عمدی
- ۱۷۷ ..... ۱۸-۳. علم به موضوع در جرایم عمدی

- ۱۷۹ ..... ۱۸-۴. علم به موضوع در جرایم غیر عمدی
- ۱۸۰ ..... ۱۸-۵. ذکر و عدم ذکر عنصر معنوی جرایم عمدی و اجزای آن
- ۱۸۰ ..... ۱۸-۵-۱. انجام ارادی عمل مجرمانه
- ۱۸۱ ..... ۱۸-۵-۲. علم به موضوع
- ۱۸۴ ..... ۱۸-۶. 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 مدوّن
- ۲۰۵ ..... نتیجه
- ۲۰۵ ..... گفتار دوم: جایگاه حقوق اسلام در نظام‌های حقوقی
- ۲۰۵ ..... ۱. دیدگاه‌های موجود
- ۲۰۶ ..... ۱-۱. نزدیکی حقوق اسلام به حقوق غیر مدوّن
- ۲۰۶ ..... ۱-۲. نزدیکی حقوق اسلام به حقوق مدوّن یا زیر گروه بودن آن
- ۲۰۶ ..... ۲. ادلّه دیدگاه دوم
- ۲۰۶ ..... ۲-۱. به صورت قانون بودن منابع اصلی حقوق اسلام
- ۲۰۶ ..... ۲-۲. اهمّیت تفسیر و وجود مکاتب گوناگون تفسیری در
- ۲۰۷ ..... حقوق اسلام
- ۲۰۸ ..... ۲-۳. نقش بسیار ضعیف روئے 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. مرز بین اشخاص

۲۱۹	۶. منابع
	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
۲۳۷	۲. فقه فردی و فقه حکومتی
۲۴۶	۳. توجه به کارآمدی احکام شرعی
۲۵۲	۴. تفسیر قوانین انعکاس یافته از فقه
	۵. منابع لّبی احکام و مشکلات ناشی از تغییر زبان از دلیل لّبی به دلیل لفظی
۲۵۶	۶. فقه و مرزهای عقیدتی و جغرافیایی
۲۵۹	۷. آوردن مخصّص و مقید همراه با عام و مطلق
۲۶۳	۸. تعدّد مرجعیّت و قوانین موضوعه
۲۶۷	۹. مبنای مشروعیّت قوانین: تطابق با نظر مشهور؟ رهبر؟ شورای نگهبان؟ یا...
۲۸۴	۱۰. رابطه جرم فقهی و جرم جزایی
۳۱۲	نتیجه
۳۳۵	ضمیمه
۳۴۱	منابع
۳۴۵	

.....	11
.....	12
.....	13
.....	14
.....	15
.....	16
.....	17
.....	18
.....	19
.....	20
.....	21
.....	22
.....	23
.....	24
.....	25
.....	26
.....	27
.....	28
.....	29
.....	30
.....	31
.....	32
.....	33
.....	34
.....	35
.....	36
.....	37
.....	38
.....	39
.....	40
.....	41
.....	42
.....	43
.....	44
.....	45
.....	46
.....	47
.....	48
.....	49
.....	50
.....	51
.....	52
.....	53
.....	54
.....	55
.....	56
.....	57
.....	58
.....	59
.....	60
.....	61
.....	62
.....	63
.....	64
.....	65
.....	66
.....	67
.....	68
.....	69
.....	70
.....	71
.....	72
.....	73
.....	74
.....	75
.....	76
.....	77
.....	78
.....	79
.....	80
.....	81
.....	82
.....	83
.....	84
.....	85
.....	86
.....	87
.....	88
.....	89
.....	90
.....	91
.....	92
.....	93
.....	94
.....	95
.....	96
.....	97
.....	98
.....	99
.....	100

## 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 تجریدی 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 رضانی که با نظرات ارزشمند خود بر غنای این کار افزودند قدردانی و تشکر نماید.

گروه فقه و حقوق

پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

## مقدمه

بایستهٔ تقنین (جمع آن، بایسته‌های تقنین)، از دو واژهٔ بایسته و تقنین ترکیب یافته است. واژهٔ بایسته در لغت به معنای «واجب، لازم و ضرور» آمده<sup>۱</sup> و در این کتاب، به معنای قواعد، اصول و راهبردها به کار رفته است. واژهٔ «تقنین» که در اصل، واژه‌ای عربی است، در فرهنگ زبان عربی به معنایی به کار رفته که واژهٔ «تدوین» در زبان فارسی و واژهٔ «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.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر، جمع‌آوری و ترتیب سیستماتیک و معمولاً به وسیلهٔ موضوع قوانین دولت یا کشور، یا قواعد و مقررات پوشش دهندهٔ 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؛<sup>۱</sup> 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 حدّ 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 مثالی 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 مقنّن 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 مسؤولیت 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 آن که بگوییم: هر یک، ضامن کل خسارت طرف مقابل است. دوم آن که هیچ یک، ضامن خسارت طرف مقابل نیست؛ زیرا می‌توان گفت به نوعی تهاتر صورت می‌گیرد. سوم آن که 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 تهاتر همیشه در «دین» صورت می‌گیرد، نه در «مسؤولیت»؛ یعنی نمی‌توان گفت: مسؤولیت مدنی این طرف، در برابر مسؤولیت مدنی طرف مقابل، تهاتر 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 عبارات‌ها 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. بدین 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، هر کدام، 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»<sup>۱</sup> نامیده می‌شوند؛ برای مثال از جمله این اصول، «ساده نویسی به جای مغلق‌نویسی»، و «به کار نبردن الفاظ عامیانه و مستهجن» است. نیز این که مقنن 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

1. La Technique Formelle.

کلی یا دائم، و یا الزامی نباشد، قانون نیست.<sup>۱</sup> اصولی که تأمین‌کننده این اوصافند، «بایسته‌های قانون‌گذاری» و به تعبیری، «اصول ماهوی تقنینی»<sup>۲</sup> 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 اولیّه 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.