**پيشينه قانونگذارى به مفهوم امروزين آن در كشور ما به يك قرن نمى‏رسد. قبل از صدور فرمان مشروطيت در سال 1324 هجرى قمرى (1285 شمسى) كه در پى آن «مجلس شوراى ملى» تشكيل گرديد و قانون اساسى و متمم آن تصويب شد، قانون مدون و مرجع خاص قانونگذارى وجود نداشت. احكام و مقررات شرع مقدس اسلام بر مبناى مكتب فقهى اماميه كه توسط فقها و مجتهدين استنباط و بيان مى‏گرديد، بر روابط اجتماعى مردم حاكم بود. دعاوى بر مبناى آن مقررات حل و مفصل مى‏گرديد و كيفر جرائم نيز بر آن اساس تعيين و اجرا مى‏شد. على رغم اختلاف فتوى و وجود نظرات فقهى گوناگون،بسيارى از احكام و مقررات الزامى شرع جامعه اسلامى روشن و مشخص و براى عموم قابل دسترسى بود.**

**قضاوت، نيز در اختيار علما بود كه با اجتهاد خويش، يا با اذن و استفاده از فتواى مجتهدين به حل و فصل دعاوى و اجراى حدود پرداخته و اعمال كيفر مى نمودند.**

**چون سلطنت استبدادى حاكم بود طبقا حسب مورد، فرمان و دستورالعمل شاه و حكام نيز براى مردم لازم الاجرا بود.**

**عمده‏ترين فلسفه نهضت مشروطيت و درخواست استقرار حكومت مشروطه كه از يك سو نشأت گرفته از روح عدالتخواهى تعليمات اسلامى، و از سوى ديگر متأثر از تحولات عميق اجتماعى، سياسى اروپا در قرون 18 و 19 بود، در حقيقت مقيد و محدود كردن اختيارات حكومت و قراردادن آن در چهارچوب يك نظام مشخص و تعيين شده و اصول تصويب شده از سوى منتخبين مردم بود، تا هر حاكمى نتواند به نظر و سليقه و احيانا هوس شخصى خود بر مردم حكم راند و هر فرمانى را خواست، صادر و اجرا نمايد.**

**براى تأمين اين منظور، با اين تلقّى كه حكومت در واقع، عبارت است از مديريت جامعه و هيئت حاكمه به نمايندگى از افراد جامعه و در محدوده اختيارات نمايندگى، انجام وظيفه مى‏كنند، پيش‏بينى شد، با رأى مردم مجلسى مركب از نمايندگان طبقات مختلف آنها تشكيل شود و در همه امور مهم مملكتى شور و بررسى نمايد و مقرراتى را تصويب نمايد كه اداره مملكت و تنظيم روابط اجتماعى مردم بر مبناى آن مقررات صورت گيرد. هر گونه الزام و محدوديت و طبعا هر نوع مجازاتى بايد بموجب مقررات مصوب اين مرجع كه «قانون» ناميده مى‏شود، صورت گيرد.**

**آغاز كشمكش بر سر مشروعيّت قوانين**

**از همان آغاز تشكيل مجلس و شروع فعاليت آن و بخصوص هنگام تدوين متمم قانون اساسى، مسأله مشروعيت مصوبات مجلس مطرح گرديد و نگرانيهايى از اينكه در مجلس مقرراتى بر خلاف موازين و مبانى شرع اسلام تصويب و لازم الاجرا گردد، ابراز شد و بحث‏هاى شديدى بالا گرفت.(1)**

سرانجام در متمم قانون اساسى، از يكسو تصريح شد كه قوانين نبايد مغاير با موازين شرع باشد و «استقرار قانون موقوف است به عدم مخالفت با موازين شرعيه...» (اصل 27 متمم قانون اساسى مشروطه) و از سوى ديگر مرجع مشخصى تعيين شد كه قوانين و مصوبات مجلس را از نظر عدم مغايرت با موازين شرع مورد بررسى قرار دهد و در صورت تشخيص مغايرت با شرع مصوبات جنبه قانونى پيدا نكند.

**اصل دوم متمم قانون اساسى كه بر مبناى پيشنهاد مرحوم شيخ فضل الله نورى و به اصرار ايشان مطرح شد، پس از مدتى بحث، با اندك تغييرى نسبت به پيشنهاد وى بدين شرح تصويب شد:**

**مجلس مقدس شوراى ملّى كه به توجه و تأييد حضرت امام عصر عجل اللّه فرجه و بذل مرحمت اعليحضرت شاهنشاه اسلام خلدالله سلطانه و مراقبت حجج اسلاميه كثرالله امثالهم و عامه ملت ايران تأسيس شده است بايد در هيچ عصرى از اعصار مواد قانونيه آن مخالفتى با قواعد مقدسه اسلام و قوانين موضوعه حضرت خير الانام صلى اللّه عليه و آله و سلّم نداشته باشد و معين است كه تشخيص مخالفت قوانين موضوعه با قواعد اسلاميه بر عهده علماى اعلام ادام الله بركات وجودهم بوده و هست، لهذا رسما مقرر است در هر عصرى از اعصار،**

**هيأتى كه كمتر از پنج نفر نباشد از مجتهدين و فقهاى متدينين كه مطلع از مقتضيات زمان هم باشند باين طريق كه علماى اعلام و حجج اسلام مرجع تقليد شيعه اسامى بيست نفر از علماء كه داراى صفات مذكور، باشند معرفى به مجلس شوراى ملى بنمايند. پنج نفر از آنها را يا بيشتر بمقتضاى عصر، اعضاى مجلس شوراى ملى بالاتفاق يا به حكم قرعه، تعيين نمود، به سمت عضويت بشناسند تا موادى كه در مجلسين عنوان مى‏شود به دقت مذاكره و غور رسى نموده، هر يك از آن مواد معنونه كه مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد، طرح و رد نمايند كه عنوان قانونيت پيدا نكند و رأى اين هيأت علماء در اين باب مطاع و متبع خواهد بود و اين ماده تا زمان ظهور حضرت حجت عصر عجل الله تعالى فرجه تغييرپذير نخواهد بود.»**

**با اين ترتيب، در ابتداى شروع كار تقنين، اين معنى نيز تثبيت شد كه قوانين موضوعه مجلس نبايد با احكام شرع مغايرت داشته باشد تشخيص اين مغايرت نيز بعهده هيأتى از فقها موكول شد كه مى‏بايست كليه مصوبات مجلس را مميزى كنند و با مبانى شرعى بسنجند و اگر به نظرشان مغاير بود، مصوبات، عنوان قانون به خود نمى‏گيرند.**

**سرنوشت اصل دوم متمم قانون اساسى**

**با اينكه سايه موازين اسلامى بر قوانين مصوب مجلس گسترده بود و سعى مى‏شد قوانين مغايرت بارزى با احكام اسلامى نداشته باشد و به خصوص قانون مدنى، عمدتا در انطباق با موازين فقهى و در راستاى تدوين آن‏ها تنظيم شد، مع ذلك اصل دوم متمم قانون اساسى و مميزى فقهاى طراز اول موقعيت اجرائى چندانى نيافت و به زودى به طاق نيسان سپرده شد و در اصطلاح حقوقى، عنوان قانون متروك را به خود گرفت طبعا تب تند روشنفكران تحصيل كرده غرب و متأثر از حقوق اروپائى، كه در دستگاه حاكمه و دادگسترى نفوذ داشتند و بى‏رغبتى بعضى از علما به لزوم چنين اصلى در ابتدا(2) و روشن نبودن ضوابط عملى و ضمانت اجراى لازم، از عوامل متروكه شدن آن اصل بشمار مى‏رود. به تدريج مجلس فاصله خود را در قانونگذارى از موازين فقهى زياد كرد و در دوره‏هاى اخير حتى قوانينى در تعارض آشكار با مقررات شناخته شده مسلم فقهى وضع نمود، مانند قانون حمايت خانواده مصوب سال 1346 و اصلاحى سال 1353 كه اختيار طلاق را از دست مرد گرفت و آن را محدود به موارد خاص مذكور در قانون و با تشخيص دادگاه نمود و يا ولايت قهرى جد پدرى را بعد از فوت پدر از بين برد و نيز حق رجوع در طلاق رجعى را از مرد گرفت و آن را به توافق كتبى زوجين موكول نمود.**

**استقرار نظام جمهورى اسلامى و احياء قوانين شرعى**

**با پيروزى انقلاب اسلامى، در سال 1357 نظام حكومتى سابق فرو ريخت و شالوده نظمى جديد در مملكت‏دارى ريخته شد. در نظم جديد، حكومت هم در پايه و چهارچوب تشكيلاتى و هم در امور اجرائى و قضائى بايد بر اساس موازين و مبانى اسلامى اداره شود و براى حفظ اين اساس و مبنا، نظارت و اشراف جدى فقها براى جلوگيرى از هر گونه انحراف و پيشگيرى از تكرار تجربه دوران مشروطيت بطور روشن در قانون اساسى پيش‏بينى شد، مخصوصا اسلامى‏بودن قوانين و نظارت و مميزى فقها در اين امر بسيار جدى تلقى مى‏شد. در مقدمه قانون اساسى جمهورى اسلامى ايران آمده است:**

**«... قانون گذارى كه مبيّن ضابطه‏هاى مديريت اجتماعى است بر مدار قرآن و سنت، جريان مى يابد، بنابراين نظارت دقيق و جدى از ناحيه اسلام شناسان عادل و پرهيزگار و متعهد (فقهاى عادل) امرى محتوم و ضرورى است...»**

**و اصل چهارم قانون اساسى با دقت و دقت كافى اعلام مى‏دارد:**

**«كليه قوانين و مقررات مدنى، جزائى، مالى، اقتصادى، ادارى، فرهنگى، نظامى، سياسى و غير اينها بايد بر اساس موازين اسلامى باشد. اين اصل بر اطلاق يا عموم همه اصل قانون اساسى و قوانين و مقررات ديگر حاكم است و تشخيص اين امر بر عهده فقهاى شوراى نگهبان است.»**

**اصل هفتاد و دوم نيز مقرر مى‏دارد:**

**«مجلس شوراى اسلامى نمى‏تواند قوانينى وضع كند كه با اصول و احكام مذهب رسمى كشور يا قانون اساسى مغايرت داشته باشد، تشخيص اين امر به ترتيبى كه در اصل نود و ششم آمده بر عهده شوراى نگهبان است.»**

**طبق اصل نودويكم قانون اساسى:**

**«به منظور پاسدارى از احكام اسلام و قانون اساسى، از نظر عدم مغايرت مصوبات مجلس شوراى اسلامى با آنها، شورايى بنام شوراى نگهبان با تركيب زير تشكيل مى‏شود:**

**1ـ شش نفر از فقهاى عادل و آگاه به مقتضيات زمان و مسائل روز، انتخاب اين عده با مقام رهبرى است.**

**2ـ شش نفر حقوقدان، در رشته‏هاى مختلف حقوقى، از ميان حقوقدانان مسلمانى كه به وسيله رئيس قوه قضائيه به مجلس شوراى اسلامى معرفى مى‏شوند و با رأى مجلس انتخاب مى‏گردند.»**

**قانون اساسى، براى محكم‏كارى و دچارنشدن شوراى نگهبان به سرنوشت هيأت پنج نفره مجتهدين اصل دوم متمم قانون اساسى، در اصل 93 اعلام داشته كه: «مجلس شوراى اسلامى بدون وجود شوراى نگهبان اعتبار قانونى ندارد...» و در اصل 94 مقرر داشته كه كليه مصوبات مجلس بايد به شوراى نگهبان فرستاد شود. و به حكم ماده مزبور، در صورتى مصوبه مجلس قابل اجراست كه شوراى نگهبان آن را مغاير موازين شرع و قانون اساسى نبيند يا با گذشت ده روز از تاريخ وصل مصوبه (در مورد استمهال تا 20 روز ) اظهار نظرى ننمايد.**

**بدين ترتيب، بروشنى پيداست كه طبق قانون اساسى، در نظام جمهورى اسلامى ايران، قانونگذارى بايد بر اساس احكام و موازين شرعى باشد و قوانينى كه مغاير با احكام شرع تصويب شود با تشخيص و مميزى فقهاى شوراى نگهبان، اعتبار قانونى نمى‏يابد و قابليت اجرا ندارد.**

**مجلس بايد در هر زمينه كه قانون وضع مى‏كند، دقت نمايد، امرى خلاف احكام شرع، را بعنوان قانون تصويب نكند، و شوراى نگهبان بايد با ديد تيزبين، كارشناسانه خود همه مصوبات مجلس را زير نظر بگيرد و با معيارهاى فقهى و شرعى، بسنجد و اگر مغايرتى ميان آنها و شرع ديد براى اصلاح به مجلس باز گرداند.**

**مبنا و معيار سنجش قواينين با موازين شرعى**

**بحثى كه در اينجا مطرح مى‏شود اين است كه اولاً اگر در نظامى حكومتى وجود مرجعى براى تصويب قواينن پذيرفته شد، و اين مرجع كه در واقع مجمعى از نمايندگان منتخب مردم است بايد با در نظر گرفتن مصالح عامه و به تناسب زمان و نيازمنديهاى حادث جامعه، به وضع مقررات مناسب و لازم را اقدام نمايند، چرا بايد در وضع اين قوانين، احكام و موازين شرعى را در نظر بگيرد و علماى دين شناس بر مقرراتى كه براى اداره و اصلاح امور دنياى مردم وضع مى‏شود و هر زمان متغير است، نظارت و بازرسى نمايند.؟**

**ثانيا با فرض موجه بودن رعايت احكام و موازين اسلامى در وضع قوانين و دخالت فقهاى دين شناس در تشخيص اين امر، با توجه به حدوث نيازهاى جديد و مسكوت بودن بسيارى از احكام در نصوص شرعى و اختلاف نظر فقها در بسيارى از موارد، براى تشخيص شرعى بودن يا نبودن مقررات مورد نياز، چه چيزى را بايد معيار قرار داد و مثلاً فقهاى شوراى نگهبان بر چه اساسى امرى را مطابق يا مغاير موازين شرعى تشخيص مى‏دهند؟**

**در قسمت اول، يك بحث اساسى و زيربنايى وجود دارد، شبهات و سئوالات جدى مطرح مى‏شود و كسانى قويا معتقدند بايد امر قانونگذارى و وضع مقررات براى اداره جامعه را از وابستگى به مبانى دينى و شرعى جدا نمود و قوانين را در دايره دين محصور نكرد، كه همواره مشكل‏آفرين خواهد بود و فايده‏اى هم بر آن مترتب نيست، از احكام دينى و مقررات مذهبى فقط به عنوان يكى از منابع قانونگذارى مى‏توان استفاده نمود. بررسى اين بحث و تبيين نظرات مختلف و گزينش مبناى صحيح، خود مقاله جداگانه مى طلبد. آنچه مسلم است، در نظام ما پذيرفته شده كه در شرع مقررات و احكامى در زمينه مسائل اجتماعى و مرتبط به روابط حقوقى مردم وجود دارد. و در وضع قوانين و مقررات نبايد از آن احكام تخطى و تجاوز كرد چه، در غير اين صورت عنوان حكم به «غير ما انزل الله» بر آن صدق مى‏كند. و به حكم قرآن كسى كه به «غير ما انزل الله» حكم كند (چه به عنوان تقنين و چه به عنوان قضاوت) فاسق، كافر و ظالم محسوب مى‏شود.(3)**

بنابراين مسأله مهم، تشخيص «ما انزل الله» از «غير ما انزل الله» است؛ مخصوصا در مواردى كه در كتاب و سنت حكم صريحى وجود نداشته باشد، واضعين قانون و پاسداران شريعت كه ناظر بر آن هستند با چه معيار و براساس چه نظر و استنباطى مغايرت يا مطابقت آن را با شرع تشخيص مى دهند؟

**قانون اساسى، در اصل 91 فقهاى شوراى نگهبان را به عنوان مجتهد عادل و آگاه به مقتضيات زمان و مسائل روز، توصيف كرده است، يعنى كسانى كه بر مبانى فقه و ادله استنباط، اشراف كامل دارند و به مقتضيات زمان و مسائل و نيازهاى روز، كه اى بسا متفاوت از دوران گذشته بوده و مقررات جديدى را اقتضا مى‏كنند، آگاهى دارند، مى‏توانند تشخيص صحيح بدهند و با اين اساس، قانونى را كه مغاير يا موافق شرع، اعلام نمايند و با اين ديد حكم خدا و «ماانزل اللّه» را كشف نمايند.(4)**

**شيوه عملى تقنين بر اساس موازين شرعى، پس از انقلاب**

**شور و شوق برقرارى حكومت اسلامى و اجراى مقررات شرعى و حذف قوانين خلاف شرع، موجب شد كه عملاً فتاوى مشهور فقها به عنوان معيار سنجش شرعيت مصوبات به حساب آيد و بر آن مبنا قوانين، وضع، اصطلاح يا منسوخ گردند. در واقع رساله‏هاى عمليه مراجع بزرگ و برخى كتب فقهى معتبر متعلق به زمانهاى گذشته، معيار سنجش قوانين قرار گرفت و بر آن مبنا بسيارى از قوانين، وضع، اصلاح يا نسخ شدند. به تعبير ديگر، نظرات و فتاوى رايج فقهى كه سالها نقشى در زندگى اجتماعى مردم نداشتند، يكباره مبناى قانونگذارى شدند و براساس آن‏ها قوانين، تغيير يافتند. و اين تغييرات بدون توجه به مقتضيات زمان صورت گرفت و مشكلات زيادى را بدنبال آورد بگونه‏اى كه در بعضى از موارد ناچار شدند، به نحوى از قانون جديد صرف نظر نمايند و ديگر بار با ظرافت و پيچيدگى خاصى موضوع را به همان وضعيت نخست در آورند و يا در جستجوى چاره اى براى آن برآيند.**

**نگاهى بر روند قانونگذارى در دوران 15 ساله پس از انقلاب، و تحولات آن و مشكلات و مسائل اجرائى قوانين مزبور، نشان مى‏دهد كه بايد تحولى در قانونگذارى و بينش حاكم بر انطباق قوانين با موازين شرع به وجود آيد وگرنه همواره اين تصور ايجاد مى‏شود كه تقيّد به موازين شرع، مانعى براى تكامل حقوق و وضع قوانين بر اساس نيازمنديهاى ضرورى جامعه است اين امر، يا به كنار گذاشتن موازين شرعى مى‏انجامد و يا بدليل وجود قوانين بازدارنده و غير منطبق با مقتضيات زمان به عقب ماندن جامعه دينى از توسعه و پيشرفت، منجر مى‏شود؛ و يا پيداكردن راهها و حيله‏هائى كه ظاهرا اسم عناوين شرعى محفوظ بماند، ولى عملاً چيز ديگرى اجرا شود، را در پى خواهد داشت.**

**حال براى روشن‏تر شدن موضوع و جلب توجه به لزوم تجديد نظر در بينش فعلى، به چند نمونه اشاره مى‏كنيم:**

**1ـ در سال 1361 در جهت اسلامى كردن قوانين و حذف مقررات خلاف شرع، قوانينى وضع شد و برخى قوانين موجود نيز اصلاح گرديد. قانون مدنى هم كه عمدتا در انطباق با موازين شرعى تنظيم شده و احكام فقهى در آن بصورت مواد قانونى در آمده است، مشمول اين اصلاح واقع و برخى از مواد آن كه با نظرات رايج و موجود فقهى، مطابقت نداشت، به عنوان مغايرت با شرع حذف گرديد و يا به شكل ديگرى در آمد. از جمله مواد اصلاح شده مواد 1209 و 1210 در مورد سن بلوغ و رشد است.**

**كودك، به لحاظ صغر سن فاقد رشد عقلى و درك تشخيص مصالح و منافع خويش است، از اين رو محجور است و نمى‏تواند در اموال خود تصرف كند و براى خود ايجاد تعهد نمايد. رسيدن به سن بلوغ و رشد، به دوران محجوريت خاتمه مى دهد و شخص از تحت ولايت يا قيمومت خارج شده، مى‏تواند در امور مربوط به خود تصرف نمايد. بلوغ، مرحله‏اى است كه دگرگونى طبيعى در انسان ايجاد مى‏كند و زمينه رشد عقلانى و تكليف پذيرى او را فراهم مى نمايد. و مى‏تواند در امور مربوط به خود تصرف نمايد. بلوغ، تكليف پذيرى او را فراهم مى نمايد.**

**طبق نظر فقها، بلوغ موجب وجوب و لزوم انجام تكاليف عبادى مى‏شود و رسيدن به مرحله بلوغ، علائمى دارد از جمله رسيدن به سن 15 سال تمام قمرى در پسر و 9 سال تمام قمرى در دختر.(5) ولى عموما فقهاء سن بلوغ را ملازم با رسيدن به مرحله رشد و در نتيجه خروج از حجر و استقلال در اداره امور و تصرف در اموال خود نمى‏دانند. بلكه بايد علاوه بر بلوغ رشد نيز احراز بشود.(6)**

در كتابهاى فقهى، اماره كلى مشخصى براى رشد پيش‏بينى نشده است بلكه ظاهر از عبارت فقها اين است كه در هر مورد بايد با ملاكها و معيارهاى تعيين شده، رشد كودكى كه به مرحله بلوغ رسيده، احراز گردد تا بتوان او را غير محجور دانست و با او معامله كرد و اموالش را در اختيارش گذاشت. احراز رشد نيز به تناسب وضع طفل و محيط خانواده و زندگى او و با آزمودن رفتار وى نسبت به اموالى كه در اختيارش گذارده مى‏شود بعمل مى‏آيد.(7)

تدوين‏كنندگان اوليه قانون مدنى ظاهرا با توجه به اين موضوع و با عنايت به اينكه قانون كارى به تكاليف عبادى اشخاص ندارد و بر روابط معاملاتى و اجتماعى مردم حاكم است و بنابراين آنچه بيان آن در قانون مهم است موضوع رشد مى‏باشد و با توجه به دشواريهائى كه در عمل بر واگذارى احراز شد به هر مورد خاص وجود دارد، در صدد بر آمدند يك اماره كلى ملموس براى رشد قرار دهند تا مردم در روابط اجتماعيشان دچار مشكل نشوند و استثناءا موارد خلاف اصل را نيز قابل رسيدگى و اثبات دانستند. با در نظر گرفتن وضع غالب كودكان كه در حدود سن 18 سالگى به حد رشد مى‏رسند، سن 18 سال را بعنوان اماره رشد قرار دادند و پيش‏بينى كردند كه خلاف اين اماره نيز قابل اثبات است. بر اين مبنا ماده 1209 قانون مدنى مقرر مى‏داشت:

**«هركس كه داراى هجده سال تمام نباشد در حكم غير رشيد است مع ذلك در صورتى كه بعد از پانزده سال تمام، رشد كسى در محكمه ثابت شود از تحت قيومت خارج مى‏شود.»**

**و ماده 1210 مى‏گفت:**

**«هيچ كس را نمى‏توان بعد از سيدن به هجده سال تمام به عنوان جنون يا عدم رشد محجور نمود، مگر آنكه عدم رشد يا جنون او ثابت شده باشد.»**

**اگر قرار باشد، از لحاظ شرعى، صرف سن بلوغ، اماره رشد و خروج از قيمومت نباشد، با عنايت به ملاك غالب و عمل عقلاء به نظر نمى‏رسد سن خاصى را بعنوان اماره سن رشد قرار دادن، حكمى خلاف شرع و مغاير «ما انزل اللّه» باشد، زيرا در نصوص شرعى و بخصوص آيه 5 سوره نساء ظاهرا بر عدم تلازم بين بلوغ و حصول رشد تأكيد شده، ولى نه مقطع سنى مشخصى تعيين شده و نه از تعيين اماره سنى رشد بر مبناى غالب براى سهولت امور و پيش‏بينى امكان اثبات خلاف آن، منع شده است.**

**با اين وجود در اصلاحيه قانون مدنى در سال 1361، ماده 1209 بدين عنوان كه خلاف شرع است حذف رشد و اين اماره كه افراد قبل از رسيدن به سن 18 سال، محجور محسوب مى‏شوند از بين رفت و ماده 1210 نيز اصلاح شده، بدين صورت در آمد: «هيچ كس را نمى‏توان بعد از رسيدن به سن بلوغ به عنوان جنون يا عدم رشد، محجور نمود، مگر آنكه عدم رشد يا جنون او ثابت شده باشد.»**

**دو تبصره هم به ماده مزبور اضافه شد كه تبصره 1 آن مقرر مى‏دارد: «سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمرى و در دختر نه سال تمام قمرى است.»**

**و به تبعيت از ظاهر آيه 5 سوره نساء كه دادن اموال يتيمان صغير را قبل از احراز رشد ممنوع مى‏داند (فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم.)**

**تبصره 2 ماده 1210 به اين شرح تنظيم گرديد: «اموال صغيرى را كه بالغ شده است، در صورتى مى‏توان به او داد كه رشد او ثابت شده باشد.»**

**در اين تبصره معلوم نشده كه آيا تصرفات و اعمال حقوقى ديگر صغيرى كه به حد بلوغ رسيده نيز موكول به احراز رشد است يا صرف بلوغ اماره رشد و مجوز اقدام در آن امور مى‏گردد و تنها در مورد تحويل دادن اموال صغير به او، احراز رشد لازم است. و نيز مشخص نيست كه اين احراز رشد بايد بوسيله دادگاه صورت گيرد يا در هر مورد شخصى كه با صغير طرف است بايد شخصا با معيارهاى عرفى سنجش رشد، او را اختيار نموده و رشد را احراز نمايد.؟**

**به هر حال حذف ماده 1209 و نحوه انشاى ماده 1210، ظهور در اين معنى دارد كه سن بلوغ، اماره رشد است و نمى‏توان طفل را پس از رسيدن به سن بلوغ محجور محسوب داشت، مگر آنكه جنون يا عدم رشدش ثابت شود. بنابراين مقتضاى ماده 1210 اصلاحى اين است كه با رسيدن طفل به سن بلوغ از تحت ولايت و قيمومت خارج مى‏شود و مى‏تواند هر نوع تصرفى در امور و اموال خود بنمايد. ولى تبصره 2 ماده مزبور بدون اينكه مستقيما اين اصل را بر هم بزند در مورد تحويل دادن اموال صغير، محدوديتى قائل شده و مقرر داشته، بايد پس از بلوغ رشد را احراز كرد تا بتوان اموال صغير را به او تحويل داد.**

**برخى از صاحب نظران فقهى معتقدند، بلوغ، اماره رشد است و جز در مورد ايتام كه طبق آيه 5 سوره نساء براى دادن مال آنها احراز رشد لازم است در ساير موارد و معاملات بايد بنا را بر اصالت رشد گذاشت و احراز رشد لازم نيست.(8) تبصره 2 ماده 1210 هم در واقع همين مورد استثنائى را بيان كرده و بنابراين در غير آن مورد، همان اصالة الرشد فرد بالغ حاكم است.**

**ولى براى عرف جامعه به هيچ وجه قابل هضم نبود كه مثلاً يك دختر 10 ساله، 11 ساله بتواند در امور مالى خود تصرف نمايد و رشيد محسوب گردد. عدم پذيرش منطقى اين امر و مشكلاتى كه در عمل وجود داشت سرانجام هيأت عمومى ديوان كشور را بر آن داشت كه با استفاده حكم كلى از تبصره 2 ماده 1210، طى يك رأى وحدت رويه اصل را بر عدم رشد گذارده و احراز رشد را لازم بداند.(9)**

بر مبناى رأى وحدت رويه، صغير پس از رسيدن به سن بلوغ تا وقتى رشد او اثبات نشده نمى‏تواند در امور مالى خود مداخله و تصرف نمايد و همچنان تحت ولايت است يا بايد براى او قيم تعيين كرد؛ و هيچ اماره سنى هم براى رشيد محسوب داشتن او در نظر گرفته نشده است. طبق رأى وحدت رويه مزبور سن بلوغ اماره رشد صغير براى دخالت در هر نوع امور مربوط به خود غير از امور مالى است. و حال، اين مسأله مطرح مى‏شود كه اگر امور و تكاليف عباردى را كه بيان آنها مربوط به قانون نيست كنار بگذاريم، امور مالى هم كه حرف رسيدن به سن بلوغ مجوز دخالت صغير نيست و اثبات رشد لازم دارد، جدا كنيم، چه امورى باقى مى ماند كه مربوط به خود صغير است و دخالت در آنها نياز به رشد دارد ولى صرف بلوغ در رابطه با اين امور، اماره رشد محسوب مى‏شود، به نظر مى‏رسد در اين خصوص مى‏توان موضوع نكاح و اطلاق، تابعيت را مطرح كرد. در مورد تابعيت با توجه باينكه يك امر سياسى و حكومتى است و دولت براى آن ضوابط و مقرراتى گذاشته و ورود و خروج آن را منوط به شرايطى از جمله داشتن سن 18 سال تمام كرده است، مشكل به نظر مى‏رسد كه بتوان آن را تابع بلوغ و اصالة الرشد ناشى از آن دانست.

**در خصوص نكاح نيز چون عمدتا همراه با تعيين مهر و الزام به دادن نفقه و احيانا شروط تعهدآور است، باز مسأله دخالت در امور مالى پيش مى‏آيد و احراز رشد لازم است.**

**فقط موضوع طلاق مى‏تواند مطرح باشد و بتوان گفت صغيرى كه به حدّ بلوغ رسيده، با توجه به اصالت رشد بالغ و بدون نياز به اثبات رشد، مى‏تواند زوجه خود را طلاق دهد.**

**آيا قانونگذار با حذف و اصلاح مواد 1209 و 1210 بعنوان منطبق كردن آنها با موازين شرع فقط همين نتيجه را دنبال ميكرده و تمام هدف براى از بين بردن يك اصل قانونى و تأسيس اصل جديد، اين بوده كه اگر فرضا قبل از رسيدن به سن بلوغ زنى را بعقد پسرى در آوردند و او پس از رسيدن به سن بلوغ قبل از اثبات يا رد شدن زن خود را طلاق داد، اين طلاق صحيح محسوب گردد؟! در حالى كه اساسا شأن و مقام بيان ماده 1210 رشد و حجر افراد در امور مالى است. زيرا ماده 1207 مى‏گويد: «اشخاص ذيل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالى خود ممنوع هستند:**

**1ـ صغار...**

**و مواد 1209 و 1210 در مقام تبيين حجر و موقع رشد صغار انشاء شده‏اند.**

**بهر صورت آنچه اكنون در عمل مشاهده مى‏شود و مبناى كار ادارات و بانكها و مراجع دولتى بر آن قرار گرفته و كسى هم مخالفتى با آن نمى‏نمايد، همان ترتيب قبلى است يعنى با صغير تا قبل از رسيدن به سن 18 سال تمام به عنوان غير رشيد رفتار مى‏شود، و پس از رسيدن به سن 18 سال همانند رشيد با او رفتار مى‏گردد. و به ماده 1210 قانون مدنى تنها به صورت يك نوشته رسمى كه بحسب ظاهر حكم شرعى را بيان كرده و عنايتى به كاربرد داشتن آن نيست نگريسته مى‏شود.**

**حال اين سئوال مطرح است كه آيا بهتر نبود براى جلوگيرى از مهجور و متروك ماندن حكم شرعى، بينش فقهى را عوض كرد و در مورد اين قضيه با اين ديد به مسأله نگاه كرد كه مستفاد از آيه 5 سوره نساء اين است كه تصرف صغير در امور مالى خود موكول به احراز رشد است و آنگاه با مراجعه به منطق عقل و عرف و ملاحظه وضع غالب افراد جامعه سن مشخصى را اماره رشد قرار داد(10) و با توجه به اينكه بطور غالب قدر مسلم رشد عقلانى دختران در امور مالى و معاملاتى جلوتر از پسران نيست، سن مشخصى را براى هر دو جنس مذكر و مؤنث اماره رشد گرفت و از اين همه مشكلات عملى و بى محتوا شدن قانون جلوگيرى كرد؟**

**2ـ نمونه قابل ملاحظه ديگرى كه مى‏توان ذكر كرد، موضوع ديه و تعيين مقدار آن در قانون مجازات اسلامى است.**

**قانونگذار در جهت اسلامى كردن مقررات جزائى، دگرگونى عميقى در قوانين جزائى نسبت به آنچه رژيم گذشته بود، ايجاد كرد و با استفاده از متون كتب فقهى مجازاتها را تحت عنوان حدود، قصاص، ديات و تعزيرات تعيين نمود كه بسيارى از آنها در عمل با مشكلاتى مواجه شده و قابل بحث است. در اينجا فقط به مورد ديه كه در واقع به عنوان خسارت قتل يا جرح و ضرت مجنى عليه تعيين شده است اشاره مى‏كنيم.**

**ماده 297 قانون مجازات اسلامى مصوب آذر ماه سال 1370:**

**«ديه قتل مرد مسلمان را يكى از امور ششگانه زير قرار داده است: يكصد شتر، دويست گاو، يكهزار گوسفند، دويست دست لباس از حله‏هاى يمن، يكهزار دينار مسكوك سالم و غير مغشوش، ده هزار درهم مسكوك سالم و غير مشغوش. و قاتل مى‏تواند هر يك از آنها را انتخاب و به اولياء دم تأديه نمايد.»**

**همين مضمون ابتدا در ماده 3 قانون ديات مصوب سال 1361 آمده بود.**

**بى گمان، امروزه كمتر كسى است كه از وضع چنين قانونى دچار شگفتى نشود و در حيرت نيافتد كه چگونه قانوگذار براى مردمى كه در اين مقطع زمانى در محدوده جغرافيائى ايران زندگى مى‏كنند قانونى وضع كند و خسارت ناشى از قتل و يا غرامت قتل را مثلاً ده هزار درهم مسكوك و يا هزار دينار مسكوك و يا دويست حله يمنى تعيين كند. مگر دينار مسكوك يا درهم مسكوك امروز، در ايران وجود خارجى دارد كه قانونگذار آنها را انواع ديه ذكر كرده است؟ و يا لباس حله يمانى امروزه چيز روشن و مشخص و رايجى است كه يك مجرم ايرانى مرتكب قتل بعنوان ديه انتخاب نمايد، تهيه و تأديه شتر و گاو و گوسفند نيز امروزه امرى غير معمول و دشوار است و شگفت اين است كه با وجود اين وضع چگونه قانونگذار چاره ديگرى نيانديشيده و عين اين عناوين را در قانون ذكر كرده است.**

**البته روشن است كه قانونگذار در جهت وضع قانون براساس موازين شرع، در مورد ديات همچنين مقرراتى را وضع كرده است زيرا در نصوص شرعى و فتاواى فقها اين ترتيب آمده است.**

**حال اگر در مبانى شرعى اين حكم اندك تأملى كنيم، بى درنگ در اين امر، كه تعيين اين عناوين، امروزه در قانون در جهت اجراى حكم شرعى باشد، ترديد مى‏كنيم.**

**در قرآن كريم از پرداختن ديه به خانواده مقتول در مورد قتل خطائى سخن بميان آمده ولى ميزان ديه تعيين نشده است.(11)**

طبق روايات وارده در اين مورد عرف پذيرفته شده زمان جاهليت، صد شتر به عنوان ديه قتل انسان بود. پيامبر اسلام آن را مناسب دانست و همان را تثبيت كرد ولى براى تسهيل امر و امكان عملى اجراى حكم، معادلهائى هم براى آن پيش‏بينى شد، ممكن بود اين معادلها بصورت وجه نقدى (مقدار دينار يا درهمى كه معادل قيمت صد شتر است) پرداخته شود و هم ممكن بود اجناس ديگر از قبيل گاو، گوسفند و حتى جامه و لباس (حله يمانى كه در آن وقت جنس رايجى بوده) به عنوان ديه داده شود. در بعضى از روايات تصريح شده كه اساس محاسبه، ديه صد شتر است ولى مى‏توان قيمت آن را از بابت هر شتر ده دينار يا 120 درهم (كه بر اين اساس ديه دوازده هزار درهم مى‏شود) پرداخت كرد يعنى همزمان مى‏توان بجاى شتر قيمت آن را بصورت پول رايج كه در زمان و مكان صدور رويات درهم و دينار بوده پرداخت نمود.

**بر مبناى برخى از روايات امير المؤمنين على(ع) مبناى ديه را هزار دينار قرار داد كه مى‏توان بجاى آن، درهم (براساس هر دينار ده درهم) پرداخت نمود و باديه نشينان و كشاورزان و دامداران كه با شتر و گاو و گوسفند سروكار دارند و مبادلاتشان با حيوانات مزبور راحت‏تر انجام مى‏گيرد، تا پول نقد، مى‏توانند، شتر، گاو يا گوسفند بدهند.**

**و طبق مفاد بعضى از روايات، حكمت اين كار امير المؤمنين على(ع) اين بوده، كه قبل از اسلام، باديه نشينى رواج بيشترى داشته و در منطقه ظهور اسلام بيشتر مبادلات بر روى اجناس و شتر و گاو و گوسفند صورت مى‏گرفته است لذا همانها مبناى اصلى ديه قرار گرفته‏اند، ولى پس از استقرار حكومت اسلامى پول نقد مخصوصا در مناطق شهرى رواج پيدا كرد و لذا اساس ديه هم بر پول نقد و رايج گذاشته شد و البته باز هم براى تسهيل جريان امور، تأديه ديه از شتر و گاو از باديه نشينان مجاز شمرده شد.(12)**

از سير در آيات و روايات و تأمل در آنها چنين بنظر مى‏رسد كه اصولاً مقدار متعين و مشخص و هميشگى براى ديه از نظر شرع وجود ندارد بلكه آنچه از تشريع اصل ديه از قرآن كريم استفاده مى‏شود آن است كه پرداخت غرامت به خانواده مقتول از سوى قاتل لازم است، كه ميزان آن با توجه به عرف متناسب و معقول زمان براى جبران خسارت مادى و معنوى خانواده مقتول تعيين مى‏گردد. و پيامبر اسلام، چون در زمان خود صد شتر كه عرف رايج نه عنوان غرامت قتل شناخته بود، را متناسب ديده، تأييد و تثبيت كرد و تثبيت اين امر به معناى تعيين ديه قتل انسان در صد شتر يا معادل آن نيست، همين معنا در مورد ديه و خسارت ناشى از انواع جرح و صدمات جسمانى نيز مى‏تواند صادق باشد.

**اگر بتوان تجرى كرد و چنين اجتهاد وسيعى نمود، مى‏توان موضوع ديه را در مبحث كلى مسئوليت مدنى كه امروزه گسترده شده ادغام كرد و تحت عنوان ضرر و زيان ناشى از جرم ميزان آن تعيين و مطالبه نمود و به بحثهاى مربوط به امكان مطالبه خسارت بيش از ميزان تعيين شده ديه يا عدم آن پايان داد.**

**اگر ابراز چنين اجتهادى تجرى محسوب شده، مطرود و مردود باشد، حداقل براحتى مى‏توان مبناى اصلى ديه را همان صد شتر قرار داد و با توجه به عدم رواج مبادله گاو و گوسفند و شتر در عرف كنونى، قيمت آن را به صورت پول رايج كشور به تناسب زمان و با در نظر گرفتن نوسانات تعيين كرد و همان را در قانون آورد. كارى كه اخيرا برخى از كشورهاى عربى كرده‏اند.**

**قانون مدنى جديد كويت كه از سال 1981 لازم الاجرا گرديده در ماده 251 اعلام مى‏دارد كه ديه كامل انسان ده هزار دينار است (طبعا منظور دينار كه واحد پول كويت است مى‏باشد) و مى‏توان طبق تصويب‏نامه ميزان آن را تعديل كرد.(13)**

اخيرا نظام جمهورى اسلامى ايران نيز از طريق فتواى رهبرى و نه از طريق اصلاح قانون تا حدى همين روش را پيش گرفته است براساس بخشنامه شماره 22/15 به تاريخ 8/1/74(14) وزير دادگسترى مبتنى بر فتواى مقام رهبرى، درهم و دينار از آن جهت كه بعنوان پول رايج زمان جزء اعيان ششگانه ديه آمده‏اند و فعلاً موضوعيت ندارند و حله يمانى نيز چون ندخول آن موضوعا و حكما در عداد عناوين ديه مورد ترديد است، از محاسبه ديه خارج شدند و عناوين ديه منحصر شد به شتر، گاو و گوسفند، كه بدون لزوم اثبات متعذر بودن عين آنها، مى‏توان قيمت آنها را پرداخت كرد و قيمت هم بر اساس نظر كارشناسى هر شش ماه يكبار تعيين مى‏شود. براى شش ماهه اول سال 1374 قيمت سه نوع حيوان مزبور تعيين شده كه چون قيمت صد شتر كمتر است جانى كه در انتخاب سه نوع مزبور مختار است، طبعا قيمت كمتر را انتخاب مى‏كند، مى‏توان گفت ميزان ديه در حال حاضر يعنى شش ماهه اول سال 1374، / 000,250,36 ريال (قيمت صد شتر) است.

**قيمت دويست گاو: / 000,000,630 ريال و قيمت يكهزار گوسفند، /000,250,92 ريال تعيين شده است.**

**حال كه كار تا اينجا پيشرفت كرده بايد انتظار داشت كه در آينده نزديك منجزا يكى از اعيان سه گانه (على القاعده شتر) مبناى ديه قرار گيرد و قيمت آن براى پرداخت ديه محاسبه گردد و ماده 297 قانون مجازات اسلامى نيز بر اين مبنا اصلاح گردد:**

**باش تا صبح دولتت بدمدكاين هنوز از نتايج سحر است.**

**اگر بخواهيم نمونه‏هائى از اين قبيل ذكر كنيم و مورد تجزيه و تحليل قرار دهيم، مثنوى هفتاد من كاغذ مى‏شود، مشكلات و دشواريهائى كه نگرش رايج در مورد احكام شرعى و قانونگذارى بر اساس انطباق آن با موازين شرعى در زمينه تجديد نظر در حكم دادگاه، خسارت تأخير تأديه، خسارت دادرسى، مرور زمان، طرق اثبات جرم، و امثال آنها ايجاد كرده، هر يك بحث مفصلى را مى طلبد كه اين مقال را مجال آن نيست.(15)**

نتيجه‏گيرى و پيشنهاد ـ هدف از طرح اين مبحث و اشاره به برخى نمونه‏ها، نشان دادن نادرستى بينش و روش فعلى در قانونگذارى بخصوص در زمينه شرعى كردن قوانين است.

**در بسيارى از موراد بنظر مى‏رسد، قانونگذار به ظواهر و عبارات و الفاظ ظاهر الصلاح و متناسب با تعبيرات رايج در كتب فقهى قديم بيشتر اهميت مى‏دهد تا بر آوردن مصالح و نيازهاى واقعى جامعه و وضع مقررات روشن و بدون ابهام، مثال بارز آن را مى‏توان در مورد مقررات مربوط به تجديد نظر از احكام دادگاهها مشاهده كرد. براساس يك برداشت غير دقيق از احكام شرعى كه رأى صادره از قاضى قطعى است و نمى‏توان در آن تجديد نظر كرد در قانون «اصلاح موادى از آئين دادرسى كيفرى» مصوب سال 1361 تمهيد ظاهرى جالبى انديشيده شد. از يك طرف اين باور جا افتاده بود كه احكام صادره از دادگاه على الاصول قطعى است و تجديد نظر از حكم قاضى خلاف شرع است بنابراين مى‏بايست مراجع تجديد نظر را منحل كرد و حكم قاضى بدوى را نيز قطعى و غير قابل تجديد نظر اعلام نمود از طرفى تجربه نشان داده بود كه برخى قضات، خطاهاى فاحشى در اصرار حكم داشتند و قطعى دانستن آراء صادره از قاضى واحد (چون تعدد قاضى نيز خلاف شرع دانسته مى‏شود) مبنى بر قصاص، اعدام، رجم، و ساير حدود كه اگر خطا باشد و اجرا گردد قابل جبران نيست، سنگين و غير قابل پذيرش بود، قانونگذار به جاى اينكه اجتهادى پويا از خود نشان دهد و تجديد نظر در حكم دادگاه را امرى معقول و منطقى و مغايرت آن را با موازين شرع مردود اعلام نمايد، براى حفظ ظاهر دست به اختراع جديدى زد و مرحله نظريه را ابداع كرد و بر قضات دادگاه‏هاى كيفرى يك تحميل كرد كه وقتى پرونده را رسيدگى كردند و محاكمه‏شان تمام شد و نظر و تصميم قضائيشان به تعيين مجازات اعدام، قصاص، رجم و ساير حدود منتهى شد، رأى خود را انشاء كنند ولى اسم آن را رأى يا حكم نگذارند بلكه آن را نظريه نام نهند و اين نظريه در ديوان كشور قابل تجديد نظر است، ماده 287 قانون مزبور مقرر مى‏داشت:**

**«رئيس دادگاه كيفرى يك پس از رسيدگى و محاكمه متهم و مطالعه پرونده و نظريه مشاور هرگاه نظرش منتهى به برائت متهم و يا به كيفرى كمتر از كيفرهاى مندرج در ماده 198 و تبصره آن باشد، رأسا مبادرت به انشاء حكم مى‏كند و اين حكم بجز در موارد مذكور در ماده 284 قطعى است لكن هرگاه نظرش منتهى به كيفرهاى مذكور شد، بدون انشاء رأى بدوا نظر و استنباط قضائى خود را بطور كتبى، موجها به ديوان عالى كشور ارسال مى‏دارد، ديوان عالى كشور، با ملاحظه نظريه دادگاه و رسيدگى شكلى به پرونده امر چنانچه نظريه را صحيح و موجه تشخيص داد آن را تنفيذ و پرونده را اعاده مى‏نمايد تا رئيس دادگاه انشاء حكم نمايد...»**

**مگر احكام شرع به مقتضاى مصلحت مردم و براى تنظيم و اداره صحيح امور آنها وضع نشده است؟ آيا منطقى، عقلائى و صحيح است كه از يك سو حكمى را شرعى و غير قابل تغيير بدانيم و از سوى ديگر چون آن را عملى ندانسته و با مصلحت و مقتضاى زمان مطابق نمى‏دانيم با تغيير الفاظ و ابداع روشهاى تصنعى و ظاهرى ماهيت حكم ادعائى شرعى را تغيير و به حسب ظاهر اسم آن را حفظ نمائيم؟**

**و براستى آيا بهتر نيست كه با ديد ديگر و بينش عميقتر و روشنتر به موازين و احكام شرعى و حكمت و فلسفه آنها نگاه كنيم و بپذيريم كه شرع نمى‏تواند حكمى داشته باشد كه با مصالح جامعه منطق نبوده، و غير قابل اجرا باشد، اگر چنين چيزى باشد بايد گفت حكم شرع، غير از آن چيزى است كه به حسب ظاهر گفته و عنوان مى‏شود. بايد با سعه صدر و برداشت صحيح از موضع شريعت در مورد احكام فرعى و اجتماعى اجتهاد كرد و حكم صحيح را بدست آورد و بر مبناى آن قانون تنظيم كرد. قانون بايد حتى الامكان صريح و قابل فهم و همراه با اصلاحات و عبارات متناسب با زمان، تدوين شده باشد تا براحتى بتوان مفهوم آن را درك كرد و تجزيه و تحليل و تفسير نمود. و اين امرى است كه متأسفانه در نظام قانونگذارى فعلى توجه كافى به آن نمى‏شود. قانون مجازات اسلامى كه بخصوص چون مربوط به تعيين جرم و مجازات است بايد هر چه روشنتر و مضبوط‏تر باشد در بسيارى از موارد بصورت مبهم و يا با تعبيراتى كه متناسب با زمان حال نيست تنظيم شده و مشكلات فراوانى را در عمل پيش آورده است. و انسان چنين احساسى مى‏كند كه قانونگذار به اين امر قانع بوده كه در بكار بردن عبارات و الفاظ قانونى ظواهر مصطلح شرعى را حفظ كرده است و دغدغه ظاهرى بر چگونگى اجراى آن بخود راه نداده است.**

**مثلاً در ماده 226 قانون مجازات اسلامى مى‏گويد:**

**«قتل نفس در صورتى موجب قصاص است كه مقتول شرعا مستحق كشتن نباشد و اگر مستحق قتل باشد قاتل بايد استحقاق قتل او را طبق موازين در دادگاه اثبات نمايد.»**

**ملاحظه مى‏شود كه اين ماده مفهوما قتل افرادى را كه شرعا مستحق كشتن باشند تجويز كرده و مرتكب آن را در صورتيكه بتواند استحقاق شرعى قتل مجنى‏عليه را اثبات كند، از مجازات معاف دانسته است، ولى در قانون مواردى كه ممكن است كسى شرعا مستحق قتل باشد و قتل او مجازاتى در پى نداشته باشد بيان نشده، لذا بايد در احكام شرعى و فتاوى و كتب فقهى آن موارد را جستجو كرد. در فتاوى فقهى موارد مختلفى مشخص، مهدورالدم محسوب شده و در صورت اثبات موضوع قتل او موجب مجازات نيست مانند مرتد، زانى (طبعا زانى محصنه يا بعنف يا با محارم) و مرتكب لواط و بطور كلى كسانى كه مجازات حد اعدام برايشان وجود دارد اگر كسى آنها را بكشد ولو بدون اذن و حكم دادگاه (حاكم) طبق نظر فقها، قصاص نمى‏شود، البته در اين خصوص نظر يكسان بين فقها وجود ندارد و اختلاف نظر موجود است.(16) همچنين طبق نظر برخى از فقها اگر مردى زن خود را در حال زنا با مردى ببيند و آن دو را بقتل برساند، مرتكب عمل خلاف نشده و گناهكار نيست، و اگر بتواند آن را ثابت كند يا ولى مقتول ادعاى او را تأييد نمايد از قصاص معاف است و مجازات نمى‏شود.(17)**

همچنين كسى كه پيامبر(ص) يا يكى از ائمه را سب كند مهدور الدم است(18) و بر كسى كه آن را شنيده جايز است سب كننده را بكشد و اگر موضوع را اثبات كند، قصاص نمى‏شود، همچنين كسى كه ادعاى نبوت كند يا در صادق و كاذب بودن پيامبر اسلام(ص) اظهار ترديد كند واجب القتل است و طبعا بر قاتل او مجازاتى نيست.(19) و نيز مسلمانى كه مرتكب عمل سحر مى‏شود مستحق قتل است(20) البته در برخى از موارد ذكر شده و جزئيات و خصوصيات آن، اختلاف نظرهائى نيز بين فقها وجود دارد. حال آيا منطقى است قانونگذار كه مقررات لازم الاجرا و عام الشمولى را در مورد جرم قتل و كيفر آن و موارد معافيت از مجازات قصاص را بيان مى‏كند. امرى بدين اهميت را با عبارت مبهم «مقتول شرعا مستحق كشتن نباشد» بيان كند و قضات دادگاه يعنى مجريان قانون و نيز مردمى كه على القاعده جهلشان به قانون رافع مسئوليتشان نيست و طريق آگاهى آنها از جرائم و مجازاتها و تبعات اعمالشان قانون موضوعه كشورشان است، به جستجو در متون فقهى و نظرات اختلافى فقها احاله گردند؟

**هنر قانونگذار اين است كه با مراجعه به اين منابع و كنكاش در نظريات و عقايد مختلف فقهى، حكمى را كه صحيح‏تر و متناسب‏تر با جامعه تشخيص مى دهد، بطور روشن و منجّز در قالب ماده قانونى بياورد. كارى كه اخيرا بعضى از كشورهاى اسلامى كرده اند: از جمله مى‏توان قانون مدنى و قانون احوال شخصيه كويت را كه اولى در سال 1981 و دومى در سال 1984 به مرحله اجرا در آمد، ذكر كرد.**

**در اين دو مجموعه قانونى، قانونگذار، على القاعده با استفاده از گروهى كاشناس آگاه به مسائل حقوقى و شيوه قانونگذارى و وارد به مبانى و مسائل فقهى، مصالح و نيازمنديهاى روز جامعه خود را در نظر گرفته و با جستجو در منابع فقهى و بهره‏گيرى از تجربيات قانونگذارى ديگران، در حد امكان مقرراتى پيشرفته و قابل تحسين تنظيم و تصويب كرده است و سعى كرده موازين فقهى و شرعى را رعايت كند و البته خود مدعى است هيچ ماده قانونى مغاير با حكم اسلامى در اين مجموعه‏ها وجود ندارد.(21)**

كار خوب و جالبى كه در اين قانونگذارى بعمل آمده است اين است كه در بررسى نظرات و مبانى فقهى، الزاما مشهورترين و رايج‏ترين نظرات و فتاوى مورد تبعيت قرار نگرفته بلكه تدوين كنندگان قانون با اجتهاد متناسب با مقتضيات زمان و مكان خود، مناسب‏ترين و معقول‏ترين نظر را انتخاب كرده و بر آن اساس ماده قانونى را تنظيم كرده‏اند.

**به سه نمونه از احكام قانونى كه بدينگونه تدوين شده اشاره مى‏گردد:**

**1ـ قانون مدنى كويت به پيروى از حكم مسلم اسلامى، ربا را ممنوع اعلام كرده و در ماده 305 مقرر مى‏دارد: «هر گونه توافقى براى تأديه ربح پول و يا خسارت تأخير تأديه، باطل است.»(22)**

در عين حال، اين مطلب منطقى و عادلانه را نيز از نظر دور نداشته كه بايد براى خسارتى كه از تأخير در اداء دين از جانب مديونى كه قدرت پرداخت دين را دارد به طلبكار مى‏رسد فكرى كرد و آن را جبران نشده باقى نگذاشت، از اين رو در ماده 206 مقرر نموده: اگر مورد تعهد وجه نقد است و بدهكار با وجود توانائى بر پرداخت، از تأديه آن خوددارى كند و طلبكار ثابت نمايد كه از جهت تأخير در پرداخت بر او ضرر نا متعارف وارد شده، محكمه مى‏تواند، با در نظر گرفتن مقتضاى عدالت، مديون را محكوم به پرداخت مبلغى بنمايد.(23)

2ـ در مورد اختيار فسخ نكاح براى زوجين بلحاظ وجود عيب از ميان نظرات مختلف فقهى حكم عادلانه‏اى را بصورت ماده قانونى در آورده و به هر يك از زن و مرد اختيار داده كه در صورت وجود عيب مهمى در ديگرى عقد نكاح را فسخ كند، ماده 139 قانون احوال شخصيه مى‏گويد:

**«هر يك از زوجين كه در طرف عيب مستحكمى ديد كه نفرت‏آور يا زيانبار است و يا مانع استمتاع مى‏شود مى‏تواند خواهان فسخ نكاح باشد...».(24)**

و در بيانات توضيحى كه در جهت تبيين مبانى چنين حكم قانونى آورده توضيح داده كه نظر فقها در مورد خيار فسخ نكاح به لحاظ وجود عيب و اينكه آيا حق فسخ براى هر دو طرف است يا يك طرف اختصاص دارد و آيا عيوب محدوداند يا نه و اگر عيوب موجب فسخ محدودند تعداد آنها چيست؟ مختلف است و قانونگذار براى جلوگيرى از ضرر زوجين از نظر وسيعتر پيروى كرده و با استفاده از فتاوى برخى از فقها به هر يك از زوجين اجازه فسخ نكاح به لحاظ وجود عيب در طرف ديگر داده و معيار عيب را نيز با بهره‏گيرى از بيان برخى از فقهاى سلف، عيبى كه موجب تنفر زوج يا زوجه گردد يا زيان‏آور باشد و يا مانع استمتاع شود قرار داده است.(25)

بد نيست در همينجا اشاره كنيم كه در بين فقهاى ما نيز نظرات متعادل‏تر و منصفانه‏ترى نسبت به نظر رايج و مشهور فقهى كه قانون مدنى ما در موارد 1122 و 1123 از آن تبعيت كرده، و به زن حق نداده كه بخاطر وجود عيوبى چون جذام و برص در مرد از حق فسخ استفاده كند، وجود دارد. مثلاً فقيه متنسكى چون شهيد ثانى در شرح لمعه و مسالك قويا اظهار نظر مى‏كند كه جذام و برص از عيوب مشتركند و در هر يك از زن و مرد باشد، ديگرى حق فسخ دارد و مى‏گويد به لحاظ اينكه اختيار طلاق در دست مرد است و به حكم قاعده لاضرر به طريق اولى بايد زن در دو مورد بالا حق فسخ داشته باشد(26) ولى متأسفانه تا كنون قانونگذار ما در وضعى نبوده كه اين استدلالهاى منطقى را بپذيرد و با كنار گذاشتن نظر مشهور، دست به اصلاح منطقى و عادلانه قانون بزند.

**3ـ كار جالب و اجتهاد قابل تحسين ديگرى كه در اين قانون صورت گرفته، عدول از نظريه مشهور مذاهب اربعه در مورد تحقق سه طلاق با گفتن كلمه سه طلاقه و تدوين قانون بر اساس نظريه فقه اماميه است كه مى‏گويد سه طلاقه در صورتى محقق مى‏شود كه سه دور طلاق كه بين آنها رجوع يا عقد صورت گرفته باشد محقق مى‏شود و يكبار سه طلاقه گفتن فقط يك طلاق محسوب مى‏گردد.**

**مسأله چگونگى تحقق سه طلاقه كه در طلاق سوم زن بر شوهر خود حرام مى‏شود. و تنها در صورت وجود محلل يعنى ازدواج زن با مرد ديگر و برقرارى رابطه زناشوئى با او سپس جدا شدن از او، مى‏تواند به عقد شوهر اول درآيد، از احكام فرعى اختلافى بين شيعه و سنى است كه بسيار مشهور است، طبق نظر شيعه كه به روشنى از آيه شريفه: «الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان ... فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره...» (آيات 229 و 230 سوره بقره) مستفاد است، اگر مردى زن خود را طلاق داد و سپس رجوع كرد يا او را عقد نمود، مجددا طلاق داد و باز رجوع كرد يا عقد نمود و بار ديگر طلاق داد، اين طلاق سوم بائن است و زن بر شوهر حرام مى‏شود. ولى طبق نظر مشهور اهل سنت اگر مرد در يك مجلس به زن گفت تو را سه طلاقه كردم، ديگر زن بر شوهر حرام است(27) و شوهر نه مى‏تواند رجوع كند و نه او را عقد نمايد، مگر اينكه زن با مرد ديگرى شوهر نمايد و سپس از او جدا شود.**

**تدوين كنندگان قانون احوال شخصيه كويت كه نظر اماميه و برخى از علماء اهل سنت را منطقى‏تر و منطبق‏تر با حكم قرآن مى‏ديدند دست از فتواى مشهور برداشته و در ماده 109 قانون مقرر داشتند:**

**«طلاقى كه به صورت لفظ يا اشاره يا كتابت مقرون به عدد باشد يعنى متعدد (مثل سه طلاق گفته شود) يك طلاق بيشتر محسوب نمى‏شود.»(28)**

و در بيان مبناى اين حكم و توجيه فقهى آن گفته‏اند، هر چند مذاهب اربعه، سه طلاقه را با يك لفظ يا با چند بار گفتن آن در يك مجلس محقق مى‏دانند ولى برخى از فقها چون ابن تيميه و ابن قيّم بر اين نظريه ايراد گرفته‏اند و سه طلاقه را جز با چند بار وقوع طلاق محقق نداشته‏اند و برخى از علماى ديگر هم از اين نظر پيروى نموده و در صدر اسلام نيز گروهى از صحابه چون ابن عباس و زبير و ابن عوف و على(ع) و ابن مسعود، بر همين مبنا نظر دادند.(29) و بنابراين قانونگذار بر پايه همين نظر معقول و صحيح تر هر چند بر خلاف قول مشهور، وضع قانون كرده است.

**هدف از بيان نمونه‏هاى فوق، طبعا اين نيست كه بگوئيم بايد از روش فقهى و سيره فقهاى خودمان دست بر داريم و در طريق فقه عامه و قانونگذار آنها گام نهيم و يا آنچه قانونگذار كويتى انجام داده و مدعى شرعيت آن مى‏باشد، حتما درست و شرعى است و مى‏تواند عينا مورد تقليد ما قرار گيرد، بلكه منظور بيان مشتركات و ارائه ديدگاههاى كسانى است كه بهرحال نوعى وجه مسترك با ما دارند و با وجود اختلاف در مبانى فقهى، آن‏ها هم در وضع قوانين از جهت عدم مغايرت با موازين شرعى دغدغه خاطر دارند و راه‏حلى كه يكسره هم قابل رد و ابطال نيست بلكه معقول و منطقى به نظر مى‏رسد در پيش گرفته‏اند چرا ما از اين تجربه استفاده نكنيم و با حفظ مبانى خودمان، همين نوع كار را براى اصلاح و تدوين قوانين در پيش نگيريم. بدين منظور بطور خلاصه مى‏توان گفت، در تنظيم قوانين، ابتدا بايد نيازهاى جامعه و مقتضيات زمان و مكان را در نظر گرفت و با بهره‏گيرى از منابع حقوق و نظرات خبرگان و كارشناسان مربوطه و احيانا با اتكا بر تحقيقات اجتماعى و ملاحظه نتايج اجراى قوانين مشابه يا متضاد قبلى مقررات منسجمى تنظيم كرد و آن را به نظرخواهى صاحب‏نظران گذاشت و از ديدگاههاى آنان بهره گرفت، و از نقطه نظر شرعى بودن قوانين و انطباق آنها با موازين شرعى نيز بايد با اين ديد به معيارها و موازين شرعى و فقهى در مسائل مربوط به زندگى اجتماعى جامعه انسانى نگريست كه آنها هم معيارهاى اين جهانى و قابل فهم و درك انسانى هستند و براى هر چه بهتر و عادلانه‏تر و منظم‏تر اداره كردن روابط جامعه انسانى ارائه شدند و نمى‏توانند مفاهيم ماوراء فكر و خرد انسانى متعارف باشند كه مردم ناگزير باشند آنها را تعبدا اجرا كنند، با اين برداشت، اولاً در امورى كه حكم خاص در نصوص معتبر شرعى وجود ندارد قانونگذار مى‏تواند با ملاحظه مصالح جامعه و نيازمنديهاى آن و استفاده از تجارب بشرى، قوانين متناسب بگذارند و در اين راه با سعه صدر و بسط يد عمل كند.**

**ثانيا در مواردى كه احكام شرعى و يا به تعبيرى فتاوى فقهى مشهور وجود دارد ولى آنها را براى اجرا در جامعه مناسب و مفيد و حتى عادلانه نمى‏داند، نبايد از عمل كردن بر خلاف نظر مشهور فقها واهمه نمايد، بلكه با جستجو در اقوال و نظريات فقها، مى‏تواند راه‏حل معقول و صحيح و مناسب را بر مبناى نظر غير مشهور قرار دهد و قانون وضع كند كه در بسيارى از احكام و مقررات ما شاهد چنين وضعى هستيم، چه اشكالى دارد وقتى در موضوعى مثلاً فقيه معتبر و بزرگوار شيعى مانند ابن جنيد (مثلاً در مورد عدم محروميت زوجه از ارث بردن زمين) بر خلاف مشهور نظرى دارد و آن نظر با عدل و انصاف و مقتضيات امروزى جامعه متناسب‏تر از نظر فقهى مشهور مى‏رسد، همان را مبناى قانونگذارى قرار دهيم و از شاذ بودن آن نظر واهمه‏اى به خود راه ندهيم؟ اگر بر همين منوال و اين ديد هم به قانونگذارى بپردازيم، بسيارى از مواد قانونى مى‏تواند به بهترين و منصفانه‏ترين و عملى‏ترين وجهى اصلاح گردد، كه براى جلوگيرى از اطاله كلام به بيان نمونه‏ها نمى‏پردازيم.**

**ثالثا ـ حتى در مواردى كه نصوص شرعى و يا اجماع فقهى بر حكمى وجود دارد ولى در عين حال آن حكم شرعى با هيچ معيار و منطقى قابل عمل و اجرا نيست يا مشكلات عديده‏اى در اثر اجراى آن پيش مى‏آيد قانونگذار بايد از اين ديدگاه نيز كه آن احكام به فرض صحت و قطعى بودن نصوص شرعى، ممكن است مقطعى بوده و به تناسب وضع زمان شارع يا زمانهاى مشابه آن زمان وضع شده است و نظر شارع بر دوام آنها ولو با تغيير وضعيت و مقتضيات نبوده است. اگر مراجع و مسئولان قانونگذارى در مقام تقنين و مميزى قوانين از لحاظ انطباق آنها با مبانى شرعى با اين ديد به مبانى و احكام موجود و رايج شرعى بنگرند، بسيارى از مشكلات حل خواهد شد و تحولى مفيد در قانونگذارى پديد خواهد آمد وگرنه همواره مواجه با قوانين مبهم، نارسا، غير منطبق با نيازهاى جامعه و گاه غير عادلانه و حتى غير قابل ارائه خواهيم بود و اين امرى است كه بخاطر حفظ سلامت جامعه و برقرارى عدالت و نظم و امنيت و نيز حفظ حرمت شرعى بايد از آن پرهيز كرد و كلام آخر اينكه براستى بايد زعماى قوم و مسئولين قانونگذارى تحولى اساسى در روند فعلى قانونگذارى ايجاد كنند و جهاد مقدسى در اين راه بپا نمايند و نظام تقنين را از وضع بسيار ناگوار فعلى نجات دهند با كمى تعمق و روشن‏بينى و همه جانبه‏نگرى و احساس مسئوليت بيشتر نسبت به صلاح و فساد جامعه و رعايت حقوق مردم و واقع‏بينى، مى‏توان نظام قانونگذارى و در پى آن نظام قضائى صحيح و پيشرفته‏اى را پديد آورد. نشانه‏هائى از اين تحول ديده مى‏شود ولى بسيار كند است و هنوز گامهاى اوليه برداشته مى‏شود در حاليكه ديگران اگر نه هفت شهر، برخى از شهرهاى عشق را رفته‏اند و ما تازه در خم كوچه اول وارد شديم، با اينكه بارها اين سخن ارزشمند امام راحل را نقل كردم ولى به مقتضاى گفته شاعر كه «اَعِد ذِكرَ نعمان لنا اِنّ ذِكرَهُ هو المسك ماكررّته يَتَطَيَّبُ بار ديگر آن گفته حكيمانه و هشدار دهنده را حسن ختام بيان خود قرار داده و براى يادآورى نقل مى‏نمايم، ايشان در ضمن پيامشان به اعضاى مجمع تشخيص مصلحت و محدود كردن صلاحيت مجمع به اقدام و تصميم‏گيرى در مورد اختلاف بين مجلس و شوراى نگهبان خطاب به اعضاى شوراى نگهبان چنين مى‏فرمايند:**

**«تذكرى پدرانه به اعضاى عزيز شوراى نگهبان مى دهم كه خودشان قبل از اين گيرها، مصلحت نظام را در نظر بگيرند، چرا كه يكى از مسائل بسيار مهم در دنياى پر آشوب كنونى، نقش زمان و مكان در اجتهاد و نوع تصميم گيريها است... شما در عين اين كه بايد تمام توان خودتان را بگذاريد كه خلاف شرعى صورت نگيرد ـ و خدا آن روز را نياورد ـ بايد تمام سعى خودتان را بنماييد كه خداى ناكرده اسلام، در پيچ و خم‏اقتصادى، نظامى، اجتماعى و سياسى متهم به عدم قدرت اداره جهان نگردد...»(30)**

**1- ر.ك: كسروى، احمد. تاريخ مشروطه ايران ج 1، ص 291 به بعد.**

**2- به نقل كسروى در تاريخ مشروطه ايران به هنگام طرح اصل دوم متمم قانون اساسى و بحث در مورد آن، حاج ميرزا على تبريزى از نمايندگان خراسان كه ظاهرا وجود چنين اصلى را لازم نمى‏دانست با توسل به اصطلاحات فقهى و اصولى گفت: «احكام شرعيه دو قسم است»، يك قسم احكام اوليه واقعيه كه احكام شانيه مى‏باشند و قسم ديگر احكام ثانويه ظاهريه كه احكام فعليه و منجزه مى‏باشد و آنچه كه معمول‏به مكلف است، اين قسم آخرى است و اين مختلف خواهد شد به اختلاف موضوع و اختلاف حال مكلف و تشخيص موضوعات با اهل عرف است نه با علما، از علما بيان احكام كليه است مثل اينكه اگر دو نفر طبيب عادل حاذق تشخيص بدهند حال مريضى را كه بايد شراب بخورد در اين صورت ارتكاب آن براى مكلف جايز و عقاب آن از او مرتفع است پس تشخيص صحت و فساد حال مملكت كه موضوع بحث مجلس است با اطباى حاذق كه وكلا باشند هست، هر موضوعى كه به تشخيص آنها معين شد حكم كلى بر او بار خواهد شد، در اين صورت لازم به نظر علما نيست.» تاريخ مشروطه ايران، ج 1، ص 272.**

**3- «من لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون» سوره مائده، آيه 44.**

**«و من لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الظالمون» سوره مائده، آيه 45؛ «و من لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الفاسقون» سوره مائده، آيه 47.**

**4- شوراى نگهبان در پاسخ سئوال يكى از نمايندگان كه پرسيده بود براى تشخيص مغايرت قانون با احكام شرع، شوراى نگهبان در جستجوى پيداكردن اجماع مسلمين، اجماع فقهاء مسلمين، يا فتواى مشهور برمى‏آيد و يا با نظر و اجتهاد عمل مى‏كند، صريحا اعلام داشت؛ تشخيص مغايرت يا انطباق قوانين با موازين اسلامى به طور نظر فتوايى يا فقهاى شوراى نگهبان است.» ر.ك: مجموعه نظريات شوراى نگهبان از نگارنده، ج3، ص 138.**

**5- شهيدثانى. الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية، ج 2، ص 144.**

**6- همان، ج 4، كتاب الحجر ص 101، و يمتد حجر الصغير حتى يبلغ و يرشد، بان يصلح ماله، بحيث يكون له ملكة نفسانية تقتضى اصلاحه و تمنع افساده... فاذا تحققت الملكة المذكورة مع البلوغ ارتفع عنه الحجر...**

**همچنين امام خمينى (ره) در تحرير الوسيله ج 2، كتاب الحجر ص 13: لايكفى البلوغ فى زوال الحجر عن الصبى بل لا بد معه من الرشد و عدم السفه....**

**7- همان، ج 4، ص 103: «و يختبر من يراد معرفة رشده بما يلائمه من التصرفات و الاعمال...»**

**اصل اين حكم نيز از آيه شريفه 5 از سوره نساء گرفته شد، كه خداوند مى فرمايد: و ابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم.**

**8- هنگامى كه اصلاحيه ماده 1210 در كميسيون قضائى مطرح بود، در شوراى نگهبان درباره اين موضوع بسيار بحث شد و مخصوصا حقوقدانان اصرار داشتند كه مشكلات عدم تعيين اماره سنى قانونى براى رشد و معقول نبودن رشيد محسوب‏كردن دختران در سنين بين 9 تا 15 سال به حسب غالب، ايجاب مى‏كند كه در قانون يك مقطع سنى كه اماره بلوغ است تعيين گردد و اگر سن 18 سال زياد است مى‏توان سن 15 سال را مبنا قرار داد. برخى از فقهاى شورا هم پذيرفتند و با اشاره شوراى نگهبان كميسيون قضائى مجلس ماده 1209 قانون مدنى را بدين شرح اصلاح نمود: «هر كس داراى پانزده سال تمام نباشد در حكم غير رشيد است مگر اينكه به حد بلوغ رسيده و رشد او در محكمه ثابت شود.»**

**با وجود اين، در شوراى نگهبان بر سر تعيين مقطع سنى براى رشد اختلاف نظر بود و سرانجام يكى از فقهاى شورا سؤالى بدين شرح خدمت حضرت امام خمينى(ره) مرقوم داشت: «... در قوانين سابق آمده است كه افرادى كه سن آنها كمتر از 18 سال باشد در حكم غير رشيد مى‏باشند مگر آنكه رشد آنها در دادگاه ثابت شود، در اصلاحيه آمده‏اند 18 سال را به 15 سال تمام تبديل كرده‏اند با توجه به اينكه در غير مورد ايتام لزوم احراز رشد در معاملات لازم نيست و بناء عقلا هم در معاملات بر اصالت رشد است يعنى اصل را بر رشد قرار مى دهند مگر آنكه خلاف آن ثابت شود، آيا محكوم كردن افراد بالغ كمتر از 15 سال به عدم رشد صحيح است يا نه؟ البته خاطر شريف، مستحضر است كه در انتخابات و امثال آن بنا بر 15 سال تمام شده است، علاوه در مسائل اجتماعى و معاملات و ثبت اسناد و امثال آن تعيين مرز فوائدى دارد و صرف بلوغ ممكن است تبعاتى ناگوار داشته باشد، بخصوص براى دخترها.»**

**حضرت امام خمينى(ره) در پاسخ مرقوم فرمودند: «تا عدم رشد ثابت نباشد صحيح نيست، مگر اينكه دليل داشته باشد كه احراز لازم است.»**

**ر.ك: مجموعه نظريات شوراى نگهبان ج1، نويسنده، انتشارات كيهان، 1371. ص 301.**

**9- راى وحدت رويه شماره 30 در تاريخ 3/10/1364 در پى اختلاف دو دادگاه تالى در مورد نصب قيم براى صغيرى كه به سن بلوغ رسيده ولى هنوز 18 ساله نشده و احراز رشد او نشده بدين شرح است: «ماده 1210 قانون مدنى اصلاحى هشتم دى ماه 1361 كه على القاعده رسيدن صغار به سن بلوغ را دليل رشد قرار داده و خلاف آن را محتاج به اثبات دانسته ناظر به دخالت آنان در هر نوع امور مربوط به خود مى‏باشد مگر در مورد امور مالى كه به حكم تبصره 2 ماده مرقوم مستلزم اثبات رشد است بعبارة اخرى صغير، پس از رسيدن به سن بلوغ و اثبات رشد مى‏تواند نسبت به اموالى كه از طريق انتقالات عهدى يا قهرى قبل از بلوغ مالك شده مستقلاً تصرف و مداخله نمايد و قبل از اثبات رشد از اين نوع مداخله ممنوع است. و بر اين اساس نصب قيم بمنظور اداره امور مالى و استيفاء حقوق ناشى از آن براى افراد فاقد ولىّ خاص، پس از رسيدن به سن بلوغ و قبل از اثبات رشد هم ضرورى است بنابراين راى دادگاه عمومى حقوقى فسا قائم مقام دادگاه مدنى خاص در حدى كه با اين نظر مطابقت دارد، صحيح تشخيص مى‏شود. اين رأى بر طبق ماده 3 از مواد اضافه شده به قانون آئين دادرسى كيفرى مصوب 1337 براى دادگاهها در موارد مشابه لازم الاتباع است.»**

**10- جالب اين است كه ما براى بلوغ، اماره سنى را پذيرفتيم و بنا بر قول مشهور فقهى كه قانون مدنى اصلاحى هم از آن تبعيت كرده سن 9 سال تمام، در دختران و سن 15 سال تمام در پسران اماره بلوغ آنان است. (هر چند در اين مورد اختلاف نظر وجود دارد و برخى سن بالاتر را مثلاً 13 سال براى دختران اماره بلوغ مى‏دانند) ولى براى تعيين اماره سنى رشد، خوف خلاف شرع‏بودن آن داريم.**

**11- آيه شريفه 92 از سوره نساء مى‏فرمايد: و ما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطاءً و من قتل مؤمنا خطاءً فتحرير رقبة مؤمنة و دية مسلّمة الى اهله الا ان يصدقوا فان كان من قوم عدو لكم و هو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة و ان كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله و تحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من اللّه و كان اللّه عليما حكيما.**

**12- بعنوان نمونه چند روايت كه مضامين و مفاد آنها در متن مورد اشاره قرار گرفته از وسائل الشيعة نقل مى‏شود:**

**ـ عن عبدالرحمن بن الحجاج قال: سمعت ابن ابى ليلى يقول: كانت الدية فى الجاهلية مائتى مأة من الابل فاقرها رسول الله صلى الله عليه و آله ثم انه فرض على اهل البقر، مائتى بقرة و فرض على اهل الشاة الف شاة ثنيته و على اهل الذهب الف دينار، و على اهل الورق عشرة الف درهم و على اهل اليمن الحلل مائتى حلة قال عبدالرحمن بن الحجاح: فسألت اباعبدالله(ع) عما روى ابن ابى ليلى فقال: كان على(ع) يقول: الدية الف دينار و قيمة الدينار عشرة دراهم و عشرة آلاف لاهل الامصار و على اهل البوادى مأة من الابل و لاهل السواد ماة بقرة او الف شاة. (ج 9، 142)**

**ـ عن عبد الله بن سنان قال سمعت اباعبدالله(ع) يقول فى حديث: ان الدية مأة من الابل، و قيمة كل بعير من الورق مأة و عشرون درهما، او عشرة دنانير، (همان).**

**ـ عن الحكم بن عتيبة، عن ابى جعفر(ع) فى حديث قال، قلت له: ان الديات انما كانت تؤخد قبل اليوم من الابل و البقر و الغنم، قال: فقال: انما كان ذلك فى البوادى قبل الاسلام فلما ظهر الاسلام و كثرت الورق فى الناس قسمها امير المؤمنين(ع) على الورق قال الحكم: قلت: رأيت من كان اليوم من اهل البوادى ما الذى يؤخذ منهم فى الدية اليوم؟ ابل؟ او ورق؟ فقال: الابل اليوم مثل الورق بل هى افضل من الورق فى الدية انهم كانوا منهم فى دية الخطاء مأة من الابل يحسب لكلّ بعير مأة درهم فذلك عشرة آلاف... » (همان ص148).**

**13- قانون مدنى كويت ماده 251: 1ـ تقدر الدية الكامة بعشرة آلاف دينار. ويجوز تعديل مقدارها بمرسوم. 2ـ و يصدر بمرسوم جدول للدّيات، وفق احكام الشريعة الاسلامية، تتحدد بمقتضاه حالات استحقاق الدية كليّا او جزئيا.**

**14- بخشنامه مزبور خطاب به رؤساى كل دادگسترى‏ها بدين شرح است:**

**«... در اجراى دستور شماره م / 22263 / 1 مورخ 27/11/73 رياست محترم قوه قضائيه در خصوص تعيين قيمت سوقيه اعيان احشام موضوع احكام ديات و ماده 297 قانون مجازات اسلامى، و با توجه به فتواى مقام معظم رهبرى حضرت آية الله العظمى خامنه‏اى مدظله العالى با نظر هيئت كارشناسى از افراد خبره ارزش اعيان احشام براى شش ماهه اول سال 74 (1/1/74 لغايت 31/6/74) به شرح ذيل تعيين مى‏شود.**

**دستور فرمائيد به كليه واحدهاى قضائى آن استان در صورت عدم توافق اصحاب دعوى رعايت نمايند:**

**الف: ارزش ريالى ديه كامل براساس شتر: 000/250/36 ريال**

**ب: ارزش ريالى ديه كامل بر اساس گاو: 000/000/63 ريال**

**ج: ارزش ريالى ديه كامل بر اساس گوسفند: 000/252/92 ريال**

**محمد اسماعيل شوشترى ـ وزير دادگسترى**

**15- در مورد تجديد نظر در حكم دادگاه و تحولات قانونى كه در اين امر بوجود آمده مى‏توان به بحث تفصيلى اينجانب تحت عنوان: تجديد نظر در حكم دادگاه و موعد آن از نظر اماميه و قوانين موضوعه منتشره در مجله كانون وكلا، و كتاب ديدگاههاى جديد در مسائل حقوق اثر نگارنده و: تحولات قانونگذارى در امر تجديد نظر منتشره در شماره 11 و 12 مجله قضائى و حقوقى دادگسترى، مراجعه نمود.**

**16- شرح لمعه، ج 10، ص 66: در مورد شرايط قصاص مى‏گويد: «و منها ان يكون المقتول محقون الدم، فمن اباح الشرع قتله لزنا او لواط او كفر لم يقتل به قاتله و ان كان بغير اذن الامام لانه مباح الدم فى الجملة.**

**همچنين جواهر الكلام ج 42، ص 190 كه بهمين مضمون كلام محقق و صاحب جواهر آمده ولى صاحب جواهر اشاره به وجود اختلاف نظر و قابل بحث بودن موضوع كرده است.**

**17- جواهر الكلام ج 41، ص 368 كلام محقق صاحب شرايع چنين است: «اذا وجد مع زوجية رجلا يزنى بها فله قتلهما و لا اثم و فى الظاهر عليه القود الا ان يأتى على دعواه ببيّنة او يصدقه الوالىّ»**

**18- همان، ص 432.**

**19- همان، ص 440 و 441 بنگريد كلام محقق صاحب شرايع را: «من ادعى النّبوة وجب قتله و كذا من قال: لا ادرى محمدبن‏عبدالله(ص) صادق او لا و كان على ظاهر الاسلام».**

**20- همان، ص 442.**

**21- قانون مدنى كويت، از نشريات ادارة الفتوى و التشريع، مقدمه چاپ اول از: سعاده سلمان الدعيج الصباح، وزير امور قانونى و ادارى ص 12. در آنجا مى‏گويد: از نشانه‏هاى موقعيت و بلند مرتبه بودن اين قانون مدنى اين است كه احكامش كاملاً موافق با احكام فقه اسلامى است بگونه‏اى كه هيچ حكمى كه نتواند با يكى از مذاهب اربعه انطباق داشته يا با روح شريعت مغاير باشد، در آن يافت نمى‏گردد.**

**22- ماده 305: 1ـ «يقع باطلا كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود او مقابل التأخير فى الوفاء بالالتزام به.»**

**23- ماده 306: «اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود و لم يقم المدين بالوفاء به بعد اعذاره مع قدرته على الوفاء، و اثبت الدائن انه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف جاز للمحكمة ان تحكم على المدين بتعويض تراعى مقتضيات العدالة.**

**24- ماده 139 قانون الاحوال الشخصية: «لكل من الزوجين ان يطلب فسخ الزواج اذا وجد فى الاخر عيبا مستحكما من العيوب المنفرة و المضرة، او التى تحول دون الاستمتاع، سواء كان العيب موجودا قبل العقد ام حدث بعده...».**

**25- مجموعه قانون الاحوال الشخصية قسمت المذكرة الايضاحية ص 243 و 244 در آن جا پس از اشاره به اقوال مختلف و انتخاب نظر فوق به تبعيت از نظر برخى از فقها اين عبارت را از صاحب زاد المعاد نقل مى‏كند: «... و من تدبر مقاصد الشرع فى مصادره و موارده، و عدله و حكمته و ما اشتمل عليه من المصالح، لم يخف عليه رجحان هذا القول و قربه من قواعد الشريعة.»**

**26- شرح لمعه ج 5، ص 380. شهيد ثانى در مورد عيب جذام و انيكه زن هم به لحاظ وجود اين عيب در مرد بايد حق فسخ داشته باشد مى‏گويد، نظر قاضى و ابن جنيد چنين است و علامه نيز در كتاب مختلف آن را پسنديده و محقق ثانى نيز آن را تقويت كرده و عموم مفاد روايت: «انّما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العقل» شامل حق زن و مرد مى‏شود و سرانجام با اشاره به قاعده نفى ضرر و اولويت وجود اين حق در زن مى‏گويد: «و النص و الفتوى الدّالان على كونه عيبا فى المرأة مع وجود وسيلة الرّجل الى الفرقة بالطلاق، قد يقتضية فى الرّجل بطريق اولى.»**

**و نيز ر.ك: مسالك الافهام، ج 1 ص 525.**

**27- ر.ك: الجزايرى، عبدالرحمن، الفقه على المذاهب الاربعة. ج 4، ص 341: «... فاذا طلق الرجل زوجية ثلاثه دفعة واحدة بان قال لها: «انت طالق ثلاثا» لزمه ما نطق به من العدد فى المذاهب الاربعة، و هو رأى الجمهور...»**

**28- ماده 109 قانون احوال شخصيه كويت: «الطلاق المقترن بعدد لفظ او اشارة او كتابة لا يقع الا واحدة.»**

**29- مجموعة نون الاحوال الشخصية، بخش المذكرة الايضاحية، ص 221.**

**30- صحيفه نور، ج 21، ص 61.**