

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی

سال هفتم - شماره اول - پیاپی دهم - بهار و تابستان ۱۴۰۰

صفحات ۱۵۱ تا ۱۶۶

علیرضا غلامی*

saeed13gholami@gmail.com

نشست علمی «آسیب شناسی و روش شناسی پژوهش های فقهی، حقوقی دستگاه قضا»

مقدمه

نشست علمی «معرفی موضوعات پژوهشی فقهی - حقوقی دستگاه قضا» با حضور دکتر سید بهزاد پورسید قائم مقام سابق رئیس پژوهشگاه قوه قضائیه، توسط مدرسه عالی قضاوت برگزار شد. دکتر پورسید در ابتدای این نشست به معرفی اجمالی پژوهشگاه قوه قضائیه و بیان وظائف و فعالیت های این مرکز پرداختند. سپس چالش های پژوهشی در عرصه فقهی - حقوقی و قضایی و نیز چالش هایی که نظام حقوقی ما با آن مواجه است را مورد بررسی قرار دادند. وی در ادامه، موضوع شناسی در مسایل فقهی - حقوقی را به دو نوع پسینی و پیشینی تقسیم کردند و به طور خلاصه به بیان بایسته های تحقیق و پژوهش خصوصاً در بحث قضایی پرداختند. دکتر پورسید در بخش پایانی این نشست برخی از موضوعات که در نظام های مختلف حقوقی مانند نظام حقوقی قراردادهای یا نظام حقوقی خانواده و ... نیاز به پژوهش دارند را معرفی کردند. در این شماره، به آسیب های فقهی - حقوقی در دوران معاصر و نیز اصول کلی پژوهش های فقهی - حقوقی پرداخته شده است.

* دانش پژوه مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح دو حوزه علمیه قم.

۱. بسیاری از گزارش های پژوهشگاه در سایت پژوهشگاه قوه قضائیه به آدرس www.ijri.ir موجود است. همچنین می توان حدود چهل هزار رأی را در بانک داده های آرای قضایی در بخش سامانه آراء و رویه های قضایی این سایت جستجو کرده و به آن ها مراجعه کرد. در حال حاضر آراء سال های ۹۱ تا ۹۳ در این سامانه موجود است و به زودی آراء مربوط به سال های ۹۴ و ۹۵ هم در سامانه بارگزاری خواهد شد. این چهل هزار رأی از حدود یک و نیم میلیون رأی قرائت شده، انتخاب شده و چکیده و کلیدواژه های آن نوشته شده است. البته در برخی موارد مستندسازی هم انجام گرفته است. همچنین یک طرح درختواره وجود دارد که می توان آراء را به صورت دسته بندی در آن ملاحظه کرد و در هر موضوع ارتباط بین موضوعات حقوقی، کیفری و غیره را برقرار کرد.

۱. چالش‌ها و مسائل مربوط به پژوهش در قوه قضائیه

در ابتدا، دکتر پورسید به صورت اجمالی به بیان نکاتی پیرامون چالش‌های پژوهش در قوه قضائیه و نیز چالش‌های موجود در نظام حقوقی ایران پرداختند و پس از آن بحث موضوع شناسی را آغاز کردند. ایشان در ادامه به بخشی از چالش‌های موجود در راه پژوهش در حوزه قضایی اشاره کردند.

۱.۱. پدیدارشناسی موضوعات قضایی

اولین نکته در زمان ورود به مباحث تحقیقی در حوزه قضا، این است که موضوع حقوقی ابعاد قضایی متفاوتی پیدا می‌کند. موضوعی که در محیط علمی حقوقی و دانشگاه چندان مورد بحث نیست زمانی که وارد فضای قضا و صدور و اجرای حکم می‌شود با مشکلاتی مواجه می‌شود؛ یعنی پدیدارشناسی موضوع قضایی نیاز به فکر دارد. به عنوان مثال در موضوع تمکین در حقوق خانواده اصل مسئله مورد بحث نیست و در مباحث حقوقی مفصل به آن پرداخته نشده است؛ یعنی مسلماً زوج می‌تواند نسبت به زوجه طرح دعوی تمکین کند. اما اگر دادگاه رای به تمکین داد، تمکین چگونه قابل اجرا است؟ آیا می‌توان اعمال زور کرد و یا از طریق حبس اقدام نمود؟ عموماً معتقدند که رای تمکین قابل اجرا نیست و نمی‌توان در این زمینه کار خاصی انجام داد. این بحث مربوط به حیطه قضایی این موضوع بوده و چالشی است که در حال حاضر دادگاه‌های ما با آن روبرو هستند. این نوع بررسی مربوط به پدیدارشناسی موضوعات قضایی است، یعنی برخی از موضوعات از لحاظ حقوقی بدیهی است اما در موضوع قضایی‌اش می‌تواند محل بحث قرار گیرد.

۲.۱. وجود موضوعات بین رشته‌ای در مباحث حقوقی

در شرایط فعلی کشور و با توجه به توسعه و بسط دانش حقوق، عمده موضوعات ما تبدیل به موضوعات بین رشته‌ای شده است. به عنوان مثال در زمان پیگیری‌های قضایی مربوط به مفاسد اقتصادی، با توجه به تبعات اجتماعی مسئله، نباید پیگیری‌ها منجر به تعطیل شدن کارخانه‌ها شود. پس بسیاری از موضوعات ما موضوع محض حقوقی نیستند بلکه تبعات سیاسی، اجتماعی، فرهنگی... دارند، در عین حال، پیچیدگی این موضوعات هم به گونه‌ای است که نمی‌توان تنها از منظر حقوقی و قضایی به بررسی آنها پرداخت. بلکه باید به ورود علوم جدید مانند علوم پزشکی و... به مسائل قضایی توجه ویژه کرد.

۳. ۱. مواجهه با موضوعات و چالش‌های جدید و عقب ماندگی محیط‌های علمی

در حوزه حقوق خصوصی دانشگاه‌ها هنوز بحث «تلف المبیع قبل القبض» مطرح می‌شود، در حالی که مادر بحث بیع با موضوعات و چالش‌های جدید بسیاری مواجه هستیم و هنوز نتوانسته‌ایم برای آنها راه حل حقوقی پیدا کنیم. در این بین برخی ادعا دارند که حقوق ما پیشرفت ندارد و منشأ آن را گره خوردن حقوق با فقه می‌دانند، در حالی که مشکل این است که در دانشگاه‌های حقوق ما، مطالبی تدریس می‌شود که از صد سال پیش تا به حال در حال تدریس است. این مطلب حاکی از این است که در دانشگاه‌های حقوق دچار جمود هستیم و این مطلب ربطی به فقه ندارد. بنابراین به دنبال چالش‌ها و نیازهای روز بودن، نکته بسیار مهمی است.

در نظام حقوقی نیز ما با پدیده‌های جدیدی مواجه هستیم. به عنوان مثال در زمان اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری به بحث میانجی‌گری در نظام کیفری رسیدیم که یک تأسیس کاملاً جدید است. خیلی از مباحث در نظام تقنینی قانون شده است در حالی که نمی‌دانیم چیست و از کجا آمده است. از سویی دیگر با مطالعه مشروح مذاکرات متوجه می‌شویم برخی از موضوعات فی‌البداهه در جلسه علنی مجلس مطرح شده و رأی آورده است، بدون اینکه کسی در مورد آن فکر کرده باشد. بنابراین باید به ابزارهای حقوقی جدید توجه نمود. به هر حال، راه حل ما فرار از مبانی سنتی نیست و باید در دل مبانی و قواعد فقهی به دنبال راه حل باشیم، چرا که نظام حقوقی ما نظام حقوقی خاصی است.

۴. ۱. توجه به روش صحیح پژوهش در مسائل حقوقی

معمولاً نگاه ما این است که روش تحقیق در علم حقوق کتابخانه‌ای است که این یک اشتباه محض است. مطالعات ما در حقوق فراتر از این بوده و نیازمند روش‌های تحلیل آماری و میدانی در دانش حقوق است. بنابراین موضوع روش تحقیق با توجه به نیازهای امروزان تغییراتی دارد و باید به اقتضات آن توجه کرد.

۵. ۱. توجه به تغییرات مفاهیم نسبت به گذشته

امروزه برخی مفاهیم دچار تغییر ماهوی شده و معنای جدیدی پیدا کرده است. به عنوان مثال در مورد مفهوم «مسئولیت» یک نگاه سنتی وجود داشته و آن را فقط جبران خسارت میدانند. اما

امروزه و در نگاه‌های نو، مسئولیت فقط به معنای جبران خسارت نیست. پس در پژوهش‌های حقوقی باید به تغییرات مفاهیم نیز توجه نمود.

۶.۱. نیاز به ضمانت‌های اجرای جدید متناسب با نیاز روز

به نظر می‌رسد ضمانت‌اجراهای سنتی دیگر جواب‌گوی مسائل روز نیست. در ادامه در بحث از چالش‌های نظام حقوقی قراردادها به این بحث خواهیم پرداخت.

۶.۲. نیاز به روش‌های جدید در حل دعاوی قضایی و کاهش نقش حاکم و محاکم

سالیان سال است که از راه حل کاهش حجم پرونده‌های قضایی صحبت می‌شود و دادگستری دیگر کشش ندارد. مشکل اینجاست که آیا راه حل در اضافه کردن قضات و شعب دادگاه‌ها است یا این که باید به دنبال روش‌های دیگری برای حل و فصل اختلافات بگردیم؟ آیا باید تاسیسات حقوقی جدیدی داشته باشیم؟ هرچند شورای حل اختلاف و داوری و میانجیگری برای همین امر تاسیس شده‌اند ولی موفق نبوده‌اند و ورودی پرونده‌ها همچنان زیاد است.

۲. چالش‌های نظام حقوقی

باتوجه به نیازها و پیچیدگی مسائل جدید، قواعد سنتی به خودی خود جواب‌گوی مسائل نیست. بنابراین ما باید به دنبال استفاده از قواعد سنتی برای خلق قواعد جدید باشیم. به عنوان مثال در معاملات فضولی و تعاقب‌یادی، بر اساس قواعد فقهی در صورت عدم تنفیذ مالک، حکم به بطلان می‌شود. در حال حاضر یک بحث جدی که در چنین مسئله‌ای در نظام حقوقی غرب وجود دارد، موضوع حسن نیت است، مثلاً در یک معامله، مال صد دست چرخیده است و بسیاری از خریداران اصلاً خبر ندارند، لذا در نظام‌های غربی این بحث مطرح شده است که چرا باید با ابطال معامله حق این خریدار جاهل را ضایع کنیم؟ و قاعده‌ای به اسم «حسن نیت» را جعل کرده‌اند تا بنیان این معامله را صحیح کنند. بسیاری از حقوقدان‌های مادر کتاب‌های حقوقی به اصل حسن نیت اشاره کرده‌اند. اما آیا اصل حسن نیت در نظام حقوقی ما پذیرفته شده است؟ اگر این اصل را پذیرفته‌ایم پس در تعاقب‌یادی باید اصل را بر صحت معامله قرار دهیم نه بطلان؛ در حالی که این چنین نیست.

قاعده حسن نیت در حقوق فرانسه به صراحت پذیرفته شده است و برای خریدار جاهل حق قرار داده‌اند و حکم به صحت معامله می‌کنند. در نظام‌های غربی، قاعده سنتی کنار گذاشته شده

و اصل حسن نیت ایجاد شده و به تبع آن حقوقدان های ما از آن دفاع می کنند. اما اگر از آنها درباره مستند این قاعده سوال کنیم، پاسخی نخواهند داشت و به تبعات این قاعده در تعاقب ایادی ملتزم نیستند. با این وجود، چنین اصلی چگونه وارد نظام حقوقی ما شده است؟ البته در قوانین ما نیز در دو مورد، اصل حسن نیت مورد استناد قرار گرفته است و این امر حاکی از این است که قانونگذار نیز متوجه مستند چنین اصلی نیست. در قانون تجارت الکترونیک، قانونگذار به صراحت به اصل حسن نیت اشاره کرده است. پس باید این قاعده را بر اساس مبانی سنجید و در نهایت مشخص شود که آیا چنین اصلی در نظام حقوقی ما وجود دارد یا خیر؟

در مثال دیگری در حقوق تجارت با اصل تجریدی بودن و اصل استقلال امضاها مواجه هستیم. بر اساس چه مستندی چنین اصولی در نظام حقوقی ما وجود دارد؟ کنوانسیون ژنو به عنوان مستند این اصول ذکر می شود در حالی که کنوانسیون ژنو نمی تواند برای ما قاعده حقوقی وضع کند. همه کتاب های حقوقی این اصول را شمرده اند ولی کسی تردید نمی کند که آیا چنین اصولی را داریم یا خیر؟ در واقع مشکل در این است که برخی از مسائل را بدیهی می دانیم در حالی که این گونه نیست و می توان در مورد بسیاری از اصول حقوقی علامت سوال قرار داد؟

ممکن است بر اساس نظام حقوقی ما برخی از این قواعد پذیرفته نشود. در این صورت مثلاً در مورد ابطال معامله در صورت تعاقب ایادی یا باید بگوییم که ادله ما ناظر به زمان خاص و یا نوع خاصی از معاملات است و از این طریق مشکل را حل کنیم و یا این که باید شجاعت داشته باشیم و این اصل را کنار بگذاریم و برای جبران خسارت راه حل دیگری پیدا کنیم.

مثال دیگر، در نظام کیفری اسلام زندان به عنوان یک مجازات مستقل وجود ندارد، در این صورت وقتی چنین امری وجود ندارد باید به دنبال راه حل بگردیم. آیا می توان هر قاعده ای را که عقلای عالم به آن رسیدند، مورد تمسک قرار داد؟

جدای از بحث فقهی، ما با چند مبنا در نظام حقوقی روبرو هستیم نظیر نظم عمومی و اخلاق حسنه. بر این اساس آیا نظم حقوقی و اخلاق حسنه اجازه میدهد قاعده ای که در فرانسه به رسمیت شناخته شده است، ما هم به رسمیت بشناسیم؟ چرا بالعکس آن صادق نیست و آنها آیه ما را به رسمیت نمی شناسند، در این صورت برای چه ما قاعده آنها را به رسمیت بشناسیم؟ این موارد

چالش‌هایی هستند که با آن روبرو هستیم و باید برای آن راه حل پیدا کنیم، در حالی که در بسیاری از مواقع در مواجهه با این چالش‌ها آن را بررسی نکرده‌ایم، بلکه آن را دور زده و در نهایت گیر کرده‌ایم. در بحث از مطالعات تطبیقی آیا به صرف این که تاسیسی از غرب آورده شده و مشابه سازی شود، آیا این کار تطبیقی است؟ نظامات غربی هم این کاری که ما انجام می‌دهیم را انجام نمی‌دهند و از روش متفاوتی استفاده می‌کنند.

از سایر چالش‌هایی که نظام حقوقی ما با آنها مواجه است می‌توان به چالش‌های مفهومی، چالش سنت و مدرنیسم، چالش در تبیین نظامات اجتماعی (مثلاً تنظیم رابطه سه قوه یا بحث در مورد ساختار نظام حقوقی خانواده) و چالش در تعیین نهاد مسئول (یعنی با مشکلی مواجه هستیم که نمی‌دانیم کدام نهاد مسئول حل آن است). اشاره کرد که در همه این موارد نیاز به تبیین و کار پژوهشی احساس می‌شود.

۳. اقسام روش‌شناسی در موضوعات

پس از بیان چالش‌های موجود در راه پژوهش‌های قضایی و مشکلات نظام حقوقی، ضرورت بحث از موضوع‌شناسی در پژوهش‌های فقهی - حقوقی روشن شد. لذا دکتر پورسید به بحث اصلی نشست یعنی موضوع‌شناسی این دست از پژوهش‌ها پرداختند. ایشان در ابتدا روش‌شناسی در موضوعات فقهی - حقوقی را به دو دسته تقسیم کردند؛ پسینی و پیشینی.

۳.۱.۳. پسینی

برای روشن شدن این مورد به ذکر یک مثال می‌پردازیم: گاهی اوقات با یک پدیده اجتماعی روبرو می‌شویم نظیر مشکل زندانیان. در حال حاضر تعداد سرانه زندانیان نسبت به جمعیت کشور ما بالا است. البته بر اساس مطالعات تطبیقی ما، نسبت به سایر کشورها خیلی بالا نیست، بلکه به نظر می‌رسد مشکل ما بیشتر کمبود زندان است نه زیادی زندانی. در چنین مواردی، ما بعد از این که با این پدیده روبرو شدیم به دنبال راه حل می‌گردیم.

گاهی در قانون با مسائل عجیبی مواجه می‌شویم، مثلاً در قانون برنامه ششم ماده‌ای است که بر اساس آن قضات در زمانی که تصمیم دارند قرار حبس صادر کنند و یا اینکه حکم به مجازات زندان را بدهند، باید از یک سامانه استعلام کنند. این سامانه تعداد زندانیان را اعلام می‌کند. یعنی اگر قاضی دید

که زندان پر است و ظرفیت ندارد نمی‌تواند حکم حبس دهد. این روش، منطق قضاوت و قانونگذار ما شده است. در این صورت قاضی باید مجازات را تبدیل کند. این چه منطقی است؟ یعنی در حال حاضر، قاضی صرف نظر از شرایط و سوابق شخص مجرم، برای صدور مجازات، باید فاکتور پُر شدن زندان را هم مورد لحاظ قرار دهد. در واقع قاضی در محذوریت غیرحقوقی قرار گرفته است. بجای این که قانونگذار در طول برنامه اول تا پنجم دولت را مکلف کند که فضای زندان را متناسب با نیاز موجود، احداث کند، جور آن را قوه قضائیه باید بکشد و این غیرعقلایی است. در واقع به یک تکلیف دولت عمل نشده است؛ در مقابل یک محذوریت اداری و غیر حقوقی برای قاضی درست کرده‌ایم. در واقع قاضی در شرایطی قرار گرفته است و باید فراتر از پرونده به یک سری امور دیگر توجه کند.

این نوع موضوعات، موضوعات پسینی است یعنی با یک چالش مواجه شده‌ایم و باید به دنبال راه حل بگردیم. این یک روش برای موضوع شناسی است که در آن به بررسی چالش‌های موجود در نظام قانونی می‌پردازیم و برای آن راه حل پیدا می‌کنیم.

۲.۳. پیشینی

در برخی از موارد باید پیش بینی کنیم، مثلاً وقتی پیش بینی می‌کنیم دهه ۹۰ با تراکم نیروی جوان در کشور مواجه می‌شویم در این صورت با افزایش نیروی جوان، احتمال ارتکاب جرایم هم افزایش پیدا می‌کند. وقتی سطح دانش بالا می‌رود به دلیل اینکه اکثر جوانان تحصیل کرده‌اند، جرایم ما پیچیده می‌شود و با جرایم ساده روبرو نیستیم؛ در واقع جرایم سازمان یافته می‌شود. این قبیل موضوعات از موضوعات پیشینی است. در زمانی که سیاست جمعیتی بر این بود که جمعیت زیاد شود، باید پیش بینی می‌کردیم که در دهه ۹۰ با تراکم جمعیت جوان روبرو هستیم. در این صورت آیا به اقتضائات حقوقی آن فکر کرده‌ایم؟ این امر به بخش سیاستگذاری ما مربوط می‌شود. سال گذشته در پژوهشگاه، مطالعاتی در مورد رمز - ارزشها آغاز شد، آن زمان ما فکر می‌کردیم در آینده با آن مواجه خواهیم شد ولی دوستان دادسرا گفتند در این زمینه پرونده مفتوح داریم و کار از کار گذشته است. در شرایط فعلی لازم است در مورد معاملات بیت کوین یا رمز - ارزشها راه حل پیدا کنیم. در هفته گذشته اعلام شد یکسری از مزارع استخراج بیت کوین تعطیل شده است اما بنده نمی‌دانم آیا تعطیلی این مزارع قانونی است یا خیر؟ آیا قانونی داریم که تولید بیت کوین را منع

کرده باشد؟ آیا اگر کسی مصرف برق بالایی دارد این امر می‌تواند دلیل تعطیلی شود؟ آیا باید مشترک پرمصرف را مجبور به تغییر کاربری به صنعتی کرد یا به طور کلی مانع فعالیت او شد؟ الان با این پدیده روبرو شده‌ایم و نظام اجرایی ما راه حل را در تعطیلی دیده است، اما راه حل حقوقی هم همین است؟ علاوه بر تولید، آیا خرید و فروش رمز-ارز قانونی است؟ آیا منع قانونی در این زمینه وجود دارد؟ بخشی از مطالعات ما می‌تواند پیشینی باشد و برای پدیده‌های جدید راه حل پیدا کنیم. مثلاً در زمانی که به دنبال باروری‌های پزشکی رفتیم، آیا قاعده حقوقی را هم تولید کردیم؟ به عنوان مثال می‌توانیم اسپرم مرد را منجمد کنیم. اگر این مرد فوت کرد و پنج سال بعد خانم او تصمیم گرفت که از او باردار شود و اسپرم را به رحم زن منتقل کردند در این صورت در نسب این بچه تردیدی داریم؟ شک نداریم که این بچه متعلق به این خانم و آن آقا است. آیا این بچه ارث هم می‌برد؟ برخی از فقها و خیلی حقوقدان‌های ما معتقدند که این بچه ارث می‌برد در حالی که برخی از فقها می‌گویند براساس کدام حجت شرعی بعد از فوت، اسپرم فرد منتقل شده است؟ چرا که بعد از فوت رابطه زوجیت قطع شده است. این یک چالش حقوقی است که نیازمند راه حل است.

پس موضوع‌شناسی گاهی پیشینی است و گاهی پسینی. در جایی که موضوع‌شناسی پسینی است می‌توان به راحتی مطالعه کتابخانه‌ای و یا میدانی انجام داد؛ با قضات در مورد مشکلات مصاحبه کرد، به بررسی آراء قضایی و نقد آنها پرداخت. اما گاهی اوقات باید به سراغ موضوع پیشینی رفت و در این صورت نیازمند آینده‌پژوهی هستیم. یعنی پیش‌بینی کرد کشور با همین نظام بانکی، اقتصادی و پزشکی و... در ده سال آینده در حوزه حقوق و قضا با چه چالش‌هایی روبرو خواهد شد؟ همه دنیا این کار را انجام می‌دهد. متأسفانه اغلب در کشور ما از روش آزمون و خطا استفاده می‌شود که باعث می‌شود هزینه مدیریت کشور بالا رود.

ما با معاملات جدید روبرو هستیم و از همین الآن می‌توان در فقه معاملات در مورد آنها فکر کرد. یکی از چالش‌های جدی ما بحث فروش «تکن» اموال است. مثلاً یک بانک در جایی ساختمان دارد و یک سهم فرضی از آن را می‌فروشد. در حال حاضر، پنج بانک ما در حال برنامه‌نویسی روی این نوع معاملات هستند و باید برای آن مطالعات پیشینی نمود. سران سه قوه در جلسه هماهنگی اقتصادی، بانک‌ها را ملزم کرده‌اند که اموال مازاد غیرمنقول خود را بفروشند. بانک می‌گوید من

«تُکن» می‌دهم یعنی یک سهم فرضی از آن را می‌فروشم، وقتی تعداد «تُکن‌ها» ده عدد شد، بانک اجازه می‌دهد که فرد یک صدم دانگ از ساختمان را مالک شود. ابتدا یک ارزش کاملاً اعتباری است و وقتی به یک سقفی رسید، تبدیل می‌شود به یک سهمی از یک مال غیرمنقول. آیا چنین معامله‌ای درست است یا خیر؟ برخی از «تُکن» به عنوان ژتون تعبیر می‌کنند. پس برای خرید این مال شرط وجود دارد. هنوز به لحاظ فقهی روی این مسئله کار نشده است، هرچند اخیراً آقای موسویان با این مسئله درگیر شده است، چرا که ایشان در شورای فقهی بورس هستند و «تُکن» در بورس عرضه خواهد شد. ولی بنده خیلی به این شورای فقهی بورس اعتماد ندارم چون فکر می‌کنم که هرچه که وارد این شورا می‌شود، به یک گونه‌ای آن را فقهی می‌کنند و کسی به دنبال راه حل اصولی نیست. در واقع قطعاً با یک معامله‌ای روبرو خواهیم شد و باید به دنبال راه حل فقهی آن بگردیم. لزومی ندارد منتظر تولید موضوع و بعد استفتاء فقهی آن باشیم بلکه الآن می‌توان به تحلیل ماهیتی که در حال محقق شدن است بپردازیم و بعد بگوییم بر اساس قواعد فقهی ما درست است یا خیر؟ حتی امکان دارد بگوییم اگر مترصد این است که چنین معامله‌ای درست باشد مسیر آن، این است و مسیر شما غلط است. سران سه قوه به دنبال تکن نبودند، بلکه با این امر مواجه شدند که بخشی از اقتصاد بلوکه شده و در عرصه تولید نیست، لذا بانک را ملزم کردند که اموال مازاد خود را بفروشند تا وارد عرصه تولید شود. دانشگاه‌ها و حوزه‌های ما باید در مورد شیوه ورود سرمایه به عرصه تولید فکر کنند.

۴. انواع مطالعات در مباحث فقهی حقوقی

دکتر پورسید پس از تقسیم مطالعات و پژوهش‌ها به پسینی و پیشینی، برخی از انواع مطالعات حول مسائل قضایی همچون مطالعات نهادی و میدانی که خود می‌توانند به صورت پسینی یا پیشینی باشند را با مثال‌هایی تبیین کردند. البته مطالعات در عرصه قضایی ممکن است به نحو کتابخانه‌ای نیز باشد که ایشان به دلیل تداول آشنایی همگان با این نوع از مطالعات از توضیح در این باره صرف نظر کردند. دکتر پورسید در ادامه از ضرورت ارزیابی آثار اجرایی قوانین و نیز چالش‌های مطالعات میان رشته‌ای به عنوان بخش مهمی از مطالعات فقهی حقوقی که مورد غفلت واقع شده است، بحث کردند.

۱.۴. مطالعات نهادی

مطالعات ما گاهی می‌تواند نهادی باشد یعنی در قانون به دنبال نهادهای حقوقی جدید بگردیم و حول آنها و آثارشان پژوهش کنیم. در این صورت مطالعه و پژوهش ما حول این نهاد، پسینی می‌شود، یا آنکه قبل از تاسیس یک نهاد روی آن مطالعه کنیم که در این صورت مطالعه ما پیشینی می‌شود. برخی از نهادها در کشور ایجاد شده است ولی هنوز نمی‌دانیم چیست؟ مثلاً قانونگذار قرارداد پیش فروش ساختمان را به تبع حقوق فرانسه به رسمیت شناخته است. در زمانی که این مسأله وارد قانون می‌شد چه کسی مطالعه کرده است که اساساً قرارداد پیش فروش ساختمان قرارداد صحیحی است یا باطل؟ در ادامه درباره قرارداد پیش فروش ساختمان بیشتر توضیح خواهیم داد. یا مانند میانجیگری در آیین دادرسی کیفری که ابتدا قانونگذار آن را نوشته است و در ادامه حقوقدان‌های ما به این فکر افتاده‌اند که با آن چه کاری باید انجام دهند؟

مثالی دیگر اینکه در زمانی که قانون بیمه شخص ثالث در مجلس در حال اصلاح بود، یکی از نمایندگان فی‌البداهه پیشنهاد داد که راننده مقصر حادثه هم مشمول بیمه باشد. چگونه به فردی که خود عامل زیان است باید خسارت تعلق بگیرد؟ بعداً که این مورد قانون شد خیلی از افراد گفتند که چنین تاسیسی در حقوق بیمه در هیچ جای دنیا نداریم که به عامل زیان هم خسارت پرداخت شود. مگر شرکت بیمه باید به کسی که مقصر است خسارت پرداخت کند؟ این مسئله با پیشنهاد فی‌البداهه یک نماینده مجلس مطرح شده و در ادامه رای آورد و الآن در قانون بیمه وجود دارد. پس گاهی قانونگذار اطلاع دقیقی از نهادی که تاسیس می‌کند، ندارد.

مثال دیگر بیمه نوسانات نرخ ارز در قانون پنجم است که شرکت‌های بیمه مکلف شدند نوسانات نرخ ارز را بیمه کنند. این تاسیس در طول قانون برنامه پنجم اجرا نشد و در قانون ششم حذف شد. هیچ کسی فکر نکرد که این چه قانونی بود که نوشته شد؟ این نهاد حقوقی به چه معناست؟ این موارد از مصادیق بررسی‌های نهادی است. برای این کار می‌توان قانون‌های جدید را تویق کرد و به نکاتی برخورد که تا به حال در نظام حقوقی سابقه نداشته است و به راحتی می‌توان این نهادها را مبنای کار مطالعاتی قرار داد. بنده از تعبیر مطالعه نهادی استفاده می‌کنم. این مثال‌ها از جمله موارد پسینی است و امکان دارد با نهادهای پیشینی هم مواجه شویم؛ مثلاً در جایی که بگوییم می‌خواهیم این نهاد جدید را تاسیس کنیم.

۲. ۴. مطالعات میدانی

بخشی از مطالعات ما می‌تواند در مورد بررسی مشکلات قوانین و چالش‌های اجرایی باشد. در این زمینه می‌توان با قضاات مشورت کرد و مشکلات قوانین را جویا شد.

۳. ۴. ارزیابی آثار اجرایی قوانین

در کشور ما ارزیابی آثار اجرایی قوانین انجام نمی‌شود. مثلاً قانونی تاسیس می‌شود برای اینکه تعداد زندانیان کم شود و یا اینکه یک جرم تقلیل پیدا کند. حال پس از تصویب این قانون آیا هدف مورد نظر محقق شد یا خیر؟ آیا تا به حال قانون صدور چک یا قانون حمایت خانواده ارزیابی شده است تا نتیجه حاصل از آن بررسی شود؟ متأسفانه از این امر غافل هستیم و برای آن نیازمند مطالعات اجتماعی و میدانی هستیم. مثلاً باید بررسی کنیم که آیا آمار ورودی پرونده‌های خانواده تقلیل پیدا کرد یا خیر؟ تا در صورتی که تقلیل پیدا کرده بود اعتقاد پیدا کنیم که قانون حمایت خانواده قانون موفق بوده است.

یکی از کارهای مطالعاتی پژوهشگاه قوه قضائیه مطالعه روند دعاوی است. سال گذشته در یکی از استان‌های کشور دو ماه آمار طلاق صفر شد. احتمال دادیم که دادگستری کاری انجام داده است که آمار صفر شده است و برای ما سوال شد که علت این اتفاق چیست؟ این اتفاق به آقای لاریجانی هم منعکس شد و خود ایشان پرسیدند منشأ این آمار چیست؟ بعد از آن معلوم شد رئیس دادگستری جلوی ثبت دعاوی طلاق را برای دو ماه گرفته است. ما در تحلیل پدیده فکر می‌کنیم که اتفاق مثبتی افتاده است مثلاً مشاوره یا آموزش توسعه پیدا کرده است در حالی که آمار طلاق ثبت نشده است. این موارد از جمله اشتباهاتی است که در آثار اجرایی قوانین با آن مواجه می‌شویم.

۴. ۴. بررسی چالش‌ها در مطالعات میان رشته‌ای

ما در مباحث میان رشته‌ای دچار چالش‌های جدی هستیم که پژوهشگران باید به آن بپردازند و برای این چالش‌ها راه حل مناسب پیدا کنند. به عنوان مثال یکی از چالش‌های ما افزایش هزینه دادرسی است که سالانه بالا می‌رود. افزایش هزینه دادرسی درست است یا خیر؟ اولین نکته این است که هزینه دادرسی به چه معناست؟ در برخی از کشورهای دنیا نظیر آمریکا و انگلیس وقتی در دادگاه بدوی شکایت می‌شود و رای علیه شما صادر می‌شود، وقتی که برای تجدیدنظر خواهی به

دادگاه عالی مراجعه می‌کنید، هزینه دادرسی یکباره ده‌ها برابر می‌شود، چرا که هدف آنها این است که ورودی پرونده‌ها به دادگاه‌های عالی کم شود. این امر یکی از روش‌های کاهش ورودی است برای اینکه تقریباً یقین دارند که دادگاه‌های بدوی درست رای می‌دهند. بر اساس نظام قضایی آنها در دادگاه بدوی استانداردها رعایت می‌شود و میزان خطا کم است، بنابراین اگر می‌خواهید به سراغ دادگاه عالی بروید، باید یک هزینه‌ی هنگفتی را پرداخت کنید تا ریسک شما بالا برود و بدون دلیل دوباره شکایت نکنید. اما در کشور ما ۹۵ درصد پرونده‌های دادگاه‌های بدوی به تجدیدنظر مراجعه می‌کنند. این امر یعنی استفاده از هزینه دادرسی برای کنترل ورودی می‌تواند یک راه حل باشد، اما با یک مشکل روبرو هستیم. آیا استانداردهای دادگاه‌های بدوی مادرست است؟ اینگونه نیست و تراکم پرونده‌ها حاکی از این است که قضات مافرصت رسیدگی دقیقی ندارند. لذا نمی‌توان با افزایش هزینه دادرسی ورودی تجدیدنظر را ببندیم. یعنی کارکرد هزینه دادرسی در کشور ما با کارکردی که در نظامات دیگر دارد؛ متفاوت است.

نکته دوم که جای تأسف دارد این است که تقریباً در همه کشورهای دنیا سهم هزینه دادرسی در تامین بودجه قوه قضائیه بسیار اندک است. در کشور ما اطلاعی ندارم. هزینه دادرسی به حساب دولت وارد می‌شود و در ادامه قوه قضائیه از دولت بودجه دریافت می‌کند. مستندی برای این سهم ندارم ولی برداشت شخصی من این است که سهم عمده‌ای از هزینه دادرسی وارد جیب دولت می‌شود. در واقع قوه قضائیه به خاطر هزینه دادرسی، مورد اعتراض مردم و وکلای است ولی بخش عمده‌ای از این هزینه دادرسی را به جیب دولت می‌ریزد. این مورد یکی از چالش‌های مدیریت و حقوق است. آیا عدالت اقتضا می‌کند که مردم هزینه دادرسی زیاد بدهند و یا این که هزینه دادرسی کم پرداخت شود؟ چرا باید قوه قضائیه تامین منابع مالی برای دولت انجام دهد؟ این مورد از جمله موارد مطالعات بین رشته‌ای است که در واقع به چالش بین دو رشته مدیریت و حقوق می‌پردازد.

۵. بایسته‌های تحقیق

در ادامه دکتر پورسید بایسته‌های تحقیق و پژوهش در موضوعات فقهی حقوقی را برشمرده و توضیحاتی پیرامون هر یک از این موارد ارائه کردند.

۱.۵. شناخت دقیق موضوع

در خیلی از مواقع با یک عنوان مواجه هستیم و فکر می‌کنیم با این عنوان، مسأله را پیدا کرده‌ایم؛ در حالی که در بسیاری از مواقع اسم عنوان یک چیز است اما وقتی تحریر محل نزاع می‌شود، با چیز دیگری مواجه می‌شویم. پس نیازمند شناخت دقیق موضوع هستیم. اساساً آیا این موضوع برای ما چالش است؟ گاهی تلقی ما این است که در یک موضوع چالش داریم ولی وقتی چند مقاله می‌خوانیم متوجه می‌شویم که اصلاً در این موضوع چالش نداریم. پس انتخاب موضوع ما غلط بوده است و ما بدو نیازمند شناخت دقیق موضوع هستیم.

۲.۵. کشف ابعاد مختلف

سایر جهات موضوع نظیر جهات اقتصادی، فرهنگی، سیاسی، امنیتی و غیره باید مورد مطالعه قرار گیرد. معمولاً پیچیدگی موضوعات در مطالعات قضایی سبب می‌شود یک موضوع دارای ابعاد مختلفی باشد. فهم موضوع بدون تبیین خاستگاه موضوع در این میان و تبیین تعاملات میان رشته‌ای بسیار دشوار است و به دلیل پیچیدگی موضوعات اجتماعی روز به روز دشوارتر می‌شود. البته در عین حال این ابعاد مختلف فقط در مورد شاخه‌های مختلف حقوق نیست، بلکه بحث اقتصادی، اجتماعی، امنیتی و سیاسی آن نیز هست و همه ابعاد آن باید مورد بررسی قرار گیرد. مثلاً در امور استخدامی با اصل تساوی در استخدام مواجه هستیم، ولی در شرایط جاری کشور که تعداد فارغ‌التحصیلان دانشگاهی خانم‌ها بیشتر از آقایان است، در این صورت فرصت برابر به چه معناست؟ در این فرصت برابر، قطعاً خانم‌ها سهم بیشتری می‌برند، چون هم تعداد آنها بیشتر است و هم مدارک تحصیلی بیشتری دارند و هم براساس تجربه در آزمون‌ها، بیشتر از آقایان قبول می‌شوند. اگر در ورود به این عرصه سیاست‌گذاری نکنیم به این معناست که در آینده نزدیک، پست‌های مدیریتی توسط خانم‌ها اشغال خواهد شد. در مورد بد یا خوب بودن این امر قضاوت نمی‌کنیم بلکه می‌گوییم این چالشی است که با آن روبرو هستیم. اگر قبول دارید به همین طریق پیش می‌رویم و اگر قبول ندارید و می‌گویید اولویت با مردان است چرا که سرپرست خانوار هستند، بلکه هدف نظام اسلامی و مکتب حقوق خانواده ما این نیست که برای خانم‌ها شغل درست کند، بلکه هدف آن تحکیم خانواده است یعنی توانایی‌های زن در حوزه خانواده تقویت شود نه فرصت اشتغال برای او ایجاد شود. به هر حال باید برای چنین مسأله و مسائلی شبیه به آن، دنبال راه حل بود.

در استان‌های حاشیه‌ای ما، خانواده‌های شیعه در اقلیت قرار می‌گیرند و مذاهب دیگر در حال زیاد شدن هستند. به این امر اشکال نمی‌گیریم و امکان دارد در یک استانی چنین باشد ولی آیا می‌توانیم در استان سیستان و بلوچستان تمام مدیران خود را از اهل سنت قرار دهیم؟ در حالی که در استان‌های مرزی خود با مشکل امنیتی با همسایه‌های مرزی مواجه هستیم. در چنین وضعیتی اگر در نظام استخدامی شعار اصل تساوی دهیم، آیا با شرایط فعلی کشور در این مناطق سازگاری دارد؟ در مثالی دیگر کنوانسیون‌های سازمان ملل در مورد تساوی قضات زن و مرد از قوه قضائیه استعلام می‌کنند که آیا فرصت مساوی به قضات مرد و زن داده می‌شود؟ آیا ادله ما تساوی در قضات مرد و زن را می‌پذیرد؟ در حالی که براساس میثاقی که قبل از انقلاب به آن پیوسته‌ایم باید به سازمان ملل پاسخ دهیم، در حالی که نمی‌توانیم چنین فرصتی را ایجاد کنیم و از جمله چالش‌هایی هست که با آن روبرو هستیم.

بنابراین باید به این نکته توجه داشت که برخی از چالش‌هایی که با آن روبرو هستیم ابعاد مختلفی دارند؛ از یک سو حقوق بشر است و از سوی دیگر چالش‌های داخلی نظیر چالش‌های امنیتی و سیاسی و اجتماعی و ...

۳.۵. بررسی ادبیات و پیشینه

متاسفانه معمولاً غافل هستیم که آیا موضوعات انتخابی پژوهشی، قبلاً کار شده است یا خیر؟ مخصوصاً در کشور ما که مراکز پژوهشی متعدد وجود دارد. در حالی که به راحتی می‌توان در سوابق و پیشینه جستجو کرد. یکی از مشکلات این بخش این است که برخی از مراکز، دسترسی استفاده به مطالعات انجام شده را نمی‌دهند، در حالی که نتیجه استفاده از پول بیت المال است و باید در دسترس عموم برای استفاده قرار گیرد.

۴.۵. بررسی موضوع در ادبیات تطبیقی

فقه و حقوق در کشور ما در هم تنیده شده است، لذا در انجام پژوهش باید الزامات و تعاملات میان فقه و حقوق را در هر مسئله‌ای سنجید و از این طریق به فهم دقیق‌تر موضوع دست یافت، البته ادبیات تطبیقی اعم از فقه است. ما نیازمند این هستیم که موضوع هم در حوزه فقه و هم در حوزه حقوق خارجی بررسی شود. بنابراین آشنایی با زبان و همچنین اندکی آشنایی با رشته‌های دیگر لازم است. مثلاً کسی که تصمیم دارد در حوزه حقوق مالی کار کند باید مقداری اقتصاد و بودجه را مطلع باشد.

۵.۵. کشف راه حل

کشف راه حل در مواقعی است که با یک مسئله مواجه شده باشیم. گاهی نیز با تحقیقات بنیادین مواجه هستیم. در تحقیقات بنیادین به دنبال راه نیستیم بلکه به دنبال اشاعه دانش و تولید ادبیات هستیم.

۶.۵. عرضه و ارزیابی راه حل در تعاملات بین رشته‌ای

مطالعه در نهایت درصدد حل یک چالش و مشکل است و لذا باید عرضه شود و درآزمون، اثر بخشی و کارآمدی آن مورد سنجش قرار گیرد. نکته مهم این است که این موضوع گاهی باید قبل از توصیه عمومی راه حل‌ها اتفاق بیافتد. البته راه حلی که فقط از منظر حقوقی پیدا می‌شود باید آزمایش و سنجیده شود. مثلاً قانونگذار ما در مورد چک از قبل از انقلاب تا سال ۹۷ که آخرین اصلاحیه قانون چک در کشور ما انجام شده است، کاملاً زیگزاگی عمل کرده است. در یک جا چک جرم انگاری شده است و به صورت کلی، کیفری در نظر گرفته شده است. بعد از مدتی استثنا زدیم و گفتیم برخی از چک‌ها مانند چک سفیدامضا و چک تضمینی کیفری نیست. بعد از انقلاب با مشکل مواجه شدیم و دوباره چک را کیفری کردیم و استثنائات حذف شد. در ادامه با این چالش روبرو شدیم که تعداد زندانی‌ها زیاد شد، لذا استثنائات برگشت و غیرکیفری شد. آیا مشکل چک حل شد؟ اساساً هدف ما از چک چیست؟ بعد از قانون‌گذاری باید ارزیابی کنیم. آیا چک را به عنوان تضمین می‌پذیریم و یا اینکه آن را ابزار معاملاتی قرار می‌دهیم؟ چک از قانون تجارت ۱۳۱۱ وارد حقوق ما شده است، هنوز نمی‌دانیم چک آیا حلال است و یا این که چک سررسید دار هم چک است یا خیر؟ اکثر چک‌ها در معاملات سررسید دارد در حالی که قانون تجارت ما چنین نگاهی به چک ندارد، بلکه چک در زمان صدور باید محل داشته باشد و مبلغ باید در حساب موجود باشد، بلکه چک تنها یک ابزار پرداخت است. به نظر، قانونگذار ما هم نمی‌داند چک چه چیزی است چرا که روش قانونگذاری ما در چک زیگزاگی است و به صورت مداوم یک چیزی را می‌پذیریم و رد می‌کنیم. در نهایت در اصلاحات قانون چک در سال ۹۷ مواردی وارد قانون چک شده است که باعث تعجب است. به هر حال نکته اینست که وقتی به یک راه حل فکر می‌کنیم ارزیابی این راه حل در تعاملات بین رشته‌ای مهم است و باید اثر آن قانون بررسی شود.

آنچه در این نوشته بیان شد؛ آسیب‌ها و روش تحقیق‌های فقهی و حقوقی است که جناب آقای دکتر پورسید بیان کردند. در ادامه نشست برخی از موضوعات مورد نیاز بیان و تحریر شده‌اند که در شماره دیگری از مجله رسائل منتشر خواهد شد.