

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مطالعات فقه سیاست

دوفصلنامه علمی - تخصصی

سال سوم، شماره پنجم، بهار و تابستان ۱۴۰۲



صاحب امتیاز: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام

مدیر مسئول: آیت الله محمد جواد فاضل لنکرانی

سر دبیر: سید جواد حسینی گرگانی



هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

- ♦ ابوالقاسم مقیمی حاجی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)
- ♦ احمد مبلغی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)
- ♦ سید جواد حسینی گرگانی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم، دکتری فقه روابط بین الملل)
- ♦ قاسم شبان نیا (عضو هیأت علمی مؤسسه امام خمینی علیه السلام، دکتری علوم سیاسی)
- ♦ مجتبی عبدخدایی (عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی، دکتری روابط بین الملل)
- ♦ محمد جواد نوروزی (استاد مؤسسه امام خمینی علیه السلام)
- ♦ محمد قاسمی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم، دکتری فلسفه سیاسی)
- ♦ میر تقی حسینی گرگانی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)
- ♦ محمد سعید واعظی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)

دبیر تحریریه: محمد قاسمی

ویراستار: محسن اکبری

صفحه آرا: محسن شریفی

دبیر اجرایی: حسین حمزه

طراح جلد: حمیدرضا پورحسین

مترجمان: ابراهیم حسن (عربی) - جاوید اکبری (انگلیسی)

مجوز انتشار نشریه مطالعات فقه سیاست در زمینه فقه و علوم سیاسی (تخصصی) به زبان فارسی و ترتیب انتشار دوفصلنامه به نام مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام در تاریخ ۱۴۰۰/۲/۲۰ به شماره ثبت ۸۷۸۲۶ از سوی معاون امور مطبوعاتی و اطلاع رسانی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی صادر گردید.

نشانی: قم، میدان معلم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، معاونت پژوهش، دفتر دوفصلنامه مطالعات فقه سیاست

تلفن: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۹۴۹۴ - ۰۲۵ - دورنگار: ۳۷۷۳۰۵۸۸ - ۰۲۵

قیمت: ۴۰۰۰۰۰ ریال





A Reflection on the Conflict of Jurisprudence and Law

Muhammad Jawad Fazel Lankarani¹

Abstract

One of the most important issues that the Sharī'a-based legal system must have an analysis and solution for is the "relationship between jurisprudence and law". This issue has been raised in Iranian society since the beginning of the constitutional period, and it is still being raised with more complexity and ambiguity during the Islamic Republic of Iran. There are several questions around the relationship between law and jurisprudence. Questions that need to be answered from the point of view of jurisprudence using the inferential method. What makes the analysis of the relationship between jurisprudence and law difficult are the fundamental differences that exist between these two fields. The differences that caused some jurists to vote against the illegitimacy of legislation (taqnīn) during the constitutional era. The rightness of the said vote is the issue of the present study.

In this article, the author has attempted to first outline the "relationship between jurisprudence and law" considering the differences between these two. Then he has proved the legitimacy of legislation by using solutions, explaining the extent of the presence of jurisprudence in the law according to the requirements and atmosphere of society. Since in the legislative position, conflicts do happen between the fatwa to be followed and the approved law, three possibilities are expressed in order to resolve the conflict cases based on the jurisprudential foundations and the method of ijtihad.

Keywords: jurisprudence, law, legitimacy of legislation, governmental jurisprudence, conflict of jurisprudence and law.



1. Lecturer of Advanced (Kharij) jurisprudence and legal theories in the Islamic Seminary of Qom (info@fazllankarani.com)

تأملی بر انگاره تعارض فقه و قانون

محمدجواد فاضل لنکرانی^۱

چکیده

از مهمترین مسائلی که باید نظام حقوقی مبتنی بر شریعت در نسبت با آن دارای تحلیل و راهکار باشد، مسأله «نسبت بین فقه و قانون» است. این مسأله در جامعه ایرانی، از آغاز مشروطه مطرح شده و در دوران جمهوری اسلامی ایران نیز با پیچیدگی و غموض بیشتری هم‌چنان مطرح است. ذیل این مسأله، پرسش‌های متعددی شکل می‌گیرد. پرسش‌هایی که نیاز است از موضع فقه و با روش اجتهادی به آنها پاسخ داده شود. آنچه که تحلیل رابطه میان فقه و قانون را با اشکال روبرو می‌سازد، تفاوت‌های بنیادینی است که میان این دو عرصه وجود دارد. تفاوت‌هایی که سبب گردیده برخی از فقها، رأی به عدم مشروعیت تقنین در دوران مشروطه بدهند. صحت و سقم رأی مذکور، مسأله پژوهش پیش رو است.

نگارنده در این نوشتار، سعی نموده تا نخست «نسبت بین فقه و قانون» را با توجه به تفاوت‌های میان این دو طرح نماید؛ سپس مشروعیت قانون‌گذاری را با استفاده از راهکارهای فقهی اثبات کرده و گستره حضور فقه در قانون را با توجه به الزامات و اقتضائات اداره جامعه توضیح دهد. از آنجا که در مقام قانون‌گذاری، تعارض‌هایی میان فتوای مورد تقلید، با قانون اعتبار یافته رخ می‌نماید، با ابتنای بر مبانی فقهی و روش اجتهادی، احتمالات سه‌گانه‌ای در راستای حل موارد تعارض بیان می‌گردد. واژگان کلیدی: تعارض فقه و قانون، فقه، فقه حکومتی، قانون، مشروعیت قانونگذاری.

۱. استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم (info@fazllankarani.com).



مقدمه

نسبت بین فقه و قانون، از مهمترین مسائلی است که نظام حقوقی مبتنی بر فقه است، به آن مبتلاست. پیچیدگی این امر از جنبه‌های مختلفی قابل طرح است و اما عمده جهت آن است که در زمان مطرح‌نبودن قانون مدرن در روابط جامعه اسلامی، دانش «فقه» میدان‌دار تنظیم‌گری ارتباطات حکومتی و اجتماعی بوده است.

با چنین قابلیت‌هایی که در فقه وجود دارد، ورود عنصری به نام «قانون» به حیات سیاسی و اجتماعی مسلمانان، چالش‌هایی را ایجاد می‌نماید. این چالش‌ها از عصر مشروطه آغاز شده و در دوران جمهوری اسلامی ایران نیز امتداد و استمرار داشته است. بسیار روشن است کسانی که قانون را نمی‌پذیرند و از موضع فقه با آن به مخالفت می‌پردازند، مسأله‌ای برای ایشان مطرح نمی‌شود؛ ولی کسانی که پذیرای قانون بوده و اداره جامعه را وابسته به تدوین قانون می‌دانند، باید این مسأله را حل کنند که نسبت بین فقه و قانون چیست؟ چه تفاوت‌هایی میان این دو وجود دارد؟ با وجود تفاوت‌هایی که میان فقه و قانون وجود دارد، آیا در جامعه‌ای که متعبد به فقه و احکام شرع است، می‌توان قانون‌گذاری نمود؟ در صورت پاسخ مثبت، گستره حضور فقه در عرصه قانون‌گذاری چقدر است؟ و در نهایت، این پرسش که در مجال تعارض میان فقه و قانون، چه راهکارهایی وجود دارد و چه پاسخ‌هایی برای مقام تعارض می‌توان طرح نمود؟ نگارنده در این پژوهش، سعی دارد با روش اجتهادی به پرسش‌های یاد شده، ذیل سه مرحله‌ی تبیین تفاوت‌های فقه و قانون، گستره حضور فقه در قانون و ارائه راه حل در صورت تعارض این دو، پاسخ دهد و مباحث فقه قانون‌گذاری را از منظر فقهی تبیین نماید.

۱. تفاوت‌های فقه و قانون

فقه، مجموعه قواعد، ضوابط و احکامی است که از طرف شارع به عنوان یک شریعت برای بشر آمده است. با چشم‌پوشی از دقت‌هایی که در معنای لغوی شده، فقه، یعنی احکام مستند به ضوابط اجتهادی و آنچه که براساس این ضوابط به دست آمده است؛ اما قانون، دستوری است که برای تنظیم امور و ثبات یک جامعه وضع می‌شود. فارغ از تعریف این دو عنوان، آنچه مهم است توجه به نقاط امتیاز فقه از قانون است. به نظر می‌رسد می‌توان شش ویژگی اساسی در تمایز میان فقه و قانون برشمرد:

ویژگی اول: فقه، مستند به ادله اربعه است؛ ولی قانون لازم نیست که مستند به این ادله



باشد. اگر در جامعه‌ای اهل حلّ و عقد بر اجرای امری توافق نمایند، این توافق، «قانون» نامیده می‌شود و در این‌گونه امور نیازی به اینکه شرع، توافق اهل حلّ و عقد را تأیید کند نیست، و در خصوص جامعه مسلمانان هم، عدم مخالفت آن با شرع کافی است.

از آنجا که در فقه بنا بر این است که حکمی به خداوند نسبت داده شود، باید بر یکی از ادله اربعه بنا نهاده شود؛ ولی در قانون، چنین استنادی لازم نیست. هرچند بسیاری از قوانین با فقه - که مستند به ادله است - مشترک هستند؛ اما لزومی ندارد که حتماً مستند به آن ادله باشد.

ویژگی دوم: در فقه، تقسیم‌بندی‌هایی وجود دارد که در قانون نیست؛ مانند حکم اولی و حکم ثانوی؛ یا تقسیم حکم به واقعی و ظاهری که مجال آن فقط در فقه است؛ در حالی که، در قانون نمی‌توان از دوگانه ظاهری و واقعی سخن گفت.

ویژگی سوم: فقه، دارای شمول و گستردگی است و در عبادات، معاملات، مسائل شخصی، اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، جاری می‌شود؛ به عبارت دیگر، می‌توان فقه را دو بخش نمود؛ فقه فردی و اجتماعی؛ ولی محدوده قانون فقط در امور اجتماعی است. در هیچ کشوری، برای یک شخص یا اشخاصی خاص، از جهت شخصیت حقیقی آنها، قانونی وضع نمی‌کنند؛ بلکه قانون فقط مربوط به امور اجتماعی است.

ویژگی چهارم: برخی معتقدند فقه دارای احکام ثابت و متغیر است. (طباطبائی، ۱۴۰۲، ج ۱، ص ۷۹؛ مطهری، ۱۳۹۹، ج ۲۱، ص ۳۲۶) با این تعریف که، احکام ثابت با تمام خصوصیات در جمیع امکان و با اختلاف در شرایط ثابت است، مثل وجوب نماز؛ اما احکام متغیر با اختلاف شرایط تغییر می‌کند؛ مانند اینکه، وسیله‌ای در یک زمان، آلت قمار است و در زمان دیگر، آلت قمار محسوب نمی‌شود. خرید و فروش خون در یک زمان حرام است و در زمان دیگر - که فایده عقلایی دارد - حلال و صحیح می‌شود.

این تغییر بیشتر به اختلاف در موضوع و تغییر موضوع برمی‌گردد و در غیر این صورت، اگر موضوع ثابت باشد، احکام هم ثابت خواهند بود و از اساس نمی‌توان این تقسیم را مطرح کرد. این در حالی است که تقسیم ثابت و متغیر در قانون معنا ندارد؛ زیرا ذات و هویت قانون بشری متغیر است؛ به همین سبب، در هر دوره‌ای، تبصره و قیودی بر آن وارد شده و تغییر پیدا می‌کند.

ویژگی پنجم: مخالفت با قانون، غیر از مخالفت با فقه است و این دو موضوع، جدای از هم است. یکی از پرسش‌های متداول این است که اگر کسی با قانونی مخالفت کرد، آیا خلاف شرع مرتکب شده یا نه؟ در مخالفت با فقه، مسأله ثواب و عقاب مطرح می‌شود؛ ولی در



مخالفت با قانون، همان مجازاتی اعمال می‌شود که خود قانون معین می‌کند و ثواب و عقاب اخروی به حسب اولی در آن معنا ندارد؛ مگر عنوان دیگری بر آن منطبق شود.

به نظر می‌رسد درباره استفتائی که از حضرت امام علیه السلام شده بود و ایشان فرمودند: تخلف از قوانین راهنمایی جایز نیست، (خمینی (امام)، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۵۱۶)؛ پاسخ را باید اینگونه قید زد که فرد می‌خواهد مخالفت با نظام کند، و اگر این تقیید نباشد، دلیلی وجود ندارد که مخالفت با شرع محسوب گردد؛ به بیان روشن‌تر اینکه هرچند، چنین فردی از قانون سرپیچی کرده و مجازاتی که در همان قانون برای آن معین شده، ثابت می‌شود و جریمه‌اش را باید بدهد؛ ولی مخالفت با شرع محسوب نمی‌شود.

ویژگی ششم: قضایای شرعی از قبیل قضایای حقیقیه است که لازم نیست موضوع آن بالفعل موجود باشد، بر خلاف قانون که در بیشتر زمان‌ها به صورت قضایای خارجیه مطرح است.

۱-۱. مشروعیت قانون‌گذاری با وجود فقه

در کشورهایی که مسأله دین و فقه در فرآیند قانون‌گذاری مطرح نیست، بحث از نسبت بین فقه و قانون بی‌معناست؛ اما در جامعه‌ای که ملتزم به فقه و احکام شرعی هستند، آیا می‌توان در کنار فقه، چیز دیگری به نام قانون وضع کرد یا خیر؟ فرقی هم نمی‌کند که حکومت اسلامی، حاکم باشد یا نباشد.

با وجود التزام مردم یک جامعه به فقه، آنها در برابر قانون چه باید کنند؟ البته روشن است که در فرض برقراری حکومت اسلامی، مسأله وضوح بیشتری پیدا می‌کند. ادله‌ای در اینجا مطرح شده است که نمی‌توان در کنار فقه، پذیرای قانون شد؛ اما به نظر می‌رسد این ادله، برای اثبات ادعا کافی نیست.

دلیل اول: تنها موجودی که حق قانون‌گذاری دارد، خدای تبارک و تعالی است و از اساس، بشر این حق را ندارد و خداوند متعال هم، همین احکام پنج‌گانه تکلیفی واجب، محرم، مباح، مستحب، مکروه و احکام وضعیه را دارد. بشر حق ندارد حکم تکلیفی برای خود جعل کند؛ حق ندارد بگوید که اگر کسی از این خیابان عبور کرد او را باید مجازات نمود؛ حق ندارد اگر کسی دزدی کرد، غیر از آن عقوبت شرعی مجازات دیگری، مثل زندان و حبس کنارش قرار بدهد. (محمدحسین مجتهد تبریزی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۰۶)

این دیدگاه، دارای مستند قرآنی و روایی است. مستند قرآنی آن، آیات «إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ»



(انعام: ۵۷) و «أَلَا لَهُ الْحُكْمُ» (انعام: ۶۲) و مستند روایی آن، در خطبه‌های نهج البلاغه است. (نهج البلاغه، ص ۲۶، ۴۸).

اکنون این پرسش پیش می‌آید که آیا از این آیات و روایات می‌توان استفاده نمود که انسان حق قانون‌گذاری ندارد و نمی‌تواند در هیچ محدوده‌ای، قانون وضع نماید؟

به نظر می‌رسد این سخن قابل پاسخ است؛ زیرا آنچه که از شریعت و ادله استفاده می‌شود این است که حکم بر خلاف ما أنزل الله حرام است؛ «مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (مائده: ۴۴) یا «فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (مائده: ۵۵) و یا «فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (مائده: ۴۷)؛ اما دلیلی وجود ندارد که کسی حق ندارد در هیچ زمینه‌ای، قانون‌گذاری کند.

در مورد آیه شریفه «إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ»، بنا بر آن که کلمه حکم، اعم از حکم تکوینی و تشریعی باشد - زیرا در سیاق آیتی وارد شده که مسائل تکوینی بیشتر مطرح است؛ پس باید ناظر به حکم تکوینی نیز باشد - معنایش این نیست که هیچ‌گاه بشر در هیچ اجتماعی حق قانون‌گذاری ندارد؛ بلکه آیه بر این مقدار دلالت دارد که آن دسته از احکام که بخواهد به عنوان احکام شرعی و حکم دینی تا روز قیامت مطرح باشد، فقط باید از ناحیه خدا صادر شود.

قرینه اصلی بر این معنا هم، تناسب حکم و موضوع است که به خوبی بر این کلام دلالت دارد؛ یعنی فقیه نمی‌تواند از جانب خود حکمی را برای دیگران جعل کند و بالاتر از فقیه، شخص امام معصوم علیه السلام هم - غیر از بحث تفویض - باز نمی‌تواند حکمی را که در شریعت نیست به عنوان شریعت بیان کند. البته، این مبنا صحیح و مقبول است که ائمه هدی علیهم السلام می‌توانند تشریع کنند؛ به این معنا که براساس ضوابط و ملاکاتی که خدای تبارک و تعالی در اختیار آنها قرار داده، می‌توانند حکمی را به عنوان شرع بیان کنند؛ چون آنها کاملاً به ملاکات احکام آگاه هستند.

بنابراین، آیه «إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ» به این معنا است که جعل حکم به عنوان حکم شرع، مخصوص خدای تبارک و تعالی است؛ اما معنایش این نیست که بشر نتواند قانون‌گذاری کند. مانند اینکه خانواده‌ای برای تنظیم امورشان، در جمع خود می‌خواهند قانونی بگذارند که چه ساعتی، زمان استراحت باشد و لامپ‌ها خاموش شود و چه ساعتی غذا صرف شود. حال فرزند این خانواده نمی‌تواند به پدرش بگوید که چرا این قانون را می‌گذارید؟ کجای اسلام آمده است که باید از این قانون پیروی کنیم یا به چه دلیلی این قانون اعتبار دارد؟

دلیل دوم: از روایات و مجموع ادله استفاده می‌شود که دین اسلام جامعیت دارد و در همه زمینه‌ها، حکم الهی را بیان کرده است و هیچ واقعه‌ای خالی از حکم نیست تا نیاز به جعل



قانونی بشری باشد؛ به این بیان که قوانین شرع در مهمات عبادات و معاملات و سیاست‌ها، کافی و وافی است و نقصانی ندارد. (همان، ج ۱، ص ۲۰۲)

در این دلیل، بین جامعیت دین و بین اینکه بشر حق قانون‌گذاری داشته باشد، مغالطه صورت گرفته است؛ در حالی که به نظر می‌رسد بین این دو، تنافی وجود ندارد. دین می‌گوید بشر می‌تواند برای خودش قانون‌گذاری کند و این، با جامعیت دین هم منافات ندارد. بلکه چنانچه در یک صورت ادعا گردد که نظر دین در آن مورد مبهم است، اجازه می‌دهد که بشر برای خودش قانون بگذارد. بنابراین، ادعای بالا، نوعی مغالطه محسوب می‌شود که از جامعیت دین برای نفی حق قانون‌گذاری بشر استفاده کرده است.

دلیل سوم: قانون‌گذاری توسط بشر بدعت است، بدعت یعنی آنچه را که در دین نیست، در دین قرار دهیم؛ «ادخال ما لیس من الدین فی الدین» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۲۷۸). برخی گفته‌اند قانونی هم که بشر جعل می‌کند، چون در دین نیست، پس یک نوع بدعت است. (زرگری‌نژاد، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۵۵)

در پاسخ به این سخن می‌توان گفت که کسی نمی‌خواهد قانون را به عنوان دین مطرح کند؛ فقط عده‌ای از اهل حلّ و عقد، دستوری را برای جامعه زمان خودشان جعل می‌کنند و منسوب به دین نیست. در ممیزات قانون و فقه هم گفته شده است که فقه، مستند به ادله اربعه است؛ اما قانون این‌طور نیست. فقه را می‌توان منسوب به خدای متعال کرد؛ اما قانون لزومی ندارد منسوب به خداوند شود. بنابراین، عنوان «بدعت» در قانون راه ندارد.

۱-۲. راهکارهای مشروعیت قانون‌گذاری

از آنجا که می‌بایست قانون برای جامعه معتبر باشد، صرف نبود دلیل بر اینکه جعل قانون اشکال دارد، در اعتبار قانون‌گذاری بشری کفایت نمی‌کند. پس چه راهکارهایی وجود دارد که بتوان از راه صنعت علمی، وضع قانون بشری را تصحیح نمود؟

اول: جعل قانون، یک امر عقلایی و در ارتکاز عقلاست. البته در زمان‌های گذشته، خیلی کم‌رنگ بوده و در زمان کنونی با تشکیل پارلمان و مجلس پر رنگ شده است. پس قانون و تقنین یک امر عقلایی است و عقلا «من حیث أنهم عقلا» می‌گویند: «نحن نحتاج إلى القانون» و جامعه هم محتاج به قانون است.

اینگونه نیست که این احساس نیاز، مخصوص به یک زمان، مکان یا افراد خاص باشد؛



بلکه در ارتکاز عقلا وجود دارد. هنگامی که می‌گوییم در ارتکاز عقلاست؛ به این معناست که دیگر لازم نیست بگوییم حتماً در زمان شارع بوده یا نبوده است. البته شارع هم می‌تواند با قوانین بشری مخالفت کند؛ برای نمونه قانون عقلا این است که سن بلوغ هجده سال است؛ اما فقه این را رد کرده است.

در هر صورت، یکی از امور ارتکازی نزد عقلاء (در طول تاریخ)، وضع قانون بوده است؛ و آمدن شریعت، به این معنا نیست که هیچ‌کسی حق قانون‌گذاری در هیچ امری را ندارد؛ زیرا شریعت، ضوابطی را که موجب تضمین سعادت و نجات بشر در دنیا و آخرت است برای همه مکلفان و نه برای یک جامعه خاص بیان می‌نماید.

معنای جعل قانون الهی و آسمانی، تخطئه روش عقلا نیست. شارع در جایی، مانند ربا، با عقلا مخالفت می‌کند؛ در حالی که خیلی از احکام و قوانین عقلا را هم امضاء کرده است، و در اساس، وجود احکام امضائیه در شریعت، کاشف از این است که اصل قانون‌گذاری عقلایی، نه تنها ردع و منع نشده؛ بلکه امضاء هم شده است؛ زیرا روش عقلا و اهل حل و عقد در هر زمانی این است که قانون‌گذاری می‌کنند و شارع هم اینها را تخطئه و حذف نکرده است؛ بلکه به نظر می‌رسد موضع‌گیری شارع نسبت به قانون‌گذاری به این سه صورت است: تخطئه، تأسیس و امضاء.

بسیاری از موضوعاتی که به عقل عقلاء نرسیده - چه در مسائل فردی و چه اجتماعی - را شارع تأسیس می‌کند و در یک مواردی هم، قانون‌گذاری بشری را تخطئه می‌کند و در موارد فراوانی، مانند احکام معاملات و اجتماعیات، آنها را امضاء می‌کند. پس، دلیل اول بر اعتبار قانون آن است که شارع، اصل قانون‌گذاری را - که یک سیره عقلایی است - نه تنها ردع ننموده، بلکه در موارد بسیاری امضاء هم نموده است.

دوم: این راه، نزدیک به همین دلیل اول است. اگر این مبنا پذیرفته شود که تشکیل حکومت در متن دین لازم و یکی از واجبات است، در پی آن پرسش مطرح می‌شود که آیا حکومت بدون قانون‌گذاری ممکن است؟ هر حکومتی به مقتضای نیازهای مردم زمان خود، قانون‌گذاری می‌کند. برای نمونه، در هر حکومتی برای ورود و خروج افراد از مرزها قوانینی گذاشته می‌شود که ارتباطی با فقه ندارد؛ یعنی در فقه، مرز جغرافیایی مطرح نیست تا درباره این امور نظر داده باشد؛ بلکه مرز جغرافیایی موضوعی است که در پی جنگ‌ها و استعمار بین‌المللی پیش آمده است.



البته روشن است که در حکومت اسلامی بسیاری از قوانین از فقه سرچشمه می‌گیرد و ممکن است گفته شود: چون حکومت، اسلامی است و در رأس آن ولیّ فقیه است، وی می‌تواند حسب اختیاری که شرع برای او قرار داده جعل قانون کند. پس ولیّ فقیه، قانونی که در متن شرع نیست را می‌تواند برحسب مصالح و روی ضوابط، جعل نماید؛ مانند قانون «عدم خروج از کشور» یا «مجازات زندان و جریمه برای گران‌فروشان»؛ ولیّ مسأله جعل قانون، محدود به ولیّ فقیه نیست و اگر حکومت اسلامی را عدول مؤمنین هم تشکیل دهند باز فرقی نمی‌کند و در اینجا نیز حکومت نیاز به قوانین دارد.

پس راهکار دوم این شد که یکی از احکام اولیه اسلام، تشکیل حکومت اسلامی است و از لوازم قهری حکومت، «قانون» است. در حکومتی که قانون نباشد، هرج و مرج حاکم می‌شود و بسیار زود از بین خواهد رفت.

سوم: شارع هیچ‌گاه راضی به هرج و مرج در جامعه‌ای نیست ولو جامعه غیر اسلامی باشد. اینکه در فقه گفته می‌شود: «اختلال نظام جایز نیست»، مراد نظام بشری است، نه فقط نظام اسلامی. از این رو می‌توان این بیان را دلیل مستقلی قرار داد و اینگونه آن را بیان نمود که عقل می‌گوید هرج و مرج درست نیست و شرع هم آن را تأیید می‌کند. آن چیزی که هرج و مرج را برمی‌دارد، قانون است. پس امر قانون‌گذاری نزد شارع، معتبر است.

چهارم: از آیه شریفه «وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ» (شوری: ۳۸) استفاده می‌شود که شارع، مسأله مشورت را مطرح و امور جامعه بشری را بر اساس مشورت معتبر دانسته است. براین اساس، اگر در اثر مشورت، قانونی تدوین شود، آن قانون، معتبر خواهد بود.

راهکار پنجم: عقل به عنوان حجت باطنی راهکار بعدی است. در روایت شریفه آمده است: «إِنَّ لِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجَّتَيْنِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۱۶) یعنی بر مردم دو حجت است: حجت ظاهری که انبیا هستند و حجت باطنی که عقل است. عقل با قطع نظر از ملاک هرج و مرج می‌گوید برای اینکه جامعه به سعادت برسد و احتیاجاتش برآورده شود، باید قانون‌گذاری کند.

ممکن است کسی ملاک حکم عقلی را دفع هرج و مرج بداند؛ ولی به نظر می‌رسد ملاک دیگری به عنوان «لزوم تحصیل مصلحت برای رشد جامعه» در عرصه علم، صنعت، کشاورزی، امنیت و... مطرح است.

به نظر می‌رسد که این پنج دلیل، به خوبی بر این مطلب دلالت دارد که بشر می‌تواند - و بلکه باید - قانون‌گذاری کند.



۲. گستره حضور فقه در قانون

قوانین به اقتضاء ملاکاتی که دارند در برخی موارد، به صورت دائمی، و در بعضی دیگر، مقطعی وضع می‌شوند. البته همان مواردی که براساس ملاک دائمی است، نیز می‌تواند متغیر باشد؛ زیرا ذات قانون متغیر است. هم‌چنین مستند قوانین در برخی موارد، عقل؛ در برخی موارد، بناء عقلا و در مواردی هم عادت مردم و فرهنگ جاری در جامعه است. در جوامع دینی نیز، مستند قانون، احکام دین و فقه و شرع است.

سؤالی که در دایره حکومت اسلامی مطرح است این است که آیا در حکومت اسلامی، قوه مقننه و قانون‌گذار، باید همه آنچه را که در فقه آمده است، در متن قانون هم بیاورد یا نه؟ برای نمونه، قاعده‌ای در فقه با عنوان «لَا يَبْطُلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۷۲) وجود دارد. بر اساس این قاعده، اگر فرد مسلمان به قتل برسد، باید دیه‌اش پرداخت شود. حال اگر قاتلش معین است، برای دریافت دیه به سراغ او می‌روند که اگر قتل عمدی بوده خودش دیه را بدهد و اگر نبوده، عاقله‌اش باید بدهند؛ اما در جایی که قاتل مشخص نیست، مانند افرادی که در حادثه منا در اثر ازدحام جمعیت کشته شدند؛ براساس فقه حنابله - که دولت سعودی بر اساس آن عمل می‌کند - باید حکومت، دیه آنها را با استناد به همین قاعده بدهد؛ زیرا قاعده یاد شده، اختصاصی به شیعه ندارد و نزد آنها هم پذیرفته شده است.

متأسفانه قاعده «لَا يَبْطُلُ حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ» (همان، ج ۲۹، ص ۸۹) هم وجود دارد که هم فقها توجه زیادی به آن نداشته‌اند و هم قانون‌گذاران به آن بی‌اعتنا بوده‌اند. دایره این قاعده، بسیار گسترده و وسیع‌تر از موضوع «دم» است. براساس قاعده یاد شده - که مستند روشنی در روایات دارد - حق یک انسان مسلمان، نباید هدر برود و ضایع شود. از جمله موارد استفاده از این قاعده جایی است که افرادی به خاطر قرض در زندان گرفتارند؛ مانند مردی که قدرت پرداخت مهریه زنش را نداشته است؛ یا بدهکاری که ده میلیون بدهی داشته و قدرت ندارد حتی با کار شبانه‌روزی، آن را پرداخت کند.

در اینکه اسلام برای چنین افرادی چه راهکاری اندیشیده است، باید گفت: امام باقر علیه السلام در مستند روایی قاعده یاد شده، می‌فرماید که بر امام مسلمین یا بیت‌المال واجب است بدهی آنها را بپردازند؛ همان‌طور که نسبت به مقتول در اثر ازدحام، بیت‌المال باید دیه‌اش را بپردازد. با وجود این قاعده، آیا بر قانون‌گذار لازم است که این قاعده و دیگر قواعد فقهی را در مرجع قانونی بیاورد یا نه؟ یا اینکه باید گفت درست است که در فقه، چنین قواعد و احکامی وجود



دارد، منتها باید شرایط بررسی شود و لزومی ندارد هر قاعده فقهی در قانون مطرح شود؟! به عبارت دیگر، آیا با وجود فقه - که شارع بر اساس آن، راه را روشن کرده است - قانون‌گذار باید این احکام را در قالب قانون بیاورد یا نه؟

به نظر می‌رسد پاسخ اولیه به این پرسش چنین باشد که تبدیل یک حکم فقهی به حکم قانونی باید با ملاحظه ضوابط فقه حکومتی باشد و بدون توجه به آن، محلّ تأمل است. در فقه حکومتی، باید قدرت مالی بیت المال و امام مسلمین و نیز شرایط دیگری که بر جامعه حکم فرما است در نظر گرفته شود؛ برای نمونه، اگر در فقه، بیع فضولی با ادله تصحیح می‌شود، نمی‌توان گفت باید در متن قانون هم آورده شود؛ زیرا ممکن است مشکلات و آسیب‌های دیگری را به همراه داشته باشد. پس در اینجا قانون‌گذار باید همه جهات اجتماعی را در نظر بگیرد.

۳. تعارض میان فقه و قانون

یکی از مشکلات، در مواردی که فقه در دامنه قانون‌گذاری حضور پیدا می‌کند، وجود تعارضاتی است که میان فقه و قانون وجود دارد. برای نمونه، در قانون آمده است که زوجه از عقار ارث می‌برد، یعنی زن از قیمت زمینی که ملک شوهرش باشد، نه عین آن، ارث می‌برد؛ در حالی که این قانون برخلاف باور مشهور فقهاست؛ به گونه‌ای که سید مرتضی می‌گوید: این مطلب از شعائر امامیه است و اهل سنت آن را قبول ندارند که زوجه از عقار ارث نمی‌برد. (سیدمرتضی علم الهدی، ۱۴۱۵، ص ۵۸۵).

در همین مورد پرسشی که مطرح می‌شود اینکه اگر فردی بخواهد به وظیفه شرعی خود عمل کند و مقلد مرجع تقلیدی است که می‌گوید زن از عقار ارث نمی‌برد؛ در تعارض این فتوا با قانون چه باید انجام دهد؟

توجه به این نکته لازم است که محل بحث، در احکام ولائی و حکومتی - که فقیه به عنوان حکم حکومتی بیان می‌کند - نیست؛ زیرا در این موارد، بر طبق ادله نفوذ حکم حاکم، همان حکم حکومتی، جنبه فقهی پیدا می‌کند و باید پیروی شود. محل بحث در احکامی است که قانون‌گذار به صورت معمولی و طبیعی بدون عنوان حکم ولائی در قانون مطرح می‌کند. البته این قانون ممکن است مطابق با نظر نادر و شاذ فقها هم باشد که در این صورت، تعارض بین دو فتوی می‌شود. در همین مورد ارث، مسأله این چنین است که در حقیقت، تعارض بین دو



فتوای مشهور و غیر مشهور است؛ اما یکی از این دو فتوا، در لباس قانون در آمده است. در این صورت، چنانچه خود زن یا سایر ورثه، مقلد کسی باشند که معتقد است زن ارث نمی‌برد، چه باید انجام دهند؟ احتمالات گوناگونی در راستای حل این تعارض وجود دارد:

احتمال اول: عمل به فتوا لازم است؛ زیرا در حجیت فتوی بر این افراد تردیدی وجود ندارد؛ اما این مقلدان نسبت به آنچه که عنوان قانون دارد با واسطه، علم به خطا و اشتباه دارند؛ در نتیجه نمی‌توانند بر طبق قانون عمل نمایند. به عبارت دیگر، در چنین فرضی، حجیت فتوای مرجع تقلید، قطعی و مسلم است؛ ولی آنچه که در قانون آمده، بطلان آن آشکار یا مشکوک است؛ پس از اعتبار ساقط می‌شود.

احتمال دوم: چون قانون بر اساس یک فتوا صادر شده که حجیت دارد؛ چنانچه قائل به عدم لزوم تقلید اعلم شویم، از این جهت می‌تواند بر طبق قانون عمل نماید.

احتمال سوم: خواه مرجع تقلید اعلم باشد یا نه و خواه تقلید از اعلم را لازم بدانیم یا نه، فقط باید بر طبق قانون عمل نمود تا از هرج و مرج احتراز شود. توضیح اینکه اگر بر طبق قانون عمل نشود، هم اختلاف به وجود می‌آید و هم موجب اختلال نظام بشری شده و هرج و مرج می‌شود؛ بر این اساس، باید بر طبق قانون عمل نمایند. در این فرض بعید نیست که بتوان وجوب پیروی از قانون را بر اساس قاعده «الزام» نیز توجیه نمود؛ به این بیان که چون مردم هر مملکت خود را ملزم به قانون آن کشور می‌دانند، باید در این موارد هم بر طبق آن عمل نمایند. لازم به ذکر است در مواردی که یک قانون، خلاف شرع بین است، نمی‌توان به آن عمل نمود و هیچ راهی برای توجیه آن وجود ندارد؛ برای نمونه آنچه که در مورد جریمه دیرکرد اخذ می‌شود، بر طبق نظر مشهور یا قریب به اتفاق فقهاء، عنوان ربا دارد و نمی‌توان با توجیه عدم وقوع هرج و مرج و مانند آن، تجویز نمود.

از همان موارد بین و روشن این است که شارع در مورد ارث زوجه از زمین چه گفته است؛ به ویژه با نظر به اجماع و کلام مرحوم سید مرتضی. فردی خدمت امام باقر علیه السلام یا امام صادق علیه السلام رسیده و به حضرت عرض می‌کند: این مطلبی که شما می‌فرمایید زن از عقار ارث نمی‌برد، مردم قبول نمی‌کنند. به ویژه در آن زمان که فتوای اهل سنت این بوده که زن هم ارث می‌برد.

حضرت به غلامشان می‌فرماید: برو کتاب جدّم علی علیه السلام را بیاور. حضرت کتاب را باز می‌کند و در مقابل این سائل، انگشت مبارکش را روی همان عبارتی که امیرالمؤمنین علیه السلام نوشته



بوده‌اند، می‌گذارد: «إِنَّ النِّسَاءَ لَيْسَ لَهُنَّ مِنْ عِقَارِ الرَّجُلِ (إِذَا تَوَفَّى عَنْهُنَّ) شَيْءٌ» سپس می‌فرماید: «هَذَا وَاللَّهِ خَطٌّ عَلَيَّ يَبْدُو؛ به خدا سوگند که این خط جَدَم عَلَيَّ عَلَيْهِ السَّلَام است». (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۲۱۲)

نکته‌ای که در این مقام باید بدان توجه داشت اینکه تعبیر «تعارض بین فقه و قانون» درست نیست؛ زیرا همواره تعارض بین دو حجت شرعی است. درست است که قانون برای عموم معتبر است؛ ولی هیچ‌گاه نمی‌توان آن را به عنوان حکم منسوب به شارع پذیرفت. تعارض بین دو حکمی واقع می‌شود که منتسب به شارع باشد.

نتیجه‌گیری

اگرچه تفاوت‌هایی میان فقه و قانون وجود دارد، ولی نمی‌توان مشروعیت قانون‌گذاری را - علی‌الخصوص در حکومت اسلامی - مخدوش دانست. ادله عقلی و عقلانی وجود دارد که شارع آنها را رد نکرده و امضاء نموده و همین ادله، مشروعیت و ضرورت قانون‌گذاری را اثبات می‌کند. هرچند، این سخن بدان معنا نیست که همه آنچه که در فقه وجود دارد، باید به قانون تبدیل بشود؛ بلکه در رابطه میان فقه با عرصه قانون‌گذاری، باید بر اساس مدل فقه حکومتی عمل نموده و به اقتضائات جامعه توجه نمود.

در عرصه تقنین، تعارضاتی میان فقه و قانون مطرح می‌شود که سه احتمال، قابل طرح است: اول، لزوم عمل به فتوا و ترک عمل به قانون؛ دوم، جواز عمل به قانون به دلیل ابتناء آن بر فتوای مشروع؛ سوم، لزوم عمل به قانون با استناد به قاعده الزام.



فهرست منابع

- قرآن کریم.
- نهج البلاغة.
- ۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق)، وسائل الشیعة، قم: نشر مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- ۲. زرگری نژاد، غلامحسین (۱۳۷۸)، رسائل مشروطیت، تهران: انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی.
- ۳. طباطبائی، محمدحسین (۱۴۰۲ ق)، بررسی‌های اسلامی، چاپ دوم، قم: بوستان کتاب.
- ۴. علم الهدی، سید مرتضی (۱۴۱۵ ق)، الإختصار فی انفرادات الإمامیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۵. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ ق)، الکافی، چاپ چهارم، تهران: نشر دار الکتب الإسلامية.
- ۶. مطهری، مرتضی (۱۳۹۹)، اسلام و نیازهای زمان، مجموعه آثار (جلد ۲۱)، چاپ هشتم، تهران: نشر صدرا.
- ۷. موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۲ ق)، استفتائات، چاپ پنجم، قم: نشر جامعه مدرسین.
- ۸. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت: نشر دار احیاء التراث العربی.