



## بسم الله الرحمن الرحيم

جلسه: ۳ و ۴

تاریخ: ۱۴ و ۲۸/۰۷/۱۳۹۹

درس: خارج فقه قانون گذاری

موضوع: رابطه بین قانون و فقه

استاد: سیدمحمدعلی مدرسی حفظه الله

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين.

• در هنگام مطالعه به پاورقی‌ها توجه شود.

### رابطه فقه با قوانین مجلس شورای اسلامی<sup>۱</sup>

از آنجا که صحبت از تقنین الفقه شد، برای آشنایی اجمالی و اینکه ذهن فضلاء و دانش‌پژوهان بزرگوار، درگیر مباحث فقهی - قانونی بشود (قبل از ورود به بحث‌های اصلی) موضوعی با عنوان «رابطه فقه و قوانین مجلس شورای اسلامی» مطرح می‌شود. هر چند این بحث پیش‌فرض‌هایی دارد که بخشی از آن باید در بحث‌های آینده مورد بررسی قرار گیرد، لکن فضلاء محترم با تکیه بر معلومات فقهی و غیر فقهی خود می‌توانند تا حدود زیادی این موضوع را مورد دقت و تأمل خود قرار دهند. لازم به ذکر است مقصود از فقه در این بحث، نظر فقهی معیار<sup>۲</sup> و مقصود از رابطه در عنوان (رابطه فقه و قانون) رابطه‌ی مضمونی و محتوایی<sup>۳</sup> است.

#### مقدمه

بررسی نسبت فقه با قانون به طور کلی (نه خصوص قانون در نظام اسلامی) بحث مفصلی می‌طلبد. اجمالاً نظامات تقنین در دنیا نسبت به دین از نظر محتوایی رویکرد یکسانی ندارند. می‌توان آن‌ها را در یک تقسیم‌بندی کلی از این منظر به سه دسته تقسیم کرد:

### نسبت فقه با قانون

#### دسته اول

نظامات تقنینی سکولار است که هیچ تعهدی به دین ندارند، بلکه رویکردی تقابلی با آن دارند (مثل نظام‌های مارکسیستی یا لیبرالیستی). مقصود ما از عنوان تقابلی این نیست که تک تک قوانین در غرب مثلاً ضد اسلامی است، بلکه ممکن است در برخی قوانین همانندی باشد لکن این همانندی از باب تعهد به دین نیست بلکه منشأ دیگری دارد. این تشابه در مواردی که احکام فقهی مستند به دلیل عقلی واضح (مثل ممنوعیت مجازات جاهل قاصر) یا بناء عقلا (بناء عقلاء عمومی، نه مستحدث) باشد، همچنین در مواردی که احکام فقهی مستند به دلیل نقلی است ولی جنبه امضایی دارد (مثل معاطات)، بیشتر پدید می‌آید. البته احکام امضایی در بسیاری از موارد فی الجمله امضایی هستند، نه بالجمله، یعنی شرع قیودی را برای آن قرار داده

۱. این بحث ناظر به مجلس شورای اسلامی به عنوان یک واقعیت موجود در کشور است و به معنی تایید صد در صد آن از نظر ساختار، روش کار و... نیست.

۲. منظور از فتوای معیار، نظر فقهی ای است که به هنگام اختلاف نظر فقهاء، مبنای سنجش اسلامی بودن قوانین قرار می‌گیرد.

۳. توضیح آن در ادامه خواهد آمد.

است؛ مثلاً در شریعت اسلام، شرط ضمن عقد لازم الوفاء است. بناء عقلا نیز بر همین است، با این حال در اسلام این حکم قید خاص دارد و آن این است که شرط نباید مخالف کتاب و سنت باشد.

خلاصه اینکه تفاوت احکام اسلام با قوانین سکولار، از نظر مبنی، منبع، اهداف، قلمرو، ضمانت اجرا و... بسیار است که فعلاً درصدد بررسی آن نیستیم.

## **دسته‌ی دوم**

نظام تقنینی التقاطی است که بخشی از قوانین آن‌ها مستند به دین و برخی متکی به منابع دیگر است. بسته به درجه‌ی اهتمام این نوع نظامات به دین، حجم تطابق آن‌ها با شریعت تفاوت می‌کند. برخی از کشورهای اسلامی (از جمله ایران قبل از انقلاب) این رویکرد را نسبت به شریعت داشته و دارند. این دسته، منابع متعددی برای قوانین دارند که یکی از آن‌ها شرع است. از جمله دیگر منابع آن‌ها عرف رایج، عقلانیت سکولار و قوانین غرب است.

## **دسته‌ی سوم**

نظام تقنینی مبتنی بر دین است آن چنان که در قانون اساسی جمهوری اسلامی آمده است. منظور ما از رابطه بین فقه و قانون فعلاً بررسی رابطه فقه با قوانینی است که در مثل مجلس شورای اسلامی مصوب می‌شود.

## **دیدگاه‌ها و تصویرهای مختلف نسبت به رابطه فقه اسلامی با قانون**

در برخی نوشته‌ها چند دیدگاه راجع به رابطه فقه اسلامی و قانون ذکر شده است. این دیدگاه‌ها ناظر به این است که رابطه فقه با قانون باید چگونه باشد. برخی تصویرهای ارائه شده از موضع دین‌داری است و برخی از موضع مخالف آن و برخی از موضع التقاط‌گری است. چند دیدگاه که در نوشته فوق‌الذکر آمده و به نظر می‌رسد جنبه دین‌گرایی در آن بیشتر است به صورت خلاصه (با مختصری تغییر) نقل می‌شود:

### **۱. رابطه‌ی ظرف و مظهر:**

مقصود این است که قانون به منزله ظرف و قالب برای فقه است (در حدودی که قلمرو قانون است). طبعاً محتوا و درون‌مایه‌ی قانون را احکام فقهی تشکیل می‌دهد؛ به عبارت دیگر، قانون همان فقه با ادبیات و تعبیرهای خاص در قانون است.

### **۲. رابطه‌ی اتحاد:**

بنابر این تصویر، بین فقه و قانون دوگانگی و تغایری وجود ندارد. فقه همان قانون است و قانون همان فقه؛ به عبارت دیگر یک چیز وجود دارد و آن فقه است که از آن تعبیر به قانون (هر چند از روی مسامحه) نیز می‌شود. در برخی کشورهای اسلامی شاید قانون مدنی مدونی نداشته باشند و دادگاه‌ها طبق متون فقهی (حنفی، حنبلی و...) عمل می‌کنند.

### **۳. رابطه‌ی حد و مرز:**

طبق این دیدگاه فقه حد و مرز قانون است به این معنا که قانون نباید در تعارض با شرع قرار گیرد؛ بنابراین لازم نیست قانون

موافق شرع باشد همین که مخالف نباشد کافی است (این دیدگاه نیاز به تحلیل خاص و رفع ابهام از دو عنوان «موافق شرع بودن» و «مخالف شرع نبودن» دارد. درباره این دو عنوان در بخش‌های بعدی بحث خواهد شد).

#### ۴. رابطه‌ی روح و کالبد:

این عنوان تفاسیر مختلفی بر می‌تابد. از جمله اینکه قانون به‌گونه‌ای هویتی مستقل دارد و می‌تواند به شکل‌های گوناگون جعل شود، لکن لازم است روح کلی اسلام در آن جاری باشد و اغراض و هدف‌های کلی دین در آن ملحوظ شود. مثلاً یکی از اهداف در شریعت اسلام عدالت است. قانون‌گذار باید این اصل را در نظر بگیرد هرچند دست او باز است که (در چارچوب عدالت) به صورت‌های مختلف قانون وضع کند.

برای روشن شدن مطلب ابتدا برخی ویژگی‌های احکام فقهی و برخی ویژگی‌های احکام قانونی، از نظر محتوی، بیان می‌شود.

#### ویژگی‌های محتوایی موجود در فقه و غیر موجود در قوانین

۱. احکام فقهی مشتمل بر حکم الزامی<sup>۱</sup> و حکم ترجیحی (استحباب و کراهت) است، در حالی که در قانون، حکم ترجیحی (استحباب و کراهت) نیست.

۲. بخشی از گزاره‌های فقهی در حوزه‌ی عبادات است، مثل واجبات نماز و روزه؛ اما قانون مجلس د. حداکثر این است که مثلاً برای روزه‌خوار غیر معذور مجازات تعیین می‌کند.

۳. در فقه ممکن است نسبت به موضوعی فتوا صادر نشود و تنها به احتیاط واجب اکتفا شود ولی چنین چیزی در قانون معنا ندارد (ضمناً در فقه مثلاً در مورد «حکم تکلیفی الزامی» تعبیر به «وجوب» یا «حرمت» می‌شود که بار معنایی خاص دارد ولی در قانون با ادبیات خاص حقوقی بیان می‌شود؛ مثلاً در فقه گفته می‌شود قرض ربوی حرام است ولی در قانون گفته می‌شود قرض ربوی ممنوع است)<sup>۲</sup>.

#### برخی ویژگی‌های محتوایی موجود در قوانین مجلس و غیر موجود در فقه

۱. بخش مهمی از قوانین مجلس شورای اسلامی را احکام حکومتی تشکیل می‌دهد (احکامی که مبتنی بر تشخیص مصلحت و مفسده توسط مجلس است). در نظام جمهوری اسلامی، حق اعمال ولایت در حوزه قانون از سوی حاکم اسلامی به مجلس (در حدودی که قانون اساسی تعیین کرده) اعطاء می‌شود. احکام حکومتی (ولایی) گر چه ضوابط فقهی دارد لکن جزء گزاره‌های علم فقه محسوب نمی‌شود؛ مثلاً حکم مرحوم میرزای شیرازی مبنی بر تحریم تنباکو یکی از گزاره‌های علم فقه تلقی نمی‌شود و فقهاء آن را در یکی از ابواب مختلف فقهی (در کنار حکم نماز و روزه و بیع) قرار نمی‌دهند.<sup>۳</sup> در فقه از اصل حکم حکومتی و ضوابط آن و حدود ولایت حاکم (به طور کلی) بحث می‌شود. خلاصه حکم حکومتی می‌تواند از نظر محتوی شرایط یک قاعده حقوقی داشته باشد و در قالب قانون درآمد ولی یکی از مسائل علم فقه محسوب نشود (مگر استطراداً).<sup>۴</sup>

۱. منظور از الزامی بودن این است که یا مستقیماً الزام کند یا مستتبع حکم الزامی باشد تا شامل احکام وضعی نیز بشود.

۲. اگر این ویژگی، یعنی تعبیر خاص فقه در مورد احکام و تعبیر خاص قانون را نادیده نگیریم بحث در برخی جهات متفاوت می‌شود.

۳. می‌توان حکم میرزای شیرازی را مثلاً دستمایه تحقیق قرارداد و مبانی آن را بررسی کرد، لکن این غیر از نفس حکم ولایی است.

۴. اصولاً گزاره فقهی هویتی خیری دارد؛ یعنی خبر از حکم الله (اعم از حکم واقعی و حکم ظاهری و...) می‌دهد، ولی حکم حکومتی از جنس انشاء است؛ چه مستقیماً از حاکم مشروع صادر شود و چه توسط شخص یا نهادی که از جانب حاکم اسلامی مجاز است.

تفاوت فتوی و حکم حکومتی انشاء الله مورد بحث قرار خواهد گرفت!

۲. برخی قوانین مجلس (از حیث موضوع) مصداق گزاره فقهی است (به تعبیر دیگر مطابق حکم فقهی جزئی است). مثلاً یک حکم کلی در فقه وجود دارد به این صورت که مسلط کردن کفار بر مقدرات و سرنوشت مسلمانان حرام است. مجلس تصویب می کند رابطه اقتصادی یا سیاسی با فلان کشور (که تسلط ساز است) ممنوع است. (مثال دیگر - از نوع حکم وضعی :- مجلس مصوب می کند دفترچه های سند مالکیت اگر توسط دو نفر عادل و آگاه تنظیم شده شود، اعتبار دارد).

۳. برخی قوانین مخلوطی از حکم فقهی و حکم حکومتی است. مثل قانون بانکداری بدون ربا که مشتمل بر گزاره های متعدد است. برخی از آن ها منطبق بر حکم اولی است (مثل بطلان قرض ربوی، یا جواز و نفوذ عقد مضاربه)، برخی از آن ها از جنس حکم حکومتی است (مثل تعیین سقفی خاص برای سود تسهیلاتی که بانک ها طبق عقود اسلامی در اختیار افراد قرار می دهند).

### نظر مختار

اکنون رابطه فقه با قوانین مجلس در جمهوری اسلامی را مورد دقت قرار می دهیم. بار دیگر تأکید می شود منظور از رابطه، رابط به محتوایی است (رابطه حکم تکلیفی و حکم وضعی موجود در فقه با مشابه آن در قانون، با قطع نظر از ادبیات متفاوت آن دو) نه مقایسه فقه اسلامی با قانون در جمهوری اسلامی از هر جهت. همچنین این مقایسه بر مبنای ولایت فقیه اکثری است که مبنای عمل در جمهوری اسلامی است.

با توضیحاتی که داده شد نوع رابطه فقه با قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی تا حدودی روشن گردید. رابطه فقه با قانون بسته به نوع قانون فرق می کند.

۱. در مواردی که قانون منطبق بر حکم فقهی باشد رابطه فقه با آن، رابطه اتحاد خواهد بود. هر چند از نظر ادبیات ممکن است تفاوت داشته باشد از یک نظر می توان از آن به رابطه ظرف و مظهر تعبیر کرد.

مثلاً در ماده ۵۷ قانون مدنی آمده است: واقف باید مالک مالی باشد که وقف می کند، به علاوه دارای اهلیتی باشد که در معاملات معتبر است.

یا در ماده ۳۳۹ آمده است: پس از توافق بائع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود. ممکن است بیع به دادوستد نیز واقع گردد {معاطات}.

۲. در مواردی که قانون مصداق گزاره فقهی است (به معنی که گفته شد) در این صورت رابطه آن ها رابطه کلی و جزئی است. مثال آن قبلاً بیان شد («ممنوعیت رابطه با کشور خاص» که تسلط آور است، یا به رسمیت شناختن اسناد مالکیت رسمی با شرایط خاص).

• گاهی مضمون قانون ترکیبی است. بخشی از آن مثلاً مطابق حکم شرعی است و بخشی از نوع حکم حکومتی است. مثلاً قانون مقرر می دارد: معاملات هرمی باطل و ممنوع است، در حالی که ممکن است برخی از آن ها از نظر فقهی باطل باشد ولی نفس کار حرام نباشد (مثل بیع مجهول). در این فرض رابطه فقه با چنین قانونی چند وجهی می شود.

۱. شاید برخی تصور کنند حکم حکومتی از مختصات نظام اسلامی و نظام مبتنی بر ولایت فقیه است. در حالی که عمده قوانین در نظام های حقوقی مختلف نیز از نوع قوانین حکومتی است (مگر بنابر برخی دیدگاه ها در حقوق که چندان مورد عمل نیست)؛ یعنی مجالس قانون گذاری دنیا نیز اعمال ولایت می کنند. با این تفاوت که ولایت بر تقنین و غیر آن از دیدگاه اسلام باید منتهی به ولایت الهی بشود (بحث های مفصل آن خواهد آمد).

۲ این بنا بر مبنایی است که برای سند مالکیت رسمی در مثل کشور ما فی نفسه حجیت قائل نیست.

۳. با در نظر گرفتن ادبیات متفاوت فقه و قانون.

- ۳. در مواردی که قانون از سنخ احکام ولایی<sup>۱</sup> است (حجم زیادی از قوانین کشور چنین است) تعیین نوع رابطه فقه با آن، نیاز به دقت خاص دارد. رابطه حکم حکومتی با فقه را می‌توان از چند زاویه نگاه کرد.
- از یک منظر رابطه فقه با این نوع قانون رابطه حد و مرز است؛ زیرا حکم حکومتی نباید برخلاف شرع باشد. (۱)؟
- از منظری دیگر رابطه فقه با چنین قوانینی رابطه هدف با ابزار است (این تعبیر با کمی مسامحه همراه است)؛ در فقه اهدافی کلی برای حاکمیت تعیین می‌شود، مثل برقراری عدالت اجتماعی (عدالت اقتصادی، فرهنگی و...)، نظم اجتماعی، ارتقاء اخلاق عمومی، تأمین استقلال اقتصادی و... قانون‌گذار از احکام حکومتی نیز استفاده می‌کند و ابزار و ساز و کار لازم برای رسیدن به این هدف را تأمین می‌کند (می‌توان از این رابطه به رابطه روح و کالبد - بنا بر یک تفسیر- نیز تعبیر کرد<sup>۲</sup>).
- از منظری هم گفته شده رابطه کلی و مصداق است؛ در فقه بیان می‌شود حاکم می‌تواند حکم حکومتی صادر کند و ضوابطی هم برای آن تعیین گردیده، مجلس، عملاً (با اجازه حاکم اسلامی) چنین کاری را انجام می‌دهد (فتامل)<sup>۲</sup>.

### نتیجه

از مباحث فوق روشن شد رابطه فقه و قانون در نظام جمهوری اسلامی (از نظر محتوا) بسته به نوع قانون متفاوت است. برخلاف آنچه برخی بیان کرده‌اند نمی‌توان رابطه‌ای واحد بین فقه و همه قوانین بیان کرد. در برخی موارد رابطه‌ی اتحاد (یا ظرفیت) است، در برخی موارد رابطه کلی و جزئی است و در برخی موارد چند وجهی است (از یک حیث رابطه حد و مرز، از یک حیث رابطه هدف با ابزار - یا روح با کالبد -) است. قوانین ترکیبی (مثل قانون بانکداری) نیز بسته به نوع گزاره‌های موجود در آن چند وجهی است.



۱. همان‌طور که قبلاً در متن اشاره شد این ارزیابی بر اساس تعریف حکم ولایی طبق مبانی امثال حضرت امام خمینی ره است؛ اما طبق برخی مبانی دیگر نوع رابطه فرق می‌کند.

۲. از یک نظر تعبیر روح و کالبد بهتر است.

۳. نکته مهمی که باید به آن توجه داشت این است که مباحث مطرح‌شده مبتنی بر این است که وقتی مجلس نفس احکام شرعی (مثل صحت معاطات) را به عنوان قانون اعلام می‌کند، صرفاً بیان‌کننده حکم است، نه اینکه طبق آن حکم حکومتی نیز صادر می‌کند؛ اما اگر چنین باشد تصویر رابطه فقه با قانون گونه‌ای دیگر می‌شود.