



بسم الله الرحمن الرحيم

جلسه: ۹

تاریخ: ۱۳۹۹/۰۹/۰۳

درس: خارج فقه قانون گذاری

موضوع: حقیقت انشاء

موسسه عالی فقه و علوم اسلامی

استاد: سیدمحمدعلی مدرسی حفظه الله

الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا محمد و آله الطاهرین

آنچه در مقام قانون گذاری انشاء می شود

گفته شد قانون به طور کلی دو نوع است:

۱. قانونی که متضمن حکم تکلیفی است

این نوع از قانون خود گاهی جنبه‌ی الزام دارد؛ اعم از اینکه الزام به فعل باشد؛ مثل قانون سربازی: «هر فرد ذکور ایرانی در ماهی که طی آن ماه به سن هجده سال تمام می‌رسد مشمول مقررات خدمت وظیفه‌ی عمومی است»؛ یا الزام به ترک باشد؛ مثل قانون پارک‌های ملی: «تیراندازی و شکار در پارک‌های ملی ممنوع است»؛ و گاهی جنبه‌ی توسعه و اباحه دارد، مثل اینکه قانون مقرر دارد: واردات یا صادرات نوع خاصی از کالا از این پس مجاز است.

از اینجا روشن می‌شود تعریفی که قبلاً از قانون ارائه شد و تنها بر الزام تکیه کرده بود (برخی کتب حقوقی هم همین تعبیر را دارند) مبتنی بر نوعی تسامح بود. قانون می‌تواند متضمن اباحه نیز باشد.

۲. قانونی که متضمن حکم وضعی است.

گاهی قانون متضمن تکلیف نیست، بلکه دربردارنده حکم وضعی است. مثل قانونی که ملکیت، زوجیت، ریاست و... را اثبات و جعل می‌کند. احکام وضعی، به نوبه خود، موضوع تکلیف قرار می‌گیرد، مثل ممنوعیت تصرف در ملک دیگری. این نوع قانون (قانون متضمن وضع) می‌تواند از سنخ‌های متفاوتی باشد؛ مثلاً قانونی که اسناد محضری را تأیید می‌کند در واقع به آن حجیت می‌بخشد که خود نوعی حکم وضعی است.

بحث از قوانین تکلیفی الزامی

در توضیح قوانینی که ماهیت تکلیفی الزامی دارند گفتیم که قانون ماهیت انشائی دارد و از سنخ انشاء است. کیفیت این انشاء را نیز در مثال‌های گوناگون توضیح دادیم و گفتیم منشأ در آن‌ها سنخ‌های گوناگون دارد. در مورد قانون نیز جای این سؤال هست که چه چیزی انشاء می‌شود و منشأ چیست؟ وقتی گفته می‌شود: باید مالیات پرداخته شود، به نظر دقیق چه چیزی انشاء می‌شود؟ در این موارد محتمل است که بگوییم: قانون‌گذار باید و نباید را انشاء می‌کند!

توضیح:

بیان شد که انسان در عرصه‌های مختلف رشد تدریجی داشته و از بساطت به سمت پیچیدگی رفته است. ابتدا با امور واقعی و عینی ساده سر و کار داشته است رفته رفته بر اساس آنچه در عالم واقع می‌دیده، امور اعتباری را الگوبرداری کرده است. مثلاً ملکیت و تسلط خود را نسبت به اعضای بدن خود را ملاحظه کرده و طبق آن ملکیت اعتباری را به وجود آورده است، یا مثلاً در برخی حیوانات ریاست عینی (مبتنی بر غریزه) را مشاهده کرده و مشابه آن را در عالم اعتبار بازسازی کرده؛ در نتیجه ریاست اعتباری به وجود آمده است. این وام‌گیری، بر اساس هدف و غرضی بوده است. غرض از چنین اعتبارهایی تنظیم امور اجتماعی است. البته نمی‌توان گفت همه امور وضعی و اعتباری بر اساس الگوگیری است، لکن به هر حال به طور طبیعی، تکامل تدریجی چنین اقتضایی داشته است.

حال که این مقدمه روشن شد به موضوع مورد بحث (منشأ در قانون متضمن تکلیف الزامی) برمی گردیم. در عرف عقلا بایدها و نبایدهایی وجود دارد که اعتباری نیست؛ یعنی این چنین نیست که در اختیار افراد باشد و تابع جعل این شخص و آن شخص. مثل گزاره‌های: باید والدین از نوزاد خود محافظت کنند، باید نسبت به دیگران عادلانه رفتار کرد، نباید شخص بی‌گناه را مجازات کرد. این‌ها مخصوص قوم خاص یا زمان خاص و مکان خاصی نیست، بلکه ریشه در حسن و قبح عقلی دارد. البته بحث حسن و قبح عقلی و همین‌طور چیستی بایدها و نبایدها ابعاد فلسفی دقیقی دارد که درصدد تحلیل آن نیستیم؛ لکن این مقدار مسلم است که عقلا این بایدها و نبایدها را در وجدان خود می‌یابند و نسبت به آن ادراک دارند. حتی جعل و اعتباری که برخلاف آن باشد را بر نمی‌تابند؛ اگر کسی بگوید می‌توان بی‌گناه را مجازات کرد از او نمی‌پذیرند.

انسان بر اساس این باید و نباید وجدانی، باید و نباید اعتباری ساخته است و در امور اجتماعی به کار می‌برد و این همان قانون (و دستور و فرمان) است. این از قدرت و توان ذهن بشری است که می‌تواند چنین ساز و کاری را ابداع کند. پس ماهیت قانون‌گذاری در الزامات تکلیفی، بنا بر تفسیر فوق، عبارت است از انشاء بایدها و نبایدها (با الگوگیری از باید و نبایدهای وجدانی). این انشاء هم به غرض «تبعیت» و پیروی است.

در مرحله‌ی بعد نوبت به موضع‌گیری عقلا می‌رسد. اگر عرف عقلا انشاء مذکور را قبول داشته باشند (برای او حق امر و نهی در حق مردم قائل باشند) پیروی از چنین دستوری را لازم می‌دانند و تبدیل می‌شود به یک «قانون عرفی» (یا «حکم عرفی»); اما اگر آن را تأیید نکنند تنها در حد یک انشاء شخصی باقی می‌ماند.

این مطلب در مورد شرع هم جاری است. اگر شرع بر چنین دستوری صحه گذاشت انشاء مذکور به «حکم مشروع» یا «قانون مشروع» تبدیل می‌شود^۱ و اگر تأیید نکرد طبعاً اثری نخواهد داشت و حداکثر در حد قانون عرفی باقی می‌ماند (در صورت تأیید عرف).

اینجا نکته‌ای مشخص می‌شود و آن این که نفس جعل و وضع قانون لزوم تبعیت به دنبال ندارد. لزوم پیروی از آنجا نشأت می‌گیرد که عقلا (در قانون عرفی) یا شرع برای کسی حق اطاعت و تبعیت قائل باشند و صلاحیت امر و نهی برای او در نظر بگیرند! این بر خلاف باید و نبایدهای وجدانی است که نیاز به اعتبار کسی ندارد. از اینجاست که این بحث در فلسفه‌ی حقوق و فلسفه‌ی سیاسی مطرح می‌شود که منشأ مشروعیت قانون چیست؟ همچنین منشأ مشروعیت حکومت چیست؟ برخی مکتب‌ها رأی مردم را منشأ مشروعیت می‌دانند (دموکراسی)، برخی، قدرت را که در حاکم مسلط تبلور می‌یابد، منشأ مشروعیت می‌دانند، اسلام، تنها اذن الهی را منبع مشروعیت می‌داند.

آنچه گفته شد همه در توضیح قوانین تکلیفی بود که جنبه‌ی الزامی داشته باشد.

بحث از قوانین تکلیفی تریخی

اما در مورد قوانینی که متضمن اباحه‌اند، آنچه انشاء می‌شود، همان مطلق‌العنان بودن و آزادی اعتباری است که از آن تعبیر به اباحه می‌شود. به همان شیوه‌ی سابق، قانون‌گذار با الگوگیری از واقعیت که برخی افعال در آن هیچ منع و حذری ندارند، اباحه را برای برخی امور جعل و اعتبار می‌کند.

به دنبال انشاء شخصی، اینجا هم این بحث می‌آید که گاهی عقلا و شرع برای این انشاء شخصی ارزش قائل‌اند و گاهی این‌طور نیست.

^۱ در اینجا این بحث مطرح می‌شود در موارد تأیید عقلایی یا شرعی، آیا عقلا و شرع اعتبار جدیدی مماثل آنچه در میان مردم است انجام می‌دهند؟ یا اینکه صرفاً انشاء را امضا و تأیید می‌کنند؟ دو میناست. اکثراً آن را انشاء مجدد ولی مماثل می‌دانند؛ در مقابل برخی بزرگان اصرار دارند که چیز جدیدی از جانب شرع انجام نمی‌گیرد بلکه صرفاً آن چیزی که مردم انجام می‌دهند را تأیید می‌کند.

بحث از قوانین وضعی

حکم وضعی هم در بسیاری از موارد، به تناسب موضوع، از عالم واقع الگوگیری می‌شود. امور وضعی‌ای همچون ملکیت و زوجیت و حجیت (حجیت اعتباری) که از دوران کهن بوده، چنین وضعیتی دارد؛ مثلاً انسان نسبت به اعضاء خود نوعی سلطه و مالکیت دارد؛ بر همین اساس مالکیت اعتباری را وضع کرده است. البته همان‌طور که قبلاً گفته شد، این الگوگیری لزوماً در همه موارد نیست. ولی آنچه در امثال عقود و ایقاعات و حجت‌های اعتباری و بسیاری از امور دیگر مشترک است این است که ماهیتی اعتباری دارند؛ یعنی مثلاً در بیع، اعتبار می‌شود مبیع ملک مشتری در مقابل ثمن؛ در اجاره، اعتبار می‌شود منفعت ملک مستأجر در مقابل مال الاجاره؛ در هبه، اعتبار می‌شود مال ملک دیگری مجاناً و همین‌طور ... بنابراین در موارد فوق آنچه انشاء می‌شود امر اعتباری است. قانون‌گذار که مثلاً به اسناد محضری اعتبار می‌بخشد، حجیت اعتباری در مورد آن انشاء می‌کند. همچنین وقتی قانون‌گذار معابر عمومی را ملک دولت یا شهرداری اعلام می‌کند در واقع اعتبار می‌کند مالکیت نهادهای مذکور را نسبت به معابر عمومی (اصل ملکیت اعتباری است نقل و انتقال آن هم اعتباری است).

نتیجه این که قوانین گوناگون (قوانین تکلیفی الزامی و غیر الزامی و قوانین وضعی) در این جهت که امری انشائی و تولیدی هستند، مشترک‌اند، اما متعلق و منشأ آنها در موارد مختلف، متفاوت است.

در ادامه نوبت به بررسی این مسئله می‌رسد که در خصوص مجالس قانون‌گذاری اسلامی، با توجه به مسبوق بودن قوانین به حکم شرعی، شأن قانون‌گذاری چیست و چه نسبتی با قانون شرعی پیدا می‌کند.