



بسم الله الرحمن الرحيم

جلسه: ۱۰
تاریخ: ۱۳۹۹/۰۹/۱۰

درس: خارج فقه قانون گذاری
موضوع: قانون گذاری در مورد احکام شرعی
استاد: سیدمحمدعلی مدرسی حفظه الله

موسسه عالی فقه و علوم اسلامی

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

قانون گذاری در مورد احکام شرعی

پس از بیان مقدماتی که گذشت، وارد اصل موضوع می شویم.

سؤال اصلی این است: وقتی قانون گذار مطابق حکم شرعی قانونی تصویب می کند چه چیزی را انشاء می کند و تصویب قانون گذار چه نقشی در آن دارد؟ مثلاً وقتی قانون گذار مقرر می دارد شرب خمر ممنوع است و برای آن مجازات تعیین شده توسط شرع را تصویب می کند، چه اتفاق جدیدی می افتد؟ آنچه اینجا مدنظر است احکام الزامی شرعی است و فعلاً به احکام وضعی نظر نداریم. احتمالاتی در توجیه قانون گذاری در این گونه موارد مطرح است:

وجه اول

یک وجه این است که تصویب قانون فقط نقش تضمین اجرا دارد؛ یعنی با تصویب قانون، قوه مجریه و همه بخش های حاکمیت که مسئولیتی در این زمینه دارند (مثل قوه قضائیه) ملزم به اعمال آن در اجتماع می شوند؛ به گونه ای که بدون تصویب قانون، حکم شرعی ضمانت اجرا ندارد. برخی این سخن را به طور مطلق گفته اند و برخی در خصوص امور کیفری (متضمن مجازات) مطرح کرده اند. آن ها می گویند: مجازات هنگامی موجه است که قانون برای عملی «جرمانگاری» کرده باشد. بنابراین نمی توان تنها به استناد احکام فقهی کسی را مجرم دانست. به عنوان مثال، سحر و جادوگری در شریعت به عنوان گناه معرفی شده و برای آن مجازات تعیین شده است، با این حال گویا در قانون مصوب، جرم تلقی نشده و مجازاتی برای آن در نظر گرفته نشده است (همچنین وطنی بهیمة و...). طبق نظر این دسته از حقوق دانان در این گونه موارد قاضی بسط ید ندارد و نمی تواند به استناد حکم شرعی ساحر را مجازات کند (حتی اگر قاضی مجتهد باشد).

بنابراین ادعا، قانون گذاری در مواردی که حکم شرعی الزامی وجود دارد دارای نقش و اثر است که همان ضمانت اجرا است. طرفداران نظریه فوق دلتلی برای ادعای خود آورده اند؛ از جمله به قانون اساسی نیز استناد کرده اند. گفته اند در اصل ۳۶ قانون اساسی آمده است: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». این وجه ناتمام و بطلان آن روشن است. وقتی شرب خمر مثلاً در شریعت حرام است و برای آن مجازات تعیین شده، نظام اسلامی مکلف است این مجازات را اعمال کند.

ادله ای که دلالت دارد بر اینکه مثلاً فلان فعل حرام است و ادله لزوم مجازات در صورت تخلف «مطلق» است و به هیچ وجه مقید به تصویب قانون در این زمینه نگردیده است. اساساً قانون گذاری به شکل جدید امری مستحدث است. قبلاً که مجلس قانون گذاری و مانند آن نبود وضع چگونه بود؟ رجوع به ادله می شد؛ اگر عملی خلاف شرع بود و مجازاتی برای آن در شریعت (هر چند به عنوان

۱. گویا در نشست با حضور قضات (طبعاً قضات مأذون، الا نادراً) این موضوع مورد بحث قرار گرفته است. عده ای از قضات به طور مطلق گفته اند در جایی که قانون جرم انگاری نکرده قاضی باید حکم به برائت بدهد (هر چند حکم شرعی قطعی بر خلاف آن باشد) چنین سخنانی از چنان اشخاصی مایه تعجب و تاسف است (البته تعدادی دیگر از قضات مخالفت کرده و این سخن را ناصواب دانسته اند).

۲. از جمله به اصل برائت استناد شده که ضعف و سستی آن آشکار است (با وجود بیان بر حکم شرعی جایی برای اصل برائت وجود ندارد).



بسم الله الرحمن الرحيم

جلسه: ۱۰
تاریخ: ۱۳۹۹/۰۹/۱۰

درس: خارج فقه قانون گذاری
موضوع: قانون گذاری در مورد احکام شرعی
استاد: سیدمحمدعلی مدرسی حفظه الله

موسسه عالی فقه و علوم اسلامی

تعزیر) مقرر شده بود حکم به مجازات (با رعایت شرایط) می‌شد. سیره‌ی عملی مسلمانان نیز بر همین مبنا بوده است. خلاصه قضاوت بر خلاف حکم شرعی، حرام و مصداق من لم یحکم بما انزل الله ... است.^۱

از نظر حقوقی نیز استدلال به اصل ۳۶ قانون اساسی هم صحیح نیست. لازم است برای فهم اصول مختلف قانون اساسی نگاهی جامع داشته باشیم و قرائن مختلف را در نظر بگیریم. موارد متعدد در قانون اساسی گویای این مطلب است که این قانون به منظور تحقق احکام شرعی و دست یافتن به اهداف اسلامی تدوین شده است. بسیاری از نویسندگان قانون اساسی یا مجتهد بودند یا حداقل آشنا با مبانی اسلام بودند. آنها قانونی تصویب نمی‌کنند (آن هم در حد قانون اساسی) که خلاف شریعت باشد. در اصل چهارم قانون اساسی آمده است: کلیه‌ی قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیره باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل و اطلاق یا عموم بر همه‌ی اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده‌ی فقهای شورای نگهبان است. اصل ۱۶۷ هم در خصوص خلأ قانونی خواهد آمد.

با توجه به شواهد گوناگون باید واژه «قانون» در اصل ۳۶ را به گونه‌ای تفسیر کرد که با حکم شرعی تضاد نداشته باشد؛ مثل اینکه واژه «قانون» به معنای عام آن (نه خصوص مصوبات مجلس) تفسیر شود که شامل احکام شرعی نیز بشود این اشکال که اختلاف نظر قضات در برداشت از منابع فقهی یا فتاوا موجب تشتت و بی‌نظمی در قضاوت می‌شود پاسخ خود را دارد (دست کم در احکام قطعی و مورد وفاق این اشکال وارد نیست، در حالی که آنها حتی این‌گونه احکام را نیز بدون تصویب قانون قابل استناد حقوقی نمی‌دانند). (بحث مفصل‌تر به جای خود موقوف می‌شود).

نکته

با توجه به تنوع و کثرت موضوعات، قوانین مصوب همواره کمتر از نیازهای حقوقی کشورها است. این‌طور نیست که قوانین موضوعه، همه موضوعات را به پوشش بدهد. «خلأ قانونی» تعبیری آشنا برای حقوقدانان و قضات است. نظام‌های حقوقی برای این منظور تدابیری اندیشیده‌اند. اموری چون عرف، قوانین در موضوعات مشابه، اصل عدالت و... را به عنوان مرجع در موارد فقدان قانون تعیین کرده‌اند.^۲ خصوصاً در کشورهایی که حقوق کامن‌لا (حقوق عرفی) در آن حاکم است، عرف جایگاه ویژه‌ای دارد و به هنگام خلأ قانون، مرجع قضات است^۳ و همان‌طور که قبلاً اشاره شد حتی قضاوت قضات در این‌گونه موارد، با شرایط خاصی، می‌تواند حکم قانون پیدا کند.

در قوانین تعدادی از کشورهای اسلامی شریعت و منابع فقهی، دست کم به عنوان یکی از منابع، برای قضاوت به هنگام نبود قانون تعیین شده است.

۱. در صورتی که عدم تصویب قانون در مورد حکم شرعی ظهور در این معنا داشته باشد که کسی که ولایت برحکم دارد یا مأذون از طرف او است، به دلائل موجه (نظیر تراحم اجرا با مفسده مهم تر) قصد عدم اجرای حکم شرعی دارد (به گونه‌ای که حکم به عدم اجرا تلقی شود)، مساله صورت دیگری پیدا می‌کند.

۲. مقصود از مرجعیت عرف در اینجا مرجعیت عرف در ظهورات و مانند آن (مرجعیت طولی) نیست، زیرا عرف در این‌گونه موارد حجت است، بلکه مقصود مرجعیت عرف در عرض شرع است.

۳. اینکه عرف در حقوق غرب، در امور کیفری نیز مرجعیت مذکور داشته باشد، گویا بین حقوق دانان در غرب اختلاف است.



بسم الله الرحمن الرحيم

جلسه: ۱۰
تاریخ: ۱۳۹۹/۰۹/۱۰

درس: خارج فقه قانون گذاری
موضوع: قانون گذاری در مورد احکام شرعی
استاد: سید محمدعلی مدرسی حفظه الله

موسسه عالی فقه و علوم اسلامی

اما در یک نظام اسلامی روشن است که باید منطقاً احکام شرعی مرجع باشد (دلیل آن اجمالاً بیان شد). در جایی که حکم شرعی، قطعی و واضح است تکلیف روشن است. در موارد دیگر باید با اجتهاد یا تقلید (در قاضی مأذون) حکم فقهی آن را به دست آورد و اگر کسی توانایی آن را ندارد به قاضی دیگری ارجاع دهد.^۱ در اصل ۱۶۷ قانون اساسی آمده است: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

وجه دوم

برخی از نویسندگان که تحصیلات حوزوی هم داشته اند در مقام تبیین جایگاه قانون در مورد حکم شرعی گفته اند: «تصویب احکام و موازین فقهی در شکل مواد قانونی به معنای التزام قانونی به مقررات شریعت و تعمیم اجرای آن است». احتمال دارد مقصود از این عبارت همان ایجاد ضمانت اجرا باشد که در وجه اول گذشت. در این صورت «التزام قانونی» و «تعمیم اجرا» به این معنا است که قانون گذار نهادهای حاکمیتی مربوط را ملزم می کند مفاد قانون را با روش و ابزار مناسب (از قبیل اجبار عملی، جریمه و...) در جامعه پیاده کنند. به بیانی، متعلق انشاء او: ملزم بودن نهادهای مربوط، به اجرا با ابزار مناسب است. طبق این احتمال، حاکمیت ملتزم به اجرای احکام شرعی غیر مصوب نیست. این تفسیر بازگشت به ادعای سابق است و طبعاً اشکالات سابق بر آن وارد است.

ممکن است گفته شود به هر حال قوای مقننه و غیر مقننه در دنیا در قبال شریعت رویکردهای متفاوتی دارند. برخی پایبندی به شریعت دارند و برخی پایبند نیستند. حال، قوه مقننه در جایی اعلام می کند متعهد به شرع است و نهادهای حاکمیتی را هم ملزم به اجرای آن می کند. این گونه تعهد، معقول و قابل پذیرش است و اشکالی متوجه آن نیست. نقدی که بر این توجیه وارد است این است که اگر هدف، ابراز تعهد و بیان مواضع است این کار با یکبار ابراز تعهد کلی و عمومی در قبال شریعت حاصل می شود. لازم نیست در مورد تک تک احکام این کار تکرار بشود (مثلاً به هنگام سوگند یاد کردن نمایندگان این تعهد عمومی بیان شود).^۲

اشکال دیگر اینکه قانون گذار فقط برای نهادهای حاکمیتی تعیین تکلیف نمی کند بلکه به هنگام تصویب قانون، برای مردم هم (مستقیم یا غیر مستقیم) تعیین تکلیف می کند. بنابراین نمی توان گفت قانون گذار در مورد احکام الزامی شرعی فقط ضمانت اجرا ایجاد می کند. توجیه دیگری هم وجود دارد که در جلسه بعد مطرح می شود.

^۱ حوزه قضاوت قاضی خصوصاً در قاضی مأذون تابع اختیارات اعطایی است. طبعاً در مواردی که قاضی توانایی علمی برای رجوع به منابع ندارد نمی توان به وی اختیار قضایی داد.

^۲ اگر مقصود این باشد که التزام به اجرا فقط در مورد قوانین مصوب است، در واقع بازگشت به وجه اول است.