

نسبت فقه و قانون

محمدجواد فاضل لنکرانی

مسئله ارتباط فقه و قانون از جمله مسائلی است که با گذشت نزدیک به چهار دهه از عمر نظام جمهوری اسلامی همچنان مورد گفت‌وگو است و ابعاد آن به روشنی تبیین نشده است. اعتراض اخیر یکی از مراجع تقلید به تصمیمات فقهی شورای نگهبان و تخطئه ورود آنان به حوزه فتوی آخرین نمونه از این دست است که نشان می‌دهد، بحث رابطه فقه و قانون همچنان نیازمند بحث و گفت‌وگوی جدی است. به همین مناسبت آیت‌الله محمدجواد فاضل از اساتید سرشناس حوزه علمیه قم با پذیرش دعوت موسسه علمی فرهنگی مفتاح کرامت این بحث را در جمع عده زیادی از فضلاء حوزه علمیه قم مطرح و برخی زوایای آن را روشن کرده است اما چنان که سخنران محترم نیز اذعان داشته، این بحث همچنان به گفت‌وگوی علمی نیازمند می‌باشد. اینک توجه شما را به این گفتار جلب می‌کنیم.

بسم‌الله الرحمن الرحیم الحمد لله رب العالمین و صلی‌الله علی سیدنا محمد و آله الطاهیرین و لعنه‌الله علی اعدائهم اجمعین من الآن الی قیام یوم الدین.

قبل از شروع سخن از اساتید و بزرگان و شما فضلاء بزرگوار و دوستانی که این جلسه را تشکیل دادند، تشکر می‌کنم. و انصاف این است که موضوع بسیار مهمی را مطرح نظر و بحث قرار دادند و این موضوع مباحث و فروع بسیار متعددی را به دنبال خودش دارد که طبعاً در یک جلسه کوتاه نمی‌شود به همه مباحث و جزئیات این موضوع با اهمیت پرداخت. اجمالاً قبل از تعریف اجمالی از فقه و قانون، به عناوین بحث اشاره می‌کنم:

اولاً، نقاط اشتراک فقه و قانون و نقاط افتراق اینها چیست؟

ثانیاً، اساساً آیا با وجود فقه ما مجالی برای تقنین و تدوین قانون دیگر داریم یا نداریم؟ مخصوصاً با ادعایی که می‌شود به نام جامعیت فقه نه فقط ادعا، فوق ادعا یعنی واقعیت و حقیقت هم همین است. با جامعیت فقه آیا باز مجالی وجود دارد که ما یک چیزی در قالب قانون داشته باشیم که با ضوابط و مستندات فقهی ارتباطی نداشته باشد. پس موضوع دوم این است که مبدا مشروعیت قانون در کنار فقه چیست؟ اگر کسی گفت ما در کنار فقه چیز دیگری نداریم این دیگر لازم نیست بحث را دنبال بکند. ولی اگر گفتیم که ما در کنار فقه قانون را می‌توانیم داشته باشیم، باید هم داشته باشیم، آن وقت ملاک اعتبارش چیست؟ به چه ملاکی ما این را بپذیریم. این خودش یک بحث خیلی مهمی است و در فروع این مسئله تاثیرگذار است. ثالثاً بحث دیگر این است که آیا قانون را حتماً باید موافق با فقه قرار بدهیم، یا مجرد عدم مخالفت کفایت می‌کند؟ رابعاً این بحث خیلی

اهمیت دارد که در حکومت اسلامی آیا هر آنچه در فقه آمده باید بیاوریم در محیط قانون یا نه؟ این مثال خیلی خوبی هم دارد، مثال مبتلی به هم دارد که عرض خواهم کرد. آیا اگر حکومت اسلامی شد و براساس اسلام بخواهد حکومت تشکیل بشود، هر آنچه که ما در فقه داریم آیا باید بیاوریم در داخل قانون و آن را به صورت قانونی قرار بدهیم یا اینکه دلیلی نداریم بر اینکه هر چه که در فقه مطرح باشد باید در قانون هم بیاید. خامساً در مواردی که بین قانون و فقه تعارض به وجود می‌آید. حالا آیا این تعارض اصطلاحی است یا غیر اصطلاحی. در مواردی که تنافی به وجود می‌آید. اینجا کدام باید اخذ بشود. اینها بحثهایی است که حالا من بینم چه مقدار در این مجال می‌توانم به آن اشاره بکنم. اما از نکته اول شروع بکنم، در تعریف فقه و قانون نیازی به بحث زیاد نیست، اینها روشن است. فقه آن مجموعه قواعد و ضوابط و احکامی است که از طرف شارع به عنوان یک شریعت برای بشر آمده است. و با قطع نظر از معنای لغوی و دقت‌هایی که در معنای لغوی شده، فقه یعنی آن احکام مستند به ضوابط اجتهادی و آنی که براساس ضوابط اجتهادی به دست می‌آوریم. اما قانون یعنی آن دستوری که برای تنظیم یک جامعه آمده است. دستوری که به عنوان اینکه یک جامعه را بخواهند نظم بدهند و یک ثباتی در امورش باشد، از آن تعبیر به قانون می‌کنند. عرض کردم نمی‌خواهم وارد بحث‌های لغوی و اصطلاحات و کلمه قانون از کجا آمده است، بشوم. اینها چیزهایی است که خیلی فایده‌ای هم در بحث ندارد.

تفاوت فقه و قانون

آنچه که مهم است این که فقه یک ممیزاتی دارد که در قانون نیست، قانون هم یک ممیزاتی دارد که در فقه نیست و این دو یک مشترکاتی هم دارند. حالا من ممیزات را عرض بکنم.

۱. فقه ما مستند به ادله اربعه است اما قانون لازم نیست که مستند به ادله اربعه باشد. اگر در یک جامعه‌ای اهل حلّ و عقد توافق کردند بر یک امری این می‌شود قانون و بعد خواهیم گفت که اینجا در این گونه امور نیازی به اینکه بگوییم این توافق اهل حلّ و عقد را شرع باید تعیین بکند ندارد. پس فقه مستند به ادله اربعه است. ما می‌خواهیم یک حکمی را به خداوند تبارک و تعالی منسوب کنیم باید مبتنی بر یکی از این ادله اربعه باشد. اما قانون لازم نیست. بسیاری از قوانین داریم که آنها با فقه مشترک است آن هم مستند است به ادله اما لزومی ندارد که حتماً مستند باشد.

۲. ما در فقه یک تقسیم بندی‌هایی داریم که در قانون اصلاً نمی‌آید. حکم اولی، حکم ثانوی. در قانون اولی و ثانوی دیگر نداریم. یا تقسیم حکم به واقعی و ظاهری مجالش فقط در فقه است. ما در قانون نمی‌توانیم بگوییم این قانون ظاهری است، آن قانون مثلاً واقعی است. نه! قانون واقعی و ظاهریش یکی است. البته این بنا بر این است که اصل این تقسیم حکم به ظاهری و واقعی را ما در علم اصول بپذیریم اما اگر کسی آمد این را انکار کرد که حق هم همین است این فرق دیگر می‌رود کنار. ولی براساس مبنای مشهور که ما در فقه یک حکم واقعی داریم و یک حکم ظاهری. این در قانون اصلاً معنا ندارد.

۳. ممیز سوم فقه یک گستردگی دارد در عبادات، در معاملات، مسائل شخصی، مسائل اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، یعنی فقه را اگر دو بخش بکنیم فقه فردی و اجتماعی است. اما قانون محدوده‌اش فقط در امور اجتماعی است. ما هیچ وقت در هیچ جای دنیا یک قانونی برای یک شخص یا اشخاص من حیث انهم اشخاص نداریم. مربوط به روابط اجتماعی است. قانون امور اجتماعی بشر را تنظیم می‌کند، لذا این هم یکی دیگر از ممیزات است که فقه عمومیت دارد، گستردگی دارد، اما قانون این طور نیست.

۴. ممیزه چهارم، فقه طبق نظر برخی دارای احکام ثابت و متغیر است. که البته هنوز تعریف روشن و دقیق برایش ذکر نشده اما اجمالاً احکام ثابت آنی است که در جمیع امکنه با تمام خصوصیات با اختلاف در شرایط ثابت است. مثلاً وجوب نماز، اما احکام متغیر با اختلاف شرایط تغییر می‌کند. یک وسیله‌ای در یک زمانی قمار هست، و در یک زمان قمار نیست، خرید و فروش خون در یک زمان حرام است و در زمان دیگر که فائده عقلایی دارد حلال و صحیح می‌شود. عمدتاً هم برمی‌گردد به اختلاف در موضوع و تغییر موضوع و الا اگر با حفظ موضوع باشد ما اصلاً این تقسیم را نمی‌توانیم بپذیریم. همه احکام ثابت است. البته حالا بحث نزاحم بین احکام آن هم یک بحث دیگری است که در جای خودش مطرح است. این تقسیم باز در قانون معنا ندارد که بگوییم ما یک قانون ثابت داریم، یک قانون متغیر. قانون ذاتش متغیر است اصلاً هویت قانون بشری متغیر است. و لذا هر دوره‌ای که می‌گذرد تبصره‌هایی زده می‌شود، قیود بهش زده می‌شود، تغییر پیدا می‌کند. در میان قوانین بشری حتی قوانین عمومی که برای بشر می‌نویسند کم است که بگوییم تغییر نمی‌کند. یا همش متغیر است یا غالباً متغیر است.

۵. ممیزه پنجم این است که مخالفت با قانون با مخالفت با فقه دو موضوع جدای از یکدیگر است. و این هم یک بحثی است که ثمره دارد. الان در زمان ما هم سوال می‌کنند که اگر کسی با یک قانونی مخالفت کرد این خلاف شرع کرده است یا نکرده است. مخالفت در فقه مسئله ثواب و عقاب درش مطرح می‌شود، اما مخالفت با قانون همان عقوبتی است که خود قانون برایش معین می‌کند. دیگر ثواب و عقاب اخروی به حسب اولی در آن معنا ندارد. حالا بله، یک وقتی امام رضوان‌الله تعالی علیه می‌فرمودند که: اگر کسی از قوانین راهنمایی تخطی بکند جایز نیست. این را باید قید بنزیم، یعنی در صورتی که مخالفت با نظام بخواهد بکند. و الا من حیث هو هو دلیل نداریم بر اینکه جایز نیست. خوب حالا از یک قانونی تخطی کرده عقوبتی که در همان قانون برایش معین شده، ثابت می‌شود و جریمه باید بدهد. دلیلی نداریم که خلاف شرع انجام داده است. مگر یک عنوانی برایش منطبق بشود. ۶. ممیزه ششم آن است که قضایای شرعی از قبیل قضایای حقیقیه است که لازم نیست موضوع آن بالفعل موجود باشند، بخلاف قانون که غالباً به صورت قضایای خارجی مطرح است. اینها شش ممیزه اساسی در تمایز بین فقه و قانون است. شاید شما اگر تامل بیشتری هم بکنید یک فرق‌ها و شاخصه‌های دیگری هم به دست بیاورید.

مشروعیت قانونگذاری با وجود فقه

حالا بعد از این، اولین مطلب مهمی که اصلاً پایه اساسی بحث فقه و قانون است این است که اساساً در جایی که مسئله دین و فقه مطرح نیست، آنجا فقط قانون است و دیگر فقه معنا ندارد. کشورهای اروپایی و غیر اسلامی که مسئله فقه، دین، تدین برایشان مطرح نیست همه چیزشان همان قانون است لذا در این صورت بحث از نسبت فقه و قانون تقریباً بدون معنا است. اما جایی که مسئله فقه برای مردمی که ملتزم به فقه و احکام شرعی هستند آیا برای این مردم یا توسط این مردم در کنار فقه ما می‌توانیم بگوییم یک چیز دیگری به نام قانون داریم یا خیر؟ در این بحث فرقی نمی‌کند که حکومت اسلامی باشد یا نباشد. اگر در زمان طاغوت هم بود آنجا این بحث مطرح می‌شد که با وجود قوانینی که آنجاست مردم که ملتزم به فقه هستند اینها قانون را باید چه کار بکنند. البته در فرض حکومت اسلامی مسئله خیلی جدی‌تر و واضح‌تر می‌شود. اینجا یک ادله‌ای به ذهن می‌رسد برای اینکه ما در کنار فقه نمی‌توانیم قانون داشته باشیم. اینها را باید یک تامل اجمالی درش بکنیم. ۱. از جمله ادله این است که بگوییم فقط تنها موجودی که حق قانون‌گذاری دارد خدای تبارک و تعالی است. اصلاً بشر حق قانون‌گذاری ندارد. بشر چه بشر حوزوی چه غیر حوزوی بگردد ببیند خدا چه فرموده است. اما خودش حق ندارد قانون بگذارد. خدا هم یک واجبات دارد، یک محرمات دارد، یک مباحات دارد، مستحبات دارد، مکروهات دارد، احکام وضعیه دارد. بشر حق ندارد به مثل حکم تکلیفی برای خودش جعل کند، بشر حق ندارد بگوید که اگر کسی از این خیابان عبور کرد او را ده ضربه شلاقش می‌زنیم. چه کاره است که این حرف را بزند. حق ندارد که بیاید بگوید اگر کسی مثلاً دزدی کرد حالا غیر از آن عقوبت شرعی خودش هم یک عقوبتی کنارش قرار بدهد. مثلاً زندان کردن و حبس کردن. الان در ذهن بعضی از فقها هست که بسیاری از این مواردی که افراد را زندان می‌کنند ولو مطابق قانون هم باشد اما مطابق فقه نیست. بشر حق ندارد در غیر آن مواردی که در فقه و نصوص بر حبس نمودن وارد شده است، بیاید دیگری را حبس بکند باید دید شریعت در مقابل این جرم چه گفته است. به عبارت دیگر آیا این مطلب درست است که بگوییم چون حق جعل حکم برای خدای تبارک و تعالی است اساساً دیگر بشر حقی ندارد که حکمی برای خودش قرار بدهد؟ مستند آن هم همین آیات «ان الحکم الا لله» است. در سوره انعام آیه ۵۷؛ «ان الحکم الا لله»؛ و در آیه ۶۲؛ «الا له الحکم» و در یوسف آیه ۴۰؛ «ان الحکم الا لله». در روایات ما خصوصاً در خطبه‌های امیرالمومنین نیز مانند خطبه ۱۸ و ۴۰ و ۱۴۷ داریم که حکم مخصوص خدای تبارک و تعالی است. آیا از این آیات و روایات می‌توان استفاده نمود که مسلمان حق قانون‌گذاری ندارد و نمی‌تواند در هیچ محدوده‌ای جعل قانون نماید. این به نظر ما قابل جواب است. چرا که آنچه که از شریعت و ادله استفاده می‌شود، آن است که حکم به خلاف ما انزل الله حرام است. و «من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الکافرون یا هم الفاسقون یا هم الظالمون، اما ما دلیلی نداریم که در هیچ حیطة‌ای هیچ کسی حق ندارد قانونی را جعل بکند. آیه شریفه «ان الحکم الا لله» بنابراین که کلمه حکم را اعم از حکم تکوینی و تشریحی بگیریم، چون این در سیاق آیاتی وارد شده که مسائل تکوینی بیشتر مطرح است ولی اگر آمدم اعم از تکوین و تشریح گرفتیم این معنایش این نیست که بگوییم هیچ وقت بشر در هیچ اجتماعی حق ندارد برای خودش یک قانونی جعل بکند. حق ندارد اصلاً قانون‌گذاری کند. این مقداری که دلالت دارد این است که احکامی که به عنوان احکام شرعی و به عنوان حکم دینی بخواهد برای بشر و

جمیع مکلفین تا روز قیامت باشد، این فقط باید از ناحیه خدا باشد. قرینه اصلی بر این معنا تناسب حکم و موضوع است که به خوبی بر این دلالت دارد. ما به عنوان شریعت از جانب خودمان نمی‌توانیم حکمی را برای دیگران جعل کنیم. فقیه هم نمی‌تواند این کار را بکند. امام معصوم (ع) هم غیر از آن بحث تفویض باز نمی‌تواند بیاید یک حکمی به عنوان شریعت بیان کند، درحالی که در شریعت نیست. البته درست است که ائمه ما علیهم السلام خودشان مشرّع هستند و ما این مبنا را قبول داریم اما مشرّع به این معنا است که براساس آن ضوابط و ملاکاتی که خدای تبارک و تعالی در اختیار اینها قرار داده اینها می‌توانند یک حکمی را به عنوان شرع ذکر بکنند. اینها چون آگاه کامل به ملاکات احکام هستند می‌توانند این کار بکنند. نتیجه این شد که آیه «ان الحكم الا لله» به این معنا است که حکم به عنوان حکم شرعی، مخصوص خدای تبارک و تعالی است اما این معنایش این نیست که دیگر بشر نتواند قانون بگذارد. مثل این که یک خانواده‌ای در خانواده خودشان می‌خواهند یک قانونی بگذارند، چه ساعتی لامپ‌ها خاموش بشود، چه ساعتی استراحت باشد، چه ساعتی غذا باشد، تنظیم امور خانواده. آن فرزندی که در این خانواده هست نمی‌تواند به پدرش بگوید که چرا این قانون را می‌گذارید. کجای اسلام آمده است که باید از این قانون تبعیت کنیم یا بگویید به چه دلیلی این قانون معتبر است؟. همینجا عرض می‌کنم یکی از جهاتی که باید خوب رویش کار بشود همین آیاتی است که چه بسا برخی استفاده کنند از این آیات که اصلاً قانون غیر از قانون الهی مشروع و معتبر نیست، لغو و باطل است، حتی حرام است. یعنی آنهایی که این دیدگاه را دارند همین را می‌گویند و همین نتیجه را می‌گیرند. می‌گویند تمام قوانینی که غیر متخذ از اسلام است اگر کسی به عنوان قانون بیان بکند این حرام و باطل است. ولی به نظر ما از آیات شریفه چنین مطلبی استفاده نمی‌شود.

نکته دوم اگر کسی بگوید که ما از مذاق شریعت، از روایات، از مجموع ادله استفاده می‌کنیم که دین ما جامعیت دارد. یعنی در هر زمینه‌ای حرف دارد. شما نمی‌توانید جایی را پیدا بکنید که حکم نداشته باشد، منتها باید بروید حکمش را از اهلش بگیرید. حتی این کسی که می‌خواهد در مجموعه خانه‌اش یک قانونی بگذارد شرع در این مورد ساکت نیست. مثلاً می‌گوید این پدر ولایت دارد، پس حق دارد، یا اگر او را به عنوان بزرگی در یک مجموعه‌ای قبول می‌کنند وکالت به او داده می‌شود، اینها همه عنوان شرعی دارد. ما چه واقعه‌ای داریم که این ضوابط شرعی درش وجود نداشته باشد و خالی از اینها باشد. پس بیاییم بگوییم براساس اینکه دین و فقه ما یک فقه جامع است اصلاً دیگر ما منطقه‌ای و حوزه‌ای نداریم که نیازی به این باشد که بشر قانون جعل بکند. این مطلب هم به نظر ما قابل جواب است. زیرا مغالطه‌ای در اینجا بین جامعیت و بین اینکه حق قانونگذاری برای بشر باشد، وجود دارد. به نظر ما بین اینها تنافی وجود ندارد. اساساً دین می‌گوید بشر می‌تواند برای خودش قانون جعل کند، این با جامعیت دین هم منافات ندارد. یک وقت می‌گوییم دین در این مورد مبهم است. دین اجازه می‌دهد بشر برای خودش قانون بگذارد؟ ما حالا اثبات خواهیم کرد، بله. اگر دین در این مورد ساکت باشد این دین جامع نیست و جامعیت دین مخدوش هم می‌شود. ولی ما می‌خواهیم بگوییم منافاتی ندارد و اینجا مغالطه‌ای دارد صورت می‌گیرد. اگر کسی گفت دین جامع است، معنایش این نیست که

جامعه بشری نیاز به قانون و قانونگذار ندارد. نتیجه جامعیت این است که ما نیاز به قانون نداریم. نخیر! جامعیت با این سازگاری دارد و با نیاز به قانون هم سازگاری دارد. پس روشن شد که این راه دوم هم مخدوش است. یک مطلبی در کلمات بعضی از بزرگان آمده به عنوان مطلب سوم، بعضی‌ها گفتند قانونگذاری یک نوع بدعت است. بدعت «ادخال ما لیس من الدین فی الدین» خوب این قانونی که بشر دارد جعل می‌کند چون در دین نیست، پس یک نوع بدعت است. این هم جوابش روشن است. زیرا کسی نمی‌خواهد قانون را به عنوان دین مطرح بکند. عده‌ای از اهل حلّ و عقد می‌نشینند یک دستوری را برای جامعه زمان خودشان جعل می‌کنند و این منسوب به دین نیست. ما در ممیزات قانون و فقه عرض کردیم، فقه مستند به ادله اربعه است اما قانون نیست. فقه را می‌شود منسوب به خدای تبارک و تعالی کرد، اما قانون لزومی ندارد منسوب به خدای تبارک و تعالی بشود، پس قانون عنوان بدعت را ندارد.

راهکارهای مشروعیت قانونگذاری

اما می‌آییم سراغ اینکه حالا این کافی نیست که ما دلیلی نداریم برای اینکه جعل قانون اشکال دارد بلکه این قانون می‌خواهد برای جامعه معتبر باشد، چه راهکارهایی وجود دارد که ما بیاییم از راه صنعت علمی این را تصحیحش بکنیم. من چند راهکار را عرض می‌کنم:

اولین مطلب این است که جعل قانون یک امر عقلایی است و در ارتکاز عقلاست. حالا در زمان‌های قدیم خیلی کم‌رنگ بوده، در زمان‌های ما شده پارلمان و مجلس اما در زمان قدیم هم بوده است. باستان شناس‌ها هم که گزارش می‌دهند از قانون‌های دوره‌های خیلی گذشته هم گزارش می‌دهند. قانون و تقنین یک امر عقلایی است. عقلا برایش اقدام می‌کنند. و یک امری است که در ارتکاز عقلاست. یعنی «عقلا من حیث انهم عقلا» می‌گویند «نحن نحتاج الی القانون» جامعه محتاج به قانون است. این طور نیست که یک بناء مخصوص به یک زمان خاص باشد، براساس تکریم باشد، یا براساس یک عناوینی دیگر باشد. نه! این در ارتکاز عقلا وجود دارد. این که می‌گوییم در ارتکاز عقلا، یعنی دیگر لازم نیست که بگوییم حتماً در زمان شارع بوده است یا نبوده است. شارع هم این بناهایی مرتکز عند العقلاست می‌تواند رد بکند. قانون عقلا این است که بلوغ به هجده سال است، فقه آمده این را رد کرده است. اگر ما در فقه خودمان مواردی داشته باشیم به عنوان ردع یک قانونی به همان مقدار می‌گوییم این اعتباری ندارد. آن هم حالا باز بدو می‌گوییم و الا راه برای تصحیحش هم وجود دارد. اگر شارع این امر ارتکازی که تقنین است به صورت کلی، عقلا یکی از امورشان تقنین است. نه آمدن شریعت معنایش این است که کسی دیگر حق تقنین ندارد، آمدن شریعت معنایش این نیست. یعنی کسی اصلاً حق تقنین ندارد در هیچ امری. شریعت آن ضوابطی که موجب سعادت و نجات بشر هست در دنیا و آخرت برای همه مکلفین نه برای یک جامعه خاص می‌آید تضمین می‌کند و بیان هم می‌کند. خود نفس جعل قانون الهی و سماوی این معنایش تخطئه روش عقلا نیست. شارع در یک جایی در ربا می‌آید با عقلا مخالفت می‌کند. خیلی از احکام و قوانین عقلا را شارع امضا کرده، اصلاً وجود احکام امضائیه در شریعت ما خودش کاشف از این است که اصل قانونگذاری عقلایی این ردع نشده، امضا هم شده است. این خودش یک

وجهی می‌تواند باشد. می‌گوییم عقلاً روششان این است که قانونگذاری می‌کنند در هر زمانی. شارع نیامده عقلاً را تخطئه نکند و بگوید شما بروید کنار. شارع نیامده اهل حلّ و عقد را از جامعه حذف کند و بگوید بروید کنار فقط و فقط باید آنی که من می‌گویم باشد. نه! فقط شارع می‌آید یک مواردی را تخطئه می‌کند، یک مواردی را هم تاسیس می‌کند، یک مواردی را هم امضا می‌کند. شارع سه تا کار می‌کند. تاسیس دارد. خیلی از چیزهایی که عقلاً به عقلشان نرسیده است، شارع می‌آید تاسیس می‌کند. چه در فردی و چه در اجتماعی. در یک مواردی می‌آید تخطئه می‌کند. در خیلی از موارد یعنی در هشتاد درصد احکام معاملات و اجتماعات، شارع هم امضا می‌کند. پس دلیل اول بر اعتبار قانون آن است که شارع اصل قانون‌گذاری که یک سیره عقلایی است را ردع ننموده است.

دلیل دوم که نزدیک به همین دلیل اول است. اگر بپذیریم که در متن دین تشکیل حکومت لازم است یعنی یکی از واجبات تشکیل حکومت است. آیا حکومت بدون قانونگذاری ممکن است یا نه؟ حکومت باید جعل قانون بکند. قانونگذاری باید بکند. به مقتضای نیازهای بشر در زمانه خودش قانونگذاری می‌کند. می‌گوید این آدم اگر بخواهد از اینجا برود بیرون من باید اجازه بدهم. کجای فقه ما چنین چیزی آمده است؟ ما اصلاً در فقهمان مرز و حدود نداریم. مرز جغرافیایی چیزی است که قوانین بشری آمده، یا جنگ‌ها یا استعمار اینها را درست کرده است. بعد هم می‌گویند تو ولو اینکه در این کشور هستی می‌خواهی بروی زیارت من باید به تو اجازه خروج بدهم و او هم باید اجازه ورود بدهد. اینها جعل قانون است با فقه هم ربطی ندارد اصلاً. حکومت برای حفظ اساس خودش نیاز دارد به اینکه یک قوانینی را جعل بکند. بله البته در حکومت اسلامی بسیاری از قوانینش را از فقه می‌گیرد. من همینجا عرض بکنم یک وقتی است که می‌گوییم چون حکومت اسلامی است و در راس حکومت ولی فقیه است ولی فقیه می‌تواند جعل قانون بکند به اختیاری که شرع برای آن قرار داده است. اول می‌گوییم همین هم کفایت می‌کند. می‌گوییم یک قانونی که اگر در متن شرع نیست حالا ولی فقیه بر حسب مصالح و روی ضوابط آمد یک قانونی جعل کرد. همین قانون عدم خروج از کشور را فقیه جعل کند. فقیه بگوید اگر کسی گران فروشی کرد زندان باید برود. این در فقه ما نیست. اشکالی ندارد. ولی محدود به مسئله ولی فقیه نیست. اگر حکومت اسلامی را عدول مومنین تشکیل دادند اینجا حکومت باز نیاز به قوانین دارد و باید قانون درش قرار داده بشود. پس این هم می‌شود دلیل دوم. یعنی بگوییم چون یکی از احکام اولیه تشکیل حکومت اسلامی است، حکومت از لوازم قهریش قانون است. حکومتی که قانون نباشد درش هرج و مرج می‌شود و آن حکومت به‌زودی از بین خواهد رفت. حکومت می‌آید مالیات جعل می‌کند. خوب می‌گوییم که کجای فقه مالیات است. حکومت می‌آید همین قوانین رفت و آمد و راهنمایی و رانندگی و یا در مالیات می‌آید قوانین فراوانی را جعل می‌کند. اینها درست است. من فعلاً دارم اصل مشروعیتش را می‌گوییم و لیکن یک بحث بسیار مهم بعداً ربط این قانون مشروع و صحیح است با فقه است که آن یک بحث دیگری است. اینجا بحث این است که به چه دلیل اگر اهل حلّ و عقد، حکومت اسلامی یا عقلای قوم اگر آمدند یک قانونی را جعل کردند، آن قانون درست است. حتی می‌خواهم عرض بکنم در کشورهای غیر اسلامی افرادی که به

عنوان نماینده مردم برای مردم قوانینی را تدوین می‌کنند، این یکی از سوالات است که اینها حق قانونگذاری دارند یا ندارند؟ خوب چرا حق قانونگذاری نداشته باشند. اینها درست است در دایره اسلام نیامده‌اند. ولی حالا که در دایره اسلام نیامده‌اند ما باید بگوییم که قانونی در آنجا قرار می‌دهند این قانون غلط، باطل و غیر معتبر است، غیر صحیح است یا اینکه شارع آمده است و می‌گوید که آنها اگر قانونی دارند قرار می‌دهند اگر با قوانینی که من دارم می‌گویم مخالفت نداشته باشد برای خودشان معتبر است. اینها را وکیل خودشان می‌کنند به عنوانی که یک قانونی برای خودشان قرار بدهند. این دلیل دوم که عرض کردم می‌گوییم که خود حکومت، اصلاً اینکه جامعه نیاز به حکومت دارد. حالا ما در دایره فقه‌مان می‌گوییم حکومت اسلامی محتاج به قانون است. بالاترش می‌گوییم جامعه بشری محتاج به حکومت است، حکومت هم ابزار اصلی‌اش قانون است و باید قانون باشد. شارع هیچ وقت راضی به هرج و مرج در هیچ جامعه‌ای ولو در جامعه غیر اسلامی هم نیست. اینکه می‌گویند اختلال نظام جایز نیست و شارع اجازه اختلال در نظام نمی‌دهد، مراد نظام بشری است، نه نظام اسلامی. نظام جامعه بشری را شارع راضی به اختلال به او نیست. البته حالا خود این را می‌شود یک دلیل مستقلی هم قرار داد ولی هم به عنوان تکمیل قبل یا به عنوان دلیل سوم هم عقل می‌گوید که هرج و مرج درست نیست، هم شرع تایید می‌کند. براساس اینکه هرج و مرج درست نیست چه چیزی هرج و مرج را از بین می‌برد؟ قانون! پس باید قانون معتبر باشد. این هم دلیل سوم بر این مطلب.

دلیل چهارم را می‌شود از همین آیه شریفه «وامرهم شوری بینهم» که شارع مسئله مشورت را معتبر دانسته و امور جامعه بشری را براساس مشورت معتبر دانسته، استفاده کرد. اگر مشورت شد و در اثر مشورت یک قانونی هم تدوین شد این معتبر است.

دلیل پنجم خود عقل به عنوان حجت باطنی «ان لله علی الناس حجتین» یک حجت ظاهری که انبیا هستند و حجت باطنی که عقل است. می‌رویم سراغ عقل. عقل با قطع نظر از هرج و مرج، حالا نگوییم به ملاک هرج و مرج. نه عقل می‌گوید برای اینکه این جامعه یک جامعه‌ای باشد که به سعادت خودش برسد، احتیاجاتی که دارد برآورده بشود، این قانون جعل بکند. ممکن است کسی بگوید اینجا ملاک حکم عقلی هم دفع هرج و مرج است. اگر این باشد که باز هم بر می‌گردد به مسئله هرج و مرج. ولی به نظر می‌رسد که ملاک دیگری هم هست. یعنی لزوم تحصیل مصلحت برای اینکه جامعه به رشد برسد. در علم، در صنعت، در کشاورزی، در امنیت می‌خواهد به رشد برسد باز عقل می‌گوید که اینجا حتماً باید قانون داشته باشد. این پنج دلیل وجوهی است که ما می‌توانیم برای اصل اینکه بشر می‌تواند قانون بیاورد، اقامه کنیم.

آیا تمام فقه باید به قانون تبدیل شود؟

اینجا من می‌خواهم این مطلب را اشاره بکنم. قانون به اقتضاء موارد خودش مختلف است. گاهی اوقات براساس یک ملاک‌های مقطعی جعل می‌شود. گاهی اوقات براساس ملاک‌های دائمی. البته باز همانی هم که براساس ملاک دائمی هست باز می‌تواند متغیر باشد. چون عرض کردیم ذات قانون متغیر است. منتها می‌خواهم این را

عرض بکنم گاهی اوقات خود قانون گذار می‌آید و قانون را برای یک زمان خاص قرار می‌دهد. گاهی اوقات بر حسب ظاهر دائمی است اما باز قابل تغییر است. گاهی مستند قانون عقل است. گاهی مستند قانون عقلاست. گاهی اوقات مستند قانون عادت است. عادت مردم، فرهنگ بسیار نقش دارد در قانون یک جامعه اما گاهی اوقات هم مستند قانون احکام دین و احکام فقه و شرع است. سوالی که من اینجا می‌خواهم مطرح بکنم این است. این سوال در دایره حکومت اسلامی است. در حکومت اسلامی آیا قوه مقننه، قانونگذار، باید همه آنچه که در فقه آمده است را در متن قانون بیاورد یا نه؟ حالا من یک مثال خیلی روشن خدمتان عرض کنم. البته مثال زیاد دارد. مثال روشنش این است که ما در فقه یک قاعده داریم که «لا یبطل دم امرئ مسلم» براساس این قاعده اگر کسی در جایی کشته بشود این باید دیده‌اش پرداخت بشود، اگر قاتلش معین است، بروند سراغ او. اگر عمدی بوده خودش باید بدهد و اگر نبوده عاقله‌اش باید بدهد. آن جایی که قاتل مشخص نیست مثل کسی که در زحام کشته بشود. همین افرادی که الان در منا کشته شدند، روی خود فقه حنبله، که حالا دولت سعودی هم براساس او مشی می‌کند، باید دیده اینها را بدهند. براساس همین قاعده. چون این قاعده «لا یبطل دم امرئ مسلم» اختصاص به شیعه ندارد، آنها هم این قاعده را قبول دارند. البته چهار، پنج راه دیگر هم وجود دارد و من پیدا کردم که آنها ملزم به پرداخت دیده هستند. در یک مقاله‌ای سازمان حج و زیارت از من خواستند خیلی به صورت موجز ذکر کردم و تحویل آنها دادم. حالا می‌خواهم این را عرض کنم، کنار این قاعده ما یک قاعده دیگری داریم که مع الاسف هم فقهای ما خیلی بهش توجه نکردند و هم قانونگذارهای ما بهش توجه نکردند و آن قاعده این است «لا یبطل حق امرئ مسلم» این دایره‌اش از مسئله دم خیلی گسترده‌تر و بالاتر است. «لا یبطل حق امرئ مسلم» براساس این قاعده که مستند روشنی هم در روایات دارد حق یک انسان مسلمان نباید هدر برود و ضایع بشود. کجا می‌شود از این قاعده استفاده کرد؟ این قاعده را در افرادی که مدیون هستند و به خاطر دین و قرض امروز در زندانها گرفتارند. مردی هست که مهریه زنش را قدرت ندارد بدهد، زندانش کرده‌اند. کسی از کسی طلبی دارد، ده میلیون، بیست میلیون قدرت ندارد که تا آخر عمر بدهد زندانش کرده‌اند. و فرض بر این است که هیچ قدرتی نه خودش دارد و نه آینده هم اگر کار کند نمی‌تواند به دست بیاورد، اسلام چه فکری کرده برای چنین آدم‌هایی. این روایتی که می‌گوید «لا یبطل حق امرئ مسلم» در خود روایت هست که بر امام مسلمین یا بر بیت المال است که آنها را باید بپردازند. کما اینکه کسی که قاتل در زحام هست بیت المال باید بپردازد. می‌خواهم این را عرض کنم که این قاعده را ما داریم. حالا آیا بر قانونگذار لازم است که این قاعده را بیاورد. این که در فقه ما هست در مرجع قانونی بیاورد یا نه؟ یا اینکه در فقه چنین چیزی هست باید شرایط را دید و بررسی شود، لزومی ندارد هر قاعده‌ای را بیاوریم در قانون مطرح بکنیم. این البته نیاز به یک بحث مفصلی دارد که ما فقه را داریم، شارع آمده راه را روشن کرده است. «لا یبطل حق امرئ مسلم» را آورده، اما اینکه قانونگذار ملزم باشد این قانون را حتماً بیاورد، اینها نیاز به یک مقدار تامل دارد. چرا که تبدیل شدن یک حکم فقهی به یک حکم قانونی باید با ملاحظه ضوابط فقه حکوکتی باشد و بدون ملاحظه آن محل تامل است در فقه حکومتی باید قدرت مالی بیت‌المال و امام المسلمین و نیز شرایط دیگری که بر جامعه حکمفرما است در نظر گرفته شود. مثلاً اگر در فقه بیع فضولی را با ادله تصحیح

می‌کنیم نمی‌توانیم بگوییم باید در متن قانون آورده شود چرا که ممکن است مشکلات و آسیب‌های دیگری را به همراه داشته باشد قانونگذار باید همه جهات اجتماعی را در نظر بگیرد. این بحث که آیا وقتی حکومت اسلامی شد همه احکام فقهی را باید در متن قانون بیاوریم، باید شکل قانونی پیدا بکند، الزام قانونی پیدا بکند که خود الزام قانونی با الزام فقهی فرق پیدا می‌کند. بحثی است مهم که باید بیشتر مورد توجه قرار گیرد.

راهکار حل تعارض

مطلب دیگری که باید در این بحث به آن اشاره شود این است که مواردی که بین فقه و قانون تعارض به وجود می‌آید چه باید کرد؟ این یکی از عویصه‌هاست. شما ببینید الان در قانون آمده که زوجه از عقال ارث می‌برد. زن از زمینی که از اموال مرد هست ارث می‌برد. حالا عینش را گفتند نگوئیم ولی قیمتش را گفتند می‌برد. در فقه ما تقریباً مشهور قریب به اتفاق است. به قول مرحوم سید مرتضی این از شعائر امامیه است و از چیزهایی است که امامیه تفرد به آن دارد و اهل سنت قبول ندارند، این است که زمین از چیزهایی نیست که زن از آن ارث ببرد. اینجاها باید چه کار کرد. در تعارض فقه و قانون. الان یک کسی که می‌خواهد عمل بکند، این مقلد مرجع تقلیدی است که می‌گوید زن از عقال ارث نمی‌برد، قانون می‌گوید زن ارث می‌برد، این یک مورد تعارض. مثال دوم اینکه در فقه دیه مسیحی با دیه مسلمان فرق می‌کند اما قانون آمده و این را یکسان قرار داده است، آن کسی که قاتل است می‌گوید مرجع تقلید من می‌گوید که آنقدر دیه باید بدهی، ولی قانون می‌گوید که نه، آنقدر دیه باید پردازی. ما اگر قانون را معتبر دانستیم در مواردی که بین قانون و فقه تعارض به وجود می‌آید، چه باید کرد؟ توجه به این نکته لازم است که محل بحث در احکام ولایی و حکومتی که فقیه به عنوان حکم حکومتی بیان می‌کند نیست چرا که در این موارد همان حکم حکومتی جنبه فقهی پیدا می‌کند و باید متابعت شود بر طبق ادله نفوذ حکم حاکم. محل بحث در احکامی است که قانونگذار به صورت معمولی و طبیعی بدون عنوان حکم ولایی در قانون مطرح می‌کند. البته این قانون ممکن است مطابق با نظر نادر و شاذ از فقها هم باشد که در این صورت تعارض بین دو فتوی‌ست مشهور و غیر مشهور. اما یکی از این دو فتوی‌ست در لباس قانون هم در آمده است در این صورت چنانچه خود زن یا بقیه ورثه همه‌شان مقلد کسی هستند که او معتقد است که ارث نمی‌برد. اینجا یک احتمال است که بگوییم اینها لازم است و چرا که در حجیت فتوی‌ برای این افراد تردیدی وجود ندارد اما این مقلدین نسبت به آنچه که عنوان قانون دارد، با واسطه علم به خطا و اشتباه بودن آن را دارند و در نتیجه نمی‌توانند بر طبق قانون عمل نمایند. به عبارت دیگر در چنین فرضی حجیت فتوای مرجع تقلید قطعی و مسلم است اما آنچه که در قانون آمده یا معلوم البطلان است و یا مشکوک است لذا از اعتبار ساقط می‌شود. احتمال دوم آن است که چون قانون براساس یک فتوا صادر شده است و آن فتوا هم در واقع حجت دارد چنانچه قائل به عدم لزوم تقلید اعلم بشویم، از این جهت می‌تواند برطبق قانون عمل نماید. احتمال سوم آن است که چه مرجع تقلید اعلم باشد و چه نباشد و چه تقلید از اعلم را لازم بدانیم و یا ندانیم فقط باید بر طبق قانون عمل نمایند تا از مسئله هرج و مرج احتراز شود. توضیح این که اگر بر طبق قانون عمل نشود هم اختلاف

به وجود می‌آید و هم موجب اختلال نظام بشری می‌شود و هرج و مرج لازم می‌آید بنا براین اساس باید حتماً بر طبق قانون عمل نمایند. در این فرض بعید نیست که تبعیت از قانون را براساس قاعده الزام نیز توجیه نمایم البته طبق آن تفسیر جدیدی که ما در بحث قاعده الزام نموده‌ایم و براساس توسعه‌ای که در آن داده‌ایم یعنی بگوئیم چون مردم در یک مملکت خود را ملزم به قانون می‌دانند باید در مواردی هم بر طبق آن عمل نمایند. آری در مواردی که یک قانون خلاف شرع بین است نمی‌توان به آن عمل نمود و هیچ راهی برای توجیه آن وجود ندارد. مثلاً آنچه در مورد جریمه دیرکرد اخذ می‌شود که بر طبق نظر مشهور یا قریب به اتفاق عنوان ربا را دارد و نمی‌توان با توجیه عدم وقوع هرج و مرج و مانند آن، آن را تجویز نمود. البته باید توجه داشت که تعبیر تعارض بین فقه و قانون غلط است. تعارض همیشه بین دو حجت شرعی است. قانون درست است که برای ما معتبر است ولی ما به عنوان منسوب به شارع نمی‌توانیم آن را بپذیریم. تعارض بین دو حکمی است که منتسب به شارع است، می‌خواهیم ببینیم که شارع بالاخره این را گفته است یا آن را گفته است. برای ما روشن است که شارع چه گفته است. مخصوصاً عرض کردم که با این اجماع و این حرف مرحوم سید مرتضی در این فرعی که وجود دارد. روشن است که فقه این را می‌گوید. حتی این نکته را عرض بکنم. من یک رساله‌ای هم را در رابطه با این موضوع خیلی وقت پیش نوشتم و چاپ هم شده است. آنجا یادم هست که یک وقتی یک کسی می‌آید خدمت امام باقر یا امام صادق (ع) به حضرت عرض می‌کند که این مطلبی که شما می‌فرمایید که زن از عقار ارث نمی‌برد مردم این حرف را قبول نمی‌کنند، مخصوصاً در آن زمانه‌ای بوده که اهل سنت نظر و فتوایشان این بوده که زن هم ارث می‌برد. حضرت آنجا به غلامشان می‌فرماید که برو کتاب جدّم علی (ع) را بیاور. کتاب مصحف امیرالمومنین (ع) در اختیار همه ائمه (ع) بوده و الان هم در اختیار امام زمان (عج) است. حضرت کتاب را باز می‌کند به این سائل که سوال می‌کند انگشت مبارکش را می‌گذارد روی همان عبارتی که امیرالمومنین (ع) نوشته بوده است: «لا ترث المراه من العقار» به این مضمون. حضرت می‌فرماید: «والله هذا خطّ علی» خوب این فقه است. در این قضیه این است. البته داشتیم حالا در همین معاصرین و متاخرین یک قول‌های دیگری هم به وجود آمده، اما مشهور قریب به اتفاق همین را می‌گوید. حالا من می‌خواهم عرض بکنم که ما وقتی قانون را دیگر به عنوان یک حکم شرعی منسوب به شارع نمی‌دانیم یک حکم قانونی می‌دانیم و برای خودمان محترم می‌دانیم. حالا حقوقدان‌ها می‌گویند قانون محترم است. احترامش این است که بتوانند اخذ بکنند. لذا بنا به احتمال سوم می‌توان به قانون اخذ نمود. حالا باز این یک مقداری تامل بیشتری هم می‌خواهد و من هم نظر نهایی در این مسئله نمی‌دهم. نمی‌خواهم بگویم هر جا فقه و قانون به حسب ظاهر تعارض کردند آنجا می‌شود به قانون عمل کرد ولی این قابل بحث هست و قابل تامل. حالا این یک نکاتی اجمالاً در این بحث تا ان شاءالله یک فرصت دیگری باشد این بحث را بتوانیم منقح‌تر داشته باشیم. من از بزرگان و اساتیدی که در جلسه حضور دارند عذرخواهی می‌کنم. وقت آنها را هم گرفتیم.