

# فقه و قانون نگاری

□ احمد حاجی ده‌آبادی

اشاره

## گفتار اول: تفاوت نظام حقوق مدون

### و نظام حقوق غیرمدون

حقوق مدون با نامهای دیگری چون حقوق نوشته<sup>(۱)</sup> و قانون مکتوب<sup>(۲)</sup> نیز شناخته شده است. حقوق غیرمدون هم با نامهایی چون حقوق نانشسته<sup>(۳)</sup>، قانون غیرمکتوب<sup>(۴)</sup>، حقوق آرای،<sup>(۵)</sup> کامن‌لا<sup>(۶)</sup> و گاه عرفی<sup>(۷)</sup> معرفی شده است. قبل از اینکه تفاوت این دو نظام حقوقی شرح داده شود، تذکر یک مطلب ضروری است. از آنجا که حقوق انگلستان در شاخه حقوق غیرمدون قرار می‌گیرد، انگلستان را نماینده حقوق غیرمدون قرار می‌دهیم و اگر در خلال نوشته‌های بعدی ویژگیهای نظام حقوقی انگلستان را برشمرده و درباره آن بحث کردیم، در حقیقت ویژگیهای حقوق غیرمدون را بیان کرده‌ایم.

عده‌ای در بیان تفاوت این دو نظام، این نکته را بیان کرده و بدان اکتفا نموده‌اند که کشورهای دارای حقوق مدون در رشته‌های حقوق دارای مواد قانونی از قبیل قانون مدنی، قانون تجارت، قانون جزا و... هستند و کشورهای دارای حقوق غیرمدون، فاقد مواد قانونی هستند.<sup>(۸)</sup>

این سخن صحیح نیست و ظاهراً از آنجا ناشی شده است که «مدون و غیرمدون» یا «نوشته و نانشسته» را به معنای لغوی آن گرفته‌اند و توجه ننموده‌اند که این دو واژه، دو اصطلاح حقوقی و دارای معنای خاصند که در ادامه روشن خواهد شد. اگر در کشوری چون انگلستان برای

فقه به عنوان نظام حقوقی اسلام از زمره نظامهای حقوق نوشته است که قانون در آن نقش مهمی را ایفا می‌کند. در نتیجه مباحث مربوط به قانون همچون قانون‌گذاری، قانونگذار، قانون‌گرایی و... اهمیتی ویژه برای فقه دارند. در قانون‌نگاری فقهی یا انعکاس فقه در قوانین موضوع، مشکلاتی وجود دارد که در این نوشته به پاره‌ای از آنها اشاره و حتی‌الامکان پیشنهاداتی را ارائه می‌دهد.



سیستمها و نظامهای حقوقی موجود در جهان، در یک تقسیم‌بندی کلی بر دو نوعند: نظام حقوق مدون و نظام حقوق غیرمدون. قانون و اهمیت آن از یک سو و تفسیر قانون و شیوه و اهمیت تفسیر آن از سوی دیگر، در این دو سیستم یکسان نیست و از این جهت بین دو نظام مزبور تفاوت‌های عمده‌ای وجود دارد.

ابتدا به تفاوت‌های نظام حقوق مدون و غیرمدون پرداخته و سپس به این سؤال پاسخ می‌دهیم که نظام حقوق اسلام از زمره کدامیک از دو سیستم مذکور است.

پاره‌های بخشها قانون وجود ندارد، در مقابل قوانین بسیاری در این کشور نوشته شده و به تصویب پارلمان رسیده است، یعنی «اهمیت قانون در پاره‌های از بخشهای حقوق بسیار است و گاه تنها منبع حقوق محسوب می‌گردد از جمله در موضوع شرکت‌ها یا در نظام اداره اموال زوجین»<sup>(۹)</sup> مع‌ذالک با وجود تمام این قوانین این حقیقت باقی مانده است که انگلستان کشوری با حقوق غیرمدون است. پس تفاوت بین حقوق مدون و غیرمدون چیست؟ اگر در هر دو سیستم قانون وجود دارد چرا یکی را مدون و دیگری را غیرمدون می‌نامند؟

#### ۱ - ۱ طرز تلقی از قانون

تفاوت اصلی بین این دو سیستم در طرز تلقی از قانون است. توضیح این که در حقوق مدون، مهمترین منبع حقوق، قانون است و لذا حرف اول و آخر را قانون می‌زند. در حالی که در حقوق غیرمدون مهمترین منبع، قواعدی است که قضات در دادگاهها مرسوم نموده‌اند و به تعبیری مهمترین منبع، رویه قضایی است. در این سیستم، تصمیمات قضایی است که حقوق را ایجاد می‌نماید و براساس «قاعده سابقه»، تصمیم یک دادگاه دادگاههای پایین‌تر و خود آن دادگاه را مکلف می‌نماید که موارد مشابه در آینده، رای صادره توسط آن دادگاه را پذیرفته و بر اساس آن رای دهند. به عبارت دیگر دادگاهها باید مطابق حکمی که در دعوی مشابه از دادگاه عالی‌تر و یا از خود آن دادگاه صادر شده است، رای دهند. این امر به تفحص در سابقه منجر می‌گردد که قضاات تالی را حتی اگر رأی صادره را وارد نیز ندانند بدان ملتزم می‌سازد.<sup>(۱۰)</sup>

البته اینکه می‌گوییم در نظام حقوق مدون، قانون مهمترین منبع است. به معنای نفی رویه قضایی نیست و نیز اینکه می‌گوییم در نظام -حقوق غیرمدون رویه قضایی مهمترین منبع است به معنای نفی قانون نیست بلکه در کشورهای حقوق نوشته، قانون مهم‌ترین منبع حقوق است و رویه قضایی چهره تفسیری و معاون قانون را دارد و هیچ‌گاه به طور رسمی آن را نسخ نمی‌کند.<sup>(۱۱)</sup> برعکس در حقوق انگلیس که کامن‌لا به عنوان مبنای عمومی حقوق اعتبار دارد. رویه قضایی زمینه اصلی حقوق را فراهم

می‌آورد و قانون چهره استثنایی وضع قاعده در چنین نظامی است. در نتیجه نه در نظام قانونگذاری حقوق مدون، رویه قضایی منبعی برابر قانون است و نه در نظام کامن‌لا، اهمیت قانون به اندازه رویه قضایی است.<sup>(۱۲)</sup>

در نظام حقوق مدون به اندازه‌ای به قانون اهمیت می‌دهند که بعضی افراد فرض کمال قانون را مطرح می‌کنند که بر اساس آن هیچ چیز از دید تیزبین قانونگذار مخفی نمانده است و حکم تمام مسائل را در مواد قانون می‌توان یافت.<sup>(۱۳)</sup>

من حقیقتاً باور نمی‌کنم که کسی در مسائل حقوقی موفق به تصور موردی شود که قاضی برای حل دعوی مربوط به آن نتواند به عبارات مضبوط در قانون یا اصلی که در یکی از مواد گنجانده شده استناد نماید.<sup>(۱۴)</sup>

گرچه امروز معلوم شده است که فرض کمال قانون، فرضی غیرواقعی و تخیلی است<sup>(۱۵)</sup> اما باز در نظام حقوق مدون، اولین و مهمترین منبع پاسخ به تمام مسائل، قانون است و در صورتی که دست دادرس از قانون به علت سکوت، اجمال یا ابهام و... کوتاه شود، رویه قضایی و دیگر منابع به کمک وی می‌آیند.

نقش قانون در این نظام از این تشبیه پیداست: حقوق در این رشته همانند سیمی است که قانون همچون جریان برق از آن عبور می‌کند و به محض این که جریان برق از آن سیم قطع شود، چراغ هم خاموش می‌شود یعنی اگر قانون را از حقوق نوشته جدا کنید از حقوق اثری باقی نخواهد ماند.<sup>(۱۶)</sup>

در حالی که به قول ژلدار<sup>(۱۷)</sup> نویسنده انگلیسی: «اگر تمام قوانین نوشته انگلستان را حذف کنید باز هم شما یک سیستم حقوقی در مقابل خود خواهید داشت. ولی چنانچه مجموعه حقوق غیرمدون انگلیس را که اساس حقوق این کشور را تشکیل می‌دهد همان کامن‌لا است حذف کنید، دیگر در برابر یک سیستم حقوقی قرار نخواهید گرفت.»<sup>(۱۸)</sup>

بنابراین بر عکس حقوق نوشته که قانون، منبع اصلی ایجاد حقوق است، در سیستم حقوق غیرمدون، قانون برای تکمیل و تصحیح رویه قضایی به کار می‌رود و به قول ژلدار

«چیزی جز ملحقات و غلطنامه‌های کنای کامن‌لا نیستند.»<sup>(۱۹)</sup>

## ۱-۲ طرز تفسیر قانون

تفاوت دوم بین حقوق مدون با غیرمدون، در طرز تفسیر قانون است که در حقیقت نتیجه تفاوت اول یعنی طرز تلقی قانون است. تفسیر قانون در سیستم نخست، به یکی از طرق ادبی، منطقی یا تاریخی صورت می‌گیرد. در این نظام اهمیت قانون باعث شده که نوعاً ماده قانونی وجود داشته باشد مبنی بر این که در صورت سکوت قانون یا اجمال و ابهام آن باید با توسل به روح قانون حکم قضیه را روشن ساخت. اما در سیستم حقوق غیرمدون تفسیر قانون به صورت بسیار محدودی صورت می‌گیرد و تنها معنای تحت‌اللفظی قانون است که باید ملحوظ گردد و قضات از توسل به روح قانون ممنوع گشته‌اند و به قول رنه ژدیر: «اصول تفسیر قانون نوشته در انگلستان با اصول مورد قبول در اروپا بکلی متفاوت است. اصول مزبور به نحوی آشکار مبین این تفکر است که قانون نوشته برای حقوقدانان انگلوساکسون نخستین منبع حقوق نبوده و در واقع منبعی تکمیلی پیش نیست.»<sup>(۲۰)</sup>

برای اینکه روشن شود چگونه تفسیر قانون در حقوق غیرمدون محدود و به صورت تحت‌اللفظی است، نمونه‌ای از چند نمونه‌ای که پروفیسور رنه داوید در کتابش آورده است را در اینجا نقل می‌کنیم:

«قانون به مقامات صالحه در انگلستان اجازه داده در منطقه‌ای که تیمارستان نباشد، مجانین را به جای تیمارستان به بیمارستان بفرستند. موردی پیش آمد که در محلی دارالمجانین وجود داشت ولی به علت کثرت بیماران از قبول بیمار جدید خودداری می‌کرد. دادگاه اظهار نظر کرد که قانون، مربوط به موردی است که دارالمجانین نباشد لذا وقتی دارالمجانین هست، اگرچه جا نداشته باشد، مشمول قانون مذکور نخواهد شد.»<sup>(۲۱)</sup>

برخی از آنجا که حقوق غیرمدون را به معنای لغوی آن معنا کرده‌اند - که گفتیم این حرف صحیح نیست - در این قسمت دچار اشتباه شده و نوشته‌اند:

«در پایان این بحث تذکر این نکته ضروری است که گرچه در کامن‌لا قانون به عنوان یک منبع اصلی شناخته نمی‌شود اما از حدود صد سال پیش با توجه به رشد و توسعه کشورهای پیرو این

نظام، قانون اهمیتی ویژه یافته و چیزی بیش از تصحیح کامن‌لا است. در بخشهایی از حقوق این جوامع، قانون تنها منبع حقوقی محسوب می‌شود. مثلاً در انگلستان در موضوع شرکتها سا در نظامهای اداره اموال زوجین، قانون، حرف اول و آخر را می‌زند. امروزه سهم قانون در برابر سایر منابع حقوق افزایش یافته است و در نتیجه حقوق انگلیس را باید نظام مخلوط «قانونی - رویه‌ای» شمرد. این تحول باعث نزدیکی دو نظام حقوق نوشته و کامن‌لا به هم شده است.»<sup>(۲۲)</sup>

بجاست در اینجا تعریفی از قانون داشته باشیم. می‌توان گفت هر دستورالعملی که سه ویژگی کلیت، دوام و الزام‌آور بودن را دارا باشد، قانون نامیده می‌شود. قانون از یک طرف کلی است یعنی موضوع و مخاطب آن، شخص یا اشخاص خاصی نیستند، از سوی دیگر دائمی است یعنی طبع قانون استمرار و دوام آن است و از سوی دیگر الزام‌آور است یعنی ضمانت اجرا دارد و بر نقض یا تخلف از آن، مجازات و دیگر ضمانت اجراها مترتب می‌شود.

## گفتار دوم: جایگاه حقوق اسلام

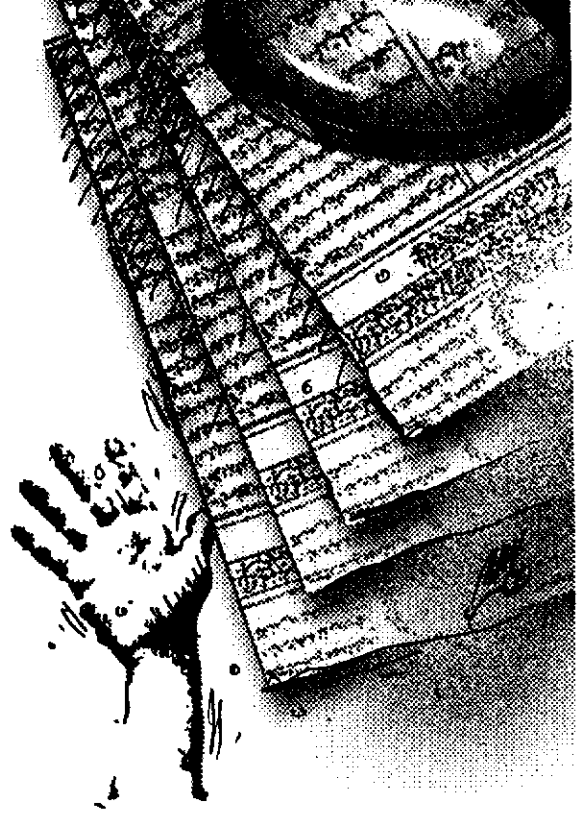
### در نظامهای حقوقی

#### ۱- دیدگاههای موجود

درباره این که آنها نظام حقوق اسلام جزو گروه حقوق مدون است یا جزو گروه حقوق غیرمدون و اینکه حقوق اسلام به کدامیک نزدیکتر است، دو نظر وجود دارد.

۱-۱. نزدیکی حقوق اسلام به حقوق غیرمدون: عده‌ای معتقدند حقوق اسلام به حقوق غیرمدون نزدیکتر است تا به حقوق مدون. اینان بدون این که استدلالی در کلامشان باشد، می‌گویند: حقوق اسلام کلیات نیست، حقوق موارد است، نزدیک به حقوق انگلیس البته با یک تفاوت بنیادی. سیستم موردی، بر مبنای سابقه است. در حقوق نوشته کلیات وجود دارد. در حقوق موردی کلیات وجود ندارد. پس حقوق اسلام دورگه است.»<sup>(۲۳)</sup>

۱-۲. نزدیکی حقوق اسلام به حقوق مدون و یا زیرگروه بودن آن بنا بر نظر دوم، حقوق اسلام به حقوق



اقسام روشهای تفسیری در این نظام، خود بهترین دلیل بر ارزش تفسیر در این نظام و بهترین دلیل بر این است که نظام حقوق اسلام جزو گروه حقوق مدون است.<sup>(۲۵)</sup>

۲-۳. نقش بسیار ضعیف رویه قضایی: گرچه پاره‌ای از تصمیمات قضایی پیامبر(ص) و ائمه اطهار(ع) مبنای صدور فتوا در موارد مشابه برای قضات بوده است ولی این دلیل آن نیست که حقوق اسلام شبیه کامن‌لا است زیرا تصمیمات قضایی به صورت روش مستمر در نیامده است. به تعبیر دیگر استناد فقها به تصمیمات قضایی پیامبر(ص) و ائمه اطهار(ع)، نه به معنای قاعده سابقه است که در حقوق غیرمدون وجود دارد، بلکه برای استنتاج قاعده و قانون است و لذا بحث رویه قضایی بدان معنا که در حقوق غیرمدون مطرح است، در اسلام جایگاهی ندارد.

نتیجه آنکه حقوق اسلام از زمره حقوق مدون محسوب می‌شود و همان‌طور که ملاحظه شد در حقوق مدون، قانون و تفسیر نقش بسیار مهم و اساسی دارند. قانون منبع مستقیم و اصلی ایجاد حقوق است. همچنین تفسیر قانون دارای ارزش بسیار زیادی است. بدین ترتیب در نظام حقوق اسلام، قانون و تفسیر آن ارزش زیادی پیدا می‌کند و لذا اهمیت قانون‌گذاری و قانون‌نگاری روشن می‌شود.

### **گفتار سوم: مشکلات موجود در قانون‌نگاری فقهی یا انعکاس فقه (به خصوص فقه جزایی) در قوانین موضوعه**

تاکنون مشخص شد که نظام حقوق اسلام از زمره نظام حقوق نوشته است و قانون در آن اهمیت بسزایی دارد. اینک نوبت بدان رسیده است که بدانیم اگر بخواهیم لباس قانون را بر فقه بپوشانیم و فقه را به عنوان قانون عرضه کنیم، چه مشکلاتی پیدا می‌شود و راه حل آنها چیست؟

#### **۱- متون فقهی؛ فقه فردی و فقه حکومتی**

طرح مسئله:<sup>(۲۶)</sup> فقه را در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان به فقه فردی و فقه حکومتی تقسیم کرد. موضوع فقه فردی، «فرد، جدای از جامعه‌ای که در آن زندگی می‌کند» است. فقیه در این فقه، افراد را بدون هویت جمعی‌شان در نظر گرفته، وظایفشان را مشخص می‌کند و سعی می‌نماید مشکلاتی را

مدون نزدیکتر و یا اصولاً جزو گروه حقوق مدون قرار می‌گیرد.<sup>(۲۴)</sup> در مقام داوری بین این دو نظر، نظر دوم بنا بر ادله زیر پذیرفته است.

#### **۲- دلایل پذیرش دیدگاه دوم**

۲-۱. به صورت قانون بودن منابع اصلی: منابع حقوق اسلام را از جهتی می‌توان به دو بخش کلی تقسیم کرد. منبع اصلی و ریشه‌ای و منابع فرعی و تبعی. فرق منابع اصلی و منابع فرعی در این است که منابع فرعی مستقل نبوده، بازگشت آنها به منابع اصلی است. بدین معنا که منابع فرعی نظیر اجماع وقتی اعتبار دارند که کاشف از منبع اصلی باشند. منابع اصلی در فقه امامیه عبارت است از کتاب و سنت و عقل و منابع فرعی عبارت است از شهرت، سیره متشرّعه و بناء عقلا. از بین منابع اصلی، قرآن و قسمت اعظم سنت که همان روایات باشند، نقش اساسی‌تری را در استنباط حقوق اسلامی ایفا می‌کنند. قرآن و روایات از زمره قوانین نوشته محسوب می‌گردند زیرا اکثر قواعد حقوق اسلام به صورت کلی در قرآن و روایات آمده است و بحث سابقه قضایی اصلاً در این دو منبع مطرح نیست.

۲-۲. اهمیت تفسیر و وجود مکاتب مختلف تفسیری: وجود مکاتب تفسیری متعدد در حقوق اسلام و انواع و



که در مسیر اجرای احکام برایشان رخ می‌دهد، مرتفع نماید. در مقابل، موضوع فقه حکومتی، «فرد به عنوان جزئی از جامعه» مورد توجه قرار می‌گیرد؛ یعنی افراد بجز هویت فردیشان، تشکیل دهنده یک هویت جمعی، به نام جامعه نیز هستند که این هویت جمعی موضوع احکامی است که در فقه حکومتی از آنها بحث می‌شود.

باید دانست فقه حکومتی با مصطلحاتی چون فقه سیاسی، فقه‌الخلافة و فقه‌الحکومة تفاوت دارد. تفاوت فقه حکومتی با این سه که قریب‌المعنا هستند در آن است که این سه خود جزئی از فقه هستند، اما فقه حکومتی یک نوع نگرش بر کل اسباب فقهی است. به دیگر، عبارت فقه حکومتی وصف محیط بر فقه است اما فقه سیاسی و الفاظ دیگر جزئی از فقه هستند. فقه‌الحکومة به مباحث دولت و حکومت می‌پردازد و موضوع آن رابط اشخاص با حکومت، حکومتها با همدیگر و حکومتها با افراد است. اما فقه حکومتی همه مسائل را درمی‌نوردد و همه مباحث فقه در این فقه قابل مطالعه و بررسی اند. حتی موضوعاتی از قبیل طهارت و نجاست و عبادات و معاملات هم می‌توانند در فقه حکومتی مورد مطالعه قرار گیرند.

اینک نمونه‌هایی از فقه حکومتی و فقه فردی را برای روشن شدن موضوع، مطرح می‌کنیم.

۱. بی‌تردید، ربای قرضی که رایج‌ترین نوع ربا در جوامع انسانی است، از محرمات شرعی محسوب می‌شود. حال آن دسته از فقها که راههایی را برای تجویز حیل در ربا طرح کرده‌اند، این مسئله را از دید فردگرایانه مورد بررسی قرار داده‌اند. در مقابل، آنان که هرگونه حیل‌ای را در ربا حرام دانسته و آن را بلای اقتصادی برای جوامع انسانی می‌دانند، با دید فقه حکومتی به مسئله نگریسته‌اند.

۲. عده‌ای از فقها روابط کارگر و کارفرما را بر اساس قوانین مدنی یعنی کتاب‌الاجاره حل و فصل می‌کنند و در نتیجه برای کارفرما اختیارات گسترده‌ای در اخراج کارگر، ندادن بیمه و... قائلند. این نیز برخاسته از نگرش فقه فردی به روابط کارگر و کارفرما است. در مقابل، آنان که قانون کار را پذیرفته و به دولت اجازه مداخله یکطرفه و بدون رضایت

کارفرما را در روابطش با کارگر می‌دهند، با فقه حکومتی به مسئله نگریسته‌اند. همچنین می‌توان به نمونه‌هایی دیگر به اجمال اشاره کرد که تحت تأثیر این دو دیدگاه پاسخهای متفاوتی گرفته‌اند از جمله مواد مخدر، کنترل جمعیت، تعلیم و تربیت، حفظ محیط زیست، کندن درختان و از بین بردن جنگلها، کشف دفینه‌ها در ملک شخصی و غیره که در نگاه فردگرایانه محکوم به جواز است ولی در نگاه دیگر ممکن است حرام یا واجب باشد.<sup>(۲۷)</sup>

آنچه می‌خواهیم بگوییم این است که در انعکاس متون فقهی در قانون و لباس قانون را بر قامت آنها پوشاندن، دقت بسیار لازم است زیرا به نظر می‌رسد بسیاری از متون فقهی با نگاه فردگرایانه و از دید فقه فردی نوشته شده است و در صورتی که اگر از زاویه فقه حکومتی به آنها نگریسته شود مجالی برای طرح آنها پیدا نخواهد شد. به عنوان نمونه به موارد زیر که برگرفته از متون فقهی است، توجه نمایید.

ماده ۲۲۶ ق.م.ا می‌گوید:

«قتل نفس در صورتی موجب قصاص است که مقتول شرعاً مستحق کشتن نباشد و اگر مستحق قتل باشد، قاتل باید استحقاق قتل او را طبق موازین در دادگاه ثابت کند.»



یک دید فردی به اشخاص اجازه داده‌ایم که خود قضاوت کنند و حد را اجرا نمایند یا اگر همه قضاوت توسط حکومت صالح صورت گرفته، اجرای حد را بر عهده اشخاص گذارده‌ایم.

نمونه دیگر ماده ۱۸۴ ق.م.ا است:

«هر فرد یا گروهی که برای مبارزه با محاربان و از بین بردن

فساد در زمین دست به اسلحه برند، محارب نیستند.»

در مورد این ماده چنانچه مبارزه با محاربان به عنوان دفاع مشروع باشد، هیچ مشکلی نیست ولی آیا ابتدائاً یک عده بدون آن که مورد تجاوز محاربان قرار گرفته باشند می‌توانند با محاربان به مبارزه برخیزند، بدون آن که از طرف حکومت اجازه مخصوص داشته باشند و بدون این که قضیه را با دولت و حکومت در میان گذاشته و از آنان سرکوبی محاربان را بخواهند؟ اگر پاسخ مثبت باشد معلوم می‌شود که این ماده با دید فقه فردی نوشته شده است. مخصوصاً اگر

افساد فی الارض را با محاربه یک جرم ندانسته و هر جرمی را مضداق افساد فی الارض بدانیم و آنگاه به اشخاص اجازه دهیم که با مفسدان به مبارزه برخیزند، این مسئله بهتر جلوه می‌کند. در هر صورت در انعکاس فقه در قانون باید دقت کرد که آیا با دید فقه فردی نوشته شده یا با دید فقه حکومتی و در صورت اول از انعکاس آن در قانون خودداری ورزید.

## ۲. تعدد مرجعیت و قوانین موضوعه

۱-۲ طرح مسئله: اگر کسی مقلد مرجعی باشد که فتوای او با قانون موضوعه مخالف است، چه باید کرد؟ چه مشکلاتی در این زمینه پیدا شده و راه حل آنها چیست؟ ابتدا بهتر است مثالهایی در این باره مطرح کنیم:

در بحث قصاص نفس بعضی مراجع از جمله مرحوم آیت‌الله العظمی خوئی قایلند: اگر بالغی نابالغی را بکشد، قصاص نمی‌شود<sup>(۲۸)</sup> و دلیلشان هم قاعده «لا قود لمن لا یقاد منه» است که بر اساس آن هر کس در صورت ارتکاب جنایت، قصاص نمی‌شود (مثل صغیر و مجنون)، اگر مورد جنایت قرار گیرد به نفعش حکم به قصاص داده نمی‌شود. این فتوا با ماده ۲۲۳ ق.م.ا مخالف است که مقرر می‌دارد: «هرگاه بالغی نابالغی را بکشد، قصاص می‌شود.»

نیز تبصره ۲ ماده ۲۹۵ مقرر می‌دارد:

«در صورتی که شخصی کسی را به اعتقاد قصاص یا به اعتقاد مهدورالدم بودن بکشد و این امر بر دادگاه ثابت شود و بعداً معلوم گردد که مجنی علیه مورد قصاص و یا مهدورالدم نبوده است، قتل به منزله خطای شبیه عمد است و اگر ادعای خود را در مورد مهدورالدم بودن مقتول به اثبات رساند قصاص و دیه از او ساقط است»

اگر از این دو ماده این مطلب استفاده شود که اشخاص مجازند مهدورالدم را بکشند ولو هنوز جرمی که به موجب آن، شخص، مهدورالدم شناخته می‌شود در دادگاه ثابت نشده است، معلوم می‌شود این دو مورد با دید فقه فردی نوشته شده است.

نمونه دیگر ماده ۹۷ ق.م.ا است که می‌گوید:

«حد را نمی‌شود در سرزمین دشمنان اسلام جاری کرد.»

در مورد این ماده، سؤالات فراوانی مطرح است. اجراکننده حد کیست؟ اگر حکومت اسلامی باشد، دشمنان اسلام و اصولاً دیگر کشورها اجازه مداخله را در حقوق عمومی‌شان که حقوق جزا از جمله آنهاست، نمی‌دهند. اگر اجراکننده فرد باشد همان مشکل بالا مطرح است یعنی با

مورد دیگر ماده ۲۱۱ ق.م.ا است که مقرر می‌دارد:

«اکراه در قتل و یا دستور به قتل دیگری مجوز قتل نیست. بنابراین اگر کسی را وادار به قتل دیگری کنند یا دستور به قتل رساندن دیگری را بدهند، مرتکب، قصاص می‌شود و اکراه‌کننده و آمر، به حبس ابد محکوم می‌گردند.»

مرحوم آیت‌الله خوئی در نظری مخالف این ماده می‌گویند:

اکراه در قتل مجوز قتل است و قاتل مکره به پرداخت دیه محکوم می‌شود. (۲۹)

در این‌گونه موارد که فتوای مرجعی با نظر قانون مخالف است مواجه با مشکلات و سؤالاتی می‌شویم، هم در ناحیه قاضی غیرمجتهد و هم در ناحیه مجرم و هم در ناحیه مجنی علیه.

در مورد قاضی غیرمجتهدی که از چنین مرجعی تقلید می‌کند، سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا وضعیت او مانند قاضی مجتهدی است که فتوا و نظرش مخالف قانون موضوعه است؟ آیا همانگونه که قاضی مجتهد می‌تواند یا باید از حکم دادن بر طبق قانونی که برخلاف نظر اجتهادی اوست خودداری کند، آیا قاضی مقلد هم همین وضعیت را دارد؟ اگر او بر طبق قانون حکم دهد، آیا حکم به غیر ما انزل الله داده است؟

در ناحیه مجرم سؤال این است که اگر کسی مقلد چنین مرجعی باشد و با علم به این که نظر فقهی مرجعش مخالف قانون است، یا بدون علم به آن، مرتکب قتل صغیر، لواط در حالت غیراحصان و... شود آیا مواد قانون در مورد او اعمال می‌شود یا نظر فقهی مقلد وی؟ آیا قاعده تدرأ الحدود بالشبهات شامل حال وی می‌شود؟ آیا اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری در اینجا اعمال می‌شود به گونه‌ای که از مجازات قانونی رهایی یابد، یا اینکه باید طبق قانون مجازات شود؟

در مواجهه با این مشکلات چه باید کرد؟ آیا در قانون‌نگاری نظری را که از همه راحت‌تر است انتخاب کنیم و بنویسیم؟ آیا قضیه را شخصی کنیم و بنویسیم مفاد قانون در صورتی اعمال می‌شود که نظر فقهی مقلد مجرم، با قانون

مخالف نباشد؟ برای حل این مشکلات باید ماهیت قوانین موضوعه مورد مذاقه و بررسی قرار گیرد زیرا اگر ماهیت اینها احکام الهی یعنی نظیر احکام، رساله‌های عملیه باشد، مشکلاتی رخ می‌نماید و همانطور که هر کس بر طبق رساله عملیه‌ای که بدان اعتقاد پیدا کرده عمل می‌کند، قانون هم یک نوع رساله عملیه‌ای می‌شود که به درد مقلدین آن می‌خورد. ولی اگر قائل شدیم که ماهیت قوانین موضوعه، احکام حکومتی و ولایی است یا پای احکام ثانویه را پیش کشیدیم، ممکن است قضیه فرق کند. حتی در فرض اول (ماهیت احکام الهی شرعی) نیز ممکن است جواب این مشکلات داده شود. در هر حال لازم است ابتدائاً ماهیت قوانین موضوعه بررسی شود.

۲-۲. حکم الهی و حکم ولایی (حکومتی): احکام و

قوانین اسلامی به لحاظ مقام صادرکننده آنها، به دو قسم تقسیم می‌شوند: احکام الهی و احکام حکومتی یا ولایی. احکام الهی احکامی است که از سوی خداوند تعالی تأسیس یا امضا شده و بر پیامبر نازل شده‌اند، مانند وجوب حج، حرمت شراب، صحت عقد و... در مقابل، احکام ولایی و حکومتی به احکامی گفته می‌شود که از سوی حاکم اسلامی اعم از آنکه رسول خدا (ص) بوده یا جانشینان او، با توجه به مصالح اسلام و مسلمین صادر می‌شوند.

احکام شرعی و ولایی غیر از تفاوت از جنبه مقام صادرکننده و به تعبیری حاکم، تفاوت دیگری هم دارند و آن این که احکام حکومتی ماهیتاً مربوط به روابط اجتماعی افراد، جامعه و کشورند، در حالی که احکام الهی ممکن است مربوط به نیازهای فردی بوده یا در ارتباط با نیازهای اجتماعی افراد و اداره جامعه باشند، مانند مقررات مربوط به معاملات.<sup>(۳۰)</sup> در قرآن کریم به هر دو نوع حکم الهی و ولایی اشاره شده است: «اطيعواالله و اطيعواالرسول و اولی الامر منکم»<sup>(۳۱)</sup> مفسرین گفته‌اند: اینکه لفظ «اطيعوا» دوبار ذکر شده است، یک بار درباره خداوند تعالی و بار دیگر در مورد رسول خدا(ص) و اولی الامر، اشاره به هر دو نوع حکم است. مراد از اطاعت از خداوند، اطاعت از احکام الهی است؛ یعنی احکامی که مقام صادرکننده آن خداوند

است.

اما در بخش حدود و قصاص و دیات که روایات و آیات فراوانی داریم، مسئله قابل تأمل است. عده‌ای می‌گویند:

قوانینی که در این زمینه وضع می‌شوند مانند بخش قبلی، حکم شرعی نیستند. قوانینی هم که از فقه ترجمه می‌شود کم و بیش همین وضع (حکم شرعی نبودن) را دارد. رأی فقیه نمودار اجتهاد دانشمندان این رشته است؛ اجتهادی که خواه و ناخواه از نیازها و ضرورتهای اجتماعی و اقتصادی زمانه الهام گرفته است. احترام چنین نظریه‌هایی به قدرت استدلال و شخصیت نویسنده آن ارتباط دارد ولی اراده خداوند نیست. نه باب اجتهاد دیگر را مسدود می‌کند و نه مانع از رعایت مصالح اجتماعی می‌شود. (۳۳)

اما این سخن به نظر صحیح نمی‌رسد زیرا: ۱. همه مباحث فقهی اختلافی نیست و امور ضروری و بدیهی و اجتماعی در فقه زیاد است. قوانینی که از این پشتوانه (ضرورت و اجماع فقهی) برخوردارند، چه ماهیتی دارند؟ حکم شرعی‌اند یا خیر؟ قوانین اخذ شده از نصوص قرآنی که مورد اختلاف هیچ کس قرار نگرفته، چه ماهیتی دارند؟

۲. مفاد این سخن به معنای نفی حکم شرعی است؛ یعنی اصلاً حکم شرعی وجود ندارد زیرا همه آنچه را که تصور می‌کنیم حکم شرعی است، به واقع اجتهاد مجتهدان و نظر فقهاست. به عبارت دیگر برداشت ایشان از منابع است و نمی‌توان گفت حکم خدا واقعاً همین است و احتمال دارد حکم خدا غیر از آن نظری باشد که فقیه بدان رسیده و در قانون آمده است. این سخن از دید ناظر بیرونی صحیح است ولی از دید ناظر درونی یعنی از دید خود فقیه صحیح نیست. از نظر فقیه آنچه را که او بدان رسیده، حکم الهی و شرعی است و لذا فقیه می‌گوید: «کل ما اذی الیه رأیی فهو حکم الله فی حقی» یعنی «آنچه را که بدان رسیده و اجتهاد کرده‌ام، حکم خداوند درباره من است.» حال از دید این ناظر چه باید کرد؟ پس می‌توان تصور کرد که قوانین موضوعه در این بخش، حکم شرعی و الهی باشند. بعلاوه در اصل چهارم قانون اساسی که جنبه الهی بودن قوانین در



تعالی است و مراد از اطاعت رسول خدا(ص) و جانشینان او، اطاعت از احکامی است که ایشان از آن جهت که حاکم جامعه هستند، صادر می‌کنند. (۳۲)

۳-۲. ماهیت قوانین موضوعه: پس از دانستن اصطلاحات مزبور نوبت به بررسی ماهیت قوانین موضوعه می‌رسد. در این باره نمی‌توان قضاوتی کلی و همه‌جانبه داشت؛ یعنی نمی‌توان گفت همه قوانین موضوعه، احکام الهی‌اند و نمی‌توان گفت همه، احکام حکومتی‌اند زیرا بخشی از قوانین موضوعه مسلماً حکم حکومتی‌اند و تنها در بخش دیگر مسئله جای بررسی و تأمل دارد. توضیح اینکه فی‌المثل در مجموعه قوانین جزایی، بخش تعزیرات و جرایم مستوجب مجازات‌های بازدارنده، آنچه وضع و تصویب می‌شود حکم ولایی است نه الهی زیرا مستقیماً در این زمینه حکمی از جانب خداوند متعال امضا یا تاسیس نشده است بلکه حکومت با توجه به مصالح عمومی احکامی را وضع می‌نماید. در این بخش مسلماً بحث تعدد مرجعیت و مشکلات مربوطه مطرح نمی‌شود زیرا تنها مقام صلاحیت‌دار برای وضع و صدور حکم، حکومت و حاکم



الف. حفظ نظام، حفظ نظام یک کشور امری است که عقل و شرع به آن حکم می‌کنند.

پیامبر اکرم (ص) می‌فرماید: «اسمعوا و اطیعوا لمن و لاه الله الامر، فانه نظام الاسلام.» گوش کنید و اطاعت کنید از آن کس که خداوند امر شما را به دست او سپرده است که این گونه طاعت و پیروی، خود موجب برقراری نظام اسلام است. (۳۴)

گرچه حفظ نظام به عنوان یک قاعده فقهی که دارای آثار و نتایج فراوان است و مباحثی همچون اولی و ثانوی بودن آن و ترجیح و عدم ترجیح آن در فرض تعارض با دیگر احکام شرعی، درباره آن قابل طرح و بحث است، اما آنچه در اینجا به بحث ما مربوط بوده و شکی در آن نیست این است که در درون یک کشور و یک سیستم حقوقی و قضایی اگر وحدت قانونی برقرار نباشد، نظام آن کشور مواجه با هرج و مرج و اختلافات و اختلالات فراوانی خواهد بود.

ب. موقوف بودن رسیدگی و ختم پرونده بر وحدت قانونی، جدای از مسئله حفظ نظام، مادام که یک قانون بر سیستم قضایی حاکم نباشد، نزاع و دعوا خاتمه نمی‌یابد. لازم است یک قانون در سراسر کشور وجود داشته باشد که ملاک عمل قرار گیرد تا در نتیجه قاضی بتواند به پرونده رسیدگی و دعوا را مختومه اعلام نماید و گرنه طرفین دعوا هر کدام به استناد قانون و حکمی، خود را ذیحق دانسته و کشمکش الی‌الابد باقی می‌ماند.

ج. نقش حکومت و حاکم در اجرای مجازات، اجرای حدود و مجازات‌ها وظیفه حاکم و حکومت است و از آنجا که

نظر گرفته شده است، مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد.» در نتیجه نقطه اصلی بحث در این قسمت است و مهم آن است که برای مشکلاتی که قبلاً طرح کردیم، راه حلی بجوییم.

سه راه حل می‌توان در اینجا فرض کرد: راه حل اول: قوانین موضوعه در این بخش ولو ماهیتاً حکم الهی اند اما با تصویب قوه مقننه و مقام صالح حکومتی، ماهیت حکم حکومتی پیدا می‌کنند و لذا نمی‌توان مخالف آنها رفتار کرد. به عبارت دیگر وقتی حکم شرعی از کانال تصویب حکومتی می‌گذرد و جامه قانون موضوعه که یکی از خصایص آن الزام‌آور بودن است می‌پوشد، دیگر حکم شرعی محض نیست بلکه حکم ولایی به شمار می‌آید و رعایت آن بر تمام اشخاص لازم و واجب است.

راه حل دوم: قوانین موضوعه با صبغه شرعی، حکم شرعی اند نه حکم ولایی اما آنچه باعث برتری این قوانین بر نظرات فقهی می‌شود، ماده ۳ ق.م.ا و امثال آن است که مقرر می‌دارند: «قوانین جزایی درباره کلیه کسانی که در قلمرو حاکمیت زمینی، دریایی و هوایی جمهوری اسلامی ایران مرتکب جرم شوند، اعمال می‌گردد، مگر آن که به موجب قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد.» به عبارت دیگر این قوانین ولو ماهیتاً حکم شرعی اند، اما چون مصدق‌اند از موضوع ماده ۳ ق.م.ا که خود حکم ولایی است، در نتیجه تنها این احکام در کشور پیاده می‌شود. یک حکم ولایی به نام اصل سرزمینی بودن قوانین باعث برتری قوانین موضوعه بر فتاوی است.

راه حل سوم: قوانین موضوعه با صبغه شرعی ولو حکم شرعی اند اما در تعارض با احکام شرعی دیگر نظیر لزوم تبعیت از نظر مجتهد و... بر آنها تقدم و ترجیح دارند. این راه احتیاج به توضیح دارد. لزوم وحدت قانونی و به عبارتی لزوم اعمال یک قانون در سراسر کشور از اموری است که قابل خدشه و تشکیک نیست و به اقتضای آن باید از نظرات دیگران در مقابل قانون چشم‌پوشی کرد و از آنها به عنوان دکترین در بحث کارشناسی بهره جست. عللی که مستلزم وحدت قانونی است به قرار زیر می‌باشد:

اجرای مجازات نیاز به شناخت آن دارد، پس میزان، شناخت کسی است که آن را اجرا می‌کند؛ یعنی حاکم. حتی فرق نمی‌کند این شناخت اجتهادی باشد یا تقلیدی؛ یعنی خود حاکم اجتهاد و حکم خدا را استنباط کرده یا از مجتهد جامع‌الشرایطی تقلید کرده است. در نتیجه نظرات سایر فقها نمی‌تواند مد نظر قرار گیرد زیرا اجرای حدود و مجازات‌ها وظیفه آنها نیست.

بسیاری از شئون اصیل اسلامی و امور مهم اجتماعی است که رسیدگی و دخالت در آنها، خارج از صلاحیت فرد یا جامعه بوده و مختص به مقام ولایت است. رؤیت اهل، وقوف در موقوفین، حدود الهی و تعزیرات، اقامه حدود، اجرای تعزیرات، دریافت ارش الحکومة و مانند آن، نه ملک افراد است و نه حق جامعه. نه فردی از افراد حق دخالت دارند زیرا هرج و مرج را به دنبال خواهد داشت و چون در اختیار مردم هم نیست قابل استنباط و توکیل نیز نمی‌باشد. تنها کسی که رسیدگی به این امور بر او فرض و لازم شمرده می‌شود، حاکمی است که از طرف خداوند تعیین شده باشد.<sup>(۳۵)</sup> اجرای حدود مجازات‌ها مانند حکم اقامه نماز نیست تا همه افراد موظف به انجام آن باشند. اساساً میان این دو دسته احکام یعنی اجرای مجازات‌ها و احکام شرعی دیگر نظیر اقامه نماز و.. سه تفاوت جوهری فقهی وجود دارد: تفاوت اول این که حدود تا در محکمه ثابت نشوند قابل اجرا نیستند. تفاوت دوم این که اجرای حدود نه تنها بر عهده افراد نیست که بر عهده قاضی هم نیست بلکه مختص حکومت است و منصب حکومت غیر از منصب قضا است. تفاوت سوم این است که حدود در بعضی از بخشها توسط امام قابل عفو است. پس نه اثبات حدود به دست همگان است و نه اسقاط آن.<sup>(۳۶)</sup>

بعد از دانستن این مطالب در توضیح راه حل سوم اینگونه باید گفت: در مقام تعارض بین قوانین موضوعه با صیغه شرعی و فتاوی فقها، قوانین موضوعه مقدمند. مثلاً در ناحیه قاضی، دو حکم تعارض می‌کنند: از یک طرف باید قوانین موضوعه حکم کند و از طرف دیگر نباید حکم به غیر ما انزل الله بدهد و قانون موضوعه طبق فتوای مجتهد

او، غیر ما انزل الله است. در اینجا که تعارض است بین وجوب و حکم دادن بر طبق قانون و حرمت حکم دادن به غیر ما انزل الله، ترجیح با حکم اول است چون حفظ نظام، توقف ریشه کن شدن نزاع بر وحدت قانونی و معیار بودن شناخت حکومت، همه و همه حکم اول را بر دومی ترجیح می‌دهند. ضمن این که ممکن است بگوییم تعارضی پیش نمی‌آید تا نوبت به اعمال قواعد تعادل و تراجیح باشد زیرا قاضی مقلد یقین ندارد که قانون موضوعه غیر ما انزل الله است و احتمال می‌دهد که نظر مجتهد و مرجع وی خلاف ما انزل الله باشد و قانون، مطابق ما انزل الله. به عبارت دیگر نظر مجتهد وی از موارد بدیهی و ضروری فقه نیست که قانون یقیناً برخلاف ضروریات و مسلمات فقه باشد. در ثانی به فرض که یقین داشته باشد قانون خلاف ما انزل الله است، حکم دادن او بر طبق قانون اشکال ندارد. قاعده الزام و اقدام - به فرض گسترش آن نسبت به مورد بحث - آن را اقتضا می‌کند. حکومت به قاضی می‌گوید طبق این قانون حکم کند و طرفین دعوا هم چون در این مملکت زندگی می‌کنند، حاکمیت قوانین جاری را بر خود پذیرفته‌اند. لذا حکم کردن قاضی بلا اشکال است و این دقیقاً نظیر این است که یک قاضی شیعه بین اهل تسنن بر طبق آنها در احوال شخصی قضاوت و حکم صادر کند.

به نظر می‌رسد راه حل سوم مناسب‌تر از بقیه راه‌حلها باشد. در نتیجه یا اصولاً بین قواعد موضوعه و نظرات فقهی فقها تعارض پیش نمی‌آید و یا اگر هم تعارضی پیش آید، ترجیح با قوانین موضوعه است.

### ۳. تفسیر قوانین انعکاس یافته از فقه

طرح مسئله: یکی از مشکلاتی که از انعکاس فقه جزایی در قوانین موضوعه پیش می‌آید، مسئله تفسیر قانون در جایی است که قانون مبنای فقهی چون آیات یا روایت دارد. با چند مثال بحث روشن می‌شود.

ماده ۱۳۵ ق.م.ا مقرر می‌دارد: «قوادی عبارت است از جمع و مرتبط کردن دو نفر یا بیشتر برای زنا یا لواط.» سؤالی در مورد این ماده مطرح می‌شود و آن این که آیا قوادی جرمی است مطلق یا مقید؟ به عبارت دیگر اگر

شخصی دو مرد یا مرد و زنی را برای عمل لواط یا زنا جمع کند ولی آنان به هر دلیل مرتکب جرم نشوند، آیا بر عمل آن شخص قوادی صدق می‌کند؟ یا زمانی به آن شخص قواد و به عملش قوادی اطلاق می‌شود که آن دو نفر مرتکب لواط یا زنا بشوند؟ در این زمینه دو رویکرد می‌تواند مطرح باشد: یکی این که خود این ماده را قطع نظر از مبانی فقهی آن و بدون الزام به مراجعه به آنها، تفسیر کنیم؛ یعنی برای این ماده ماهیتی مستقل در قبال مبانی فقهی قائل باشیم. رویکرد دوم آن است که بدون تفسیر خود این ماده، با مراجعه به مبنا یا مبانی فقهی و براساس آنها، ماده مزبور را تفسیر کنیم؛ یعنی در این رویکرد برای ماده قانون ماهیتی تبعی در قبال مبانی فقهی قائل باشیم.

مثال دیگر در ماده ۱۳۹ ق.م.ا است که می‌گوید: «قذف نسبت دادن زنا یا لواط است به شخص دیگر». سؤال این است که آیا نسبت دادن زنا یا لواط به دیگری از طریقی غیر از لفظ و زبان، مثلاً از طریق نوشته، اشاره، نقاشی و... هم قذف محسوب می‌شود یا این که قذف فقط با لفظ صورت می‌گیرد؟ در اینجا باز همان دو رویکرد وجود دارد که شاید نتیجه رویکرد اول (تفسیر خود ماده) آن باشد که قذف صدق می‌کند و نتیجه رویکرد دوم (مراجعه به مبانی فقهی) آن باشد که پاسخ منفی است و قذف صدق نمی‌کند.<sup>(۳۷)</sup>

مثال سوم ماده ۱۶۲ ق.م.ا است که مقرر می‌دارد: «هرگاه دو نفر یکدیگر را قذف کنند، خواه قذف آنها همانند و خواه مختلف باشد، حد ساقط و هر یک تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیر می‌شوند.» حال آیا این ماده در خصوص موردی است که دو نفر همزمان یکدیگر را قذف می‌کنند یا شامل آنجا که به نحو متوالی و با فاصله زمانی، همدیگر را قذف کنند، هم می‌شود؟

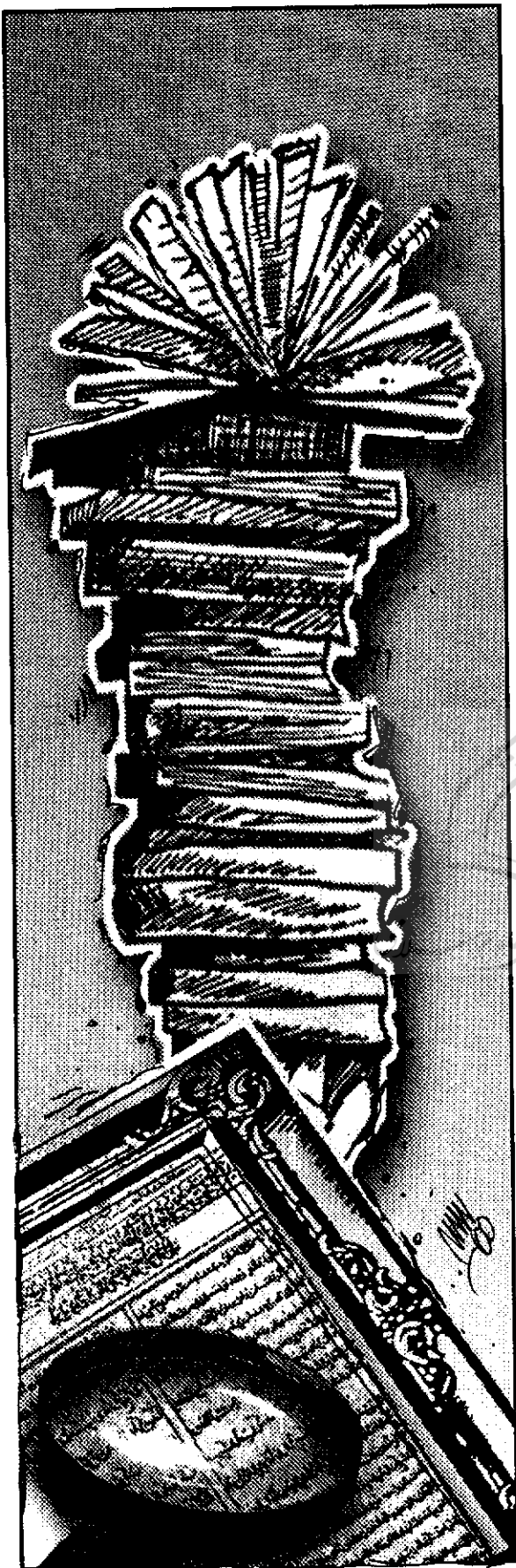
مثالها در این زمینه فراوان است. در همه این موارد دو رویکرد می‌توان داشت که بازگشت آن دو به این است که آیا قوانین موضوعه در قبال موازین و مبانی دینی، ماهیتی مستقل دارند یا وابسته و تبعی؟ بدیهی است که هر کدام از این دو رویکرد، آثار خاصی را به دنبال دارند. اگر بگوییم قوانین موضوعه ماهیتی مستقل دارند، در تفسیر آنها الزامی

به مراجعه به منابع فقهی نیست و در صورت مراجعه، الزامی به پذیرفتن آنها نیست و نمی‌توان برای تفسیر قانون از مراجع تقلید استفتاء نمود، بلکه باید قانون را با ضوابطی که برای تفسیر آن مشخص شده، تفسیر کرد. اما اگر اعتبار تبعی برای قوانین قائل باشیم در این صورت هیچگاه خود قانون مورد تفسیر واقع نمی‌شود بلکه همیشه این مبنا یا مبانی فقهی آن است که تفسیر و براساس آن، عمل می‌شود و در نتیجه ممکن است بسیاری از اصول حقوقی مثل اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری و اصل قانونی بودن جرم و مجازات و... نادیده انگاشته شود. نیز با توجه به قوانین موضوعه نمی‌توان قواعد نظام حقوقی را استخراج کرد بلکه برای این منظور باید به مبانی آنها مراجعه و بر اساس آنها نظام حقوقی را استخراج و تدوین نمود.

جواب: در پاسخ به سؤالات مطرحه باید گفت قوانین موضوعه بر دو قسمند و در هر کدام پاسخ فرق می‌کند: قسم اول آن دسته از قوانین هستند که منبع مستقیم فقهی مثل آیات یا روایات ندارند، همچون تعزیرات و جرایم مستوجب مجازاتهای بازدارنده. این دسته که بخش اعظمی از قوانین را تشکیل می‌دهند ماهیتی مستقل دارند و اصولاً چیزی ورای آنها نیست تا بگوییم ماهیتی تبعی دارند و لذا از ابتدا هم سؤال را به گونه‌ای طرح کردیم که این دسته از شمول بحث خارج شود.

قسم دوم قوانینی هستند که منبع فقهی دارند. در این بخش چاره‌ای نداریم جز این که بگوییم اینها ماهیتی تبعی دارند؛ یعنی این که مفاد آیه یا روایت به صورت قانون منعکس شده، باعث استقلال قانون در قبال آیه یا روایت نمی‌شود. مستند ما اصل ۴ ق.م.ا است که می‌گوید: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلام باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است.» اینکه لازم دانسته شده اطلاق یا عموم قوانین براساس موازین اسلام باشد یعنی اصل، موازین اسلام است.

تأکید می‌کنیم که مرادمان از مبنا یا مبانی فقهی و نیز



موازين اسلام، آيه، روايت، عقل و... است يعنى منابع اوليه احكام و متون فقهي در اين قسمت نمى گنجد. آنچه اصل است همان منابع اوليه‌اي است كه فقها در نگارش متون فقهي به آنها تمسك جسته‌اند. اين بحث ربطى به الهى و ولايى بودن قوانين موضوعه ندارد. اينگونه نيست كه بنا بر مبناي ولايى بودن، قوانين ماهيتى مستقل پيدا كنند و بنا بر مبناي الهى بودن، ماهيتى تبعى. بر هر دو مبنا مى توان قايل به استقلال و تبعى بودن قوانين موضوعه شد.

در پايان يكي از دو كار زير برآي جلوه‌گيري از اشتباهات پيشنهاده مى شود:

۱. آن دسته از قوانين كه مبناي شرعى دارند با علامتى مشخص شوند تا قضاات و حقوقدانان در تفسير آنها به تفسير خود ماده نپرداخته، بلكه سراغ منبع فقهي آن بروند.
۲. سعى شود عين مبناي فقهي به صورت قانون نوشته شود تا قضاات و حقوقدانان با اصل مبنا آشنا شوند و اگر تفسيرى هم لازم باشد، در واقع تفسير مبناي فقهي صورت پذيرد.

توضيح بيشتر اين كه كتب فقهي به دو شكل نوشته شده است. بعضى از آنها عين الفاظ روايات و قرآن را در خود منعكس نموده‌اند كه از جمله اولين آنها، كتب المقنع نوشته شيخ صدوق است و از جمله آخرين آنها رساله علميه و عمليه‌اي است كه توسط آيت الله مشكيني به نام الفقه المائور و الاصول المتلقاة تحرير شده است.<sup>(۳۸)</sup> در مقابل، اكثر كتابهاي فقهي به اين شيوه نوشته نشده، بلكه مضامين روايي و قرآني... را در قالبهاي عبارتي ديگر نوشته و اضافاتي به آنها ملحق کرده‌اند.

از اين دو راه حل، اولي بهتر است زيرا راه حل دوم در موارد زيادى با اصول قانون‌نويسى معارض است. بعلاوه مشكلات ترجمه دقيق الفاظ عربى به فارسى نيز مطرح است، مضافاً اينكه تفسير مبناي فقهي خود داراي ضوابطى است كه با تفسير مواد قانونى تفاوتهاي جوهرى و اساسى داشته، انعكاس مبناي فقهي به صورت قانون و تفسير آن براساس ضوابط حقوقى نمى تواند تأمين‌كننده تفسير مبناي فقهي باشد.

#### ۴. منابع لَبّی احکام و مشکل ناشی از تغییر زبان از

#### دلیل لَبّی به لفظی

گرچه ادله احکام شرعی در بسیاری از کتابها به کتاب، سنت، اجماع و عقل منحصرگشته ولی به واقع ادله احکام بیش از چهار تا است و امور دیگری از قبیل شهرت، سیره عقلاء و گاه عرف و... نیز می‌توانند مستند حکم شرعی باشند. هر حکمی و هر قانونی باید مستند به حداقل یکی از این ادله باشد. این ادله همسنگ و همتراز نیستند. در یک تقسیم کلی این ادله به ادله لفظی و ادله لَبّی تقسیم می‌شوند. منظور از ادله لفظی آنهایی است که شارع مقدس با الفاظ خاصی مطلبی را بیان کرده است یعنی قرآن و روایات و منظور از ادله لَبّی آنهایی است که لفظ خاصی ندارند و آنچه مهم است لَبّ و عصاره آنهاست، حال هر لفظی که می‌خواهد آن را برساند و بر آن دلالت کند، فرقی نمی‌کند. مثل عقل و اجماع. ادله لفظی با ادله لَبّی تفاوت‌های بسیاری دارند از جمله این که ادله لفظی در صورت وجود شرایط قابل اطلاق هستند و اطلاق آنها می‌تواند مستند احکام زیادی باشد اما ادله لَبّی قابل اطلاق نیستند<sup>(۳۹)</sup> زیرا اطلاق فقط در عالم الفاظ جاری است.

حال مشکلی که گاه ممکن است روی دهد این است که مبنا و منبع حکمی دلیل لَبّی بوده است، اما به صورت مکتوب نوشته می‌شود و آنگاه با آن همان برخوردی صورت می‌گیرد که با احکام به دست آمده از ادله لفظی؛ یعنی فراموش می‌شود که مبنا این قانون یک دلیل لَبّی است و آنگاه تمام ویژگی‌هایی که برای ادله لفظی است بر آن بار می‌شود.

برای نمونه تبصره ۲ ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مقرر می‌دارد: «در تمامی موارد فوق مال ناشی از ارتشاء به عنوان تعزیر رشوه دهنده به نفع دولت ضبط خواهد شد و چنانچه راشی به وسیله رشوه امتیازی تحصیل کرده باشد، این امتیاز لغو خواهد شد.» مبنا این تبصره «مصلحت» است و «مصلحت» خود دلیل لَبّی است؛ یعنی آیه و روایتی دال بر این مضمون که هرچه به مصلحت است انجام دهید و وجود نداشته، بلکه این عقل است که

می‌گوید هر چه مصلحت است باید انجام پذیرد. مبنا مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام، همانگونه که از عنوان آن پیداست، مصلحت است. این ماده و این تبصره چون به صورت مکتوب درآمده است ممکن است اشخاص از آن اطلاق بگیرند و در همه موارد مال رشوه را به عنوان تعزیر رشوه دهنده به نفع دولت ضبط و امتیاز ناشی از رشوه را لغو کنند. در حالی که اگر راشی برای تحصیل حق خود مجبور به رشوه دادن باشد - که از نظر شرعی هم بلا مانع است - آیا مال رشوه باید به نفع دولت ضبط شود یا به راشی مسترد گردد؟ آیا امتیازی که حق راشی بوده اما مرثشی بدون گرفتن رشوه، حاضر به اعطای آن نبوده باید لغو گردد؟ آیا تبصره ۲ اطلاق دارد که حکمش شامل این موارد هم بشود؟ مسلماً پاسخ منفی است و شاهد هم تبصره ماده ۵۹۲ ق.م.ا است که در سال ۱۳۷۵ یعنی ۸ سال پس از وضع قانون تشدید مجازات...، مقرر می‌دارد: «در صورتی که رشوه‌دهنده برای پرداخت رشوه مضطر بوده و یا پرداخت آن را گزارش دهد یا شکایت نماید از مجازات حبس مزبور معاف خواهد بود و مال به وی مسترد می‌گردد.»

#### نتیجه

گرچه فقه به عنوان نظام حقوق اسلام از زمره حقوق بدون است که قانون در آن نقش بسیار مهمی ایفا می‌کند، اما تفاوت‌هایی که بین این نظام و حقوق وجود دارد - همچون تفاوت در موضوع و قلمرو، ضمانت اجرا، ماهیت احکام، هدف، مرز بین اشخاص و منابع<sup>(۴۰)</sup> و نیز مشکلاتی که از انعکاس فقه در قوانین موضوعه پیدا می‌شود، این نکته را قویاً تأیید می‌کند که «فقه را به میدان عمل کشاندن و بر آن لباس قانون پوشاندن، هنر و فنی مستقل است که نه هر فقیهی بدان متصف است و نه هر حقوق‌دانی بدان آشنا.»<sup>(۴۱)</sup> اولین شرط این هنر، آشنایی کامل با هر دو طرف مسئله یعنی فقه و حقوق است و ناآشنایی با هر یک، هدف و مطلوب را برآورده نمی‌سازد. صرف آشنایی با فقه ولی آگاه نبودن از اصول کلی حقوقی و ظرافتهای آن باعث وضع قوانینی می‌شود که دیری نمی‌پاید به صورت متروک درمی‌آید. عدم آشنایی با

فقه هم باعث این توهم می‌شود که فقه نتواند در عرصه قوانین ظهور یابد و مشکلات جامعه را حل کند.

بجاست این بحث را با کلامی از دکتر ناصر کاتوزیان به پایان برسانیم که هر چند طولانی است ولی از لطافت و جذابیت خاصی برخوردار می‌باشد و با اندک تلخیص آن را نقل می‌کنیم:

حقوق اسلامی از دیرباز یکی از منابع مهم نظام حقوقی در ایران بوده است. پس از تشکیل حکومت مشروطه و ایجاد مجلس قانونگذاری، از لحاظ نظری حقوق و شرع، دو نظام جداگانه شد. ابتکار فرماندهی به حقوق رسید و بازرسی و نظارت به شرع واگذار شد. منتها این مرزبندی در عمل ثابت نماند. نظارت ققیهان بر قانونگذاری دیری نپایید و هیچگاه به طور کامل استقرار نیافت. در نظم حقوقی دو موج اسلام‌گرایی و تجدیدخواهی گاه در هم می‌آمیخت و گاه از هم فاصله می‌گرفت تا سرزمینی را در انحصار خود بگیرد. انقلاب ۱۳۵۷ نیروی پیروز را برگزید. قانون اساسی جمهوری اسلامی به طور رسمی حقوق اسلامی را به صحنه زندگی آورد و سایر نهادهای حقوقی را در خدمت این آرمان گرفت. هدف قانون اساسی جمهوری اسلامی این است که اتحاد حقوق و مذهب را تحقق بخشد. با وجود این، این دو نظام را نمی‌توان در هم آمیخت. ممکن است چندی قدرت در کنار اعتقاد بماند و برای این همزیستی بهایی پردازد ولی حاضر نیست در برابر آن به زانو درآید و خود را فدا کند. منافع این دو نهاد اجتماعی و روانی نیز یکسان نیست: یکی بر اجبار تکیه دارد و دیگری به عشق، یکی عدل می‌خواهد و دیگری انصاف، یکی به مصلحت می‌اندیشد و دیگری به حقیقت، یکی به رفتار اجتماعی می‌پردازد و دیگری به اخلاص، یکی به انسان متعارف قانع است و دیگری به انسانی فداکار و شیفته حق می‌اندیشد. هر دو اطاعت می‌خواهند ولی یکی اطاعت از دولت را فرمان می‌دهد و دیگری اطاعت از خداوند را. پس نباید انتظار اتحاد قدرت و ایمان را داشت. باید به همزیستی نیز قانع بود. همین اندازه نزدیکی، هم از تلخی قدرت می‌کاهد و هم ایمان را در زمره ارزشهای اجتماعی می‌آورد. تأمین این همزیستی نیز هدفی ساده و در دسترس نیست، آرمانی است والا که شرط دستیابی به آن ریاضت و قناعت است... که عشق اول نمود آسان ولی افتاد مشکله. (۴۲)

## پی‌نوشتها

1. Droit ecrit
2. Jus Scriptum
3. Droit non ecrit
4. Jus non Scriptum
5. Case Law
6. Common Law
7. Droit Coutumier

۸. به نقل از: قرایی، دکتر خسرو؛ دو طرز فکر حقوقی، مطالعه سیستم

حقوقی انگلیس و فرانسه، بی نا، بی‌جا، ۱۳۴۷، ص ۱۰۰.

۹. رُذیر، رنه؛ مقدمه‌ای بر حقوق تطبیقی، دکتر سیدمحمد علوی، دفتر

خدمات حقوقی بین‌الملل جمهوری اسلامی ایران، تهران، اول،

۱۳۷۱، ص ۹۲.

۱۰. همان، ص ۸۳.

۱۱. البته منظور از رویه قضایی در اینجا معنای عام آن یعنی تصمیمات

دادگاههاست نه این که منظور معنای خاص آن یعنی آرای وحدت

رویه دیوان عالی کشور باشد، چراکه رویه قضایی به این معنا می‌تواند

ناسخ قانون باشد.

۱۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، فلسفه حقوق، شرکت سهامی انتشار، بی‌جا، اول،

۱۳۷۷، ج ۲، ص ۴۷.

۱۳. در رابطه با این فرض، ر.ک به منبع قبلی، ص ۲۴ - ۲۹.

۱۴. به نقل از دو طرز فکر حقوقی، ص ۱۰۳.

۱۵. ر.ک به کاتوزیان، دکتر ناصر؛ فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲۵.

۱۶. نجومیان، حسین؛ مبانی حقوق در ایران، بنیاد پژوهش‌های اسلامی

آستان قدس رضوی، مشهد، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ص ۹۲.

## 17. Geldart

۱۸. قرایی، دکتر خسرو، ص ۱۰۲ - ۱۰۳.

۱۹. قرایی، دکتر خسرو، ص ۱۰۲.

۲۰. رُذیر، رنه، ص ۹۲.

۲۱. به نقل از قرایی، دکتر خسرو، ص ۱۰۸ - ۱۰۹.

۲۲. کاتوزیان، دکتر ناصر؛ فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۵۰.

۲۳. آزمایش، دکتر سیدعلی؛ جزوه حقوق جزایی اختصاصی (۱)، تقریرات

ابوذر جهاندیده، ص ۶۷ همچنین ر.ک به دفتر همکاری حوزه و

خامنهای، آیت‌الله سیدعلی: اجوبه الاستفتانات، دارالحق، بیروت، ۱۹۹۶ م.

۱۴۱۶ هـ، جزء اول، ص ۱۶.

۳۱. نسا/۵۹.

۳۲. طباطبایی، علامه سیدمحمدحسین: ترجمه تفسیر المیزان،

محمدرضا صالحی کرمانی و سیدمحمد خامنه‌ای، رجاء، بی‌جا، بی‌تا،

ج ۴، ص ۵۶۴.

۳۳. کاتوزیان، دکتر ناصر: فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۶۰۶.

۳۴. شیخ مفید، امالی: حسین استاد ولی، بنیاد پژوهش‌های اسلام، مشهد،

بی‌جا ۱۳۶۴، ص ۲۴ - ۲۵.

۳۵. جوادی آملی، آیت‌الله عبدالله: ولایت فقیه و رهبری در اسلام، رجاء، بی

جا، ۱۳۶۷، ص ۱۰۳ - ۱۰۴.

۳۶. همان، ص ۱۶۶ - ۱۶۷.

۳۷. استفتایی در این مورد از آیت‌الله فاضل لنگرانی شده است که ذیلاً نقل

می‌شود: «س - آیا رمی به قذف با لفظ است یا اگر کسی را به نوشته یا

اشاره قذف کند حد دارد؟

ج - قدر متیقن لفظ است والحدود تدرأ بالشبهات بنابراین شامل اشاره و

نوشتن نمی‌شود. ولی اگر اشاره یا نوشته متوجه شخص معینی باشد و

او از حاکم شرع مطالبه مجازات کند، حاکم هر مقدار صلاح دانست او را

تعزیر می‌کند.»

فاضل لنگرانی، آیت‌الله محمد: جامع المسائل، بی‌جا، بی‌تا، اول، ۱۳۵۷، ج

اول، ص ۵۲۵.

۳۸. چاپ اول این کتاب توسط دفتر نشرالهادی در ۱۴۱۰ هـ صورت گرفته

است.

۳۹. البته اجتماعات معقدار قابل اطلاق هستند و شیخ انصاری به اطلاق

معقد اجماع تمسک کرده است. از باب نمونه ر.ک به مکاسب، کتاب

البیع، سنگی، موسسه مطبوعات دینی، قم بی‌جا، بی‌تا، ص ۱۸۷،

سطر ۳۰.

۴۰. تفاوت‌های فقه و حقوق به تفصیل در رساله کارشناسی ارشد اینجانب در

دانشگاه مفید با عنوان «سیاست تقنین جزایی مطلوب براساس نظام

قضایی اسلام» بیان شده‌اند.

۴۱. قیاسی، جلال‌الدین، ص ۱۳۵.

۴۲. کاتوزیان، دکتر ناصر: فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۳۸۱ - ۳۸۴.

تذکر این نکته ضروری است که در عبارت ایشان بیشتر بین دین و حقوق

مقایسه صورت گرفته تا بین حقوق اسلام و حقوق.

دانشگاه: درآمدی بر حقوق اسلامی، سمت، اول، ۱۳۶۸، ص ۳۲۹.

۲۴. این تردید ناشی از این است که آیا تمام قسمتهای حقوق اسلام مدون

می‌باشد یا بخشی از آن که در این صورت باید گفت حقوق اسلام به

حقوق مدون نزدیک‌تر است. در ادامه بحث روشن خواهد شد که

حقوق اسلام جز گروه حقوق مدون است.

۲۵. در زمینه مکاتب تفسیری در حقوق اسلام و اهمیت تفسیر ر.ک به

جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر: حقوق اسلام، گنج دانش، تهران.

بی‌جا، ۱۳۵۸، صص ۳۱۱ - ۲۹۳.

۲۶. این موضوع در کتاب فقه پژوهی اثر آقای مهدی مهریزی از صفحه ۲۴ تا

۷۲ مطرح شده است و ما از این کتاب در طرح مسئله بهره زیادی

برده‌ایم.

۲۷. همان، ص ۵۸.

۲۸. خوبی. آیت‌الله سیدابوالقاسم (ره): مبانی تکملة المنهاج، مطبعة

الاداب، نجف اشرف، بی‌جا، بی‌تا، ج ۲، ص ۷۱ - ۷۲.

لازم به ذکر است که آیت‌الله منتظری می‌گویند: «اگر عاقل بالغی، بجه

غیربالغ را نیز بکشد قصاص کردن خالی از اشکال نیست و احوط

گرفتن دیه است و در کشتن جنین هر چند که روح پیدا کرده این

اشکال قوی‌تر است و همچنین قاتل اگر کور باشد قصاص محل اشکال

است.» منتظری، آیت‌الله حسینعلی: توضیح المسائل، مرکز انتشارات

دفتر تبلیغات اسلامی، بی‌جا، ۱۳۶۳، ص ۵۶۵.

۲۹. همان، ص ۱۳.

۳۰. دهقان، حمید، تاثیر زمان و مکان بر قوانین جزایی اسلام، دین، قم،

اول، ۱۳۷۶، ص ۱۱۰ - ۱۱۱.

مطلب‌زیر که استفتایی است از مقام معظم رهبری نیز قابل توجه است:

«ماهی وظیفه‌الشرعیه للمسلمین و ما یجب لعله عند تعارض فتوی ولی امر

المسلمین مع فتوی مرجع آخر فی المسائل الاجتماعیه والسیاسیه و

الثقافیه و هل هناک حد یمیز بین الاحکام الصادره عن مراجع التقليد

و الصادره عن الولی الفقیه؟ مثلاً اذا کان رای مرجع التقليد فی مسئله

الموسیقی مختلفاً مع رای الولی الفقیه فایهما یكون واجب الاتباع و

مجزئاً؟ و بشكل عام ماهی الاحکام الحکومتیة التی یكون حکم الولی

الفقیه فیها راجحاً علی فتوی مراجع التقليد؟

ایشان در جواب مرقوم داشته‌اند: رای ولی امر مسلمین هوالمتمتع

فی المسائل المتعلقة بإدارة البلاد اسلامی و بالقضایا العامة للمسلمین و

کل مکلف یمکنه اتباع مرجع تقلیده فی المسائل الفردة المحضه»