

فقه

و قانون گذاری

نشست علمی «فقه و قانون گذاری» به همت پژوهشکده‌ی فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی در تاریخ ۲۸ خردادماه ۸۸ در سالن همایش‌های پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی برگزار گردید.

این نشست با حضور دکتر جعفر کوشا، عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، رئیس مرکز و کرسی حقوق بشر صلح و دموکراسی یونسکو (دانشگاه شهید بهشتی) و رئیس انجمن ایرانی جرم‌شناسی و حجة الاسلام والمسلمین عباس کعبی، مدرس حوزه و دانشگاه و عضو حقوقدان شورای نگهبان، برگزار شد. در آغاز نشست، دبیر علمی جلسه، ابراهیم شفیعی سروستانی، عضو هیأت علمی گروه مسائل فقهی و حقوقی پژوهشکده‌ی فقه و حقوق، در مورد موضوع یاد شده و نحوه‌ی ارائه

سخنرانی‌ها توضیحاتی ارائه کرد.

در ادامه‌ی جلسه، مباحث مختلفی در حوزه‌ی فقه و قانون‌گذاری مطرح شد که بخشی از سخنان اساتید در پی می‌آید:

دکتر کوشا: ابتدا باید دید آیا پس از سه دهه توانسته‌ایم فقه را در قانون‌گذاری دخالت دهیم و آیا این تجربه، کارآمدی فقه را بالا برده است یا خیر؟ به لحاظ کاربردی و عملی با سؤالاتی مواجهیم. کتاب‌های حدود و قصاص و دیات کم‌کم به قانون تبدیل شده ولی قانون‌گذاری نیازمند سیاست است. تاکنون فقها در عرصه‌های غیرحکومتی کتب زیادی نوشته‌اند اما در عرصه‌ی قانون‌گذاری چنین نیست و نیازمند سیاست مدون هستیم. پس از دوره‌ی کوتاه حکومت حضرت علی (ع) تجربه‌ای در حکومت اسلامی نبوده است.

در کشور ما، بدون آموزش مسائل اسلامی به مردم از یک سو، و بدون آشنایی نمایندگان مجلس با کتب فقهی، یکباره مطالب فقها ترجمه و به عنوان قانون مطرح شد. قضاتی هم به قضاوت مشغول بودند که با مفاهیم فقهی آشنا نبودند.

ترجمه‌ی کتاب و تبدیل آن به قانون، بدون رعایت اصول قانون‌نویسی چنین القا شد که همین خود سیاست تفتینی است در حالی که اختلاف نظرهای بسیاری را در بین قضات برانگیخت و موجب شد قضات در مقابل قانون‌گذار قرار گرفته، احکامی صادر کنند که تصور شود آنان قانون‌گیرند.

در قانون‌نویسی باید چند ویژگی رعایت شود مانند: عام بودن، الزام‌آور بودن و صریح بودن. در موارد برگرفته از فقه هم باید این ویژگی‌ها را در نظر گرفت و به گونه‌ای عمل کرد که دچار قانون‌نویسی چندباره نشویم.

حال اشکال از مبانی بوده یا از تقنین یا از کسانی که در این مسأله دخالت داشته‌اند؟

نظام ما نظام قانونی مبتنی بر شرع است نه نظام شرعی. قانون اساسی



می گوید: قوانین نباید مخالف اسلام باشد و نظام قانونی را ترسیم می کند نه مثل عربستان، یک نظام شرعی را.

در روند طی شده، آیا اسلام سیاست خاصی ندارد یا ما آن را نوشته ایم؟

اگر بگویم سیاست ما در موارد تعارض دفع مفسد است، قانون نویسی تغییر می یابد. ما تاکنون از منابع اسلامی استفاده کرده ایم که مخالفت با اسلام نداشته ولی با عوض شدن مدیران این قوانین عوض شده است.

این تغییر یعنی ما ابتدا باید سیاست خود را ترسیم کنیم و سپس بر اساس آن قانون بنویسیم.

حجة السلام و المسلمین کمی: رابطه ی فقه و قانون گذاری را می توان از دو منظر مطرح کرد؛ نظری و کاربردی. به لحاظ نظری چند مطلب از جمله حکومت فقه شیعی را به اتفاق پذیرفته ایم. طبق اصل ۴ قانون اساسی کلیه ی قوانین باید بر اساس موازین اسلامی باشد و «جمهوری اسلامی» یعنی به لحاظ شکل همانند سایر نظام هاست ولی به لحاظ محتوا، شرع باید حاکم باشد. ما حقوق اسلامی و شرع را یکی می دانیم. ما معتقدیم قانون گذار، خدای متعال است و پیامبر (ص) و ائمه (ع) مبین شرع اند. پس از تبیین، تشخیص شریعت در عصر غیبت مطرح است که آن را هم وظیفه ی مجتهدان می دانیم.

پس از تشخیص مجتهدان، چرخه ی قانون گذاری به حلقه ی کارشناسی نیاز دارد. کارشناسان باید برنامه ریزی کنند و پس از آن نوبت به اجرا می رسد. در ورودی و خروجی این سیستم هم باید نظارت کرد. با پذیرش تشریح الهی، تبیین پیامبر و امام، تشخیص مجتهدان و برنامه ریزی کارشناسی، اجتهاد پویا و فقه فعال می شود و در این روند، داده های فقه به اجرا راه می یابد. ولی در نظام های دموکراسی، ورودی سیستم اراده ی عمومی است که در مجلس تجسم می یابد.

ما در نظام دموکراسی، شورای نگهبان را اضافه کرده‌ایم تا مغایر شرع و قانون اساسی نباشد.

اگر فقه فعال باشد اشکال‌های موجود پیش نمی‌آید. با بازنگری قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت می‌خواهد این خلا را جبران کند. سیاست‌های کلی نظام بر پایه‌ی استنباط‌های فقهی تنظیم می‌شود و این سیاست‌ها را قوای سه‌گانه و دیگر نهادها لازم است اجرا کنند.

من معتقدم نظام قانونی ما همان نظام شرعی است. مدل موجود، مدل ساختارگراست و شکل قانون‌گذاری اجازه نداده فقه خود را نشان دهد. به جای ساختارگرایی لازم است به محتوا توجه کنیم که عبارت است از عدالت، رحمت، سهولت، مصلحت و جز اینها که البته همگی در فقه لحاظ شده‌اند. برای مثال، انسان توسعه یافته نیازمند فقه توسعه است که انسان توسعه یافته را تعریف می‌کند. من تحول ساختاری متناسب با احکام اسلام را لازم می‌دانم و باید به اسلام توجه کرد.

دکتر کوشا: من هم چنان معتقدم ما نظام قانونی داریم و همگی ملزم به قانون اساسی هستیم و نمی‌توان نظام فعلی را نظام شرعی محض دانست. ما برای نوشتن سیاست‌های کلان می‌توانیم از افراد زیادی بهره بگیریم ولی طبق قانون اساسی ملزمیم به مجمع تشخیص مراجعه کنیم. اگر نظام شرعی باشد همه‌ی فقها و اندیشمندان باید نظر بدهند ولی قانون اساسی آن را فقط از مجمع تشخیص مصلحت مطالبه می‌کند.

نظام شرعی یعنی هم قانون اساسی داریم و هم فراتر از آن هستیم. اصل ۷۲ می‌گوید قوانین نباید مخالف مذهب رسمی یا قانون اساسی باشد. همه‌ی مطالب در شرع نیامده است و صرفاً کلیات بیان گردیده. عموماً ما را داریم و عدم مغایرت با شرع کافی است. ما در رابطه با کشورها، موضوع مشترکی به

عنوان انسان داریم و قوانین را براساس آن تنظیم می‌کنیم به شرط آنکه مغایر شرع نباشد. ما از ابتدا نگفته‌ایم مبانی و منابع قانون ما کدام است. قانون اجتماع محور است، عدالت محور است، عقل محور است یا شرع محور؟ ما این مبانی را مشخص نکرده‌ایم و درصد کمی از حقوق‌دان‌ها هم در مجلس هستند. متولیان امر باید مبانی قانون گذاری را مشخص می‌کردند. تشخیص اینکه چیزی ضرورت دارد یا خیر به مبانی باز می‌گردد. ما می‌گوییم باید قانون اجرا شود نه شرع.

در تصویب قانون اساسی گفته‌اند در اختلاف نظر باید سراغ شورای نگهبان رفت و مطلبی عقلایی است. این نظام قانونی مبتنی بر شرع ما را به پویایی می‌رساند. در تبدیل متن فقهی به قانون باید به دو امر توجه کرد: نیاز و منافع عامه.

ارث زن از عرصه، یکی از این مسائل است. حمایت از زن در قانون اساسی، در مرحله‌ی ارث هم نمود پیدا می‌کند. بنابراین باید استنباط دیگری از مبنا داشت. باید مبنا را در نظر گرفت. وقتی می‌گوییم قانون باید عادلانه باشد، می‌توان گفت ارث زن به عرصه هم تعمیم می‌یابد. تا قانون نداشتیم به شرع عمل می‌کردیم ولی الان قانون مبتنی بر شرع نوشته‌ایم که کارآمد است. ما از حکومت هدف داریم و باید قوانینی بنویسیم که ملهم از شرع و کارآمد باشد تا ما را به هدف برساند.

در رسیدن به هدف به کدام نظر باید توجه کرد؟ به نظری که نیاز و منافع ما تأمین می‌کند.

امروز اداره‌ی جامعه اهمیت خاص دارد و عدم مغایرت با شرع کافی است و می‌توان به منابع متفاوت مراجعه کرد. مصالح جامعه و منافع ملی اهمیت دارد و باید آن را در قانون گذاری لحاظ کنیم.

در نظام‌های غربی هم صرفاً اراده‌ی مردم نیست بلکه ارزش‌هایی را

دارند؛ مثل برابری انسان‌ها و آنها هم در قوانین عادی از ارزشها حق ندارند عدول کنند. ما ارزش‌های اسلامی داریم.

قانون باید بر مبنای ارزش نوشته شود و وقتی نماینده از آن اطلاع ندارد، حق تقنین ندارد.

ممکن است در نظام‌های لائیک، نظر اقلیت را لحاظ کنند چون مطالبی موازین آنهاست. ما با موازین اسلامی سر و کار داریم نه احکام اسلام. موازین یعنی مواردی که در شرع بیان شده. اسلام بر پایه‌ی آن شکل گرفته است و بدون این موازین اسلام باقی نمی‌ماند.

حجة الاسلام والمسلمین کعبی: من در مقابل معتقدم نظام قانونی ما نظامی شرعی است. ماهیت قانون اساسی ما شریعت گراست. در ابتدای انقلاب دو دیدگاه وجود داشت؛ دیدگاه دولت موقت که دنبال تدوین قانون اساسی مردم سالار بود و طبق قانون پیش نویس آنها، در صورت شکایت و اعتراض به قانون قابل طرح در شورای نگهبان بود. دیدگاه دیگر، دیدگاه حضرت امام بود که می‌گفت حکومت اسلامی حکومت قانون است متشکل از قوانین کتاب و سنت. ایشان به جای مجلس موسسان، مجلس خبرگان قانون اساسی را مطرح کردند و به افراد صاحب نظر نامه نوشتند، از اسلام‌شناسان دعوت کردند. در ۲۸ مرداد ۵۸ امام منشوری را دادند که ماهیت شریعت‌گرایی قانون اساسی را مشخص می‌کند و تشخیص و مخالفت و موافقت را منحصرأ با شورای نگهبان می‌داند و دیگر وکلای فاقد صلاحیت.

اصل ۴ امری را مطرح می‌کند که اگر اطلاق یا عمومی خلاف شرع بود، قابل تخصیص است و از این جهت، قانون اساسی شریعت گراست.

فتوایی هم حجیت می‌یابد که مورد امضای ولی فقیه باشد.

آرای دیگر ممکن است در قانون مجلس تأثیرگذار باشد، ولی نیازمند

امضای فقیه حاکم است. رابطه‌ی فقه در حوزه علمیه با حاکم، مثل تعامل پژوهش با مسائل اجرایی است. پس فقه به معنای همه‌ی متن‌های فقهی نیست و در عرصه‌ی حکومت، شرعی حجت است که مورد امضای ولی فقیه باشد. ما باید بتوانیم بین سنت و مدرنیته ماهرانه تلفیق کنیم و از سنت نباید دست برداشت. این تلفیق باید بر اساس شریعت خالص باشد. اشکال اینجاست که ما به فقه نظام توجه نداشته‌ایم.

دکتر کوشا: ما برای اداره‌ی جامعه قانون اساسی را نوشتیم و از همان اول امام در پی قانون‌مندی بودند.

قانون اساسی هم نوشته شد تا همه بر اساس آن حرکت کنند. رأی‌گیری هم برای تطبیق با یافته‌های بین‌المللی امری عقلایی است. نتیجه اینکه قانون اساسی، محور است و وظایف افراد را مشخص می‌کند. پس از تصویب قانون اساسی، در این مدت دنبال اجرای آن بوده‌ایم. در مورد این که فتوای چه کسی مبنای باشد، قانون اساسی می‌گوید از طریق لایحه‌های قضایی و دولتی در مجلس مطرح می‌شود که البته ارائه دهندگان به شرع و ضرورت‌ها توجه دارند. مجلس، نهاد تقنینی است برای بیان تکالیف و حقوق مردم. حال اگر حکم اولیه‌ای مشخص بود، به فتوای حاکم کار نداریم. اگر هم نوبت به حکم ثانوی رسید، به فتوای مبتنی بر حکم ثانوی مراجعه می‌کنیم و اگر جزء هیچکدام نبود، به فتوای فقیه حاکم مراجعه می‌کنیم.

در مواردی که ولی دم، صغیر باشد، نظر امام «ينتظر الی البلوغ» بود و نظر رهبری اجازه دادن به حاکم است. یا در قانون فعلی، اگر مدعی خواست قسامه بیاورد باید ۵ نفر بیاورد ولی در مدعی علیه می‌تواند یک نفر پنجاه قَسَم یاد کند.

در غیر این موارد، در مسائل ثانوی می‌توانیم از نظرات دیگران هم استفاده کنیم. برای مثال در تساوی دپه‌ی کافر و مسلمان، به دلیل فشارهای بین‌المللی

با حکم حکومتی پذیرفتیم تا بگویم کرامت ذاتی انسان چنین اقتضایی دارد. قانون نباید قائم به افراد یا نهاد باشد و باید سیاست مدون شود. در قانون نویسی باید به پیامدها توجه کرد. جرم‌انگاری ربا و داشتن ماهواره بدون توجه به پیامدها، نادرست است. باید میزان اجرای قانون را در نظر گرفت. اگر به پیامدها توجه نشود، اساس قانون زیر سوال می‌رود. اگر بخواهیم برای ایرانی‌ها قوانین موضوعه بنویسیم باید عقلا را در جامعه دخیل بدانیم. این که مردم در مقابل قوانین مقاومت می‌کنند، به دلیل بی‌توجهی به واقعیت‌هاست. ما باید پیامدهای منفی را کم کنیم که نیاز به کارشناسی قوی دارد و همه‌ی افراد باید نظر دهند تا قانونی نوشته شود با مفر کم‌تر.

اینکه قانون چگونه نوشته شود تا عام‌الشمول، الزام‌آور و بدون مفر باشد، نیازمند کار فنی است نه فقهی و چون انجام نمی‌شود قوانین، اشکالات فراوان دارد.

ما الان دوره‌ی عقب ماندگی حقوقی داریم. قوانین به روز نیست و مسئله هست ولی قانون نداریم و تا قانون می‌نویسیم مسئله عوض می‌شود. در مجلس، نیازمند اتاق فکر هستیم. نمایندگان تا چه میزان با فقه و حقوق آشنايند؟ آنچه تاکنون نوشتیم قوانین اسلامی نیست. وقتی یکی می‌گوید حبس داریم و دیگری منکر می‌شود، باید راهکارهای کارشناسی برای اداره مملکت یافت. قانون بشری به هر حال پیامد دارد، ولی باید ضریب امنیتی قانون را با کارشناسی بالا برد.