

## اخبار دانشگاه

نشست‌ها و اخبار علمی دانشگاه

۱. سخنرانی دکتر ناصر کاتوزیان در دانشگاه مفید، به تاریخ ۱۳۸۲/۱۲/۱۹ که متن آن به نظر خوانندگان محترم می‌رسد:

### «رابطه فقه و حقوق»

موضوع بحث من «رابطه فقه و حقوق» است؛ موضوع بسیار وسیعی که از جهات مختلف می‌توان آن را تجزیه و تحلیل کرد؛ ولی امروز می‌خواهم از جهت اتحاد، تغایر یا همبستگی این دو نظام آن را مطرح کنم. از آغاز انقلاب تا به حال درباره این مسأله بارها بحث شده است. عده‌ای می‌گفتند علم حقوق در نظام اسلامی دیگر کارآیی ندارد، دانش حقوق کودک‌کی است جدا شده از دامن مادر که باید آن را به دامن مادر اصلی‌اش برگرداند. اینان معتقد بودند ما قانون هم نمی‌خواهیم، قانون ما قرآن است و آنچه ما نیاز داریم در قرآن هست، بنابراین نه به قانون احتیاج داریم و نه به حقوق. این تحلیل اکنون نظری شکست خورده است. این دانش بشری را که امروز در دنیا اهمیت زیادی دارد، نمی‌توان با چنین سخنانی بی‌اعتبار کرد. علاوه بر این، مبانی استدلال این گروه هم قوی نبود، زیرا شاه فرد استدلال آن‌ها این بود که در قرآن کریم به صراحت آمده است که «لارطب و لا یابس الا فی کتاب مبین» یعنی هر تر و خشکی در کتاب مبین هست و ما به هیچ چیز نیاز نداریم، در حالی که با یک نگاه اجمالی به تفسیرهایی که تا به حال نوشته شده، متوجه می‌شوید که مقصود از کتاب مبین، قرآن نیست؛ مقصود لوح محفوظ الهی است که هیچ تر و خشکی خارج از آن لوح محفوظ نخواهد بود و همه چیز در آن ثبت است. این که هر خشک و تری در قرآن نیست، یک امر بدیهی است و این ادعا که با داشتن قرآن به هیچ دانش دیگری نیاز نداریم، مبالغه است. قرآن برای چنین هدفی نیامده است و منظور این نبوده که تمام علوم در آن

جمع شده است.

در کشورهای دیگر، حقوق وسیله اعمال قدرت و سیاست حکومت است و مذهب جنبه اخلاقی دارد، و منبع منحصر اخلاق هم نیست، بلکه عادات و رسوم اجتماعی با قواعد اخلاقی برتر عجین شده و اخلاق جدیدی را به وجود آورده است. احترام به دموکراسی و احترام به عقیده و حاکمیت مردم خود یک ارزش است، قطع نظر از این که مذهبی باشد یا نباشد. حتی در امور صنفی نیز آداب و رسوم، قدرت فوق العاده‌ای پیدا کرده است. با این حال، واقعیت چنین نیست، بلکه زیربنای قالب قواعد اخلاقی، تعلیمات پیامبران است. حتی کسانی که از هر معنویت و اعتقادی بریده و با مذاهب سر ستیز دارند، این را قبول دارند که پیامبران نخستین آموزگاران و قانون‌گذاران بشر بوده‌اند. دستگیری از فقرا، پرهیز از دروغ‌گویی و دغل بازی، داشتن حسن نیت، وفای به عهد، مساوات بین مردم و بسیاری از اصول دیگر، جزء تعلیمات همه پیامبران است و اختصاص به دین خاصی ندارد. تاریخ نشان می‌دهد که قواعد اخلاقی در جهان، ریشه مذهبی دارد، هر چند بعضی از این قواعد با آداب و رسوم ملل تغییر یافته، بعضی منسوخ شده، بعضی تقویت شده و بعضی هم با قواعد دیگر آمیخته شده‌اند.

این سخن را از زبان «ریپر» حقوقدان فرانسوی می‌گویم که در یک کشور لائیک زندگی می‌کند و مذهب رسمی هم ندارد، منتها به تمام مذاهب احترام می‌گذارد. ایشان کتابی نوشته‌اند به نام «قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی» و در آن نشان داده‌اند که حتی قواعد مربوط به بخش تعهدات که فنی‌ترین قسمت معاملات و روابط اجتماعی است، از اخلاق مذهب مسیح گرفته شده است. لزوم جبران ضرر، لزوم وفای به عهد، احترام به قراردادهای و پیمان‌ها، پرهیز از تقلب در روابط بازرگانی و تجارتنی و مانند این‌ها همه از اخلاق مسیحیت گرفته شده است. اکنون که بیش از پنجاه سال از فوت «ریپر» می‌گذرد، هنوز هم، تمام کسانی که می‌خواهند فلسفه حقوق بخوانند ناچارند این کتاب را بخوانند، زیرا حقایق را نباید کتمان کرد.

برخی می‌گویند دین در بسیاری از کشورها به صورت عادت درآمده است: مردم عادت دارند به هنگام نکاح، یک روحانی صیغه نکاح را بخواند و تشریفاتی مذهبی

انجام شود یا عادت دارند نماز بخوانند و به حج بروند و این عادات را نمی‌توان مبتنی بر اعتقاد دانست. پاسخ این است که، اگر ما واقع‌گرا و واقع‌بین باشیم، از لحاظ جامعه‌شناسی وجود این عادات و رسوم یکی از مبانی تحقیق علمی در تحولات اجتماعی است. ما انسان را با همه این عادات و رسوم و اعتقاداتش می‌شناسیم؛ انسانی که به هیچ عادت و رسمی پایبند نباشد، هیچ اعتقادی نداشته نباشد و هیچ چیز پیش ساخته‌ای در ذهنش نباشد، انسان مجرد است، نه یک انسان واقعی. ما در عالم خارج، انسان را با همه پیشینه و افکاری که به میراث به او رسیده و با تمام آرمان‌هایی که در دل و ضمیر خود دارد، می‌شناسیم.

این وضعیت کشورهای دیگر است که با کشور ما تفاوت دارد. نظام حقوقی و فکری ما با وابستگی توأم است، اصل چهارم قانون اساسی می‌گوید: کلیه قوانین جزائی، مدنی، اقتصادی، نظامی و غیر این‌ها همه باید طبق موازین اسلامی باشد و شورای نگهبان مأمور است، قوه مقننه را کنترل کند تا از دایره نظام و اسلام پا فراتر نگذارد. وجود شورای نگهبان و پیوند اسلامی به جمهوری نیز این فکر را به وجود می‌آورد و در مقدمه قانون اساسی، اجتهاد مستمر فقیهان یکی از مبانی و اساس جمهوری اسلامی شناخته شده است؛ یعنی پایه، باید بر اجتهاد باشد.

این عوامل بنیادی این فکر و این سؤال را طرح می‌کند که آیا به واقع ما یک نظام بیشتر نداریم و آن نظام فقهی است و حقوق شاخه دور افتاده از اصل است که باید به جای اصلی‌اش برگردد، یا برعکس درخت برومندی است که در عین حال که در همان زمین پرورش یافته، در فضای بازتری رشد پیدا کرده و اقتضای دیگری دارد؟ بر این اساس، موضوع سخنرانی من در واقع اتحادیا تغایر این دو نظام است و به عواملی که این دو را به هم نزدیک یا از هم جدا می‌کند اشاره می‌کنیم.

### پیشینه رابطه فقه و حقوق

برای مطالعه این مسأله ناچاریم ابتدا به تاریخ ارتباط بین مذهب و حقوق یا فقه و حقوق نگاهی گذرا کنیم، سپس به اصل مسأله بپردازیم. در جوامع ابتدایی همه قواعد حقوقی و دلایلی هم که برای اثبات دعوا استفاده می‌کردند، جنبه مذهبی داشته است؛

یعنی، برای کشف حقیقت از نیروی ماورایی استفاده می کردند. در شاهنامه می خوانید وقتی به سیاوش بهتان زدند که به زن پدرش نظر داشته، مؤبدان به شاه توصیه کردند که فقط آتش می تواند حقیقت را روشن کند. سیاوش هم گفت آسوده باشید، من چون پاکم از این آتش می گذرم. در نظام حقوق روم، با آن که یکی از متقن ترین نظام های حقوقی قدیم است و هنوز هم سراسر اروپا و آمریکا و تمام کشورهای دنیا کم و بیش تحت تأثیر این نظام هستند، با مذهب مسیح دگرگون شد؛ زیرا ارزشی که مذهب مسیح برای اراده و ارزش انسان قائل شد، قراردادها را از آن حالت تشریفاتی خارج و به اراده انسان وابسته کرد. در حقوق روم، اراده انسان قدرت این را نداشت که مالی را از یکی به دیگری تملیک کند یا تعهدی را به وجود بیاورد، بلکه تشریفات و قالب ها بود که این آثار را به وجود می آورد. با آمدن مسیح، حقوق روم این مرزها را شکست و دلیل واقعی دگرگونی این بود که از مذهب مسیح سیراب شد.

من در این جا عقیده «دوگی» یکی از نویسندگان بزرگ حقوق عمومی فرانسه را نقل می کنم. وی شاگرد «دورکیم» پدر جامعه شناسی علمی است. دوگی، اعتقاد دارد، اصولی که به تشخیص وجدان عمومی لازمه همبستگی است، لازمه تقسیم کار است و با اختلال در آن، همبستگی از بین می رود و جزء قواعد حقوق است. آن گاه اضافه می کند: «مسیح نیز اعلام می کند که هر چه انسان با نوع خود مهربان تر و نزدیک تر شود، ارزش و انسانیت او فزونی خواهد یافت. پیش از مسیحیت، تمدن به معنای واقعی خود وجود نداشت و دین مسیح به انسان فهماند وجود و ارزش هر کس وابسته به روابطی است که او را به دیگران پیوند می دهد». من این را از زبان یک انسان مذهبی نمی گویم، از زبان یک جامعه شناس بی دین می گویم که در تحقیقات خودش از لحاظ علمی به این نتیجه رسیده است. بنابراین، هیچ کس نمی تواند نفوذ مذهب را در حقوق اروپایی منکر شود؛ چنان که «اریبر» نیز به همین نتیجه رسیده است.

در اولین سالگرد انقلاب، ما مراسمی در دانشکده حقوق داشتیم و من که سرپرست دانشکده حقوق بودم در سخنرانی خود با موضوع «رابطه بین انقلاب و مذهب» گفتم شما از این که انقلاب و مذهب به هم مرتبط اند تعجب نکنید. شما چه مذهبی باشید و

چه نباشید، خواه ناخواه تحت تأثیر این فرهنگ هستید. کسی که موقع تولد در گوش اذان و اقامه می‌خوانند؛ وقتی از کوچه عبور می‌کند صدای اذان می‌شنود و گلدسته‌های مسجد را می‌بیند؛ و موقع ازدواجش یک روحانی آیه ای از قرآن می‌خواند که مردمان را به نکاح تشویق می‌کند، چنین کسی معتقد باشد یا نه، از این فرهنگ گریزی ندارد. بنابراین شما خیلی از قواعد مذهبی را رعایت می‌کنید، بدون این که بدانید چکار می‌کنید و این یک واقعیت است.

در ایران حقوق و فقه یا حقوق و مذهب، از قدیم الایام مرتبط بوده‌اند. عباس اقبال آشتیانی در مجله «ایران شهر» در توصیف اردشیر بابکان مؤسس سلسله ساسانی می‌نویسد: «موبدی بود که تاج سلطنت بر سر گذاشت». یا نصیحت اردشیر به پسرش شاپور اول را چنین بیان می‌کند: «ای فرزند! دین و مُلک دو برادرند که هیچ یک را از دیگری بی‌نیازی نیست. دین اساس مُلک است و مُلک نگهبان دین. آنچه اساس ندارد خراب است و آنچه را نگهبان نیست ضایع شمرده می‌شود».

پس از حمله اعراب به ایران، رفته رفته دین اسلام جای مذهب زرتشت را گرفت و سالیان دراز تمام فرهنگ این کشور را نیز در سیطره خود گرفت. هیچ قانونی جز قانون فقه و مذهب اجرا نمی‌شد و حتی شاهان مستبد و خونخواری مانند مغول، برای این که بتوانند کشور را اداره کنند، ناچار شدند این مذهب را بپذیرند و خودشان را مروج آن بدانند؛ منتها با همان اجتهادهای تیمور و چنگیز (معروف است، وقتی در یکی از شهرهای مسلمان کشتار زیادی شد، روز بعد به شهری حمله کردند که مسلمان نبودند و چشمان همه را درآوردند تا عدالت برقرار بشود) از این اجتهادها که بگذریم به هر حال آن‌ها هم تظاهر می‌کردند که ما هم مسلمانییم.

پاره‌ای از شاهان صفوی هم از فقها اجازه می‌گرفتند تا به نام آن‌ها و از طرف آن‌ها حکومت کنند؛ مثلاً شاه طهماسب از محقق ثانی، صاحب جامع المقاصد اجازه گرفت تا به نیابت او سلطنت کند، اما همه این گونه نبودند. در این مدت، در ایران هیچ عرفی پا نمی‌گرفت، مگر این که ریشه مذهبی داشت. تمام هنرها در خدمت مذهب بود، خوش‌نویسی برای نوشتن قرآن به کار می‌رفت، نقاشی‌ها و حتی آهنگ‌ها مثل آهنگ -

های عزاداری و تعزیه، در خدمت مذهب بود. تئاتر، موسیقی، خط، هنر و حتی فلسفه ما در خدمت فقه و مذهب قرار گرفته بود. حتی سلاطین مباحثات می کردند که با فقها قوم و خویش بشوند. در این اواخر هم سلسله قاجاریه با اجداد مرحوم دکتر امامی نسبت پیدا کردند.

### آغاز جدایی فقه و حقوق

این وضع تا دوران مشروطه ادامه داشت. ولی با پیدایش مشروطه، یک قوه قانون-گذاری در مقابل قوه مذهبی به وجود آمد. البته این قوه قانون گذاری نیز محدود بود و در دوران مشروطیت هم مطابق قانون اساسی، حکومت حق نداشت قوانین معارض با قوانین اسلامی وضع کند و به سبک همین امروز، عده‌ای از فقها تعیین شده بودند تا از وضع قانون مخالف موازین شرع جلوگیری کنند، منتها در عمل دخالت فقها اثری نکرد و رفته رفته شاخه‌های ابتدایی دانش حقوق بنیان گرفت. خود شاهان قاجار چندین بار برای تفریح، معالجه یا به هر دلیل دیگری به اروپا رفتند و نظم و ترتیب و ساختمان‌ها و آثار و تمدن آن‌جا درباریان را واقعاً شیفته کرد. بعدها فرستادن محصلان و دانشمندان برای تحصیلات عالی شروع شد و آن‌ها پس از بازگشت، بخشی از آثار آن تمدن را به کشور آوردند و خلاصه صرف‌نظر از آن فاصله تمدنی که ما در آن روز با غرب داشتیم، تجدّدخواهی سراسر کشور را فرا گرفت. به همین جهت، قوانینی را اقتباس کردند که تحت تأثیر کشورهای اروپایی بود. ما بخشی از قوانین جزایی را از ایتالیا و آلمان گرفتیم، قانون آیین دادرسی مدنی، مخلوطی از قوانین کشور آلمان و فرانسه شد و قانون مدنی ما هر چند در کمیسیون با حضور فقها شکل گرفت، مرحوم «عدل» هم به عنوان لیسانس حقوق از دانشکده حقوق پاریس در کنار آنها بود. محتوای قانون مدنی ما بیشتر اسلامی است، ولی قالب و طرز ارائه آن شبیه به قانون مدنی فرانسه است و همین امروز هم ما در استخراج بسیاری از قواعد قانون مدنی، به قانون مدنی فرانسه به عنوان پایه نیازمندیم.

### اندیشه‌های حقوقی به عنوان عامل پیوند فقه و حقوق

آنچه بیان شد، عواملی بود که فقه و حقوق را از هم جدا می کرد، ولی یک سلسله

عواملی موجب شد، این‌ها به هم نزدیک شوند. یکی از آن‌ها افکار اندیشمندان و کتاب‌های آنان بود که نگذاشت فقه از حقوق زُدوده شود؛ مثلاً مرحوم دکتر شایگان، با قلم شیوای خودش وقتی احکام خانواده را بیان می‌کند، آیات و روایات مربوط به آن را هم می‌نویسد. البته برخی هم اعتنایی به نظام حقوقی نداشتند و فقه خودشان را می‌نوشتند، مثل کتاب مرحوم بروجردی عده؛ این کتاب یک ترجمه بسیار خوب، دقیق و درستی از بسیاری از کتاب‌های فقهی است. ایشان طلبه‌ای بسیار فاضل، مورد احترام همه و رئیس دادگاه عالی انتظامی قضاات بودند و استنباطات خود از قانون مدنی و فقه را بسیار دقیق و خوب نوشته‌اند. در این میان عده‌ای هم فقط به حقوق اروپایی پرداختند، گویی در این کشور حقوقی وجود ندارد. یک نمونه آن کتاب حقوق مدنی مرحوم عدل است که، اگر گاهی هم به فقه اشاره می‌کند، بسیار نپخته است. نمونه دیگر، کتاب تعهدات مرحوم دکتر قائم مقامی است. ایشان تحصیل کرده سوئیس و مرد بسیار زحمت‌کشی بود، ولی حقوق سوئیس را درس می‌داد و به حقوق ایران کاری نداشت. تفسیر وی از قانون مدنی نیز در سایه اصول حقوق سوئیس بود، نه در سایه فقه یا حقوق اسلامی.

در واقع، کتاب‌ها به سه گروه تقسیم شده بودند: کتاب‌هایی که صرفاً جنبه اروپایی داشتند؛ کتاب‌هایی که صرفاً جنبه فقهی داشتند؛ کتاب‌هایی که حد وسط را رعایت می‌کردند؛ یعنی در حالی که برای قانون مدنی شخصیت قائل بودند، مبانی فقهی آن را هم از یاد نبردند. نمونه بارز و کامل آن کتاب‌های مرحوم دکتر امامی است که هنوز هم در بسیاری از دانشگاه‌های کشور تدریس می‌شود و بعد از آن، ما نیز دنباله همین سبک را گرفتیم.

می‌توان گفت تمام کسانی که اکنون در یک رشته‌ای از حقوق سرشناس‌اند، اسم و رسمی پیدا کرده‌اند و نظراتشان در دل دیگران اثر گذاشته است، کسانی هستند که یا در حوزه‌ها بودند یا از آن‌ها الهام گرفته‌اند و یا دست کم به این کار علاقه داشته‌اند. کسانی که فقط در حقوق اروپایی کار کردند و دانش را از خارج وارد کردند، نتوانستند آن را بر شاخه درخت مناسب پیوند دهند و چیزی عایدشان نشد، اما کسانی

که توانستند دانشی را که از خارج گرفته بودند بر جای درست خودش بنشانند و سعی کردند پایه‌ای فقهی برای آن پیدا کنند، سخنانشان بهتر به دل‌ها نشست، زیرا هماهنگی با حرف دل مردم بود. ما چه مذهبی باشیم و چه نباشیم، اگر فکر کنیم نهادی از سرزمین خودمان برخاسته و تحول پیدا کرده است، احساس غرور می‌کنیم تا این که فکر کنیم فکری کاملاً وارداتی است. بنابراین، اگر ما بتوانیم برای نهادهایی که از خارج می‌گیریم، پایه فقهی بیابیم، بسیار دل‌انگیزتر از پوشیدن جامه عاریتی است.

علاوه بر اصول و اندیشه‌هایی که گفتم، دریچه دیگر شورای نگهبان است. مجلس شورای اسلامی می‌داند قواعد را باید به گونه‌ای وضع کند که شورای نگهبان آن را بپذیرد. این امر باعث می‌شود که دریچه پنهانی از فقه در حقوق باز شود و نهادهای فقهی در قواعد حقوقی هم جریان پیدا کند. دریچه دیگر، اصل ۱۶۷ قانون اساسی است که می‌گوید در مواردی که قانون صریح نیست، قاضی باید با استفاده از منابع معتبر فقهی و فتاوی معتبر، حکم قضیه را پیدا کند و رأی دهد.

در این جا توجه به چند نکته مهم لازم است:

ما طبق قانون اساسی موظفیم بر خلاف موازین اسلامی گام برنداریم. دلیلش هم این است که وقتی در قانون اساسی حاکمیت از آن خداست (یعنی ما علاوه بر این که از نظر تکوینی مقهور اراده خداوندیم از نظر تشریحی نیز وابسته‌ایم و حاکمیت را برای او می‌دانیم) قانون‌گذاری ما هم قانون‌گذاری نیابتی است و طبیعی است که باید با اراده منوب عنه تعارضی نداشته باشد. این التزام را نباید با نظر فقیه مخلوط کرد؛ فقیه حق ندارد بگوید، چون نظر من یا مشهور این است و قانون راه دیگری پیشنهاد می‌کند، اعتباری ندارد. بسیاری از نهادهایی که امروز در فقه ما هست، ساخته فکر فقهاست. یک نمونه همین خیار غبن است. خیار غبنی که الان در فقه هست با آنچه در اخبار آمده، زمین تا آسمان با هم تفاوت دارد. من نمی‌خواهم وارد آن مسائل بشوم، فقط می‌گویم بین این مسائل باید تفاوت گذاشت؛ یعنی، درباره قوانینی که بر خلاف اجتهاد فقیهان فعلی است شورای نگهبان نمی‌تواند، با استناد به افکار آن‌ها، جلوی اجتهاد تازه را ببندد، چون مردم زمان ما هم حق دارند به تناسب نیازهای امروز جامعه اجتهاد جدید کرده و



از آن موازین استفاده کنند.

فرزانه و رستگار کسی است که چشمی به گذشته داشته باشد و چشمی به آینده، و بدین سان تمام حقیقت را ببیند. اگر ما به گذشته افتخار می‌کنیم معنایش این نیست که در گذشته استقرار پیدا کنیم، بلکه باید از آن برای رفتن به جلو تخته پرش ایجاد کنیم، و گرنه، به ورزشکارانی می‌مانیم که فقط در سنگر خودشان بازو قوی می‌کنند و هیچ حرکتی از خودشان نشان نمی‌دهند. مدت‌ها است که هم و هم عمده زیادی از دانشمندان ما صرف عقاید شیخ شده است. در جلالت قدر شیخ مرتضی انصاری کسی تردید ندارد، ولی از آن روز تا حالا همان اندازه که زمانه تغییر کرده، فقه هم باید تغییر می‌کرد، ولی این تغییر پیدا نشده است. ما باید این عقب ماندگی را جبران کنیم. اگر ما به نظام اسلامی علاقه داریم نباید آن را در جعبه‌ای سربسته برای خودمان نگه داریم. کسی که عاقل است آن را عرضه می‌کند، هم تأثیر می‌پذیرد و هم تأثیر می‌گذارد. حرکتی که از زمان شیخ طوسی تا زمان شیخ انصاری بوده، به نسبت سرعتی که امروز در اختراعات پیدا شده، ادامه پیدا نکرده است.

ممکن است، با استفاده از اصل چهارم قانون اساسی، این توهم به وجود بیاید که ما باید تمام نهادهای زندگیمان را با قواعد اسلامی مطابق کنیم، یعنی در جامعه بسته‌ای زندگی کنیم که تمام احکام آن از پیش، در فقه مطرح شده است و ما جز تقلید و اطاعت و فرمانبری نقشی نداشته باشیم. طبق این برداشت، هر که بهتر فرمان بُرد مسلمان‌تر است و هر کس به خود روی آورد و خواست فکری بکند دچار بدعت می‌شود. این فکر بسیار خطرناک است. وانگهی، اصولی در قانون اساسی داریم که اگر بدون تعصب و با ذهن بازتر نگاه کنیم، این توهم را کاملاً از بین می‌برد. در همان اصل ۵۶ قانون اساسی، وقتی می‌گوید حاکمیت از آن خداست اضافه می‌کند و همو انسان را بر سرنوشت خودش حاکم کرده است. حکومت به چه معناست؟ آیا حکومت با اطاعت می‌سازد؟ حکومت و فرمانبری دو امر نقیض همدیگرند. بنابراین دست کم این معنا را می‌دهد که ما در زندگی خودمان آزاد هستیم و با عصای عقل خودمان باید این جامعه پر سنگلاخ زندگی را ببیماییم، مگر در جایی که قاعده‌ای بر خلاف نظام اسلامی

باشد. کسانی که با حقوق سر و کار دارند، کاملاً تفاوت بین «مطابق قواعد اسلامی بودن» و «منافات نداشتن با شرع» را متوجه می‌شوند. این دو زمین تا آسمان با هم فرق دارند. علاوه بر این، اصل ۷۲ قانون اساسی این اجمال را از بین می‌برد و می‌گوید: مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد؛ نمی‌گوید هر چه وضع می‌کند باید عین آن‌ها باشد. و در تأییدش اصل ۹۴ می‌گوید: شورای نگهبان موظف است چنانچه آن را مغایر شرع ببیند، برای تجدید نظر به مجلس برگرداند، یعنی ما فقط باید به قوانینی ایراد بگیریم که به طور مسلم با موازین اسلامی مغایرت دارد، نه این که هر چه در فقه سابقه نداشت آن را رد کنیم. این زیاده‌روی‌ها باعث اختلال نظام می‌شود و فقه را از حرکت باز می‌دارد.

در مفاد اصل ۱۶۷ هم اشکالاتی وجود دارد که از نظر پیوند فقه با قانون ناروایی-هایی را به وجود آورده است و آن این است که در جایی که قاضی به قانونی بر نمی‌خورد، می‌تواند مطابق فتاوی معتبر نظر بدهد. آقایان اهل علم می‌دانند در فقه عقاید مختلفی مطرح است، در نتیجه دست قاضی باز است و می‌تواند هر گونه خواست رأی بدهد، چون همه فتاوا معتبر است. اگر من در پرونده‌ای به نظر ابن ادریس حلی استناد کنم، شما نمی‌توانید بگویید، معتبر نیست، هر چند با تمام آرای فقها هم مخالف باشد. این باعث می‌شود که قانون و اصل تساوی و برابری در مقابل قانون، دچار اختلال شود. دیوان کشور هم حق کنترل این آراء را ندارد. وظیفه دیوان کشور، ایجاد وحدت رویه قضایی است که آن هم یک نیاز اساسی و یک نیاز عادلانه است. مردم باید در موارد مشابه، تابع احکام مشابه باشند. عدالت صوری اقتضا می‌کند که همه برابر باشند و برابری از لوازم و بلکه جزء عدالت است. معروف است که ظلم بالسویه عدل است، یعنی رنگی از عدالت در آن هست. وقتی شعبه‌ای مطابق یکی از فتاوی معتبر نظر دهد و شعبه دیگر مطابق فتاوی معتبر دیگری حکم صادر کند، دیوان عالی کشور نمی‌تواند آن را کنترل کند. به کدام یک بگویید معتبر نیست؟ هر دو معتبرند و دیوان باید هر دو را تأیید کند و نتیجه این می‌شود که ما هیچ‌گاه به وحدت نمی‌رسیم.

اشکال دیگر تعدد و گوناگونی تعلیمات در دانشکده‌های حقوق است، که ممکن است استاد دانشگاهی اصلاً حقوق نخوانده باشد. متأسفانه دادگستری هم رغبت بیشتری به گزینش چنین دانشجویانی دارد تا مثلاً دانشجویان دانشگاه تهران. نتیجه این می‌شود، کسانی در کار قضا وارد شوند که یا حقوق نخوانده‌اند یا حقوقی خوانده‌اند که کاش نمی‌خواندند. اگر ما پیوسته قوانین را دست کاری کنیم، ولی به کسانی که می‌خواهند این قواعد را اجرا کنند کاری نداشته باشیم، هیچ وقت به نتیجه نمی‌رسیم. اشکال دیگر این است که پاره‌ای از فتاوایی که صادر می‌شود، به مورد خاص نظر دارد، این‌ها از نظر قضایی کاملاً راهزن هستند. از اول انقلاب تا حال در بسیاری از موارد مدعی با طرح قضیه طبق خواسته خود، فتوای متناسبی را گرفته و به دادگاه می‌آورد. اگر قاضی بخواهد در مواردی که قانونی نداریم طبق این فتوا رفتار کند، بازار توصیه و سفارش رواج پیدا می‌کند و اگر جلو آن را نگیریم هر روز وضعمان خطرناک‌تر خواهد شد.

### طرح دوباره پرسش اصلی

حالا برمی‌گردیم به آن پرسش اصلی: آیا حقوق همان فقه است و ما را بی‌نیاز می‌کند؟ آیا تحقیر حقوق درست است؟ اگر ما دانشکده فقه و حقوق تشکیل دهیم و پنجاه واحد فقه و دو واحد حقوق در آن تدریس کنیم و بعد چنین دانشجویی را در دادگستری استخدام کنیم، چه پیامدی خواهد داشت؟ این‌ها همه به هم مربوط است. بحث اصلی راجع به تعامل فقه و حقوق است، ولی با مسائل زیادی ممکن است ارتباط پیدا کند. آیا واقعاً شایسته علم حقوق همین وضعی است که اکنون دارد یا یک دانش مهم بشری است که باید به آن احترام گذاشت و وجودش را شناخت؟ کسانی که تعصبی ندارند، احتیاجشان را به فقه منکر نیستند. من در این جا اعتراف می‌کنم که اگر کتاب‌های فقهی نبود، چیزهایی که نوشته‌ام یک دهم این هم نمی‌شد و من از این منبع سیراب شدم. در آن طرف قضیه هم باید آقایان به نیاز به حقوق را اعتراف کنند. امروز دانش حقوق گستره‌ای پیدا کرده است که یکی از شاخه‌های حقوق مدنی است و کاملاً با فقه ارتباط دارد. در شعبه‌های دیگر به اندازه‌ای توسعه پیدا کرده است که اصلاً قابل مقایسه نیست. باید از این دانش برای پیشبرد فقه استفاده کرد. با گفتن این که ما

این دانش را قبول نداریم یا دو واحد حقوق خواندن و یا گرفتن یک تصدیق اجتهاد برای قضاوت کافی است، نمی‌توان روی حقیقت را پوشاند. البته می‌شود شاخه‌های حقوق را شکست از طراوت انداخت و جزء فقه کرد، ولی این به مصلحت نیست.

### دلایل و مبانی جدایی فقه و حقوق

فقه و حقوق چرا از هم جدا هستند؟ در پاسخ این پرسش ضابطه‌ای را به دست شما می‌دهم که تأمل برانگیز و آموزنده است:

۱\_ قدرت ممکن است چندی در کنار اعتقاد بماند و برای آن بهایی هم پردازد، ولی حاضر نیست در مقابلش زانو بزند و برای همیشه خودش را پایبند اعتقاد بداند. از همان آغاز هم که صحبت پایبندی به قواعد فقه مطرح شد، دریچه‌هایی هم برای حفظ قدرت و تأمین منافع ویژه آن در کنارش ایجاد شده است. حکم حکومتی یعنی چه؟ اگر ما باید تمام موازین فقهی را رعایت کنیم دیگر حکم حکومتی به چه معناست؟ این تمهید، یعنی هر جا مصلحت و حکومت اقتضا می‌کند، بتوانیم از قواعد تحطی کنیم، حالا اسمش را بگذاریم حکم ثانوی یا حکم حکومتی یا هر حکم دیگر.

۲\_ دو نظام حقوق و فقه، با همدیگر یکنواخت نیستند و یک هدف را دنبال نمی‌کنند؛ یکی متکی به قدرت است و دیگری متکی به عشق؛ هدف یکی این است که انسان متعارفی بسازد که به دیگران ضرر نزند و قواعد را رعایت کند و دیگری به این قانع نیست، بلکه می‌خواهد انسانی بسازد که ایثارگر باشد و از خودش در مقابل دیگران بگذرد؛ یکی اگر خوب عمل کند به عدل پایبند است و دیگری عدل را هم را کافی نمی‌داند، منصفانه را می‌پسندد که آن درجه لطیف‌تر عدل است. عدالت اقتضا می‌کند که هر بدهکاری بدهی‌اش را به طلبکار پردازد ولی گاهی انصاف این را اقتضا نمی‌کند. در قواعد حقوق وقتی به قاضی اختیار می‌دهند که مهلت عادلانه بدهد، این همان مهلت منصفانه است. به عنوان مثال، اگر انسان فقیری نتوانست بدهی‌اش را به برادر غنی و بی‌نیاز پردازد، به جای زندان دادگاه حق داشته باشد مهلت منصفانه بدهد. این را با هیچ چیز جز انصاف و عرفان حقوقی نمی‌شود توجیه کرد.

بنابراین این دو نظام هر کدام راه خودشان را می‌روند و ما فقط باید به همبستگی یا

تعامل این دو دلخوش کنیم که آن هم ریاضت می‌خواهد و برای ایجاد همین تعامل، باید هزینه فراوانی پردازیم. بنابراین از اتحاد، ادغام، یا از تغایر و تخالف این دو نباید صحبت کنیم، بلکه هدفمان باید این باشد که این دو را با هم نزدیک کنیم تا به همدیگر کمک کنند.

۳- بر مبنای اختیار عامی که مجلس در قانون‌گذاری دارد، گاه مقرراتی راجع به حمایت از مصرف‌کننده، تجارت الکترونیک، جرم سیاسی، بیمه، قواعد مربوط به امور بین‌الملل و شورای امنیت یا آژانس بین‌المللی و امثال آن وضع می‌کند که در فقه مطرح نیست، ولی در قلمرو حقوق قرار می‌گیرد. بنابراین، این دو نظام بسان دو دایره هستند که گاهی همدیگر را قطع می‌کنند و می‌توانند به هم کمک برسانند، ولی ادعای این که این دو یکی هستند یا یکی از آن‌ها شاخهٔ پوسیده‌ای است که باید به دامان مادر برگردد، ادعای گزافی است.

۴- منابع فقه و حقوق با هم فرق می‌کند؛ منبع حقوق، قانون، عرف، رویهٔ قضایی و عقاید علماست، ولی در فقه ممکن است یک خبر جلو تمام امور معقولی را که شما فکر می‌کنید، بگیرد. ما در حقوق چنین موانعی نداریم، بنابراین دایرهٔ آن بسیار بازتر است و در جهان آزادتری سیر می‌کند.

۵- ابزارهای استنباط حقوق هم با فقه تفاوت دارد. مشهور فقها برای استقرا ارزشی قائل نیستند و استدلالشان این است که هر استقرایی، استقرای ناقص است و استقرای ناقص برای ما ظن ایجاد می‌کند و ظنی را که شرع به آن اعتبار ندهد، حجت نیست؛ در حالی که ما بسیاری از قواعد را از استقرا گرفته‌ایم. امروز عصر علمی است و استقرا و تجربه و ظن و گمان و حدس و ابطال، لازمهٔ تحقیق علمی است. ما با این روش‌های علمی کار می‌کنیم، در حالی که از نظر فقهی استقرا و ظن حجت نیست. از نظر حقوقی، این پرسش معقول را باید پاسخ گفت که چطور ظن حجت نیست؟! کدام قاضی با علم حکم می‌دهد؟ اگر شما در دادگاه بر اساس سندی علیه من حکم بکنید، علم پیدا کرده‌اید یا ظن؟ حتی با ملکهٔ دلایل یعنی اقرار هم یقین پیدا نمی‌شود. خردمندان برای ظن احترام قائل‌اند و نادیده گرفتن آن پایه علم را مختل می‌کند. شما

وقتی می‌خواهید سوار هواپیما بشوید آیا علم دارید که سالم به زمین برمی‌گردید؟ یا وقتی سوار ماشین می‌شوید علم دارید که سالم به مقصد می‌رسید؟ این‌ها امور ظنی است و خردمندان به آن اعتماد دارند.

در فقه، استحسان جایگاهی ندارد و این محدودیت، به منزله بی‌اعتنایی به آثار اجتماعی فتاوا و انکار ضرورت‌ها و مطالبات جامعه نوین است؛ ولی ما معتقدیم استحسان به اجرای عدالت برمی‌گردد و برای آن فوق العاده ارزش قائلیم.

ما معتقدیم وقتی قاضی با پرونده‌ای رو به رو می‌شود، همیشه با دو ندا رو به رو است: ندای انجام دادن وظیفه که اجرای قوانین است و ندای اجرای عدالت. اگر این دو ندا با هم تعارض پیدا کنند، غالباً قاضی به آن ندای وجدان خودش حساس‌تر است. این حتی در ادبیات خارجی هم نفوذ پیدا کرده است. در همین رمان بینوایان و ویکتور هوگو، «ژاور» با آن که خیلی قانون‌گراست و بسیار به قانون و دستور ما فوق خودش اهمیت می‌دهد، وقتی می‌خواهد ژان‌والژان را بازداشت کند که سابقه زندان دارد، ولی در سمت شهردار کارهای نیکی انجام داده است، در توقیف وی دو دل می‌شود و در نهایت وقتی او را آزاد می‌کند، از شدت تأثر خودش را هم می‌کشد. من به اهمیت داستان کار ندارم، ولی در آن آشکار دیده می‌شود که حکم وجدان غیر از حکم قانونی است و ژاور بالاخره کسی را که به نظرش مجرم می‌آید، آزاد می‌کند و به ندای وجدان پاسخ می‌دهد، هر چند به بهای جانش تمام شود.

۶\_ اهداف فقه و حقوق هم با هم متفاوت است. فقها در پی کشف اراده شارع یعنی خداوند هستند، بنابراین طبیعی است که بیشتر احتیاط کنند، در حالی که ما آن تقدس را برای اراده نمایندگان مردم قائل نیستیم. از نظر ما اگر تخلفی هم از آن اراده صورت گرفت مهم نیست، مهم این است که عدالت رعایت شود. بنابراین با دست بازتر به استنباط می‌پردازیم، به نیازهای زمانه خودمان توجه می‌کنیم و تفسیر قواعد حقوقی در یک محیط آزادتری انجام می‌شود. ما برای این که فتوا و نظر جدیدی بدهیم خیلی آزادتر هستیم تا فقهی که می‌خواهد همان نظر را بدهد و همین‌ها باعث می‌شود، این دو درخت که از یک سرزمین سیراب می‌شوند و مربوط به یک سرزمین‌اند، شاخه-