

رابطه فقه و قانون در حوزه حقوق اساسی و حقوق خصوصی در نظام جمهوری اسلامی ایران

دکتر حسین مهرپور^۱

مقدمه

تشکیل حکومت و تعریف و تبیین ساختار و ارکان آن بر مبنای قانون، در کشورهای اسلامی، قدمتی بیش از حدود دو قرن ندارد و پس از زمان تدوین قانون اساسی در کشورهای غربی به ویژه اعلامیه استقلال آمریکا در سال ۱۷۷۷ و قانون اساسی ایالات متحده و اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه در سال ۱۷۸۹ و اولین قانون اساسی فرانسه بعد از انقلاب کبیر فرانسه، می‌باشد. دون تردید اندیشه القاشده از اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه و نیز اعلامیه استقلال آمریکا، تأثیر و نفوذ زیادی در بسیاری از کشورها و از جمله کشورهای اسلامی در ارتباط با تدوین قانون اساسی و ترسیم ساختار حکومت و وظایف و حدود اختیار و اقتدار آن و حقوق ملت داشته است که اثر آن را به ویژه در اصول کلی قوانین اساسی کشورهای مختلف با نظام‌های متنوع حکومتی می‌توان مشاهده نمود. نگاهی به مواد هفده گانه اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه^۲ به ویژه بندهای (۳):

۱. استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

۲. بنگرید قانون اساسی فرانسه، چاپ دالوز، پاریس، ۱۹۹۴، بخش اول و نظام بین‌المللی حقوق بشر، از

«ملت، منشأ قدرت است» و (۵): «قانون، بیان اراده عموم است و همه می توانند شخصاً یا به وسیله نمایندگان خود در تصویب قانون، دخالت داشته باشند» و اصول کلی قوانین اساسی عموم کشورهای اسلامی، صرف نظر از توجه به منشأ الهی و غیرالهی آن، به خوبی بیانگر صحت این دیدگاه است. به عنوان مثال، می توان به اصل سوم قانون اساسی مصر اشاره نمود که می گوید: «حاکمیت از آن ملت است و ملت مصدر همه قدرت هاست؛ السیادة للشعب و حده و هو مصدر السلطات»^۱ و اصل ۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که مقرر می دارد: «حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است...»^۲.

در بین کشورهای اسلامی، می توان گفت تنها کشور عربستان سعودی است که در سندی مصوب با فرمان سلطنتی پادشاه به عنوان قانون اساسی منتشر شده، صریحاً اعلام نموده، قانون اساسی آن کشور کتاب خدا و سنت پیامبر می باشد.^۳ البته در همین سند که قانون اساسی کشور کتاب خدا و سنت پیامبر اعلام شده، نظام سلطنتی به صورت موروثی در خاندان پادشاه مؤسس تعیین شده است^۴

همین نویسنده، انتشارات اطلاعات، چاپ چهارم، ۱۳۹۰، صفحه ۳۰۵.

۱. دستور جمهوری مصر العربية، الطبعة السادسة، القاهرة، ۱۹۹۶: «السیادة للشعب وحده و هو مصدر السلطات و یمارس الشعب هذه السیادة و یحمیها و یصون الوحدة الوطنية علی الوجه المبین فی الدستور».

۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصل ۵۶: «حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است، هیچ کس نمی تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع فرد یا گروهی خاص قرار دهد و ملت این حق خداداد را از طرقی که در اصول بعد می آید، اعمال می کند».

۳. ماده (۱) قانون اساسی مصوب سال ۱۹۹۳ (۱۴۱۴ هـ ق) مقرر می دارد: «پادشاهی عربستان سعودی حکومتی اسلامی، عربی و مستقل است که مذهب آن اسلام، قانون اساسی آن کتاب خدا، زبان آن عربی و پایتخت آن ریاض است»، قانون اساسی عربستان سعودی، ترجمه دفتر توافق های بین المللی ریاست جمهوری، تابستان ۱۳۸۱.

۴. ماده (۵): الف) نظام حکومتی در پادشاهی عربستان سعودی نظام سلطنتی است. ب) حکومت به پسران پادشاه مؤسس، عبدالعزیز بن عبدالرحمن الفیصل السعود و فرزندان فرزندان آنها منتقل می شود....

و آیا این، بدین معناست که از نظر مقام تدوین کننده قانون اساسی، می توان از کتاب خدا و سنت پیامبر، نظام سلطنتی موروثی را به عنوان یک نظام حکومتی استنباط نمود؟! به هر حال، در بسیاری از کشورهای اسلامی، با وجود اثرپذیری اصل قانون گذاری و به ویژه قانون اساسی از غرب به شریعت اسلام و فقه اسلامی، به عنوان الهام بخش حکومت در وضع قانون و منبع مهم قانون گذاری اشاره شده است. چنان که از باب مثال، همین قانون اساسی مصر در ماده (۲) شریعت اسلام را منبع اصلی قانون گذاری اعلام می نماید.^۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در اصل چهارم، تکلیف نموده همه قوانین در تمام زمینه ها و از جمله اصول قانون اساسی و حتی تفسیر اطلاق و عموم اصول قانون اساسی باید براساس موازین اسلامی باشد^۲ و ذیل اصل ۱۷۷ در خصوص بازنگری در قانون اساسی، اصل ابتدای کلیه قوانین و مقررات براساس موازین اسلامی غیرقابل تغییر اعلام شده است.^۳

نفوذ و حضور موازین اسلامی که منبع و ماده اصلی آن، قرآن و سنت است و متصدی تبیین، تشریح و استخراج آنها از این منابع اصلی، فقه و یافته های فقهاست، در قوانین موضوعه در حوزه حقوق اساسی یعنی مقررات مربوط به تعیین نوع حکومت و ساختار آن کم رنگ تر و در حوزه حقوق خصوصی یعنی حقوق مدنی مقررات مربوط به احوال شخصیه از نکاح، طلاق، ارث، وصیت، معاملات و مسائل تجاری عموماً مشهودتر و پررنگ تر است. البته وضعیت موجود در نظام حقوقی کشورهای

۳. ماده (۲): «الاسلام دین الدولة و اللغة العربية لغتها الرسمية و مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع»، قانون اساسی مصر، همان.

۴. اصل چهارم قانون اساسی: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است».

۳. ذیل اصل ۱۷۷: «... محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتدای کلیه قوانین و مقررات براساس موازین اسلامی و پایه های ایمانی و اهداف جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بودن حکومت و ولایت امر و امامت امت و نیز اداره امور کشور با اتکاء به آرای عمومی و دین و مذهب رسمی ایران تغییرناپذیر است».

مختلف فرق می‌کند ولی در سال‌های اخیر و به ویژه پس از موج جدید بیداری اسلامی، گرایش‌ها به سمت اسلامی‌تر نمودن قوانین و حضور و نفوذ بیش از پیش موازین شریعت اسلامی در قانون‌گذاری، بیشتر به چشم می‌خورد و این وضعیت، وظیفه فقه و فقیهان را در کشورهای اسلامی سنگین‌تر می‌نماید که زمینه صحیح این حضور و نفوذ را از لحاظ مقبولیت علمی و حقوقی فراهم نمایند.

در این نوشتار کوتاه که جهت ارائه به گردهمایی مربوط به بهره‌برداری بهینه از فقه در قانون‌گذاری تهیه گردیده، وضعیت حضور و نفوذ فقه در حقوق اساسی و حوزه حقوق خصوصی طبعاً به اختصار مورد بررسی قرار خواهد گرفت و احیاناً پیشنهادهایی در جهت بهینه نمودن آن مطرح خواهد شد. بنابراین موضوع بحث در دو بخش مورد بررسی قرار می‌گیرد:

بخش اول: فقه و حقوق اساسی؛

بخش دوم: فقه و حقوق خصوصی؛

بخش سوم: نتیجه‌گیری و پیشنهادات؛

البته مسئله چگونگی حضور و نفوذ فقه در حوزه حقوق جزا نیز در خور بررسی دقیق است که زمینه‌های مشترکی با حوزه حقوق خصوصی دارد.

بخش اول: فقه و قانون‌گذاری در حوزه حقوق اساسی

مبحث اول: اشاره‌ای به نقش فقه در قانون اساسی کشورهای اسلامی

منظور از این بحث بررسی این مسئله است که شریعت اسلامی و موازین فقهی تا چه حد در حوزه حقوق اساسی و مقررات قانون اساسی به عنوان قانون موضوعه در ارتباط با تعیین ساختار حکومت، مورد توجه قرار گرفته و چه ترتیب بهتری در این خصوص می‌توان اتخاذ نمود. همان‌گونه که در مقدمه اشاره شد.

۱. عرفی بودن مقررات مربوط به ساختار حکومت در قوانین اساسی

در قوانین اساسی کشورهای اسلامی، عموماً شیوه حکومت و ساختار دولت و حدود قدرت،

اقتباس شده از اصول متداول قانون اساسی در کشورهای غربی و به صورت عرفی است و جایگاه چندانی برای مبانی فقهی و احکام شریعت اسلامی در آن‌ها دیده نمی‌شود. البته ممکن است بتوان برخی از مبانی اتخاذشده در قانون اساسی از قبیل مراجعه به آرای ملت و انتخاب مقامات حکومت با رأی اکثریت و مشارکت مردم در تصمیم‌گیری‌ها و تشکیل شوراهای و هم‌چنین تکلیف مردم به معاضدت و همکاری با دولت، توجیهات شرعی پیدا کرد و با مبانی فقه اسلامی به نوعی سازگارشان نمود ولی عموماً این گونه نیست که در رابطه با این ضوابط و موازین مقرر در قانون اساسی، بحث فقهی صورت گرفته و موازین شرعی مشخص شده و سپس براساس ضوابط و معیارهای فقهی، اصول و مواد قانون اساسی در شئون مختلف حاکمیت تدوین شده باشد.

۲. تعبیر از حاکمیت به ولایت و امانت الهی در اعلامیه قاهره

می‌توان گفت سند عمومی و نسبتاً رسمی که به نوعی با حاکمیت هم ارتباط پیدا می‌کند، اعلامیه قاهره در مورد حقوق بشر در اسلام است که در ۱۵ مرداد ماه سال ۱۳۶۹ (۱۴ محرم ۱۴۱۱) پس از بحث‌های نسبتاً مبسوط فقهی از سوی صاحب‌نظران مختلف اسلامی تدوین و به تصویب وزرای امور خارجه کشورهای اسلامی رسید. در ماده ۲۳ این اعلامیه به نوعی به حکومت که از آن به ولایت به عنوان امانت الهی تعبیر شده، اشاره شده و مردم ذیحق در مشارکت در اداره امور عمومی کشور دانسته شده‌اند. ماده ۲۳ اعلامیه مقرر می‌دارد: «الف) ولایت، امانتی است که استبداد یا سوء استفاده از آن شدیداً ممنوع می‌باشد زیرا حقوق اساسی انسان از این راه تضمین می‌شود. ب) هر انسانی حق دارد در اداره امور عمومی کشور خود به طور مستقیم یا غیرمستقیم شرکت نماید. هم‌چنین او می‌تواند پست‌های عمومی را بر طبق احکام شریعت متصدی شود».

در قوانین اساسی کشورهای مختلف اسلامی که دین رسمی یا اصلی آن‌ها اسلام است، شیوه‌های متفاوت حکومت از سلطنت، جمهوری، موروثی و دوره‌ای با اختیارات مختلف، دیکتاتوری و احیاناً دموکراتیک وجود دارد ولی هیچ کدام را نمی‌توان مبتنی بر یک نظر فقهی مشخص از نوع حکومت و چگونگی تشکیل آن دانست. حتی سند اساسی کشور عربستان سعودی که قانون اساسی

حکومت را قرآن و سنت می‌داند، نظام حکومت را چنان که در مقدمه اشاره شد، سلطنتی موروثی در خاندان پادشاه مؤسس، عبدالعزیز اعلام نموده و معلوم نیست چگونه از قرآن و یا سنت این شیوه حکومت استفاده شده است و چه مبنای فقهی برای آن وجود دارد.

۳. منظور از اولی الامر

علاوه بر مبنای عقلی لزوم وجود حکومت و متصدیان امر حکومت و لازم الاجرا بودن دستورات حکومتی، آیه شریفه ۵۹ سوره نساء از فرمان برداری مردم نسبت به حکومت سخن رانده است. آیه شریفه خطاب به مؤمنین می‌فرماید: «از خدا و پیامبر و اولی الامر که از خودتان هستند، اطاعت کنید: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا... }؛ در کنار لزوم اطاعت از خدا و فرامین و دستورهای او و اطاعت از رسول خدا که دستورات الهی را ابلاغ می‌نماید و ولایت بر امت را از سوی خداوند دارد، اطاعت از اولی الامر نیز فرض شده است ولی در خصوص این مطلب که این اولی الامر و در واقع حکومت‌گران که ولایت و حکومت آن‌ها مشروع و اطاعت از آن‌ها بر امت فرض است، چه کسانی هستند و چگونه این سمت را احراز می‌کنند، انتصابی هستند یا انتخابی، اختلاف نظر وجود دارد. ظاهراً اهل سنت، تعیین حاکم یا اولی الامر را انتخابی و به نظر مسلمین و یا اهل حل و عقد از مسلمانان می‌دانند ولی شیعه آن‌ها را انتصابی، منصوب و منصوص از جانب خداوند در عده مشخصی از افراد که همانا امامان دوازده گانه هستند، می‌داند و معتقد است اولی الامر افراد معصوم هستند که از سوی خداوند مشخص و تعیین شده‌اند و با توجه به عصمت آن‌هاست که اطاعت از ایشان به طور مطلق و بدون قید و شرط در کنار اطاعت از پیامبر خدا فرض دانسته شده است.^۱

۱. بنگرید علامه طباطبایی، تفسیر المیزان، جلد ۴، صفحه ۱۳۲، ایشان پس از بیان ولایت و حکومت پیامبر اکرم و وجوب اطاعت از ایشان می‌گوید: «هذا كله في حياة النبي و اما بعده فالجمهور من المسلمين على ان

۴. روش انتخاب اولی الامر در فقه اهل سنت

در عمل، تعیین خلیفه پیامبر و احراز عنوان اولی الامر از نظر اهل سنت هم به روش انتخابی و هم انتصابی صورت گرفته است. چنان که می دانیم خلیفه اول، ابوبکر با رأی اهل حل و عقد جمعی از مسلمانان مهاجر و انصار در مدینه تعیین شد^۱ ولی خلیفه دوم، عمر به وسیله خلیفه اول، منصوب گردید و خلیفه سوم، عثمان بن عفان با رأی شورای شش نفره‌ای که توسط خلیفه دوم، عمر منصوب شده بودند، تعیین شد. حضرت علی در خطبه معروف شَشَشِیَّه خود در نهج البلاغه مسئله نصب خلیفه دوم توسط خلیفه اول و تعیین خلیفه سوم توسط شورای منصوب از جانب عمر را ذکر می نماید.^۲ در مورد خود امام علی ابن ابی طالب با این که طبق نظر شیعه خلیفه منصوب از سوی پیامبر اکرم بود، در عمل با رأی توده عظیم مردم، به عنوان خلیفه چهارم انتخاب شد. به گونه ای که مرحوم شیخ محمد عبده در شرح نهج البلاغه می گوید: «علی تنها خلیفه‌ای است که با انتخاب آزادانه ملت به خلافت رسید».^۳

پس از دوران خلافت امیرالمؤمنین علی و صلح امام حسن با معاویه چنان که می دانیم منصب خلافت و حکومت اسلامی در اختیار کسانی قرار گرفت که با زور و قدرت آن را تصاحب نمودند و یا به ارث بردند و بعد از احراز این مقام، از مردم بیعت گرفتند. طبعاً چنین بیعتی به معنای مشارکت مردم در رأی دادن و انتخاب آزادانه حاکم از سوی آن‌ها نیست. این معنی را می توان به خوبی در

انتخاب الخلیفه الحاکم فی المجتمع الی المسلمین و الشیعة من المسلمین علی ان الخلیفه منصوص من جانب الله و رسوله و هم اثنا عشر اماما علی التفصیل المودوع فی کتب الکلام» و نیز بنگرید همان منبع، صفحه ۴۱۵ در خصوص لزوم عصمت اولی الامر.

۱. الامامة و السياسة، ابن قتیبه دینوری، دارالاضواء، بیروت، ۱۹۹۰، چاپ اول، جلد اول، صفحه ۲۶.
۲. نهج البلاغه، کلام سوم، شرح شیخ محمد عبده، صفحه ۸۸: «فَیَا عَجَبًا یَبْنَؤُا هُوَ یَسْتَقْبِلُهَا فِی حَیَاتِهِ اِذْ عَقَدَهَا لِآخِرِ بَعْدِ وَفَاتِهِ... حَتَّى اِذَا مَضَى لِسَبِيلِهِ جَعَلَهَا فِی جَمَاعَةٍ رَزَعَمَ اَنِّی اُحَدِّثُهُمْ...».
۳. وَ نَوَدُّ اَنْ نَنْبِیْرَ هُنَا اِلَى اَنْ عَلِیًّا هُوَ الْخَلِیْفَةُ الْوَحِیْدُ الَّذِی وَصَلَ اِلَى الْخِلَافَةِ بِاِخْتِیَارِ الشَّعْبِ لَهٗ اِخْتِیَارًا حُرًّا وَ هَكَذَا فَاِنَّ الشَّعْبَ حِیْنَ تَرَكَ وَ رَاَیْهُ عَرَفَ طَرِیْقَهُ الصَّحِیْحَ، همان منبع، صفحه ۸۵.

قانون اساسی عربستان که از بیعت مردم با پادشاه نام می‌برد، ملاحظه نمود. بند (ج) ماده ۵ قانون اساسی مزبور می‌گوید: «پادشاه جانشین مسلم را برگزیده و با حکم سلطنتی، خود را از وظایف محوله میرا می‌کند». و ماده ۶ مقرر می‌دارد: «شهروندان باید مطابق قرآن کریم و سنت پیامبر در راستای اطاعت و فرمانبرداری در هنگام آسایش و سختی و خوشی و ناخوشی دست بیعت و وفاداری به پادشاه بدهند». در عین حال به نظر برخی فقهای اهل سنت حتی بر کسانی که به زور، قدرت را تصاحب می‌نمایند، عنوان اولی الامر اطلاق می‌شود و باید از آنان تبعیت نمود. هم‌چنین بسیاری از فقهای اهل سنت، بیعت را به عنوان یک قرارداد بین امت و خلیفه دانسته و مبنای اصلی تعیین خلیفه و یا حاکم بعد از پیامبر می‌دانند و اهل حل و عقد را که همانا علما، مجتهدین و بزرگان شناخته‌شده در بین مردم هستند و از عدالت، تقوی، علم و تدبیر برخوردارند، در واقع به عنوان نمایندگان مردم، حاکم را برمی‌گزینند و با او بیعت می‌کنند». وهبه زحیلی در این خصوص هم‌چنین می‌گوید: «به جز شیعه امامیه، مسلمین بر این امر اجماع دارند که تعیین خلیفه با بیعت یعنی با اختیار و اتفاق بین امت و شخص خلیفه تحقق پیدا می‌کند و بنابراین بیعت یک عقد واقعی است که با اراده و با تراضی واقع می‌شود. این نظریه مقدم بر نظریه قرارداد اجتماعی ژان ژاک روسو است که اساس قدرت سیاسی را قرارداد اجتماعی بین ملت و حاکم اعلام نموده است». به تعبیر وی: «اهل حل و عقد نماینده مردم در برگزیدن خلیفه هستند و در عین حال اگر فسق خلیفه هم مشخص شد، می‌توانند او را عزل کنند» و نتیجه می‌گیرد که «می‌توان گفت امت مصدر قدرت اجرایی است زیرا حق تعیین حاکم و عزل او برای امت است (و هذا يدلنا على ان الامة هي مصدر السلطنة التنفيذية لان حق التعيين والعزل ثابت لهما)»^۱.

به نظر فقهای مذاهب چهارگانه و دیگران، امامت با قهر و غلبه هم منعقد می‌شود زیرا زورمند

۱. وهبه زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، انتشارات دارالفکر، دمشق، چاپ سوم، ۱۹۸۹ م، جلد ۶، صفحات ۶۸۴-۶۸۳.

پیروز بدون بیعت یا منصوب شدن از سوی امام پیشین، با قدرت و به دست آوردن سلطه، امام شده است و گاه ممکن است بعداً با چنین فردی هم بیعت صورت گیرد (رأى فقهاء المذاهب الاربعه و غیر هم ان الامامة تنعقد بالتغلب و القهر اذ يصير المتغلب اماماً دون مبايعة و استخلاف من الامام السابق و انما بالاستيلاء و قد يكون مع التغلب المبايعة ايضاً فيما بعد)^۱ و به گفته ابن حجر، اطاعت سلطانی که با زور، قدرت را به دست گرفته، واجب است: (اجمع الفقها على وجوب طاعة السلطان المتغلب و الجهاد معه و ان طاعته خير من الخروج عليه لما فى ذلك من حقن الدماء).^۲ به نظر می‌رسد نوع بیعتی که در قانون اساسی عربستان پیش‌بینی شده از جنس همین نوع بیعت باشد، یعنی بیعت هم، خود یک تکلیف و الزام است. بنابراین تعریفی که از بیعت براساس قرارداد مبتنی بر تراضی از آن به عمل آمد، بر آن صادق نیست.

قوانین اساسی دیگر کشورهای اسلامی هر چند برخی از آن‌ها بر اسلامی بودن نظام حکومتی خود تأکید نموده‌اند، مانند قانون اساسی پاکستان^۳، افغانستان جدید^۴ و عراق^۵ اصولاً مبنای فقهی روشنی برای انتخاب نوع حکومت خود و ساختار آن ذکر نکرده و همان شیوه‌های عرفی را به صورت گوناگون برگزیده‌اند. در این زمینه به همین مقدار بحث کلی و مقدماتی اکتفا می‌شود و اندکی پیرامون قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و نفوذ و حضور فقه اسلامی در آن که طبعاً منظور فقه

۱. منبع پیشین، صفحه ۶۸۲.

۲. پیشین، صفحه ۶۸۳.

۳. قانون اساسی پاکستان در مقدمه خود تشکیل دولت را براساس اصول عدالت اجتماعی اسلام، اعلام و طبق اصل (۱) نام دولت جمهوری اسلامی پاکستان و وفق اصل (۲) اسلام، دین رسمی دولت است.

۴. قانون اساسی افغانستان در ماده (۱)، دولت افغانستان را دولت جمهوری اسلامی و در ماده (۲) دین دولت را دین مقدس اسلام اعلام نموده و ماده (۳) مقرر می‌دارد: «در افغانستان، هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد».

۵. قانون اساسی جدید عراق در ماده (۲)، اسلام را دین رسمی کشور و یکی از منابع اساسی قانون‌گذاری می‌داند و تدوین قوانین مغایر با احکام ثابت اسلامی را ممنوع اعلام می‌کند.

شیعه امامیه است، بحث خواهیم کرد.

مبحث دوم: نقش فقه در مقررات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۵۸ و اصلاح شده در سال ۱۳۶۸ که متکفل بیان نوع حکومت و ساختار آن و حدود قدرت دولت و حقوق ملت است، نیز مانند بسیاری از قوانین اساسی دیگر کشورهای اسلامی، در امور بسیاری، موازین و مبانی عرفی رایج در نظام های حقوقی متداول را بیان نموده است. هر چند می توان برای آن ها، به نوعی توجیه فقهی نیز ذکر نمود. مانند انواع انتخابات از مجلس شورای اسلامی، ریاست جمهوری، شوراها و حتی مجلس خبرگان رهبری و قوای سه گانه حاکم در کشور و تفکیک و استقلال آن ها و تشکیل دولت و اخذ رأی اعتماد برای آن ها از مجلس و مسائلی چون سؤال و استیضاح از رئیس جمهور و وزرا و امور مختلف دیگری نظیر این ها، همه مواردی است که حداقل سابقه مستقیم بحث و ارائه نظر در فقه در مورد آن ها وجود ندارد و بر روال قوانین اساسی عرفی تنظیم شده است. اما نفوذ و حضور فقه اسلامی را در تنظیم، تدوین و تصویب برخی از اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می توان به خوبی مشاهده نمود. این معنی را از دو منظر می توان در قانون اساسی مورد ملاحظه قرار داد.

۱. عنوان کلی مراعات موازین اسلامی در قانون اساسی

برخی اصول قانون اساسی به طور کلی و اجمالاً مراعات موازین اسلامی را در ارکان حکومت و در تصمیم گیری ها لازم می داند و همه تصمیمات و ساختارها را با ملاحظه مراعات موازین شرعی و اسلامی می انگارد که در این راستا می توان به اصولی از قانون اساسی به شرح ذیل اشاره نمود:

الف) اصل دوم قانون اساسی که زیرساخت نظام حکومت و مبنای ایدئولوژیک آن را پنج اصل اعتقادی، اسلامی و مذهبی به اضافه یک اصل حقوق بشری با نوع نگاه اسلامی به آن ذکر می کند و مقرر می دارد: «جمهوری اسلامی، نظامی است بر پایه ایمان به:

۱. خدای یکتا (لا اله الا الله) و اختصاص حاکمیت و تشریح به او و لزوم تسلیم در برابر امر او؛

۲. وحی الهی و نقش بنیادی آن در بیان قوانین؛
۳. معاد و نقش سازنده آن در سیر تکاملی انسان به سوی خدا؛
۴. عدل خدا در خلقت و تشریح؛
۵. امامت و رهبری مستمر و نقش سازنده آن در تداوم انقلاب اسلامی؛
۶. کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا...»
- ب) اصل چهارم که تکلیف می کند کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه ها باید براساس موازین اسلامی باشد.^۱
- ج) اصل هشتم که با اتکاء به آیه شریفه ۷ سوره توبه: {وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ} دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر را وظیفه‌ای همگانی و متقابل برای مردم و دولت ذکر می کند.^۲
- د) اصل شصت و یکم که تشکیل دادگاه‌های دادگستری را براساس موازین اسلامی دانسته و اقامه حدود الهی را از وظایف دستگاه قضایی اعلام نموده است. طبق اصل مزبور: «اعمال قوه قضائیه به وسیله دادگاه‌های دادگستری است که باید طبق موازین اسلامی تشکیل شود و به حل و فصل دعاوی و حفظ حقوق عمومی و گسترش و اجرای عدالت و اقامه حدود الهی پردازد».
- ه) اصل هفتاد و دوم قانون اساسی، مجلس قانون گذاری را از وضع قوانین مغایر با اصول و احکام مذهب رسمی کشور منع می نماید و مقرر می دارد: «مجلس شورای اسلامی نمی تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...».

۱. متن اصل چهارم قانون اساسی در مقدمه ذکر شده است.

۲. اصل هشتم: «در جمهوری اسلامی ایران، دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای است همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم، و مردم نسبت به دولت، شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون معین می کند؛ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ».

و) اصل یکصدوشصت وهفتم، قاضی را مکلف نموده اگر حکم دعوی را در قوانین مدونه نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر فقها، فصل خصومت نموه و مبادرت به صدور حکم نماید.^۱

ز) اصل یکصدوهفتادم، قضات دادگاهها را از اجرای تصویب نامه‌ها و آئین نامه‌های دولتی مخالف با مقررات اسلامی منع نموده و امکان درخواست ابطال این گونه مصوبات را از دیوان عدالت اداری پیش‌بینی نموده است.^۲

ح) اصول چهل وسوم، چهل پنجم و چهل ونهم در خصوص جلوگیری از تمرکز و تداول ثروت در دست گروهی خاص، ممنوعیت اضرار به غیر، انحصار، احتکار، ربا و دیگر معاملات حرام، قرار داشتن انفال و ثروت‌های عمومی در اختیار حکومت اسلامی، ضبط و استرداد اموال به دست آمده از طرق نامشروع از قبیل ربا، غصب، رشوه و غیره و استرداد آن به صاحب حق یا به بیت المال صحبت می‌نماید.

علاوه بر این‌ها که به عنوان نمونه ذکر شد، در بسیاری از اصول قانون اساسی که حکمی یا تکلیفی یا حقی ذکر شده، قید رعایت موازین اسلامی همراه آن آمده است. مانند اصل بیستم که مقرر می‌دارد: «همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلامی برخوردارند» و برای پاسداری از موازین و احکام اسلام و تضمین عدم تصویب و اجرای قوانین مغایر با اسلام، تشکیل

۱. اصل ۱۶۷: «قاضی مکلف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد».

۲. اصل ۱۷۰: «قضات دادگاهها مکلفاند از اجرای تصویب نامه‌ها و آئین نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است، خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند».

شورایی به نام شورای نگهبان^۱ مرکب از دوازده عضو (شش نفر فقیه و شش نفر حقوق دان) در اصل ۹۱ پیش بینی شده است و تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس با موازین اسلامی طبق اصل ۹۶^۲ به عهده فقهای شورای نگهبان قرار گرفته است.

۲. وجه ممیزه قانون اساسی ایران: تعیین ولی امر براساس موازین فقهی

ولی جدای از این اصول مذکور که بخش مهمی از اصول قانون اساسی را در فضای شریعت اسلامی قرار می دهد و فقه امامیه را آبشخور آن می داند، چیزی که می توان گفت وجه ممیزه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از قوانین اساسی دیگر کشورهای اسلامی است، ترتیب و تمهید خاصی است که با استفاده از منابع فقهی و نظریات فقیهان در خصوص شکل حاکمیت و مهم ترین رکن حاکمیت و مصدر قدرت در این قانون اساسی پیش بینی شده و آن عبارت است از عنوان معروف «ولایت فقیه» که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در هرم قدرت و حاکمیت، برای آن جایگاه خاصی قرار داده است تا جایی که قوای سه گانه حاکم یعنی قوه مقننه، قضائیه و مجریه را زیر نظر مقام ولایت قرار داده است، بدین گونه که اصل پنجاه و هفتم مقرر می دارد: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می گردند». بخشی از مهم ترین تصمیمات و اقدامات اجرایی را در حوزه اختیارات آن مقام قرار داده است. پیش بینی وجود چنین مقامی در رأس حکومت و

۱. اصل ۹۱: «به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آن ها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می شود: ۱. شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز؛ انتخاب این عده با مقام رهبری است. ۲. شش نفر حقوق دان در رشته های مختلف حقوقی، از میان حقوق دانان مسلمانی که به وسیله رئیس قوه قضائیه به مجلس شورای اسلامی معرفی می شوند و با رأی مجلس انتخاب می گردند».

۲. اصل ۹۶: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آن ها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است».

حوزه مهم اختیاراتی که برای او پیش بینی شده تا جایی که مشروعیت مقام ریاست جمهوری که طبق همین قانون اساسی با رأی مردم به دست آمده و منتخب ملت محسوب می شود، مؤکول به امضاء و تنفیذ او شده است (بند ۹ اصل ۱۱۰ قانون اساسی در زمره اختیارات رهبری، امضاء حکم ریاست جمهوری پس از انتخاب مردم ذکر شده است). ریشه در بحث های فقهای امامیه و آرای که آن ها در خصوص شکل حکومت و حاکم و اختیارات او بعد از پیامبر و امام معصوم ارائه داده اند، دارد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، از یک سو نظیر قوانین اساسی عرفی، شکل حکومت را جمهوری البته با قید اسلامی تعیین نموده و در اصل اول مقرر می دارد حکومت ایران جمهوری اسلامی است و در اصول ششم و هفتم، اداره امور کشور را به اتکاء آرای عمومی^۱ و شوراهای منتخب مردم را از ارکان تصمیم گیری^۲ می داند و مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش را به رسمیت می شناسد و فراهم نمودن زمینه این مشارکت را از وظایف دولت در اصل سوم^۳، اعلام می نماید و از سوی دیگر، ولایت امر و امامت امت را که در اصل پنجاه و هفتم از آن به ولایت مطلقه تعبیر شده، بر عهده فقیه عادل و باتقوا... قرار داده است. اصل پنجم قانون اساسی مقرر می دارد: «در زمان غیبت ولی عصر (عج)، در جمهوری اسلامی ایران، ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل و باتقوا، آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر است که

۱. اصل ششم: «در جمهوری اسلامی ایران امور کشور باید به اتکاء آرای عمومی اداره شود از راه انتخابات، انتخاب رئیس جمهور، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، اعضای شوراها و نظایر اینها یا از راه همه پرسی در مواردی که در اصول دیگر این قانون معین می گردد».

۲. اصل هفتم: «طبق دستور قرآن کریم: «وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ» و «شَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ» شوراها، مجلس شورای اسلامی، شورای استان، شهرستان، شهر، محل، بخش، روستا و نظایر اینها از ارکان تصمیم گیری و اداره امور کشور هستند. موارد، طرز تشکیل، حدود اختیارات و وظایف شوراها را این قانون و قوانین ناشی از آن معین می کند».

۳. اصل سوم: «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد: ... ۸. مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش».

طبق اصل یکصد و هفتم عهده‌دار آن می‌گردد».

آن چه از اصل پنجم به روشنی دریافت می‌شود، این است که ولایت امر با امام زمان (عج) که زنده اما غایب است، می‌باشد و وجود مبارک ایشان از مصادیق اولی الامر - موضوع آیه شریفه ۵۹ سوره نساء - می‌باشد که خداوند می‌فرماید: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ } . همان گونه که اشاره نمودیم، علمای شیعه معتقدند اولی الامر که در این آیه شریفه خداوند اطاعت از آن‌ها را در کنار اطاعت از خود و پیامبر خود بر مؤمنین فرض نموده، افراد خاص و مشخصی هستند که از ملکه «عصمت» برخوردارند و از جانب خدا و پیامبر تعیین شده‌اند و آن‌ها همان دوازده امام هستند^۱ و آخرین آن‌ها غایب است و روزی ظهور خواهد نمود و ولایت و حکومت خود را بر اساس قسط و عدل فراگیر، اعمال خواهد کرد.

ولایت امر در زمان غیبت

بر اساس این تفسیر و برداشت باید دید در زمان غیبت امام عصر # که اعمال ظاهری ولایت وجود ندارد و در عین حال، اداره امور کشور و مدیریت امور مختلف جامعه و به هر حال اعمال حاکمیت تعطیل ناپذیر است، چه باید کرد و چه کسی یا کسانی وظیفه اعمال این ولایت را دارند. برخی از مفسرین، امر حکومت را در زمان غیبت امام با خود مسلمین دانسته‌اند که باید بر اساس سیره پیامبر، حاکم خود را تعیین نمایند.

۱. بنگرید علامه طباطبایی، تفسیر المیزان، جلد ۴، صفحه ۴۱۵ که به تفصیل در این زمینه بحث کرده و نظرات و استدلالات مخالفین را به چالش کشیده و سرانجام در خصوص معنی اولی الامر در آیه می‌گوید: «راهی نیست جز این که بگوییم منظور از اولی الامر افراد مشخصی از امت هستند که معصوم بوده و اطاعت ایشان واجب است. پس ناچار باید از جانب خدا یا به زبان پیامبر تعیین شده باشند و آن‌ها همان ائمه اهل بیت هستند... فَلَيْسَ إِلَّا أَنْ الْمُرَادَ بِأُولِي الْأَمْرِ أَحَادٌ مِنَ الْأُمَّةِ مَعْصُومُونَ فِي أَقْوَالِهِمْ مُفْتَرَضٌ طَاعَتِهِمْ فَتَحْتَاجُ مَعْرِفَتِهِمْ إِلَى تَنْصِيصٍ مِنْ جَانِبِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ مِنْ كَلَامِهِ أَوْ بِلِسَانِ نَبِيٍّ فَيَنْطَبِقُ عَلَى مَا رُوِيَ مِنْ طُرُقِ أُمَّةِ أَهْلِ الْبَيْتِ أَنَّهُمْ هُمْ».

نظر علامه طباطبایی در مورد حکومت در زمان غیبت

علامه طباطبایی در تفسیر المیزان همین نظر را ارائه می‌دهد و می‌گوید: «بعد از پیامبر اسلام و در زمان غیبت امام مانند زمان ما، بدون تردید امر حکومت با مسلمان هاست که باید براساس سیره پیامبر و با ملاحظه حفظ احکام ثابت و مشاوره در جریانات روز نسبت به تعیین حاکم برای خود اقدام نمایند».^۱

بنا بر این تفسیر، در زمان غیبت علی‌الاصول اختیار اداره جامعه و در واقع حاکمیت با خود مردم مسلمان است. همان گونه که به نحوی این معنی در اصل ۵۶ قانون اساسی بازتاب یافته است و مردم با شور و مشاوره و از جمله به شیوه رأی‌گیری و انتخابات، می‌توانند فرد یا افرادی را که در راستای حفظ و اجرای احکام الهی و عمل به سیره پیامبر و ائمه اطهار، گام برمی‌دارند، برگزینند. از این نظریه لزوم فقیه بودن حاکم منتخب مردم، استفاده نمی‌شود اما این که فردی که اعمال اختیارات حاکم را در جامعه اسلامی به عهده می‌گیرد، فقیه است و یا به تعبیری دیگر، فقیه این اختیار و حتی وظیفه را دارد که در امور مربوط به اداره جامعه و مسائل متعلق به مردم دخالت و اعمال ولایت نماید، مسئله‌ای است که کم‌وبیش و به مناسبت‌های گوناگون در مباحث فقهی از سوی برخی از فقها به ویژه بیشتر در ارتباط با دخالت و تصرف در امور مالی مربوط به صغار، مجانین، اموال بلاوارث و بلاصاحب و یا اجرای حدود و تعزیرات، مطرح شده است. مسئله ورود فقیه و اعمال ولایت از جانب او در این امور از حیث دادن حکم و فتوی، مورد بحث فقها می‌باشد^۲ ولی کمتر کسی از ولایت فقیه به

۱. علامه طباطبایی، تفسیر المیزان، جلد پیشین، صفحه ۱۳۲: «... و لکن علی‌ای حال، امر الحکومة الاسلامیة بعد النبی و بعد غیبة الامام کما فی زماننا الحاضر الی المسلمین من غیر اشکال و الذی یمکن ان یمکن من الکتاب فی ذالک ان علیهم تعیین الحاکم فی المجتمع علی سیرة رسول الله و هی سنة الامامة دون الملوکتية و الامر اطورية و السیر فیهم بحفاظة الاحکام من غیر تغییر و التولی بالشور فی غیر الاحکام من حوادث الوقت و المحل...».

۲. برای ملاحظه نظریات مختلف فقهای امامیه در خصوص ولایت فقیه و حکومت اسلامی رجوع کنید به: حکومت اسلامی در اندیشه فقیهان شیعه از محمدکاظم رحمان‌ستایش، چاپ اول، ۱۳۸۵.

عنوان تصدی امر حکومت و زمامداری جامعه به مفهوم فعلی آن سخن گفته است، حتی مرحوم ملا احمد نراقی نیز که در کتاب سودمند خود به نام «عوائد الایام»، نسبتاً ولایت فقها را به صورت مفصل تر و جامع تر مورد بحث قرار داده و دامنه اختیارات فقها را در امور مختلف اجتماعی گسترده اعلام کرده و توضیح داده است که آن چه پیامبر و امام در آن ولایت دارند، فقیه نیز همان ولایت را دارد^۱ مگر آن چه با دلیل خاص از حیطة ولایت او خارج بوده و خاص پیامبر یا امام باشد و شاید بتوان گفت که نراقی نخستین فقیهی است که مسئله ولایت فقیه را با جامعیتی نسبی مطرح نموده است. عمدتاً دایره بحث او در خصوص ولایت فقیه، جنبه موردی و رفع احتیاجات روزمره مردم را دارد و از قرار گرفتن فقیه در رأس قدرت در یک نظام حکومتی و برخوردار بودن از مهم ترین اقتدارات اجرایی حکومت در سطح ملی و شیوه احراز این مقام، سخنی به میان نیاورده است و شاید به گفته مرحوم آیت الله منتظری: «نومیدی علمای ما در طول قرون گذشته از دستیابی به حکومت موجب گشته که از لحاظ نظری نیز در زمینه مسائل مربوط به حکومت و شرایط آن، بحث اساسی و گسترده‌ای صورت ندهند، با این که مسئله ولایت فقیه و برپا داشتن دولت حق، طبق موازین اسلامی، از بزرگ‌ترین مسائل اساسی در اسلام است...»^۲.

امام خمینی و طرح جدی مسئله ولایت فقیه از نظر فقهی

امام خمینی فقیه بلندپایه‌ای است که مسئله ولایت فقیه را در دروس فقه خود به نحو گسترده و

۱. ملا احمد نراقی، عوائد الایام، انتشارات مکتب بصیرتی، قم، چاپ سوم، ۱۴۰۸ هـ ق، صفحه ۱۸۵ به بعد: «... کلما کان للنبی و الامام الذین هم سلاطین الانام و حصون الاسلام فیه الول آیت و کان لهم فلفقیه ایضا

ذالک الا ما اخرجہ الدلیل من اجماع او نص او غیرهما».

۲. بنگرید: آیت الله العظمی منتظری، دراسات فی ول آیت الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۴۰۸ هـ ق، جلد اول، صفحات ۵-۴۲۱: «... و لکن فقہائنا رضوان الله علیهم ترکوا البحث فیها فی الکتب الفقهیه بحثاً اساسیاً واسعاً... و بالجمله کان یأس اصحابنا من رجوع الحکومة الیهم سبباً لعدم بحثهم فی فروع الحکومة و شروطها بحثاً واسعاً».

مستوفای مطرح نموده و شأن اعمال و اجرای حکومت را توسط ولی فقیه با ادله عقلی و نقلی ثابت نموده و حتی تکیه بیشتری را روی دلیل عقلی برای اثبات ولایت فقیه گذاشته است. البته با مفروض دانستن و مسلم گرفتن این مطلب که طبق مذهب شیعه، امام و حاکم بعد از پیامبر اکرم، امیرالمؤمنین علی و ائمه معصومین از اولاد او هستند. امام خمینی هم این بحث فقهی حکومتی را در کتاب «البیع» و در دنبال بحث مربوط به اولیاء عقد، مطرح نموده‌اند. امام خمینی با مقدمات ششگانه‌ای^۱ که طرح می‌نمایند، حکومت و زمامداری ولی فقیه بر جامعه اسلامی را از لحاظ عقلی و به اضافه دلایل نقلی، ثابت می‌دانند. می‌توان گفت دیدگاه ایشان با دیدگاه تفسیری علامه طباطبایی، اندکی متفاوت است. چنان که دیدیم علامه طباطبایی در تفسیر آیه {أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ}، امر حکومت را در زمان غیبت امام از آن مسلمین دانسته که آن‌ها فرد یا افرادی را در راستای عمل به سنت و سیره رسول خدا و حفظ احکام اسلام تعیین می‌نمایند ولی در دیدگاه امام خمینی فقیه عالم، عادل و برخوردار از کفایت و تدبیر، صلاحیت در دست گرفتن حکومت و زمامداری جامعه اسلامی را دارد و بر او واجب است - حداقل به صورت واجب کفایی - که حکومت تشکیل دهد و در امر حکومت‌داری و اجرا و اقامه احکام، دارای همان اختیارات پیامبر و ائمه معصومین می‌باشد.^۲

۱. مقدمات شش‌گانه‌ای که امام خمینی بر پایه آن‌ها ولایت و زمامداری فقیه عادل را نتیجه‌گیری کرده‌اند، به اختصار عبارتند از:

۱. جامعیت احکام اسلامی در زمینه‌های مختلف؛
 ۲. پی‌ریزی حکومت اسلامی براساس قانون الهی نه بشری؛
 ۳. دائمی بودن احکام الهی؛
 ۴. مفروض بودن امامت و ولایت امیرالمؤمنین علی و سایر ائمه معصومین بعد از پیامبر اکرم؛
 ۵. لزوم ادامه حکومت و ولایت در زمان غیبت امام به موجب حکم عقل و نقل؛
 ۶. لزوم برخوردار بودن حاکم در زمان غیبت از دو ویژگی علم و عدالت؛
- بنگرید: مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، از همین نویسندگان، صفحه ۳۸.
۲. امام خمینی، کتاب‌البیع، چاپ چهارم، ۱۳۶۸، جلد ۲، صفحه ۴۶۵: «... فالعقل و النقل متوافقان فی ان

انتصابی و یا انتخابی بودن ولی فقیه و نظر آیت‌الله منتظری

مرحوم آیت‌الله منتظری نیز در کتاب مبسوط «دراسات فی ولایة الفقیه» خود، عمیق و گسترده، اندیشه ولایت فقیه را تبیین نموده و گفته است: «در زمان غیبت اگر ثابت شود که ائمه، فقهای واجد شرایط را به طور عام منصوب نموده‌اند، ولایت برای آن‌ها ثابت است و اگر این نصب عام را ثابت ندانستند، ناگزیر باید مردم فقیه واجد شرایط را انتخاب نمایند» و می‌گوید: «بیشتر اعظام و اعلام از انتصابی بودن ولایت فقیه به نصب عام از سوی معصوم سخن گفته‌اند».^۱ به گفته ایشان، برخی هم معتقدند ملت (امت) خود منشأ قدرت است و حاکمان و اهل حل و عقد با انتخاب و به نمایندگی از آن‌ها، انجام وظیفه می‌کنند و البته حکام (که بدین طریق انتخاب می‌شوند)، حق ندارند در هیچ مورد، از دستورات خداوند، تخلف نمایند^۲ و خود ایشان نظر درست را جمع بین دو قول به صورت طولی می‌داند، بدین صورت که نصب پیامبر و ائمه دوازده‌گانه از سوی خداوند (بی‌واسطه یا باواسطه) بوده و متعین در افراد مشخص است و جایی برای انتخاب مردم وجود ندارد ولی در زمان غیبت مردم حق انتخاب دارند ولی این حق، مطلق نیست بلکه مشروط بر این است که افراد واجد شرایط و اوصاف خاصی را انتخاب نمایند.^۳

الوالی لا ید و ان یکون عالما بالقوانین و عادلا فی الناس و فی اجراء الاحکام و علیه فیرجع امر الول آیت الی الفقیه العادل و هو الذی یصلح لول آیت المسلمین... فالقیام بالحکومة و تشکیل اساس الدولة الاسلامیة من قبیل الواجب الکفائی علی الفقهاء العدول».

۱. منتظری، دراسات فی ول آیت الفقیه، پیشین، صفحات ۴۰۸ و ۴۲۵: «و لا یخفی ان مساق کلمات الاعظام و الاعلام فی تألیفاتهم کان الی تعین النصب و کون الطریق منحصر فیہ و لم یکونوا یلتفتون الی انتخاب الامة فعندهم الفقهاء منصوبون من قبل الائمة المعصومین بالنصب العام...».

۲. ول آیت الفقیه، پیشین، صفحه ۴۰۵.

۳. همان.

روش تعیین ولی فقیه در قانون اساسی و پایه فقهی آن

ظاهراً همین اندیشه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اعمال شده که با تعیین شرایط و اوصاف مشخصی برای افرادی که در مظان احراز عنوان ولی امر یا ولی فقیه و به تعبیر قانون اساسی، رهبر هستند، انتخاب آن‌ها به این سمت و فعلیت پیدا کردن مقام ولایت برای شخص، مؤکول به انتخاب مردم و رأی ملت است که یا بدون واسطه و مستقیم و یا باواسطه یعنی با انتخاب نمایندگانی از سوی مردم به عنوان خبرگان برای انتخاب رهبر و انتخاب شدن رهبر با رأی این نمایندگان منتخب مردم، انجام می‌شود. نفوذ این نظریه فقهی را می‌توان در اصول ۱۰۷ و ۱۰۹ قانون اساسی ملاحظه نمود. اصل یکصدونهم شرایط و صفات رهبر را چنین ذکر می‌کند که: «عبارتنداز: ۱. صلاحیت علمی لازم برای افتاء در ابواب مختلف فقه، ۲. عدالت و تقوای لازم برای رهبری امت اسلام و ۳. بینش صحیح سیاسی و اجتماعی، تدبیر، شجاعت، مدیریت و قدرت کافی برای رهبری؛ در صورت تعدد واجدین شرایط مذکور، شخصی که دارای بینش فقهی و سیاسی قوی تر باشد، مقدم است.» و اصل یکصد و هفتم، نحوه تشخیص و انتخاب چنین فردی را به عنوان رهبر، توسط رأی مردم به طور مستقیم یا به وسیله نمایندگان مجلس خبرگان رهبری که خود منتخب مردم هستند، مقرر می‌دارد. در قانون اساسی سال ۱۳۵۸ امکان عملی و اجرایی هر دو شیوه پیش بینی شده بود ولی در اصلاحیه سال ۱۳۶۸، شیوه انتخاب رهبر با رأی مستقیم مردم به عنوان یک امر تاریخی و مربوط به ابتدای تشکیل جمهوری اسلامی و در ارتباط با یک فرد معین، امام خمینی قلمداد شد و شیوه عملی انتخاب رهبر منحصرأ توسط نمایندگان مجلس خبرگان رهبری یعنی منتخبین مردم پیش بینی شد. اصل یکصد و هفتم اصلاحی سال ۱۳۶۸ مقرر می‌دارد: «پس از مرجع عالیقدر تقلید و رهبر کبیر انقلاب جهانی اسلام و بنیان‌گذار جمهوری اسلامی ایران حضرت آیت‌الله العظمی امام خمینی که از طرف اکثریت قاطع مردم به مرجعیت و رهبری شناخته و پذیرفته شدند، تعیین رهبر به عهده خبرگان منتخب مردم است. خبرگان رهبری درباره همه فقهای واجد شرایط مذکور در اصول پنجم و یکصدونهم بررسی و مشورت می‌نمایند، هر گاه یکی از آنان را اعلی‌م به احکام و موضوعات فقهی یا مسائل سیاسی و اجتماعی یا دارای مقبولیت عامه یا واجد برجستگی خاصی در یکی از صفات مذکور

در اصل یکصدونهم تشخیص دهند، او را به رهبری انتخاب می کنند و در غیر این صورت یکی از آنان را به عنوان رهبر، انتخاب و معرفی می نمایند. رهبر منتخب خبرگان، ولایت امر و همه مسئولیت‌های ناشی از آن را بر عهده خواهد داشت».

در قانون اساسی سال ۱۳۵۸، امکان تعیین سه یا پنج مرجع به عنوان رهبر و اعضای شورای رهبری پیش بینی شده بود ولی در اصلاحات سال ۱۳۶۸ چنان که ملاحظه شد، در هر صورت یک نفر باید به عنوان رهبر و ولی امر انتخاب شود و طبعاً او کسی است که رأی بیشتری را به هر ترتیب از مجلس خبرگان کسب نموده است. در عین حال، لحن اصل پنجم قانون اساسی به گونه ای است که به نظر می رسد نظریه فقهی نصب، بیشتر مورد توجه تدوین کنندگان قانون اساسی بوده است زیرا اصل مزبور، در واقع ولایت امر فقیه را دنباله ولایت امام و جایگزین آن در زمان غیبت می داند و به گونه ای که این مقام در فقیه دارای اوصاف ذکر شده در اصل مزبور از قبل، متعین است، بیان می کند و به این شرح اعلام می دارد: «در زمان غیبت ولی عصر (عج)، در جمهوری اسلامی ایران، ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل، باتقوا، آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر است که طبق اصل یکصدوهفتم عهده دار آن می گردد». همین امر موجب طرح این بحث از سوی برخی از صاحب نظران شده که انتخاب فردی از مجلس خبرگان رهبری به عنوان رهبر، جنبه کشف دارد نه نصب؛ بدین معنی که فرد فقیه دارای صفات و شرایط ذکر شده در اصول پنجم و نهم قانون اساسی در مرحله ثبوت، با نصب عام، امام معصوم ولایت امر را دارد و با رأی مجلس خبرگان رهبری، این امر مکتوم و ناشناخته کشف می شود، نه این که فقیه مزبور با رأی مجلس خبرگان رهبری، عنوان ولی امر و رهبر را کسب می کند.

در اصلاحات سال ۱۳۶۸ و بازنگری که در قانون اساسی صورت گرفت، در عین حال که شرایط احراز مقام رهبری سهل تر شد و عنوان اعلم بودن و رسیدن به مقام مرجعیت که در قانون اساسی سال ۱۳۵۸ شرط رسیدن به مقام رهبری بود، حذف و به داشتن صلاحیت علمی لازم برای افتاء در ابواب مختلف فقه یعنی مجتهد مطلق بودن، اکتفا شد، قید «مطلقه بودن» به ولایت اضافه شد و در اصل پنجاه و هفت تصریح شد که قوای حاکم در کشور زیر نظر ولایت مطلقه امر اعمال وظیفه

می نمایند و بعداً این مطلقه بودن ولایت که یک نظر فقهی است و با توجه به نحوه درج آن در ذیل اصل مزبور: «... زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می گردند...» مفهوم و گستره آن مورد بحث صاحب نظران است، به یک امر اعتقادی تبدیل شد که در قوانین عادی حتی احراز برخی از مشاغل مؤکول به اعتقاد شخصی داوطلب به ولایت مطلقه فقیه شد. چنان که در مورد داوطلبی نمایندگی مجلس شورای اسلامی، یکی از شرایط اثباتی کاندیداهای نمایندگی مجلس طبق بند (۳) ماده ۲۸ قانون انتخابات سال ۱۳۷۸، ابراز وفاداری به قانون اساسی و اصل مترقی ولایت مطلقه فقیه ذکر شده است.

پیشنهاددهندگان و طرف داران گنجانیدن عنوان ولایت مطلقه در شورای بازنگری قانون اساسی، عموماً نظرشان این بود که ولی فقیه که با ضوابط مندرج در قانون اساسی و با رأی خیرگان منتخب مردم به مقام ولایت امری برگزیده می شود، اختیارات نامحدود دارد و جز این که محدودیت رعایت موازین شرعی را دارد، نمی توان قید دیگری بر دامنه اختیارات او زد و بنابراین در صورت صلاحدید می تواند ورای قانون و حتی قانون اساسی عمل نماید و تصمیم گیری کند.^۱

باید بحث های فقهی روشن تر و شفاف تری در این زمینه صورت گیرد و مشخص شود در حالی که می توان به صورت قراردادی با رأی گیری در شرایط احراز مقام ولایت امری تغییراتی ایجاد نمود و مقام ولایت را از شورایی منحصرأ به صورت فردی قرار داد و در صورت متعدد بودن واجدین شرایط رهبری، به هر حال رأی اکثریت مجلس را ملاک احراز مقام رهبری نمود، اختیارات این مقام را می توان مطلق، حتی به معنای زیر پا گذاشتن همین قانون بالا برد. این مطلب مهمی است که لازم است با حل مبنای فقهی آن، وضعیت را در قانون اساسی به صورت روشن و شفاف مشخص نمود.

۱. بنگرید مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، جلد ۲ جلسه چهارم، صفحه ۳ به بعد، از جمله اظهارات آقای هاشمی رفسجانی عضو شورای بازنگری در رابطه با منظور از مطلقه بودن: «... معنای این مطلق را می گذاریم، این است که محدود به آن ۱۱-۱۰ تا نیست، می تواند در هر جا از بالای سر بیاید و بگوید این کار بشود یا نشود...».

بخش دوم: رابطه فقه و قانون در حوزه حقوق خصوصی

مبحث اول: فقه اسلامی، منبع اصلی قانون گذاری در حقوق مدنی در کشورهای اسلامی

منظور از حقوق خصوصی موضوعاتی است که زیر عنوان عام حقوق مدنی (Civil Law) قرار می‌گیرند و شامل معاملات، اصول کلی مربوط به تعهدات، عقود معین و احوال شخصیه از نکاح، طلاق، ارث و وصیت می‌باشد. برخلاف حوزه حقوق اساسی که گفتیم قانون‌گذاری در آن حوزه در کشورهای اسلامی کمتر مستقیماً الهام گرفته از فقه اسلامی است و بیشتر متأثر از مبانی عرفی می‌باشد و از جمله در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران هم بخش وسیعی از مقررات موضوعه در زمینه ساختار حکومت و شرح وظایف آن از قوانین اساسی عرفی و به روال متداول در نظام های غربی تدوین شده است (جز مسئله مهم ولایت فقیه و برخی موارد جزئی)، نفوذ و حضور فقه در حوزه حقوق مدنی در قوانین موضوعه کشورهای اسلامی و به ویژه در نظام حقوقی ایران به خوبی مشهود است. با این که در این زمینه هم نفوذ حقوق عرفی گرفته شده از کشورهای غربی به ویژه در بخش تعهدات، معاملات و روش دادرسی گاه چشمگیر به نظر می‌رسد ولی در عین حال در حقوق خانواده و دیگر موارد مربوط به احوال شخصیه و بخشی از معاملات، اساس و منبع قانون گذاری فقه اسلامی است^۱ و البته برخی از کشورهای اسلامی عربی که روزگاری تحت سلطه کشورهای اروپایی بوده‌اند و قانون گذاری آن‌ها نیز از نظام حقوقی کشورهای اشغال‌گر غربی الهام گرفته بود، پس از استقلال، سعی کردند با حفظ تجربیات به دست آمده جدید، مقررات قانونی خود را

۱. به گفته صبحی محمصانی با وجود اقتباس از قوانین کشورهای اروپایی در قانون گذاری جدید در کشورهای عربی اسلامی در عین حال هم‌چنان اسلام منبع اصلی قانون گذاری در مورد خانواده و سایر احوال شخصیه است: «و لكن علی الرغم من هذا التشريع ذی الطابع الغربی الحدیث فان الشریعة الاسلامیة لاتزال اساس التشريع فی جميع البلاد العربیة فی قانون العائلة و سایر الاحوال الشخصیة»، الاوضاع التشريعیة فی الدول العربیة، ماضیها و حاضرها، چاپ چهارم، بیروت، ۱۹۸۱، صفحه ۱۰.

به حقوق اسلامی نزدیک تر کنند. چنان که قانون مدنی مصر در اصلاحیه‌ای که در سال ۱۹۵۲ در آن به عمل آمد، با گرایش بیشتر به حقوق اسلامی تدوین شد و در برخی از کشورهای اسلامی که در دهه‌های اخیر دست به تدوین و تصویب قانون مدنی زدند، حتی مدعی شدند که با وجود ملاحظه مقتضیات روز در قانون‌گذاری، تمامی مقررات قانونی خود را در انطباق با فقه اسلامی تدوین نموده‌اند. در مقدمه قانون مدنی کویت که در سال ۱۹۸۰ تصویب شد، اعلام شده است که: «قانون مدنی تماماً مطابق با احکام اسلام با عنایت به مذاهب مختلف اسلامی می‌باشد»^۱.

در جمهوری اسلامی ایران نیز فقه، نقش و نفوذ زیادی در قانون‌گذاری در حوزه حقوق خصوصی دارد. به گونه‌ای که می‌توان گفت قانون مدنی ایران در قسمت احوال شخصیه و عقود معین، فتاوی فقهی و احکام فقهی مندرج در کتب فقهی، در قالب مواد قانونی تنظیم و تصویب شده است.

مبحث دوم: استفاده از قوانین خارجی و هماهنگ کردن آن با فقه در قانون مدنی ایران

در بخش مربوط به تعهدات، برخی از عناوین و تقسیم‌بندی مطالب و تنظیم مواد قانونی و بعضی از مسائل ماهوی با الهام از قوانین خارجی و به ویژه قانون مدنی فرانسه، تدوین و تصویب شده است ولی سعی شده آن‌ها هم به گونه‌ای با موازین فقهی تطبیق داده شود. در مواردی هم که مقررات قانونی اقتباس شده خارجی با مبانی فقهی سازگاری نداشته، از آوردن آن‌ها در قانون مدنی خودداری شده و یا به گونه‌ای که با مبانی فقهی هم‌خوانی داشته باشد، تلطیف شده است. به طور مثال در ذیل مبحث مربوط به خسارات حاصله از عدم اجرای تعهد، ماده ۲۲۷ قانون مدنی که مقرر می‌دارد:

۱. و مما یرز ما وصل الیه قانوننا المدنی من الرفعه و المکانة انه جاء فی احکامه متوافقا تماما مع احکام الفقه الاسلامی علی اختلاف مذاهبه حتی انه لا يوجد فیہ حکم یستعصی تخریجه علی مذهب من هذه المذاهب او یتعارض مع روح الشریعة الاسلامیة السّحّة...؛ مقدمه وزیر امور اداری و قانون کویت بر قانون مدنی، منتشره از سوی دفتر وزیر، سال ۱۹۸۱.

«متخلف از انجام تعهد، وقتی محکوم به تأدیه خسارت می شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی توان مربوط به او نمود»، تقریباً ترجمه ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه است و مفاد آن در این ماده منعکس شده است ولی قسمت اخیر ماده مزبور در خصوص بیان نقش سوء نیت در ماده ۲۲۲۷ نیامده است چون علی‌الاصول در نظام فقهی اسلامی، بر عناوین سوء نیت و حسن نیت اثر حقوقی مترتب نمی‌باشد. هم‌چنین با عنایت به نظر مشهور فقها^۱ که در فقه اسلامی، عدم النفع قابل مطالبه نیست و تقویت منفعت محتمل هر چند احتمال تحقق آن قوی باشد، موجب ضمان و مسئولیت نمی‌شود، از آوردن مفاد ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی فرانسه^۲ که مقرر می‌دارد: «خسارت قابل مطالبه متعهد له شامل از دست رفتن مالی که موجود بوده یا منفعتی که قرار بوده به دست آید و به دست نیامده، می‌شود»، در قانون مدنی ایران مصوب سال ۱۳۰۷، خودداری شده است. البته بعدها در قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸، تقریباً مفاد ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی فرانسه ذیل ماده ۷۲۸ آورده شده و ضرر قابل مطالبه به منفعت فوت شده نیز تسری داده شده است. ذیل ماده مزبور مقرر می‌دارد: «ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است».^۳

در قانون آئین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹ که مقررات آئین دادرسی مدنی متحول شد، با توجه به

۱. برای ملاحظه نظر فقها در خصوص مطالبه خسارت عدم النفع و چالش‌های موجود در این خصوص بنگرید کتاب جواهر الکلام، شیخ محمدحسن نجفی، چاپ بیروت، جلد ۳۷، صص ۳۹-۴۰ که پس از نقل نظر صاحب ریاض مبنی بر قابل مطالبه بودن خسارت از دست دادن منفعت، در مواردی به اعتبار تسبیب و رفع ظلم می‌گوید: «اکثر فقهای ما با این نظر مخالف بوده و استدلال صاحب ریاض را نپذیرفته‌اند و منفعت محتمل الوصول را قابل مطالبه نمی‌دانند».

۲. قانون مدنی فرانسه (Code Civil)، انتشارات دالوز پاریس، ۱۹۹۵.

۳. متن ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی فرانسه که مفاد آن ذیل ماده ۷۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ آمده، این گونه است:

"Les Dommages et Interêt dus au Creancier Sont en General de la pert Qu'il Faite et du Gain don't il a été Privé..."

نظر فقهای شورای نگهبان که وفق نظر مشهور فقهی مطالبه عدم النفع را خلاف موازین شرع می دانستند، مفاد ذیل ماده ۷۲۸ قانون فوق الذکر حذف شد و به جای آن تبصره (۲) ماده ۵۱۵ تصویب شد که مقرر می دارد: «خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست». نظیر همین روش را تدوین کنندگان قانون مدنی در مورد خسارت معنوی به کار برده اند، با توجه به این که مطالبه خسارت معنوی و محکوم کردن فردی که چنین خسارتی را وارده نموده، به پرداخت پول و جبران مادی آن، در فقه شناخته شده نیست و خلاف موازین فقهی و شرع به حساب می آید، در قانون مدنی از محکوم شدن شخص به پرداخت وجهی بابت خسارت معنوی، سخنی به میان نیامده است و اگر هم در مورد به خصوصی با توجه به تشابه با قانون خارجی، شبهه حکم دادن به جبران مادی خسارت معنوی وجود داشته، صراحتاً مقرر داشته که منظور از پرداخت خسارت، جبران خسارات ناشیه از تلف شدن مال است. چنان که در ماده ۱۰۳۶ سابق قانون مدنی در ارتباط با مسئولیت نامزدی که بدون جهت قرار نامزدی را به هم زده و از ازدواج امتناع نموده، مقرر شده بود: «... طرفی که وصلت را به هم زده است باید از عهده خسارات وارده برآید ولی خسارات مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود» و در عین حال، ماده به گونه ای انشاء شده که الزام به پرداخت خسارت مربوط به همین مخارج متعارفه هم براساس قاعده غرور است که یک عنوان شناخته شده فقهی است. متن ماده ۱۰۳۶ که در اصلاحات سال ۱۳۷۰ حذف شده، بدین شرح بود: «اگر یکی از نامزدها، وصلت منظور را بدون علت موجهی به هم بزند در حالی که طرف مقابل یا ابوی او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور شده و مخارجی کرده باشند، طرفی که وصلت را به هم زده است باید از عهده خسارات وارده برآید ولی خسارات مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود.» و این در حالی است که قانون مدنی سوئیس که نظیر همین حکم را در مورد بر هم زدن نامزدی بدون جهت یا علت موجه از سوی یکی از نامزدها بیان می کند، در ماده ۹۳ محکوم کردن نامزد متخلف را به پرداخت مبلغی پول به

طرف دیگر به دلیل لطمه حیثیتی که به او وارد شده، از سوی دادگاه مجاز دانسته است.^۱

مبحث سوم: نفوذ غالب فقه امامیه در مقررات قانون مدنی

نفوذ و حضور فقه در مقررات قانون مدنی کاملاً مشهود و ملحوظ است، جز در مورد مقررات مربوط به تابعیت و اقامتگاه و اسناد سبج احوال و برخی مواد مربوط به ادله اثبات دعوی که در فقه مطرح نبوده و حکم خاصی برای آن‌ها ذکر نشده و از قوانین عرفی گرفته شده و از تجربه قوانین خارجی هم استفاده شده است. البته بعد از انقلاب اسلامی و استقرار جمهوری اسلامی که عنایت جدی تر بر عدم مغایرت قوانین با موازین فقهی دارد، اصلاحاتی در این قانون هم در جهت هر چه بیشتر شدن انطباق قوانین با موازین اسلامی به عمل آمد. از جمله این اصلاحات تعیین سن بلوغ که علی الاصول همان سن اهلیت قانونی و خروج از دوران کودکی است بر مبنای نظر مشهور فقهای شیعه، برای دختر ۹ سال تمام قمری و برای پسر ۱۵ سال تمام قمری ذکر شده است. تبصره (۱) الحاقی به ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است». ماده ۱۲۰۹ که افراد کمتر از سن ۱۸ سال را فاقد اهلیت می‌دانست، حذف شد و ماده ۱۲۱۰ که سن ۱۸ سال تمام را اماره رشد محسوب می‌نمود، اصلاح و سن بلوغ اماره رشد به حساب آمد. طبق ماده ۱۲۱۰ اصلاحی: «هیچ کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد، محجور نمود مگر آن که عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد». در رابطه با امور مالی و قرار دادن مال صغیر در اختیار او، با توجه به این که طبق نظر فقها، با استفاده از آیه شریفه ۶ سوره نساء: { وَ اِئْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ اِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَاِنْ اَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا اِلَيْهِمْ

۱. قانون مدنی سوئیس، ۱۹۸۸، ماده ۹۳:

"Lors Que la Rupture Porte une Grave Ateint aux Interes Personnels d'un Fiancé Sans Qu'il Yait Faute de sa Part, le Juge Peut lui Allouer une Somme D'argent á titre de Reparation Morale si l'autre Partie Est en Faute"

أَمْوَالَهُمْ}، علاوه بر سن بلوغ، احراز رشد نیز بدون تعیین مقطع سنی لازم دانسته شد. تبصره (۲) الحاقی به ماده ۱۲۱۰ مقرر می‌دارد: «اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد».

اصل پیروی از نظر مشهور فقها در قانون مدنی

قانون مدنی معمولاً نظر مشهور فقها را در قالب مواد قانونی خود قرار داده است ولی در برخی موارد هم نظر مشهور را کنار گذاشته و از نظریات فقهی غیرمشهور پیروی نموده ولی به هر حال در چارچوب موازین فقهی حداقل طبق نظر اقلیت فقها، وضع قانون نموده است. چنان که به طور مثال با این که طبق نظر مشهور تعهدات ابتدایی یعنی شرایط و یا الزاماتی که در محدوده عقود معین نمی‌گنجد و در ضمن عقد لازمی هم نیامده است، لازم‌الاتباع نیست^۱، قانون مدنی بر مبنای نظر فقهی غیرمشهور، قراردادها و تعهدات ابتدایی منعقدہ بین افراد که مغایر صریح قوانین نباشد را الزام آور دانسته است. ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» و یا با وجود این که طبق نظر مشهور فقها عقد معلق باطل است^۲، قانون مدنی با تقسیم بندی عقد به منجز و معلق^۳ و تعریف هر یک از آنها و تصریح به بطلان فقط دو دسته عقد معلق، یعنی عقد ضمان و عقد نکاح آن گونه که

۱. شیخ مرتضی انصاری، کتاب المکاسب، نشر مجمع الفکر الاسلامی، قم، جلد ششم، چاپ هشتم، ۱۴۲۸ هـ.ق، صفحه ۵۵: «... لان المشروط علیه ان انشأ الزام الشرط علی نفسه قبل العقد کان الزاماً ابتدائياً لا یجب الوفاء به قطعاً...».

۲. امام خمینی، تحریر الوسیله، انتشارات دارالعلم، قم، چاپ ششم، ۱۳۷۴، جلد اول، صفحه ۵۰۷: «لا یجوز علی الاحوط تعلیق البیع علی شیئی غیر حاصل حین العقد، سواء علم حصوله فیما بعد ام لا و لا علی شیئی مجهول الحصول فیہ...».

۳. ماده ۱۸۹ قانون مدنی: «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود».

در مواد ۱۶۹۹^۱ و ۱۰۶۸^۲ آمده است، عقد معلق را باطل نمی‌داند.

تبعیت قانون مدنی ایران از فقه و نظر مشهور فقها، آن چنان است که حتی در مواردی که برخی از احکام و فتاوی فقہی، برای خود فقہا نیز توجیه منطقی ندارد و بر آن اشکال دارند ولی به دلیل وجود نصوص قطعی، تعبداً آن را پذیرفته و بر آن مبنا فتوا داده اند، خرق اجماع یا شهرت ننموده و همانند فقیهان تابع نص، آن احکام را به صورت ماده قانونی آورده است. به عنوان نمونه می‌توان شروط قابل تقسیم بودن در ملک مورد شفعه در ماده ۸۰۸^۳ برای تحقق حق شفعه و باطل بودن وصیت کسی که به قصد خودکشی، دست به ارتکاب اعمال موجب هلاکت زده است، موضوع ماده ۸۳۶^۴ و یا نداشتن حق رد وصیت برای وصی بعد از فوت موصی حتی اگر از منصوب شدن خود به عنوان وصی بی اطلاع باشد، موضوع ماده ۸۳۴^۵ را ذکر نمود که البته موارد دیگری هم نظیر آن‌ها می‌توان در قانون مدنی پیدا کرد.

در زمینه مسائل شکلی دادرسی نیز با این که قانون آئین دادرسی مورد عمل از سال ۱۳۱۸ تا وقوع انقلاب اسلامی و استقرار جمهوری اسلامی ایران عمدتاً از منابع عرفی و قوانین موضوعه کشورهای اروپایی در تنظیم آن‌ها استفاده شده بود، در نظام جمهوری اسلامی ایران، بسیاری از مواد آن برای انطباق با موازین رایج فقہی اصلاح شد. از جمله چون طبق نظر رایج فقہی، قضاوت باید

۱. ماده ۶۹۹: «تعلیق در ضمان مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد، من ضامنم، باطل است.»

۲. ماده ۱۰۶۸ در باب نکاح: «تعلیق در عقد موجب بطلان است.»

۳. ماده ۸۰۸: «هر گاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل نماید، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است، به او بدهد و حصه میبعه را تملک کنند...»

۴. ماده ۸۳۶: «هر گاه کسی به قصد خودکشی خود را مجروح یا مسموم کند یا اعمال دیگری از این قبیل که موجب هلاکت است، مرتکب گردد و پس از آن وصیت نماید، آن وصیت در صورت هلاکت، باطل است...»

۵. ماده ۸۳۴: «در وصیت عهده‌ی، قبول شرط نیست، لکن وصی می‌تواند مادام که موصی زنده است، وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی، رد نکرد، بعد از آن حق رد ندارد اگرچه جاهل بر وصایت بوده باشد.»

فردی باشد نه جمعی و وحدت قاضی حکم فرماست و نیز حکم صادره از سوی قاضی علی‌الاصول قطعی است و نمی‌توان حکم صادره را برای تجدید نظر به قاضی دیگری محول کرد، مواد قانونی مربوط به تعدد قاضی و رأی اکثریت ملغی شد. حکم صادره از سوی قاضی نیز علی‌الاصول یک مرحله‌ای و قطعی اعلام گردید و حتی طی بخشنامه‌ای از سوی شورای عالی قضایی وقت، دادگاه‌های تجدید نظر منحل گردیدند. هر چند پس از مدتی به تدریج هم تجدید نظر در احکام قاضی پذیرفته شد و هم دادگاه‌های تجدید نظر تشکیل شد^۱ و در مورد رسیدگی به برخی از جرائم

۱. رای ملاحظه تفصیل مسائل مربوط به تجدید نظر در احکام در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران و فراز و نشیب‌هایی که طی نموده و موازین فقهی در این زمینه بنگرید: دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، از همین نویسنده، چاپ سوم، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۷، صفحه ۱۷۳ به بعد، ملاحظه دو بخشنامه صادره از شورای عالی قضایی برای انحلال دادگاه‌های تجدید نظر شاید خالی از لطف نباشد:

۱. بخشنامه شماره ۱/۱۸۲۷۵ مورخ ۱۳۶۲/۴/۱۱ خطاب به کلیه دادگاه‌های مدنی خاص بدوی و تجدیدنظر:

«نظر به این که شورای نگهبان در پاسخ به استعلام شورای عالی قضایی در خصوص ماده ۱۲ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوبه ۱۳۵۸/۷/۱ شورای انقلاب، رسیدگی تجدید نظر را فاقد مجوز شرعی دانسته و طبق اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران کلیه قوانین باید منطبق با موازین شرعی باشد، لذا کلیه دادگاه‌های تجدید نظر نحل اعلام و لازم است پرونده‌ها را بدون رسیدگی جهت اجرای حکم بدوی به مرجع اولیه عودت دهند و در صورتی هم که حکم تجدید نظر صادر شده و پرونده اعاده گردیده لکن تاکنون اجرا نشده است، دادگاه بدوی باید حکم اولیه را اجرا نماید».

شورای عالی قضایی

یوسف صانعی

۲. بخشنامه شماره ۱/۱۸۲۷۳ مورخ ۱۳۶۲/۴/۱۱ خطاب به کلیه دادگاه‌های صلح و صلح مستقل و دادگاه‌های حقوقی:

«نظر به این که فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلام شورای عالی قضایی در خصوص ماده ۱۷ لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های عمومی مصوب ۱۳۵۸/۷/۵ شورای انقلاب، رسیدگی تجدید نظر را فاقد مجوز شرعی دانسته‌اند و طبق اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران کلیه قوانین باید منطبق با موازین شرعی باشد. لذا تجدید نظر از احکام صادره مجوز نداشته، مقتضی است از ارسال پرونده به مراجع تجدید نظر خودداری و مراجع تجدید نظر که پرونده نزد آن‌ها مطرح می‌باشد، پرونده را بدون رسیدگی جهت

هم وجود چند قاضی و تصمیم‌گیری اکثریت مجدداً مورد قبول قانون‌گذار واقع و قاعدتاً توجیه فقهی برای آن پیدا شد. در قانون جدید آئین دادرسی مصوب سال ۱۳۷۹ که با ممیزی شورای نگهبان و در راستای انطباق‌دهی آن با موازین فقهی به تصویب رسید، مسئله جنسیت شاهد نیز مورد توجه قرار گرفت و حدود اعتبار شهادت هر یک از مرد و زن در موضوعات مختلف در قانون مشخص شد که از جمله عدم اعتبار شهادت زنان در عمده مسائل کیفری و دعاوی غیرمالی و برابری شهادت دو زن با یک مرد در امور مالی بر مبنای مشرب فقهی شیعه می‌باشد (ماده ۲۳۰ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹).

در خصوص ادله اثبات دعوی در قانون مدنی، اصلاحات مختصری در راستای انطباق بیشتر و بهتر آن با موازین فقهی، بعد از انقلاب اسلامی صورت گرفت. از جمله اعتبار دلیل شهادت که در قانون مدنی محدود بود، ارتقاء یافت و محدودیت آن برداشته شد و شرایط شهادت طبق موازین فقهی تعیین گردید. طبق ماده ۱۳۱۳ اصلاحی بلوغ، عقل، عدالت، ایمان و طهارت مولد به عنوان شروط لازم برای شاهد ذکر شد.

در ارتباط با مقام رسیدگی کننده به دعاوی و متصدی امر قضا، نفوذ و حضور موازین فقهی در قانون‌گذاری کاملاً مشهود است. طبق اصل یکصد و شصت و سوم قانون اساسی: «صفات و شرایط قاضی طبق موازین فقهی به وسیله قانون معین می‌شود.» و بر همین اساس قانون شرایط انتخاب قضات در سال ۱۳۶۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که طبق آن، قضات از میان مردان واجد شرایط زیر انتخاب می‌شوند که شرایط مزبور علاوه بر مرد بودن که وفق نظر و فتوای اکثریت

اجرای حکم بدوی، به مرجع اولیه عودت دهند و در صورتی هم که حکم تجدید نظر صادر شده و پرونده اعاده گردیده لکن تاکنون اجرا نشده است، دادگاه بدوی باید حکم اولیه را اجرا نماید».

شورای عالی قضایی
عبدالکریم موسوی اردبیلی

نقل از منبع پیشین، صفحه ۱۹۶.

نزدیک به اجماع فقها، شرط قضاوت است ایمان، عدالت، طهارت مولد و دارا بودن اجتهاد یا اجازه قضا از سوی شورای عالی قضایی می‌باشد.

برخی از اصلاحاتی که در طی سالیان پس از تصویب قانون مدنی به ویژه در زمینه مقررات مربوط به حقوق خانواده، نکاح و طلاق به عمل آمده، در راستای منطبق کردن مقررات با موازین فقهی، حذف و یا اصلاح شد و قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۴۶ و اصلاحی آن در سال ۱۳۵۳، به ویژه در مورد طلاق، اختیار مطلق و نامحدود مرد را در امر طلاق، برداشته و هر یک از زوجین ملزم شدند درخواست طلاق خود را با استناد به موارد مذکور در قانون به دادگاه تقدیم نمایند و در صورت پذیرش درخواست از سوی دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش، از دادگاه جهت اجرای صیغه طلاق و ثبت آن اقدام نمایند و از بین رفتن حق رجوع مرد به صورت یک ایقاع و اختیار یک طرفه مرد، نسخ شد و موارد طلاق به همان صورت مقرر در قانون مدنی و احکام شرع، مؤکول گردید.^۱

منظور از این سیر اجمالی در برخی از مقررات و قوانین موضوعه جمهوری اسلامی ایران در حوزه حقوق خصوصی، بیان نفوذ و حضور فقه و آراء فقها در قانون گذاری و توجه بیشتر در تثبیت این وضع به ویژه پس از استقرار جمهوری اسلامی ایران با پیش بینی نهاد مؤثر شورای نگهبان و ممیزی آن شورا در کلیه مصوبات مرجع قانون گذاری و ممانعت از تصویب قوانین مغایر با موازین شرع می‌باشد. البته همین وضعیت در حوزه حقوق جزا نیز مشاهده می‌شود، به گونه‌ای که به جای قانون مجازات عمومی سابق که یک قانون عرفی بود، قانون مجازات اسلامی مشتمل بر حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده به ترتیب مقرر در موازین فقهی، تصویب و اجرا می‌شود که البته ورود در آن حوزه موضوع بحث اینجانب نیست.

۱. برای ملاحظه تفصیل مطلب در این خصوص بنگرید: مباحثی از حقوق زن، از همین نویسنده، انتشارات اطلاعات، چاپ سوم، ۱۳۸۷، صفحه ۱۴۶.

بخش سوم: نتیجه گیری و پیشنهاد، لزوم استفاده بهینه از فقه غنی اسلامی در قانون گذاری

در این قسمت از بحث لازم است این نکته را متذکر شویم که روشن است که فقه اسلامی و به ویژه فقه امامیه منبعی بسیار غنی برای قانون گذاری است و وظیفه شرعی، اسلامی و ملی در کشورهای اسلامی اقتضا می کند که در قانون گذاری از این منبع ارزشمند که ضامن بیان حکم خداوند برای مصلحت بندگان خود و تأمین مناسب ترین وضع در اداره امور زندگی و روابط اجتماعی مردم است، استفاده شود ولی شرط لازم برای این که بتوان از فقه اسلامی استفاده بهینه کرد و جایگاه رفیع و درخور فقه را نشان داد و آن را به نحو شایسته ای وارد مرحله عملیاتی و اجرایی نمود، این است که با دید باز و وسیع و اجتهادی پویا و درخور زمان با سعه صدر و اشراف کامل بر مبانی و مصالح احکام و در عین حال استفاده از تجربیات دیگران، وارد میدان فقاہت شد و احکام فقهی را استنباط و استخراج نمود و زمینه را برای وضع قوانین بر مبنای آن ها و یا مراجعه به آن ها در صورت نبودن قوانین موضوعه، فراهم نمود.

استفاده از آرای فقهای مختلف

دکتر عبدالرزاق سنهوری، حقوق دان معروف و معتبر مصری در کتاب ارزشمند خود به نام «الوسیط فی شرح القانون المدنی»، به مناسبت تصویب قانون مدنی جدید مصر در سال ۱۹۵۲ که گرایش بیشتری نسبت به قانون مدنی سابق به فقه اسلامی دارد و در ماده اول آن یکی از منابع رسمی مورد مراجعه در صورت نبودن قانون مدنی، شریعت اسلامی می باشد، می گوید: «قرار گرفتن شریعت اسلامی به عنوان پایه و اساس اصلی که قانون گذاری مدنی ما بر آن قرار گیرد، همواره از آرزوهایی است که مورد توجه ما بوده و قلب و فکر ما را به خود مشغول کرده است ولی برای این که این آرزو تحقق پذیرد باید یک نهضت علمی نیرومند برای تدریس و مطالعه فقه اسلامی با توجه به

قوانین موضوعه جدید صورت گیرد»^۱. البته برای استنباط و استخراج احکام فقهی، پیشنهاد قابل توجه و درخور تأملی می‌دهد که می‌تواند در مواردی کارساز و مشکل‌گشا باشد. او می‌گوید: «برای استفاده از منابع فقهی و استخراج احکام فقهی برای به کارگیری عملی آن در قانون گذاری باید اموری را مراعات نمود. یکی از آن‌ها عدم تقید به مذهب خاصی از مذاهب و مکاتب فقه اسلامی است، یعنی باید این ظرفیت را داشت که از مذاهب مختلف فقهی استفاده نمود و بهترین را انتخاب کرد». بنابراین در رابطه با مصر می‌گوید: «لازم نیست برای استخراج حکم فقهی مقیده به مذهب حنفی بود، بلکه می‌توان به مذاهب دیگر هم مراجعه نمود.» و می‌گوید: «حتی می‌توان از دایره مذاهب چهارگانه نیز پا را فراتر نهاد و از مذاهب معتبر دیگری چون زیدیه و امامیه هم استفاده کرد»^۲.

مسئله سه طلاقه در فقه اهل سنت و اصلاح قانونی آن

به نظر می‌رسد قانون‌گذاران سنی مذهب در برخی موارد از این پیشنهاد استفاده کرده‌اند، چنان‌که از باب مثال، در مورد سه طلاقه، نظر متبع فقهی در مذاهب چهارگانه اهل سنت این است که اگر مردی در یک مجلس زن خود را سه طلاقه کرد یا سه بار پی در پی صیغه طلاق را اجرا نمود، طلاق واقع شده، سه طلاقه است و مرد حق رجوع ندارد و حتی زن بر او حرام می‌شود و اگر بخواهد رجوع

۱. عبدالرزاق السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی، چاپ بیروت، بی‌تا، جلد اول، صفحه ۴۸، پاورقی: «... اما جعل الشریعة الاسلامیة هی الاساس الاول الذی ینبئ علیه تشریعنا المدنی، فلا یزال امانیة من اعز الامانی التي تختلج بها الصدور و تنطوی علیها الجوانح و لكن قبل ان تصیح هذه الامنیة حقیقة واقعة، ینبغی ان تقوم نهضة علمیة قویة لدراسة الشریعة الاسلامیة فی ضوء القانون المقارن...».

۲. الوسیط، همان، صفحه ۴۹: «الامر الاول: هو عدم التقید بمذهب معین من مذاهب الفقه الاسلامی، فكل مذاهب الفقه یجوز الرجوع اليها و الاخذ منها و لا محل للوقوف عند ارجح الاقوال من مذهب ابی حنیفه بل و لا للتقید بالمذاهب الحنفی فی جملته و لعلنا نذهب الی مدى ابعده، فنقول انه لا موجب للتقید بالمذاهب الاربعة المعروفة فهناك مذاهب اخرى كمذهب الزیدية و مذهب الامامية، يمكن الانتفاع بها الی حد بعيد».

کند و ازدواج نماید، به محلل احتیاج است.^۱ در حالی که این نظر برخلاف ظاهر مستفاد از آیه قرآنی است که تحقق سه طلاقه و نیاز به محلل را ظاهراً تحقق سه دور طلاق که قاعدتاً بین آن‌ها ازدواج یا رجوع واقع شده، می‌داند. آیه شریفه ۲۲۹ از سوره بقره می‌فرماید: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...} و در پی آن آیه ۲۳۰: «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...».

معروف است که خلیفه دوم عمر، احتمالاً بنا بر مصالح زمان خود، حکم کرد کسانی که در مجلس واحد، طلاق را به صورت سه طلاقه واقع می‌سازند، آن طلاق، سه طلاقه محسوب شده و زن بر آن‌ها حرام می‌گردد. این حکم خلیفه دوم، نظر غالب و مشهور نزدیک به اجماع مکاتب مختلف فقهی اهل سنت شد و یکی از موارد اختلافی سنی و شیعه در مسائل فرعی محسوب می‌گردد. در این خصوص شذوذی از فقهای اهل سنت نظر مخالف داشته و این نوع طلاق را یک طلاقه محسوب می‌کردند.^۲ همان‌گونه که فقهای امامیه بر این نظر هستند ولی قانون‌گذاران جدید در کشورهای عربی در عین حال که خواسته‌اند تقید خود را به مبانی فقهی حفظ نمایند، این حکم را حداقل مغایر مقتضیات و مصالح جدید اجتماعی و حفظ و استحکام خانواده دانسته و با تقویت نظر اقلیت فقهی خود و با اشاره به آن چه در مذهب فقهی امامیه وجود دارد، در قانون موضوعه خود، چنین طلاق را یک طلاق به حساب آورده‌اند. چنان‌که به طور مثال طبق ماده ۳ قانون احوال شخصیه مصر شماره ۲۵ مصوب سال ۱۹۲۹ میلادی و اصلاحی سال ۱۹۸۵، طلاق که با لفظ یا اشاره واقع می‌شود، در هر حال یک طلاق محسوب می‌گردد با این که قبل از این قانون، طبق نظر رایج در مذهب حنفی، اگر طلاق دهنده، طلاق را به صورت سه طلاقه واقع می‌ساخت، سه طلاق محسوب می‌شد و آن‌گونه که در توضیحات توجیهی این ماده آمده است، چون عمل نمودن طبق قانون قبلی و مبنای رایج در

۱. الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن الجزیری، جلد ۴، صفحه ۳۴۱.

۲. و قد التزم الصحابة برأی عمر و ان ظل بعضهم یفتی احياناً بالرأی الاول كما روی ذالک ابن القیم عن ابن عباس (رضی الله عنه)، تغییر الظروف و اثره فی تغییر الاحکام، صفحه ۳۵۶.

فقه حنفی در دوران جدید مستلزم مفاسد زیادی بود، لذا دولت و قانون گذار درصدد محدود نمودن دایره طلاق برآمدند به گونه ای که با اصول و قواعد دینی هم موافق باشد و با نظر برخی از پیشوایان دینی و فقها نیز سازگاری داشته باشد، هر چند خارج از مذاهب چهارگانه است.^۱ نظیر همین وضع را در قانون احوال شخصیه کویت می توان مشاهده نمود:

ماده ۱۰۹ قانون احوال شخصیه کویت مقرر می دارد: «طلاق به عدد به لفظ یا اشاره فقط یک طلاق محسوب می شود: (الطلاق المقترن بعدد لفظ او إشارة لا يقع الا واحدة)» و در توضیح توجیهی آن آمده است که: «پیداست طبق مذاهب چهارگانه با یک لفظ یا چند لفظ در یک مجلس، سه طلاقه واقع می شود. در این مورد، ابن تیمیة و ابن قیم با این حکم مخالفت کرده اند و در طول زمان برخی دیگر از فقیهان نیز همین نظر را ابراز نموده اند و مذهب ظاهریه نیز همین است و در سابق هم برخی از صحابه از جمله ابن عباس، ابن زبیر، ابن عوف، علی، ابن مسعود و عده دیگر همین گونه فتوی داده اند و به هر حال در حال حاضر قوانین احوال شخصیه سایر کشورهای عربی هم همین نظر اقلیت فقها را مبنای قانون گذاری قرار داده اند و قانون گذار ما نیز ماده ۱۰۹ را بر همین اساس تصویب

۱. بنگرید: محمدقاسم المنسی، تغییرالظروف و اثره فی اختلاف الاحکام فی الشریعة الاسلامیة، انتشارات دارالسلام، قاهره، چاپ اول، ۲۰۱۰ م، صفحه ۳۵۷: «... و من ذالک علی سبیل المثال، تقنین الاحوال الشخصية الصادر فی مصر عام ۱۹۲۹ حیث ذهب فی المادة ۳ الی ان الطلاق المقترن بعدد لفظ او إشارة لا يقع الا واحدة و ذالک بعد ان کان العمل قبل صدور هذه القانون علی ان الطلاق الثلاث يقع كما اوقعه المطلق ثلاثاً، طبقاً للراجح من المذاهب الحنفی و لکن العمل بهذا ادى الی مفاسد کبیرة لهذا فکرت الوزارة کما جاء فی المذکرة الايضاحیة لهذا القانون فی توضیح دائرة الطلاق بما یتفق مع اصول الدین و قواعد و یوافق اقوال الائمة و اهل الفقه و لو من غیر المذاهب الاربعة» و نیز بنگرید: یس الشاذلی: تشریحات الاحوال الشخصية للمسلمین مع المذاکرات الايضاحیة و اللوائح التنفیذیة، جلد اول، چاپ سوم، ۱۹۸۷ م، صفحه ۱۵ متن قانون و صفحه ۲۸ نقل مذکرة ايضاحیه و به ویژه این عبارت از مذکرة ايضاحیه در خصوص اقتباس برخی از احکام از مذاهب دیگر که می گوید: «هیچ مانع شرعی از استفاده از نظریات فقهای غیر مذاهب چهارگانه وجود ندارد. خصوصاً اگر اخذ نظریات آن ها منجر به جلب مصالح عمومی یا رفع ضرر عمومی باشد: «و لیس هناك مانع شرعی من الاخذ باقوال الفقهاء من غیر المذاهب الاربعة خصوصاً اذا کان الاخذ باقوالهم یؤدی الی جلب صالح عام او رفع ضرر عام بناء علی ما هو الحق من آراء علماء اصول الفقه».

نموده است.^۱

در مقررات قانونی جمهوری اسلامی ایران، در عین حال که عنایت فراوانی مبذول شده و می شود که از موازین فقهی تخطی نگردد و اصل چهارم قانون اساسی که لزوم تصویب قوانین را در دایره موازین شرعی به صراحت، روشنی و گستردگی کامل بیان کرده، نقض نگردد، در ارتباط با برخی از احکام قانونی چه در بخش معاملات و چه در زمینه احوال شخصیه و نیز در حوزه حقوق جزا به ویژه در ارتباط با حقوق زنان و مسائل مرتبط با نکاح و طلاق در عمل، چالش ها و مشکلات فراوانی وجود دارد و گاه مستندات فقهی این مقررات قانونی و یا جلوگیری از اصلاح برخی از قوانین موضوعه به لحاظ مراعات موازین فقهی، مورد بحث و نقد ارباب نظر واقع می شود که توجه جدی بیشتر دست‌اندرکاران تصویب قوانین و به ویژه متولیان رسمی تطبیق قوانین با موازین شرعی را می‌طلبد.

مبنای فقهی مرجع رسمی تشخیص مشروعیت قوانین

فقه‌های شورای نگهبان در طول دوران ممیزی خود بر شرعیت قوانین مصوب مجلس بعد از استقرار جمهوری اسلامی، به نظر می‌رسد عمدتاً اظهار نظر فقهی و اجتهادی خود را بر مبنای نظر مشهور فقه‌های امامیه قرار داده و معمولاً نه تنها از دیدگاه فقهی دیگر مذاهب اسلامی استفاده نکرده‌اند بلکه نظریات فقهی غیرمشهور برخی از فقه‌های امامیه هم، مورد توجه آنان قرار نگرفته است. البته اگر در موردی نظر فقهی رهبر انقلاب صریحاً اعلام شده از آن تمکین نموده یا مخالفت نکرده‌اند. در این جا به دو نمونه از این روش اشاره می‌نماییم. یکی در خصوص جواز درخواست طلاق از سوی زوجه به لحاظ عسر و حرج ادامه زندگی زناشویی و دیگری در خصوص ارث بردن زوجه از اموال غیرمنقول زوج؛

۱. قانون الاحوال الشخصية كويت و مذکرته الايضاحية، مصوب سال ۱۹۸۴، صفحه ۱۰۹ و ۲۲۱.

پیروی از نظرات اصلاحی فقهی رهبری (بیان دو نمونه)

در مورد اول چنان که می‌دانیم طبق قانون مدنی و نظر فقها، علی‌الاصول اختیار طلاق در دست مرد است و زن در صورت امتناع یا عجز شوهر از دادن نفقه، می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید و دادگاه یا به تعبیر فقهی، حاکم شرع در صورت اثبات موضوع، شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید (ماده ۱۱۲۹ ق.م). ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی سابق در سه مورد دیگر یعنی عدم ایفای سایر وظایف زناشویی، سوء معاشرت غیرقابل تحمل زوج و ابتلاء او به امراض مسریه صعب‌العلاج را نیز از اسباب جواز درخواست طلاق از سوی زن و الزام دادگاه شوهر را به طلاق، اعلام کرده بود. در اصلاحیه سال ۱۳۶۱، ماده ۱۱۳۰ به طور کلی به این صورت درآمد که: «اگر ادامه زندگی زناشویی برای زن موجب عسر و حرج باشد، می‌تواند از حاکم تقاضای طلاق کند و حاکم شرع در صورت اثبات موضوع، شوهر را مجبور به طلاق می‌نماید».

فقه‌های شورای نگهبان، با عنایت به نظر رایج بین فقها، در مشروعیت این حکم قانون یعنی تجویز الزام شوهر به طلاق بر مبنای عسر و حرج زوجه تأمل داشتند زیرا در بین فقه‌های پیشین، کمتر کسی این‌گونه فتوی داده بود. در بین فقیهان، مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی‌یزدی که فقیهی متبحر و روشن‌بین بود، در ضمن بحث از طلاق زوجه غایب مفقودالامر و شرایط آن، از جمله اظهار نظر کرده بود که: «بعید نیست بتوان گفت، جایز است با درخواست زن، حاکم شرع بتواند بر مبنای قاعده نفی حرج و ضرر، حکم طلاق او را صادر نماید به خصوص اگر زن جوان باشد و مطلقه شدنش موجب وقوع او در مشقت شدید باشد».^۱ سیدعلاوه بر استناد به قاعده نفی حرج و ضرر، از

۱. بنگرید: جلد دوم کتاب العروة الوثقی معروف به ملحقات العروة الوثقی از سید محمدکاظم یزدی، انتشارات دواری، قم، بدون تاریخ، صفحه ۷۵، مسئله ۳۳، پس از بیان صور مختلف مربوط به غیبت زوج و صبر نکردن زن بر این حالت، می‌گوید: «فقی جمیع هذه الصور و اشباهها و ان كان ظاهر کلماتهم عدم جواز فکها و طلاقها للحاکم لان الطلاق بيد من اخذ بالساق الا انه يمكن ان يقال: بجوازه لقاعدة نفی الحرج و الضرر خصوصا اذا كانت شابة و استلزم صبرها طول عمرها وقوعها فی مشقة شديدة و لما يمكن ان يستفاد من الاخبار».

روایات مربوط به جواز طلاق دادن زنی که شوهرش نفقه او را نمی دهد نیز استفاده کرده و از ملاک آن روایات، این نتیجه را گرفته است که: «اصولاً اگر ماندن زن در زوجیت و آزاد نکردن او موجب وقوع در معصیت باشد، لازم است حاکم حتی بدون اعمال تشریفات مربوط به غایب مفقودالاثراً، او را طلاق دهد»^۱.

این نظر فقهی اصلاحی سید، مورد قبول فقهای دیگر قرار نگرفت و برخی صریحاً در برابر آن موضع گرفتند. از جمله مرحوم آیت الله خوئی که با اشاره به این نظر سیدو نقل آن، نظر مزبور را بعید، ضعیف و غیرقابل قبول دانسته است.^۲ مرحوم میرزای قمی هم در کتاب جامع الشتات خود در پاسخ به سؤالی در مورد بدرفتاری، آزار و اذیت شدید شوهر و این که آیا در این صورت حاکم شرع می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید یا خیر، آن را جایز دانسته و گفته است: «... و هر گاه زوجه راضی نمی شود بر بقای بر تحمل نشوز زوج، حاکم الزام می کند زوج را بر رعایت حقوق یا بر طلاق دادن زوجه و هر گاه برای حاکم علم حاصل شود به این که زوج سلوک به معروف نمی کند و وفای به

۱. سید پس از نقل روایات مختلف مربوط به اجبار شوهر بر طلاق در صورت امتناع یا عجز او از انفاق به زوجه می گوید: «فیسفاد من هذه الاخبار ان مع عدم النفقة يجوز اجبار الزوج على الطلاق و اذا لم يمكن ذلك لعدم حضوره للامام ان يتولاه و الحاكم الشرعي نایب عنه في ذلك و اذا كان عدم طلاقها و ابقائها على الزوجية موجبا لوقوعها في الحرام قهرا او اختيارا فاولى بل اللزوم فكها حفظا لها عن الوقوع في المعصية و من هذا يمكن ان يقال في مسألة المفقود اذا امکن اعمال کیفیات المذكورة من ضرب الاجل و الفحص لكن كان موجبا للوقوع في المعصية يجوز المبادرة الى طلاقها من دون ذلك»، همان منبع، صفحه ۷۶.

۲. سید ابوالقاسم خوئی، منهاج الصالحین، جلد ۲، چاپ بیروت، چاپ بیستم، صفحه ۲۹۳، مسئله ۱۴۶۸: «ذكر بعض الاكابر ان المفقود المعلوم حياته مع عدم تمكن زوجته من الصبر يجوز للحاكم ان يطلق زوجته و كذلك المحبوس الذي لا يمكن اطلاقه من الحبس ابدأ اذا لم تصبر زوجته على هذه الحال و ما ذكره قدس سره بعید و ابعده منه ما ذكره ايضا من ان المفقود اذا امکن اعمال کیفیات المذكورة من ضرب الاجل و الفحص لكن كان ذلك موجبا للوقوع في المعصية تجوز المبادرة الى طلاقها من دون ذلك و لازم كلامه جواز المبادرة الى طلاق الزوجة بلا اذن من الزوج اذا علم كون بقائها على الزوجية موجبا للوقوع في المعصية و هو كما ترى».

حقوق زوجه نمی‌کند، او را اجبار می‌کند بر طلاق و این اجبار، منافی صحت طلاق نیست»^۱. در هر حال فقهای شورای نگهبان هم که متمایل به نظر اکثریت فقها بودند و پذیرش این نظرات جدید و در اقلیت فقهی برایشان دشوار بود و در عین حال به لحاظ حساسیت موضوع و مطالباتی که در مورد حقوق زنان وجود داشت، ترجیح دادند نظر رهبر انقلاب امام خمینی را در این خصوص جویا شوند و لذا طی نامه‌ای خطاب به ایشان نوشتند:

«محضر مبارک رهبر عالی قدر انقلاب اسلامی ایران حضرت آیت‌الله العظمی امام خمینی؛ پس از سلام و اهداء تحیت، پاره‌ای از مسائل در شورای نگهبان مورد اختلاف قرار می‌گیرد و بالنهايه نظر شریف، متبع است. من جمله از این مسائل، موادی است از قانون مدنی که اخیراً مورد بررسی و اصلاح قرار گرفته است که یکی از مواد مربوط به طلاق این است که: «در صورتی که ادامه زندگی زناشویی برای زن موجب عسر و حرج باشد، می‌تواند با مراجعه به حاکم شرع تقاضای طلاق کند و حاکم پس از بررسی و ثبوت موضوع، شوهر را اجبار به طلاق کند و چنان چه مرد از طلاق ابا کند، حاکم شخصاً اقدام به طلاق نماید». در این جا بعضی از فقهای شورا نظر منفی دارند و می‌گویند: «آن چه مستلزم حرج است، لزوم عقد در نکاح است و بر فرض که ادله حرج در این جا حاکم باشد، می‌تواند لزوم عقد را بردارد و برای زن، حق فسخ ایجاد کند و با توجه به این که موارد فسخ اجماعاً محدود است و این مورد جزو آن موارد نیست، پس حق فسخ قهراً منتفی می‌شود». عده‌ای از فقها می‌گویند: «علت حرج در این جا تنها لزوم عقد نیست بلکه انحصار طلاق به دست مرد، منشأ حرج است و ما به ادله حرج، این انحصار را برمی‌داریم و با مراجعه به حاکم، احتیاطاً و ثبوت موضوع در نزد حاکم، مرد مجبور به طلاق می‌شود و یا حاکم طلاق می‌دهد». با توجه به این نظرات، نظر مبارک را مرقوم فرمایید...»

امام خمینی در پاسخ در واقع نظر دوم و همان نظر فقهی مرحوم سیدمحمدکاظم یزدی و میرزای قمی را تأیید کردند و مرقوم داشتند:

۱. میرزای قمی، جامع الشتات، چاپ قدیم، صفحه ۵۲۳.

«طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت والا با الزام وادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع، طلاق داده شود و اگر جرأت بود، مطلبی دیگر بود که آسان‌تر است»^۱.

در این مورد فقهای شورای نگهبان از نظر فقهی امام خمینی پیروی کردند و ماده ۱۱۳۰ اصلاحی قانون مدنی بر آن مبنا در مجلس تصویب شد و شورای نگهبان هم آن را تأیید نمود. مورد دوم در خصوص ارث زوجه از اموال غیرمنقول زوج است. چنان که می‌دانیم وفق نظری که به عنوان نظر مشهور فقهای امامیه مطرح می‌شود، زوجه از زمین باقی مانده از زوج ارث نمی‌برد، نه از عین و نه از قیمت آن و از ساختمان و اشجار (اعیانی هم) از عین آن‌ها ارث نمی‌برد ولی از قیمت آن‌ها ارث می‌برد. مواد ۹۴۶ و ۹۴۷ قانون مدنی هم بر همین مبنا تصویب شده بود.^۲ چنان که می‌دانیم نظریات و اقوال فقهای امامیه در این خصوص مختلف است. برخی زوجه را مستحق ارث بردن از تمام ترکه شوهر می‌دانند، همان گونه که ظاهر آیه ۱۲ سوره نساء این معنی را می‌رساند^۳ و برخی زن را از ارث بردن عین زمین محروم می‌دانند ولی او را مستحق ارث بردن قیمت زمین همانند قیمت اعیانی می‌دانند. برخی هم معتقدند زوجه‌ای که از شوهر خود فرزند دارد، از همه اموال او ارث می‌برد و محرومیت از ارث بردن زمین مربوط به زنان فاقد فرزند است. به هر حال اقوال مختلفی با

۱. به نقل از کتاب دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، از همین نویسنده، انتشارات اطلاعات، چاپ سوم، ۱۳۸۷، صفحه ۲۴۳.

۲. ماده ۹۴۶ ق. م. قبل از اصلاحیه: «زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد لیکن زوجه از اموال ذیل: ۱. از اموال منقوله از هر قبیل که باشد.

۲. از ابنیه و اشجار

ماده ۹۴۷ قبل از اصلاحیه: «زوجه از قیمت ابنیه و اشجار ارث می‌برد و نه از عین آن‌ها...».

۳. آیه ۱۲ سوره نساء: {وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ...}.

توجه به اختلاف روایات منقوله در این زمینه وجود دارد.^۱

در سال‌های اخیر عده‌ای پیگیر اصلاح مواد ۹۴۶ و ۹۴۷ قانون مدنی و برخورداری زنان از ارث بردن از تمام ترکه شوهر بودند و سرانجام مجلس ششم این اصلاحیه را تصویب نمود و زن را همانند شوهر، مستحق ارث بردن از تمام ترکه همسر خود از منقول و غیرمنقول دانست ولی فقهای شورای نگهبان این مصوبه مجلس را به لحاظ این که مغایر با موازین فقهی و شرع (یعنی همان نظر مشهور فقهی است)، رد کردند. در مجلس هشتم، مجدداً این موضوع مطرح شد و این بار نظر فقهی رهبر انقلاب آیت‌الله خامنه‌ای نیز گرفته شد که معتقد بودند زن از قیمت زمین به جا مانده از همسر خود ارث می‌برد همان گونه که از قیمت اعیانی یعنی بنا و اشجار ارث می‌برد. مجلس هشتم ماده ۹۴۶ را بر همین مبنا اصلاح و تصویب نمود. طبق اصلاحیه مصوب مجلس در ششم بهمن ماه ۱۳۸۷، ماده ۹۴۶ به این صورت درآمد: «زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد و زوجه در صورت فرزنددار بودن زوج، یک هشتم از عین اموال منقول و یک هشتم از قیمت اموال غیرمنقول اعم از عرصه و اعیان ارث می‌برد، در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد سهم زوجه یک چهارم از کلیه اموال به ترتیب وق می‌باشد». این بار، فقهای شورای نگهبان، با این مصوبه مجلس، مخالفت نکردند ولی موافقت خود را نیز با آن اعلام نکردند و مصوبه مجلس را بدون پاسخ گذاشتند که در نتیجه مصوبه طبق ذیل اصل ۹۴ قانون اساسی قابل اجرا شد.^۲

این دو مورد به عنوان نمونه برای آشنایی با نوع دیدگاه فقهی حاکم بر تصویب قوانین ذکر شد،

۱. برای ملاحظه اقوال مختلف فقها در زمینه ارث زوجه از اموال و مستندات و ارزیابی آن‌ها بنگرید کتاب بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران، از همین نویسنده، انتشارات اطلاعات، چاپ چهارم، سال ۱۳۸۸، صفحه ۱۳۰ به بعد.
۲. اصل ۹۴ قانون اساسی: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود، شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق با موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند، برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند، در غیر این صورت، مصوبه قابل اجراست».

موارد دیگری هم وجود دارد که با استفاده از نظر فقهی رهبری، موضوع قانون گذاری به صورتی حل شده است مانند تعیین میزان دیه به صورت مبلغی پول به عنوان قیمت یکی از اعیان تعیین شده برای پرداخت دیه که با نظر رهبری سالانه با قیمت کارشناسی تعیین می شود. در حالی که طبق ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی دیه قتل یکی از موارد شش گانه: یکصد شتر، دویست گاو، یکهزار گوسفند، دویست دست لباس سالم، از حله های یمن، یکهزار دینار مسکوک سالم و ده هزار درهم مسکوک سالم است و طبق تبصره همان ماده که با توجه به اصرار و احتیاط فقهی، فقهای شورای نگهبان به ماده اضافه شد، اصل در پرداخت، عین یکی از موارد شش گانه مزبور است که جانی در انتخاب هر یک از آن ها مخیر می باشد و پرداخت قیمت هر یکی از این موارد، با تراضی طرفین یا تعذر همه آن ها، امکان پذیر است.

مشکلات عدیده ای که در اجرای این ماده برای دستگاه قضایی وجود داشت و انعطاف ناپذیری دیدگاه فقهی متولیان قانون گذاری موجب شد تا دستگاه قضایی برای حل مشکل به چاره جویی فقهی مقام رهبری روی آورد و راه حل ابرازی از سوی مقام مزبور مبنی بر این که حله یمانی و دینار و درهم مسکوک، موضوعیت ندارد و سه مورد دیگر نیز یعنی شتر، گاو و گوسفند عین آن ها موضوعیت ندارد و می توان بنا بر قیمت گذاشت، همان گونه که اشاره شد، عملاً این ترتیب از سال ۱۳۷۲ به اجرا درآمد که در اول هر سال قیمت یکی از اعیان سه گانه مزبور (آن که قیمت کمتری دارد معمولاً یکصد شتر)، با نظر کارشناسان رسمی تعیین و به عنوان مبلغ قابل پرداخت تحت عنوان دیه اعلام می گردد.

در خصوص تساوی دیه نفس اهل کتاب با مسلمانان نیز که شورای نگهبان از لحاظ فقهی نمی توانست به نتیجه برسد، سرانجام مجلس شورای اسلامی و مجمع تشخیص مصلحت نظام با استفاده از نظر فقهی رهبری مقدار دیه اهل کتاب را که طبق نظر مشهور فقها هشتصد درهم بود، مساوی با میزان دیه مسلمان تعیین نمودند. البته با تشکیل و تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام مواردی که فقهای شورای نگهبان قانون مصوب مجلس را مغایر با موازین شرع می دانند و نمایندگان مجلس تصویب قانون مزبور را براساس مصلحت جامعه لازم می دانند، موضوع به مجمع تشخیص

ارجاع و مجمع براساس تشخیص مصلحت، تصمیم‌گیری می‌نماید ولی نیازهای جامعه و مقتضیات زمان، تحولی را در دیدگاه فقهی دست‌اندرکاران تصویب قانون به شکل اساسی و نه توسل به راه‌حلی مقطعی و به صورت استثنایی ایجاد می‌نماید. در صورت تحقق چنین امری می‌توان نفوذ و حضور فقه را به صورت موثر، مفید، کارگشا و چاره‌ساز در مسیر قانون‌گذاری شاهد بود. برای تحقق این امر و فائق آمدن بر مشکلات موجود، فقهای اسلام از شیعه و سنی به نظریاتی از قبیل توسل به منطقه‌الفراغ یا منطقه باز و منطقه بسته و عناوینی چون مصالح مرسله، استحسان و سد ذرایع متوسل شده‌اند.

سید محمدباقر صدر و طرح مسئله «منطقة الفراغ»

از بین فقهای نواندیش شیعه، مرحوم محمدباقر صدر، البته در بحث مربوط به اقتصاد اسلامی در کتاب «اقتصادنا» برای حل پاره‌ای از نیازهای قانون در حوزه اقتصاد و مشکل راه‌حل و تصمیم‌گیری فقهی در مورد آن‌ها، نظریه منطقه الفراغ را مطرح می‌نماید که طبعاً می‌توان از آن در حوزه‌های دیگر نیز استفاده نمود. مرحوم صدر در ارتباط با چگونگی و حدود دخالت حکومت در نظام اقتصادی و مقررات و ضوابط آن، می‌گوید: «دخالت حکومت منحصر به تطبیق دادن احکام ثابت شریعت با مسائل اقتصادی نیست بلکه به قانون‌گذاری و در منطقه الفراغ و به تعبیر خود ایشان «پر کردن منطقه خالی مانده در شرع با قانون‌گذاری» نیز تسری دارد^۱ که مطابق با اوضاع، احوال و شرایط اجتماعی در این زمینه دست به قانون‌گذاری می‌زند». حدود منطقه الفراغ هم به تعبیر ایشان «افعال مباحه‌ای است که نصوص شرعی در آن موارد امر و نهی و جویی و تحریمی ندارند و حکومت می‌تواند

۱. محمدباقر صدر، اقتصادنا، چاپ بیروت، ۱۹۷۷ م.، صفحه ۶۵۲: «و لا يقتصر تدخل الدولة على مجرد تطبيق الاحكام الثابتة في الشريعة بل تمتد الى ملاء منطقة الفراغ من التشريع... و في المجال التشريعي تملأ الدولة منطقة الفراغ التي تركها التشريع الاسلامي للدولة لكي تملأها في ضوء الظروف المتطورة بالشكل الذي يضمن الاهداف العامة للاقتصاد الاسلامي و يحقق الصورة الاسلامية للعدالة الاجتماعية».

حسب مورد آن‌ها را لازم و یا ممنوع نماید».^۱

جبران خسارت معنوی و امکان قرار گرفتن آن در منطقه الفراغ

به نظر می‌رسد این دیدگاه هنوز در بینش فقهی تصمیم‌گیران فقهی در وضع قوانین، مورد قبول قرار نگرفته و لذا دیده می‌شود مقرراتی که الزاماتی را برای مردم وضع می‌کند که سابقه وجود چنین الزاماتی در نصوص شرعی روشن نیست، به عنوان قوانین خلاف شرع رد می‌شود. شاید بتوان مسئله خسارت معنوی و الزام واردکننده خسارت معنوی به جبران خسارت از طریق پرداخته وجه و دادن مال را در این راستا ارزیابی نمود. چنان‌که می‌دانیم لزوم جبران خسارت معنوی با الزام مرتکب از سوی دادگاه به پرداخت وجه و مال به زیان دیده، امری است که تقریباً در نظام قانون گذاری و یا رویه قضایی کشورهای مختلف پذیرفته و جاافتاده و حتی در مقررات قانونی برخی از کشورهای اسلامی نیز به آن تصریح شده است. مثلاً ماده ۴۹ قانون تعهدات سوئیس می‌گوید: «کسی که به صورت نامشروع از شخصی صدمه دیده است، می‌تواند تحت عنوان جبران خسارت معنوی، مبلغی پول مطالبه کند و قاضی دادگاه می‌تواند به جای پول، طریق دیگری را برای جبران خسارت تعیین کند و یا ترتیب دیگری را هم به الزام به پرداخت پول اضافه نماید».^۲ قانون مدنی کویت هم در ماده ۲۳۱، جبران خسارت معنوی را پیش بینی نموده و آن را شامل اذیت و آزار جسمی یا صدمات روحی و

۱. «... و حدود منطقه الفراغ التي تتسع لها صلاحيات اولی الامر تضم فی ضوء هذا النص الکریم کل فعل مباح تشريعياً بطبيعته فای نشاط و عمل لم یرد نص تشريعی یدل علی حرمة او وجوبه یسمح لولی الامر باعطائه صفة ثانوية بالمنع عنه او الامر به فاذا منع الامام عن فعل مباح بطبيعته اصبح حراماً و اذا امر به اصبح واجباً...»، همان، صفحه ۶۵۶.

۲. قانون تعهدات سوئیس، چاپ ۱۹۹۰، برن سوئیس، ماده ۴۹:

Art 49: "1. Celui Qui Subit une Atteinte a sa Personnalite a Droit a une Somme D'argent a titre de Reparation Morale...

2. Le Juge Peut Substituer ou Ajouter a L'allocation de Cette Indemnité un Autre Mode de Reparation".

حیثیتی و یا موقعیت اجتماعی و نیز غم و اندوه و ناراحتی که شخص به طور مثال به دلیل از دست دادن نزدیکان و عزیزان خود، به آن دچار می‌شود، اعلام کرده است.^۱

قانون مسئولیت مدنی ایران مصوب سال ۱۳۳۹ نیز خسارت معنوی و جبران آن به صورت پرداخت مالی را پیش‌بینی کرده و ماده ۱۰ قانون مزبور مقرر می‌دارد: «کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد می‌شود، می‌تواند از کسی که لطمه وارد آورده است، جبران زیان مادی و معنوی خود را بخواهد. هر گاه اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاب نماید، دادگاه می‌تواند در صورت اثبات تقصیر علاوه بر صدور حکم به خسارت مالی به حکم به رفع زیان از طریق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن اقدام نماید.» ولی بعد از انقلاب اسلامی هر جا در مصوبه مجلس از جبران خسارت معنوی سخنی به میان آمده، شورای نگهبان اعلام نموده که جبران خسارت معنوی به مال، خلاف موازین شرع است. به عنوان مثال در ارتباط با تبصره (۱) ماده ۳۰ قانون مطبوعات مصوب سال ۱۳۶۴ که طرح دعوی خسارت مادی و معنوی از سوی زیان دیده پیش‌بینی شده بود، شورای نگهبان تقدیم خسارت معنوی به مال را خلاف شرع اعلام کرد و نظریه خود را در این خصوص به این شرح به مجلس منعکس نمود: «... در تبصره یک ماده ۳۰ که طرح دعوی خسارت معنوی مجاز و دادگاه مکلف به رسیدگی آن شده، تقویم خسارت معنوی به مال و امر مادی مغایر موازین شرعی است. البته رفع هتک و توهین که به شخص شده به طریق متناسب با آن در صورت مطالبه ذی حق لازم است.» شورای نگهبان همین نظر را در ارتباط با ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ کمیسیون قضایی مجلس که در ارتباط با اصل ۱۷۱ قانون اساسی و مسئولیت قاضی صادرکننده در صورت تقصیر و اشتباه در صدور حکم آمده و بر روال اصل

۱. و يشمل الضرر الادبی علی الاخص ما يلحق الشخص من اذی حسی او نفسی نتیجة المساس بحیاته او جسمه او بحریته او بعرضه او بشرفه او بسمعته او بمركزه الاجتماعی او الادبی او باعتبار المالی كما يشمل الضرر الادبی كذلك ما تشعره الشخص من الحزن و الاسی و ما یفتقده من عاطفة الحب و الحنان نتیجة موت عزیز علیه.

۱۷۱، جبران خسارت مادی و معنوی را پیش‌بینی کرده بود، وارد نمود.^۱

در جریان تصویب قانون آئین دادرسی مدنی جدید در سال ۱۳۷۹ نیز در خصوص ماده ۲۶۷ مربوط به مسئولیت کارشناس دادگستری نسبت به زیان وارده به یکی از اصحاب دعوی به لحاظ نادرست بودن گزارش او، نظیر همین نظر، اعلام شده است.

به نظر می‌رسد خلاف موازین شرع بودن جبران خسارت معنوی با مال از این جهت نیست که دلیل شرعی از کتاب و سنت و یا عقل و اجماع بر ممنوعیت آن وجود داشته باشد بلکه از این جهت است که محکوم کردن افراد به ضمان و مسئولیت مالی از سوی دادگاه دلیل شرعی می‌خواهد و چنین دلیلی وجود ندارد. آن چه در سابقه شرعی وجود دارد، احیاناً تعیین مجازات کیفری برای برخی از این نوع خسارات است. چنان که برای مرتکبین قذف در آیه ۴ سوره نور مجازات شلاق تعیین شده است: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ}.

براساس دیدگاه مرحوم صدر، این موارد می‌تواند از مصادیق منطقه‌الفراغ باشد که شارع حکم خاصی در خصوص مسئولیت مالی برای آن تعیین نکرده است و حکومت شرعی با در نظر گرفتن مصالح جامعه، ضمان مالی را نیز برای مرتکب وضع می‌نماید.

یوسف القرضاوی و طرح منطقه باز و بسته در فقه

به هر حال برخی از فقهای اهل سنت عنوان منطقه باز و منطقه بسته را در این ارتباط پیش‌بینی کرده و می‌گویند: «احکام شریعت را در دو سطح می‌توان ارزیابی کرد. سطحی که نمایان‌گر ثبات و دوام و قطعیت است که اجتهاد و تغییر زمان و مکان در آن تأثیر ندارد و سطحی که انعطاف‌پذیر و قابل تغییر است که می‌توان در آن اجتهاد کرد و متناسب با مقتضیات زمان، آن‌ها را تغییر داد». هم‌چنین اضافه می‌کنند: «معنای این حرف این است که در فقه اسلامی یک منطقه بسته است که

۱. بنگرید: دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، از همین نگارنده، چاپ سوم، صفحه ۲۳۱.

تغییر در آن راه ندارد و آن منطقه احکام قطعی است و یک منطقه باز است و آن منطقه احکام ظنی است و عمده احکام فقه در این منطقه قرار دارند و در این زمینه است که می توان اجتهاد کرد و از این منطقه فقه می تواند تحرک یابد و با دگرگونی و تجدد، آن را پیدا کند.^۱ شاید بتوان از طرح منطقه باز و بسته نسبت به حل برخی از مشکلات و اصلاح مقررات استفاده گسترده تری نمود.

لزوم تلاش بیشتر برای استفاده از ظرفیت های فقه در قانون گذاری و منزوی نشدن آن منظور از اطاله کلام در این قسمت اشاره به این معنی است که برای استفاده از ظرفیت های فقه اسلامی در قانون گذاری به گونه ای که با تحول غیرقابل اجتناب وضعیت و مقتضیات جامعه و نیازهای آن هم خوانی داشته و بتواند مقبولیت اجرایی پیدا کند و راه گشای مشکلات مردم و تسهیل کننده روابط اجتماعی آنان باشد، فقهای روشن بین و صاحب نظران دل سوز جامعه و علاقه مند به فقه و احکام شریعت اسلامی راه کارهای مختلفی را مطرح کرده اند که قابل توجه و بررسی و احیاناً استفاده از آنها در قانون گذاری مفید است. طرح مسئله مصالح مرسله^۲، استحسان^۳ و سد ذرایع^۱ در فقه اهل سنت و

۱. «... و معنی هذا ان فی الفقه الاسلامی منطقة، منطقة لا یدخلها التعلیر او التطویر و هی منطقة الاحکام القطعیة و هذه هی التي تحفظ علی الامة وحدتها الفکرية و السلوکیة و منطقة مفتوحة هی منطقة الاحکام الظنیة ثبوتاً او دلالة و هی معظم احکام الفقه و هی مجال الاجتهاد و محرک الافهام و منها ینطلق الفقه الی الحركة و التطور و التجدید»، به نقل از محمد قاسم المنشی، کتاب تغیر الظروف و اثره فی اختلاف الاحکام، صفحه ۱۶۳.

۲. مصالح را به سه دسته تقسیم کرده اند: ۱. مصالح معتبره و آن مصالحی است که ادله شرعی بر رعایت و ملاحظه آنها وجود دارد و لازم است بر آن مبنا عمل شود، ۲. مصالح ملقاة و آن مصالحی است که با مصالح شناخته شده شرعی مغایرت دارد و بنابراین قابل ترتیب اثر نیست و ۳. مصالح مرسله و آن مصالحی است که دلیل خاصی نه بر معتبر بودن و نه بر ملغی بودن آنها وجود ندارد و در واقع نظیر همان اصطلاح منطقه الفراغ است که مرحوم سید محمدباقر صدر مطرح کرده است.

۳. استحسان به معنی خوب شمردن امر و بر آن مبنا حکم بار کردن و در واقع به نوعی قیاس است که به قول سرخسی قیاسی است که خفی است ولی اثر آن قوی است و در واقع از آن تعریف شده به عدول از حکم شرعی که دلیل شرعی بر آن قائم است به حکمی دیگر به اقتضا دلیل دیگر و یا وجود مصلحت و یا به لحاظ دفع ضرر، مثلاً ممنوعیت اقامه حد سرقت قطع دست که به حکم قرآن ثابت شده ولی در زمان جنگ یا در سال قحطی آن را از مصادیق عمل به استحسان شمرده اند.

ضرورت و مصلحت در دوره اخیر از جانب فقهی چون امام خمینی و تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام، برای نیل به همین منظور است که فقه غنی اسلامی بتواند غنای خود را در عمل نشان دهد و آبشخور قوانین موضوعه پیشرفته در جهان امروز باشد وگرنه، این خطر وجود دارد که به انحای مختلف، فقه اسلامی قابلیت اجرایی و عملی خود را از دست بدهد و به صورت یک سلسله مقررات برخوردار از تقدس ولی غیرفعال در صحنه عملی زندگی مردم در آید.

نگارنده همواره این عبارت پروفیسور داوید نویسنده کتاب «سیستم‌های بزرگ حقوق معاصر» را که سال‌ها پیش هم در ضمن مقاله‌ای آورده، در نظر دارد و آرزو دارد چنان‌که او هشدار داده است، نشود ولی این امر نیاز به فعالیت، تکاپو و اجتهاد به معنای واقعی و درک مقتضیات زمان از سوی فقیهان متبحر، زمان شناس و دوران‌دیش را دارد. داوید گفته است: «... در حال حاضر، خطر اصلی که حقوق اسلامی را تهدید می‌کند، مانند گذشته خطر تقسیم دینای اسلام نیست بلکه امروز بیشتر این خطر وجود دارد که فقه در عدم تحرک خود منجمد شده به صورت نظریه‌ای درباره تکالیف کاملاً آرمانی و دارای بعد صرفاً مذهبی درآید و منحصرأ در دسترس عده‌ای دانشمند متقی قرار گیرد و در همین حال زندگی واقعی به وسیله قوانینی اداره شود که بیش از پیش از اصول اسلامی جدا مانده‌اند».^۲ هم‌چنین نگارنده دغدغه مضاعفی دارد و آن این‌که جمهوری اسلامی ایران که در دهه‌های پایانی قرن بیستم حکومتی بر پایه باورهای دینی تشکیل داد و رسماً اعلام کرد در تمام زمینه‌ها احکام شریعت اسلامی را وارد مقررات و قوانین موضوعه خود می‌کند و این تلاش را هم نموده است، در ارائه نظریات نوین فقهی منطبق بر اوضاع و احوال اجتماعی دنیای امروز و تنقیح و

۱. سد ذرایع یعنی در واقع عمل نکردن به حکمی شرعی در برخی مواقع برای جلوگیری از فساد؛ بستن ذریعه و وسیله فساد مثل کاری که به طور متعارف انجام آن مباح است اگر در موردی منجر به مفسده‌ای بشود، می‌توان برای جلوگیری از فساد آن امر مباح را منع کرد. بنگرید به: تغیر الظروف، پیشین، صفحات ۴۱۵ به بعد.

۲. پروفیسور داوید، سیستم‌های بزرگ حقوقی معاصر، چاپ ششم، دالوز، پاریس، ۱۹۷۴، صفحه ۴۸۴.

اصلاح قوانین خود بر این مبنا از برخی کشورهای اسلامی دیگر که کارهای جالبی را در این زمینه شروع کرده اند، عقب بماند. علیرغم شعار صحیح و منطبق با واقعیت باز بودن باب اجتهاد در فقه شیعه، اتکای زیاد به نصوص اغلب غیرقطعی و گاه متعارض و یا فاقد توجیهاات عقلی و منطقی و نظریات مشهور فقهی و اجماعاتی که در خیلی از موارد شرایط حجیت لازم خود را ندارند و پذیرش تبعید در احکام فقهی اجتماعی که نمونه‌های آن در عبارات و نظریات فقها و جای پای آن‌ها در برخی از مقررات قانونی مشهود است، کارایی لازم را به فقه ما نمی‌دهد و قوانین ما را نیز به پیشرفت مطلوب و لازم برای جامعه امروز نمی‌رساند.

امروزه برخی از مقررات قانونی از قبیل سن بلوغ و در واقع اهلیت قانونی ۹ سال تمام قمری برای دختر و ۱۵ سال تمام قمری برای پسر (تبصره ماده ۱۲۱۰ ق.م.ا) لزوم اجازه دختر باکره بالغه از پدر یا جد پدری، برخی از مقررات مربوط به طلاق و فسخ نکاح و تفاوت‌های موجود بین زوج و زوجه، برخی از مقررات مربوط به ارث، دیه، شهادت، قضاوت و جبران خسارت و عدم النفع و مقرراتی در مسائل جزائی در قوانین موضوعه ما وجود دارد که فلسفه وجودی آن‌ها و ماندگاری و اصلاح نشدنشان، مبنای فقهی آنهاست، آن هم بدون توجه به این که در فقه نظرات متفاوت دیگری هم که از استدلال و اعتبار برخوردار هستند، وجود دارد، در حالی که کارایی، مقبولیت و قابلیت اجرای درست بسیاری از این مقررات مورد تأمل و چالش جدی است و شایسته است فقهای بزرگوار، توجه جدی‌تری مبذول دارند. حوزه علمیه می‌تواند پشتوانه خوبی برای ایجاد تحول منطقی و صحیح در دایره احکام شریعت اسلامی و فقه پر بار امامیه در نظام قانون‌گذاری باشد نه این که الزاماً همیشه نقش ترمزکننده و بازدارندگی را ایفا نماید، بلکه مشوق و ارائه‌دهنده دیدگاه‌هایی برای تحولات مثبت باشد.

منابع و مأخذ

الف) کتب

۱. امام خمینی، سیدروح‌اله موسوی، کتاب البیع، چاپ چهارم، ۱۳۶۸، جلد ۲.
۲. ابن قتیبه دینوری، الامامة و السياسة، بیروت، ۱۹۹۰، چاپ اول.
۳. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب مکاسب، نشر مجمع الفکر الاسلامی، قم، جلد ۶، چاپ هشتم، ۱۴۲۸ هـ.ق.
۴. الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد چهارم.
۵. خوئی، سیدابوالقاسم، منهاج الصالحین، جلد ۲، چاپ بیروت، چاپ بیستم.
۶. سنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی، چاپ بیروت، بی تا، جلد اول.
۷. الشاذلی ینس، تشریحات الاحوال الشخصية للمسلمین مع المذکرات الايضاحیة، جلد اول، چاپ سوم، ۱۹۸۷ م. قاهره.
۸. صبحی محمصانی، الاوضاع التشريعیة فی الدول العربیة: ماضیها و حاضرها، چاپ چهارم، بیروت، ۱۹۸۱ م.
۹. صدر، سیدمحمدباقر، اقتصادنا، چاپ بیروت، ۱۹۷۷ م.
۱۰. طباطبایی، سیدمحمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، جلد ۴، چاپ تهران، ۱۳۷۶ هـ.ق.
۱۱. طباطبایی، سیدمحمدکاظم یزدی، ملحقات العروة الوثقی، انتشارات داورى، قم، بی تا.
۱۲. عبده، شیخ محمد، شرح نهج البلاغه، بیروت، ۱۹۸۹ م.
۱۳. نراقی، ملا احمد، عوائد الایام، چاپ سوم، قم، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۱۴. منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة، چاپ دوم، جلد اول،

۱۴۰۸ هـ.ق.

۱۵. منستی، محمدقاسم، تغییر الظروف و اثره فی اختلاف الاحکام فی الشریعة الاسلامیة، انتشارات دارالاسلام، قاهره، چاپ اول، ۲۰۱۰ م.
۱۶. مهرپور، حسین، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، انتشارات اطلاعات، چاپ سوم، ۱۳۸۷
۱۷. مهرپور، حسین، مباحثی از حقوق زن، انتشارات اطلاعات، چاپ سوم، ۱۳۸۸
۱۸. زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، انتشارات دارالفکر، دمشق، چاپ سوم، جلد ۶، ۱۹۸۹ م.
۱۹. مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، جلد ۲
۲۰. پروفیسور رنه داوید، سیستم‌های بزرگ حقوقی معاصر، چاپ ششم، دالوز، پاریس، ۱۹۷۴.

21. Les Grandes Systems of Droit Contemporains René David

ب) مجموعه قوانین

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
۲. قانون اساسی جمهوری مصر
۳. قانون اساسی عربستان سعودی
۴. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران
۵. قانون مدنی مصر
۶. قانون مدنی کویت
۷. قانون مدنی سوئیس
۸. قانون تعهدات سوئیس