

نقش نسبت بین منابع قانونگذاری در حکومت اسلامی در حل مشکل فقه و قانون

حجت‌الاسلام و المسلمین دکتر سیف‌الله صرامی^۱

۱. طرح موضوع

یکی از مشکلات اساسی در حکومت اسلامی مسأله ربط بین فقه و قانون است. در حالی که در حکومت اسلامی، اصل و فرض بر این است که فقه اسلامی سایه گستر بر همه قوانین لازم‌الاجرا در نظام اسلامی است، ربط فقه و قانون با مشکلاتی روبروست. مشکلات از اینجا سر می‌زند که حکم فقهی و ویژگی‌هایی دارد که ای بسا با ویژگی‌های قوانین در یک نظام حقوقی ناسازگار است یا لاقلاً تصور می‌شود که ناسازگار است. از جمله ویژگی‌های درگیر در مشکل، ثابت بودن و همیشگی بودن احکام فقهی است. همچنین تعبدی بودن احکام فقهی و عدم امکان اعتماد بر آنچه گمان و شرر ملاک و معیار آنهاست تا بتوان بر اساس آنها، توسعه، تضییق و یا حتی تعطیل احکام فقهی را نتیجه گرفت، از دیگر ویژگی‌های احکام فقهی است که درگیر در مشکل است. از ویژگی‌های قانون موقت بودن و قابلیت نسخ، برحسب شرایط شرایط و مقتضیات، متغیر در زمان‌ها و مکان‌های متفاوت است. همچنین قوانین دایره‌مدار صلاحی است که عقل بشر درک می‌کند و می‌تواند بر اساس آنها، آن را توسعه دهد یا تضییق کند و

۱. عضو هیئت علمی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

ملاک‌های بهتر را جانشین ملاک‌های کهنه شده گرداند. در وضع و رفع قانون به دست قانون‌گذاران بشری، تبدیلی در کار نیست و تنها ملاک مصالح مورد نظر است.

ویژگی‌های مشکل‌ساز فوق‌الذکر، غیر از ویژگی‌های شکلی در دو طرف مشکل است که جدای از ویژگی‌های محتوایی مذکور است. احکام فقهی، در ساختار و تعابیر، میراث‌دار تاریخ فقه مدون است. نمی‌توان به آسانی و یکباره فقه را از فضای تاریخی و سنتی آن در فضای ساختار و تعابیر امروزی حقوقی و قانونی درآورد. بی‌احتیاطی، بی‌دقتی، عجله و تسامح در این مسیر می‌تواند به نتایج ناخوشایندی هم برای فقه و هم برای قانون منجر شود و قوانینی به بار آورد که نه بر محتوای صحیح فقهی تحفظ کرده است و نه کارآمدی مطلوب حقوقی را دارد. حدیث ساختار و شکل حدیث مفصلی است که مجمل آن را هم در اینجا نه می‌توان پرداخت و نه درصدد آن هستیم. این نوشتار نظر به جنبه محتوایی مشکل دارد.

قانون‌گذاری در هر نظام حقوقی از منابع مدرن یا غیر مدرن سرچشمه می‌گیرد. منابع قانون‌گذاری غیر از منابع حق در هر نظام حقوقی است. قانون که نتیجه قانون‌گذاری است، خود یکی از منابع حق بلکه مهم‌ترین و یقینی‌ترین آنهاست. منابع حق آن منابعی است که قاضی در دادگاه برای اثبات یا نفی حقی و یا تعیین جرم و مجازاتی به آن استناد می‌کند. اما منابع قانون‌گذاری‌ها مورد مراجعه و استناد قانون‌گذاران برای وضع و تصویب قوانین است و مسائل مصالحی می‌شود که قانون‌گذار بر اساس آنها قوانین را تصویب می‌کند آیا منابع یا همان مصالح، معمولاً تابع اهداف هر نظام حکومتی با نظریه شرایط و مقتضیات و نیازهای زمان و مکان است.

فرضیه‌ای که با توجه به عنوان این نوشتار در پی بحث و بررسی و تعدی برای اثبات آن هستیم عبارت است از ک بیان صحیح نسبت منابع قانون‌گذاری در حکومت اسلامی نقش اساسی در حل مشکل ربط فقه و قانون در نظام اسلامی دارد. توضیح این که می‌توان برای رفع مشکل محتوایی فقه و قانون، به منابع قانون‌گذاری در حکومت اسلامی توجه کرد و با بیان نسبت صحیح و معتبری که بر اساس آموزه‌های عقلی و شرعی بین این منابع برقرار است، مشکل را از ریشه حل کرد؛ نه اینکه بدون توجه به این نسبت یا بدون توجه مصحح به آنها قانون را وضع کنیم و سپس در ارتباط آن

با فقه درمانیم. برای طی این راه ابتدا نگاهی کوتاه به منافع قانون گذاری در حکومت اسلامی می اندازیم. آیا مرحله در این مختصر، تنها با مفرد فی گرفتن برخی نکات و اشاره به جوانبی ضروری امکان پذیر است. در مرحله دوم به بیان نسبت این منابع اشاره می شود. خواهیم دید که مرحله دوم، در واقع همان ضوابط تشخیص مصلحت به معنای فراگیر مصلحت شامل همه عوامل درگیر در تکون و وضع قانون، خواهد بود. این مرحله نیز تنها به اختصار و اشاره، در اینجا ممکن است. مرحله سوم و اصلی که نتیجه نوشتار در آن خواهد بود بیان تأثیر نسبت بین منابع قانون گذاری در حکومت اسلامی بر حل مشکل محتوایی رابطه فقه و قانون است. غیر از این مراحل و در ابتداء، مقدمه ای کوتاه در اشاره به برخی از اصطلاحات مورد نیاز، نیز ضروری است.

۲. مراد از فقه و قانون

در اینجا به مراد خود در اینجا از فقه و قانون اشاره می شود.

۲.۱. فقه

فقه در لغت به معنای فهم یا فهم همراه با تبیین و تفصیل، یا توصل به علم غائب از روی علم حاضر آمده است^(۱) اما در اصطلاح و عرف بر چند معنای اطلاق می شود: علم شریعت (همان) که ظاهر در علم به احکام شرعی فرعی فقهی یا اعم از آن و سائر آموزه های اسلامی است. چنان که ظاهراً شامل علم اجتهادی و تقلیدی، در دو می شود. معنای دیگر اصطلاح فقه در کتب فقهی و اصولی به عنوان معنای مشهور اصطلاح فقه، عبارت است از: علم به احکام شرعی فرعی از روی ادله تفصیلی آنها^(۲).

۱. ر.ک: ابن اثیر، النهایة، ج ۲۳، ص ۴۶۵ و جوهری صحاح، ج ۳، ص ۲۲۴۳ و ابن فارس، مقاییس اللغات ج ۴ ص ۴۴۲ و راغب اصفهانی مفردات ألفاظ قرآن، ص ۳۹۸.
 ۲. حسن بن زین الدین، معالم الدین، قم، جامعه مدرسین، ص ۲۶ و میرزای قمی، قوانین الأصول، قم، چاپ سنگی، ص ۵۰.

این معنا ظهور بلکه صراحت در علم اجتهادی به احکام شرعی فرعی دارد. معنای سوم عبارت است از مجموعه احکام شرعی فرعی و وظایف مجعول از جانب شارع یا عقل در جایی که از شارع حکم جعل نشده است^(۱). این معنا را وقتی ثبوت و نفس الأمر آن مدّ نظر باشد می توان شریعت نامید.

معنایی از فقه که در این جا مدّ نظر است معنای اخیر است. اما نه به لحاظ واقع و ثبوت نفس الأمری، بلکه در طول آن، واقع اثباتی و جهت آن، یعنی احکام شرعی و وظایف شرعی که برای ما حجت است و باید عقلاً و شرعاً امثال و ارجا شود. اجتهاداً یا تقلیداً، در صحنه فردی یا در صحنه اجتماع، بر دوش فرد یا جامعه یا حکومت.

۲.۲. قانون

مراد از قانون در اینجا قضایای کلی است که در حکومت ها از سوی قوه مقننه صادر یا تصویب می شود و در روابط فردی اجتماعی و حکومتی مورد استناد قرار می گیرد و متکی به ضمانت های اجرایی حکومتی است^(۲).

۳. نگاهی به منابع قانون گذاری در حکومت اسلامی

از آنجا که قدرت و حکومت در حکومت اسلامی بر مدار اسلام است، طبیعی است که قانون گذاری در آن از معارف اسلامی سرچشمه گیرد. وجود چنین معارفی که در قانون گذاری به کار آید. گر چه بدیهی نیست و نیازمند استدلال و اثبات است، اما در اینجا مسلّم و مفروض انگاشته می شود. البته اثبات آن هم با نگاهی به آیات، روایات، تاریخ و سیره معصومان چندان مشکل نیست. بنابر این قرآن و سنت، از آن جهت که حاوی آموزه هایی درباره اداره جامعه و حکومت هستند، قطعاً از منابع

۱. احمد فتح الله، معجم الفاظ الفقه الجعفری، ص ۳۲۲، ماده فقه).

۲. ر.ک: کاتوزیان مقدمه علم حقوق، ص ۱۲۳ و سمیر عالیه، علم القانون والفقه الاسلامی، ص ۴۰.

قانون گذاری در حکومت اسلامی هستند، همچنین اجماع، حداقل از آن رو که کاشف از قسمت است از منابع قانون گذاری است. عقل نیز چه از جهت به کارگیری آن در فهم سایر منابع و چه از جهت احکام قطعی که دارد، از منابع قانون گذاری است. بنابر این ادله معروف استنباط احکام شرعی، منابع قانون گذاری نیز هستند. اما تمام سخن اولاً در چگونگی منبع برای آنها برای قانون گذاری است. آیا منبع مستقیم هستند یا غیر مستقیم. و ثانیاً سخن در این است که آیا منابع منحصر هستند یا در مورد قانون گذاری منبع دیگری هم باید باشد؟ این دو مطلب به اختصار در اینجا پرداخته می شود.

۳.۱. چگونگی منبع برای ادله اربعه در قانون گذاری

با فرض منبع بودن ادله اربعه در قانون گذاری سوال این است که آیا معنای منبع بودن این منابع در اینجا، همان گونه ای است که در مقام استنباط احکام برای مجتهد هستند یا نه. پاسخ مثبت به این پرسش به این معنی است که قوه مقننه در نظام اسلامی همانند مجتهدان در احکام شرعی به استنباط از منابع چهارگانه بپردازد. این کار گر چه عقلاً ممکن است ولی عرفاً و عملاً چنین نیست. همانند صحنه فردی که برای همه امکان عرفی و عقلایی اجتهاد از منابع اصلی امکان پذیر نیست و لذا طبق ادله تقلید، به تقلید از مجتهد جامع شرایط می پردازند، در صحنه اجتماع نیز عملاً قوه مقننه مجتهد نیست. البته ممکن است در یک جمع بندی از ادله ای که ساختار حکومت و نوع مشروعیت آن را در اسلام مشخص می کند، قوه مقننه را لزوماً مشروط به شرط اجتهاد بدانیم؛ ولی سخن در اینجا این است که با فرض عدم اجتهاد آن نیز می توان مبتنی بر ادله تقلید نقش منابع اصلی را در منابع قانون گذاری آن قوه، هر چند به صورت غیر مستقیم، نشان داد.

ادله ای که برای تقلید گفته اند^(۱) تحمل توجیه تقلید برای قوه مقننه، به معنای خاص آن که برای مثال در جمهوری اسلامی ایران، مجلس شورای اسلامی است را دارد. اما سخن مهم در اینجا

۱. ر.ک: آیت الله سید خوبی التنقیح، ج ۱ ص ۸۴ و امام خمینی الاجتهاد والتقلید ص ۵۹ الی ۶۵ و آیت الله فاضل تفصیل الشریعة، ج ۱ ص ۵۰.

این است که مرجع تقلید برای قوه مقننه و به طور کلی حکومت مشروع اسلامی در عصر غیبت کدام است؟ ممکن است بر این تسالم شود که فقیه جامعه شرایطی که قائم به تشکیل حکومت اسلامی شده و در چهارچوب رضایت شارع مقدس در رأس آن قرار گرفته است، مرجع چنان تقلیدی است. کما اینکه ممکن است گفته شود مرجع فتاوی شورایی کسانی است که وظیفه و حق نظارت بر تصویب قوانین قوه مقننه را به لحاظ عدم مخالفت یا موافقت با احکام شرعی، دارا هستند. هر چه باشد، به هر حال، حکم شرعی محبت برای قوه مقننه، واسطه منبع بودن منابع اصلی در قانون گذاری مشروع است.

۳.۲. مصدر بودن مصالح جامعه اسلامی

مصالح جامعه به مفهوم عام و فارغ از مصادیق آن، در هر نظام حقوقی، منبع اصلی وضع قوانین است. حکومت اسلامی نیز از این قاعده کلی مستثنا نیست. اما فرض اسلامیت برای نظام اسلامی مقتضی این است که تأسیس و اداره آن بر اساس احکام و خواسته های شریعت مقدس اسلام باشد. معنای این سخن، لاقلاً در نگاه اول، این است که مصالح در نظام اسلامی آن است که اسلام آن را مصلحت می داند و همین تفاوت اصلی بین حکومت اسلامی و حکومت های غیر اسلامی، در قانون گذاری است. این در حالی است که مصالح، به طور کلی نظر به نیازها و مقتضیات زمان و مکان در دو جامعه ای دارد. بنابر این منبع بودن مصلحت برای قانون گذاری در حکومت اسلامی با مشکلات و چالش هایی درباره ماهیت مصلحت، مشروعیت پایه ریزی قوانین بر آن، ضوابط تشخیص آن و مرجع تشخیص آن مواجه است. ضوابط تشخیص مصالح را به زودی در بیان نسبت منابع قانون گذاری، به اختصار بر خواهیم رسید. مرجع تشخیص نیز خارج از موضوع این نوشتار است. بنابر این در اینجا نگاهی به ماهیت مصلحت و مشروعیت منبع بودن آن برای قانون گذاری در حکومت اسلامی می اندازیم.

۳.۲.۱. ماهیت مصلحت

مصلحت به لحاظ مفهوم عرض، روشن و بی نیاز از توضیح است. تنها ممکن است با تبدیل واژه ای به واژه دیگر، به معنای عرض اشاره کنیم مانند نفع، خیر و غیره. به لحاظ ماهیت و اشاره به مصادیق معین در حوزه فردی، مصلحت، با معیارهایی مانند ملائمت با طبع، مناسبت اهداف زندگی شخصی و مانند اینها شناخته می شود. اما مصلحت جامعه یا مصلحت عمومی، در ماهیت و معیار تشخیص و شناخت، محل بحث و بررسی فلاسفه اجتماع و سیاست است. هانتینگتون در این باره می گوید: «مسئله این است که چگونه می توان به تعریفی از مصلحت همگانی دست یافت که به جای مبهم و مختص بودن، عینی و عام باشد. متأسفانه در بیشتر موارد آنچه که عینی است از عمومیت بهره ای ندارد و آنچه که عام است از عینیت برخوردار نیست»^(۱). شبیه به همین اشکال نیز در مقاله ی بریان باری در مجموعه ای تحت عنوان «فلسفه سیاسی» نوشته ی آنتونی کوئین ترجمه ی مرتضی اسعدی ص ۲۲۰ آمده است. بنا بر این از نظر این فلاسفه مصالحی که وجود عینی دارد مصالح افراد یا گروه های سیاسی، صنفی، حزبی و... می باشد.

با این وجود به نظر می رسد می توان مصلحت را به صورت حقیقی و عینی بر اساس اهداف زندگی اجتماعی ترسیم کرده توضیح این که مشکل از آن جا ناشی شده است که اهداف زندگی در آنچه خوشایند طبع افراد و خواسته های آن هاست و گاهی در عده ای جمع می شود و تشکیل گروهی سیاسی، صنفی و... را تشکیل می دهد، منحصر می شود. اما اگر فرض کنیم اهداف معینی برای زندگی اجتماعی، غیر از خواسته ها و اغراض شخصی افراد وجود دارد که از معارف مورد اعتقاد ما ناشی شده است، برای تحقق این اهداف ممکن است مصالح معینی را برای جامعه تصویر و تدوین کنیم. چنین اهدافی، برای ما در آموزه های اسلامی مسلمی یا لاقول در اینجا مورد تسالم است. به این ترتیب می توانیم مصالح جامعه را بر اساس اهداف اسلامی برای جامعه تدوین کنیم. حفظ دین و

۱. هانتینگتون، سامان سیاسی، ص ۴۱.

ایمان، ترویج فرهنگ اسلامی، حفظ امنیت و نظم، گسترش عدالت اجتماعی در شاخه های گوناگون اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و غیره از جمله این اهداف است. البته روشن است که وجود اهداف به تنهایی برای تشخیص و تدوین مصالح کافی نیست، بلکه توجه به مقتضیات زمان و نیازهای مختلف که معمولاً تشخیص آنها بر اساس خبرویت و تخصص خواهد بود، هم لازم است.

۳.۲.۲. مشروعیت قانون گذاری بر اساس مصالح در نظام اسلامی

ابدی بودن شریعت اسلام طبق مبانی کلامی، از یک سو، و واقعیت تغییر موضوعات و شرایط زندگی بشر در زمان ها و مکان های مختلف، از سوی دیگر، شک و تردیدی در اصل مشروعیت قانون گذاری بر اساس مصالح، در نظام اسلامی، باقی نمی گذارد. این نکته ایست که عده ای از متفکران اسلامی با قرائت های مختلف و تعابیر متفاوت آن را گفته اند. برخی سخن خود را بر تقسیم احکام شرعی به با ثابت و متغیر بنا نهاده اند. منشأ این تقسیم فطری بودن دین اسلام و حاجات ثابت و متغیر انسان. این دو دسته حاجات دو دسته احکام متغیر و ثابت را می طلبد. احکام متغیر بر اساس نیازهای متغیر انسان مبتنی بر مصالح متغیر است. این بیان ممکن است در حوزه ی زندگی فردی انسان نیز به لحاظ فقهی و اصولی پیگیری شود؛ اما محل سخن در این جا جامعه است که زمام اداره ی آن به دست حکومت اسلامی مشروع است. بنابر این حکومت اسلامی مصدر پایه ریزی قوانین بر مصالح برای رفع نیازهای متغیر می باشد^(۱).

البته سخن در برخی جوانب دیگر، مانند ضوابط تشخیص مصالح و مرجع تشخیص آنها باقی است که برخی از آن به زودی مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

برخی دیگر از متفکرین اسلامی مشروعیت بنا گذاری بر مصالح را در حکومت اسلامی بر پایه ی

۱. ر.ک: آثاری از علامه طباطبائی از جمله فراهایی از اسلام ص ۷۸ تا ۸۴ و بررسی اسلامی ص ۱۸۰ به بعد و معنویت تشیع ص ۶۱ وما بعد آن و نیز ر.ک: آثاری از استاد شهید مطهری از جمله مجموعه آثار جلد ۳ ص ۱۹۰ تا ۱۹۵.

نظریه ای که آن را «منطقه ی فراغ» نامیده اند، باور دارند. شهید آیت الله محمد باقر صدر مبتکر این نظریه شناخته شده است. در این جا بیان قرائتی از این نظریه کافی به نظر می رسد: انسان از یک سو با طبیعت مرتبط است که محلّ تغییر و تحوّل است و از سوی دیگر روابطی با انسان های دیگر دارد که محلّ ثبوت و دوام است. در محلّ تغییر و تحوّل، برای حاکم اسلامی، در دایره مباحات، حوزه ای آزاد وجود دارد که می تواند در آن حوزه بر اساس مصالح و در چارچوب اصول کلی اسلامی، به وضع قوانین بپردازد. شریعت اسلام بر اساس آیه اولی الامر (یا ایها الذین آمنوا اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم فان تنازعتم فی شیء فردوه الی الله و الرسول ان کنتم تؤمنون بالله و الیوم الآخر ذلک خیر و احسن تاویلا) ^(۱) چنین حقی را به حاکم اسلامی داده است ^(۲).

۳.۲.۳. مرجع تشخیص مصالح

در ضمن اشاره به مبنای مشروعیت پایه ریزی قوانین بر اساس مصالح در حکومت اسلامی، در واقع، مرجع تشخیص آن هم، اجمالا مشخص شد. زیرا مرجعیت حکومت اسلامی یا حاکم اسلامی که در رأس حکومت است، برای تشخیص مصالح، در بیان آن مشروعیت اخذ شده است. بنابر این هرگونه که قوه مقننه را در حکومت اسلامی، به عنوان یکی از ارکان آن ترسیم کنیم، مرجعیت آن را هم برای تشخیص مصالح، جهت قانون گذاری، ثابت کرده ایم. بنابر این اگر مشروعیت ارکان حکومت اسلامی را بر مشروعیت نصب فقیه جامع الشرایط در زمان غیبت قرار دادیم، مشروعیت تقنین توسط این قوه را هم از مشروعیت همان فقیه منصوب گرفته ایم. و اگر مشروعیت این قوه را بر انتخاب قرار دادیم، مرجعیت تشخیص مصالح توسط این قوه هم بر همین اساس خواهد بود. ما به هر ترتیب، در اسلام اصل شورا برای تشخیص مصالح غیر قابل انکار است. زیرا در آیات و روایات فراوان بر این اصل، برای تشخیص مصالح تأکید شده است. مصالح جامعه با اهمیتی که دارد،

۱. سوره نساء: آیه ۵۹.

۲. شهید صدر، اقتصادنا، ص ۷۲۱ تا ۷۶۲.

اگر نگوییم قدر متیقن، حداقل مشمول سفارشات فراوان به شورا است. البته اصل شورا، همانند سایر اصول باید با بقیه ادله جمع بندی و نتیجه گیری شود. بنابر این، در صورت استفاده نصب ولی فقیه در زمان غیبت، از ادله معتبر، این اصل با آن نصب باید جمع گردد. کما اینکه اگر؟؟ مردم را برای انتخاب وکیل در تشخیص مصالح جامعه، با ادله معتبر ثابت کردیم، باید با اصل شورا به یک جمع بندی منطقی برسد؛ در این جمع بندی، ممکن است برای مثال، لازم بدانیم که افراد شورای قانون گذاری، واجد شرایطی از عقل و دانش و تجربه، برای تشخیص مصالح جامعه در حوزه های مختلف زندگی بشر باشند.

در اینجا به ذکر نمونه هایی از آیات و روایات درباره شورا بسنده می شود. از آیات، آیه شورا قابل یادآوری است: (وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ)^(۱). جمله اسمیه «وامرهم شوری بینهم» بیان صفتی از صفات مؤمنان است. «امر» در قرآن، اگر نگوییم ظهور در حکومت و اداره جامعه دارد، چنانکه برخی گفته اند^(۲) لا اقل در معنای لغوی خود، شامل آن می شود، بلکه قدر متیقن آن است؛ زیرا حکومت و اداره جامعه از اهم شوون زندگی انسان است. در آیه دیگر خطاب به پیامبر اکرم می خوانیم: (وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ)^(۳). در این آیه نیز با توجه به ظهور و شمول کلمه امر، فی الجملة، مرجعیت شورا برای تشخیص مصالح به دست می آید. اما از روایات می توان روایات زیر را یادآوری شد: «إذا كان امراؤكم خياركم واغنيائكم سمعائكم وأمركم شوری بینكم، فظهر الأرض خیر لكم من بطنها وإذا كان امراؤكم شراركم واغنيائكم نجلائكم ولم يكن امركم شوری بینكم فبطن الأرض خیر لكم من ظهرها»^(۴) سیاق و دلالت این روایت نیز با توجه به کلمه امر همانند آیات فوق الذکر، قابل استدلال برای اصل شورا است.

۱. سوره شوری: آیه ۳۸.

۲. ر.ک: حسینعلی منتظری، ول آیت الفقیه و فقه الدولة الإسلامية، ج ۱، ص ۴۹۸ و ج ۲، ص ۳۲.

۳. سوره آل عمران: آیه ۱۵۹.

۴. ثعلبی، تفسیر ثعلبی، ج ۳، ص ۱۹۲ و حرانی، تحف العقول، ص ۳۶.

۴. نسبت منابع قانون گذاری (ضوابط تشخیص مصالح)

بیان نسبت منابع قانون گذاری در حکومت اسلامی، پایه، پاسخ به پرسش های مهمی در حکومت اسلامی است، از جمله درباره ماهیت دینی بودن حکومت و نیز مساله مورد بحث، ربط فقه و انون گذاری. پس از اثبات منبع بودن فقه و حکم شرعی برای قانون گذاری در حکومت اسلامی و نیز منبع بودن مصالح جامعه، مهم بیان نسبت بین این منابع است. بیان این نسبت با بیان ضوابط تشخیص مصالح برای قانون گذاری در حکومت اسلامی روشن می شود. به عبارت دیگر ضوابط تشخیص مصالح قانون گذاری حاوی بین نسبت این منابع است. با بیان این ضوابط مطلب روشن خواهد شد.

پیش از بیان ضوابط تشخیص مصالح یادآوری نکته ای به عنوان مقدمه، مناسب است. اینکه پایه گذاری قوانین بر مصلحت در حکومت اسلامی با پایه ریزی آن در حکومت های غیر اسلامی متفاوت است. حکومت اسلامی، چنان که گذشت مبتنی بر اهداف و احکامی است که در اسلام برای تشکیل حکومت وجود دارد. بنابر این مصلحت بینی در حکومت اسلامی نمی تواند با اسلامی بودن آن ناسازگار باشد؛ وگرنه حکومت اسلامی نخواهد بود. اسلامیت حکومت هم به اهداف و احکام آن است. البته احکام و بلکه اهداف حکومت در اسلام دارای درجات مختلفی از اهمیت هستند که باید در شرایط مختلف به آن توجه شود. بنابر این ضوابطی که به آن اشاره خواهد شد ناشی از چند ضرورت است که باید با هم جمع بندی شود:

اول ضرورت مصلحت بینی در شرایط مختلف، دوم ضرورت اجرای حداکثری اهداف حکومت در اسلام و سوم ضرورت اجرای حداکثری احکام مربوط به حکومت بلکه هر احکام مقدس اسلامی که حجیت آن تمام باشد. بنابر این بیان ضوابط تشخیص مصالح چیزی جز بیان و جمع بندی این ضرورت ها نیست. بنابر این بیان ضوابط همان بیان نسبت بین منابع قانون گذاری است؛ چرا که قبلا اشاره شد که مصالح، احکام و اهداف حکومت در اسلام همان منابع قانون گذاری در حکومت اسلامی هستند. نتیجه این که باید ضوابط تشکیل مصالح بین شود تا نسبت مذکور روشن گردد. ضوابط تشخیص مصالح به ترتیبی است که در ادامه می آید.

۴.۱. رعایت تحقق اهداف شارع

در اسلام اهدافی برای تشکیل حکومت تعیین شده است که می توان از آیات و روایات متعددی به دست آورد. یکی از مهم ترین آیات در این باره آیه مربوط به تمکن صالحان در زمین است. در این آیه هدف از تمکن صالحان که اشاره به قدرت گرفتن آنان در زمین است در چند مورد بیان شده است: (الَّذِينَ إِن مَّكَّنَاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ)^(۱). اقامه نماز، دادن زکات، امر به معروف و نهی از منکر چهار عنوان اصلی و محوری در اهداف قدرت و حکومت، در آیه شریفه معرفی شده است. نماز ستون اصلی دیانت خداواری است. زکات محور کلیدی در تحقق عدالت اجتماعی است و معروف که او به آن از اهداف است می تواند شامل تمامی خواسته های شرعی و بلکه محسنات عقلایی در چارچوب شرع و در مقابل آن منکر که نهی از آن می شود هم چنین است. در حقیقت می توان بیان اهداف در روایات را هم به نحوی از مصادیق همین اهداف کلی در آیه فریضه دانست. از جمله این روایات که می توان اهداف حکومت در اسلام را از روی آیه به استنباط نشست، نامه معروف امام علی به مالک اشتر است وقتی او را به حکومت مصر منصوب کرد^(۲). برخی از صاحب نظرات در فقه حکومت اسلامی، بر اساس آیات و روایات مورد اشاره، پانزده عنوان را به عنوان اهداف اصلی حکومت در اسلام بر شمرده اند^(۳).

مصلحت در نظام اسلامی باید در مسیر تحقق اهداف فوق الذکر باشد. مراد از داخل بدون مصلحت در عناوین کلی اهداف اسلام از حکومت یا همان مقاصد عامه شریعت به عنوان اولین ضابطه تشخیص مصالح همین است. دلیل این ضابطه این است که تعیین کردن اهداف و مصالح کلی در

۱. سوره حج / آیه ۴۱.

۲. نهج البلاغه، گردآوری صبحی صالح، ص ۴۲۶، نامه ۵۳، و من کتاب له (علیه السلام) کتبه للأشتر النخعی....

۳. حسینعلی منتظری، ول آیت الفقیه، ج ۲، ص ۲۱.

شریعت اسلام با فرض مشروعیت قانون گذاری بر اساس مصالح عرفاً بلکه عقلاً مستلزم تحقیق آن اهداف به وسیله ی این مصالح است. در غیر این صورت تعیین آن اهداف کلی و تأکید بر آنها در آیات و روایات لغو می نماید. ممکن است مطلب را به گونه ای دیگر هم تقریر کنیم: شارع مقدس در دین جاودان و جامع اهداف کلی را تعیین کرده است و می توان آنها را در شرایط مختلف و متغیر زمانی و مکانی تحقق بخشیده و این در حالی است که برای حکومت مشروع اسلامی مصلحت بینی را در شرایط مختلف و متغیر مشروع دانسته است. جمع بین این دو گزاره ی شرعی لزوم تشخیص مصالح در راستای تحقق بخشیدن به آن اهداف است. مفهوم این نتیجه چیزی جز لزوم داخل بودن مصالح قانون گذاری در اهداف کلی یا مصالح عامه نخواهد بود.

۴.۲. رعایت احکام شرعی

پیش فرض مباحث مربوط به رابطه ی فقه و قانون وضعی در حکومت اسلامی این است که در شریعت اسلام احکام فراوانی در جنبه های گوناگون حکومت و اداره ی جامعه شامل حوزه های اقتصادی، سیاسی، قضایی، فرهنگی، رباط داخلی و خارجی وجود دارد. منابع چهارگانه ی معروف در فقه و اصول، قرآن، سنت، اجماع و عقل منابع اصلی این احکام هستند. پیش از این به منبع بودن احکام شرعی حجت برای قانون گذاری در حکومت اسلامی اشاره شد. بنابر این این منبع بودن با منبع بودن مصالح برای قانون گذاری، جمع شدنی نیست مگر با رعایت منبع بودن این مصالح نسبت به آن احکام حجت. به عبارت دیگر حجت این احکام مقتضی حرکت به سوی امثال آن احکام خواهد بود. این در حالی است که این حرکت به واسطه ی منبع بودن مصالح و مشروعیت مصلحت بینی و همچنین به واسطه ی لزوم تحقق بخشیدن اهداف و مقاصد کلی که قبلاً اشاره شده باید حرکتی عقلانی همراه با محاسبه ی دقیق علمی در شرایط مختلف باشد. از این رهگذر معنای رعایت احکام شرعی بسان ضابطه ی تشخیص مصلحت قانون گذاری این است که احکام شرعی با توجه به تحقق اهداف کلی و با زمینه ی اولیه ی نیازهای بشر در شرایط زمانی و مکانی مختلف امثال شود. در صورتی که در زمینه ی حکم شرعی خاصی نباشد لازم است مصلحت زمینه در راستای

تحقق بخشیدن به اهداف کلی باشد. در این صورت هم مصلحت تشخیص داده شده، طبعاً، مخالف با احکام شرعی نیست.

۴.۳. رعایت اهمیت

قاعده اهم و مهم یا رعایت اهمیت قاعده ای معروف در باب تزاحم در اصول فقه و مبتنی بر عقل و نقل است^(۱). این قاعده در مرحله امتثال و اجراء احکام شرعی جاری می شود. موضوع جریان قاعده جایی است که مظان قدرت بر جمع بین امتثال دو تخفیف یا بیشتر را با هم ندارد و باید قدرت را در بعضی از تکالیف که در این حالت متزاحم هستند، صرف کند^(۲).

پیش از این به مأموریت حکومت اسلامی و صاحب حق بودن آن نسبت به اجرای احکام اسلامی و تحقق اهداف آن، اشاره شد. بی تردید این مأموریت باتزاحمات فراوان بین احکام مختلف، اهداف مختلف و حتی احکامی با اهدافی، مواجه است. ادله عقلی و نقلی قاعده اهمیت مبنی بر تقدیم تکلیف اهم بر مهم در اجرای احکام و اهداف اسلامی در صحنه جامعه و توسط حکومت اسلامی هم جریان دارد. از جمله شاخه های حکومت، شاخه یا قوه مقننه است. این قوه، حتی رعایت ضابطه اجرای احکام شرعی و تحقق اهداف کلی، در تشخیص مصالح، در چارچوب قاعده اهمیت، به چنین مهمی می پردازد. زیرا در فرض اهم نوبت به مهم نمی رسد، بنابر این باید با تشخیص اهم و مهم در احکام و اهداف، بر اساس ضوابط پیش گفته به تشخیص مصالح و قانونگذاری بر پایه آنها پردازد. در اینجا یادآوری دو نکته ضروری می نماید:

۱. برای تشخیص اهمیت در احکام و اهداف شرعی، لازم است به جنبه های مختلف احکام و

۱. ر.ک: محمد حسین نائینی (قدس سره) فرائد الاصول، ج ۱ و ۲، ص ۳۱۷، آقا ضیاء الدین عراقی، مقالات الاصول، ج ۲، ص ۳۱۶، محمد رضا المظفر، اصول الفقه ج ۳ و ۴، ص ۲۱۳، سید ابوالقاسم خوئی (قدس سره)، مصباح الاصول، ج ۳، ص ۳۵۷ و سید شهید محمد باقر صدر (قدس سره)، بحوث فی الاصول، ج ۷، ص ۶۸.

۲. همان.

اهداف توجه شود: اولاً در متعلق حکم یا هدف، ثانیاً در دایره شمول متعلق، ثالثاً در آنچه بر اجرای تحقق احکام و اهداف مترتب می شود، شامل آثار و لوازم آنها؛ و رابعاً در فوری بودن و موقت بودن آنها یا عدم آن. نسبت به متعلق دو تقسیم در اصول فقه سنی و برخی از کلمات امامیه وجود دارد. تقسیم اول بر حسب جنس متعلق است و شامل مصالح دین، جان، عقل، نسل و مال می شود.^(۱) تقسیم دوم بر حسب مرتبه متعلق است و شامل ضروری، حاجی و تحسین است.^(۲)

در این صورت، عقلا و عقلاًئاً، در شرایط مساوی، ترتیب مذکور در تشخیص مصالح و اجرای احکام و اهداف لازم الرعایه است. البته در تشخیص هر یک از عناوین ضروری، حاجی و تحسینی، خبرویت و مستندات معتبر لازم است و اصل عدم حجیت ظن در آنچه به شارع مقدس نسبت داده می شود همواره حاکم است. اما در تقسیم اول نیز، چنین بر می آید که از نظر مبتکران این تقسیم، ترتیب ذکری آنها بر اساس اهمیت بوده است؛ به این صورت که در شرایط مساوی، مصلحت این مقدم بر مصلحت جان، مصلحت جان مقدم بر مصلحت عقل و هكذا.^(۳)

اما نسبت به دایره شمول متعلق می توان چنین تقسیم بندی کرد که گاهی دایره شمول تنها یک فرد است، گاهی یک صنف یا گروه است و گاهی کل جامعه. در شرایط مساوی، حکم یا هدف متعلق به دایره ای وسیع تر مقدم بر دایره تنگ تر است. از این روست که حق جامعه مقدم بر حق فرد می شود. اما نسبت به آثار و لوازم، به ویژه در عصر حاضر که ارتباط بسیار گسترده است، با عرض عریض و پیچیده ای روبرو هستیم. در این مورد ضمن اینکه لازم است بهترین و بیشترین تخصص های ممکن به کار گرفته شود، اصل اجرای احکام و اهداف نباید قربانی آثار و لزوام توهمی و غیر ثابت شد، گردد. ضمن اینکه بر حسب نوع آثار و لوازم، گاهی لازم است قوت محتمل و اهمیت آن، بر کم بودن احتمال ترجیح داده شود. اما نسبت به مسأله فوریت و موقت بودن، اصل عقلی و عقلایی بر

۱. ر.ک: غزالی، المستصفی، ص ۱۷۴ و شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۳۸.

۲. ر.ک: رمضان البوطی، ضوابط المصلحة، ص ۱۱۵ به بعد.

۳. ر.ک: منابع تقسیم.

تقدیم فوری بر غیری فوری گواهی می دهد.

۲. در تشخیص اهمیت، در جنبه های مختلف آن که اشاره شد، گاهی علم حاصل می شود که باید گفت، در جهان پیچیده امروز به قدرت چنین است. سخن در این است که آیا گمان در این موارد کافی است یا نه. مراد از گمان، گمان هر کسی نیست، بلکه گمان اهل تخصص و اجتهاد مراد است. با توجه به عدم امکان عرفی علم، ممکن است در اینجا نوعی دلیل انسداد را کافی بدانیم. البته ممکن است در کبرای عقلایی مسأله، احتمال اهمیت را لاقفل، و برخی از موارد کافی بدانیم. اما همین احتمال نیز نمی تواند در حالت بدون و بدون به کارگیری اجتهاد و تخصص، اعتباری داشته باشد، بلکه باید حداکثر تلاش علمی برای یافتن بهترین و بیشتر احتمال صورت گیرد. قاعده عقلایی اهمیت چنین اقتضایی دارد. این همه با این فرض مسلم است که نمی توان با عذر نرسیدن به یقین در نحوه امتثال، اصل امتثال احکام و تحقق بخشیدن به اهداف را تعطیل کرد؛ زیرا معنای چنین تعطیلی تعطیلی اصل حکومت اسلامی است.

۴.۴. ماهیت قانون گذاری بر اساس مصالح، در حکومت اسلامی

پس از بیان ضوابط تشخیص مصالح در وضع قوانین، در نظام اسلامی، راه برای تعمیق ماهیت مصلحت اندیشی و تشخیص مصالح در قانون گذاری در نظام اسلامی، هموار می شود. این تعمیق بر پایه ربط معتبر و منطقی بین آنچه برای زندگی خود خیر و مصلحت می دانیم، با آنچه از اهداف و احکام، شریعت اسلامی از ما می طلبد، قرار دارد. آنچه از ضوابط پیش گفته بدست می آید این است که مصلحت وضع قوانین در نظام اسلامی، یا به عبارت دیگر، مصلحتی که متعلق قانون وضع شده در نظام اسلامی، از حاصل جمع بین اهداف و احکام شرعی و نیازهای متطور و متنوع زندگی انسان، با رعایت قاعده اهمیت در تحقق اهداف و احکام، بدست می آید. جمع مذکور به این ترتیب است که مصلحت تشخیص داده در متعلق قانون، اولاً، در جنس هدف یا اهدافی از شریعت مقدس برای اداره جامعه، داخل است. ثانیاً نسبتی معین در راستای تحقق احکام شرع دارد، یا موافق با آن است که اکنون با قانونی شدن در مسیر اجرا قرار می گیرد، با مخالفتی با آن ندارد و مانع از اجرای احکام شرع

نیست. ثانیاً برطرف کردن ضرورت، نیاز یا امر را حجمی را به لحاظ مصالح عرفی، در بردارد. این همه با رعایت قانون اهم و مهم همراه است.

بیان فوق در تعمیق مصلحت اندیشی در وضع قوانین در نظام اسلامی، در واقع، بیان نسبت منابع قانون گذاری است. زیرا این منابع، چنان که قبلاً گذشت اولاً، شامل احکام و اهداف شریعت است که از منابع اصلی معارف فقه اسلامی، به صورت حجت استنباط شده است و ثانیاً عبارت از مصالح عرفی و کارشناسی شده جامعه در حوزه های مختلف اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی، نظامی، داخلی، خارجی و غیره خواهد بود. این منابع برای این که متعلق قانون وضعی را بسازند و به تصویب و تأیید و اجراء برسند، باید یک تعامل منطقی را چنان که در ضوابط فوق الذکر گذشت طی کنند.

از آنچه گذشت روشن می شود که مصالح قانون گذاری، در دو مرحله قابل تفکیک است: اول مصلحت اولیه و ماده خامی که قبل از وضع قانون وجود دارد. این نوع مصلحت همان مصالح عرفی است که برای هر جامعه ای، فارغ از اسلامی بودن حکومت و قانون گذاری در آن، یا نبودن آن، وجود دارد و البته در جهان پیچیده امروز جز با به کارگیری کارشناسی و خبرویت در حوزه های مختلف زندگی، قابل تشخیص نیست. دوم مصلحتی که پس از طی کردن مسیر وضع قانون در نظام اسلامی، به صورت متعلق قوانین مصوب، ظهور می کند. این نوع مصلحت، چنان که اشاره شد حاصل تعامل منطقی مصلحت نوع اول با اهداف و احکام معتبر شریعت مقدس در جامعه و حکومت، همراه با رعایت قاعده اهم و هم خواهد بود. بنابر این وقتی از مصلحت به عنوان یکی از منابع قانون گذاری، در عرض سایر منابع آن سخن می رود، مصلحت نوع اول منظور خواهد بود. و هنامی که در مصلحت به عنوان متعلق قانون مصوب بحث می شود، مصلحت نوع دوم مراد است. تفاوت مصالح در نظام اسلامی با نظام های غیر اسلامی در مصالح نوع دوم است که به صورت قانون مصوب در نظام اسلامی درآمده است.

۵. راهی به سوی حل مشکل فقه و قانون

با در دست داشتن نسبت منابع قانون گذاری در نظام اسلامی، راهی به سوی حل مشکل فقه و

قانون که در ابتدای نوشتار مطرح شد، در پیش رو داریم. مشکل جمع بین قانون وضعی با ویژگی‌های تحول‌پذیری، روشنی ملاک و عدم تعبد در آن، از یک سو، و ثابت بودن و تبعیدی بودن احکام شرعی است که نظام اسلامی مدعی بیچاره کردن آنها است. به نظر می‌رسد حل مشکل، با توجه به آنچه درباره نسبت منابع قانون‌گذاری گذشت این است که برای حل مشکل باید یک گام به عقب‌تر از قانون مصوب بر داریم و در مرحله تصویب قوانین مشکل را بررسی و قبل از به وجود آمدن آن پس از تصویب قانون، آن را به جای رفع و معالجه، رفع و پیش‌گیری کنیم. در واقع منابع قانون‌گذاری قبل از بیان صحیح نسبت آنها، همان اطراف مشکل یا ریشه به وجود آمدن مشکل پس از تصویب قانون هستند. پس باید مشکل را از ریشه برطرف کرد. توضیح مطلب این که در نظام اسلامی و در مرحله قانون‌گذاری که موضوع بحث ماست، از یک سو با مصالح و منافی برای معالجه روبرو هستیم که برای حفظ و تحقیق و توسعه آن منافع و مصالح باید قانون‌گذاری مناسب صورت پذیرد. از سوی دیگر با مطالبات شریعت مقدس روبرو هستیم که در یک دریافت عقلانی از شرع مقدس، در عین حال، می‌دانیم که سعادت اخروی و دنیوی بشر در گرو امتثال و اجرای آنهاست. اگر قبل از تصویب قانون توانستیم بین این دو مواجهه جمعی منطقی و معتبر ایجاد کنیم و قانون مصوب حاصل آن جمع باشد، در واقع قبل از به وجود آمدن مشکل آن را حل کرده ایم. زیرا طبق این جمع قانون مصوب هم پاسخ‌دهنده خواسته‌های اسلام است و هم پاسخ‌دهنده نیازهای زمان و مکان. آن نسبتی که آن را همان ضوابط تشخیص مصالح در وضع قوانین خواندیم، همین جمعی است که دنبال آن هستیم. زیرا طی این نسبت هم مصالح و منافع زمان و مکان دیده شده است هم اهداف و احکام شرع و هم قانون اهم و مهم رعایت شده است.

به نظر می‌رسد نگاه یک‌جانبه به مصالح عرفی و یا نگاه یک‌جانبه به احکام شرع و به ویژه غفلت از اهداف در کنار احکام و نیز بی‌توجهی یا کم‌توجهی به قانون اهم و مهم، مانع از برقراری نسبت صحیح بین منابع قانون‌گذاری می‌شود و در نتیجه قانون‌گذاری همراه خود مشکل را به بار می‌آورد. مرید این کم‌توجهی در نظام جمهوری اسلامی ایران این است که وقتی نسبت قانون با مطالبات شریعت مطرح می‌شود، اذهان بیشتر به سوی احکام فقهی می‌رود که نمونه‌هایی از شکل

مدون شده آن را در میراث عظیم فقه که با زحمات طاقت فرسا و خالصانه فقهای عظام در طول تاریخ فقه به وجود آمده در دسترس داریم. به اهداف کلی شرع و نیز قانون اهمیت کمتر توجه می شود. شاهد این کم توجهی این است که این اهداف را در جایی به صورت مدون در اختیار نداریم. کما اینکه شبکه دقیق و پیچیده قاعده اهمیت، لا اقل در کبریات آن، تدوین نشده است. این هر دو به لحاظ جامعه و حکومت لازم است؛ گر چه به لحاظ فردی آن هم مورد توجه چندانی نبوده است. دیدیم که اهداف در قرآن و سنت مورد اهتمام است. کما اینکه قانون اهمیت مستظهر به عقل و نقل است و دیدیم که چگونه ممکن است شبکه آن را تدوین کرد.

با تدوین اهداف و تعیین اولویت‌ها طبق قاعده اهم و مهم، در کنار احکام شرعی معین و حجت در صحنه اجتماع، قانونی که بر اساس مصالح و با ضوابطی که نسبت مصالح را با این سه امر روشن کرده است و حاصل آن را متعلق قانون وضعی قرار داده است، تصویب می شود، قانونی است اسلامی که در صحنه جامعه و حکومت اسلامی حکفرماست. این چنین قانونی، در عالم ثبوت و تکوین خود خاضع شریعت اسلام است زیرا تحت ضوابط یاد شده، توجه منطقی و لازم را به اهداف و احکام شریعت، با رعایت قاعده اهمیت، روا داشته است. اما در مرحله اثبات، با توجه به حجیت اهداف، احکام و قاعده اهمیتی که در آن رعایت شده است، بر هر حکم دیگری که شرعی تلقی می شود حاکم و مقدم است؛ کما اینکه در نظام های حقوقی از جمله نظام اسلامی، مصلحتی که در متن قانون است، تا مادامی که قانون بر قانون بودن خود باقی است و شرایط اجرا در آن وجود دارد، بر هر مصلحت دیگری که تشخیص داده شود مقدم است. بنابر این تعارض فقه و قانون، در صورتی که فرایند یاد شده در مراجعه به منابع قانون گذاری، تحت ضوابط و نسبت این منابع، در تصویب قوانین رعایت شده باشد، موضوعاً منتفی خواهد بود.