

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ





دانشگاه بین‌المللی مذاهب اسلامی

دانشگاه بین‌المللی مذاهب اسلامی

دانشکده فقه و حقوق اسلامی

رساله دکتری

رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

## فتوای معیار در قانونگذاری از دیدگاه فقه اسلامی و نظام حقوقی ایران

نگارش

نرجس خاتون همتی بخشکندی

استاد راهنما

دکتر سید محمد حسینی

استاد مشاور

دکتر محمود ویسی

خرداد ۱۴۰۲

## برگ اصالت و مالکیت اثر



پرسنال

دانشکاد بین‌المللی مذاهب اسلامی

### تعهدنامه اصالت پایان‌نامه / رساله

اینجانب **رحمن خانزاد محمدرضا** دانشجوی رشته **فقه و حقوق اسلامی** مقطع تحصیلی **دکتری** بدین‌وسیله اصالت کلیه مطالب موجود در مباحث مطروحه در پایان‌نامه / رساله تحصیلی خود، با عنوان **فوتام معیر در حدیث مؤکدات در رساله فقهیه نظام حقوق ایران** را تأیید کرده، اعلام می‌نمایم که تمامی محتوی آن حاصل مطالعه، پژوهش و تدوین خودم بوده و به هیچ وجه رونویسی از پایان‌نامه و یا هیچ اثر یا منبع دیگری، اعم از داخلی و خارجی نبوده و هر گونه بهره‌گیری از منابع، دریاورقی و منابع و ماخذ بیان گردیده‌است. تعهد می‌نمایم در صورت اثبات عدم اصالت آن و یا اجراز عدم صحت مفاد آن در هر مرحله از مراحل منتهی به فارغ‌التحصیلی و یا پس از آن و یا تحصیل در مقاطع دیگر و یا اشتغال، دانشگاه حق دارد ضمن رد پایان‌نامه نسبت به ابطال مدرک تحصیلی مربوطه اقدام نماید. مضافاً اینکه کلیه مسئولیت‌ها و پیامدهای قانونی و یا خسارت وارده از هر حیث متوجه اینجانب می‌باشد.

نام و نام خانوادگی دانشجو

امضاء و تاریخ

۱۴۰۲، ۳، ۲۷

## برگ تایید هیأت داوران

صور تجلسه دفاع از رساله دکتری دانشگاه بین المللی مذاهب اسلامی				
	تاریخ: ۱۴۰۲/۰۳/۲۷	نام و نام خانوادگی دانش‌آموخته: نرجس خاتون همتی بخشکندی		
	شماره ملی: ۲۸۵۱۳۸۹۸۱۵	شماره دانشجویی: ۹۵۱۱۴۴۱۱۰۵		
عنوان: «قتوای معیار در قانون گذاری از دیدگاه فقه اسلامی و نظام حقوقی ایران»				
رشته تحصیلی: فقه و مبانی حقوق اسلامی				
هیأت داوران پس از شنیدن گزارش، دفاعیه دانشجو و نحوه پاسخ به پرسش‌ها، درجه و نمره نهایی آنرا به شرح ذیل اعلام کرد: رساله مورد قبول می‌باشد. <input checked="" type="checkbox"/> رساله یا اصلاحات مورد قبول می‌باشد. <input type="checkbox"/> رساله مورد قبول نمی‌باشد. <input type="checkbox"/>				
به عدد <input type="text" value="۷۱"/> به حروف <input type="text" value="هفتاد و یک"/> نمره نهایی رساله: <input type="text" value="۷۱"/> درجه رساله: <input type="text" value="بسیار خوب"/>				
سمت	نام و نام خانوادگی و وابستگی سازمانی (بزرگشماره دانشگاه/)	مرتبه علمی	پایه	امضاء
استاد راهنما	سید محمد حسینی	دانشیار	۳۳	
	دانشگاه تهران			
استاد مشاور	محمود ویسی	استادیار	۶	
	دانشگاه بین المللی مذاهب اسلامی			
استاد داور	محمد جعفری هرنندی	دانشیار	۲۸	
	دانشگاه آزاد اسلامی			
استاد داور	سید ابوالقاسم تقیبی	دانشیار		
	دانشگاه شهید مطهری			
استاد داور	مهدی رهبر	دانشیار	۱۵	
	دانشگاه بین المللی مذاهب اسلامی			
تایید ناظر دانشگاه	نام و نام خانوادگی	سمت		
	محمد باقر حیدریان	کارشناس مسئول امور پایان نامه‌ها و رساله‌ها		

تقدیم

تقدیم به ساحت مقدس حضرت بقیه الله الاعظم امام عصر حضرت مهدی عجل الله و تقدیم به پیشگاه حضرت معصومه (س) که در جوار کربانه  
این بانوی بزرگوار، مستنیم

و

تقدیم به نابان برحق امام عصر عجل الله و روح مطهر رهبر کبیر انقلاب حضرت امام خمینی قدس سره احیا کرد و ولایت مطلقه فقیه و تقدیم  
به مقام معظم رهبری حضرت آیت الله العظمی خامنه‌ای که ولایت امری مسلمین در این برهه از زمان غیبت بر عهده ایشان می باشد

و

تقدیم به اولین اساتید زندگی ام پدر بزرگوارم و مادر دلوز و مهربانم

و

تقدیم به همسر عزیزم جناب آقای دکتر محمود ایمانی که با صبر و سکینایی مراد تدوین این پایان نامه یاری رسانند

و

تقدیم به فرزند دلبندم احمد رضای عزیزم که با صبوری مراد طول تحصیل و تدوین رساله همراهی کرد.

## پاسکزاری

پاس خدای را که توفیق بندگی داد تا پیشانی بر خاک عبودیت ساییده اطاعتش نمایم. حمد و ستایش خدای را که در هر زمان و مکانی همراه و یاور ماست و بیچ زمانی را بدون ولی و امام قرار نداده است. شکی نیست که رسیدن به قله های معرفت و کسب مدارج علمی آرزوی هر انسان طالب علم و معرفت است و چنین مسیر سخت و پرفراز و نشیبی بدون راهنما و مرشدی که خویش این راه را پیموده باشد بسی سخت و یانامکن است. خداوند متعال را پاسکزارم که توفیق تدوین رساله را به اینجانب عنایت کرده است. این مهم را پس از توفیق الهی مدیون راهنمایی ها و ارشادات استاد راهنمای بزرگوارم جناب آقای دکتر سید محمد حسینی و مشاوره جناب آقای دکتر محمود ویسی می باشم. صمیمانه قدردانی می کنم و تلذذ محض این اساتید بزرگوار موجب افتخار برای اینجانب می باشد. از خداوند منان برای ایشان توفیق روز افزون مسئلت می نمایم. همچنین از اساتید محترم داور جناب آقای دکتر سید محمد هرنندی و جناب آقای دکتر ابوالقاسم نقیعی و جناب آقای دکتر رهبر که داور این رساله را پذیرفتند بسیار تشکر و قدردانی می نمایم. در پایان از تمامی اساتید عزیز به خصوص استاد فقید بزرگ حضرت آیه الله محمد علی تسخیری (ره) و نیز کارکنان محترم دانشگاه مذاهب اسلامی قدردانی می کنم.

## چکیده

تشریح و تقنین تحت حاکمیت حاکم اسلامی، نماد ولایت بر منصب افتاء است. قانونگذاری در حکومت اسلامی از مناصب ولی امر مسلمین است که فقهای مذاهب اسلامی بر آن اتفاق نظر دارند. در پژوهش پیش رو، فتوای معیار در قانونگذاری از دیدگاه فقه اسلامی و نظام حقوقی ایران مورد بررسی قرار داده می‌شود. در فرایند قانونگذاری با عنایت به اختلاف آراء فقها فتوایی بایستی از بین فتاوا انتخاب شود و معیار باشد. در انتخاب فتوا برای قانونگذاری چندین احتمال است که عبارت‌اند از: فتوای مشهور فقها، فتوای اعلم، فتوای کما آمد و فتوای ولی امر. در پژوهش حاضر که به روش توصیفی-تحلیلی و گردآوری اطلاعات به شیوه کتابخانه‌ای است، تلاش شده است به تبیین ماهیت فتوای معیار در قانونگذاری پرداخته شود و سیر قانونگذاری و نظارت فقها بر قانونگذاری مورد بحث و بررسی قرار گیرد و همچنین معیارها و شاخص‌های فتوای معیار در قانونگذاری تبیین شود. قانونگذاری و تشریح با استناد به ادله نقلی و عقلی نزد فقه مذاهب اسلامی از شئون ولی امر است. نظریه‌پردازی فقهی در فرایند قانونگذاری نگاه نوین به فقه و حقوق است که می‌تواند در تدوین قوانین طریقت داشته باشد که در این رساله به آن پرداخته شده است. نظریه‌های فقهی، مجموعه‌ای از گزاره‌های فقهی، مفاهیم و اصول کلی فقهی و سازواره‌های هماهنگ از تبیین احکام هستند که نظریات فقهی را تشکیل می‌دهند. قانونگذاری مبتنی بر نظریه-پردازی فقهی بر اساس فتاوا و سیاست‌های کلان ولی امر سبب انسجام و کارآمدی قوانین و نگاه کلان و اجتماعی بر قضایا شده و نیز مسائل مستحدثه ذیل نظریه‌های فقهی وارد شده و مانع از تشتت آرا می‌شود. ژرف‌اندیشی در نصوص و افزایش قواعد فقهی ظل ولایت فقیه جامع‌الشرایط، نظریات فقهی موثق در قانونگذاری ایجاد می‌کند. عدم کفایت فقه‌الاحکام در تقنین و نیاز جامعه اسلامی به قوانین منسجم و منطبق با مقتضیات زمان و مکان، مستلزم الگوسازی تحت ولایت فقیه جامع‌الشرایط با رویکرد نظریه‌پردازانه فقهی به قانونگذاری است و فتاوا و نظرات کلان ولی امر در قانونگذاری معیار است.

کلید واژگان: فتوای معیار، ولی امر، قانونگذاری، نظریه‌پردازی فقهی، حقوق موضوعه ایران، مذاهب اسلامی

## فهرست مطالب

فصل اول: کلیات و تبیین مفاهیم.....	۱۵
۱-۲- مفهوم شناسی حکم .....	۳۲
۱-۲-۱- معنای لغوی حکم .....	۳۲
۱-۲-۲- مفهوم اصطلاحی حکم .....	۳۳
۱-۳- مفهوم شناسی قانون .....	۳۶
۱-۳-۱- معنای لغوی قانون .....	۳۶
۱-۳-۲- مفهوم اصطلاحی قانون .....	۳۷
۱-۳-۳- تفاوت فتوا و حکم و قانون .....	۳۸
۱-۴- مفهوم شناسی قانونگذاری و تشریح .....	۴۰
۱-۵- مفهوم شناسی حاکم شرع .....	۴۲
۱-۵-۱- معنای لغوی حاکم شرع و ولی امر .....	۴۲
۱-۵-۲- مفهوم اصطلاحی حاکم شرع و ولی امر .....	۴۳

۶-۱. مفهوم شناسی نظریه فقهی ..... ۴۴

## فصل دوم: ماهیت فتوای معیار و تطور تاریخی آن در قانونگذاری ..... ۴۶

۱-۲. ماهیت فتوای معیار در قانونگذاری ..... ۴۷

۱-۱-۲. منابع قانونگذاری از دیدگاه فقه اسلامی ..... ۴۷

۱-۱-۱-۲. منابع قانونگذاری از دیدگاه فقه امامیه ..... ۴۹

۲-۱-۱-۲. منابع قانونگذاری از دیدگاه فقه مذاهب اهل سنت ..... ۵۱

۲-۱-۲. مرجع صدور فتوای معیار در قانونگذاری ..... ۵۳

۱-۲-۱-۲. مناصب و شئونات ولی امر در حکومت اسلامی ..... ۵۳

۱-۱-۲-۱-۲. جایگاه احکام حکومتی در قانونگذاری ..... ۵۷

۳-۱-۲. شاخصهای شناسایی فتوای معیار در قانونگذاری ..... ۵۸

۱-۳-۱-۲. عنصر مصلحت در فتوای معیار در قانونگذاری ..... ۵۹

۲-۱-۳-۱-۱. حجیت مصالح مرسله در قانونگذاری ..... ۶۲

۲-۳-۱-۲. عنصر زمان و مکان در فتوای معیار در قانونگذاری ..... ۶۵

۳-۳-۱-۲. عنصر عدل در فتوای معیار در قانونگذاری ..... ۶۵

۴-۳-۱-۲. عنصر کارآمدی در فتوای معیار در قانونگذاری ..... ۶۸

۲-۱-۳-۵. کارآمدی ادله لفظی در زمان صدور و ناکارآمدی استظهار اولیه آنها در قانونگذاری در عصر حاضر ..... ۶۹

۶-۳-۱-۲. حوزه معنایی واژگان ادله لفظی و نقش آن بر تقابل نص و دیدگاه حاکم شرع در قانونگذاری ..... ۶۹

۱-۶-۳-۱-۲. بسط و توسیع معنایی واژگان ادله لفظی (نصوص) ..... ۷۰

۲-۱-۳-۶-۲. ترفیع معنایی واژگان ادله لفظی ..... ۷۰

۳-۶-۳-۱-۲. تحدید معنایی واژگان ادله لفظی در عصر حاضر ..... ۷۰

- ۷۱-۲-۱-۳-۷. عنصر انسجام و ثبات در فتوای معیار در قانونگذاری
- ۷۲-۲-۱-۳-۸. عنصر تیسیر و تسهیل در فتوای معیار در قانونگذاری
- ۷۳-۲-۱-۳-۱-۸. انواع تیسیر فقهی از دیدگاه فقها
- ۷۴-۲-۱-۳-۹. تتبع رخص در قانونگذاری
- ۷۴-۲-۱-۳-۱-۹. مفهوم شناسی تتبع رخص
- ۷۵-۲-۱-۳-۲-۹. تتبع رخص از دیدگاه فقها
- ۷۸-۲-۱-۳-۱۰. قابل اجرا بودن قوانین در جامعه معاصر
- ۷۹-۲-۱-۳-۱۱. فتوای جامعه محور و کلان نگر معیار در قانونگذاری
- ۸۰-۲-۱-۴. قلمرو قانونگذاری مبتنی بر فقه
- ۸۰-۲-۱-۴-۱. قلمرو قانونگذاری در احکام اولیه، ثانویه و احکام حکومتی
- ۸۰-۲-۱-۴-۱-۱. قانونگذاری در قلمرو احکام اولیه و ثانویه
- ۸۳-۲-۱-۴-۲. قانونگذاری در قلمرو احکام حکومتی
- ۸۵-۲-۱-۴-۳. قلمرو قانونگذاری در منطقه الفراغ
- ۸۵-۲-۱-۴-۴. قانونگذاری در ما لانص فیه
- ۸۶-۲-۲. سیر تاریخی و تطور افتاء و قانونگذاری در فقه اسلامی
- ۸۶-۲-۲-۱. سیر افتاء و اجتهاد در عصر حضور پیامبر اکرم ﷺ و ائمه معصومین علیهم السلام
- ۸۶-۲-۲-۲. سیر افتاء و اجتهاد بعد از عصر حضرت رسول اکرم ﷺ
- ۸۷-۲-۲-۲-۱. سیر افتاء و اجتهاد در فقه اهل سنت
- ۸۹-۲-۲-۲-۲. سیر افتاء و اجتهاد در فقه امامیه
- ۹۰-۲-۲-۲-۲-۱. سیر افتاء و اجتهاد در عصر غیبت

- ۳-۲-۲. فرایند تعیین فتوای معیار در قانونگذاری ..... ۹۱
- ۱-۳-۲-۲. سیر تعیین فتوای معیار در قانونگذاری مبتنی بر فقه مذاهب اربعه اهل سنت ..... ۹۱
- ۲-۳-۲-۲. فرایند تعیین فتوای معیار در قانونگذاری مبتنی بر فقه امامیه ..... ۹۲
- ۴-۲-۲. سیر قانونگذاری مدون در حکومت اسلامی ..... ۹۴
- ۱-۴-۲-۲. اولین قانون مدون بر مبنای فقه اهل سنت ..... ۹۴
- ۲-۴-۲-۲. اولین قانون مدون بر مبنای فقه امامیه ..... ۹۸
- ۵-۲-۲. سیر تاریخی و تطور قانونگذاری در ایران بر اساس فقه ..... ۹۹
- ۱-۵-۲-۲. طرح نظارت فقها بر تقنین ..... ۹۹
- ۲-۵-۲-۲. فرایند تعیین فتوای معیار در قانونگذاری قبل از انقلاب اسلامی در ایران ..... ۹۹
- ۳-۵-۲-۲. تدوین قوانین بر اساس شریعت اسلام در نظام حقوقی ایران ..... ۱۰۲
- ۴-۵-۲-۲. طرح نظارت شرعی بر قوانین در مجلس شورای ملی ..... ۱۰۲
- ۵-۵-۲-۲. سیر تعیین فتوای معیار در قانونگذاری بعد از انقلاب اسلامی ..... ۱۰۳
- فصل سوم: فتوای معیار در قانونگذاری فقه اسلامی و نظام حقوقی ایران ..... ۱۰۴**
- ۳-۱. فتوای معیار در قانونگذاری از دیدگاه فقه اسلامی ..... ۱۰۴
- ۳-۱-۱. مبانی مشروعیت قانونگذاری در حکومت اسلامی توسط ولی امر از دیدگاه فقه امامیه ..... ۱۰۴
- ۳-۱-۲. مبانی فقهی قانونگذاری توسط ولی امر از دیدگاه منابع فقه اهل سنت ..... ۱۱۵
- ۳-۱-۳. دیدگاه فقها در خصوص قانونگذاری توسط ولی امر ..... ۱۱۸
- ۳-۱-۳-۱. دیدگاه فقهای امامیه ..... ۱۱۸
- ۳-۱-۳-۱-۱. دیدگاه موافقان ..... ۱۱۸
- ۳-۱-۳-۱-۲. دیدگاه مخالفان ..... ۱۳۰

- ۳-۱-۳-۲ دیدگاه فقهای اهل سنت ..... ۱۳۱
- ۴-۱-۳ اهمیت موضوع شناسی در تشخیص فتوای معیار برای قانونگذاری ..... ۱۳۴
- ۳-۱-۴-۱ اختلاف فتاوی فقها به لحاظ موضوع شناسی حکم ..... ۱۴۰
- ۳-۱-۵ چستی نظریه پردازی فقهی در قانونگذاری بر مبنای دیدگاه ولی امر ..... ۱۴۰
- ۳-۱-۵-۱ چستی نظریه پردازی فقهی ..... ۱۴۰
- ۳-۱-۵-۱-۲ تفاوت تبویب فقهی و نظریه فقهی ..... ۱۴۲
- ۳-۱-۵-۱-۲-۲ تفاوت قواعد فقه و ضوابط فقهی با نظریه فقهی ..... ۱۴۳
- ۳-۱-۵-۱-۳ تفاوت پارادایم فقهی و نظریه فقهی ..... ۱۴۴
- ۳-۱-۵-۳ حجیت نظریات فقهی برای قانونگذاری ..... ۱۴۴
- ۳-۱-۵-۴ گستره نظریه پردازی فقهی در قانونگذاری ..... ۱۴۶
- ۳-۱-۵-۱-۴-۱ تقابل دیدگاه ولی امر با نص در نظریه پردازی و تقنین ..... ۱۴۶
- ۳-۱-۵-۱-۴-۲ منطقه العفو و منطقه الفراغ و مالانص فیه ..... ۱۴۸
- ۳-۱-۵-۵ اجتهاد کلان (فقه النظام) برای تقنین ..... ۱۵۰
- ۳-۱-۵-۱-۳ مفهوم شناسی اجتهاد ..... ۱۵۰
- ۳-۱-۶ نظریه پردازی فقهی معیار در قانونگذاری ..... ۱۵۲
- ۴-۱-۷ سایر دیدگاه ها در تعیین فتوای معیار در قانونگذاری ..... ۱۵۴
- ۴-۱-۷-۱ فتوای مشهور فتوای معیار در قانونگذاری ..... ۱۵۴
- ۴-۱-۷-۲ فتوای اعلم ، فتوای معیار در قانونگذاری ..... ۱۵۸
- ۴-۱-۷-۳ فتوای کارآمد فتوای معیار در قانونگذاری ..... ۱۵۹
- ۴-۱-۸ تراحم احکام در مرحله تقنین و اجرا ..... ۱۶۰

- ۴-۲. فتوای معیار در قانونگذاری در حقوق موضوعه ایران ..... ۱۶۱
- ۳-۲-۱. تطابق قوانین با موازین شرع در نظام حقوقی ایران ..... ۱۶۳
- ۳-۲-۱-۱. چیستی موازین شرع در قانونگذاری ..... ۱۶۴
- ۳-۲-۲. فتوای معیار در قوانین مدون در نظام حقوقی ایران ..... ۱۶۶
- ۳-۲-۳. بررسی دیدگاهها در خصوص فتوای معیار در قانونگذاری در نظام حقوقی ایران ..... ۱۶۶
- ۳-۲-۳-۱. فتوای ولی امر ..... ۱۶۶
- ۳-۲-۳-۲. فتوای مشهور ..... ۱۷۰
- ۳-۲-۳-۳. فتوای فقهای شورای نگهبان ..... ۱۷۰
- ۳-۲-۳-۳. استخراج قواعد فقهی و نظریه پردازی و شوراهای تخصصی برای قانونگذاری در ایران ..... ۱۷۴
- ۳-۳. نتیجه گیری و پیشنهادهایی برای پژوهشهای آینده ..... ۱۷۷
- ۱-۳-۳. نتیجه گیری ..... ۱۷۷
- ۲-۳-۳. پیشنهادهایی برای پژوهشهای آینده ..... ۱۷۸
- منابع ..... ۱۸۰

# فصل اول

## کلیات و تبیین مفاهیم

## مقدمه

قانونگذاری مبتنی بر فقه، نماد انطباق قوانین با شرع مقدس اسلام است. از ویژگی‌های فقه، پویایی و پاسخ‌گویی به مسائل مستحدثه و پدیده‌های نوظهور در تمامی ازمان است. انطباق قوانین با شرع، رعایت مصالح جامعه اسلامی و مسلمین، اقتضائات زمان و مکان، رعایت عدل الهی و انسجام در قوانین مدون و کارآیی آنها مستلزم آن است که فقیه جامع‌الشرایط که زمامداری امور مسلمین بر عهده‌ی ایشان است ولایت بر تقنین و تشریح داشته باشد.

باتوجه به اختلاف آراء فقها، قانونگذار در حکومت اسلامی با دیدگاه‌های مختلفی روبرو است. شایان ذکر است که فتاوی فقها در حیطه فقه فردی تنها درصدد پاسخ‌گویی به مسائل مکلفین هستند.

تکاپو در مفاهمه از فقه در جامعه بایستی به اندازه‌ای انعطاف‌پذیر باشد که تامین اغراض شارع (مقاصد الشریعه) حاصل شود و این بر مبنای کلام معصوم حاصل نمی‌شود مگر با ارجاع به حکم حاکم اسلامی؛ «ینظران الی من کان منکم ممن قد روی حدیثنا، و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف احکامنا، فلیرضوا به حکماً، فانی قد جعلته علیکم حاکماً»<sup>۱</sup>

در پژوهش پیش رو به تبیین فتوای معیار در قانونگذاری در فقه اسلامی و نظام حقوقی ایران پرداخته و شاخصه‌های فتوای معیار در قانونگذاری مورد فحص و بررسی قرار خواهد گرفت و دیدگاه‌های فقها در خصوص فتوای معیار مطرح خواهد شد. همچنین مبانی فقهی ولایت بر قانونگذاری توسط ولی امر از دیدگاه فقه مذاهب اسلامی و چستی نظریه پردازی فقهی در حوزه قانونگذاری و همچنین بحث پیرامون معیار بودن دیدگاه ولی امر در نظریه پردازی و تقنین مورد واکاوی قرار خواهد گرفت.

فقه الاحکام با رویکرد فردی پاسخ‌گوی نیازهای فردی مکلفین در زمان خود بود، اما در عصر حاضر با توجه به شرایط و مقتضیات زمان و با در نظر گرفتن پدیده‌های متغیر و شتابان در جوامع و مسائل مبتلابه و موضوعات نوین و نهایتاً با عنایت

<sup>۱</sup> الكلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷)، الاصول الکافی، دارالکتب الاسلامیه، تهران. ج ۱. ۶۷

به استقرار حکومت اسلامی تحت ولایت فقیه جامع الشرایط، بایسته است با مذاقه‌ی بیشتر در آراء فقهی ولی امر و دیدگاه‌های موافق سایر فقها و با نگاه کلان و نظام‌مند و الگوسازی، درصدد حل بسیاری از معضلات برآمد.

موضوع‌شناسی از جمله علوم و دانش‌هایی نیست که در کتب فقهی لزوم تسلط بر آن برای مجتهد قید شده باشد ولی در عصر حاضر با توجه به وجود مسائل نوپیدا و مستحدثه، موضوع‌شناسی از ضروریات استنباط صحیح است.

مقاصد و ملاکات و مصالح موجود در شرع، به موضوع‌شناسی نظر دارد و به هنگام استنباط فقهی، فقیه را ملزم می‌کند که دریافت و شناخت صحیح و کاملی از موضوع داشته باشد.

پژوهش حاضر درصدد پاسخ به این سوال است که آیا می‌توان با نظریه‌پردازی فقهی بر مبنای آراء ولی امر، به قانونگذاری ایده‌آل و منسجم رسید و آیا این نظریه‌ها می‌توانند به عنوان الگو در تقنین و تشریح معتبر باشند؟ این رویکرد می‌تواند جواب صواب فقه بر احتیاجات جامعه اسلامی باشد.

نگاه نظام‌مند به فقه در جهت قانونگذاری و پاسخ‌گویی شرع به احتیاجات حقوق در انطباق با فقه ایجاب می‌کند که رویکرد نظریه‌محور به فقه اتخاذ شود و بسندگی صرف به فتاوی موجود، راه حلی ناکافی برای فقه‌سازی حقوق است. لهذا ضرورت دارد تحت ولایت امری فقیه جامع الشرایط، از ظرفیتهای رویکردهای نوین فقهی در جهت الگوسازی برای قانونگذاری منسجم بهره جست.

## الف) تبیین مسأله

از ارکان حکومت اسلامی، تشریح<sup>۱</sup> و تقنین قوانین بر مبنای شریعت اسلامی است؛ از این رو، قوانین بر مبنای فقه اسلامی تدوین می‌شود تا برای مردم جامعه‌ی اسلامی حجیت داشته باشد.

فقه‌های اسلامی اتفاق نظر دارند که در تمامی مذاهب، فتوا باید بر اساس قرآن و سنت صادر شود اما در مورد منابع دیگر، اختلاف آراء وجود دارد. از دیدگاه فقه اسلامی، فتوایی حجت است که براساس این منابع بوده و مصالح جامعه و مردم در آن در نظر گرفته شده باشد.

تشریح و تقنین تحت حاکمیت حاکم اسلامی، نماد ولایت بر منصب افتاء است و نظریه‌پردازی فقهی، نگاهی نوین به فقه و قانون است. در پژوهش حاضر تلاش شده است به تبیین فتوای معیار در قانونگذاری از دیدگاه فقه اسلامی و نظام

<sup>۱</sup> منظور از تشریح در رساله‌ی حاضر تفریح، تقنین و قانونگذاری است.

حقوقی ایران پرداخته شود و معیار و شاخص بودن نظریه‌های فقهی تحت ولایت فقیه جامع‌الشرایط در قانونگذاری مورد بررسی قرار گیرد.

فقه دانشی است که در ارتباط با جوامع انسانی هم تاثیرگذار است و هم تاثیرپذیر و به تبع آن، افراط و تفریط می‌تواند در آن رسوخ کند که منتج به تحجر یا تجدد می‌شود. این تاثیرپذیری و تاثیرگذاری نشان از پویایی و روزآمدی فقه دارد. خردورزی، عدالت‌محوری، مصلحت‌اندیشی و عمقی‌نگری در نصوص و نظام‌مندی در قانونگذاری مطابق شرع از جولان تجدد و تحجر در تفقه و تقنین ممانعت کرده و همراهی دانش حقوق خرد و کلان با اجتهاد تمدن‌ساز سبب اعتلای جامعه خواهد بود.

منظومه‌های فقهی، مجموعه‌ای از گزاره‌های فقهی، مفاهیم و اصول کلی فقهی و سازواره‌های هماهنگ از تبیین احکام هستند که نظریات فقهی را تشکیل می‌دهند. منصب افتاء و منصب تشریح با استناد به ادله نقلی و عقلی نزد فقه مذاهب اسلامی از شئونات ولی امر است.

نظریه‌پردازی فقهی بر اساس فتاوی ولی امر و فتاوی هماهنگ با آنها سبب انسجام و کارآمدی قوانین و نگاه کلان و اجتماعی و مصلحت‌اندیشانه به قضایا می‌شود و نیز مسائل مستحدثه ذیل نظریه‌های فقهی قرار می‌گیرد و از تشتت آرا ممانعت می‌شود. ژرف‌اندیشی در نصوص و افزایش قواعد فقهی نیز به تدوین نظریات فقهی موثق در قانونگذاری خواهد انجامید.

در این پژوهش به تبیین گستره فقه‌التنظیر<sup>۱</sup> مبتنی بر دیدگاه ولی امر در ما لانص فیه و تقابل حکم با نص و تاثیر آن بر قانونگذاری پرداخته خواهد شد. عدم کفایت فقه‌الاحکام در تقنین و نیاز جامعه اسلامی به قوانین منسجم و منطبق با مقتضیات زمان و مکان، مستلزم الگوسازی تحت ولایت فقیه جامع‌الشرایط با رویکرد نظریه‌پردازانه فقهی به قانونگذاری است.

در رساله‌ی حاضر فتوای معیار در قانونگذاری از دیدگاه فقه اسلامی و نظام حقوقی ایران مورد بررسی قرار خواهد گرفت. پرسشی که نگارنده را بر آن داشت که به این موضوع بپردازد آن است که در جوامع اسلامی کنونی با توجه به تعدد فتاوا و مسائل مستحدثه و پویایی فقه، کدام فتوی مبنای انطباق یا عدم انطباق قانون با شریعت است. با عنایت به وقوع مسائل نوظهور و استقرار حکومت اسلامی و رعایت مصالح مسلمین و تعدد فتاوا تلاش شده است با کلی‌نگری و نظام‌مندی

<sup>۱</sup> نظریه‌پردازی فقهی

به مقوله شریعت در حوزه قانونگذاری پرداخته و تبیین شود که نظریه پردازی فقهی تحت ولایت ولی امر نگاه حاکمیتی و کلی نگرانه به تقنین است که می تواند در فرایند قانونگذاری مورد توجه و استناد قرار گیرد.

در ابتدای امر، نگارنده درصدد تبیین فتوای معیار در قانونگذاری بوده و ماهیت، مشخصات، شرایط و ملاکات فتوای معیار را در تقنین و تشریح مورد بررسی قرار خواهد داد. همچنین آراء فقهای عظام در مذاهب گوناگون در مورد فتوای معیار مورد توجه قرار خواهد گرفت.

مطلب دیگر این است در صورت اختلاف آراء در فتاوی فقها، فتوای معیار در قانونگذاری از دیدگاه فقه اسلامی کدام است؟ آیا باید ملاکات خاصی برای فتوای معیار داشته باشیم و آیا باید بهترین فتوا با توجه به توان پاسخگویی به نیازهای جامعه و مردم و بدون توجه به صادرکننده فتوا، معیار قرار گیرد و فتوای معیار به شیوهی تجمیع فتوا انتخاب شود و یا این که فتوای فقیه اعلم را معیار قرار دهیم؟

در برخی از دیدگاهها، فتوای مشهور فقها (متقدمین یا معاصرین) یا سهل ترین فتوا (تبع رخص) یا نظریه تلفیق یا عمل به احتیاط یا فتوای مورد اتفاق شورا یا فتوای حاکم اسلامی معیار و ملاک است. بر اساس نظریه ای دیگر، باید جامعهی واحد اسلامی فرامذهبی با قوانین مأخوذ از فقه تمامی مذاهب اسلامی تشکیل شود. اقوال متعددی دیگری نیز وجود دارد که در این پژوهش به آنها پرداخته خواهد شد.

فقهایی که فتوای معیار را فتوای حاکم اسلامی می دانند به آیهی شریفه "اطيعوا الله و اطيعوا الرسول و اولی الامر منکم" و به قاعدهی اصولی و فقهی "حکم الحاکم یرفع الخلاف" و "تصرف الامام علی الرعیه منوط بالمصلحه" و ادله و قواعد دیگر استناد نموده و اینگونه استدلال می کنند که حاکم اسلامی در مقام ولایت امری مسلمین، مصالح جامعه و مردم را مراعات کرده و درء المفسد می نماید. قواعد مذکور امامت امت را ملزم به مصلحت گرایی و سیاست شرعی دانسته و ریاست ولی امر بر جامعه اسلامی وجه احسن و مبتنی بر مصلحت است. لذا رعایت مصلحت در تقنین توسط ولی امر شرط ولایت است.

حاکم اسلامی بایستی مجتهد و صاحب فتوا باشد. امام الحرمین جوینی و قاضی عضدالدین ایجی و سید شریف جرجانی شرط فقاقت و اجتهاد رئیس دولت اسلامی و امام المسلمین را مورد اتفاق علما دانسته و از آنجایی که حاکم، مصالح مسلمین را مراعات می کند، فتوای حاکم بر فتاوی دیگر اولویت دارد.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> جوینی، ۱۹۷۹ غیاث المم فی التیاث الظلم، اسکندریه، دار الدعوه، ۲۸۲

جرجانی، علی بن محمد. ۱۳۲۵، شرح المواقف، قاهره: الصادره، ۳۴۹ و ۳۵۰ و تفتازانی، سعد الدین. ۱۴۰۹، شرح المقاصد، قم: الشریف الرضی، ج ۵، ۲۴۴

برخی فقها از جمله ابو اسحاق مروزی، شیخ مرعی الکریمی الحنبلی، محمد بن سعید البانی و قرضاوی در تشریح جهت مساعدت مکلفین، سهل‌ترین دیدگاه را انتخاب می‌کنند و معیار می‌دانند.

در فقه حنبلی دو دیدگاه وجود دارد: برخی قائل به جواز تتبع رخص بوده و گروهی مخالف آن هستند. برخی از فقهای امامیه نیز در تشریح قوانین قائل به تیسیرگرایی هستند.

طرفداران دیدگاه تتبع رخص، جانب راحتی مکلفین را گرفته‌اند. بنابراین برخی فقها از جمله تعدادی از فقهای شافعیه و امامیه مخالف این دیدگاه هستند.

برخی از قانونگذاران، تقنین را محصور در مذهب خاصی ندانسته و به فقه مقارن قائل هستند و در مقام قانونگذاری از بین همه‌ی اقوال فقهای مذاهب اسلامی، فتوایی را انتخاب می‌نمایند که در زمان و مکان مصلحت باشد.

از دیدگاه فقه امامیه، منصب افتاء از اختیارات ولی امر در عصر غیبت حضرت ولی عصر عجل الله تعالی فرجه است. انشاء و صدور حکم در حکومت اسلامی با استناد به مقبوله‌ی عمر ابن حنظله و توقیع شریف و مجموعه‌ی روایات و دیگر ادله، حاکی از آن است که ولایت امری فقیه جامع‌الشرایط در تنظیم و تدوین قوانین، معیار و ملاک است. از این رو در عصر غیبت، تدوین قوانین و احکام با ولایت فقیه جامع‌الشرایط مشروعیت می‌یابد.

در این پژوهش سعی بر آن است که مبانی فقهی اقوال مختلف و ادله‌ی آنها مورد بررسی قرار گرفته و فتوای معیار در تشریح و تقنین با عنایت به منابع فقهی تبیین و انتخاب گردد.

در حقوق موضوعه‌ی ایران، طبق قانون، تقنین در مسائل کلان بر عهده‌ی ولی امر مسلمین بوده و ولایت بر قانونگذاری با تفویض اختیار نظارت بر قانونگذاری به فقهای شورای نگهبان و انتخاب آنها توسط ولی امر مشهود است. قانونگذاری در نظام اسلامی ایران، مقننین را بر آن داشته در برخی مواقع دیدگاه مشهور فقها و یا دیدگاه ولی امر را لحاظ کنند و یا اینکه دیدگاه اکثریت فقهای شورای نگهبان را مدنظر قرار دهند.

در پژوهش پیش رو در تلاش هستیم که تبیین کنیم در مصوباتی که محل اختلاف است و یا مطابق موازین شرع تشخیص داده نشده است باید به کدام فتوا عمل نمود و اینکه در حال حاضر، در نظام حقوقی ایران که تحت ولایت فقیه جامع‌الشرایط است فتوای معیار در قانونگذاری کدام است.

در حکومت اسلامی ایران که توسط فقیه جامع‌الشرایط تشکیل شده و اداره می‌شود طبق اصول ۴ و ۷۲ قانون اساسی، تشخیص تطابق تمامی قوانین مدونه با موازین اسلامی و همچنین طبق اصل ۹۶ قانون اساسی، تشخیص مغایرت مصوبات مجلس با قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است.