



**دانشگاه تربیت معلم**  
**دانشکده ادبیات و علوم انسانی**  
**گروه حقوق و علوم سیاسی**

**پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد**  
**رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی**

**عنوان**

**تحقیق در قوانین ثابت و متغیر**  
**تحولی در فقه و حقوق اسلامی**

**استاد راهنما: دکتر امیر وطنی**

**استاد مشاور: دکتر ابوالحسن مجتهد سلیمانی**

**دانشجو: زینب صابری ظفرقندی**

**اردیبهشت ماه ۱۳۹۰**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## چکیده

خاتمیت دین اسلام و توقف وحی از یک سو و نیز جریان تغییر و دگرگونی در زندگی بشر، از جانب دیگر، باعث بروز شبهاتی در مورد توانمندی فقه، در اداره جامعه گشته است. از این رو بحث از ثبوت و تغییر احکام در جهت اثبات توانایی دین بر پاسخگویی به نیازهای انسان در تمامی ادوار، بسیار ضروری است. نگارنده در این رساله با دقت در علل و عوامل روند کند قانونگذاری پس از پیروزی انقلاب اسلامی که منجر به تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام گشت، دریافته است که عامل اصلی در بروز این مشکل، و در پی آن تصویب قوانین ناکارآمد، غفلت از عنصر زمان و مکان و نقش آن در تغییر موضوعات است. موضوعاتی که به ظاهر با موضوعات در صدر اسلام فرقی نداشته لکن از حیث کارکرد تفاوت اساسی دارند و از این رو احکام جدیدی را می طلبند.

برخی از فقها با ظاهر بینی و بدون توجه به فلسفه و روح قانون، احکامی را که با عنایت به روابط خاص اجتماعی و به جهت اوضاع و احوال و وجود شرایط خاص در صدر اسلام تشریح گشته اند، احکامی جاودانه و ثابت برای آن موضوعات پنداشته و از این رو در جریان اصلاح قوانین بر اساس موازین اسلامی با ترجمه ساده و بی کم و کاست کتب فقهی و تصویب آنها به عنوان قانون (مانند قوانین مربوط به قصاص و دیات) جامعه را دچار مشکلات عدیده ای ساخته و حقوق امامیه را ناتوان در اداره امور جامعه وانمود کرده اند. از این رو نگارنده از نظریه تقسیم احکام به ثابت و متغیر دفاع نموده و نشان داده است اسلام در ذات خود راهکارهایی را در جهت قابلیت انعطاف پذیری احکام و تطبیق آن با تغییر و تحولات اجتماعی پیش بینی کرده است.

تبعیت احکام از مصالح و مفاسد، امکان تغییر آن را به روشنی ثابت می کند، چرا که مصالح و مفاسد، اموری متغیر بوده و در شرایطی دستخوش تغییر می گردند. از این رو احکام تابع آنها هم ناگزیر از تغییرند. از سوی دیگر زمان و مکان دو عنصر تاثیرگذار در استنباط احکام هستند و از ابتدای نزول دین اسلام، به گونه های مختلف و متعدد تاثیر احکام از شرایط زمانی و مکانی مشاهده شده است. همچنین تجویز اجتهاد به عنوان ابزاری جهت استنباط حکم، نشانگر قدرت بشر در درک و فهم برخی ملاکات و استنباط احکام شرعی با به کارگیری عقل و قوه تحلیل است.

**واژگان کلیدی:** احکام ثابت، احکام متغیر، احکام ثانویه، احکام حکومتی، مصالح و مفاسد، مقتضیات

زمان و مکان

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه
۵	فصل اول: کلیات
۶	گفتار اول: اهمیت موضوع
۹	گفتار دوم: تبیین موضوع
۹	بند ۱: فقه و قانونگذاری
۹	۱-۱- تعریف فقه
۱۰	۲-۱- جایگاه فقه
۱۱	بند ۲: قوانین، احکام و تقسیمات آن
۱۱	۱-۲- قوانین و احکام
۱۳	۲-۲- اقسام حکم
۱۵	بند ۳: پویایی فقه
۱۵	۱-۳- فقه پویا در مذهب جعفری
۱۹	۲-۳- موانع پویایی فقه در طول تاریخ
۲۳	فصل دوم: اجتهاد و تغییر مصالح و مفاسد و نقش آن در تغییر احکام
۲۴	گفتار اول: اجتهاد
۲۴	بند ۱: جایگاه اجتهاد
۲۶	بند ۲: ارتباط اجتهاد با تحولات زمانی و مکانی

بند ۳ :	مصادیقی از تأثیر پذیری اجتهاد فقها از زمان و مکان	۲۸
<b>گفتار دوم: مصالح و مفسد</b>		
بند ۱ :	تعریف مصلحت و مفسده	۳۴
بند ۲ :	ارتباط مصالح و مفسد با احکام	۳۵
بند ۳ :	ادله عدلیه بر تبعیت احکام از مصالح و مفسد	۳۶
بند ۴ :	نقش مصالح و مفسد در تغییر احکام	۳۷
۴-۱-	نسخ احکام به واسطه تغییر در مصالح و مفسد	۳۷
۴-۲-	تغییر احکام به واسطه تغییر مصالح و مفسد	۳۸
<b>فصل سوم: زمان و مکان و نقش آن در استنباط احکام</b>		
<b>گفتار اول : تأثیر زمان و مکان در فتاوی فقهاء</b>		
<b>گفتار دوم : انواع تأثیرگذاری زمان و مکان در موضوعات</b>		
بند ۱ :	تغییر مصداق	۴۹
۱-۱-	موضوع حکم وجوب در حج	۴۹
۱-۲-	عنوان فقیر	۴۹
۱-۳-	عناوین مکیل و موزون	۵۰
۱-۴-	عناوین مثلی و قیمی	۵۰
بند ۲ :	تبدیل موضوع با تغییر درونی آن	۵۰
بند ۳ :	توسعه و تعمیم مصداق	۵۰
بند ۴ :	تضییق و تخصیص مصادیق	۵۱
بند ۵ :	پیدایش مصادیق جدید	۵۱

گفتار سوم : نقش زمان و مکان در تغییر احکام.....	۵۲
فصل چهارم : دیدگاهها .....	۵۵
گفتار اول : قائلین به ثبوت احکام.....	۵۶
بند ۱ : ادله مخالفین تغییر .....	۵۶
بند ۲ : نقد و بررسی ادله قائلین به ثبوت احکام.....	۵۶
۱-۲- بررسی ادله نقلی و روایی .....	۵۶
۲-۲- بررسی مکانیسم صدور حکم.....	۶۱
۳-۲- بررسی قاعده لاضرر و قاعده نفی عسر و حرج .....	۶۳
۴-۲- بررسی تغییرات در مفاهیم قرآنی و سیره ائمه (ع).....	۶۳
گفتار ۲: قائلین به تغییر احکام.....	۶۷
بند ۱ : تفصیل میان عبادات و معاملات.....	۶۸
بند ۲ : تفصیل میان احکام اولیه و احکام ثانویه.....	۶۸
بند ۳ : تفصیل میان احکام حکومتی و غیر حکومتی.....	۶۹
بند ۴ : تفصیل احکام دارای ملاک معلوم و مجهول.....	۷۰
بند ۵ : تفصیل بر حسب نوع نیازها.....	۷۱
بند ۶ : تفصیل میان حکم و فتوا.....	۷۱
بند ۷ : تفصیل احکام ثابت به نص و ثابت به غیر نص.....	۷۲
فصل پنجم: صور تغییر پذیری احکام.....	۷۲
گفتار ۱ : تحول حکم به صورت ابتدائی.....	۷۵
گفتار ۲ : تحول حکم به واسطه تغییر کارکرد.....	۷۵

گفتار ۳: تحول حکم به واسطه تغییر موضوع.....	۷۷
بند ۱: عارض شدن عنوان ثانویه.....	۸۰
بند ۲: تغییر عنوان مأخوذ در موضوع.....	۸۰
بند ۳: نسخ حکم سابق به واسطه حکم لاحق.....	۸۰
بند ۴: پایان موسم در احکام موسمی.....	۸۱
بند ۵: تغییر موضوع احکام ولائی و حکومتی.....	۸۱
بند ۶: زوال علت در احکام منصوص العله.....	۸۱
فصل ششم: مصادیق فقهی و حقوقی احکام متغیر.....	۸۳
گفتار ۱: بلوغ.....	۸۴
گفتار ۲: قضاوت زنان.....	۸۷
گفتار ۳: دیه.....	۹۰
بند ۱: مسئولیت عاقله.....	۹۱
بند ۲: انواع دیات.....	۹۲
بند ۳: مقدار دیه.....	۹۳
گفتار ۴: موسیقی و غنا.....	۹۳
گفتار ۵: شطرنج.....	۹۷
نتیجه گیری و پیشنهاد.....	۹۹
فهرست منابع.....	۱۰۰

## مقدمه

خداوند حکیم، انسان را به عنوان اشرف آفریدگان خود بر زمین فرستاد. خلقت انسان به گونه ای است که وجود اصیل او بُعد روحانی اوست و به تبع حیات مادی، بُعد جسمانی نیز برایش خلق شده است.

تکامل این هردو، نیازمند تبعیت وی از یک مجموعه دستورات است که با آگاهی از زوایای وجودی او تدوین شده باشد و روشن است که کسی آگاه تر از خالق به مخلوق نیست.

«دین» به عنوان منشوری از قوانین الهی که بشر را به سوی سعادت و تکامل رهنمون می سازد از سوی خداوند در تمام ادوار زندگی انسان به وی ابلاغ شده است و در مسیر تغییر و تحولات بشر و نیازهای او و همگام با رشد تفکر انسانی، در هر دوره متکامل تر از دوره های قبل بر او عرضه شده است.

«اسلام» به عنوان جامع ترین و کاملترین شریعت توسط خاتم انبیاء «ص» به جهانیان معرفی گردید. به گونه ای که محتوای دستورات و فرامین آن شکل تکامل یافته ای از ادیان پیشین بود. خاتمیت دین اسلام این سؤال را به ذهن متبادر می کند که مگر تکامل بشر و جامعه متوقف شده و دیگر صحبتی از رشد و تکامل فکری و عقلی نمی باشد که نیاز به دین جدید نیست، حال آنکه پیشرفت های علمی و رشد جوامع در هیچ عصری به اندازه قرون اخیر مشهود نبوده است.

شاید گفته شود دلیل تعدد پیامبران و نزول دین در هر دوره به صورت منحصر، رشد جوامع نسبت به پیشینیان نبوده است و حقیقتاً علت این تعدد بر ما مکشوف نیست تا نتیجه فوق از خاتمیت اسلام به دست آید. اما به هر حال با اندکی تأمل و دقت نظر روشن می شود که اگر اسلام به شکل حاضر بر انسان های اعصار پیشین نازل می شد قدرت درک بسیاری از مبانی آن را نداشته و گو اینکه پیامبران پیش از حضرت خاتم (ص) مقدمات نزول شریعت اسلام را با تلاش در تحقق رشد فکری بشر در دوران قبل فراهم کرده اند و این خصوصیت (یعنی مقدمه بودن برای یک دین کاملتر) که تنها دین مبین اسلام فاقد آن است، نشانگر وجود یک ویژگی انحصاری در شریعت اسلام است. خصیصه ای که موجب می شود یک سلسله فرامین بتواند در آینده و تحت هر شرایطی پاسخگوی نیازهای پیروانش باشد. در اینجا است که بحث از ثبوت و تغییر احکام الهی پیش می آید.



البته بحث از ثابت یا متغیر بودن احکام و قوانین الهی تنها در قلمرو اسلام مطرح نیست، بلکه در مورد هر مکتب یا قانون مستمر، و یا مدعی استمرار، مطرح می شود. منتسکیو، در بیان تفاوت، میان قوانین الهی و انسانی گفته است: «ماهیت قوانین بشری این است که مطیع حوادث و رویداد های گوناگون می شوند، یعنی حوادث در آن تاثیر می گذارند، در حالی که قوانین آسمانی بر اساس رویدادها و تغییر اراده انسان، تغییر نمی یابند.» این نظر در چهارچوب تعالیم اسلام، با واقع بینی، تعدیل یافته است.<sup>۱</sup>

به نظر می رسد اسلام بیانگر اصولی است که احکام و قوانین شرعی متفرع بر آن اصولند و مادامیکه در چهارچوب اصول اسلام قرار گیرند همان اوامر مورد نظر شارع بوده و امتثال آنها موجب رفع تکلیف است؛ هر چند در دوره های مختلف تعارض ظاهری میان آنها واقع می شود.

ملحوظ نمودن مصالح و مفاسد در تشریح احکام توسط شارع، اعتبار عقل و نهایتاً تجویز اجتهاد، نشانه هایی است که بر صحت ادعای ما دلالت می نماید. به بیان دیگر چنانچه با جمود و یک بُعدی نگری بخواهیم تمامی احکام زمان ائمه معصومین (علیهم السلام) را پیاده کنیم و در تطبیق آن با آنچه اقتضای زمان حاضر است اهمال نماییم، تمسک صرف به روایات شده و عقل را کنار نهاده ایم و این به معنای اخباری گری است که اکثر فقهای امامیه همواره داعیه مخالفت با آن را داشته اند.

البته بزرگان جهان شیعه که با علم سرشار خود در علوم دینی و تخصص در ابواب مختلف آن به تدوین کتب فقهی پرداخته اند نیز گاه بر سر دوراهی تمسک به حکم عقل و یا تبعیت از اجماع و اقوال مشهور مانده اند که اکثراً تابع نظر جمع بوده اند. با مطالعه در تاریخ فقه، مخالفت بزرگانی چون ابن ادریس حلی با جماعت فقهای پیش از خود که اکثراً تابع نظر استاد خود شیخ طوسی بوده اند، با واکنش جامعه فقهی روبرو شده است.

اما شایسته است در عصر حاضر که بسیاری داعیه لزوم پویایی فقه را دارند، پذیرش تغییر، برابر با قبول تحریف اصول اساسی دین تلقی نشود.

طرح مسأله:

<sup>۱</sup> - مسعودی، حسین، پویایی درونی فقه، فصلنامه حوزه، شماره ۵۸، صفحه ۶۶.

ابتدا لازم است تبیین شود که در تدوین پایان‌نامه حاضر، پاسخ به چه سوالاتی مد نظر قرار گرفته است. سوالاتی از این قبیل که آیا اساساً احکام قابلیت انعطاف پذیری و تغییر دارند یا خیر؟ و اگر پاسخ مثبت است این تغییر پذیری بر اساس چه اصول و ضوابطی باید صورت پذیرد؟ اعتقاد به ثبات و عدم تغییر پذیری احکام چه پیامدها و آثار منفی به بار خواهد آورد؟ و اعتقاد به انعطاف پذیری احکام چه لزومی دارد؟

فرضیه:

ما بر این اعتقادیم که اصولاً اسلام در ذات خود راهکار هایی را در جهت قابلیت انعطاف پذیری احکام و تطابق آن با تغییرات، پیش بینی کرده است.

تغییر پذیری احکام و قوانین، امری جدید و نوظهور نبوده و سابقه ای دیرین، از زمان رسول اکرم (ص) و ائمه (ع) دارد.

امروزه عدم تغییر پذیری احکام در مواردی موجب نارسایی و کاستی قوانین گشته و لازم است با بازنگری در آنها این خلأ جبران شود.

هدف:

هدف از تدوین این پایان‌نامه، اثبات تغییر پذیری برخی قوانین و احکام، و ارائه پیشنهادات، جهت رفع خلأهای قانونی در جهت کارآمد شدن هرچه بیشتر احکام شرعی در متن قوانین موضوعه می باشد.

پیشینه تحقیق:

بررسی ثبوتات و متغیرها، از اموری است که در سالهای اخیر، بسیاری از پژوهشگران و محققان، به آن متمایل شده اند. این مطالب تحت شاخه ها و عناوین مختلف نگاشته شده اند. مثلاً بررسی آراء فقهای سلف و کنکاش در آثار ایشان جهت یافتن مبانی نظری آنها درباره امور ثابت و متغیر، و یا جمع آوری ادله در جهت اثبات تغییر پذیری احکام و یا بحث از لزوم تحول قوانین اسلامی در مواردی خاص.

روش تحقیق:

پایان‌نامه حاضر با روش کتابخانه ای و جمع آوری مطالب با مراجعه به کتب، مقالات و ...گردآوری شده است.

شایان ذکر است که با توجه به تجربه اندک اینجانب در امر نگارش پایان نامه، مسلماً تدوین رساله حاضر بدون اشکال نبوده و کاستی ها و اشکالاتی بر آن وارد است، لذا از اساتید و صاحب نظران محترم تقاضا دارم به دیده اغماض در آن نگرسته و ایرادات را بر بنده ببخشند.

در پایان لازم می بینم، از زحمات اساتید گرانقدر جناب آقای دکتر امیر وطنی و جناب آقای دکتر ابوالحسن مجتهد سلیمانی، و سایر کسانی که با راهنمایی ها و مشاوره های ارزشمند خود، اینجانب را در تدوین و گردآوری این رساله یاری فرموده اند، تشکر نمایم.

# فصل اول: کلیات

## گفتار اول: اهمیت موضوع

در عصر حاضر، اجتهاد پویا و مترقی و بالنده که از آن، تعبیر به قانون تحول اجتهاد، بر اساس منابع معتبر شرعی، همگام با تحولات زمان و مکان و احوال می‌شود، تکیه گاه محکم و استوار تئوری حکومت اسلامی و جوابگویی فقه به نیازهای جوامع بشری می‌باشد. جمهوری اسلامی، نظامی است اسلامی که طبق قانون اساسی «از راه اجتهاد مستمر فقهای جامع الشرائط بر اساس مایه‌های اصلی استنباط که کتاب و سنت معصومین (سلام الله علیهم اجمعین)» است، هویت مکتبی خود را حفظ می‌کند و با عنایت به نیازهای جامعه و شرایط زمان، قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و روابط بین‌المللی مورد نیاز را از آنها استنباط می‌کند.

بنا بر این، نادیده انگاشتن اجتهاد پویا و مترقی و بالنده که نیروی محرکه فقه و فقهت است، رکود و رخوت فقه و اجتهاد را در پی خواهد داشت و از این ره گذر خسارات علمی و عملی جبران ناپذیری را باید متحمل شد. سیر قهقرایی و بازگشت به تاریکیهای اخباریگری، نتیجه محتوم مقاومت در برابر اجتهاد فقیهان جامع الشرائط است. لذا وظیفه دانشمندان و عالمان دین است که در تایید و تشدید اصل آزادی آراء و نظرات اجتهادی و فقهی کوشا باشند و موانع فکری و فرهنگی و ذهنی آن را که از رسوبات باقی مانده از جریان اخباریگری است، با سخت کوشی در مسیر روشن سازی اذهان و تنویر افکار، و صبر و تحمل در برابر تیرهای تهمت و افترای جوسازان، که ناشی از کج فهمیها و پیشداوریهای ذهنی غلط زود باوران و بسته ذهنان و سطحی نگران و عوام زدگان و خود باختگان در برابر آراء و نظرات دیگران است، از میان بردارند.

در این زمان بیش از هر زمان دیگر بر فقیهان و مجتهدان لازم است که «عینیت» های خارج و «واقعیت» های جهانی و روابط انسانهای مختلف جهان را با یکدیگر در تمام ابعاد زندگی، بویژه بعد عبادی، مذهبی، فرهنگی و شیوه‌های گوناگون را مد نظر داشته و تلاش و کوشش خود را در مسیر یافتن احکام خدا از راه مایه‌ها و منابع و پایه‌های شناخت معتبر اصلی استنباط به کار گیرند. ولی تردیدی نیست که نتیجه اعمال اجتهاد و استنباط از منابع اصلی فقه، یعنی کتاب، سنت، اجماع و عقل، نمی‌تواند برای همگان یکسان باشد؛ زیرا که اختلاف نظر در مسائل اجتهادی و نظری، امری طبیعی

است و توقعی جز این از صاحب نظران، توقعی ناروا و ناشی از جهل یا تجاهل نسبت به مفهوم و معنای اجتهاد است.<sup>۱</sup>

وابستگی قوانین و مقررات نظام حاکم بر ایران به شرایع دینی اسلام موجب می شود خصوصیات و ابستگای احکام اسلامی عارض می گردد بر قوانین موضوعه ایران نیز مترتب شود. آنچه در این تحقیق، مورد نظر ماست دگرذیسی و تغییر پذیری قوانین است که مسلماً نقش مهمی در کاربردی شدن و به روز شدن هر چه بیشتر مقررات خواهد داشت. البته اجتهاد مستمر و تمسک به فقه پویا و زنده در اصل قانون نیز مورد توجه قرار گرفته است.<sup>۲</sup>

بر اساس تغییراتی که در قلمرو مقررات متغیر از طرف فقهای جامع شرایط طبق موازین فقهی و در چهارچوب مقررات ثابت انجام می گیرد، اطلاق و عموم اصول قانون اساسی بنا بر تحولات و پیشرفتهای جاری و دگرگونی مصالح و مقتضیات، مورد تجدید نظر قرار می گیرد. از آنجا که در تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با شرکت جمعی از فقهای اسلام و نظرات ولی فقیه قوانینی مورد تصویب قرار گرفته که اصول آن مبتنی بر احکام ثابت اسلام است، محتوای اصلی قانون اساسی مطابق اسلام بوده و احتمال تغییر در آن وجود ندارد، ولی اطلاق و عموم این قوانین و انطباق آن با حرکت تغییر پذیر جامعه اسلامی و قلمرو تنفیذ و اجرای آن اصول می تواند متغیر و قابل تجدید نظر باشد.<sup>۳</sup>

از این رو در متن قانون اساسی، مطابق اصل چهارم، که مسأله حاکمیت اصل مطابقت با موازین اسلامی، مطرح شده تنها اطلاق و عموم اصول قانون اساسی قابل تجدید نظر اعلام گردیده است و مسئولیت آن بر عهده فقهای شورای نگهبان نهاده شده است.<sup>۴</sup> پیش از این، عدم توجه به لزوم پویایی فقه و نیز غفلت از لزوم بازنگری در برخی قوانین شرع و تطبیق آن ها با شرایط نوین، قانونگذار را با مشکلاتی مواجه نمود که البته با تأکید امام خمینی (ره) بر این مهم، تا حدی از ادامه جریان تعصب و جمود بر احکام شرع جلوگیری شد. در اینجا به ذکر نمونه ای از این دست اکتفا می کنیم.

<sup>۱</sup> جناتی، محمد ابراهیم، ادوار فقه و کیفیت بیان آن، ص ۱۲۶.

<sup>۲</sup> قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل دوم، بند ۶.

<sup>۳</sup> عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، ج ۱، ص ۳۹.

<sup>۴</sup> قانون اساسی، اصل چهارم.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی به دلایل مختلفی تدوین مقررات جدید کار، ضروری می نمود. از این رو از سال ۱۳۵۸ تلاش هایی برای تنظیم پیش نویس قانون کار آغاز گردید و سرانجام در سال ۱۳۶۱ اولین پیش نویس قانون کار، از سوی وزیر وقت کار و امور اجتماعی منتشر گردید. در این پیش نویس هیچ توجهی به تغییرات روابط کار در عصر حاضر نشده بود و برای تنظیم روابط کارگر و کارفرما تنها به قواعد حقوق خصوصی و ضوابط حاکم بر کتاب الاجاره اشاره شده بود. این پیش نویس در هیئت دولت به تصویب نرسید. از این رو هیئت دولت پیش نویس جدیدی را تهیه نمود که در آن قانون کار تا حد زیادی تعدیل شده بود. اما پس از تصویب نمایندگان مجلس، توسط شورای نگهبان رد شد. سرانجام در پی تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام در بهمن ۱۳۶۶، لایحه قانونی کار به مجمع مزبور فرستاده شد و تصویب شد. بررسی سیر طولانی تدوین مقررات، این نکته را روشن می سازد که اگر فقهی، به عنوان مثال، روابط کار را تنها در چهارچوب حقوق خصوصی و قواعد کتاب الاجاره ملاحظه کند و آن را تنها ناشی از قرارداد بداند، بالطبع نمی تواند مداخله دولت در این روابط را جایز بداند. امام خمینی(ره) در مورد این مهم خطاب به اعضای شورای نگهبان فرمودند: «تذکر پدران به اعضای شورای نگهبان می دهم که خودشان مصلحت نظام را در نظر بگیرند. چرا که یکی از مسائل بسیار مهم در دنیای کنونی، نقش زمان و مکان در اجتهاد و نوع تصمیم گیری ها است.»<sup>۱</sup>

تحول و دگرگونی در موارد ضروری، جزء ذات دین و عنصری داخل در ساختار تشریح اسلامی است، همچنان که ثبات و دوام در موارد ضروری نیز، یکی از عناصر دین و اجزای آن ساختار والای تشریحی است. بنابراین تهی کردن دین از یکی از این دو عنصر، موجب از هم پاشیدن این ترکیب و نابودی دین و عقب ماندگی آن از قافله تمدن می شود و از این جهت، اهمیت این امر، یعنی پرداختن به اصل تغییر پذیری احکام و بررسی اصول و ضوابط حاکم بر آن، به روشنی فهمیده می شود.

---

<sup>۱</sup> شفیع سروستانی، ابراهیم، سیر تطور قوانین در نظام جمهوری اسلامی ایران، مجموعه مقالات کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی(ره)،

## گفتار دوم: تبیین موضوع

عنوان این رساله «تحقیق در قوانین ثابت و متغیر، تحولی در فقه و حقوق اسلامی» است. در واقع موضوع بحث، چنانچه از عنوان مذکور پیداست، بررسی جعل قوانین و احکام به نحو ثابت و متغیر و نقش آن در پویایی فقه است.

جهت روشن شدن موضوع، که محور همه مباحث در رساله حاضر است، لازم است با مفاهیم فقه، قوانین، احکام، تقسیم احکام به ثابت و متغیر و فقه پویا آشنا شویم.

## بند ۱: فقه و قانونگذاری

### ۱-۱- تعریف فقه

آنچه در کتب لغت و دائره المعارف ها در مورد معنای کلمه فقه آمده، بیشتر ناظر به دلالت این کلمه بر مفاهیمی است که دانستن، آگاهی یافتن، عالم شدن و از این دست معانی از آن فهمیده می شود و جای شک نیست که بگوییم قدر متیقن معانی چنین است.

برخی، کلمه فقه را به معنای مطلق دانستن آورده اند و قائل به این امرند که دانستن علوم دینی اخص از فقه است.<sup>۱</sup> واژه فقه یک معنای لغوی دارد و یک معنای اصطلاحی، در معجم الوسیط پس از ترجمه کلمه فقه به ادراک حسن و فهم دقیق، چنین بیان نموده که « این لفظ، غالب در علم شریعت و دانش اصول دینی است.»<sup>۲</sup>

نیز در معجم الاصطلاحات الفقهیه چنین آمده :

«فقه، علم به مسائل شرعی عملی است و مسائل فقهی، یا به امور اخروی تعلق دارند که همان عبادات است و یا به امور دنیوی تعلق دارد که اموری چون مناکحات و معاملات و عقوبات است.»<sup>۳</sup> همان طور که در تعریف فوق مشهود است، معنای اصطلاحی فقه چندان از معنای لغوی دور نمی باشد. فقه دانشی است که متعلق آن احکام شرعی فرعی که از ادله تفصیلیه استخراج شده اند می

<sup>۱</sup> دهخدا، لغت نامه.

<sup>۲</sup> جمعی از نویسندگان، المعجم الوسیط.

<sup>۳</sup> جرجس جرجس، معجم الاصطلاحات الفقهیه و القانونیه.



باشد. خلاصه آنکه فقه در لغت عبارت است از فهم دقیق در مسائل نظری و در اصطلاح، فقه عبارت است از واقف شدن بر احکام فرعی شرعی از روی ادله تفصیلی آنها<sup>۱</sup>.

## ۱-۲- جایگاه فقه

جایگاه فقه در جوامع اسلامی از ابتدا جایگاهی والا و مورد اعتنا نزد مسلمین بوده است که بدهت این امر با اندکی تأمل در فلسفه نزول ادیان و وضع قوانین توسط شارع به دست می آید.

علم و حکمت شارع لازم می نماید که قوانین حاکم بر مسیر تکامل بشر به وی ابلاغ شود و بعثت انبیاء که وظیفه ابلاغ دستورات شرعی را به انجام می رسانند عبث و بی فرجام نماند. از این رو اوامر الهی در منابعی محصور، گنجانده شده تا اصول آن، توسط بشر، استخراج شود و بر موارد جزئی منطبق گشته مورد استفاده قرار گیرد.

توصیه به تفقه و آموختن این دانش در گفتار و عمل بزرگان دین مشهود است که به نقل روایتی در این باب اکتفا می کنیم.

قال ابو عبدالله (ع) یقول: «تفقهوا فی الدین، فانه من لم یتفقه منکم فهو اعرابی، ان الله عزوجل یقول فی کتابه: لیتفقهوا فی الدین و لینذروا قومهم اذا رجعوا الیهم لعلهم یحذرون»<sup>۲</sup>

امام صادق (علیه السلام) فرمود: «در دین تفقه نمایید پس هر آینه آن کس که از میان شما به فقاقت نپردازد پس همانند اعرابی (عرب بیابانگرد بی سواد) است و همانا خداوند عزوجل می فرماید باید به تفقه در دین پردازند و هنگامی که به میان قوم خویش برگشتند اهل خویش را انداز دهند، امید است که مردم بیم داده شوند.»

توجه به جایگاه فقه از منظری دیگر نیز لازم است؛ با پیروزی انقلاب اسلامی در ایران به رهبری امام خمینی (ره) که بر مبنای ارزشهای اسلامی و با هدف حکومت اسلام بود، این مهم پس از قرن ها دوری رهبران تشیع از صدر حکومت و رهبری امور اجتماعی محقق شد و اسلام از کنج حجره ها و از پس مساجد به عرصه اجتماعی پا گذاشت و همانگونه که حق اصیل آن بود زعامت امور مردم در

<sup>۱</sup> جمعی از نویسندگان، حقوق در آینه فقه، ص ۱۰۲.

<sup>۲</sup> مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، ج ۱، ص ۲۱۶.

تمامی عرصه های زندگی اعم از فردی و اجتماعی را عهده دار شد. با روی کار آمدن این نظام نوپا، فقه که حاصل تدقیق و تدبر سالیان فقها و دانشمندان بود بهترین الگو جهت تقنین قرار گرفت. در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی آمده است: «قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبین نهادهای فرهنگی، اجتماعی، سیاسی، اقتصادی جامعه ایران بر اساس اصول و ضوابط اسلامی است که انعکاس خواست قلبی امت اسلامی باشد.»

در اصول قانون اساسی نیز قانونگذار حقوق و اخلاق اسلامی را پایه قرار داده (اصل دهم) و رعایت موازین و مبانی اسلام را ضروری دانسته (اصول بیستم، بیست و هفتم و صدوپنجم) و در جایی دیگر بر عدم مغایرت قوانین با اصول و احکام مذهب تأکید کرده است. (اصل هفتاد و دوم و اصل نود و ششم).

## بند ۲: قوانین، احکام و تقسیمات آن

### ۲-۱- قوانین و احکام

قوانین جمع قانون است. در ترمینولوژی حقوق در مورد آن آمده است: «گفته شده اصل آن Canon است که عبارت است از مقررات موضوعه توسط مقامات کلیسا و کلمه مزبور معرب کلمه لاتین مذکور است. به هر حال بدون شک این کلمه در اصل عربی نیست.

در لغت عرب به معنای اندازه و قیاس اشیاء است و نیز به معنای قضیه کلیه که یک سری جزئیات را بیان می کند.»<sup>۱</sup>

مراد از قوانین در علم حقوق، مجموعه قواعدی است که دارای ضمانت اجرا می باشد و به وسیله قانونگذار مقرر می شود. لکن مراد ما از قوانین، مصطلح فقهی آن است. استاد لنگرودی می گوید: «در فقه به چیزی، قانون (یا قانون شرع) گفته می شود که دارای خصوصیات زیر باشد:

الف) کلی باشد، خواه الزامی (مانند اوامر و نواهی) باشد، خواه نه (مانند مستحبات و مکروهات).

<sup>۱</sup> جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۵۱۷.

ب) از طریق وحی رسیده باشد، خواه به صورت قرآن و خواه به صورت احادیث (ما یُنطق عن الهوی ان هو اَلا وحی یوحی).

ج) جنبه دوام داشته باشد ولو اینکه به عنوان اضطرار به صورت موقت در بعضی اماکن و اعصار، بدل پیدا کند. بنابراین مقرراتی که در زمینه اجرای قانون (به معنای فوق) از طرف امام وضع می شود و تابع مصالح مختلف و متغیر است، اصطلاح فقهی حکومت است نه قانون.<sup>۱</sup>

مفهوم دیگری که در اینجا ناگزیر از تبیین آن هستیم، واژه احکام است که جمع حکم می باشد. این واژه که مترادف با قانون به معنای اخیر است در کتب فقهی فراوان استعمال می شود و بلکه فقها به صورت عمدی به جای به کار بردن کلمه قانون یا قانون شرعی از واژه حکم استفاده می کنند.

حکم شرعی آن قانونگذاری است که از جانب شارع (خدای متعال) برای سر و سامان بخشیدن به زندگی مادی و معنوی انسان ها صادر شده است. حکم شرعی گاهی به فعل مکلف تعلق می گیرد، (مثل وجوب نماز و حرمت غیبت) و گاهی نیز به موضوع خارجی تعلق می گیرد، (مانند نجاست خون و مالکیت شخص بر حاصل کار و دسترنجش و ..).

آیه الله شهید صدر در تعریف حکم شرعی می گوید: «حکم شرعی عبارت است از قوانین صادره از خداوند به منظور تنظیم حیات انسان، خواه متعلق به افعال مکلفین باشد و یا ذات آنها و یا به اشیاء دیگری که در حیات آنها دخالت دارد.»<sup>۲</sup>

قدمای اصولیین در تعریف حکم گفته اند: «خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفین»، یعنی حکم خطاب شارع است که به افعال مکلفین تعلق گرفته است.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> همان، ص ۵۱۸.

<sup>۲</sup> صدر، سید محمد باقر، دروس فی علم الاصول، حلقه الاولى، ص ۶۵.

<sup>۳</sup> آلآمدي، محمد حسن، الاحکام فی اصول الاحکام، ج ۱، ص ۴۹.

## ۲-۲-۲- اقسام حکم

برای احکام شرعی، تقسیم بندی های مختلفی وجود دارد. برخی از این تقسیمات از این قرار است:

(۱) حکم تکلیفی و وضعی: حکم تکلیفی، شامل وجوب، استحباب، حرمت، کراهت و اباحه است. در مقابل، بقیه احکام، وضعی هستند.

(۲) حکم تأسیسی و امضائی: حکم تأسیسی آن است که شارع آن را بیان کرده، مانند وجوب نماز و روزه، ولی حکم امضائی آن است که عرف آن را به وجود آورده و شارع آن را تأیید کرده باشد، مانند حلیت بیع.

(۳) حکم مولوی و ارشادی: حکم مولوی را خداوند از باب ولایت وضع کرده است، اما حکم ارشادی حکمی است که شارع آن را وضع نکرده بلکه به آن ارشاد و راهنمایی کرده است.

(۴) حکم واقعی و حکم ظاهری: حکم واقعی حکمی است که برای چیزی از آن جهت که فعلی از افعال است وضع می شود و در وضع آن به چیز دیگری توجه نمی شود. اما حکم ظاهری برای موضوعی ثابت می شود که حکم واقعی آن معلوم نیست، و برای اینکه در مقام عمل به حکم شرعی، سرگردان نمائیم، حکمی ظاهری جعل شده است. مانند حکم به طهارت آبی که مشکوک النجاسه است. در اینجا به جهت اجرای اصالة الطهاره حکم به طهارت آن می کنیم، هرچند در عالم واقع ممکن است نجس بوده باشد. احکام به دست آمده از طریق اصول عملیه مانند برائت، استصحاب، احتیاط، تخییر و ... همگی از احکام ظاهری هستند.

(۵) حکم اولی و ثانوی: حکم واقعی به اولی و ثانوی تقسیم می شود. حکم واقعی اولی، حکمی است که در موضوع آن، عناوین اولیه افعال، أخذ می شود، مانند وجوب برای روزه. اما در حکم واقعی ثانوی، در موضوع حکم، عنوان ثانوی أخذ می شود. مانند ضرر، حرج، خطا، اکراه و...، مثل عدم وجوب برای روزه ضرری.<sup>۱</sup>

(۶) حکم الهی، حکومتی و قضائی: این تقسیم از حکم به اعتبار جاعل و صادر کننده آن است. حکم شرعی اگر به صورت مستقیم از جانب خداوند باشد، حکم الهی و آسمانی است. اگر از جانب حاکم یا سلطان باشد حکم حکومتی است و اگر از جانب قاضی باشد حکم قضائی می باشد. احکام کلی،

<sup>۱</sup> زراعت، عباس و مسجد سرایی، حمید، مبانی استنباط فقه و حقوق، ج ۱، صص ۲۲ و ۲۳.