جامعۀ المصطفی العالمیه

مجتمع آموزش عالی فقه

مدرسه عالی فقه تخصصی

رساله دکترای تخصصی ph.d
حقوق جزای اسلامی

عنوان:

مكانة الفتاوى في نظام التشريع الإسلامي

(جایگاه فتاوا در نظام قانون گذاری اسلامی)

استاد راهنما: دکتر محمدجواد أرسطا

استاد مشاور: حسنعلي علي أكبريان

دانشپژوه: عبد الله حيدري

۲۶ آبان ۱۳۹۸

دسترسی به این مدرک بر پایۀ آیین‌نامۀ ثبت و اشاعۀ پیشنهاده‌ها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارۀ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایۀ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

الإهداء:

إلى من جاء بالوحي والتشريع هاديا للأمة، محمد خاتم النبيين (ص)؛

وإلى من رسم وخطا نظام الحكم الإسلامي، الإمام أمير المؤمنين (ع)؛

وإلى من يرسى دعائم هذا الأمر، الإمام الحجة المنتظر (عج)؛

وإلى الرائد الكبير للمسيرة في هذا العصر، الإمام الخميني.

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهاده‌ها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

شكر و تقدير

الحمد لله رب العالمين و الصلاة والسلام على سيدنا و نبينا محمد خاتم الانبياء والمرسلين وعلى آله الطيبين الطاهرين.

في البداية اقدم شكري وامتناني للجامعة المصطفي(ص) العالمية اذ اتاحت لنا فرصة قيمة لان نتعرف الدين الاسلامي ونتعرف معالم مدرسة أهل البيتﷺ ونسأل الله سبحانه ان ينجحنا في ان نستضيء وجودنا بنور الوحي الالهي ونأخذ علم الدين بكل قوة وندافع عنها في مختلف المجالات سواء كان مرتبطا بابلاغه الى الآخرين او كان متعلقا بإبداع الفكرة والبيان في حياتنا المعاصرة.

وفي هذا الاطار نشكر للرئيس فضيلة الشيخ الاعرافي والمسؤولين والموظفين في هذا المعهد العلمي المبارك واخص بالذكر اساتذتنا الكرام الكبار في قسم الفقه والقانون سماحة الآية الشيخ حبيبي تبار والسيد الجليل الدكتور وحدتي شبيري، ومن اخواننا في قسم الرسائل العلمية واشيد وانوه جهودهم المتواصلة في مختلف مجالات نشر الدين و نسأل الله سبحانه توفيقاتهم الكريمة وان يجزيهم احسن الجزاء.

ومن اللازم ان اشكر لاساتذتنا الكرام فضيلة الحجة الدكتور الاستاذ محمدجواد ارسطا المشرف للرسالة وفضيلة الشيخ الاستاذ علي اكبريان المشاور للرسالة والأساتذة المناقشين للرسالة سماحة الشيخ كاظم قاضي زادة وفضيلة السيد الشريف جواد ورعي وسماحة الشيخ حسين جوان آراسته لما بذلوا من جهودهم بإشارات وتوجيهات قيمة لتصحيح الرسالة.

وكذلك اشكر كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل وقد استفدنا منهم في مختلف المجالات واستشرنا معه في جملة من مباحث الرسالة وكذلك نشكر لاخواننا الذين ساهمونا بمبادراتهم في الرسالة.

عبدالله الحيدري

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادده‌ها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

الخلاصة

إن التشريع في المجتمع هي ضرورة حتمية، لأن تنظيم المجتمع وتحديد العلاقة بين الدولة والأمة وحل الخلافات بين الأفراد يحتاج إلى القانون، وفي حالة غياب القانون، فإن النظام تستتبعه الفوضى وينهار. ويجب أن يأخذ المشرّع في مقام سن القانون المعايير المقبولة لدى المجتمع، ومتطلبات الزمان والمكان، وتحديد المصالح والمفاسد، وضمانات التطبيق اللازمة؛ وعليه ففي المجتمع الإسلامي يجب أن يتم التشريع وفقًا للتعاليم الدينية، وإلا لن يكون له شرعية ولا مقبولية. ولا يتحقق مطابقة القانون للشريعة إلا من خلال المطابقة لفتاوى خبراء الدين. بالنظر إلى هذه الأهمية فقد تمت مناقشة دور الفتوى في التشريع في هذه الأطروحة. ومن أجل إيضاح الموضوع قدمنا في الرسالة قضايا مثل: الترخيص التشريعي، والسلطة التشريعية، والمصادر التشريعية، كمسائل تمهيدية للموضوع، لإنه ما لم يثبت الترخيص التشريعي فإن الحديث عن التقنين يصبح عديم الجدوى، وما لم يتم تحديد السلطة الصالحة للتشريع، لا يمكن الفصل بين القانون المشروع الملزم وبين غيره. كما يجب تحديد المصادر حتى يعرف المشرّع المصادرَ التي يستمد منها في مقام سن القانون.

تتناول رسالة «مكانة الفتاوى في التشريع» ثلاث قضايا مهمة: أولاً، ضرورة التشريع وفقاً للفتوى،وقد تم إثبات ذلك بعدة أدلة. ثانياً: الفتوى المعيار؛ يعني ما هي الفتوى التي ينبغي إدراجها في التشريع؟ وقد تمت مناقشة العديد من النظريات والاحتمالات المتنوعة في الأطروحة. أخيرًا، يخلص المؤلف إلى أنه يمكن للدولة الإسلامية التشريع وفقًا لأي فتوى من فتاوى علماء الدين، وذلك لإن الأدلة اثبتت حجية جميع الفتاوى على قدم المساواة، ومع افتراض حجية كل فتوى، فإن سن القانون وفقا لأي فتوى هو وضع للقانون على طبق ما هو حجة. نعم يمكن للمشرع اعتبار المرجحات القانون في مقام سن القانون وهذا يعتبر من مزايا القانون. فقد سميت الرؤية باسم «نظرية التخيير في التشريع» وتشكل أهم مناقشة لهذه الأطروحة. ثالثًا: نطاق التشريع؛ بمعنى في أي مجال من التشريعات يجب سن القانون على اساس الفتوى، وفي أي مجال يجوز للسلطة الشرعية أن تقوم بالتشريع؟ وإلى أي مدى يجوز وضع العقوبات لضمان تطبيق القانون؟ تفصل الأطروحة بين مجالات المباحات والوضعيات والإلزاميات والعقوبات: ففي مجال الاحكام الإلزامية والأحكام الوضعية التي لا تقبل التفويض للغير، يجب أن يكون التشريع ضمن مجال فتوى الفقهاء. أما مجال المباحات والوضعيات القابلة للتفويض فهي من صلاحية الدولة الإسلامية. وقرر آراء الفقهاء حول تحديد سن العقوبات من قبل الدولة الاسلامية.

يناقش الفصل الأخيرُ نطاقَ تطبيق القانون وإنفاذه، يعتبر نطاق التطبيق خارج دائرة تشريع القانون من جانب، نظرًا ألى أن تطبيق القانون شيء غير سن القانون، ومن جانب يرتبط بتحديد نطاق التشريع، حيث انه إذا لم تتحدد في مقام التشريع حدود تنفيذ القانون، فإنه لايمكن تحديد نطاق القانون في حال التنفيذ. وتعارض الفتوى والقانون، تنازع القوانين بحسب الزمان وآثار القانون هي من الموضوعات الأخيرة في هذا البحث.

الكلمات المفتاحية: الفتوى، النظام، القانون، التشريع، الإسلام.

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادهها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

فهرسة المطالب

تمهيد ١
تبيين الموضوع ١
ضرورة البحث عن الموضوع..... ٣
الهدف من الدراسة..... ٤
السؤال الرئيسي والأسئلة الفرعية ٥
مباحث الرسالة..... ٥
الدراسات والجهود السابقة ٥
الفصل الاول: بحوث تمهيدية ٧
المبحث الاول: مباحث لغوية و إيضاحية للموضوع ٩
المطلب الأول: مفهوم الفتوى..... ٩
المطلب الثاني: مفهوم التشريع..... ١٣
المطلب الثالث: مفهوم النظام..... ١٦
المبحث الثاني: ماهية الحكم والقانون..... ١٨
المطلب الأول: تعريف الحكم ١٩
المطلب الثاني: ميزات الحكم الولائي..... ٢٤
المطلب الثالث: ماهية القانون..... ٣٠
المبحث الثالث: الجذور التأريخية للموضوع..... ٣٣
المطلب الأول: نشأة إشكاليات تعدد القراءات..... ٣٣
المطلب الثاني: تعدد القراءات على مر العصور ٣٦
المطلب الثالث: القانون الحديث في العالم الإسلامي ٣٨
١. القانون الحديث في الخلافة العثمانية ٤٠
٢. القانون الحديث في ايران..... ٤٣
٣. القانون الحديث بعد الخلافة العثمانية..... ٤٩
خلاصة الفصل الأول ٤٩
الفصل الثاني: مرتكزات أساسية للتشريع..... ٥١
المبحث الاول: شرعنة سن القانون ٥٤
المطلب الأول: ضرورة التشريع ٥٤
المطلب الثاني: جواز التشريع..... ٥٥
٢. تبرير جواز التشريع..... ٥٧
المبحث الثاني: السلطة الصالحة للتشريع ٦٠
المطلب الاول: نظرية ولاية الأمة..... ٦١
المطلب الثاني: نظرية انتخاب الفقهاء..... ٦٥
المطلب الثالث: نظرية انتصاب الفقهاء ٧٠
المطلب الرابع: نظرية ولاية أهل الحل والعقد ٧٥

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادهها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

المبحث الثالث: وظائف الدولة الإسلامية ٧٩
المطلب الأول: الوظائف الدينية ٨٠
المطلب الثاني: الوظائف الاجتماعية ٨٣
المطلب الثالث: الوظائف التي تتعلق بالبلد ٨٥
المبحث الرابع: مصادر التشريع للدولة الإسلامية ٨٦
المطلب الأول: مصادر القوانين الحكومية ٨٧
١. الأول: مقاصد الشريعة الإسلامية ٨٧
٣. الثاني: المصلحة ٩١
٤. الثالث: سد وفتح الذرائع ٩٤
المطلب الثاني: مصادر القوانين الشرعية ٩٦
١. القسم الأول: المصادر الأولية ٩٦
٢. القسم الثاني: المصادر الثانوية ٩٩
٢-١. حجية الفتاوى ٩٩
١. مبررات اعتبار الفتاوى ١٠٠
١-١. آية النفر ١٠٠
١-٢. آية السؤال عن أهل الذكر ١٠١
١-١-٣. الأخبار ١٠٢
٢-٢. شرائط اعتبار الفتاوى ١٠٣
١. الأول: العقل ١٠٣
٢. الثانى: الوثوق ١٠٥
٣. الثالث: الاختصاص والاجتهاد ١٠٥
٣-١. تبرير اشتراط الاجتهاد ١٠٥
٣-٣. تحديدات للاجتهاد ١٠٧
٣-٣-١. اعتبار الاجتهاد الكامل ١٠٧
٣-٣-٢. اعتبار الاعلمية ١٠٩
المطلب الثالث: الشرائط الشرعية ١١١
خلاصة الفصل ١١٢
الفصل الثالث: التشريع على ضوء الشريعة، النطاق والحدود ١١٥
المبحث الأول: التشريع على أساس الشريعة ١١٨
المطلب الأول: وجوب التشريع على أساس الشريعة ١١٨
المطلب الثاني: طرق العمل بالأحكام الشرعية ١٢١
١. الطريق الأول: الرجوع إلى المصادر الأصلية ١٢٢
٢. الطريق الثاني: العمل بالاحتياط ١٢٦
٣. الطريق الثالث: العمل على أساس الفتاوى ١٢٩
المبحث الثاني: الفتوى المعيار فى سن القانون ١٢٩

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهاده‌ها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

المطلب الأول: فتوى ولي الأمر ١٣٠
المطلب الثاني: فتوى جماعة معينة ١٣٦
المطلب الثالث: فتوى الأعلم..... ١٤٣
المطلب الرابع: فتوى المشهور ١٥٧
المطلب الخامس: الفتوى المطابق للاحتياط..... ١٦٦
المطلب السادس: فتوى كل فقيه ١٧١
المطلب السابع: المختار في مقام سن القانون؛ التخيير..... ١٨٤
١. إيضاح نظرية التخيير ١٨٤
٢. تبرير نظرية التخيير..... ١٨٥
٣. تحديد نظرية التخيير..... ١٨٨
٣-١. التحديد من جهة شرائط الاجتهاد ١٨٨
٣-٢. التحديد من جهة المبادئ ١٨٩
٣-٣. التخيير من جهة الانقطاع والدوام..... ١٩١
٣-٤. التخيير من جهة تجزئة الرأي..... ٢٠٣
٤. أسباب ترجيح الفتوى في مقام سن القانون ٢١٣
٥. نتاجات نظرية التخيير ٢١٥
٦. تساءلات وأجابات ٢١٩
المبحث الثالث: نطاقات التشريع ٢٢١
المطلب الأول: التشريع في ساحة الإلزاميات..... ٢٢١
المطلب الثاني: التشريع في نطاق المباحات..... ٢٢٣
١. مفهوم التشريع في نطاق المباحات ٢٢٣
٢. المبدء الأساسي في نطاق المباحات ٢٢٤
٣. التشريع في نطاق المباحات..... ٢٢٦
٤. محددات التشريع في منطقة الفراغ..... ٢٣٩
المطلب الثالث: التشريع في ساحة الضروريات..... ٢٤٧
١. مفهوم التشريع في ساحة الضروريات ٢٤٧
٢. ضوابط التقنين في دائرة الضروريات ٢٤٨
المطلب الرابع: التشريع في ساحة الوضعيات..... ٢٥٢
١. مفهوم التشريع في دائرة الوضعيات ٢٥٢
٢. اتجاهات التشريع في دائرة الوضعيات ٢٥٣
٣. ضوابط تحديد التشريع في ساحة الوضعيات..... ٢٥٦
المطلب الخامس: سن الجرائم والعقوبات..... ٢٥٧
١. شرعنة وضع العقوبات ٢٥٧
٢. ما هي العقوبات..... ٢٥٩
٣. حدود العقوبات..... ٢٦٤
خلاصة الفصل..... ٢٦٨

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادده‌ها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

الفصل الرابع: نطاق تطبيق التشريع ٢٧١
المبحث الأول: تنازع الفتوى والقانون ٢٧٣
١. بيان الموضوع ٢٧٣
٢. الاحتمالات في المقام ٢٧٤
المبحث الثاني: تنازع القوانين في الزمان ٢٨١
١. بيان الموضوع ٢٨١
٢. حلول فقهاء القانون لمشكلة تنازع القوانين ٢٨٣
٣. تنازع القوانين من وجهة نظر الفقه الإسلامي ٢٨٧
٣-١. الاتجاه الأول: القانون لا يعتبر حكما ولائيا ٢٨٨
٣-٢. الاتجاه الثاني: القانون يعتبر حكما ولائيا ٢٩١
المبحث الثالث: آثار القانون ٢٩٢
١. وجوب الإطاعة ٢٩٢
٢. الإثم والعقاب الأخروي ٢٩٤
خلاصة الفصل ٢٩٨
خلاصة الرسالة ٣٠١
١. موضوع الرسالة ٣٠١
٢. الفتوى المعيار لسن القانون ٣٠٢
٣. مستندات الرأي المختار ٣٠٣
٣-١. الوجه الأول: إطلاق النصوص ٣٠٣
٣-٢. الوجه الثاني: السيرة المتشرعية ٣٠٤
٤. إشكالات و إجابات ٣٠٥
٤-١. الأول: السيرة العقلائية على اتباع الأعلم ٣٠٥
٤-٢. الثاني: النصوص ٣٠٦
٤-٣. الثالث: وجوب اتباع فتوى ولي الأمر ٣٠٧
٥. نطاق نظرية التخيير ٣٠٨
٦. تحو يل الفتاوى إلى القانون ٣٠٩
٦-١. التبديل عبر قناة السلطة الشرعية ٣٠٩
٦-٢. مرجحات التشريع ٣٠٩
٧. نتاجات نظرية التخيير ٣١٠
٧-١. التخيير في سن القانون ٣١٠
٧-٢. الاجتزاء بالقانون ٣١١
٧-٣. تقديم القانون لدى التنازع ٣١٢
٧-٤. تعيين المعيار في المخالفة للشريعة ٣١٢
٧-٥. التخيير في التقليد ٣١٢
٧-٦. التخيير في جواز العمل ٣١٣
مصادر الرسالة ٣١٥

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادهها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

تمهيد

الانسان كائن اجتماعي، يميل فطرة إلى أفراد جنسه، ويحب التواصل والتعامل معهم، ويقضي حاجياته عبر تبادل الخدمات مع أفراد نوعه، ولا يقدر أن يعيش منعزلا عن الآخرين. والتعايش بين الأفراد يشكّل مجتمعا قل حجمه او كبر. وكل مجتمع يحتاج إلى حكم وسلطة؛ لأن بقاء المجتمع الانساني يتوقف على حفظ التآلف النظام المدني، ليقضي كل منهم حاجياته ورغباته ولا يتوفر ذلك من دون نظم وسلطة. والحكم يحتاج إلى قانون ينظم العلاقات بين الناس؛ وإلا تؤدي إلى الفوضى والانهيار.

ومن الواضح أن المجتمع يدعم قانونا ينبثق عن المبادئ العقدية وتناسب الأخلاق الإنسانية ويوافق الثقافة العامة لهم، وإنما يتنجز الهدف المتوخى من القانون إذا توفر ذلك؛ من هنا يلزم أن يكون القانون في المجتمع الإسلامي منبثقا من الشريعة الإسلامية، فإن الشعب الإسلامي آمنوا بالله واليوم الآخر وأن ما جاء به النبي الأكرم(ص) حق يجب الالتزام به، هذا على أساس دلائل منطقية وبراهين واضحة، ويخضعون أمام الشريعة الإسلامية عن طوع ورغبة ويطردون ما يخالف ذلك.

وسن القانون على أساس الشريعة يواجه تساؤلات: منها ما يتعلق بشرعية سن القانون؛ مثلا هل يسوغ للإنسان أن يقوم بالتشريع أم لا؟ وفي حين افتراض سن القانون للإنسان ما هي السلطة الصالحة لهذا الأمر؟؛ ومنها ما يتعلق بتكييف سن القانون على أساس الشريعة؛ مثلا كيف يمكن سن القانون على أساس الشريعة الإسلامية؟ وسوف يصل الإنسان أنه لا يمكن سن القانون على أساس الشريعة الإسلامية من دون تفسير وقراءة، فإذن يقع التساءل أنه على أساس أي تفسير يسن القانون؟.

والمجتمع على أساس مبادئهم العقدية يحتم الاحتفاظ بالشريعة وتخطيط المسير بها والسلوك في دائرتها. وفي نفس الوقت من الضروري مواكبة متطلبات العصر، إذ لو لم يوافق القانون متطلبات العصر لا يكون صالحا لتخطيط المسير وإدارة المجتمع. من هنا يتحتم أن يتطابق القانون مع الشريعة من جهة، ومن جهة أخرى لابد أن يلبي حاجيات المجتمع ومتطلبات العصر.

تبيين الموضوع

تحاول الرسالة أن تتحدث عن شرعية سن القانون على ضوء الشريعة الإسلامية وكيفية التشريع، وبالتأكيد تتحدث عن دور الفتاوى في نظام التشريع الإسلامي وعن إشكاليات توجد في هذا المسار.

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادهها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

وذلك أن المجتمع الإسلامي إذا حاول أن يقوم بسن القانون على أساس الشريعة فأمامه طريقان: الأول أن يسن القانون على ضوء الكتاب والسنة ومصادر أخرى؛ والآخر أن يسن القانون على أساس آراء الفقهاء الإسلاميين. يبدو أن الأول ارجح، لتقدّم سن القانون على أساس نصوص الكتاب والسنة على كل رأي ونظر؛ لكن هذا بعيد عن عالم الواقع، إذ لا يوجد في نصوص الكتاب والسنة مواد القوانين بصورة واضحة، بل اكتنفت النصوص بالغموض من جهات شتى: من الابتعاد عن زمن صدور النص، ومن الصدور على أساس تربوي على مرّ الزمن، ومن تخصيص وتقييد وتعارض ومن عدم وجود النص في كل ما يحتاج اليه المسلم المعاصر، فإذن يتحتم أن يسن القانون على أساس رؤى ونظريات الفقهاء الإسلاميين، وكل من يحاول أن يسن القانون على أساس الكتاب والسنة في الواقع يقوم باجتهاد من النص.

ومن هنا يتولد إشكالية وهي أنه ربما يختلف فتاوى الفقهاء الإسلاميين في مختلف القضايا انطلاقا من الاختلاف في فهم النصوص ومن الاختلاف في المبادئ العلمية لاستنباط الأحكام من مصادرها، فكيف نتعامل في مقام سن القانون؟ وأي فتوى هو المعيار في مقام سن القانون؟ ولا يمكن التشريع على أساس جميع فتاوى الفقهاء العظام، لأن الهدف من القانون رفع الفوضى والخلاف ولا يرفع الخلاف مع وضع الاختلاف في نفس القانون، ويلزم أن يكون القانون أمرا موحدا يستهدف طريقا واحدا للمجتمع، فيتحتم أن يسن القانون على أساس فتوى معينة تحدد طريقا واحدا للمجتمع.

ولو استطعنا أن نجتاز عن هذه المرحلة وحددنا الفتوى المعيار وقمنا بسن القانون على أساس فتوى واحدة معينة تحدد طريقا موحدا، إلا أن كل ذلك صياغة الفتاوى في قالب مواد قانونية، وهي صياغة ظاهرية لا واقعية، وجوهر القانون هو الإلزام. من هنا يتساءل أنه كيف تتبدل هذه الصياغة من قانون شكلي إلى قانون واقعي؟ وكيف يتحول الفتاوى إلى القانون بالمعنى المصطلح لدى القانونيين؟ يعني كيف يضفى لها صفة الإلزام؟ والإجابة على هذا التساءل أن تحويل الفتاوى إلى القانون يتم عبر سن القانون من جانب السلطة الشرعية، ولو حاولت السلطة الشرعية سن القانون على أساس الفتاوى، فسوف يكون القانون ملزما، وإلا فهي تبقى على حد الفتاوى ولا ملزم بها. من هنا يتحتم أن يعرف السلطة الشرعية لدى المسلمين. جنبا إلى جنب هذا البحث يجب تحديد ما يجب أن يسن القانون على أساسه وما لا يجب أن يسن القانون على أساسه من الفتاوى، بل للسلطة الشرعية أن تقوم بالتشريع على أساس مصالح المسلمين. وعلى أساس قراءة جماعة من الفقهاء الشيعيين الأخيار هنا خط واضح

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادهها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

بين دائرة منطقة الفراغ و بين غيرها، فإن القانون يجب أن يسن على أساس الفتاوى في دائرة الإلزاميات، وأما في غير الإلزاميات فالدولة بإمكانها سن القانون. وهذا ما سيتضح أكثر في موضعه.

ومجموع هذه الأمور يشكل منظومة كاملة عن نظام التشريع في الإسلام، والمحور في نظام التشريع هو سن القانون على اساس فتاوى الفقهاء الإسلاميين، ولا يمكن الاحتفاظ بالشريعة إلا من خلال تدخل نظريات فقهاء الدين في التشريع، ولا يعتبر دولة إسلامية إلا بالاحتفاظ بالشريعة. و يبتنى على دعائم: منها جواز سن القانون من جانب الإنسان الاعتيادي ومنها قيام السلطة الشرعية بالتشريع. ومنها التفريق بين ما يجب أن يسن القانون على أساسه وما لا يجب.

ولإكمال الحديث في هذا المجال ينبغي الإجابة عن تساؤل آخر: أن كل فرد شيعي يتابع فتوى من مراجع الدين في مختلف مجالات الحياة، وربما يقع التعارض بين ما أفتى به المرجع الديني و بين القانون الذي أضفى له الدولة الشرعنة والإلزام؟ هل أن الفرد المسلم على خيار بين أن يختار أحد الأمرين أو يجب الالتزام بما أفتى به المرجع الديني أو يجب الالتزام بالقانون؟ وهذا تساؤل جاد في حياتنا المعاصرة. ومن الواضح أن اختيار كل واحد من هذه الفروض يجب أن يكون على أساس مستند و برهان. و يستتبع كل فرض نتائج معينة، مثلا لو وصلنا إلى وجوب اتباع فتوى المرجع الديني، فلا يجب عليه اتباع القانون إذا خالف فتوى المرجع الديني. وهذا ربما يؤدي إلى الهرج والمرج كما إذا فرض السلطة القضائية عليه هذا القانون، فهنا الاعتراف بالقانون يتابع استلام ما يخالف حكم الله ورفضه يتابع الهرج والمرج.

ضرورة البحث عن الموضوع

إن الدولة هي الشرط الأساس للحضارة وتجسيد القيم الإنسانية والإيمانية، فان كانت الدولة إسلامية فهي تحاول أن تنجز القيم الإنسانية والاخلاقية الإسلامية في المجتمع. وان كانت علمانية فهي بصدد إنجاز القيم العلمانية. ومن الواضح أن إنشاء الدولة الإسلامية بحاجة إلى التفكير والتنظير وتبيين ما لها من المبادئ والأركان والأهداف والقوانين.

ولعل التشريع وسن القانون يعتبر من أهم اجزاء النظام السياسي للإسلام في مرحلة التفكير والتنظير، لأن التشريع في نظام الحكم يبين كيفية علاقة نظام الحكم بالشريعة الإسلامية وأن الدولة كيف تنجز الشريعة الإسلامية ومن خلال أي قناة من قنوات القراءات الفقهية تستقي الشريعة؟ وهل يمكن للدولة أن تسن القانون على أساس متطلبات الزمانية والمكانية في مجالات خاصة أم لا؟ ومع الأخذ بعين الاعتبار لهذه الأهمية اخترت هذا

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادهها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

الدراسة حتى أساهم إنشاء الدولة الإسلامية من ناحية التنظير والتفكير ومن هذا الطريق أساهم لإنجاز الشريعة الإسلامية و إنجاز أهداف الدين في المجتمع الديني.

ولا بد من الالتفات إلى أنه يصعب العمل في هذا المجال، وذلك لأن الفقه على أساس الظروف الزمنية والمكانية قد سيطرت عليه القراءة الفردية وهي تعالج حياة الفرد المسلم في زمن يعيش في ظلّ دولة لا يعتني بالإسلام وبقيت القراءة الجماعية من الدين ضعيفة. وإذا اراد الباحث الإسلامي أن يواكب الفقه مشكلات المجتمع الديني ويهتم بقضايا الدولة الإسلامية، هذا يتطلب ان يقرء الفقه الإسلامي قراءة اجتماعية لإحلال مشاكل المجتمع الديني. هذا إيمانا بأن مختلف مجالات الحياة الانسانية فردية كانت او جماعية، كانت ذات علاقة بالدولة او بالمجتمع، لها حكم في الشريعة الإسلامية. وعلى هذا الأساس حاولنا في هذه الدراسة إلقاء الضوء على نظام سنّ القانون من وجهة نظر إسلامي بقدر المستطاع ونبين فيها المرتكزات الأساسية للموضوع ونحدد المجالات التي بإمكان الدولة أن تسن فيها من القوانين عبر شرائط ومواصفات خاصة ونعين تكييف سن القانون على أساس الشريعة.

الهدف من الدراسة

والباعث لاختيار هذه الدراسة أمور:

الاول: نُرِي أن الدين الإسلامي يقدر أن يواكب الحياة المعاصرة في مختلف مجالات الحياة من الاجتماع والدولة ونظام التشريع ويعطي معطياته وثماره من احكام شرعية وقيم اخلاقية. فمن الضروري أن نوضح أحكامه وقيمه في المجالات المستجدة ومنها ساحة التشريع.

الثاني: إن الفقه الشيعي قد سيطرت عليها القراءة الفردية من الشريعة الإسلامية ولم يحل القراءة الاجتماعية من الدين مكانته في الدراسات الفقهية وظلت دراسات فقه الدولة وفقه الاجتماع ضعيفة وضئيلة. وواحد من مجالات فقه الدولة هي دراسة نظام التشريع الإسلامي و نريد ان نوضح الضوابط التي قدمها التشريع الإسلامي في هذا المجال.

الثالث: ان هذه الدراسة يعني إيضاح نظام سن القانون في الإسلام لم يهتم بها كمال الاهتمام في الدراسات التي رأيناها في فقه الدولة الإسلامية، من هنا حاولنا أن نوضح هذه الدراسة حسب المستطاع من جهات مختلفة من أسس ومبادئ وضوابط وتنازع وتكييف سن التشريع. وبايضاح هذه الدراسة تعرف المؤسسات التي هي ذات صلاحية في مجال سن القانون مدى صلاحيتها ومكونات وضوابط التشريع وحلول تنازع الفتاوى والقانون؛ فإذن

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادهها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

من ثمار الدراسة أنها تفيد الدولة الإسلامية عامة ولبارلمانات الدول الإسلامية ولمجلس الشورى الإسلامي وصيانة الدستور لايران بصورة خاصة.

السؤال الرئيسي والأسئلة الفرعية

والتساءل الرئيسي في هذه الرسالة: ما هي مكانة الفتاوى في نظام التشريع الإسلامي؟

التساؤلات الفرعية حسب ما قررته اللجنة العلمية لـ جامعة المصطفى(ص) العالمية:

١. ما هو القانون والفتوى ونظام التشريع؟

٢. وما هي مرتكزات سن القانون؟

٣. وأي رأي ونظر هو المعيار في مقام سن القانون من رؤى وفتاوى الفقهاء الإسلاميين؟

٤. وما هو الحل للتنازع بين الفتوى والقانون.

مباحث الرسالة

مع الأخذ بعين الاعتبار لما تقدم وللتساءلات التي طرحناه، رتبنا الرسالة على ما يلي:

الفصل الاول: بحوث تمهيدية. وهو يشتمل على مباحث: ١. تبيين مفردات الموضوع؛ ٢. وماهية القانون واقسامه؛ ٣. والجذور التاريخية للتشريع.

الفصل الثاني: المرتكزات الأساسية للتشريع. وهو يشتمل على مباحث: ١. جواز سن القانون؛ ٢. أهداف التشريع؛ ٣. مصادر التشريع في الدولة الإسلامية؛ ٤. السلطة الصالحة للتشريع؛ ٥. اعتبار الفتاوى.

الفصل الثالث: التشريع على ضوء الشريعة والنطاق والحدود؛ وهو يشتمل على: ١. ضرورة التشريع على أساس الشريعية؛ ٢. الفتوى المعيار في مقام سن القانون؛ ٣. نطاقات التشريع.

الفصل الرابع: نطاق تطبيق القانون؛ وهو يشتمل على: ١. تعارض الفتوى والقانون؛ ٢. تنازع القوانين بحسب الزمان؛ ٣. آثار القانون.

الدراسات والجهود السابقة

والموضوع لهذه الرسالة هي دور الفتاوى في نظام التشريع الإسلامي، يعني هل يتحتم التشريع على أساس الفتاوى، وإذا وجب ذلك ما هو الفتوى المعيار في مقام سن القانون. من هنا ينصب الموضوع على الفتوى المعيار، وفي ما يتعلق بذلك، هناك عدة مقالة والأهم منها:

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادهها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

١. فتواي معيار در قانونگذارى (بالفارسية)؛ لـ الشيخ حسنعلي علي اكبريان. نشر هذه المقالة في مجلة الدين والقانون تصدرها مركز الدراسات الإسلامية لمجلس الشورى الإسلامي الايراني، السنة الاولى، شتاء ١٣٩٢هـش. هذه المقالة تبحث عن احتمالات الفتوى المعيار في مجال سن القانون و بالضبط يشير إلى اربع احتمالات: ١. ان يكون المعيار في مجال التشريع الفتوى المؤهل للشرايط الزمانية و المكانية؛ ٢. ان يكون المعيار في مجال التشري فتوى ولي الفقيه؛ ٣. ان يكون المعيار في مجال التشريع الفتوى اقرب إلى الواقع من غيره، سواء كان ذلك بملاك الاعلمية او بملاك الشهرة.

٢. محاضرة علمية ألقاها سماحة الأستاذ الدكتور محمدجواد ارسطا حول الفتوى المعيار في سن القانون في ربيع ١٣٩٣هـش في مؤسسة فهيم في مدينة قم، ثم أعادها في ندوات علمية مختلفة مع فيها من اضافات.

٣. فتواى معيار در قانونگذارى در نظام حقوقى جمهورى إسلامى ايران (بالفارسية)؛ لهادى حاج زاده. نشر المقالة في مجلة مطالعات إسلامي فقه وأصول العدد ١٠٢، خريف ١٣٩٤ من ص٥٩- ٨٧.

٤. امكان سنجى فقهى قانونگذارى بر مبناى فتواى مشهور (بالفارسية)؛ لمسعود جهان دوست دلنجان. نشر المقالة فى مجلة پژوهشنامه فقهى، العدد ٧، خريف وشتاء ١٣٩٤هـش، من ص٥- ٢٦.

٥. مقاله فقه و قانون گذارى للدكتور احمد حاجي ده آبادي، المنشور في مجموعة تأملات فقهي در حوزه قانگذارى (بالفارسية)؛ وهي كتاب فيها تقرير من عدة ندوات علمية قام بعقدها مركز دراسات المجلس الشورى الإسلامي الإيراني في سنة ١٣٩٣.

هذه مقالات تعرضت للفتوى المعيار في مقام سن القانون؛ إلا أن هذه المقالات أولا؛ أنها لم تستقص جميع الأدلة والمستندات التي يمكن الاستناد اليها في اثبات الاقوال ولا ذكر جميع الاشكاليات التي تواجهها هذه الاقوال. ونحن بحول منه و قوته حاولنا بقدر المستطاع ان نذكر المستندات و الآراء والاشكاليات التي تطرح في هذا المجال.

ثانيا: ان قضية سن القانون لا بد ان ينظر اليه ويبحث عنه في منظومة نظام التشريع والتقنين من وجهة نظر إسلامية، ونحن في هذه الرسالة بصدد اعطاء رؤية كاملة عن نظام سن القانون وعن مرتكزاتها ومكوناتها ومعطياتها في هذا المجال. ونسأل الله سبحانه أن يوفقنا لإتمام هذه الرسالة.

عبد الله حيدري

المنتصف الثاني من شهر شعبان المبارك ١٤٣٨ الموافق لـخرداد ١٣٩٦

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادهها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

الفصل الاول: بحوث تمهيدية

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهاده‌ها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فنـــاوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

قبل الدخول في مباحث الرسالة وهي مكانة الفتاوى في نظام التشريع ينبغي التمهيد لذلك ببيان بعض المقدمات ذات صلة بالبحث وهي: التعريف بالمصطلحات المتعلقة بالموضوع، تبيين الموضوع، بيان أهمية الموضوع والحاجة إلى دراسته، منهج البحث ونبذة من تاريخه.

المبحث الاول: مباحث لغوية وإيضاحية للموضوع

المفردات التي جاءت في اطروحة الموضوع هي الفتاوى والنظام والتشريع والإسلام. وهناك جملة من مفردات أخرى ذات علاقة وثيقة بهذه المفردات، مثلا أن الفتوى ذات علاقة وطيدة بالشريعة والفقه، والتشريع ذات علاقة بالقانون والحقوق، ويحصل المعرفة التامة بهذه المصطلحات عند ما تقاس هذه الكلمات بما يشابها؛ ولذلك أحاول أن أوضح هذه المفردات لغويا وحسب ما هو المصطلح عند أهل اللسان وأهل العلم ونقايسها مع ما يقترب هذه الكلمات.

المطلب الأول: مفهوم الفتوى

١. الفتوى في اللغة

وهي في اللغة بمعنى بيان أمر مبهم من جانب العالم به. قال في المحيط: وأفْتَىٰ الفَقِيْهُ يُفْتي إفْتَاءً: إذا بَيَّنَ المُبْهَمَ، وهي الفُتْيَا؛ وفي لُغَةٍ: الفَتْوَىٰ.[١] وقال الراغب في مفرداته: والفُتْيَا والفَتْوَى: الجواب عمّا يشكل من الأحكام، ويقال: اسْتَفْتَيْتُهُ فَأَفْتَانِي بكذا. قال: وَ يَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسٰاءِ قُلِ اللهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ (النساء/ ١٢٧)، فَاسْتَفْتِهِمْ (الصافات/ ١١)، أَفْتُونِي فِي أَمْرِي (النمل/ ٣٢).[٢] وفي المصباح: والفَتْوَى (بِالْوَاوِ بِفَتْحِ الْفَاءِ وَبِالْيَاءِ فَتُضَمُّ) وَهِيَ اسْمٌ مِنْ «أَفْتَى» الْعَالِمُ إذَا بَيَّنَ الحُكْمَ و«اسْتَفْتَيْتُهُ» سَأَلْتُهُ أن يُفتِيَ.[٣]

[١] . صاحب بن عباد، اسماعيل، المحيط في اللغة، ج٩، ص: ٤٧١.

[٢] . الاصفهانى، حسين راغب، مفردات ألفاظ القرآن، ص: ٦٢٥.

[٣] . الفيومى، احمد، المصباح المنير، ج٢، ص: ٤٦٢.

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادهها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

٢. الفتوى حسب المصطلح

ولا يبعد مصطلح الفتوى عما يعنيه اللغة وهو عبارة عن «الإخبار عن الحكم الشرعى على أساس ما وصل اليه المجتهد حسب رأيه من أدلة الأحكام الشرعية». قال السيد الخويي: الفتوى عبارة عن الإخبار عن الحكم عن مقدمات نظرية.[١] ويقترب ما جاء في نص آخر من المحقق القمى، قال: الفرق بين الفتوى و الحكم، هو أنّ الفتوى هو إخبار عن اللّه تعالى بأنّ حكمه في هذه القضيّة كذا. والحكم هو إنشاء إطلاق أو إلزام في المسائل الاجتهادية وغيرها مع تقارب المدارك فيها ممّا يتنازع فيه الخصمان بمصالح المعاش.[٢] ومن الواضح أن الإخبار عن حكم الله سبحانه يكون على أساس ما وصل اليه كل مجتهد حسب رأيه في مقام الإستنباط والاجتهاد من أدلة الأحكام كما صرح به بعض، قال: إنّ بيان الفتوى هو الإخبار عن حكم الله بحسب رأيه.[٣]

٣. كلمات ذات صلة بالفتوى

ثمة كلمات أخرى تقترب من حيث المفهوم وذات صلة احدها بالآخر، و إلقاء الضوء على هذه الكلمات تفيد إيضاح الضوء على مفهوم الفتوى أيضا. والمهم منها هما الشريعة والفقه.

الشريعة؛ الشريعة في الاستعمال اللغوي بمعنى مورد الماء الذي يقصد للشرب،[٤] واستعمل أيضا بمعنى الطريق والنهج الواضح كما جاء في القرآن الكريم: لِكُلٍّ جَعَلْنٰا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَ مِنْهٰاجاً (المائدة/ ٤٨).[٥]

وفي الإصطلاح قد يراد منه ما شرعه اللّه لعباده في مختلف مجالات الحياة مما يتعلق بالعقائد والأخلاق وأفعال العباد من عبادات ومعاملات.[٦] وقد تطلق على خصوص القوانين والأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى لعباده لتنظيم حياتهم الدينية والدنيوية من عبادات ومعاملات وغيرها. والمقصود من الشريعة هنا هذا المعنى.

الفقه؛ الفقه في اللغة بمعنى الفهم كما صرح به جماعة من أهل اللغة، قال في كتاب العين: الفِقْه: العلم في الدين. يقال: فَقُهَ الرجل يَفْقُهُ فِقْها فهو فَقِيه. وفَقِهَ يَفْقَهُ فِقْهاً إذا فَهِمَ.[٧] وفي المصباح: الفِقْهُ: فَهم الشَّيءِ قَالَ ابْنُ

---

[١] . الخويى، ابوالقاسم، فقه الشيعه (الاجتهاد و التقليد)، تقرير السيد محمد مهدي الخلخالي، ، ص٥١.

[٢] . القمى، ميرزا ابوالقاسم، القوانين المحكمة في الأصول (طبع جديد)، ج٢ ؛ ص٤٩٢. بتلخيص منا.

[٣] . الصدر، رضا، الاجتهاد و التقليد، ص٣٦٥.

[٤] . صاحب بن عباد، اسماعيل، المحيط في اللغة، ج١، ص ٢٨٥.

[٥] . الإصفهانى، حسين راغب، مفردات ألفاظ القرآن، ، ص: ٤٥٠.

[٦] . الصدر، السيد محمد، ما وراء الفقه، ج٨، ص: ٥٠٦؛ مصطفوي، محمد، نظريات الحكم والدولة، ص٨٣.

[٧] . الفراهيدي، خليل بن احمد، كتاب العين، ، ج٣، ص: ٣٧٠.

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادهها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

فَارِسٍ وَكُلُّ عِلْمٍ لِشَيءٍ فَهُوَ فِقْهٌ.[1] وفي النهاية: و الفِقْه في الأصل: الفهم، واشتقاقه من الشّقّ و الفتح. يقال: فَقِهَ الرجلُ بالكسر- يَفْقَهُ فِقْهاً إذا فهم و علم.[2]

ويقصد منه في ألسنة الفقهاء الإسلاميين العلم بالقوانين والأحكام الشرعية مستندا إلى المصادر الإسلامية المعتبرة وعمدتها القرآن والسنة. وقد عرف عند الفقهاء الشيعيين بانه العلم بالأحكام الشرعية العملية عن أدلّتها التفصيلية لتحصيل السعادة الأخروية.[3] وبنفس المعنى جاء في الفقه السني، قال في مجلة الأحكام: هو العلم بالأحكام الشرعية العملية.[4]

والمراد من الأحكام كل ما يصدره الشارع للناس من اوامر ونظم عملية تنظم حياتهم الاجتماعية وعلاقاتهم بعضها ببعض. والمراد من الشرعية المستفادة من أمر الشارع صراحة او دلالة. والتقييد بوصف العملية لإخراج المسائل الاعتقادية من أصول الإيمان وفروعه فانها موضوع علم آخر.

قد يطلق الفقه على نفس الأحكام كما أطلق على معرفة الأحكام الشرعية، ويعرف بانه عبارة عن «مجموعة من الأحكام العملية المشروعة في الإسلام» وتعلم مشروعيتها من طريق النص الصريح في القرآن او بيان الرسول وسنته او من بيان احاديث أئمة أهل البيت (ع).

وتنقسم هذه الأحكام الإسلامية إلى أحكام متعلقة بعبادة الله من صلاة وصوم وحج وغيرها وتسمى بالعبادات وإلى أحكام متعلقة بالاسرة من نكاح وطلاق ونسب ووصايا وميراث وتسمى اليوم بالاحوال الشخصية؛ وإلى أحكام متعلقة بنشاط الناس الاكتسابى وتعامل بعضهم مع بعض في الأموال والحقوق وتسمى بالمعاملات وفي مصطلح اليوم القانون المدنى؛ وإلى أحكام متعلقة بالسلطان الحاكم والحقوق والواجبات المتعلقة بينهما وتسمى بالأحكام السلطانية او السياسة الشرعية. وهذين النوعين تؤلف نوعين متميزين من الحقوق الاصطلاح القانونى الحديث: الحقوق الادارية والحقوق الدستورية؛ وإلى أحكام متعلق بعقوبة المجرمين وضبط نظام الداخلى بين الناس وتسمى العقوبات؛ وإلى أحكام تنظم علاقة الدولة الإسلامية بالدول الاخرى وتؤلف نظام السلم والحرب

[1] . فيومي، احمد، المصباح المنير، ج٢، ص: ٤٧٩.

[2] . الجزري، ابن اثير، مبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث و الأثر، ج٣، ص: ٤٦٥

[3] . العاملي، محمد بن مكى، ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة، ج١، ص:٤٠؛ حلّي، علامه، حسن بن يوسف، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثة)، ج١، ص: ٣١: الفقه لغة الفهم. و اصطلاحا العلم بالأحكام الشرعية الفرعيّة، المستدلّ على أعيانها، بحيث لا يعلم كونها من الدين ضرورة، فخرج العلم بالذوات و الأحكام العقلية (و النقلية) «٢» و التقليديّة و علم واجب الوجود و الملائكة و أصول الشريعة.

[4] . مجلة الاحكام العدلية، المادة الاولى.

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادهها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فنـاوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

وتسمى بـ«السير» (بكسر ففتح) وتسمى في الاصطلاح القانونى الحقوق الدولية العامة؛ وإلى أحكام متعلقة بالأخلاق والمحاسن والمساوى وتسمى الآداب.[1]

٤. النسبة بين الشريعة والفقه والفتوى

إن الشريعة تطلق على نفس الأحكام والقوانين التي نزلت من عند الله سبحانه لتنظيم حياة الإنسان والتي تتضمنها نصوص القرآن والسنة من دون تدخل لفهم الانسان. والفقه فهم العلماء عن نصوص الأحكام و ما يستنبطونه من تلك النصوص، وهي احكام الله التي تمر عن قناة ذهن الإنسان. فالفارق بين المفهومين أن الشريعة تطلق علي ذات الشيء والفقه على العلم بالشيء ومن الواضح ان العلم قد يطابق الواقع وأخرى لا يطابقه.

قال الزرقا: الشريعة هي نصوص القرآن الموحى به من الله تعالى إلى رسوله محمد والسنة النبو ية وهي أقوال الرسول وأفعاله التي هي شرح لما أجمله القرآن وتطبيق عملي لأوامره ونواهيه و إباحته. أما الفقه الإسلامي فهو ما يفهمه العلماء من نصوص الشريعة وما يستنبطونه من تلك النصوص ويقررونه ويوصلونه وما يقعدونه من القواعد المستمدة من دلالات النصوص. ولايجوز الخلط وعدم التمييز بين مفهوم الشريعة الإسلامية ومفهوم الفقه الإسلامي، لان الشريعة معصومة وهي في العقيدة الإسلامية صواب وخير كلها تهدي الحياة الانسانية إلى الطريق السليم المستقيم. اما الفقه فهو عمل الفقهاء في طريق فهم الشريعة وتطبيق نصوصها وفقا للقواعد الأصولية في الاستنباط وفي هذا يختلف فهم فقيه عن فقيه آخر وفهم كل واحد يحتمل الخطأ والصواب.[2]

ويتفق الفقه والفتوى في نقطة أساسية وهى أنهما يتضمنان الإخبار والعلم عن حكم الله سبحانه على أساس مقدمات نظرية وأدلة اجتهادية، ولا يوجد فيها إنشاء و إن أصدر بلفظ الإنشاء للمكلف فهو بمعنى الإخبار. ومن الواضح أن الإخبار والعلم عن حكم الله سبحانه، ليس نفس حكم الله سبحانه، بل ما وصل اليه المجتهد برأيه ونظره من الأحكام، لعله يطابق الواقع او لا يطابق. ويفترقان في أن الفتوى تفيد الإخبار والفقه نفس العلم؛ لأن الفتوى هى الإخبار عن حكم الله سبحانه للآخرين والفقه هى نفس الإدراك والعلم، وهذا فرق لا يؤثر من الناحية الفقهية شيئا.

---

[1] . الزرقا، مصطفى احمد، المدخل الفقهي العام، ج١، ص٦٦- ٦٧.

[2] . الزرقا، مصطفى احمد، المدخل الفقهي العام، ج١، ص ١٥٣- ١٥٤.

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادهها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.

المطلب الثاني: مفهوم التشريع

١. التشريع في اللغة

التشريع مصدر شرّع بالتشديد كما أن الشرع مصدر شرع بالتخفيف. وهو في اللغة بمعنى سنّ القوانين.[١] نعم هناك معان أخرى ذكر في اللغة العربية القديمة وهي بعيد عن المعنى المراد في هذا الزمان، مثل ما ذكره صاحب التاج ويقول: والتَّشْرِيعُ: إِيرادُ الإِبِلِ شَرِيعَةً لا يُحْتَاجُ مَعَهَا، أَي مع ظُهُورِ مَائِهَا إلى نَزْعٍ بالعَلَقِ، ولا سَقْيٍ في الحَوْضِ، وفي المَثَل: «أَهْوَنُ السَّقْي التَّشْرِيعُ» وذٰلِكَ لأَنَّ مُورِدَ الإِبِلِ إِذا وَرَدَ بها الشَّرِيعَةَ لم يَتْعَب في إِسقاءِ الماءِ لَها، كما يَتْعَبُ إِذا كانَ الماءُ بَعِيداً.[٢] ونظير ذلك جاء في شمس العلوم: [التشريع]: شَرَّعَ الشيءَ: إِذا رفعه جدّاً.[٣]

٢. التشريع في المصطلح

وعند ما يستعمل هذه المفردة عند أهل اللغة العربية، فهو كثيرا يرادف الشريعة الإسلامية ولذلك نجد أن كثيرا من الكتابات باللغة العربية سميت باسم التشريع الإسلامي والمقصود منه هي الشريعة الإسلامية، أو يقال مصادر التشريع الإسلامي، يعني مصادر الشريعة الإسلامية. قد يراد من هذه الكلمة ما يقترب المفهوم اللغوي من هذه الكلمة يعني سنّ القانون، مثلا عند ما يقال عصر التشريع، والمراد منه زمن النبي (ص) والذي ينزل من السماء القانون.

وقد يطلق هذه المفردة لدى القانونيين وهم يقصدون بالتشريع: «وضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة بذلك». وقد يراد منه ذات القواعد القانونية المكتوبة والصادرة عن السلطة المختصة بالتشريع، فيقال مثلا التشريع الضريبي او تشريع الايجار او تشريع العمل. فالاصطلاح ذاته يستعمل احيانا بمعنى المصدر ويستعمل احيانا أخرى بمعنى القواعد التي تستمد من هذا المصدر.[٤] فإذن هذه المفردة قد تطلق ويراد منه التشريع بمعنى الشريعة الإسلامية وأخرى يراد منه سنّ القانون ووضعه من جانب السلطة المختصة بالتشريع.

٢. مشابهات التشريع

التشريع ذات علاقة تامة بمفهوم التقنين والقانون والحقوق. من هنا تجدر الإشارة إلى المقصود من هذه المفاهيم والتي تراد منها والنسبة بينها.

---

[١] . معجم المعاني، مادة التشريع.

[٢] . الزبيدي، السيد محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، ج١١، ص٢٤١.

[٣] . الحميري، نشوان بن سعيد، شمس العلوم و دواء كلام العرب من الكلوم، ج٦، ص: ٣٤٤٦.

[٤] . الصدة، عبد المنعم فرج، اصول القانون، ص ٨٩؛ مصطفي الجمال ونبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص٢٣٥؛ محمدحسين منصور، المدخل الى القانون، ص ١٣٤.

دسترسی به این مدرک بر پایهٔ آیین‌نامهٔ ثبت و اشاعهٔ پیشنهادهها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شمارهٔ ۱۹۵۹۲۹/و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایهٔ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.