



دانشکده اصول الدین - قم
گروه فقه و حقوق اسلامی
پایان نامه کارشناسی ارشد

عنوان

چیستی و چگونگی فقه قانونگذاری در دایره اعمال حکومت اسلامی

استاد راهنما

حجت الاسلام و المسلمین دکتر صحبت الله سلطانیان

نگارنده:

فاطمه سعدآبادی

تابستان ۱۳۹۵



کلیه اصول الدین - قم

قسم الفقه و الحقوق

رساله ماجستير

عنوانها

طبيعة فقه التشريع في مجال تطبيق الحكومة الاسلامية و اسباب دراسته

استاذ المشرف

سماحة الشيخ الدكتور صحبة الله سلطانيان

إعداد

فاطمه سعدآبادی

صيف ۱۴۳۷

تقدیم به:

روان پاک شهدای مدافع حرم اهل بیت علیهم السلام

روحشان شاد، یادشان گرامی و راهشان پر رهرو باد.

سپاس:

در ابتدا بر خود فرض می‌دانم که از زحمات بی‌شائبه جناب آقای دکتر صحبت‌الله سلطانیان تقدیر و تشکر کنم که در تمام مراحل این پژوهش بنده را یاری نمودند و از خداوند منان برایشان توفیق روزافزون مسألت دارم.

همچنین تشکر می‌کنم از جناب آقای دکتر محمد رصافی که زحمت داوری پایان‌نامه را تقبل نمودند، حق استادی ایشان تا ابد بر دوش من خواهد بود.

در پایان از خانواده‌ام به ویژه همسرم تشکر می‌کنم که همواره در مشکلات پشتیبان من بودند.

چکیده:

این پژوهش با عنوان چستی و چگونگی فقه قانونگذاری در دایره اعمال حکومت اسلامی در چهار فصل آماده شده است که در فصل اول آن نسبت به بیان مقدمات، فرضیه‌ها و سؤالات همت گماشته شده است و در کنار آن به بیان جنبه‌های مجهول مسئله، ضرورت پژوهش و مسائلی از این دست پرداخته شده است که از جمله مهم‌ترین آن می‌توان به مسئله عمق‌بخشی به عناصر و ماهیات اصلی نهاد قانونگذاری کشور و اجزای مرتبط با آن اشاره نمود. توجیه طرح چنین مباحثی را می‌توان در تضاد آراء شیخ فضل الله و مرحوم نائینی مشاهده نمود؛ در حالی که شیخ فضل الله بر این باور بود که ما ابداً محتاج به جعل قانون نخواهیم بود مرحوم نائینی می‌فرماید: در غیرمنصوصات و آنکه حکمش در شریعت نیامده، حاکم اسلامی باید راه‌حل و قانون مناسبی در این مورد وضع و پیشنهاد کند. این‌گونه موارد تابع مصالح و مقتضیات زمان و مکان است و به اختلاف آنها درخور دگرگونی‌اند.

در فصل دوم وارد کلیات مباحث شده و در ذیل تعریف لغوی و اصطلاحی واژه‌های فقه، قانون و قانونگذاری، اشاره‌هایی نیز به جایگاه نهاد قانونگذاری در حکومت اسلامی، امکان یا عدم امکان قانونگذاری توسط بشر شده است.

در فصل سوم با هدف تبیین و تشریح ماهیت فقه قانونگذاری، هدف، قلمرو، روش‌شناسی و محورهای اصلی فقه قانونگذاری به‌عنوان اصلی‌ترین مسائل فقه قانونگذاری آمده است. در همین فصل در بررسی علل رشد نامتوازن فقه قانونگذاری عللی بیان شده است که از جمله آنها می‌توان به رویکرد فقها در مواجهه با فقه اشاره نمود و از فردگرایی در فقه و عدم توجه به حوزه‌های اجتماعی تا تکیه بر فتاوی مشهور را میتوان از این علل دانست.

در فصل آخر نیز در راستای به تصویر کشیدن چگونگی قانونگذاری در حکومت اسلامی علاوه بر ذکر ویژگی و ضرورت حکومت به معنای لغوی آن و حکومت اسلامی به معنای اصطلاحی آن موارد و مصادیقی از ائمه هدی که در آن احکام و مبانی دینی را مستمسک وضع قوانین برای اداره جامعه قرار داده‌اند ذکر شده است.

کلیده واژه: فقه، قانون، قانونگذاری، حکومت اسلامی.

فهرست مطالب

۱	فصل اول: کلیات
۲	۱.۱ مقدمات و بیان مسئله و ضرورت، سؤالات و فرضیات
۵	۱.۲ بیان جنبه های مجهول و مبهم مسئله
۶	۱.۳ سؤال اصلی تحقیق
۶	۱.۴ سؤالات فرعی تحقیق
۶	۱.۵ بیان اهمیت موضوع / مسئله / متن
۷	فصل دوم: فقه قانون گذاری، مفاهیم و کلیات
۸	۲.۱. فقه
۸	۲.۱.۱ معنای لغوی فقه
۹	۲.۱.۲ معنای اصطلاحی فقه
۱۰	۲.۲. قانون
۱۰	۲.۲.۱ ریشه تاریخی قانون
۱۱	۲.۲.۲ مفهوم قانون در لغت
۱۱	۲.۲.۳ مفهوم قانون در اصطلاح
۱۲	۲.۲.۴ علل چهارگانه قانون
۱۵	۲.۳. قانون گذاری
۱۵	۲.۳.۱ مفهوم قانون گذاری
۱۸	۲.۴. معنای قانون گذار
۱۸	۲.۴.۱ معنای لغوی قانون گذار
۱۸	۲.۴.۲ قانون گذار در اصطلاح حقوقی
۱۹	۲.۵. قانون گذاری بشر، امکان یا عدم امکان
۲۱	۲.۵.۱ نقد رویکرد سلبی

۲۳	۲.۶. توحید در قانون گذاری
۲۴	۲.۷. چرایی تقنین فقه
۲۷	۲.۸. کارکردهای مختلف فقه در فرآیند قانون گذاری و اجرای قوانین
۲۸	۲.۹. قانون گذاری در عصر غیبت
۳۱	فصل سوم: ماهیت و عناصر فقه قانون گذاری
۳۲	۳.۱. فلسفه فقه قانون گذاری
۳۳	۳.۲. تعریف فقه قانون گذاری
۳۴	۳.۳. موضوع علم فقه قانون گذاری
۳۴	۳.۳.۱. کلیت موضوع فقه قانون گذاری
۳۵	۳.۴. تاریخچه فقه قانون گذاری
۳۶	۳.۵. هدف فقه قانون گذاری
۳۶	۳.۶. قلمرو فقه قانون گذاری
۳۷	۳.۷. روش شناسی فقه قانون گذاری
۳۷	۳.۸. ضرورت قانون گذاری مبتنی بر احکام شرعی
۳۸	۳.۹. مبنای حق قانون گذاری؛ ولایت یا وکالت
۴۱	۳.۱۰. علل رشد نامتوازن فقه قانون گذاری
۴۱	۳.۱۰.۱. رویکرد فردگرایانه
۴۵	۳.۱۰.۲. رویکرد احتیاطی
۴۶	۳.۱۰.۳. رویکرد به نظریات فقهای مشهور
۴۷	۳.۱۱. محورهای فقه قانون گذاری
۴۷	۳.۱۱.۱. افراد صالح برای قانون گذاری
۴۹	۳.۱۱.۲. بررسی اختیار قانون گذاری در محدوده مباحات و الزامیات
۵۲	۳.۱۱.۳. بررسی اختیار قانون گذاری در حوزه خصوصی (قید ارتباط حکم با اداره جامعه)
۵۵	۳.۱۱.۴. زمینه‌ها و ضوابط وضع قانون برخلاف حکم شرعی
۵۶	۳.۱۱.۵. نفوذ یا عدم نفوذ قانون نسبت به افراد

۵۸	فصل چهارم: نسبت قانون گذاری و حکومت اسلامی
۵۹	۴.۱. مقدمه
۶۰	۴.۱.۱. تعریف حکومت در لغت
۶۰	۴.۱.۲. تعریف اصطلاحی حکومت
۶۱	۴.۲. ضرورت حکومت
۶۵	۴.۲.۱. ادعای اجماع نظرات علما بر ضرورت حکومت اسلامی
۶۹	۴.۳. مبانی نظری حکومت دینی
۷۱	۴.۴. ویژگی های حکومت اسلامی
۷۲	۴.۵. ضرورت حکومت اسلامی
۷۲	۴.۵.۱. عزت و استقلال مسلمانان در گرو تشکیل حکومت
۷۳	۴.۵.۲. ماهیت قوانین اسلام
۷۵	۴.۵.۳. اهداف حکومت در اسلام
۷۶	۴.۶. ماهیت قانون گذاری در حکومت اسلامی
۸۱	۴.۷. نسبت بین احکام شرعی (وضعی و تکلیفی) و امام در حکومت اسلامی
۸۱	۴.۷.۱. در عبادات
۸۳	۴.۷.۲. در غیر عبادات
۸۶	فصل پنجم: نتیجه گیری و پیشنهادات
۸۷	۵.۱. نتیجه
۹۵	۵.۲. پیشنهادات
۹۶	منابع و مآخذ

فصل اول:

کلیات

۱.۱ مقدمات و بیان مسئله و ضرورت، سؤالات و فرضیات

حفظ حکومت اسلامی که به زعم علمای معاصر بالاخص امام خمینی (ره) از اوجب واجبات است ملزوماتی دارد که مجموعه اینها منتج به آن نتیجه خواهد شد. یکی از عناصری که به طور حقیقی به حکومت اسلامی معنا و مفهوم می‌دهد قانون‌گذاری بر مبنای معیارهای اسلامی در آن است؛ در غیر این صورت تنها نام و پوستی از اسلام را دارد که از درون پوسیده است. قانون‌گذاری شاخصه عمده حکومت اسلامی و تبیین‌کننده اهداف این نوع از حکومت است که اگر به درستی پی‌ریزی نشود، نه تنها نتیجه حفظ حکومت را در پی نخواهد داشت؛ بلکه در نابودی آن نیز مؤثر خواهد بود.

در طول چهارده قرن که از عمر اسلام می‌گذرد به طور محدود و معدودی حکومت‌های اسلامی در ایران تشکیل شده است. جمهوری اسلامی ایران به رهبری امام خمینی (ره) در سال ۱۳۵۷ به پیروزی رسید. در همان اوایل شکل‌گیری انقلاب اسلامی بحث‌های زیادی در مجامع علمی در باب نحوه حکومت‌داری مطرح شد و بالأخره با رأی اکثریت مردم جمهوری اسلامی مبنای نظامات اجتماعی واقع گردید.

این نوع حکومت در نوع خود تازه بود؛ جمع بین جمهوری و اسلام را می‌توان از تازه‌ترین ادبیات‌های حکومتی دانست، توجه به جمهوریت در عین تکیه بر اسلام.

اصل دوم قانون اساسی به صراحت ابتناء حکومت بر معیارهای دینی را ذکر کرده و توجه به ملزومات این نوع حکومت را مورد تأکید قرار داده است. این اصل بیان می‌کند جمهوری اسلامی،

نظامی است بر پایه ایمان به:

۱. خدای یکتا (لا اله الا الله) و اختصاص حاکمیت و تشریح به او و لزوم تسلیم در برابر امر او؛
 ۲. وحی الهی و نقش بنیادی آن در بیان قوانین؛
 ۳. معاد و نقش سازنده آن در سیر تکاملی انسان به سوی خدا؛
 ۴. عدل خدا در خلقت و تشریح؛
 ۵. امامت و رهبری مستمر و نقش اساسی آن در تداوم انقلاب اسلامی؛
 ۶. کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا.
- از سوی دیگر وجه دیگر نظام یعنی جمهوریت را فراموش نکرده و در بند هشتم اصل سوم به این اصل بنیادین لباس عمل می‌پوشاند و می‌افزاید:

مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش از وظایف دولت جمهوری اسلامی است.

نگاه قانون اساسی به قانون‌گذاری در حکومت اسلامی دقیقاً منطبق بر فلسفه آن است؛ در اصل چهارم این قانون آمده است:

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

پس یکی از مواردی که رنگ‌وبوی انقلاب به معنای اسلامی آن را در خود جای داده است همین اصل است؛ در غیر این صورت تنها انتقال قدرت و حاکمیت از دست عده‌ای به عده دیگر خواهد بود، بدون اینکه محتوا دستخوش تغییر قرار گرفته باشد.

باتوجه به اینکه قانون‌گذاری بر مبنای اصول و معیارهای دینی، آن هم در عصر پیشرفته کنونی که مقتضات خاص خود را دارد از نکات و مباحث پیچیده است و از آنجایی که حکومت بر مبنای واقعی دینی بسیار کوتاه برای شیعیان حاصل شده است، کار برای دست‌اندرکاران و قانونگذاران بسیار دشوار خواهد بود. اینکه چه حوزه‌هایی از دین قابلیت ورود به عرصه اجتماع را

دارد و چه میزان از آن جهت اشراب در فرآیند قانون‌گذاری کشور صلاحیت لازم را دارد؛ حدود به عبارت دیگر رویکرد ورود دین در نظام اجتماعی به چه صورتی باشد که هم با فلسفه حکومت اسلامی تناسب داشته باشد و هم با توازن موجود در جامعه تناقض نداشته باشد، نقش اجتهاد مجتهدین در این فرآیند چگونه تعریف شود و... لزوم دقت و توجه به مسئله قانون‌گذاری را دوچندان نموده است.

می‌توان گفت با تشکیل حکومت اسلامی باب جدیدی در فقه قابلیت گشایش پیدا کرده که همان فقه قانون‌گذاری است؛ فقهی که سال‌های متمادی با نگاه فردی به مسائل نظر می‌کرده و اغلب منابع روایی آن در زمان حکومت‌های جور و طاغوتی گردآوری شده^۱ اکنون از پوسته خویش بیرون آمده و با نگاه اجتماعی و با هدف ایجاد نظامی بر مبنای دین به عرصه‌های متعدد نظر می‌کند. حال براساس همه این نکات باید به لوازم قانون‌گذاری توجه نمود تا قانون در حکومت اسلامی در همه ایام منطبق بر آراء روز و نیازهای جامعه باشد و بتواند به مسائل مستحدثه‌ای که ملزومات تقنینی خاص خود را دارد پاسخگو باشد.

توجیه طرح چنین مباحثی را می‌توان در تضاد آراء شیخ فضل‌الله و مرحوم نائینی مشاهده نمود؛ درحالی که شیخ فضل‌الله بر این باور بود که:

مهم‌ترین قوانین، قانون الهی است... و بحمدالله ما طایفه امامیه بهترین و کامل‌ترین قوانین الهیه را در دست داریم... معلوم است که این قانون الهی ما مخصوص به عبادات نیست، بلکه حکم جمیع مواد سیاسیه را بر وجه اکمل و اوفی داراست... لذا ما ابداً محتاج به جعل قانون نخواهیم بود... بلکه اگر کسی را گمان آن باشد که ممکن و صحیح است جماعتی از عقلا و حکما و سیاسیین جمع شوند و به شورا ترتیب قانونی بدهند که جامع این دو جهت باشد و موافق رضای خالقی هم باشد، لابد آن کس از ربنه اسلام خارج خواهد بود.^۲

و عصاره حرف شیخ شهید آن بود که "تدوین قانون دیگر در بلاد اسلام بدعت است و التزام

۱. بیشتر این روایات سؤالات سائلین است که بر مبنای حاکمان آن روزگار از ائمه هدی پرسیده شده است.

۲. نوری، فضل‌الله، رسایل، اعلامیه...، ص ۵۷؛ به نقل از منصورنژاد، محمد، قانون‌گذاری در اسلام.

به آن بدون ملزم شرعی، بدعتی دیگر و مسئول داشتن از تخلف، سومین بدعت.^۱

مرحوم نایینی با تأکید بر اینکه حقیقت "بدعت" خوب فهم نشده در پاسخ می گفت:

ترتیب دُستور اساسی... بر وفق مقتضیات مذهب... از بدیهیات است و عدم اندراجش من حیث نفسه [بدون ارائه و ادعایی که مندرجاتش من عندالله است] در عنوان تشریح و بدعت... ظاهر و هویداست و مأخوذ بودن مغالطه مغرضانه و عامیانه... که به واسطه نفهمیدن حقیقت تشریح و بدعت است... از واضحات است.^۲

او در تبیین قانون اساسی، احکام اولیه و ثانویه را به منصوصات و غیرمنصوصات تقسیم می کند و بر این باور است که:

در قسمت نخست چون حکمش در شریعت روشن است، نیازی به قانون گذاری نیست. این گونه احکام درخور نسخ و تعبیر نیستند؛ بلکه تا روز قیامت از اعتبار و ارزش برخوردار خواهند بود؛ اما غیرمنصوصات و آنکه حکمش در شریعت نیامده، حاکم اسلامی باید راه حل و قانون مناسبی در این مورد وضع و پیشنهاد کند. این گونه موارد تابع مصالح و مقتضیات زمان و مکان است و به اختلاف آنها درخور دگرگونی اند.^۳

۱.۲ بیان جنبه های مجهول و مبهم مسئله

از نکات مبهم و مجهولی که امید است بتوان با تتبع در آراء بزرگان و فقها بدان دست یافت توجه به باب جدیدی در فقه به نام فقه قانون گذاری است. با توجه به اینکه فقه اسلامی به خصوص امامیه با نگاه فردی به مسائل می نگریده و در عصر حاکمان طاغوت گردآوری شده است و ادبیات گسترده ای در زمینه فقه قانون گذاری فراهم نشده است، ابتدا باید مشخص شود فقه قانون گذاری در کدام دسته بندی از ابواب فقهی جای می گیرد؛ یعنی از نوع معاملات است یا در فقه سیاسی و فقه نظامات جای می گیرد.

۱. مجله حوزه، ش ۷۶-۷۷، ص ۱۱۶-۱۱۷؛ به نقل از منصورنژاد، محمد، قانون گذاری در اسلام.

۲. همان.

۳. همان.

۱.۳ سؤال اصلی تحقیق

۱. ماهیت و طبیعت اصلی فقه قانون گذاری چیست و چه مسائلی را دربر می گیرد؟

۱.۴ اسؤالات فرعی تحقیق

۱. از منظر اندیشمندان مسلمان چه حوزه‌هایی از دین قابلیت ورود به عرصه اجتماع

را دارد؟

۲. از منظر اندیشمندان مسلمان حدود یا به عبارت دیگر رویکرد ورود دین در نظام

اجتماعی باید به چه صورتی باشد که هم با فلسفه حکومت اسلامی تناسب داشته باشد و

هم با توازن موجود در جامعه تناقض نداشته باشد؟

۵. ایان اهمیت موضوع / مسئله / متن

(ذکر فواید علمی یا کاربردی)

باتوجه به تشکیل حکومت اسلامی بعد از انقلاب اسلامی دقت در مسئله قانون گذاری به عنوان عمده ترین مسئله حکومت اسلامی یعنی آنچه که به حکومت محتوا و درون مایه می دهد ضرورتی انکار نشدنی است. در این بین توجه به فقه با نگاه اجتماعی، نه فردی و قانون به عنوان ماده خارجی و ماحصل فقه اسلامی به صورت هم زمان غیر قابل اجتناب است. اینکه حدود و مواقف ورود فقه در قانون و نحوه این ورود «انطباق یا عدم مغایرت» و بیان میزان اختیارات حکومت اسلامی در تخلف از قواعد اسلامی و به عبارت دیگر ملاک تخلف و عدم تخلف از فقه همه و همه مجموعه ضروریاتی است که قلم زدن در این عرصه را توجیه می نماید. از آنجایی که ماهیت حکومت اسلامی به عمق بخشیدن و کاربردی نمودن عناصر آن است، لازم است ادبیات اسلامی در زمینه قانون گذاری جمع آوری شود؛ در غیر این صورت نمی توان گفت حکومت اسلامی با دیگر حکومت‌ها تفاوتی دارد.

فصل دوم:

فقه قانون‌گذاری. مفاهیم و کلیات

۲.۱. فقہ

۲.۱.۱ معنای لغوی فقہ

فقہ در لغت به معنای دانستن و فهمیده است.^۱ به معنای درک کردن چیزهای مخفی نیز آمده است.^۲ راغب در مفردات، آن را پی بردن از معلومات حاضر به معلومات غایب معنا کرده است.^۳ آیاتی که فقہ به معنای لغوی آن در آنها به کار رفته است عبارتند از:

۱- آیه ۶۵ سوره انعام

۲- آیه ۹۸ سوره انعام

۳- آیه ۲۹ طوره طه

۴- آیه ۱۷۸ سوره اعراف

برخی نویسندگان معاصر عرب، در بیان معنای فقہ نوشته‌اند فقہ در لغت دو معنا دارد؛ نخست، مطلق فهم و دانستن؛ گفته می‌شود «فلان یفقه الخیر و الشر»؛ یعنی او بد و خوب را می‌فهمد. دوم، فهمیدن منظور گوینده از سخنان او؛ چنانچه خدای تعالی می‌فرماید: «و احلل عقدة من لسانی یفقهوا قولی؛ و گره از زبانم بگشای تا سخنان مرا بفهمند.»^۴ و همچنین می‌فرماید: «قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا

۱. صحاح اللغة، ج ۶، ص ۲۲۴۳، قاموس المحيط، ج ۴، ص ۲۸۹، معجم مقاییس اللغة، ابن فارس، واژه فقہ.

۲. موسوعه جمال عبدالناصر فی الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۹.

۳. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، واژه فقہ.

۴. طه (۲۰): ۲۷.

نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ؛ گفتند: ای شعیب! بسیاری از آنچه را می‌گویی، ما نمی‌فهمیم.^۱ اطلاق فقه بر دانستن چیزی تنها زمانی درست است که علم دقیق به دلیل شرافت آن غلبه کرده است. پیامبر (ص) می‌فرماید: «من یرید الله به خیراً یفقهه فی الدین؛ خداوند هر کس را که برای او خوبی بخواهد، در دین فقیه می‌گرداند».^۲

۲.۱.۲. معنای اصطلاحی فقه

فقه در صدر اسلام به معنای دانستن و فهمیدن مطلق دین، اعم از مباحث اعتقادی، اخلاقی و احکام شرع به کار می‌رفت و به معنایی که امروزه می‌شناسیم اختصاص نداشت، اما رفته‌رفته با گسترش علوم و معارف اسلامی و تمایز آنها از یکدیگر دایره فقه محدود شد و این کلمه تنها در مورد یک شاخه از معارف دینی، یعنی احکام عملی شرع به کار برده شد.^۳

معنی دیگر فقه بصیرت در دین است خواه در قسمت اصول دین باشد یا در فروع آن گرچه بیشتر در خصوص بصیرت نسبت به اصول دین به کار رفته است. شاید لفظ فقه در آیه «فَمَا لَهُؤْلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا»^۴ با در نظر گرفتن صدر و ذیلش، به همین معنی به کار رفته باشد؛ چنانکه در آیه «فَلَوْ لَا نَفَرْنَا مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ...»^۵ به‌طور مسلم همین معنی متفاهم است.

در پاره‌ای از احادیث و اخبار که این ماده در آنها به کار رفته نیز همین معنی متظاهر می‌باشد؛ فی‌المثل از روایت مستفیض یا متواتر نبوی که «من حفظ علی أمتی اربعین حدیثاً بعثه الله یوم القیمة

۱. هود(۱۱): ۹۱.

۲. شفیع سروستانی، ابراهیم، فقه و قانون‌گذاری، آسیب‌شناسی قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی، ص ۳۴؛ به نقل از علم القانون و الفقه الاسلامی، ص ۶۶.

۳. همان، ص ۳۴ و ۳۵.

۴. النساء(۴): ۸۰.

۵. التوبه(۹): ۱۲۳.

فقیها» همین معنی بنظر می‌رسد.^۱

شیخ شهاب‌الدین سهروردی^۲ در کتاب عوارف المعارف خود پس از اینکه علم را به «علم درست» و «علم وراثت» تقسیم کرده گفته است:

.. و علم الوراثة هو الفقه فی الدین قال الله تعالی «فَلَوْ لَا نَفَّرَ .. الخ» فصار الانذار مستفادا من الفقه.

صدر المتألهین شیرازی^۳ در شرح خود بر اصول کافی پس از توضیح اینکه فقه در صدر اسلام بر معنی مصطلح إطلاق نمی‌شده و معنی متعارف کنونی آن اصطلاحی مستحدث می‌باشد چنین گفته است:

و ان الفقه اکثر ما یاتی فی الحدیث بمعنی البصیرة فی امر الدین و ان الفقیه صاحب هذه البصیرة.

باید افزود آنچه در این پژوهش مدنظر است می‌تواند هم معنای لغوی و هم معنای اصطلاحی آن باشد؛ به عبارت دیگر هم می‌خواهیم فهم عمیقی نسبت به قانون‌گذاری بیابیم و هم به نگاه شریعت نسبت به قانون‌گذاری و مسائل مبتلابه آن دست یابیم.

۲.۲. قانون

۲.۲.۱. ریشه تاریخی قانون

در بحث از تاریخ واژه «قانون» باید توجه کرد که اصل آن برگرفته از واژه یونانی (Kanun) است، اما پس از ارتباط زبان یونانی با زبان عربی، این کلمه وارد زبان عرب شد و به صورت

۱. خراسانی، محمود بن عبد السلام تربتی شهابی، ادوار فقه (شهابی)، ج ۱، ص ۳۱.

۲. ابو حفص، شهاب‌الدین، عمر بن محمد بن عبدالله بن عمویه که تصوف و وعظ را از عم خود ابوالنجیب، عبد القاهر بن محمد بن عمویه صوفی و عارف مشهور فرا گرفته و در سال ششصد و سی و دو (۶۳۲) هجری قمری در بغداد وفات یافته است.

۳. محمد بن ابراهیم فیلسوف مشهور ایران، صاحب کتاب‌های نفیس اسفار و شواهد الربوبیه و غیر آنها در سال يك هزار و پنجاه (۱۰۵۰) قمری هجری هنگامی که برای هفتمین بار پیاده به مکه مشرف می‌شده در بصره وفات یافته است.

استعاره به کار رفت. گفته می‌شود این کلمه در اصل به معنای «المسطرة»؛ یعنی چوب راست به کار رفته است.

۲.۲.۲. مفهوم قانون در لغت

در فرهنگ فارسی معین در ذیل کلمه قانون چنین آمده است:

۱- قاعده، آیین ۲- اصل و مقیاس چیزی ۳- مقررات و احکام دولتی

در لغتنامه دهخدا نیز چنین آمده است:

گویند این لغت معرب کانون است و عرب نیست، لیکن در عربی مستعمل است.

در تاج العروس چنین آمده است:

قانون مقیاس و طریق هر چیزی است و جمع آن قوانین است؛ بعضی گفته‌اند این

واژه رومی و بعضی آن را فارسی دانسته‌اند.^۱

قانون در لغت عرب، مقیاس و معیار هر چیزی را گویند که به تعبیر کلی‌تر به هر قاعده کلی

الزامی اطلاق شده است. اما در اصطلاح کمتر مورد استعمال فقیهان مسلمان بوده و آنان به جای

قانون کلمات شرع، شریعت و حکم شرعی را به کار برده‌اند.^۲

۲.۲.۳. مفهوم قانون در اصطلاح

می‌توان گفت قانون مجموعه‌ای از قواعد الزام‌آوری است که به وسیله مقامات صلاحیت‌دار

تصویب می‌گردد که این تعریف ناظر به معنای عام قانون است و منظور از آن تصویب‌نامه‌ها،

آیین‌نامه‌ها، نظام‌نامه‌ها و... می‌باشد که از ماهیتی الزام‌آور برخوردار می‌باشد. اما معنای خاص قانون

عبارت است از مصوبات پارلمان و قوه مقننه که طی مراحل خاص به تصویب می‌رسد.

تعاریفی که از قانون صورت گرفته، فارغ از محتوا و نوعیت آن روی چند مسئله تأکید دارند:

۱. حسینی زبیدی واسطی، مرتضی تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۸، ص ۴۶۶.

۲. باقرزاده، احمد، فقه و قانون‌گذاری در اسلام، علوم اسلامی، ۱۳۸۷ش، شماره ۱۱؛ به نقل از محمضانی، صُبعی، ۱۳۵۸،

۱- قانون صرفاً توصیه‌های اخلاقی نیست؛ بلکه دارای جنبه الزامی است. ۲- قانون از سوی منابع دارای صلاحیت وضع می‌گردد، بنابراین قانون صرف فرمان و اوامر نیست. ۳- قانون از ضمانت اجرا برخوردار است.

با در نظر داشتن قیود سه‌گانه مزبور می‌توان گفت قانون مجموعه‌ای از قواعد و مقررات الزامی است که از سوی مقام صاحب صلاحیت (قوه مقننه) برای اداره جامعه وضع می‌گردد و از الزام و قابلیت اجرا نیز برخوردار است.^۱

گاهی قانون در معانی ذیل به کار می‌رود:

یک: قاعده حقوقی دارای ضمانت اجرا؛ هرچند ناظر به مورد خاصی باشد؛ مانند قانون راجع به کشیدن خط آهن سرتاسری ایران. قانون به این معنا در مقابل عرف و عادت است.

دو: قاعده حقوقی عام یا خاص که توسط قوه مقننه وضع شده باشد. معنی واقعی قانون این است و به این معنی شامل تصویب‌نامه و نظام‌نامه وزارتی که توسط قوه مجریه مقرر می‌شود نمی‌باشد...^۲

۲.۲.۴. علل چهارگانه قانون

۱- علت غائی ۲- علت فاعلی ۳- علت مادی ۴- علت صوری

۱- علت غائی ایجاد قانون

فوائدی که بر وجود قانون ممکن است بارگردد و هدف قانونگذار و غایت و غرض قانون به‌شمار آید اموری چند است که از لحاظ اهمیت مرتبه میان آنها تفاوت وجود دارد و شدت و ضعف و نقص کمال در آن مراتب ثابت و مشهود می‌باشد.

این اغراض متفاوت و مترتب عبارت است از:

الف: جلوگیری از هرج و مرج؛

۱. سجادی، عبدالقیوم، فقه و قانون‌گذاری؛ ظرفیت‌ها و محدودیت‌ها، ص ۴.

۲. شفیع سروستانی، ابراهیم، فقه و قانون‌گذاری، آسیب‌شناسی قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی، ص ۳۰ و ۳۱؛ به نقل از ترمینولوژی حقوق، ص ۵۱۷.