

سرفصل‌های فقه قانونگذاری

تاریخ دریافت: 1397/03/21 تاریخ پذیرش: 1398/02/02 حسنعلی

علی‌اکبریان *

چکیده

فقه قانونگذاری از سنخ فقه‌های مضاف و بخشی از فقه عام است که احکام شرعی مربوط به قانون و قانونگذاری را استنباط می‌کند. قانون تنفیذ حکومتی احکام شرعی و اهداف دین و مقاصد شریعت در ظرف زمانه است؛ و قانونگذاری فرایند این تنفیذ است. از آنجاکه قانونگذاری فعلی اختیاری از مکلف است، دارای حکم شرعی است. این احکام شرعی می‌تواند مهم‌ترین ضوابط و روش‌های قانونگذاری در حکومت اسلامی را تعیین کند. در این مقاله، نخست فلسفه فقه قانونگذاری تبیین شده و سپس ساختار مباحث آن در چهار فصل ارائه شده است.¹ آگاهان به فقه‌های مضاف در مباحث نو، اهمیت ساختار را در شکل‌گیری آن و تأثیر آن در ارتقای فقه عام می‌شناسند. هدف از ارائه این ساختار بهره‌برداری علاقه‌مندان، و تکمیل و اصلاح آن توسط اساتید مربوطه است. در ضمن ارائه ساختار، به مهم‌ترین نوآوری‌های درس یادشده در هر فصل اشاره شده است. واژگان کلیدی: قانون، حکم شرعی، حکومت، فقه، ساختار، قانونگذاری

*. دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. (ha.aliakbarian@isca.ac.ir)

1. نویسنده یک بار این مباحث را در حوزه علمیه به سفارش مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی تدریس کرده است.

مقدمه

مراد از فقه قانونگذاری، آن بخش از فقه است که به احکام شرعی مربوط به قانونگذاری می‌پردازد. برخی از احکام شرعی قانونگذاری به صورت پراکنده در ابواب مختلف فقهی، آن‌هم غالباً به غیر غرض حکم قانونگذاری بیان شده، و تاکنون فقه قانونگذاری به صورت یک باب از ابواب فقهی مطرح نشده است.

موضوع فقه قانونگذاری، قانونگذاری از حیث احکام شرعی است و روش فقه قانونگذاری به روش کشف حکم و روش شناخت موضوع در قانونگذاری تقسیم می‌شود.

روش کشف حکم در فقه قانونگذاری، مانند روش کشف حکم در سایر ابواب فقهی است؛ با این تفاوت که روش عقلی و عقلایی در آن بسامدی بیشتری نسبت به این دو روش در ابواب عبادات دارد. این تفاوت در روش، میان ابواب عبادات و سایر ابواب معاملات به معنای اعم نیز وجود دارد. در تمسک به ادله نقلی نیز نقل رفتار معصوم (سیره عملی معصوم) در فقه قانونگذاری نقش پررنگ‌تری نسبت به سایر ابواب فقهی دارد. این بدان دلیل است که حکومت ده‌ساله پیامبر اکرم (ص) و پنج‌ساله حضرت امیر (ع) و دوران سایر ائمه اطهار (ع) مملو از رفتارهای ولایی است که برای ما نقل شده است و همه اینها می‌تواند در فقه قانونگذاری به عنوان مستند فتوا در احکام متصدیان قانونگذاری قرار گیرد.

روش شناخت موضوع در آن، مانند روش شناخت موضوع در سایر موضوعات غیرعبادی، بیشتر عرفی و عقلایی است، و موضوعات شرعی در آن نیز مستنبط شرعی محض نیستند؛ مانند موضوعات ولایت بر قانونگذاری و مشورت. «ولایت بر قانونگذاری» یک موضوع عرفی است که شرع محدوده آن را تعیین کرده؛ برای نمونه آن را مقید به رعایت ضوابطی کرده یا محدوده آن را در احکام مباح — طبق برخی از نظریات — قرار داده است؛ ولی این تعیین محدوده باعث نمی‌شود معنای ولایت عوض

شود تا از عرفی بودن موضوع خارج شود. «مشورت» نیز یک موضوع عرفی است که شارع در شرایط و احکام آن اموری بیان کرده؛ مثلاً مشورت را در ذات حکم شرعی جایز ندانسته، ولی در احراز تحقق موضوع حکم شرعی، واجب یا مستحب کرده؛ یا در مواردی، تبعیت از رأی مشاوران را لازم یا غیرلازم کرده است؛ ولی این دخالت‌ها باعث نمی‌شود موضوع «مشورت» از عرفی بودن خارج شود.

روش تحلیل مفهومی در هر دو بخش حکمی و موضوعی کاربرد دارد.

1. اهداف و اغراض فقه قانونگذاری

فقه قانونگذاری دارای یک هدف و غرض ذاتی است که به موقعیت زمانی و مکانی اختصاص ندارد؛ و یک هدف و غرض عرضی دارد که با شرایط زمانی و مکانی موجود مرتبط می‌شود. هدف ذاتی در فقه قانونگذاری شناخت احکام شرعی مربوط به این حوزه از افعال مکلفین است که از افعال حاکم یا از افعال حکومت است. اما هدف عرضی فقه قانونگذاری حل چالش‌های روشی در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی است. یکی از مهم‌ترین این چالش‌ها ضوابط شرعی وظایف شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت است.

2. تعیین قلمرو فقه قانونگذاری

قلمرو فقه قانونگذاری را از دو طریق می‌توان بررسی کرد:

2.1. از طریق موضوع

بنابر دیدگاه افرادی که هر علمی را دارای موضوعی می‌دانند، موضوع فقه قانونگذاری نفس قانونگذاری است. به دو بیان می‌توان این قلمرو را معین کرد:

الف) قانونگذاری روابط مردم با حکومت و بالعکس، مردم با مردم در حوزه عمومی و حکومت‌ها با یکدیگر را دربرمی‌گیرد. بنابراین قلمرو فقه قانونگذاری شامل احکام قانونگذاری در همه این روابط می‌شود. این قلمرو، بنابر تقسیم‌بندی حقوقی نیز مانند حقوق خصوصی، عمومی و جزا قابل‌ارائه است.

ب) قانونگذاری گاه در حکومت ولایت فقیه صورت می‌گیرد، گاه در حکومت عدول مؤمنان و گاه در حکومت جور. قلمرو فقه قانونگذاری شامل احکام قانونگذاری در هر سه حکومت می‌شود. قانونگذاری در حکومت امام معصوم خارج از بحث ماست؛ گرچه به آن نیز در مقام استناد، تمسک یا استشهاد می‌شود.

2.2. از طریق هدف و غرض

بنابر دیدگاه افرادی مانند آخوند خراسانی که وحدت و تمایز علوم را به اغراض می‌دانند (آخوند خراسانی، 1409ق: 8)، طبق آنچه در غرض ذاتی و عرضی فقه قانونگذاری بیان شد، قلمرو فقه قانونگذاری را می‌توان تعیین کرد.

3. تاریخچه فقه قانونگذاری

در تاریخچه فقه قانونگذاری، چنان‌که گفته شد، برخی از مباحث آن، غالباً با غرض دیگری در ابواب فقهی پراکنده است. باوجوداین تقنین فقه دارای پیشینه است: در دوران عثمانی، زمانی که قوانین معاملات اروپایی را اجرا می‌کردند (ر.ک: عوده، 1405ق: 27؛ حسینی حنیف، 1386: 85)، حکومت نیاز داشت احکام شرعی را به‌صورت مواد قانونی امروزی درآورد؛ ازاین‌رو در سال‌های 1289—1293ق احکام شرعی براساس فقه حنفی توسط هیئتی از علمای حنفیه در مجله الأحكام العدلیه تدوین شد. قدری پاشا نیز در سال 1890 احکام معاملات و احوال شخصیه و وقف را در سه کتاب مرشد الحیران إلى أحوال الإنسان فی المعاملات الشرعیة علی مذهب الإمام الأعظم أبی حنیفه النعمان و الأحكام الشرعیة فی الأحوال الشخصیه و العدل والانصاف فی مشکلات الأوقاف تدوین کرد که مبنای حکم قضات قرار گرفت.

حنبل‌ها نیز در حکومت سعودی آن را براساس مذهب خود ویرایش کردند و قاضی احمد بن عبدالله القاری در سال 1359ق مجله الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمام أحمد بن حنبل را نوشت.

فرایند تقنین فقه در این آثار، بیشتر تبدیلِ صوریِ فتاوا به شکل مواد قانونی بود، بدون اینکه در محتوای آن میان فتوا و قانون تفاوتی باشد. بیشترین ترفندی که در آن به‌کار رفته بود، انتخاب فتوایی از میان فتاوای مذهب بود که اهداف حکومت را بیشتر تأمین می‌کرد.

کتاب *مجلة الأحكام العدلیة* آن‌قدر باارزش بود که شیعه نیز آن را تحریر کرد و علامه محمد حسین کاشف الغطاء، تحریر *المجلة* را در سال 1359 ق برای تدریس در رشته حقوق در بغداد نوشت.

امروز شکل پیشرفته‌تر این روش ادعای آن دارد که فقه باید به سوی خروجی قانون، با ملاحظه همه اقتضائات قانون پیش برود؛ یعنی فراتر از صورت و شکل مواد قانونی، محتوا را هم به سمت اقتضائات قانون سوق دهد.

در کنار «تقنین فقه» در جوامع سنی مذهب، در ایران «قانونگذاری براساس فقه» شکل گرفت. قانون مدنی در تاریخ 1307/02/18 در 955 ماده توسط هیئتی از فقها و حقوق‌دانان، با الهام از قانون فرانسه و مصر و عثمانی، و با اصلاح آن براساس فتاوای مشهور شیعه، به تصویب رسید. فرایند قانونگذاری براساس احکام شرعی در جمهوری اسلامی ایران نیز در سه نهاد مجلس شورای اسلامی، شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت صورت می‌گیرد.

هریک از «تقنین فقه» و «قانونگذاری براساس فقه»، فرایندی داشته است که می‌توان احکام شرعی آن را مطالعه کرد؛ مانند اینکه در «قانونگذاری براساس فقه»، امروز نهادهای قانونگذاری ما از فقیه استفتا کنند کاری که ما انجام می‌دهیم، چه احکامی دارد؟ اما این کار، منفعلانه است و مسائل آن را محدود می‌کند؛ از این‌رو فقه قانونگذاری، باید احکام قانونگذاری را مستقل از شکل فرایندی که امروز در جریان است، مطالعه کند و البته نتایج بحث خود را بر فرایند جاری نیز عرضه کند تا کم‌وکاست آن را روشن سازد.

4. نوآوری مقاله

نوآوری این مقاله در ارائه ساختاری نسبتاً جامع از فقه قانونگذاری است که درس آن در سال‌های تحصیلی 92_93 و 93_94 در مدرسه آیت‌الله‌العظمی بروجردی (مدرسه خان) به سفارش مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی برگزار شد. اهل فن می‌دانند جمع‌آوری مسائل و تدوین ساختار در یک موضوع جدید چه اهمیتی در شکل‌گیری و رواج آن دارد. در این مقاله در کنار بیان هریک از فصول فقه قانونگذاری، توجیه سرفصل و مهم‌ترین نوآوری‌هایی که درس یادشده در آن فصل به آن دست یافته است، ارائه می‌شود.

5. فلسفه فقه قانونگذاری

الف) تعریف فقه قانونگذاری

ب) موضوع فقه قانونگذاری

ج) اهداف و ضرورت فقه قانونگذاری

د) منابع و مناهج فقه قانونگذاری

ه) پیشینه فقه قانونگذاری

و) مبادی تصویری فقه قانونگذاری

- قانون

- حکم شرعی

- حکم ولایی

- حکومت

ز) مبادی تصدیقی فقه قانونگذاری

- حق یا حکم بودن قانونگذاری

- جایگاه قانون و قانونگذاری در نظام تشریع اسلامی

- جایگاه قانون نسبت به مبنای تبعیت احکام از مصالح و مفسدات

– فقه معطوف به قانون یا قانون براساس فقه؟

ح) ارتباط فقه قانونگذاری با سایر ابواب فقهی و با علوم دیگر

ط) سرفصل‌های فقه قانونگذاری

توجیه سرفصل: فقه قانونگذاری یک علم مستقل نیست و فقط بخشی از فقه است؛ ولی از آنجاکه این بخش از فقه هنوز تدوین نشده یا در مسیر تدوین است، مناسب است برای شناساندن آن مقدمه‌ای در معرفی آن تدوین شود. این کار گرچه منطقاً باید پس از تدوین آن صورت پذیرد، اما در مقام ارائه و آموزش مقدم بر آن است. در گذشته این گونه مباحث با عنوان «رئوس ثمانیه» یا «مبادی» ارائه می‌شد. به اجمال می‌توان گفت «مبادی» اخص مطلق از «رئوس ثمانیه» است و «رئوس ثمانیه» و «فلسفه یک علم» نسبت عموم و خصوص من وجه دارند.

سرفصل‌های فلسفه فقه قانونگذاری کلیشه‌وار سرفصل‌های هر فلسفه مضافی است که در فقه قانونگذاری تطبیق شده است.

در سرفصل منابع و ادله فقه قانونگذاری باید توجه کرد که منابع و ادله قانونگذاری موضوع بحث نیست؛ بلکه منابع و ادله فقه قانونگذاری بررسی می‌شود و بسامدی نوع منابع ادله آن با سایر ابواب فقه مقایسه می‌شود. منابع و ادله قانونگذاری موضوع این بحث نیست و از مباحث فلسفه حقوق است؛ اما در متن این درس منابع و ادله آن روشن خواهد شد.

از مهم‌ترین مباحث فلسفه فقه قانونگذاری «مبادی تصدیقی» یا «مبانی» آن است. در این سرفصل مبانی عام این بخش از فقه مطرح می‌شود و مبانی مخصوص فصل‌های آن، در مقدمه آنها مطرح خواهد شد.

نمونه‌هایی از نتایج جدید درس: از مهم‌ترین مبانی فقه قانونگذاری، جایگاه قانون و قانونگذاری در نظام تشریع اسلامی، و تبیین نسبت قانون با مبنای تبعیت احکام از مصالح و مفاسد است. در متن درس، نظریه خاصی در این زمینه ارائه شده است که

نه تنها چگونگی تبعیت قانون از مصالح و مفاسد احکام را تبیین می‌کند، بلکه برای اصل مبنای تبعیت احکام از مصالح و مفاسد نیز تفسیری جدید ارائه داده است. همچنین امروز برای تضمین اسلامیت قوانین دو نظریه اساسی مطرح است که یکی معتقد به تحول فقه به سوی خروجی قانون از آن است و دیگری به قانونگذاری براساس فقه و انکار خروجی قانون از فقه اعتقاد دارد. این مبنای فقه قانونگذاری، دو گونه متفاوت فقه قانونگذاری – از حیث روشی و نتیجه – به بار می‌آورد و در روش قانونگذاری نیز تأثیر دارد. رأی دوم، رأی مختار در این درس بوده است.

6. مصدر قانونگذاری

الف) مبنای مشروعیت قانونگذاری

– ولایت

– وکالت

– عقد اجتماعی

ب) مصدر قانونگذاری در دوران حضور معصومان

ج) مصدر قانونگذاری در دوران غیبت

– قانونگذاری توسط فقیه جامع الشرایط

– قانونگذاری توسط عدول مؤمنان

د) مقایسه قانونگذاری امام و فقیه جامع الشرایط و عدول مؤمنان

ه) استقلال و عدم استقلال شأن قانونگذاری از سایر شئون ولایت

و) نیابت‌پذیری قانونگذاری

ز) حق یا حکم بودن قانونگذاری

ح) قانونگذاری انفرادی یا شورایی

ط) مشورت در قانونگذاری

– حکم وجوب یا جواز مشورت در قانونگذاری

- شرایط و ویژگی‌های مشاوران

- حکم وجوب یا جواز تبعیت از مشاوران

ی) تطبیق نتایج فصل اول با نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی

توجیه سرفصل: اولین مسئله‌ای که در فقه قانونگذاری پس از تبیین مبنای مشروعیت قانونگذاری، مطرح می‌شود تعیین مصدر قانونگذاری و شخص یا اشخاص یا نهادی است که قانونگذاری برعهده اوست. پیشینه این بحث گرچه در مباحث ولایت امام معصوم و فقها و عدول مؤمنان وجود دارد، اما تطبیق آن بر قانونگذاری و مقایسه قلمرو و شرایط آن در سه مصدر یادشده ضروری است. قابلیت تفکیک شأن قانونگذاری از سایر شئون ولایت، و نیابت‌پذیری آن، از آن‌رو اهمیت دارد که در حکومت‌های پیچیده و گسترده امروز، تفکیک قوا از الزامات حاکمیت شمرده می‌شود. امکان یا ضرورت یا عدم جواز قانونگذاری شورایی، از سایر مسائل مربوط به مصدر قانونگذاری است، که هم از حیث حکم تکلیفی قابل بررسی است و هم از حیث حکم وضعی. از مهم‌ترین پرسش‌های این فصل آن است که آیا بر مصدر قانونگذاری (هر که باشد)، مشورت کردن واجب است؟ شرایط مشاوران چیست؟ آیا تبعیت از آرای مشاوران بر مصدر قانونگذاری واجب است؟ آیا مشورت، علاوه بر حکم تکلیفی حکم وضعی هم دارد؟ بدین معنا که آیا مشورت کردن یا تبعیت از مشاوران در مشروعیت قانون دخالت دارد؟ این نکات سرفصل‌های یادشده را توجیه می‌کند.

نمونه‌هایی از نتایج جدید درس: از مهم‌ترین نتایج جدید درس در این فصل می‌توان به ارائه معیار واحدی اشاره کرد که هم در مسئله وجوب مشورت، قول به تفصیل را رقم می‌زند، و هم در وجوب پذیرش رأی مشاوران تفصیل می‌دهد، و هم در تعیین صفات و ویژگی‌های مشاوران دخالت دارد. همچنین می‌توان تبیین تفاوت دیدگاه فقهی و حقوقی را در مصدر قانونگذاری در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی از نتایج جدید این درس شمرد.

7. قلمرو قانون و احکام شرعی

الف) مقدمه

- نوع وجوب قانونگذاری

- اصل اولی در مقام شک

ب) دایره‌ای از احکام که اقتضای قانونگذاری در آن وجود ندارد (حریم خصوصی)
— مقایسه قلمرو احکامی که اقتضای قانونگذاری در آنها وجود ندارد با قلمرو حریم

خصوصی در حقوق

- بررسی وظایف حکومت در قبال همه تعالیم اسلام

- تفکیک بین «قانونگذاری در یک حوزه» و «قانونگذاری درباره آن حوزه»

- قانونگذاری درباره احکامی که اقتضای قانونگذاری در آنها وجود ندارد

ج) دایره‌ای از احکام که قانونگذاری در آن دارای مانع است (خلأ قانونی)

- تفکیک بین سکوت عمدی و ناخواسته

- عوامل سکوت عمدی: عجز، تراحم، تدرج

- وظایف حکومت در قبال موارد خلأ قانونی

- وظایف قانونگذار در قبال موارد خلأ قانونی

- وظایف قضات در موارد خلأ قانونی

- وظایف آحاد مردم در موارد خلأ قانونی

د) دایره‌ای از قوانین که فاقد حکم شرعی مجعول است

ه) تطبیق نتایج فصل دوم با نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی

توجیه سرفصل: برای قانونگذاری براساس فقه باید روشن کرد آیا همه احکام

شرعی را باید به قانون تبدیل کرد؛ یا فقط برخی از احکام اسلام هستند که باید براساس

آنها قانون وضع کرد و برخی دیگر از آنها اقتضای وضع قانون براساس آنها را ندارند؟

اینجاست که باید معیار تفکیک این دو حوزه از احکام شرعی را معین کرد.

حوزه‌ای از احکام که اقتضای قانونگذاری براساس آنها وجود ندارد، نزدیک به اصطلاح حریم خصوصی در حقوق است که باید ارتباط این حوزه با حریم خصوصی روشن شود. اگر حکومت نباید احکام این حوزه را در قانونگذاری خود داخل کند، ولی مسئولیت دیگری درباره آن دارد که باید نوع مسئولیت حکومت درباره آن روشن شود تا معلوم شود آیا قانونگذار درباره آن حوزه (نه در آن حوزه) باید قانونی وضع کند یا نه. این نکته سرفصل‌های حریم خصوصی را توجیه می‌کند.

در حوزه احکامی که اقتضای قانونگذاری براساس آنها وجود دارد، گاه عواملی مانع از قانونگذاری می‌شوند. این حوزه نزدیک به اصطلاح سکوت قانون یا خلأ قانونی در حقوق است که باید ارتباط این حوزه با موارد خلأ قانونی روشن شود. همچنین در این حوزه باید میان خلأ عمدی و خلأ ناخواسته تفکیک کرد. برای بررسی فقه این حوزه باید نخست نوع حکم قانونگذاری (به فرض اینکه حکم باشد نه حق) روشن شود که آیا واجب است یا جایز، و در فرض وجوب، آیا وجوب نفسی دارد یا وجوب مقدمی؟ با این نکته روشن می‌شود آیا خلأ قانونی خلاف اصل است یا مطابق اصل؟ سپس به فرض آنکه خلأ قانونی خلاف اصل باشد، باید عوامل خلأ عمدی را شناخت تا معیار جواز یا وجوب سکوت قانونگذار روشن شود. آنگاه براساس این معیار می‌توان مصدر سکوت قانون را تعیین کرد؛ یعنی معین کرد که تصمیم‌گیری درباره سکوت قانون وظیفه چه شخص یا نهادی است. این مسئله گرچه مربوط به فصل نخست می‌شود، ولی به دلیل طرح مقدماتش در این فصل در اینجا مطرح می‌گردد. از مهم‌ترین مسائل پس از تحقق خلأ قانونی (اعم از عمدی و غیرعمدی) تبیین وظیفه حکومت، قانونگذار، قضات و آحاد مردم در موارد خلأ قانونی است، که بخشی از این مسائل در حقوق با اصطلاح تفسیر قانون شناخته می‌شود. این نکات سرفصل‌های خلأ قانونی را توجیه می‌کند.

نمونه‌هایی از نتایج جدید درس: از مهم‌ترین نتایج جدید درس در این فصل می‌توان به تبیین وظایف حکومت و قانونگذار در قبال حوزه‌ای از احکام که اقتضای

قانونگذاری در آن وجود ندارد، و تبیین عوامل و ضوابط سکوت عمدی قانون و وظایف حکومت در قبال سکوت قانون، و تبیین تفاوت دیدگاه فقه و نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران در مصدر سکوت قانون اشاره کرد.

8. موارد و ضوابط قانونگذاری برخلاف احکام اسلام

(الف) مقدمه

- اصل اولی در انطباق قانون بر احکام شرعی
 - نظریه مختار در قانونگذاری برخلاف احکام اولی شریعت
 تبیین نظریه تزاحم حفظی در اجرا یا تزاحم واجبات شرطی
 نظریات رقیب (نظریه منطقه الفراغ / نظریه تزاحم امثالی)
 ادله نظریه تزاحم واجبات شرطی در قانونگذاری
 امتیازات نظریه مختار نسبت به نظریات رقیب
 جایگاه مقاصد شریعت و اهداف دین و اخلاق در قانونگذاری نسبت به احکام شریعت

فتوای معیار در قانونگذاری

تبیین رأی مختار در فتوای معیار

آرای رقیب در فتوای معیار

ادله رأی مختار

جایگاه کارآمدی حکم شرعی در فتوای معیار در قانونگذاری

(ب) قانونگذاری برخلاف اباحه موجود در ضمن احکام الزامی

_____ قانونگذاری الزامی در اباحه موجود در موارد تخیر عقلی (مصادیق واجبات

تعیینی)

_____ قانونگذاری الزامی در اباحه موجود در موارد تخیر شرعی (اطراف واجبات

تخیری)

— قانونگذاری الزامی در اباحه موجود در موارد تخیر اصولی (بنابر مبنای تخیر در تعارض)

— قانونگذاری الزامی در اباحه موجود در موارد تخیر کفایی (در کفائیات موسع)

ج) قانونگذاری برخلاف احکام اسلام در مباحات به معنای اخص

— الزام قانونی در موارد مباح به معنای اخص لاقتضائی

— الزام قانونی در موارد مباح به معنای اخص اقتضائی

د) قانونگذاری برخلاف احکام اسلام در مستحب و مکروه

— امکان قانونگذاری غیرالزامی مطابق با مستحب و مکروه

— الزام قانونی در موارد مستحب و مکروه با اباحه لاقتضائی

الزام قانونی به فعل در موارد مستحب و الزام قانونی به ترک در موارد مکروه

الزام قانونی به فعل در موارد مکروه و الزام قانونی به ترک در موارد مستحب

— الزام قانونی در موارد مستحب و مکروه با اباحه اقتضائی

الزام قانونی به فعل در موارد مستحب و الزام قانونی به ترک در موارد مکروه

الزام قانونی به فعل در موارد مکروه و الزام قانونی به ترک در موارد مستحب

— قانونگذاری برخلاف احکام اسلام در دایره احکام الزامی

الزام قانونی به فعل در موارد حرام و الزام قانونی به ترک در موارد واجب

اباحه قانونی در موارد واجب و حرام

ه) قانونگذاری برخلاف احکام اسلام در دایره احکام وضعی

— در دایره صحت و بطلان

— در دایره ضمانات

و) قانونگذاری الزامی در حیطه فراغ تشریعی

— ادله اثبات و انکار فراغ تشریعی و جمع میان اقوال

— تفاوت معیار قانونگذاری در حیطه فراغ تشریعی (به فرض تحقق) و در حیطه

مباحات

ز) تطبیق نتایج فصل سوم با نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی

توجیه سرفصل: چالشی‌ترین مسائل در قانونگذاری بر اساس احکام اسلام مطالب موجود در این فصل است. هدف این فصل بیان ضابطه یا ضوابط قانونگذاری برخلاف احکام اسلام است؛ کاری که غالب موارد آن در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی توسط مجمع تشخیص مصلحت صورت می‌گیرد. برای بیان این ضوابط باید نخست روشن شود که منظور از احکام اسلام، رأی چه کسی از احکام اسلام است؟ سپس کلان مسئله قانونگذاری برخلاف احکام اسلام نظریه‌پردازی شود. آنگاه براساس وسیع‌ترین ضابطه‌ای که در نظریات مطرح شده وجود دارد، شقوق مسئله از هم جدا شود و یکایک بررسی گردد. از این رو عنوان‌های زیرمجموعه این فصل براساس نوع احکامی که قانون می‌خواهد برخلاف آنها وضع شود، ساختاربندی شدند تا ضابطه یا ضوابط هر یک جداگانه مطرح شود. ترتیبی که برای این احکام در نظر گرفته شده، براساس قلمرو نظریات مطرح شده در مقدمه این فصل است؛ به گونه‌ای که در اولین عنوان، همه نظریات شریک هستند و ضابطه خود را بیان می‌کنند. اما هرچه از ابتدای ساختار به انتهای آن نزدیک می‌شویم، نظریات مضیق‌تر منکر جواز قانونگذاری برخلاف آن نوع حکم می‌شوند، و فقط نظریات موسع‌تر دارای ضابطه در آن نوع حکم خواهند بود.

نمونه‌هایی از نتایج جدید درس: از نتایج جدید درس در این فصل می‌توان به امور زیر اشاره کرد: رأی خاص در فتوای معیار، نظریه شامل و جامع در ضابطه قانونگذاری برخلاف احکام اسلام، تبیین جایگاه اهداف دین و مقاصد شریعت و اخلاق در قانونگذاری، تبیین و تفکیک مباحات براساس حیثیت‌های دخیل در مسئله.

9. نفوذ قانون

الف) اقسام حکم حکومتی به لحاظ نفوذ

ب) مقایسه وجوب شرعی اطاعت از قانون و وجوب عقلی آن و نفوذ قانون

ج) نفوذ قانون حکومت مشروع بر مخالفان قانون (در حکم و در موضوع) در داخل حکومت

د) نفوذ قانون حکومت مشروع بر اقلیت‌های مذهبی در داخل حکومت
ه) سرپیچی فردی از قانون

- حکم (وجوب و جواز و حرمت و وجوب احتیاط) سرپیچی فردی از قانون
- وظایف حکومت در قبال سرپیچی فردی از قانون

و) سرپیچی اجتماعی از قانون

- حکم (وجوب و جواز و حرمت و وجوب احتیاط) سرپیچی اجتماعی از قانون
- وظایف حکومت در قبال سرپیچی اجتماعی از قانون

ز) نسبت نفوذ قانون و سرزمین

- مشروعیت کشور و جغرافیای سیاسی اسلام

- نفوذ قانون حکومت مشروع بر مردم خود در دیگر سرزمین‌های اسلامی

- نفوذ قانون حکومت مشروع بر مردم خود در سرزمین‌های کفر

— نفوذ قانون حکومت مشروع بر بیگانگانی که وارد در سرزمین قلمرو حکومت

می‌شوند

- نفوذ قانون حکومت مشروع بر مسلمانان سرزمین دیگر

- نفوذ قانون حکومت مشروع بر غیرمسلمانان سرزمین دیگر

ح) نفوذ قانون حکومت غیرمشروع در سرزمین اسلامی

ط) نفوذ قانون سرزمین بیگانه بر واردین در آن

ی) تطبیق نتایج فصل سوم با نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی

توجیه سرفصل: آخرین سرفصل فقه قانونگذاری بررسی نفوذ قانون است؛ یعنی

بررسی اینکه قانون بر چه کسانی نافذ و بر چه کسانی غیرنافذ. تقسیم مباحث این فصل

با دو بحث مقدماتی آغاز می‌شود: یکی اقسام حکم ولایی از حیث قلمرو اقتضای نفوذ،

دیگری مقایسه وجوب شرعی و عقلی اطاعت از قانون. بحث اول از این جهت ضرورت دارد که ذات احکام ولایی از حیث قلمرو نفوذ متفاوت است. بحث مقدماتی دوم از این جهت ضروری است که قلمرو وجوب اطاعت از قانون بنابر وجوب شرعی و عقلی متفاوت است.

مباحث اصلی این فصل عبارت است از نفوذ قانون بر کسانی که توهّم عدم نفوذ قانون بر آنها می‌رود، که باید از دو حیث درباره آنان بحث کرد: یکی از حیث وظیفه آنان در برابر قانون، دیگری از حیث وظیفه حکومت در برابر آنان. این مباحث به سه دسته قابل دسته‌بندی است:

الف) مخالفان قانون (در حکم و در موضوع) و اقلیت‌های مذهبی در داخل حکومت: درباره اینان باید حکم (وجوب و جواز و حرمت و وجوب احتیاط) سرپیچی فردی و اجتماعی از قانون بررسی شود و وظیفه حکومت در قبال آنان بیان گردد.

ب) بحث نفوذ قانون از حیث دخالت سرزمین در آن: شامل نفوذ بر مردم خود در سرزمین دیگر، و نفوذ بر بیگانگان در سرزمین اسلامی، و نفوذ بر دیگران در دیگر سرزمین‌ها.

ج) نفوذ قانون حکومت غیرمشروع در سرزمین اسلامی و نفوذ قانون سرزمین بیگانه بر واردین در آن.

نمونه‌هایی از نتایج جدید درس: از نتایج جدید درس در این فصل می‌توان به امور زیر اشاره کرد: استقصای اشکال مختلف اختلاف نظر مکلف و قانونگذار، بیان حکم تکلیفی و وضعی او در قبال قانون، استقصای اشکال مختلف دخالت سرزمین در نفوذ قانون، بعد از بررسی فقهی اعتبار کشور در عصر حاضر.

غرض اصلی نویسنده از ارائه این ساختار و سرفصل‌ها، بیان اهمیت فقه قانونگذاری و اهم مسائل آن است که گاه نتایج آن، انتقادات یا پیشنهادهایی را به نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران دارد، تا زمینه‌ای باشد برای ترغیب اساتید به این درس و تکمیل و ارتقای آن.

نتیجه

از رسالت‌های فقه در عصر حاضر توسعه آن در قلمرو مسائل مربوط به اجتماع و حکومت است که امروز در قالب فقه‌های مضاف رواج یافته است. فقه قانونگذاری فقه احکام مرتبط به قانون و قانونگذاری است که در چهار سرفصل کلان قابل ساختاربندی است: الف) احکام مربوط به مصدر قانونگذاری، مشتمل بر شرایط قانونگذار و شرایط قانونگذاری؛ ب) مقایسه قلمرو قانون و احکام شرعی، مشتمل بر حریم خصوصی و خلاً قانون؛ ج) موارد و ضوابط قانونگذاری برخلاف احکام اولی اسلام، مشتمل بر موارد و ضوابط قانونگذاری برخلاف احکام مباح، الزامی، و وضعی؛ د) احکام مربوط به نفوذ قانون، مشتمل بر احکام مخالفان قانون، احکام مربوط به دخالت سرزمین در نفوذ قانون و احکام قوانین حکومت غیرمشروع.

منابع

1. آخوند خراسانی، محمد کاظم، (1409ق)، کفایة الأصول، مؤسسة آل البيت (ع)، چاپ اول، قم.
2. حسینی حنیف، سید احمد، (تابستان 1386)، «تقنین در ترازوی فقه (با نگاهی ویژه به اجرای فقه امامیه در نظام قضایی افغانستان)»، مجله سفیر نور، شماره 2.
3. عودة، عبد القادر، (1405ق)، الإسلام بین جهل أبائنه وعجز علمائه، بی جا: الاتحاد الإسلامي العالمي لمنظمات الطلابیة، چاپ پنجم.