



بسم الله الرحمن الرحيم

جلسه: ۲

تاریخ: ۱۳۹۹/۰۷/۰۷

درس: خارج فقه قانون گذاری

موضوع: بررسی معنای قانون و تقنین الفقه

استاد: سید محمدعلی مدرسی حفظه الله

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين

نکته دوم

جهت روشن شدن موضوع بحث لازم است معنی برخی اصطلاحات مرتبط با بحث بیان شود. از واژه‌ای مثل «فقه» که در جای خود توضیح داده شده و خواننده‌اید فعلاً می‌گذریم.

معنای قانون

واژه قانون، هم در زبان فارسی استعمال می‌شود و هم در زبان عربی. برخی از لغت‌نامه‌های عربی مانند صحاح و تاج العروس و واژه قانون را غیر عربی دانسته‌اند. همچنین برخی فرهنگ‌نامه‌های معروف فارسی؛ اما اینکه از کدام زبان (یونانی، رومی، سریانی و...) وارد زبان عربی شده اختلاف نظر است. تاج العروس از برخی اهل لغت نقل کرده قانون در اصل، واژه فارسی بوده است.^۱

معنای لغوی قانون

در صحاح^۲ و المصباح المنیر^۳ آمده است: القانون: الاصل.

قاموس المحيط^۴ گفته‌اند: القانون: المقياس (مقیاس کل شیء و طریقه)

تاج العروس تفصیل بیشتری داده:

القانون: مقياس كل شيء و طريقه، ج قوانين... و في الاصطلاح: أمر كلّي ينطبق على جميع جزئياته التي تتعرف أحكامها منه كقول النحاة الفاعل مرفوع و المفعول منصوب.^۵

در هر صورت یکی از معانی شایع قانون «قاعده» است. بر اساس همین معنی است که گفته می‌شود قانون فیزیک، قانون ریاضی و...

معنای اصطلاحی

کلمه قانون یک اصطلاح خاص و قطعی در علم حقوق دارد که اگر بخواهیم آن را با ادبیات حوزوی و البته به صورت اجمالی بیان کنیم عبارت است از:

احکام تکلیفی و وضعی که (با شرایط خاص) توسط قوه مقننه وضع می‌شود.

در این اصطلاح حیثیت صدور از قوه مقننه، در کنار برخی شرایط دیگر، لحاظ شده. است در چارچوب این اصطلاح، به

۱. تاج العروس، ج ۱۸، ص: ۴۶۶

۲. الصحاح، ج ۶، ص: ۲۱۸۵

۳. المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ص: ۵۱۷

۴. القاموس المحيط، ج ۴، ص: ۲۶۳

۵. تاج العروس، ج ۱۸، ص: ۴۶۶

مصوبات هیئت دولت یا مصوبات ادارات تابع دولت یا مقررات شهرداری‌ها قانون گفته نمی‌شود، بلکه به آن‌ها مقررات، نظام‌نامه، بخشنامه، آیین‌نامه و... گفته می‌شود. این اصطلاح در حوزه حقوق شایع است و باید به آن توجه داشت. قانون اساسی در اصل هشتاد و پنج که مقرر می‌دارد: مجلس نمی‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند... ناظر به همین اصطلاح است.^۱

علاوه بر این معنی، به نظر می‌رسد یک معنای اصطلاحی فراگیرتری نیز برای واژه قانون وجود دارد (هر چند یک اصطلاح تخصصی در علم حقوق محسوب نشود). این اصطلاح با نوعی تسامح و اجمال عبارت است از: حکم تکلیفی یا وضعی (با شرایط خاص) که از ناحیه حاکمیت، اعم از قوه مقننه، قوه مجریه و ... صادر شود و دارای ضمانت اجرا از ناحیه حکومت باشد.

در عرف مردم وقتی گفته می‌شود کشور قانون دارد، یا باید تابع قانون بود، یا طبق قوانین فلان کشور فلان کار ممنوع است، معمولاً مقصودشان همین معنی است.

برخی عالمان حقوق در کشور ما و برخی کشورهای دیگر، معنای عام فوق را نیز بیان کرده‌اند. سنه‌پوری از حقوق‌دانان معروف در کتاب اصول القانون می‌گوید: تعریف اولیه قانون چنین است:

قواعدی است که روابط اجتماعی را تنظیم می‌کند و دولت مردم را وادار به اطاعت از آن‌ها _ هر چند با زور در صورت نیاز _ می‌کند.^۲

بر اساس دیدگاه یکی از دانشمندان معروف غربی (آستین)، قانون، در عام‌ترین و جامع‌ترین معنی _ معنای لفظی _ که مورد بحث وی {در فلسفه حقوق} است، عبارت است از: قاعده‌ای وضع شده برای راهنمایی یک موجود هوشمند از سوی موجود هوشمند دیگر که بر او حاکمیت دارد.

طبق دو بیان فوق معنی قانون فراتر از قانون‌های وضعی است و حتی عرف‌ها و سنت‌هایی که ضمانت اجرا دارد را نیز شامل می‌شود.

در برخی نوشته‌های حقوقی غربی، به خصوص در کتاب‌های فلسفه حقوق، قانون به معنی عام آن نیز کاربرد قابل توجه دارد.^۳

نکته

آنچه به عنوان معنی مصطلح قانون در علم حقوقی (به اجمال) گفته شد با برخی مبانی در حقوق سازگار است. با بررسی و تأمل در منابع داخلی و خارجی علم حقوق روشن می‌شود به دست آوردن تعریفی نسبتاً جامع و مانع برای اصطلاح قانون که مورد وفاق باشد و مبانی مختلف در موضوع قانون (از سابق و لاحق) را شامل شود و در عین حال بیانگر مقومات آن باشد، دشوار (ناممکن) است. این مشکل عمدتاً به دلیل مکتب‌های مختلف حقوقی و مبانی متنوع مطرح در علم حقوق است.

^۱ در اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی آمده است: سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمی‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند.

^۲ اصول القانون او المدخل لدراسة القانون، ص ۱۳

^۳ کتاب تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، صفحه ۴۲۵، درباره دیدگاه آستین چنین می‌نویسد:

موضوع فلسفه حقوق، قانون موضوعه است، قانون به معنای ساده و دقیق کلمه، یا قانونی که از سوی سیاسیون مافوق برای سیاسیون مادون وضع شده است ... قانون که در عام‌ترین و جامع‌ترین معنی _ معنای لفظی _ مورد بحث است می‌توان گفت قاعده‌ای وضع شده است برای راهنمایی یک موجود هوشمند از سوی موجود هوشمند دیگر که بر او حاکمیت دارد.

بخصوص برخی فیلسوفان حقوق در بیان ماهیت قانون کنکاش‌های ظریفی کرده‌اند و نظریه‌ها و تئوری‌های گوناگونی پدید آورده‌اند که موجب تصویرهای مختلفی از قانون شده است (هر چند گاه موجب آشفتگی و ابهام آفرینی آن نیز شده است)؛ طبعاً باید بر اساس مبانی مختلف (در آنجا که مبانی با یکدیگر ناسازگارند) تعاریف جداگانه ارائه شود. در واقع ما با تعاریف‌ها مواجهیم نه تعریف واحد.

گاه برخی تعاریف‌ها آن‌چنان وسیع است که حتی شامل هنجارهای عرفی و نانوشته نیز می‌شود؛ گاه آن‌چنان ضیق است که فقط شامل قانون وضعی‌ای که توسط قوه مقننه منتخب وضع شود و مبتنی بر— به اصطلاح— عقلانیت مدرن باشد، می‌شود. در هر صورت، به نظر می‌رسد استعمال کلمه قانون در معنای عام؛ یعنی (با نوعی تسامح) احکام الزام آور حکومتی که ضمانت اجراء دارد، لا اقل در عرف عام زبان فارسی، یک استعمال حقیقی است.

نکته‌ای که در شناخت موضوع له قانون باید به آن توجه کرد این است که نباید بین تعریف اصطلاحی قانون از یک طرف و بین تعریف قانون مطلوب از طرف دیگر، خلط شود (چیزی که شاید در برخی نوشته‌ها به چشم بخورد). ممکن است معنای اصطلاحی قانون، وسیع باشد ولی تعریف قانون مطلوب دایره‌ای تنگ‌تر داشته باشد. چنانکه در علم سیاست، نسبت به واژه‌هایی همچون حکومت نیز چنین وضعی مطرح است (این‌گونه خلط شاید در مباحث فلسفه حقوق و فلسفه سیاسی زمینه بیشتری داشته باشد).^۱

مقصود ما از قانون در بحث فقه قانون‌گذاری

مراد ما از قانون در بحث فقه قانون‌گذاری قوانینی است که توسط مجلس تصویب می‌شود. البته بسیاری از مباحثی که مطرح می‌شود از حیث ملاک و نوع بحث عام است و شامل بسیاری از مقررات نهادهای حاکمیتی دیگر نیز می‌شود.

پیشینه قانون مدرن

گفته می‌شود اصطلاح قانون به معنای مدرن آن در کشور ما پیشینه‌ی چندانی ندارد. برخی پیشینه‌ی آن را حدود سال ۱۳۶۹ دانسته‌اند.

از نظر مصداقی هم گفته می‌شود قانون اساسی مشروطه اولین مصداق از قانون به معنی جدید است. (به علت اینکه در موضوع بحث ما اثر چندانی ندارد و همچنین ضیق وقت، تحقیق مستقلی توسط بنده در این زمینه انجام نشده است)

^۱ به هنگام بررسی عنوان‌هایی مانند قانون سه مرحله وجود دارد. چنانکه در بررسی عنوان حکم نیز چنین است. این سه مرحله عبارت‌اند از:

۱- معنای تحت اللفظی. در این مرحله شناخت اجمالی حاصل می‌شود. کتاب‌های لغت‌شناسی معمولاً عهده‌دار این هدف هستند.

۲- شناخت ماهیت و حقیقت. در این مرحله خصوصیات ماهوی و مقومات آن مورد تحلیل قرار می‌گیرد؛ مثلاً گفته می‌شود حقیقت حکم (به معنی فرمان) یک امر انشائی است و... البته گاه مرحله اول و دوم به هم پیوستگی دارد.

۳- شناخت شاخص‌های مطلوبیت. در این مرحله که معنی لغوی اجمالاً شناخته شده و ماهیت موضوع نیز معلوم گردیده، ضوابط مطلوبیت بررسی می‌شود؛ مثلاً مفروض است که حکم (به معنی فرمان) برای اعم از خوب و بد وضع شده، بنابراین، تلاش می‌شود شاخص‌های حکم خوب به دست آید.

در موضوع قانون این سه مرحله وجود دارد. یکی از نکاتی که باید در مرحله اول و دوم روشن شود این است که واژه قانون (به خصوص در معنی خاص حقوقی آن) بر قانون بد هم اطلاق می‌شود یا نه. بدون شک این چنین نیست که واژه قانون وضع شده باشد برای قانون خوب و مقبول عند کل الافراد؛ اما اگر قانونی از نظر همه عقلاء ظالمانه بود نیز مصداق قانون است (حداکثر عقلاء آن را لازم الاجرا نمی‌دانند)، یا اینکه صحت سلب دارد و اصلاً به آن قانون گفته نمی‌شود؟ اگر بد نبودن در معنی قانون دخالت دارد نوبت به این سؤال می‌رسد که چه میزان بد باشد مصداق قانون نیست؟

معنای حقوق

واژه دیگر مرتبط با بحث که نیازمند توضیح است، واژه‌ی حقوق است. حقوق در معانی متعددی استعمال می‌شود. به سه معنا از آن به صورت مختصر و اجمالی اشاره می‌شود.

۱- حقوق جمع حق. حق گاه ماهیتی اعتباری دارد (نوعی امتیاز اعتباری) مثل حق الخيار؛ گاه هویتی انتزاعی دارد، یعنی در جایی که حکم تکلیفی به نفع شخصی، علیه شخص دیگری باشد انتزاع حق می‌شود؛ مثلاً گفته می‌شود سلام کننده حق جواب دارد، یعنی واجب است بر کسی که به او سلام داده شده جواب سلام را بدهد، یا مثلاً گفته می‌شود خداوند حق اطاعت دارد، یعنی عقل درک می‌کند که لازم است انسان از احکام الهی اطاعت کند (نه اینکه برای خداوند حق الطاعة اعتبار شده باشد). در این گونه موارد حق از سنخ احکام وضعی (اعتبار حق) نیست بلکه منشأ آن حکم تکلیفی‌ای است که به نفع شخصی جعل شده است. حتی در روایات واژه حق در غیر الزامیات هم به کار رفته است که می‌توان آن را حق ترجیحی یا حق استحبابی نامید، مثل حق تکریم مهمان بر میزبان. این بدان معنی است که مستحب (نه واجب) است میزبان میهمان را تکریم کند. در رساله علم حقوق امام سجاد علیه السلام این دو نوع حق مکرر به کار برده شده است.

البته در علم حقوق، حق ترجیحی وجود ندارد و باید به نحوی الزام آور باشد (بررسی معانی حق، اقسام حق و ماهیت هر کدام نیاز به بحث مفصلی دارد که در اینجا به همین مقدار اکتفا می‌شود).

۲- مجموعه‌ی قوانین و مقررات حاکم بر روابط اجتماعی که دولت‌ها ضامن اجرای آن هستند. وقتی گفته می‌شود: حقوق ایران یا حقوق فرانسه، مراد این معنا است. طبق این معنا حقوق مفرد ندارد.

۳- حقوق به معنی علم حقوق

نکته سوم

تقنین الفقه

از قدیم گاهی حکومت‌ها از فقها درخواست می‌کرده‌اند کتابی فقهی برای آن‌ها تألیف کنند تا بر اساس آن عمل کنند یا تظاهر به عمل کنند. وقتی مسائل فقهی از شکل متعارف آن در بیاید و در قالب قانون در بیاورند و حاکمیت، ضمانت اجرای آن را عهده‌دار شود، تقنین الفقه (به معنی عام آن) نامیده می‌شود. گفته می‌شود اولین باری که فقه در قالب قانون درآمد مربوط به «المجلة» یا به تعبیر دیگر «مجلة الأحكام» یا «المجلة العدلیه» است که در دوران عثمانی به رشته‌ی تألیف درآمد و بر اساس مذهب حنفی تنظیم شده بود. مرحوم شیخ محمدحسین کاشف الغطاء المجله را ویرایش محتوایی کرد و در مقدمه‌ی آن که «تحریر المجله» نام گرفت - چنین آورد:

فقد تكرر علی الطلب من بعض الشباب المذهب من طلاب الحقوق ان اكتب وجيزا في الأحوال الشخصية و المعاملات المالية علی طريقة فقه الإمامية و لما كانت (مجلة العدلیه) أو مجلة الأحكام هي الكتاب المقرر تدريس في معاهد الحقوق من زمن الأتراك إلى اليوم نظرت فيه فوجدته مع حسن ترتيبه و تبويبه و غزارة مادته محتاجا إلى التنقيح و التحرير و الإشارة إلى ما فيه

من الزيادة و التكرير و بيان مدارك بعض القواعد و الفروع و ذكر مبانيها حسب الفن من الأدلة و الأصول^۱.

از ديگر مصاديق تقنين فقه، قانون مدنی ايران است كه سابقه‌ی زيادی دارد و برخی از علما در تدوين آن شركت داشته‌اند.

البته تقنين الفقه با تقنين الشريعة يك مقدار تفاوت دارد.

فقه هم مشتمل بر احكام قطعی است و هم مشتمل بر فتوای فقهاء. وقتی گفته می‌شود تقنين الشريعة ظاهر آن اين است كه احكام قطعی واقعی اسلام در قالب قانون در آورده شده است. در حالی كه تقنين فقه علاوه بر احكام قطعی، فتوای فقهاء را نیز در قالب قانون در می‌آورد كه گاه متكي به اصل عملی است (مگر اينكه مقصود از شريعت همان فقه باشد). بر اساس همين مطلب است كه مساله‌ای به نام فتوای معيار در قانون‌گذاری مطرح می‌شود كه عند الاختلاف فی الفتوى کدام فتوى را بايد مجلس يا شورای نگهبان معيار قرار دهد.

تقنين الفقه بخشی از كار مجلس شورای اسلامی است؛ بخشی ديگر از كار مجلس در حوزه‌ی تقنين، وضع و تنظيم قوانين حكومتی و ولايی است. بحث مفصل‌تر خواهد آمد ان شاء الله.



^۱ تحرير المجلة، ج ۱، قسم ۱، ص: ۳