

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مطالعات فقه سیاست

دوفصلنامه علمی - تخصصی

سال سوم، شماره پنجم، بهار و تابستان ۱۴۰۲



صاحب امتیاز: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام

مدیر مسئول: آیت الله محمد جواد فاضل لنکرانی

سر دبیر: سید جواد حسینی گرگانی



هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

- ◆ ابوالقاسم مقیمی حاجی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)
- ◆ احمد مبلغی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)
- ◆ سید جواد حسینی گرگانی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم، دکتری فقه روابط بین الملل)
- ◆ قاسم شبان نیا (عضو هیأت علمی مؤسسه امام خمینی علیه السلام، دکتری علوم سیاسی)
- ◆ مجتبی عبدخدایی (عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی، دکتری روابط بین الملل)
- ◆ محمد جواد نوروزی (استاد مؤسسه امام خمینی علیه السلام)
- ◆ محمد قاسمی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم، دکتری فلسفه سیاسی)
- ◆ میر تقی حسینی گرگانی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)
- ◆ محمد سعید واعظی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)

دبیر تحریریه: محمد قاسمی

ویراستار: محسن اکبری

صفحه آرا: محسن شریفی

دبیر اجرایی: حسین حمزه

طراح جلد: حمیدرضا پورحسین

مترجمان: ابراهیم حسن (عربی) - جاوید اکبری (انگلیسی)

مجوز انتشار نشریه مطالعات فقه سیاست در زمینه فقه و علوم سیاسی (تخصصی) به زبان فارسی و ترتیب انتشار دوفصلنامه به نام مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام در تاریخ ۱۴۰۰/۲/۲۰ به شماره ثبت ۸۷۸۲۶ از سوی معاون امور مطبوعاتی و اطلاع رسانی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی صادر گردید.

نشانی: قم، میدان معلم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، معاونت پژوهش، دفتر دوفصلنامه مطالعات فقه سیاست

تلفن: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۹۴۹۴ - ۰۲۵ - دورنگار: ۳۷۷۳۰۵۸۸ - ۰۲۵

قیمت: ۴۰۰۰۰۰ ریال





An Attitude on the Methodology of the Jurisprudence of Legislation

*Abūl Qāsim Alidūst*¹

Abstract

The jurisprudence of legislation, as one of the added jurisprudences in the contemporary era, like other jurisprudence, has its own system of issues and problems, a system of subjects that integrates the jurisprudential knowledge of the jurist into the matter of "legislation". One of the questions raised by the supervisor of this field of knowledge is the question concerning its "methodology"; does this field of knowledge have a different methodology from conventional jurisprudence? Since Imami jurisprudence has a long history and is characterized by scientific discipline, is it possible to use the same approach and method in the jurisprudence of legislation?

In this article, with the conceptualization of jurisprudence, legislation and the relationship between the jurisprudence of legislation and political jurisprudence and paying attention to the theological foundations of the jurisprudence of legislation, the author tries to highlight some methodological considerations that the researcher in the field of jurisprudence must pay attention to while using the "Ijtihad method". Based on the considerations made, the method of ijtihad in legislative jurisprudence cannot be the method of ijtihād that is used in conventional jurisprudence, but in this field, two very important points should be taken into account: One, forming a signification network; second, paying attention to the texts that show the intentions.

Keywords: jurisprudence, legislation, methodology, signification network, texts showing intentions.



1. Lecturer of Advanced (Kharij) jurisprudence and legal theories in the Islamic Seminary of Qom (alidoost1385@gmail.com)

نگرشی بر روش‌شناسی فقه تقنین

ابوالقاسم علیدوست^۱

چکیده

فقه تقنین، به عنوان یکی از فقه‌های مضاف در دوران معاصر، مانند سایر دانش‌های فقهی، نظام موضوعات و مسائل مختص به خود دارد. نظام موضوعاتی که دانش فقهی فقیه را منضم به امر «تقنین» می‌نماید. یکی از پرسش‌هایی که ناظر بر این حوزه دانشی مطرح می‌شود، پرسش از «روش‌شناسی» آن است و اینکه آیا این حوزه دانشی، روش‌شناسی متفاوتی از فقه متداول دارد؟ از آنجا که فقه امامیه دارای تاریخی طولانی و آکنده از انضباط علمی است، آیا می‌توان از همان منهج و روش در فقه تقنین بهره گرفت؟ نگارنده در این مقاله با طرح مفهوم‌شناسی فقه، تقنین و رابطه فقه تقنین با فقه سیاست و توجه به مبانی کلامی فقه تقنین، تلاش می‌نماید با بهره‌گیری از روش اجتهادی، ملاحظات روش‌شناختی را برجسته نماید که پژوهشگر عرصه فقه تقنین ناچار از توجه به آن ملاحظات است. براساس ملاحظات صورت‌گرفته، روش اجتهاد در فقه تقنین نمی‌تواند همان روش اجتهادی باشد که در فقه متداول به کار بسته می‌شود؛ بلکه در این عرصه، باید دو مقوله بسیار مهم تشکیل شبکه دلّالی و توجه به نصوص مبین مقاصد را مورد نظر قرار داد. واژگان کلیدی: تقنین، روش‌شناسی، شبکه دلّالی، فقه، نصوص مبین مقاصد.

۱. مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم (alidoost1385@gmail.com).



مقدمه

روش‌شناسی استنباط فقهی، برخوردار از عناصر و فرآیندی است که در طول قرون متمادی به تثبیت رسیده و هم‌چنان در حال تحوّل و تکامل است. این روش‌شناسی، به قواعد اصول فقهی نیز تکیه داده و از آنها برای انضباط بخشی به عملیات استنباط بهره می‌گیرد. با وجود تثبیت روش‌شناسی تفقه و تعیین‌یابی هویت آن در قبال سایر روش‌های تحقیق در علوم مختلف، این ابهام وجود دارد که اگر دامنه تفقه، توسعه یافته و به عرصه‌های دیگری، مانند «تقنین» امتداد پیدا کرده و در موطن «فقه تقنین» قرار بگیرد، آیا هم‌چنان باید از آن روش‌شناسی بهره گرفت یا اینکه اقتضائات چنین توسعه و امتدادی، تغییر و تحولاتی در روش‌شناسی را می‌طلبد؟ پرسش این است که اگر مجتهدی، استنباط خود را معطوف به تقنین در حکمرانی می‌نماید، روش او با کسی که فارغ از تقنین و قانون استنباط می‌نماید تفاوتی پیدا می‌کند یا اینکه تفاوتی وجود نداشته و تنها تفاوت در محصولات دو نوع استنباط است؟

پاسخ به این پرسش، متوقف بر ایضاح مفهومی برخی عناوین و طرح برخی ضرورت‌ها در امر تقنین است که در ادامه طرح می‌شود.

۱. کلیات و مفاهیم

۱-۱. روش‌شناسی

موضوع مقاله، روش‌شناسی اجتهاد در «فقه تقنین» است و اولین مفهومی که باید توضیح داده شود، «روش‌شناسی» است. مقصود از روش‌شناسی در این نوشتار، «مطالعه روش» است. برای نمونه هنگامی که گفته می‌شود: روش‌شناسی اجتهاد شیخ انصاری؛ یعنی مطالعه روش شیخ انصاری، نه خود روش شیخ و نه خود مدل فکری شیخ؛ بلکه مطالعه روش شیخ؛ یا هنگامی که گفته می‌شود: روش‌شناسی فقه تقنین؛ یعنی مطالعه روشی که در فقه تقنین به کار گرفته می‌شود. با این توضیح، روش‌شناسی، یعنی همان علم المنهج یا همان متدولوژی، که مطالعه روش و در واقع، گفت‌وگو از روش است. پس روش‌شناسی فقه تقنین، یعنی شناخت روش فقه تقنین.

روش‌شناسی به دو شکل ممکن است: در یک صورت، هستی‌شناسانه است که بیشتر جنبه فلسفی دارد؛ آنجا که انسان از هست‌ها صحبت می‌کند. وقتی بحثی هستی‌شناسانه شد، «فلسفی» است و اگر از هست مطلق صحبت کرد، فلسفی مطلق می‌شود و اگر از وجود



مضاف صحبت کند، فلسفه مضاف نامیده می‌شود؛ مانند فلسفه فقه یا فلسفه اصول فقه و در صورت دیگر، روش‌شناسی نظریه‌پردازانه و هنجارشنا سانه است. ثمره و فایده روش‌شناسی را در سه نکته می‌توان برشمرد: یک. فقیه را به قرار می‌رساند و فقهش را رشد می‌دهد؛ دو. در فهم افکار دیگران کمک می‌کند؛ سه. در نقد تحقیقات دیگران مؤثر واقع می‌شود؛ یعنی می‌تواند موارد اشکال و ایراد در تحقیقات ایشان را مشخص نماید.

۲-۱. اجتهاد

اجتهاد، عملی است که به انگیزه استخراج شریعت از مدارک آن صورت می‌گیرد. واژه «شریعت» در این تعریف، مبین احکام واقعی و ظاهری شرعی و صرف حجت و مؤمن است؛ بنابراین حاصل اجتهاد می‌تواند استخراج حکم واقعی و ظاهری شرعی و تحصیل مؤمن - که به نحوی حکم ظاهری است - باشد. ذکر عبارت «از مدارک آن» نوعی محدودیت در واژه اجتهاد را سامان می‌دهد و تلاش‌های خارج از نظام فهمیده شده‌ی استنباط و متکی به سلیقه‌های شخصی و ظنون غیر معتبر را در بر نمی‌گیرد؛ هرچند در ذکر این قید ناظر به قدر متیقن از اجتهاد و سند مقبول نزد همگان نبوده‌ایم. از آنجا که اجتهاد به تلاش مجتهد گفته می‌شود، در واقع تلاش از جنس عمل هست؛ پس به معنای عملیات کشف است؛ بنابراین گاهی اوقات به جای اجتهاد می‌گویند: استنباط. «استنباط» تعبیر دقیقی است؛ گرچه واژه «اجتهاد» معروف شده است؛ اما کلمه «استنباط» جنبه قرآنی هم دارد:

«وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا» (نساء: ۸۳).

واژه «استنباط» در لغت از ماده «نبط» به معنای «آب را از قعر چاه بیرون آوردن» است. (فراهیدی، ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۴۳۹) مجتهد نیز از اسنادی که خود قبول دارد؛ یعنی قرآن، سنت، اجماع و عقل، احکام شریعت را استنباط می‌کند. پس اجتهاد، تلاش فقیه، برای استنباط احکام شریعت از اسناد معتبر و مورد قبول مجتهد است.



۳-۱. فقه

لغت‌شناسان عرب واژه‌ی «فقه» را به مطلق «فهم، علم و ادراک» معنا کرده‌اند (جوهری، ۱۹۹۰، ج ۶، ص ۲۲۳؛ فیومی، ص ۴۷۹؛ ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۴۲۲؛ ابن منظور، ۱۴۰۵، ج ۱۳، ص ۵۲۲)؛ هرچند برخی از آنها نوعی محدودیت در مورد این واژه قائل شده، آن را به «علمی که با تأمل و اندیشیدن به دست می‌آید» (عسکری، بی‌تا، ص ۶۹؛ مصطفوی، ۱۴۱۶، ج ۹، ص ۱۳۳؛ راغب اصفهانی، ۱۳۹۲، ص ۳۹۸) تفسیر نموده‌اند. در قرآن واژه «فقه» مورد استعمال قرار نگرفته؛ اما مشتقات دیگر این ماده، مکرر به کار رفته است؛ و در تمام این کاربردها به معنای لغوی آن (مطلق فهم یا فهم با دقت و تأمل) می‌باشد. (نساء: ۷۸؛ انعام: ۶۵؛ اعراف: ۱۷۹)

واژه فقه در بستر تاریخ دینی خویش چندین بار با تضییق رو به رو شد؛ ابتدا از عمومی که داشت خارج گردید و به معنای «علم به شریعت اسلام» مورد استفاده قرار گرفت که در این کاربرد، مرادف با «دین اسلام» است و شامل اصول اعتقادات، مقررات اعتباری، ارزش‌های اخلاقی و هرآنچه این دین مطرح کرده، می‌گردد. «فقه» در این کاربرد، مرادف «فهم و علم به دین اسلام» و «فقیه» به معنای «شخص آشنا به مجموعه این دین» است. تعبیر «فقه اکبر» به معنای فهم مجموعه دین، یادآور این کارایی است. این واژه بار دیگر با حصر در کاربرد مواجه گردید، و در معنای «علم به حلال و حرام و احکام عملی و قراردادی از دین اسلام» به کار رفت. تعبیر «فروع فقهی» در کنار «اصول اعتقادی» و «فقه اصغر» در کنار «فقه اکبر» یادآور این کارایی است.

ابن فارس می‌گوید:

«فقه» پس از اینکه بر هر نوع آگاهی اطلاق می‌شد، در خصوص «علم به شریعت» استعمال گردید؛ از این رو «فقیه» را بر «عالم به حلال و حرام» اطلاق می‌نمایند. (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۴۴۲)

لفظ «فقه» در این استعمال هر چند با دو محدودیت مواجه است؛ ولی از این جهت که علم به حلال و حرام را به طور مطلق - از طریق اجتهاد یا تقلید - شامل می‌شود، عام بوده و اختصاص به علم حاصل از اجتهاد ندارد؛ از این رو اطلاق «فقیه» بر کسی که مسائلی را حفظ کرده و فاقد ملکه استنباط است، صحیح خواهد بود. (الموسوعة الفقهية، بی‌تا، ص ۱۴) مراد ما از «فقه» در این تحقیق، اصطلاح معروف کنونی آن است. در این اصطلاح، «فقه» بر مجموعه قضایایی اطلاق می‌گردد که کاشف از حلال و حرام و اعتبارات الهی است؛ قضایایی که با



تلاش و اجتهاد «فقیه» از منابع و مستندات شرعی استخراج شده و شامل اعتبارات تکلیفی و وضعی واقعی و ظاهری می‌گردد.

دانش «فقه» و واژه‌های «فقیه» و «فقاہت» در اصطلاح کنونی از دو جهت دیگر - علاوه بر آنچه گذشت - محدود است:

۱. کارآیی این واژه‌ها هنگامی انجام می‌پذیرد که علم به احکام همراه با علم به مستندات و ادله تفصیلی آنها باشد؛ از این رو دانش مقلد را نمی‌توان «علم فقه» و خودش را «فقیه» نامید؛ هر چند احاطه کامل به آرای فقیهان داشته باشد. (حسن بن زین الدین، بی‌تا، ج ۱، ص ۹۰؛ الموسوعة الفقهية، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۴؛ موسوعة الفقه الاسلامی، ۱۴۱۰ق، ج ۱-۲، ص ۱۱)

۲. استعمال این واژه‌ها در موردی صحیح است که علم به احکام و فهم آنها با ضوابط شناخته‌شده اجتهاد و منطق حقوقی پذیرفته‌شده‌ای سامان یافته باشد، وگرنه، نه اجتهاد در مقابل نص «عملیات فقهی» است و نه دانش حاصل از حدسیات غیر مستند به شرع، «فقه» است و نه صاحب چنین دانشی، «فقیه»!

گفتنی است که واژه «فقه» مانند همه یا بسیاری از واژه‌های علوم دیگر از قبیل «اصول»، «کلام»، «فیزیک» و «شیمی» گاه بر «مجموعه‌ای از مسائل همگون و مرتبط» و گاه بر «دانش و فهم این مجموعه» اطلاق می‌گردد؛ می‌توان تعابیری از قبیل «علم فقه» یا «دانش اصول» (که لفظ «علم» و «دانش» اضافه به این عناوین شده) را یادآور اطلاق اول دانست؛ چنان‌که در کاربرد دوم، تنها از خود این عناوین - بدون اضافه الفاظ مورد اشاره و امثال آن - استفاده می‌گردد؛ زیرا معنای علم و دانش در خود این واژه‌ها تعبیه شده است.

۱-۴. تقنین

«تقنین» به معنای قانون‌گذاری، مربوط به بشر می‌شود؛ اما آنچه که درباره خداوند متعال مطرح می‌گردد «تشریع» است. تقنین در این مقام در برابر «فتوا» قرار می‌گیرد؛ یعنی باحث، یک فتوا فرض می‌کند و یک قانون، یک افتاء فرض می‌کند و یک تقنین.

رابطه فقه تقنین با فقه السیاسة

فقه السیاسة در اصطلاح قدیم، به معنای «مجازات» بود. در ادبیات فارسی هم از این کلمه استفاده می‌شد که فلانی را سیاستش کردند. به همین خاطر از کتاب حدود، کتاب قصاص، کتاب تعزیرات، کتاب قضا و کتاب شهادات به «فقه السیاسة» یا «فقه السیاسات» هم تعبیر می‌کردند.



شهید اول در طبقه‌بندی ابواب فقه، یکی از ابواب را «السیاسات» قرار داده که به معنای حدود و مجازات‌هاست. (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۶۳) با این وصف، میان فقه تقنین با فقه سیاست تباین وجود دارد؛ در حالی که امکان دارد از جهت مصداقی، عام و خاص من وجه باشند. اما فقه سیاست به معنای امروزی آن - که در واقع به مسائل سیاسی پردازد - باز هم تباین مفهومی با فقه تقنین دارد و از جهت مصداقی هم عام و خاص من وجه است؛ زیرا فقه سیاسی به این معنا، با فقه تقنین ملازمت بسیار دارد. بنابراین می‌توان گفت هر فقه سیاسی باید گزاره قانون‌شدن را داشته باشد؛ ولی ممکن است فقه تقنینی باشد که فقه سیاسی نباشد.

۲. مبانی کلامی فقه تقنین

در بحث از مبانی کلامی فقه تقنین، توجه به دو مبنای اصلی ضرورت نشأت تقنین از فقه و وجود ظرفیت اسلامی برای تقنین، غیر قابل اجتناب است.

۲-۱. ضرورت نشأت تقنین از فقه

همان‌طور که گفته شد، فقه، دانش کاشف از شریعت است. شریعت معصوم است؛ ولی فقه چون دانش بشری است، خطا در آن راه دارد. اگر ادعا شود که باید مسیر تقنین را از فقه جدا نمود، مانند مدعای برخی که اعتقاد دارند شریعت برای قانون‌گذاری نیامده است، همان سکولاریسم می‌شود که جدایی فقه از عرصه مدیریت اجتماعی است. پس مبنای کلامی فقه تقنین یا پیش‌فرض اول در روش‌شناسی اجتهاد در فقه تقنین، همین امر است که راه فقه از تقنین جدا نیست؛ بدین معنا که قانون باید از فقه اسلامی نشأت گرفته باشد. این معنا در بسیاری از آیات قرآن آمده است:

* «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (مائده: ۴۴)

* «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (مائده: ۴۵)

* «وَلِيَحْكَمْ أَهْلُ الْإِنجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (مائده: ۴۷)

یا در تعابیر نهج البلاغه در خطبه‌های ۱۸، ۴۰، ۱۴۷ مضامینی وارد شده مبنی بر اینکه، «حکم» در اختیار خداوند متعال است. به نظر می‌رسد مبتنی بر این منابع، می‌توان در شمار اقسام توحید، از «توحید در تقنین» نیز سخن گفت؛ به این بیان که امر قانون‌گذاری مربوط به خداست و اذن در تقنین باید از ناحیه خداوند متعال صادر شود.



بی‌شک دین خداوند، جامع، جهانی و جاودان و مبیین هر خُرد و کلان است، ولی هم‌چنان که کمال و جامعیت، اقتضای وسعت و گستردگی دارد (از این رو به همان دلیل که به باطن، سلوک، جهت‌دادن به عرف‌ها و جلب‌نظرها به کانونی معنوی و قدسی می‌پردازد، به ارائه و تأسیس شیوه‌ها یا امضاء و اصلاح روش‌ها در همه زمینه‌ها نیز همت می‌گمارد) جهانی و جاودان بودن آن، اقتضاء تعیین نهاد یا نهادهایی دارد تا در خلأ قانونی، مباشر و مستقیم به برنامه‌ریزی و جعل مقررات متناسب با اهداف کلی شریعت بپردازند.

دینی که ادعای جاودانگی می‌کند نمی‌تواند برای تک تک اعمال برنامه ویژه داشته باشد. ایجاد یک شبکه کاملاً بسته و متصلب به هیچ وجه، قدرت هماهنگی و همگامی با تحولات اجتماعی و پیشرفت بشری ندارد و قادر به تعامل با معرفت و دست‌آوردهای بشر و رهبری انسان‌ها نیست. اکمال دین و اتمام نعمت و تبیین همه شئون می‌تواند به تقنین ثابت‌ها و مقررات غیرقابل تغییر و به قراردادن نهادهای برنامه‌ریز و قانون‌گذار در ضرورت‌ها و مصلحت‌ها باشد. این باور ضمن حفظ اعتقاد به توحید تشریعی و احترام به حاکمیت انحصاری خداوند، هدف دین را سعادت دنیا و آخرت و تعالیم انبیا را شامل هر دو می‌داند؛ طراحی کلی نظام‌ها و تبیین اهداف و چهارچوب‌ها را الزاماً در محدوده شرع محاسبه می‌نماید؛ جعل خرد و کلان توسط شارع را در عبادات و غیر آن - به مقداری که ادله و اسناد دلالت دارند - می‌پذیرد؛ ولی در هر طرح و برنامه، دنبال آیه و حدیث نمی‌گردد و صلاحیت برخی نهادهای مأذون را در امر تقنین می‌پذیرد.

۲-۲. وجود ظرفیت اسلامی برای تقنین

پیش‌فرض دوم این است که فقه امامیه - هرچند با تکمیل و ترمیم و توسیع - ظرفیت تقنین را دارد. آنچه که باعث شده است برخی نگاه بدبینانه به فقه داشته باشند، وجود برخی فتاواست. برای نمونه، ضوابطی که برای دیه انسان تعیین شده، مانند شتر، حله و گوسفند؛ اگر فقها در این ضوابط، دقت‌های فقهی و منضبط انجام دهند، به گونه‌ای که این ضوابط، تناسب با وضعیت امروز پیدا نماید، می‌تواند نگاه بدبینانه به ظرفیت فقه در امر تقنین را مرتفع سازد.

۳. ملاحظات روش‌شناختی فقه تقنین

بایسته توجه است که در روش‌شناختی فقه تقنین، مؤلفه‌هایی مانند لزوم ملاحظه وحدت رویه، توجه به فقه کشف، طرح فقه تقنین در مقیاس فقه نظام و مدیریت تراحم، باید مورد اهتمام فقیه باشد.



۳-۱. لزوم ملاحظه وحدت رویه در فقه تقنین

بحثی در قضای اسلامی وجود دارد به نام «وحدت رویه»؛ به این معنا که نمی‌توان دادگاه‌ها و سیستم قضایی کشور را با چند رویه و قانون اداره نمود. این موضوع در فقه فتوا مطرح نمی‌شود؛ چرا که در افتاء و تقلید، هر مقلدی به مقلد خود مراجعه کرده و فتوای او را مبنای عمل قرار می‌دهد؛ ولی در فقه تقنین چنین نیست و نمی‌تواند باشد. بنابراین برای این موضوع باید تدبیری اندیشید. برای نمونه، در موضوع تعزیرات، برخی اینگونه اندیشیده‌اند که امر تعزیر به دست قاضی سپرده نشود و به عهده قانون‌گذار گذاشته شود؛ زیرا برخی از قضات از موضع رحمت و برخی دیگر از موضع غضب الهی برخورد می‌کنند و همین امر، وحدت رویه در قضاوت را به چالش می‌کشانند.

در پی همان ضرورتی که برای وحدت رویه در تقنین گفته شد، مسأله بسیار مهم «فتوای معیار» مطرح می‌شود. این موضوع در فقه فتوایی هیچ مجال طرح ندارد؛ اما در فقه تقنین چنین نیست. در این مقام است که مجال طرح فتوای معیار وجود دارد که کدام نظر و فتوا، اساس و معیار در تقنین باشد. آیا فتوای مشهور، فتوای معیار است یا فتوای رهبری و یا فتوا و نظر فقهی فقهای شورای نگهبان و یا فتوای مرجع تقلید اعلم؟ هر کدام از اینها که انتخاب شود، مسائلی ذیل آنها مطرح می‌گردد. اگر فتوای معیار، فتوای مشهور باشد کدام شهرت معیار است: شهرت معاصر یا شهرت قدمایی؟ اگر فتوای معیار، فتوای رهبر باشد، کدام رهبر ملاک است: رهبر قبلی یا رهبر کنونی؟ و اگر رهبر از دنیا برود، آیا قوانین تغییر می‌کند یا خیر؟

۳-۲. لزوم توجه به فقه کشف

نگاه به فقه را به دو صورت فقه کشف و فقه عذر، می‌توان پایه‌ریزی کرد:

۳-۲-۱. فقه کشف

در این اندیشه، مجتهد به دنبال کشف شریعت است و هرگونه دشواری را بر خود هموار می‌کند تا بتواند به شریعت برسد. نمونه‌ای از این کوشش را می‌توان در روش اجتهادی تراکم ظنون و اطمینان ملاحظه نمود. در این روش، هرگاه مجتهد با سندی یقین‌آور یا در حکم یقین، روبه‌رو نباشد؛ بلکه با دسته‌ای از ظنون روبه‌رو باشد، از پای نمی‌نشیند و به منظور کشف شریعت، به کناره گذاشتن ظنون مشغول می‌شود به آن امید که در نظام حلقوی یا هرمی از این ظنون به قانون خداوند متعال اطمینان حاصل کند؛ زیرا وی خود را موظف به کشف شریعت می‌داند.

**۲-۳. فقه عذر**

در این اندیشه، مجتهد در پی کشف وظیفه‌ای است که در صورت عمل به آن از عقاب خداوند متعال در امان بوده و سخنی مورد پذیرش وی داشته باشد. در این روش، اگر به طور یقینی یا گمان خاص یا اطمینانی به حکم شارع رسید آن را مورد تمسک قرار می‌دهد و گرنه برای به دست آوردن اطمینان، خود را به آب و آتش نمی‌زند و نمی‌کوشد که از تراکم ظنون به اطمینان برسد؛ زیرا به پدیداری عدد (اطمینان) از کنار هم آمدن صفرها (ظنون) باوری ندارد. اگر فقه بخواهد به رسالت خود عمل کند و با پاسخگویی به مسائل نوپیدا، پویایی و ظرفیت خود را نشان دهد، راه فقه کشف را باید پیش بگیرد؛ نه راه فقه عذر.

۳-۳. ضرورت طرح فقه تقنین در مقیاس فقه نظام

نه تنها در حوزه فقه فتوا؛ بلکه باید در فقه تقنین نیز دنبال نظام بود. دو کلمه «فقه نظام» و «فقه غیرنظام» بسیار پُر تکرار است. این دو پدیده و نهاد، کاربری‌های مختلفی دارند؛ از این جهت، شناسایی این کاربری‌ها لازم است که در گفت‌وگو معلوم شود که هر کسی وقتی این کلمه را به کار می‌برد چه مرادی دارد؟ برای این امر نیاز به تتبع و جست‌وجو است و بحثی انتزاعی نبوده، بلکه میدانی است.

۱-۳-۳. کاربری اول

فقه نظام؛ یعنی فقه کلان. فقهی که راجع به نظامات دینی فقاهاست می‌کند. در واقع کسی که این فکر را دارد، بر این باور است که یک فقه خُرد و فقه فردی داریم و گاهی فقیه به دنبال مسائل ریز نبوده، بلکه دنبال مسائل کلان است؛ برای نمونه فقه نظام خانواده، فقه سیاسات، فقه حاکمیت، فقه حکومت، ولایت فقیه و... را مطرح می‌کند. در مقابل این نگاه، فقه غیرنظام است. در حقیقت، نظام «متعلق به» فقه است. گاهی «الفقه النظام» و گاهی «فقه النظام» داریم؛ مانند فقه الحدود، فقه القصاص؛ یعنی فقهی که در زمینه ساحت‌های کلان به فقاهاست می‌پردازد.

مطابق کاربری مذکور، فقه نظام یک رویکرد نیست؛ بلکه یک متعلق است. برای نمونه، هم اکنون برخی در حوزه علمیه، فقه معاصر تدریس می‌کنند. این امر یعنی فقه ما عهده‌دار بیان مسائل معاصر است. چنین روشی کاری به رویکرد ندارد؛ بلکه با همان رویکرد که در فقه عبادات دارند، به اینجا نیز ورود کرده‌اند؛ یعنی فقهی که «متعلق به» آن مسائل روز و معاصر است، مانند بیت کوین، بورس و... در این کاربری هم، در حقیقت، فقه «متعلق به» نظام و



مقصود از نظام هم، نظام کلان است.

۳-۳-۲. کاربست دوم

فقه نظام در مقابل غیر نظام؛ یعنی فقه با رویکرد «نظام‌محور» به کار می‌رود. در اینجا، فقه نظام، صفت و موصوف است؛ و اگر هم نباشد با نگاه صفت و موصوف است و کاری با متعلق ندارد؛ بلکه رویکرد برایش مهم است. اگر اولی را فقهی می‌گوییم که مورد کارکردش نظام است؛ اینجا رویکردش صفت و موصوف است؛ یعنی «الفقه الحکومی».

در معنای دوم، آنچه مهم است، «متعلق به» نیست؛ بلکه رویکرد، مهم است. به همین خاطر، فقه معاصر نمی‌گویند؛ بلکه «فقهات معاصر» یا «فقیه معاصر» را عنوان می‌کنند. فقه حکومتی، یعنی فقهی که فقیه هم نگاه حکومتی دارد. در واقع، دو تفاوت اساسی بین کاربست اول و دوم وجود دارد؛ در اولی نگاه حکومتی نیست؛ ولی در دومی کاملاً حکومتی است. هم‌چنین در اولی نظر به «متعلق به» دارد؛ ولی در دومی این‌طور نیست.

۳-۳-۳. کاربست سوم

در اینجا وقتی گفته می‌شود فقه نظام، یعنی فقهی که نظام‌ساز باشد و از آن نظام و هرچه نظام احتیاج دارد در بیاید؛ مانند نهاد، زیرساخت و مسائل اجرایی. پس فقهی که دنبال نظام‌سازی باشد، «فقه نظام» نامیده می‌شود. بنابراین، نگاه سوم، فقه را به صرف استنباط احکام معنا نمی‌کند. در دو نگاه قبل، جنس فقه، فقط استنباط بود؛ ولی نظام‌سازی را وظیفه فقه نمی‌دانست و موضوع نظام‌سازی بر عهده دانش‌های دیگر قرار داده می‌شد؛ اما در این کاربست، فقه در امتداد اجرا معنا می‌شود؛ برای نمونه اگر گفته شود که فقه به بورس پردازد، به این معناست که فقه، باید در کنار بورس، بتواند «نهاد» را هم پیشنهاد کند. با این وصف، علوم انسانی اسلامی هم، وارد حوزه فقه می‌شود و بین این دو حوزه، جدایی نخواهد بود.

۳-۳-۴. کاربست چهارم

معنای چهارم، معنای مختار است. فقه نظام؛ یعنی فقهی که غیر از استنباط احکام فردی، به استنباط نظام پردازد. در این کاربرد، نظام به همان معنای رایج و معروف در غرب است که آن را به سیستم معنا می‌کنند؛ یعنی فقهی که مسائل فردی را استنباط کند؛ قواعد را استنباط کند؛ مقاصد را در نظر بگیرد؛ اما غیر از این مسائل، دنبال کشف نظام هم باشد.



برای نمونه اگر فقیهی بخواهد در نظام خانواده استنباط کند، از خواستگاری شروع کند تا زمانی که شوهر می‌میرد و زن قرار است عده نگه دارد؛ ممکن است در این جریان، هزاران گزاره دینی استنباط شود. در این گزاره‌ها ممکن است با تک مسأله یا مسأله‌ای اساسی و کلان مواجه شود. ضمن اینکه مقاصد نیز باید در نظر گرفته شود؛ اما غیر از این موارد و مسائل کلان و مقاصد، یک نخ تسبیح در تمامی این احکام وجود دارد که درواقع، همان نظام و پیونددهنده همان هزاران گزاره به یکدیگر است.

در نمونه دیگر باید گفت که وقتی گفته می‌شود نظام کاپیتالیسم و نظام آزاد، در مقابل نظام اقتصادی متمرکز و دولتی با یک گستره وسیع، اسلام چه نظامی دارد؟ آیا اسلام، نظام به معنای خاص دارد که نه خواص کاپیتالیسم را دارد و نه سوسیالیسم را و یا نظامی است که مناسبات هر دو را در بردارد؟

هم‌چنین در سیستم قضایی، دو سیستم در قضا وجود دارد؛ سیستم حاکمیت امارات قانونی و سیستم دلایل حاکمیت معنوی. این دو سیستم با یکدیگر بسیار تفاوت دارند و هر دو نیز در دنیا طرفدار دارد. ممکن است گفته شود که سیستم اسلام، امارات قانونی است، و یا سیستم دلایل معنوی و یا هر دو به صورت تلفیقی وجود دارد. بر اساس همین نگاه سیستمی و نظام‌مند، باید وارد پژوهش در حوزه فقه تقنین گردید و فقه تقنین را در این مقیاس مورد مطالعه قرار داد.

۳-۴. مدیریت تراحم در فقه تقنین

از موضوعاتی که در عرصه تقنین مطرح می‌شود، تراحم حقوق است. تراحم حقوق در فقه فردی هم وجود دارد؛ ولی گستره آن در فقه تقنین بسیار بیشتر از فقه فردی است. برای نمونه، دولت در اداره کشور دارای وظایف و اختیاراتی است و برای انجام وظایف خود، در برخی موارد در حریم خصوصی مردم ورود می‌کند؛ مانند اینکه ایست بازرسی می‌گذارد یا دوربین مدار بسته قرار می‌دهد تا رفت و آمد مردم را کنترل کند. اینجا موضع تراحمات است که در فقه تقنین باید مدیریت آن صورت بگیرد.

۴. طرح دو رساله و توضیح المسائل

از موضوعات بسیار مهم این است که باید دو رساله و توضیح المسائل از همدیگر تفکیک شود. رساله‌ای که مربوط به مردم است و در آن، امور استجابی برای مردم مستحب است؛ ولی در



رساله‌ای که برای حاکمان نوشته می‌شود و همین امور استجابی، تبدیل به الزامات می‌گردند. بنابراین ممکن است آنچه در توضیح المسائل اول صحیح باشد، در دومی باطل گردد و بالعکس. تفکیک میان دو رساله، فقط مربوط به دوگانه مردم و حکومت نیست. برای نمونه اگر کسی که مغازه کوچکی دارد و می‌خواهد تبلیغ سیگار کند، بنویسد: «سیگار با توتون عالی»، آیا همین تبلیغ در رسانه ملی امکان‌پذیر است؟ در چنین مثالی هم می‌توان این نکته را تلقی نمود که باید دو رساله و توضیح المسائل نوشته شود.

۵. روش اجتهاد در فقه تقنین

بر اساس ملاحظات که گفته شد، اکنون این پرسش مطرح می‌شود که روش اجتهاد در فقه تقنین، دارای چه عناصری است؟ به عبارتی، در اجتهادی که در عرصه فقه تقنین صورت می‌گیرد، چه عناصری را باید مورد توجه قرار داد؟ در پاسخ به این پرسش، به دو عنصر، توجه ویژه داده می‌شود:

* تشکیل شبکه دلالی؛

* توجه به نصوص مبین مقاصد.

۵-۱. تشکیل شبکه دلالی

به این بحث در کتاب روش‌شناسی اجتهاد (مطالعه جریانی مکاتب اجتهادی معاصر) با عنوان «جدا کردن حضور ادله متعارضه از باب تعارض» که بحثی کاملاً جدید است، پرداخته شده است؛ هرچند مویرگ‌های آن را می‌توان در کلمات پیدا کرد.

توضیح اینکه گاهی تعارض، دو طرف دارد و گاهی بیشتر، که در اینجا زمینه انقلاب پیش می‌آید؛ ولی باید باب تعارض را که انقلاب هم یک بخش آن است از جایی که ادله متعارضه وجود دارد [معمولاً هم چند دلیل هستند] جدا کرد؛ کسی که دقت لازم در این موضوعات نداشته باشد، اینها را به باب تعارض می‌برد و با مؤلفه‌های تعارض آن را حل می‌کند؛ اما این‌ها را باید در خط ادله متعارضه برد؛ خواه «متعارضه هر می» یعنی در طول هم باشد یا «متعارضه حلقوی» یعنی در عرض یکدیگر. در این بحث حتی تعبیر تخصیص و تقیید هم بی‌معناست؛ بلکه در این مقام همه ادله یکدیگر را تفسیر می‌کنند.

برای نمونه، در باب خلقت انسان در قرآن، یک جا می‌فرماید که انسان از ماء دافق خلق شده و در موضع دیگری می‌فرماید: از تراب خلق شده است یا مِنْ حَمٍّ مَّسْنُونٍ. حال مفسری



که می‌خواهد قرآن را تفسیر کند و نظر او را راجع به خلقت انسان به‌دست بیاورد، آیا نظریه تکامل انواع را دارد یا ثبوت انواع یا نظر خاص دیگری دارد؟ اینجا آیات را کنار هم می‌چیند و به گفت‌وگو می‌پردازد؛ نه آنکه مانند برخی معاصران، یک یا دو آیه را مورد بررسی قرار دهد. هم‌چنین در روایات، در بحث اینکه آیا محبت اهل بیت علیهم‌السلام در همه حال برای انسان مفید است؛ روایات فراوانی وجود دارد که باید در نظام حلقوی که «شبکه دلالی» درست می‌کنند، بررسی شود. پس نظام متعاضد حلقوی؛ یعنی سلسله دلیل‌های کمک‌کننده به یکدیگر در عرض هم یا در طول یکدیگر به صورت هر می که شبکه دلالی را درست می‌کنند و در اجتهادی که در عرصه فقه تقنین صورت می‌گیرد، باید به همین شبکه دلالی پرداخت.

۲-۵. توجه به نصوص مبین مقاصد

نصوص دینی؛ یعنی آیات قرآن و روایات صادر از ائمه معصومین علیهم‌السلام، در یک نگاه کلی به دو قسم تقسیم می‌گردد:

قسم اول. نصوصی است که بیانگر شریعت و مقررات الهی است و از شارع به وصف اینکه قانون‌گذار است به منصّه ظهور رسیده و در قالب گزاره‌ای انشایی یا خبری (به انگیزه انشا)، متکفل بیان حکم وضعی یا تکلیفی است.

بسیاری از آیات قرآن و احادیث بی‌شماری از پیامبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم و ائمه معصومین علیهم‌السلام از این گروه است و از آنجا که این نصوص، سند و دلیل مجتهد برای کشف شریعت الهی به شمار می‌رود، عالمان اصول فقه و فقه از آن به اسناد، منابع، ادله و مدارک احکام، تعبیر می‌کنند. ویژگی بیشتر این نصوص، مانند موادّ قانونی موضوعه توسط انسان‌ها، وضوح و روشنی مدلول آنها است. چنان که دلالت بر حکم، از ویژگی‌های جدایی‌ناپذیر آنها محسوب می‌شود؛ برای نمونه دو آیه «وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (بقره: ۴۲) «وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ» (بقره: ۴۳)، بیانگر پنج تکلیف؛ یعنی نهی از آمیختن حق به باطل؛ نهی از کتمان آگاهانه حق؛ امر به نماز، زکات و رکوع است. این دو آیه، سند فقیه در فتوا به حرمت در دو مورد اول و وجوب در سه مورد اخیر است. برخی تکالیف (نماز و زکات) که در این دو نص شرعی بیان گردیده است؛ هرچند نیازمند بیان شرعی بوده تا حدود و کیفیت و شرایط آن روشن گردد؛ ولی در نهایت، دلالت بر عملی مشخص با آغاز و انجامی معلوم دارد به گونه‌ای که پس از بیان شرعی، مصادیق آنها در خارج واضح است و از مکلف خواسته می‌شود



آن را انجام دهد.

هم‌چنین در آیه «يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَ هُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَ إِن كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَ نِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ» (نساء: ۱۷۶)، قانون‌گذار، چهار حکم وضعی را در مورد ارث بیان کرده است. در این آیه، ارث خواهر واحد از برادری که فرزند ندارد؛ ارث برادر از خواهر فاقد فرزند؛ ارث دو خواهر (و بیشتر) از برادر و دو برابر بودن ارث برادران از خواهران میت، آمده است. آیه مزبور سند فقیه در فتوایی است که در این چهار مورد صادر می‌نماید.

قسم دوم، آیات و روایاتی است که بیانگر حکم و قانون نیست؛ بلکه مقاصد کلی شریعت یا حکمت حکمی را بیان می‌نماید. این نصوص نه برای بیان شریعت؛ بلکه گزاره‌هایی خبری هستند که از مقصد و علل احکام خبر می‌دهند و اگر در قالب گزاره‌ای انشایی، مانند «يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُم» (بقره: ۲۱) و «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ» (حشر: ۱۸) تعبیر شوند، بیانگر حکم و تکلیف ویژه‌ای نیستند؛ بلکه خطوط کلی رسالت یا علتی از علل شریعت را می‌فهمانند و باید مصادیق یا مصادیق و راه‌های حصول آنها در قالب فرمان‌هایی خاص، مانند دستور به نماز، روزه و حج بیان گردد؛ بدون اینکه تکلیفی بیاورد و موضعی را روشن نماید. بعد از بیان این تقسیم، نکته‌ای که باید متذکر شد این است که آنچه باید در فقه تقنین مورد توجه قرار بگیرد، توجه به نصوص مبین مقاصد شریعت است.

نتیجه‌گیری

فقه تقنین، یکی از عرصه‌های جدید فقهی است که نیاز به بررسی روش‌شناختی دارد. در بررسی انجام گرفته در این نوشتار، روشن گردید که این دانش، مبتنی بر این انگاره کلامی است که شریعت اسلامی، ظرفیت تقنین دارد و باید قانون‌گذاری از درون فقه ناشی شود. با نظر به تفاوت‌هایی که میان دانش فقه و عرصه قانون‌گذاری وجود دارد، نیاز به توجه ملاحظات روش‌شناختی زیر است؛ لزوم ملاحظه وحدت رویه در فقه تقنین، توجه به فقه کشف، ضرورت طرح فقه تقنین در مقیاس فقه نظام، مدیریت تراحم در فقه تقنین و طرح دو رساله و دو توضیح المسائل.

بر اساس توجه به این تفاوت‌ها است که می‌توان از روش اجتهاد در فقه تقنین سخن گفت؛ روش اجتهادی که دو عنصر اساسی دارد: تشکیل شبکه دلالتی، توجه به نصوص مبین مقاصد.



فهرست منابع

- قرآن كريم.
۱. ابن فارس، احمد (۱۴۰۴ق)، معجم مقاييس اللغة، قم: مكتب الاعلام الاسلامى.
۲. ابن منظور، محمد بن مكرم (۱۴۰۵ق)، لسان العرب، قم: نشر ادب الحوزة.
۳. جوهرى، اسماعيل بن حماد (۱۹۹۰م)، الصحاح (تاج اللغة و صحاح العربية)، تحقيق احمد عبدالغفور عطار، چاپ چهارم، بيروت: دارالعلم للملأين.
۴. حسن بن زين الدين (بى تا)، ملاذ المجتهدين و معالم الدين، چاپ سنگى، قم: مؤسسة الفقه للطباعة والنشر.
۵. راغب الإصفهاني، ابوالقاسم (۱۳۹۲ق)، معجم مفردات الفاظ القرآن، بى جا: مطبعة التقدم العربى.
۶. عاملى (شهيد اول)، محمد بن مكى (۱۴۱۹ق)، ذكرى الشيعة فى أحكام الشريعة، قم: نشر مؤسسة آل البيت عليه السلام.
۷. عسكرى، ابوهلال (بى تا)، الفروق اللغوية، قم: مكتبة بصيرتى.
۸. فراهيدى، خليل بن احمد (۱۴۱۴ق)، العين (ترتيب كتاب العين)، تحقيق محمد حسن البكائى، قم: مؤسسة النشر الإسلامى.
۹. فيومى، احمد بن محمد (۱۴۰۵ق)، المصباح المنير، قم: دار الهجرة.
۱۰. المجلس الأعلى للشئون الإسلامية (۱۴۱۰ق)، موسوعة الفقه الإسلامية (موسوعة جمال عبدالناصر الفقهية)، القاهرة: المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.
۱۱. مصطفوى، حسن (۱۴۱۶ق)، التحقيق فى كلمات القرآن الكريم، تهران: مؤسسة الطباعة والنشر.
۱۲. وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية الكويت (بى تا)، الموسوعة الفقهية، كويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية.