

اباحه در نگرش فقهی شیعه و ترسیم میدان عمل آزادی نظر قانونی

حسین تیرافکن^۱، عباس تیرافکن^۲، ابولفضل آشوغ^۳

^۱ کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی. دانشگاه پیام نور مرکز مشهد

^۲ دکترای زبان‌شناسی. دانشگاه ملی تاجیکستان

^۳ کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی. دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات زاهدان

نام نویسنده مسئول:

حسین تیرافکن

چکیده

مباحث عمده در اندیشه‌های سیاسی شیعه را می‌توان در دو علم کلام و فقه جست‌وجو کرد. هر چند عقل به عنوان یکی از مهم‌ترین ابزارهای شناخت در کلام مطرح است، اما در علم اصول فقه نیز که ارتباط وثیقی با فقه دارد، در بخش مستقلی مورد مطالعه قرار می‌گیرد. با این که در علم فقه، عقل یکی از چهار منبع کشف احکام است، اما به دلایلی - که در ادامه بحث بررسی خواهد شد - کاربرد عملی آن بسیار کم یا نزدیک به صفر است. بدون شک می‌توان ادعا کرد که فقه شیعه در فرآیند اجتهاد به اندازه زیادی بر فهم عرفی متکی بوده است. فهم عرفی، عقلانیت، سیره عقلا - و در وجهی محدودتر، سیره متشرعه - و در مواردی، مصلحت و استحسان و مولفه‌هایی از این دست، موتور محرکه اجتهاد شیعه است و از این طریق پویایی آن تضمین می‌گردد.

واژگان کلیدی: احکام اولیه، احکام ثانویه، سکوت قانون، حکم حکومتی، اباحه، فقه، تشیع، اندیشه فقهی

۱. مقدمه

هر الزامی از طرف خداوند حکم است، خواه مثبت باشد (امر) یا منفی (نهی). به عقیده ما، احکام تابع مصالح و مفاسدند البته آگاهی ما به این مصالح و مفاسد، که ملاک احکام هستند، محدود است به این که یا در نصوص دینی به آن تصریح شده باشد و یا در لسان دلیل حکم، به ملاک توجه داده شود که در این صورت، دیگر برای فقیه ابهامی وجود ندارد، هر جا ملاک را ببیند، می‌تواند حکم را نیز استنباط کند. از طرفی، این ملاکها در بستر زمان و مکان، ممکن است دچار تغییر و دگرگونی شوند. گاه چیزی که دیروز واجب نبوده، به جهت به وجود آمدن ملاک واجب، امروز واجب می‌شود و یا چیزی که پیشتر حرام نبود، به علت پیدا شدن ملاک حرام، حرام می‌شود. این تغییر ملاکها در مسائل سیاسی، اقتصادی و اجتماعی بیشتر است.

اندیشه سیاسی شیعه و عقل و عقلانیت

اباحه در اندیشه فقهی شیعه دو مفهوم دارد:

الف: معنای نخست اباحه عبارت است از آن حکم الهی که به بندگان حکم و فرمان می‌دهد تا در امور خاص آزادانه عمل کنند و بر انجام یا ترک آنها مجبور نباشند؛ برای مثال خداوند - در حوزه فقه فردی - خوردن گوشت بعضی از حیوانات و پرندگان را حلال قرار داده است. در این موارد فرد مصالح طبیعی خودش را در نظر می‌گیرد و بر آن مبنا بدون هیچ‌گونه تعبد خاص عمل می‌کند (در مقابل تعبد اعتقادی که باید بر احکام اباحی الهی ایمان بیاورد)؛

ب: معنای دوم اباحه در حوزه فقه حکومتی است که در آن خداوند به حاکم اسلامی این آزادی را داده است که براساس مصالح جامعه، علاوه بر اجرای شریعت، فرمان‌هایی را صادر کند. در این حوزه جامعه سیاسی مصالح خودش را بدون هیچ‌گونه تعبدی در نظر می‌گیرد و قوانین خاص را پی‌ریزی می‌کند و یا فرمان‌هایی را به اجرا در می‌آورد؛ برای مثال به نظر امام خمینی قاعده «لاضرر» - که ریشه آن حدیث نبوی درباره قضیه سمره بن جندب می‌باشد - از احکام حکومتی است که پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله در زمان خود، به عنوان حاکم صادر کرد. آزادی سیاسی در حوزه احکام حکومتی طبق آیاتی که در این زمینه وجود دارد، کاملاً منطقی است. حاکم اسلامی در این حوزه نمی‌تواند بدون در نظر گرفتن مصالح اجتماعی حکمی را صادر کند و البته مسأله احراز مصلحت اجتماعی به طور طبیعی منجر به آزادی سیاسی و دخالت فعالانه شهروندان در عرصه حکومت خواهد شد. در ادامه در ضمن عنوان «اندیشه مصلحت در فقه سیاسی امام» تا حدی به این بحث خواهیم پرداخت. این نوع اباحه و فقه شیعه در کنار سایر احکام (حرمت، وجوب، استحباب و کراهت) قرار دارد. ادله قائم بر این نوع اباحه شرعی، همان امارات شرعی هستند که دلیل علمی شمرده می‌شوند. در اصطلاح فقهی به این اباحه، اباحه بالمعنی الاخص می‌گویند، در مقابل اباحه بالمعنی الاعم که استحباب و کراهت را نیز از این جهت که درباره آنها حکم الزام‌آوری وجود ندارد، شامل می‌شود. طبیعی است که عملکرد در چارچوب این اباحه نمی‌تواند آن قدر آزاد باشد که مستلزم ارتکاب حرمت یا ترک وجوب شرعی گردد.

ج: یک نوع اباحه شرعی نیز در ادامه همین نوع اول در فقه شیعی مطرح است که از اصل عملی برائت به دست می‌آید. این اباحه نه در کنار سایر احکام تکلیفی که در طول آنها قرار دارد. در حالی که اباحه قسم اول از احکام اولیه دینی شمرده می‌شد که با اقامه دلیل اماری بر آن، بیان‌کننده حکم واقعی الهی بود. این اباحه در مرتبه‌ای پایین‌تر از آن حکمی ثانوی تلقی می‌شده که از برائت - که حکمی ظاهری به شمار می‌آید نه واقعی - به دست می‌آید. اصل برائت مانند سایر اصول عملیه هنگامی به آن عمل می‌شود که حکم شرعی در موضوعی مجهول باشد و دلیل علمی یا علم‌آور در آن وجود نداشته باشد. آخوند خراسانی در کفایه درباره موارد رجوع به برائت گفته است: اگر وجوب یا حرمت

^۱ - خمینی، سید روح الله الموسوی - تهذیب الاصول - ج ۲ ص ۱۸۵ نشر دارالفکر - چاپ اول - قم - تاریخ نشر، ۱۳۸۲ ه ق

چیزی مورد شک قرار بگیرد و ما نتوانیم از شریعت دلیل علمی یا علم‌آور که حجت باشند پیدا کنیم، در این صورت عقل و شرع دست مکلف را باز گذاشته است و در مواردی که احتمال می‌دهد حرام باشد می‌تواند آن عمل مشکوک را انجام دهد و اگر احتمال وجوب دارد می‌تواند آن را ترک نماید و اگر در واقع نیز معلوم شد که حرام یا واجب را انجام یا ترک کرده است، مجازاتی ندارد. مجهول بودن حکم شرعی هم گاهی به دلیل اجمال نص و گاهی به دلیل فقدان نص و گاهی نیز به علت تعارض نص (دلیل شرعی) است. ^۱ در مقابل اصل برائت که می‌تواند اباحه تولید کند، اصل احتیاط مطرح است که تولیدکننده تکلیف الزام‌آور برای مکلفان است. بنابراین اصل برائت زمانی می‌تواند پایه‌های نظری برای به رسمیت شناختن یک‌سری آزادی‌ها در فقه فردی و سیاسی تلقی شود که بتوان آن را مقدم بر اصل احتیاط دانست. آنچه اکثر عالمان اصول در مقابل اخباریان شیعی، بدان تمایل دارند، تقدم اصل برائت بر اصل احتیاط است، بلکه می‌توان اینها را در طول هم قرار داده و تعارض با هم نداشته باشند، چرا که در عمده موارد اصل برائت، شک در تکلیف است و موارد احتیاط جایی است که تکلیف قطعی شده؛ اما «مکلف به» مجهول است، برای مثال نمی‌دانیم تکلیف قطعی مصادقش در روز جمعه، نماز ظهر است یا نماز جمعه که در این موارد به احتیاط عمل می‌کنند.

د: نوع دیگری از اباحه برای فقهای شیعه مطرح است که در واقع بحثی کلامی است و در اصول فقه در ضمن مباحث مربوط به اصل برائت بدان اشاره می‌شود. این اباحه که در مقابل حظر قرار دارد - نه در مقابل احکام تکلیفیه چهارگانه - به این شکل مطرح است که آیا انسان، مکلف آفریده شده است و یا با هر چیزی یا پدیده‌ای یا شرایطی که روبه‌رو می‌شود، باید در دغدغه پیدا کردن تکلیف خود باشد، یا نه، انسان ذاتاً آزاد آفریده شده است و در مورد آنچه در پیرامونش جاری است خداوند هیچ تکلیفی به عنوان حکمی اولی قرار نداده است؟ این بحث گاهی با منظر شرعی و گاهی با نگاه عقلی طرح می‌گردد. در گفتمان شیعی که شریعت، و به تعبیر دیگر اسلام، همه چیز را بیان کرده است باید جواب این مسأله را از خود دین پیدا کرد، در حالی که در اندیشه معتزله که اصالت با انسان و عقل اوست، با نگاه برون دینی از آن بحث کرده‌اند. در اندیشه اول، فتوای حلال صادر کردن کار آسانی نخواهد بود، در حالی که حکم ممنوعه دادن احتیاج به مؤونه زایدی نخواهد داشت و برعکس بر مبنای اصالة‌الاباحه، هرگونه ایجاد تکلیف و بالتبع محدودیت برای حوزه فردی یا اجتماعی باید با دلیل متقن صورت گیرد. مهم‌ترین دلیل شیعه بر اصالة‌الاباحه در مقابل اصالة‌الحظر، حدیث معروفی است از امام صادق علیه‌السلام که فرمود: «کل شیء لک حلال حتی تعلم أنه حرام بعینه» یا «کل شیء مطلق حتی یرد فیه نهی»؛ همه چیز فی حد ذاته خالی از حکم است و جایز الارتکاب، مگر این که نهی درباره آن وارد شود. البته کسانی هم مانند سید مرتضی با شیوه معتزله جباری اصالة‌الاباحه از دلیل عقلی استفاده می‌کند که اصل در افعال اباحه است. او چنین قاعده‌ای را از بدیهیات شمرده است. البته این بدیهی بودن دلیل او مشروط است. سید مرتضی گفته است: «هر آنچه در آن سودی باشد و از زیان در زمان حال و آینده خالی باشد، انجام دادن آن مباح است و اقدام به آن به حکم عقل نیکوست». این شیوه استدلال نشان می‌دهد که سید کاملاً به سبک قاضی استدلال می‌کند، منتها به نظر قاضی ذات اشیا به حکم عقل در هنگام احتمال ضرر و نفع محظورند، ولی به نظر سید اصل این است که خالی از ضرر باشند و لذا مباحند: حضرت امام نیز اصالة‌الاباحه را بحثی عقلی دانسته‌اند که جایگاهش کلام است و نه فقه، چرا که معنا ندارد اباحه‌ای که قسیم احکام شرع است از خود شرع دلیل داشته باشد. ^۱

میدان عمل اجتهاد در موارد بدون نص

اصطلاح «منطقة الفراغ التشريعی» را محققان فقه اسلامی که بیشتر فقها می‌باشند، به کار برده‌اند. مقصود از منطقه خالی از نص نیز آن است که خداوند در دین اسلام، امور و مسائلی را خالی از قانون گذاشته، و قانونگذاری در این امور را، به مقتضای شرایط و نیازهایی که برای جامعه اسلامی در حال پیشرفت و بروز تغییر و تحولات پیش می‌آید، به عهده «ولی‌امر» یا «حاکم اسلامی» و «فقها» نهاده است [که از آن به آزادی نظر قانونی تعبیر می‌کنیم. البته ادعای وجود ناحیه خالی از نص (منطقه فراغ) در برابر کسانی اقامه شده است، که گفته‌اند: شریعت

^۱ - خراسانی، محمد کاظم بن حسین - کفایه الاصول / انتشارات موسسه آل البیت (ع) تاریخ نشر ۱۴۰۹ه ق - چاپ اول قم

۱ - همان ج ۲ ص ۱۸۵

اسلام ثابت و جامد است و تغییر و تحولات عصری را برنمی‌تابد. از این‌رو، این ادعا، یک ادعای جدید محسوب می‌شود، زیرا این بحث در آثار فقهای پیشین، یافت نمی‌شود. بنابراین، ناگزیریم اصل مسأله «آزادی نظر قانونی»، حوزه عملکرد، دلایل اثبات‌کننده و سایر مسائل مربوط به آن را بررسی نماییم. ابتدا لازم است، چند و چونی درباره اصل مطلب داشته باشیم که آیا در اسلام «ناحیه خالی از نص» وجود دارد؟ به عبارت دیگر، آیا هنگام نزول شریعت و تبلیغ پیامبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله و امامان اهل‌بیت علیهم‌السلام، موضوعاتی وجود داشته‌اند که خداوند برای آنها حکم مشخصی وضع نکرده و قانونگذاری در آن، براساس مصالح مسلمانان به عهده ولیّ امر (حاکم اسلامی) گذاشته شده باشد؟

ترسیم میدان عمل آزادی نظر قانونی

الف. موضوعات، بایسته‌ها و نبایسته‌هایی که از جانب شرع درباره آنها الزام وجوبی یا تحریمی وارد شده باشد.

ب. موضوعاتی که الزام به وجوب و تحریم درباره آنها وارد نشده، بلکه از قبیل مستحبات، مباحات یا مکروهاتی هستند که اوضاع و شرایطشان تغییرپذیر است. با تغییر این شرایط، برای افراد، جامعه و امت اسلامی شرایط جدیدی پیدا می‌شود که قید اباحه، کراهت یا استحباب قرار می‌گیرند. به عبارت دیگر، این تغییر شرایط موجب تغییر حکم می‌شود؛ مانند عمومیت اباحه و تسلط هر کس بر اموال خود، که موجب می‌شود مالک، اموال خود را به هر نحو که بخواهد به مصرف برساند. اما گاهی شرایط دستخوش دگرگونی‌هایی می‌گردد که لازم می‌شود در مشروعیت این جواز مصرف به نحو دلخواه، تجدیدنظر شود و آزادی و سلطه فرد بر اموالش محدود گردد. این مطلب از قبیل تغییر حکم است که موضوع آن به سبب پیدایش برخی شرایط تغییر می‌یابد. بنابراین، هر چیزی که در حالت عادی مباح است، در صورت تغییر شرایط، ممکن است حرام یا واجب گردد. این قانون در احکام وضعی نیز جاری است؛ مثلاً زن می‌تواند در هنگام عقد با شوهر خود شرط کند که حق طلاق داشته باشد؛ در صورتی که در حالت معمولی طلاق به دست مرد است. و تسامح است؛ زیرا حکم ثانوی که در شرایط فوق جایگزین احکام اولیه می‌شود، از ناحیه شارع وضع شده و در اصل تشریع، به نحو قاعده کلی، لحاظ شده است.

ج: درباره موضوعاتی که از سوی شرع، الزامی درباره آنها نرسیده (مباحات عامه مانند مباحات، مکروهات و مستحبات)، بعضی از فقها گفته‌اند: اینها جزء نواحی خالی از نص به شمار می‌روند. چنانچه شرایطی برای جامعه، گروه و یا فردی ایجاد شد که نیاز به تحریم یا وجوب آن مباحات باشد، قدرت قانونگذاری اجتهادی می‌تواند از انجام دادن آن امر مباح جلوگیری کند یا حکم وجوبی انجام آن را صادر کند. در این صورت، یک امر مباح، ممکن است حرام یا واجب گردد. در این جا وجوب و حرمت از صلاحیت قدرت قانونگذاری اجتهادی ناشی می‌شود، نه این که از دلیل شرعی خاص یا عام پیدا شده باشد. به همین اعتبار ممکن است از این موارد به «نواحی خالی از نص یا منطقه فراغ» تعبیر شود و گرنه، مباح چه به معنای خاص و چه به معنای عام، محکوم به همان حکم شرعی (اباحه، کراهت یا استحباب) است و چنان نیست که اصلاً حکمی نداشته باشد یا حکمش نامعلوم باشد. فرق این قسم از موضوعات با قسم سابق این است که حکم ثانوی موضوعاتی که الزام شرعی دارند نیز از طرف شارع دلیل و نص دارد؛ مانند قاعده لاضرر، قاعده اضطرار یا قاعده عسر و حرج. اما حکم ثانوی مباحات، دلیل شرعی ندارد و قدرتی هم که این مباح را حرام یا واجب می‌کند، قدرت قانونگذاری اجتهادی است. اما چنین گمان نشود که قدرت قانونگذاری اجتهادی، بدون مرجع و منبع شرعی و از پیش‌خود قانون وضع می‌کند، بلکه بزودی خواهیم گفت که مرجع قدرت قانونگذاری اجتهادی، عمومات و اطلاعات برتر قانونگذاری و بعضی اصول پایینتر است، که مناسب هر یک از زمینه‌های خالی از نص می‌باشند.

د: اما زمینه‌های نامعلومی که هیچ عنوان عام یا خاصی از ناحیه شرع ندارند؛ مانند: موضوعات خارجی، بایدها و نبایدها، روابط بشری در قالب ارتباطات فردی، گروهی و بین‌المللی، پیدایش نیازهای ثابت و موقت، دستیابی به علومی که قدرت تصرف انسان را در محیط خود بر زمین و فضا افزایش می‌دهد و تمامی روشهای اصلاح و سازماندهی و حاکمیت که از حرکت رو به رشد جامعه و انسان در مسیر زندگی پدید می‌آیند. این زمینه‌ها در زمان قانونگذاری اولیه دین وجود نداشته‌اند و پیشگویی درباره‌آنها نیز برای بشر ممکن نبوده است و حکمت الهی هم اقتضا نمی‌کند که چنین موضوعاتی از طریق وحی کشف شوند؛ زیرا حکمت الهی می‌طلبد که بشر در ساختار اجتماعی و پاسخگویی به

نیازهای خود آزاد باشد و به سبب شرایطی که لازمه طبیعی پیشرفت زندگی است، در هیچ شکل و قالب سازمانی خاصی محصور نباشد. شریعت نیز پیوسته باید در این عرصه‌ها حضور داشته باشد تا آن که انسان در چارچوب قوانینی بسته، سرگردان نماند؛ چنان که هیچ‌گونه جهت‌گیری و جایگاه درستی برای خود ننشاند و نتواند از راه صحیح بر خواسته‌های خویش فایق آید. این‌گونه موضوعات نامعلومی که هیچ عنوانی از ناحیه شارع و شرع ندارند، تمامی دگرگونی‌های انسانی، بایدها، نبایدها، روابط وی با طبیعت و جامعه را در برمی‌گیرند، به غیر از «عبادات» که جای هیچ‌گونه تصرفی در آنها نیست؛ زیرا از آن جا که عبادات از جمیع جهات - زمان به جا آوردن، عدد، اجزاء، شرایط و کیفیت امتثالشان - «توقیفی» هستند، صحیح و معقول نیست که آنها را از عناصر پدیدآورنده زمینه‌های خالی از قانونگذاری بدانیم، چرا که در تشریع و فقه عبادات، هم‌محالات و دگرگونی‌هایی که عارض انسان می‌شود، از نظر مکان، شرایط و امکانات لحاظ شده است و نیز برای هر یک از حالات ضروری و پیشامدهای احتمالی، براساس ادله شرعی عبادی، شکل و صورت فقهی مناسبی وضع شده است. بنابر آنچه تاکنون بیان نموده‌ایم، قلمرو آزادی نظر قانونی (زمینه‌های خالی از نص و قانونگذاری) شامل هر وضعیت جدیدی می‌شود که درباره آن نصی مستقیم، یا اصلی عمومی وارد نشده است. اوضاع و شرایطی که در نتیجه پیشرفت، تکامل و رشد علم و قدرت پدید می‌آید و ایجاب می‌کند که روابط و دادوستدهای داخلی جامعه و روابط فرد و جامعه با طبیعت، روشهای جدید و پیشرفته سازماندهی و حکومت به کار گرفته شود؛ به عنوان نمونه، به چند مورد اشاره می‌شود:

- پیشرفت دانش پزشکی و تخصص هر چه بیشتر در جسم انسان؛ به گونه‌ای که اعضای بدنی را به بدن دیگر منتقل کرده، پیوند می‌زنند؛ اجزای بدن مردگان و کشته‌شدگان را برمی‌دارند؛ افراد زنده، برخی از اجزای بدن خود را می‌فروشند یا به دیگران می‌بخشند و بالاخره روشهای مختلف تلقیح مصنوعی و آزمایشگاهی که همه اینها نتیجه پیشرفت دانش پزشکی است.

- پیشرفت دانشهای فیزیک، شیمی و هندسه در زمینه‌های مختلف و نتایجی که از آن در صنایع اسلحه‌سازی به دست آمده (چه سلاحهای سنتی و قدیمی و چه سلاحهای جدید در قالب سلاحهای کشتارجمعی، سلاحهای اتمی، هیدروژنی، نوترونی، و سلاحهای شیمیایی و میکروبی و بیولوژیکی) و آزمایشهای موفقیت‌آمیز این صنایع در فضا، زمین، زیرزمین و دریا، علاوه بر تأثیری است که از لحاظ قدرت و سلطه، نصیب صاحبان خود کرده است؛ زیرا نتیجه تسلط بر زمین و آسمان و سایر سیارات این است که دولتهایی که به این قدرت و پیشرفت دست یافته‌اند، دولتهای ضعیف و عقب‌مانده را تحت سیطره خود درآورده‌اند.

- مسائل محیط زیست از هر جهت (فضای خارجی، هوا، سطح و هسته زمین، آبها و سرچشمه‌ها و دریاها) و رابطه آن با آزمایشهای هسته‌ای و سایر آزمایشهای ویرانگری که توازن طبیعت را برهم می‌زنند، کیفیت و کمیت مصرف انرژی و نیرو، رشد صنایع و زباله‌های صنعتی و تأثیر آنها بر محیط زیست.

- رشد جمعیت و رابطه آن با توسعه و بحرانهای غذا و آب و انرژی (مسائلی مانند آزادی تولید نسل، تنظیم جمعیت و خانواده، عقیم کردن مردان و زنان)، که این امور نیازمند یک وضعیت سازمانی پیشرفته در جامعه می‌باشد، تا چگونگی برخورد مردم با این امور، رابطه این رشد جمعیت و بحرانهای متعاقب آن با درآمدهای عمومی، روشهای بهره‌وری از مواد غذایی، آبها و انرژی، رابطه مردم با حکومت و بالعکس، روابط دولتها و رابطه ملتها و دولتها با طبیعت، اعم از زمین، هوا، فضا، اعماق زمین، معادن، آبها و غیره را تنظیم نماید. تنظیم همه این روابط نیازمند پیدایش و ایجاد ساختار قدرت در جامعه، چه در سطوح منطقه‌ای و چه در سطوح بین‌المللی است. همچنین تنظیم این روابط می‌طلبد که آزادی افراد، ملتها و دولتها، به تناسب اوامر و نواحی قوای حاکم محدود گردد و همه خود را در اطاعت از دستورات، شرایط و قوانین وضع شده توسط این قوا، ملزم بدانند. در حال حاضر چنین مراجعی در سطح بین‌المللی ایجاد شده‌اند؛ مانند: «اژانس بین‌المللی انرژی اتمی»، «سازمان جمعیت جهانی»، و «سازمان جهانی بهداشت». کوششهایی نیز در جهت ایجاد «سازمان جهانی حمایت از محیط زیست» و سایر موارد، در جریان است. همه مسائلی را که در این جا اشاره کردیم و جنبه تازگی دارند، زمینه‌های بارز آزادی نظر قانونی یا زمینه‌های خالی از نص می‌باشند که درباره آنها هیچ‌گونه دلیل شرعی خاص یا قاعده کلی وارد نشده است. از این رو، هر گاه انسان - افراد،

گروهها، جامعه و دولت - و جنس بشر با زمینه‌هایی با شرایط کاملاً جدید روبرو گردد، نیازمند قوانینی است که با ضروریات جدید و انواع اختیاراتی که در هماهنگی با این شرایط جدید لازم دارد، تناسب داشته باشد.

اساس، اصول و روش استنباط در محدوده‌های آزادی نظر قانونی

برنامه اجتهاد و استنباط در محدوده‌های خالی از نص، که در واقع «احکام تدبیری» را برای سازماندهی، اداره و روابط اجتماعی صادر می‌کند، براساس اصول و قواعد عمومی استنباط استوار است که از آن تعبیر به «فتوا» می‌شود. تکیه فتوا به اصول عمومی استنباط منحصر به احکام تدبیری نیست، بلکه مبنای اجتهاد در امور قضایی که «احکام قضایی» را صادر می‌کند نیز اصول عمومی استنباط است. اجتهاد و استنباط در محدوده احکام تدبیری (زمینه‌های خالی از نص یا آزادی نظر قانونی) علاوه بر اصول عمومی اجتهاد، معیارهای دیگری نیز دارد. این معیارها - به صورت قواعد کلی در قضایای مالی، اقتصادی، ارتباطات داخلی و بین‌المللی مسلمانان، قضایای اداری و امنیتی از «دله برتر قانونگذاری» به دست می‌آید، چنان که بعضی از این معیارها از برخی موارد خاص احکام تدبیری که از سوی پیامبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله و ائمه معصومین علیهم‌السلام وارد شده نیز استفاده می‌شود.^۱

اسلام و مقتضیات زمان

ما امروز باید وظیفه خودمان را در میان جمودها و جهالتها به دست آوریم. یعنی از جهت اینکه مسلمان هستیم، از نظر مقتضات زمان نه باید جاهل و مفرط و تند رو باشیم و نه باید جاهد و متقشر باشیم باید معتدل بود. حال باید گفت معنای مقتضیات زمان چیست؟ اول لغت را معنی می‌کنیم. معنای لغت این است که زمان که دائماً در حال گذشتن و آمدن است. در هر قطعه‌ای یک اقتضایی دارد. در هر لحظه‌ای و در هر وقتی یک تقاضائی دارد زمان تقاضاهای مختلف دارد پس این قرن تقاضاهای مختلف دارد. هر چه که در یک زمان بوجود آمده همین به وجود آمدن معنایش تقاضا است. تبعیت کردن از مقتضای زمان یک تفسیر دیگر برای تقاضای زمان یا اقتضای زمان تقاضای مردم زمان است یعنی پسند مردم، ذوق و سلیقه مردم، به این معنی که ذوق و سلیقه و پسند مردم در زمانهای مختلف اختلاف پیدا می‌کند. معنای اینکه انسان باید با مقتضای زمان هماهنگی بکند، اینست که ببیند پسند اکثریت مردم چیست. ذوق عمومی چیست. پدیده‌های هر زمانی ممکن است در جهت اصلاح شریعت باشد و ممکن است در جهت فساد باشد. دلیلش این است که ما مصلح داریم، به قول اینها مرتجع داریم مصلح علیه زمان قیام می‌کند. مرتجع هم علیه زمان قیام می‌کند با این تفاوت که مرتجع به کسی گفته می‌شود که علیه پیشرفت زمان قیام کند و مصلح به کسی می‌گویند که علیه فساد و انحراف زمان قیام می‌کند. هر دو علیه زمان خودشان قیام می‌کنند یک معنای دیگر مقتضیات زمان، حاقبه‌های زمان است انسان برای رسیدن به هدفهای واقعی که در هر زمان باید داشته باشد احتیاج دارد به اموری که آن امور احتیاجات دوم بشر است. یعنی یک سلسله احتیاجات ثابت دارد. و از این احتیاجات دیگری بر می‌خیزد. از خصوصیات دین مقدس اسلام اینست که همیشه روی حاجتهای ثابت انسان مهر ثابت زده است اما حاجتهای متغییر انسان را تابع حاجتهای ثابت قرار داده است و این به عقیده شخص من اعجازی است که در ساختمان این دین به کار رفته است. از خصوصیات اسلام است که اموری را که به حسب احتیاج زمان تغییر می‌کند، حاجتهای متغییر را متصل کرده به حاجتهای ثابت یعنی هر حاجت متغییری را بسته است به یک حاجت ثابت، متفقه می‌خواهد که این ارتباط را کشف کند و آن وقت دستور اسلام را بیان بکند. این همان قوه محرکه اسلام است. اگر بپرسند کلاه شاپو حرام است، کت و شلوار حرام است یا نه، می‌گوییم اینها یک زمانی حرام بوده اند ولی فعلاً حرام نیستند، برای اینکه زمانی بود که کلاه شاپو مخصوص اجانب بود، واقعا کلاه فرنگی بود. هر مسلمانی که آنرا می‌پوشید عمل حرام انجام داده بود. ولی بعد این کلاه در تمام دنیا معمول شد. مردم از هر مذهب و هر ملتی آن را پذیرا هستند، آن شعار مخصوص را از دست داد و چون از شعار بوده خارج شد. امروز دیگر معنی دار سابق نیست. حکم اسلام هم دو تا نشده است یکی از معجزات اسلام خاصیت اجتهاد است اسلام خودش یک قوانین متحرک و نا ثابتی دارد و درعین اینکه قوانین ثابت ولایت‌گیری دارد. ولی چون آن قوانین متغییر را وابسته کرده است براین قوانین ثابت، هیچوقت هم اختیار از

^۱ - شمس الدین، محمد مهدی - اجتهاد و آزادی نظر قانونی - مجله اندیشه حوزه - بهمن و اسفند ۷۸ - شماره ۲۰ - ص ۱۰۸ - ۱۳۶

دست خودش خارج نمی شود. بزرگترین نعمتها تفقه در این است که انسان بصیرت پیدا کند. بر فقهای و مجتهدین واجب و لازم است که شرایط زمان خودشان را بشناسد. زیرا اگر بشناسد بسیاری از مشکلات که امروز طرح می شود واقعا به صورت یک موضوع مشکل و یک بن بست وجود دارد از میان می رود، این یک راه است در انطباق اسلام با مقتضیات زمان تغییر قانون اسلامی، اما تغییری که نسخ نیست تغییری که خود اسلام اجازه داده است، خودش قوانین خودش را به گونه ای قرار داده که با نتیجه در شرایط مختلف زمانهای مختلف و مکانهای مختلف فرق می کند، حتی خوردن شراب چقدر در اسلام روی این حرام تاکید شده این دیگر قابل بحث نیست ولی اگر واقعا در جایی حفظ جانی مرقوت به آن باشد که تشخیص آن هم با پزشکان است و با فقها نیست و پزشکی گفت حفظ این جان محترم و این مسلمان منحصرا موقوف به این است که مشروب بخورد {فقها} می گویند بخورد. دیگر از راههای انطباق اسلام با مقتضیات زمان این مطلب یکی ریشه دیگری دارد که وقتی آن ریشه را بدانیم، دستمان باز تر می شود و آن اینست که قوانین اسلامی به اصطلاح امروز در عین اینکه آسمانی است، زمینی است یعنی برای مصالح و مفاسد موجود در زندگی بشر است به ای معنا که در صد مخفی و رمزی ندارد، مثال: در اسلام دستوری برای استعمال دخانیات نداریم نه دستور مثبت و نه دستور منفی نه به ما گفته اند استعمال دخانیات حلال است و نه گفته اند حرام است اما اگر به هر حال ضرر داشته باشد مثلا اگر کشف شود و علم ثابت کند که استعمال دخانیات واقعا ضرر و زیان دارد اساسا عمر آدم را کوتاه می کند- یک ضایعه ایجاد می کند -چون می دانیم ضایعه ایجاد کردن را دیگر اسلام اجازه نمی دهد. مثلا در ریه واقعا ضایعه ایجاد می کند، اگر این مفسده در اینجا کشف شود مجتهد به حکم آشنایی که سیستم قانون گذاری اسلام دارد و می داند هر جا که یک ضرر مهم یک ضرر قابل توجه برای جسم وجود داشته باشد اسلام آنرا اجازه نمی دهد به حکم عقل فتوا می دهد «حرام است».

مثال: از امام سوال می کنند که زیارت امام حسین چطور است می گوید مستحب است از یک امام دیگر همان سوال را پرسیدند گفته واجب است و یا عبارتی گفته که مفهوم وجوب را داشته است یک جا گفته اند واجب است و یک جا گفته اند مستحب است اینجا تعارفی نیست اینها در شرایط مختلف بیان شده است گاهی در یک شرایط عادی بوده، بدیهی است که خود زیارت قبر پیامبر و امام و حتی اولیاء انبیا از باب این که خاطر آنها را تجدید می کند یک عامل تربیتی است وفی حد ذاته یک مستحب است ولی همین مستحب یک وقت حرام می شود و یک وقت واجب مثلا در شرایط زمان متوکل قرار می گیرد که سختگیری بسیار شدید است توطئه است که رسم زیارت امام حسین باید و رافته اینجا ائمه تشخیص می دهند که باید با این طرز کار مبارزه کرد و یک مسئله پیش می دید، دستوری می دهند «واجب است» موضوع اختیارات وسیع حاکم، راهی است که اسلام در بطن خودش قرار داده برای آنان بودخ انطباق با نیاز های واقعی نه بایسند ها که همیشه با هم اشتباه می شوند و ما پسند زمان را مقیاسی می گیریم، دینی که بایسند مردم بخواهد انطباق پیدا کند دین نیست. همان دین آمده که سند ها را براساس نیاز ها تطبیق دهد ولی خودش هم باید با نیاز های واقعی و خطری هماهنگ باشد. استنباط شد در زمانهای مختلف درباره مسائل فرق میکند و این مخصوص زمانهای مختلف در زمان واحد هم استنباط ها در باره بعضی مسائل فروض می کند. وقتی استنباط ها مختلف شد واقعیت هم مختلف است این مسئله ای است که در میان متکلمین اسلامی به یک شکل طرح شده است و در میان قله قدیم به شکل دیگر بعضی متکلمین خودشان را مخطئه می نامند و بعضی دیگر «مصوبه» متکلمین شیعه می گویند ما مخطئه هستیم بعضی از متکلمین اهل تسنن نه همه -معتقدند به تصویب بودند این تصویب و تخطئه معنایش این است: مخطئه معتقد بودند که قمن واقعی اسلام (حکم الله افعی) یک چیز بیشتر نیست ما که استنباط می کنیم ممکن است استنباط ما صحیح و مطابق با واقع باشد و ممکن است خطا و اشتباه باشد اجتهاد مجتهد ممکن است صحیح باشد ممکن است این غلط باشد ولی مصوبه اجتهاد را به شکل دیگری تحلیل کرده اند می گفتند هر مجتهدی هر جور که استنباط می کند، واقعیت همان است، یعنی واقعیت امری است نسبی و یک واقعیتی سوای آنچه که این با اجتهاد کرده وجود قلمرو و در زمانهای مختلف اگر اجتهاد ها تغییر کرد مثلا زمانی مجتهدین به شکل اجتهاد کرده اند و در زمانهای دیگر که اجتهاد ها تغییر می کند جور دیگری استنباط می کنند. باز واقعیت همان است که آنها اجتهاد کرده اند مخطئه می گویند واقعیت یک چیز بیشتر نیست اجتهاد ها مختلف است. از این اجتهادهای مختلف حداکثر یکی درست است و باقی همه اشتباه و غلط در مسائل عملی و مسائل فلسفی عین همین مطلب در یونان قدیم نشر مطرح بوده است آنها می گفتند هیچ چیزی واقعیت مطلق ندارد. و ما عملا باید یکی از آن دو حکم را حکم دیگر را حفظ کنیم اینجا وظیفه مجتهد است که تشخیص صحیح داشته باشد تا مهمتر را بگیرد و مهم را رها کند اشمس را می گذارند «اهم ومهم» میان اهم ومهم، اهم را بگیرد و مهم را رها کند خطر اجتهادی سوءهم در همین جا پیدا می شود چه بسا مجتهدی که مهم را از اهم تشخیص نمی دهد اهم را رها کند، مهم را بگیرد، گاهی واجب را رها کند مستحب را

بگیرد و گاهی حرام را رها کند و مکروهی را بگیرد. یکی از انحرافات بزرگی که در جامعه مسلمین رخ می دهد و رخ داده همین است شعری از قدیم است که می گفتند

از جانب شیر خدا آورده ایم ترک واجب کرده ایم سنت به جا آورده ایم^۱

اختیار و صلاحیت قانونگذاری در قلمرو آزادی نظر قانونی

بدون شک، قدرت و صلاحیت قانونگذاری اجتهادی در محدوده آزادی نظر قانونی (نواحی خالی از نص = منطقه فراغ تشریعی)، فقط حق پیامبر و امام معصوم است. واگذاری صلاحیت این گونه قانونگذاری ها به پیامبر و امام، نه به اعتبار این که او پیامبر است و به او وحی می رسد، یا امام است که از جانب پیامبر، مبلّغ وحی است، بلکه به اعتبار «ولایت و حاکمیت» که مساوی با سلطه سیاسی بر امت و اجتماع است، صورت می گیرد. نمونه هایی از قانونگذاری اجتهادی که از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و بعضی از ائمه علیهم السلام روایت شده، در ادامه این نوشتار خواهد آمد. ممکن است کسی اشکال کند که آنچه ما از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله می دانیم، این است که آن حضرت هیچ سخنی از روی هوای نفس نگفته و هر چه می گوید از وحی است. دلیل آن نیز این آیه قرآنی است: «وما ينطق عن الهوى. ان هو إلا وحيٌ يُوحى» (پیامبر) از روی هوای سخن نمی گوید، و هر چه شما از ایشان می شنوید، آن را از وحی گرفته است. این در حالی است که از نظریه اجتهادی، چنین برداشت می شود که پیامبر صلی الله علیه و آله از پیش خود قانون وضع می کند. در پاسخ گفته می شود: قانونگذاری اجتهادی پیامبر صلی الله علیه و آله به عنوان حاکم و ولیّ امر، قطعاً سخن از روی هوای و هوس نیست، و نیز وحی نبودن قانون اجتهادی پیامبر صلی الله علیه و آله دلیل نمی شود که سخن ایشان از روی هوای و هوس باشد؛ زیرا ادامه همان آیه، گویای این مطلب است که، این آیه در ردّ اتهام مشرکان بر پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله درباره قرآن است که می گفتند: آنچه پیامبر به عنوان قرآن عرضه می دارد، جادو و شعر و یا تعلیم بشری بر وی می باشد. این حکایت در چندین جای قرآن بیان شده است. از این گذشته، مطابق صریح قرآن، پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از سوی خداوند مجاز و مأمور به قانونگذاری مطابق رأی و نظر خویش است:

«إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ بِالْحَقِّ لِنُحْكِمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيماً» نساء/ ۱۰۵

ما قرآن را به حق، بر تو نازل کردیم تا با آنچه خدا با وحی خود به تو نشان می دهد، میان مردم حکم کنی و نباید به نفع خیانتکاران (با مؤمنان بی تقصیر) خصوصت نمایی. اینک که شایستگی و توانایی قانونگذاری اجتهادی در قلمرو موضوعات خالی از نص برای پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله به اثبات رسید، شکی باقی نمی ماند که این صلاحیت برای امام معصوم نیز، به عنوان حاکم و ولیّ امر امت اسلام، ثابت است. تا این جای کلام، شاید چندان جای مناقشه نباشد، اما در این جا این سؤال مطرح می شود که از دیدگاه تشیع، مرکز قدرت قانونگذاری اجتهادی در عصر غیبت، چه کسی است؟ سایر مذاهب اسلامی، بعد از عصر پیامبر، چه کسی را واجد صلاحیت قانونگذاری اجتهادی در موضوعات خالی از نص می دانند؟ معروف بین شیعیان، بویژه فقههای معاصر، این است که قانونگذاری در این گونه موضوعات (زمینه های خالی از نص) را در صلاحیت «فقیه جامع شرایط» می دانند؛ چنان که در ادله حجیت فتوا و صدور حکم نیز گفته شده است که فتوا دادن و بیان حکم شرعی، تنها در صلاحیت فقیه جامع شرایط می باشد، چه برای فقیه در عصر غیبت، ولایت عامّه قائل باشیم یا نباشیم، و چنان که از ظاهر ادله به دست می آید، حتی اگر برای فقیه، ولایت عامه قائل نباشیم و نظریه ولایت امت بر خودشان را بپذیریم، باز هم مرجع قانونگذاری اجتهادی، در محدوده موضوعات جدید و خالی از نص، فقها هستند. هم اینک جای آن است که پرسیده شود، آیا قدرت و صلاحیت فقیه برای قانونگذاری در قلمرو آزادی نظر قانونی، آن قدر وسیع و مطلق است که حتی شامل موضوعات خارجی نیز می شود؟ مانند:

- تحریم مباحات؛ چنان که میرزای شیرازی، استعمال توتون و تنباکو را تحریم نمود.

^۱ - مطهری، مرتضی - اسلام مقتضیات زمان - انتشارات صدرا چاپ نهم تابستان ۱۳۷۳ جلد اول - ص ۲۶-۸۲

- تحریم برقراری رابطه با برخی دولتها؛ از قبیل اسرائیل.

- محدود کردن آزادیهای عمومی؛ همانند امر و نهی‌های اداری درباره مسائلی چون شهرسازی، راهنمایی و رانندگی، کشاورزی، تجارت (آزادی صادرات و واردات)، تولید نسل و افزایش جمعیت، مصرف آب و انرژی و امثال آن.

- اختیار انسان در تصرف جسم و جان خود؛ مانند عملیات شهادت طلبانه (عملیات انتحاری استشهادی)، بخشش و فروش اجزای بدن به افراد بیمار و نیازمند.

یا آن که قدرت فقیه محدود به قانونگذاری در خصوص برخی امور مربوط به موضوعات خارجی؛ مانند تحریم تنباکو، مصرف آب‌وهوا انرژی می‌باشد، ولی صلاحیت قانونگذاری در قضایای سازمانی و اداری و ارتباطات بین‌المللی، به کارشناسان و متخصصان مربوط واگذار می‌شود؟ بنابر نظریه‌ای که برای فقیه، در عصر غیبت، ولایت عامه قائل است، فقیه در تمامی زمینه‌های خالی از نص، از قدرت قانونگذاری اجتهادی بهره می‌گیرد. البته این نظریه جای بررسی و دقت نظر بیشتری دارد؛ زیرا دلیل کسانی که برای فقیه ولایت عامه قائلند، ادله حجیت فتوا و قضاوت است (که تنها برای فقاهاست کافی است)، در حالی که قدرت فقیه بر قانونگذاری اجتهادی، از آن جهت است که او ولایت و حکومت دارد و فقیه محض نیست. مگر آن که گفته شود: ولایت و حکومت فقیه، به اعتبار فقیه بودن وی است و چنانچه فقیه نبود، ولایت و حکومت نمی‌یافت. بنابراین، «ولایت» فقیه بر قانونگذاری به این اعتبار می‌باشد که او فقیه بوده و سپس ولایت یافته است.

نوع حکم صادر شده از اجتهاد آزادی نظر

برخی از محققان، برای حکم و قانون به دست آمده از اجتهاد آزادی نظر در زمینه‌های خالی از نص، اصطلاح «حکم حکومتی» را به کار برده‌اند؛ زیرا صدور این احکام از جانب معصوم - پیغمبر و امام -، یا فقیه در عصر غیبت به این اعتبار است که آنان متولیان امور حکومت و شریعت هستند، نه به اعتبار پیامبر و امام بودن و نه به اعتبار فقاها که فتوا و حکم حجت است. اما تفاوت اعتبار حکم ولایتی صادر شده از معصوم با فقیه در این است که احکام حکومتی صادره از پیامبر و امام معصوم، حکم واقعی شرعی است، ولی حکم استنباطی فقیه و فتواها و قضاوتهای وی، حکم ظاهری شرعی به شمار می‌آید.

فقا و مجلس شورا، قانونگذارند یا کوششگر کشف قانون؟

چنانچه بحث را از دیدگاه «مصوبه» دنبال کنیم، در این جا دو حالت پیش می‌آید: یا قائل به ولایت عامه برای فقیه هستیم، یا این که می‌گوییم امت اسلامی، خود مسؤولیت امور را بر عهده دارد. در صورت اول که قائل به ولایت عامه برای فقیه باشیم، شایسته است وی را قانونگذار بدانیم، نه کاشف حکم شرعی؛ زیرا بنابر نظریه مصوبه، هر نظری که از ظن مجتهد به دست آید، همان، حکم شرعی است. البته در مواردی که نص صریح ندارد، مسأله آسانتر است؛ زیرا فقیه ظن خود را بر فرض استوار می‌کند. در این جا هیچ اشکالی حتی بنابر تقریرهای مصوبه‌های معتزلی وجود ندارد، تا چه رسد به مصوبه‌های اشعری که بکلی ظن مجتهد را حکم شرع می‌دانند. در صورت دوم که ولایت مردم بر خودشان را قائل باشیم، باز هم حکم فقیه حکم شرعی و فقیه، قانونگذار است، نه کاشف قانون، زیرا هر گاه مجلس شورا درباره چیزی یا رابطه‌ای یا انجام و ترک امری، حکمی تکلیفی یا اداری به تصویب برساند، این حکم بنابر اجماعی که نزد همه مذاهب اسلامی پذیرفته شده، حکم شرعی است. این نظر، کاملاً با نظریه مصوبه متناسب است؛ زیرا اجماع نزد آنان دلیل و منبع مستقلاً برای استنباط احکام شرعی است که در موازات کتاب و سنت قرار دارد. بنابر نظریه مصوبه، چه برای فقیه ولایت عامه قائل باشیم، یا ولایت امت با خودش باشد، حکمی که فقیه صادر می‌کند یا امت (نمایندگان امت در مجلس شورای قانونگذاری) (به تصویب می‌رسانند، حکم شرعی الهی است و در این جا (زمینه‌ها و موضوعات خالی از نص) فقیه و امت، حکم خدا را وضع و تشریع می‌کنند، نه این که حکم خدا را کشف کنند. اما اگر این موضوع را از دیدگاه «مخطئه» بررسی کنیم، باز هم مسأله دو صورت دارد:

صورت اول: اگر گفتیم آنچه به عنوان ناحیه خالی از نص و قانون، نامیده شده، داخل در این قضیه کلی است که: «خداوند برای هر چیزی از فعل، ترک و روابط مختلف، حکم شرعی ثابتی دارد که از مصلحت و مفسده موجود در آن موضوع ناشی می‌شود و در تقید این حکم نیز هیچ فرقی بین عالم و جاهل وجود ندارد.» و اگر این قضیه کلی را بپذیریم، در واقع امر، «ناحیه خالی از نص» به معنای عدم حکم، وجود ندارد؛ بلکه تمام روابط و بایدها و نبایدها در این نواحی، زمینه‌های قانونگذاری ثابت الهی محسوب می‌شوند. نهایت امر این که، این موارد از اموری هستند که در چارچوب عمومات و اطلاعاتی که برای بیان احکام و عناوین خود وارد شده‌اند، مشمول هیچ‌گونه دلیل و نص خاص یا عام و اطلاقی نمی‌شوند، ولی زمینه برای اجتهاد و عمل مجتهد، با استناد به «ادله برتر قانونگذاری» در تحقیق از حکم واقعی الهی همچنان باقی و باز است و مجتهد (فقیه) به مقتضای ادله‌ای که فتوای مجتهد را حجت و حکم قاضی را نافذ می‌داند، به وظیفه خود در استنباط احکام عمل می‌کند. چنانچه - بنابر دلایلی که ارائه می‌کنیم - بپذیریم که صلاحیت و قدرت قانونگذاری اجتهادی، برای فقیه محفوظ است، این صلاحیت دلیل حجت فتوای مجتهد و وجوب پیروی از حکم شرع است، ولی بحث از حکم شرعی و استنباط آن، بستگی به این ندارد که مجتهد، حتماً باید «ولی امر یا حاکم سیاسی» باشد، بلکه این صلاحیت برای فقیه، تنها به عنوان فقیه نیز ثابت می‌باشد؛ چنان که در سایر موارد استنباط، شأن فقیه اقتضا می‌کند که صلاحیت قانونگذاری (صدور حکم شرعی) را داشته باشد.

صورت دوم: چنانچه بگوییم برای هیچ یک از بایدها و نبایدهای شرعی و روابط اجتماعی، که در زمینه‌های آزادی نظر قانونی قرار می‌گیرند، در علم خدا و عالم واقع، حکمی قرار داده نشده است و آن قاعده کلی (خداوند برای هر یک از بایدها و نبایدهای شرعی و روابط مختلف، حکم شرعی ثابتی دارد که از مصلحت و مفسده موجود در آن موضوع ناشی می‌شود و...) شامل اینها نمی‌شود، در این صورت باید این قاعده کلی را در همه موارد لغو شده بدانیم و حتی اگر آن قدر این قاعده را پایین بیاوریم که بگوییم، فقط شامل مسائل و پدیده‌های معمولی و قابل پیش‌بینی می‌شود، باز هم کافی نخواهد بود؛ زیرا اولاً، محدودیت قضیه تا این اندازه موجب می‌شود که آن قضیه‌ای جزئی باشد، نه کلی؛ چون هر یک از موضوعاتی که تحت آزادی نظر قانونی می‌گنجد، به محض این که در خارج واقع شدند و مکلف به آنها دچار گردید، به حقایق موجودی تبدیل می‌شوند که فرد مسلمان باید بناچار قانونی وضع کند که مطابق آن قانون با آن موارد رفتار نماید؛ زیرا فرض بر این است که حکم الهی در این گونه موارد وجود ندارد.

ثانیاً، لازم می‌شود، احکامی که برای این مسائل و پدیده‌های معمولی و قابل پیش‌بینی، تشریع می‌شود، خودبخود تابع مصالح و مفاسد نباشد؛ زیرا از طرفی هم تشریع الهی این گونه مسائل را تابع مصالح و مفاسد نمی‌داند و هم نظر مجتهد به مصالح و مفاسد واقعی احاطه ندارد، چون مجتهد، شناختی نسبت به حقایق اشیا و ملاکهای واقعی احکام ندارد و از طرف دیگر زیرنا و اساس این کلام بر تخطئه است؛ یعنی ممکن است مجتهد در اجتهاد خود خطا کند.

دلیل صلاحیت قانونگذاری اجتهادی فقیه

بعضی از فقها برای اثبات صلاحیت فقیه برای قانونگذاری در موارد خالی از نص، به هنگام نیاز، دلیل شرعی و اعتقادی اقامه کرده‌اند و از جمله به آیه شریفه زیر تمسک جسته‌اند: یا ایها الذین امنوا اطیعوا الله واطیعوا الرسول واولی الامر منکم» نساء/۵۹

همچنین گفته‌اند: اگر این مبنا را بپذیریم که فقیه، ولایت عامه بر امت و اجتماع دارد، اطاعت فقیه از آن جا که ولی امر است، واجب می‌باشد؛ پس چنانچه حکمی یا قانونی در موضوعات خالی از نص، بیان کرد، مثلاً فتوایی داد یا حکمی صادر کرد که به موجب آن، امر مباحی را واجب یا حرام دانست، اطاعتش در آن فتوا و حکم، واجب است. این استدلال به دو جهت برای اثبات صلاحیت قانونگذاری فقیه در امور مذکور، کافی نیست: اول این که باید ثابت شود که مراد از «اولی الامر» در آیه، فقیه است. دوم، ثابت شود که فقیه ولایت عامه دارد. چنانچه این دو استدلال پذیرفته شده باشند - گرچه از نظر ما صحت هر دو استدلال مورد تردید و نادرست است - باز هم از آیه شریفه، صلاحیت قانونگذاری برای فقیه ثابت نمی‌شود. بلکه دلالت بر وجوب اطاعت او دارد. در وجوب اطاعت از فقیه نیز فرقی ندارد که همان فقیه حاکم درباره موضوعی از موضوعات خالی از نص، فتوایی بدهد یا فقیه غیرحاکم؛ چنان که در موضوعی، فقیه حاکم خودش فتوایی نداد، ولی

سایر فقها فتوا دادند و او دستور عمل به فتوای فقها داد، اطاعتش واجب است. البته به این اعتبار که او نیز یک فقیه است که کارش استنباط احکام شرع می‌باشد و در این جا امر او به پیروی از فتوای فقها به عنوان ارجاع مقلدان به فقهای دیگر است، نه به عنوان حاکم سیاسی. تا این جا به درستی دریافتیم که صلاحیت قانونگذاری برای فقیه به سبب فقاهاست، نه از آن جهت که او ولی‌امراست. همچنین دانسته شد که فتوا و حکم درباره موضوعات خالی از نص، تأسیس و تشریع حکم و قانون نیست، بلکه نتیجه استنباط و اکتشاف حکمی است که در عالم واقع، جعل شده بود؛ چنان که در سایر زمینه‌ها با استفاده از ادله شرعی، حکمی استنباط شده و براساس آن فتوا داده می‌شود. البته این مسأله نیازمند تحقیق بیشتری است.^۱

^۱ - شمس الدین، محمد مهدی و شمسایی، محمد حسین - مجله اندیشه حوزه - بهمن و اسفند ۱۳۷۸ - شماره ۲۰ - ص ۱۰۸-۱۳۶

نتیجه گیری:

درباره موضوعاتی که از سوی شرع، الزامی درباره آنها نرسیده (مباحات عامه مانند مباحات، مکروهات و مستحبات)، بعضی از فقها گفته‌اند: اینها جزء نواحی خالی از نص به شمار می‌روند. چنانچه شرایطی برای جامعه، گروه و یا فردی ایجاد شد که نیاز به تحریم یا وجوب آن مباحات باشد، قدرت قانونگذاری اجتهادی می‌تواند از انجام دادن آن امر مباح جلوگیری کند یا حکم وجوبی انجام آن را صادر کند. در این صورت، یک امر مباح، ممکن است حرام یا واجب گردد. در این جا وجوب و حرمت از صلاحدید قدرت قانونگذاری اجتهادی ناشی می‌شود، نه این که از دلیل شرعی خاص یا عام پیدا شده باشد. به همین اعتبار ممکن است از این موارد به «نواحی خالی از نص یا منطقه فراغ» تعبیر شود و گر نه، مباح چه به معنای خاص و چه به معنای عام، محکوم به همان حکم شرعی (اباحه، کراهت یا استحباب) است و چنان نیست که اصلاً حکمی نداشته باشد یا حکمش نامعلوم باشد. فرق این قسم از موضوعات با قسم سابق این است که حکم ثانوی موضوعاتی که الزام شرعی دارند نیز از طرف شارع دلیل و نص دارد؛ مانند قاعده لاضرر، قاعده اضطرار یا قاعده عسر و حرج. اما حکم ثانوی مباحات، دلیل شرعی ندارد و قدرتی هم که این مباح را حرام یا واجب می‌کند، قدرت قانونگذاری اجتهادی است. اما چنین گمان نشود که قدرت قانونگذاری اجتهادی، بدون مرجع و منبع شرعی و از پیش خود قانون وضع می‌کند، بلکه بزودی خواهیم گفت که مرجع قدرت قانونگذاری اجتهادی، عمومات و اطلاقات برتر قانونگذاری و بعضی اصول پایتینتر است، که مناسب هر یک از زمینه‌های خالی از نص می‌باشند.

منابع:

۱. استر آبادی، محمد-سید نورالدین عاملی موسوی، الفوائد المدینه -ناشر دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین قم نوبت چاپ دوم-مصحح:اله رحمتی اراکی-قم (جامع فقه اهل بیت)
۲. اصول کافی کلینی -جلد ۱ - ص ۲۶۷-باب التفویض
۳. انوار الفقاهه -مکارم شیرازی ج ۱ ص ۵۵۳ نشر مدرسه امیرالمومنین(ع) اصفهان
۴. بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان ج ۱ ص ۱۰-چاپ اول، قم، موسسه نشر علامه وحید بهبهانی-تاریخ نشر ۱۴۱۷ ه ق
۵. حائری، سید کاظم، مرجعیت رهبری، نشر دارالتفسیر، تاریخ نشر ۱۴۲۵ ه ق- ص ۱۲۳-چاپ سوم، قم
۶. حلی، علامه حسن ابن یوسف -قواعد الاحکام - ج ۱ ص ۱۰۴ -دفتر نشر اسلامی-حوزه علمیه قم تاریخ نشر ۱۴۰۶ ه ق-نوبت اول
۷. حلی، محقق - شرایع السلام -به کوشش محمد تقی دانش پژوه- /ج ۱ ص ۲۱ انتشارات تهران-چاپ ششم-اسفند ۱۳۷۴
۸. خراسانی، محمد کاظم بن حسین - کفایه الاصول / انتشارات موسسه آل البيت (ع) تاریخ نشر ۱۴۰۹ ه ق -چاپ اول قم
۹. خمینی، سید روح الله الموسوی - تهذیب الاصول - ج ۲ ص ۱۸۵ نشر دارالفکر - چاپ اول - قم -تاریخ نشر، ۱۳۸۲ ه ق
۱۰. خوبی، سید ابوالقاسم موسوی، تنقیه فی شرح عروه الوثقی، قم ۱۴۱۸ ه ق -نشر، موسسه آل البيت ع
۱۱. صدر، محمد باقر اقتصادنا انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان ۱۴۱۷ ه ق چاپ اول محقق ومصحح، علی اکبر ناجی
،، سید محمد حسینی صص ۳۱۵-۳۱۶
۱۲. صلواتی، محمد، مبانی فقهی حکومت اسلامی/ترجمه ابوالفضل شکوری ج ۳ نشر موسسه کیهان چاپ اول قم -ایران ص-۱۴۱-۱۴۰
۱۳. طرابلسی، قاضی عبد العزیز -نشر اسلامی حوزه علمیه قم - چاپ اول-المهذب ج ۱ ص ۳۴۱ مدرسه نشر اسلامی
۱۴. طوسی، ابو جعفر، محمد ابن حسن -الجمال والعقود فی العبادات -نشر دانشگاه فردوسی مشهد -چاپ اول -مشهد -جلد ۷ ص ۲۳۱
۱۵. طوسی، الوجعفر محمد ابن حسن - النهایه فی مجرد الفقه و الفتوی ج ۱ ص ۲۹۸-نشر دارالکتاب العربی -تاریخ نشر ۱۴۰۰ ه ق - نوبت دوم -بیروت
۱۶. عاملی، حر -محمد بن حسن- وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه -نشر موسسه آل البيت ج ۱۷ باب هفتم حدیث دوم - ص ۸
۱۷. عاملی، علی ابن حسین، محقق ثانی-نشر موسسه آل البيت - جامع المقاصد ج ۲ ص ۹۶-چاپ دوم قم

۱۸. مطهری، مرتضی - اسلام مقتضیات زمان - انتشارات صدرا چاپ نهم تابستان ۱۳۷۳ جلد اول - ص ۲۶-۸۲
۱۹. معالم الحکومه - ایت اله سبحانی ص ۳۰۱ نشر مکتب امیر المومنین (ع) اصفهان
۲۰. مکارم شیرازی، ناصر، دایره المعارف فقه مقارن - انتشارات مدرسه علی ابن ابیطالب (ع) - مصحح و محقق: محققان حوزه (جامع فقه اهل بیت) ص ۲۲۲
۲۱. موسوی، سید محمد مهدی، حاکمیه فی الاسلام ص ۶۳ - نشر مجمع اندیشه اسلامی، تاریخ نشر - ۱۴۲۵ ه ق - چاپ اول، قم
۲۲. نائینی غروری، میرزا محمد حسین، تنبیه الامه و تنزیه المله = ص ۱۳۰-۱۳۵ زبان فارسی/تاریخ نشر ۱۴۲۴ ه ق نوبت چاپ اول/مصحح: سید جواد ورعی انتشارات دفتر تبلیغات قم
۲۳. نجفی، محمد حسن - جواهر الکلام ج ۱۶ ص ۳۵۹ نشر دار الحیاء - چاپ هفتم - بیروت محقق، علی اخوندی
۲۴. هاشمی شاهرودی، سید محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۲، ص: ۳۹۳ نشر فقه اسلامی نوبت اول ۱۴۲۶ ه ق - قم
فهرست مقالات
۲۵. اسماعیلی، محسن راهی برای پاسخ گویی به نیاز های متغیر، شماره ۳۵ - پاییز ۱۳۸۲ صص ۱۶۵-۱۶۹
۲۶. رحمانی، محمد - نشریه فلسفه، کلام و عرفان زمستان ۱۳۷۴ شماره ۵
۲۷. شمس الدین، محمد مهدی - اجتهاد و آزادی نظر قانونی - مجله اندیشه حوزه - بهمن و اسفند ۷۸ - شماره ۲۰ - ص ۱۰۸-۱۳۶
۲۸. طباطبایی، محمد حسین، ثوابت و متغیرات، مجله کیهان اندیشه فروردین ۱۳۷۶ شماره ۷۱ صص ۳۲-۳۳
۲۹. فریبا، علی، ثوابت و متغیرات در احکام، مجله ندای صادق شماره ۲۸، زمستان ۱۳۸۱ ص ۱۱۶
۳۰. مزبانی، محمد صادق، مجله حوزه علمیه، مرداد و شهریور ۱۳۷۷ شماره ۸۷ شیوه پر سازی خلا های قانونی
۳۱. میرمغزی، سید حسین، مدیریت و دگرگونی های اجتماعی مجله اقتصاد اسلامی شماره ۸-۸۹/۱/۲۹ -
۳۲. هاشمی، سید محمود، فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۳، ص: ۳۳ - نشر موسسه دایره المعارف فقه اسلامی - چاپ اول قم - ایران
۳۳. تیر افکن، حسین. منطقه الفراغ در اسلام. سمینار کارشناسی ارشد. دانشگاه پیام نور مرکز مشهد. ۱۳۹۱