

رابطه شریعت، فقه و قانون در افغانستان*

دکتر محمدتقی مناقبی

چکیده

شریعت اسلامی و فقه از مؤثرترین عوامل در نظم زندگی فردی و اجتماعی مردم افغانستان می‌باشند. مطابق ماده سوم قانون اساسی، هیچ قانونی در کشور نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام اسلام باشد. شریعت و فقه در جامعه از احترام، قدمت و قداست خاص برخوردارند؛ اما تقنین در افغانستان پدیده جدیدی است که با اصطلاحات سکولار «امانی» در اوایل قرن بیستم آغاز و از همان ابتدا، در تقابل با شرع و فقه تلقی شد. قانون‌گذاران اولیه افغانستان برای دوری از این اتهام، حتی به جای واژه «قانون»، از کلماتی چون «نظامنامه» یا «اصولنامه» استفاده می‌نمودند. نگاه قدسی و «همه‌فن‌حریف»، به مفهوم تفکیک‌نشده و رازآلودی از شریعت و فقه، در مواردی موجب شده است که انتظار از فقه از موضوع آن فراتر رود و در تطبیق آن گاه منکری به جای معروف به مرحله اجرا درآید. قانون از همان آغاز رقیبی نامقدس و پلان‌شده برای از

* این نوشته، متن بازنویسی‌شده سخنرانی دکتر محمدتقی مناقبی، استاد دانشگاه و رئیس مؤسسه مطالعات انکشاف پایدار، در «گفتمان بین‌المللی نظام عدلی قضایی و آکادمیک افغانستان» است. گفتمان، در روزهای ۲۱ و ۲۲ عقرب ۱۳۹۶ برابر با ۱۲ و ۱۳ نوامبر ۲۰۱۷ از سوی شورای فرهنگی دانشگاه کابل و بنیاد بین‌المللی آسیا (The Asia Foundation) با همکاری ارگان‌های عدلی-قضایی، دانشکده‌های شریعت و حقوق و علوم سیاسی دانشگاه کابل و اشراف مستقیم ریاست دانشگاه کابل برگزار شد. در این گفتمان، برای اولین بار بیش از سه صد و پنجاه تن از اساتید و رؤسای دانشکده‌های حقوق و شریعت و انبوهی از دانشجویان دو مرکز علمی یادشده زیر یک سقف گرد آمده و برای چالش‌های مشترک، راه‌حلهایی را جست‌وجو می‌کردند. حضور و سخنرانی وزیر تحصیلات عالی و شماری از وزرا و مقامات عالی‌رتبه دولتی نیز نشانگر اهمیت این گفتمان و همگرایی و کاربردی‌شدن این دو رشته از اهداف این گفتمان بود.

صحنه خارج کردن فقه و شریعت به نظر رسید و این نگاه هنوز به صورت کزدار و مریز با تمام پیامدهای خود ادامه دارد.

این نوشته با استفاده از روش تحقیق کیفی، توصیفی-تحلیلی و استفاده از متون معتبر، در صدد تبیین مفهومی این سه عنصر و یافتن رابطه تعاملی یا تقابلی میان آنها است و می‌خواهد به این سؤال پاسخ دهد که به راستی آیا دانش فقه مقدس است؟ یا هر قانونی در تضاد با مقدسات و شریعت قرار دارد یا چنین بدبینی صرف توهمی است که آسیب‌های بسیاری به پیکره جامعه وارد می‌نماید؟ یافته این تحقیق نشان می‌دهد که دریافت تقابلی بالا از این سه مفهوم مقرون به واقعیت نیست؛ بلکه این سه مفهوم می‌توانند در راستای هدف واحد قرار گیرند.

کلیدواژگان: شریعت، فقه، قانون، عدالت، مصلحت، حق.

مقدمه

عدالت، بنیان اصلی شریعت اسلام است^۱ که تنها از راه تبیین مفهوم «حق» قابل تفسیر و اجرا می‌باشد. حق در شریعت مصدر و پایه اصلی همه احکام و مقررات و به نوعی بیانگر ماهیت احکام می‌باشد که در دو بُعد حق‌الله و حق‌العبد تبارز می‌یابد. حق بر محور متغیری دیگری به نام «مصلحت» می‌چرخد؛ زیرا مصلحت همان حفاظت از هدف و مقاصد شریعت است (غزالی، بی تا، ج ۱ و ۲: ۳۲۸). در درون مصلحت ارزش و کرامت انسانی قرار دارد که برای فرد و جامعه جایگاه حقوقی خاصی قایل است. مصلحت خون جاری در شریان‌های حق است که بدون آن عملاً حق ارزش خود را از دست می‌دهد. حق بدون مصلحت حتی ممکن است به ضد خود یعنی مفسده تبدیل شود؛ البته منظور از مصلحت، در این جا به مفهوم منفعت‌گرایی یا «معیشت‌اندیشی» عرفی برخلاف اصول و مقاصد شریعت نیست (علی دوست، ۱۳۹۶، ج ۴: ۳۲)؛ بلکه هدف یافتن مصلحتی است که در ورای احکام نهفته است. تقابل حق فردی در مقابل حق اجتماع، بحث اهم و مهم، احکام اولی و ثانوی همه و همه در بستر مصلحت و با نظارت و تشخیص «اجتهاد» معنا می‌یابد (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۱۵۴-۱۵۶).

۱. تبیین مسئله

بسیاری از افراد در جوامع اسلامی، به خصوص در کشورهایی مانند افغانستان، به صورت روزمره با مفاهیمی چون «شریعت»، «شرعی»، «غیر شرعی»، «فقهی»، «نامشروع»، «قانونی»، «غیر قانونی»، «اعمال

۱. لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ (حدید/ ۲۵).

قانون» و «نقض قانون» مواجه هستند. این واژه‌ها در زندگی فردی و اجتماعی افراد تأثیر مستقیم دارند. استعمال این واژه‌ها به جای یکدیگر، خلط مفاهیم و کاربرد نابه‌جای آن‌ها در بسیاری موارد از جمله عوامل آسیب‌زا به جامعه و افراد می‌باشد.

مفاهیمی چون شریعت و فقه همواره در هاله‌ای از ابهام مقدس قرار داشته‌اند. ابهام از آن رو که جز محافل اندک، اکثریت جامعه فاقد درک و دریافت درست از آن‌ها بوده‌اند. تنها به این بسنده می‌شود که شریعت اسلام مقدس و جامع است؛ اما این که چگونه؟ و به چه صورت باید از آن استفاده شود؟ کم‌تر سخنی ارزشمندی در این مورد وجود دارد. مقدس از آن رو که همیشه افرادی این مفاهیم رازآلود را با چشمان بسته تقدیس نموده و حتی بر دامنه و حواشی آن افزوده و سپس تا پای جان دفاع کرده‌اند، بدون این که از ماهیت، مقاصد و اهداف آن اطلاع لازم را داشته باشند. آسیبی که از این ناحیه به دانش فقه و فهم شریعت وارد شده، آن است که شریعت را مهجور و منزوی ساخته است و در حوزه فقه، بسیاری از دیدگاه‌های جدید و نوگرایانه را برنناخته و با ایجاد فضای ارباب و تکفیر، زمینه‌های پویایی را از دانش فقه سلب و آن را در محاق رکود فرو برده است. از جمله این آسیب‌ها، فاصله گرفتن روزافزون شریعت، فقه و قانون از همدیگر و گسترش دامنه تقدس از شریعت به حوزه فقه و فقیهان است؛ در حالی که جدایی این سه، باعث چندگانگی و بی‌نظمی در جامعه اسلامی می‌گردد و مقدس دانستن، فقه را که امر پویا است، متوقف و دچار تناقض می‌سازد.^۱

جامعه افغانستان، بحران زده، قانون شکن، آلوده به فساد، فاقد دستگاه‌های قدرتمند عدلی - قضایی و نظارتی، فاقد مراکز آموزشی قدرتمند تولیدکننده دانش فقه و حقوق می‌باشد. این در حالی است که در آن، قرائت خاصی از سه مفهوم شریعت، فقه و قانون به عنوان معیار وجود ندارد؛ از این رو، از هر مدرسه و دانشکده صدایی برمی‌خیزد و هرکس تفسیر و دریافت خود را عین شریعت و دریافت‌های دیگران، به خصوص رقیبان خویش، را باطل و فاسد برمی‌شمارد. شاید آسیبی که کشور در این سالیان از این تفسیرهای متصلب و ناروا از شریعت دیده، کم‌تر از تجاوزات بیگانگان نبوده است. حال، ترمیم آسیب‌ها و یافتن راه‌حل‌ها نیاز به نیروی قدرتمند فکری و اجرایی دارد. تأمین این مهم به تنهایی از عهده هیچ‌یک از دو مرکز آکادمیک علمی شریعت و حقوق برآورده نیست. تنها زمانی می‌توان بر مشکلات فائق آمد که دو بال علمی - فقهی - حقوقی کشور باهم فعالیت کنند و بر محوریت مشترک حرکت نمایند و این زمانی میسر است که در میان این دو نهاد وحدت کلمه و باورمندی به اهداف مشترک به وجود بیاید. رسیدن به هدف بالا زمانی امکان‌پذیر است که معرفت درست از این مفاهیم

۱. نمونه‌های بارز از آن را در بی‌باوری به قانون، تفاسیر متصلب و غیر قابل انعطاف از آرای فقهی، اصرار بر اجرای احکامی چون رجم و غیره از سوی متشرعان عمدتاً نادان می‌توان مشاهده نمود.

سه گانه وجود داشته باشد.

اگر به صورت واضح تر بیان شود، ما در کشور خود هم صدایی در حوزه فقه و قانون نداریم؛ از یک سو ندا داده می شود: «و من لم یحکم بما انزل الله، اولئك هم الکافرون»؛ و کسی که به آنچه خداوند متعال نازل فرموده حکم ننماید، او از کافران است (مائده/ ۴۴) یا «إن الحکم إلا لله»؛ همانا حکم از آن خداوند است (انعام/ ۵۷)؛ به این هدف که قانون فقط قانون آسمانی باید باشد و فراتر از آن مساوی با کفر و الحاد خواهد بود. نتیجه آن بدبینی به قوانین وضعی مصوب در شورای ملی می شود که توسط رئیس جمهور توشیح و منتشر می شود. اگر گفته شود که شریعت فقط متصدی بیان قواعد و اصول کلی است نه بیان جزئیات و مکانیزم های اجرایی، یا قوانین ما مبتنی بر فقه است و یا نمی توان تمامی موضوعات جدید و مستحدث را در شریعت و فقه یافت و تمامی مشکلات را مطابق آن حل کرد، فوری گفته می شود که «لا رطب و لا یابس الا فی کتاب مبین»؛ هیچ تر و خشکی نیست جز این که در کتاب مبین - قرآن - حکم آن بیان شده است (انعام/ ۵۹) و تقنین وضعی چیزی در تقابل با شریعت و به مثابه ذهن کجی به قرآن تلقی می شود. چنین است که بی باوری به قانون و حکومت به وجود می آید و نه تنها منجر به بی نظمی بلکه سبب گسترش آسیب ها می شود؛ چنان که شماری از افراد در شرایط کنونی دنبال ایجاد جزایر قدرت دینی تحت عنوان امر بالمعروف و نهی عن المنکر در قلمرو کوچک زیست بوم خود هستند.

از جانب مقابل، این تلقی وجود دارد که آموزه های فقهی روزآمد نیست؛ فقه، رشته کاملاً تئوریک با نگاه به گذشته و به دور از نیازهای روز و مقتضیات دنیای مدرن است، به ظرافت های حقوقی توجه ندارد، تغییرات و تحولات زمانی و مکانی را بر نمی تابد و قادر نیست تا خود را با شرایط و وضعیت جدید وفق دهد. در نتیجه نمی تواند نیازها را مرتفع و انتظارات لازم را برآورده سازد. محصول این تصور، انزوای بیش تر محصلان شرعیات و ظهور این ایده است که ایشان باید بیش تر به فکر رفتن به مساجد و خطابه باشند تا حوزه تقنین و حل مشکلات بزرگ حقوقی جامعه.

بنیاد اندیشه
تاسیس ۱۳۹۴

۲. هدف و روش

هدف از این نوشته، کوشش در راستای یافتن پاسخ به معضل یادشده فوق است؛ زیرا در نتیجه وضعیت و اگر ایانه یادشده، این سؤال پیش می آید که پس چه باید کرد؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می رسد که نمی توان با مصلحت گرایی صوری و فرمالیته مسئله را حل کرد؛ بلکه نیاز به مطالعه و شناخت مشکلات برای یافتن علت ها دارد تا همگرایی شریعت، فقه و قانون بر مبنای معرفت صحیح به وجود بیاید و همگان درک کنند که بدون تکیه بر توانایی های مشترک، همه متضرر می شوند و

دودش به چشم عدالت، حق و در کل تمامی جامعه افغانستان می‌رود و در این میان، عامل تمامی آن نابسامانی‌ها متشرعین و حقوق‌دانان دست‌اندرکار خواهند بود.

به نظر می‌رسد یکی از عوامل اصلی در این واگرایی‌ها عدم تفکیک رابطه میان شریعت، فقه و قانون است. اختلاط در مفهوم شریعت و فقه موجب شده است که حداقل مفهوم شریعت و فقه با هم واحد شمرده شوند و فقه که محصول یافته‌های خرد بشری از منابع شرعی است، به‌عنوان اصول لایتغیر و احکام‌الله و قانون نقطه مقابل آن معرفی شود که به هدف نابودی فقه و شریعت قد برافراشته است؛ گویا قوانین، احکام غیر ما انزل الله را ترویج و اباحی‌گری را رنگ قانونی می‌بخشد. پس قانون در مقابل فقه و شریعت و دین‌داری است. پس محترم نیست و کسی هم که آن را آموزش می‌دهد و آموزش می‌بیند، عملاً در راستای ترویج اندیشه‌های غیر دینی و مخالف با فرهنگ و هویت جامعه افغانی قرار دارد. این صدایی است که بسیاری از خوانندگان این نوشته، در این زمان بارها شنیده‌اند.

جامعه بدون نظم و قانون اداره نمی‌شود. مردم افغانستان مسلمان هستند و قانون حاکم بر ایشان باید برخاسته از ارزش‌های دینی باشد. حال با وجود چالش‌ها و مشکلات بالا چگونه می‌توان هم عدالت و حق را بر مبنای مصالح تأمین کرد و هم مطابق با ما انزل الله حکم نمود؛ بدین معنا که هم جامعه مدرن، قانونمند و مبتنی بر عدالت و مصلحت داشت و هم دین‌دار و تابع شرع مبین بود؟ روش تحقیق در این نوشته، توصیفی - تحلیلی و مبتنی بر دریافت‌ها از منابع شرعی - فقهی و حقوقی با استفاده از شیوه کیفی است.

بنیاد اندیشه

تأسیس ۱۳۹۴

۳. یافته‌ها

یافته‌های این قلم حاکی از آن است که شریعت، مجموعه‌ای از اصول ثابت در جهان‌بینی اسلامی است که برای تبیین زیست انسانی در این جهان و جهان دیگر توسط وحی بیان شده است و کسی را حق دخل و تصرفی در آن‌ها نیست.

فقه، عبارت از دریافت‌ها و فهم افراد از مصادر شریعت است. درک و دریافت فقیهان از مذهبی به مذهبی دیگر و از فردی به فردی دیگر و حتی در مراحل مختلف از زندگی یک فقیه ممکن است متفاوت و متغیر باشد. این تفاوت‌ها اصولاً باعث تضارب آرا، رشد و بالندگی این دانش بشری می‌شود. آرای فقهی به‌عنوان دستاوردهای انسانی، قابل احترام، غیر مقدس و اصولاً غیر قطعی است. تعدد در آرای فقهی در یک موضوع به هیچ‌وجه به مثابه مخالفت با حق و ما انزل الله نیست. نبود نگاه جامع و نظام‌مند به فقه، باعث شده است این دانش، به فهم قشری از مسائل جزئی و به‌صورت جزیره‌ای فروکاسته شود؛ در حالی که فقه معاصر از چنان ابعاد گسترده‌ای برخوردار است که به‌طور یقین درک

همه ابعاد مسائل آن از توان فقیهان مصطلح بیرون می‌باشد.

قانون مدون از دستاوردهای ارزشمند دنیای مدرن است. قانون می‌تواند به مثابه تنها مسیر درست برای اجرایی شدن آرای فقهی برگرفته شده از شریعت باشد؛ زیرا با وجود تعدد آرای فقهی و نبود قضات صاحب رأی، امکان اجرای مستقیم احکام فقهی در جوامع اسلامی وجود ندارد. فرجام سخن این‌که این سه مفهوم در جوامع اسلامی می‌توانند در طول همدیگر و در تعامل نگریده شوند و نه در تقابل.

۴. شریعت

۴-۱. چیستی شریعت

شریعت، واژه عربی، در لغت به معنای راه و روش آشکار به طور مطلق است. در فرهنگ عرب بادیه‌نشین، مسیری برای دست‌یابی به آب را شریعت گویند (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق، ج ۸: ۱۷۵). در اصطلاح، شریعت اسلام، مجموعه قواعد، روش و قانون زندگی است که از سوی خداوند متعال برای هدایت انسان‌ها توسط حضرت محمد (ص) فرستاده شده است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۹ ق: ۱۲-۱۳). به آیین‌های وحیانی انبیای سلف نیز شریعت اطلاق می‌شود.^۱ شریعت اسلامی شامل سه حوزه مهم زندگی مسلمانان می‌شود: حوزه اعتقادات مانند باور به توحید، معاد و نبوت. حوزه اخلاق و سوم حوزه احکام تکلیفی. آنچه در بحث ما مهم است، حوزه احکام شرعی است که برخی مفهوم شریعت را تنها به همان یک مورد اطلاق کرده‌اند (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۱: ۲۳۷)؛ از این رو، به قانون‌گذار واژه «شارع» اطلاق می‌شود.

۴-۲. شاخص‌ها و ویژگی‌های شریعت

در این مجال اندک، فرصتی به پرداختن به تمام ابعاد شریعت نیست؛ اما به صورت بسیار فشرده و با توجه به منابع اسلامی، شریعت دارای ویژگی‌های ذیل است:

الف. خواستگاه و منشأ شریعت وحی آسمانی و خداوند است؛ بنابراین، تنها از منابع اصلی یعنی کتاب‌الله و در مرحله تفسیر و تبیین کتاب، از سنت بهره می‌گیرد. شریعت، اصول و قواعد کلی «ما أنزل الله» است و کتاب و سنت طریقی برای بیان آن می‌باشد (شوری/۱۳).

ب. مجازات و کیفرهای نقض احکام شریعت دنیایی و اخروی می‌باشند؛ در صورتی که مجازات

۱. شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى... (شوری/۱۳).

ناشی از قوانین وضعی تنها دنیوی است (حج/ ۹).^۱

ج. اصول شریعت فراگیر و عمومی است. مخاطب شریعت همه بشریت در تمام ازمنه و امصار می‌باشد؛ چنان‌که در کتاب مبین آمده است: «و ما أرسلناک إلا کافه للناس...» (سبأ/ ۲۸) و یا «قل یا ایها الناس إنی رسول الله إلیکم جمیعاً» (اعراف/ ۱۵۸)؛ در حالی که قواعد حقوق وضعی برابر با مناسبات یک سرزمین در دوره خاص تدوین می‌شود.

د. اصول شریعت جامع و فراگیر است که شامل عقاید و اصول دین، اخلاق و احکام می‌شود. اصولی مانند توحید، نبوت و معاد و اخلاقیاتی از قبیل وفای به عهد، منع کذب و دیگر ملاحظات و ظرافت‌های رفتاری فردی و اجتماعی و نیز احکام حقوقی در تمام جنبه‌ها و عرصه‌ها.

هـ. اصول شریعت کلی و قابل تفریع است؛ بدین معنا که آنچه برای ما نازل شده، عمدتاً اصول کلی است. تفسیر، قاعده‌سازی، تبیین، تطبیق احکام بر مصادیق خارجی، بررسی تغییر موضوع و به تناسب آن تغییر حکم به عهده ما گذاشته شده و انتظار فراتر از آن از شریعت و کتاب الله نشانه درک نادرست از آن است. این امر به مثابه تقابل با آیه شریفه «لا رطب و لا یابس إلا فی کتاب مبین» (انعام/ ۵۹) نیست؛ زیرا قرآن کتاب مبین و هدایت است نه کتاب تاریخ، فقه، ساینس، اقتصاد و غیره؛ متصدی بیان کلیات و قواعد اصلی زندگی عادلانه و کریمانه انسانی است نه بیان جزئیات هر علم و سیستم‌ها و مکانیزم‌های خاص. اگر این گونه نبود، به هزاران جلد قرآن نیاز بود که باز هم ممکن نبود تمامی جزئیات دانش‌های موجود و دانش‌های آینده را پوشش بدهد. به تعبیر دیگر، شریعت قواعد کلی لازم برای حفظ کرامت انسانی و زندگی سعادت‌مند را در دو جهان برای افراد بیان می‌نماید؛ مانند ضرورت عدالت اجتماعی، پرهیز از اسراف و تبذیر، دوری از ربا و فساد، ضرورت حفظ حقوق و کرامت انسانی؛ اما وظیفه‌ای برای ایجاد سیستم مدرن اقتصادی، تدوین قوانین اساسی، قوانین تجاری، جلوگیری فیزیکی از جنگ و خشونت، ممانعت از بروز قحطی، سیل، زلزله و طوفان و غیره ندارد.

و. شریعت دارای اهداف و مقاصدی است که بزرگان مهم‌ترین آن‌ها را در پنج چیز خلاصه کرده‌اند: حفظ دین، حفظ جان، حفظ مال، حفظ عقل، حفظ نسب و نسل (الشاطبی، ۱۹۹۷ م، ج ۲: ۲۴). فلسفه فقه اسلامی برخاسته از مقاصد شریعت است؛ از این رو، کسانی چون غزالی، ابن عاشور، شاطبی، علال الفاسی، یوسف حامد العالم و دیگران حتی احکام را دارای موضوعیت مستقل نمی‌دانند؛ بلکه قایل به اصل مصلحت بر مبنای مقاصد شریعت می‌باشند (الشاطبی، ۱۹۹۷ م، ج ۴: ۱۹۵). هرگاه حکمی در فقه یافت نشود و یا از کلیات شریعت قابل درک نباشد، آنان بر این باورند که با در نظر داشت این

۱. در قرآن برای بسیاری از جرایم علاوه بر مجازات دنیوی، عقاب اخروی نیز اعلام کرده است.

اهداف و مقاصد می‌توان دست به اجتهاد یا تقنین زد که آن نیز به خاطر تأمین اهداف یادشده در حکم ما انزل الله است.

در فرجام این قسمت می‌توان گفت که آنچه در دستان ما به‌عنوان احکام عملی قرار دارد، عمدتاً آرای فقهی است و نه آنچه در اصطلاح به‌عنوان شریعت می‌شناسیم؛ زیرا احکام شریعت در تمامی ابعاد خود واحد هستند؛ در حالی که در احکام اختلاف دیدگاه‌ها بسیار است و نمی‌توان از نظر خرد انسانی، این آرای پراکنده و متعدد را حقایق مختلف شرعی در موضوع واحد تلقی کنیم؛ چنان‌که برخی از فرقه‌های اسلامی چون «مصابیه» بر این باورند.

۵. فقه

علم فقه، شامل گستره وسیع جاری در بستر تاریخ اسلام است؛ از این رو، نیاز به واکاوی بیش‌تر دارد.

۵-۱. چیستی فقه

فقه در لغت به معنای فهمیدن و آگاهی است (ابن فارس، ۱۹۷۹ م، ج ۴: ۴۴۲) و در اصطلاح، آگاهی دقیق نسبت به علم دین و احکام فرعی شریعت با استدلال می‌باشد (ابن اللحام، ۱۹۹۹ م، ج ۱: ۱۷). فقه به دو معنا به کار رفته است: یکی دانش فقه و دومی مجموعه احکام فقهی. همان‌گونه که از تعریف فقه دانسته شد، فقه کوششی برای فهم مستدل شریعت و تطبیق احکام آن بر مصادیق و موضوعات موجود در هر زمان و هر مکان است؛ بنابراین، فقه متأثر از تغییری دیگری به نام «اجتهاد» می‌باشد. اجتهاد را تعریف کرده‌اند به «استفراغ واسع الفقیه لتحصیل الحجه/الظن علی الحکم الشرعی» (الشوکانی، ۱۹۹۹ م: ۲۱۱). اجتهاد، تلاش‌های عالمانه عالمان برای فهم درست احکام شرعی است.

۵-۲. تطورات و تضارب اندیشه‌ها در فقه

از آغاز اسلام، فتاوی اندکی وجود دارد؛ اما فقه و اجتهاد مصطلح موجود نیست؛ زیرا هم جغرافیای سرزمین اسلامی محدود بود و هم مردم می‌توانستند اندک مسائل زمان خود را مستقیم از پیامبر (ص) بپرسند. عصر فقه و اجتهاد در عمل از زمان تابعان تابعان شروع می‌شود که قلمرو سرزمین‌های اسلامی گسترش می‌یابد، احکام مستحدث و مسائل جدید به‌صورت روزافزون مطرح می‌شود و نیاز به تفسیر و تبیین احکام پیدا می‌شود (شهابی، ۱۳۸۷، ج ۱: ۴۴). این‌گونه است که قواعد اجتهاد شکل می‌گیرد و دانش فقه، فقه الحدیث، قواعد فقه، اصول فقه به‌خصوص در حوزه‌های فقدان نص، اجمال نص و غیره به وجود می‌آیند (احمد امین، بی تا، ج ۲: ۱۵۹).

بنابراین، فقه، علمی است که در بستر شرایط زمان و مکان شکل گرفته و رشد کرده و همانند سایر پدیده‌های علمی برای بقای خویش منطبق با شرایط به جلو رفته است. دانش فقه، زادهٔ اختلاف دیدگاه‌ها و تضارب آرا است که از عصر مجتهدان بزرگ به بعد همیشه در حال زایش و توسعه بوده و شاخه‌ها و شعبه‌های متعددی بر تنهٔ این درخت تنومند روییده و مذاهب و مشارب مختلف پدیدار شده است (الزحیلی، ۲۰۰۶ م، ج ۱: بخش مقدمه کتاب). وسعت این تنوع و توسعه بسیار بوده و در بستر تاریخ اسلام جاری شده است. یکی از آثار زایش و تنوع، تولید فکرها و اندیشه‌های مختلف، بروز درک و فهم‌های بعضاً متضاد نسبت به شریعت و احکام آن است، چه در درون یک مشرب و مذهب فقهی و چه در مذاهب مختلف.

نگاه فقیهان بزرگ هیچ‌گاه به فقه قدسی و غیر قابل نقد و بررسی نبوده است. این قلم هیچ‌گاه دریافته است که آنان آرای مخالف خود را مستند به «إِنَّ الْحُكْمَ لِلَّهِ» یا «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ أُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ / الْفَاسِقُونَ» تکفیر و تفسیق کرده باشند؛ چیزی که بعدها در میان مریدان و سینه‌چاکان کم‌دانش ایشان رواج یافته است؛ مثلاً مشهورترین مورد اختلاف میان امام ابوحنیفه و ابویوسف شاگرد ایشان است.^۱ امام ابوحنیفه منصب قضای دربار خلافت عباسی را رد نمود؛ ولی شاگرد وی که در قامت یکی از فقیهان بزرگ ظهور نموده بود، قاضی القضاة بغداد شد. یا تفاوت دیدگاه‌های فقیه بزرگ عراق امام ابوحنیفه و یکی از بزرگان تابعین مشهور به ابن ابی‌لیلی به اندازه‌ای است که کتاب حجیم «اختلاف ابی‌حنیفه و ابن ابی‌لیلی» شکل می‌گیرد.^۲ نظیر این اختلاف درون‌مذهبی دو فقیه بزرگ در فقه تشیع میان «شیخ اعظم مرتضی‌الانصاری» و شاگرد بلندآوازه‌اش «آخوند ملا محمدکاظم هروی خراسانی» وجود دارد، که در بسیاری از موارد - چه در آرای فقهی و چه اصول فقهی - باهم اختلاف نظر جدی دارند.^۳

وجود تفاوت دیدگاه‌ها در دانشی مانند فقه امر طبیعی است؛ زیرا فقیهان شاگردان مکتب شریعتند که با کسب دانش لازم و با فهم بشری و ظرفیت‌های فردی از زوایای مختلف، در بستر شرایط زمانی، مکانی و اجتماعی متفاوت، به دریافت مفهوم حق و عدالت از شریعت و تطبیق آن بر پایهٔ مصلحت در جامعه می‌پردازند. اگر غیر از این باشد، قابل قبول نیست؛ زیرا آنان انسان هستند با تمام اوصاف لازم

۱. قاضی ابویوسف، یعقوب بن ابراهیم بن سعد بن بُجَیر انصاری، مشهور به ابویوسف قاضی، متوفی ۱۸۲ در کوفه. وی یکی از بنیان‌گذاران فقه و اصول فقه حنفی، شاگرد مستقیم امام ابوحنیفه و قاضی بغداد در دورهٔ عباسی است.
 ۲. ابوعلی، عبدالرحمان یسار انصاری کوفی (د ۸۳ق/ ۷۰۲م)، ملقب به اِبْنِ اَبِي لَيْلَى، متوفی ۱۸۲ق، فقیه، قاضی، قاری و محدث. او از تابعین و از محدثان معروف اسلامی است که حدود ۱۲۰ تن از صحابهٔ پیامبر(ص) را دیده و از بسیاری از آنان حدیث نقل کرده است. کتاب مزبور منسوب به خود ابن ابی‌لیلی است که به اهتمام ابوالوفاء الافغانی در هند و قاهره و ... چاپ شده است.

۳. برای معلومات بیشتر در این مورد رک به کفایه الاصول اثر آخوند ملا محمدکاظم الهروی الخراسانی.

آن، نه تولیدات کارخانه واحد که با برند واحد و قدرت فهم و درک واحد و از زاویه واحد به فهم و دریافت شریعت پردازند و یکسان بفهمند و یک نوع فتوا دهند؛ بنابراین، نمی‌توان گفت برداشت فلان مذهب یا فلان فقیه به‌طور کامل مطابق با حکم الله و برداشت فلان مذهب دیگر مخالف حکم الله است؛ زیرا هر دو مورد تنها دریافت‌هایی از «حکم الله» می‌باشند و نه خود آن. درست به همین جهت است که در همه مشرب‌های فقهی گفته می‌شود اگر فقیه در فهم فقهی خویش از شریعت به «حق نفس الامری» مطابق با واقع نزد خداوند رسید، دو اجر و پاداش و اگر به خطا رفت، یک پاداش خواهد داشت؛ زیرا کوشش لازم را نموده و به ظایف خویش به درستی عمل کرده است؛ بنابراین، تفاوت دیدگاه‌های فقهی عمدتاً «مبنایی» است و فقیهان و کسانی که به حکم خرد انسانی به گمان خویش از مذهب فقهی برتر و فقیه دانتر اطاعت کرده‌اند، همگان مأجور و عندالله مصیب یا معذورند.^۱

فقیه برای فهم شریعت، به‌خصوص در حوزه فقدان نص و امثال آن، از مفاهیمی چون مقاصد شریعت و دلایلی چون اجماع، عقل، قیاس، استحسان، سد و فتح ذرایع، مصالح مرسله و غیره کمک می‌جوید.^۲ این ابزارها عرفی و عقلی‌اند. بالاتر از آن، حتی در درون شریعت اکثریت قریب به اتفاق احکام فقهی امضایی است؛ یعنی از احکام بازنگری‌شده جاری در جامعه عصر نبی (ص) استفاده شده است؛ آرایی که ریشه زمینی در باورها و فرهنگ مردم دارد نه در «وحي» به معنای خاص. اکنون نیز «عرف» عام یا خاص، بزرگ‌ترین مرجع برای تشخیص موضوعات جهت تطبیق احکام فقهی به‌شمار می‌آید؛ بنابراین، فقه، علم فهم شریعت و تطبیق آن بر مصادیق خارجی و رفع نیازهای حقوقی عامه مردم با تمام تطورات و تحولات لازم برای یک علم است و نه فراتر از آن.

۳-۵. ویژگی‌های فقه

این موارد برخی از مهم‌ترین ویژگی‌های دانش فقه است:

الف. فقه، علمی است برای فهم شریعت و تفریع و تطبیق آن بر جزئیات که در طول زمان بعد از ظهور اسلام شکل گرفته و توسعه یافته است (الزرقاء، ۱۹۸۹ م: مقدمه الكتاب).

ب. فقه، دانش بشری است و فهم فقیهان و اجتهاد آنان شکل‌دهنده هسته اصلی فقه می‌باشد؛ از این رو، قداست یا برتری خاصی بر سایر علوم ندارد جز این که موضوع آن فهم شریعت می‌باشد. ممکن است فقیهان بسیاری در هر یک از مذاهب دچار اشتباه و یا خطای ساده و یا فاحش شوند. از

۱. به‌صورت متفق علیه مشهور است که للمصیب اجران و للمخطئ أجر واحد.

۲. البته در پذیرش و رد هر یک از موارد متذکره میان فقیهان مذاهب مختلف تفاوت دیدگاه وجود دارد و مورد اتفاق نیست.

این جهت در عرصه تقنین تلاش می‌شود که از آرای مشهور استفاده شود و نه آرای انفرادی اشخاص. ج. اختلافات در فقه میان فقیهان امر طبیعی و مبنایی است نه بر پایه خطا و ثواب یا حق و باطل. حق و باطل در نفس الامر و عندالله است. فقیه تنها مسئولیت فهم شریعت و تطبیق احکام و اصول کلی بر جزئیات و مصادیق به اندازه توان خویش را دارد که «لا یكلف الله نفساً الا وسعها» (بقره/۲۸۶). فقیه مأمور به وظیفه و اجتهاد فقهی برای رسیدن به حکم واقعی است و نه مکلف به حقانیت رأی خویش که ممکن است به خطا هم برود. به همین جهت، مشاهده می‌شود که آرای فقیهان مذاهب و یا فقیهان مذهب واحد و حتی آرای یک فقیه در دو برهه زمانی باهم تفاوت پیدا کنند که امر عادی است. د. فلسفه و هدف فقه، تأمین عدالت بر محور حق و مصلحت است. در این راستا چراغ راه فقیهان، شریعت اسلام و کمک عقل و عرف می‌باشد (الشاطبی، ۱۹۹۷، ج ۲: ۴۲).

۵-۴. چالش‌های فراروی فقه

فقه به مثابه یک دانش - چنان‌که قبلاً هم گفته شد - در بستر زمان شکل گرفته، رشد نموده و توسعه یافته است. رویه معمول در تمامی مذاهب و مشرب‌های فقهی آن است که شخصی که زانوی تلمذ بر زمین می‌ساید، علوم مقدم بر فقه را فرامی‌گیرد و به تخصص و تبحر در این دانش دست می‌یابد، فقیه می‌شود و ادعای اعلیمیت نموده به تدوین کتب و نظریه‌پردازی در حوزه مسائل جدید و رفع مشکلات حقوقی می‌پردازد. معمولاً در گذشته، شرط احراز کرسی قضاوت نیز اجتهاد و تخصص فقهی بود که قاضی باید بتواند به فتوا و رأی خود حکم صادر کند و به قول معروف «حکمت» بگوید.

بنیاد اندیشه

فقه توانسته بود بیش از هزار سال مشکلات حقوقی جامعه اسلامی را مرتفع سازد؛ اما امروزه، شرایط کمی تغییر کرده است. ترقی و توسعه همه‌جانبه جوامع به طرز شگفت‌انگیزی سرعت گرفته و به صورت روزافزون مسائل و موضوعات جدید حقوقی را جلو فقیه می‌گذارد؛ در حالی که فقه حداقل در دو سده اخیر از پویایی و قدرت مانور بازمانده و نتوانسته است همپای رشد جامعه، خود را بازسازی کرده، سیطره بر مسائل داشته باشد. تجزیه اجتهاد به ابواب و سرفصل‌های خاص یکی از پیشنهادها برای بازیابی سلطه بر موضوعات و مسائل جدید برشمرده شده است؛ اما به نظر می‌رسد آن نیز با مشکلاتی مواجه است. سلیقه فردی شاید جوابگوی نیازها نباشد؛ از این رو، برخی تأسیس شوراهای اجتهاد و یا شورای فتوا را راه حل دانسته‌اند که آن نیز ممکن است به صورتی مسکن عاجل رفع نیاز نماید؛ اما راه‌حل بنیادی نیست.

به صورت کلی، موارد زیر برخی از مهم‌ترین چالش‌های فراروی فقه می‌باشند:

۵-۴-۱. نبود نگرش نظام‌مند و کلی به مسائل

نوع نگرش به فقه، در طول زمان تغییر نکرده است. اجتهاد انفرادی موجود در عصر ما با تمام تطورات خویش، تقریباً همانی است که هزار سال قبل وجود داشت؛ یعنی نگرش به مسائل و احکام موردی و جزئی است؛ نگاهی که بهتر است به آن نگرش جزیره‌ای بگوییم. این نوع نگرش به مشکلات و مسائل، به‌خصوص مسائل مستحدث و جدید، بسیار سطحی است؛ در حالی که باید به عوامل و ریشه‌های مسائل پرداخته شود؛ مثلاً گسترش تجارت در عرصه بین‌الملل و پیداشدن مباحث عمیق در پدیده‌های نوظهور مانند مالکیت فکری، تجارت الکترونیکی، تجارت خدمات و غیره باید در نزد فقیه به‌عنوان یک نظام کلی تجارتي و معاملاتی مدنظر قرار گیرد نه این‌که برای حل مسئله جدید فقط به همان مسئله توجه و برای یافتن راه‌حل به منابع کهنی مراجعه شود که هیچ تصویری از این نوع مسئله در آن عصر وجود نداشته است. فقه منظومه‌ای است دارای اهداف و مقاصد مشخص که نیاز است به آن به همین شیوه توجه صورت گیرد و مسائل جدید آن نیز تنها به‌عنوان یافتن قطعه‌هایی از یک «پازل کلان» مورد عنایت قرار گیرد.

۵-۴-۲. گسست دانش فقه از واقعیت‌های جهان متحول

فقه با توجه به متغیرها و عناصری چون فهم استدلالی احکام شرعی + رعایت شرایط زمانی + رعایت شرایط مکانی در تطبیق احکام بر موضوعات و مسائل موجود در هر عصر و زمان، زنده و پایدار باقی می‌ماند. این وضعیت در گذشته وجود داشت؛ اما در زمان ما آموزه‌های فقیهان در حد اندوختن دانش‌های کهن فقهی و استفاده از ابزارها و دلایل اثباتی آن خلاصه می‌شود. فقیه نتوانسته است از روند متغیر جامعه جلو باشد و حتی موازی با آن حرکت نماید؛ از این‌رو، روز به روز فقه را به محاق انزوا سوق داده و از میان جامعه دورتر ساخته‌اند؛ برای مثال: در مسائل بانکی و انتقالات، قراردادهای ال سی، انواع شروط نوظهور، بیمه و دیگر قراردادهای جدید، سخنی قابل‌اعتنایی در آثار بسیاری از بزرگان یافت نمی‌شود و حتی در مواردی به تغییر موضوعاتی چون ولایت جد پدری بر ازدواج دختر رشیده با وجود پدر در فقه امامیه هرگز توجه صورت نمی‌گیرد. در این‌گونه موارد، فقه راه‌حلی روشن و آسانی فراراه جامعه قرار نداده است؛ در حالی که نیاز است به ریشه‌ها و فلسفه کلی نظام «سهله سمحی» فقه اسلامی عنایت صورت گیرد. این امور فقه را مهجور و منفعل نموده است.

۵-۴-۳. بی‌توجهی به مقاصد شریعت و تکیه بیش از حد به ظاهر نصوص

معارف فقهی تا کنون مبتنی بر «دانش بصری» متکی به «متون» است؛ بدین معنا که کوشش صورت

می‌گیرد برای یک مسئله خاص یا یک موضوع، حکمی در قرآن و متون حدیثی و یا آرای فقیهان متقدم یافت شود. معمولاً جرأتی برای مخالفت با آرای فقیهان بزرگ متقدم در کم‌تر فقهی یافت می‌شود. کلمه «احتیاط» یا «احتیاط واجب»، از جمله اصطلاحات کلیدی و پرکاربرد در کتب فتاوی فقیهان معاصر می‌باشد. این در حالی است که یافتن شماری از مفاهیم و مسائل موجود معاصر از طریق متون شاید امکان‌پذیر نباشد و یا بخشی از احکام ممکن است در اثر تغییر شرایط زمانی و مکانی و تغییر موضوع دچار تغییر شده باشند؛ اما فقیهان هم‌چنان به تراث سلف صالح به چشم تنها راه حل برای چالش‌های معاصر می‌نگرند. این در حالی است که لازم است به این امر توجه صورت گیرد که شریعت اسلام حامل «پیامی» است که «اهداف» مشخصی را تعقیب می‌کند و در پی تطبیق آن در جامعه است. حال در زمان گذشته این پیام به تناسب وضعیت جامعه و یا توضیحاتی که لازم بوده، از سوی پیامبر (ص) یا فقیهان متقدم وارد متون شده است؛ اما بدین معنا نیست که نگاه به متون «به‌عنوان یک اصالت» غیر قابل تغییر تلقی شود.

در مقابل این نگرش، دیدگاه توجه به مقاصد و اهداف شریعت یا توجه به «روح شریعت» وجود دارد. در این نگرش، لازم است فقیه در بسیاری از موارد به اهداف کلان شریعت توجه نماید و مشکل خاص مدنظر را تنها به‌عنوان تکه کوچک از منظومه بزرگ نظام حقوق اسلام به‌منظور احقاق حقوق و تأمین عدالت بنگرد. در نظر گرفتن مصالح کلان برخاسته از نگاه دوراندیشانه به موضوع، قطعاً بر نوع حکم فقهی بر یک مسئله تفاوت به وجود خواهد آورد. طبق این رویکرد، فقه با تکیه بیش‌تر بر علوم جدید، دایره عالمان خویش را فراتر از فقیهان مصطلح توسعه خواهد داد و در عرصه‌هایی چون جامعه‌شناسی، طب، تجارت و غیره پنجه در خواهد انداخت. فقه می‌تواند با این رویکرد، سیال‌بودن و قدرت مانور خود را بازیابد و در این دگردیسی تنها چیزی را که از دست می‌دهد، همان تقدس پیچیده‌شده در هاله‌ای از ابهام است که نه تنها هیچ دردی را از این دانش دوا نتوانسته؛ بلکه آن را در انزوا و مهجوریت خودخواسته غرق نموده است.

۵-۴-۴. تعصب فقهی

مشکل دیگر فرا راه فقه، کوته‌نگری و فرقه‌گرایی است. یکی از فقیهان نواندیش می‌گوید: «عالمی که به مذهب خاصی تعصب ورزد- فرقی ندارد کدام مذهب- نادان‌تر از جاهل است؛ زیرا تعصب او به خاطر دین نیست؛ بلکه به‌خاطر شخص صاحب آن مذهب می‌باشد؛ در حالی که اسلام نه متابعت از رأی آن مذهب را الزام نموده و نه پرهیز از پذیرش آن را» (مغنیه، بی تا، ج ۱: ۸).

تعصب و انحصارگرایی در فهم شریعت و شریعت را تنها در فهم یک مشرب فقهی فروکاستن

نیز از مشکلات اصلی دنیای امروز مسلمانان است. اکنون نیازها به اندازه‌ای است که گویا هیچ‌یک از مشرب‌های فقهی نمی‌توانند قانون فقهی، شرعی و مبتنی بر عدالت و مصلحت را به تنهایی باز تولید کنند؛ لذا نیاز است که سخاوتمندانه هم از تمام ظرفیت و پتانسیل داخلی مذاهب فقهی استفاده شود و هم از آرای فقیهان مذاهب دیگر؛ چنان‌که در تقنین «المجله الاحکام العدلیه» از آرای شاذه «ابی بکر اصم» و «ابن شبرمه» استفاده شده و یا چنان‌که محمد ابوزهره در کتاب وزین «الاحوال الشخصیه» می‌گوید به خاطر رفع نیاز جامعه مصر، قانون‌گذار حنفی احکام چهارگانه تفریق و طلاق حاکم و برخی موارد دیگر را از آرای دیگر مذاهب فقهی از جمله مذهب مالکی و حنبلی استفاده نموده است (ابوزهره، ۱۹۵۷ م: ۹-۱۶). اگر بدون تعصب از ظرفیت کلی فقه مذاهب اسلامی استفاده شود، شاید بسیاری از نیازها به سهولت مرتفع شوند.

۵-۴-۵. جدایی نهاد قضا از دانش فقه

چالش دیگر فراراه کاربردی‌سازی فقه، تخصصی‌شدن امر قضا و قضاوت است. در گذشته نه قضاوت سه مرحله‌ای بود و نه نهادهای حقوقی چون سارنوالی (دادستانی) وجود داشت؛ اما اکنون این نهادها بر اساس تجارب تاریخی بشری به وجود آمده و ضریب اطمینان از صحت احکام محاکم را بالا برده است. قوانین موضوعه در پارلمان‌ها تصویب و اجرایی می‌شود و بسیاری از اشخاص غیر متخصص و بعضاً تصمیم‌ساز، به فقه نگاه حاشیه‌ای پیدا نموده‌اند. در گذشته که قضا در اختیار فقیهان بود، آنان به‌صورت روزمره با مسائل جدید مواجه می‌شدند و تلاش صورت می‌گرفت تا برای حل آن‌ها راهی یافت شود؛ در حال حاضر فقه و قضا جدا افتاده‌اند؛ از این رو، فقیهان با چالش‌های کم‌تری مواجه می‌شوند و به همین تناسب کم‌تر پاسخ می‌دهند که در نتیجه کم‌تر دانش تولید می‌شود. برای حل این معضل لازم است فقیهان فرصت کنونی را مغتنم شمارند و به تولید بیش‌تر علم بپردازند و از انزوای کنونی خارج شوند.

۵-۵. ضرورت تقنین فقه

بنیاد اندیشه
تاسیس ۱۳۹۴

شاید تقنین فقه و بازگشایی افق‌های نو فراراه آن به پویایی آن کمک کند؛ اما با وجود این، انتظار مدیریت حقوقی و قضایی جامعه به سبک سنتی از فقه و فقیهان امر معقولی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا به موازات توسعه انسانی، نمی‌توان به اندازه کافی فقیه یافت تا منصب قضا را عهده‌دار شود و نمی‌توان از فارغان لیسانس حقوق یا شرعیات انتظار داشت که به فتوای فقهی و حقوقی خود قضاوت کنند؛ بنابراین، نیاز به تقنین فقه وجود دارد. لازم است فقه توسط لجنه‌ها و مراکز تخصصی، تقنین و روزآمد شود و از فیلترهای قانونی قوه مقننه عبور کرده وارد عرصه اجتماع شود. دیگر این‌که قضا در زمان ما

تبدیل به یک حرفه تخصصی شده که مهارت‌ها و التزامات خاصی را می‌طلبد.

تقنین فقه، در زمان ما شاید یکی از مهم‌ترین راه‌ها برای زنده‌نگه‌داشتن این دانش باشد. قانون می‌تواند به‌عنوان نوک پیکان برای عملی‌سازی فقه در جامعه عمل کند. به تعبیر دیگر، می‌توان گفت که تنها راه برای این‌که فقه در جامعه اجرا شود، تبدیل احکام پراکنده فقهی در چوکات قانون است و گرنه ممکن است از اجرای آن سوء استفاده شود و هر کسی که سر رشته‌ای از این دانش دارد، دست به اقدامات خودسرانه بزند که نه به سود فقه است و نه جامعه. یا در مواردی اگر قاضی حکمی صادر کند، ممکن است طرف محکوم‌علیه فوری به آرای فقهی مخالف آن استناد نموده و خود را ذبیح معرفی کند. در این‌گونه موارد صدور رأی برای قاضی بسیار دشوار می‌شود.

در فرجام می‌توان گفت: فقهی از ریشه و اقتدار لازم برخوردار است که بتواند خود را بازسازی کند. تنها نیاز است که سیرت و رویه خاصی را هدف ندانیم. هدف فقه تأمین عدالت و احقاق حق است و نه حفظ وضعیت موجود. تعصب نسبت به روش سنتی و بقا بر حالت گذشته نمی‌تواند راه‌حل درستی باشد؛ فقه می‌تواند با بازخوانی و مدارای بیش‌تر و با استفاده از شرایط نو در قالب‌های جدید ظهور پیدا کند. تقنین فقه و تلاش برای یافتن راه‌های جدید نوسازی آن می‌تواند کمک‌کننده باشد. استفاده از روش فقه مقاصدی نیز افق جدیدی را فراروی آن می‌گشاید. اکنون فقه در قوانین ما انعکاس یافته است. ترمیم رابطه فقه و حقوق وضعی و قوانین و یکجاسازی ظرفیت‌های این دانش‌ها می‌تواند برای تأمین عدالت و جامعه قانونمدار کمک کند.

بنیاد اندیشه

تأسیس ۱۳۹۴

۶. قانون و حقوق

حقوق و قانون مفاهیم مرتبط و ملتنرم هم‌اند؛ از این‌رو، لازم است در این‌جا از هر دو سخن به میان آید.

۱-۶. قانون

قانون به مفهوم رسم، قاعده، روش و آیین مستقیم است. به امر کلی منطبق بر جزئیات نیز قانون گفته شده است (قلعجی و قنبری، ۱۹۸۸ م، ج ۱: ۳۵۵). در اصطلاح، قانون به مجموعه قواعد الزام‌آور مصوب مقامات صلاحیت‌دار و دارای ضمانت اجرای خاص، گفته می‌شود. قانون، قواعد ماهوی و شکلی برخاسته از نظام یا سیستم حقوقی یک کشور است که خود دارای منابع، مبانی، اهداف، تاریخ، روش و شیوه خاص است؛ مثلاً سیستم حقوقی افغانستان مبتنی بر فقه اسلامی است و تا جای ممکن فقه تقنین می‌شود و در صورت نبود حکم در فقه، از منابع دیگری چون عرف و عقل با در نظر گرفتن

مصلحت و تأمین عدالت بهره گرفته می‌شود. در زمان ما قانون یا قوانین معمولاً با واژه «حقوق» همراه است؛ متغیری که همواره در کشور ما و شماری از کشورهای اسلامی گاهی در چالش و تقابل با فقه تفسیر و تبیین می‌شود. در قانون اساسی، قانون را عبارت از مصوبه هر دو مجلس دانسته است که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد (قانون اساسی، ۱۳۸۲: ماده ۹۴).

۶-۲. حقوق

حقوق جمع حق است. حق به معنای راستی، ثبوت، مطابقت با واقع آمده است. حق از مقوم‌های اصلی حقوق، اخلاق و سیاست محسوب می‌شود (الجوهری، ۱۹۸۷ م، ج ۴: ۱۴۶۰). حقوق به داشتن حق و حتی به معنای مفرد خود نیز به کار می‌رود (انصاری ۱۴۱۰ ق، ج ۱: ۲۰)، به دانش یا علم حقوق نیز حقوق گفته می‌شود که در این جا همین معنا منظور است (امامی، ۱۳۷۴، ج ۱: ۱۲۵). در عرف آکادمیک، حقوق به حقوق موضوعه اطلاق می‌شود؛ مانند حقوق کامن‌لا یا حقوق رومی-ژرمنی یا حقوق اسلامی.

۶-۳. چالش‌های فراروی قانون و حقوق در افغانستان

به طور اختصار، سؤالات، ادعاها و چالش‌های زیر فرا راه قانون و حقوق در جامعه افغانستان وجود دارد:

الف. افغانستان کشور اسلامی است و هر از گاهی زمزمه‌هایی شنیده می‌شود که در این کشور باید احکام اسلامی حاکم باشد، نه قانون وضعی ساخت بشر و مصوب تعدادی اشخاص در شورای ملی. با توجه به اکثریت بی سواد یا کم سواد افراد در جامعه بحران زده و فقیر افغانستان، از این چالش سوء استفاده می‌شود.

ب. شریعت اسلام کامل است و تمامی احکام لازم برای امور زندگی را به کمال بیان کرده است و نیازی به تقنین نیست. وقتی آداب بیت‌الخیلاء و... را بیان نموده، چطور در مسائل مهم حقوقی ما را کفایت نمی‌کند که مجبور باشیم از فکر بشری برای تنظیم امور زندگی خود استفاده کنیم؟

ج. قوانین شرعی تغییر ناپذیر، فراگیر و بر اساس مصالح واقعی مردم در تمام زمان‌ها و مکان‌ها است؛ در حالی که قوانین بشری بر اساس مصالحی است که بشر تشخیص داده و ممکن است خطا کرده باشد. به همین جهت، قوانین همیشه در حال تکامل و تغییراند و این نشانگر ضعف قانون است. پس نیاز به قانون بشری نداریم.

د. احکام شرع چنان جامع و شامل است که بسیاری از قواعد اخلاقی را هم دربر می‌گیرد که اگر آن

قواعد اخلاقی در جامعه اجرا شود، در بسیاری موارد نیازی به قانون نیست.

۶-۴. شناخت، شریعت، فقه و قانون در پاسخ به چالش‌ها

این طرز فکر به صورت جدی در جامعه وجود دارد و توانسته است نوعی بی‌باوری نسبت به نیاز به قانون، پیروی و اجرای آن و حتی فهم و درک قانون و حقوق موضوعه ایجاد نماید. بخشی از تفکر تفکیک دانشکده‌های حقوق و شرعیات هم به این نکات برمی‌گردد؛ در حالی که این طرز فکر نوعی مغلطه ساده است؛ زیرا پیش‌تر توضیح داده شد که شریعت دارای چه ویژگی‌ها است و فرق شریعت و فقه در چه چیزی است؛ درست است که اوصاف یادشده مانند همیشگی بودن، و حیانی و آسمانی بودن و فراگیر بودن از ویژگی‌های احکام شریعت است؛ اما باید درک نمود که شریعت عمده‌تاً اصول کلی است و نه بیان جزئیات احکام. تنها در موارد بسیار خاص به جزئیات پرداخته که حتی همان موارد هم اکنون مورد اختلاف است؛ مانند احکام وضوء، ارث، طلاق، تفریق، انفساخ ازدواج و غیره. حال اگر شخص خداوند متعال (ج) بر کرسی قضا تکیه می‌زد و بشر برخلاف حکم او قانون می‌ساخت، این اعتراض‌ها درست بود؛ اما بر کرسی قضا انسان تکیه می‌زند و فهم خود یا مذهب و مشرب خود از شریعت را بیان می‌کند و گفته شد که فهم بشری متشکک، متفاوت و متغیر است و حق و حقانیت هم بر محور مصلحت می‌چرخد که خود ممکن است بر اثر شرایط زمانی، مکانی و غیره دچار تغییر شود. گذشته از این‌که در بسیاری موارد با فقدان نص، اجمال نص و غیره مواجه می‌شود و در این حیرت هر چه بگویند قطعاً عین شریعت نخواهد بود.

به تعبیر واضح‌تر باید اذعان نمود که شریعت متصدی بیان احکام کلی «هدایت» مردم به سوی صراط مستقیم است؛ اما چنین وظیفه‌ای ندارد که سیستم اقتصادی، قوانین اساسی، مکانیزم‌های تجارتي یا امور ترافیکی مردم را سامان‌دهی نماید. در یک کلام، شریعت انجنیر، یا رئیس بورد تقنین یا مدیر اقتصادی معاش‌بگیر نیست که در خدمت همه باشد؛ بلکه وظیفه او همان بیان اصول کلی مانند منع از ربا (و نه بیان مصداق‌های آن)، تأمین عدالت اجتماعی، ایجاد توازن، حمایت از حقوق افراد ناتوان و... می‌باشد که به اندازه کافی بیان نموده و انتظار فراتر از آن به این معنا است که اشخاص یا جوامع، شریعت را به استخدام خود درآورده و او را مکلف به این اعمال کرده باشد که توقع ابلهانه و البته شایع است.

بنابراین، احکام شریعت فقط در صورتی قابل اجرا است که از سوی یکی از مذاهب فقهی تفسیر و تبیین شده باشد که حتی همان تفسیر و تبیین هم در میان فقیهان همان یک مذهب هم در بسیاری موارد جای اختلاف و بحث وجود دارد که نمونه‌های از آن قبلاً اشاره شد. قاضی تنها در یک صورت

می‌توانست طبق احکام فقه و برداشت خاصی از شریعت حکم حقوقی صادر کند که خود مجتهد بوده و فتوای خود را مصدر حکم قرار می‌داد، اکنون حتی همان رویه نیز پاسخ‌گو نیست؛ زیرا: اولاً، وسعت جوامع انسانی و وسعت مسائل و موضوعات حقوقی مستحدث و جدید به اندازه‌ای است که برای حل و فصل آن‌ها در هر کشور به هزاران قاضی نیاز است و امکان ندارد که همه به مرتبه اجتهاد برسند.

ثانیاً، مجتهد حتی اگر قاضی شود، فتوا و رأی او تنها برای مریدان و اتباعش مرعی‌الاجرا است نه کسانی که مقلد او نیستند و به فتوای شخص دیگری از همان مذهب یا مذهب دیگر عمل می‌کنند؛ لذا به راحتی می‌تواند در آرای محاکم صادره از سوی قاضی مجتهد هم خدشه و اختلال وارد کند و این حق را هم دارد. نتیجه‌اش می‌شود اختلال در نظم عامه و از بین رفتن نظم و قانون.

پس بر اساس دلایل متذکره و دلایل بسیار دیگر، نیاز به تقنین فقه برخاسته از شریعت وجود دارد. ما مجبوریم شورای ملی داشته باشیم که با مکانیزم‌های قانونی به تقنین بپردازند و نیازهای حقوقی و قانونی ما را با استفاده از منابع شرعی، فقهی و قانونی ایجاد و تأمین نماید، نظم را برقرار و یک رأی فقهی و حقوقی را قانونی ساخته و قاطعانه اعلام دارد. اگر در این زمینه مشکلی وجود دارد، مکانیزم تقنین را تغییر دهیم نه این‌که اصل تقنین را نادرست بشماریم.

نتیجه‌گیری

نتیجه این‌که جامعه ما نیاز به بازسازی حقوقی و نظم قضایی دارد. منشأ اصلی احکام در کشور ما شریعت اسلامی و فقه است. عرف و حتی برداشت‌های عقلی به نوعی تحت تأثیر همان شریعت و فقه می‌باشد. شریعت اصول کلی را بر مبنای عدالت بیان کرده است. عدالت بر محور حق و حق در دایره مصلحت می‌چرخد. احکام متغیر و مصالح و مقاصد همیشه ثابت‌اند. شریعت اسلام بدون واسطه فهم بشری در جامعه قابل اجرا نیست و فهم بشری نمی‌تواند لزوماً مطابق با واقع، غیر قابل نقد و خدشه و احیاناً مقدس و تغییرناپذیر باشد؛ بنابراین، دانش فقه که خود برداشت‌ها و فهم‌های مختلفی از شریعت است، متصدی این امر شده است. قوانین در واقع نوک پیکان اجرای فقه می‌باشند. فقه، حقوق و قانون در کشور ما و هر کشور اسلامی دیگر اصولاً برگرفته از فهم بشری است و تنها مبنا و منبع فقه و قانون، اصولاً شریعت می‌باشد.

فقه و حقوق نقش تشریحی و تبیینی برای فهم شریعت دارند و قانون مکانیزمی جهت اجرای درست فقه و حقوق و در نتیجه اجرای شریعت است. گاه حکم شرعی صفت یک قاعده فقهی،

حقوقی و قانونی را پیدا می‌کند و گاه حکمی یافت نمی‌شود که با در نظر داشت اهداف و مقاصد شریعت دست به تقنین می‌زنیم. فقه و حقوق موضوعه در کشورهایمانند افغانستان، دارای مشترکات بسیار و اهداف مشابه منابع تقریباً واحد مانند کتاب، سنت، عقل و ... است. حقوق موضوعه در افغانستان در راستای تداوم مسیر فقه است و قانون هم تا حدودی زیادی تقنین فقه می‌باشد که در نتیجه، با آنچه در کشورهای غیر اسلامی حقوق موضوعه نامیده می‌شود، تفاوت اصولی دارد و نباید حقوق و قانون در تقابل با شریعت تفسیر و توجیه شود.

فقه و حقوق و قانون ما اولاً، در مرحله نظریه‌پردازی و تحلیل حکم مثل هم‌اند. فقیه و مقنن با استفاده از منابع و مبانی، شروع به تحلیل و ارزیابی نموده، صور مسئله را تشریح، تفریع و تبیین می‌کنند. ثانیاً، در مرحله استنباط حکم و وضع قانون نیز فقیه و مقنن گاه ممکن است یک شخص یا یک مجموعه باشند. در هر صورت، فقیه به استنباط می‌پردازد و حقوق‌دان و مقنن به قاعده‌سازی که منجر به تولید و توسعه دانش حقوق می‌شود. ثالثاً، نوبت به مرحله اجرای حکم شرعی یا فقهی و یا حقوقی می‌رسد که در این مرحله نیز تنها مقامات ذصلاح به شیوه‌های مناسب می‌توانند حکم را اجرا کنند. در اصل اجرای حکم فرقی میان فقه و قانون نیست؛ بنابراین، اصول و قواعد، مقتضیات اجتماعی و زمانی تأمین برتر نظم و عدالت و داشتن جامعه سالم و قانونمدار می‌طلبد که دانش فقه و حقوق تولید شده و بر میراث گذشتگان افزوده و به ایجاد نظم و عدالت در جامعه کمک شود که تنها راه ترقی در همین است.

بنیاد اندیشه

تأسیس ۱۳۹۴

منابع

۱. قرآن کریم.
۲. ابن اللحام، علاء‌الدین ابوالحسن علی بن محمد الدمشقی (۱۹۹۹م)، القواعد و الفوائد الاصولیه و مایبعتها من الاحکام الفرعیه، ج ۱، تحقیق: عبدالکریم الفضیلی، بیروت، المکتبه العصریه.
۳. ابن فارس، ابوالحسن احمد بن فارس بن زکریا (۱۹۷۹م)، معجم مقاییس اللغه، ج ۴، تحقیق: عبدالسلام محمدهارون، بیروت، دارالفکر.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، ج ۸، بیروت، دار صادر.
۵. ابوزهره، محمد (۱۹۵۷م)، الأحوال الشخصیه، القاهره، دارالفکر العربی للطباعه و النشر.
۶. احمد امین، ابراهیم الطیباخ (بی تا)، ضحی الاسلام، ج ۲، بیروت، دارالکتب العربی.
۷. امامی، حسن (۱۳۷۴ش)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، کتابفروشی اسلامیة.

٨. الانصاری، شیخ مرتضی (١٤١٠ق)، کتاب المکاسب، ج ١، تحقیق: سید محمد کلانتر، بیروت، منشورات مؤسسه النور للمطبوعات.
٩. الجوهري، اسماعيل بن حماد الفارابي (١٩٨٧م)، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، ج ٤، بيروت، دارالعلم للملایین.
١٠. الزحيلي، محمد مصطفى (٢٠٠٦م)، القواعد الفقهيه و تطبيقاتها في المذاهب الاربعه، ج ١، دمشق، دارالفکر.
١١. الزرقاء، احمد بن شيخ محمد (١٩٨٩م)، شرح القواعد الفقهيه، تصحيح و تعليق: الزرقاء، مصطفى احمد، دمشق، دارالقلم، الطبعة الثانية.
١٢. الشاطبي، ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي (١٩٩٧م)، الموافقات في اصول الفقه، ج ٢، تحقيق: عبدالله دراز، بيروت، دارالمعرفه.
١٣. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد اليميني (١٩٩٩م)، أدب الطلب و منتهى الأدب، تحقيق: عبدالله يحيى السريحي، بيروت، دار ابن حزم.
١٤. شهابي، محمود (١٣٨٧ش)، ادوار فقه، ج ١، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي، سازمان چاپ و انتشارات، چاپ پنجم.
١٥. علي دوست، ابوالقاسم (١٣٩٦)، فقه و مصلحت، قم، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، چاپ چهارم.
١٦. عميد زنجاني، عباسعلي (١٣٨٢)، درآمدی بر حقوق اسلامي تطبيقی، تهران، نشر میزان، چاپ اول.
١٧. غزالي، ابوحامد محمد بن محمد بن محمد (بی تا)، المستصفي من علم الاصول، ج ١ و ٢، تحقيق: احمد زكي حماد، الرياض، داراليمان للنشر و التوزيع.
١٨. قانون اساسي افغانستان، مصوب ١٣٨٢ش.
١٩. قلعي، محمد رواس و حامد صادق قنبي (١٩٨٨م)، معجم لغه الفقهاء، ج ١، بيروت، دارالنفائس للطباعة والنشر و التوزيع.
٢٠. كاشف الغطاء، شيخ عباس (١٤٢٩ق)، المدخل الي الشريعة الاسلاميه، النجف، مطبعة النجف.
٢١. مغنيہ، محمدجواد (بی تا)، الفقه على مذاهب الخمسه، ج ١، طهران، مؤسسه الصادق للطباعة والنشر.
٢٢. واسطي زبيدي، محب الدين سيد محمد مرتضى (١٤١٤ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ١١، بيروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، چاپ اول.