



پوهنتون سلام

پوهنځی شرعیات و قانون
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

اجتهاد و تقلید و نقش آن در تقنین فقه اسلامی (رساله ماستری)

محصل: الدیس "منیب"

استاد رهنما: دکتور مصباح الله "عبد الباقي"

سال: ۱۳۹۸ هـ. ش - ۱۴۴۰ هـ. ق



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعیات و قانون
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

اجتهاد و تقلید و نقش آن در تقنین فقه اسلامی

(پایان نامه ماستری)

محصل: ادريس (منيب)

استاد رهنا : دكتور مصباح الله (عبد الباقي)

سال : ۱۳۹۸ هـ ش - ۱۴۴۰ هـ ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



پوهنتون سلام

پوهنځی شرعیات و قانون

دیارتمنت فقه و قانون

بورد ماستری

تصدیق نامه

محترم دینیس ولد محمود ID: SH-MSF-97-353 محصل نور ششم فقه و قانون
که رساله ماستری خویش را زیر عنوان: اجتهاد و تقلید و نقش آن در تقنین فقه اسلامی
په روز ۱۳۰۱/۱۲/۲۷ ش موافقانه دفاع نمود، و په اساس
بررسی هیات تحکیم مستحق ۹۰ (نمره په عدد) نود پورک (نمره په حروف) گردید، موفقیت
شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور محمد سلیم منلی	عضو هیات	
۲	استاد وزیر محمد سعیدی	عضو هیات	
۳	دکتور مصباح الله عبدالباقي	استاد رهنما و رئیس چلمه	

معاون علمی

امر بورد ماستری

سیاس گزارى

در قدم نخست از الله متعال سپاس گزار هستم که بنده را به علم و ایمان و بخصوص راجع به تحصیل علوم دینی عنایت و توفیق نصیب گردانیده است که توانستم در مقطع تحصیلات خویش از اساتید نخبه و سرمایه های علمی کشور استفاده خوبی داشته باشم . همچنین جای دارد که از وزارت تحصیلات عالی کشور خویش تشکری کنم که با وجود بحران های پیاپی و خم و پیچ های که در راستای تحصیل علوم و فرهنگ وجود داشته ، از هیچ گونه کوشش و تلاش دریغ نورزیده و همیشه دوشادوش پوهنتون های دولتی و خصوصی و کانون های علمی و فرهنگی گام های مثبت را برداشته و آنها را تقویه نموده و زمینه را برای ارتقا و پیشرفت شان مساعد ساخته است . و نیز یک تشکری خاص میکنم از استاد رهنما و مشرف خویش جناب دکتور صاحب مصباح الله " عبد الباقي " که برای مایان در بخش تحصیل علوم و فرهنگ و مفکوره اسلامی و شیوه علمی و اکادمی آن ، و شخصیت سازی در این راستا یک الگویی ناب قرار گرفتند که به اساس رهنمایی و تشویق شان توانستیم که در مراحل تحصیلات خویش استفاده احسن داشته و گام های خوبی را برداشته باشیم . و همینگونه از پوهنتون سلام سپاس گزار میباشم که زمینه فراهم سازی تحصیل علوم و اخلاق و مفکوره اسلامی را برای جامعه ما مساعد ساخته و بخصوص دوره ماستری را که در بخش های فقه و قانون ، تفسیر و حدیث به روی نسل جوان بازگشایی کرده است که این برنامه برای رشد و ترقی و بلند بردن سطح علمی و فرهنگی جامعه ما خیلی ممد و مفید واقع میشود .

در قدم دوم از استادان ارجمند و مشفق ، کادر های علمی ، سرمایه های کشور سپاس گزار هستیم که توسط معلومات دقیق و مؤثق علمی و تلاش های مخلصانه و هدایات منصفانه و واقع بینانه خویش محصلین را به جهت و مسیر درست سوق میدهند و در این راستا از هیچ نوع فداکاری دریغ نمیورزند .

در قدم سوم از کارمندان اداری پوهنتون سلام تشکر میکنیم که در راستای پیشبرد و وظایف خویش با محصلین خیلی برخورد و سلوک نیک و پسندیده انجام میدهند و امکانات لازم را در خدمت محصلین قرار میدهند و فضای مناسب را برایشان به قسمی مهیا ساخته اند که هر فرد محصلین احساس سلامتی و آرامش میکند .

خلاصه بحث

این بحث در مورد اجتهاد و تقلید و نقش آن در تقنین فقه اسلامی است. اجتهاد عبارت از به کار انداختن توان علمی عالم مجتهد است در موضوعاتی که محل اجتهاد می‌باشد در همه موضوعات باشد یا در برخی موضوعات، اجتهاد در هر عصر و زمان بوده و بخصوص در این عصر راجع به موضوعات جدید، به اجتهاد خیلی نیاز است بخصوص به اجتهاد جماعی زیاد ضرورت است و همین‌گونه برای اشخاص و افرادی که توان اجتهاد را ندارند نیاز است که در احکام فقهی و فروع از مجتهدین تقلید کنند و همین‌گونه برای قضات مقلد تقنین فقه اسلامی خیلی نیاز است و قضیه تقنین فقه اسلامی در تاریخ اسلامی سابقه دارد و در کشور عزیز ما نیز در مراحل مختلف تاریخی از سوی حکومت‌های وقت مورد توجه قرار گرفته است. و تقنین فقه اسلامی در این عصر زیاد مورد بحث و جلب توجه و نظریات علماء مبنی بر جواز و عدم جواز آن، قرار گرفته است. هنگامیکه قضات مجتهد باشند و اجتهاد رونق داشته باشد به تقنین فقه اسلامی ضرورت نیست و عدم تقنین بهتر است چونکه تقنین فقه اسلامی، اجتهاد قضات مجتهد را محدود و یا معطل می‌سازد و یک مجتهد ملزم نیست که از اجتهاد دیگر مجتهد پیروی کند و همچنین حق در یک مذهب، معین نیست. وقتی که قضات مجتهد بوده باشند و تقنین فقه اسلامی یک مجتهد را به اختیار یک رأی معین اجتهادی ملزم می‌گرداند که این کار متعارض با مجتهد بودن آنان می‌باشد بنا بر این باید فقه اسلامی تقنین نشود. بنا بر این تعدادی از علماء بر منع تقنین فقه نظر دارند و دلایل خود را گفتند. ولی هنگامیکه قضات مقلد باشند و توان اجتهاد را نداشته باشند مانند که امروز بیشترین قضات در کشورهای اسلامی چنین می‌باشند باز در این صورت به تقنین فقه اسلامی خیلی نیاز است و تقنین آن بهتر است و برای آنها زیاد سهولت‌ها را ایجاد می‌کند یعنی در صورتیکه فقه اسلامی بنا بر مذهب معین یا اقوال راجح از هر مذهب، ماده وار به شکل قانون تدوین و تنظیم شود تا مراجعه به آن برای قضات در حل قضایا آسان گردد و از سردرگمی‌های جهت اختلافات اجتهادی جلوگیری شود و قضات بر فیصله به طبق آن ملزم شوند، این کار به مصلحت جامعه اسلامی است. که تعدادی زیاد علماء نیز بر جواز و تقویه و ترویج عملی تقنین فقه اسلامی موافق هستند و نظریات و دلایل خویش ارائه نمودند.

پس بنا بر این من رساله خود را در باره اجتهاد و تقلید و نقش آن در تقنین فقه اسلامی آماده و تهیه ساختم.

فهرست موضوعات

عنوان	صفحه
مقدمه	۱ - ۸
فصل اول : مفاهیم اساسی	۹
مبحث اول : اجتهاد	۹
مطلب اول : تعریف اجتهاد :	۹
الف : در لغت .	۹
ب : در اصطلاح .	۹
مطلب دوم : چکیده های مهم در اجتهاد :	۱۳
الف : انواع اجتهاد	۱۳
ب : مجال اجتهاد	۱۶
ج: اجتهاد در عصر حاضر	۱۹
د: تجزی اجتهاد	۲۱
مبحث دوم : تقلید	۲۵
مطلب اول : تعریف تقلید :	۲۵
الف: در لغت .	۲۵
ب : در اصطلاح .	۲۵
مطلب دوم: شناخت مجال و حکم تقلید :	۲۷
الف: مجال تقلید	۲۷
ب: حکم تقلید .	۲۷
مطلب سوم: تعریف تقنین فقه و سیر تاریخی آن .	۳۴
الف: تعریف تقنین	۳۴
ب: تعریف تقنین فقه اسلامی	۳۵
ج : سیر تاریخی تقنین فقه اسلامی	۴۰
د : نمونه های تقنین فقه در تاریخ اسلامی	۴۲

۴۹	مبحث سوم : تلاش های قانون گذاری فقه اسلامی در افغانستان
۴۹	مطلب اول : تقنین فقه اسلامی در سیستم قضایی عهد سلطنت بارکزائی ها
۵۲	مطلب دوم : تقنین معاصر افغانستان در عهد سلطنتهای پسین ونظامهای انقلابی
۵۷	فصل دوم : تقنین فقه اسلامی
۵۷	مبحث اول : جواز تقنین فقه
۶۰	مطلب اول : دلایل جواز دهندگان تقنین فقه اسلامی
۶۶	مطلب دوم : ویژگی ها وفوائد تقنین
۶۸	مبحث دوم : منع تقنین فقه
۶۹	مطلب اول : دلایل منع کنندگان تقنین فقه اسلامی
۷۵	مطلب دوم : عیوب ونواقص تقنین
۷۷	مناقشه و رأی راجح
۸۴	فصل سوم : نقش اجتهاد وتقلید در تقنین فقه اسلامی
۸۴	مبحث اول : تأثیر اشتراط اجتهاد بر قضات در منع تقنین
۸۵	مطلب اول : اجتهاد و صلاحیت های قضات
۹۵	مطلب دوم : التزام قاضی به یک مذهب معین
۹۸	مبحث دوم : جواز تقلید برای قضات وتأثیر آن در جواز تقنین فقه
۹۸	مطلب اول : محدودیت قاضی در فیصله ها توسط تقنین فقه
۱۰۵	مطلب دوم : ایجاد سهولت برای قاضی مقلد از جهت تقنین فقه
۱۰۷	نتیجه گیری
۱۰۹	پیشنهاد
۱۱۰	فهرست آیات
۱۱۲	فهرست احادیث
۱۱۳	فهرست اعلام
۱۱۴	منابع ومصادر

مقدمه

إن الحمد لله ، نحمده و نستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله .

اما بعد :

فقه اسلامی مراحل مختلفی را سپری نموده است ؛ مرحله آغاز و تأسیس آن تا مرحله تکامل و اختتام آن که تدوین و تنقیح آن از جهت اصول و فروع صورت گرفته است . و در تعقیب آن مرحله جمود و تقلید را نیز سپری کرده است و در نتیجه کار در عهد خلافت عثمانی ها، دولت آن وقت بمنظور تقویة فقه اسلامی در مقابل قوانین وضعی یک برنامه جدید را پیش روی گرفت که آن عبارت از تقنین فقه اسلامی است . علماء مسلکی و متخصصین و اهل فن ، موضوعات احکام فقهی را در روشنایی فقه حنفی به شکل ماده وار تحت نام " مجلة الأحكام العدلیة " تدوین نموده اند .

و ازین به بعد دایرة تقنین فقه اسلامی وسعت پیدا کرد و تلاش های فردی و گروهی در مناطق مختلف کشورهای اسلامی در روشنایی مذاهب مختلف فقهی به شیوه های مختلف صورت گرفت . و همینگونه در کشور عزیز ما افغانستان موضوع تقنین فقه اسلامی از زمان امیر دوست محمد خان شروع تا زمان شاه امان الله خان و به ادامه آن در نظام های بعدی دوره های انقلاب تا به امروز که سرآن کار صورت گرفته و کوششها و تلاش های انجام شده است که نمونه های آن در قوانین اساسی و مدنی و غیره مشاهده میشود، بیشتر کمرنگ بوده در حالیکه ما به بیشتر از این ضرورت داریم .

بنا بر این بنده خواستم که راجع به موضوع تقنین فقه اسلامی رساله خویش را از نظریات و معلومات از کتب علماء جمع آوری و ترتیب نمایم . امید که مورد پذیرش تان قرار گرفته و مورد استفاده علاقه مندان و سبب پیشرفت علمی بنده گردد . أجزکم علی الله...

اهمیت موضوع

امروز قضیه تقنین یک موضوع مهم و ارزشمند است که مورد سرگرمی علماء و دانشمندان معاصر امت اسلامی قرار گرفته است و مفکوره و توجه علماء را به خود جلب نموده است .

در این راستا تعدادی از علماء بروجوب و ضروری بودن تقنین شریعت قائل شدند و نظر دادند و آن را یک راه معتبر برای تطبیق احکام شریعت محسوب نمودند و تقنین شریعت اسلامی وسیلهٔ برچیدن قوانین وضعی مروجه میباشد.

و تعدادی هم از علماء برخلاف این نظر دادند و این را برنامه دشمن می دانند که بمنظور دور ساختن دین از زندگی مردم ، میباشد .

ولی به هر صورت راجع به این موضوع ، عقل فقهی و سیاسی امت در تاریخ گذشته و عصر حاضر توجه نموده و همچنین موضوع تنفیذ عملیه تقنین شریعت از طرف اولیاء امور مطرح شده با وجود که تضادها در نظریات وجود داشته است . و براساس اینکه نظریات و اقوال فقهی و اصطلاحات آن در نزد فقهاء امت اسلامی مختلف بوده و در کتب و متون فقهی به اشکال پراکنده ذکر گردیده است و فهمیدن اصطلاحات فقهی سخت میباشد که برای مراجعین و قضات مقلد فهم موضوع مطلوب کار آسانی نیست . پس در نتیجه میتوان گفت که برای جلوگیری از گسترش قوانین وضعی در کشور های اسلامی ، اقدام به تقنین شریعت یک گام مثبت و مفید است .

اسباب اختیار موضوع

موضوع بحث تقنین را بنده در رسالهٔ خود بخاطر این اختیار کردم که :

۱ - از یک جهت موضوع تقنین فقه اسلامی مهم و قابل بحث علماء است و در عصر حاضر بحث آن رونق بیشتر گرفته است .

۲ - از جهت دیگر برای فهمیدن به مسلک قضاء به شیوهٔ آسان برای خود و همسطوح خویش که مقلد هستیم و در سطح پایین علمی قرار داریم مفید تمام میشود.

۳ - از طرف دیگر ایفاء قضاء و استفاده از احکام فقهی برای حل قضایا کار آسان نبوده و نیست.

پس تقنین یا به تعبیر دیگر جمع آوری نظریات و اقوال راجح یک مذهب معین یا اقوال راجح از همه مذاهب اسلامی یگانه گام مناسب و مثبت است که در نتیجهٔ آن اقوال راجح فقهی به شکل قانون

در مواد مسلسل تنظیم و گنجانیده میشود و مراجعه به آن برای همه آسان میگردد و فهمیدن اصطلاحات آن آسان میشود و احکام قضائی موحد و یکپارچه میگردد و برای همه کسانی که به وضاحت فیصله ها و قضاوت ها و فتوا ها نیاز دارند یک آدرس مشخص و معلوم در روشنائی فقه اسلامی تعیین میگردد .

بنابر این علاقه مند شدم که رساله خویش را تحت این عنوان تقنین شریعت مورد بحث قرار دادم.

اهداف اختیار موضوع

۱ - شناخت محل اجتهاد و چگونگی تجزیه ملکه اجتهاد و بیان نیاز به اجتهاد جماعی در عصر حاضر .

۲ - شناخت محل تقلید و بیان چگونگی ضرورت به آن در احکام فقهی برای عموم افراد غیر مجتهد.

۳ - شناخت تقنین فقه اسلامی و بیان تاریخچه و چگونگی آن و نظریات علماء در باره حکم آن .

۴ - بیان چگونگی نقش اجتهاد و تقلید در تقنین فقه اسلامی و شناخت فواید و عیوب تقنین فقه .

۵ - بیان نیاز جامعه به تقنین و بخصوص ضرورت قضات به تقنین فقه و پیامدهای اجتهاد و تقلید برای قضات .

سوال اصلی تحقیق

حکم به جواز تقنین با مجتهد بودن قضات و یا مقلد بودن آنان چی ربطی دارد و نقش اجتهاد و تقلید در تقنین فقه اسلامی چیست ؟

پاسخ : مجتهد بودن بر عدم ضرورت تقنین فقه اسلامی نقش دارد و مقلد بودن به تقنین فقه نیاز دارد چونکه جواز تقنین قضیه تقلید را تقویه میکند و تقنین فقه برای قاضی مقلد در حل قضایا یک نوع سهولت را ایجاد مینماید و زمینه را هموار میسازد. و در صورت مجتهد بودن قاضی باز به تقنین فقه اسلامی نیاز نمیباشد .

سوال های فرعی تحقیق

۱ - اجتهاد چیست ؟

۲ - تقلید چیست ؟

۳ - تقنین شریعت چی سیری تاریخی در کشور داشت ؟

۴ - در مورد تقنین شریعت علماء چی نظر دارند ؟

پاسخ :

۱ - اجتهاد همان تحمل مشقت و تلاش ورزی و به کار گیری توان علمی است بمنظور حصول حکم شرعی عملی از ادله آن .

۲ - تقلید همان محاکات یعنی مشابهت و مماثلت در قول و عمل است که مقلد به قول امام خود به قسمی عمل میکند و مماثلت نشان میدهد که با دلیل آن شناخت ندارد و یا دلیل آن را مطالبه نمی نماید .

۳ - تقنین شریعت در کشور عزیز ما افغانستان سیر تاریخی را داشته که از زمان سلطنت های پیشین شروع تا سلطنت های پسین و تا دور انقلاب و حال حاضر به نوبه خود به شیوه های مختلف انجام شده است که بیشتر در سیستم های قضائی کاربرد داشته و برخی از آثار آن را میتوان یافت . و این موضوع به تفصیل در متن رساله ذکر شده است .

۴ - علماء در باره تقنین فقه اسلامی نظریات مختلف دارند که تعدادی آن را با دلایل خویش نادرست دانسته و رد نمودند و تعداد دیگر از آن دفاع کرده و آن را در این عصر و زمان قسمیکه حالات و شرایط حاکم است یک عملیه مناسب و مفید و موافق مصلحت ها شمرده اند و این ها نیز دلایل خود را دارند . که هر کدام به تفصیل مورد بحث قرار گرفته است .

پیشینه تحقیق

موضوع تقنین شریعت یک موضوع مهم است که امروز بحث آن در بین علماء و دانشمندان داغ است که بیشتر علماء معاصرین موضوع را زیاد ترمورد بحث قرار دادند چونکه نسبتاً یک موضوع معاصر است و در نزد علماء متقدم کمتر مورد بحث بوده و کمتر بر آن توجه صورت گرفته است .

بنا بر این بیشتر کتاب های که راجع به این موضوع به رشته تحریر در آمده است کتاب های معاصر است و به حجم های مختلف بزرگ و کوچک به نشر و طبع رسیده است .

مانند : تقنین الفقه الإسلامی (المبدأ والمنهج والتطبيق)^۱ . و تقنین الأحكام الشرعية تاريخه وحكمه^۲، حركة التقنين الفقهي وأثرها على الفقه الإسلامی^۳ . و المدخل الفقهي العام^۴ . و تقنين الأحكام الشرعية ضرورة عصرية^۵ . المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية^۶ . المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامی^۷ . وغيره میباشد .

و گرچه مفهوم آن به یک چیز و یک موضوع بر میگردد ولی تعابیر آن ها مختلف میباشد و بیشتر به زبان عربی از طرف علماء کشورهای عربی به تألیف و نشر رسیده است و از طرف دیگر علماء و استادان بزرگوار ما هم به زبان های ملی کشورمان به گونه یی خدمات خود را تقدیم نمودند و کتاب های را راجع به بحث تقنین به رشته تحریر در آوردند و به سویی یی بلند و خاص علمی خود قرار دارد که علماء از آن مستفید میشوند .

و من هم بنا بر انگیزه خدمات علمی و ارزش آن در جامعه و مهم بودن موضوع ، خواستم که رساله علمی خود را در این موضوع انتخاب نموده و تحقیق و تلاش خود را به خرج داده معلومات را از کتاب های فقه و قانون جمع آوری کردم .

۱ - عبد البر - محمد زکی - (جلد ۱ / صفحه ۲۱۶) . طبع دوم - ادارة إحياء التراث الإسلامی - قطر . ۱۴۰۷ هـ . ۱۹۸۶ م .
۲ - شثری - عبد الرحمن بن سعد : (۱ / صفحات ۲۱ - ۲۲) . طبع اول - دار التوحيد - ریاض - السعودية . ۱۴۳۵ هـ .
۳ - هاجر - عیایده : (جلد ۱ / صفحه ۴۸) . طبع اول - مطبعة جامعة الجزائر ۱ - ۱۴۳۸ هـ ق . ۲۰۱۷ م .
۴ - زرقا - مصطفى احمد - (جلد ۱ / صفحه ۳۱۴) . طبع دوم - دار القلم - دمشق - سوریه . ۱۴۲۵ هـ . ۲۰۰۴ م .
۵ - عبدالعاطی - محمد عبد اللطيف رجب : (۱ / صفحه ۱۹) . أستاذ مشارك بكلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة . maalaati@hotmail.com
۶ - قرضاوی - يوسف عبدالله - (جلد ۱ / صفحه ۲۵۹) طبع اول - مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان . ۱۴۱۴ هـ . ۱۹۹۳ م .
۷ - اشقر - عمر سليمان عبدالله . (ج ۱ / صفحات ۳۴۹ - ۳۵۵) طبع اول - دار النفائس - اردن . ۱۴۲۵ هـ - ق - ۲۰۰۵ م .

وتفاوت این رساله نسبت به دیگر کتاب های نوشته شده در موضوع تقنین فقه اسلامی اینست که این را به روش آسان و روان و همه فهم به زبان دری نوشته نمودم تا باشد که مورد استفاده عامه مطالعه کنندگان قرار بگیرد ، موضوع را وسعت داده و نقش اجتهاد و تقلید را راجع به تقنین فقه اسلامی مطرح نمودم .

روش تحقیق و مواد آن

در این رساله خویش که بحث تقنین فقه اسلامی را مورد تحقیق قرار دادم از کتب علماء سابق و علماء معاصر از نسخه های سافت کتابخانه های الکترونیکی که مجلدات و صفحات آن با نسخه های هارد آن که طبع و چاپ شده موافقت دارد به روش تحقیق توسعه ای ، نظریات و دلایل علماء موافق و مخالف تقنین بحث گردیده ، مقایسه و مناقشه شده است .

در ترتیب و تهیه موضوعات این رساله از آیات قرآنی با ذکر سوره و شماره آیت در پاورقی و از احادیث نبوی با تخریح علمی حدیث در پاورقی و ذکر فهرست آن در آخر کتاب، استفاده صورت گرفته است . موضوعات رساله از متون و کتب قدیمی علماء و فقهاء و کتاب های فقه و قانون علمای معاصر که مربوط موضوعات اجتهاد و تقلید و تقنین و قضاء و افتاء میشود از اینترنت از مکتبه های الکترونیکی مانند "الشاملة" و "النور" و "الألوكة" و غیره از کتاب های که بر رد تقنین فقه اسلامی و از کتاب های که بر تایید تقنین فقه اسلامی تحریر شده که به شکل پی دی اف درآمده و نیز از کتابخانه دارالعلوم عالی امام ابوحنیفه (رحمه الله) و غیره که مورد دسترسی بوده استفاده شده و به تعبیرهای آسان و روان و با ذکر دلایل کافی از طرفین و مناقشه آن و نظر راجح در آن ، نوشته و ترتیب شده است. و به شیوه نوشته و تنظیم شده است که منبع و مصدر هر موضوع در پاورقی صفحه با مشخصات لازم ذکر گردیده است. و کتاب های که منبع و مصدر میباشند در آخر رساله با ترتیب الفباء با ذکر اسم مشهور و تخلص مؤلف، عنوان کتاب ، جلد/ جزء و صفحه آن ، محقق یا مترجم آن ، محل و تاریخ طبع آن ، ذکر گردیده است .

اهداف تحقیق

اهداف تحقیق عبارت از نکات ذیل است :

۱ - یکی از دست آوردهای بحث و تحقیق در موضوع تقنین فقه اسلامی حاصل نمودن آشنایی بر نیرومندی فقه اسلامی در بیان احکام و حاصل نمودن معرفت به استقلال فقه اسلامی و شناخت

ویژگی های آن میباشد . و دیگر اینکه راه حل بی نیازی امت اسلامی برای استفاده از قانون وضعی غربی روشن میگردد . همچنین برشبهه مستشرقین که میگویند : فقه اسلامی به قانون وضعی ضرورت دارد و ازش کمک میگیرد رد میشود .

۲ - منظور از این بحث شناخت عملیه تقنین فقه اسلامی است که در نتیجه تلاش و مهارت های علمی و مسلکی فردی و گروهی علماء بشکل ماده وار درمدونه واحد جمع آوری شده و به سیستم قانون ترتیب و تنظیم میگردد، و این یک نوع خدمت برای فقه اسلامی میباشد.

۳ - در نتیجه بحث و تحقیق تقنین فقه اسلامی شناخت اقوال راجح فقهی و دسترسی به آن حاصل میگردد ، و همچنین آدرس احکامیکه مورد تعامل جامعه قرار دارد مشخص و معلوم میگردد .

۴ - دیگر از اهداف تحقیق در تقنین فقه اسلامی نشان دادن مقایسه و مقارنه در بین قوانین است ، و همچنین طریقه شناخت احکام فقهی آسان گردیده و معرفت نحوه استفاده از آن حاصل میگردد.

خطه و پلان تحقیق : (مختصر)

این رساله که در موضوع اجتهاد و تقلید و نقش آن در تقنین نگاشته شده است دارای مقدمه و سه فصل و نتیجه گیری بحث میباشد که فصل اول آن دارای سه مبحث و دو فصل بعدی آن دارای دو مبحث میباشد و هر مبحث این فصول دارای دو مطلب میباشد.

فصل اول :

درمباحث و مطالب فصل اول : تعریف و مجال اجتهاد ، تجزی اجتهاد ، تعریف و مجال تقلید و حکم آن ، تعریف تقنین و سیرتاریخی آن ، قانون گذاری فقه اسلامی در دوران بارکزائی های پیشین ، قانون گذاری معاصر افغانستان در عهد سلطنت های پسین و نظام های فعلی در روشنائی شریعت بیان گردیده است .

فصل دوم :

در مباحث و مطالب فصل دوم : دلایل مجوزین تقنین فقه اسلامی ، ویژگی ها و فوائد تقنین ، دلایل منع کنندگان تقنین فقه اسلامی ، عیوب و نواقص تقنین بیان شده است .

فصل سوم :

در مباحث و مطالب فصل سوم : اجتهاد و صلاحیت های قضات ، التزام قاضی به یک مذهب معین ، محدودیت قاضی در فیصله ها توسط تقنین ، ایجاد سهولت برای قاضی مقلد از جهت تقنین بیان گردیده است و در آخر هم نتیجه گیری و خلاصه موضوعات متن صورت گرفته است .

این رساله پوره و کامل نیست بلکه از جهات مختلف نواقص و کمبودی و عیوب خود را دارد که این از طرف بنده است چونکه همین قدر کوشش و توان داشتم و توانستم. و عاجزانه از مقام محترم تان خواهشمندم که کوشش اندک بنده را مورد پذیرش و تایید خود قرار داده و در پیشرفت بهتر همکاری ام نموده ممنون فرمایید .

با احترام : ادریس " منیب " .

فصل اول : مفاهیم اساسی .

مبحث اول : اجتهاد .

مطلب اول : تعریف اجتهاد .

الف - در لغت : بمعنی به کار گرفتن و به خرج دادن توان و کوشش در یک کار یعنی هر کار که باشد . قسمیکه ادیبان و اهل لغت چنین نوشته اند که : « جهد فی الأمر أى جد و طلب حتى وصل إلى الغاية » ترجمه : کوشش نمود در یک کار یعنی جدیت و جستجو نمود تا اینکه به نقطه پایان و هدف رسید .^۱

منبع و مأخذ کلمه اجتهاد : بر اساس قانون صرفی و لغت عربی و گفتار علماء و مجتهدین ، ابن منظور^۲ در کتاب خود^۳ چنین نوشته است: کلمه اجتهاد از باب افتعال است و معنی مبالغه را در یک کار نشان میدهد و در چیزی استعمال میگردد که در آن کوشش همراه با برداشت مشقت و دشواری ها باشد . و از ماده ذیل اشتقاق شده است . از: « جَهد » به فتح جیم بمعنی مشقت و « جُهد » به ضم جیم بمعنی بذل و مصرف نمودن^۴ . قسمیکه دکتور یوسف قرضاوی^۵ این توجیه دوم را نگاشته است. و وقتیکه گفته میشود : « اجتهاد فی الأمر » یعنی توان و طاقت خود را به کار گرفت و مشقت و مشکلات را برای طلب یک کار برداشت و تحمل نموده است .

ب - در اصطلاح : علماء اصول فقه اجتهاد را در اصطلاح به تعبیرها و عبارات گوناگون تعریف نموده اند، برخی علمای حنفی چنین فرموده اند : « الإجتهد بذل الطاقة من الفقيه فی تحصیل

۱ - ابراهیم مصطفی- أحمد الزیات - حامد عبد القادر - محمد علی النجار (مجمع اللغة العربية) : المعجم الوسيط جلد ۱ / صفحه ۱۴۲ . طبع چهارم - مكتبة الشروق الدولية . القاهرة - مصر ۱۴۲۵ هـ / ۲۰۰۴ م .

۲ - محمد بن مکرم بن علی ، ابو الفضل ، جمال الدین بن منظور الانصاری الرویفی الافریقی . در تاریخ ۶۳۰ هجری قمری در مصر تولد شده و در تاریخ ۷۱۱ هجری قمری وفات شده . در قاهره در دیوان انشاء کار کرده و در طرابلس در منصب قضاء نیز کار کرده است- تصانیف زیاد دارد در آخر عمر خویش نابینا شده بود. مؤلفات وی : لسان العرب (مشهورترین کتاب هایش است) ، مختار الأغانی ، لطائف الذخيرة ، مختصر تاریخ دمشق لابن عساکر و غیره . ببینید : خیرالدین بن محمود بن علی بن فارس الزرکلی دمشقی - الأعلام للزرکلی ج ۷ / ۱۰۸ . طبع پانزدهم- دار العلم - بیروت . ۲۰۰۲ م .

۳ - محمد بن مکرم بن منظور الأفریقی المصري - لسان العرب (جلد ۳ / صفحه ۱۳۳ . طبع اول . نشر- دار صادر - بیروت - لبنان .

۴ - (مرجع مذکور از المعجم الوسيط) (ص / ۱۴۳) .

۵ - یوسف عبدالله القرضاوی - عالم محقق مصری، فقیه ، نویسنده ، شاعر ، و دارای ملیت قطری و رئیس سابق اتحادیه جهانی علمای مسلمان و یکی از رهبران جنبش اخوان المسلمین بود. در تاریخ ۱۹۲۶ میلادی در مصر تولد شده است . و در تاریخ ۲۰۲۲ م در ۹۶ سالگی در دوحه قطر وفات شده است . مؤلفات وی : ازان جمله : الحلال والحرام فی الإسلام ، کتاب فتاوی معاصرة ، تیسیر الفقه للمسلم المعاصر ، المدخل لدراسة السنة النبوية ، زراعة الأعضاء فی ضوء الشريعة الإسلامية ، الإجتهد فی الشريعة الإسلامية و غیره . ویکیپدیا . <https://ar.Wikipedia.Org>

حکم شرعی ظنی «^۱ ترجمه : اجتهاد عبارت از به کار گرفتن توان علمی فقیه برای حصول حکم ظنی شرعی، میباشد .

و نیز به اجتهاد تشویق کرده اند . امام شافعی^۲ (رحمه الله) میفرماید که : « المجتهد لا يقول في المسألة : لا أعلم ، حتى يجهد نفسه في النظر فيها ، ولم يقف » یعنی مجتهد در یک مسأله و موضوع شرعی نباید بگوید نمیدانم و توقف کند بلکه توسط توان علمی خود کوشش نموده و آن را به کار بیندازد و چیزی را راجع به آن بداند و بر اساس علم خود فیصله نماید .

بنا برین بر اساس حکم دین اسلام و مکلفیت انسان ، بالای مکلف همین به کار گرفتن توان و طاقت آن لازم است قسمیکه الله متعال فرموده است : { لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا }^۳ ترجمه : خداوند متعال هیچ شخصی را مکلف نمیکند مگر بر حسب توان آن . و نمونه از تعریف های دیگر علماء قرار ذیل است :

۱ - ازان جمله ، تعریف امام غزالی^۴ (رحمه الله) راجع به اجتهاد : « بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة »^۵ ترجمه : اجتهاد عبارت است از : به کار انداختن مجتهد توان خود را در طلب علم برای احکام شرعی .

۱ - بهاری - محب الله بن عبدالشکور الهندی . مسلم الثبوت ج ۲ / ص ۳۱۸ - طبع مطبعه حسینیة - مصر .
۲ - ابو عبدالله محمد بن ادریس بن العباس بن عثمان ابن شافع الهاشمی القرشی المطلبی - فقیه و مجتهد و امام مذهب شافعی و بنیان گذار علم اصول فقه بود . و نیز شاعر بلیغ و تیز انداز ماهر بوده است . امام احمد بن حنبل در باره او فرموده است : الشافعی مانند خورشید بدرخشید و مایه سعادت مردم بود . در تاریخ ۱۵۰ هجری قمری در غزه فلسطین تولد شده و در تاریخ ۲۰۴ ه - ق در مصر وفات شده است . در بغداد و یمن و مکه و مصر رحله و سکونت کرده است . مؤلفات وی : مشهورترین کتاب او در فقه کتاب (الأم) است . و در اصول فقه کتاب (الرسالة) است و در حدیث کتاب (المسند) است و غیره . استادان وی : ازان جمله : سفیان بن عیینة ، مالک بن انس ، وکیع بن الجراح و غیره . شاگردان وی : ازان جمله : احمد بن حنبل ، ابراهیم بن خالد ، سلیمان بن داود ، یوسف بن یحی ، حارث بن اسد غیره . ببینید : الأعلام للزركلي ج ۶ / ص ۲۶ . طبع پانزدهم - دار العلم - بیروت . ۲۰۰۲ م .

۳ - سوره بقره : ۲۸۶

۴ - ابو حامد محمد غزالی طوسی نیشاپوری ، صوفی - شافعی - اشعری . از برجسته ترین علمای عصر خود و از مشهور ترین علمای مسلمان در قرن پنجم هجری بوده ، یعنی عالم فقیه - اصولی - فیلسوف و صوفی بوده است . در تاریخ ۴۵۰ هجری قمری در منطقه طبران طوس - دولت سلجوقیان تولد شده ، و در تاریخ ۱۴ جمادی الثانی ۵۰۵ ه - ق وفات نموده است . استادان وی : ازان جمله : أبو المعالی الجوینی و الفارمذی . شاگردان وی : ازان جمله : أبویکر بن العربی . در نیشاپور ، بغداد ، دمشق سکونت داشته است . مؤلفات وی : کتاب - إحياء علوم الدين ، المستصفي في علم أصول الفقه ، الإقتصاد في الاعتقاد ، مقاصد الفلاسفة و غیره . ببینید : شمس الدين ابو عبيالله محمد بن أحمد الذهبي _ سير أعلام النبلاء جزء ۱۹ / صفحه ۳۰۲ - نشر : مؤسسة الرسالة .

۵ - غزالی - ابو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي - المستصفي في علم الأصول . (جزء ۴ / صفحه ۴) نشر - مؤسسة الرسالة - بيروت لبنان . طبع اول ۱۴۱۷ ه / ۱۹۹۷ م

۲- تعریف امام فخرالرازی^۱ (رحمه الله) : «استفراغ الوسع فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه»^۲ ترجمه : اجتهاد عبارت است از : به کار انداختن توان به طور کامل در موضوعیکه در آن بسبب به کار انداختن توانمندی ملامتی بوجود نمیاید .

۳- تعریف امام بیضاوی^۳ (رحمه الله) : « هو استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية »^۴ ترجمه : اجتهاد عبارت است از : به کار گرفتن کوشش و تلاش کامل در فهمیدن احکام شرعی .

۴- امام شوکانی^۵ (رحمه الله) چنین فرموده است : « بذل الجهد لمعرفة أحكام الله تبارك وتعالى لتحقيق عبادته التي كلفنا بها »^۶ یعنی اجتهاد عبارت است از : به خرج دادن وبه کار گرفتن توان علمی مجتهد برای شناخت و حصول احکامیکه الله جل جلاله ما را به آن مکلف ساخته است . (یعنی شناخت احکام از طریق بدست آوردن آن از دلایل شرعی).

بعض علماء در تعریف قید « الفقيه » را اضافه نمودند یعنی گفتند : «بذل الفقيه الوسع»^۷ یعنی به کار گرفتن مجتهد توان علمی خود را برای حصول فهم احکام شرعی عملی از دلایل.

و همچنین تعریف های زیادی توسط علماء و مجتهدین ارایه گردیده است . وبخاطر تذکراحسن به همین چند تعریف که از طرف علماء برای اجتهاد صورت گرفته است اکتفا میکنیم .

۱ - ابو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي رازی - مشهوری به شیخ الإسلام / امام فخرالرازی / فخرالدین الرازی، است فقیه، اصولی، مفسر، زبان شناس، ریاضی دان و فیلسوف و غیره، شافعی - اشعری بوده است. در تاریخ ۵۴۴ هجری قمری تولد شده و در تاریخ ۶۰۵ هـ ق در هرات وفات کرده است. مؤلفات وی : ازان جمله : التفسیر الکبیر، الإشارة فی علم الکلام، معالم اصول الدین، و غیره. شاگردان وی : ازان جمله : أحمد بن خلیل الخوی، تاج الدین الأرموی است. ببینید : سیر اعلام النبلاء جزء ۲۱ / صفحه ۴۸۰- نشر : مؤسسة الرسالة .

۲ - رازی - محمد بن عمر بن الحسن بن الحسن بن علي رازی - المحصول فی علم الأصول . (جزء ۶ / صفحه ۷) نشر - جامعه اسلامیة ریاض . طبع اول : ۱۴۰۰ هـ . تحقیق طه جابر فیاض العلوانی .

۳ - بیضاوی - ابو الخیر ناصرالدین عبدالله بن عمر بن محمد بن علی البیضاوی الشیرازی الشافعی . فقیه، اصولی، مفسر، محدث، متکلم، نحوی بوده است. در شروع قرن هفتم هجری قمری در منطقه بیضاء-فارس تولد شده. در تاریخ ۶۸۵ هـ ق موافق ۱۲۸۶ م در تبریز وفات نموده . استادانش : ازان جمله : پدرش ابوالقاسم عمر بن محمد، شیخ محمد بن محمد الکتانی الصوفی، شیخ شرف الدین عمر البشکانی الزکی . مؤلفات وی : ازان جمله : أنوار التنزیل و أسرار التأویل، منهاج الوصول الی علم الأصول مصباح الأرواح فی الکلام، نظام التواریخ، و غیره . <http://www.mawsoah.net> الموسوعة العربية العالمية . Global Arabic Encyclopedia

۴ - بیضاوی- ابو الخیر ناصرالدین عبدالله بن عمر بن محمد بن علی البیضاوی - منهاج الوصول الی علم الاصول - (جلد ۱ / صفحه ۲۴۷) . نشر وطبع - دار ابن حزم - بیروت - لبنان . طبع اول - ۱۴۲۹ هـ ۲۰۰۸ م .

۵ - محمد بن علی بن محمد الشوکانی ملقب به بدرالدین شوکانی است - عالم و فقیه، قاضی، مفتی، شاعر واز علمای برجسته یمن است . در تاریخ ۲۸ ذی القعدة ۱۱۷۳ هجری قمری در شوکان یمن تولد شده و در تاریخ ۲۷ جمادی الآخرة ۱۲۵۵ هـ ق در صنعا وفات کرده است . استادان وی : ازان جمله : العلامة الحسن بن اسماعیل المغربي، الامام الحافظ عبدالقادر بن احمد الکوکیانی، العلامة محمد علی بن ابراهیم، العلامة أحمد بن محمد الحرازی و غیره . مؤلفات وی : کتاب (نیل الاوطار) در حدیث، (فتح القدير) در تفسیر، (ارشاد الفحول من علم الأصول) در علم اصول فقه و غیره. ببینید : الأعلام للزركلي ج ۷ / ۱۰۸ . طبع پانزدهم- دار العلم - بیروت . ۲۰۰۲ م .

۶ - شوکانی : محمد بن علی بدرالدین الشوکانی - القول المفید فی أدلة الإجتهد والتقليد . جلد ۱ / صفحه ۹۵ . طبع اول : ۱۴۱۱ هـ - ۱۹۹۱ م طبع ونشر دار الكتاب المصري قاهره. ودارالکتاب اللبنانی بیروت .

۷ - شنقیطی - سید عبدالله بن ابراهیم العلوی . نشرالبنود علی مراقی السعود - ج ۲ / ص ۳۱۵ . طبع - مطبعة محمدیه- المغرب .

تبصره : در این مورد تعریفات ذکر شده تا جای یکسان هستند بخاطر اینست که مفهوم عملیه اجتهاد در مجموع یک چیز است و یک مصداق را بیان میکند پس در این جا تعبیر لفظی آنها با بسیار تفاوت اندک و باریک قرار گرفته است و تا جای همسان در نظر میرسد .

بنا بر این در نتیجه میتوان گفت که به نزد بیشتری علماء تعریف های امام محب الله بهاری که در ابتداء و از امام شوکانی که در آخر ذکر شد راجح به نظر میرسد چونکه در این دو تعریف مفاهم کلی اجتهاد و شناخت مجتهد و عملکرد وی و نتیجه و هدف آن شامل است بنا برین، این دو تعریف را در ابتداء و آخر قرار دادم .

مطلب دوم : چکیده های مهم دراجتهاد

الف : انواع اجتهاد

اجتهاد بنا بر جهت های مختلف انواع و مراتب گوناگون دارد. اما در ابتداء قابل یاد آوری است که اجتهاد بطور کلی از لحاظ علت حکم به دو قسم تقسیم شده است که : یک نوع آن تا زمانی که تکلیف و مکلفیت موجود میباشد یعنی تا قیام قیامت جریان دارد . آن را اجتهاد متعلق به تحقیق المناط مینامند و در پذیرفتن آن در بین امت اختلافی وجود ندارد یعنی حکم از آدرس شرعی ثابت میباشد ولی در تعیین محل آن نظر و دقت به کار است. نوع دوم اجتهاد آنست که امکان دارد که قبل از ختم تکلیف قطع گردد. و آن بر سه نوع دیگر تقسیم گردیده است .^۱ که عبارت است از :

۱ - تنقیح المناط : آن عبارت از اینست که صفت معتبر برای حکم در نص همراه دیگر صفات ذکر میباشد و مجتهد صفت و علت معتبر را از دیگر صفات تمیز و جدا میسازد . مانند بیان علت در حکم کفاره افطار روزه اعرابی که در ماه رمضان همراه خانمش جماع نموده بود . یعنی علت در کفاره همان واقع شدن به جماع میباشد.

۲ - تخریح المناط : این همان اجتهاد قیاسی است یعنی نص که بر حکم دلالت میکند به بیان علت و مناط آن نپرداخته باشد ولی مجتهد با تمسک به یکی از مسالک کشف علت ، علت حکم را استخراج مینماید . مانند بیان علت در حکم حرمت سود ، یعنی علت در حرمت سود همان کیل و یا طعم و یا قوت میباشد.

۳ - نوع دیگری از تحقیق المناط . یعنی جستجوی صفت و علت «حکم اصل» در موضوعاتی است که صلاحیت «فرع» قرار گرفتن برای آن «اصل» را در یک قیاس دارند . مانند بیان علت در حکم حرمت خمر یعنی علت در حرمت خمر همان سکر (مستی) است.

اجتهاد از لحاظ محل به انواع ذیل تقسیم بندی شده است :^۲

^۱ - شاطبی - ابو اسحاق - ابراهیم بن موسی الغرناطی المالکی (متوفی - ۷۹۰ هـ) (الموافقات فی اصول الشریعة - جلد ۱ / ۷۷۶ - ۷۷۹ . طبع اول - دار الکتب العلمیه - بیروت - لبنان . ۱۴۲۵ هـ ۲۰۰۴ م)
^۲ - بولوز - دکتور محمدأو شریف بولوز - تریبیه ملکه الاجتهاد من خلال کتاب ، بدایة المجتهد وكفاية المقتصد لابن رشد الحفید . جلد ۱ / صفحه ۲۹۵ . طبع اول - دارکنوز ایشبیلیا - ریاض - سعودی . ۱۴۳۲ هـ ۲۰۱۲ م .

۱- **اجتهاد عام** : عبارت از آن اجتهاد است که همه دلایل را در هر باب از ابواب فقه دربرداشته باشد.

۲- **اجتهاد خاص** : آن اجتهاد است که در یک باب خاص باشد مانند موضوع میراث و غیره یا به یک دلیل معین مانند قیاس ارتباط داشته باشد.

تقسیم اجتهاد به اعتبار نفس عملیه آن قرار ذیل است :

۱- **اجتهاد استصلاحی** : آن اجتهاد ورأی است که برای قضایایی جدید که دلیل از کتاب و سنت نداشته باشد احکام شرعی را براساس قاعده استصلاح بیان میکند .

۲- **اجتهاد انتقائی** : عبارت است از انتخاب اقوال راجح از منابع فقهی به قسمیکه به مقاصد شریعت و مصلحت جامعه و اوضاع عصر حاضر مناسب و نزدیکتر باشد . مانند : انتخاب مذهب حنفی درجواز انتقال دادن زکات به دیگر جا برای خویشاوندان مستحق یا برای کسانی که زیاد ضرورت دارند .

این کار مربوط مجتهد منتسب به اصول یک مذهب معین میشود که قدرت تخریح و استنباط و الحاق فروع به اصول را دارد.

۳- **اجتهاد انشائی** : عبارت از آن عملیه اجتهادی است که مجتهد حکم جدیدی را صادر کند که راجع به آن قبلا از مجتهدین کدام قول و نظری صادر نشده باشد .^۱ مانند : زکات نقود امروزی بنا بر نصاب طلا در نظر گرفته شده است نه بنا بر نصاب نقره ، و این اجتهاد مخالف کدام نص یا اجماع نمیباشد.

این نوع اجتهاد از بخش اجتهاد مجتهد مطلق میباشد . یعنی اجتهاد مجتهد مطلق اجتهاد انشائی شمرده میشود .

۴- **اجتهاد جماعی** : عبارت از آن عملیه اجتهادی است که گروهی از علمای مجمع فقه اسلامی بعد از تلاش و تحقیق علمی به دور از فشارها و به آزادی کامل و شجاعت ، راجع به قضیه جدید حکمی را صادر کنند .

^۱ - ندوی - عطاء الرحمن - الأستاذ المساعد باللغة العربية ، الجامعة الإسلامية العالمية ، بنغلادیش - الإجتهد و دوره فی تجدید الفقه الإسلامي - (جزء ۳ / صفحه ۸۲ - ۸۳) .

یاد داشت : بنا بر این میتوان گفت ، اجتهادی که در این عصر حاضر جوامع اسلامی به آن بیشتر نیاز دارد همین اجتهاد جماعی است . خوبی ها و ویژگی های اجتهاد جماعی بطور خلاصه چنین بیان نمود .

۱ - اجتهاد جماعی نتیجه تحقیق ها و مشاوره ها و تبادل نظرهای متعدد مجتهدین کرام در قضیه محل اجتهاد است . که این خیلی به حق نزدیکتر و مورد پذیرش و اطمینان قرار میگیرد .

۲- عصر حاضر عصر انکشاف تخصص علمی است و هر دانشمند در یک بخش خاص تخصص دارد و خیلی اندک است که دانشمندی پیدا شود که در همه علوم و معارف تخصص داشته باشد پس اجتهاد جماعی (انتقائی باشد یا قیاسی) برای حل قضایایی جدید یگانه راه حل معقول و به حق نزدیک و از خطا محفوظ میباشد .

۳- این عصر دارای اکتشافات و اختراعات همه جانبه در امور زندگی است و بسیاری از قضیه های جدید در گذشته پیشبینی نشده و حتی مثال و مانند آن در کتب فقهی نیز ذکر نشده و خیلی سزاوار است که اینگونه قضایا توسط اجتهاد جماعی حل گردد و مصلحت جامعه نیز این را تقاضا میکند .

تقسیم اجتهاد از لحاظ شخصیت مجتهد به اقسام ذیل تقسیم بندی شده .^۱

۱ - **مجتهد مطلق مستقل** : آنست که مجتهد میتواند در اصول که مجتهدات خود را بنا کرده است تصرف نماید . و نیز میتواند که در دلایل متعارضه یکی را انتخاب نماید و احتمال راجح را بیان کند . و نیز میتواند در مسائل که راجع به آن جواب ارائه نشده است در روشنایی دلایل و اصول مذهب پاسخ بدهد . مانند : فقهاء صحابه (رضی الله عنهم) و ائمه مذاهب چهارگانه و غیره .

۲- **مجتهد مقید** : در این جا دو موضوع مطرح میشود یکی اینکه مقید به مذهب معین و دیگری مقید به مجال معین (که در بحث مجال اجتهاد روشن میگردد) . و مقید به مذهب شامل مراتب چهارگانه ذیل است :

الف : منتسب (غیرمستقل) : آنست که در فروع اجتهاد نماید نی در اصول، بلکه اصول شیخ و استاد خود را سالم نگهداشته و از آن در دلایل و آگهی به مأخذ احکام، پیروی نموده و زیاد کمک

^۱ - فوزان - صالح بن فوزان - عضو هیئة کبار العلماء - السعودیة . الاجتهاد - جلد ۱ / ۱۶ - ۱۸ . طبع اول - دار المسلم ریاض ۱۴۱۲ هـ .

گرفته باشد . مانند : شاگردان امام ابوحنیفه (رحمه الله) یعنی امام محمد ، امام ابویوسف ، امام زفر (رحمهم الله) و امثال آنها از دیگر مذاهب فقهی باشد.

ب : مجتهد در مذهب (مقید به مذهب امام معین) : آنست که به درجه مجتهد مطلق ومنتسب نرسیده باشد ولیکن به اندازه توان علمی را حاصل کرده باشد که بتواند احکام مسائل را که از امام وی روایت نشده باشد استنباط نماید از نصوص امام خود تخریج کند . یعنی از نصوص و اصول وقواعد امام خود تجاوز نمیکند . مانند : امام طحاوی ، حسن بن زیاد ، امام کرخی و غیره.

ج : مجتهد فتوی و ترجیح : آنست که به درجه مجتهد در مذهب نرسیده باشد لیکن توان علمی را در ترجیح بین اقوال و روایات در مذهب خویش داشته باشد . مانند : امام مرغینانی ، امام سرخسی ، امام ابن الهمام و غیره .

د : مجتهد حافظ مذهب و ناقل آن : آنست که حافظ مذهب امام خویش باشد ، مسائل و مشکلات مذهب را فهمیده ، دلایلش را تایید و نقل نماید لیکن به اندازه مجتهد ترجیح توانمندی علمی نداشته باشد مانند صاحب متون معتبره (صاحب کتاب کنزالدقائق ، صاحب کتاب الدر المختار ، صاحب الوقایة ، صاحب المجمع ، امام نسفی و غیره) .^۱

خلاصه اینکه مراتب مجتهدین در تحت عنوان "مستقل" و "منتسب" و "مخرج" محدود شده است . هنگامیکه از اجتهاد مقید بحث به عمل میاید دو چیز در این شامل است یکی اینکه مقید به مذهب معین که در ضمن انواع ذکر شده فهمیده شد. دوم اینکه مقید به یک مجال معین است که در بحث تجزئ اجتهاد بهتر نمایان میگردد . در قدم نخست از مجال اجتهاد و اجتهاد در عصر حاضر تذکر میشود و سپس بحث تجزئ اجتهاد صورت میگیرد.

ب : مجال اجتهاد .

قسمیکه در تعریف های اجتهاد که از طرف علماء صورت گرفته است در بیشتر تعریف ها قید [حکم شرعی] ذکر گردیده است تا اینکه عقلیات و مسایل کلامی خارج گردد. مگر در نزد بعض ایشان مانند امام سبکی^۲ که در تعریف اجتهاد قید [شرعی] را نیاورده است که در نزد او اجتهاد

^۱ - ابو زهره- محمد بن احمد بن مصطفی - اصول فقه - جلد ۱ / ۳۹۸ . طبع - درالفکر العربی - دمشق . ۱۴۲۸ هـ ۲۰۰۷ م
^۲ - ابو نصر تاج الدین عبدالوهاب بن علی بن عبد الکافی السبکی - عالم بلیغ و تاریخدان عرب و قاضی در دمشق بود . در تاریخ ۷۲۸ هـ ق در مصر تولد شده و در تاریخ ۷۷۱ در دمشق وفات یافته است . مؤلفات وی : الإبهاج فی شرح المنهاج ، شرح منهاج البیضاوی

در مسایل که از قرآن و حدیث دلیل نداشته باشد صورت میگیرد و همچنین در مسایل و قضایای اجتماعی و شرعی اجتهاد صورت میگیرد که دلایل قاطع یا اجماع امت برای حل آن وجود نداشته باشد .

امام غزالی راجع به مجال اجتهاد چنین فرموده است : « المجتهد فيه: كل حكم شرعی لیس فيه دلیل قطعی »^۱ ترجمه : موضوع که دران اجتهاد صورت میگیرد عبارت است از هر آن حکم شرعی که برای آن دلیل قطعی وجود نداشته باشد .

بنابراین برخی از علماء به این چیزیکه غزالی ذکر کرده است اکتفا نموده اند . ولی برخی دیگر از علماء درین بحث قید [عملی] را اضافه نموده اند یعنی گفتند که محل و مجال اجتهاد ؛ حکم شرعی عملی میباشد و درین صورت ازین موضوع، مسایل شرعی اعتقادی خارج میگردد .

یعنی توسط قید حکم شرعی ، عقلیات و مسائل کلام خارج گردیده است قسمیکه امام غزالی فرموده است : « فإن الحق فیها واحد ، والمصیب واحد ، والمخطئ أثم . وإنما نعني بالمجتهد فيه مالا يكون المخطئ فيه آثما » ترجمه : به درستی که در موضوع مسایل شرعی اعتقادی، حق واحد است و انسان که به حق میرسد واحد است و انسان خطا کار گنهکار است ولیکن هدف ما در موضوع که مجال و محل اجتهاد قرار میگیرد آنست که مجتهد در صورتیکه دران خطا کند گنهکار محسوب نمیشود .

علامه دکتور یوسف قرضاوی درین باره چنین فرموده است : « والذی يظهر لی - والله أعلم - أن مجال الإجتهد : هو كل مسألة شرعية لیس فیها دلیل قطعی الثبوت ، قطعی الدلالة ، سواء كانت من المسائل الأصلية الإعتقادية أم من المسائل الفرعية العملية » ترجمه : آنچه که برای من آشکار گردیده است - والله أعلم - اینست که هر مسأله شرعی که برای آن دلیل قطعی الثبوت و قطعی الدلالة وجود نداشته باشد ، میتواند که محل و مجال اجتهاد قرار بگیرد . برابر است که از جمله مسایل اصلی اعتقادی و یا از جمله مسایل فرعی عملی باشد .

فی اصول الفقه . جمع الجوامع فی اصول الفقه . القواعد المشتملة على الأشباه والنظائر . وغيره . (. http://www.mawsoah.net الموسوعة العربية العالمية . Global Arabic Encyclopedia)
۱ - غزالی : المستصفي من علم الأصول - ابو حامد محمد بن محمد - ج ۴ / صفحه ۱۸ . طبع جامعة الإسلامية - المدينة المنورة .
- ندوی : الإجتهد ودوره فی تجديد الفقه الإسلامي (۱ / ۸۴) .

البته ناگفته نماند که در موضوعات فرضیت نمازهای پنجگانه و فرضیت زکات و فرضیت روزه و فرضیت حج و فرضیت کلمه شهادت و در حرام بودن عمل زنا و نوشیدن شراب و در حرام بودن قتل که به نص قطعی ثابت شده است ، اجتهاد درین موضوعات هیچگونه مجال و جای ندارد .

بنابراین علماء اصول فقه راجع به مجال اجتهاد این موضوع را به دو بخش تقسیم نموده اند .

۱- مالايجوز الاجتهاد فيه : فهو الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة والبداهة أوالتي ثبتت بدليل قطعی الثبوت وقطعی الدلالة .

ترجمه : مجال و موضوع که دران اجتهاد جایز نیست : عبارت است از ان احکام دینی که کاملاً معلوم و مشخص باشد و یا اینکه توسط دلیل قطعی الثبوت و قطعی الدلالة ثابت گردیده باشد .

۲- ما يجوز الاجتهاد فيه : فهي الأحكام التي ورد فيها نص ظنی الثبوت والدلالة أو ظنی أحدهما ، والأحكام التي لم يرد فيها نص ولا إجماع .

ترجمه : مجال و موضوع که دران اجتهاد جایز است : عبارت است از ان احکام که توسط نص ظنی الثبوت و ظنی الدلالة ثابت شده باشد و یا تنها توسط نص ظنی الثبوت یا ظنی الدلالة ثابت گردیده باشد و همچنین احکامیکه برای ثبوت آن کدام نص یا کدام اجماع وجود نداشته باشد .^۱

پس بطور خلاصه میتوان گفت که مجال و محل اجتهاد به دو چیز جمع بندی میگردد :

۱- مسایل و موضوعات که دران نص و اجماع وجود ندارد مجال اجتهاد قرار میگیرد . که اینگونه مسایل بدون حد و حصر میباشد و لحظه به لحظه امکان وقوع آن وجود دارد .

۲- مسایل و موضوعات که دران نص قطعی وجود ندارد که بدین گونه قرار ذیل است :

الف : مسایل که توسط نصوص قطعی الثبوت و ظنی الدلالة ثابت گردیده باشد .

ب : مسایل که توسط نصوص ظنی الثبوت و ظنی الدلالة ثابت گردیده باشد .^۲

۱ - قرضاوی - . يوسف عبدالله : الاجتهاد في الشريعة الإسلامية (جلد ۱ / صفحه ۲۲-۲۳) . www.al-mostafa.com
۲ - زحیلی - وهبة بن مصطفى - الوجيز في اصول الفقه - (جلد ۱ / صفحه ۲۳۲) . طبع اول - دارالفکر المعاصر - بیروت - لبنان . ۱۴۱۴ هـ ۱۹۹۴ م

پس این گونه موضوعات مجال و محل اجتهاد است که درین مواضع باید مجتهدین اجتهاد خود را انجام بدهند. بخاطریکه برای برون رفت امت اسلامی ازین مشکلات و بحران ها و موانع و حرج مرج که در قضیه های روزمره در زندگی فردی و اجتماعی خود به آن روبرو هستند یک راه حل عادلانه و آسان و جهت مستقیم برایشان وجود داشته باشد که آن توسط همین اجتهاد صورت میگیرد و راه برون رفت آن در اجتهاد نهفته است.

پس بنابراین درین موضوعات اجتهاد لازم است. چونکه اختلاف در تعیین حکم شرعی در بین علماء و فقهاء یک چیزی لازم است بلکه بنابر گفته های بعض علماء، اختلاف علماء رحمت است. و از طرف دیگر این هم لازم نیست که مجتهدین بر رأی واحد اجماع و اتفاق کنند بلکه ممکن است که در بین شان اختلاف باشد. پس بر همین اساس هر مجتهد دست باز دارد که در موضوعات و مجالات که محل اجتهاد قرار میگیرد نظر و اجتهاد خود را به کار بیندازد و مشکلات امت را حل بسازد.

ج : اجتهاد در عصر حاضر .

هنگامیکه اجتهاد در هر عصر و زمان یک ضرورت باشد، پس در عصر و زمان ما یعنی عصر حاضر بیشتر به اجتهاد ضرورت احساس میشود بخاطریکه درین عصر در امورات و شئون زندگی نسبت به زمان های گذشته بیشتر تغییرات بوجود آمده است و این تغییرات جامعه در نتیجه تغییرات علم و تکنالوژی امروزی میباشد که همه شاهد آن هستند و قابل انکار نیست، پس بنابراین اجتهاد یک ضرورت جدی این عصر حاضر است که دروازه آن باید باز باشد البته با رعایت و در نظر داشت شرایط علمی و اصولی آن. قسمیکه دروازه آن را پیامبر صلی الله علی وسلم گشوده و در بین علمای صحابه کرام و تابعین و علمای سلف صالح جریان یافته است.^۱

و درین عصر و زمان، مناسب است که اجتهاد از طرف مجمع علمی صورت بگیرد یعنی اجتهاد جماعی باشد تا باشد که نظریات و اجتهادات بطور آزادانه و بدون کدام فشار سیاسی و اجتماعی صورت بگیرد و البته درین صورت باز هم نمیتوان که اجتهاد فردی را نادیده گرفت چونکه اجتهاد فردی است که راه را به جلو روی اجتهاد جماعی باز میکند.

^۱ - توانا - سید محمد موسی - الاجتهاد ومدی حاجتنا إلیه فی هذا العصر - (جلد ۱ / صفحه ۳۰۷) طبع - قاهره - مصر . ۱۳۵۰ هـ ش . ۱۹۷۲ م .

و موضوع اجتهاد درین عصر باید در قدم نخست مسایل جدید و مشکلات معاصر باشد که مطابق ظروف عصر حاضر و حاجات آن است تا که یک راه حل برای آن از روشنی نصوص شرعی اصلی و مقاصد عامه و قواعد کلی و عرف جامعه و مصالح آن ، پیدا شود . راجع به اجتهاد در عصر حاضر چند سوال مطرح می‌گردد که خود بخود ازان ضرورت اجتهاد معاصر معلوم می‌گردد .

۱- آیا ما درین عصر به اجتهاد معاصر نیاز داریم یا خیر ؟

۲- آیا اجتهاد برای ما درین زمان آسان می‌باشد یا خیر .؟

۳- اجتهادی را که امروز نیاز داریم کدام نوع اجتهاد است اجتهاد ترجیحی اختیاری باشد یا اجتهاد ابداعی انشائی .؟

۴- صورت و شکل این اجتهاد چگونه باشد .؟

۵- در کدام مواضع در اجتهاد معاصر احساس خطر اشتباه شدن وجود دارد .؟

۶- در اجتهاد معاصر از کدام منهج باید کار گرفته شود ، ضوابط و علامات آن چیست .؟

در پاسخ باید گفت که ضرورت به اجتهاد یک ضرورت دائمی است به این معنی که حوادث و وقایع زندگی لحظه به لحظه احتمال وقوع را دارد و احوال جامعه هر لحظه تغییر پذیر است و شریعت اسلامی برای هر زمان و مکان قابل تطبیق است و دیگر اینکه تغییر درفتوی بر اساس تغییر در زمان است . پس بنابراین در عصر و زمان حاضر بیشتر به اجتهاد ضرورت داریم . چونکه تغییرات در اجتماع و انقلاب در صناعات و پیشرفت های علمی و تکنالوژی و مواصلات و ارتباطات جهانی همه و همه زمینه را قسمی مساعد ساخته که به اجتهاد معاصر بیشتر ضرورت احساس میشود .

در مواضع که امروز به اجتهاد معاصر زیاد نیاز داریم عبارت از چند موضوع مهم است که بطور فشرده یاد آوری میشود .

۱- موضوع مالی و اقتصادی : چونکه پیشرفت های مالی و اقتصادی و شیوه تعامل در جامعه از طریق شرکت ها و بانک ها و مؤسسات بیشتر ما را به اجتهاد معاصر نیازمند ساخته است .

از طرف دیگر بحث پول های کاغذی (نقود ورقی) است که امروز در تعامل بین مردم رائج می‌باشد پس در موضوعات و وجوب زکات و حرمت ربا و قضای دیون و دیگر موضوعات آیا حکم پول های

آهنی (نقود معدنی مانند طلا و نقره) را که توسط نصوص شرعی ثابت شده است، دارد یا خیر؟ البته باید گفت که در بعض موضوعات توافق دارند و در بعض موضوعات تفاوت دارند که هر کدام در جای خود نیاز به تفصیل دارد و درین جا به تفصیل آن پرداخته نمیشود.

۲- موضوع علمی و طبی: موضوع دیگری که امروز زیاد مطرح مییاشد موضوع طبی معاصر است چونکه هر قدر که علم تکنالوژی در بخش طبی پیشرفت کند همان قدر موضوع جدید در طب مطرح میشود و برای پیدا کردن حکم آن در روشنی شریعت به اجتهاد علمای ماهر و مسلکی نیاز مییاشد تا که حکم آن در فقه اسلامی مشخص گردد.

از جمله موضوعات طبی داغ امروز موضوع پیوند اعضای بدن انسان است که بحث نجات حیات یک انسان مییاشد. مثلا پیوند کرده، پیوند جلد، انتقال خون، پیوند استخوان و غیره که از جمله موضوعات معاصر طبی است و برای روشن شدن حکم آن به اجتهاد معاصر ضرورت است.^۱

حکم اجتهاد در عصر حاضر: البته اجتهاد معاصر در مسایل جدید در موضوعاتی نیاز است که از طرف علماء و فقهای مجتهد قدیم فتوی و نظری صادر نشده باشد و اگر کدام فتوی و نظری صادر شده باشد پس در این صورت برای مجتهد مجال اینست که کتب و تراث فقهی قدیمی را بر اساس قاعده (تغییر فتوی بر اساس تغییر زمان و مکان است) مورد مطالعه و بررسی و تجدید نظر قرار داده و بتواند رأی و نظر راجح را که با مقاصد شریعت و ظروف عصر حاضر و حاجات مردم و مصالح جامعه موافق باشد انتخاب نماید. و این موضوع راجع میشود به تقنین فقه اسلامی که بحث آن در فصل های بعدی مطرح میگردد. و به موضوع تقنین و عدم تقنین فقه اسلامی بر میگردد.

د: تجزیة اجتهاد.

تجزیة اجتهاد همان اجتهاد در بعض ابواب و بعض موضوعات است. در نزد بیشتری علماء، مجموعه شروطی که برای اجتهاد کامل و مطلق در نظر گرفته شده و لازم است، برای اجتهاد در بعض موضوعات و ابواب یا تجزیة اجتهاد ضرور نمییاشد، چونکه اجتهاد قابل تجزیه است یعنی مفهوم نظر این دسته از علماء این است که ملکه اجتهاد نسبت به بخش از معلومات تجزیه را قبول

۱- د. قرضای: الإجتهد فی الشریعة الإسلامیة (۱/ ۵۸ - ۶۰).

می‌کند. ولی کسانی که تجزیه اجتهاد را رد می‌کنند هدف شان این است که اجتهاد یک ملکه است و این ملکه تجزیه را قبول نمی‌کند.^۱

در واقع این موضوع اختلافی است، امام غزالی در کتاب خود^۲ شروط اجتهاد را بشکل دقیق و درست ذکر نموده است و سپس فرموده که: «اجتماع این شروط یا علوم هشتگانه برای مجتهد کامل و مطلق لازم است که در هر موضوع و مسأله شرعی فتوی می‌دهد. و ادامه می‌دهد» «در نزد من اجتهاد منصبی نیست که قابل تجزیه نباشد بلکه جایز است برای عالمی که در بعض موضوعات توان اجتهاد را دارد، مجتهد خطاب کرد».

بنا بر این جایز است که یک عالم از طریق نظر و قیاس در موضوع قیاسی فتوی بدهد گرچه در علم حدیث مهارت بالا به سویه محدثین نداشته باشد، پس کسی که در یک مسأله مشترک نظر و اجتهاد می‌کند برایش کافی است که فقیه نفس و عارف به اصول فرائض و معانی آن باشد (یعنی دارای توان استخراج احکام از ادله باشد) گرچه بر اخبار و احادیث که راجع به تحریم مسکرات وارد شده است از لحاظ علم جرح و تعدیل اطلاع و دسترسی کامل نداشته باشد، یا اینکه در موضوع نکاح بدون اجازه ولی فتوی می‌دهد بدون اینکه بر نظر و اجتهاد خود از احادیث وارد شده درین موضوع استمداد بگیرد. یا اینکه بر احادیث وارد شده در باره قتل مسلمان در مقابل ذمی علم داشته باشد و بر قوانین آن شناخت و معرفت حاصل نموده باشد ولیکن برایش ضرر ندارد که در این قول تعالی: **{ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلُكُمْ إِلَى الْكَعْبِينَ }**^۳ از لحاظ علم نحو به سویه سیبویه شناخت نداشته باشد. و همینگونه دیگر موضوعات را چنین قیاس نمود.

و از طرف دیگر بالای یک مفتی لازم نیست که هر مسأله را جواب بدهد، قسمی که از امام مالک رحمه الله چهل مسئله را پرسان نمودند و در حالیکه از طرف امام سی و شش مسئله آن به کلمه " لأدری " یعنی من نمی‌دانم، پاسخ داده شد. و همینگونه امام شافعی رحمه الله در جواب دادن بسیاری از مسائل توقف کرده است.^۴

۱ - زحیلی - وهبة بن مصطفى - الوجيز في اصول الفقه - (جلد ۱ / ص ۲۳۵ - ۲۳۶).

۲ - غزالی - ابو حامد . : المستصفي (۲ / ۳۸۹) .

۳ - [سوره مائده : ۶] .

۴ - د. قرضاوی : الإجتهد في الشريعة الإسلامية (۱ / ۲۸ - ۲۹) .

وصحابه کرام هم دارای چنین صفت و روش بودند یعنی همه این بزرگان بر آن مسئله که علم و بینش و درایت داشتند فتوی میدادند و در آن مسئله که علم و درایت کامل نداشتند توقف مینمودند .

براین نظر غزالی رحمه الله ، تعداد زیادی از علماء موافقت نشان دادند . صفی هندی^۱ این نظر را به اکثریت علماء نسبت داده است و صاحب " النکت " هم این را از ابوعلی جبائی^۲ و ابو عبدالله البصری المعتزلی^۳ حکایت نموده است . ابن دقیق العید^۴ فرموده است : یک شخص میتواند بر یک باب از ابواب فقهی تمکن و قدرت علمی بیابد و به مآخذ احکام آن شناخت حاصل نماید و هنگامیکه به مآخذ شناخت حاصل شود اجتهاد ممکن میگردد .

امام ابن قیم^۵ رحمه الله در کتاب خود^۶ میفرماید : اجتهاد حالتی است که تجزیه و تقسیم را می پذیرد یعنی یک شخص میتواند که در یک علم مجتهد باشد ولی در دیگر علم مقلد باشد یا در یک باب فقهی مجتهد باشد ولی در باب دیگر مقلد باشد ، پس این مجتهد در بخش های که توان اجتهاد را دارد میتواند که فتوی بدهد ولی در بخش های که توان اجتهاد را ندارد اجازه ندارد که فتوی بدهد ، و تجزئ اجتهاد در عصر و زمان ما مانند انواع تخصص است که مثلا یک استاد و عالم را نمیتوان یافت که بر همه فروع قانون مهارت اجتهادی داشته باشد .

بلکه حقیقت چنین است که یک شخص استاد و عالم قانون جزاء و جنائی میتواند باشد و دیگری استاد قانون مدنی و دیگری استاد قانون اداری یا بین المللی میباشد و غیره و یا اینکه یک عالم در برخی

^۱ - صفی الدین هندی محمد بن عبدالرحیم بن محمد الارموی - عالم فقیه ، اصولی ، بلیغ در تاریخ ۶۴۴ هـ - ق در هند تولد شده و در تاریخ ۷۱۵ هـ - ق در دمشق وفات یافته است . مؤلفات وی : الزبده در علم کلام ، النهایة ، الفائق در علم اصول فقه . و غیره . (برگرفته شده از ویکیپدیا - گوگل) .

^۲ - ابوعلی محمد بن عبدالوهاب جبائی - عالم متکلم بوده ، در تاریخ ۲۳۵ هـ - ق در خوزستان تولد شده . و در بصره به تحصیل علم پرداخت که ابوالحسن اشعری شاگردی وی را نموده است . و در تاریخ ۳۰۳ هـ - ق در بصره وفات شده است . (برگرفته شده از ویکیپدیا - گوگل) .

^۳ - ابو عبدالله الحسن بن علی البصری المعتزلی - عالم متکلم ، فلکیات ، فقه ، قواعد و رئیس متعزله بود . در تاریخ ۲۹۳ در بصره تولد شده و در تاریخ ۳۶۹ در بغداد یافت شده است . (برگرفته شده از ویکیپدیا - گوگل) .

^۴ - ابو الفتح ، محمد بن علی قوصی مشهور به ابن دقیق العید . عالم فقیه ، محدث ، قاضی ، زبان شناس ، خطیب ، ادیب ، شاعر مصری در سده هفدهم هجری بوده . در تاریخ ۶۲۵ هـ - ق تولد شده ، و در تاریخ ۷۰۲ هـ - ق در قاهره یافت شده است .

^۵ - ابو عبدالله شمس الدین محمد بن ابی بکر بن ایوب بن سعد بن حریر الزرعی دمشقی - عالم فقیه ، اهل حدیث ، مفسر ، اصولی و عالم متفکر و شیخ الاسلام بود . مشهور به ابن قیم یا ابن قیم جوزی ، میباشد . در تاریخ ۶۹۱ هـ - ق در زرعه تولد شده و در تاریخ ۷۵۱ هـ - ق در دمشق وفات شده است . مؤلفات وی : کتب زیاد را تصنیف کرده و از آن جمله : إغاثة اللفهان ، الإجتهد والتقلید ، اصول التفسیر ، إعلام الموقعین عن رب العالمین ، الفوائد ، مدارج السالکین و غیره . (برگرفته شده از الموسوعة العربية العالمية Global Arabic Encyclopedia <http://www.mawsoah.net>)

^۶ - ابن قیم جوزیه - ابو عبدالله شمس الدین محمد بن ابی بکر بن ایوب الزرعی - إعلام الموقعین عن رب العلمین (جزء ۶ / صفحه ۱۲۹) . طبع اول - دار ابن جوزی - ریاض - السعودية - ۱۴۲۳ هـ .

موضوعات استاد بزرگ و مرجع باشد ، ولی در تعداد دیگری از موضوعات شاید مشابه به عامی باشد .

گرچه اجتهاد حقیقی و کامل همان اجتهاد مطلق است و مجتهد مطلق بر نظریه همه گیر و شامل، قدرت دارد که مجتهد جزئی از این عاجز میباشد ولیکن با این همه بحث ها باز هم نمیتوان نتایج و ثمره های اجتهاد جزئی را نادیده گرفت . و همین قول راجح است .

ولی تعداد دیگری از علماء بر منع تجزئ اجتهاد نظر دادند . و میگویند : گاهی اوقات فرع یک مسأله فقهی در یک موضوع میاید ولی اصل آن در موضوع دیگر میباید .

پس بنابراین امام شوکانی هم طرف دار این نظر است و میگوید : کسیکه توان اجتهاد بر بعض مسائل را نداشته باشد پس توان و قدرت اجتهاد را بر بعض دیگر هم ندارد و همینگونه اکثر علوم اجتهاد به همدیگر وابسته است و یکی به دیگری ارتباط دارد .

و امام شوکانی این مدعی را بر دلیل ذیل تأیید میکند : علماء اتفاق دارند بر اینکه برای مجتهد جایز نیست که کدام حکمی را صادر کند تا زمانیکه برایش دلیل تقاضا کننده و عدم مانع در آن موضوع ، توسط ظن غالب حاصل نشود و این صفت مربوط مجتهد مطلق است نه از مجتهد در بعض مسائل .

و دیگر اینکه ابواب و احکام شریعت به همدیگر ارتباط دارد مثلا بین کتاب نکاح و طلاق وعده و میراث ارتباط است و همینگونه بین کتاب حدود و قضاء ارتباط است و غیره . پس جهل و نادانی و ناتوانی در بعض مسائل ، منبع و محل تقصیر در بعض دیگر محسوب میشود .^۱

^۱ - قرضاوی . - یوسف عبدالله : الإجتهد فی الشریعة الإسلامیة (۱ / صفحه ۲۹) .

مبحث دوم : تقلید

مطلب اول : تعریف تقلید .

الف : در لغت . تقلید مصدر کلمهء [قَلَّد] است بمعنی قرار دادن چیزی بر گردن بطور مطلق یا بر گردن کسی که بر آن احاطه و کنترل داشته باشی یعنی انداختن گردن بند بر گردن کسی یا چیزی و بنا برین اساس، حیوانات که بمنظور قربانی در حرم کعبه برده میشوند وبخاطریکه علامه دار و نشانی شده باشند وکسی به آن ها کار نگیرد وآن ها را محترم بشمارد در گردن آن گردن بند انداخته میشود وآن را [قلاده] مینامند وجمع آن [قلائد] میاید وکلمهء [تقلید الهدی] هم ازین جهت گفته شده است .

و نیز یکی از معنای لغوی معتبر تقلید محاکات است (یعنی مشابهت و مماثلت در قول و عمل) و در بین معانی لغوی تقلید همین معنای محاکات بیشتر مناسب با موضوع تقلید و منطقی به نظر میرسد .

و از طرف دیگر در صورت سپردن کار برای دیگری هم لفظ تقلید بطور مجازی استعمال میگردد گویی که کار را به گردن آن انداخته است یعنی مقلد کار خود را به مجتهد سپرده است و گناه کتمان کاری علمی و پنهان کاری مسایل دینی را برگردن او گذاشته است .

و اصل کلمهء [قلد] برای پیچاندن یک چیز بر دیگر چیز هم استعمال میشود قسمیکه ابن منظور در کتاب [لسان العرب] چنین نوشته است : « لِيُ الشَّيْءِ عَلَي الشَّيْءِ » أَيْ [قلد الشَّيْءِ عَلَي الشَّيْءِ] یعنی پیچ دادن یک چیز بر دیگری .

و همچنین تقلید در لغت بمعنی التزام و احتمال یک کار میباشد . التزام [برخود لازم گرفتن] و احتمال [برداشتن] . قسمیکه در کتاب [لسان العرب] ذکر شده است « قلده الأمر » أَيْ أَلْزَمَهُ إِيَّاهُ يَعْنِي أَنَّ رَأَى بِهِ كَارَ مَلْزَمِ سَاخْتِ وَ « تَقَلَّدَ الْأَمْرَ » أَيْ تَحْمَلُهُ يَعْنِي كَارَرًا بِرِ دَوْشِ أَنْ وَ أَكْذَارَ كَرْدِ .^۱

ب : در اصطلاح : علماء راجع به تعریف اصطلاحی تقلید تعریفات متعدد و گوناگون دارند که از آن جمله چند تعریف قرار ذیل ذکر خواهد شد.

^۱ - ابن منظور : لسان العرب (۳ / ۳۶۵) .

۱- در نزد امام اسفرائینی^۱ و امام جوینی^۲. تقلید عبارت است از: پذیرفتن قول قائل بدون حجت.

۲- در نزد آمدی^۳. تقلید عبارت است از: عمل به قول غیر بدون حجت الزام آور.

۳- شیخ کمال بن الهمام^۴ تقلید را چنین تعریف نموده است. « العمل بقول من لیس قوله إحدى الحجج بلا حجة منها » ترجمه: تقلید عبارت است از: عمل نمودن به قول بدون دلیل از کسیکه قول او یکی از ادله شرع حساب نمیشود.^۵

۴- در نزد مفتی تقی عثمانی^۶. تقلید چنین تعریف شده است. « العمل بقول الغير من غير معرفة دليله أو من غير مطالبته بالدليل » ترجمه: تقلید عبارت است از: عمل نمودن به قول کسی بدون شناخت دلیل آن یا بدون مطالبه نمودن دلیل از آن.^۷

توضیح: فرق این تعریف ها اینست که در تعریف نخست، پذیرفتن قول کسی بدون دلیل مطلق مطرح شده، ولی در تعریف دوم بدون دلیل الزام آور مطرح شده، و در تعریف سوم پذیرفتن قول کسی بدون شناخت و مطالبه دلیل وی مطرح گردیده، و در تعریف چهارم پذیرفتن قول کسی، به قسمی مطرح شده که قول وی دلیل حساب نمیشود و همراه قول نیز دلیل نمیخواهد.

فشرده سخن اینست که تقلید عبارت از پذیرفتن و عمل نمودن به قول کسی است که از آن مطالبه دلیل الزام آور صورت نمیگیرد و قولش یکی از ادله شرع نیز شمرده نمیشود.

۱- ابو اسحاق، ابراهیم بن محمد بن ابراهیم، اسفرائینی ملقب به رکن الدین - عالم فقیه، محدث، اصولی بود. در ولایت اسفرائین از مربوطات نیشاپور تولد شده. و در تاریخ ۴۱۸ هـ-ق در نیشاپور وفات شده است. مؤلفات وی: الجامع فی اصول الدین، الرسالة فی اصول الفقه. (زرکلی، خیرالدین - الأعلام ج ۱ / ص ۶۱ - طبع - دارالعلم للملایین - بیروت لبنان.)

۲- ابوالمعالی، عبدالملک بن عبد الله بن یوسف جوینی (مشهور به امام الحرمین) عالم فقیه، اصولی بود. در تاریخ ۴۱۹ هـ-ق در ولایت جوین تولد شده. و در تاریخ ۴۷۸ در نیشاپور وفات شده است. مؤلفات وی: الإرشاد فی اصول الدین، البرهان فی اصول الفقه، تلخیص التقریب، و غیره. (وفیات الأعیان - ج ۳ / ص ۱۶۸.)

۳- ابو الحسن علی بن ابی علی، معروف به سیف الدین آمدی پزشک، متکلم، فقیه و یکی از دانشمندان مشهور دوره عباسی بوده. در شهر دیاربکر در کردستان عراق تولد شده است و در اواخر عمر خویش از عراق به سوریه رفت و از طرف والی دمشق در بخش علم کلام ممنوع التدریس اعلان شده و در سوریه وفات یافته است. مؤلفات وی: إحکام فی أصول الأحکام، رموز الكنوز، غایة المرام فی علم الکلام و غیره. (طبقات الشافعية - ج ۱ / ص ۷۳.)

۴- محمد بن عبدالواحد بن عبدالحمید بن مسعود سیواسی کمال الدین معروف به ابن الهمام - عالم فقیه، مفسر، اصولی بوده. در تاریخ ۷۹۰ هـ-ق در اسکندریه تولد شده و در ۸۶۱ در قاهره وفات شده است. مؤلفات وی: فتح القدر فی شرح الهدایة - التحریر فی اصول الفقه. زاد الفقیر. و غیره. (زرکلی، خیرالدین - الأعلام ج ۶ / ص ۲۵۵ - موافق مکتبه الشامه.)

۵- راجحی - عبد العزيز بن عبد الله: التقليد والإفتاء والإستفتاء (جلد ۱ / ۱۱). طبع اول - دار كنوز إشبیلیا - ریاض - السعودیه - ۱۴۲۷ هـ ۲۰۰۷ م.

۶- محمد تقی بن محمد شفیع بن محمد یاسین بن خلیفه تحسین علی بن مایانجی امام علی - عالم و دانشمند در بخش فقه، قضاء، فتوا، اقتصاد، تصوف، حدیث میباشد. و از قضات ورزیده پاکستان بوده و رئیس شورای علمای اسلام میباشد - در تاریخ ۱۹۴۳ میلادی در دیوبند تولد شده است. مؤلفات وی: علوم القرآن، بحوث فی قضایا فقهیه معاصره، اصول الإفتاء و غیره. (اقتباس شده از ویکیپدیا - گوگل).

۷- عثمانی - محمد تقی: اصول الإفتاء (جلد ۱ / صفحه ۶۱). طبع - مکتبه معارف القرآن - ۱۴۳۲ هـ ۲۰۱۱ م.

یاد داشت : هنگامیکه گفته میشود تقلید عبارت است از گرفتن قول غیر ، منظور از [قول] اجتهاد و منظور از [غیر] مجتهد است . بخاطریکه عمل کردن به قرآن و سنت و اجماع تقلید گفته نمیشود و منظور از گرفتن و عمل کردن، همان صحت گذاشتن و اعتقاد بستن و عمل کردن برآن است. و منظور از حجت یا دلیل ، همان دلیل خاص است .

در تقلید عدم شناخت دلیل مطرح است بخاطریکه شخص مقلد غالباً قدرت و توانمندی شناخت دلیل را ندارد بخصوص در صورتیکه مقلد عامی باشد . اما در صورتیکه یک شخص قدرت نظر و تحقیق را در دلایل داشته باشد ولی باوجود شناخت و معرفت دلایل ، قول غیر را بگیرد بنا براینکه برایش درست تر به نظر رسیده است این تقلید گفته نمیشود بلکه این ترجیح و اختیار گفته میشود .

اما در صورتیکه قدرت تحقیق و شناخت دلیل را داشته باشد و در جستوی دلیل قول غیر نمیپردازد و بدون اینکه دلیل قول وی را بداند از آن پیروی میکند درین صورت نیز مقلد محسوب میشود .

مطلب دوم : شناخت مجال و حکم تقلید.

الف: مجال تقلید .

مجال و محل تقلید همان مجال و محل اجتهاد است یعنی دران موضوعات و مسائل که اجتهاد راه دارد و مجتهد میتواند که اجتهاد خود را به کار بگیرد و مسائل را استنباط کند و توضیح دهد ، پس در اینگونه موضوعات و مسائل تقلید نیز راه دارد و مقلد پیروی مجتهد خود را میکند و درین موضوعات از مجتهد خود تقلید میکند و تقلید آن برایش لازم است و نیاز نیست که به ترجیح نظریات بپردازد چونکه توان آن را ندارد و به همین اساس آن را تقلید میگویند . گویی که مقلد کار خود را به مجتهد سپرده و به گردن آن انداخته است .

ب : حکم تقلید . تقلید نظر به تحقق شروط و حالات و صورت ها حکم متفاوت دارد یعنی در بعضی صورت ها جایز است ولی در بعضی صورت های دیگر جایز نیست که هرکدام قرار ذیل بیان میگردد .^۱

^۱ - - جیزانی - محمد بن حسین بن حسن : معالم اصول الفقه عند أهل السنة والجماعة (جلد ۱ / صفحه ۴۹۷) . طبع اول - دارابن الجوزی - ریاض - السعودية . ۱۴۱۶ هـ ۱۹۹۶ م .

علمای اصول فقه راجع به حکم تقلید در بین تقلید در اصول و تقلید در فروع فرق گذاشتند البته یادآور شد که کسانی که تقلید را چنین تعریف نموده اند: « قبول قول الغير من غير حجة » یعنی پذیرفتن قول کسی بدون دلیل. در نزد ایشان تقلید ممنوع است و سوال سائل را که از عالم و مفتی صورت میگیرد و جواب همراه با دلیل برای سائل آشکار میگردد، اینگونه سوال در بحث اتباع شامل میگردد نه در بحث تقلید.

ولی کسانی که تقلید را چنین تعریف نموده اند: « قبول قول الغير من غير معرفة دليله » یعنی پذیرفتن سخن کسی بدون اینکه دلیل آن را بشناسد. پس این گروه از علماء در بین تقلید در اصول و در بین تقلید در فروع فرق قائل هستند.

بحث تقلید در اصول: گرچه بعضی علمای اصول فقه بر این نظر دارند که منظور از اصول بطور عام مسائلی اعتقادی است ولی قول درست و راجح اینست که منظور از اصول همان ایمان به الله (جل جلاله) و عبادت آن به یگانگی و ایمان آوردن به برحق بودن پیامبر صلی الله علیه و سلم است.^۱

پس در این اصول (ایمان به وحدانیت الله (جل جلاله) و حقانیت پیامبر صلی الله علیه و سلم) همه علمای جمهور اتفاق دارند که تقلید درست نیست و تقلید جای ندارد و نیاز نمیباشد و بر هر مسلمان برابر است که مقلد باشد یا غیر مقلد لازم و ضرور است که به دلایل این اصول (ایمان به الله تعالی و به پیامبر وی) بنگرد و خود را آگاه کند و قلب خود را قناعت بدهد چونکه فهمیدن این موضوعات خیلی آسان است که به مشاهده و به اندک معلومات عقلی و نقلی حاصل میگردد و نیاز به تقلید نیست. ناگفته نماند که ایمان مقلد درست است و کدام اشکالی بوجود نمیاید چونکه تقلید اصلاً در فروع و احکام و اجتهادات مجتهدین مورد بحث میباشد و مطرح میگردد و مقلد توان فهم دلایل ایمان به الله و پیامبر را دارد. و در باره یکتا پرستی الله (جل جلاله) و حقانیت پیامبر صلی الله علیه و سلم میتواند که خود را به آسانی به موضوع برساند و بفهماند و بر آن ایمان و باور داشته باشد.

^۱ - سلیمی - عیاض بن نامی: اصول الفقه الذی لا یسع الفقیه جهله (جلد ۱/صفحه ۴۸۰ - ۴۸۱). طبع اول - دار التدمریة - ریاض - السعودیة. ۱۴۲۶ هـ ۲۰۰۵ م

وراجع به اینکه تقلید در اصول (ایمان به الله (جل جلاله) و ایمان به پیامبر صلی الله علیه وسلم) درست نیست و نیاز نیست و با اعمال مشرکین یک نوع مشابهت محسوب می‌گردد و بنا بر این علماء تقلید در اصول را رد نمودند .

و بر آیات ذیل استدلال نموده اند : ۱- { وَإِذَا قِيلَ لَهُم اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَنْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوْلَوْكَانَ آبَاؤُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ }^۱

ترجمه : و هنگامیکه برای ایشان گفته شود که پیروی کنید آنچه را که الله متعال نازل کرده است ، می‌گویند بلکه پیروی میکنیم آنچه را که پدران خود را بران یافته ایم اگرچه پدران ایشان به چیزی نمی‌اندیشدند و راه یافته نبودند .

منظور و استدلال از این آیت بیان موقف و عقیده مشرکین در برابر حق است و مفهوم آن اصلا در باره رد شرک و تقلید شرکی است ! یعنی بحث و موضوع این آیت در باره مشرکین است که از پدران خود در ادامه کفر و بت پرستی تقلید مینمودند و از همین رو به نزد علماء این نیز بیانگر منع تقلید در اصول دین است ، ولی تقلید نمودن از پدران در غیر عمل کفری و شرکی یعنی تقلید در فروع دین کدام اشکالی ندارد . چونکه این برحرام بودن تقلید از نیاکان و مجتهدین در فروع دین دلیل نمیشود .

۲- { وَكَذَلِكَ مَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ نَذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتْرَفُوهَا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَارِهِمْ مُقْتَدُونَ }^۲

ترجمه : و همین طور در هیچ قریه‌ی نفرستادیم هیچ بیم دهنده را مگر که سرکشان و متکبران ایشان میگفتند که ما پدران خود را بر دینی یافتیم و بر نقش قدم ایشان پیروی کنندگانیم .

علماء از این آیات ذکر شده برای رد تقلید در اصول ایمان دلیل می‌گیرند و تقلید در اصول ایمان را بنا بر این آیات مردود میدانند .

^۱ - [سوره بقره: ۱۷۰] .
^۲ - [سوره زخرف: ۲۳] .

بحث تقلید در فروع : درین جا منظور از فروع مسایل اصول فقه ، فقه و بعض مسایل اعتقادی است نه آن اصول که انسان توسط آن به اسلام داخل و مشرف میشود که در متن قبلی مورد بحث قرار گرفت .^۱

پس علماء در تقلید نمودن اینگونه مسایل یا فروع اختلاف نظر دارند . در نزد جمهور علماء تقلید در چنین مسایل و مواضع رواست و درست میباشد و به دلایل ذیل استدلال نمودند .

۱- اجماع صحابه کرام را دلیل گرفتند بر اینکه در صورتیکه عوام الناس از علماء سوال کنند و علماء برای ایشان فتوا بدهند و این در حالیست که سوال عوام از علماء و فتوای علماء برای ایشان لازم و فرض است . و هنگامیکه عوام الناس از نفس فتوای علماء پیروی میکنند و بر آن عمل مینمایند و بر آن اکتفا میکنند ، پس همین تقلید است و این را اکثریت علما تأیید نموده اند .^۲

۲- از این قول الله متعال دلیل گرفتند : { وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ } .^۳ ترجمه : نفرستادیم پیش از تو مگر مردانی را که به آنان وحی میکردیم پس اگر نمی دانید از اهل علم بپرسید .

پس جوابیکه در نتیجه سوال از اهل علم حاصل میگردد و به آن عمل صورت میگیرد این عملکرد به گونه تقلید را ثابت میکند.

۳- استدلال به داستان ذیل : از شخصیکه که به نزد پیامبر صلی الله علیه وسلم آمد و راجع به پرسش که مزدور کسی بود و مجرد بود وزنا نمود . پس بخاطر حل موضوع ، پدرش به نزد پیامبر صلی الله علیه وسلم آمد و گفت : « وَإِنِّي سَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ فَأَخْبَرُونِي أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ جَدَّ مَائَةٍ وَتَعْرِيبَ عَامٍ » ترجمه : من (راجع به پسر من) از اهل علم پرسان کردم و ایشان برایم گفتند که پسر من به مجازات صد دره و یک سال جلا وطنی محکوم میگردد .

این حدیث را ابوهریره (رضی الله عنه) روایت نموده است و متفق علیه میباشد . محل استدلال درین حدیث این است : هنگامیکه شخص سوال کننده گفت که من از اهل علم پرسان کردم و پیامبر صلی

^۱ - سلیمی : اصول الفقه الذی لا یسع الفقیه جهله (۴۸۲/۱ - ۴۸۳) .

^۲ - غزالی - ابو حامد محمد بن محمد الغزالی الطوسی - المستصفي . (جزء ۱ / صفحه ۳۰۴) . نشر - مؤسسة الرسالة - بیروت لبنان . طبع اول ۱۴۱۷ هـ / ۱۹۹۷ م

^۳ - [سوره نحل : ۴۳] .

الله علیه وسلم سخن وی را شنید و سوال از اهل علم را مورد انکار قرار نداد. پس این دلیل برای ثبوت تقلید از طریق سوال میباشد .

۴- استدلال به این قول پیامبر صلی الله علیه وسلم : « أَلَا سَأَلُوا إِذْ لَمْ يَعْلَمُوا » .^۱

ترجمه : آیا آنها وقتی که نمی دانستند سوال نکردند ؟ یعنی وقتی آنها نادان هستند باید سوال کنند . این حدیث را ابوداود به روایت از جابر ذکر نموده است . این حدیث هم این را ثابت میکند که در صورتیکه انسان چیزی را نمی داند باید از علماء سوال کند و راجع به آن موضوع از ایشان تقلید نماید و این کار پذیرفته شده و درست است .

صورت های که بنا بر تحقق بعض شروط تقلید جایز است قرار ذیل میباشد :

۱- اینکه مقلد عامی و از شناخت حکم الله و پیامبر وی عاجز باشد ، پس برایش تقلید جایز است . و اما اگر قدرت اجتهاد را دارد ولی وقت و فرصت اجتهاد را ندارد و یا اینکه دلیل برایش ظاهر نیست در این صورت نیز برایش تقلید جایز است زیرا هنگامیکه عاجز بماند و جوب اجتهاد از وی ساقط میشود و حکم به بدیل آن انتقال میکند که تقلید است .^۲

۲- مقلد باید از کسی تقلید کند که وی صاحب علم و اجتهاد و دین و صلاح باشد .

۳- اینکه برای مقلد حق آشکار نباشد و راجح بودن قول غیر امامش برایش ظاهر نباشد (یعنی اگر چه باز هم تا جای برای طلب حق و دلیل آن کوشش و تلاش خود را کرده باشد ولی موفق نشده باشد) . اما در صورتیکه حق برایش آشکار گردد و دلیل آن را بفهمد باز بالایش واجب است که از آن پیروی کند

۴- اینکه مقلد نباید در تقلید خویش با نصوص صریح شرعی یا اجماع امت مخالف قرار داشته باشد .

۵- اینکه مقلد ، خود را در تمام مسائل شرعی به مذهب امام معین ملتزم نگرداند بلکه در پی حق یابی کوشا باشد و پیروی قولی را کند که به حق نزدیکتر است و بحسب توان خویش در برابر الله

۱- سجستانی - أبو داود سلیمان بن الأشعث - سنن أبي داود - كتاب الطهارة - باب (في) المجروح يتيم (ج ۱ / صفحه ۱۳۵) البانی: حدیث حسن است . طبع اول - دارالکتب العلمیة - بیروت - لبنان . ۱۴۱۶ هـ ۱۹۹۶ م .

۲- ابو عمر - یوسف بن عبدالبر - جامع بیان العلم وفضله . (جلد ۱ / صفحه ۹۸۹) . طبع اول - دارابن الجوزی - ریاض-السعودیة - ۱۴۱۴ هـ ۱۹۹۴ م .

مکلفیت و مسؤولیت توجه داشته باشد . و در مقابل بمنظور تتبع رخص وجستوی آسانی ها بنا به خواهشات خود در بین مذاهب انتقال نکند .

یادداشت : البته این توانمندی های شناخت و آگهی داشتن و تشخیص دادن ها وجستوها ، مستقیم کار مقلدین عوام الناس نیست و از توان شان نیز نمیباشد . ولی در نظام تقلید این صورت ها در نظر گرفته شده و علمای مقلد میتوانند که آن را تا جای رعایت نمایند ونسبی عمل کنند .

ولی برخی دیگری از علماء بر منع تقلید نظر دارند .

واز صورت های ذیل که نشان دهنده رد تقلید به یک شیوه خاص میباشد استدلال میکنند و آن قرار ذیل است :

۱ - روی گردانیدن از حکم نازل شده الله ج وعدم توجه به آن و رفتن به دنبال راه نیاکان و تقلید از ایشان مانند رفتار و اعمال مشرکان که آن را قرآن مذمت نموده است . بدلیل این قول الله ج : **{ وَإِذَا قِيلَ لَهُم اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا وَجَدْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوْلُو كَان الشَّيْطَانُ يَدْعُوهُمْ إِلَى عَذَابِ السَّعِيرِ }** .^۱ ترجمه : و چون به آنان گفته شود : از آنچه پیروی کنید که الله نازل کرده است ، میگویند : بلکه از چیزی پیروی میکنیم که پدران خود را بر آن یافته ایم ، (از پدران خود پیروی میکنند) حتی اگر شیطان آنان را به سوی عذاب سوزان فراخواند .

۲- اینکه مقلد بگونه ابتدایی و اندک هم نداند که امامش اهل اینست که قول وی گرفته شود یا خیر یعنی هیچگونه با وی شناخت و معرفت نداشته باشد نه مستقیم در باره آن معلومات داشته باشد و نه توسط دیگر کسی معلومات دریافت کرده باشد ، اینگونه تقلید جایز نیست بدلیل این قول الله تعالی : **{ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ }** .^۲ ترجمه : و از پی چیزی مرو که به آن علم نداری .

۳- تقلید نمودن از کسیکه قول وی معارض و مخالف قول الله و پیامبر صلی الله علی وسلم قرار داشته باشد یعنی اینگونه تقلید نیز شامل تقلید مشرکان و همانند آن قرار میگیرد ، اینگونه تقلید جایز نیست .^۳ بدلیل این قول الله تعالی : **{ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ }** .^۴

^۱ - [سوره لقمان: ۲۱] .

^۲ - [سوره اسراء: ۳۶]

^۳ - جیزانی - محمد بن حسین بن حسن : معالم اصول الفقه عند أهل السنة والجماعة (جلد ۱ / صفحه ۴۹۸) . طبع اول - دارابن الجوزی - ریاض - السعودیة . ۱۴۱۶ هـ ۱۹۹۶ م

^۴ - [سوره اعراف: ۳]

ترجمه : و غیر از او (الله) از دوستان دیگر پیروی مکنید .

۴- تقلید نمودن بعد از واضح گشتن حق و شناخت دلیل آن ، اینگونه تقلید نیز جایز نیست . یعنی در این صورت دیگر به تقلید نیاز نمی ماند چون میشود که موضوع را مستقیم پی گیری کرد.

۵- مجتهدیکه با زمینه مساعد توان اجتهاد را دارد و به تقلید نیاز ندارد ، پس برایش جایز نیست که تقلید کند . ولی اگر توان اجتهاد را نداشته باشد باز بنا بر قول مختار تقلید برایش جواز دارد.^۱

۶- تقلید نمودن از یک مجتهد معین که در تمام اجتهاداتش از وی تقلید صورت گیرد یعنی هر اجتهاد وی را درست شمردن و خالی از اشتباه پنداشتن ، اینگونه تقلید نمودن یعنی به این شیوه نیز جایز نیست .

مناقشه و جواب : اینگونه تقلید به صورت های مذکور همان تقلید مشرکان از نیاکان و پیشوایان شان است و این قضیه با موضوع تقلید برای امت از پیشوایان و علماء شان در فروع دین متفاوت است چونکه اینجا تنها تقلید از یک شخص معین یا از یک شخص کاملاً نا معلوم یا در مخالفت و نادیده گرفتن حق ، صورت نمیگیرد بلکه تقلید عوام امت در فروع احکام دینی و مسائلی اجتهادی و نوازل عصر و زمان ، تقلید در چوکات یک نظام و روش است که قواعد و اصول و اساسات آن قسمی بنیان گذاری شده که ده ها مجتهد و فقیه آن راه را تایید نموده و امت را برآن سوق دادند و خودشان برآن روش روان بودند. یعنی تقلید برای کسانی که اهل اجتهاد هستند نیاز نیست بلکه درست نیست، باید از جهد علمی خویش کار بگیرند، ولی تقلید برای عوام الناس جایز است. پس این یک قضیه کورکورانه و نامعلوم و مخالف با حق نیست . نه تنها برای عوام الناس تقلید جایز است بلکه بنا بر بعض حالات و شرایط لازم و ضرور نیز میگردد .

البته ! تقلید امت از علماء و پیشوایان خویش در فروع دین و مسائل اجتهادی به گونه میباشد که با قرآن و سنت در تعارض نمیباشد بلکه در روشنایی آن است و از آن پشتوانه دارد ولی دلیل خاص آن برای مقلد معلوم نیست و یا دلیل آن را طلب نمیکند.

۱- آمدی - علی بن محمد - الإحکام فی اصول الأحکام (جلد ۱ / صفحه ۲۸۷) طبع اول - دارالصمیعی - ریاض - السعودیه .
۱۴۲۴ هـ ۲۰۰۳ م .

مطلب سوم : تعریف تقنین فقه و سیر تاریخی آن .

الف : تعریف تقنین .

۱: **در لغت** . تقنین در لغت از لفظ قانون گرفته شده است که معنای ساختن و آماده نمودن قانون را نشان میدهد . در معجم وسیط چنین ذکر شده است : تقنین بمعنای وضع نمودن قوانین به شکل ماده وار . درین عصر و زمان حاضر تقنین به همین معنی استعمال میگردد . و در زبان عربی به معنای طنبور زدن هم استعمال شده است . [قنین] بکسر قاف و تشدید نون یک نوع بازی است که رومی ها توسط آن قمار میزدند . و [قن] بکسر قاف در زبان عربی معنای برده را هم نشان میدهد . پس بطور خلاصه میتوان گفت که تقنین در لغت به معنای معیار و مقیاس هر چیز استعمال شده است .^۱

۲: **در اصطلاح** . ۱- تقنین بطور مطلق عبارت است از: جمع نمودن قواعد قانونی در یک فرع از فروع و تنظیم سازی آن در یک نسخهء واحد و صادر نمودن آن بشکل قانون و الزامی ساختن آن از طرف دولت .^۲

نکات و فواید مهم درین تعریف : ۱ . تقنین عبارت است از جمع نمودن قواعد قانونی بدون در نظر داشت مصادر و منابع آن که چه بوده است، برابر است که مصدر آن عرف باشد یا رویه های قضایی و یا چیز دیگری باشد که از شریعت اسلامی سرچشمه گرفته است یا از قانون رومی یا از دیگر قوانین ، این عمل را تقنین میگویند .

۲ . تقنین بطور عموم در فرع از فروع قانون یعنی در یک نوع از انواع آن صورت میگیرد که عبارت اند از: قانون جزاء ، قانون مدنی ، قانون تجارت ، و غیره که هر کدام بمنظور نظم جامعه در نظر گرفته شده و بمیان آمده است .

۳ . تقنین عبارت است از جمع آوری قواعد قانونی و تنظیم و ترتیب سازی آن در فرع از فروع قانون و از بین بردن تعارض و پیچیدگی در آن و ارتباط دادن آن با مقاصد و اهداف قانونی .

۱ - مجمع اللغة العربية : معجم الوسیط (۲ / ۷۶۳) . (وضاحتش قبلا ذکر شده) .

۲ - عبد البر - محمد زکی - تقنین الفقه الاسلامی المبدأ والمنهج والتطبیق (جلد ۱ / صفحه ۲۱۶) . طبع دوم - ادارة إحياء التراث الإسلامی - قطر . ۱۴۰۷ هـ ۱۹۸۶ م .

وا از طرف دیگر قانونگذار از طریق وضع قوانین عمل به قوانین را بالای مردم الزامی بگرداند تا اینکه یک نتیجه مشخص در جامعه بدست بیاید و همچنین مواد آن را بشکل واضح و کوتاه بنویسد.

۴. ضرور است که در میان قانون و مقاصد و اهداف آن ارتباط محکم و استواری وجود داشته باشد و ضوابط و قواعد قانونی در خدمت آن اهدافی عمومی باشد که جامعه باید به آن دسترسی بیابد و آن اهداف از طریق رفتار افراد جامعه و فراهم سازی امکانات آن بدست میاید. قانون راجع بر این موضوع همت ها و تلاش های افراد را حمایت مینماید و از روش های که مانع رشد و ترقی و عدالت جامعه میشود جلوگیری میکند.

۵. تنها جمع آوری و قالب بندی قواعد قانونی را نمیتوان قانون الزامی گفت تا زمانیکه از طرف دولت الزامی نگردد و بحیث کود قانونی در اختیار مردم قرار نگیرد. و همچنین قانون هنگامی در جامعه مفید قرار میگیرد که در جامعه نافذ و عملی شود و آن را مردم در روش و رفتار خود رعایت کنند چونکه رمز موفقیت قانون در جامعه همین عمل کردن به آن است.^۱

ب - تقنین فقه اسلامی : راجع به تعریف تقنین فقه اسلامی از طرف علماء تعریفات مختلف صورت گرفته است که هر کدام به شیوه خود و موافق به دیدگاه و فهم و برداشت خود تعریف نموده است.

از آن جمله دکتور وهبه زحیلی تقنین فقه اسلامی را چنین تعریف نموده است : (تقنین فقه اسلامی عبارت از قالب بندی احکام شرعی در ساحة معاملات و عقود و نظریه های تمهیدی آن میباشد که برای آن چوکات میسازد و به شکل مواد قانونی در آورده شده و رجوع به آن را آسان میسازد .)^۲

و همچنین دکتور یوسف قرضاوی تقنین شریعت را چنین تعریف نموده است : (تقنین فقه اسلامی عبارت است از : صیانت احکام شرعی در ماده های قانونی مسلسل که به شکل قوانین معاصر در ساحات مدنی ، جنائی و اداری و غیره تنظیم گردیده تا بحیث مرجع قابل دسترسی برای قضات

۱ - عبد البر - محمد زکی : تقنین الفقه الإسلامی (المبدأ ، والمنهج والتطبيق) . (ج ۱ / ص ۲۲) طبع دوم - اداره احياء التراث - دولت قطر . ۱۴۰۷ هـ - ق - ۱۹۸۶ .

۲ - زحیلی - وهبه بن مصطفى - جهود تقنين الفقه الإسلامی (جلد ۱ / صفحه ۳۵) طبع اول - دارالفکر - دمشق . ۱۴۳۵ هـ . ۲۰۱۴ م .

ووکلای مدافع قرار گرفته و به آسانی بتوانند ازان استفاده نمایند و همچنین مردم در روشنائی آن تعاملات خود را تنظیم نمایند. ^۱

دکتور سلیمان اشقر^۲ آن را چنین تعریف نموده است: (تقنین شریعت عبارت است از: جمع نمودن قواعد قانونی در فرع از فروع قانون بشکل کتاب یا مجموعه یا مدونه که توسط دقت و مراجعه تناقض بین ماده های آن برداشته شده و هر موضوع آن در باب مربوطه ترتیب شده و بشکل ماده ها آشکار گردد.) ^۳

البته تعریف جامع و همه جانبه و بهتر که برای تقنین شریعت در نظر گرفته شده است چنین است .

تقنین شریعت: عبارت از قالب بندی احکام شرعی اقوال راجح است که قابلیت قانونگذاری را داشته و ترتیب و تصنیف آن منطقی و موضوعی باشد و بمنظور تنظیم همه جامعه از طرف قوه تشریحی وضع و الزامی گردیده باشد. ^۴

و دیگر علماء هم راجع به تعریف تقنین شریعت، تعریفات خود را دارند و البته لازم نیست که درین جا همه تعریفات را ذکر نماییم و به همین چند تعریف ذکر شده اکتفا میکنیم که تا جای تعریف و شناخت تقنین شریعت روشن گردیده و به آن آشنائی پیدا کنیم .

مقایسه تعریفات چهار گانه: در تعریف دکتور زحیلی قالب بندی احکام شرعی، بشکل مقید و محدود فقط در ساحة معاملات و عقود ذکر گردید. ولی در تعریف دکتور یوسف قرضاوی قالب بندی و صیانت احکام شرعی، بشکل مقید در ساحات مدنی و جنایی و اداری ذکر گردید که وسعتش نسبتاً بیشتر در نظر گرفته شده است. اما در تعریف دکتور سلیمان اشقر قالب بندی و تنظیم قواعد احکام شرعی بطور مطلق ذکر گردیده است.

^۱ - قرضاوی - . یوسف عبدالله - مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية . (جلد ۱ / صفحه ۲۵۹) طبع اول - مؤسسة الرسالة - بیروت - لبنان . ۱۴۱۴ هـ ۱۹۹۳ م .

^۲ - عمر بن سلیمان بن عبدالله الأشقر - عالم دین نویسنده ، استاد پوهنتون اردن ، با سویه دکتوراه . در تاریخ ۱۹۴۰ میلادی در نابلس فلسطین تولد شده ، و در ۲۰۱۲ در اردن وفات شده است . مؤلفات وی : ازان جمله : أصل الاعتقاد ، معالم الشخصية الإسلامية . مواقف ذات عبر . وغيره (اقتباس شده از ویکیپدیا) .

^۳ - اشقر - عمر سلیمان عبدالله . المدخل إلى الشريعة والفقہ الإسلامی - (ج ۱ / ص ۳۵۰) . طبع اول - دار النفاثس - اردن . ۱۴۲۵ هـ ق - ۲۰۰۵ م

^۴ - امین - عبد الباقی : قانون گذاری (۱ / صفحه ۱۰۹) . طبع اول - مرکز تحقیقاتی قاصد (کابل - افغانستان) ۱۳۹۷ هـ ش . ۲۰۱۸ م .

و نا گفته نماند که در جمله چندین تعریف های ذکر شده ، تعریف آخری که برای تقنین شریعت ذکر گردیده است نسبت به دیگر تعریفات که ذکر شده است جامع و بهتر و راجح به نظر میرسد پس به همین منظور آن در آخر آورده شده و قیود و نکات آن توضیح و شرح داده خواهد شد .

شرح نکات مهم تعریف :

۱- **قالب بندی احکام شرعی:** منظور از این اینست که عبارات فقه اسلامی در قالب و شکل قانون در آورده شود بخاطریکه عبارات کتاب های فقهی بیشتر طولانی تر میباشد چونکه دران ها دلایل احکام فقهی و اختلافات میان علماء و روایت های مختلف راجع به مذاهب فقهی وجود دارد بنابراین قالب بندی و صیانت احکام شرعی یک گام مثبت و دارای نتیجه مفید است .

و تقنین فقه اسلامی بمعنای اینست که این عبارات طولانی فقه اسلامی را دوباره به شکل ماده های مختصر و واضح و مسلسل تنظیم و ترتیب میگردد با این فرق که دلایل احکام فقهی و اختلافات فقهی از ان برداشته میشود و یک کمیسیون از علماء و اهل خبره تشکیل میشود تا یک رأی را از آراء فقهی که از لحاظ دلیل قوی بوده و جوابگوی خواسته های زمان و منافع روز باشد انتخاب کنند و این بحیث قول راجح در قانون جای داده میشود و رجوع به آن خیلی آسان میگردد .^۱

اما در صورتیکه اگر علماء و فقهاء درباره آن در گذشته بحث نکرده باشند و از جمله مسایل نوپیدا باشد و یا که علماء در باره آن سابقا بحث نموده اند اما امروز شرایط و عرف تغییر نموده است و از جمله مسایلی باشد که به مرور زمان تغییر میخورد، پس علماء درین باره از دلایل شرعی احکام شرعی را استنباط میکنند و آن را به شکل مواد قانونی تنظیم مینمایند مانند مسایل مربوط به تجارت و صنعت ، مسایل مربوط به امور سیاسی و امور عامه و غیره .

۲ - **اقوال راجح :** کمیسیون تقنین متشکل و برگرفته شده از علماء شرعی اهل خبره ، اقوال راجح را از مذاهب فقهی انتخاب نموده و قالب بندی میکنند . و دران تنها بر مذاهب چهارگانه و تدوین شده اکتفا نمی کنند بلکه به فتوای صحابه کرام و تابعین و تبع تابعین و آراء دیگر مذاهبی که تدوین نگردیده و بصورت پاشان در کتاب ها وجود دارد مانند آراء امام اوزاعی و ثوری و لیث بن سعد و غیره که علماء کمیسیون تقنین به اجتهاد انتقائی به اینگونه اقوال میپردازند و از جمله آنها اقوال

^۱ - جرعی - - عبدالرحمن بن احمد - تقنین الأحكام الشرعية بین المانعین والمجیزین . (۱ / صفحه ۳) برگرفته شده از نسخه مکتبه الشاملة المکیة .

قوی و درد بخور به مشکلات معاصر و نظریات راجح را جمع آوری نموده و بشکل مواد قانونی درمیآورند .

و در عین زمان به اجتهاد انشائی در مسایلی که نوپیدا است میپردازند چونکه در زمان علمای سابق نبوده است و یا از ایشان راجح به آن چیزی نقل نگردیده است و یا از آنها اجتهاداتی نقل گردیده است اما عرف و زمان طوری تغییر نموده است که به اجتهاد انشائی ضرورت مییابد تا که حکم فقهی را از دلایل قسمی استنباط کنند که با مقاصد شریعت سازگاری داشته باشد و آن را متحقق کند.^۱

والبته تقنین و منهج آن در کشورها مختلف مییابد ، شاید در بعضی از کشورها که تقنین بنا بر یک مذهب مروج مییابد که آن ها قول راجح را از بین اقوال علماء در داخل یک مذهب انتخاب میکنند .

۳ - قابلیت قانونگذاری را داشته باشد :

احکام شرعی به نزد فقهاء بر دو بخش تقسیم میگردد .

بخش اول آن عبارت از احکامی است که مطالبه دران دیانتی و عبادتی است و مطالبه آن از طریق قضاء صورت نمیگیرد و این نوع احکام همان عبادت های خالص مانند نماز ، روزه ، حج و ارزش های اخلاقی مانند سخاوتمندی ، اجتناب از بخل ، حرمت سخن چینی ، حرمت بد نیتی ، حرمت حسد و غیبت و مسایل عقیدتی و همه ازین بخش احکام است که به ضمیر و دیانت انسان برمیکرد و تحت مطالبه قضایی قرار نمیگیرد و احکام که تحت مطالبه قضایی قرار گرفته نتواند پس قابلیت تقنین را هم ندارد . اگر چه قانونگذار اسلامی وظیفه دارد که از حیث مجموع از نظام عبادت و نظام حسبه و از حریم عقیدتی حمایت کند و برای رشد و نمو اخلاق نیکو در جامعه زمینه سازی نماید اما قانون نمی تواند که در تفصیلات آن داخل شود .

بخش دوم احکام عبارت از ان احکامی است که تحت تقاضی یعنی مطالبه قضایی قرار میگیرد و در صورتیکه در آن ها تخلفات صورت بگیرد میتوان آن را از طریق قضاء مطالبه نمود . این نوع احکام بیشتر تحت موضوع معاملات شامل است که رابطه در بین افراد را تنظیم میکند مانند روابط

^۱ - امین- عبد الباقی : قانون گذاری (۱ / صفحه ۱۱۰) .

مالی ، روابط خانوادگی ، حقوق و واجبات ، التزامات مدنی و همچنان تنظیم روابط کشورهای اسلامی و غیر اسلامی در حالت جنگ و صلح .

این همه قابلیت تقنین را دارد و در مجموع میتوان گفت که احکامیکه معقول المعنی است قابلیت تقنین را دارد یعنی معانی و مقاصد معاملات در اساس خویش قابل درک بوده و مقاصد آن قابل فهم میباشد و عقل انسان اکثر حکمتها و اسرار آن را درک کرده میتواند .^۱

ازین جهت است که عاقلان و متفکرین در مسیر تاریخ از عقل خود استفاده نموده اند و قانونگذاری کرده اند اما هنگامیکه اسلام آمد بر بسیاری از آن امور مهر تأیید گذاشت و در بعض موارد آن تعدیلات و تغییرات وارد نمود .

۴ - بشکل منطقی و موضوع وار ترتیب و تصنیف شود :

احکام شرعی در منابع فقهی به سبک قدیم ترتیب گردیده است و موضوعات هم بنا بر دیدگاه مؤلفین آن از هم تفاوت دارد مثلا گاهی یک موضوع در بیشتر از یک باب تقسیم گردیده است و پراکنده و پاشان میباشد ، و گاهی هم یک مطلب در باب های مختلف به شکل تکراری ذکر میگردد .

و به حیث مجموع میتوان گفت که طرز نوشتاری آن با طرز نوشتاری امروزی متفاوت میباشد . اما قانونگذار امروزی از تکرار متن قانونی جلوگیری میکند و احکام جامع و کلی را در یک جای ذکر مینماید تا که در هر باب تکرار نگردد . مانند احکام عمومی عقود که در کتاب های فقهی به صورت پراکنده در ابواب فقهی ذکر گردیده است اما قانون آن را در طرز تصنیف و تألیف خود به حیث نظریه عقد در یکجا بیان مینماید که بتواند مورد تطبیق بر همه عقود باشد .^۲

۵ - همه جوانب جامعه در آن در نظر گرفته شود :

قانون باید با مقاصد تشریحی جامع و همه شمول در جامعه ارتباط داشته باشد . و امکانات جامعه را در خدمت مقاصدی قرار میدهد که جامعه در مجموع به آن مکلف است .

۱- زرقا . مصطفی احمد : المدخل الفقهی العام (جلد ۱ / صفحه ۳۱۴) . طبع دوم - دارالقلم - دمشق - سوریه . ۱۴۲۵ هـ . ۲۰۰۴ م .

۲- - امین- عبد الباقي : قانون گذاری : (۱ / صفحه ۱۱۰) .

در اصل قانون ، تنظیم همه امور زندگی را طوری نشان میدهد که از منافع عامه بصورت اساسی حمایت میکند وامکانات بشری ومادی را به طرف ترقی وانکشاف به حرکت در میآورد .^۱

۶ – وضع والزام آن از طرف قوه تشریعی صورت گرفته باشد :

قانون در صورتیکه از قوت الزام آور برخوردار نباشد قانون به حساب نمیآید یعنی وعظ ونصیحت را قانون گفته نمیتوانیم . تلاش ها وكوشش های علماء در طول تاریخ بحیث طرح تقنینی قرار میگیرد قسمیکه بعض علماء در کشورهای اسلامی این عملکرد را انجام داده اند اما طرح تقنینی هنگامی به قانون تبدیل میگردد که از طرف مجلس تشریعی تصویب وقوت الزامیت را کسب کرده باشد .^۲

ج : سیرتاریخی تقنین فقه اسلامی .

قسمیکه معلوم است تشریح اسلامی در جهان اسلام از هنگام نزول وحی بر رسول اکرم صلی الله علیه وسلم آغاز گردیده ودر زندگی رسول الله صلی علیه وسلم تشریح وقانون گذاری براساس وحی بوده وبرآن تکیه داشت که عبارت از قرآن وسنت میباشد . قرآنکریم در عبارات خود تشریح وقانون گذاری میکرد وسنت رسول اکرم صلی الله علیه وسلم توسط الفاظ وافعال وتأییدات قانونگذاری را شکل میداد . ودر صدراسلام وعصر حیات پیامبر صلی الله علیه وسلم دیگر کدام منبعی برای قانون گذاری وجود نداشت .

وفقط همین بود که بحیث هدایت بشریت قرار داشت وهمه مسایل حقوقی افراد وجامعه را در همه ساحات تنظیم مینمود یعنی بیان احکام شرعی بگونه مطلق یا در مقابل حادثه وقضیه یا سوالی که میبود از آدرس وحی توسط قرآن وحديث پاسخ داده میشد و احکام بیان میگردید .

حالات وتقاضای های افراد وجامعه وشرايط آن وحکمت ها همه وهمه در نظر گرفته میشد . اما بشکل قانون امروزی تدوین نگردیده بود .

مثلا اگر در حضور پیامبر صلی الله علیه وسلم کدام قضیهء حقوقی رخ میداد خود پیامبر صلی الله علیه وسلم در مورد آن فیصله مینمود واگر قضایای حقوقی در مناطق دورتر صورت میگرفت پس

^۱ - مرجع مذکور . (ص ۱۱۱) .

^۲ - ابو زید - بکر بن عبدالله . فقه النوازل - التقنین والالزام . (جلد ۱ / صفحه ۳۱) . طبع اول - مؤسسة الرسالة - ۱۴۱۶ هـ . ۱۹۹۶ م .

علمای صحابه کرام که در همانجا حضور داشتند آن را موافق به قرآن و حدیث فیصله میکردند و در صورتیکه حکم آن را در قرآن و حدیث دریافت نمیتوانستند پس علمای مجتهدین شان در باره آن اجتهاد نموده و فیصله میکردند و این عمل را طبق راهنمایی پیامبر صلی الله علی وسلم انجام میدادند.

قسمیکه امام ترمذی و امام ابوداود در سنن خود روایت نموده اند . (عن الحارث بن عمرو بن أخی المغیره بن شعبه عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ بن جبل أن رسول الله صلی الله علیه وسلم . لما أراد أن یبعث معاذاً إلى الیمن قال : کیف تقضی إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضی بكتاب الله . قال فإن لم تجد فی كتاب الله ؟ قال فبسنة رسول الله صلی الله علیه وسلم . قال فإن لم تجد فی سنة رسول الله صلی الله علیه وسلم ولا فی كتاب الله ؟ قال أجتهد رأیی ولا ألو . فضرب رسول الله صلی الله علیه وسلم صدره وقال : الحمد لله الذی وفق رسول رسول الله لما یرضی رسول الله) .^۱

ترجمه : از حارث بن عمرو برادرزاده مغیره بن شعبه از افرادی از اهل حمص از اصحاب معاذ بن جبل (رض) روایت نموده ، هنگامیکه پیامبر صلی الله علیه وسلم خواست معاذ بن جبل را به یمن بفرستد برایش گفت : اگر قضیه نزدت آورده شود در آن چطور فیصله میکنی ؟

گفت : بنا بر کتاب الله فیصله میکنم . گفت : اگر در کتاب الله نیافتی ؟ گفت : بنا به سنت رسول الله صلی الله علیه وسلم فیصله میکنم . گفت : اگر در سنت رسول الله نیز نیافتی و همچنان در کتاب الله . گفت : بدون تأخیر و تقصیر اجتهاد میکنم ، پیامبر صلی الله علیه وسلم دست خود را بر سینه آن زد و گفت: سپاس به الله بزرگ که فرستاده رسول الله را به آنچه توفیق داد که رسول الله آن را میپسندد.

براساس این روایت اجتهاد در عهد پیامبر صلی الله علیه وسلم وجود داشت اما منبع و مصدر قانونگذاری نبوده . زیرا که خود پیامبر صلی الله علیه وسلم حضور داشت و برایش وحی نازل میگردد. و از طرف دیگر در صورتیکه یکی از صحابه کرام در اجتهاد خود خطا میشد ، پیامبر صلی الله علیه وسلم آن را تصحیح و اصلاح مینمود و خلاصه اینکه وحی یعنی قرآن و حدیث یگانه مصدر و منبع و مرجع تشریح و قانونگذاری بوده است .

^۱ - سجستانی - أبو داود سلیمان بن أشعث - سنن أبي داود - (جزء ۲ / ۵۱۰) باب اجتهاد الرأی فی القضاء - رقم الحدیث : (۳۵۹۲) البانی : حیث ضعیف است . طبع اول - دارالکتب العلمیة - بیروت - لبنان . ۱۴۱۶ هـ ۱۹۹۶ م .

در عصر وزمان خلفای راشدین هم قانونگذاری بر اساس قرآن و حدیث بوده و بر آن تکیه داشت ولی قسمیکه در عصر امروز دیده میشود که تدوین شده است و قضات میتوانند که آن را بطور موحد و یکپارچه در محاکم رعایت کنند ، چنین نبوده و اینگونه تدوین نشده بود بلکه در مواردی که قرآن و حدیث وجود نداشت صحابه کرام یا بصورت جمعی که بر یک رأی توافق نموده و فیصله میکردند یا بصورت فردی بر آن اجتهاد نموده و فیصله میکردند .

و درین عصر قاضی ها بنا بر اجتهاد خود در محاکم فیصله مینمودند و هیچ چیز از قبل تدوین شده وجود نداشت تا قاضی ها بر رعایت آن در ساحة قضاء ملزم باشند . البته نصوص قرآن و حدیث بصورت طبیعی رعایت میگردد ولی دیگر چیزها جنین نبود بخاطریکه عهد صحابه کرام به عهد وزمان رسالت نزدیک بود و علمای صحابه بیشتر در شهر مدینه منوره که مرکز خلافت نیز بود ، وجود داشتند و اختلافات فقهی در بین شان خیلی اندک و کم بود و احساس نیاز به این نبود که خلفای راشدین تلاش کنند تا بر اجتهادات علماء محدودیت های وضع کنند و یا قضات را در بخش قضاء موحد بسازند ، و این تلاش هم صورت نگرفت .^۱

بلکه بر عکس این در عهد ایشان بنا بر تشویق پیامبر صلی الله علیه و سلم راجع به اجتهاد که اگر حاکم اجتهاد کند و به حق برسد در آن صورت برایش دو اجر و ثواب است و اگر اجتهاد کند اما به حق نرسد درین صورت برایش یک اجر میباشد . آنها هم به اجتهاد تشویق مینمودند که نتیجه همان تشویق است که امروز مایان صاحب ذخیره های بزرگ آرای فقهی هستیم و به دسترس ما قرار دارد .

خلاصه این که درین عصر برای تقنین به شیوه امروزی به موحد و یکپارچه ساختن قضات تلاش صورت نگرفته است بخاطریکه اصلا ضرورت و نیاز نبوده است .

د : نمونه های تقنین فقه در تاریخ اسلامی .

۱ : تلاش های تقنین فقه اسلامی در زمان حکومت امویها . در عهد امویها قلمرو سرزمین اسلامی وسعت یافت و مردم های زیادی و با فرهنگ های متعددی در دین اسلام مشرف شدند . و از طرف دیگر علمای صحابه کرام به شهرهای مختلف منتقل شده و جایگزین شدند و در آن جا مدارس

^۱ - امین - عبد الباقي : قانون گذاری : (۱ / صفحه ۱۷۲) .

فقهی باز کردند و مردم زیاد از ایشان فقه و شریعت را آموختند . و هر عالم صحابی در استنباط احکام دارای روش خاص مستقل و متفاوت بود. این عوامل سبب گردید که اختلافات فقهی درین عهد زیاد گردد و اجتهادات قضات و فیصله ها در محاکم با هم در تناقض قرار گیرد .

از همین جا بود که مفکوره تقنین فقه اسلامی یا موحد ساختن احکام قضائی بوجود آمد و کوشش های که در عصر امویها برای تقنین فقه اسلامی یا فقه اسلامی را به شکل قانون واحد در آوردن آغاز گردید قرار ذیل است :

اولین تلاش درین مورد از طرف ولید بن عبد الملک صورت گرفت که خواست مردم را به پیروی از قول یک فقیه ملزم بسازد و از قاضی های خود خواست که در فیصله هایشان از اقوال خالد بن معدان کلاعی استفاده کنند و آن را مورد اعتبار قرار بدهند .^۱

ولی این تلاش بخاطر عرف های فقهی که در آن زمان در بین مردم وجود داشت و مردم بر این عادت داشتند که بر اقوال علماء و مجتهدینی عمل کنند که در بین آنها زندگی میکنند ، موفق نشد و نتیجه خاصی نداد. و فقهاء مشهور در هر شهر موجود بودند که مردم علم را از ایشان میاموختند.

دومین تلاش درین مورد از طرف عمر بن عبدالعزیز (رحمه الله) بود که در دفعه نخست به تدوین سنت کار را آغاز نمود .^۲ درین باره ابوزرعه میگوید که موضوع تدوین سنت نبوی تنها بمنظور ترس از بین رفتن علم نبوده بلکه موضوع موحد ساختن قضاء هم در پلان بود. و چنین میگوید :^۳ (عمر بن عبد العزیز خواست تا احکام و اجتهادات مردم را موحد و یکپارچه بسازد ، زیرا در شهر ها صحابه پیامبر صلی الله علیه وسلم وجود داشتند و در بین آنها قاضی های وجود داشت که فیصله های آنها را اصحاب رسول الله صلی الله علیه وسلم پذیرفته بودند . و مردم شهرها نیز آن را بشکل اتفاقی بین خود قبول کرده بودند و آنها فیصله ها و فتوای از هم متفاوت داشتند) .

از سخنان ابوزرعه چنین فهمیده میشود که هدف عمر بن عبد العزیز از تدوین سنت این بود که به شکل قانون موحد در آورده شود و مردم به رعایت آن ملزم گردند . و عمر بن عبدالعزیز بعد از رسیدن به مقام خلافت متصل به این کار آغاز نمود و بنا بر یک روایت عمر بن عبد العزیز به والی

^۱ - هاجر - عیابده : حركة التقنين الفقهي وأثرها على الفقه الإسلامي (جلد ۱ / صفحه ۴۸) .
^۲ - زهرانی - محمد بن مطر الزهرانی - تدوین السنة النبویة نشأته وتطوره من القرن الأول إلى نهاية القرن التاسع الهجری (ج ۱ / ۷۶) . طبع الأول - مكتبة دار المنهاج - ۱۴۲۶ هـ الرياض - السعودية .
^۳ - نصری - عبدالرحمن بن عمرو بن عبدالله بن صفوان - (المتوفى ۲۸۱ هـ) . تاریخ ابي زرعة الدمشقی (ج ۱ / صفحه ۵۰) . طبع اول - دارالکتب العلمیة - بیروت - لبنان . ۱۴۱۷ هـ ۱۹۹۶ م .

خود در مدینه منوره ؛ ابوبکر محمد بن عمرو بن حزم نوشت : احادیث پیامبر صلی الله علیه وسلم را وسنتی او را که یافتی ، بنوس ، من هراس دارم که درس های علم و علماء از بین برود . ولی متأسفانه مدتی نگذشت که عمر بن عبد العزیز (رح) قبل از انجام این کار وفات شد .^۱

۲ : تلاش ها راجع به تقنین فقه اسلامی در زمان حکومت عباسیها .

تفکر تقنین فقه اسلامی در عهد امویها خیلی ابتدائی بود و تصور آن بصورت درست واضح نبود و ضرورت به آن هم زیاد احساس نمیشد . ولی این تصور در عهد عباسیها روشن تر شد و فشار اجتماعی نیز درین عصر بیشتر گردید . و تلاش های خلفاء درین عصر نسبت به عهد امویها بشکل جدی تر به راه افتاد . و در نتیجه بصورت خیلی طبیعی و در نتیجه قناعت داخلی ، فیصله های آزاد قضات مجتهد که به تناقض ها منجر میشد جای خود را به فیصله های تقییدی در چوکات مذهب داد . و یکی از تلاش های این عصر و زمان بطور خلاصه یک مورد آن قرار ذیل است :

— پیشنهاد عبد الله بن مقفع^۲ در زمان حکومت عباسیها بغداد مرکز خلافت بود . دانشمندان و علمای متفکر در آن جا زیاد بودند و از آن جمله یک عالم مفکر عبد الله بن مقفع بود که به مشکل تناقض ها در احکام قضائی و نتایج نادرست آن در جامعه متوجه شده و خواست که توسط نامه ، خلیفه و حاکم مسلمانان را به آن متوجه سازد و برای حل آن مشکل یک راه حل در نظر بگیرد و آن را در یک نامه تحریر نماید . و عبد الله این نامه را بعنوان خلیفه عباسی آن وقت (ابوجعفر منصور) نوشت و این نامه بنام رساله صحابه مشهور میباشد . درین نامه عبد الله بن مقفع عوامل تقنین فقه اسلامی و موحد ساختن قضاء را چنین بیان نمود :

(از موضوعاتی که امیر المؤمنین در مورد دو شهر (بصره و کوفه) و دیگر شهر ها و اطراف آن دقت کند در میابد که احکام قضائی متناقض بوده که اختلافات آن به اوج خود رسیده است بخصوص

۱ - خطیب بغدادی - أبو بکر احمد بن علی بن ثابت - تقیید العلم - (ج ۱ / صفحات ۱۳۶ - ۱۳۸) طبع اول - دار الإستقامة - القاهرة - مصر . ۱۴۲۹ هـ ۲۰۰۸ م .

۲ - عبد الله بن المقفع از افراد مشهور ایرانی در قرن دوم است صاحب " الیتمیه " است و کتاب کلیله و دمنه را به عربی ترجمه کرده است و در علم منطق و فلسفه معلومات زیاد و مهارت داشته است . و گفته شده که نام وی روزبه فرزند ذاذبه از مردم فارس بوده و مجوسی بوده و توسط علی بن عیسی کاکای خلیفه منصور مسلمان شده بود . و ابن مقفع یک مدت زمان مأمور خراج فاس بود و نیز منشی سلیمان امیر بصره بوده . اقوال علماء در باره او : . جاحظ حکایت نموده : ابن المقفع ، مطیع بن ایاس ، یحیی بن زیاد این سه نفر به زندقه متهم بودند . از مهدی نقل شده : کتابی را در زندقه ندیدم مگر که عبدالله بن المقفع بنیان گذار آن بوده . در تاریخ ۱۴۴ هجری قمری در بصره به دستور خلیفه منصور به قتل رسیده است . ولی طرف دارانش در حق وی توصیف خوب نیز کرده اند . خلیل فرموده : علم او بیش از عقل اوست . و نیز به حق وی گفته شده است : وی سخنور توانا بود و عباراتی فصیحی داشت . ببینید : عسقلانی - احمد بن علی بن حجر - لسان المیزان - (جلد ۵ / صفحه ۲۱ - ۲۲) . طبع اول - دارالبشائر الإسلامیه . ۱۴۲۳ هـ ۲۰۰۲ م .

در موضوعات خون ها ، نکاح ، اموال و غیره که در یک جای راجع به بعض این موضوعات حکم جواز داده میشود در حالیکه در جای دیگر برای آن، حکم غیر جواز داده میشود . این اختلافات و تناقض ها در کوفه و بصره و حتی در داخل ناحیه های آن ها دیده میشود که باهم درجواز و عدم جواز تناقض دارند . اگر امیرالمؤمنین درین مورد توجه نماید و هدایت دهد که این قضیه ها همراه با دلایل آن خواه سنت باشد و خواه قیاس ، جمع آوری شده و به دربار امیرالمؤمنین تقدیم گردد . و امیر المؤمنین آن را مورد مطالعه و دقت قرار بدهد و نظر خود را قسمیکه الله تعالی برایش الهام نموده ابراز نماید و برآن مهر تأیید گذاشته و فیصله قضائی خلاف آن را ممنوع اعلان کند و درین مورد کتاب جامعی را تحریر نموده و به شهر ها بفرستد تا بصورت دائمی به اذن خداوند متعال نافذ باشد) .^۱

۳- تلاش های تقنینی در عهد خلافت عثمانی های ترک .

در عصر وزمان عثمانیها عملی بودن قضاء بنا بر یک مذهب همچنان ادامه داشت . در مشرق زمین بر اساس مذهب حنفی قضاء در جریان بود . و در مغرب زمین بر اساس مذهب امام مالک ، اما در اواخر عهد عثمانی ها در سطح جهان در ساحة قانون گذاری پیشرفت های بوجود آمد . مثلا ، وضع تقنینی در قاره اروپا تغییر نمود و قوانین جدید به شیوه جدید به شکل ماده وار و مسلسل تنظیم گردید و موضوع مشروعیت قوانین به شکل دقیق آن مطرح گردید .

این موضوع هنگامی مطرح شد که کشورهای اروپایی نیرومند بودند و خلافت عثمانی ضعیف بود و جامعه اروپایی در مورد قانون به سبک جدید آن بر خلافت عثمانی فشار وارد نمود و بنا براین که راه حل دریافت شود ؛ قوه مقننه دولت عثمانی برنامه گرفت که از فقه اسلامی قوانین به شکل جدید و حدیث با روش های متفاوت ساخته شود، یعنی مصدر آن دانسته و مشخص باشد که چیست و در داخل یک مذهب منحصر باشد و یا از نظریات متعدد در چوکات مذاهب فقهی استفاده صورت بگیرد .^۲

۱- ابو زید - بکر بن عبدالله . فقه النوازل - التقنین والإلزام . (جلد ۱ / صفحه ۱۸ - ۲۰)
۲- فرجانی - د- عبد الغفار - عبدالله - : مجلة العلوم الشرعية (التقنین من الفقه الاسلامی أسسه وضوابطه) . العدد الخامس / عدد خاص . (۱ / صفحه ۱۳۲) . نشر : كلية العلوم الشرعية مسلاتة . ۱۴۳۹ هـ ۲۰۱۸ م .

واز طرف دیگر در این عصر تلاش های فردی تقنین فقه اسلامی نیز وجود داشت که نخبه گان امت اسلامی احکام فقهی را به شکل مواد قانون مختصر و مسلسل تنظیم نمودند .

راجع به اینکه در هنگام خلافت عثمانی ها تلاش های جمعی و فردی در باره تقنین فقه اسلامی صورت گرفته است چند نمونه از آن قرار ذیل بیان میگردد.

الف - تدوین مجله احکام عدلی : تدوین مجله احکام عدلی اولین گام به طرف تقنین فقه اسلامی در عصر حاضر محسوب میشود . خلافت عثمانی این قدم را بخاطر در نظر داشت شرایط قانونی معاصر برداشت ، بخاطریکه کشورهای غربی منحیث مجموع در آن وقت قوانین خویش را نشر میکردند و تصور قانونی و تجربه دست داشته خود را بحیث دست آورد مدنی بزرگ نمایش میدادند و از تسلط خویش بر کشورهای اسلامی بخاطر نشر قوانین استفاده میکردند که قوانین وضعی را بجای قوانین شرعی جایگزین نمایند . پس بخاطر جلوگیری این اقدامات دولت عثمانیها در سال ۱۸۶۹ م موافق با (۱۲۸۵هـ) کمیته را بنام (کمیته مجله) تحت ریاست احمد جودت باشا با عضویت هفت نفر از علمای مذهب حنفی در ترکیه مؤظف ساخت تا قانون معاملات مدنی را از فقه حنفی ترتیب دهند.

این کمیته قانون معاملات مدنی در سال ۱۲۸۶ هـ - ق . کار خود را انجام داد و آن را مجله احکام عدلی نام گذاشتند . مباحث آن را طبق مباحث کتاب های فقهی ترتیب دادند ولی احکام آن را بشکل ماده های قانون در (۱۸۵۱) ماده تنظیم نمودند ، احکام مجله احکام عدلی بصورت عموم از کتاب های ظاهر روایت شش گانه امام محمد در مذهب حنفی گرفته شده است . اگر در داخل مذهب حنفی بین امام ابوحنیفه و یاران او در مسأله اختلاف وجود داشته باشد ، مجله قولی را انتخاب نموده که با خواسته های عصر و زمان و منافع عامه توافق داشته باشد .^۱

بنا بر این تلاش هایکه صورت گرفت مجله احکام عدلی بحیث قانون مدنی که مواد آن از فقه اسلامی مذهب حنفی انتخاب گردیده منحیث اولین تجربه تقنین فقه اسلامی که یک بخش قانون را در بر دارد در جامعه اسلامی مطرح گردید.

۱ - فرجانی : مجلة العلوم الشرعية (التقنین من الفقه الإسلامی أسسه وضوابطه) (۱ / صفحه ۱۳۳) .
- امین . عبد الباقي : قانون گذاری : (۱ / صفحه ۱۷۸) .

ب - وضع قانون فامیلی : قسمیکه قبلا ذکر شد قانونگذار خلافت عثمانی در وضع قانون معاملات مدنی قول راجح مذهب حنفی را در نظر گرفته ومورد اعتماد قرار داده واز دایره آن خارج نگردید ومواد قانونی را در محدوده مذهب خود تنظیم نمود. اما در وضع قانون فامیلی از محدوده مذهب حنفی بیرون شده واز سایر مذاهب فقهی نیز کمک گرفت . این قانون را خلافت عثمانی در سال ۱۹۱۷ م موافق با (۱۳۳۶ هـ ق) وضع نمود ونه تنها از مذاهب چهارگانه بلکه از همه نظریات فقهاء استفاده کرد. وبطور نمونه در مسایل فامیلی از مذاهب ونظریات مختلف استفاده کرده است مثلا در ماده های (۵۷، ۱۰۴، ۱۰۵) در موضوع فسخ نکاح مکره وبطلان طلاق مکره وسکران از مذهب امام شافعی وامام مالک کار گرفته وهمچنین در منع نمودن اولیاء از تزویج صغار در ماده های (۷، ۹) همین قانون از نظریات ابوبکر اصم^۱ استفاده کرده است .

این گام تقنینی خلافت عثمانی یک مرحله جدیدی از مراحل تاریخی تقنین فقه اسلامی بحساب میاید.

۴: کوشش های فردی در مورد تقنین فقه اسلامی .

بطور نمونه چند مورد از تلاش های فردی تقنینی از طرف دانشمندان امت اسلامی که در مناطق مختلف کشورهای اسلامی صورت گرفته وثبت تاریخ گردیده است قرار ذیل بیان میگردد:

الف - کوشش وتلاش محمدقدری باشا : این دانشمند عالی قدر وزیر عدلیه مصر بوده ودر سال (۱۳۰۶ هـ ق) وفات نموده. بنا بر تلاش های فردی خود سه مسوده تقنینی را طبق فقه حنفی آماده ساخت واز دولت وقت خواست که بحیث قانون آن را الزامی کند . اولین تلاش علمی که محمد قدری درین راستا انجام داد عبارت از کتاب (مرشد الحیران إلى معرفة احوال الإنسان) بود که مشتمل بر (۱۰۴۵) ماده میباشد . احکام آن را طبق مذهب حنفی در بخش های معاملات مدنی وتجارتی تنظیم نموده است . ودرین کتاب علاوه بر احکام تنظیم شده در مجله ، بعضی مسایل اضافی را نیز تنظیم کرده است که در مجله وجود نداشته مانند احکام مربوط به مرافعات ، این

^۱ -ابوبکر «اصم» بن عبدالرحمان بن کیسان بن جریر اموی - (در باره محل وتاریخ تولدش اطلاعات در دست نیست ولی متوفی ۲۰۰ هـ -ق است) عالم متکلم ، فقیه .مفسر معتزلی بوده. از جمله شش شاگرد برجسته معمر بن اشعث دانسته شده است واز شاگردان او ابن علیہ میباشد . البته علماء راجع به ابوبکر اصم اقوال ضد ونقیض را ذکر نموده اند . مؤلفات وی : تفسیر القرآن ، کتاب الحجة والرسول ، کتاب افتراق الأمة واختلاف الشیع، کتاب الرسائل ، کتاب المعرفة . (سیرأعلام النبلاء -ج ۱۷ / ص ۴۱۳ - موافق مکتبه الشاملة) .

کتاب گرچه بحیث قانون رسمی کشور قرار نگرفت ولی همیشه مورد توجه قانوندانان قرار گرفته و بحیث یک منبع مهم و تأثیرگذار در موضوعات قانونی و حقوقی جایگاه خاص را دارا می‌باشد.^۱

شهید عبد القادر عوده راجع به اهمیت کتاب های مرحوم محمد قدری چنین بیان میدارد: (مرحوم محمد قدری باشا توسط کتاب خویش " مرشد الحیران " مقایسه میان احکام مدنی فقه اسلامی بنا به مذهب حنفی و قانون وضعی را مهیا ساخت ، زیرا وی احکام مدنی را وفق مذهب حنفی در ماده ها و باب های پیهم به شکل ماده ها و باب های قانون مدنی مصر تنظیم نمود ، توسط این عمل زمینه مقایسه میان احکام شریعت اسلامی و احکام قانون را برای کسانی مهیا ساخت که کتاب او را مورد مطالعه قرار بدهند بدون اینکه به کتاب های فقهی مراجعه کنند ، موارد اختلاف و اتفاق را به صورت ساده و اجمالی درک میکنند) .

ب - تلاش احمد علی القاری : زمانیکه پادشاه کشور عربستان سعودی دستور داد که قاضی ها در محاکم طبق قول راجح مذهب امام احمد بن حنبل حکم و فیصله نمایند ، احمد علی قاری در سال (۱۹۴۰ م) که در مکه مکرمه بحیث قاضی بود در یک فعالیت و تلاش با اهمیت خود مجله احکام شرعی را در حدود هزار ماده قانونی بنا به مذهب حنبلی تنظیم نمود . گرچه این مجله شرعی بحیث رسمی مرجع قضات قرار نگرفت ولی بخاطریکه این مجله از طرف یک قاضی سابقه دار و دانشمند و استاد در حرم مکی تنظیم و ترتیب گردیده است دارای وزن و ارزش قانونی می‌باشد .

ج - تلاش محمد محمد بن عامر : محمد محمد بن عامر در سال ۱۹۳۷ م در کشور لیبیا قواعد قانونی را از فقه مذهب مالکی را نوشته (۲) که این کتاب اقوال راجح مذهب مالکی در بیان احکام شرعی را شامل بود بشکل مواد قانونی تنظیم نمود . که در آن کتاب احکام مربوط به قضاء شرعی ، حقوق فامیل ، معاملات مدنی ، و احکام میراث را در ۹۲۸ ماده قانونی تنظیم نمود .

۱ - بعلی - عبد الحمید محمود . أساذ الفقه المقارن والإقتصاد الإسلامی بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامیة (سابقا) والمستشار باللجنة الإستشاریة لتطبیق أحكام الشریعة الإسلامیة الدیوان الأمیری - دولة الكويت - تقنین أعمال الهيئات الشرعیة معالمه و آلیاته. (جلد ۱ / صفحه ۲۳) .

۲ - محامی - محمد محمد بن عامر - ملخص الأحكام الشرعیة علی المعتمد من مذهب المالکیة - (ج ۱ / صفحات ۱۸ - ۲۵۲ - ۲۸۷ - ۳۶۳) طبع سوم - مکتبة المنهاج - جدة - السعودیة . ۱۴۱۶ هـ ۱۹۹۶ م .

مبحث سوم : تلاش های قانون گذاری فقه اسلامی در افغانستان

مطلب اول : تقنین فقه اسلامی در سیستم قضائی عهد سلطنت بارکزائی ها.

به اساس اصول اسلام قانون گذاری و نگهداشتن عدالت توسط حفظ و پیروی از قوانین شرعی بنا بر اساسات قرآنکریم و سنت نبوی یکی از مهمترین وظایف زمامداران محسوب میشود . بعد از ظهور دولت های معاصر اسلامی حکومت های مرکزی همیشه کوشش و تلاش نمودند که حاکمیت خود را بر تمام قلمرو سرزمین خود جاری نموده و همه را در کنترل خود داشته باشند و همه مناطق شان از قوانین حکومت مرکزی پیروی نمایند . پس برای اینکه حکومت های مرکزی ، مردم و سرزمین خود را بشکل درست و منظم رهبری و کنترل کنند به قانون و سیستم های قضائی رسمی شرعی نیاز دارند . و این موضوع آشکار است که در کشورهای اسلامی تقنین به طبق فقه اسلامی و دستورات شریعت میباشد چونکه قانونیکه در کشورهای اسلامی بر خلاف فقه اسلامی و روح شریعت باشد جای ندارد و قابل قبول نیست. بر همین اساس سیرقانون گذاری ها در تاریخ حکومت های افغانستان و سیستم قضائی ایشان بر مبنای شریعت اسلامی بود و جریان دارد. و از طرف دیگر در جوامع اسلامی مردمیکه بیرون از شهرهای بزرگ ساکن هستند خود را پیروی خبر شریعت دانسته و از طریق سیستم های غیر رسمی قضائی و عنعنات قبیلوی و منطوقوی منازعات خود را در بین خود بدون مراجعه به حکومت های مرکزی حل و فصل مینمودند بخصوص در افغانستان این موضوع زیاد بوده و جریان دارد . اما در زمان تشکیل دولت در افغانستان در دهه ۱۸۳۰ م توسط امیر دوست محمد خان در دور اول سلطنت خود خواست که سیستم قضائی رسمی شرعی را در قلمرو خود رونق بدهد . و بعدا در دوره پسر و جانشین وی امیر شیرعلی خان که از سال (۱۲۴۷الی ۱۲۵۹ هـ - ش) حکومت کرد . در دور دوم سلطنت خود تا جای موفق گردید که یک کشور منظم و سازمان یافته تأسیس کند و با استفاده از برنامه های نابغه شریک سید جمال الدین افغانی در ساحات ملکی و نظامی به یک سلسله اصلاحاتی روی آورد، و رسایی را بنام نظامنامه ها و تعلیمنامه ها یاد میگردید به نشر رسانید.^۱

و قانونگذاری را یک راه عملی برای اجرای اصلاحات به سطح جامعه مورد اهمیت قرار میداد. و شورای دوازده نفری را بمنظور آوردن اصلاحات در بخش های گوناگون زندگی تشکیل داد

^۱ - طرزی - امین : روابط تاریخ در میان سیستم قضائی دولتی و غیر دولتی در افغانستان (۱ / صفحه ۱ - ۲) .

وروش قانون گذاری را بصورت فتاوی آغاز نمود که بنام فتاوی امیری یا (تشریح الجرائم) در آن وقت در چهل ویک باب تنظیم نمود که از کتاب های مختلف معتبر فقهی جمع آوری شده و تدوین گردید.

اما دولت آن وقت در افغانستان از سال (۱۸۷۹ م) تا ختم جنگ های افغان و انگلیس و جنگ های داخلی ضربه شدیدی را متحمل گردید. و بعد از آرامش اوضاع دوره حکمرانی امیر عبدالرحمن خان (۱۸۸۰ / ۱۹۰۱) مطابق با (۱۲۵۹-۱۲۷۹ هـ ش) آغاز گردید و به همکاری و پیمان انگلیس ها امیر عبدالرحمن خان توانست امنیت ساحة قدرت خویش را از خطرات خارجی محفوظ نماید . بعدا امیر عبدالرحمن خان اساس حکومت مرکزی را در کشور گذاشت. و در مورد تنظیم امور محاکم دستور العمل احکام و اساس القضاة را که دربرگیرنده (۱۳۶) قاعده فقهی و قانونی بود توسط علمای وقت نوشته و تدوین نمود و در آن دوران تمام قضاة و ادارات قضائی به قانون تدوین شده بنام (اساس القضاة) پایبند بودند و در صورت تخلف از آن مورد محاسبه قرار میگرفتند و همچنین امیر برای والیان و لایات طرز العمل ماده وار را تدوین و تنظیم نمود .

و برای استقرار حکومت مرکزی کوشش های خود را آغاز نمود و سیستم قضائی یکی از بخش های بود که امیر توجه خاص نمود و برای بمیان آوردن امنیت از طریق سیستم قضائی منظم مرکزی از زور و اجبار کار گرفت تا تسلط خود را برقرار و حکومت را شکل قانونی بدهد و سیستم قضائی که برای عبدالرحمن خان باقی مانده بود تا یک اندازه اصلاح و تنظیم شده بود بخاطریکه امیر شیرعلی خان کوشیده بود که سیستم قضائی را به حد بیشتر مرکزیت ببخشد و بتواند که توسط عملکردهای تقنینی و سیستم قضائی حکمرانی خود را بر تمام نقاط کشور گسترش بدهد .

اما امیر بطور کامل درین راستا موفق نبود بخاطریکه نمیتوانست علمای خارج از شهرهای بزرگ را تحت اثر خود بیاورد . در دوره امیر شیرعلی خان و امیر عبدالرحمن خان دولت مرکزی به ندرت به مسایل داخلی مناطق خود مختار مداخله مینمود بخاطریکه درین مناطق بزرگان به مشوره مشاورین ، مسایل و مخالفت ها را بر اساس عنعنات محلی حل و فصل مینمودند .^۱

دعاوی اجتماعی در شهرها توسط قضاة منتخب دولتی و در دهات و اطراف توسط مشایخ و بزرگان مطابق شریعت حل و فصل میگردد.

۱ - طرزی : روابط تاریخ در میان سیستم قضائی دولتی و غیر دولتی در افغانستان (۱ / ۲-۳) .

بنا براین به صورت عموم آشکارا است که در مملکت سیستم مرکزی دولتی قضائی همه شمول در سطح کشور وجود نداشته و به همین خاطر عبدالرحمن خان موقوف خود را به صفت حکمران جامعه اسلامی میدانست که مشابه به جامعه واقعی و معنوی اسلامی باشد .

سلطان محمد^۱ در تاریخچه زندگی امیر عبدالرحمن خان در باره وی مینوسد که امیر نه تنها قوانین اسلامی را تفسیر مینمود بلکه در بعضی موارد اگر در قوانین شریعت اوامر قاطع نیافت نمیشد خود امیر شخصا قوانین را طرح و شرح مینمود^۲. این چنین قوانین به فتوای حقیقی نزدیک بوده که توسط آن قضایا و مسایل حقوقی در محاکم افغانستان در دوره امیر حل و فصل میگردد. امیر حکومت را از طریق تدوین قوانین سیستم قضائی در وظایف آن تأسیس نمود و همین سیستم را شکل قانونی داد ، عدالت و حکمرانی را به اصول اسلامی وابسته نمود و آن را بشکل کامل تحت تأثیر سیستم قضائی درآورد. و امیر تأکید مینمود که فرمانهای وی نمایندگی از اوامر الهی میکند فلذا انحراف از فرمانهای امیر معادل به تخلف و عدم تابعیت از اوامر الهی دانسته میشد . به علمای پرنفوذ مناطق تحت کنترل خود وانمود میکرد که وی دارای صلاحیت های بسیاری برای نگهداشت شریعت میباشد و بر علماء لازم است که از او به صفت حامی شریعت پشتیبانی نمایند. پس درین صورت میتوان که قانون اساسی افغانستان را در آن وقت که مرکب از سه چیز بود بیان نمود .

یکی قوانین اسلامی . دوم قوانین امیری بنا بر اساسات اسلام طبق مصالح عامه و نظریات شخصی وی . سوم قوانین عنعنوی اقوام مختلف که در قسمت همه قضایائی جنائی ، سیاسی و عایدات حکومتی یک جزء مهم قانون بود از طرف امیر به تصویب رسیده بود .

قوانین اسلامی شکل عمومی را داشت و برای قوانین عنعنوی خیلی مسایل محدود باقی مانده بود و امیر تلاش میورزید که سیستم دولتی بنا بر اصول قانون شریعت جبرا بر قرار شود و قوانین عنعنوی از بین برود اما امیر در عمل نتوانست که قوانین غیر رسمی عنعنوی را به کلی از بین ببرد .^۳

^۱ - سردار سلطان محمد خان طلایی فرزند سردار پابنده محمد خان - در تاریخ ۱۷۹۵ میلادی تولد شده و در تاریخ ۱۸۶۱ وفات شده است. وی والی پشاور ، کوهات ، کابل و نخست وزیر افغانستان بوده است . (برگرفته شده از اینترنت ویکیپدیا - گوگل) .

^۲ - عبدالغنی روایت دست اول از دوران عبدالرحمن خان تا امان الله خان (جلد ۱ / صفحه ۴۱) برگردان : پروفیسور دکتور عبدالخالق لعل زاد - لندن - دسمبر - ۲۰۲۰ م .

^۳ - طرزی : روابط تاریخ در میان سیستم قضائی دولتی و غیر دولتی در افغانستان (۱ / ۳ - ۴) .

سپس امیر حبیب الله ۱۹۰۱ الی ۱۹۱۹ موافق با (۱۲۷۹-۱۲۹۷ هـ ش) پسر وجانشین امیر عبد الرحمن خان حکومت نمود. مرکز تحقیقات علوم اسلامی را بنام محفل میزان تحقیقات شرعی ایجاد نمود این مرکز تحقیقاتی نقش قانون گذاری را ایفا مینمود و همچنین نظامنامه ها نوشته میشد که موافق با احکام شریعت اسلامی تنظیم گردیده بود و یک مجلس کوچکی بنام مجلس شوری هم اساس گذاری شده بود و امیر حبیب الله از طریق طبع نمودن کتب جامی و مفصل حقوقی پروسه اسلامی و مرکزی ساختن سیستم قضائی افغانستان را ادامه داد. اما وی بر خلاف روش پدرش آنقدر فشار را بالای مردم تحمیل ننمود.

در آن زمان برای تصفیه اختلافات و عملی کردن سیستم غیر رسمی قضائی رهبران مذهبی و قومی دوباره فعالیت های شان را آغاز نمودند و در قسمت حل و فصل مشاجرات در افغانستان بر سیستم غیر رسمی و اصول قوانین روایاتی اتکا مینمود که توسط رهبران قومی وضع و یا در قسمت احکام شرعی توسط علماء تفسیر میشد. چنین اصول برای علماء در میان اقوام قدرت بیشتر بخشید و بنا براین میتوان استدلال نمود که گرچه علماء در دوره امیر حبیب الله از بخش و توسعه شریعت استقبال نمودند اما باز هم وانمود کردند که تنها علماء باید قوانین را تفسیر کنند و عملکرد تقنین فقه اسلامی کار ایشان است نه از دولت. خلاصه اینکه این عهد سلطنت های مذکور را به تعبیر دیگر عهد اصول نامه ها و نظام نامه ها نیز میگویند.^۱

مطلب دوم: تقنین معاصر افغانستان در عهد سلطنتهای پسین و نظامهای انقلابی.

عهد انکشاف حقوقی و قانونی در عهد سلطنت های پسین که این موضوع در زمان امیر امان الله خان که از (۱۲۹۸-۱۳۰۹ هـ ش) زمام حکومت را در دست داشت، مطرح گردید. و امیر امان الله خان برای اصلاحات حقوقی گام های جدی را برداشت و در آغاز استقلال به حکومت قانون تأکید نمود و امیر امان الله خان از بنیان گذاران و اعضاء مشروطه خواهان بود و خواهان اصلاحات همه جانبه گردید و درین عهد افغانستان استقلال خویش را جدیداً کسب نموده بود و نهضت حقوقی در جهان انکشاف یافته بود. و امان الله خان خواهان این بود که افغانستان دارای نظام حقوقی همه جانبه و جوابگوی خواسته های همه نیازهای جامعه باشد.

^۱ - معرفی قانون افغانستان چاپ دوم - پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان در پوهنخی حقوق ستانفورد - کلفورنیا (۱ / صفحات ۱۱-۱۶).

امیرامان الله درین مورد دو انتخاب داشت : یکی اینکه اصلاحات بنا بر فعالیت و اقدام دانشمندان حقوقی جامعه افغانی صورت بگیرد. دوم اینکه از تجربه دیگر کشورها استفاده کند .

شاه امان الله خان گزینه دوم را انتخاب کرد و بویژه از تجربه ترک ها کار گرفت چونکه ترکیه دارالخلافت اسلامی بوده و قبلا هم در آن جا قانون مدنی بنا بر فقه حنفی بنام (مجلة الاحكام العدلیة) تدوین شده بود . امان الله خان تصمیم گرفت که از تجربه قانونی ترکیه در اصلاحات قانونی برای افغانستان استفاده کند .

و راجع بر این موضوع از دو دانشمند ترکی بنام های (جمال پادشاه و بدری بیک) همکاری گرفت و این روند طوری جریان داشت که در موضوعات حقوق فامیل و حقوق میراث دخالتی نداشته باشد.

و در موضوع مسایل جزائی کتاب (تمسک القضاة الأمانیة) در تاریخ ۱۳۰۰ هـ ش توسط کارکرد خود قضاة افغانی تدوین گردید و به زبان های ملی به نشر میرسید که در تدوین آن از منابع و مراجع کتب فقه حنفی (هدایه ، قاضی خان ، فتح القدر) استفاده صورت گرفت که به امر شاه امان الله انجام شد و علماء را فرمان داد که روایات صحیحه مذهب حنفی را موافق مصالح ملی و تقاضای وقت و زمان یکجا ساخته تدوین نمایند .^۱

اما در مورد آن عده از مسایل جزائی که حکم معین و محدودی در شریعت اسلامی برای آن وجود نداشته و علمای شریعت آن را جزاهای تعزیری مینامند ، نظامنامه های مختلفی تدوین گردید ، که جزاهای هرگونه جرایم (قباحت ، جنحه و جنایت) در آن بطور مفصل درج و تحریر گردید و قضاة افغانستان مکلف بودند تا از مواد قضائی (تمسک القضاة الأمانیة) و (نظامنامه جزائی) پیروی کنند . و مرکز تحقیقات علمی که در عهد امیر حبیب الله خان تشکیل شد درین عهد به عنوان علمای منتخبه شناخته میشدند و بر تدوین قوانین نظارت میکردند و موافقت آن را با احکام شریعت اسلامی تأیید میکردند و نظر خویش را در اخیر نظامنامه ابراز میداشتند .

۱ - - معرفی قانون افغانستان چاپ دوم (۱۹/۱ - ۲۰) .

به نقل قول از محمود طرزی^۱ که درین مورد چنین نوشته است: در مملکت عزیز ما کلمه (قانون) را ضد (شرع) دانسته و اگر کدام قانون نیز وضع شده باشد آن را قانون نی بلکه (دستور العمل) یا نظامنامه گفته اند.

در زمان حکومت امان الله خان اولین قانون اساسی کشور زیر نام نظامنامه تشکیلات اساسی افغانستان در ۲۴۳ ماده در تاریخ ۱۲۹۹ هـ ش تنظیم گردید. گرچه تعدادی تاریخ نویسان به اساسی بودن این قانون موافق نیستند.^۲

سپس در عهد محمد نادرشاه بین سال های (۱۳۱۰-۱۳۱۲ هـ ش) قانون اساسی جدیدی تحت نام (اصول نامه اساسی دولت افغانستان) در سال ۱۳۱۰ هجری شمسی در ۱۱۰ ماده تنظیم گردید. اصول نامه های که در زمان حکومت محمد نادر شاه وضع گردید جای نظامنامه های سابقه را گرفت.

وبعدا ظاهرشاه بعد از کشته شدن پدرش در سال ۱۳۱۲ هـ ش به قدرت رسید و تا سال ۱۳۵۲ زمام امور را در افغانستان بدست داشت. امور افغانستان در روشنایی اصولنامه اساسی دولت افغانستان تا سال ۱۳۵۲ هـ ش بهمان شکل سابق ادامه داشت، عمل حقوقی بزرگ درین عهد این بود که تمسک القضاة امانیه تحت عنوان حقوق جزا در سال ۱۳۱۹ هجری شمسی مجدداً طبع گردید. و یک تعداد زیادی از اصولنامه ها و مقرره ها و فرامین و عقد معاهدات با کشورهای خارجی صورت گرفت و این اصول نامه ها در مجله الفلاح به نشر میرسید که کار خود را در سال ۱۳۱۷ هجری شمسی آغاز به نشر کرد و تا سال ۱۳۳۵ هـ ش ادامه یافت.^۳

وسپس عهد انکشاف حقوقی دوم شروع گردید که در بین سال های ۱۳۴۳-۱۳۵۷ هجری شمسی میباشد. این عهد در اواخر دوره ظاهرشاه و عصر سردار محمد داود خان را دربرمیگیرد. دهه قانون اساسی (۱۳۴۳-۱۳۵۲ هـ ش) اولین گام و مهمترین قدم عهد انکشاف حقوقی دوم را تشکیل میدهد. درین عهد قانونگذاری شکل مسلکی را بخود گرفت، کوشش ها در تنظیم مسایل

^۱ - محمود طرزی فرزند غلام محمدخان طرزی - در تاریخ ۱۸۶۵ میلادی در شهر غزنی افغانستان تولد شده و در تاریخ ۱۹۲۳ در استانبول ترکیه وفات یافته است. یک روزنامه نگار و سیاستمدار ورزیده، و وزیر امور خارجه افغانستان دوره سلطنت امیرحبیبالله خان بوده است. آثار وی: جغرافیای منظوم افغانستان، روضه حکم، سیاحت در سه قطعه روی زمین (چاپ ۱۹ عقرب ۱۲۹۱). و غیره (انجمن تاریخ و ادب ۱۰۱ افغانستان، اکادمی ۷، ص ۷۴).

^۲ -- امین. عبدالباقی: قانون گذاری: (۱/ ۱۹۱).

^۳ - سیر تاریخی قانون اساسی در افغانستان: (۱/ صفحه ۲).

تقنین از شروع عهد ظاهر شاه در سال ۱۳۱۲ هجری شمسی موضوعات پیش نویس سند تقنینی و تدقیق آن آغاز گردید و این عمل تحت مشاوریت تقنین انجام میافت .

وبعدا مدیریت آن در سال ۱۳۳۵ هـ ش به مدیریت عمومی ارتقاء نموده و تشکیل آن به وزارت عدلیه انتقال یافت . و بالاخره در سال ۱۳۴۳ هـ ش مدیریت تقنین به ریاست ارتقاء نمود و دیپارتمنت های حقوقی در آن بوجود آمد و فعالیت ها ادامه داشت .

وبعدا محمدداود خان در سال ۱۳۵۲ هـ ش توسط کودتای سفید به قدرت رسید و برای مدت پنج سال حکومت نمود . او بجای نظام سلطنتی در کشور نظام جمهوری را اعلان کرد . و سه فرمان را در مورد مسایل مهم سیاسی قضائی و اداری و اقتصادی صادر نموده و آن را جایگزین قانون اساسی قبلی کشور قرار داد .^۱

وبعدا در بین تاریخ (۱۳۵۷-۱۳۸۰ هـ ش) دوران انقلاب و نظام های کمونیستی محسوب میشود . درین دوران تقنین و قانونگذاری بیشتر عهد رکود را به خود داشت .

و سپس وقتیکه در ماه جوزای سال ۱۳۶۵ هـ ش داکتر نجیب الله بقدرت رسید و مصالحه ملی را اعلان نمود و در سال ۱۳۶۶ هـ ش توسط لویه جرگه قانون اساسی جدید را به تصویب رسانید گرچه در سال های پسین به تعدیلاتی مواجه شد یعنی از خوبی های قوانین اساسی گذشته ها در آن جا داده شد و بر خلاف قانون اساسی دوران کمونیست های قبلی در آن اصول اسلامی بیشتر در نظر گرفته شد اما بسبب عدم تسلط دولت بر همه افغانستان و وجود جنگ در اکناف و اطراف افغانستان مانع عملی شدن این قانون اساسی گردید.

وبعد ازین دوره مجاهدین به میان آمد که از ۸ ثور سال ۱۳۷۱ الی میزان ۱۳۷۵ هـ ش را دربرمیگیرد . بعد ازین که مجاهدین در ۸ ثور سال (۱۳۷۱) به قدرت رسیدند ، قانون اساسی عهد داکتر نجیب را ملغی اعلان نمودند .

چونکه در آن هنگام بر اساس شرایط ناگوار و جنگ های داخلی برای تصویب قانون اساسی جدید زمینه مساعد نشد بلکه وفق قانون اساسی سال ۱۳۴۳ هـ ش عمل جریان داشت .

۱- مؤلفان : هوتک- زلمی - رونقی- شیر محمد - بابکر خیل - شیرزی. تاریخ صنف دوازدهم (۱ / صفحات ۱۰۶ - ۱۰۷) . چاپ - نشرات و اطلاعات وزارت معارف - ۱۳۹۶ هـ ش .

وبه همین منوال بعد از مجاهدین دوره اول طالبان (امارت اسلامی) روی کار آمد . دوره اول طالبان از میزان ۱۳۷۵ الی عقرب ۱۳۸۰ را دربرمیگیرد .

بعد از قدرت رسیدن امارت اسلامی یک تعداد فرامین صادر گردید . همچنین طرح قانون اساسی تهیه گردید ، اما طی مراحل نگردید.

مرحله انکشاف حقوقی سوم که از جدی (۱۳۸۰ هـ ش) شروع و تا پایان نظام جمهوریت ادامه داشت .

درین تاریخ دوران حکمرانی دوره اول امارت اسلامی طالبان برچیده شد و حکومت مؤقت بمیان آمد درین عهد قانون اساسی فعلی افغانستان که حالا نیز در دسترس ماست از طرف لویه جرگه آن وقت در سال ۱۳۸۲ هـ ش به تصویب رسیده و به حیث سند بزرگ حقوقی سیاسی شناخته شد . و از آن زمان تا اکنون در ساحة تقنینی کارهای زیادی صورت گرفته است و اسناد تقنینی زیادی مورد تصویب قرار گرفته است .^۱

^۱ - امین - عبد الباقی - قانون گذاری - (۱ / صفحات ۱۹۶ - ۱۹۷) .

فصل دوم : تقنین فقه اسلامی .

راجع به بحث منع تقنین و یا جواز تقنین، و این موضوع ازین جا سرچشمه میگیرد که آیا درست است که قضات در فیصله های خویش بنا بر قول راجح از بین اقوال فقهاء یا بر فیصله به طبق مذهب معین ملزم شوند یا خیر؟ درین راستا در میان علماء اختلاف نظر است و درین بحث علماء به دو گروه تقسیم میگردند که یک گروه ایشان بنام مانعین تقنین (منع کنندگان تقنین فقه اسلامی) و گروه دیگر ایشان بنام مجیزین تقنین (جواز دهندگان تقنین فقه اسلامی) شناخته شده اند . گرچه این موضوع در گذشته و تاریخ اسلامی هم مطرح بوده ولی زیاد رونق نداشته قسمیکه قبلا یاد آوری شد . و البته بحث آن درین عصر و زمان زیاد تراغ شده و مورد بررسی و تحلیل قرار گرفته است پس به همین اساس میتوان این را یک موضوع معاصر نامید و نظریات علمای معاصر را راجع به این مورد بحث قرار میدهیم .

مبحث اول : جواز تقنین فقه .

تعدادی از علماء مانند (شیخ محمد ابوزهره - شیخ مصطفی زرقا - شیخ محمد رضا - دکتور زحیلی - دکتور قرضاوی و غیره) بر جواز تقنین فقه نظر دادند و موافق تقنین آن هستند و میگویند که قضات امروزی در محاکم کشورهای اسلامی بیشتر توانمندی اجتهاد را ندارند و مقلد میباشند پس به تقنین فقه ضرورت است که تراث فقهی اسلامی بنا بر مذهب معین یا اقوال راجح از هر مذهب ، ماده وار به شکل قانون تدوین و تنظیم شود تا مراجعه به آن برای قضات در حل قضایا آسان گردد و از سردرگمی های جهت اختلافات اجتهادی جلوگیری شود و قضات بر فیصله به طبق آن ملزم شوند و این کار به مصلحت جامعه اسلامی است .

و از طرف دیگر معنای تقنین با اجتهاد و شوری و اجماع یک ارتباط خاصی دارد و خود بخود ثابت میشود که تقنین کدام عمل بیرون از فرهنگ اسلامی و چیز بیگانه و وارداتی نیست، بلکه جزء فرهنگ اسلامی است و قسمیکه در جامعه اسلامی به اجتهاد و شوری و اجماع نیاز است پس به تقنین نیز نیاز است و ارتباط هر کدام به شیوه مطلوب قرار ذیل است .^۱

^۱ - محمد - فایز محمد حسین - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية . (الشريعة والقانون في العصر العثماني والعلاقة بنظام الملل) (۱ / صفحه ۴) .

ارتباط مفهوم تقنین فقه اسلامی با اجتهاد : برخی علماء بر این نظر هستند که تقنین فقه اسلامی دارای دو معنی است یکی اینکه تقنین بمعنای ایجاد شرع از آغاز وابتدا که به این معنی تنها مخصوص و مربوط الله تعالی میباشد . دوم اینکه منظور از تقنین در اسلام ، همان رسیدن به حکم شرعی از طریق بحث و جستجو در قرآن و سنت است و موضوع بحث ما همین معنای دوم است .

پس تقنین فقه اسلامی نیز یک نوع نتیجه عملیه اجتهادی و استنباطی مواد احکام فقهی از قرآن و سنت میباشد که در یک مدونه واحد تنظیم و ترتیب گردیده باشد و در رأس این قضیه ، مجتهدین کرام قرار دارند زیرا که ایشان توانمندی استنباط احکام عملی را از دلایل شرعی دارند و علمایکه به نقش و قدم آنها روان هستند عملیه آنها را رونق و توسعه میدهند .^۱

ارتباط مفهوم تقنین فقه اسلامی با نظام شوری : تقنین فقه اسلامی با مبدأ شوری ارتباط وثیق و محکمی دارد و شوری یکی از ستون های اساسی نظام اسلامی محسوب میگردد و سلطه تشریحی در اسلام تابع مبدأ شوری میباشد بدین معنی که اسلام شوری را ستون اساسی نظام فیصله ها قرار داده است پس لازم است که قواعد تقنینی را قوه تقنینیه وضع کند و تحت نظارت نظام شوری قرار داشته باشد .^۲

ارتباط مفهوم تقنین فقه اسلامی با اجماع : اساس و مصدر اصلی تقنین فقه اسلامی دو چیز است که عبارت از قرآن و سنت است ولیکن این دو چیز با وفات پیامبر صلی علیه وسلم تکمیل گردیده اند و بعد ازین برای امت یک مصدر جدید و دائمی باقی مانده که ارشاد امت و هدایت ایشان به آن وابسته است و آن عبارت از اجماع مجتهدین امت است زیرا که اجماع مجتهدین امت یک نوع نمایندگی از تعبیر اراده الهی میکند ، و اجماع نیازمندیهای جامعه اسلامی را مرفوع میسازد و این نیازمندی ها به گذشت عصر و زمان و تغییر شرایط و ظروف ، زیاد میگردد و تغییر میکند پس در این صورت نیاز است که تقنین احکام شریعت و رونق آن و مناسبات آن با حاجات و شرایط جامعه در روشنایی اجماع مجتهدین و علماء صورت بگیرد .^۳

۱ - الشریعة والقانون فی عصر العثماني والعلاقة بنظام الملل (ج ۱ / ۵) .

۲ - مرجع مذکور (۵) .

۳ - مرجع مذکور (۶) .

و علماء معاصريکه تقنين را جائز دانسته اند عبارت اند از : شيخ محمد ابوزهره^۱ و شيخ مصطفى زرقا^۲ و شيخ على طنطاوى^۳ و شيخ محمد عبده^۴ و شيخ محمد رشيد رضا^۵ و شيخ احمد شاکر^۶ و دكتور وهبة زحيلي^۷ و دكتور يوسف قرضاوى و شيخ محمد بن حسن حجوى^۸ و همچنين مجمع بحوث اسلامى در مصر روند قانون سازى شريعت را تصويب نموده است.^۹

۱ - محمد احمد مصطفى احمد - (مشهور به ابو زهره) استاذ پوهنتون قاهره مصر و عالم متفکر و محقق و نويسنده و از جمله دانشمندان برجسته حقوق اسلامى در قرن بيستم شمرده ميشود. در تاريخ ۶ ذى القعدة ۱۳۱۶ هجرى قمرى در مصر تولد شده و در تاريخ ۱۳۹۴ هجرى قمرى وفات يافته است. در علم فقه و حقوق اسلامى و زيبست شناسى، علم تفسير، سيرت پيامبر صلى الله عليه وسلم مهارت داشته است. مؤلفات وى: خاتم النبيين (۳ مجلدات)، المعجزة الكبرى - القرآن الكريم، تاريخ المذاهب الاسلامية، العقوبة فى الفقه الاسلامى، علم اصول الفقه وغيره. (بر گرفته شده از ويکيپديا ([https:// ar.Wikipedia.org](https://ar.Wikipedia.org))). و (المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين - ج ۱ / ص ۳۲۷).

۲ - مصطفى احمد الزرقا - عالم سوري و محقق و يکي از برجسته ترين علماء فقه در عصر جديد بوده و در خدمت فکر و اندیشه و فرهنگ اسلامى در مقابل مخالفان اسلام زياد مبارزه نموده است. در تاريخ ۱۳۲۲ هجرى قمرى در حلب سوريه تولد شده و در تاريخ ۱۴۲۰ هجرى قمرى وفات يافته است. استادان وى: پدر و پدر بزرگش، شيخ احمد المکتبى، محمد عبده، محمد الحنفي وغيره. مؤلفات وى: المدخل الفقهى العام، شرح قانون مدنى سوريه، احکام اوقاف، الفقه الاسلامى فى توبه الجديد وغيره (بر گرفته شده از ويکيپديا ([https:// ar.Wikipedia.org](https://ar.Wikipedia.org))). و (بر گرفته شده از اعلام مکتبه الشاملة). و (المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين - ج ۱ / ص ۳۴۱).

۳ - محمد على بن مصطفى الطنطاوى - مشهور به على الطنطاوى. عالم و فقيه و اديب و حقوق دان و قاضى و مقاله نويس سوري بوده که در قرن بيستم از جمله اشخاص برجسته دعوة اسلامى اخوان المسلمین و اديب زبان عربى شمرده ميشود. در تاريخ ۱۴۲۷ هـ - ق. در دمشق سوريه تولد شده و در تاريخ ۱۴۱۷ هـ - ق. درجده وفات شده و در مکه مکرمه دفن گرديده است در شام و عراق بيشتر علوم را آموخته است و علاوه آن به سعودى و ترکيه نيز سفرها و خدمات و فعاليت هاى علمى داشته است. و مؤلفات زياد دارد که از آن جمله عبارت اند از: اعلام التاريخ - تعريف عام بدين الإسلام - رجال من التاريخ - صور وخواطر وغيره. (بر گرفته شده از ويکيپديا ([https:// ar.Wikipedia.org](https://ar.Wikipedia.org))). و (المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين - ج ۱ / ص ۲۳۲).

۴ - محمد بن عبده - يک عالم فقيه و مفتى و حقوقدان و اصلاح گر دينى و انديشمند مصرى بوده - از پدر ترکمن و از مادر عرب است. در تاريخ ۱۲۶۶ هـ - ق در يکدهکنه بنام (محل نصر) و در تاريخ ۱۳۲۳ هـ - ق به علت بيمارى سرطان درگذشت. مؤلفات وى: اصلاح المحاکم الشرعية، الإسلام والنصرانية بين العلم والمدنية، رسالة التوحيد وغيره. (بر گرفته شده از محمد عبده - ويکيپديا ([https:// ar.Wikipedia.org](https://ar.Wikipedia.org))). و (المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين - ج ۱ / ص ۳۳۲).

۵ - محمد رشيد بن على رضا - محقق، فيلسوف، عالم عقيدة، نويسنده و صاحب تفسير منار. در تاريخ ۱۲۸۲ هـ - ق در لبنان تولد شده و در تاريخ ۱۳۵۴ در مصر وفات شده است. مؤلفات وى: مجلة المنار، يسر الإسلام وأصول التشريع، محاورات المصلح والمقلد، نداء للجنس اللطيف وغيره (جميل عكاشة، راند (۲۰۰۷)) محمد رشيد رضا: جهوده الإصلاحية ومنهجه العلمى طبع اول - صفحه ۱۷ - ۱۸). و (المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين - ج ۱ / ص ۷۴).

۶ - احمد بن محمد شاکر امام مصرى از ائمه حديث عصر حاضر شمرده ميشود. محدث و قاضى بود و در ضمن آن فقيه و محقق و اديب نيز بوده. در تاريخ ۱۳۰۹ هـ - ق در قاهره مصر تولد شده و در تاريخ ۱۳۷۷ هـ - ق وفات شده. بيشتر علوم را از پدر خود آموخته و شيخ محمد امين شنقلى و شيخ محمد رشيد رضا نيز از استادانش هستند و به مذهب حنفى گرايش داشته ولى دور از تعصب مذهبى بوده. و مؤلفات زياد دارد که بيشتر کتاب هابش در شروح علوم حديث است. ويکيپديا ([https:// ar.Wikipedia.org](https://ar.Wikipedia.org))). و (المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين - ج ۱ / ص ۲۸).

۷ - وهبه بن مصطفى الزحيلي - عالم فقيه، اصولى و نويسنده متفکر اسلامى و رئيس گروه فقه مذاهب اسلامى پوهنتون دمشق بوده. در تاريخ ۱۳۵۱ در شهر عطيه اطراف دمشق سوريه تولد شده است و در تاريخ ۱۴۳۶ درگذشته است. مؤلفات وى: از آن جمله: تفسير المنير، الفقه الإسلامى وادلته. وغيره (بر گرفته شده از: وهبه زحيلي ويکيپديا ([https:// ar.Wikipedia.org](https://ar.Wikipedia.org))). و (المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين - ج ۱ / ص ۳۶۸).

۸ - محمد بن حسن حجوى ثعالبى - در تاريخ ۱۲۹۱ هـ - ق تولد شده و در تاريخ ۱۳۷۶ هـ - ق وفات نموده. فقيه و اصولى و مالکى مذهب بوده. از شاگردان محمد بن تهاى وزانى است. ويکي از جمله مؤلفاتش - الفكر السامى فى تاريخ فقه الإسلامى - است. ويکيپديا ([https:// ar.Wikipedia.org](https://ar.Wikipedia.org))).

۹ - إعداد - د. ع. عكوش: التقنين الفقهى - (۱ / صفحه ۱۰). مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر تخصص الفقه المقارن وأصوله - كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية - قسم الشريعة - جامعة ألكلى محند أولحاج - البويرة - الجمهورية الجزائرية. ويکيپديا ([https:// ar.m.Wikipedia.org](https://ar.m.Wikipedia.org))).

وبعضی از اعضاء شورای عالی علمای سعودی نیز این نظر را مورد تأیید خود قرار دادند ، مانند شیخ صالح بن غصون^۱ و شیخ عبدالمجید بن حسن^۲ و شیخ عبدالله خیاط^۳ و شیخ عبدالله بن منیع^۴ و شیخ محمد بن جبیر^۵ و شیخ راشد بن خنین^۶ و دکتور صالح بن عبدالله بن حمید^۷ و دکتور عبدالرحمن القاسم^۸ و غیره . این علماء در این مورد تحقیق همه جانبه را انجام داده اند و در نتیجه به آن فتوی داده و ضرورت و نیاز به قانون سازی شریعت اسلامی را بیان نموده اند .^۹

مطلب اول : دلایل جواز دهندگان تقنین فقه اسلامی .

این علماء برای نظر خود راجع به جواز تقنین فقه اسلامی از دلایل ذیل استدلال نموده اند .

دلیل اول : آیات واحادیثی که به اطاعت و پیروی از اولی الامر دلالت میکند ، که علماء در این موضوع مصالح را از همه جوانب در نظر گرفته اند یعنی مصلحت ولی الامر از یک ناحیه و اطاعت قاضی و رعیت از آن از دیگر ناحیه . و رعایت مصالح جزء سیاست شرعی محسوب میگردد . مصلحت که از ناحیه ولی الامر در نظر گرفته شده است چندین نکات مهم را دربرمیگیرد .

^۱ - صالح بن علی بن فهد بن غصون - یک فقیه و عالم دین از علماء سنی و حنبلی مذهب سعودی است . در تاریخ ۱۳۴۱ هـ ق در منطقه رس تولد شده . در تاریخ ۱۴۱۹ هـ ق در ریاض وفات شده . بیشتر خطابت و دعوت و حلقات تدریس و فعالیت های رسانه ای داشته است و ویکیپدیا ([https:// ar..Wikipedia.org](https://ar..Wikipedia.org)) .

^۲ - عبد المجید بن حسن بن أحمد بن مصطفی الجبرتی - امام و خطیب حرم مدنی (مسجد نبوی) و قاضی و عضو هیئت کبار علماء سعودی بوده . در تاریخ ۱۹۶۰ میلادی تولد شده است . و ویکیپدیا (<https:// ar..Wikipedia.org>) .

^۳ - ابو عبد الرحمن عبدالله بن عبدالغنی بن محمد خیاط - یکی از امامان سابق حرم مکی و عضو هیئت کبار علماء سعودی بوده . در تاریخ ۱۳۲۶ هـ ق در مکه مکرمه تولد شده و در تاریخ ۱۴۱۵ هـ ق در این شهر وفات نموده است . مؤلفات آن : التفسیر المیسر - التربية الإجتماعية فی الإسلام - میادئ السیرة النبویة . و غیره . و ویکیپدیا (<https:// ar..Wikipedia.org>) . و (المعجم الجامع فی تراجم العلماء و طلبه العلم المعاصرین - ج ۱ / ص ۲۰۲) .

^۴ - عبدالله بن سلمان المنیع - عالم دین و عضو هیئت کبار علماء و مشاور دیوان ملکی سعودی بوده - در تاریخ ۱۹۳۰ میلادی در منطقه شقراء و شمس سعودی تولد شده است . از جمله مؤلفات آن : بحوث فی الإقتصاد الإسلامیة - أحادیثی فی الإذاعة - رسالة فی زکاة عروض التجارة - مجموعة بحوث و فتاوی - ۴ مجلدات و غیره ... و ویکیپدیا ([ar..Wikipedia.org](https:// ar..Wikipedia.org))

^۵ - محمد بن ابراهیم بن عثمان بن جبیر - عالم دین و فقیه و عضو هیئت کبار علماء سعودی - و نیز رئیس مجلس شوری و وزیر عدلیه وقت خود در سعودی بوده است . در تاریخ ۱۴۲۳ هـ ق وفات شده است . و ویکیپدیا (<https:// ar.m.Wikipedia.org>) . و (المعجم الجامع فی تراجم العلماء و طلبه العلم المعاصرین - ج ۱ / ص ۲۹۴) .

^۶ - راشد بن صالح بن محمد بن خنین عالم دین سنی حنبلی مذهب سعودی است . در تاریخ ۱۳۴۴ هـ ق در دلم سعودی تولد شده و در تاریخ ۱۴۳۵ هـ ق در ریاض سعودی وفات شده است . علوم اسلامی را در کشور سعودی فراگرفته است . از مؤلفات آن : تشخیص الأخطاء صاحب الأغلال الرئیسية و بیان ما دلت علیه من الإلحاد و المذاهب الإباحية ... میبانشد . و ویکیپدیا (<https:// ar..Wikipedia.org>) .

^۷ - صالح بن عبدالله بن حمید - عالم دین سنی و حنبلی مذهب است و عضو هیئت کبار علماء سعودی و امام و خطیب مسجد الحرام و رئیس مجلس شوری و رئیس مجلس قضاء نیز بوده . در تاریخ ۱۹۵۰ میلادی در منطقه بریده سعودی تولد شده . از مؤلفات آن : مفهوم الحکمة فی الدعوة - أحداث و مواقف فی طریق العرة - وضع الحرج فی الشریعة الإسلامیة ضوابطه و تحقیقاته . است . و ویکیپدیا (<https:// ar..Wikipedia.org>) . و (المعجم الجامع فی تراجم العلماء و طلبه العلم المعاصرین - ج ۱ / ص ۱۲۰) .

^۸ - عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمی - عالم دین و نویسنده و دعوتگر و فقیه حنبلی مذهب بوده . در تاریخ ۱۳۱۲ هـ ق در ریاض سعودی تولد شده است و در تاریخ ۱۳۹۲ هـ ق وفات نموده است . از مؤلفات آن : فتاوی شیخ الإسلام ابن تیمیه را در ۳۷ مجلد جمع و ترتیب نموده - شرح أصول الأحكام ۴ جلد - حاشیة مقدمة التفسیر . فی أصول التفسیر . و غیره . و ویکیپدیا ([ar..Wikipedia.org](https:// ar..Wikipedia.org)) .

^۹ - امین - عبد الباقي - تقنین الشریعة ما له و ما علیه - (۱ / صفحات ۲۳۰ - ۲۳۱) .

- آسان سازی شناخت احکام شرعی برای قضات و مراجعین ، بخصوص برای قضات که امروز اکثریت ایشان غیر مجتهد هستند و در صورتیکه در محاکم ازدحام باشد شناخت حکم از کتب فقه برای قضات خیلی سخت تمام میگردد و از طرف دیگر تأخیر در فیصله منازعات شکایت های مردم را ببار میآورد .

- واحد سازی احکام در یک کشور ، که این موضوع از بی نظمی ها و اختلافات که بر ریختاندن خون ها و تجاوز بر نفس و ناموس در بعض مواضع منجر میشود ، جلوگیری میکند .

- حصول اطمینان خاطر برای مراجعین و حمایت قاضی در برابر تبلیغات سوء .

- آشنائی داشتن بر فیصله که منازعات بر اساس و شیوه آن حل میگردد .^۱

اما از این ناحیه که اطاعت ولی الامر بر قضات و رعیت لازم است . الله تعالی میفرماید :

{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ }^۲

ترجمه : ای کسانی که ایمان آورده اید از الله ج و از پیامبر صلی الله علیه و سلم و از زمام داران خود پیروی کنید .

و شیخ محمد رشید رضا در تحت این آیه ذیل میفرماید^۳ . **{ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ }^۴**

ترجمه : امر آنها در بین شان بر شوری استوار میباشد . و آیه **{ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ }^۵**

ترجمه : اگر آن شایعات را (قبل از پخش نمودن) به پیغمبر یا به صاحبان امر (رأی) بر می گردانند البته آنانی که اهل فهم و درک و استنباط هستند (نتیجه و حقیقت) آن خبر را می یافتند . قرآن کارها و امور دنیوی سیاسی و قضائی و اداری را برای اهل خبره و رأی و معرفت به مصالح امت سپرده است . و به همین خاطر راجع به کسانی که آنها در یک آیت اولی الامر نامیده شده اند

^۱ - اللهو - عامر بن عیسی : حركة التقنين الفقه الإسلامی (۱ / صفحه ۶) .

^۲ - [سوره نساء : ۵۹] .

^۳ - رضا - السيد محمد رشید : تفسير المنار ج ۵ ص ۲۹۹-۳۰۰ . سوره نساء : ۸۳ .

^۴ - [سوره شوری : ۳۸] .

^۵ - [سوره نساء : ۸۳] .

و در دیگر آیت اهل شوری گفته شده اند ، الله تعالی به اطاعت از ایشان امر نموده است و این حکم اسلام است ، اسلام هدایت کامل است .

هر امتی که به آن عمل کند استقلال در امور ، ترقی و پیشرفت در سیاست نصیب شان میگردد . اهل دانش و نظر در هر زمان و هر مکان با در نظر داشت مصلحت های زمان و مکان به همان راه میروند ، و از جمله مصلحت های جامعه اسلامی یکی تقنین فقه اسلامی و نشر آن در میان امت است و نیز و ملزم نمودن قضات به پیروی از آن میباشد . و همچنان این علماء قسمیکه از آیات مذکور درباره جواز و نیاز به تقنین فقه اسلامی استدلال نموده اند همینگونه در مورد اطاعت از ولی امر از احادیث هم استدلال کرده اند که چنین آمده است مانند:

(السمع والطاعة على المرء فيما أحب وأكره ، إلا أن يؤمر بمعصية ، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة)^۱ .

ترجمه : بر مسلمان شنیدن و اطاعت کردن لازم است خواه در امر مورد پسند یا ناپسند وی باشد ، مگر در صورتیکه آن امر در گناه باشد ، اگر امر بر انجام گناه باشد ، سمع و اطاعت واجب نیست . پس اگر امام و خلیفه مسلمانان به قانونگذاری اسلامی و موحد ساختن قضاء امر کند ، جواز دارد ، بخاطریکه در این کار ، اطاعت از امر او در غیر گناه است .

پس هنگامیکه ولی امر از طرف شوری حل و عقد انتخاب میگیرد دارای صلاحیت شناخته میشود و فرمان های او جنبه الزامی پیدا میکند و باید در فرمان های خود مصالح جامعه را در نظر بگیرد پس هنگامیکه ولی امر به تقنین فقه اسلامی که یکی از مصالح جامعه اسلامی بشمار میرود دستور میدهد ، پذیرفته شود . و وجه مشترک و ارتباط اینست! قسمیکه در اطاعت از فرمان ولی امر در امور مسلمانان مصلحت وجود دارد ، همینطور در تقنین فقه اسلامی نیز مصلحت جامعه اسلامی نهفته است .^۲

دلیل دوم : قضات حیثیت و کلاء خلیفه را دارند :

^۱ - سجستانی - أبو داود سليمان بن الأشعث - سنن أبي داود - (جلد ۲ / صفحه ۲۴۵) البانی : حدیث صحیح است . طبع اول - دارالکتب العلمیة - بیروت - لبنان . ۱۴۱۶ هـ ۱۹۹۶ م .

^۲ - ابو زید - بکر بن عبدالله . فقه النوازل - التقنین والإلزام . (جلد ۱ / صفحه ۲۹ - ۳۰) . طبع اول - مؤسسة الرسالة - ۱۴۱۶ هـ ۱۹۹۶ م .

قضات در حقیقت نماینده و وکیل خلیفه و امام هستند چونکه آنها توسط امر امام به مسند قضاء مؤظف گردیده اند و وکیل مقید به شروط مؤکل خود میباشد ، و از حدودی که مؤکل برایش تعیین نموده است نمیتواند که تجاوز کند ، اگر امام قاضی را به پیروی از یک مذهب در قضاء یا تقنین امر نمود ، بر او لازم است که از حد تعیین شده تجاوز نکند .

دلیل سوم : اجماع امت بر جواز تعیین قاضی مقلد :

اجماع بر این است که اگر قضات دارای شروط اجتهاد باشند ، لازم نیست که ایشان را به تقلید از یک مذهب خاص در حکم کردن ملزم کرد .

اما اگر قاضی مقلد مذهب معینی باشد قسمیکه امروز اکثریت قضات محاکم کشورهای اسلامی چنین میباشند درین صورت اقوال فقهاء واضح است که ملزم نمودن آنان به حکم کردن به اساس مذهب مشخص کار درست است ، علمائیکه این الزام را درست نمیدانند و آن را منع قرار میدهند ، به این نظر هستند که اصلاً غیر مجتهد نباید قاضی مقرر شود ، که درین صورت بدون شک مردم در حرج قرار میگیرند. پس بدون اینکه قضات غیر مجتهد را که به یک مذهب مشخص ملزم نمایند دیگر راه ندارند . پس جواز ملزم ساختن قاضی به حکم کردن بر دلیل راجح ، و موافق تر به عصر و نزدیک تر به مصلحت ، از نظر علمای محقق معاصر اولی و بهتر محسوب گردیده است .

دلیل چهارم : تقنین راه استکمال فقه اسلامی است : رسیدگی به قضایایی جدید و معاصر به اساس احکام شرعی نیاز به تقنین دارد ، قانونگذاری به اساس شریعت تکمیل کننده بناء فقه اسلامی میباشد.^۱

هنگامیکه حوادث جدید رخ میدهد نیاز است که بحث قانونی و تنظیم حقوقی برای آن در نظر گرفته شود که شاید فقهاء در گذشته بر آن تفکر ننموده باشند و این کار به یک قسمی فقه اسلامی را به واقعات و موضوعات جدید روز نزدیک تر میسازد و قابلیت های تشریحی آن را بالا تر میبرد . و این بحث تقنین فقه اسلامی تلاشی است برای ترجمه نمودن صفت خلود به احکام شریعت اسلامی و جوابگو بودن آن در هر عصر و زمان ، و ناگفته نماند که این قانونگذاری از طریق شوری عالی علماء صورت می پذیرد که در علوم شرعی و علوم معاصر زندگی دست رسی داشته باشند .

^۱ - عبدالعاطی - محمد عبد اللطیف رجب : تقنین الأحكام الشرعية ضرورة عصرية (۱ / صفحه ۱۹) . أستاذ مشارک بكلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة . maalaati@hotmail.com

یعنی در روشنائی آراء متخصصین در سائر علوم که در جامعه نیاز است شکل میگیرد ، اختیارات تقنینی و فقهی ترجیحی که به آراء مجموعه از علماء متخصص صورت میگیرد نسبت به انتخاب فقهی ترجیحی یک فقیه بهتر میباشد . بخاطریکه در شرائط امروزی واگذاری تمام قضایا به اجتهادی فردی قضات کار مناسب نیست و حکیمانہ نمیباشد چونکہ آنها مصروفیت های زیادی دارند و برای شان دشوار است کہ در هر قضیہ جدید بحث و تحقیق کنند ، بالخصوص در این عصری کہ امور و قضایایی جدید خیلی زیاد میباشد .

دلیل پنجم : تقنین اختلافات بین فیصله های قضائی را از بین میبرد :

اگر قضات در یک قضیه موافق اجتهاد خود فیصله کنند ، این کار سبب میگردد کہ در قضیه واحد در فیصله ها اختلاف و تضاد بوجود بیاید . این اختلاف قضائی بین فیصله ها دروازه بزرگ شکوک را باز میکند و پاکی قضات را زیر سوال میبرد و در محاکم بی اعتمادی های زیادی را ایجاد میکند . و مشروعیت قانون زیر سوال میرود بخاطریکہ مردم نمیدانند کہ قول مورد رعایت در رفتار و سلوک کدام است ؟ چونکہ قضات آن را از مفهوم اقوال فقهاء استخراج و استنباط میکنند و برداشت یک قاضی تا قاضی دیگری نیز تفاوت دارد ، این خود یک مشکل بزرگ در ساحه مشروعیت قانون بحساب میاید . و راه حل این معضله و بحران ، تقنین است و در تقنین با بیان نمودن قول راجح ، هماهنگی و وحدت در فیصله ها به میان می آید و اشکال مشروعیت را حل میسازد .^۱

دلیل ششم : تقنین نزاع جامعه را کاهش میدهد :

تقنین سبب کاهش خصومت ها و جرایم در جامعه میگردد و یکی از اهداف و مقاصد شریعت کاهش دادن خصومت هاست ، کہ در ترقی جامعه نقشی خاص و مهمی دارد . تقنین برای هر دو طرف دعوا در باره فیصله و حکم معلومات میدهد برابر است کہ به فائده شان باشد و یا به ضرر شان ، و همچنین تقنین سبب منظم شدن صدور فیصله ها میگردد . اما در صورت ترک فیصله به اجتهاد قاضی به هر طرف دعوا این امید را میدهد کہ شاید فیصله به نفع او باشد .

^۱ - امین - عبد الباقی : قانون گذاری (۱ / صفحه ۱۲۶) .

دلیل هفتم : احکام شریعت متعدد است و مصادر آن زیاد می باشد ، آراء و نظریات علماء راجع به مسائل متفاوت است و از طرف دیگر در نصوص احتمال معانی زیاد وجود دارد و در جانب مقابل عقول بشر محدود است و در استنباط احکام از نصوص قدرت عقل بشر متفاوت است .

و در بسیاری از اوقات احکام ثابت شده متناقض و مخالف همدیگر قرار میگیرد و این سبب بلوی واضطراب گردیده و اعتماد و اعتبار محاکم شرعی کم رنگ میگردد . پس بنا بر تقاضای حال و روح عصر و زمان ، تقنین یک امر ضروری و مهم است .

دلیل هشتم : تغیر و تبدیل که در ادیان سماوی سپری شده از آشکار ترین دلیل بر جواز تقنین احکام شریعت است . بر این معنی که هر شریعت دارای آن احکام و قواعدی بود که موافق فهم مخاطبین قرار میگرفت .

دلیل نهم : قضیه ارتباطات کشورهای اسلامی به کشورهای دیگر ، تقاضای این را میکند که مواد نوشته شده باشد که در هنگام فیصله دعوا به آن رجوع شود بخصوص در صورتیکه ما حکم را طبق شریعت خود صادر نمائیم و آنها دلیل و مرجعیت را از ما طلب کنند ، پس یک کار دشوار است که برای شان به کتب فقهی مذهب معین یا به کتب فقهی مقارن حواله بدهیم ، پس راه آسان آن همین تقنین فقه است .

دلیل دهم : ملزم ساختن قاضی بر یک قول معین از صدر اسلام قابل اعتبار و قابل تنفیذ بوده قسمیکه در قضیه جمع قرآن حضرت عثمان رضی الله عنه چنین عمل را انجام داد .^۱

حضرت عثمان در عهد و زمان خویش قرآن کریم را به یک قرائت جمع نمود و بقیه قرائت را منع کرد حتی که دستور داد که سوزانده شدند ، و این عمل بمنظور مصلحت مسلمانان و بمنظور وحدت قرآن انجام شد و در نتیجه این یک عملکرد خیر بوده و می باشد .

۱ - عبدالعاطی - محمد عبد اللطیف رجب : تقنین الأحکام الشرعیة ضرورة عصرية (۱ / صفحه ۲۱ - ۲۴) .

مطلب دوم : ویژگی ها و فوائد تقنین فقه.

تقنین دارای مزایا و فوائد خاص خود است که قرار ذیل بیان میگردد .

الف : سهولت رجوع به احکام تقنین شده و دسترسی به آن :

احکام قانونی هنگامیکه در یک مجموعه واحد جمع گردد ، رجوع و شناخت و معرفت آن برای همه آسان میگردد و مردم احکام شرعی را که در آن حقوق و واجبات شان بیان شده و بطور درست میشناسند چونکه به عبارات آسان و مأنوس تنظیم گردیده است و دسترسی به آن آسان میشود و قابل استفاده همگانی قرارا میگیرد چونکه به جرائد رسمی نشر وبه شیوه های گوناگون اعلان میگردد یعنی در تقنین هم برای قضات و هم برای مراجعین و هم برای همه کسانیکه به قانون سر و کار دارند ، فائده بزرگی حاصل میگردد . وبخصوص برای عامه مردم که معاملات شان به قانون وابسته است و در برابر قانون همه یکسان میباشند .^۱

ب : سبب یکپارچه شدن قانون و تقویت حاکمیت بر کشور :

تنظیم کردن قواعد قانونی خاص به هر فرع از فروع قانون در یک مجموعه واحد و تطبیق آن در هر نقطه از نقاط کشور سبب یکپارچگی و موحد ساختن قانون و سبب تقویة حاکمیت حکومت مرکزی میگردد.

ج : مساعد سازی فرصت برای استفاده از قوانین دیگران :

در تقنین میتوان که علاوه از قواعد قانونی داخل کشور ، از قواعد اجنبی هم استفاده کرد در صورتیکه به آن نیاز باشد و آن موافق مصلحت کشور اصلاح گردیده و درج قانون مدونه کشور گردد . البته این در صورتی است که موضوع مورد بحث از طریق تشریح یا عرف و عادت در خود قانون مدونه کشور حل نگردد .

^۱ - عبد البر - محمد زکی - الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة قطر - تقنین الفقه الإسلامی (المبدأ والمنهج والتطبيق) (۱ / صفحات ۲۲ - ۲۴) . طبع دوم - علی نفقة إدارة إحياء التراث الإسلامی - بدولة قطر - ۱۴۰۷ هـ ۱۹۸۶ م .

د : کمک رسائی برای آموزش مقارنه در بین قوانین مختلف :

تقنین و تدوین آن در مدونه واحد زمینه را برای مقارنه و مدارسه قوانین دیگر دولت ها مساعد میسازد و توسط این مقارنه کمبودی ها و خوبی های هر قانون آشکار میگردد . و این عمل سبب میشود که در بین قوانین کشورهای مختلف یک نوع نزدیکی بمیان بیاید .

ه : حفظ احکام شرعی و بیان قول راجح در آن .

عملیه تقنین احکام شرعی را حفظ نموده و قول راجح و معتمد را بیان مینماید ، چونکه اکثر قضات بخاطر اختلافات بین مذاهب فقهی و به خاطر ضیق بودن زمینه در محاکم برایشان به آسانی نمیتوانند که فهم و معرفت حکم شرعی را حاصل نمایند و به شکل درستش آن را تطبیق کنند ، حتی که معرفت قول راجح و رأی مفتی به در مذهب واحد کار آسانی نیست چه برسد به آراء مذاهب مختلف .

و : متحد و یکپارچه شدن احکام قضاء .

عملیه تقنین منجر میشود به واحد ساختن قانون و قضاء در داخل یک دولت ، و این قضیه تقنین سبب وحدت سیاسی و اجتماعی در کشور میگردد . و شاید در صورتیکه حکم واحد نباشد و یا اینکه تطبیق حکم به اجتهاد قضات در نقاط مختلف و اگذار شود، درین صورت احکام قضاء در دولت واحد متعارض و متناقض واقع شده و اضطراب و بی اعتمادی را راجع به محاکم بوجود بیاورد .^۱

^۱ - ضریفی - الصادق - تقنین الفقه الإسلامی ما له و ما علیه . (۱ / صفحات ۷۷ - ۷۸) . أستاذ محاضر قسم (ب) كلية الحقوق والعلوم السياسية (جامعة العقیدة أکلی امحمد أولحاج - بویره) الجزائر.

مبحث دوم : منع تقنین فقه .

یک تعداد از علمای معاصر بر عدم تقنین فقه اسلامی نظر دارند و موافق تقنین فقه اسلامی نیستند و میگویند که شریعت اسلام تدوین شده است و مراجعه به آن سهل و آسان است و از جهت دیگر دروازه اجتهاد مجتهدین امت با رعایت شرایطش تا روز قیامت باز است و باید رونق داده شود . و تقنین ، اجتهاد قضات مجتهد را محدود و یا معطل میسازد و یک مجتهد ملزم نیست که از اجتهاد دیگر مجتهد پیروی کند و همچنین حق در یک مذهب ، معین نیست . وقتی که قضات مجتهد بوده باشند و تقنین فقه اسلامی یک مجتهد را به اختیار یک رأی معین اجتهادی ملزم میگرداند که این کار متعارض با مجتهد بودن آنان میباشد بنا بر این باید فقه اسلامی تقنین نشود . پس به مفکوره تقنین نباید اهمیتی خاصی قایل شد و مصلحت خاصی درین دیده نمیشود بنا بر این تعدادی از علماء بر منع تقنین نظر دارند .

علمای که بر منع تقنین فقه اسلامی نظر دارند بطور نمونه عبارت اند از : یک تعداد علمای هیئت کبار علمای سعودی ، شیخ بکر بن عبدالله ابوزید^۱ ، شیخ صالح بن فوزان الفوزان^۲ ، شیخ عبدالله بن عبدالرحمن البسام^۳ ، شیخ عبدالله بن عبدالرحمن الجبرین^۴ ، عبدالرحمن بن عبدالله العجلان^۵ .

۱ - بکر بن عبدالله بن محمد ابوزید بن ابوبکر - عالم دین سنی مذهب و یکی از علماء معاصر سعودی و عضو هیئت کبار علماء و مجلس قضاء و مجمع فقهی عالم اسلامی بوده . در تاریخ ۱۳۶۵ هـ - ق تولد شده و در تاریخ ۱۴۲۹ هـ - ق در ریاض سعودی وفات شده . از مؤلفات آن : فقه النوازل - حلایه طالب العلم - المدخل المفصل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل - التحذیر من مختصرات الصابونی فی التفسیر... و غیره .. ویکیبیدیا ([https:// ar..Wikipedia.org](https://ar..Wikipedia.org)) و (المعجم الجامع فی تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين - ج ۱ / ص ۳۷) .

۲ - صالح بن فوزان بن عبدالله الفوزان-حقوقدان و استاد پوهنتون سعودی . در تاریخ ۲۸ سپتامبر ۱۹۳۵ در شماسیه عربستان سعودی تولد شده . از دوره ابتدائیه تا مقطع دکتورا تحصیل نموده و دکتورا خود را در رشته فقه گرفته است، فقیه سنی مذهب و عضو شورای علمای ارشد سعودی و عضو کمیته دائمی صدور فتوا ، امام و خطیب مسجد شاهزاده متعب بن عبدالعزیز ، میباشد. استادان وی : از جمله عبدالعزیز بن باز و محمدمین الشنقیطی و عبدالرحمن السعدی و غیره میباشد. از مؤلفات وی : أحكام الطعام فی شریعة الإسلام ، شرح عقیده الواسطیة ، (فقه و فتاوی بیع)، نقد بر کتاب الحلال و الحرام فی الإسلام ، (شرح کتاب توحید - امام محمد بن عبد الوهاب) شرح مکتبی و غیره . ویکیبیدیا (<https:// ar..Wikipedia.org>) و (المعجم الجامع فی تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين - ج ۱ / ص ۱۲۱) .

۳ - ابو عبدالرحمن عبدالله بن عبدالرحمن بن صالح بن حمد بن محمد بن حمد بن ابراهیم البسام - عالم دین سنی مذهب و سلفی بوده . در تاریخ ۱۳۴۶ هـ - ق در عنیزة سعودی تولد شده و در تاریخ ۱۴۲۳ هـ - ق وفات شده . از مؤلفات آن : خلاصة الكلام علی عمدة الأحكام - تقنین الشریعة أضراره و مفاسده - الفقه المختار موسوعة فقیهة... و غیره ... ویکیبیدیا (<https:// ar..Wikipedia.org>) و (المعجم الجامع فی تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين - ج ۱ / ص ۱۸۷) .

۴ - عبدالله بن عبدالرحمن الجبرین - عالم دین سنی مذهب و مدرس و دعوتگر و فقیه بوده . در تاریخ ۱۳۵۲ هـ - ق تولد شده . و در تاریخ ۱۴۳۰ هـ - ق در ریاض سعودی وفات شده . از مؤلفات آن : أخبار الأحاد فی الحدیث النبوی - شرح العقیده الواسطیة - حقیقة التزام - أخبار الأحاد (رسالة ماجستير) - شرح الزرکشی علی مختصر الخرقی (رسالة دكتوراة) و غیره . ویکیبیدیا (<https:// ar..Wikipedia.org>) و (المعجم الجامع فی تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين - ج ۱ / ص ۱۸۲) .

۵ - عبدالرحمن بن عبدالله بن عبدالرحمن العجلان - عالم دین و قاضی بوده . در تاریخ ۱۹۳۸ میلادی تولد شده . و در تاریخ ۲۰۲۱ در مکه المكرمة وفات شده . ویکیبیدیا (<https:// ar..Wikipedia.org>)

شیخ عبدالله بن محمد الغنیمان^۱، شیخ عبدالعزیز بن عبدالله الراجحی^۲ و غیره^۳.

مطلب اول : دلایل مانعین تقنین فقه اسلامی .

ایشان برای تأیید نظر و موقف خود از دلایل قرآن و سنت و اجماع و معقول استدلال نمودند که هر یک قرار ذیل میباشد .

اول : الله متعال دستور داده که در هنگام قضاوت باید فیصله عادلانه صورت بگیرد و درین باره برای پیامبر خود چنین فرموده است : **{ وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ }**^۴ ترجمه : و اگر فیصله کردی ، پس به عدل و انصاف فیصله کن ، بیشک الله تعالی عدل کنندگان را دوست دارد .

همچنین میفرماید : **{ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ }**^۵

ترجمه : میان برای کتاب برحق نازل کردیم تا بین مردم به آنچه فیصله کنی که الله تعالی برای نشان داده است .

در آیه کریمه اول کلمه [قسط] یعنی عدل و انصاف ذکر گردید و اجراء و رعایت آن الزامی گردیده بنا براین علمائیکه بر عدم تقنین نظر دارند میگویند که ، قاضی در برابر آن ملزم است که از عدل و انصاف کار بگیرد و موافق عقیده و مکلفیت شرعی خود فیصله نماید و نه به قسمیکه از طریق تقنین ملزم میگردد که بنا به قول معین یا مذهب معین فیصله کند .^۶

^۱ - عبدالله بن محمد الغنیمان - عالم دین و مجتهد و مدرس در جامعه اسلامیة مدینه منوره - بوده . در تاریخ ۱۳۵۲ هـ ق در ریاض سعودی تولد شده . از مؤلفات آن : شرح کتاب التوحید من صحیح البخاری - تحقیق و تعلیق علی کتاب الصفات للإمام الدارقطنی - الهواء وأثره فی العلم . و غیره . و یکیبیدیا ([https:// ar..Wikipedia.org](https://ar..Wikipedia.org)) . و (المعجم الجامع فی تراجم العلماء و طلبة العلم المعاصرين - ج ۱ / ص ۲۱۵) .

^۲ - عبدالعزیز بن عبدالله الراجحی - عالم دین و دعوتگر و نویسنده و استاد پوهنتون امام محمدین سعودی بوده . در تاریخ ۱۳۶۰ در منطقه قصیم سعودی تولد شده . کتاب مؤلف آن : منحة الملك الجليل شرح صحیح محمدین اسماعیل . است . و یکیبیدیا (ar..Wikipedia.org) . و (المعجم الجامع فی تراجم العلماء و طلبة العلم المعاصرين - ج ۱ / ص ۱۶۸) .

^۳ - د . عبدالرحمن بن احمد الجرعی : تقنین الأحكام الشرعية بين المانعین والمجيزین (۱ / صفحه ۴) .

^۴ - [سورة مائدة : ۴۲] .

^۵ - [سورة نساء : ۱۰۵] .

^۶ - ابوزید- بکر بن عبدالله - فقه النوازل قضایا فقهية معاصرة (ج ۱ / صفحه ۵۷) طبع اول - مؤسسة الرسالة . بیروت لبنان . ۱۴۱۶ هـ ق - ۱۹۹۶ م .

و همچنین در آیه کریمه دوم الله تعالی امر میکند که فیصله باید طبق ما انزل الله صورت گیرد ، ما انزل الله عبارت از حق میباشد و حق در قول راجح فقهاء منحصر نمی باشد ، زیرا قول راجح در نزد بعضی ها حق بوده که دیگران آن را حق نمی پذیرند ، بنا براین ، الزام دیگران بر آن درست نمیباشد که با طبق آن فیصله کنند . و همچنین الله تعالی میفرماید :

{ وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ }^۱

ترجمه : اگر در مورد چیزی اختلاف نمودید ، حکم و فیصله آن نزد الله تعالی میباشد .

همچنان الله متعال میفرماید : **{ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ }^۲**

ترجمه : اگر در مورد امری تنازع و اختلاف نمودید ، فیصله را در مورد آن به الله و رسولش برگردانید .

وجه استدلال مانعین تقنین ازین آیت ها : رجوع به حکم الله و رسول وی (صلی الله علیه و سلم) واجب . لازمی میباشد ، و حکم الله و پیامبرش در مذهب معین یا قول راجح منحصر نبوده ، و شاید زیاد اتفاق افتد که فیصله بر قول راجح فقهاء بر خلاف قناعت قاضی بوده باشد ، فیصله قاضی درین صورت بر خلاف حکم الله و رسولش خواهد بود ، این امر ناجائز بوده و ممنوعیت تقنین را نشان میدهد .^۳

دوم : اینکه مبنای شهادتین برای الله متعال بطور خالص و پاک باشد یعنی بر توحید خالص بنا باشد و مطابق راه و روش پیامبر صلی الله علیه و سلم قرار داشته باشد . و ملزم شدن به تقنین همراه توحید و اتباع خالصانه ، سازگاری ندارد و گویی که ملزم شدن به تقنین در مقابل توحید و اتباع یک نوع توهین تلقی میشود چونکه درین صورت پیروی قاضی از تقنین و فیصله نمودن بر طبق آن بر خلاف معتقدات وی میباشد و این عمل بمعنای مقدم ساختن قول غیر معصوم بر قول معصوم محسوب میگردد و در حالیکه الله تعالی این را به یک نوعی منع نموده و چنین میفرماید :

^۱ - [سوره شوری : ۱۰]

^۲ - [سوره نساء : ۵۹] .

^۳ - جرعی - عبدالرحمن بن احمد : تقنین الأحكام الشرعية بين المانعین والمجیزین (۱ / صفحه ۵)

{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقَدَّمُوا بَيْنَ يَدَيْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ }^۱

ترجمه : ای کسانی که ایمان آورده اید ، درمقابل الله ورسولش پیش دستی نکنید ، واز الله بترسید ، بیشک الله شنوای داناست .

استدلال این گروه ازین آیه کریمه در باره موضوع تقنین اینست ؛ گوئی که تقنین یک نوع پیش دستی در مقابل فرامین الله تعالی وپیامبر صلی الله علیه وسلم است .

سوم : این عده از علماء برای منع تقنین از حدیث ذیل استدلال میکنند که پیامبر صلی الله علیه وسلم چنین میفرماید :

(القضاة ثلاثة : إثنان في النار ، وواحد في الجنة . فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقاضى به ، ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار)^۲ .

ترجمه : قاضی ها بر سه نوع هستند : دو قسم ایشان در آتش دوزخ میباشند ویک قسم ایشان در جنت است . اما نوعیکه در جنت است آن شخصی میباشد که حق را شناخته وبران فیصله نموده باشد ، وشخصی که حق را شناخت ودر فیصله آن ظلم وبی انصافی کرد او در دوزخ است ، وشخصی که برای مردم به جهل ونادانی فیصله میکند اوهم در دوزخ میباشد .

درین حدیث پیامبر صلی الله علیه وسلم قضات را به سه قسم تقسیم کرده است که یکی ایشان در بهشت ودوقسم دیگر ایشان در دوزخ وارد میشوند . درین حدیث وعید شدید است برای قضات که برخلاف آنچه که حق است وبران عقیده دارند ، فیصله میکنند .

این گونه عمل حرام است وحرام بودن آن نزد اهل علم اتفاقی است . واستدلال مانعین تقنین اینست که در صورتی ملزم بودن قاضی به تقنین وفیصله نمودن به طبق آن گوئی که در جمله قضاتی قرار میگیرد که در فیصله خود ظلم وجورنموده ومستحق دوزخ گردیده است .

^۱ - [سورة حجرات : ۱] .

^۲ - [سنن ابی داود - " کتاب الأفضیة " (ج ۲ / صفحه ۵۰۶ - شماره حدیث : ۳۵۷۳] .البانی : حدیث صحیح است .

وهمینگونه این حدیث شریف بر این دلالت میکند که فیصله مانع از گناه عبارت از فیصله است که قاضی در آن موافق صواب دید خویش برحق فیصله نماید.^۱

اما رأی راجح که تدوین شده باشد حتمی نیست که نزد قاضی حق بوده باشد، اگر قاضی بر خلاف آنچه فیصله کند که آن را حق و راجح میبیند گنگار و مستحق دوزخ میگردد. ازین امر حرمت تقنین و عدم جواز آن ثابت میگردد.

چهارم: استدلال مانعین تقنین اینست که: ملزم ساختن قضات در فیصله های خویش بر اقوال انتخاب شده راجح، مخالف عمل خلفای راشدین و عامه صحابه کرام و مخالف عمل سلف صالح میباشد و عمل تقنین سبب برگشت و انحراف از راه و نقش قدم ایشان میگردد.

و این مفکوره در عهد خلافت عباسی ها بوجود آمد و ابوجعفر منصور موضوع را به امام مالک (رح) مطرح کرد و امام مالک این پیشنهاد را رد کرد و فساد آن را بیان نمود و این مفکوره در نزد علمای سلف مردود قرار گرفت. تفصیل بیان سرگذشت این موضوع قبلا در فصل اول در بحث سیرتاریخی تقنین ذکر گردید و در این جا نیاز نیست که به تفصیل دوباره پردازیم.^۲

پنجم: تقنین مانع میشود که قضات از میراث بزرگ فقهی استفاده کنند. و تقنین سبب میگردد که تصرفات قاضی در چوکات یک رأی فقهی منحصر شود، درحالیکه نظریات و اجتهادات فقهی متعدد و گسترده در فقه اسلامی وجود دارد. قاضی میتواند از جمله این نظریات آنچه را انتخاب کند که به نزدش راجح به نظر میرسد و با شرایط و اوضاع قضیه مورد نظر از لحاظ عدالت موافقت داشته باشد اصل در شریعت اینست که قاضی باید مجتهد بوده و توانمندی استنباط و استخراج احکام را از دلایل شرعی داشته باشد.

ششم: در بعضی از کشورها آن عده محاکم مدنی که بر اساس قوانین وضعی تدوین شده که به شکل مواد انتخاب شده و ارقام مسلسل تنظیم گردیده است، فیصله های خویش را صادر مینمایند، باز هم دیده میشود که فیصله های قضات با هم متفاوت است و در آن ها تناقض و اشتباهات وجود

^۱ - شتری - . عبد الرحمن بن سعد : تقنین الأحكام الشرعية تاريخه وحكمه (۱ / صفحات ۲۱ - ۲۲) . طبع اول - دارالتوحيد- ریاض - السعودیة . ۱۴۳۵ هـ .

^۲ - دكبر - . محمد تهامی - باحث وكاتب إسلامی : إمكانية تبدیل الشريعة إلى القانون الأهمية ، الواقع ، النتائج (۱ / صفحات ۲۰ - ۲۳) .

دارد ، در یک محکمه به یک قسم فیصله صورت میگیرد ولی در محکمه دیگر فیصله برخلاف آن صادر میگردد یعنی اگر در یک محکمه حکمی فیصله شود، در محکمه دیگر نقض میگردد

پس در صورتیکه این تقنین و تنظیم و الزام آن ، از اشتباهات و تناقض و نقض احکام و متهم شدن قضات جلوگیری نتواند پس این عمل بی معنی و غیر مفید میباشد . از طرف دیگر همه اقوال انتخاب شده حتما صواب نمی باشد بلکه خطا در آن وجود دارد و همینگونه چیزیکه در آن خطا بوده باشد پذیرفتن آن جایز نیست و چیزیکه پذیرفتن آن جایز نباشد الزام بر آن برسبیل اولی نادرست میباشد .

هفتم : الزام به تقنین مسلمانان را به تنگنا قرار میدهد و آن ها را به قول واحد بشکل متداوم مجبور میسازد .

هشتم : تقنین برای قضات تکاسل را بوجود میآورد یعنی تقنین در بین قضات یک نوع از تکاسل و تکیه بر قوانین تدوین شده را بمیان می آورد . و آنها را در راستای شناخت حکم شرعی از تلاش و کوشش و دقت و مراجعه به منابع اساسی منع میکند و ایشان را از جستجوی دلایل و اسباب و ترجیح یک قول فقهی باز میدارد . و این عمل سبب رکود تحقیقات فقهی و قانونی میگردد . و استفاده از ذخیره بزرگ فقهی رامعطل میسازد و حرکت اجتهاد و فعالیت های فکری را متوقف میسازد .

نهم : عملیه تقنین یک نوع زمینه سازی میکند برای تبدیل احکام شرعی یعنی تقنین صرف وسیله است برای تبدیل احکام شرعی به احکام وضعی ، مثلا در قدم اول تنها نام و شکل آن را تغییر میدهند ولی در گام ها و تلاش های بعدی مضمون آن را نیز تغییر خواهند داد ، خلاصه اینکه تقنین فقه اسلامی تنها پل است برای رسیدن به این هدف ناسازگار با شریعت .^۱

دهم : تقنین اعتماد همیشگی بر احکام شرعی را نابود میسازد . یعنی تداوم تعدیل در قوانین که از طبیعت سیستم قانونی است ، به اعتماد مردم به احکام ضربه وارد میکند .

در حالیکه مردم فعلا به کتاب های فقهی اعتماد دارند و اگر برای ایشان فتوی و حکم شرعی از آدرس همین کتاب های قدیمی گفته شود بدون چون و چرا مورد پذیرش ایشان قرار میگیرد .

^۱ - امین - عبد الباقي : قانون گذاری (۱ / صفحه ۱۲۲) .

ولی در صورتیکه این حکم شرعی از دیگر کتاب ها باشد یعنی از یکی از کتاب های معاصر برایشان استخراج گردد شاید مورد قبول ایشان قرار نگیرد و شک ایشان از بین نرود و قناعت ایشان حاصل نگردد.

البته این گروه بر بعضی دلایل دیگر نیز استدلال کرده اند. که میگویند: قوانین شاید در یک وقت صلاحیت تطبیق داشته و موافق اوضاع و حالات جامعه می باشد اما در صورتیکه اوضاع تغییر کند و صلاحیت و موافقت خود را از دست بدهد، درین صورت قوانین ملزم شده جامد باقی میماند و قاضی نمی تواند در این مورد کاری را بکند.^۱

و دیگر اینکه: تقلیدی که علماء مورد ذم قرار داده اند، بارها بهتر از اتباع تقنین است.

الف: مقلدین احکام خود را نقض نمیکنند و نه هم بر آن ملزم میباشند بلکه هر وقتی خواستند میتوانند از امام خویش مخالفت کنند بدون هیچ مانعی، ولی پیروان تقنین در صورت مخالفت از آن، مورد بازپرسی قانونی قرار میگیرند به این معنی که باید خود را از صحت آن مطمئن ساخته به طبق آن فیصله و عمل نمایند و یا اینکه حکم و فیصله آن باطل و قابل نقض می باشد.

ب: تقلید مذموم تقلید امام معتبر است که امت بر فضیلت آن اتفاق دارند ولی تقلید تقنین عبارت از تقلید معاصرینی است که هیچگونه و هرگز با امامان سابق قابل مقایسه نیستند بلکه شاید دین و امانت شان قابل طعن باشد.

از طرف دیگر: صیاحت احکام فقهی به شیوه معین که از سوی افراد و یا کمیته ها صورت میگیرد از بشریت آنها متأثر می باشد و نسبت آن به الله تعالی دقیق نمی باشد.

و دیگر اینکه: تقنین اختلاف آراء و نظریات را از بین نمیرد درحالیکه برداشتن اختلاف از بزرگترین فعالیت های تقنین است و کشورهای که تقنین را تجربه کرده اند در آن کشور ها اختلاف فقهی بجای خود باقی مانده است زیرا که قضات در تفسیر نصوص با هم اختلاف مینمایند.^۲

^۱ - شثری - عبد الرحمن بن سعد: تقنین الأحكام الشرعية تاریخه و حکمه (۱/ صفحات ۴۰ - ۴۳).
^۲ - امین - عبدالباقی - تقنین الشریعة ماله و ماعلیه. (ص / ۱۹).

مطلب دوم : عیوب و نواقص تقنین .

علمای که مخالف و مانع تقنین هستند در ضمن اینکه دلایل خویش را برای رد عملیه تقنین بیان نموده اند ، یک تعداد عیوب و نقائص احتمالی را برای تقنین نیز بیان کرده اند که بطور خلاصه چند نکته آن قرار ذیل است :

الف : بوجود آمدن جمود بر نصوص تقنین شده .

قسمیکه بیان گردید که تقنین یک نوع تشریح است ولیکن تقنین دارای اهمیت و مقام ویژه است چونکه حاصل و نتیجه عملکردها و تلاش های علماء و اهل خبره است و فن تقنین یک نوع دارای تأثیرات و ارزش و تقدیس است که همه کسانیکه در برابر آن مکلف قرار میگیرند باید به آن احترام داشته و به آن عمل کرده و پایبند باشند .

ولی با این همه ، جمود تقنین در این است که باید قواعد قانونی در مواد بسیار مختصر تنظیم شود و قواعد موحد به عوض قواعد پراکنده جانشین گردد و احکام متناقضه را موحد سازد تا که به آسانی مورد استفاده و دسترسی قرار بگیرد و دیگر اینکه فقهاء بر این اعتقاد هستند که تقنین ، مصدر واحد برای قواعد قانونی است و همه موضوعات علمی فقهی که در جامعه وجود دارد و جامعه به آن نیاز دارد در آن ماده وار گنجانیده میشود و تفسیر علماء راجع به آن تفسیر لفظی میباشد و نیت واضع آن روشن گردد ، و دیگر اینکه روند زندگی در حالت تطور و تغییر میباشد و نظام ها نیز بر وفق آن تغییر پذیر است .

و هنگامیکه احکام تعامل تقنین شود با تطور و تغییر همراهی نمیکند چونکه تقنین قواعد قانونی را در قالب محدد و معین قرار میدهد و موافق همه حالات نمیباشد و شاید موافق حالاتیکه قانونگذار در وقت تقنین در نظر گرفته است باشد، ولی با حالات دیگری همخوانی نخواهد داشت مگر به ایجاد تغییر در آن و این موضوع به جمود قانون منجر میشود .^۱

ولیکن بزودی در صورتیکه به مزایا و ویژگی های تقنین توجه صورت گیرد این عیوب نادیده گرفته میشود و اعتبار داده نمیشود .

^۱ - عبد البر - محمد زکی: تقنین الفقه الإسلامی (المبدأ والمنهج والتطبيق) (۱ / صفحات ۲۶ - ۲۷) .

ب : وجود نقصان در تقنین .

در مدونه تقنین از تعریف و توضیح بعض کلمات که در آن ذکر گردیده ، خود داری شده و آن را به فقه و قضاء و اگذار کرده است مانند الفاظ : غلط ، تدلیس ، غرر ، حسن نیت ، سوء نیت و غیره .

البته میتوان در پاسخ چنین گفت که : اگر عدم ذکر تعریفات الفاظ استعمال شده در تقنین بالفرض عیب و نقص محسوب شود ، به طبیعت قانون بر نمیگردد بلکه به منهج قانون بر میگردد یعنی میتوان که تعریفات را ذکر کرد ولی نکرده قسمیکه صاحب مجله این منهج را انتخاب نموده است

ج : وجود تقصیر در تقنین .

تقصیر تقنین این است که همه احکام قانونی را در بر نمیگیرد و شامل نمیشود .

و همچنین میتوان در پاسخ گفت که تقنین همه احکام قانونی را شامل نمیشود این هم به اساس مقتضای حکمت است و اینکه میتوان که کوشش نهائی را در جمع آوری و شامل ساختن همه احکام در مدونه تقنین انجام داد ولی حکمت ها در نظر گرفته میشود .

چونکه تقاضای حکمت اینست که در تقنین قواعد عامه گنجانیده شود و تفصیل آن به قضاء و اگذار شود تا اینکه قضاء نواقص تقنین را موافق به ضروریات عملی بشکل عادلانه تکمیل بسازد .

ولیکن این دو عیب از ناحیه منهج هم مردود محسوب میگردد . و آن اینکه ترک تعریفات در تقنین از جمله فضیلت تقنین است نه از جمله نقصان آن ، زیرا که تعریفات یک مسئله علمی است و مناسب است که به فقه و قضاء و اگذار شود و مطابق مقتضای حال عمل شود یعنی حال بر اساس تغییر ظروف ، تغییر میکند .

ه : توقف حرکت اجتهاد .

دیگر عیب تقنین این است که قاضی یا فقیه در مقابل نص قانونی موحد ، مقید قرار میگیرد و برایش در مورد نص مجال و فرصت اجتهاد نمیماند . و درین صورت نشاط فکری و اظهار جواب در مقابل خواسته های تغییرات زندگی و عنعنات و معاملات جدید توقف میکند .^۱

^۱ - اللهو . عامر بن عیسی : حركة تقنين الفقه الإسلامی (۱ / صفحه ۱۱) .

مناقشه ورأی راجح

مناقشه در برابر دلایل مانعین تقنین .

۱: پاسخ از دلیل اول . مجوزین تقنین فقه اسلامی (جوازدهندگان) میگویند که مفهوم این آیات عام میباشد ودر موضوع الزام بر یک رأی اجتهادی نمیباشد. نمیتوان گفت ؛ آنچه را که علماء بحیث قول راجح انتخاب نموده باشند خلاف حق بوده باشد ویا اینکه در صورتیکه ما به اقوال ایشان رجوع میکنیم ما به غیر قرآن وسنت نبوی رجوع کرده ایم ؛ پس این علمای بزرگوار از کجا اخذ نموده اند ؟ آیا نظریات شان بر خلاف قرآن وسنت است نخیر هرگز چنین نیست .^۱

ودیگر اینکه اجتهادات همگانی و جماعی از طرف یک مجموعه علماء بمنظور فهمیدن وواضح شدن حکم الله تعالی در یک مسأله مورد نظر نسبت به اجتهادات فردی قضات که استعداد های ایشان با هم متفاوت است ، بحق نزدیک تر میباشد .

۲: پاسخ از دلیل دوم . تقنین یک نوع عمل وفعالیتی است که در نتیجه کوشش ها واجتهادات علمای مجتهد ومسلکی وتلاش های فقهای امت اسلامی بمنظور تنظیم وترتیب وتسهییل احکام فقه اسلامی در مواد مسلسل وراجح وانتخاب شده برای استفادة جامعه اسلامی بخاطر حل مشکلات وقضایایی خویش وبخصوص برای فراهم سازی احکام فقهی در فیصله های قضائی برای قضات ، میباشد .

وتقنین یک نوع سلیقه وعمل اجتهادی است وعمل اجتهادی درچوکات شرایط که از طرف فقهای امت اسلامی بمنظور توضیح دین اسلام واستخراج احکام وحل قضایا ومسایل جامعه اسلامی صورت گرفته است از صدر اسلام شروع تا این دم جایز بوده وجریان دارد .

واین عمل بمعنای پیش دستی در مقابل الله وپیامبرش نبوده وونمیباشد وبا توحید واتباع خالصانه هیچگونه مخالفت نداشته וכدام توهینی تلقی نمیشود .

۳: پاسخ از دلیل سوم . جواز دهندگان تقنین جواب میدهند که مصداق موضوعیکه در حدیث راجع به قضات ذکرشده است ، این امر در حالی است که قاضی دران مجتهد بوده باشد ، ولی در

۱ - عبدالعاطی - محمد عبد اللطیف رجب : تقنین الأحكام الشرعية ضرورة عصرية (۱ / صفحات ۱۴ - ۱۵) .

صورتیکه قاضی در مسأله مورد نظر توانمندی اجتهاد را نداشته باشد مانند حالت امروزی جهان اسلام که قاضی بنا بر مذهب تدوین شده فیصله میکند و قاضی در آن از کسی تقلید مینماید.

پس درین صورت بهتر اینست که قاضی بر قول مجموعه از علماء فیصله کند که ایشان قول راجح را که با دلایل قوی مستند و حل کننده مشکلات عصر جامعه و با خواسته های روز مناسب میباشد انتخاب نموده اند ، و درین عمل مخالفت با این حدیث شریف که مانعین تقنین استدلال نموده اند وجود ندارد .

۴: پاسخ از دلیل چهارم . علمای موافق با تقنین در پاسخ دلیل چهارم میگویند که عدم عمل بر این مفکوره در عهد خلفای راشدین و بعد از ایشان ، عدم جواز آن را نشان نمیدهد . شاید اسباب وجود آن در آن وقت موجود نبود و به آن چندان نیاز نبود . و در شریعت اسلامی کاملاً واضح و روشن است که فتوی و اجتهاد به مرور زمان تغییر پذیر است و تغییر میابد. که از جمله قاعده فقهی (لا ینکر تغیر الأحکام بتغیر الأزمان) درین مورد میباشد .^۱

قابل یاد آوری است که منع الزام قضات بر یک قول در صورتی درست خواهد بود که همه قضات مجتهد باشند. درحالیکه واقعیت این چنین نیست ، اگر خواسته باشیم که قضات مورد ضرورت جامعه خود را تعیین کنیم حتما افرادی را تعیین خواهیم کرد که توانمندی و ظرفیت اجتهاد را نداشته بلکه بیشتر آن ها مقلد میباشند پس در صورتیکه بنا بر ضرورت جامعه این مقلدین به حیث قضات تعیین گردند ، درین صورت الزام آنها که به اساس یک قول راجح حکم و فیصله کنند امر جایز میباشد .

۵: پاسخ از دلیل پنجم . علمای موافق تقنین میگویند که درین قانونگذاری بر قضات مصلحت شرعی معتبر وجود دارد بخاطریکه در صورت بوجود آمدن فراخی و وسعت سرزمین اسلامی و افزایش نزاع و خصومت ها در بین مردم و عدم موجودیت قضاتیکه توانمندی اجتهاد و ترجیح را در همه مسایل داشته باشند ، شاید وقت مساعد را هم نیابند که در باره همه مسایل مورد نظر دقت و اجتهادی نمایند و یا ترجیح بدهند . پس درین صورت ترجیح قول راجح توسط علمای که مورد

^۱ - عبدالبر - محمد زکی : تقنین الفقه الإسلامی (المبدأ والمنهج والتطبيق) (۱ / صفحه ۶۶) . طبع دوم - توسط اداره احياء التراث الإسلامی - قطر . ۱۴۰۷ هـ ق ۱۹۸۶ م .

اعتماد هستند و زمینه کافی و مساعد را برای اجتهاد و ترجیح دارند یگانه راه عملی و درست میباشد و از طرف دیگر ناگفته نماند که تقنین دروازه اجتهاد و ترجیح را بر روی قضات نمیبندد .

اما این نظریات بخاطر دقت و نظر فقهی باید زیادتر مورد تحقیق هیئت قانونگذار که بصورت همیشه در قوانین تجدید نظر میکند، قرار بگیرد .

۶ : پاسخ از دلیل ششم . علمای موافق تقنین در جواب این استلال میگویند که مراد از تقنین ، الزام بر قول خطا نبوده و نمیباشد بلکه الزام بر چیزی میباشد که بر گمان غالب مراد شارع میباشد ، در تکالیف شرعی گمان غالب کفایت میکند ، اگر اینگونه تلازمات را مورد اعتبار قرار بدهیم پس از آن لازم میگردد که بر فتوای هیچ عالمی که در کدام مسأله صادر میکند ، عمل نکنیم و بر آن اعتماد ننماییم زیرا وی معصوم نبوده و احتمال خطا در فتوای وی وجود دارد .

در حالیکه در باره پرسان از علما نص قرآنی بر آن امر میکند ، الله تعالی چنین میفرماید : ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^۱ ترجمه : پس اگر نمی دانید از اهل علم بپرسید .

۷ : پاسخ از دلیل هفتم . موضوع تقنین برای تنگنا نه بلکه برای فراهم سازی نظم و سهولت برای جامعه اسلامی است و همینگونه در هر وقت و زمان عمل بر قول راجح صورت میگیرد و این کار متعارف است اگر چه در صورت غیر تقنین هم باشد . پس انتخاب قول راجح بشکل تقنین کدام کار ناجایز نیست .

۸ : پاسخ از دلیل هشتم . علمای موافق تقنین جواب میدهند که در تقنین ممانعت زیادی بر قضات وجود ندارد ، تدوین فقه اسلامی به هیچ وجه مانع اجتهاد در طول تاریخ نگردیده است .

زندگی و سیر جوامع بشری حوادث و چیزهای نو را بوجود میآورد و برای قاضی زمینه فراخ اجتهادی را میسر میسازد ، ولی این نظریات اجتهادی باید قسمی تقدیم و عرض گردد که با همکاری کمیته های قانون گذاری روند متداوم برای اصلاح قوانین باشد .

۱ - [سوره نحل : ۴۳] .

۹: پاسخ از دلیل نهم . علمای موافق تقنین در جواب گفته اند که : این تشویش را میتوان از طریق تقویت شعور و فهم حقوقی و قانونی و از طریق بمیان آوردن مؤسسات نظارت قانونی دقیق و متداوم جبران کرد .^۱

این یک کار غیر عاقلانه است که میان کارهای مهم زندگی خویش را بخاطر گمان ها و احتمالات ترک نماییم و در حالیکه توان جلوگیری خطرهای آن را هم داشته باشیم .

۱۰: پاسخ از دلیل دهم . طرفداران تقنین در جواب این استلال میگویند که : طوریکه قاضی ملزم نیست که بر قول و اجتهاد نخست خود پایدار باشد ، یعنی در صورتیکه دلایل تقاضای این را کند که از اجتهاد اولی خویش رجوع کند ، پس باید رجوع نماید و بر قول دیگری حکم و فیصله کند . پس قانونگذاری و تقنین هم به همین شکل است و کدام فرقی با آن ندارد .

باید یاد آور شد که منع نمودن تعدیل در قوانین ، با وجود اسباب و ظهور منفعت در آن بر خلاف خواسته شریعت اسلامی میباشد زیرا که شریعت اسلامی رعایت مصالح جامعه را در اولویت کاری و رأس مقاصد خود قرار داده است .

۱ - امین - عبد الباقی : قانون گذاری (۱ / صفحه ۱۲۱) .

نظر راجح

بعد از بیان و مطالعه دلائل مجوزین و مانعین تقنین و مناقشه بر دلائل مانعین ، نظر موافقین تقنین مناسب و قابل تایید میباشد و دلائل که ترجیح نظر موافقین تقنین را تقویت مینماید قرار ذیل بیان میگردد :

اول : مکلفیت شرعی است که برای شناخت و فهم درست حکم شرعی در تمام امور زندگی از دلائل شریعت کوشش و تلاش به عمل بیاید و در این موضوع خود را از تنگ نظری بیرون کرد ، و تنها تلاش های عملیه تقنین فقه اسلامی در موضوعات معاملات مدنی ، احکام جنائی و فامیلی و شخصی منحصر دانسته نشود .

این انحصار گری فقه عمومی را در ساحه سیاست شرعی و روابط بین المللی و امور اقتصادی و همه قواعد و ضوابطی که جوانب گوناگون زندگی بشر را تنظیم میکند ، به انزوا میکشاند . و در نتیجه سرنوشت افراد و ملت ها را به بحران میبرد ، این مورد دقیق قانونگذاری به این شکل همه جانبه و همه گیر توسط کمیسیون قانونگذار که از نخبه ترین علماء شریعت تشکیل گردیده باشد ، صورت میگیرد .

این عمل باید در زیر نظر و آراء اهل نظر و تخصص در بخش های مختلف زندگی صورت گیرد ، البته این کار بعد از مطالعه اقوال و نظریات تمام مذاهب و مقایسه بین آنها صورت میگیرد . و این عمل نسبت به اجتهاد فردی قاضی که در یک قضیه صورت میگیرد و زمینه مساعد هم نمیداشته باشد ، بهتر میباشد . چونکه اشتباهاتی که در بحث و تحقیق گروهی صورت میگیرد نسبت به اشتباهاتی اجتهاد فردی کمتر میباشد .^۱

دوم : موضوعات و امور جدیدی که توسط تغییرات زندگی بوجود میاید زیاد و متعدد است . و استنباط احکام در این قضایا برای قضات که در کارهای روزمره خویش زیاد مصروف میباشد ، کار خیلی دشوار است .

به همین خاطر مصلحت شرعی تقاضا میکند که برای این کار مجموعه خاصی از علماء انتخاب شوند تا قول راجح فقهی را در موارد که نیاز است انتخاب نموده و در هر قضیه جدید بحث کنند

^۱ - جرعی - عبدالرحمن بن احمد - تقنین الأحكام الشرعية بين المانعین والمجیزین (۱ / صفحه ۱۰) .

وآن را مانند قانون تهیه نمایند تا برای قضات محاکم سهولت ایجاد گردد . واین کار برای قضات فرصت را آماده میسازد که در باره ماده قانونیکه با رأی اجتهادی آنها در تضاد قرار گرفته است اظهار نظر نمایند وبعدها نظر ایشان را مرکز تحقیقاتی علمی تحت بحث ودقت قرار بدهد وشکوک ایشان را در مورد تقنین شریعت اسلامی رفع نماید .

سوم : تقنین شریعت اسلامی احکام و فیصله های قضائی را از ترجیحات فردی که در یک قضیه بین دو قاضی تفاوت وتعارض داشته باشد ، بیرون میکند . وگاهی در صورتیکه در یک مسئله نص وجود نداشته باشد ، پس برای قضات تطبیق یک نص شرعی با یک مسئله کار مشکل است . به همین خاطر اختیار نمودن ماده یا نص قانونی در یک مسئله از طرف گروه از علماء عبارت از عملی شدن اجتهاد گروهی میباشد وبمنظور اینست که قضات فیصله های خویش را بر اساس آن انجام بدهند .

چهارم : واقعا که انتخاب رأی راجح فرصت استفاده از میراث فقهی را مساعد میسازد که راه های حل زیادی برای زندگی ومشکلات آن وجود دارد وبا یک مذهب نیز همخوانی دارد . واز طرف دیگر این امر برای حصول معلومات از تجربه های قانونی دیگران، کمک میکند .^۱

پنجم : روند تقنین زمینه وفرصت مناسب را راجع به مقارنه ومقایسه میان مذاهب مختلف ونظریات قانونی امروزی برای همه مهیا میسازد ، اعم از قانون دانان ، استادان پوهنتون ها ، قضات محاکم ، وکلای مدافع وغیره کسانیکه از آن بهره میگیرند .

موضوع تقنین وشناخت ماده قانونی وشناخت مصدر آن در مذاهب فقهی راه را برای تقویت فقه مقایسوی ومقارن باز میسازد .

وناگفته نماند که امروز راجع به حالات واوضاع معاصر ، به تقنین ضرورت جدی داریم .

ششم : تقنین شریعت دانستن احکام راجح شریعت اسلامی را برای مردم آسان میسازد ، بنا بر این تناقض بین فیصله ها از بین میرود وکسی گفته نمیتواند که یک قاضی در یک قضیه یک قسم حکم میکند ودر قضیه دیگر بر خلاف آن ، یا اینکه طرفین دعوا نمیدانند که قاضی چگونه حکم خواهد کرد ؟ یعنی به این قول فیصله خواهد کرد یا به آن .

^۱ - دکیر - محمد تهامی - إمكانية تبدیل الشريعة إلى القانون الأهمية ، الواقع ، النتائج - (۱ / صفحات ۱۳۰ - ۱۳۱) .

واز طرف دیگر نمیتوانند در فیصله محکمه به نفع خویش طمع ایجاد نمایند و یا برای جلب توجه قاضی بسوی خود کوششی را انجام بدهند .

هفتم : قضات امروزی در محاکم دارای اهلیت کافی نمیباشند و یافتن اهلیت کامل در ایشان کاری خیلی دشواری است. واز طرف دیگر خصومات و منازعات بشری خیلی زیاد شده و روز به روز افزایش مییابد .

فارغان مراکز علمی نیز زیاد شده وایشان در ساحة قضاء توان انتخاب قول راجح را ندارند . عملیه تقنین، قانون را موحد و یکپارچه میسازد و قضاء را تقویه مینماید واز وقوع اشتباهات ترجیحات فردی قضات در این عرصه جلوگیری میکند .

هشتم : منع نمودن از قانونگذاری بر اساس فقه اسلامی زمینه را برای استفاده از قوانین وضعی مساعد میسازد ، ومسؤولین را وادار مینماید که برای حل مشکلات خویش از قوانین وضعی استفاده کنند . قسمیکه بر اساس روایت های تاریخی این قضیه در کشورهای اسلامی رخ داده است .

نهم : نظریه قانونگذاری شریعت که از طرف علماء در عصر حاضر مطرح میگردد ، در واقعیت یک نظر عالی است که با روحیه بحث و تحقیقات علمی هماهنگی دارد ، تعصبات مذهبی را کمرنگ میسازد، اقوال راجح از هر مذهب گرفته میشود چونکه حق واحد است ولی برداشت ها و تفسیرها متعدد میباشد ویک مذهب نیز همه مسایل دین و احکام شرعی را دربرنمیگیرد ونیز بطور کامل معصوم نیست لیکن جمع آوری اقوال راجح از همه مذاهب فقهی وتنظیم نمودن آن بشکل قانون وقرار دادن آن در مدونه واحد نماد حق بوده ومرجعیت امت را واحد میسازد، عملیه اجتهاد گروهی را زنده میگرداند ، اعتماد مردم را بر قول راجح که مجموعه از علماء آن را انتخاب میکنند زیاد مینماید .

دهم : در نتیجه ؛ تقنین شریعت اسلامی نیاز جدی عصر حاضر محسوب میگردد ، وچیزیکه قاضی بر آن فیصله میکند باید واضح ، مشخص ، مدون باشد و کسانیکه به پیروی از قانون ما ملزم هستند آن را درست بدانند تا بتوانند در وقت نزاع از خود دفاع نمایند .^۱

۱ - عبد العاطی - محمد عبداللطیف رجب - تقنین الأحكام الشرعية ضرورة عصرية . (۱ / صفحه ۱۷) .

فصل سوم : نقش اجتهاد و تقلید در تقنین فقه اسلامی .

چیز مسلم و غیر قابل انکار است که در موضوع تقنین فقه اسلامی هر دو موضوع اجتهاد و تقلید رعایت میشود و مورد بحث قرار میگیرد ، و آن اینست که در عملیه تقنین هنگام علمکردهای تنظیم و تریب و تبویب تقنین از اجتهاد کار گرفته میشود چونکه این فعالیت یک نوع اجتهاد است که علماء بمنظور سهولت و آسان سازی استفاده از مواد احکام شرعی برای قضات در محاکم ، انجام میدهند و البته این کاری آسانی نیست که هرکس انجام بدهد بلکه کار علماء مسلکی و اهل فن و متخصصین میباشد .

و این عملیه تقنین بخصوص برای قضات امروزی در عصر و زمان حاضر که بیشتر مقلد هستند زمینه استفاده درست را از احکام شرعی مهیا میسازد ، پس همینکه این قضات مقلد هستند و توان اجتهاد را ندارند نیاز مبرم را برای تقنین در جوامع اسلامی آشکار میسازد ، و از طرف دیگر موضوع تقنین یک نوع تأیید کننده موضوع تقلید قرار میگیرد که تقنین بمنظور زمینه سازی و آسان سازی استفاده از احکام شرعی برای قضات مقلد توسط مواد قانونی است .

مبحث اول : تأثیر اشتراط اجتهاد بر قضات در منع تقنین .

قسمیکه ذکر شد برخی از علمای معاصر بر عدم تقنین فقه اسلامی نظر دارند و موافق تقنین فقه اسلامی نیستند و میگویند که شریعت اسلام تدوین شده است و مراجعه به آن سهل و آسان است و از جهت دیگر دروازه اجتهاد مجتهدین امت با رعایت شرایطش تا روز قیامت باز است و باید رونق داده شود . و از طرف دیگر تقنین اجتهاد قضات مجتهد را محدود و یا معطل میسازد و درحالیکه بنا به نظر ایشان باید قاضی مجتهد باشد و یک مجتهد ملزم نیست که از اجتهاد دیگر مجتهد پیروی کند و همچنین حق در یک مذهب ، معین نیست قسمیکه در تقنین این موضوع مطرح میشود .

وقتی که قضات مجتهد بوده باشند و تقنین فقه اسلامی یک مجتهد را به اختیار و انتخاب یک رأی معین اجتهادی ملزم بگرداند که این کار آشکارا متعارض با مجتهد بودن آنان میباشد بنا بر این باید فقه اسلامی تقنین نشود و همینکه قضات مجتهد باشند کافی است . و در نظر گرفتن اشتراط اجتهاد

و مهم دانستن آن برای قاضی نمایان گر عدم ضرورت به تقنین است و این بدین معناست که اشتراط اجتهاد بر منع تقنین تأثیر گذار میباشد.

پس به مفکوره تقنین نباید اهمیتی خاصی قایل شد و مصلحت خاصی درین دیده نمیشود بنا بر این تعدادی از علماء بر منع تقنین نظر دارند .

مطلب اول : اجتهاد و صلاحیت های قضات .

الف : اشتراط اجتهاد برای قاضی :

اجتهاد شرط اساسی از شروط ولایت قضاء است (یعنی اینکه مجتهد باشد به تقنین فقه نیاز نمی‌ماند، ولی در صورتیکه قاضی مقلد باشد باز بهترین راه حل آن تقنین فقه است) و شرط بودن اجتهاد برای قاضی نظر جمهور فقهاء مذاهب است بنا بر این به نزد علمای مالکی و شافعی و حنبلی و برخی از علمای حنفی مانند امام قدوری^۱ (رحمه الله) برای قاضی شرط است که مجتهد باشد و بر احکام شرعی و اصول آن علم داشته باشد و قدرت و توان بحث و نظر و اجتهاد را در فهم فروع شریعت دارا باشد و به چهار اصل مهم احکام شرعی علم داشته باشد و آن قرار ذیل است :

۱- شناخت کتاب الله ج و آن احکام که در آن بیان میشود از قبیل ناسخ و منسوخ و محکم و متشابه و عموم و خصوص و مجمل و مفسر .

۲- علم داشتن به سنت پیامبر صلی الله علیه و سلم سنت قولی باشد یا فعلی و علم به طریقه ثبوت آن چه متواتر باشد یا واحد و علم به صحت و فساد آن و غیره .^۲

۳- علم داشتن به اقوال سلف در آنکه اجماع نمودن و یا اختلاف کردند .

۴- باید به قیاس که موجب مقایسه فروع سکوت شده به اصول نطق شده می‌گردد علم داشته باشد. هنگامیکه به این چیزها علم حاصل نمود از اهل اجتهاد محسوب می‌گردد و برایش جایز است که فتوا بدهد و یا قضاء انجام بدهد و برعکس آن درست نیست .

^۱ - ابوالحسن احمد بن محمد معروف به امام قدوری - مشهور ترین فقیه حنفیه عراق است . از فقهاء طبقه چهارم و از برجسته ترین علماء است. در تاریخ ۳۶۲ هـ - ق در بغداد تولد شده و در تاریخ ۴۲۸ وفات یافته است . مؤلفات وی : کتاب التقریب ، شرح مختصر الکرخی ، شرح ادب القاضی ، مختصر القدوری و غیره . (برگرفته شده از احمد قدوری ویکیپدیا ([https:// ar..Wikipedia.org](https://ar..Wikipedia.org))
^۲ - زحیلی - وهبة بن مصطفى : الفقه الإسلامی وأدلته : (۶ / صفحات ۷۴۳ - ۷۴۴) . طبع دوم - دارالفکر - دمشق - سوریه . ۱۴۰۵ هـ ۱۹۸۵ م .

فقهاء در اشتراط اجتهاد در منصب قضاء وعدم اشتراط آن اختلاف نمودند و در این مورد سه قول است .

قول اول : برای قاضی شرط است که مجتهد باشد و اگر مجتهد نباشد و اگذاری قضاء برایش درست نمیباشد و این به نزد علمای مالکی و شافعی و حنبلی و برخی از علمای حنفی مانند امام قدوری (رح) میباشد که اجتهاد را در منصب قضاء شرط میدانند یعنی برای قاضی شرط است که مجتهد باشد.^۱ و ظاهراً موقف شان اینست که جاهل یا مقلد سزاوار نیست که بر احکام شرعی مؤظف شود ، و منظور از مقلد در نزد شان اینست که مذهب امام خویش را حفظ نموده باشد ولیکن به غوامض و پیچیدگی آن معرفت و شناخت نداشته و توانایی بیان دلایل آن را نیز نداشته باشد ، و اینگونه شخص به نزد آنها صلاحیت فتوا را ندارد پس به طریق اولی صلاحیت قضاء نیز نخواهد داشت. بطور عموم دلایل ایشان قرار ذیل است .

دلیل اول از قرآن کریم :

۱- الله تعالی راجع به این موضوع چنین فرموده است.

{وَأَن احکم بینهم بما أنزل الله} ^۲. ترجمه : و اینکه فیصله کن در بین ایشان به آنچه از سوی الله تعالی نازل فرموده است . یعنی بر این امر شده که بر اساس حکم نازل شده ای الله ج فیصله کن نه بر اساس تقلید دیگران .

۲- همچنین الله تعالی فرموده است . {لتحکم بین الناس بما أراک الله} ^۳. ترجمه : بوسیله آنچه الله به تو آموخته ، میان مردم قضاوت کنی .

۳- و نیز الله تعالی فرموده است . {فإن تنازعتم فی شیء فردوه إلى الله والرسول} ^۴. ترجمه : اگر در چیزی اختلاف کردید پس آن را به الله و رسول او (قرآن و سنت) برگردانید. یعنی منظور شان از استدلال از این آیت اینست که راجع ساختن حل موضوع اختلافی کار علماء مجتهد است که

۱ - مرجع مذکور . (ص / ۷۴۵) .

۲ - [سورة مائد: ۴۹]

۳ - [سورة نساء: ۱۰۵]

۴ - [سورة نساء: ۵۹]

حکم موضوع مورد اختلاف را در روشنایی قرآن و حدیث توسط اجتهاد و استنباط خویش حل نمایند

۴- و نیز الله تعالی فرموده است . { قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ }^۱ . ترجمه : بگو آیا کسانی که میدانند و کسانی که نمیدانند با هم برابر هستند ؟ . ازین آیت اینگونه استدلال نمودند که الله تعالی در بین عالم و جاهل مساوات را منع و نفی کرده است و این به فضیلت عالم بر جاهل دلالت میکند و درین شکی نیست که افضل نسبت به مفضل مقدم میباشد و الله تعالی برای عالم امتیاز و ارزش داده و صلاحیت قضاء نیز یک ارزش است و این صلاحیت ارزشمند سزاوار عالم است ، نه از جاهل و در این آیت بیان تحذیر از جهل است و به یک نحوی امر به ضد جهل (که همانا علم میباشد) صورت گرفته است .

دلیل دوم از سنت نبوی :

۱- حدیث معاذ بن جبل - رضی الله عنه - و قتی که وی را پیامبر صلی الله علیه و سلم به طرف یمن به حیث قاضی فرستاد و برایش گفت : " كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟ قال : أَجْتَهْدُ رَأْيِي وَلَا أَلُو . فَضَرَبَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صدره ، وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لِمَا يَرْضَى رسول الله .^۲

ترجمه : (ای معاذ) هنگامیکه برایت قضیه بی پیش شود چگونه فیصله میکنی ؟ وی گفت به رأی خود اجتهاد میکنم و تقصیر و کوتاهی نمیکنم ، پیامبر صلی الله علیه و سلم به سینه اش زد و گفت : حمد و ثنا خدای را که فرستاده پیامبر خود را به آنچه که پیامبرش رضایت دارد ، توفیق و عنایت فرموده است .

وجه استدلال ازین حدیث این است که پیامبر صلی الله علیه و سلم معاذ را راجع به فیصله قضائی او از طریق اجتهاد مورد تایید قرار داد ، و این در صورتی است که حکم آن از قرآن و حدیث دریافت نشود ، و در این حدیث خوشحالی پیامبر صلی الله علیه و سلم بیان شده و بر این دلالت میکند

^۱ - [سوره زمر : ۹]

^۲ - بیهقی - أحمد بن الحسين بن علی بن موسی أبوبکر . ["سنن البيهقي الكبرى" كتاب آداب القاضي " ج ۱۰ / صفحه ۱۹۵ - شماره حدیث : ۲۰۳۳۹] . البانی : حدیث ضعیف است . طبع سوم - دار الکتب العلمیة - بیروت - لبنان . ۱۴۲۴ هـ - ۲۰۰۳ م .

که صفت اجتهاد در قضاء مطلوب می‌باشد چونکه در شناخت حق که منجر به فیصله عادلانه می‌شود اهمیت واضح و روشنی دارد.^۱

۲- همچنین بریده از پیامبر صلی الله علیه وسلم حدیثی را روایت کرده که پیامبر صلی الله علیه وسلم چنین فرموده است: «القضاة، ثلاثة: واحد في الجنة، واثنان في النار، فأما الذي في الجنة، فرجل عرف الحق، فقضى به، ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار»^۲.

ترجمه: "قضات بر سه نوع اند: یکی در جنت و دو تای دیگر در دوزخ می‌باشد، آن کسیکه در جنت است قاضی ای است که حق را شناخته و بر آن فیصله نموده باشد، و شخصی که حق را شناخت و در قضاوت خویش ظلم نمود در آتش است، و شخصی که بنا بر نادانی در بین مردم قضاوت کند در آتش است."

وجه استدلال از این حدیث این است که عامی در وعید شامل است زیرا که بنا بر جهل قضاوت نموده است، پس این دلالت بر این دارد که باید قاضی مجتهد باشد تا اینکه تحت این وعید داخل نشود و در بین مردم بنا بر جهل فیصله و قضاوت نکند. پس در نزد ایشان جاهل و مقلد که بر جهل قضاوت می‌کند و مصداق این حدیث قرار می‌گیرد.

دلیل سوم: عقل و قیاس.

علماء قضاء را به فتوی قیاس نمودند، قسمیکه برای عامی فتوی دادن جایز نیست پس قضاوت و قاضی بودن بطریق اولی جایز نیست چونکه قضاء اخبار و الزام است و فتوی فقط اخبار و بیان حکم شرعی است، و قضاء نسبت به فتوی بیشتر مؤکد است.

قول دوم:

سپردن قضاء برای مقلد در هنگام ضرورت جایز است یعنی می‌تواند که توسط فتوای امام که تقلید وی را می‌کند یا توسط فتوای مشهور مذهب خویش قضاوت کند، لیکن زمانی که مجتهد موجود باشد

^۱ - أبو محمد - عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسی - المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی: (۱۱/ صفحه ۳۸۱). طبع اول - دارالفکر - بیروت - لبنان. ۱۴۰۵ هـ.

^۲ - سجستانی - سنن أبی داود - (ج ۲ / صفحه ۵۰۶) رقم الحدیث: (۳۵۷۳). البانی: حدیث صحیح است. طبع اول - دارالکتب العلمیة - بیروت - لبنان. ۱۴۱۶ هـ ۱۹۹۶ م.

پس سپردن منصب قضاء برای مقلد جایز نیست . این نظرا از طرف اکثر علمای شافعی و بیشتر فقهای متأخرین مذاهب مطرح شده است . صاحبان این نظر از عموم دلایل نفی حرج و مشقت در شریعت اسلامی و تطبیق قاعده فقهی " الضرورات تبيح المحظورات " استدلال نموده اند .

قول سوم : علمای قول سوم بر این نظر هستند که برای قاضی شرط نیست که مجتهد باشد زیرا که برای غیر مجتهد (قاضی مقلد) ممکن است که توسط علم دیگری نیز فیصله کند یعنی در هنگام قضاوت به فتوی دیگران رجوع نموده و استمداد جوید ، چونکه هدف و غرض از قضاء حل نمودن خصومات است و این عمل توسط تقلید ممکن است و رجوع به فتوی ها و اقوال علماء نیز ممکن است پس قضاوت به این طریقه نیز جایز است .^۱

و این علماء برای تایید نظر خویش به دلایل ذیل استدلال نمودند .

دلیل اول : از قرآن کریم .

الله تعالی فرموده است : **{ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ }** .^۲ ترجمه : پس اگر نمیدانید از اهل علم بپرسید .

وجه استدلال از آیت اینست که نه تنها سوال نمودن جایز است بلکه در صورت عدم معرفت ، در این آیت به سوال نمودن و پرسان کردن از اهل علم تشویق شده است .

حکم آیت عام است که در آن قاضی و غیر آن شامل میشود ، پس هنگامیکه قاضی مقلد از یک عالم سوال میکند و عالم برایش فتوی میدهد و قاضی به قول آن فیصله میکند به تحقیق که مسؤولیت خویش را ادا نموده است ، زیرا که به فیصله خصومات و قضاوت توجه خاص صورت گرفته است و عمل آن لازمی است پس وقتیکه توسط فتوای دیگران انجام بیابد واجب ادا میگردد .

دلیل دوم : سنت نبوی .

این گروه علماء به حدیث علی رضی الله عنه استدلال نمودند . « أن النبي صلى الله عليه وسلم بعثه إلى اليمن وهو حديث السن ، وقال : " علمهم الشرائع ، واقض بينهم " ، فقال : لا علم لي بالقضاء ،

^۱ - هاجر - عيادة : حركة التقنين الفقهی و أثرها على الفقه الإسلامی (۱ / صفحه ۸۹) .

^۲ - [سورة نحل : ۴۳]

فدفع رسول الله صلى الله عليه وسلم في صدره ، وقال : " اللهم إهد قلبه وثبت لسانه " . قال علي :
فما شككت بعد في قضاء بين إثنين .^۱

ترجمه : پیامبر صلی الله علیه وسلم علی را به طرف یمن فرستاد در حالیکه نوجوان بود و برایش
گفت که: " ایشان را احکام شریعت تعلیم بده و در بین شان قضاوت کن " ، علی رضی الله عنه
گفت : من بحساب قضاء علم ندارم ، پس پیامبر صلی الله علیه وسلم به سینه آن زد وگفت : " ای
الله قلبش را هدایت و زبانش را ثابت بدار " . علی رضی الله فرمود بعد ازین به قضاوت در میان
دو کس دیگر شک نکردم .

وجه استدلال از این حدیث به نزد این علماء اینست که با وجود اینکه علی رضی الله عنه گفت که
در موضوع قضاء علم ندارم باز هم پیامبر صلی الله علیه وسلم وی را رد نکرد بلکه در حقش به
هدایت و ثبات دعا نمود . پس اگر در قضاء اجتهاد شرط میبود پیامبر صلی الله علیه وسلم چنین
عکس العمل نشان نمیداد.

سوم : عقل و قیاس .

مقصد و هدف قضاء توسط مقلد نیز حاصل میگردد زیرا که وی توان دارد که بواسطه فتوای دیگران
قضاوت و فیصله کند و برایش ممکن است که حق به حقدار برساند ، هنگامیکه در حق نفس خویش
میتواند توسط استفتاء حکم کند ، پس در حق غیر خویش نیز میتواند حکم و فیصله کند و هر دو یک
حکم دارد و اینگونه عمل جایز است.

و از طرف دیگر این را به شهادت و گواهی دادن قیاس نمودند ، یعنی قسمیکه جایز است تا یک شخص
شاهد باشد همینگونه نیز جایز است که یک عالم قاضی باشد گرچه مقلد هم باشد.

^۱ - قزوینی - ابو عبدالله محمد بن یزید (المتوفی سنة ۲۷۳ هـ) [سنن ابن ماجه / جزء ۳ / صفحه ۴۰۸ " کتاب الأحکام " شماره
حدیث : ۲۳۱۰] . البانی : حدیث حسن است . طبع مکتبة أبي المعاطی . موافق با طبع مکتبة الرسالة . برگفته شده از شامله .

مناقشه ورأی راجح در موضوع اشتراط اجتهاد در قضاء .

علمای قول اول ؛ اجتهاد را در قضاء شرط دانستند بدلائل ذیل :

۱- اینکه جاهل ومقلد نمیتواند احکام شرعی را بشناسد وبه عدالت فیصله نماید ، این مردود است زیراکه برای مقلد ممکن است که توسط فتوای دیگران قضاوت کند ومقصد قضاء رسانیدن حق به حقدار است وبه این شیوه حاصل میشود وکدام اشکالی ندارد .

۲- اما اینکه معاذ رضی الله عنه - فرمود : " أجتهد رأیی " این بر مجتهد بودن قاضی دلالت میکند ولی شرط بودن اجتهاد در قضاء ازان لازم نمیشود .

علمای قول دوم بر این نظر هستند که سپردن قضاء برای مقلد فقط در هنگام ضرورت است ودر صورتیکه مجتهد موجود باشد پس سپردن قضاء برای مقلد جایز نیست . این نیز مردود است زیراکه مقصد قضاء توسط مقلد که به فتوای دیگران قضاوت میکند نیز بجا میاید واین در هر حالتی که باشد فرقی نمیکند واجتهاد در قضاء شرط اولویت است نه شرط لازمی . در این موضوع موقف علمای قول سوم نظر به شرایط معاصرو حالاتیکه در جوامع اسلامی حاکم است ونیازمندیهای که امت به آن مواجه هستند ، نظر مناسب وبهتر وموافق به شرایط زمان است وهمچنین قول بهتر در نزد علمای مالکی اینست که با موجود بودن مجتهد ، سپردن منصب قضاء برای قاضی مقلد نیز جواز دارد .^۱

وپوره شدن اهلیت اجتهاد تعلق میگیرد به شناخت احکام متعلق به قرآن وسنت وشناخت اجماع واختلاف علماء وقیاس ولسان عربی ، ولیکن شرط نیست که فقیه بر تمام قرآن وسنت و اخبار وارده احاطه داشته باشد ولازم نیست که در تمام مسائل مجتهد باشد بلکه کافی است که به موضوع بحث مربوطه مجتهد باشد .

جمهور علمای حنفی میگویند : که شرط نیست که قاضی باید مجتهد باشد بلکه بنا بر نظر صحیح ، داشتن اهلیت اجتهاد یک شرط اولی وبهتر است یعنی مجتهد بودن قاضی یک کار مستحب ومندوب میباشد .

^۱ - محفوظ بن صغیر : الإجتهد القضائی فی الفقه الإسلامی وتطبیقاته فی قانون الأسرة الجزائری . بحث مقدم لنیل شهادة دکتوراه (۱ /صفحات ۱۷۶ - ۱۷۷) . السنة الجامعیة ۱۴۲۹ - ۱۴۳۰ هـ . موافق ۲۰۰۸ - ۲۰۰۹ م .

پس هنگامیکه مجتهد بودن شرط لازمی برای قضاء نمیباشد بلکه شرط استحبابی میباشد ، سپردن منصب قضاء برای غیر مجتهد جایز است ، و بنا بر این قاضی مقلد میتواند که به فتوای غیر خود و تقلید از مجتهد فیصله و قضاوت کند . چونکه منظور و غرض از قضاء حل منازعات و رسانیدن حق به حقدارش میباشد و این کار توسط تقلید هم تحقق میابد .^۱

ولیکن با وجود این همه نظریات ، علماء گفتند که مناسب نیست که در امور قضاء تقلید جاهل را نمود یعنی جاهلیکه به ادله احکام شرعی از لحاظ تفصیل و استنباط جهالت دارد زیرا که نسبت به صلاح کاری جاهل فساد کاری وی بیشتر است بلکه جاهل به چیزی فیصله خواهد کرد که نمیداند و این یک عملی باطل است .

و قطع نظر از اختلاف موجود، بنا بر واقعیت که در خارج وجود دارد و دارای اهمیت و جایگاه خاص است ، امام غزالی رح میگوید که : جمع شدن این شروط یعنی عدالت و اجتهاد و غیره در عصر و زمان ما یک امر متعذر است چونکه در این عصر مجتهد و عادل به چشم نمیخورد ، پس بنا بر این قضاوت و فیصله شخصی با شوکت که از طرف سلطان و حاکم مؤظف شده باشد قابل تنفیذ میباشد گرچه جاهل و فاسق نیز باشد .

از طرف دیگر علمای شافعی نیز فرموده اند که : هنگامیکه این شروط متعذر شود ، و حاکم یک شخص با شوکت فاسق یا مقلد را در منصب قضاء مؤظف کند قضاوت وی بر اساس ضرورت قابل تنفیذ است .

و بالاخره هنگامیکه دو شخص موجود شود که هر دو اهل قضاء باشند پس آنکه در علم و دیانت و تقوا و عدالت و عفت و قوت بیشتر افضلیت دارد به منصب قضاء بیشتر اهلیت دارد . بدلیل فرموده پیامبر صلی الله علیه وسلم : « من تولى من أمراء المسلمين شيئاً فاستعمل عليهم رجلاً ، وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله ، وسنة رسوله ، فقد خان الله ورسوله ، وجميع المؤمنين » .^۲

^۱ - زحیلی - وهبة بن مصطفى - الفقه الإسلامي وأدلته . (۶ / صفحه ۷۴۳) .

^۲ - ابوالقاسم الطبرانی - سليمان بن احمد بن ابوب بن مطير اللخمي الشامي . (المتوفى : ۳۶۰) [معجم طبرانی " ۹ / ۳۲۳ " شماره حدیث : ۱۱۰۵۳] . موافق با مکتبه الشاملة .

ترجمه : کسیکه از پیشوایان مسلمانان چیزی را به عهده گرفت و بر بالایشان شخصی را (در منصب قضاء) مقرر نمود در حالیکه میداند که در میان ایشان دانا تر به کتاب الله و سنت پیامبر صلی الله علیه و سلم دیگر کس نیز وجود دارد، به تحقیق که با الله و رسول الله و به همه مسلمانان خیانت کرده است.

ب : صلاحیت های قاضی :

در اینجا از صلاحیت های قاضی در ساحة قضاء برای این یاد آوری میشود که قاضی اگر مجتهد باشد از یک جهت در حل قضایایی امور مربوطه خود دارای صلاحیت های علمی و اجتهادی میباشد و از دیگر جهت دارای صلاحیت های تطبیقی و وظیفوی میباشد. ولی در صورتیکه غیر مجتهد باشد گرچه از چوکات احکام تقنینی فرا نمیروند باز هم دارای صلاحیت های وظیفوی در ساحة امور مربوطه خویش میباشد. بنا بر این مناسب است که از صلاحیت قاضی در این جا نیز یاد آوری به عمل آید.

و در این جا از نمونه های بارز صلاحیت های قضائی که برای یک قاضی مورد بحث میباشد قرار ذیل است :

- ۱- حل منازعات و خصومات و فیصله نمودن در میان طرفین دعوا یا بر اساس صلح که هر دو رضایت دارند و یا بطور اجباری توسط حکم نافذ.
- ۲- سرکوب کردن ظالمان و جلوگیری ایشان از قهر و تجاوز و واپس گیری حقوق غصب شده از زورمندان و کمک نمودن به همراه مظلومان و رسانیدن حق به حقدار بعد از ثبوت استحقاق آن.
- ۳- برپا سازی حدود الله (جل جلاله) و عمل نمودن به حقوق الله تعالی و رعایت نمودن آن.
- ۴- تحقیق و بررسی و نظر دقیق در موضوعات جنائی.^۱
- ۵- بازدید از اموال یتیمان و دیوانگان و انتخاب نمودن وصی برایشان بمنظور حفاظت از اموال شان.

^۱ - زحیلی - . وهبة بن مصطفى : الفقه الإسلامی وأدلته (۴/ صفحات ۷۵۰ - ۷۵۱) .

۶- بازدید از اوقاف (اشیاء وقف شده بمنظور منافع عامه) با حفظ اصول آن و رونق دادن فروع آن و قبض غله و حاصلات آن و مصرف نمودن آن در راه های مشروع آن .

۷- جاری ساختن وصیت ها مطابق شرایط وصیت کننده که در نزد شریعت مباح باشد .

۸- به نکاح دادن زنان بی سرپرست با کفو شان یعنی آن زنانیکه ولی ندارند .

۹- بازدید از مصالح عامه مسلمانان به شیوه مسالمت آمیز .

۱۰- امر به معروف و نهی از منکر توسط قول یا فعل و این دلیل است بر اینکه قاضی در امور مدنی و جنائی و احوال شخصی و قضیه های اداری و حقوق الله و حقوق جامعه بازدید میکند یعنی به این موضوعات سروکار دارد. بدین معنا که قاضی مدنی و جنائی و شرعی و اداری و غیره و محتسب است . ولیکن کدام ممانعت شرعی نیست که یک قاضی در یک موضوع مربوط به قضاء تخصص حاصل کند و فعالیت داشته باشد چونکه قضایا و دعاوی و مشکلات آن خیلی زیاد میباشد بنا برین به تخصص نیز نیاز است .

۱۱- برابری نمودن در حکم و فیصه عادلانه در بین قوی و ضعیف و بین انسان خیلی محترم و عادی و عدم پیروی از خواهشات در قضاوت .^۱

^۱ - مرجع مذکور (ص / ۷۵۲) .

مطلب دوم : التزام قاضی به یک مذهب معین

قسمیکه در موضوع تقنین فقه اسلامی علماء نظریات مختلف دارند یعنی یک عده موافق تقنین هستند ولی یک عده بی دیگر مخالف تقنین هستند برابر است که تقنین فقه اسلامی برگرفته شده از نظریات راجح فقهی مجموع مذاهب اسلامی باشد یا اینکه برگرفته شده از نظریات راجح یک مذهب فقهی باشد . پس همین گونه در التزام قاضی به یک مذهب معین علماء نیز اختلاف دارند . دلایل علماء که بر التزام قاضی به یک مذهب معین نظر موافق دارند قرار ذیل بین شده است .

دلیل اول: قول الله تعالی است: **{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ}**

^۱ ترجمه : ای کسانی که ایمان آورده اید از خدا و رسول او و از پیشوایان (سلاطین ، قضات ، علماء) خود پیروی کنید . هنگامی که ولی امر به کاری که در آن گناه نیست و مخالف شریعت قرار نگیرد دستور دهد ، به اساس حکم این آیه اطاعت و پیروی از آن لازم است . پس از آن جمله موضوع الزام به تقنین است چونکه در این نه ظاهرا و نه ضمنا کدام گناهی نیست و نه هم مخالف شریعت می باشد بلکه ولی امر در این کار لزوم دید و مصلحت جامعه را در نظر گرفته است .

دلیل دوم : عملی به تقنین فقه اسلامی و مشابه آن عمل سلف صالح است . مانند اینکه حضرت عثمان رضی الله عنه قرآن کریم به یک مصحف و به یک قراءه جمع آوری نمود و باقی مصاحف و قرآات را بنا بر مصلحت و جلوگیری از اختلاف بین مسلمانان ، حریق کرد .

^۱ - [سورة نساء : آیه ۵۹] .

دلیل سوم : معمولاً که تقنین فقه اسلامی به اختیارات گروهی از علماء معاصر می‌باشد و اجماع نیز به فرموده جمهور علماء بنا بر نظر اکثریت منعقد می‌شود و مخالفت از آن اعتبار ندارد پس التزام قاضی به یک مذهب از این قبیل است .

دلیل چهارم : التزام قاضی به مذهب معین از جمله مصالح مرسله است یعنی چیزی را مسلمانان نمی‌گویند در نزد الله نیز نمی‌گویند و پسندیده است .^۱

دلایل علماء که به التزام قاضی به یک مذهب معین نظر مخالف دارند نیز قرار ذیل بیان شده است. دلیل اول : قول الله تعالی است . [فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ] .^۲ ترجمه : پس اگر نزد تو آمدند میان آنان حکم کن یا از آنان روی بگردان و اگر از آنان روی بگردانی هرگز زنیانی به تو نمی‌رسانند و اگر حکم کردی پس در میان شان به قسط حکم کن هر آینه الله عدالت‌کنندگان را دوست می‌دارد .

هنگامی که قاضی به یک مذهب معین ملزم باشد و نیز مکلف است که باید به عدالت فی‌صله کند پس در صورتی که فی‌صله عادلانه در جانب مقابل (در قول غیر الزام شده) باشد پس قاضی مکلف است که به قسط و عدل عمل کند نه به آنچه که ملزم است .

^۱ - ابو زید - بکر بن عبدالله - فقه النوازل - قضايا فقهية معاصرة (التقنين والإلزام) (۱ / صفحه ۳۰) . طبع اول - مؤسسة الرسالة . ۱۴۱۶ هـ - ۱۹۹۶ م .
^۲ - [سورة مائده : آیه ۴۲] .

دلیل دوم : قول الله تعالى است . ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ

لَهُمُ الْخَيْرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾^۱ ترجمه : هیچ مرد مؤمن و زن مؤمنه ای را نسزد که چون خدا

ورسولش به کاری فرمان دهند ، برای آنان در کارشان اختیاری باشد .

پس ملزم ساختن قاضی به یک مذهب معین ، ملزم ساختن به اجتهاد غیر معصوم است

و درحالی که اختیاریار مسلمانان در مقابل حکم الله و رسول او سلب شده است پس بخاطری که

در التزام قاضی به یک مذهب معین یک نوع اختیاری به وجود می‌آید بنا براین الزام باطل

است .^۲

دلیل سوم : قول ابن قیم (رحمه الله) است . ما می‌دانیم که در عصر صحابه (رضی الله

عنهم) هیچ صحابی بنوده که همه اقوال یک صحابی را گرفته باشد و در هر موضوع به سخن

او عمل کرده باشد و سخن دی‌گران را ترک کرده باشد ، روشن و معلوم است که این کار در هیچ

یک از زمان صحابه و تابعین و تبع تابعین صورت نگرفته است ، سبک و شیوه صحابه

کرام به همه آشکار است که در مقابل اقوال پی‌امبر صلی الله علیه وسلم هیچ گاهی به اقوال

علماء خویش نپرداختند .^۳

۱ - سورة احزاب : آیه ۳۶] .

۲ - ابو زید - بکر بن عبدالله - فقه النوازل - قضايا فقهية معاصرة (التقنين والالزام) (۱ / صفحه ۶۷) .

۳ - ابن القيم - ابو عبدالله محمد بن ابي بکر بن ايوب - (المتوفى سنة : ۷۵۱ هـ - ق) (اعلام الموقعين عن رب العالمين (۳ / ۵۳۸) طبع اول - دار ابن الجوزي - ۱۴۲۳ هـ .

مناقشه و نظر راجح

خلاصه اینکه برای ولی امر جواز دارد که قاضی را در قضاوت هایش بنا بر یک مذهب معین از بین مذاهب فقهاء اسلامی ملزم بگرداند که قاضی به یک مذهب معین التزام داشته و موافق آن فیصله های خود را پیش ببرد و این عمل از دایره شریعت اسلامی خارج نیست و یک نوع رفتار به سیاست شریعت اسلامی و در نظر گرفتن مصلحت امت است ، بر قاضی ورعی لازم است که در این کار از ولی امر اطاعت نمایند ، و این عمل معمولاً در گذشته ها نیز از طرف دولت های اسلامی بوقوع پیوسته است که تاریخ گواه آنست .^۱

التزام قاضی به یک مذهب معین خلاف عدالت بوده نمیتواند چونکه بعد از در نظر داشت و ملحوظات و مصالح همه جانبه جامعه اسلامی از طرف ولی امر صورت میگیرد و تصور غیر عادلانه بودن آن خیلی اندک به نظر میآید. و دیگر اینکه التزام قاضی به یک مذهب معین ثابت کننده اختیاریت بنا بر خواهشات در مقابل حکم الله و رسول او نیست بلکه یک نوع اطاعت از فرمان های شریعت در قالب یک مذهب میباشد . و دیگر اینکه عصر صحابه کرام و تابعین نسبت به قرون بعدی از نگاه حالات و شرایط متفاوت بوده ، صحابه کرام به گرفتن اقوال همدیگر نیاز نداشتند چونکه در حیات پیامبر صلی الله علیه وسلم مستقیم همه چیز توسط وحی حل میگردید . و بعد از وفات پیامبر صلی الله علیه وسلم آنها نیز به قرآن

^۱ - عبد البر - محمد زکی - تقنین الفقه الإسلامی (المبدأ والمنهج و التطبيق) (۱ / ۷۵) . طبع دوم - علی نفقة إدارة إحياء التراث الإسلامی بدولة قطر - ۱۴۰۷ هـ ۱۹۸۶ م .

وسنت بهتر فهم و دسترسی داشتند که هم برای‌شان قرآن وحدیث پوره بیان شده بود وهم اهل
لسان بودند ، لذا هر قضیه و موضوع شان در روشنی آیات واحادیث حل می‌گردید.

مبحث دوم : جواز تقلید برای قضات و تأثیر آن در جواز تقنین فقه .

همان گونه که ذکر شد برخی دیگری از علماء برجواز تقنین فقه نظر دادند و موافق تقنین هستند و میگویند که قضات امروزی در محاکم کشورهای اسلامی بیشتر توانمندی اجتهاد را ندارند و مقلد میباشند بنا براین طرفدار موضوع تقنین هستند و براین نظر دادند و مصلحت دیدند که تراث فقهی اسلامی بنا بر مذهب معین یا اقوال راجح از هر مذهب (اقوال راجح مذاهب متعدد فقهی اعم از مشهور و غیر مشهور جمع گردد) ، ماده وار به شکل قانون تدوین و تنظیم شود تا مراجعه به آن برای قضات در حل قضایا آسان گردد و از سردرگمی های جهت اختلافات اجتهادی جلوگیری شود و قضات بر فیصله به طبق آن ملزم شوند و این کار به مصلحت جامعه اسلامی است .

پس در نزد ایشان بر اساس اینکه تقلید به نحوی یک پدیده است که نمیتوان از آن خلاصی حاصل کرد و در جامعه اسلامی برای قضات و مفتی ها یک نوع نیاز است که در جای ضرورت که خودشان در بحث علمی و فهم آن عاجز بیایند از نظریات و آراء مجتهدین و علماء بزرگ استفاده کنند و شیوه احسن آن در چوکات تقنین است پس اینجاست که تقلید برجواز تقنین تأثیرگذار میباشد .

مطلب اول : محدودیت قاضی در فیصله ها توسط تقنین فقه .

قسمیکه راجع به اشتراط اجتهاد در قضاء قبلا موضوع ذکر گردید، که قاضی باید مجتهد باشد و یا اینکه مقلد بودن نیز اشکالی ندارد و البته این اختلاف نظر بیشتر بر میگردد به زمانه های قدیم و گذشته ها و این به خلاف عصر و زمان حاضر است چونکه در این عصر وسعت و توان اجتهاد خیلی کم رنگ شده و بنا بر خواسته ها و نیازهای جامعه طبق شرایط حاکم ، در صورت نبود قاضی مجتهد، مقرر نمودن قاضی مقلد در منصب قضاء جواز دارد .

و در این موضوع حدود و ساحه الزامیت تقیید هر قاضی به یک مذهب توسط تقنین مورد بحث قرار میگیرد برابر است که قاضی مقلد باشد یا مجتهد و البته در قدم نخست راجع به قاضی مقلد بحث میکنیم و سپس به بحث قاضی مجتهد میپردازیم .

در باره محدود و ملزم بودن قاضی مقلد در فیصله های خود مطابق یک مذهب معین توسط تقنین، علماء نظریات مختلف دارند . تعدادی از علمای مالکی و شافعی و حنبلی براین نظر هستند که ملزم ساختن قاضی مقلد در فیصله هایش مطابق مذهب معین، جایز نیست .

ولی از جانب دیگر علمای حنفی و برخی از علمای مالکی و حنبلی بر این نظر هستند که ملزم ساختن قاضی مقلد در فیصله هایش مطابق مذهب معین جایز است .

علمای که بر عدم الزام قاضی و محدودیت وی موافق هستند چنین استدلال های دارند :

۱- برای ولی امر مسلمانان جایز نیست تا مردم را از آنچه منع کند که ساحه و مجال اجتهاد قرار داشته باشد ، به همین خاطر وقتیکه ابوجعفر منصور با امام مالک مشوره کرد و از وی اجازه خواست تا مردم را به رعایت احکام موطأ مأمور بسازد ، ولی امام مالک رح این پیشنهاد را نپذیرفت بلکه رد کرد .

۲- امام شافعی رحمه الله میفرماید : (علماء اتفاق دارند ؛ اگر برای کسی سنت پیامبر صلی الله علیه وسلم معلوم گردد برایش جایز نیست تا آن را برای قول کسی دیگری ترک کند)^۱ .

و همچنین دیگر دلایل را نیز دارند که در بحث عدم جواز ملزم ساختن قاضی مجتهد بر مذهب معین ، نیز از آن استدلال نمودند که بعدا بیان خواهد گردید .

و علمایکه در باره ملزم و محدود ساختن قاضی مقلد نظر موافق دارند و آن مناسب تر و به مصلحت نزدیکتر میدانند ؛ فشرده نظریات و گفته هایشان چنین است :

این تقیید و محدودیت قاضی از طرف ولی الأمر مدیریت میشود و یک قضیه اجتهادی است و از طرف دیگر هنگامیکه قاضی از طرف ولی الأمر به منصب قضاء مؤظف میگردد و به تقنین ملزم میشود که به طبق آن بر اساس فرمان ولی الأمر اجراءات نماید پس باید به تعهدات خود عمل نموده و اطاعت کند .

در این جا قاضی بیرون از تقنین دست باز ندارد بلکه بر وی لازم است در چوکات تقنین قسمیکه به آن مکلف گردیده عمل نماید تا اینکه از محدوده خویش فرا قدم نگذاشته و نیز اطاعت ولی الأمر را بجا آورده باشد .

^۱ - امین - عبد الباقي : قانون گذاری (۱ / ۱۱۵) .

والبته ناگفته نماند که اطاعت ولی الأمر در محدوده شریعت میباشد و خلاف شریعت حق اطاعت نیست. و اطاعت از فرمان ولی الأمر در بخش وضع تنظیمات در تثبیت احکام شرعی راجع به اداره امور امت اسلامی و رعایت مصالح ایشان میباشد.

خلاصه اینکه سلطه ولی الأمر در صادر نمودن اوامر و تنظیمات آن و وضع تدابیر برای رقم زدن امور مسلمین بشکل مثبت و آسان سازی نظام فیصله ها در محاکم، میباشد.

و در این سلطه حقوق و واجبات هر دو همزمان موجود میباشد و ولی الأمر از اینگونه حق سلطه برخوردار است.

پس در نتیجه اطاعت از ولی الأمر و احکام تقنین شده، برای قاضی یک محدودیت خاص بوجود میاید که نمیتواند بر خلاف چوکات تعیین شده عملکرد داشته باشد.

برنامه های کاری ولی الأمر مربوط میشود به تنظیم مصالح امت و تدبیر امور ایشان در موضوعات که در آن مجال رأی و اجتهاد وجود دارد و در آن بحث تحقق مصالح و جلب منافع و دفع مفسد میباشد، و نیز بنا بر قاعده "تغیر الفتوی بتغیر الزمان والحال" عدل و انصاف در نظر گرفته شود و همچنین بنا بر قاعده "الضرورات تبيح المحظورات" ضرورات و ظروف استثنائی مراعات گردد، چونکه این قاعده اساس مصلحت امت و مبنای تنظیم امور ایشان است و ولی الأمر بر آن اعتماد دارد و در بسیاری از احکامیکه کارهای مسلمانان را تنظیم میکند، استناد مینماید.

ولی الأمر در هنگام ضرورت قسمی عملکرد داشته باشد که موافق سلامت امت باشد و اساسات و حاکمیت و امنیت و استقرار ایشان محافظت گردد گرچه این کار در اوقات عادی غیرمباح هم باشد. و از طرف دیگر اقوال علماء مؤید این موضوع است که میگویند:

" جوهر تقنین همان ملزم و محدود ساختن قاضی در فیصله هایش مطابق تقنین است قسمیکه آن را ولی امر صادر نموده و بر اجرات آن دستور داده است "

ابن عابدین حنفی چنین فرموده است: " القاضی لو قضی بخلاف رأیه ینفذ قضاؤه مالم یقیده السلطان بمذهب خاص ". ترجمه: اگر قاضی بر خلاف رأی خویش فیصله نماید قابل اجراء است تا زمانیکه ولی امر وی را بر مذهب خاصی مقید نساخته باشد.^۱

۱ - بعلی - عبد الحمید - محمود : تقنین أعمال الهیئات الشرعیة معالمه و آلیاته. (۱ / صفحه ۲۱) .

شیخ ابوبکر طرطوشی^۱ از ابن فرحون مالکی^۲ چنین نقل نموده: " أخبرنی القاضی أبو الولید الباجی^۳ أن الولاة كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلا القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدوه . "

ترجمه: قاضی ابوولید باجی برایم گفت که حاکمان قرطبه هنگامیکه شخصی را به منصب قضاء مقرر میکردند بالایش شرط میگذاشتند که در فیصله هایش از قول ابن قاسم برون نشود تا زمانیکه با آن دسترسی داشته باشد .

پس هنگامیکه ولی الأمر احکامی را که بمنظور معالجه حالات ضروری و توجیه حالات اضطراری تقنین و تنظیم مینماید ، بالای قضات لازم است که مطابق به اصول و میادئ شریعت که مخصوص حالات ضرورت و دفع مفسد است ، عملکرد و فیصله داشته باشند ، و مکلف اند که در محدوده تقنین که بر آن مأمور شدند رفتار کنند و بر خلاف آن اجازه ندارند .

یعنی ولی الأمر در اوصاف احکام مباح اختیار و صلاحیت دارد که براساس تقاضای ضرورت و مصالح عامه مسلمانان و رعایت مقاصد عامه شریعت تنظیم شده باشد ، و بمنظور آسان سازی استعمال حق و دفع ضرر باشد ، میتواند که برخی همین احکام مباح را ممنوع و برخی دیگری را واجب قرار بدهد و بر قضات لازم است که فیصله های خویش را به طبق آن صادر نمایند . و این گفته ها بیشتر به حق قاضی مقلد صدق میکند .

اما در مقید و محدود ساختن قاضی مجتهد به یک مذهب معین توسط تقنین، همچنان علماء اختلاف نظر دارند که قرار ذیل بیان میگردد :

قول اول : جمهور فقهاء : اکثریت فقهاء بر این نظر هستند که نباید قاضی مجتهد را ملزم ساخت که در فیصله های خود به یک مذهب معین مقید باشد و از آن قدم فرا نگذارد و برای ولی الأمر و امام

^۱ - ابوبکر محمد بن ولید بن خلف ، معروف به ابوبکر طرطوشی یک عالم سیاسی و از فقهاء مالکی بوده . در تاریخ ۴۵۱ هـ - ق تولد شده و در تاریخ ۵۲۰ درگذشته است. مؤلفات وی : سراج الملوك ، مختصر تفسیر ثعالبی ، کتاب الفتن ، کتاب الحوادث و البدع ، و غیره . برگرفته شده از ویکیپدیا ([https:// ar..Wikipedia.org](https://ar..Wikipedia.org)) / (دائرة المعارف (عربی) ج ۲) . و (الأعلام للزركلي: ج ۷ / ص ۱۳۳) .

^۲ - ابراهیم بن علی بن محمد ، ابن فرحون برهان الدین یعمری - در تاریخ ۱۳۵۸ میلادی در مدینه منوره تولد شده است و در تاریخ ۱۳۹۷ وفات شده است . مؤلفات وی : الدبیاج المذهب ، تبصرة الحکام فی أصول الأفضیة و مناهج الأحکام ، ارشاد السالک إلى أفعال المناسک و غیره . (نیل الإبتهاج بتطریز الدبیاج ۰ ص ۳۴) . و (الأعلام للزركلي: ج ۱ / ص ۵۲) .

^۳ - ابوالولید سلیمان بن خلف بن سعد بن ایوب التجیبی - عالم فقیه ، اصولی ، قاضی ، شاعر اندلسی و از فقهاء مالکی بوده . در تاریخ ۴۰۳ هـ ق تولد شده و در تاریخ ۴۷۴ وفات شده است . مؤلفات وی : الإستیفاء فی شرح المؤطا ، الحدود فی اصول الفقه ، فرق الفقهاء ، سیل المهتدین و غیره . (الأعلام للزركلي: ج ۳ / ص ۱۲۵) .

مسلمانان نیز جائز نیست که عملکردها و فیصله های قاضی مجتهد را به یک مذهب معین یا رأی معین مقید سازد ، چونکه مجتهد به آن فیصله مأمور و مکلف است که در نتیجه اجتهاد خویش آن را حاصل میکند و او نباید تقلید غیر خود را کند و از طرف دیگر اینست که حق در یک مذهب معین مقید نمیباشد .^۱

و همچنین احکام هیچ مذهب خاصی قانون واجب التطبيق نیست زیرا که هیچ یک از مذاهب فقهی نمیتواند که بطور کامل از شریعت اسلامی نمایندگی کند بلکه شریعت بزرگتر و وسیع تر از این است و در حقیقت مذاهب فقهی طریقه های شناخت برای تفسیر نصوص قرآن و سنت است ، و اجتهادات مجتهدین کمک کننده استنباط احکام از مصادر معتبر شریعت میباشد.

پس ممکن نیست که فقط یک طریقه از طریقه های تفسیر شریعت ، یگانه طریقه قابل قبول نهائی و کلی باشد ، و همچنین نمیتوان که یک اجتهاد معین از اجتهادات فقهاء برای استنباط احکام یگانه تفسیر کننده نصوص شریعت اسلامی باشد . پس بنا بر این فقهاء تصریح نمودند که نباید قاضی مجتهد بر یک مذهب معین مقید شود و همچنین مقید شدن به یک مذهب معین از شروط ولایت قضاء نیست .

ابن قدامه رحمه الله راجع به این موضوع چنین فرموده است . " ولا يجوز أن يقلد القضاء لو احدثه علي أن يحكم بمذهب بعينه " . ترجمه : جائز نیست که منصب قضاء برای کسی به شرط اینکه فقط موافق یک مذهب معین فیصله نماید ، سپرده شود . و موقف مذهب شافعی رح نیز همین است . و بر این قول الله تعالی استدلال میکنند : « فاحكم بين الناس بالحق » .

ترجمه : در بین مردم به حق فیصله کن . حق در مذهب یک امام خاص ، معین نشده است بلکه در دیگر مذاهب نیز حق وجود دارد .

پس بر قاضی مجتهد واجب است که در هنگام فیصله حکمی از احکام شریعت به مصادر شریعت رجوع کند و اگر باز هم کدام نصی نیافت ، بر اساس اصول شریعت و ضوابط اصول استنباط احکام اجتهاد نموده و احکام را از دلایل شرعی استخراج کند .

^۱ - هاجر - عیایة : حركة التقنين الفقهی وأثرها على الفقه الإسلامی (۱ / صفحات ۹۰ - ۹۲) .

قول دوم : برخی دیگری از علماء مانند برخی علمای مالکی و برخی متأخرین حنفی بر این نظر هستند که ولی الأمر حق و صلاحیت این را دارد که قاضی را در فیصله هایش مطابق مذهب معین ملزم گرداند گرچه قاضی مجتهد نیز باشد، و این عمل جائز است زیرا که ملزم ساختن قاضی به مذهب معین از مصلحت بیرون نیست پس هنگامیکه حاکم چیزی را مصلحت میبیند، جایز است که بر آن الزام وضع کند. علمای که ملزم ساختن قاضی را مطابق مذهب معین جایز میدانند اسباب و مقتضیات آن را چنین میفرمایند :

۱- احکام اجتهادی در قضایایی مشابه متناقض واقع میگردد و این کار منجر بر این میشود که قضات در علم و اجتهاد و تطبیق خود به خواهش پرستی و تقصیر متهم شوند. پس در صورتیکه قاضی به مذهب معین یا تقنین ملزم و محدود باشد ازین اتهامات به دور میماند.

۲- قسمیکه دیده میشود در بخش معاملات کدام کتاب خاصی متفق علیه سهل العبارة وجود ندارد که مردم با آن شناخت حاصل کنند و موافق آن در معاملات خویش رفتار نمایند و احکام آن را در اعمال خود تطبیق کنند و کدام تعارض و نزاعی صورت نگیرد.^۱

پس بنا بر این نیاز است که احکام شرعی تقنین شود و قاضی در فیصله های خویش به آن محدود و ملزم شود تا مردم بتوانند از این معضله به آسانی برون شوند.

لیکن جمهور علمای حنفی میگویند : که مجتهد بودن قاضی از شروط منصب قضاء نیست بلکه بنا بر نظر صحیح، داشتن اهلیت اجتهاد یک شرط اولی و بهتر است یعنی مجتهد بودن قاضی یک کار مستحب و مندوب میباشد.^۲

پس هنگامیکه مجتهد بودن شرط لازمی برای قضاء نمیباشد بلکه شرط استحبابی میباشد، سپردن منصب قضاء برای غیر مجتهد جایز است، و در این صورت ملزم بودن وی به مذهب معین و تقنین نیز جایز است و بنا بر این قاضی مقلد نیز میتواند که به فتوای غیر خود و تقلید از مجتهد فیصله و قضاوت کند.

۱- ابو زید - بکر بن عبدالله - فقه النوازل - قضایا فقهیة معاصرة (التقنین والإلزام) (۱ / صفحه ۲۹) .

۲- زحیلی - وهبة بن مصطفى : الفقه الإسلامی وأدلته (۶ / صفحه ۷۴۳) .

چونکه منظور و غرض از قضاء حل منازعات و رسانیدن حق به حقدارش میباشد و این کار توسط تقلید هم تحقق میابد، و اگر این کار در چوکات تقنین یا ملزم بودن به مذهب معین صورت گیرد خیلی مفید و مثبت و آسان قرار میگیرد .

در این موضوع موقف علمای حنفی نظر به شرایط معاصرو حالاتیکه در جوامع اسلامی حاکم است و نیازمندیهای که امت به آن مواجه هستند ، یک نظر مناسب و بهتر و موافق به شرایط زمان است و همچنین در نزد علمای مالکی با موجود بودن مجتهد ، سپردن منصب قضاء برای قاضی مقلد نیز جواز دارد و قاضی مقلد طبعاً که به تقنین و ملزم بودن به مذهب معین نیاز دارد و همین قول در نزد ایشان بهتر است . و در آرا از نظریات و گفته های علماء و فقهاء راجع به ملزم و محدود ساختن قاضی چنین برداشت میشود که اگر قاضی مجتهد باشد بهتر است که در فیصله های خویش مطابق مذهب معین ، مقید و ملزم نشود .

ولی اگر قاضی مقلد باشد بهتر اینست که در فیصله هایش مطابق مذهب معین قسمیکه ولی الأمر مصلحت دیده و در تقنین تنظیم گردیده ، مقید و ملزم شود .

تذکر : خلاصه اینکه عدم تقنین برای قضات مجتهد مناسب است و تقنین برای قضات مقلد .

مطلب دوم : ایجاد سهولت برای قاضی مقلد از جهت تقنین فقه .

در حال حاضر وزمان معاصر واقعات جدید و حوادث بی نهایت زیاد شده و به قسمی میباشد که فقهاء پیشین حکم شرعی آن را بیان نکردند چونکه آن وقت نبوده مانند معاملات الکترونیکی و انترنتی و معاملات از طریق بانکداری های امروزی و موضوعات امنیتی و نگهداری آن و اثبات آن به شیوه وسائل عصر حاضر و غیره ، و یا هم اینکه حکم مسئله را در متون کتب فقهی به نحوی درج نمودند که احکام بخش بخش گردیده و در مدارک آن اختلاف وجود دارد که ترجیح آن در بین آراء و مذاهب فقهی از طرف قاضی خیلی کار سخت است .

و آگذاری این قضایا به اجتهاد قضات بدون تقنین نیز کار دشواری است ، چونکه از یک طرف در این عصر وجود علماء و قضات متبحر علوم شرعی که در همه جهات باشد خیلی کمیاب است .

و از طرف دیگر مشاغل و مصروفیت های قضات زیاد میباشد و حجم کاری روز به روز بالایشان افزایش مییابد که در نتیجه آن خستگی های پی در پی بالایشان وارد میگردد ، و ترک کردن احکام مسایل جدید و معاصر و بیان نکردن حکم آن خلاف حکمت شرعی میباشد پس حکم آن باید یا از طریق اجتهاد و یا از طریق تقنین بیان گردد ، قسمی در سطور قبلی بیان گردید که در این عصر و شرایط وجود مجتهدین خیلی کم رنگ به نظر میرسد ، پس یگانه راه حل آسان و مناسب آن همین شیوه تقنین است .^۱

پس تقنین است که کار را برای قضات آسان میسازد و ایشان را در این راستا کمک میرساند و میتوانند که به راحتی اداء مسؤولیت کنند و اجراء وظیفه نمایند ، بخصوص در صورتیکه درایت شان به احکام شرعی کمتر باشد قسمیکه امروز مشاهده میگردد ، و در صورتیکه به بحث ترجیح آن خود را مصروف کنند همه وقت شان به آن سپری میشود .

و این سبب میگردد که قضایایی مردم طولانی شود و حرج و مرج سد راه مردم قرار گیرد که در مجموع این نتیجه خوب و مثبت برای جامعه ندارد .

۱ - هاجر - عیایة : حركة التقنين الفقهی وأثرها على الفقه الإسلامی (۱ / صفحات ۳۹ - ۴۰) .

وتقنین در این صورت وقت را برای قضات بیشتر مساعد میسازد و رجوع را به مدونات و کتب فقهی برایشان آسانتر میسازد چونکه احکام شرعی از کتب فقهی معتمد به شکل ماده وار تنظیم شده و هنگامیکه شرح و تفسیر گردد همه چیز را حل میکند .

و همچنین تقنین شبهات و شکوک قضات را بر طرف میکند و هیبت قضات را نگه میدارد و اتهام ظلم و حکم خود سرانگی را از قضات نفی میکند ، و قضات را موحد و یکپارچه میسازد و در این صورت نظام قضائی در محاکم یک کشور استقرار میابد .

راجع به این موضوع دکتر وهبة الزحیلی چنین میفرماید : « إذا لم یکن الأمر موحداً ، وترك أمر التطبيق لإجتهد القضاة فی أرجاء البلاد المختلفة والأخذ ، بما یرونه مناسباً ، فتصح أحكام القضاء فی الدولة الواحدة متعارضة ، وهذا یحدث بلبلة واضطرابا و یهدر الثقة بالمحاكم ، وقد حدث هذا فعلاً فی بدء حكم المملكة العربية السعودية إلى أن ألزم القضاة بالحكم بمضمون كتب معینة » .

ترجمه : هنگامیکه امر قضاء یکپارچه نباشد و موضوع تطبیق آن در نقاط مختلف کشور به اجتهاد قضات واگذار شود و چیزی را که خودشان مناسب دیدند به آن عمل کنند پس در این صورت احکام قضائی یک کشور باهم متعارض قرار میگیرد ، و این کار بلوا و اضطراب را بوجود آورده و اعتماد محاکم را از بین میبرد ، و این قضیه در اوائل حکومت دولت سعودی رخ داده بود ، تا اینکه قضات به فیصله از کتب معین ملزم گردیدند (و مشکل برطرف شد) .

تقنین حکم شرعی را بر اساس رأی راجح و اصلح و معتمد از بین آراء مختلف مذاهب تنظیم و تقدیم میکند که موافق ضوابط علمی میباشد و بحیث مذهب واحد قرار میدهد و از خواهشات فردی و سیاسی به دور قرار میگیرد که در نتیجه آن قاضی از معمای اختلافات فقهی و اجتهادی در امن میماند و برایش نطق و سخن بر فیصله در یک مدت زمان معقول آسان میباشد .^۱

بخصوص در زمانی که قضایا زیاد میباشد و به فیصله عادلانه قضائی نیاز است که موجب عدل و امنیت در جامعه میگردد . و دیگر اینکه تقنین دست قاضی را از پیروبی خواهشات شخصی باز میدارد (منع میکند) و در هنگام بحث قضایا و انتخاب حکم تنها به احکام تقنین شده رجوع میکند و همه چیز مورد نیاز در آن به شکل آسان تنظیم شده است .

^۱ - دکیر - محمد تهامی : إمكانية تبدیل الشريعة إلى قانون الأهمية ، الواقع ، النتائج (۱۳ / ۱) .

نتیجه گیری

- ۱ - اجتهاد از لحاظ معنای لغوی (بذل و مصرف نمودن) و معنای اصطلاحی (بذل و مصرف توان علمی است برای استنباط احکام از ادله شرعی) .
- ۲ - مجال اجتهاد عبارت است از: (موضوعات که به دلیل قطعی الثبوت و قطعی الدلاله ثابت نشده باشد).
- ۳ - اجتهاد در عصر حاضر یعنی (اجتهاد علماء در حوادث و نوازل موافق با حالات و شرایط این عصر و زمان .
- ۴ - تجزیه اجتهاد یعنی (تجزیه ملکه اجتهاد در بعض موضوعات) به عمل بیاید.
- ۵ - تقلید از لحاظ معنای لغوی (محاکات یعنی مشابهت و مماثلت در قول و عمل) و معنای اصطلاحی (قبول قول غیر بدون طلب دلیل آن) .
- ۶ - مجال تقلید یعنی (مجال تقلید همان مجال اجتهاد است) .
- ۷ - تعریف تقنین فقه اسلامی در اصطلاح (عبارت از قالب بندیء احکام شرعی اقوال راجح است که قابلیت قانونگذاری را داشته و ترتیب و تصنیف آن منطقی و موضوعی باشد و بمنظور تنظیم همه جانبه جامعه از طرف قوه تشریحی وضع و الزامی گردیده باشد).
- ۸ - سیر تاریخی آن بطور عام در کشورهای اسلامی بحث شده اعم از دوران امویها و عباسی ها و عثمانی ها و غیره که تلاش های جمعی و فردی راجع به رونق آن صورت گرفته است و نیز در کشور عزیز ما راجع به تلاش های تقنین فقه اسلامی نمونه های از آن در تاریخ خود از زمان سلطنت ها تا دوران انقلاب و حکومت های پسین ، داریم .
- ۹ - در موضوع جواز تقنین فقه اسلامی و منع آن و دیدگاه های علماء راجع به آن و دلایل هر گروه اعم از طرف داران تقنین (مجوزین تقنین) و مخالفان آن (مانعین تقنین) و مناقشه دلایل ایشان بحث شده است .

۱۰ - از ویژگی و فوائد تقنین و عیوب و نواقص آن و در نتیجه مناقشه ورأی راجح ، بحث صورت گرفته است و قسمیکه از دلایل هردو گروه معلوم میشود دلایل طرفداران تقنین فقه اسلامی قوی و با مصلحت و به تقاضا ها و شرایط عصر حاضر مناسب تر و مفید به نظر میرسد .

۱۱ - نقش اجتهاد و تقلید در تقنین فقه اسلامی و وتأثیر اشتراط اجتهاد بر قضات در منع تقنین و صلاحیت های ایشان یعنی (هنگامیکه قضات مجتهد باشند و اجتهاد رونق و ترقی داشته باشد به تقنین ضرورت نیست و عدم تقنین بهتر است) .

۱۲ - جواز تقلید برای قضات و تأثیر آن در جواز تقنین و محدودیت قاضی در فیصله ها توسط تقنین و ایجاد سهولت برای قاضی مقلد از جهت تقنین فقه اسلامی یعنی (هنگامیکه قضات مقلد باشند و توان اجتهاد را نداشته باشند مانند که امروز بیشترین قضات در کشورهای اسلامی چنین میباشند باز در این صورت به تقنین خیلی نیاز است و تقنین بهتر است و برای آنها زیاد سهولت ها را ایجاد میکند) .

۱۳ - در آخر کتاب نتیجه گیری و پیشنهاد و فهرست آیات و اطراف حدیث و فهرست نام های بعض علماء که شهرت شان در رساله ذکر گردیده ، و فهرست منابع و مصادر و خلاصه به زبان انگلیسی درج گردیده است .

خلاصه سخن اینست که تقنین فقه اسلامی در عصر حاضر یک ضرورت و مصلحت جامعه اسلامی است که در این رساله این موضوع ترجیح داده شده است .

پیشنهاد

۱- بنده فقط یک پیشنهاد دارم و آن اینست که حالات و شرایط در وطن عزیز ما افغانستان و اکثر کشورهای اسلامی قسمی حاکم شده که امکانات اقتصادی و فضایی امن و مناسب و تلاش ها برای ارتقای ظرفیت کادرهای علمی برای علماء و قضات مساعد و آماده نیست که بتوانند خود را به مقام و درجه اجتهاد برسانند و نیز تنبلی و بی توجهی عامل شده که ما در چندین دهه ها در سطح پایین علمی مانده ایم و پیشرفت نداشته ایم .

بخصوص در بخش قضاء که ما از یک طرف به قضات برجسته و ناب نیاز داریم چونکه قضاوت و پیشبرد مسؤلیت های قضایی کار هرکس نیست بلکه به درجه علمی و مهارت خاصی نیاز است و از دیگر طرف اوضاع و شرایط خیلی ناسازگار است و ما قضات مجتهد نداریم بلکه قضات ما خیلی در سطوح علمی پایین قرار دارند و مقلد هستند چونکه به آن نیاز دارند. پس بهترین و آسان ترین و اصلح ترین راه حل این معضله تقنین فقه اسلامی است که هم برای قضات آسانی را بوجود میآورد که میتوانند بنا بر آن وظائف خود را مشخص و مؤثق انجام بدهند و نیز یک مرجع و آدرس مشخص و معلوم در دسترس مردم قرار میداشته باشد ، قسمیکه مشاهده میشود که بالای عمیله تقنین فقه اسلامی فعالیت ها کم رنگ است در حالیکه بنا بر نیازهای وقت و داغ بودن قضیه به تقنین فقه اسلامی خیلی نیاز میرم است .

دیگر گفتنی ندارم. جزاکم الله خیر الدارین ، ممنون از لطف تان .

فهرست آیات

سورة بقره ۲			
شماره	آیه	شماره آیه	صفحه
۱	{وَإِذَا قِيلَ لَهُم اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا}	۱۷۰	۲۹
۲	{لَا يَكْفُرُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا} .	۲۸۶	۱۰
سورة نساء ۴			
۱	{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ} .	۵۹	۶۱- ۹۵
۲	{فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ} .	۵۹	۷۰- ۸۶
۳	{وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ} .	۸۳	۶۱
۴	{إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ}	۱۰۵	۸۶
سورة مائده ۵			
۱	{وَأَسْخُوا بِرْءُوسِكُمْ وَأَرْجُلِكُمْ إِلَى الْكَعْبِينَ} .	۶	۲۲
۲	{فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ}	۴۲	۹۶
۳	{وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ} .	۴۹	۸۶
سورة اعراف ۷			
۱	{وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ} .	۳	۳۲
سورة نحل ۱۶			

٧٩-٣٠- ٨٩	٤٣	{ وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ } .	١
		سورة إسراء ١٧	
٣٢	٣٦	{ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ } .	١
		سورة لقمان ٣١	
٣٢	٢١	{ وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا وَجَدْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوْلَوْا كَانَ الشَّيْطَانُ يَدْعُوهُمْ إِلَى عَذَابِ السَّعِيرِ }	١
		سورة احزاب ٣٣	
٩٦	٣٦	{ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ } .	١
		سورة زمر ٣٩	
٨٧	٩	{ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ }	١
		سورة شورى ٤٢	
٧٠	١٠	{ وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ } .	١
٦١	٣٨	{ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ } .	٢
		سورة زخرف ٤٣	
٢٩	٢٣	{ وَكَذَلِكَ مَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ نَذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتْرَفُوهَا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَارِهِمْ مُقْتَدُونَ }	١
		سورة حجرات ٤٩	
٧١	١	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدَمُوا بَيْنَ يَدَيْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ } .	١

فهرست اعلام

شماره	اسم	صفحه
۱	احمد شاکر	۵۷
۲	بکر بن عبدالله ابوزید	۶۶
۳	راشد بن خنین	۵۷
۴	صالح بن عبدالله بن حمید	۵۷
۵	صالح بن غصون	۵۷
۶	عبدالله بن مققع	۴۱
۷	عبدالله بن منیع	۵۷
۸	عبدالله بن عبدالرحمن البسام	۶۶
۹	عبدالله بن عبدالرحمن الجبرین	۶۶
۱۰	عبدالله بن محمد الغنیمان	۶۶
۱۱	عبدالله خیاط	۵۷
۱۲	عبدالرحمن القاسم	۵۷
۱۳	عبدالرحمن بن عبدالله العجلان	۶۶
۱۴	عبدالعزیز بن عبدالله الراجحی	۶۶
۱۵	عبدالمجید بن حسن	۵۷
۱۶	علی طنطاوی	۵۷
۱۷	محمد بن حسن حجوی	۵۷
۱۸	محمد بن جبیر	۵۷

فهرست منابع ومصادر

قرآن كريم .

- ١ - آمدی - علي بن محمد . الإحكام في أصول الأحكام . ج ١ / ص ٢٨٧ - طبع اول - دارالصمعي . رياض - سعودی . ١٤٤٠ هـ - ق ٢٠٠٣ م .
- ٢ - ابن القيم الجوزي - أبو عبدالله شمس الدين محمد بن أبي بكر ايوب الزرعي . إعلام الموقعين عن رب العالمين . ج ٦ / ص ١٢٩ . طبع اول : دار ابن الجوزي ، رياض- سعودی . ١٤٢٣ هـ - ق .
- ٣- ابو اسحاق الشاطبي - إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي . الموافقات في أصول الشريعة . ج ١ / ص ٧٧٦ - ٧٧٩ . طبع اول - دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان . ١٤٢٥ هـ - ق ٢٠٠٤ م .
- ٤- ابوزيد - بكر بن عبدالله . فقه النوازل (قضايا الفقهية ، التقنين والإلزام) ج ١ / ص ٣١ . طبع اول - مؤسسة الرسالة - ١٤١٤ هـ - ق ١٩٩٦ م .
- ٥ - - ابو زهره - محمد بن احمد بن مصطفى . أصول الفقه . ج ١ / ص ٣٩٨ . طبع دارالفكر العربي - دمشق . ١٤٢٨ هـ - ق ٢٠٠٧ م .
- ٦ - ابو محمد - عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي . المغني في فقه الإمام احمد بن حنبل الشيباني . ج ١١ / ص ٣٨١ . طبع اول - دارالفكر . بيروت - لبنان . ١٤٠٥ هـ - ق .
- ٧ - اللهو - عامر بن عيسى حركة تقنين الفقه الإسلامي ج ١ ص ٦ .
- ٨ - امين - عبدالباقي - قانونگذاري . ج ١ / ص ١٠٩ - طبع اول - مركز تحقيقات قاصد (كابل - افغانستان) ١٣٩٧ هـ - ش .
- ٩ - بعلی - عبدالحميد محمود . تقنين أعمال الهيئات الشرعية معالمه وآلياته . ج ١ ص ٢٣ . طبع - دولت كويت .
- ١٠ - بولوز - محمدأو شريف . تربية ملكة الاجتهاد من خلال كتاب " بداية المجتهد وكفاية المقتصد لابن رشد الحفيد " . ج ١ / ص ٢٩٥ . طبع اول - داركنوز - إشبيليا . رياض-سعودی . ١٤٣٢ هـ - ق ٢٠١٢ م .
- ١١ - بيهقي - أحمد بن الحسن بن علي بن موسى ابوبكر . سنن البيهقي الكبرى " كتاب آداب القاضى " ج ١٠ / ص ١٩٥ - طبع سوم - دارالكتب العلمية . بيروت - لبنان . ١٤٢٤ هـ - ق ٢٠٠٣ م .
- ١٢ - بيبضاوى - ابو الخير ناصر الدين عبدالله بن عمر بن محمد بن علي . منهاج الوصول إلى علم الأصول . ج ١ / ص ٢٤٧ - طبع اول - دارابن حزم . بيروت- لبنان . ١٤٢٩ هـ - ق ٢٠٠٨ م .
- ١٣ - توانا - سيد محمد موسى . الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر . ج ١ / ص ٣٠٧ . طبع قاهره - مصر . ١٣٥٠ هـ - ش ١٩٧٢ م .

- ١٤ - جيزانى - محمد بن حسين بن حسن - معالم اصول الفقه عند أهل السنة والجماعة . ج ١ / ص ٤٩٧ . طبع اول - دار ابن الجوزى . رياض - سعودى . ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م .
- ١٥ - خطيب بغدادى - أبوبكر أحمد بن على بن ثابت . تقييد العلم . ج ١ / ص ١٣٤-١٣٨ . طبع اول - دار الإستقامة . قاهره - مصر . ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م .
- ١٦ دكير - محمد تهامى - إمكانية تعديل الشريعة إلى قانون الأهمية ، الواقع ، النتائج . ج ١ ص ٢٠ - ٢٢ .
- ١٧ - راجحى - عبدالعزيز بن عبدالله . التقليد والإفتاء والإستفتاء - ج ١ / ص ١١ . طبع اول - دار كنوز إشبيليا . رياض - سعودى . ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٧ م .
- ١٨ - زحيلى - وهبة بن مصطفى . جهود تقنين الفقه الإسلامى . ج ١ / ص ٣٥ . طبع اول - دار الفكر - دمشق . ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م .
- ١٩ - زرقا - مصطفى احمد - المدخل الفقهى العام . ج ١ ص ٣١٤ . طبع دوم - دار القلم دمشق . ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م .
- ٢٠ - سجستانى - أبو داود سليمان بن الأشعث . سنن أبى داود ، كتاب الطهارة - باب فى المجرىح يتيم . ج ١ / ص ١٣٥ . طبع اول - دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان . ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م .
- ٢١ - شثرى ، عبد الرحمن بن سعد بن على تقنين الأحكام الشرعية تاريخه و حكمه ج ١ ص ٢١-٢٢ . طبع اول - دار التوحيد . رياض - سعودى . ١٤٣٥ هـ .
- ٢٢ - شوكانى - محمد بن على بدر الدين . قول المفيد فى أدلة الإجتهد والتقليد . ج ١ / ص ٩٥ . طبع اول - دار الكتاب المصرى القاهرة . ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م .
- ٢٣ - عبدالبر - محمد زكى تقنين الفقه الإسلامى (المبدأ والمنهج و التطبيق) ج ١ / ص ٢١٦ . طبع دوم - ادارة إحياء التراث الإسلامى - دولت قطر . ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٦ م .
- ٢٤ - عبدالعاطى ، محمد عبد اللطيف رجب أستاذ مشارك بكلية الشريعة و القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة تقنين الأحكام الشرعية ضرورة عصرية ج ١ ص ١٩ .
- ٢٥ - عثمانى - محمد تقى - اصول الإفتاء وآدابه ج ١ ص ٦١ . طبع - مكتبه معارف القرآن كراچى باكستان . طبع : ١٤٣٢ هـ ٢٠١١ م .
- ٢٦ - غزالى - ابو حامد محمد بن محمد الغزالى الطوسى . المستصفى ج ٢ ص ٣٨٩ . طبع اول - مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان . ١٤١٧ هـ ١٩٩٧ م .
- ٢٧ - قرضاوى - يوسف عبدالله مدخل لدراسة الشريعة الإسلاميه ج ١ / ص ٢٥٩ . طبع اول - مؤسسة الرسالة . بيروت - لبنان . ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .
- ٢٨ - طرزى - امين - روابط تاريخ درمیان سيستم قضايى دولتى وغير دولتى در افغانستان . ص ١-٢ .
- ٢٩ - محفوظ بن صغير . الإجتهد القضائى فى الفقه الإسلامى وتطبيقاته فى قانون الأسرة الجزائرية . ج ١ ص ١١٢ .

- ٣٠ - محمد ، فايز محمد حسن أستاذ و رئيس قسم فلسفة القانون و تاريخ كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - الشريعة والقانون في العصر العثماني والعلاقة بنظام الملل . ج ١ ص ٤ .
- ٣١ - ندوى - عطاء الرحمن .أستاذ المساعد باللغة العربية ، الجامعة الإسلامية العالمية- بنغلاديش الإجتهد ودوره في تجديد الفقه الإسلامي . جزء ٣ / ص ٨٢- ٨٣ .
- ٣٢ - نصرى - . عبدالرحمن بن عمرو بن عبدالله بن صفوان. تاريخ أبي زرعة الدمشقي . طبع اول -دارالكتب العلمية . بيروت -لبنان . ١٤١٧ هـق ١٩٩٦ م.
- ٣٣ - هاجر - عيايدة ، . حركة التقنين الفقهي و أثرها على الفقه الإسلامي ج ١ / ص ٣٠-٣١ .
 . جامعه الجزائر كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة و القانون - السنة ١٤٣٧-١٤٧٨ هـ / ٢٠١٦-٢٠١٧ م .

Summary of Research

This Research is about Ijtihad and Taqlid and its role in Islamic jurisprudence. when the judges are Mujtahids and the jurisprudence flourishes and develops it is not necessary to codify Islamic jurisprudence and no codification is better because the codification of Islamic jurisprudence limits or suspends the ijtiḥad of judges and a mujtahid is not required to follow the ijtiḥad of another mujtahid and the right in a religion is not certain . when the judges have been Mujtahids and the confirmation of Islamic jurisprudence obliges a mujtahid to the authority of a particular opinion of ijtiḥad which is contrary to their being mujtahids therefore Islamic jurisprudence should not be codified .therefore the concept of codification of Islamic jurisprudence should not be given special importance and there is no particular benefit in this .therefore a number of scholars have an opinion on the prohibition of codification of jurisprudence and gave their reasons . but when the judges are imitator and do not have the power of ijtiḥad as is the case with most judges in Islamic countries today in this case there is a great need for the codification of Islamic jurisprudence and its codification is better and it creates a lot of ease for them . that is in the event that Islamic jurisprudence is completed and regulated in the form of a law according to a certain religion or the preferred sayings of each religion so that it is easy for judges to refer to it in solving cases and conflicts due to ijtiḥad differences are avoided and judges decide according to to be required this is for the benefit of the Islamic society. A large number of scholars also agree on the legality strengthening and promotion of Islamic jurisprudence and presented their theories and reasons. Therefore I prepared my treatise on ijtiḥad and

Taqlid and its role in Islamic jurisprudence. In short ijtiḥād supports the non-legislation of Islamic jurisprudence and on the other hand taqlid reinforces and supports Islamic jurisprudence. It means that each of ijtiḥād and imitation has a very important role in this issue.



Salam University
Faculty of Sharia & Law
Master Program in Jurisprudence & Law



Islamic Emirate of Afghanistan
Ministry of Higher Education
DM of Academic affairs

Ijtihad and Imitation and its role in Islamic jurisprudence

(A. Master's thesis)

Student : Edrees (Monib)

Supervisor : Pohnmel . Dr .Misbahullah (Abdul Baqi)

Year: 2019



Salam University
Faculty of Sharia and Law
Master Program in Jurisprudence & Law



Islamic Emirate of Afghanistan
Ministry of Higher Education
DM of Academic Affairs

Ijtihad and Imitation and its role in Islamic jurisprudence

A Master's thesis

Student: Edrees Monib

Supervisor: Dr .Misbahullah Abdul Baqi

Year: 2019