

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

روش شناسی فقه تقنین

نشست دوم 14 تیر 1400

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد وآله الطاهرين

مستحضر باشید در نشست قبل راجع به مفهوم شناسی واژه هایی که استفاده می کنیم، مطالبی را بیان کردیم و سوالی مطرح شد که آیا فقه تقنین روش خاصی دارد؟ جواب تفصیلی را باید ملاحظه کنید در امروز و روزهای آینده .

من همان دیروز مواردی را اشاره کردم مثلاً در فقه تقنین، وحدت رویه خیلی مهم است و این می آید در خود استنباط، قرائی گیرد و بعد هم دو مثال زدیم بحث ارث زنان و بحث تعزیرات؛ مطلب را توضیح دادم؛ حسب قرار، بزرگواری از برادران و خواهران محترم سوالاتی را مطرح کردند و من هم قول دادم که اول سوالات را بیان کنم، و بعد بحث را شروع کنیم، چهار سوال از درس دیروز شده است.

### رابطه فقه تقنین با فقه السیاسة

یکی از آقایان سوال کردند که رابطه فقه تقنین با فقه السیاسة چه رابطه ای است؟ آیا این همان است؟ یا با هم فرق دارند؟ ببینید فقه التقنین را که دیروز توضیح دادم یعنی فقهی که می خواهد خروجی اش قانون باشد و ظرفیت قانون شدن را داشته باشد، فقه السیاسة اگر اصطلاح قدیمش را نگاه کنیم علمای ما سیاست را به معنای مجازات می گرفتند، در فارسی هم گاهی می گوئیم که فلانی را سیاستش کردند، آثار صد سال پیش را نگاه کنید گفته می شود که فلان متخلف را سیاستش کردند یعنی مجازات و جالب این

است که بزرگان ما که فقه السیاسة را می گفتند به معنی فقه مجازات ها بوده است. و لذا کتاب الحدود، کتاب قصاص، کتاب تعزیرات، کتاب قضا و کتاب شهادات این پنج شش کتاب می شد، فقه الساسة یا فقه السیاسات در تعابیر شهید اول اگر نگاه کنید این تعابیر را می بینید یعنی اصلا فقهی که از حدود صحبت می کند، یک بخشی از شرح لمعه یا بخشی از جواهر، می شد فقه السیاسة یا فقه السیاسات.... اگر به این معنا بگیریم، اصطلاح گذشتگان و قدیمی ها؛ ببینید از جهت مفهومی بین فقه تقنین، و فقه سیاست تباین است؛ حتی نمی گویم عام و خاص مطلق و عام و خاص من وجه؛ ما در مفاهیم عام و خاص مطلق و عام و خاص من وجه نداریم یا تباین داریم یا مترادف... اگر کاملاً هم معنا باشند، می شود مترادف مثل انسان و بشر اگر تفاوت معنا داشته باشند می شود تباین ولو مصداقاً حتی متساوین باشند؛ من از شما سوال کنم، انسان با ضاحک یا انسان با ناطق چه نسبتی دارند؟ تساوی ولی مفهوماً با هم تباین دارند؛ در این کتاب ها و پایان نامه ها من این قدر این اشتباهات را می بینم. در حالی که مفاهیم یا مترادف یا تباین؛ از نظر مصداق گاهی اوقات مترادف ها همان متساوین هستند؛ گاهی اوقات عام و خاص مطلق اند و گاهی عام و خاص من وجه اند؛ و لذا بزرگان ما به ما یاد دادند و گفته اند دو تا کلی؛ از حیث صدق بر مصداق؛ نه از حیث مفهوم؛ یا عام و خاص مطلق اند یا من وجه اند یا .... بر این اساس، فقه سیاست با فقه تقنین، دو تا معنا را دنبال می کنند، و می شوند تباین از نظر خارج ممکن است فقهی که فقه القصاص را تدریس می کند یا فقه الحدود ناظر به تقنین، استنباط کند، و ممکن است ناظر به تقنین هم نباشد، الان این کتاب های فقه ما که همه آن ها فقه سیاست را دارند، اما این ها درگیر قانون نبودند، دنبال فقه تقنین نبودند، حالا ممکن است کسی هم ناظر به تقنین، مثل کسی که می خواهد خروجی فقه اش ناظر به قانون باشد لذا وحدت رویه را توجه می کند به بایسته های تقنین توجه می کند.

پس این ها از نظر مفهوم، دو راه مستقل می روند. تباین دارند در خارج ممکن است یک جا فقه سیاست باشد، فقه تقنین نباشد، یا این که فقه تقنین باشد اما فقه سیاسی نباشد. مثلا بحث نکاح و طلاق باشد.

در هر حال نسبتشان عام و خاص من وجه است؛ متباینان مفهوما؛ و عام و خاص من وجه خارجا؛ این روی فقه السیاسة به معنای قدیمی اش اما میدانید ما امروز، یک اصطلاح داریم و آن فقه سیاسی؛ که بیشتر در دانشگاه ها اصطلاح است درواقع یعنی فقهی که می خواهد به مسائل سیاسی پردازد؛ تدبیر جامعه تدبیر منزل؛ ... حتی روابط بین الملل در همین فقه سیاسی که گاهی می آورند و گاهی آن را جدا می کنند؛ باز نسبتشان می شود تباین مفهوما ، و می تواند من وجه باشد مصداقا؛ چون فقه سیاسی به این معنا خیلی سخت از فقه تقنین، جدا می شود لذا می توانیم بگوییم هر فقه سیاسی باید گزاره قانون شدن را داشته باشد اما ممکن است فقه تقنین باشد اما فقه سیاسی نباشد.

### فقه تقنین و فقه مضاف

سوال دومی کردند و گفته اند آیا فقه تقنین، ابزار فقه های مضاف است؟ خیر.... فقه های مضاف مثل فقه اخلاق یا فقه تربیت، فقه حدود یا فقه قصاص یا فقه خانواده یا فقه هنر یا فقه هسته ای.... اصولا معنا ندارد که فقه تقنین بخواهد ابزار فقه مضاف باشد... نه... در خود فقه مضاف گاهی، فقیه با نگاه فقه تقنین به استنباط می پردازد و گاهی فارغ از تقنین؛ بحث غنای شیخ انصاری در مکاسب، فقه مضاف است؛ شیخ انصاری در مکاسب محرمه ، به فقه غنا پرداخته است. اما شیخ اعظم نظرش به تقنین نبوده است. فرض کنید فقهی برای جمهوری اسلامی بخواهد فقه غنا را استنباط کند، میدانید که چقدر هم تفاوت می کند. این که برای کشور تصمیم گیری می شود یا کدام نظرات فقهی و فتوایی باید متبع باشد... از طرفی هم نمی شود کشور را با یک فتوا اداره کرد.

نمیتوان انتظار داشت دائم تلویزیون از دفاتر مراجع استنباط داشته باشد. آن قانون و دستورالعمل می خواهد. ان جا ممکن است بگوییم برخی تغییرات باید داده شود.

سوال سومی کردند دیروز من اشاره ای به استطراد داشتم و گفتم روی بحث ارث زن، برخی از اعضای شورای نگهبان گفتند : با اینکه نظر ما همان نظر مشهور بود؛ ولی چون نظر رهبری بحث ارث زن از عقار بود، ما سکوت کردیم بعد با سکوت دو هفته ای شورای نگهبان قانونی به تصویب می رسد در این باره مطلبی را قبلا بیان کردم مبنی بر این که یکی از دوستان گفته بود در شورای نگهبان بحث ارث زن از عقار پیش آمد و با توجه به این که رهبری نظر به این داشت که زن از عقار ارث می برد، لذا ما در این قضیه سکوت کردیم، و ظاهرا شورای نگهبان قانونی دارد با دو هفته یا ده روز سکوت تایید مصوبه مجلس به حساب می آید. صحبت این است که آقایان شورای نگهبان برنامه برای خودشان دارند، و برای این که برنامه ای که از سوی رهبری هست (کسی که در راس هرم قدرت است) اجرا شود. این یکی از نشانه های وحدت رویه است. شورای نگهبان با این که وظیفه اش هست اعمال نظر کند اما اگر ببیند به وحدت رویه لطمه می زند ، سکوت می کند، البته آقایان شورای نگهبان گفته اند با این که گاه نظر و رای خودشان را بیان می کنند اما برخی مواقع بخاطر برخی مصالح سکوت را ترجیح می دهند ....تا قانونی تصویب شود.....

ما دیروز یک حرفی زدیم و گفتیم که روش شناسی فقه تقنین، روش خاصی است تا فارغ از تقنین ..اما توجه داشته باشید، تمام آن فرایندهایی که در اجتهاد فارغ از تقنین مجتهد باید طی کند آن ها باید طی شود اما من از شما سوال کنم، راحت باید جواب دهید؛ در یک اجتهاد طبیعی فقیه چه کار می کند؟ اولاً به موضوع و مساله خوب توجه می کند. بعد میرود سراغ ادله و برخی هم اول می روند سراغ اقوال؛ به

تعبیری که ما داریم موقعیت فقهی مساله را بررسی می کند...یا موقعیت شرعی مساله را بررسی می کند. یعنی ادله را می بیند و به هر حال به نتیجه می رسد اگر هم به نتیجه نرسید، می رود سراغ اصول عملیه، یعنی د ریک گزارش اجمالی، این می شود فرایند اجتهاد در همه جا ....این ها خط قرمز هست منتها در فقه تقنین این نقطه هم هست؛ که باید با توجه به قانون شدن و حالت قانونی پیدا کردن ، اجتهاد کند.....

### ایجاد شبکه دلالی

ما معتقدیم فقیه باید ایجاد یک شبکه دلالی کند یعنی یک شبکه ای از ادله تشکیل بدهد و در یک نظام حلقوی یا هری ادله را بچیند و استنباط کند....

### فائده روش شناسی

برایتان مثال بزنم؟ فکر کنم همه شما مکاسب خوانده اید؟ در مکاسب ، دیدید شیخ اعظم در بحث ها چه کار می کند؟ اول می آید بیان موضوع می کند. بعد یک تراز و درست می کند ، اقوال را می آورد مثلا دو قول یا سه قول یا چهار قول..بعد فرض کنید د و قول ...شروع می کند ادله را آوردن؛ و نقد ادله یک طرف را نقد می کند و یک طرف را تایید می کند بعد یک دفعه می گوید لکن الانصاف....شروع می کند یک چیزهایی را چیدن در کنار هم....که هیچکدام این ها دلیل نیست. ولی همه را روی هم جمع می کند و چه بسا آخر کار، یا نظر میدهد یا نظر نمیدهد .

مرحوم ایروانی معمولا به شیوه شیخ اعتراضاتی دارد مخصوصا در بحث شرط فاسد و گاه زبان به اعتراض می گشاید و می گوید :جناب شیخ ! شما که ادله دو طرف را آوردی، اشکال گرفتی و یک طرف را تایید کردی، بعد می گویی لکن الانصاف!!!

منتها من جواب را میدانم؛ شیخ انصاری، در اجتهادش اهل تجميع ظنون است؛ یعنی نمی گوید صغرا و کبرا و نتیجه .... بادا ما بادا!!!!!! نه ... لذا یک مرحله می رود جلو...صناعت محور و قاعده محور...اما بعدش می دانید چه کار می کند؟ این ها مستقلا هیچکدام دلیل نیست. ولی وقتی دست به دست هم می دهند، فقیه را به یک قرار می رسانند. که فقیه نمی تواند از این قرار بگذرد یا طبقش هم فتوا می دهد یا حداقل خلافش فتوا نمی دهد. شما این رویه را در کار آقای خویی نمی بینید؛ آقای خویی فقهش عبارت است از صغرا... کبرا....نتیجه خیلی هم راحت است؛ خیلی هم قابل پیش بینی هست اما صاحب مکاسب اهل تجميع ظنون است؛ اگر کسی بداند شیخ مربوط به کدام مکتب است؛ متد استنباط شیخ را بداند، قهرا مثل آقای ایروانی ایراد هم به کار شیخ نمی گیرد. انصاف هم دلیل پنجم نیست در واقع می خواهد از آن چه بعد انصاف بیان می کند ، شما را به یک قرار برساند...من یک مثال برای شما بزنم که این را خوب لمسش کنید، ما در سیستم های قضایی، دو سیستم عمده داریم؛ سیستم حاکمیت امارات قانونی، در قضا و داورى و سیستم حاکمیت دلایل معنوی ....در سیستم حاکمیت امارات قانونی، قاضی موظف است به اماره نگاه کند ولو یک ذره اطمینان به صحت قضاوتش نداشته باشد فرایند با ید قانونی باشد؛ مثلا طرف آمده و اقرار کرده ....در حالی که برخی وقتها قاضی مطمئن است این فرد با این اقرار، او را گول زدند...یک ذره هم به صحت اقرار اطمینان ندارد...می گویند سیستم حاکمیت امارات قانونی؛...ولی در جاهایی که حاکمیت با ادله معنوی است، میگویند اقناع وجدان قاضی؛ آنجا در جلو تابلو نوشتند که قاضی باید بگوید من به آنچه داورى می کنم اعتقاد دارم.... اقرار باشد شهادت شاهد هم باشد، ولی قاضی اطمینان ندارد و قضاوت نمی کند. این دو جریان در اجتهاد هم هست ؛ سیستم حاکمیت مدرسه ، ادله ؛صناعت محور؛ اما سیستم دلایل معنوی؛ اگر ما روش شیخ را ندانیم؛ نه درست مکاسب را می فهمیم نه می توانیم

بگوییم شیخ چرا این کار را کرد و نه می توانیم دفاع کنیم ولی اگر روش شیخ را بلد باشیم؛ می توانیم دفاع داشته باشیم.

شیخ انصاری معتقد است شهرت، باعث ضعف سند روایت می شود؛ جابر ضعف سند است حتی جابر ضعف دلالت است. یعنی اگر یک روایت ضعیفی داشتیم؛ ولی مشهور پذیرفته بودند جابر ضعف سند، جابر ضعف دلالت؛ این را که می گوید؟ شیخ... ولی آیا آقای خوبی هم می گوید؟ آقای خوبی می گوید خبرضعیف، صفر ریاضی است و شهرت هم صفر است؛ و دو صفر هم عدد تشکیل نمی دهد.... دو لا حجت که از آن حجت استحصال نمی شود. در روش شناسی، انسان کار دیگران را می فهمد، اگر نقدی می کند، آگاهانه است. اگر هم تایید می کند، تاییدش روی اساس است. واصلاً روش شناسی، خود آدم را به قرار می رساند. ما فقهای بزرگی داریم؛ یک جا مقاصدی می شوند؛ مقاصدی دیش!!! اما یک جاهایی هم چنان در برابر مقاصد موضع می گیرند، مثل برخی همین مواضعی که می گیرند... که باعث تعجب است...

برخی چنان موضع می گیرند که گویی آیات اعدلوا هو اقرب للتقوی نیست؛ آیات هوالذی بعث فی الامیین رسولا منهم یتلوا علیهم.... در قرآن نیست؛ صحبت سر این است که یک جاهایی فاصله می گیرد و یک جاهایی نمی گیرد....

یک مقاله ای را ما اخیراً به این جستارهای فقهی اصولی مشهد دادیم؛ راجع به مقایسه فقه آقای خوبی و صاحب جواهر؛ و تفاوتی که این دو روش دارد؛ من جای شما باشم مطالعه می کنم بالاخره مقاله ای است که سالهای سال فکر پشت آن بوده است.

ما تا این جای کار ضرورت روش شناسی را بیان کردیم، نمیدانم به جمع بندی رسیدید یا نه، سریع جمع بندی می کنم، در واقع محضر شما برای روش شناسی یعنی ثمره و فایده روش شناسی سه فایده شمردم؛

یک : خود فقیه را به قرار می رساند و فقہش را رشد می دهد ؛ دو: به فهم کار دیگران کمک می کند. سه: به نقد کار دیگران؛ یعنی می تواند اشکال بگیرد که شما نباید این گونه اجتهاد می کردید ...در واقع یک نفع برای خود انسان دارد در ارتباط با دیگران؛ اگر دوستان روی همین سه محور کارشان را بیان کردند ما قبول می کنیم.

### پیش فرض های بحث

نگاه می کنم بحث بعدی را که در واقع بحث پنجم است؛ تحت عنوان پیش فرضهای بحث ؛ بحث ما روش شناسی اجتهاد در فقه تقنین است. عبارت را یک بار دیگر نگاه کنید : ما تا این جا دو پیش فرض داریم: ضرورت نشأت قانون از شریعت الهی و فقه اسلامی هم عبارت ساده هست هم دقت دارد؛ ما اگر معتقد باشیم که قانون باید مسیر خودش را برود، شریعت و فقه مسیر خودش را برود؛ به هر حال ما یک شریعت داریم یک فقه داریم؛ شریعت الهی است؛ شریعت معصوم است : شرع لکم من الدین ما وصی ....آن فقه نیست؛ شریعت است ، شریعت معصوم است؛ اصلاً شریعت در آن اختلاف نیست؛ شریعت من الله است دست بشر در آن دخالتی ندارد؛ در حالی که فقه چه آن عملیات استنباط باشد چه دانش ، در هر حال محترم است ؛ اما بشری است و لذا خطا هم د رآن راه دارد؛ فقه کاشف است و شریعت مکشوف است؛ لذا من گفته ام شریعت الهی و فقه اسلامی ....اگر ما قائل باشیم که تقنین باید راهش را از فقه جدا کند؛ برخی معتقدند شریعت نیامده برای قانون گذاری، برخی معتقدند شریعت دو گزاره دارد؛ خدایی هست؛ قیامتی هم هست؛ مدیریت جامعه هم باید مدیریت علمی باشد نه مدیریت فقهی ؛ اگر کسی معتقد به جدا بودن فقه از بسیاری مباحث است ، متأسفانه این عقیده، خیلی از اساتید به این اعتقاد و باورند این ها یک عبارتی دارند و آن این که باید از فقه عبور کرد. و محوریت قانون براساس فقه



و شریعت .... و رفت به سوی حقوق عرفی و محوریت قانون براساس حقوق عرفی باشد..حالا شما بگویید این سکولاریزم هست؛ بگو اومانیزم است(اصالت اراده انسان) میگوید: باشد....اولین پیش فرض ما که آمدیم در کلاس روش شناسی اجتهاد در فقه تقنین اولین پیش فرضمان باید باشد که قانون باید از فقه ، جدا نباشد ؛ اگر کسی بگوید نه ...قانون نمی خواهد از فقه اسلام، نشأت بگیرد...بحث این است که ما این ضرورت را از کجا بدست آوردیم؟ این ضرورت را از آیات متعدد از قرآن، خواستید نگاه کنید، سوره مائده آیات 44 و 45 و 47 یا سوره انعام آیات 57 و 62 و سوره یونس 59 سوره یوسف :40 و 97 قصص 70 و 88 سوره غافر: 12؛ نهج البلاغه خطبه 18 و 40 و 147....من در نوشته هایم گاهی تعبیر کردم به "توحید در تقنین"... کتاب های کلام وقتی اقسام توحید را می شمارند، می گویند توحید در ذات یا افعالی و ...یکی هم باید اضافه شود ؛ توحید در تقنین که قانون گذاری مربوط به خداست مگر این که خداوند ، به یک نهادی اجازه قانون گذاری بدهد؛

من و شما چه اعتقادی داریم ؟ آیا معتقدیم قانون گذاری به بشر واگذار شده است؟ ما یک جاهایی معتقد هستیم که ما می گوئیم شیوه های اجرایی..آن ها می گویند هر چه مصلحت باشد؛ نمی توانیم بگوئیم شریعت، این جا چه شیوه ای دارد ؟ واگذار کرده به خرد خردمندان....اما ما معتقد نیستیم که ساحت های اجتماعی ، سیاسی ، اقتصادی د رشریعت دستور نداشته باشد؛ اگر خواستید مطالعه داشته باشید؛ کتاب فقه و عرف؛ بحث گستره شریعت....بحث زیبایی است...با این که بیش از هزار سال از عمر آن می گذرد، هنوز هم بحث جدیدی است.در مشروطیت اختلافی که بین علما بود، یک عده را می گفتند مشروعه خواه و عده ای را می گفتند مشروطه طلب؛ می دانید اختلاف آن ها سر چه بود؟ آقایان مشروعه خواه می گفتند، شما می خواهید مجلس شورای اسلامی بسازید، یا مجلس شورای ملی: سوال این است که

مجلس در نهایت می خواهد چه کار کند؟ قانون گذاری کند؛ مگر در اسلام قانون گذاری نداریم؛ قرآن قانون اساسی ماست ... و نیاز به نهادی غیر قرآن نیست؛ آقایانی هم که جواب میدادند می گفتند، قانون برای جایی است که ما لا نص فیه .... از این جالب تر مسائل مشروطیت است. ما عقیده امان شمول است؛ اما یک شمول معتدل ..... این پیش فرض اول؛ و اما پیش فرض دوم فقه ما، ولو با تکمیل و لو با ترمیم؛ ولو با تقنین ولو با توسیع، ظرفیت قانون شدن را دارد. می بینید اگر یک زید بن ارقمی معتقد بود که فقه ما ظرفیت ندارد، معمولا می دانید که این ها یی که بدبینانه به فقه نگاه می کنند، گاهی وقتها هم البته برخی نظرات فقهی بهانه به آن ها می دهد. شما می خواهید استنباط کنید بگویید دیه انسان ، ده هزار درهم هزار دینار صدتا شتر دویست تا حله و هزار تا گوسفند و ... اختیار هم با قاتل است، انتخاب کند حال اگر قاتل شتر را انتخاب کرد، فرض کنید می خواهد مثلا صد تا شتر تحویل ولی مقتول بدهد، یا نه میدانید که ما در این انواع ششگانه دیه، داریم برخی از آن ها که زیر بیست میلیون تمام می شود. ... الان دیه صد تا شتر نیست؛ شتر عوض شده است، شتری که صد ر اسلام قیمت دیه بود، شتر بار بود، شیرش خوب بود و گوشتش خوب بود؛ بولش دارو بود ؛ حالا بار که نمی برد شیرش خوب هست و گوشتش هم امروز کمتر داوطلب دارد؛ الان صد تا شتر سی تا گاو نیست! شاید من بیش از صد بار این ادله را بالا و پایین کردم، یا چهارصد تا حله ؛ اصولا پارچه در زمان گذشته، ببینید چه متاعی بود، معمولا اگر کسی می مرد شب برخی به صورت کفن دزدی حتی این پارچه را از تن مرده می دزدیدند !!!! لذا دویست تا حله میرسید تا مرز صد مثقال طلا ؛ حالا به هفت مثقال و نیم هم نمی رسد! برخی چیزها اسمش عوض نشده ؛ حله ، حله است ولی ماهیتش عوض شده است ؛ .....

اگر فقهای ما این ها را دقت کنند، این ها خارج از انضباط فقهی نیست؛ ما می خواهیم بگوییم که پیش فرض دوم این که فقه ما ظرفیت قانون شدن را دارد ....

بحث پنجم ما این شد که ما دو پیش فرض داریم؛ ضرورت نشأت قانون از شریعت اسلامی و دوم قبول داشتن ظرفیت اسلامی برای قانون شدن.

الحمد لله رب العالمین