**چكيده**

**تاريخ, نظامهاي حقوقي فراواني را سراغ دارد كه پس از يك دوره حاكميت درخشان، به علت عدم قابليت سازگاري با تحولات اجتماعي، مسير افول را طي كرده, از خاطرة جوامع بشري محو شده­اند. اما حقوق اسلام داراي جوهره­اي پويا و مكانيسمي دروني است كه هماهنگي آن را با تحولات زندگي تضمين مي­كند. قابليت انعطاف قوانين اسلام و امكان انطباق آن با شرايط زماني و مكاني هر دوره، سبب مي شود كه حقوق اسلامي همواره در قالبهاي تراز زمان ارائه شود و بدون آنكه اصول و مباني آن مخدوش گردد، قوانين آن در برآوردن نيازهاي جوامع مختلف بشري در طول اعصار، توانايي لازم را داشته باشد. در واقع, نظام حقوقي اسلام موجودي زنده است كه با حفظ هويت اصلي و ثابت خود، بر اساس متغيرهاي گوناگون زماني و مكاني به حيات خود ادامه مي‌دهد.**

**در اين مقاله, عوامل و اهرمهايي كه قابليت انطباق قوانين اسلامي با تحولات اجتماعي نتيجه كاركرد آنهاست, مورد بررسي و تحليل قرار گرفته‌اند.**

**واژگان كليدي: حقوق‌اسلامي، قانون­گذاري، انعطاف قوانين، سكوت قانوني، اجتهاد**

**مقدمه**

**يكي از موضوعات بنيادين فلسفه­هاي حقوقي، تقابل نظريه­هاي حقوقي با تحولات و شرايط اجتماعي است. دگرگونيها و تحولات اجتماعي ­چنان سريع و گسترده است كه هيچ نهاد اجتماعي, حتي قوانين و مقررات حقوقي نيز نمي­تواند خود را به يك سو بكشد. در نتيجه, حقوق ناچار است با اين تحولات و دگرگوني ها همگام گردد و يا دست كم چون سايه‌اي آن را تعقيب كند.**

**اين مسأله در مورد حقوق اسلامي, بسيار جدي­تر از حقوق عرفي خود را نشان داده و واكنش حقوق­دانان اسلامي را برانگيخته است; چه اينكه اين حقوق داراي اوصافي چون تقدس، خاتميت، جامعيت، جاودانگي و وحياني بودن است; ويژگيهايي كه با مقولة تغيير و تحول سازگاري چنداني ندارد. از اين رو همواره اين پرسش مطرح است كه چنين حقوقي چگونه با تحولات اجتماعي رويارو مي­گردد؟ آيا اساساً حقوق اسلامي دگرگوني ناپذير است يا بدون اينكه به اصول و مباني آن خدشه­اي وارد شود, مي­تواند با پيشرفت و تحول، همراه گرديده, در هر عصري كارآمد باشد؟**

**طرح اين مسأله و بررسي امكان انطباق حقوق اسلام با شرايط اجتماعي هر دوره، اگرچه مسأله‌اي ديرپاست, هنوز موضوعي سرآمد است; به­ويژه در دو دهة اخير كه در پرتو انقلاب شكوهمند اسلامي، اين حقوق پس از چندين قرن، از محدودة مباحث نظري به صحنة اجرا و عمل پاي نهاده و خود را در بوتة آزمايشي سخت و سرنوشت­ساز قرارداده است.**

**در پاسخ پرسش ياد شده, به طور كلي دو ديدگاه وجود دارد: ديدگاه اول حاكي از آن است كه حقوق اسلامي با توجه به ماهيت آن، تغيير ناپذير بوده, نمي­توان آن را با تحولات اجتماعي دگرگون ساخت; زيرا مفهوم وجه آمريت الهي و مطلقيت آن، اجازة هيچ نوع دگرگوني در مفاهيم و موازين اسلامي را نمي­دهد. در واقع, اعتبار آن به ضمانت الهي و لازمه­اش بسته بودن راه تغيير در آن است.**

**ديدگاه دوم با تكيه بر پاره­اي قواعد و اصول حقوقي، بر اين باور است كه حقوق اسلامي قابل انطباق با تحولات اجتماعي و شرايط زمان و مكان است. شمار زيادي از فقيهان، اصلاحگران، محييان و برخي ‌از حقوق­دانان ‌خارج ‌جهان ‌اسلام, ‌از جمله ‌رنه‌داويدRene David)) پيرو اين نظريه‌اند. در عصر حاضر, متفكران و انديشمنداني از سراسر جهان اسلام به دفاع از اين نظريه پرداخته, و سعي در تبيين مباني آن داشته­اند: محمد قطب، اقبال لاهوري، دكتر صبحي صالح، علامه طباطبايي، شهيد محمد باقر صدر، شهيد مطهري، علامه محمدتقي جعفري، امام خميني (ره)، محمد جواد مغنيه، دكتر صبحي محمصاني، دكتر محمد مصطفي شبلي، دكتر يوسف قرضاوي، محمد عبده و ديگران. هدف اين نوشتار اثبات ديدگاه دوم است.**

**مهمترين عوامل موجب انعطاف در قوانين اسلام**

**مهم­ترين عواملي كه موجب انعطاف و مرونت قوانين اسلام و در نتيجه, قابليت انطباق آن با جاريهاي زمان مي­گردد, عبارتند از:**

**الف) وجود قوانين ثابت و متغير**

**قديمي‌ترين ديدگاه در زمينة انطباق شريعت اسلامي با دنياي متحول انساني، تقسيم قوانين اسلام به ثابت و متغير است. با اين تقسيم‌بندي در ناحية احكام شرعي و فقهي، مشكل عدم انطباق بر طرف مي­شود; زيرا تحولات زندگي در قلمرو نيازهاي متغير انسان رخ مي­دهد كه داراي احكام متغيراست; اما درناحية ثابت زندگي، تحولي نيست تا نياز به دگرگوني احكام باشد.**

**علامه طباطبايي در اين­باره مي­گويد: «اسلام مقررات خود را به دو قسم متمايز و جدا از هم تقسيم كرده است: مقررات ثابت و متغير. مقررات ثابت مقررات و قوانيني است كه در وضع آنها واقعيت انسان طبيعي در نظر گرفته شده, يعني طبيعت انساني … و نظر به اينكه ساختمان وجودي انسانها يكي است و در خواص انسانيت يكي مي‌باشند, بدون ترديد نيازمنديهاي آنها نيز مشتركاً يك طبيعت داشته و مقررات يكنواخت لازم دارند … همان­طور كه انسان يك رشته احكام و مقررات ثابت و پابرجا كه به اقتضاي نيازمنديهاي ثابت طبيعت و يكنواخت او وضع شود لازم دارد، همچنين به يك رشته مقررات قابل تغيير و تبديل نيازمند است و هرگز اجتماعي از اجتماعات انساني بدون اين­گونه مقررات, حالت ثبات و بقا را به خود نخواهد گرفت… . ايشان مقررات ثابت را موادي تغيير­ناپذير مي­داند كه به وحي آسماني به عنوان دين ابدي نسخ­ناپذير بر رسول اكرم (ص) نازل شده و براي هميشه در ميان بشر واجب الاطاعه است … ولي مقررات متغير در بقا و زوال خود, تابع مقتضيات و موجبات وقت است و حتماً با پيشرفت مدنيت و تغيير مصالح و مفاسد، تغيير و تبدل پيدا مي كند» (طباطبائي: ج 1 صص 181-180 و ج 2 صص 42-39).**

**شهيد مطهري معتقد است: «انسان به­عنوان مخاطب اصلي قوانين اسلام، هم ثابت است و هم متغير; زيرا دوگونه نيازمندي دارد: يكي نيازمنديهاي اولي كه از عمق ساختمان جسمي و روحي بشر و از طبيعت زندگي اجتماعي سرچشمه مي گيرد و تا انسان انسان است و تا زندگي وي اجتماعي است, اين نيازها در سه شكل جسمي (مانند خوراك و پوشاك), روحي (مانند علم، زيبايي، پرستش), و اجتماعي (مانند معاشرت، تعاون، عدالت، آزادي و…) وجود دارد. ديگري نيازهاي ثانوي كه از نيازهاي اولي ناشي مي­شود; مانند نياز به انواع وسايل زندگي كه در هر عصر با عصر ديگر فرق مي‌كند. اسلام براي احتياجات ثابت بشر، قوانين ثابت و براي احتياجات متغير وي وضع متغيري در نظر گرفته است (مطهري، 1370: ص129).**

**استاد مطهري با معيار قرار دادن انسان و نيازمنديهاي دو گانه­اي كه از فطرت و سرشت وي مي­جوشد, به وجود ثابتها و متغيرها و ربط متغير به ثابتها در قوانين اسلامي حكم مي‌كند. وي مي­گويد اگر يك دين بخواهد جاويدان بماند, بايد به انسان و ساختار شخصيت او توجه داشته باشد.**

**در واقع, در سيستم قانون­گذاري اسلام، اصل فطرت و سرشت انسان مورد توجه قرار گرفته و چون طبيعت و سرشت انسانها در همة زمانها و مكانها يكسان است, يعني ويژگيها و اصول انسانيت ميان تمام افراد بشر از سياه و سفيد، عرب و عجم و زن و مرد مشترك است و در اين جهت بين انسان عصر حجر و عصر رايانه تفاوتي نيست، قوانين اسلام در اين قسمت دچار تغيير نمي‌گردد.**

**بنابراين قوانين و حقوقي كه اساس و مبنايي فطري داشته و از يك ديناميسم زنده بهره‌مند باشد و خطوط اصلي زندگي را ترسيم كند و به شكل و صورت زندگي كه وابسته به درجة تمدن است نپردازد، مي‌تواند با تغييرات زندگي هماهنگي كند، بلكه رهنمون آنها باشد و در عين حال, دوام و بقا نيز داشته باشد. البته قانون هر اندازه جزيي و مادي باشد, يعني خود را به رنگ و شكلهاي مخصوص در آورد, شانس بقا و دوام كمتري دارد و هر اندازه كلي و معنوي باشد و توجه خود را نه به شكلهاي ظاهري, بلكه به روابط اشياء و اشخاص معطوف كند, شانس بقا و دوام بيشتري پيدا مي‌كند.**

**قوانين اسلام از نظر ثبات و تغيير, مانند ستاره‌اي است كه هم ثابت است و هم متحرك. متحرك است, يعني در دو لحظه در يك نقطه نيست و ثابت است, يعني مدار و مسير ثابتي دارد و از مدار خود يك ميليمتر هم تخلف نمي­كند. آن شرايطي كه مدار و مسير حركت را در زندگي بشر تعيين مي­كند, بايد ثابت بماند; اما شرايطي كه مربوط به مراحل زندگي است, بايد تغيير كند (مطهري، 1374: ص 112).**

**استاد مطهري قوانين اسلامي را از نظر ثبات و تغيير به چهار دسته تقسيم مي‌كند:**

**1- قوانين مربوط به رابطة انسان با خدا (عبادات); 2- قوانين مربوط به رابطة انسان با خود (اخلاق); 3- قوانين مربوط به ارتباط انسان با طبيعت; 4- قوانين مربوط به رابطة انسانها با يكديگر (قوانين اجتماعي). ايشان آن­گاه معتقد است تغيير و تحول درقوانين دسته اول و دوم راه ندارد, ولي دستة چهارم قوانين كه از همه مهم­تر نيز است, بيش از ساير قوانين دستخوش تغيير و تحول مي‌شود (همان، ج 2: صص42-41).**

**استاد مغنيه, ثابتها را عبادات، مباحث ارث، ازدواج و طلاق مي­داند و معاملات را حوزة متغير دانسته است (مغنيه، 1411 ق: صص96-94).**

**رنه داويد معتقد است حقوق اسلام دو ويژگي تغييرناپذيري و قابليت انعطاف را با هم جمع كرده است; زيرا آنچنان نقشي براي عرف و عادت، قرارداد و توافق طرفين و نظامات اداري قائل شده كه امكان يافتن راه­حلهايي براي ايجاد جامعه‌اي نو, بدون لطمه زدن به اصل حقوق, وجود دارد. وي آن­گاه حيله‌هاي حقوقي و مداخلة حاكم را نيز از ديگر عوامل هماهنگ كننده به حساب مي­آورد (رنه داويد، 1369: صص458-455).**

**ملاحظة قوانين ثابت و متغير به لحاظ مدخليت زمان و مكان در شيوة استنباطي علماي حقوق اسلامي متأخر، مورد توجه شاياني واقع شده است و راهكارهاي بسيار متنوع و در عين حال, ديناميكي را به­عنوان قواعد فرامنطقي در افق استنباطات حقوقي به ارمغان آورده است.**

**ب) اختيارات حاكم**

**يكي ديگر از اهرمها در مكانيسم هماهنگي حقوق اسلام با تحولات، اختيارات وسيع حاكم شرعي است. علامه طباطبايي مي­گويد: در اسلام اصلي داريم كه ما از آن به «اختيارات والي» تعبير مي‌كنيم و اين اصل است كه در اسلام به احتياجات قابل تغيير و تبديل مردم در هر عصر و زمان و در هر منطقه و مكان پاسخ مي‌دهد (طباطبائي، 1371: ص80).**

**در نظام حقوقي اسلام، شئون پيامبر (ص) دوگونه است: يكي شأن ابلاغ و رسالت، وديگري شأن اجرا و ولايت. بر اساس مقام رسالت، پيامبر وحي الهي و احكام آسماني را كه قوانين ثابت و تغيير ناپذير است به مردم ابلاغ مي‌كند. مخالفت مردم با اين دسته از احكام، مخالفت با خدا به شمار مي‌آيد نه مخالفت با پيامبر (ص). علاوه بر اين، پيامبر (ص) بر اساس مقام ولايت و به عنوان رهبر امت, اوامر و نواهي ديگري دارد كه بحسب مصلحت وقت وضع و اجرا مي‌گردند. اين دستورات كه از آن به «حكم حكومتي» تعبير مي‌شود, بنابر مفاد آية «اطيعوا الله و اطيعوا الرسول و اولي الامر منكم» (سوره نساء \_ آيه 59) در رديف احكام اولي قرار دارد; زيرا حاكم اسلامي بر اساس اجازه‌اي كه قانون­گذار به او داده و اطاعت از دستوراتش را لازم دانسته است، در مواردي كه مصلحت ايجاب كند, طبق اختيارات خودش عمل كرده و اوامري صادر مي­نمايد. اين اختيارات از پيامبر (ص) به امام (ع) منتقل مي­شود و از امام (ع) به حاكم شرعي مسلمين.**

**بنابراين فقيه در دوران غيبت امام زمان (عج) مسؤول ادارة جامعه است و اختيارات او همان اختياراتي است كه براي امام معصوم(ع) در جهت ادارة جامعه وجود دارد, مگر آنچه دليلي بر اختصاص آن به امام معصوم (ع) گواهي دهد (خميني(ره)، 1375: ص496). اين توهم كه اختيارات حكومتي رسول اكرم (ص) بيشتر از حضرت امير (ع) بود يا اختيارات حكومتي حضرت امير (ع) بيش از فقيه است, باطل و غلط است (خميني، 1373: ص40).**

**حاكم در مورد شأن قانون‌گذاري, با توجه به شرايط زمان و مكان, به استنباط حكم اقدام نمي­كند; بلكه اساساً به وضع قانون اقدام مي­نمايد. در واقع, حكم حكومتي از اصل «تفريع فروع بر اصول» حقيقتاً خارج است. حاكم در اين شأن, خود يك قانون­گذار است, نه يك مستنبط حكم قانون­گذار ديگر. به عبارت ديگر, احكام فقيهان در تفريع فروع بر اصول، از سنخ قضاياي هستي و نيستي است و لذا قابليت اتصاف به صدق و كذب دارد; ولي احكام حكومتي از سنخ قضاياي بايستي است و قابليت اتصاف به صدق و كذب ندارد. در اين موارد, شيوة وضع حكم به دست حكام, همانند شيوة هر قانون­گذار ديگر بر احراز مفاسد يا مصالح موجود در موضوعات در ظرف زمان و مكان و شرايط خاص زماني و مكاني است. مثال بارز اين احكام، قوانين راهنمايي و رانندگي، آيين دادرسي مدني و كيفري، قوانين مالياتي، قوانين گمركات، قوانين ارزي و مرزي, قوانين مربوط به اسناد رسمي, قانون خدمت نظام وظيفه و دهها قوانين ديگر در جمهوري اسلامي ايران است و علت اينكه امام راحل (ره) دربارة قوانين راهنمايي و رانندگي با قطعيت كامل بيان مي‌فرمايند كه امروز تخلف از قوانين راهنمايي و رانندگي تخلف از حكم خداست, اين است كه اگر اصل ولايت فقيه پذيرفته شود، اين احكام حكم خداست, نه اجتهاداً كه احتمال خطا داشته باشد \_ چنان­كه مخطئه قائلند \_ بلكه وضعاً و به سبب اختيار وضع قانون كه از طرف خدا به او تفويض شده است ( بر اساس اصل ولايت فقيه). از اين رو در اين موارد, حاكم اگر بر اساس عدالت و احراز مصالح و مفاسد نوعيه, حكمي نمايد و قانوني تصويب كند, همواره مصيب است (رجحان، 1378: صص73-72).**

**حكم به پرداخت ماليات (مطهري، ج 2: ص86)، حكم به تحديد مالكيت (همان: ص86)، حكم به كنترل مواليد (خميني، ج 4، ص 39)، حكم به طلاق زوجه در صورت استنكاف زوج از پرداخت نفقه و طلاق (حلّي، 1415: ص210)، حكم بر تعطيلي حج بطور موقت (خميني، ج 2: ص171)، حكم به ثبوت هلال (يزدي، ج2: ص54) و دهها مورد ديگر, نمونه‌هايي از احكام حكومتي به شمار مي­روند[2] از نظر تاريخي نيز مثال بارز آن, حكم ميرزاي شيرازي, مبني بر تحريم تنباكوست (تيموري، 1361: ص103).**

**استاد عبدالقادر عوده در اين­باره مي­گويد: «ولي امر مي­تواند كارهايي را ممنوع و يا واجب سازد و نيز حق دارد افرادي را كه از فرمان او سرپيچي كنند مجازات كند. او مي‌تواند در مورد جرم واحدي مجازات واحد يا متعددي در نظر بگيرد و حد اعلي و ادناي آن­را مشخص نمايد, مشروط بر اينكه از حدود و نصوص شرعي و اصول اولية شارع و يا روح تشريع اسلامي خارج نشود… ولي امر مي­تواند قضاوت را تنها در اختيار قضات خاصي قرار دهد و يا به بعضي در مواردي خاص براي قضا و فصل دعاوي اجازه دهد و بعضي ديگر را در بخش ديگري از حقوق به­كار وادارد ... حاكم مي‌تواند جرايمي را كه موجب تعزير است عفو كند (عوده، 1402ق: ص410).**

**حاكم اسلامي در تزاحم مصالح فرد و اجتماع و يا در تزاحم بين احكام اولي و احكام حكومتي، آن را كه اهم است مقدم مي­دارد. امام خميني (ره) در نامه­اي كه به مقام معظم رهبري در دوران رياست جمهوري ايشان نگاشتند. به اين مطلب تصريح كردند. ايشان در اين نامة راه­گشا، حكومت اسلامي را از اهم احكام الهي و مقدم بر جميع آنها و اختيارات حاكم اسلامي را فراتر از چارچوب احكام الهي مي‌دانند (خميني، ج 20، صص 173-170).**

**احكام حكومتي را نبايد بدعت و تشريع به حساب آورد و چنين پنداشت كه حاكم از اين رهگذر با شارع به مقابله برخاسته و در برابر او دكاني ديگر گشوده است; زيرا اين اشكال در صورتي بروز خواهد كرد كه احكام مزبور به­عنوان حكم شرعي، الزامي گردد وگرنه بدون اقتران‌ به عنوان مذكور، هيچ نوع الزام و التزامي بدعت و تشريع نخواهد بود (نائيني، 1358: ص74).**

**به نظر بعضي از فقيهان (خميني، ج 2: ص174)، احكام حكومتي از نوع احكام اوليه است، ولي اين بدان معني نيست كه حاكم اسلامي حق ندارد بر اساس عناوين ثانوي حكم كند; زيرا در مسايل اجتماعي، تشخيص عناوين ثانوي و حكم بر اساس آن به عهدة حاكم اسلامي است, او با اشرافي كه بر مسايل و مشكلات دارد, يا خود به تنهايي عنوان ثانوي را تشخيص مي‌دهد و يا با مشورت متخصصان به آن دست مي­يابد و بر اساس آن, حكم ثانوي را صادر مي­كند.**

**علامه طباطبايي در بيان تفاوت احكام اولي با احكام حكومتي مي‌گويد: مقررات نامبرده (احكام حكومتي) لازم الاجرا و همانند مقررات شريعت داراي اعتبار است; با اين تفاوت كه قوانين آسماني, ثابت و تغييرناپذير است, ولي مقررات موضوعه تغييرپذير و در ثبات و بقا تابع مصلحتي است كه آنها را به وجود آورده است و چون پيوسته زندگي جامعة انساني در تحول و رو به تكامل است، طبعاً اين مقررات به تدريج, تبديل و تغيير پيدا كرده, جاي خود را به احكام بهتر مي‌دهد (طباطبايي: ص83).**

**گسترة نفوذ حكم حاكم, همة اشخاص, حتي مراجع ديگر را نيز شامل مي­شود. فقها و ديگر مراجع, گرچه به سبب برخورداري از قوة اجتهاد نبايد از ديگران تقليد كنند, بايد از حكم حاكم پيروي كنند و حق مخالفت ندارند; زيرا ادلة حجيت و نفوذ حكم حاكم عام است و آنان را نيز شامل مي­شود. بنابراين هيچ فقيهي نمي­تواند به اجتهاد و فقاهت خويش تمسك جويد و بناي مخالفت با حكم حاكم را گذارد. اين قاعده­اي است مسلم و مورد قبول تمامي فقيهان.**

**از اين رو همه علماي نجف, از جمله ميرزا حبيب الله رشتي، فاضل اردكاني، ميرزا حسين تهراني، زين العابدين مازندراني، شرابياني و ممقاني در پاسخ علاء الدوله كه به نمايندگي از سوي ناصرالدين شاه به عراق رفت تا فتوا به جواز استعمال تنباكو بگيرد و رستاخير برخاسته از فتواي ميرزاي شيرازي را فرو نشاند اعلام كردند : «آنچه ميرزاي شيرازي فرموده, حكم است نه فتوا و اطاعت از آن بر همه لازم است» (تيموري، 1361: صص120-119).**

**امام خميني(ره) نيز با اشاره به حكم تاريخي ميرزاي شيرازي مي فرمايد: «حكم ميرزاي شيرازي در حرمت تنباكو، چون حكم حكومتي بود, براي فقيه ديگر هم واجب الاتباع بود» (خميني، 1373: ص113).**

**شهيد صدر مي‌گويد: «اگر حاكم اسلامي به چيزي فرمان دهد, پيروي از آن بر همة مسلمانان واجب است, حتي كساني كه معتقدند مصلحتي را كه حاكم تشخيص داده است، اهميتي ندارد, نمي‌توانند مخالفت كنند» (صدر: ص116).**

**با توجه به آنچه گذشت, روشن مي­گردد كه فقيه مبسوط اليد در هر موردي كه مصلحت ببيند مي تواند دخالت كند و امور را سامان دهد. بنابراين بايد گفت پويايي, شادابي و نقش­آفريني حقوق اسلام به حكم حاكم بستگي دارد.**

**ج) ميدانهاي آزاد حقوقي**

**ميدانهاي آزاد حقوقي كه با تعابير ديگري چون «منطقة الفراغ»، «منطقة العفو»، «مالانص فيه» و «قلمرو آزاد احكام» نيز از آن نام برده مي‌شود، يكي ديگر از عوامل انطباق حقوق اسلام با شرايط روز است. اين تعبير, اگرچه تازه مي­نمايد, بسياري از مطالبي كه در سخن فقيهان گذشته و حال مطرح است به آن بر مي گردد و هر كدام نقطه­اي از آن را روشن مي­كند.**

**استاد مطهري مي‌گويد: «اسلام هرگز به شكل و صورت و ظاهر زندگي نپرداخته است. تعليمات اسلامي همه متوجه روح و معنا و راهي است كه بشر را به آن هدفها و معاني مي‌رساند. اسلام هدفها و معاني و ارائة طريق رسيدن به آن هدفها و معاني را در قلمرو خود گرفته و بشر را در غير اين امر آزاد گذاشته و به اين وسيله از هرگونه تصادمي با توسعة تمدن و فرهنگ پرهيز كرده است» (مطهري، 1375: ص59).**

**شهيد صدر در اين­باره مي‌نويسد: طبيعت متغير و متطور دسته­اي از وقايع و نيازهاي بشر باعث مي­شود كه «منطقه فراغ تشريعي» وجود داشته باشد كه البته شارع, آن را مهمل نگذاشته, بلكه والي موظف است حكم مناسب آن را وضع كند (صدر، 1987م: ص378)**

**مستند حقوق­دانان اسلامي بر وجود ميدانهاي آزاد حقوقي در سيستم قانون­گذاري اسلام، رواياتي است كه بر سكوت شارع در مقام قانون­گذاري دلالت مي­كند; از جمله:**

**ان الله افترض عليكم فرائض… و سكت لكم عن اشياء و لم يدعها نسياناً فلا تتكلفوها (صالح، 1395ق: ص487)**

**- ان الله تبارك و تعالي… سكت عن اشياء لم يسكت عنها نسياناً فلا تتكلفوها رحمة من الله لكم فاقبلوها (ابن بابويه، ج 2، ص57).**

**- ما احل الله فهو حلال و ما حرمّ فهو حرام و ما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته فان الله لم يكن ينسيء شيئاً (جعفري لنگرودي، 1370: ص66)**

**روايات مزبور كه با اندكي تفاوت, تقريباً داراي يك مضمون­اند، بر اين نكته تصريح دارند كه شارع مقدس و خداوند متعال در مقام قانون­گذاري، تكاليفي را براي مردم تعيين فرموده است; ليكن در مواردي نيز سكوت اختيار كرده كه از سر فراموشي نيست; بلكه به سبب عفو و رحمت نسبت به مردم و بازگذاشتن دست آنان در حوزة سكوت قانون است.**

**ميدانهاي آزاد حقوقي كه حوزة وسيعي را در سيستم حقوقي اسلام تشكيل مي‌دهد, به منزلة خلاء و نقصي در شريعت نيست; بلكه ويژگي و امتيازي براي حقوق اسلام است كه چنين حوزه‌هايي را براي تشريع در پرتو شرايط متغير خالي گذاشته است تا حاكم اسلامي آن را با توجه به مقتضيات زمان و مكان پر كند.**

**خداوند انسان را آزاد آفريده و در بسياري از اعمال دست او را باز گذاشته است تا خودش تصميم بگيرد; چه اينكه اگر احكام الزامي تمامي اعمال انسان را در بر مي­گرفت، انسان در تنگنا واقع مي‌شد و زندگي برايش دشوار مي گشت.**

**شيوة پركردن منطقة الفراغ, مورد بحث فقهاست. عده‌اي آن­را به حاكم واگذار كرده­اند و عده‌اي به عرف و امت; ولي در هر حال بايد دانست كه مساوي دانستن اختيارات حاكم با منطقة الفراغ اشتباه است; زيرا نه دايره اختيارات حكومت به پر كردن منطقة الفراغ منحصر است و نه منطقة الفراغ, تنها با اختيارات حاكم پر مي شود. به اصطلاح منطقيان, نسبت ميان آن­دو عموم و خصوص من وجه است. بخشي از اختيارات حكومت، پر كردن بخشي از منطقه الفراغ است و بخشي ديگر از آن، اعمال احكام ثانويه است.**

**مردم نيز در پر كردن منطقة الفراغ نقش دارند. فقيه نوانديش, شهيد محمد باقر صدر در كتاب الاسلام يقود الحياة در اين­باره مي‌گويد: سكوت عمدي در سيستم حقوقي اسلام در مورد خصوصيات لازم حكومت در اين زمينه, طبعاً ميدان آزاد حقوقي و آزادي اراده را پديد مي­آورد; يعني مردم با رأي خود, موارد سكوت را اشغال مي­كنند (ازباب حكومت نه از باب تشريع) و اين گشايشي است كه در نصوص راجع به سكوت عمدي پيش­بيني شده است و لازمة جاودانگي شرع و اقتضاي لاضرر است (صدر: ص 22 به نقل از: رحيميان، ص201).**

**بنابراين وجود ميدانهاي آزاد حقوقي در سيستم حقوقي اسلام، دست قوة مقننه را باز مي‌گذارد. اساساً پذيرش مجالس قانون­گذاري بر اساس اين ديدگاه قابل توجيه است.**

**د) اجتهاد مستمر**

**مكانيسم اجتهاد در سيستم حقوقي اسلام، عامل ديگري است كه هماهنگي اين نظام حقوقي را با پيشرفت جوامع تضمين مي­كند. اجتهاد عبارت است از تعقل در فهم نصوص شرعي و استخراج فروع از قواعد و اصول كلي و كشف و استنباط اغراض قانون­گذار.**

**اجتهاد, رمز استمرار، پايندگي و دوام نظام حقوقي اسلام است. حكم مسائل مستحدثه را كشف مي­كند و موضوعات جديد را در دايرة احكام فقهي به جاي خويش مي­نشاند. رويدادها و پديده‌ها در بستر زمان متكامل و مستمر است; از اين رو اجتهاد نيز استمرار دارد تا از راه به كارگيري آن در منابع اصلي استنباط كه اصول و قوانين كلي احكام است, تفريع (يعني رد فروع تازه به اصول پايه) و تطبيق (يعني منطبق ساختن قوانين كلي بر مصاديق خارجي آنها) حاصل گردد و در نتيجه, حكم رويدادهاي جديد بي­پاسخ نماند. اگر اجتهاد در احكام استمرار نداشته باشد, فقه نخواهد توانست با رويدادهاي نوين زندگي, به ويژه در مسائل حكومتي همگام گردد.**

**بوعلي سينا در ضرورت اجتهاد مي‌گويد: چون اوضاع زمان متغير است و پيوسته مسائل جديدي پيش مي­آيد, از طرف ديگر, اصول كلي اسلامي ثابت و لا يتغير است، ضرورت دارد در همة عصرها و زمانها افرادي باشند كه با معرفت و خبرويت كامل در مسائل اسلامي و با توجه به مسائل نوي كه در هر عصر پديد مي­آيد پاسخ­گوي احتياجات مسلمين باشند (ابن سينا: ص566).**

**نظام حقوقي اسلام, به دليل مفتوح بودن باب اجتهاد در گسترة زمان و مكان به كشف احكام و قوانين مبادرت ورزيده و پيوسته در جرياني تكاملي قرار دارد و قادر است در هر دوره­اي اين احكام و قوانين را كشف و استنباط كند.**

**باز بودن باب اجتهاد و حركت تكاملي آن، نقش فوق­العاده­اي در حيات نظام حقوقي اسلام و طراوت و تازگي آن دارد و به همين لحاظ است كه مي تواند مسائل مستحدثه را پاسخ دهد و بر هرگونه تغيير و تحول در روابط و مناسبات اجتماعي و مسائل جاري در جوامع بشري قابل تطبيق باشد.**

**استاد مطهري خاصيت اجتهاد را يكي از معجزات اسلام مي­داند, وي ضمن تأييد سخن علامه اقبال پاكستاني كه گفته است «اجتهاد قوة محركة اسلام است»، (اقبال، 1356: ص169) مي­گويد: اين سخن، سخن درستي است, اما عمده، خاصيت اجتهادپذيري اسلام است. اگر چيز ديگري بجاي اسلام بگذاريم, مي­بينيم كار اجتهاد چقدر دشوار است; بلكه راه آن بسته است. عمده اين است كه در ساختمان اين دين عجيب آسماني، چه رمزهايي به­كار رفته كه اين­گونه به آن خاصيت هماهنگي با پيشرفت تمدن را داده است (مطهري، 1370: ص136).**

**بنابراين اجتهاد نقش يك انقلاب و پويش دائمي را در ابعاد گوناگون داراست. از بركت اجتهاد پوياست كه فقه اسلامي هيچ­گاه در برابر مظاهر زندگي و رويدادها و پديده‌هاي نوين, از هر نوع كه باشد، ركود و ايستايي ندارد و همگام با آن در حركت است و بدين جهت است كه فقه به پويايي توصيف مي‌شود, بلكه بالاتر، به پيشروي نيز توصيف مي­گردد; زيرا اصول احكام كه اجتهاد در خدمت آنها قرار داده شده است، پيش از پيدايش رويدادها در مدينه نازل شده است (جنّاتي، 1372: صص34-33).**

**با توجه به اين سخنان، حساسيت و اهميت شرايط لازم براي اجتهاد روشن مي­گردد. در عصر حاضر, مجتهد كسي است كه علاوه بر مبادي و علوم معهود براي اجتهاد (از قبيل صرف، نحو، لغت، منطق ، كلام، اصول، تفسير، حديث، رجال و…) به دانشهاي جديد به­ويژه علوم انساني, همچون روان­شناسي، جامعه­شناسي, اقتصاد و غيره آگاهي نسبي داشته باشد و در يك سخن, عالم زمان خود باشد. زيرا استنباط يك حكم شرعي و راه­حل يك واقعة اجتماعي, بستگي به آگاهي و بصيرت كافي از اوضاع زمان دارد.**

**در واقع, مجتهد كسي است كه جامعة انساني منهاي معصوم(ع) را به او تحويل داده­اند با آن همه تعهد و رسالت و اين همه مسأله و واقعيت (حكيمي، 1370: ص69).**

**امام خميني (ره), اين مجتهد نوانديش, كه رهبر فكري دورة جديد در بحثهاي اجتهادي است, با نقش سازندة خود و پايداري در برابر محدوديت كاربردي اجتهاد درمنابع، جو غالب را به هم زد و با شجاعت علمي و توان فكري، سنت تقليد از شيوه‌هاي رايج استنباط را درهم شكست و روح تازه‌اي در كالبد اجتهاد دميد. ايشان ضمن تأكيد بر باز نگه­داشتن باب اجتهاد در حكومت اسلامي، بر اين باور بودند كه امروز اجتهاد مصطلح در حوزه­ها براي ادارة جامعه و حل مشكلات آن كافي نيست (خميني، ج 21: ص47).**

**اگر گاهي شنيده مي­شود كه فقه و حقوق اسلام پاسخ­گوي مشكلات قانوني عصر حاضر نيست, بايد گفت اين نقص به احكام و قوانين اسلام مربوط نمي­شود; بلكه به آرا و عقايد افرادي بر مي­گردد كه در گذشته به قدر استعداد خود از ادلة فقهي استنباط كرده­اند, ليكن بسياري از آن نظريات براي عصر حاضر مفيد نيست. بنابراين در قرن حاضر, جامعة اسلامي نيازمند مجتهداني است كه با ضميري روشن, نيازهاي عصر خويش را درك نموده, و با به كار گرفتن اجتهاد پويا و بررسي ابعاد گوناگون موضوعات، خلاءهاي قانوني را پر كنند.**

**ﻫ) احكام ثانوي**

**يكي ديگر از عواملي كه به قوانين اسلام, خاصيت تحرك و انطباق بخشيده است, وجود يك سلسله قواعد و قوانيني است كه كار آنها كنترل و تعديل قوانين ديگر است. اين قواعد به «احكام ثانويه»، «قواعد حاكمه» و «قواعد كنترل كننده» معروف است. استاد مطهري از اين قواعد به «قوانيني كه حق وتو دارند» ياد كرده و معتقد است اسلام براي اين قاعده­ها نسبت به ساير قوانين و مقررات, حق «وتو» قائل شده است (مطهري، 1370: صص136-135).**

**گسترة احكام ثانوي, سراسر فقه و حقوق اسلام است, به اين صورت كه هرگاه اجراي احكام اولي بنا به دلايلي از قبيل ضرر، حرج، اضطرار، اكراه، عجز، خوف، مرض و … ممكن نباشد، به كارگيري اين قواعد بن­بست را برطرف مي سازد. قواعدي چون «لاضرر»، «لاحرج»، «قاعده اضطرار» و .. . از اين قبيل­اند.**

**قاعدة لاضرر از حديث مشهور نبوي (ص) لاضرر و لاضرار (كليني، ج 5: ص294) استنباط شده است. قاعدة لاضرر قاعده­اي ثابت و تغييرناپذير است; اما مصداقهاي ضرر, اعم از اعمال و اشياي ضرري, برحسب زمانها و مكانهاي مختلف متغير است. اين قاعدة گذشته از نقشي كه در فهم و كشف احكام شرعي دارد, ميزان اهميت مصالح عمومي و حرمت حقوق اجتماعي را در نظام حقوقي اسلام نشان مي­دهد.**

**قاعده ‌اضطرار از آيات و روايات فراواني اصطياد شده است[3] و همان اصل «الضرورات تبيح المحظورات» مي­باشد. يعني به هنگام ضرورت و اضطرار, هيچ حرامي به حرمت خود باقي نمي­ماند و حكم اولي جاي خود را به احكام ثانوي مي­دهد. در اين­باره گفته­اند «الضرورات تتقدر بقدرها»; يعني به مقدار رفع ضرورت, مي­توان مرتكب امر ممنوع شد. اساساً احكام ثانوي مادام كه حالت فوق العاده و استثنايي باقي است اعتبار دارند وگرنه قضيه به اصل خود كه حكم اولي است برمي­گردد. از اين­رو براي زماني محدود در اوضاع و احوالي خاص, قابليت اجرا پيدا مي­كنند. درنتيجه, اكثر قوانين شرعي داراي نسبيت و انعطاف است.**

**امام خميني (ره) تشخيص عناوين ثانوي را به مجلس شوراي اسلامي واگذار كردند و چنين نوشتند: «آنچه در حفظ نظام جمهوري اسلامي دخالت دارد كه فعل يا ترك آن موجب اختلال نظام مي­شود و آنچه ضرورت دارد كه ترك يا فعل آن مستلزم فساد است و آنچه فعل يا ترك آن مستلزم حرج است، پس از تشخيص موضوع به وسيله اكثريت وكلاي مجلس شوراي اسلامي، با تصريح به موقت بودن آن، مادام كه موضوع محقق است و پس از رفع موضوع، خود به خود لغو مي­شود، مجازند در تصويب و اجراي آن (خميني، ج15: ص188).**

**ناگفته پيداست كه احكام ثانوي با احكام حكومتي تفاوت دارد. اين دو يكي نيستند, اگرچه ممكن است در مواردي با هم تلاقي كنند و احكام حكومتي قابل انطباق با يكي از عناوين ثانوي باشد. بين احكام حكومتي و احكام ثانوي عموم و خصوص من وجه است: مواردي وجود دارد كه هم مصداق احكام ثانويه است و هم مصداق احكام حكومتي و مواردي هم هست كه احكام ثانويه از احكام حكومتي جدا مي­شود. همانطور كه منابع احكام اوليه، ادلة اربعه است، احكام ثانويه هم منابعي دارد كه به «قواعد فقهي» معروف است. احكام حكومتي نيز مباني و منابعي دارد كه در واقع «رعايت مصلحت» است.**

**و) تقدم اهم بر مهم به هنگام تزاحم مصلحتها**

**تقديم اهم بر مهم, اصلي عقلاني است كه اسلام نيز آن­را مورد تأييد قرار داده است. اين اصل نقش موثري در قابليت انطباق قوانين اسلام با تحولات زمان ايفا مي­كند. اسلام قوانين خود را به منظور تأمين مصالح فرد و جامعه وضع نموده است و از آنجا كه مصالح و مفاسد به اختلاف احوال و اطوار و شرايط زمان و مكان تغيير مي­يابد, اين قوانين نيز شكل ثابتي ندارند و با تحول مقتضيات، متحول مي­شوند. چه بسا قانوني در برخي از زمانها به صلاح فرد يا جامعه باشد, ولي در زمان ديگر همان قانون، فساد و اختلال به بار آورد و يا ممكن است قانوني به مصلحت گروهي بوده و در عين حال, براي گروه ديگري زيان­آور باشد.**

**اين نكته هيچ­گاه از نظر متفكران و انديشمندان اسلام مخفي نمانده است. علامه حلّي مي‌گويد: «الاحكام منوطة بالمصالح و المصالح تتغير بتغير الاوقات و تختلف باختلاف المكلفين، فجاز ان يكون الحكم المعين مصلحة لقوم و في زمان فيومر به و يكون مفسدة لقوم و في زمان آخر فينهي عنه» (علامه حلّي، 1415ق: ص358).**

**يعني احكام در گرو مصلحتهاست. مصلحتها نيز در اثر تغيير زمان و اختلاف مكّلفين دگرگون مي‌گردد. در نتيجه ممكن است حكمي معين براي يك قوم و در يك زمان مصلحت داشته باشد و بدان امر گردد و براي گروهي ديگر و در عصري ديگر مفسده داشته باشد و از آن نهي گردد.**

**بنابراين مقررات اسلامي اولاً ناشي از يك سلسله مصالح عاليه است; ثانياً در خود اسلام درجة اهميت مصلحتها بيان شده است. اين ويژگي باعث مي­شود كه كار كارشناسان در مواردي كه مصالح گوناگوني در جهت خلاف يكديگر پديد مي‌آيند, آسان گردد. در اين موارد, كارشناسان اسلامي بايد درجة اهميت مصلحتها را سنجيده و با توجه به راهنماييهايي كه خود اسلام كرده است، مصلحتهاي مهم­تر را برگزينند. حقوق­دانان مسلمان اين قاعده را به نام «اهم و مهم» ناميده‌اند (مطهري، 1370: ص135).**

**اين قاعده كه در هنگام تزاحم مصلحتها نقش آفريني مي­كند، مصداقهاي فراواني دارد كه با تغيير شرايط زمان و مكان، مصاديقش نيز دگرگون مي­شود. به­عنوان مثال, نجات جان يك انسان در صورتي كه مستلزم ورود و تصرف در ملك غير باشد، معالجه و مداواي زن نامحرم در صورتي كه مستلزم نظر و لمس بدن او گردد، پيشرفت علم پزشكي و شناخت بيماريها در صورتي كه منوط به تشريح جسد مسلمان باشد، كشتن مسلمانان بي­گناهي كه دشمن آنها را سپر قرار داده باشد (تترس)، نوشيدن شراب در صورتي كه تنها راه رهايي از تشنگي مهلك يا بهبودي از بيماري باشد، تقدم مصلحت جامعه در صورتي كه با مصلحت فرد در تعارض باشد و دهها نمونة ديگر نشان دهندة آن است كه اسلام در قوانين خود جمود نورزيده و سرسختي نشان نداده است; بلكه با پيش­بيني جنگ مصلحتها, بابي به نام «تزاحم» گشوده است تا دريچة اطمينان ديگري براي نظام حقوقي اسلام تعبيه كند و به وسيلة آن, ضريب انعطاف و مرونت مقررات خود را افزايش دهد.**

**تقديم اهم بر مهم, اختصاص به احكام اولي ندارد. همان­گونه كه در تزاحم احكام اولي با يكديگر، اهم مقدم مي‌شود، در تزاحم احكام حكومتي با احكام اوليه نيز چنين است; به­ويژه آن­گاه كه حكم اوليه مزاحم اصل نظام باشد. مثال بارز آن, جواز كشتن مسلماناني است كه دشمن آنها را سپر خويش قرار داده است. اگرچه قتل مسلمان محقون­الدم به حكم اوليه حرام است, اصل نظام اسلامي در بينش فقهي اسلام جايگاهي بس والا دارد; به­گونه­اي كه واجبات و محرمات در برابر شعاع او درخششي ندارند. از اين­رو در تزاحم، به هيچ انگاشته مي شوند. حتي بالاتر از اين، امام معصوم (ع) هم براي حفظ نظام اسلامي فدا مي‌شود.**

**امام خميني (ره) حكومت را شعبه­اي از ولايت مطلقة پيامبر(ص) و يكي از احكام اوليه و مقدم بر تمام احكام فرعي، حتي نماز و روزه و حج مي­دانند. از نظر ايشان، حكومت مي‌تواند از حج كه از فرايض مهم است در مواقعي كه مخالف صلاح كشور است, موقتاً جلوگيري كند (خميني، ج 20: ص170).**

**باب تزاحم بر اساس مصالح و مفاسد موجود در زندگي بشر است و حدود و درجة آن مصالح را يا خود اسلام بيان كرده است و يا عقل به­طور قطع آن­را درك مي­كند كه در مسائل اجتماعي, بيشتر چنين است. بنابراين باب تزاحم باب تصادم مصالح و مفاسد است و بايد سنجشي از مصلحتها و مفسده­ها به عمل آيد و آنكه داراي مصلحت بيشتر يا مفسدة كمتري است, مقدم داشته شود.**

**استاد مطهري تزاحم را جنگ مصلحتها مي نامد و سنجش مصلحت را بر عهدة فقيه مي­داند. وي مي­گويد: «در اين باب فقيه مي­تواند فتوا بدهد كه از حكمي به خاطر حكمي مهم­تر دست بردارند. مجتهد مي­تواند يك حلال منصوص شرعي را به خاطر مفسده­اي كه عقلش كشف كرده, تحريم كند، واجبي را تحريم و يا حرامي را به حكم مصلحت لازم­تري كه تشخيص داده, واجب كند» (مطهري، ج 2: ص30).**

**بدين ترتيب, استاد شهيد در تزاحم احكام عقلي با احكام شرعي نيز معتقد به رعايت قاعدة اهم و مهم شده و در اين تزاحم, اولويت را به احكام عقلي كه مجتهد بر اساس مصالح جامعه و شرايط زمان كشف كرده مي‌دهد.**

**وي در جاي ديگر مي‌گويد: «هيچ فقيهي در اين كبراي كلي شك ندارد كه به خاطر مصلحت بزرگ­تر, اسلام بايد از مصلحت كوچك­تر دست برداشت و به خاطر مفسدة بزرگ­تري كه اسلام دچارش مي­شود، بايد مفسده­هاي كوچك­تر را متحمل شد. در اين مطلب احدي شك ندارد. اگر مي­بينيد به آن عمل نمي­شود, به اسلام مربوط نيست; يا به اين دليل است كه فقيه زمان, مصالح را تشخيص نمي­دهد، يا فقيه زمان خوب تشخيص مي­دهد, ولي از مردم مي­ترسد و جرأت نمي­كند كه باز هم تقصير اسلام نيست; فقيه شهامتي را كه بايد داشته باشد, ندارد. ولي حكم اسلام اين است. اسلام چنين راه درستي باز كرده است. پس اينها تغييرهايي است در داخل قوانين اسلام به حكم خود اسلام; نه تغييري كه ديگري بخواهد بدهد. نسخ نيست; تغيير قانون است به حكم قانون (همان: ص86).**

**بنابراين مجتهدان و كارشناسان حقوق اسلام، بايد با آگاهي از اوضاع زمان خود، اهم و مهم را از يكديگر باز شناسند و با قرباني كردن مهم به پاي اهم، بخشي از مشكلات و بن­بستهاي حقوقي را از ميان بردارند.**

**امام خميني (ره) معمار بزرگ انقلاب اسلامي در اين راستا، مجمع تشخيص مصلحت را بنيان نهادند تا به هنگام تزاحم مصلحتها و بن­بستهاي قانوني، با بررسي دقيق و همه جانبة موضوع، مصلحت اهم را تشخيص داده و از مصلحت مهم صرف­نظر كنند. ايشان در فرمان تشكيل مجمع تشخيص مصلحت نوشتند: «براي غايت احتياط, در صورتي كه بين مجلس شوراي اسلامي و شوراي نگهبان شرعاً و قانونا‌ً توافق حاصل نشد, مجمعي مركب از… براي تشخيص مصلحت نظام تشكيل گردد» (خميني، ج 20: ص176).**

**اين نهاد پرتوان از آن تاريخ تاكنون در تكاپوي حل مشكلات است و چه بسيار گره‌هاي قانوني كه به سرپنجة تدبير آن گشوده شده است.**

**ز) امكان كشف ملاك احكام و تعميم آن**

**قانون­گذار اسلام، بسياري از احكام خود \_ به جز عبادات \_ را معلّل كرده است. فقيهان برخي از آنها را علت و ملاك حكم دانسته و بر اساس آن به توسعه يا تضييق موضوع پرداخته‌اند و برخي ديگر را فايده و حكمت تلقي كرده­اند‌.**

**علت حكم، مناط حكم است; يعني آنچه كه شارع حكم را به آن منوط نموده و آن را علامت حكم قرار داده است (غزالي، 1995م: ص107). بنابراين علت حكم، مصلحت يا مفسده‌اي است كه در نفس حكم يا متعلّق آن نهفته است و موجب صدور احكام مي­شود و حكم داير مدار آن است.**

**اما حكمت، فايده‌اي است كه شارع از تشريع حكم در نظر داشته است, اعم از جلب منفعت يا دفع ضرر. حكمت، اماره و علامت حكم نبوده و حكم در وجود و عدم خود داير مدار آن نيست (حكيم، 1383ق: ص310). اين فوايد و نتايج بر حكم مترتب است و يا توقع آن از حكم مي‌رود. مصالحي است كه در اغلب موارد حكم وجود دارد. مانند عدم اختلاط مياه يا مشخص بودن نسب, نسبت به وجوب عده. ممكن است از ديد ما چيزي وسيله حصول همان فوايد باشد, اما شارع نخواسته است كه با هر وسيله­اي به آن دست يازد و همان طريق خاص براي او موضوعيت داشته باشد يا مانند امنيت و احترام اموال مردم كه منجر به وسعت معيشت جامعه شده و حكمت احكام و قواعدي نظير تسليط، لا ضرر و غيره است.**

**عملياتي كه براي كشف علت حكم صورت مي­گيرد, تنقيح مناط يا استكشاف ملاك نام دارد. اگر اين علت به صورت قطعي يا از طريق علم عادي به دست آيد, حجت بوده و قابل تعميم به موارد مشابه است.**

**بر اين اساس, هرگاه مجتهد به غايت اصلي حكم و علت ثبوتي آن از نظر شارع پي ببرد، يا به علامتي كه شارع براي حكم قرار داده آگاه شود و در نتيجه بداند كه موارد خاصي ماية جعل حكم شده يا علت و علامتي مخصوص با حكم ملازم گرديده است، نيز بداند كه اين مصلحت و غايت يا علت و علامت در موردي ديگر نيز تحقق دارد، مي­تواند حكم را تعميم دهد (رحيميان، 1374: ص186).**

**بي­گمان پاره­اي از ملاكات احكام از دسترس فهم و درك ما خارج است; ولي بعيد به نظر مي­رسد قانون­گذار حكيم در غير عبادات, راه فهم ملاك و علت را مسدود كرده باشد و انسان را از آگاهي از علل احكام براي هميشه ناتوان ديده باشد.**

**عقل مي­تواند ملاكات احكام را در بسياري از موارد احراز كند و تغيير زمان و مكان و شرايط، تأثير بسزايي در تغيير ملاكات احكام دارند (اندرسون، 1376: ص19). استاد مطهري نيز وارد كردن عقل را در حريم دين, يكي از عوامل بقا و تداوم دين در برخورد با تحولات زندگي مي­داند (مطهري، 1375: ص58).**

**حقوق اجتماعي بر پايه‌هاي عقل استوار شده و منافع آن دوشادوش مصالح و نيازمنديهاي جامعه و عادات اجتماعي در حركت است و وجود و عدم قانون داير مدار وجود و عدم علت آن است (محمصاني، 1346: ص306).**

**بنابراين كشف قطعي ملاك احكام و قوانين و تسرّي آن به موارد مشابه كه نوعي انعطاف را با خود به همراه دارد, يكي ديگر از مكانيسمهاي هماهنگي است كه مي­تواند شرايط مختلف را در خود هضم كند.**

**نتيجه**

**از آنچه گذشت, به اين نتيجه مي­رسيم كه نظام حقوقي اسلام به دليل برخورداري از مكانيسمهاي ‌هماهنگي، همواره مي‌تواند همگام با تحولات‌ و تطورات جامعة بشري در بستر زمان، پاسخ­گوي‌ نيازهاي جديد حيات فردي و اجتماعي انسان باشد. به­عنوان نمونه, پيدايش نظرات جديد فقهي ‌دربارة شبيه‌سازي (Human Cloning)، تلقيح ‌مصنوعي(Artificial Fertilization)، اجارة رحم، مرگ از روي ترحم يا يوتانازي (Euthanasia)، مرگ مغزي(Brain death)، تغيير جنسيت، پيوند اعضا، پيوند عضو پس از قصاص، تشريح(Anatomy)، خريد و فروش با كارتهاي اعتباري، بيمه(insurance)، مسابقات رزمي و ورزشي جديد، كنترل جمعيت، تساوي ديه اهل كتاب با مسلمانان، چگونگي انجام فرايض در سير هوايي و فضايي، موسيقي و … نتيجة كاركرد عوامل پيش­گفته در جهت هماهنگي حقوق اسلام با پيشرفت تمدن و تكنولوژي است.**

**نكتة مهمي كه نبايد از نظر دور داشت, آن است كه منظور از تحول قوانين اسلامي در اثر تحول شرايط زماني و مكاني، دگرگون­سازي فقه و حقوق اسلام و ذوب كردن آن در برابر رويدادها نيست, به صورتي كه شريعت اسلام را در هر زماني مطابق مقتضيات و پيشرفت آنها خاضع و تسليم سازيم تا آن شرايط, محور و پايه­هاي صدور احكام واقع شوند و قوانين و احكام اسلامي بر مدار آنها بچرخد. بنابراين موضوعي مانند اختلاط زن و مرد, بدون رعايت موازين شرعي كه در زمان تشريع حرام بوده، تحولات زمان در آن تأثيري ندارد; زيرا حلال و حرام شرع روي موضوع خود تا قيامت حلال و حرام­اند; «حلال محمد حلال الي يوم القيامة و حرامه حرام الي يوم القيامة» (كليني، ج 1: ص58).**

**منابع**

**1\_ ابن سينا، شفا، با تعليقات صدرالمتالهين شيرازي، انتشارت بيدار، بي تا.**

**2\_ اقبال لاهوري، محمد، احياي فكر ديني در اسلام، ترجمة احمد آرام، تهران، كانون نشر پژوهشهاي اسلامي، 1356.**

**3\_ اندرسون، نورمن، تحولات حقوقي جهان اسلام، ترجمة فخرالدين اصغري، جليل قنواتي و مصطفي فضايلي،چ اول، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي، قم، 1376.**

**4\_ تيموري، ابراهيم، تحريم تنباكو، چ سوم ، شركت سهامي كتابهاي جيبي، تهران، 1361.**

**5\_ جعفري لنگرودي، محمد جعفر، مكتبهاي حقوقي در حقوق اسلام، چ دوم، انتشارات گنج دانش، تهران، 1370.**

**6\_ جناتي، محمد ابراهيم، ادوار اجتهاد، چ اول، انتشارات كيهان، تهران، 1372.**

**7\_ حكيم، محمدتقي، الاصول العامه للفقه المقارن، دارالاندلس، نجف، 1383ق.**

**8\_ حلي (علامه)، حسن بن يوسف، كشف المراد في شرح تجريد الاعتقاد، تصحيح و تعليق حسن حسن زاده آملي، چ پنجم ، موسسة نشر اسلامي، قم، 1415 ق.**

**9\_ حلّي، حسين، بحوث فقهيه، چ چهارم، موسسة منار، نجف، 1415.**

**10\_ حكيمي، محمد رضا، مجلة آينه پژوهش، سال دوم. شمارة چهارم. آذر و دي 1370، صص 74-65.**

**11\_ خميني (ره) ، روح الله ، مكاسب، چاپخانه اطلاعات ، تبريز، 1375 ق .**

**12\_ \_\_\_\_ ، ولايت فقيه، چ اول، مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام خميني (ره) ، تهران، 1373.**

**13\_ \_\_\_\_ ، صحيفة نور، چ اول، انتشارات سازمان مدارك فرهنگي انقلاب اسلامي ، تهران، 1369.**

**14\_ داويد، رنه، نظامهاي بزرگ حقوقي معاصر، ترجمة دكتر حسين صفايي و دكتر محمد آشوري و دكتر عزت اله عراقي، تهران، مركز نشر دانشگاهي، چ دوم، 1369.**

**15\_ رجحان، سعيد، فتوا و مكانيسم آن، چ اول، انتشارات حوزه هنري سازمان تبليغات اسلامي، تهران، 1378.**

**16\_ رحيميان، سعيد، مقالة «شيوة اكتشاف ملاك و نقش آن در تغيير احكام»، مجلة نقد و نظر، سال دوم، شماره پنجم، زمستان 1374، صص 205-182.**

**17\_ صالح، صبحي، نهج البلاغه، انتشارات هجرت، قم، 1395 ق .**

**18\_ صدر, محمد باقر، اقتصادنا، چ بيستم، دارالتعارف للمطبوعات، بيروت، 1987 ميلادي .**

**19\_ \_\_\_\_ ، الفتاوي الواضحه، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، بي تا.**

**20\_ طباطبائي‌يزدي، سيدمحمدكاظم، العروه الوثقي، چ اول،دارالاسلاميه، بيروت،1410ق.**

**21\_ طباطبائي، علامه سيد محمد حسين، بررسيهاي اسلامي، به كوشش سيد هادي خسروشاهي، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي، قم، بي تا.**

**22\_ \_\_\_\_ ، مجموعه مقالات، بكوشش هادي خسرو شاهي، چ اول، دفتر نشر فرهنگ اسلامي ، تهران، 1371.**

**23\_ \_\_\_\_ و ديگران، مرجعيت و روحانيت، شركت سهامي انتشار ، تهران، بي تا .**

**24\_ عوده، عبد القادر، التشريع الجنايي الاسلامي في المذاهب الخمسه مقارناً بالقانون الوضعي، تعليق اسماعيل صدر، موسسه البعثه، تهران، 1402 ق .**

**25\_ غزالي، محمد، المستصفي،‌ چ اول، دار صادر، بيروت، 1995 م.**

**26\_ قمي، ابن بابويه (شيخ صدوق) ، من لايحضره الفقيه، چ دوم، مؤسسة نشر اسلامي، قم ، 1363 .**

**27\_ كليني، محمد بن يعقوب، فروع كافي، تصحيح و تعليق علي اكبر غفاري، چ سوم، دار الكتب الاسلاميه، تهران،، 1367.**

**28\_ ­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­\_\_\_\_ ، اصول كافي، تصحيح علي اكبر غفاري، چ چهارم، دار الكتب الاسلاميه، ، تهران، 1365.**

**29\_ محمصاني، صبحي رجب، فلسفة قانون­گذاري در اسلام، ترجمة اسماعيل گلستاني، تبريز، انتشارات اميد يزداني با همكاري انتشارات فرانكلين ، چ اول، 1346.**

**30\_ مغنيه، محمد جواد، الاسلام بنظرة عصريه، چ چهارم، دار التيار الجديد و دار الجواد، بيروت، 1411 ق .**

**31\_ مطهري، مرتضي، نظام حقوق زن در اسلام، چ پانزدهم، انتشارات صدرا، تهران، 1370.**

**32\_ \_\_\_\_، اسلام و مقتضيات زمان، چ ششم، انتشارات صدرا، تهران, 1374.**

**33\_ \_\_\_\_ ، ختم نبوت، چ دهم، انتشارات صدرا، تهران، 1375.**

**34\_ مهريزي، مهدي، فقه پژوهي، چ اول، انتشارات وزارت ارشاد، تهران، 1379.**

**35\_ نائيني، محمدحسين، تنبيه الامه و تنزيه الملّه، چ پنجم، شركت سهامي انتشار، تهران، 1358.**

**پي نوشت:**

**1-دانشجوي دكتري فقه و مباني حقوق دانشگاه تهران .**

**2\_ براي ديدن نمونه‌هاي ديگري از احكام حكومتي, رك: استادي، رضا، «ده فتواي مذهبي و سياسي»، مجله نور علم، ‌شماره 5، دورة دوم و رحماني، محمد، «منطقه الفراغ» مجله نقد و نظر، سال دوم، شماره 5، 1374.**

**3\_ از جمله آيات 173 بقره، 119 و 145 انعام، 3 مائده و 115 نحل.**