

فقه و قانون و منطقة الفراغها

دکتر عوض محمد عوض^۱

ترجمه: سیدمرتضی حسینی فاضل^۲

چکیده

یکی از چالش‌های نظام‌های حقوقی معاصر وجود منطقه الفراغ و کافی نبودن نصوص قانونی برای پوشش دادن همه رویدادهای زندگی بشری است. مقاله پیش رو پس از تبیین اصطلاح منطقه الفراغ و دلالت آن و همچنین مقایسه نظام حقوقی اسلام با دیگر نظام‌های حقوقی کوشیده اثبات کند که نظام‌های حقوقی معاصر به دلیل محدود بودن منابع قانون‌گذاری در آنها، با چالشی اساسی روبرو هستند. حال آنکه نظام حقوقی اسلام به عنوان یک نظام مترقی و به دلیل برخورداری از منابع فرابشری قوانین خود و نیز انعطاف پذیری این منابع در رویارویی با تحولات و وقایع نوپیدا هرگز با چالش منطقه الفراغ مواجه نمی‌شود. هرچند در پایان، ضرورت توجه فقیهان به تدوین احکام فقهی متناسب با رویدادهای ناشی از پیشرفت‌های علمی بشر را یادآور شده است.

واژگان کلیدی: فقه، قانون، منطقه الفراغ، نظام حقوقی، قانون‌گذاری، اسلام.

۱. استاد دانشکده حقوق دانشگاه اسکندریه مصر.

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه مذاهب اسلامی.

اول: فقه و قانون ملازم یکدیگر هستند. هریک مستلزم دیگری است. با این تفاوت که قانون زودتر از فقه شکل گرفته است. قانون - مرجع آن هرچه باشد - عبارت است از خطاب نهاد قانون گذار نسبت به افراد مکلف در رابطه با افعال آنان؛ به گونه ای که در صورت مخالفت ورزیدن با امر و نهی این قدرت، مجازات می بینند. بنابراین قاعده حقوقی از دو بخش تشکیل می شود: تکلیف و مجازات.

رفتار انسان - چه مثبت و چه منفی - موضوع تکلیف است. چه بسا که افراد یک گروه بایکدیگر توافق کنند که یک رفتار مشخص [الگوی رفتاری معین]، میان آنان واجب و الزامی شود. در نتیجه مرجع این قاعده عرف می باشد. همچنین در صورتی که یکی از نهادهای حکومتی الگویی رفتاری را تعیین کند، مرجع آن قاعده قانون گذاری وضعی می باشد. همچنان که اگر دستور انجام دادن و یا ترک رفتاری از طرف خدا باشد، مرجع آن قاعده، دین است. قوانین عرفی طبیعتاً نانوشته هستند. اما قواعد قانون گذاری وضعی و نیز قواعد دینی به صورت متن تدوین شده هستند.

در دوران معاصر پدیده دخالت حکومت در ساماندهی روابط اجتماعی میان افراد از طریق قانون گذاری گسترش یافته است. در نتیجه، هستیم. گستره قوانین عرفی در سطح وسیعی محدود شده است. بلکه حکومت های نوین - و حتی حکومت های اسلامی - در صدد اجرای شیوه ای هستند تا بیشتر قوانین عرفی و حتی قوانین دینی را به صورت قوانین مدون و مکتوب درآوردند. این کار ممکن است به یکی از دلایل زیر انجام شود: ثبت و ضبط قوانین عرفی؛ آسان کردن آگاهی از آنها؛ پایان دادن به اختلافات برآمده از این قوانین و یا کنارگذاشتن برخی از این قوانین و روی آوردن به برخی دیگر به دلیل مصلحتی مشخص. البته دادن شکل تشریحی و تقنینی به آنها موجب استحاله این قوانین و یا تغییر طبیعت و نیز تغییر ضوابط تفسیر آنها نمی شود.

بی تردید عرضه کردن قوانین به شکل مجموعه ای مدون و مکتوب امتیاز بزرگی به شمار می رود. زیرا امکان ارائه یک قانون با دقت، وضوح، شمول گرایی و نیز اختصار فراهم می شود.

به دلیل لزوم سرعت در فهم حکم و پرهیز از ابهام در آن که می تواند به طولانی شدن بحث

بیانجامد، لازم است اختصار قوانین مدّ نظر قرار گیرند. منظور از اختصار کم حجم بودن نصوص قانونی و نیز کوتاه بودن الفاظ هر نصّ می‌باشد. اختصار زمانی محقق می‌گردد که ما کمترین لفظ را برای تبیین [دقیق و کامل] منظور خویش به کاربریم. بنابراین ادبیات متون قانون به ما اجازه نمی‌دهد از آرایه‌های ادبی و نیز واژگان مترادف استفاده کنیم. در همین حال شایان توجه است که اهتمام فراوان به رعایت اختصار نباید به اندازه‌ای باشد که متن به شکل معما در آید. چه در این صورت نصوص قانونی شرط وضوح یا شمول‌گرایی خود را از دست می‌دهند. اگر اختصار با مؤلفه‌های وضوح یا شمول‌گرایی دچار تعارض شوند، باید از شرط اختصار چشم‌پوشی کنیم. زیرا رعایت اختصار مؤلفه‌ای است که بودنش موجب زیباتر شدن متن می‌شود. اما مؤلفه‌های دیگر ضروری هستند. آیات قرآن کریم الگوی مناسبی برای این بحث به شمار می‌روند. می‌بینیم که آیات مربوط به دین و بدهکاری، ارث و امور حرام مانند ملاعنه و امور مربوط به زنان در مقایسه با احکام دیگر قرآن کریم، طولانی‌تر هستند. [با این که همه از جهت رعایت اختصار در یک سطح نیستند] اما همگی از دقت و وضوح و بلاغت برخوردارند.

دوم: سنت قانون‌گذاری‌های معاصر بر این است که مجموعه‌ای از نصوص مربوط به فرعی از فروع حقوقی جمع‌آوری می‌شوند و یا اینکه مجموعه‌ای از مسائل همگون در قالب یک سند ارائه می‌گردند که به قانون‌گذاری معروف است و کاری نیکو و شایسته است. زیرا معمولاً نصوص قانونی خاص این فروع حقوقی یا مسائل مربوط به یک موضوع به طور طبیعی به حدی از وفور می‌رسند که تعارض میان این نصوص اجتناب‌ناپذیر است. اما جمع‌آوری و چیدن آنها در کنار هم و در قالب سندی واحد کمک می‌کند تا میان قوانین هماهنگی برقرار شود و تناقض‌ها یا تعارض‌های احتمالی برطرف گردند. همچنان که کوتاهی [و یا نقص] برخی از قوانین این مجموعه به کمک قوانین دیگر همین مجموعه از بین می‌رود. همچنین با این کار آگاهی از قوانین مربوط به یک حوزه حقوقی مشخص و نیز مراجعه به آنها آسان می‌شود. هرچند چنین ایده‌ای در غرب، کاری نوین قلمداد می‌شود و از غرب به قوانین کشورهای اسلامی سرایت کرده است، اما همین ایده برای فقه اسلامی

تازگی ندارد. زیرا گذشته از انگیزه ای که برای این کار وجود داشته، ما این شیوه را در آنچه که از آن به «متون» فقهی یاد می‌شود، مشاهده می‌کنیم. انگیزه و هدف فقیهان از این کار متفاوت بوده است. برخی فقیهان مذاهب احکام مذهب فقهی خود را به شکل بسیار کوتاه و فشرده تدوین می‌کردند که گاه همین کار موجب می‌شد متن به شکل معماگونه درآید و حتی گاه ساختار درست زبانی متداول میان اهل آن زبان را از دست می‌داده است. هدف آنان از این کار آسان کردن حفظ این متون برای فراگیران آن مذهب فقهی بوده است تا پس از آن خودشان به شروح یا حواشی این متون به کتب مبسوط آن مذهب مراجعه کنند.

سوم: فقه^۱ عبارت است از آگاهی از احکام قانون برگرفته شده از مجموعه نصوص قانون – چه نصوص موضوعه و چه شرعی – و نیز آگاهی از اصول استدلال و استنباط این احکام. از آنجا که موضوع فقه عبارت است از نصوص، بنابراین، ضرورتاً نصوص قانون پیش از فقه به وجود آمده‌اند. چراکه نمی‌توان تصور کرد فقه در خلأ عمل کند. بلکه حیات فقه به قانون بسته است.

در فقه اصل این است که احکامی را ایجاد نمی‌کند، مگر از روی مجاز. بلکه فقه بر اساس این احکام استدلال می‌کند و یا از نصوص استنباط می‌کند. ایجاد احکام به نهاد قانون‌گذار واگذار شده است. آن احکامی که در فقه به دست می‌آیند یا به طور مستقیم برگرفته از یک نص هستند و یا اینکه برپایه یک نص به دست آمده‌اند. به همین دلیل باید گفت این سخن که سرچشمه مضامین و محتوای قانون از فقه است، سخن دقیقی نیست. مگر اینکه منظور از قانون در این عبارت، قوانین موضوعه باشد و منظور از فقه، فقه شرعی باشد. همچنین منظور از اینکه فقه سرچشمه قوانین است، می‌تواند این باشد که تدوین نصوص حقوق موضوعه طبق آرای فقهای شریعت اسلام باشد که طبق

۱. لازم به یادآوری است که در زبان فارسی، هرگاه واژه فقه به کار می‌رود، فقط به معنای اصطلاحی شرعی آن مدنظر است که عبارت است از علم به احکام شرعی. اما در زبان عربی، فقه به معنای داشتن آگاهی ژرف به دانش‌های مختلف از جمله حقوق. به همین دلیل نویسنده تعریفی که ارائه می‌دهد، مبتنی بر فهم و برداشت مخاطبان عرب زبان بوده است. (مترجم)

مذهب خود فتوا داده اند و ولی امر [حاکم] از میان آرای فقیهان اسلام، طبق شرایط زمان و مکان مناسب ترین رأی را بر می‌گزیند. در نتیجه این تنها احتمالی است که از عبارت تقنین فقه می‌توان برداشت کرد.

چهارم: فقیهان شریعت اسلامی در زمینه فقه تبحر کافی داشته و از قرن‌ها پیش نبوغی را از خود نشان داده‌اند که شگفتی و حیرت همگان را به همراه داشته است. آنان گام‌هایی در فقه اسلامی برداشته‌اند که حقوقدانان در زمینه قانون تا به امروز نتوانسته‌اند چنین کنند. فقها دانشی را ابداع کرده‌اند که در هیچ شریعت دیگری مانند ندارد. این دانش عبارت است از علم اصول فقه. البته این ابداع و نوآوری فقیهان یک ورزش فکری صرف نبوده است. بلکه آنان در پاسخ به نیاز عملی موجود دست به چنین ابداعی زده‌اند. نیازی که برای دیگران هرگز در این سطح مطرح نبوده است. این نیاز پس از رحلت رسول گرامی اسلام و پایان رسیدن وحی رخ نمود. زیرا در زمان حیات رسول خدا آن حضرت مرجع قانون [شریعت] بودند. یا از این جهت که او از سوی پروردگارش قرآنی را برای مردم آورده بود و یا از این جهت که سنت ایشان لازم‌الاتباع بود. رحلت ایشان به معنای پایان یافتن این نصوص بود و رویدادهای نیازمند حکم شرعی در زندگی بشر نیز پایان ناپذیر. اما در همین حال خداوند دین را برای مسلمانان کامل و نعمت را بر آنان تمام کرده^۱ و همچنین در قرآن کریم به مسلمانان اعلام کرد که قرآن را که تبیان هر چیز است نازل نموده^۲ و از چیزی فروگذار نکرده است، در نتیجه صحابه و پس از آنان فقیهان آگاه درک کردند که آنچه بر پیامبر نازل شده، از جمله، آیات قرآن و نیز قول، فعل و تقریر پیامبر با به کاربردن ابزار عقل برای استنباط حکم شرعی کافی هستند و برای هر رویداد نوپیدا در زندگی بشر می‌توان حکم را از همین منابع استخراج نمود. از همین جا بود

۱. الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا (امروز، دین شما را کامل کردم؛

و نعمت خود را بر شما تمام نمودم؛ و اسلام را به عنوان آیین (جاودان) شما پذیرفتم) (مائده: ۳)

۲. نَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِكُلِّ شَيْءٍ (و ما این کتاب را بر تو نازل کردیم که بیانگر همه چیز است.) (نحل:

که دانش اصول فقه پیدا شد تا چنان که در گذشته نیز گفتیم به نیازی عملی پاسخ دهد نه برای یک ورزش فکری صرف. رفته رفته مفهوم فقه نزد علمای شریعت گسترش یافت، به گونه‌ای که علم به احکام شرعی عملی از طریق ادله تفصیلی آن علمی جداگانه و مستقل شد که همان علم فقه به معنای دقیق آن است. اصول استدلال و شیوه استنباط نیز دانشی دیگر شد که معروف به اصول فقه می‌باشد. فقیهان شریعت قدرت لغوی و منطقی خود را با تبحر به کار گرفتند و در استنباط احکام شرعی دو شیوه را اتخاذ کردند که اکنون نیز حقوقدانان در تفسیر قوانین از آن استفاده می‌کنند. این دو شیوه عبارتند از تفسیر لفظی و تفسیر غایی یا منطقی. فقهای شریعت در این عرصه چه در تحلیل الفاظ نصوص و چه در جستجوی مقاصد شریعت گام‌های بسیار بلندی را برداشته‌اند.

دانشمندان اصول فقه با ژرف بخشی به بحث مقاصد شریعت و تحول در آن، این مبحث را در سطح دانشی مستقل و جداگانه ارتقا بخشیدند.

منطقة الفراغ در فقه و مسؤلیت قانون گذار در قبال آن

پنجم: پیش از پرداختن به این مسأله شایسته است واژه «فراغ» واکاوی شود. منظور از فراغ، این نیست که یک نظام حقوقی در برخی رویدادها فاقد حکم است. زیرا هر نظام حقوقی - چه موضوعه و چه اسلامی - برای هر رویدادی حکمی مشخص دارد. موضع نظام‌های حقوقی در برابر افعال مخاطبان به معنای حکم به قانونی بودن و یا قانونی نبودن آن فعل قلمداد نمی‌شود. قاعده این است که هر فعلی که در قانون برای آن - برای همان فعل یا جنس آن فعل - نصی دال بر منع آن وجود ندارد، آن فعل مشروع و قانونی یعنی مباح است. فقیهان با تفصیل بیشتر می‌گویند که احکام قانون - در شریعت اسلامی - به پنج نوع واجب، حرام، مستحب، مکروه و مباح تقسیم می‌شوند.

بر این اساس هیچ فعلی - یا هیچ وضعیتی و رویدادی - نمی‌تواند از دایره این پنج نوع حکم بیرون باشد. بنابراین فراغ بودن یک نظام قانونی از یک حکم به معنای فاقد حکم بودن آن نظام قانونی هرگز مدّ نظر نمی‌باشد. بلکه منظور از فراغ و خالی بودن در حقیقت نبود نصّ خاصی است که تبیین‌کننده تفصیلی حکم در خصوص یک فعل و یا رویداد مشخص است. فراغ به این معنا هم در

نظام های حقوقی موضوعه و هم در شریعت اسلامی قابل تصور و بلکه رخ داده است و در جهان خارج نیز موجود است.

ششم: در اینجا باید یادآور شویم که نسبت دادن فراغ به فقه [به معنای پیش گفته] نیازمند دقت است. زیرا همچنان که پیش تر نیز گفتیم، فقه ایجاد کننده حکم نیست، بلکه کاشف حکم و ارشاد کننده به سوی حکم است و این همان نقشی ذاتی است که فقه [به معنای پیش گفته] به عهده دارد. بنابراین اگر فراغ نیز وجود دارد، آنرا باید به نهاد قانون گذار نسبت داد نه به فقه. با این حال مجازاً انتساب فراغ به فقه را می پذیریم. چراکه وقتی برای استنباط حکم در یک رویداد مشخص به فقه متوسل می شویم فقه از دادن حکم در آن زمینه خودداری می کند. این نیز یا به دلیل وجود کاستی و قصور در تشریح و قانون گذاری است و یا به دلیل ناتوانی امکانات فقیه [حقوق دان] است.

هفتم: همچنین توجه به این نکته نیز شایسته است که فراغ در قانون گذاری هیچ گاه به معنای صدور مجوز برای قاضی نیست تا در یک رویداد مشخص دست از داوری و صدور حکم بکشد و به این بهانه که نصی در این زمینه وجود ندارد، به طرفین دعوا (خواهان و خوانده) پشت کند. زیرا وجود فراغ به این معنا نیست که حکمی برای این رویداد وجود ندارد. چراکه برای هر رویدادی حکم وجود دارد. قاضی باید کوشش کند تا آنرا بیابد و در آن رویداد به کارگیرد. بلکه باید گفت قوانین موضوعه قاضی ای را که - به دلیل چنین وضعیتی - از صدور حکم خودداری کند، مجرم می شناسد [و برایش مجازات تعیین کرده است].

هشتم: از آنجا که قوانین موضوعه حاصل عقل و خرد انسان است و عقل انسان ها نیز توان رسیدن به کمال را ندارند، طبیعی است که آن احکام وضع شده از سوی انسان ها از کمال برخوردار نیستند. در نتیجه قصور و کاستی در این قوانین و احکام وجود دارد و به دنبال آن اجتناب از آنها لازم است. به همین دلیل است که بیشتر نظام های قانون گذاری در برخی قانون گذاری های بنیادین خود می کوشند تا قاضی را راهنمایی کنند که در صورت نبود نص قانونی برای یک رویداد، چگونه حکم را یافته و صادر کند. به همین دلیل می بینیم که برای جستجوی حکم، قاضی را به یک یا چند منبع

دیگر ارجاع می‌دهند تا حکم را از آن استخراج کند و زمینه فرار قاضی از خاتمه دادن به یک پرونده قضایی از بین برود و قاضی نتواند نزاع میان اطراف دعوا را تمام نشده رها کند. به عنوان نمونه در قانون مدنی مصر می‌بینیم که در ماده اول تصریح می‌کند که نصوص قانون به همه مسائلی که در الفاظ نصوص به آنها پرداخته شده و یا در فحوای این نصوص هست، تسری دارند. بنابر این اگر نص قانونی ای نباشد که بتوان آنرا به اجرا درآورد، قاضی به اقتضای عرف حکم می‌دهد. اگر آن نیز وجود نداشت، به اقتضای مبانی شریعت اسلام حکم صادر می‌کند. اگر آن نیز یافت نشد به اقتضای قانون طبیعی و قواعد عدالت حکم می‌دهد.

نمونه دیگر آن قوانین کویت است؛ ماده اول قانون مدنی این کشور تصریح کرده که نصوص قانون به همه مسائلی که منطوق و یا فحوای این نصوص آنها را در بر می‌گیرد، تسری می‌یابد. بنابراین اگر نص قانونی وجود نداشت، قاضی به مقتضای عرف حکم صادر می‌کند. اگر قانون عرفی وجود نداشت، قاضی با الهام از آن دسته از احکام فقهی ای که با شرایط و مصالح کشور سازگاری بیشتری دارند، اجتهاد به رأی می‌کند [و حکم صادر می‌کند].

ماده اول قانون مدنی امارات متحده عربی با تفصیل بیشتر به این مسأله پرداخته است. این قانون تصریح دارد که: «نصوص قانونی به همه مسائلی که لفظ یا فحوای این نصوص آنها را در بر می‌گیرد، تسری می‌یابد. در جایی که نص با دلالت قطعی وجود دارد، اجتهاد جایز نیست. اگر قاضی در این قانون نصی نیابد، به اقتضای شریعت اسلام حکم صادر می‌کند. البته باید بهترین راهکار را بر پایه مذهب امام مالک و امام احمد بن حنبل برگزیند. در صورت نبود چنین حکمی، از مذهب شافعی و امام ابوحنیفه و به اقتضای مصلحت حکم صادر می‌کند. در صورتی که حکمی نیابد، قاضی به اقتضای عرف حکم صادر می‌کند، به این شرط که این حکم عرفی مخالف نظم عمومی و آداب [اجتماعی] نباشد.»

مشاهده می‌شود که این نصوص همه در قوانین مدنی ذکر شده‌اند. اما در قوانین دیگر و یا مباحث دیگر قانون [مانند قانون تجارت] تکرار نشده‌اند. چه بسا که از باب قیاس بتوان این نصوص را به معاملات تجاری نیز تسری داد. اما تسری آن به خارج از این گستره ممکن نیست. هرچه

دستگاه قضایی در زمینه تفسیر قوانین بکوشد و شیوه‌های مختلف لغوی و منطقی را نیز به کار بندد، باز قابل تصور است - و بلکه تحقق می‌یابد - که در عرصه قانون گذاری منطقه‌الفرایه‌هایی وجود داشته باشد. زیرا طبیعی است که نصوص محدود هستند ولی رویدادهای زندگی پایان ناپذیر. شاید انقلاب شگرفی که در زمینه صنایع، ارتباطات و حمل و نقل در دهه های پایانی قرن گذشته و دو دهه اول قرن کنونی رخ داده، بهترین گواه برای عقب ماندگی قوانین در کشورهای مختلف و ناتوانی آنها از همگامی با تحولات بزرگ روی داده در زندگی بشری باشد. البته نظام‌های حقوقی موضوعه با این حال می‌توانند با وضع قوانین مناسب، با این تحولات کنش روبه‌رو شوند.

نهم: ممکن است به ذهن برخی خطور کند که شاید نظام‌های حقوقی موضوعه با وضع قوانین مناسب و دخالت نهادهای متخصص و کارشناس بتوانند با تحولات روز افزون و وسیع زندگی بشری رویارو می‌شوند اما این امر در مورد نظام حقوقی اسلام ناممکن می‌نماید. زیرا نظام حقوقی اسلام محکوم به نصوصی است که برای ساماندهی به زندگی جامعه‌ای مشخص و با سطح تمدنی مشخص وضع شده‌اند. طبیعت دینی این قوانین به گونه‌ای است که ویژگی ثبات و انعطاف ناپذیری و دوام را برای آنها رقم زده است. در نتیجه زبردستی و تبحر در تفسیر و تأویل قوانین اسلام در هر سطحی که باشد، نمی‌تواند برای رویدادهایی که مردم با آنها روبرو هستند، راهکار ارائه نماید. و این امر موجب این پندار می‌شود که نظام اسلام از رویارویی با تحولات و دگرگونی‌ها ناتوان است و قادر به وضع احکامی نیست که بتواند زندگی مردم را آسان کند و در همین حال اصول ثابت آنان را خدشه دار نکند.

در حالی که این پنداری بی پایه است. زیرا فقیهان اسلام در کنار علم فقه به معنای دقیق آن، علم اصول فقه را به وجود آورده‌اند. اصول فقه علمی است که با توجه به موضوعاتش معادل آن نزد حقوقدانان وجود ندارد. زیرا این علم فراتر از این است که به احکام شرعی علم پیدا کنیم. بلکه به دنبال آگاهی ژرف از ادله احکام شرعی و نیز شیوه‌های استنباط احکام می‌باشد. ادله احکام شرعی بسیار گسترده تر از منابع قوانین موضوعه است. زیرا منبع اصلی و کلی قوانین موضوعه، قانون گذاری

است. هرچند دین و عرف نیز به طور محدود و در عرصه های مشخص در قوانین موضوعه مطرح هستند. حال آنکه در شریعت اسلام هرچند اصل این است که قرآن منبع اصلی احکام است، اما قرآن تنها منبع احکام به شمار نمی رود بلکه علاوه بر آن ادله اصلی دیگری نیز مطرح هستند که عبارتند از سنت و اجماع و نیز منابع یا ادله فرعی و احتیاطی دیگر نیز هستند که از جمله آنها قیاس، عرف، مصالح مرسله، استصحاب، استحسان و سد ذرایع می باشند. به همین دلیل همه اتفاق نظر دارند که نصوص قرآن دربرگیرنده همه احکام شریعت اسلام نیست. حدیث معاذ بن جبل در این زمینه نیز مشهور است که رسول خدا ایشان را به یمن اعزام کرد. آن حضرت از وی پرسید: با چه قضاوت و حکم می کنی؟ پاسخ داد: با کتاب خداوند، آن حضرت پرسید: اگر در قرآن [حکمی را] نیافتی، چه؟ پاسخ داد: با سنت رسول خدا. آن حضرت پرسید: اگر آن را نیافتی؟ پاسخ داد: اجتهاد به رأی می کنم و [در این اجتهاد خود همه سعی خویش را به کار می بندم] و کوتاهی نمی کنم. معاذ در ادامه می گوید: رسول خدا [دستش را] بر سینه ام زد و فرمود: خداوند را سپاس که فرستاده رسول خدا را موفق گردانید به آنچه موجب خرسندی رسول خدا می باشد، عمل کند.

دهم: نمی توان به صرف اینکه الفاظ نصوص به صراحت درباره یک رویداد نیستند [و حکم آنرا به صراحت بیان نکرده اند]، گفت که این نص فاقد حکم مربوط به این رویداد است و باید برای یافتن حکم این رویداد به منابع دیگر قانون مراجعه کرد. زیرا علمای اصول درباره دلالت نصوص بر احکام بحث های دقیقی مطرح کرده اند و در این باره آثار بسیار دقیق [و عمیقی] را تألیف کرده اند.

شیخ احمد ابراهیم در کتاب خود با عنوان «علم اصول الفقه» می نویسد: «از آنجا که نصوص شرعی مجموعه ای از جمله های عربی است که مفردات و ترکیب آنها دربردارنده معانی هستند، این نصوص در منطوق خود حاوی دلالت هایی هستند. ممکن است علاوه بر آن در غیر منطوق نیز دلالت داشته باشند و موافق و یا مخالف با آن چیزی باشد که از عبارات آن منطوق فهمیده می شود. [که به اصطلاح اصولیون «مفهوم» نامیده می شود.] چه بسا که شارع از این جهت حکمی را بیان نکرده که آن حکم لزوماً از همان نص و به مجرد فهم و درنگ کوتاه در آن فهمیده می شود. دلیل این امر نیز این است که به ما یادآور شود که نباید شتابزده حکم دهیم که این نص درباره این

رویداد حکمی را بیان نکرده است.»

یازدهم: هر چند احکام قرآن و بسیاری از احکام موجود در سنت، منصوص هستند و تصور می‌شود که پوشش دهنده رویدادهای در حال تحول و روزافزون زندگی بشر نیست، اما این امر به این معنا نیست که نظام اسلام با رویدادها و وضعیت‌هایی روبرو می‌شود که درباره آنها دچار فراغ [و نقصان] قانون گذاری است. این سخن دو دلیل دارد:

دلیل اول: ادله منصوص فراتر از مجموعه‌ای از احکام جزئی هستند و قواعدی کلی را نیز در بر می‌گیرند. به دیگر سخن این ادله مبانی عامی را بیان می‌کنند که آنرا می‌توان بر رویدادهای مختلف جزئی تطبیق داد. [و این رویدادها همگی مصداق‌های آن نص کلی هستند.] حاکم و ولی امر نیز هرگاه که اقتضا کند می‌تواند به واسطه این ادله منصوص کلی و عام، به تشریح و قانون گذاری مبادرت نماید. البته نه به این معنا که ابتدا به ساکن در مقام صدور حکم است. بلکه از این جهت که او در مقام تطبیق اصلی کلی بر مصداق آن است.

دلیل دوم: ادله غیر منصوص نیز آنچنان گسترده و با انعطاف هستند که می‌توانند هر رویداد نوپیدای زندگی بشر را پوشش دهند و احکامی را برای آنها بیان کنند که حیات انسان را آسان و مصالح بشر را محقق سازد و در همین حال اصول ثابت و مسلم دینشان را خدشه‌دار نکند. کتاب‌های فقهی و اصولی در بردارنده صدها حکم شرعی و دهها قاعده فقهی و نیز موارد تطبیق داده شده با این قواعد هستند که همگی بر ادله مصالح مرسله، سد ذرایع و استصحاب مبتنی هستند.

به همین دلیل می‌بینیم که منابع احکام در شریعت اسلامی بسیار گسترده‌تر از منابع حقوق موضوعه است. چراکه قانون گذاری با نص، بر حقوق موضوعه سایه افکنده و تنها راه تصویب احکام در قوانین موضوعه به شمار می‌رود. به گونه‌ای که اگر نصی از نصوص قانون به طور مستقیم حکمی را بیان نکند، امکان بیان حکم وجود ندارد، مگر اینکه قانون گذار خود مداخله کند و حکمی را برای آن بیان کند. حال آنکه چنان که گفتیم در شریعت اسلام برخلاف این رویه اتفاق می‌افتد. در شرع اسلام اگرچه نص در صدر قرار دارد، اما همین نص انسان را به منابع دیگری رهنمون می‌سازد که

تولید کننده احکام هستند و برای هر امر نوپیدایی حکم آنرا بیان می کنند. این منابع چنان فراوان هستند که به سختی می توان رویدادی را برشمرد که در منابع شریعت اسلام نتوان حکمی منطبق بر آن را یافت. اینگونه نیست که احکام یادشده در شریعت اسلام - که برگرفته از الفاظ نص نیستند - الزام آور نباشند و برای الزام آنها به دستوری از ولی امر و حاکم نیاز باشد. بلکه این احکام نیز همچون احکام منصوص الزام آور هستند. اگر در مواردی نیز مداخله ولی امر نیاز می شود، این امر برای انشای حکمی نیست. بلکه برای پایان دادن به اختلافی است که به دلیل تعدد اجتهاد فقیهان و وجود احکام متفاوت در یک رویداد پیش آمده است. در واقع ولی امر وارد عمل می شود تا یکی از این آرای فقها را با عنایت به مصلحت، برگزیند و بر دیگر آرا ترجیح دهد. بنابراین احتمال وجود فراغ در شریعت اسلامی بسیار بعید است. اگر می بینیم که حکم برخی رویدادهایی که ناشی از تحولات اجتماعی - چه در سطح منطقه ای و چه جهانی - و پیشرفت فناوری و علم هستند، در کتاب های فقهی موجود به طور مستقیم بیان نشده اند، این امری طبیعی است. زیرا فقه در تعامل با واقعیت های خارجی است و به تبیین حکم آنها می پردازد، نه اینکه خود واقعیت ها را بسازد.

البته شایسته نیست که کتاب های فقهی فاقد حکم برخی مسائل نوپیدا باشند و این امر دستاویزی شود برای کسانی که می گویند شریعت اسلامی در برآورده کردن نیازهای جامعه ناتوان است. زیرا فقه به دلیل برخورداری از نصوص، مبانی کلی و نیز منابع متعدد احکام، می تواند برای هر امر نوپیدایی حکمی مناسب و شایسته ارائه نماید.