



بررسی مبانی حقوق اسلامی

پدیدآورنده (ها) : مدیرشانه چی، کاظم

علوم قرآن و حدیث :: نشریه مشکوة :: زمستان ۱۳۶۴ - شماره ۹ (ISC)

صفحات : از ۶۹ تا ۹۵

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/58484>

تاریخ دائلود : ۱۴۰۵/۰۱/۱۹

کاربر گرامی، فایل دائلود شده فقط برای استفاده شخصی است، از نشر آن خودداری فرمایید.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه **قوانین و مقررات** استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- بررسی مبانی فقهی حقوق سیاسی زنان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- پژوهش در زمینه فقه و مبانی حقوق اسلامی : بررسی حکم فقهی مجسمه سازی
- بررسی و شناخت مبانی اخلاقی حقوق بشر اسلامی در نظام بین المللی
- بررسی مبانی حقوق کودک در فقه اسلامی و حقوق ایران
- بررسی تاثیر فرهنگی روش های جایگزین حل اختلاف در کاهش جرم و سلامت جامعه با رویکردی بر فقه و مبانی حقوق اسلامی
- بررسی مبانی و مفاهیم وجدان در فقه و حقوق اسلامی
- بررسی مقایسه ای نسل اول حقوق بشر جامعه مدنی غرب با مبانی اسلامی
- بررسی و تحلیل مبانی قاعده دراء در فقه اسلامی و حقوق موضوعه
- بررسی مبانی فقهی و حقوقی قسامه و تعارض های آن در حقوق مجازات اسلامی ۱۳۹۲
- بررسی چالشهای همدلی و همزبانی در مبانی حقوق شهروندی انقلاب اسلامی ایران

بررسی مبانی حقوق اسلامی

هر قانونی مستند بدلیل یا ادله ای است که از مقبولیت و احترام لازم نزد اتباع قانون برخوردار میباشد.

قوانین یا احکام اسلامی نیز مستند به منابعی است که برخی از منابع مزبور نزد تمام مسلمین و بعضی فقط نزد جمله ای از مذاهب یا فرقه خاصی (که پیروان آن مذهب اند) مورد احترام و قابل استناد است معمولاً اهل سنت منابع حقوق و احکام اسلامی را بنام مصدرالتشریح (که جمع آن مصادراست) بکار می برند. و شیعه بنام دلیل حکم (که جمع آن ادله احکام یا ادله فقه) نامیده می شود. و چون ادله مزبور نزد شیعه طبق مشهور چهار است گاهی نیز باده اربعه تعبیر می شود. مصدر اسم مکان از فعل (صدر) و به معنی راه برگشتن از نهر آب و رودخانه است. و از مشتقات همین کلمه است ضرب المثل معروف (ماله صادر ولا وارد) یعنی ویرا دخل و خرجی نیست که معنی کنائی عدم دسترسی به مال و منال است. ولی عرفاً مصدر به معنی مرجع استعمال می شود. بنابراین مراد از مصدر التشریح مرجع و منبع حکم نزد مجتهد است. اما استعمال دلیل در منابع احکام (که نزد شیعه معمولاً بر مستند حکم اطلاق می شود) بواسطه ارائه و دلالت منابع مزبور از حکم واقع است. گرچه بعضی دلیل را بر آنچه مفید علم باشد اطلاق کرده اند^۱.

۱- آمدی در الاحکام، ج ۱ ص ۶.

اجتهاد:

گفتیم ادلّه احکام، مرجع و منبع حکم در نزد مجتهد است. این اختصاص از آنجاست که استخراج مسائل فقهی از مبانی و منابع شرعی، فرع بر قوه اجتهاد و استنباط احکام شرعی است. اینک پس از توضیحی در معنی استنباط و اجتهاد، اجمالاً لزوم اجتهاد را برای بدست آوردن احکام بازگومی کنیم.

منظور از استنباط، دانستن و بکار بردن طریقه استخراج مسائل فقهی از منابع و مبانی شرعی است که نزد اهل سنت و بیشتر علمای امامیه به اجتهاد تعبیر شده است. منتهی چون جمعی از فقهای امامیه (که فرقه اخباریون باشند) منابع احکام را منحصرأ کتاب و سنت (یعنی آیات مفسره و احادیث وارده از اهل بیت رسالت (ع)) می دانند. و حتی اجماع را که به اعتقاد امامیه عمل به قول امام (ع) است از دائره کتاب و سنت خارج نمی دانند، گوئی از استعمال اجتهاد استیحا ش داشته و لذا استنباط را بکار می برند. ولی سایر فقها و قاطبه اهل سنت لفظ اجتهاد را در همان معنی استخراج احکام بکار می برند.

اصل استنباط در لغت بمعنی استخراج آب است که از ماده (نَبَط) گرفته شده. علمای لغت، نبط را به معنی اول آب چاه که ظاهر می شود نوشته اند و قوم نبط یا انباط را بمناسبت اینکه به آبیاری و استخراج آبهای زیرزمینی و حفر قنوات اشتغال داشته اند از همین ماده مشتق دانسته اند. بهر حال منظور از استنباط همان اجتهاد در احکام شرعی است و استخراج مسائل فقهی از مبانی و منابع آن. منتهی منابع و مبانی احکام را اخباریان شیعه در دو مرجع کتاب و سنت منحصر می دانند و مشهور فقهای امامیه در ادلّه اربعه (کتاب و سنت و عقل و اجماع). و اهل سنت مصادر احکام را علاوه بر کتاب و سنت به ادلّه دیگری که یاد خواهیم نمود تعمیم می دهند.

اما اجتهاد در لغت به معنی بذل وسع و تحمّل جهد یعنی مشقت آمده است
راغب فرماید: الاجتهاد اخذ النفس ببذل الطاقة و تحمل المشقة يقال جهدت رأیی و
اجهدته اتعبته بالفکر). منتهی^۱ چون شخص معمولاً در امور ساده و آسان متحمّل
مشقت نمی گردد کلمه اجتهاد در اموری بکار می رود که زمینه عمل دشوار باشد. در
معالم الاصول آمده: يقال اجتهد فی حمل الثقیل ولا يقال فی الحقیق^۲.

تهانوی در کشاف اصطلاحات الفنون فرماید: الاجتهاد فی اللّغة استفراغ الوسع
فی تحصیل امر من الامور مستلزم للكلفة والمشقة ولهذا يقال اجتهد فی حمل
الحجر^۳.

معنی مصطلح اجتهاد نیز قریب به معنی لغوی آن است. در منهاج الوصول آمده
است: الاجتهاد هو استفراغ الجهد فی درک الاحکام الشرعیة. (یعنی اجتهاد، بکار
گرفتن تمام توان و کوشش است در درک احکام شرعی).

پیدایش اجتهاد:

پیغمبر (ص) طی دوران رسالت و ظایف و احکامی برای پیروان خویش آورد
که قسمتی ضمن آیات قرآن آمده است و بخشی تحت عنوان حدیث (یعنی بیان قولی
و عملی و امضائی آن حضرت) چه در زمینه تفسیر و توضیح آیات قرآن و چه در تشریح
احکام. و چون همه صحابه آن جناب هنگام نزول آیات و اطلاع بر شأن نزول، یا بیان
رسول اکرم حضور نداشتند و ضمناً قسمتی از احکام بطور کلی بیان گردیده بود، و
انطباق آن بر مصادیق و موارد جزئیّه در توان همگان نبود، معمولاً خود آنحضرت مرجع

۲ - یعنی کلمه (اجتهد) در موقعی بکار برده می شود که بار سنگینی را حمل کند، ولی در حمل بار کم و
اندک، این کلمه گفته نمی شود.

۳ - یعنی اجتهاد در لغت بمعنی بکار بردن قدرت در تحصیل امری است که مستلزم دشواری باشد، و لذا
کلمه (اجتهد) را در مقام حمل سنگ سنگین بکار می برند.

مشکلات و جوابگوی مسائل مستحدثه بودند. و احياناً بعضی را که بصیرت بیشتری در احکام شریعت داشتند، و برای جوابگویی مسائل و تفریع فروع احکام دارای صلاحیت فکری و علمی بودند برای این کار تعیین می فرمودند، چنانکه معاذ بن جبل را برای جواب گویی مسائل شرعی مردم یمن، تعیین نمودند.

پس از درگذشت آنحضرت جزء عده معدودی که به وصایت و خلافت علی (ع) و نیابت آنجناب از حضرت نبوی معتقد بودند، و وی را چون نفس نفیس حضرت رسالت مرجع احکام و مقتدای انام می دانستند بقیه به ناچار در مسائل وارده به اصحاب پیغمبر که در اطلاع بر احکام شرعی شهرت داشتند مراجعه می نمودند.

مبنای اطلاع این عده نخست آیات قرآن بود که به خاطر سپرده و در حفظ داشتند. دیگر استماع احادیث پیغمبر چه از لسان آنحضرت و چه بواسطه سماع از سایر اصحاب، منتهی چون میارست در بررسی احکام نموده بودند و ضمناً از نبوغ و فهم بیشتری برخوردار بودند، استخراج موارد جزئی از کلیات، و استنباط احکام فرعیه از عناوین عامه که در دو منبع مزبور (قرآن و حدیث) وجود داشت، برای آنان مقدور بود. با این همه قسمتی از مسائل بواسطه ابتناء بر جهاتی دیگر (که بعداً اشاره خواهیم کرد) بلا جواب می ماند.

نخست اینکه قسمتی از احکام اسلامی سیر تدریجی داشته و اطلاع بر شأن نزول آیات قبلی و بعدی و نیز دانستن ناسخ و منسوخ آیات و احادیث برای پاسخ به احکام شرعی ضرورت داشت. برای مثال حرمت خمر را می توان بعنوان نمونه این تدریج ذکر نمود.

چه نخست این آیه نازل شده است: یسألونک عن الخمر و المیسر. قل فیهما اثم کبیر و منافع للناس و اثمهما اکبر من نفعهما. که گرچه تلویحاً از استعمال خمر مذمت شده است (زیرا چیزی که گناهش یا ضررش بیش از نفعش باشد بحکم عقل

روا نیست) ولی صراحت در حرمت ندارد. سپس با نزول این آیه: (یا ایها الذین آمنوا لا تقربوا الصلوة و انتم سُکَّارٌ حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ) ورود به نماز در حال مستی، ممنوع اعلام گردید.

آن گاه این آیه با تأکیدات متعدّد شُرب خمر را در هر حال و بهر کیفیت ممنوع ساخت: (یا ایها الذین آمنوا انما الخمر و المیسر و الانصاب و الازلام رجس من عمل الشیطان فاجتنبوه لعلکم تفلحون) که کلمه انما و تعبیر به رجس و سپس بیان اینکه ارتکاب آن، عمل شیطان است و بالاخره امر به اجتناب، تماماً تأکید و تثبیت حکم مزبور را می‌رساند. نیز بواسطه همین جهت (که بخشی از احکام اسلامی تدریجی بوده است) بعضی از احکام بواسطه مصالحی برای مدتی معین تشریح گردیده است، که با آمدن حکم دیگری که زمان و مکان اقتضای می‌نمود و مردم برای پذیرش آن آمادگی یافته بودند حکم نخست نسخ می‌شد. (یعنی مدّت حکم قبلی منقضی می‌گردید و حکم دوّم جایگزین آن می‌شد). چون قبله که نخست بیت المقدس بود و سپس به جانب کعبه تحوّل یافت.

بنابراین اطلاع از ناسخ و منسوخ آیات قرآن و احادیث نبوی^۴ نیز لازمه اجتهاد و اطلاع فقیه بشمار می‌رفت، که مجموع این اطلاعات بانضمام شناسائی صحیح کلام عرب، جُز در عده معدودی از صحابه وجود نداشت.

گسترش نطق کشورهای اسلامی و پذیرش دین اسلام از طرف جماعات غیر عرب که با لسان تشریح (یعنی قرآن و حدیث) آشنائی نداشتند و نیز از بین رفتن تدریجی فقها و حفاظ صحابه موجب گردید که جمعی از تابعین به فرا گرفتن قرآن و حدیث که دو منبع اصلی احکام اسلامی محسوب می‌شوند همت گمارند، و از صحابه خصوصیات کتاب و سنت را چون شأن نزول آیات و ناسخ و منسوخ و عام و

۴ - مانند حدیث: کنت نهیتمکم عن زیارة القبور الا فروروها.

خاص و مطلقات و مقیدات نصوص، و خصوصیات احکام را از اجمال و تفصیل هر یک پرسش کنند. و خود در استخراج احکام شرعیّه از منابع مزبور دقت و امعان نظر نمایند. منتهی چون پس از پیغمبر سرزمینهای اُمم دیگر چون کشورهای ایران و روم و غیره به تصرف مسلمین درآمد و بیشتر مردم این بلاد داخل دین اسلام شدند، بناچار مسلمین بامسائلی مواجه گردیدند که در عصر رسول اکرم سابقه نداشت مانند موضوع اراضی مفتوحه و مسائل متفرع بر آن از خراج و مقاسمه و غیره. ولی به مقتضای تمامیت و ابدیت دین اسلام، پاسخ کلی مسائل مزبور پی ریزی شده بود و در دو مصدر اصلی احکام یعنی کتاب و سنت کلیّاتی وجود داشت که با بیان راسخین در علم، بازگویی مسائل مستحدثه و تفریع فروع بر آن بود. زیرا چنانکه در قرآن است: و لکن رسول الله و خاتم النبیین اسلام بعنوان شریعت جاوید و ابدی اعلام شده است. بدیهی است شریعت همگانی و همه زمانی می بایست از کلیّۀ جهات و منجمله قانونگذاری کامل باشد. و تکامل اسلام در این جهت (قانونگذاری) قوی است که جملگی برآند. منتهی چون قسمتی از عبادات و معاملات نسبت به اُمم و از منہ فرق می کند، اسلام با طرح اصول کلیّی، موضوعات متغیّره و حوادث واقعه را بی حکم نگزارد است.

به عقیده امامیه بیان و تفسیر کلیّات مزبور، باستناد حدیث مورد اتفاق فریقین (آئی تارک فیکم الثقلین کتاب الله و عترتی ما ان تمسکتکم بهما لن تضلّوا ابداً)^۵ به اهل بیت رسالت موکول گردیده و چنانکه خواهیم دید قواعدی از ناحیه ائمه شیعه که اهل بیت رسالت اند به ما رسیده است که جوابگوی کلیّۀ مسائل مستحدثه و فروع

۵ - من دو چیز گرانقدر در میان شما می گذارم (کتاب خدا و عترت خویش) که تا بدانها مستمسک باشید، گمراه نخواهد شد. (رک به جزوۀ حدیث ثقلین که به دستور آیت الله بروجردی توسط استاد دکتر حسینی محفوظ از مدارک فریقین تهیه شده است. و نیز به کتاب شریف عبقات الانوار (مجلد ثقلین) و کتاب الثقلان استاد مظفر و کتاب غایة المرام محدث بحرانی.

عملیه می باشد. ولی به اعتقاد اهل سنت، کتاب خدا و سنت رسول اکرم به عنوان دو منبع اصلی احکام بدون تبیین اهل بیت، کفایت می کند و فروع ناشئه به اجتهاد و رأی مجتهدین و علمای امت واگذار شده است. اهل سنت بناچار نسبت به مسائل مستحدثه و آنچه را که ضمن کتاب و سنت بوضوح بیان نشده است به قیاس و رأی متمسک می شوند. یعنی حکم مشابه مسأله را در مورد آن مسأله جاری می نمایند. بعدها مجتهدین، منابع فرعی (تبعی) دیگری بدو منبع اصلی (کتاب و سنت) و به قیاس اضافه نمودند که عبارت است از: استحسان- مصالح مرسله- سدّ ذرایع- استصحاب- اجماع- شرایع سالفه- عرف و غیره که ما درباره هر یک سخن خواهیم گفت.



لزوم اجتهاد:

چنانکه اجمالاً بیان شد استفاده احکام شرعی از کتاب و سنت (که منبع و مدرک اصلی قوانین اسلامی و احکام شرعی است) بواسطه اجمال بعضی آیات، و یا نزول تدریجی احکام، یا عموم و خصوص و اطلاق و تقید آیات و روایات و نیز بواسطه نسخ بعضی احکام در شریعت، احتیاج به اطلاع کافی در این زمینه ها دارد. باضافه اطلاع بر لغت و معانی عرفی الفاظی که در دو منبع نامبرده وجود دارد. و قهراً دانستن صرف و نحو و معانی و بیان نیز برای تکمیل فهم کلام عرب که قرآن و حدیث به آن وارد شده است، داخل در فهم لغوی و عرفی الفاظ می باشد، و لذا اطلاع بر آنها نیز ضروری است. و چون بیشتر احادیث رسول اکرم و ائمه هدی همزمان آنان تدوین نشده است و توسط روایانی به ما رسیده و به اصطلاح خبر واحد است، اطلاع بر منابع روایی و آگاهی از حال روایان، برای جرح و تعدیل روایات نیز حتمی است. بعلاوه دانستن شرایط استدلال که در منطق از آن به شرائط برهان تعبیر شده و نیز

اطلاع بر مسائل اصولی و اتخاذ مبنی در مسائل اصولی مورد نزاع، برای اختیار طرفی را که طبق آن استدلال می کند، لایذمنه است.

با توجه به جهات مزبور بدیهی است استفاده حکم از کتاب و سنت نیز محتاج به اجتهاد است. بعلاوه که تمام احکام در دو مصدر مزبور بصراحت بیان نشده است. و لذا از دیرزمان فقهای فریقین مصادر دیگری را برای بازگویی استفاده احکام شرعی ارائه داده اند که چون مورد پذیرش همه مذاهب نیست، می بایست نخست اصل هر یک را به کرسی حجیت و مقبولیت نشانند و سپس حدود و مشخصات آنرا تعیین نمود. مثلاً پس از قبول استصحاب به عنوان منبع حکم، بحث نمود که استصحاب با وجود دلیل روائی حجت است یا خیر؟ و یا استصحاب قهقرائی مقبول است یا خیر؟ و آیا لوازم عقلی مستصحب که از آن به اصل مثبت تعبیر می شود حجت است یا نه؟ لذا همگان را استفاده جمیع احکام از کتاب و سنت و یا از سایر منابع میسور نیست، بنابراین لزوم اجتهاد نسبت به احکامی که به وضوح در قرآن و سنت متواتر نیامده است بدیهی بنظر می رسد.

منتهی پس از دوران مجتهدین بزرگی که در قرن دوم و سوم یعنی دوره تکامل فقه اسلامی بوجود آمدند، نخست بواسطه جلوگیری از سوء استفاده کسانی که صلاحیت علمی نداشتند از عنوان اجتهاد، و سپس به جهات سیاسی مثل انحصار رسمیت فتوی و قضاوت در مذهب خاصی^۶، و یا عدم ترویج مذاهب فقهی دیگر و متارکه آن از ناحیه علمای بلاد اسلامی، عاقه مردم به تقلید از معدودی مجتهدین اکتفاء کردند. منتهی چون برای تشدید هر یک از مذاهب فقهی (چون مذهب حنفی و شافعی و مالکی و حنبلی) دانشمندان آن قوم بناچار ادله توجیه کننده استنباط امام

۶ - چنانکه قاضی ابویوسف شاگرد بزرگ ابوحنیفه بیش از سی سال در مقام قاضی القضاتی مرکز خلافت عباسی (بغداد) برقرار بود.

خود را بازگو و رأی دیگران تضعیف و تزییف می کردند، و نیز برای جواب مسائل مستحدثه که صریحاً مورد فتوای امام مذهب نبود، نوعی اجتهاد- که در تعبیر اهل سنت اجتهاد در مذهب در مقابل اجتهاد مطلق نامیده می شود- پدید آمد که تا زمان مانیزبین مذاهب اربعه نامبرده ادامه دارد.

ولی نزد شیعه اجتهاد مطلق بمعنی استنباط احکام از ادلّه اصلی آن همچنان جاری و ساری است. و این خود از مزایای فقه امامیه است که بیش از هزار سال دائماً به راه تکامل ادامه داده است. و حقاً از نظر استدلال و مذاقه در استنباط از منابع و ادلّه احکام به مقام والائی رسیده است که کمتر علمی چنین نُضج گرفته و بدون وقفه سیر صعودی کمال را پیموده.

و خوشبختانه اخیراً برادران اهل سنت نیز متوجه شده اند که اصولاً دلیلی برای تقلید از عده معدودی، گرچه آن عده در مقام والائی از فقاهت باشند نیست. چه کلیّه مناهمی که در دسترس آنان بوده است، بگونه تکامل یافته در دست انباء این زمان است. بعلاوه هریک از مذاهب دارای امتیازاتی است که در مذهب دیگری وجود ندارد. بنابراین اگر اختلاف مبنائی در بین نباشد (چنانکه شیعه قیاس را قبول ندارد و لذا نمی تواند به حکمی که مستخرج از قیاس است عمل نماید) وجهی برای انحصار استفاده از مذهب خاصی نیست.

لذا دانشمند فقید معاصر، شیخ شلتوت که ریاست علمی جامع ازهر را بعهده داشت، صریحاً بخشنامه ای صادر نمود که هریک از مذاهب می توانند در کلیّه مسائل یا قسمتی از آن، به مذهب دیگر و منجمله به مذهب امامیه عمل نمایند.

منابع اجتهاد:

باری با توجه به لزوم اجتهاد و استنباط احکام از منابع تشریح، - چنانکه اجمالاً

اشاره شد. جُز کتاب و سنت که مورد اتفاق فریقین است، ادله و مصادر دیگری نزد علمای مذاهب و فقهای اسلامی مورد استفاده است که بعضی مورد پذیرش همه مذاهب و به اصطلاح متفق علیه است و قسمتی مختلف فیه، و چنانکه گفتیم مشهور امامیه ادله احکام را منحصر بچهار می دانند (کتاب و سنت و عقل و اجماع). و اهل سنت با اختلاف مذاهب جُز کتاب و سنت و اجماع مصادر دیگری نیز برای احکام قائلند که به اجمال عبارت است از: قیاس و استحسان و مصالح مرسله و سد ذرایع و استصحاب و عرف و قول صحابه و برائت اصلی. منتهی کلیه این منابع مورد قبول همه مذاهب نیست و احیاناً بعضی از منابع مزبور گرچه اسماً مورد اثبات یا نفی فریقی قرار گرفته ولی عملاً خلاف آن ثابت است. نیز بعضی از ادله مزبور خود استقلالی در دلیلیت ندارد بلکه از مصادیق دلیل دیگری است و مرجوع به آن. به ناچار در این مقال تا آنجا که مجال باشد ضمن توضیح اجمالی هریک از مصادر یاد شده و نقل مخالف و موافق حجیت آن، بیان خواهیم داشت: که تا چه حد گفته مثبت و نافی در مقام عمل، صحیح است و مطابق با واقع.

۱ - کتاب یا قرآن مجید

منظور از کتاب آیاتی است که در قرآن دلالت بر یکی از احکام شرعیه دارد و حدود سیصد و پنجاه و بقولی نزدیک به پانصد آیه[●] است که بعضی شامل چند حکم و پاره ای تکرار یا تأکید حکمی است که در آیه دیگری بیان شده است.

در استفاده از کتاب و استقلال ظواهر آیات برای تعیین احکام، مُعظم علمای فریقین اتفاق نظر دارند. گرچه بعضی اخباریان شیعه ظواهر آیات را نیز بدون مراجعه به احادیث و تشبیه دلالت آن از ناحیه اهل بیت، حجت نمی دانند. ولی حق آنست

● کنز العرفان تألیف فاضل مقداد سیوری.

که اگر مراد آنان فحص از مخصّص و مقید و ناسخ باشد، سخنی است صحیح. زیرا چنانکه در محلّ خود ثابت است، نسخ قرآن به سنت رواست. و همچنین تقیید مطلقات به مقیدات روائی و تخصیص عموم آیات به مفاد احادیث، جایز و معمول است.

بنابراین بدون مراجعه به روایات نمی توان عمومی که از آیه ای مستفاد است عمل نمود.^۷ لذا از مکحول و زهری (از عالمان اهل سنت) نیز نقل شده که: (السنة تقضى على الكتاب)^۸ و حماد بن زید می گفت: الكتاب احوج الى السنة من السنة الى الكتاب.^۹

و این قضیه در عمل بعموم حدیث نیز ثابت است. زیرا بدون مراجعه به روایات دیگر باب، و فحص از مخصّص در عمومات روائی نیز عمل به عامّ مستفاد از حدیث نیز روا نیست.

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

۲ - سنت

دومین منبع استفاده احکام نزد فریقین سنت (یعنی قول و فعل و تقریر پیغمبر) است که از آن به حدیث تعبیر گردیده و چون بطریق نقل به ما رسیده است نیز بنام روایت نامیده می شود.

منتهی شیعه علاوه بر روایات نبویّه که توسط ثقات نقل شده: احادیث صادره از خاندان رسالت را نیز حجّت و مورد عمل می دانند. چه امامان شیعه تصریح نموده اند

۷- مثلاً سوره نساء، آیه ۱۱: یوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظ الانثیین که به ظاهر عموم آن، شامل فرزندی که کافر است یا پدرش را کشته نیز می گردد. ولی در سنت مفاد این آیه بغیر این دو تخصیص یافته زیرا قاتل از مقتول ارث نمی برد و هکذا کافر از مسلمان.

۸- ۹- الفقیه والمتفقّه ج ۱ ص ۷۳. (یعنی سنت پیغمبر حاکم بر کتاب خداست). (کتاب به سنت بیشتر نیاز دارد تا سنت به کتاب).

که آنچه ما می‌گوئیم قول رسول اکرم است. ولی اهل سنت احادیث وارده از اهل بیت را که با سلسله سند به پیغمبر منتهی نشود حجت ندانسته و آنرا چون فتوای سایر فقها یا حداکثر در حکم حدیث مرسل می‌دانند. و می‌دانیم که در عمل به مراسلات نیز اختلاف نظر موجود است.

بعلاوه که ائمه مذاهب اربعه (که اهل سنت در فقه تابع آنانند) همزمان صادقین (حضرت باقر و حضرت صادق) که بیشتر احادیث فقهیه از آن دو بزرگوار صادر شده است، می‌زیسته‌اند. و اطلاع آنان بر احادیث شیعه بجهاتی چون بُعد مکان، و عدم انتشار احادیث شیعه بواسطه تقیه، دشوار بوده است. و در نتیجه در فقه اهل سنت، از احادیث وارده از ائمه جز در موارد نادری که در مصادر روائی آنان آمده است استفاده نشده.

ولی اکنون که بین دانشمندان بصیر و غیر متعصب اهل سنت^{۱۰} رسمیت مذهب جعفری و نیز سخن از جواز اجتهاد مطلق و فتح باب استنباط برای افراد ذی صلاحیت، به میان آمده است نادیده گرفتن احادیث شیعه زیانی بزرگ به فقه اسلامی دارد. زیرا با توجه به سخن امام صادق که می‌فرمود آنچه را من می‌گویم، رسول خدا فرموده است، احادیثی که به آن حضرت می‌رسد در حکم مراسلات نبویه است. و طبق نظر مشهور و معظم اهل سنت (منجمله امام اعظم ابوحنیفه و مالک و بنقلی از ابن حنبل) عمل به حدیث مرسل، رواست^{۱۱}. و ابوبکر رازی و سرخسی و

۱۰ - که از آنجمله شیخ ازهر، الامام الاعظم شلتوت بود که فتوای تاریخی خود در مورد جواز رجوع بمذهب شیعه امامیه در ۱۷ ربیع الاول ۱۳۷۸ هجری قمری صادر نمود. نیز حضرت استاد شیخ یس سویلم طه از بزرگان علمای ازهر ضمن مقاله مستدلی عموم تشریح اسلامی را که لازمه آن جواز اجتهاد است در کتاب (الوحدة الاسلامیه) بیان فرموده همچنانکه استاد بزرگ شیخ مراغی رئیس المحکمة الشرعیة العلیا در تعلق مقاله (الاجتهاد فی الشریعة) از امام کاشف الغطاء صریحاً برای کسی که واجد شرایط اجتهاد مطلق باشد اجتهاد را تجویز می‌فرماید. (رجوع فرمائید بمقاله ایشان در کتاب الوحدة الاسلامیه ص ۲۹۱).

۱۱ - رجوع کنیده به کتاب تدریب الراوی سیوطی ص ۱۲۳ و بعلم الحدیث تألیف اینجانب ضمن بحث از حدیث مرسل.

ابن حاجب و جمعی دیگر از علمای اصول، حدیث مرسلی را که تا قرن سوم نقل شده و مرسل آن ثقه و مورد اعتماد باشد لازم العمل می‌دانند^{۱۲}. و غزالی مرسلات ثقات را بدون قید زمان حجت می‌داند^{۱۳} و خوشبختانه ائمه جرح و تعدیل راویان از اهل سنت و نیز علمای رجال آنان حضرات ائمه شیعه را تعدیل و توثیق نموده‌اند^{۱۴}.

بنابراین وجهی برای نادیده گرفتن احادیث شیعه نیست. همچنانکه وجهی برای اعراض از احادیث صحیحۀ اهل سنت نمی‌باشد. چه با مراجعه بحال مؤلفین صحاح ششگانه آنان و کوششی که در راه تنقیح و گزینش احادیث وارده (در احکام فرعیه) نموده‌اند بضمیمه خبرویت و تخصصی که در علم الحدیث داشته‌اند و عدم تعصب اکثر آنان نسبت به ثقات ناقلان حدیث، می‌توان وثوق و اعتماد به احادیث فقهیه وارده از طریق اهل سنت داشت. چنانکه در کتب حدیث شیعه نیز روایاتی که مسنداً یا مرسلماً از طرق اهل سنت نقل شده به کثرت مشاهده می‌شود. نیز طرق اجازه فقها و محدثین شیعه بمشایخ حدیث اهل سنت و مخصوصاً بمؤلفین صحاح ست، مثبت این مدعی است^{۱۵}.

۳- دلیل عقلی

از دو اصل کتاب و سنت (که به تعبیر بعضی، مصادر اصلی فقه است) اگر بگذریم بدلیل عقل می‌رسیم که شیعه آنرا دلیل چهارم فقه می‌دانند. و اهل سنت نیز

۱۲- رجوع کنید به کتاب (الحدیث المرسل فی الفقه الاسلامی از محمد حسن هیتو).

۱۳- المنحول ص ۲۷۴.

۱۴- رجوع فرمائید به میزان الاعتدال ذهبی، و لسان المیزان، و تقریب التهذیب ابن حجر، ضمن نام محمد بن علی الباقر و جعفر بن محمد الصادق (ع).

۱۵- رجوع کنید به اجازات بحارالانوار و برای نمونه به اجازه شهید به ابن نجده. و اجازه علامه حلی به بنی زهره (اجازات بحار را، در مجلد آخر چاپ کمپانی و ضمن مجلدات: ۱۰۷ و ۱۰۸ و ۱۰۹ و ۱۱۰ چاپ جدید، می‌توانید ملاحظه فرمائید).

گاهی قیاس و استحسان را جزو مصادیق دلیل عقل شمرده‌اند. ولی چون بیشتر علمای اهل سنت در مورد اثبات قیاس و استحسان، بعمل صحابه و حدیث رسول اکرم استشهاد کرده‌اند، شمردن قیاس از مصادیق دلیل عقل صحیح بنظر نمی‌رسد.

اما شیعه گرچه در اصطلاح متأخران، دلیل عقل را (بنحو ارسال مسلمات) از ادلهٔ اربعهٔ فقه شیعه شمرده است ولی در کتب متقدمان ذکری از آن نیست. چنانکه در کتب متداول اصول الفقه چون معالم و رسائل و کفایه مراد از دلیل عقلی بیان نشده است.

محقق دلیل عقلی را دو قسم می‌داند: نخست آنچه را خطاب بر آن توقف دارد چون لحن الخطاب (یعنی قرینهٔ عقلی بر حذف لفظ، مانند آیهٔ فاسئل القریه که مراد سؤال از اهل قریه است نه نفس قریه). و فحوی الخطاب (یعنی مفهوم موافق چون لا تقل لهما فیّ که بطریق اولی، نهی از ضرب و شتم می‌نماید). و دلیل الخطاب (یعنی مفهوم مخالف، چون مفهوم شرط و وصف و غایت).

دوم آنچه را دلیل عقل عهده‌دار است: چون حسن و قبح عقلی.

می‌دانیم که قسمت اول، از فروع مباحث الفاظ و داخل تحت عنوان حجیت ظواهر است که مانند دلالت امر بر وجوب یا دلالت عام مخصص در خصوص و غیره جزو اصول محاورات عرفی است. و اختصاص با دلهٔ فقهیه ندارد تا چه رسد باختصاص آنها به ادلهٔ فقه مذهب شیعه.

آری قسمت دوم که مستقلات عقلیه یعنی جهات حسن و قبح باشد، بانضمام قاعدهٔ ملازمه (کلّ ما حکم به العقل حکم به الشرع) گرچه خود دلیل فقهی است یعنی مثلاً حرمت شرعی ظلم بهمین دلیل ثابت می‌شود، ولی می‌دانیم که جمعی از اخباریان مدرک احکام را منحصر به سماع از صادقین یعنی ائمه می‌دانند و گویند: (انّ الاحکام لا تدرک بالعقول). لذا عقل را باین معنی نمی‌توان یکی از منابع مسلم و

مختصه فقه شیعه شمرد.

شهید در مقدمه ذکر، مقدمه واجب و مسئله ضد (امر بشیء مستلزم نهی از ضد خاص است) واصله الاباحه در منافع، واصله الحرمة در مضرات، و نیز استصحاب، و برائت اصلیه، و قاعده اخذ به اقل هنگام تردّد بین اقل و اکثر، را (علاوه بر آنچه محقق فرموده است) در شمار مصادیق دلیل عقلی می آورد.

استاد محمد رضا المظفر پس از نقل سخن شهید چنین افادت می فرماید که: مراد از دلیل عقلی حکم عقلی نظری است (در مقابل عقل عملی)، به ملازمه بین دو حکم شرعی یا بین حکم عقلی و شرعی. آنگاه موارد ذیل را از مصادیق آن می شمارد. ۱- حکم ملازمه در مسئله اجزاء، ۲- مقدمه واجب، ۳- استحاله تکلیف بلا بیان (که مفاد قاعده برائت است)، ۴- تقدیم اهم در موارد تراحم، ۵- مطابقت حکم شرع با حکم عقل در امور پسندیده، که باضافه مسئله ضد، واصل اباحه، واصل حرمت در اموال، و استصحاب، و اخذ به اقل (در دوران بین اقل و اکثر)، که شهید نام برده است، بالغ برده عنوان می گردد. حتی می توان عناوین دیگری نیز به آن اضافه کرد. مثل لزوم برائت یقینی در مورد اشتغال یقینی (که مفاد اصالة الاشتغال است) و مانند تخییر در مورد متزاحمین و غیره.

از عناوین مزبور بعضی را در عداد مصادر تشریح در نزد اهل سنت می بینیم چون استصحاب و برائت اصلیه. و بعض دیگر گرچه در عناوین مصادر و ادله شرعیّه نه در نزد شیعه و نه پیش اهل سنت یاد نشده ولی بیشتر در کتب اصولیه مورد بحث قرار گرفته و مورد قبول مشهور علمای فریقین است. بنابراین می بینیم دلیل عقل که اجمالاً جزو ادله احکام شرعیّه نزد شیعه معروف است، نزد اهل سنت نیز به همان اجمال جزو مصادر تشریح می باشد. و چنانکه اشاره شد حتی بعضی قیاس را که از ارکان مصادر فقه اهل سنت است از مصادیق ادله عقلی شمرده اند.

۴ - اجماع

اجماع سوّمین دلیل از ادلّه فقه است که شیعه و تمامی فرق اهل سنت اجمالاً در سندیت آن اتفاق نظر دارند.

اجماع در اصطلاح عبارت است از اتفاق علمای عصر بر حکم شرعی. و چنانکه اشاره شد اجماع نزد شیعه نیز به عنوان یکی از ادلّه اربعه بشمار آمده. ولی می دانیم که اجماع اصلاً از مصادر اهل سنت است. لذا شیخ انصاری در رسائل می فرماید: (الاجماع فی مصطلح الخاصّة بل العامّة الذین هم الاصل له و هو الاصل لهم) • بنابراین شیعه در واقع به تبع آنان اجماع را در شمار منابع فقه آورده است نه ابتداءً و استقلالاً.

حال بینیم اهل سنت دلیل حجّیت اجماع و مدرکیّت آنرا چه می دانند. و آیا شیعه با آنان اتفاق نظر دارند یا خیر.

اهل سنت باستناد روایت نبوی: (لا یجتمع امتی علی خلاف) اجماع را مصدر تشریح می دانند. منتهی مراد از اتفاق امت را اتفاق اهل حلّ و عقد یعنی مراجع نافذ الحکم تفسیر می کنند. (هو اتفاق اهل الحلّ والعقد من امة محمّد)^{۱۶}.

امامیه که نفس اتفاق را دلیل حکم شرعی نمی دانند، اجماع را چنین تعریف نموده اند که: هو اتفاق خاصّ و هو اتفاق من یعتبر قوله من الامة^{۱۷}. و مرادشان از قول (من یعتبر من الامة) رأی جماعتی است که کاشف از قول معصوم باشد. بنا به تفسیر مزبور مرجع احکامی که در فقه امامیه مستند به اجماع است در واقع همان قول معصوم می باشد.

• یعنی اجماع در اصطلاح شیعه بلکه در اصطلاح عامه (یعنی اهل سنت) که در واقع اصل اجماع از آنان نشأت گرفته و آنان، از اجماع ...

۱۶ - رسائل شیخ بنقل از تهذیب.

۱۷ - معالم الاصول.

اجماع هم دو قسم است: اجماع محصل و اجماع منقول. قسم اول اجماعی است که فقیه در نتیجه استقراء و فحوص از آراء فقهاء بدان دست یافته باشد. و قسم دوم اجماعی است که فقط باستناد خبر فقیه دیگری ملاک و مستند حکم قرار دهد. و می دانیم که قسم اول که اجماع محصل باشد، نوعاً^{۱۸} (خاصه در زمان ما که فقها در بلاد اسلامی کثیرانند و منتشر غیر ممکن است^{۱۹}). و فقط اجماع منقول است که نزد بعضی فقهای امامیه مورد استناد است.

آنهم در واقع برگشت بخبر واحد (یعنی سنت) می نماید. چنانکه شیخ انصاری فرماید (ظاهر اکثر القائلین باعتبارها بالخصوص، انّ الدلیل علیه هو الدلیل علی حجّیة خبر العادل. فهو عندهم کخبر صحیح عالی السند. لانّ مدعی الاجماع یحکی مدلوله و یرویه عن الامام بلا واسطه)^{۲۰}. بهر حال در فقه شیعه موارد کثیری وجود دارد که باجماع استناد شده است. یعنی دلیل حکم منحصرأ اجماع است. و در واقع همین مورد است که مستند باجماع می باشد نه موارد دیگری که برای تکثیر و تعدید دلیل پس از استدلال به قرآن و حدیث باجماع هم استدلال شده است. زیرا می توان گفت دلیل اصلی مجمعی غیر از قرآن همان رأی معصوم است که از حدیث بدست آمده، و در مقابل اهل سنت (که حدیث شیعه را حجّت نمی دانند ولی باجماع استدلال می کنند) اسماً باجماع نیز متمسک گشته اند^{۲۱}.

۱۸ - جز در مورد اجماع دخولی که بقول صاحب گفایه برای اوحدی من الناس فقط امکان دارد.

۱۹ - در معالم الاصول آمده: الحق امتناع الاطلاع عادتاً علی حصول الاجماع فی زماننا هذا و ماضا من غیر جهة النقل. اذ لاسبیل الی العلم بقول الامام (ع).

۲۰ یعنی ظاهر اکثر کسانی که قائل باعتبار اجماع بعنوان دلیلی خاصی شده اند، دلیلشان همان دلیل بر حجیت خبر واحد است بنابراین اجماع نزد آنان مانند خبر صحیح قلیل الوسائط است زیرا کسی که ادعای اجماع میکند در واقع مدلول و مفاد آنرا از معصوم ع روایت مینماید.

۲۱ - قال المحقق فی المعبر: واما الاجماع فعدنا هو حجّة بانضمام المعصوم فلو حلی الماء من فقهائنا عن قوله لما كان حجّة و لو حصل فی الاینین لکان حجّة لا باعتبار اتفاقهما بل باعتبار قوله (نقل از معالم الاصول).

اقا قیاس

بنظر اینجانب مهمترین مسأله مورد اختلاف بین شیعه و اهل سنت تنها قیاس است. زیرا قیاس از ادله ای است که بضرر قاطع نزد شیعه مقبول نیست، و بقول صاحب معالم منع قیاس از ضروریات مذهب است. و بعکس تمام فقهای مذاهب اربعه بلکه خوارج و ظاهریه از اهل سنت نیز به آن قائل اند. گرچه مواردی از مصادیق قیاس نیز مورد استناد بعض شیعه واقع شده است. و آن مصادیق تنقیح مناط است که در کتب اصول بدان اشاره شد و حتی در فقه بدان تمسک نموده اند. (رجوع کنید به قوانین الاصول میرزای قمی).

برای روشن شدن زمینه بحث نخست باجمال، تعریف قیاس و اقسام آنرا بازگو می کنیم تا ببینیم کدام قسم است که مخالفت شیعه در آن اجماعی است. در تعریف قیاس گفته اند: قیاس فقهی^{۲۱} عبارت است از اجرای حکم منصوص در مورد مشابه آن^{۲۲} اقا قیاس دارای اقسامی است که گرچه تعریف مزبور شامل همه نمی شود. ولی بعضی اقسام آن توسط عده ای از فقهای شیعه تأیید شده و عمل به آن را تجویز کرده اند.

اقسام قیاس بدین شرح است ۱- قیاس مستنبط العله، ۲- قیاس منصوص العله، ۳- قیاس اولویت (که بفحوی الخطاب معروف است)^{۲۳}.

از این اقسام فقط قسم اول مورد انکار شیعه است. چه قیاس اولویت را (چون لا تقل لهما أفّ که به اولویت دلالت بر نهی از شتم و ضرب دارد.)^{۲۴} همگان (چه

۲۱- در مقابل قیاس منطقی.

۲۲- القیاس هو الحاق امر لانتصّ فیهِ ولاجماع، بآخر منصوص علی حکمه او مجمع علیه لاشتراکهما فی العله (مدخل الفقه الاسلامی استاد مدکور ص ۸۲. نیز به کتاب المستصفی غزالی، ج ۲.

۲۳- و آن قیاسی است که علت حکم در فرع قوی تر از اصل باشد.

۲۴- که بدلال التزامی دلالت دارد بر اینکه علت حرمت اذیت است و این علت در شتم و ضرب اقوی و اشده است. پس ضرب ابوین بطریق اولی بحکم این آیه حرام است.

شیعه و چه اهل سنت) قبول دارند. زیرا استدلال به آن در واقع استدلال بمصادیق دلالت التزامیه و از باب حجیت ظواهر است. به این طریق که آنچه مُفاد عرفی سخن هر متکلمی است، نزد عرف حجت است، و می دانیم که متشرعه نیز از عرف است. و از این قاعده مستثنی نیست.

اما قیاس منصوص العله، در واقع برگشت به حجیت عام در مصادیق و اخذ بعموم می کنند^{۲۵}. چون روایت نبوی در مورد سؤر گربه که فرمود: (انها لیست بنجس لانها من الطوفین علیکم والطوافات). چه اینکه معنی تنصیصِ علت آنستکه علت، عنوان حکم است و چون علت عام است حکم مورد از مصادیق همان عام مذکور است. و می دانیم که حمل عام بر افراد و مصادیق، جزو ظواهری است که حجیت آن، مورد قبول فریقین است.

اما قیاس مستنبط العله که گفتیم شیعه آنرا در احکام شرعی روا نمی دارد، نیز بر سه قسم است. قیاس جلی و خفی و تنقیح مناط که از این سه قسم دو قسم نخست از نظر شیعه ممنوع اعلام شده است و اما نسبت به تنقیح مناط، منع عمومی وجود ندارد. چه بعض فقهای شیعه نیز آنرا قبول دارند.

منظور از تنقیح مناط، استقراء علت و ملاک حکم است عرفاً و تسریه و جریان آن در موارد مشابه (بهمان طریق که در منصوص العله جاری است) مانند استفاده مناط و ملاک حکم مفطرتیّت واقعه برای صائم و لزوم کفاره چه در روزه رمضان و چه در غیر آن از روایت نبوی که شخصی به آن حضرت عرضه می دارد: (هلکت یا رسول الله، قال ما صنعت؟ قال واقعتُ اهلی فی نهار رمضان. قال اعتق رقبة). با آنکه حکم مزبور، در روایت فقط نسبت به واقعه در روز ماه رمضان صادر شده است ولی حکم وجوب کفاره (یعنی آزاد ساختن بنده را) به تنقیح مناط نسبت به هر مسلمانی و

۲۵ - قوانین الاصول - گرچه سید مرتضی آنرا ممنوع شمرده.

در هر روزه واجب و بهر کیفیت که آمیزش صورت گیرد و با هر کس انجام شود چه همسر شخص باشد یا با دیگری، سرایت می دهیم. بدین کیفیت که با سب و تقسیم، میدانیم ملاک کفار، حرمت روزه است نه خصوصیت ماه رمضان یا آمیزش با زوجه و... بهرحال چنانکه یاد کردیم تنقیح مناط را بعضی علمای شیعه نیز جایز میدانند^{۲۶}.
 باین دلیل که اختصاص مزبور که در نتیجه استقراء و سب و تقسیم بدست می آید، در واقع استفاده عرفی از کلام است نه ملاک عقلی و تخریص و تخمین که در روایت قیاس (مانند: حکم الله لایقاس بالعقول) نهی شده گرچه محقق قمی استدلال مزبور را مخدوش می داند^{۲۷}.

اقا استحسان:

در تعریف استحسان (که بیشتر به اجتهاد به رأی نزد اهل سنت معروف است) گفته اند: استحسان عدول مجتهد از قیاس جلی به قیاس خفی است^{۲۸}. یا به تعبیر امام سرخسی در مبسوط: الاستحسان ترک القیاس والاخذ بما هو اوفق للناس.
 بهرحال منظور از استحسان (همچنانکه صاحب قوانین فرماید) عدول از حکم دلیل است به عادت و عرف بعنوان مصلحت اندیشی. مثلاً اگر کسی زمین زراعی خویش را وقف نماید حقوق ارتفاقی^{۲۹} را نیز شامل است. چون استفاده از زمین بدون حقوق مزبور ممکن نیست با اینکه از نظر قیاس، وقف به بیع شبیه است، زیرا در هر دو ملک از تصرف مالک خارج می گردد، ولی میدانیم که در مذهب اهل سنت

۲۶ - رک: معتبر محقق. قوانین الاصول. مبانی استنباط حقوق اسلامی.

۲۷ - صاحب قوانین می فرماید: اقول ان ثبت انحصار العلة من القاطع الخارجی کالاجماع فلا کلام فيه و لکنه خارج عما نحن فيه و الا فیرجع الکلام فی ذالک الی السب و التقسیم و سببونی انه لایفید القطع و لایجوز الاعتماد علیه.

۲۸ - العدول من قیاس و وضحت علته الی قیاس خفیت علته (مدخل الفقه الاسلامی ص ۸۳) نیز رجوع کنید به

المستصفی غزالی.

۲۹ - چون راه آب و راهرو منزل و غیره.

حقوق ارتفاقی در بیع جزو مبیع نیست. همچنین در تعیین و تقدیر متعه (یعنی بخشی که مرد نسبت به زنی که طلاق داده و مهریه برایش تعیین نشده باید بردارد) قول فقیه ملاک است یعنی تعیین آن نیز بنظر مجتهد موکول است. (گرچه در مذهب امامیه، مقدار آن تعیین شده است).

برای استحسان بحديث (ما رأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) استشهد شده است.^{۳۰}

باید دانست که استحسان نزد سه مذهب از مذاهب اهل سنت (یعنی حنفیه و مالکیه و حنبلیه) حجت و مصدر تشریح است ولی شافعیه و ظاهریه آنرا قبول ندارند زیرا چنانکه در تعریف استحسان گذشت استحسان مخالف قیاس جلی است. و آنان مخالفت قیاس را جایز نمیدانند.

اما امامیه چنانکه دیدیم قیاس را چه جلی باشد و چه خفی قبول ندارند. بنابراین استحسان را (که در واقع رجوع به قیاس خفی از قیاس جلی است) از این نظر که مخالف قیاس جلی است ممنوع نمی دانند. و با توجه به اینکه استحسان در مواردی اجراء می شود که نقضی از کتاب و سنت نداشته باشیم، نباید آنرا بطور مطلق مردود دانست. خاصه اگر استحسان را چنانکه حنابله گفته اند بدانیم یعنی عدول از نظائر مسأله بواسطه دلیل خاصی که از کتاب و سنت اخذ شده* یا چنانکه از مالکیه نقل شده است که استحسان عمل کردن به قوی ترین دلیل است (هو العمل با قوی الدلیلین. موافقات شاطبی ص ۲۰۷).

بنابراین معنی استحسان این نیست که مجتهد بدون دلیل و فقط به استناد ذوق

۳۰- رجوع کنید به کشاف اصطلاحات الفنون. نیز به آیاتی از قرآن استشهد شده که بنظر اینجانب ارتباطی به مسأله ندارد مانند آیه: ماجمل علیکم فی الدین من حرج. یا آیه یرید الله بکم الیسر. و آیه الذین یستمعون القول فیتخون احسنه.

• هو العمل بحکم المسأله عن نظایرها لدلیل خاص من کتاب اوسته. (موافقات شاطبی ص ۲۰۵).

وسلیقه شخصی خود چیزی را مستحسن دانسته و حکم نماید. خاصه اینکه ضمن دلائلی که برای استحسان آورده اند بآیه حرج (ما جعل علیکم فی الذین من حرج *) و آیه یسر (یرید الله بکم الیسر ولایرید بکم العسر**) برمی خوریم که مفاد این آیات قاعده ای است که امامیه از آن به قاعده حرج تعبیر نموده و مفاد آن تحکیم و ترجیح موارد حرجی است که از ادله لآخرج استفاده می شود به عنوان حکم ثانوی بر ادله اولیه. و حتی امام (ع) به همین آیه حکم مسح بر روی مراره و زهره گوسفند را به سائل (که مراره را بر موضع مسح پای مجروح خویش قرار داده بود و نمیدانست چگونه در وضوء رفتار نماید) تعلیم فرمودند، و برای توضیح ز تعمیم حکم، به عنوان طرح قاعده ای کلی بیان داشتند که (یعرف هذا و امثاله من کتاب الله: یرید الله بکم الیسر الخ) (رسائل شیخ انصاری). بنابراین می توان قسمتی از مصادیق و موارد استحسان را به قاعده حرج برگردانید چنانکه پاره ای از مسائل آنها بفهم عرف در مقام تقدیم و ترجیح ادله می بایست ارجاع داد مانند تقدیم ظاهر بر اصل در آب و رطوبت صحن حمام ها که با اینکه مورد از مصادیق اصل طهارت است (چه انسان به چشم خود آلودگی آنها به نجاست ندیده است) ولی طبق نظر بعضی فقها می بایست حکم به نجاست آن نمود، زیرا ظاهراً و به نظر عرف، آب صحن حمام به نجاست آلوده است.

خاصه که استحسان را دو نوع نموده اند، استحسان ضرورت و استحسان قیاس و می دانیم که استحسان ضرورت جز قاعده حرج و اخذ به حکم ثانوی چیز دیگری نیست.

• سوره حج، آیه ۷۸.

•• سوره بقره، آیه ۱۸۵.

مصالح مرسله:

این مصدر تشریح (که غزالی آنرا به استصلاح تعبیر نموده) عبارت است از مصالحی که دلیل خاصی بر وجوب رعایت آن یا حرمتش نرسیده باشد و به اصطلاح مقید به قید الزام و یا نفی شارع قرار نگرفته و مرسل ورها از حکم باشد. و در نتیجه فقیه به رأی و سلیقه خویش و با توجه به مصالح شرعی آنرا تصویب نماید.

مصالح شرعی را در پنج جهت محصور نموده‌اند. ۱- حفظ دین ۲- حفظ نفس ۳- حفظ عقل ۴- حفظ نسل ۵- حفظ مال، که اصطلاحاً بمقادیر خمس تعبیر می‌شود^{۳۱}.
مصالح مرسله که مالکی‌ها مبتکر آنند، در واقع یکی از اقسام استحسان است. منتهی با این خصوصیت که استحسان همیشه برخلاف قیاس یا دلیل دیگری است ولی استصلاح یا مصالح مرسله، مراعات مصلحت عمومی یا خصوصی است بدون اینکه به جنبه برخلاف قیاس بودن آن توجه شود.

مثال استصلاح: حکم به انحلال زوجیت بین غائب مفقودالثر و زوجه او است در صورت تقاضای زوجه که طبق مذهب مالکیه به لحاظ مصلحت زوجه چنین حکمی را فقیه صادر نماید. مثال دیگر: منع تصرفات مالی شخص بدهکاری که بدهیش بیش از دارائیش باشد، به دلیل رعایت مصلحت طلبکاران.

خوشبختانه در مذهب شیعه بیشتر مواردی را که فقهای اهل سنت مجبور به دستاویز استحسان و استصلاح شده‌اند به برکت احادیث ائمه اطهار بی پاسخ نمانده، چه به واسطه روایات وارده در موارد مزبور و چه به اخبار کلی و عامی که خود قاعده‌ای چون قاعده عسر و حرج و یا اصل برائت و یا استصحاب^{۳۲} را بوجود

۳۱- رجوع کنید به قواعد شهید.

۳۲- ماجمل علیکم فی الذین من حرج، (مفاد قاعده حرج در استشهادهام). التاس فی سعة مالم یعلموا، (مفاد برائت). لا تنقض الیقین بالشک، (مفاد استصحاب).

می آورد. و با توجه به قواعد مزبور (که از احادیث معصومین اتخاذ گردیده) مصادیق کثیری از موارد استحسان و استصلاح تحت عنوان حدیث و دلیل روائی (که به اتفاق فریقین مصدر تشریح است) قرار می گیرد^{۳۳}.

دلیل عرف و عادت:

غزالی عرف را چنین تعریف کرده است: هو ما استقر فی النفوس و تلقته الطباع السلیمه بالقبول^{۳۴} که مراد از دلیل عرف، عمل مداوم و مستمر مردم و عرف است بطوریکه عادت شده باشد. نه عرف لفظی که به عرف استعمالی مسمی است. زیرا عرف استعمالی که از آن به حقیقت عرفیه نیز تعبیر می شود آنست که لفظ در غیر معنی حقیقی چنان شایع شود که در عرف، همین معنی به ذهن مبادرت نماید. چون لفظ دابه (که لغتاً مطلق جنبه است) در معنی چار پایان و لفظ فقیه (که در لغت بمعنی فهیم و مطلق دانا است) برای عالم به احکام دین بدل.

فقههای شیعه عرف را در تعیین موضوعات، حجت می دانند. باین معنی که در تفسیر موضوع احکام، و تعیین حدود و مشخصات آن مانند جریان عادت در کیلی و وزنی بودن اجناس نسبت به بلاد، یا تعیین (مایدخل فی المبیع^{۳۵}). ولی آنرا برای اثبات حکم تکلیفی دلیل و حجت نمی دانند به عبارت دیگر عرف را از مصادر تشریح نمی شمارند. ولی فقههای عامه مخصوصاً حنفیه عرف را در احکام حجت می دانند. بلکه اگر دلیل عرف با قیاس (که نزد آنان از ادله محکمه است) تعارض نماید. عرف را بر قیاس مقدم می دارند^{۳۶}، مانند سکوت دوشیزه هنگام عقد ازدواج

۳۳ - گرچه قول انقه را چنانکه قبلاً تشریح گردید از لحاظ اهل سنت در شمار احادیث مرسل بدانیم.

۳۴ - المستشفی به نقل از مبانی استنباط ص ۱۸۹.

۳۵ - چون نردبان در فروش منزل و جک ماشین در فروش اتومبیل. و تشخیص فقر در مورد پرداخت زکاة و

سایر وجوه برتبه چون خمس و رده مطالب.

که دلیل رضای وی شمرده می‌شود. یا صحّت بیع معاطات. یا مؤنه کیل و وزن مبیع که به حکم عرف محل می‌بایست بایع یا مشتری عهده‌دار باشد.

از تعریف عرف به (آنچه مورد قبول طبع سلیم است) می‌توان استنباط کرد که قسمتی از موارد دلیل عرف جزء مستحبات است. و خوشبختانه در مورد مستحبات (که به سنن نیز تعبیر می‌شود^{۳۷})، قاعده تسامح در ادلّه سنن، که نزد شیعه و اهل سنت جاری و معمول است، وجود دارد.

این قاعده که از روایات متعددی اخذ شده است^{۳۸} در نظر جمعی از فقهای شیعه حتی در مواردی که مستند روائی ندارد و فقط استناد به نقل فقیه باشد، جاری است.

به علاوه که عرف (البته عرف منتشره) از آن رو که به استصحاب قهرائی (که نزد جمعی از اصولیین معتبر است) به عصر معصوم می‌رسد. چنانچه ردع و منعی از ناحیه معصوم نرسیده باشد، قهراً مورد امضاء و تصویب خواهد بود و مشمول تقریر معصوم است، که در شمار حدیث قرار می‌گیرد. زیرا حدیث چنانکه گفته‌اند عبارت است از: قول و فعل و تقریر معصوم.

بهرحال حکم عرف در صورتی حجت است که به امضای معصوم یقیناً (چنانکه

۳۶ - رجوع کنید به: المدخل الفقهي العام تألیف مصطفی احمد الزرقاء ۱/۱۴۷ (بل انه یترك القیاس اذا عارضه لان القیاس المخالف فی نتیجته للعرف الجاری، یؤدی الی حرج، فیکون ترك القیاس والعمل بمقتضى العرف، هو من الاستحسان المقدم علی القیاس).

۳۷ - گرچه سنن جمع سنت (در مقابل فرائض جمع فریضه) در اصل اموری است که مستند به فعل یا قول معصوم باشد. ولی در فقه به مواردی از سنن برخورد می‌کنیم که مستند روائی ندارد.

۳۸ - این اخبار که بحد استفاضه رسیده است در رساله‌ای که شیخ انصاری در این باره نوشته، استقصاء گردیده. به آنجا و کتب اخبار مراجعه شود. رساله مزبور با رساله مشتق (حاج میرزا حسن آشتیانی شاگرد شیخ) در تهران چاپ سنگی شده است. از جمله این احادیث خبری است که کلینی از حضرت باقر(ع) نقل نموده که فرمود: (من بلغه ثواب من الله علی عمل فعمل ذالک العمل التماس ذالک الثواب اوتیه و ان لم یکن الحدیث كما یلغه).

ثابت شود در زمان معصوم هم معمول بوده مانند عقد فضولی) یا ظناً (اگر استصحاب قهقرائی را حجت بدانیم) رسیده باشد آنهم بعنوان کشف از قول معصوم نه بعنوان عرف نیز در موردی که حکم شارع بچیزی عرفاً ملازم با حکم دیگری باشد مانند حکم شارع به طهارت سرکه ای که از شراب منقلب گردیده که عرفاً ملازم با طهارت خمره ای است که در آن شراب به سرکه مبدل شده است.

شرایع سالفه:

در شمار مصادراتشیرع نزد اهل سنت شرایع انبیاء پیشین و باصطلاح (شریعة من قبلنا) ذکر گردیده. در اصول سرخسی (۷۶/۲) درباره حجیت شرایع سالفه به این آیه استدلال گردیده: اولئک الذین هدی الله فبهدهم اقتده. چنانکه می توان به این آیات نیز استدلال نمود: ان هذا لفی الصحف الاولى صحف ابراهیم و موسی (سوره اعلی آیه ۱۸ و ۱۹). انه لفی زبر الاولین (سوره شعراء آیه ۱۹۶). یؤمنون بما انزل الیک و ما انزل من قبلک (سوره نساء آیه ۱۶۲) و کتبنا علیهم فیها ان النفس بالنفس والعین بالعین (سوره مائده آیه ۴۵). زیرا اگر آنچه در صحف ابراهیم و موسی یا در زبورهای پیغمبرهای پیشین است حجت نمی بود، برای تأیید و تسجیل مضامین قرآن به عنوان شاهد آورده نمی شد. بنابراین می توان گفت آیات مزبور به دلالت التزامی احکام انبیاء پیشین را حجت می شمارد.

ولی چنانچه استدلال مزبور را خالی از اشکال بدانیم، مصادیق شرایع سالفه جز آنچه را قرآن و سنت بازگو کرده نمی توان بطور قطع تعیین نمود. زیرا با توجه به اینکه کتب انبیاء پیش از حضرت موسی از بین رفته است و با علم به اینکه آنچه را به موسی (ع) و پیغمبران بعد از وی نسبت داده اند، تورات نازل بر موسی، یا کتب پیغمبران پیشین، نیست نمی توان احکامی را که در کتب منسوبه به انبیاء سلف

است، احکام الهی دانست. چنانکه آنچه را در تلمود آمده یا پیش یهود معمول است، با توجه به تحریفاتی که قرآن به احبار یهود نسبت می دهد نمی توان مورد اطمینان دانست. بعلاوه که قسمتی از احکام معمول بین یهود استنباطات شخصی احبار آن قوم است، که قهراً برای مجتهد مسلمان اجتهاد و نظریه سایر مجتهدین اسلامی حجت نیست تا چه رسد بقول علمای دیگر ادیان.

آری آنچه را در قرآن یا در سنت نبوی از امام پیشین آورده است، به عنوان شرایع سالفه مورد قبول است. منتهی در اغلب آنها کتاب و سنت، حکم شریعت قبلی را یا به عنوان امضاء، تثبیت و تسجیل نموده است، مانند حکم قصاص: و کتبنا علیهم فیها انّ التمس بالتفس که در قرآن (مائده، آیه ۴۵) و نیز در تورات (جزء احکام ده گانه) آمده و همچنین قسمتی را قرآن از احکام تورات، بالصراحه نسخ نموده، چون احکام شاقه که از امت مرحومه برداشته شده به مدلول: ربنا ولا تحمل علینا اصراً کما حملته علی الذین من قبلنا. (بقره آیه ۲۸۶). علوم اسلامی

بنابراین حکمی که در شریعت ماضی ثابت باشد و اسلام نسبت به آن نفیاً و اثباتاً حکمی نداشته باشد برای ما معلوم نیست. و شاید به همین جهت است که در بیشتر کتب اصولیه اهل سنت و شیعه به بحث در پیرامون این مصدر برخورد نمی کنیم.

والسلام