

# زمینه های ثابت و متغیر در فقه اسلام

زمینه های ثابت و متغیر در فقه اسلام

أحمد واعظي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمه :

ادیان و حیانی عموماً و اسلام خصوصاً بر این نکته پا فشاری می کنند که از جانب خداوند برنامه هدایت و نجات بشر را به ارمغان آورده است.

دین به عنوان مجموعه ای از اعتقادیات، اخلاقیات، دستورات عبادی، آداب معاشرت، قوانین حقوقی و جزاگی، کل انسان را طرف خطاب قرار داده است نه بخشی از انسانها را که در زمان خاصی و در جامعه خاصی زندگی می کنند.

خاتمه رسالت نبوی صلی الله علیه وآلہ و جاودا نگی دین مبین اسلام اقتضا می کند که پیام هدایت او مختص به زمانی خاص و مکانی خاص نباشد و خوش چینی از خر من دین تیول معاصرین عهد رسالت و

انسانهای قریب به آن عصر نباشد، بلکه این چراغ هدایت فروزنده طلمت بشریت تا همیشه تاریخ باشد.

واقعیت این است که بشر در سیاست و اقتصاد و فرهنگ و علایق و روابط خود همواره بر طریقه یکسانی مشی نمی‌کند.

—(348)—

مناسبات اجتماعی و آداب و سنت و شکل تولید و توزیع منابع اقتصادی و اشکال حکومت، هر از چندگاهی جای خود را به شیوه‌ها و به نظمات و روابط جدید می‌دهند، گویی جامعه‌ای جدید و انسانها بی‌جديد متولد شده است.

این جاست که این پرسش کلامی رخ می‌نماید که چگونه ممکن است که دینی قریب پانزده قرن پیش با مضمون و محتوا‌یی مشخص پا به عرصه وجود گذارد و برای این همه جوامع مختلف و کاملاً متفاوت و انسانهای متفاوت در اندیشه و روابط و سلایق، پیام هدایت و رستگاری داشته باشد و آنها را دعوت کند که خود و جامعه شان را بر طبق آن تنظیم کنند و از حدود و مقررات و مضمون و محتوای او تخطی نکنند؟

بر خلاف تصوّر سطحی، این شیوه صرفاً جانب تشریعي دین (فقه) را هدف نگرفته است، بلکه دامنه آن نواحی مختلفی را شامل می‌شود که ذیلاً به برخی از آنها اشاره می‌کنیم:

الف – عدم ثبات معرفت دینی.

ب – عدم نسبیت اخلاق.

ج – جهانی نبودن زبان دین.

د – عدم انطباق شریعت و فقه با همه جوامع: این محذور آنگاه قوّت می‌گیرد که معتقد باشیم دین صرفاً در محدوده عبادات و روابط دو جانبی انسان و خدا خلاصه نمی‌شود و در تمام شؤون اجتماعی و اقتصادی بشر برنامه و سخن دارد.

پیچیدگی روز افزون جوامع این امکان را بدست نمی‌دهد که دینی مدّعی باشد برای همه جوامع با هر

ساختار و روابطی برنامه دارد و روابط مختلف حقوقی آن را تنظیم می کند.

پاسخ تفصیلی به هر یک از این شباهات فوق مجال واسعی را می طلبد. نوشتة

\_(349)\_

حاضر به بررسی شباهه اخیر اختصاص دارد، یعنی می کوشیم نشان دهیم که در فقه اسلامی چه اهرمها و عناصری تعبیه شده است که به کمک آنها می توان حاکمیت فقه را در همه جوامع و در همه زمانها تثبیت کرد و نظام حقوقی اسلام را تنظیم کرده، روابط حقوقی همه جوامعی دانست که بخواهند در سایه حاکمیت دین و شریعت اسلامی زندگی کنند، بدون این که هیچ ضعف و فتوری در این نظام حقوقی مشاهده شود.

ابتدا نشان خواهیم داد که یک نظام حقوقی برای این که مختص به یک برهه از زمان و یک جامعه خاص نباشد و منطبق با مقتضیات جوامع متتحول باشد با چه مشاکل و معصلاتی رو برواست و از چه ویژگیها یعنی با یستی برخوردار باشد.

آنگاه به سراغ مکتب فقهی اهل سنت خواهیم رفت و عناصری که در نظام فقهی آنها برای تطبیق دادن فقه اسلامی با تغییرات زمان و مکان تعبیه شده است را خواهیم شناخت و سپس همین بررسی را در فقه شیعی خواهیم داشت.

این نکته شایان ذکر است که تحقیق همه جانبه ابعاد این بحث خارج از حوصله یک مقاله است. لذا سعی می کنیم مروری تحلیل گونه و حتی المقدور مستند، به این مباحث داشته باشیم و در عین اختصار، نقاط کلیدی و حساس بحث را متعرض شویم.

طرح مسئله

نتیجه قهری و طبیعی تحوّل جوامع و پیدایش مناسبات و روابط نوین فردی و اجتماعی و اقتصادی، پیش رو نهادن سه معضله در قبال هر نظام حقوقی و بویژه شریعت است.

1 - مسئله خلاء قانونی: تحوّل جوامع، موضوعات کاملاً جدیدی را مطرح می کند

که نص و قانونی پیرامون آنها وجود ندارد، لذا لازم است که این واقعیت در شریعت، پیش بینی شده باشد و راهی برای یافتن حکم این موارد داشته باشد.

2 - ظهور موانع اجرایی در راه عملی کردن برخی قوانین و احکام پیش بینی شده و منصوص: مواقعي پیش می آید که پا فشاری و اصرار بر حفظ برخی احکام و قوانین، ناسازگار با مصالح جامعه و نظام اسلامی باشد.

فقهی می تواند مدّعی پویایی و تحرّک در همه اعصار باشد که این قابلیت انعطاف در آن موجود بوده و بتواند از این احکام صرف نظر کند.

3 - اعتنا به تبدّل موضوعات و مفاهیم: تغییر عرف و عادت و تغییر روابط و مناسبات گاه باعث می شود که موضوع حکم سابق به موضوع جدیدی مبدل شود و در نتیجه حکم جدیدی را طلب کند.

یک نظام حقوقی زنده با یستی بدقت این تغییرات موضوعی را در نظر داشته باشد و بر حفظ قالب خاص جمود نداشته باشد. نمود بارز دخالت دو عنصر زمان و مکان در اجتهداد در این قسم اخیر آشکار می شود.

نادیده گرفتن سه معضله فوق یا بمعنای این است که جامعه ایستا و غیر متغیر است و یا بمعنای مقاومت شرع در قبال این تغییرات و نا مشروع داشتن هرگونه تغییری در بستر اجتماع. اوّلی انکار مسلم واقعیات موجود است و دوّمی کهنه گرایی و جمود که ثمره اش منزوی ساختن دین از متن جامعه بشری می باشد؛ این سه معضله بطور یکسان حساسیت فقهای مسلمان را به خود جلب نکرده است.

مشکل اوّل برای اکثریت قریب به اتفاق آنها مطرح بوده امّا دو مشکل دیگر یا برای عدّه ای اصلاً مطرح نبوده و یا کمتر حساسیت آنها را به خود جلب کرده است.

واقعیت این است که به لحاظ تاریخی، اهل سنت خیلی زودتر از شیعه با مشاكل

سه گانه فوق رو برو شدند. سر<sup>۳</sup> این سبقت در دو نکته اساسی زیر نهفته است:

الف – کمبود نصوص شرعی.

ب – درگیر بودن مستمر با مسأله اداره جامعه و اعمال حاکمیت سیاسی.

کمبود نص شرعی خود معلول دو امر است:

۱ – اعتقاد کلامی اهل سنت پیرامون اهل‌البیت و عترت رسول ﷺ صلی‌الله‌عَلَیْهِ وَاٰلِهٖ وَسَلَّمَ که بر خلاف شیعه آنان را بیان کننده واقعی احکام ﷺ نمی‌دانند بلکه به اعتقاد آنان، ائمه شیعه مجتهدینی مانند سایر مجتهدها می‌باشند.

۲ – منع از کتابت حدیث در دهه های اول پس از رحلت پیامبر صلی‌الله‌عَلَیْهِ وَاٰلِهٖ وَسَلَّمَ به خاطر برخی مصلحت اندیشی‌ها. کتابت جدی احادیث تا اواسط قرن دو<sup>۴</sup> هجری به تأخیر افتاد. دور بودن مناطقی نظیر عراق «که مهمترین نقطه اوج گیری اجتهاد به رأی است» از مهیط وحی و کانون حدیث یعنی مدینه باعث محروم ماندن فقهای آن جا از سماع حدیث از مشایخ و در نتیجه کمبود مضاعف حدیث و نص شرعی می‌شد.

صرف نظر از این سبقت تاریخی می‌توان مدعاً شد که هر دو مكتب فقهی «سنّی و شیعی» پاسخ این سه معضله را در یک نکته یا فتنه و آن مسأله اجتهاد و وظایف مجتهد بود؛ در نظر هر دو مكتب مجتهد است که با اجتهاد خود موانع موجود بر سر راه انطباق فقه با مقتضیات هر عصر و زمانه را بر طرف می‌کند.

اختلافی که هست در شیوه اجتهاد و عناصر به کارگرفته شده توسط هر مجتهد و اعتبار و حجت این عناصر و روشهاست.

پس از روشن شدن اصل مسأله سعی می‌کنیم که نحوه برخورد فقهای اهل سنت با این سه معضله را بررسی و ارزیابی کنیم و سپس به بررسی نحوه پاسخگویی فقه شیعه به این سه مشکل بپردازم.

در بررسی آراء و مشرب فقهی فقهای اهل سنت با دو گرایش عمدۀ و کاملاً متفاوت رو برو می شویم:

1 - مجتهدینی که معتقدند اساساً مسأله ای به نام فقدان نص و خلاء قانونی وجود ندارد و نیازی به اعمال رأی و اجتهاد در کار نیست و فقط با یستی حکم حوادث را از روی نصوص به دست آورده.

2 - کسانی که معتقد به فقدان نص می باشند و معتقدند که نصوص شرعیه مطابقت کامل با همه حوادث و موضوعات ندارد، لذا با یستی مجتهد با اعمال رأی و اجتهاد به طرقی که مشروع است حکم شرعی آن وقایع را به دست آورده.

نزاعی که بر سر حجّیت و اعتبار قیاس بین آنان درگرفت، شاهد روشن این اختلاف است، چرا که عمل به قیاس، مصدق بارز و رأس عمل به رأی و اجتهاد به رأی است و مدافعين عمل به رأی (چه قیاس و چه غیر آن) در کنار ادلة قرآنی و روایی که بر صحت مدّعای خود می آورند، به مسأله کمبود نص و تناهی نصوص و عدم تناهی حوادث و وقایع استدلال می کنند. به دو نمونه زیر توجه کنید:

«لا يخفي أنّ نصوص الكتاب والسنة محدودة متناهية والحوادث الواقعه والمتوقعة غير متناهية فلا سبيل إلى اعطاء الحوادث والمعاملات الجديدة منازلها واحکاماها في فقه الشريعة الا» من طريق الاجتهاد بالرأي الذي رأسه القیاس» (۱).

در «فواتح الرحموت» نظیر همین استدلال برای حجّیت مصالح مرسله آورده شده است:

«لو لم تعتبر المصالح المرسلة لخلّت الواقعه من الاحکام و هو باطل

---

1 - علامه مصطفی زرقاء، المدخل الفقهي العام 1: 74.

-(353)-

فوجب قبولها» (۱).

در مقابل، کسانی که مخالف عمل به رأی و در رأس آن قیاسند، در کنار ادله ای که بر ابطال قیاس می آورند، بر این نکته که آنچه مورد نیاز است در نصوص بیان شده، تأکید می ورزند؛ شاهد این تأکید تمسک به آیاتی است که ظاهرش این است که آنچه مورد نیاز است بیان شده و راهی برای قیاس و امثال آن باقی نمانده است:

...وَزَرَّ لِذَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبَّعْ يَاءَ لِكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى  
لِتُمُسْلِمِينَ(2)، ... مَا فَرَّ طِذَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ثُمَّ إِلَى رَبِّهِمْ  
يُحْشَرُونَ(3)، وَمَا أَخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ذَلِكُمُ  
اللَّهُمَّ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكِّلْتُ وَإِلَيْهِ أُرْتَبِبُ(4).

این قیم جوزی در «اعلام الموقعين» این اعتقاد از معتقدین به قیاس را که نصوص شرعی به بیان همه احکام مورد نیاز وفا نمی کنند، مورد سرزنش قرار می دهد.

«وَ امّا اصحاب الرأي والقياس فما زَهُم لِمَا لَا يَعْتَنِوا بِالنَّصْوصِ وَلَمْ يَعْتَقِدوْهَا وَافْتَهُهَا وَالْحُكْمُ  
لَهَا وَغَلَاثُهُمْ عَلَيْهَا لَمْ تَفْتَعِلْ مُعَاشرُهُمْ فَوَسَعُوا طَرْقَ الرأي والقياس وَقَالُوا بِقِيَاسِ السَّنَةِ وَعَلَّقُوا  
الْحُكْمُ بِاُوْصَافٍ لَا يَعْلَمُ اَنَّ الشَّارِعَ عَلَّقَهَا بِهَا ... فَكَانَ خَطْوَهُمْ مِنْ خَمْسَةِ أَوْجَهٍ، أَحَدُهُمْ قَصْوَرُ النَّصْوصِ  
عَنْ بَيْانِ جَمِيعِ الْحَوَادِثِ»(5).

طبق نظر اینان نصوص شرعی حکم همه وقایع را بیان کرده اند، برخی را به نص خاص و بقیه را در قالب عمومات و اطلاقات، لذا جایی برای اجتهداد به رأی و داخل کردن عنصر جدید در استنباط و اجتهداد باقی نمانده است.

لازم به ذکر است که ایشان در مواردی که هیچ نصّی وجود ندارد چه عام وچه نص خاص به برائت اصلیّه تمسک می کنند.

1 - فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت 2 : 266.

2 - سوره نحل: 89.

4 - سوره شوري : 10

5 - اعلام الموقعين 1 : 349.

\_(354)\_

برایت اصلیّه در نظر آنان قاعده است؛ نه اصل عملی، یعنی بیان کننده حکم واقعی فعل است؛ نه حکم ظاهري و اصل عملی که صرفاً مکلّف را از حالت شک بدر آورده.

لذاست که می بینیم برخی از مخالفین قیاس، طن<sup>۱</sup> ناشی از قیاس را معارض طن<sup>۲</sup> ناشی از برایت اصلیّه می گیرند و این بیان‌نگر اماره بودن برایت اصلیّه است، اماره ای که حجیّت و اعتبار آن مسلم است.

«آن<sup>۳</sup> البرائة الاصلية معلومة والحكم الثابت بالقياس امّا أن يكون على وفقا البرائة الاصلية أولا على وفقها فان كان على وفقها لم يكن في القياس فائدة، وان كان على خلافها كان ذلك القياس معارضاً للبرائة الاصلیّة، لكن البرائة الاصلیّة دليل قاطع والقياس دليل ظنّی، والظنّی اذا عارض اليقیني، كان الظنّی باطلأ<sup>۴</sup> فيلزم كون القياس باطلأ»(۱).

علی رغم دیدگاه محتاطانه کسانی نظریر ابن حزم در «ابطال القياس» و ابن قید<sup>۵</sup> جوزی در «اعلام الموقعين» که شدیداً از کفایت نصوص دفاع می کنند، اکثریت اهل سنت<sup>۶</sup> مدافع نظریه کمبود نص و خلاقانوی و لزوم اجتهاد به رأی هستند، لا اقل به قیاس معتقدند ولو به سایر طرق مبتنی بر رأی بی اعتماد باشند.

مثلاً مؤلف كتاب «مسلم الثبوت»، شیخ محب ابن عبدالشكور از آن زمره است:

«قالوا لو لم تعتبر المصالح المرسلة لخلافة الواقع من الأحكام وهو باطل فوجب قبولها قلنا نمنع الملازمة لأن<sup>۷</sup> العمومات من الكتاب والسنة والاقيسة المأخوذة من المؤثرات والملائمات عامة للواقع كلها على ما يظهر بالاستقراء»(۲).

در میان فقهای اهل سنت کسانی که معتقدند فقدان نص و لزوم اجتهاد به رأی حتی در زمان رسول ﷺ نیز وجود داشته و خود ایشان نیز اجتهاد به رأی

---

1 - المحمول، امام فخر رازی 2: 295.

2 - مسلم الثبوت 2: 266.

-(355)-

می کرده اند و گروهی حتی نوع این اجتهاد به رأی را تعیین کرده و آنها را از نوع قیاس دانسته اند.

«يجوز لنبيّنا أن يحكم باجتهاده فيما لم يوح اليه فيه، ذكره القاضي أبو يعلي وابن عقيل وابو الخطاب و أوما اليه احمد»(1).

«ثبت أنَّ النبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ اجتهد في الاحكام وهو في حَقَّهِ قياسٌ فقط» (2).

با توجه به این که اکثریت مذاهب فقهی اهل سنت را معتقدین به اجتهاد به رأی تشکیل می دهند، لذا سعی می کنیم راههای عملی ارائه شده توسط آنان را برای غلبة برخلاع قانونی و فقدان نص اشاره کنیم، ولی مناسب است که قبل از تعریض به این راهها و میزان کارآیی آنها، جایگاه و شأن مجتهد را در این مکتب فقهی روشن سازیم.

جا یگاه و شأن مجتهد

ابو اسحاق الشاطبی می گوید: «المفتی قائم في الأمة مقام النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ»(3).

برای این قائم مقامي سه جهت را ذکر می کند:

الف: وراثت در علم شریعت به وجه عام (ان<sup>۳</sup> العلماء ورثة الانبياء).

ب: ابلاغ شریعت به مردم و تعلیم جاہل و انذار آنها.

ج: کوشش در راه استنباط احکام در آن مواردی که محل<sup>۴</sup> استنباط است.

در توضیح شأن و جهت سوم مفتی، علامه شاطبی تفسیری ارائه می دهد که بر اساس آن شأن مجتهد اطلاع و درک حکم مجعل شرعی نیست بلکه شأن شارعیّت و انشاء حکم دارد.

---

1 - ابن تیمیه در المسودة: 507.

2 - مسلم الثبوت 2: 367.

3 - المواقفات 4: 244.

\_(356)\_

«ان<sup>۵</sup> المفتی شارع من وجه لان<sup>۶</sup> ما يبلّغه من الشريعة امّا منقول عن صاحبها وامّا مستنبط من المنقول فالاوّل يكون فيه مبلّغاً والثاني يكون فيه قائمًا مقامه في انشاء الاحکام وانشاء الاحکام ازّما هو للشارع»(1).

در جای دیگر می گوید:

«فالمفتي مخبر عن اه كالنبيّ» وموقع للشريعة على افعال المكلفين بحسب نظره كالنبيّ صلّى الله عليه وآله و نافذ أمره في الامّة بمنشور الخلافة كالنبيّ و لذا سمّوا اولى الامر»(2).

مراد شاطبی از انشاء و شارع بودن مجتهد این است که در موارد فقدان نص و اجماع، ما راهی برای کشف جعل و وضع شارع نداریم و مجتهد نمی تواند خبر از جعل شارع بددهد چرا که هیچ ابراز و اخباری نسبت

به حکم واقعی صورت نپذیرفته است.

تنها را هی که برای مجتهد باقی می‌ماند این است که با پی بردن به مقاصد شرع و مصالح و مفاسدی که شارع مقدس در شریعت به آنها التفات دارد، حکمی مطابق با مقاصد شرع جعل کند و به این وسیله هم خلاًقا نونی پر شده است و مردم از تحریر بیرون آمده اند و هم جانب شرع و مقاصد آن رعایت شده است.

بنا بر این کلیه طرق اجتهاد به رأی نظیر عمل به قیاس و مصالح مرسله واستحسان بی ارتباط به مقاصد شرع نیستند و بخاطر همین جهت است که مجتهد به کسی می‌گویند که حائز دو وصف باشد:

1 - بطور کامل بر مقاصد شرع مطلع باشد.

2 - تمکن از استنباط داشته باشد یعنی معرفت به کتاب و سنت و مواضع اجماع و شرایط قیاس و علوم عربیّت و ناسخ و منسخ و حال روات داشته باشد و به نظر شاطبی دوّ می‌خادم اوّلی است و همچون و سیله ای است برای مطلوب اصلی که همان درک

---

1 - الموافقات 4 : 246 - 245 .

2 - الموافقات 4 : 246 - 245 .

-(357)-

مقاصد شرع است (1).

علامه شاطبی تأکید می‌کند که هر مصلحتی نمی‌تواند منشأ حکم و انشای مجتهد واقع شود بلکه با یستی موافق مقاصد شرع باشد.

«لا يقال يلزم على هذا اعتبار كل مصلحة موافقة لمقصد الشارع أو مخالفة وهو باطل لازماً نقول لابدّ من اعتبار الموافقة لمقصد الشارع لأنّ المصالح إنّما اعتبرت مصالح من حيث وضعها الشارع كذلك»(2).

معتقدین به اجتهاد به رأی در این کبری که بر اساس مقاصد شرع می توان حکم کرد نزاعی ندارند.

نزاعی که بین آنها در گرفته در نحوه ادراک و وصول به مقاصد شرع است؛ گروهی صرفاً مقاصدی را که از طریق نصوص شرعی یعنی کتاب و سنت و اجماع بدست آید، معتبر می دانند و گروهی دیگر دایره را وسیعتر دانسته و برخی مصالح و مقاصد را به شارع نسبت می دهند، با این که هیچ نص مخصوص و مستقیمی در این زمینه وجود نداشته باشد.

به تبع محمد غزالی در «المتصفی»، اصولیون اهل سنت مقاصد شارع در میان خلقوش را که اساس تکالیف شرعیه اوست به سه مقصد ضروری، حاجّی و تزیینی (تحسینی) تقسیم می کنند. مقاصد ضروری پنج طایفه هستند: حفظ دین و جان و نسل و مال و عقل. این ضرورات پنجگانه در هر ملتی مقصود و مطلوب است. حاجیات آن مصالح و مقاصدی است که ضروری نمی باشد ولی ازباب توسعه ورفع نیاز مندیها و پرهیز از حرج و مشقت منجر به فساد، مراعات آنها مطلوب و لازم است.

تحسینیات آن مقاصدی هستند که ضروری و مورد حاجت نیست لکن نوعی

---

1 - الموافقات 4 : 107 .

2 - الموافقات 1 : 41 .

-(358)-

كمال و زينت و حسن تلقّي مي شود.

از آنجه گذشت بخوبی آشکار می شود که اجتهاد به رأی و تشریع احکام بر اساس اجتهاد، مبتنی بر سه پیش فرض است:

1 - عدم کفایت نصوص شرعی به کل نیازمندیها .

2 - تمام تکالیف شرعیه و تشریع دین برای محافظت از مقاصد سه گانه است.

3 - ما می توانیم به مقاصد شریعت پی ببریم - حتی اگر نص خاصی راجع به آن مقصد وجود نداشته باشد؛ البته این «حتی» راجع به مجتهدینی است که فراتر از قیاس، به رأی اعتنا می کنند و مصالح مرسله و استحسان را نیز حجت می داند .-

هما نگونه که پیش فرض اوّل با مخالفتهاي شدیدي رو برو بود، در مورد دو پیش فرض ديگر نیز مشکلاتي وجود دارد.

این که شارع در کل شریعت قصد محافظت از قواعد و مقاصد سه گانه (ضروریّه و حاجیّه و تحسینیّه) دارد، اصلی از اصول شریعت است، لذا با يستی به طریق قطعی صحتش اثبات شود و ظنّ کفايت نمی کند.

شاطبی اعتراف می کند که دلیل شرعی قطعی برای اثبات این مدّعا در دست نداریم و دلیل عقلی نیز به درد نمی خورد، چرا که مطلوب ما این است که راهی برای عقل در احکام شرعی پیدا کنیم و این راه را با يستی نقل باز کند نه عقل و در نهایت ادّعای نوعی بداهت و یقین می کند.

«و عند ذلك يصعب الطريق إلى اثبات كون هذه القواعد معتبرة شرعاً بالدليل الشرعي القطعي، وإنّما الدليل على المسألة ثابت على وجه آخر هو روح المسألة و ذلك انّ هذه القواعد الثالث لا يرتاب في ثبوتها شرعاً أحد ممّن ينتمي إلى الاجتهاد من أهل

—(359)—

الشرع وأنّ اعتبارها مقصود للشارع ودلیل ذلك استقراء الشريعة»(1).

به هر حال پیش فرض سوم یعنی ادعای امکان درک مقاصد شرع وحیطة آن، محور اصلی منازعاتی است که در زمینه حجّیت و اعتبار طرق مختلف اجتهاد به رأی در گرفته است. کسانی که حیطة وسیعی برای امکان درک مقاصد شرع معتقدند، به سه طریق اجتهاد به رأی یعنی قیاس و مصالح مرسلة واستحسان رو آورده اند وکسانی که حیطة درک را مضیّق می دانند، فقط به حجّیت قیاس آن هم باشرط خاصی ملتزم شده اند.

مذاهب فقهی معتقد به دخالت داشتن رأی در استنباط حکم شرعی، این دخالت را در ابزارهای سه گانه فوق متبلور دیده اند و در میان آنها قیاس از اهمیت بیشتری برخوردار است، به گونه ای که اعتبار بقیه در طول اعتبار قیاس است. لذا رد و انکار حجیّت قیاس، رد و انکار حجیّت مرسله و استحسان را در پی خواهد داشت.

قبل از هر گونه بحثی پیرامون این عناصر مناسب است به تعریف مختصی از آنها بپردازیم، چرا که از مشکلات برخی از آنها، ابهام مفهومی و روشن نبودن دقیق مراد از این اصطلاحات است.

قیاس عبارت است از سرایت دادن حکم اصل به فرع بخاطر وجود جهت جامع بین آن دو، مراد از اصل آن موردي است که حکم آن بواسطه نص خاص یعنی کتاب یا سند<sup>۱</sup> و یا اجماع، بیان شده باشد و مراد از فرع، آن واقعه ای است که حکم آن را نمی دانیم و منظور از جامع، علّت و وصفی است که مجتهد آن را مناط حکم یا

---

1 - المواقفات 2 : 51.

-(360)-

مصلحت آن می داند.

عمدة کسانی که به قیاس عمل می کنند، لازم می دانند که اعتبار این وصف و علّت نزد شارع اثبات شده باشد ولی برخی از افرادی<sup>۲</sup>ون معتقدند که صرف مشابهت بین اصل و فرع کفايت می کند و احرار علت مشترک و اعتبار آن، لازم نیست(۱).

اگر دلیل قطعی بر اعتبار آن وصف و علّت در دست باشد، آن قیاس مستنبط العلّة خواهد بود و چنین علّتی به «مناسب مؤثر» موسوم است و اگر به دلیل ظنّی اعتبارش ثابت شود، علت و وصفش به «مناسب ملائم» موسوم است و اگر دلیلی بر عدم اعتبار آن وصف در دست باشد، به آن وصف «مناسب ملغی و یا

مصلحت ملغی» گویند.

برای مصالح مرسله تعاریف مختلفی عرضه شده است نظیر:

«مصالح مرسله مصلحتی است که در شرع نصّی بر اعتبار آن نباشد، نه نصّ خاص و نه نصّ عام»(2).

«مصالح مرسله عبارت از جلب منفعت و یا دفع ضرر است به گونه ای که مقاصد شرع حفظ شود»(3).

«هي التي لم يشهد لها اصل شرعي من نص أو اجماع لا بالاعتبار ولا بالالغاء وذلك لجمع المصحف وكتابته»(4).

تعریف اخیر جامعتر است، چرا که مصالح مرسله مانند قیاس، نوعی تشریع حکم بر اساس درک مقاصد شرع است با این تفاوت که در قیاس، مقصد شرع بواسطه دلالت دلیل خاصی از نص یا اجماع به دست می آید و در مصالح مرسله نص و دلیل خاصی در

---

1 - ابن فیم جوزی در اعلام الموقعين 1: 25 – 26.

2 - المدخل الفقهي العام استاد مصطفی زرقاء 1: 98.

3 - مدخل الفقه الاسلامي استاد محمد سلام مذکور: 93.

4 - الموافقات ابو اسحاق الشاطبی 1: 38.

-(361)-

کار نیست و از طرفی هر دو در این نکته مشترکند که آن مقصد و مصلحت از روی تشهی نیست و ملایمت با شرع دارد و این ملایمت در قیاس، به دلیل خاص فهمیده می شود و در مصالح مرسله از مجموعه ای از ادلّه که هیچ کدام به تنها بی دلالت خاص بر آن مورد ندارند ولی از مجموع آنها معتبر بودن آن مقصد

نرد شرع استفاده، ملايمت باشு فهمیده مي شود.

امام محمد غزالی در «المستصفی» از مصالح مرسله به «مرسل ملایم» تعبیر می کند که دقیقاً مرداس توضیح فوق است، یعنی مصلحتی که مناسب - دلیل خاص قطعی یا ظن<sup>۱</sup> بر اعتبار آن وجود ندارد - نیست بلکه مرسل است و ملایم است یعنی توسط شرع ملغی نشده است و از ادله ای که تعدادش معین نیست، موافقتش با مقاصد شرع به دست می آید (۱).

این تفسیر از مصالح مرسله، آن را به قیاس بسیار نزدیک می کند و تنها فرقشان در این می شود که علت حکم در قیاس از نص خاص به دست می آید و در مصالح مرسله از ادله ای که لاحصر لها.

هر مصلحت مرسل ملایمی را نمی توان ملاک تشریع حکم قرارداد بلکه معتقدین به آن، ضوابط و شرایطی را قرار داده اند.

مثلاً<sup>۲</sup> نظر غزالی مصالح مرسله باید سه شرط داشته باشند تا معتبر شوند:

- 1 - ضروری باشند؛ یعنی از نوع مصالح و مقاصد حاجیّات و تحسینیّات نباشند.
- 2 - قطعی باشند و ظن<sup>۳</sup> نباشند.
- 3 - کلی باشند و موردي نباشند (۲).

شاطبی برای اخذ به مصالح مرسله سه شرط قرارداده است:

---

1 - المستصفی 2 : 311 – 310 .

2 - المستصفی 2 : 295 .

1 - داخل در مقاصد عاشه شریعت باشد.

2 - در معاملات باشد؛ نه در عبادات.

3 - به ضروریات و حاجیات مربوط باشد؛ نه به تحسینیات.

شرط دوم به خاطر تأکیدی است که محققین اهل سنت بر تعبد<sup>۳</sup> بودن ابواب عبادات و معقوله المعنی نبودن آنها دارند و اصرار دارند که در حقوق اجتماعی و ابواب معاملات است که باستی به معنا و مقصد و علل وجودی احکام توجه کرد و حکم موارد غیر منصوص را به کمک آنها به دست آورد.

در تعریف استحسان، اختلاف نظر فراوان است، لذا در رد<sup>۴</sup> و قبول آن تنازع بیشتری است. ذیلاً به برخی از این تعاریف اشاره می‌کنیم:

1 - العدول عن قياس إلى قياس أقوى.

2 - تخصيص قياس بأقوى منه.

3 - العدول عن حكم الدليل الى العادة لمصلحة الناس.

4 - ابن الانباري، استحسان را عبارت از استعمال مصلحت جزئی در یک قیاس کلی می‌داند، از این رو استدلال مرسل را بر قیاس مقدم می‌کند.

ابو اسحاق شاطبی استحسان را چنین تعریف می‌کند:

«استحسان در مذهب مالک،أخذ به مصلحت جزئی در مقابل دلیل کلی است و مقتضای آن مقدم داشتن آن مصلحت جزئی (استدلال مرسل) بر قیاس است. کسی که استحسان می‌کند به صرف ذوق و هوس خود تکیه نمی‌کند بلکه به مقصد شارع که در نظایر و امثال این مورد (بطور في الجملة وجود دارد) توجه می‌کند؛ نظیر مواردی که قیاس، حکمی را اقتضا می‌کند امّا عمل بر طبق قیاس از جهت دیگری موجب فوت

مصلحتی و یا جلب مفسده ای می شود»<sup>(1)</sup>.

بر طبق این تعریف استحسان عبارت از تخصیص زدن قیاس و نقص علّت آن است، ولی از کلمات برخی دیگر از فقهای مالکیه به دست می آید که تخصیص عمومات به واسطه مصلحت و نظر به مآلات احکام نیز استحسان است.

«الاستحسان عندنا و عند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين فالعموم إذا استمر والقياس إذا اطرد، فإنَّ مالكاً وابا حنيفة يربان تخصيص العموم بايٌّ دليلاً كان من ظاهر أو معنى ويستحسن مالك أن يخصّ بالمصلحة ويستحسن أبو حنيفة أن يخصّ بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس ويربان معاً تخصيص القياس ونقص العلة ولا يري الشافعي لعلّة الشرع إذا ثبت تخصيصاً»<sup>(3)</sup>.

طبق این بیان تفاوت استحسان مالک با استحسان ابو حنیفه، در تقیید مالک به تخصیص زدن قیاس و عمومات با توجه به مصلحت و مال احکام و مقاصد شرع است ولی ابو حنیفه حاضر است که بواسطه قول یکی از صحابه، عموم یا قیاسی را تخصیص بزند.

محمدانی در کتاب «فلسفه التشريع» سعی می کند که هم استحسان و هم مصالح مرسله را به عنوان ابزار تخصیص قانون کلی (که چه از عموم و چه از قیاس به دست آمده باشد) در موارد خاص حرجی و ضرری قرار دهد.

احکام شرعی عمومیّت دارد، ولی همین صفت عمومیّت به هنگام تطبیق حکم با مصاديق خود گاهی مایه حرج می گردد و افراط در تمسک به قانون، موجبات زیان و ستم را فراهم می سازد... از این رو مراجعات نکردن قوانین کلی در موارد استثنایی برای رفع زیان و دفع مشقت است.

---

1 - المواقفات 4 : 206.

2 - ابن العربي در کتاب احکام القرآن.

فقهای حنفی در این موارد به استحسان و مالکی‌ها به مصالح مرسله متوصل شده‌اند – اگرچه امثال غزالی مخالفت کرده‌اند – ولی جمهور فقیهان آن را پذیرفته‌اند و کتاب و سند<sup>۱</sup> و پیشینه‌های عمر بن خطاب را مستند قرار داده‌اند.

آیا تی نظیر ۲۰۰۰ و مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ۝ و حدیث شریف «الدین یسر أحب الدّین عند الـ الحنفیة السمحۃ» شاهد بر جواز تخلّف از قاعده کلی در برخی مصادیق هستند(۱).

طبق این تحلیل تخصیص در موارد مصالح مرسله و استحسان از باب تخصیص حکم اوّلی بواسطه طرح حکم ثانویه است نه تخصیص یک عام لفظی به دلیل لفظی مخصوص.

ارزیابی راههای سه گانه

صرف نظر از منازعات فراوانی که در قبال حبیّت و اعتبار این راهها وجود دارد، باید اعتراف کرد که به کمک آنها می‌توان به معضل اوّل یعنی خلاء قانونی غلبه کرد و به فقه این امکان را داد که تحت هیچ شرایطی دچار بن بست نشده و متناسب با شرایط و با تکیه به عنصر و مقاصد شرع، به تقوین و تشریع حکم وقایع حادثه و متعدده بپردازد.

تمسک به این سه راه با سه ابهام و اشکال اساسی روبروست که دو تای اوّل آن عام است و بر هر سه تطبیق می‌شود و اشکال سوّم مختص به برخی از آنهاست.

در این جاسعی می‌کنیم بطور مجمل به این ابهامها اشاره داشته باشیم و بحث مستوفاً پیرامون آنها از دایرة این مقاله خارج است.

۱ - اگرچه عمدة طرق و ابزاری که در راه استنباط حکم شرعی به کار گرفته

می شوند، مفید طن<sup>۳</sup> به حکم شرعی هستند و برای مجتهد قطع و یقین آور نمی باشند و به اصطلاح اصولی، «اماره» می باشند، لکن به اعتقاد علمای شیعه و عده<sup>۴</sup> ای از علمای اهل سنت، حجیّت و اعتبار این ابزار و طرق با یستی به طریق یقینی و قطعی احراز و اثبات شود و طن<sup>۳</sup> به حجیت کفایت نمی کند.

حجیت ابزارهای سه گانه ای که معتقدین به منبع بودن رأی در استنباط حکم شرعی به آن متولّ می شوند، هیچ کدام بطور قطعی ثابت نشده است.

قياس که شایعترین و قویترین آنها است (تا جایی که برخی اجتهاد به رأی را مراد ف عمل به قیاس می گیرند و معتقدین به اجتهاد نبی صلی اللہ علیہ وآلہ وسلم به آن را به رسول صلی اللہ علیہ وآلہ وسلم منتبّ می کنند) نیز با این مشکل رویرو است و معتقدین به آن به طن<sup>۳</sup> بودن دلیل اعتبار قیاس معترفند.

امام فخر رازی سعی کرده است که با این ادعا که جواز عمل به قیاس مساله ای عملی است نه علمی، از این اشكال و ابهام رهایی یابد:

«قوله: المسألة علميّة قطعيّة فلا يجوز اثباتها بدليل طنّى.

قلنا: لا نسلام أرّها قطعيّة بل هي عندنا طنيّة لأنّ هذه المسألة عمليّة والطنّ قائم مقام العلم في وجوب العمل»(۱).

ولی واقعیت این است که عمل به قیاس یا استحسان با یک عمل فرعی فقهی نظیر جواز با عدم جواز رد<sup>۵</sup> سلام کافر، بسیار فرق می کند.

اینها مسائل اصولی هستند نه فقهی، ثمرة اثبات و یا ابطال حجیّت آنها در هزاران فرع فقهی ظاهر می شود نه این که به یک مساله جزیی فقهی مربوط باشد.

2 - اصل این ادّعا که صاحب شریعت، احکام شرعیه را برای حفظ مصالحی در

-(366)-

میان مخلوقات تشريع کرده است، مورد تصدیق عمدة فقهای فریقین است، اما این نکته که ما قادر به درک همه این مصالح می باشیم و تشريع احکام بر اساس این مصالحی که ما تشخیص داده ایم است، مورد انکار عدّه ای از علمای اهل سنت و قاطبه علمای شیعه واقع شده است.

به نظر این عدّه مثالهای روشنی در شریعت وجود دارد که شارع مقدس در نصوص شرعی بر خلاف مقتضای قیاس حکم رانده است.

امام فخر رازی در کتاب اصولی خویش مثالهای پا نزده گانه ای را در این خصوص از قول نظامام ذکر می کند و در مقام پاسخ به این نقضها می گوید:

«أنَّ غالباً أحكاماً الشَّرْع معللة برعایة المصالح المعلومة والخصم إنَّما بيَّن خلاف ذلك في صورة قليلة جداً وورود الصور النادرة على خلاف الغالب لا يقدح في حصول الظن»(۱).

پس بر عهده معتقد به اجتهاد به رأی است که اثبات کند نه تنها دلیل قطعی بر اعتبار این طرق سه گانه نمی خواهیم، بلکه قطع و یقین به ملحق بودن حکم فرع به اصل و ابتنای حکم بر این مصلحت مرسل یا آن أمر مستحسن لازم نداریم و طنّ به الحاق و ابتنا کفايت می کند.

اصلی ترین نقطه تنازع و اختلاف در بحث اجتهاد به رأی همین مسئله است.

3 - نقطه ابهام سوم این است که آیا اجتهاد در مقابل نص جائز است یا نه ؟

آیا حیطة حجیّت این عناصر اجتها دی تا جایی است که نصّی (کتاب و سندّ و اجماع) بر خلاف آن نباشد؟

این مسئله راجع به قیاس چندان مجالی برای طرح ندارد، چرا که بجز عدّه قلیلی

1 - المحصل 2 : 4 - 293 نقضها را ذکر کرده و در ص 298 پاسخ را آورده.

-(367)-

از مفرطین در عمل به قیاس، قاطبه معتقدین به حجیّت قیاس، آن را در جایی معتبر می شمارند که نصّی بر خلاف آن نباشد، به تعبیر دیگر علّت و وصف (جامع) نباید ملغی و مردود باشد و با وجود یکی از نصوص سه گانه نوبت به قیاس نمی رسد.

امّا این مسأله راجع به مصالح مرسله و استحسان به این وضوح و روشنی نیست، در اعتنای به مصالح مرسله اگر کسی مسلک غزالی را بپذیرد، البته دایرة مخالفت با عمومات و اطلاقات نصوص بسیار محدود می شود؛ اما اگر مصالح مرسله را به ضروریات محدود نکرده و حاجیات (مصالح مربوط به نیاز مندیهای زندگی بشر ولو غیر ضروری باشد) را نیز داخل کردیم، می توانیم با نصوص مخالفت کنیم با خاطر رفع حرج و مشقت غیر ضروری.

مخالفت با نص در استحسان بسیار بارزتر است، چرا که از مهمترین ادله معتقدین به اعتبار استحسان، تمسّک به عملکرد اصحاب خصوصاً خلیفة دوم عمر بن الخطاب است که در موارد عدیده ای با خاطر مصلحت سنجی با نصوص شرعی مخالفت کرد و همچنین از تعاریفی که برای آن ذکر کرده اند این نکته بدست می آید به این دو تعریف توجه کنید:

«استحسان دلیلی است که در ضمیر مجتهد روشنایی می بخشد ولی از مساعدت عبارت و لفظ برخورد از نیست».

«ترك عمل به قياس و عمل به آنچه برای مردم مناسبتر و موافق تر است»(۱).

با توجه به این که استحسان خصوص تخصیص زدن قیاس نیست بلکه شامل تخصیص عموم نیز می شود، منجر به مخالفت نص می شود و چون صابطه دقیق و محکمی برای این مخالفت ذکر نشده، عده ای از فقهاء در اعتبار و حجیّت آن خدشه

-(368)-

کرده اند، مثلاً شاعي مي گويد: «من استحسن فقد شرع». .

فقه اهل سنت و معضلة دوّم

همان طور که در طرح مسأله عنوان کردیم، معضلة دوّم انطباق فقه با همه زمانها و مکانها و لزوم دست برداشتن از برخی احکام و قوانین شرعاً بخاطر اقتضای زمان و مکان است.

تغییر شکل زندگی و طرح برخی مناسبات و مصالح، بویژه در زمینه اداره جامعه و تنظیم روابط داخلی و خارجی در امور اقتصادی و سیاسی و عمرانی، مواردی را پیش می آورد که احساس می شود پاییندی بر یک فتوای فقهی و دلیل شرعاً و اصرار بر حفظ آن و حرکت و تصمیم گیری بر طبق آن، خللی به مصالح جامعه و پیشرفت آن وارد کند.

اگر فقه اسلامی بخواهد بر ادعای خود مبني بر ادارة همه جوامع در همه زمانها برقرار باشد، با یستی در درون خود این معضله را دیده باشد و بطور روشنمند و مضبوطي راه حلّ این گونه موارد را روش ساخته باشد.

مثلاً بر طبق قوانین اسلام مردم بر اموال خود مسلط هستند و می توانند آزادانه اموال حلال و مشروع خود را خرید و فروش کنند.

سؤال این است که آیا حکومت اسلام می تواند موارد تجارت داخلی و خارجی را محدود کند و فروش برخی کالاهای را در مواردی که مصلحت اسلام و مسلمین اقتضا کند، موقتاً منوع سازد و تضیيقاً تی فراهم کند؟

آن دسته از فقهای اهل سنت که به مصالح مرسله و استحسان معتقدند، چندان مشکلی در این خصوص نخواهند داشت و همان طوری که سابقاً اشاره داشتیم، به هر

–(369)–

میزانی که در دایرة عمل به مصالح مرسله و استحسان توسعه دهنده، در زمینه مخالفت با نصّ توسعه قائل شده اند و در نتیجه بر فائق آمدن بر معضله دوّم مجال گستردۀ ترى خواهند داشت.

باید به این نکته توجه داشت که بر طبق تلقی اهل سنت از مجتهد و شأن او، روح مساله و معضله دوّم تفاوتی با مسأله اوّل (خلاء قانونی) نمی‌کند، چرا که مجتهد را صراحتاً مخبرو گزار شگر احکام شرعی ابراز شده در قالب عبارات و نصوص شرعی و اجماعات نمی‌دانند، بلکه این بخشی از کار مجتهد است و کار اساسی او تشریع حکم است (تشريع مجازنه تشریع محّرم) و شأن شارعیّت و انشاء حکم را دارد(1).

بنابراین تفاوتی نمی‌کند که این شأن را در مورد فقدان نص و خلاء قانونی اعمال کند یا در موارد تزاحم حکم منصوص با مصلحت مسلمین.

شاهد بر این که فقهای اهل سنت بین تصمیمات حکومتی حاکم و افتاء در فروعات فقهیه تفاوت قائل نشده اند و همگی را اجتهاد مجتهد دانسته اند، عدم تفکیک این دو شأن در قبال رسول ﷺ صلی الله علیه و آله است.

در بحث جواز یا عدم جواز صدور اجتهاد از نبی ﷺ علیه وآل‌ه می‌بینیم که معتقدین به جواز، به مواردی تمسک می‌کنند که پیامبر صلی الله علیه وآل‌ه امر و نهی حکومتی کرده و در جنگ و غیر آن تصمیم گیری کرده است.

«وَأَمّا الْذِي يَدْلِلُ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مُجْتَهِداً فِي أَمْرِ الْحَرُوبِ أَنَّهُ اجْتَهَدَ فِي أَخْذِ الْفَدَاءِ عَنْ أَسْارِي بَدْرَ بَعْدَ مَا كَانَ رَاجِعَهُمْ فِي تَلْكَ الْحَالِ وَذَلِكَ لَا يَمْكُنُ إِلَّا مَعَ الْاجْتِهَادِ»، (2).

همان طور که در ذیل بحث از استحسان و مصالح مرسله عنوان کردیم، پیشینه خلفایی نظیر خلیفة ثانی در مخالفت با نصوص شرعی در مواردی که تشخیص

1 - الموافقات، ابو السحاق الشاطبي 4: 245.

2 - المحسول، امام فخر رازی 2: 491.

-(370)-

مصلحت می داد - بزرگترین شاهد و مستمسک معتقدین به جواز مخالفت با نص (حتی نص خاص) بخاطر مصلحت است.

در صورتی که حاکم جامعه اسلامی خود مجتهد باشد، بر طبق این مسلک فقهی (حجیث مصالح مرسله واستحسان) مشکلی بوجود نخواهد آمد، امّا اگر مجتهد نباشد مشروعیت تصمیماتی که مخالف با برخی نصوص شرعی دارد، زیر سؤال می رود.

رنه دیوید در کتاب «نظامهای بزرگ حقوقی معاصر» به این مشکل التفات داشته است؛ وی پس از آن که به این واقعیت اعتراف می کند که «حقوق اسلامی علی رغم تغییر نا پذیری و ثبات، با توسل به راه حلها یی توانسته است خود را با جوامع نوین منطبق کند و ایجاد جامعه نورا ممکن سازد» این موفقیت را مرهون عواملی می داند و عامل چهارم را مداخله حاکم بر می شمارد و می گوید:

«حقوق اسلامی، نظر به این که حاکم در خدمت حقوق است، حق قانونگذاری برای حاکم قائل نیست، لکن رهبری سیاست دولت اقتضا می کند که حاکم تصمیماتی بگیرد، حقوق اسلامی این تصمیمات را مشروع و به رسمیت می شناسد.

حاکمان اگر چه گاه از محدوده حقوق اسلامی تخطی کرده اند، اما معمولاً این گونه تخطی ها با اغماص علماء روپردازی شده و مردم را علیه حکم رانان دعوت به قیام نمی کنند» (۱).

آن دسته از مکاتب فقهی اهل سنت که اجتهاد به رأی را مطلقاً مردود می شمارند و با آن را در قیاس منحصر می بینند، در قبال معضله دوم پاسخی ندارند و در انطباق فقه با جوامع نوین و مسائل مستحدث آن دچار اشکال می شوند.

### فقه اهل سنت و معضله سوّم:

عرف و عادت مردم یک جامعه در بستر زمان ثابت باقی نمی‌ماند، چه رسد به این که انتظار داشته باشیم عرف و عادت بشریت در طول قرون و اعصار، ثابت و لا یتغیر بماند.

لذا بسیار طبیعی است که بر اثر این تغییرات، مناسبات و موضوعات جدیدی رخ نماید و یا این که برخی روابط و موضوعات سابق اساساً رخت برپندد.

اگر فقه اسلام و هر نظام حقوقی بخواهد خود را محصور در روابط خاصی قرار دهدو به این تغییرات عرفی اعتمان نکند، دچار مشکل خواهد شد.

در فقه اهل سنت بطور و سیعی به عرف و تغییرات آن اعتمنا شده است؛ در مواردی که عرف رابطه جدید و موضوعی مستحدث به بار آورد، اعتمای به عرف و امضای آن و مستحسن شمردن آن مناسبات و روابطی که عرف مستحسن می‌شمارد و نصی<sup>۱</sup> بر خلاف آن وجود ندارد، مورد اتفاق فقهای اهل سنت است.

باید توجه کرد که مجتهدین اهل سنت، عرف و عادت را بطور مستقل از ادله شرعیه و منبع و ابزار استنباط در کنار اجماع و قیاس و مصالح مرسله قرار نداده اند، ولی عرف و عادت از مجازی و در یچه های گوناگونی به قانونگذاری و فقه اسلامی راه یافته است که ذیلاً به برخی از این مجازی اشاره می‌کنیم:

1 - موضوعات برخی از نصوص شرعی مفاهیمی عرفیه است، نظیر مکیل و موزون بودن مبادله برخی اجناس و میزان و نحوه نفقة همسر.

اگر قانونی بر پایه عرف استوار باشد، بطور طبیعی در تفسیر و فهم آن باید به عرف مراجعه کرد و هر

گونه تغییری در عرف باید مورد اعتماد ایجاد شود و از اعتمای به آن،

—( 372)—

تغییر و نسخ حکم منصوص شرعی لازم نمی‌آید، چرا که در نص شرعی شناخت موضوع و حدود آن به عرف موكول شده بود.

2 - سند پیامبر تقریر عادات مستحسن بود، لذا بسیاری از عادات مرسوم قبل از اسلام را امضاء و تقریر فرمودند.

همچنین سند مسلمین چنین بود که در فتوحات جدید خود در میان جوامع مختلف، اگر عادات جدیدی می‌یافتد که بر خلاف کتاب و سند نبود، می‌پذیرفتند.

اعتمای به عرف در قالب عبارتهای گوناگونی در السنّة فقهای اهل سنت تکرار می‌شود؛ مجلة احکام عدليه، برخی از آنها را در قالب قواعدی کلی به منظور تحکیم عادت و عرف و نقش آن در فقه بصورت مواد قانونی در آورده است.

«استعمال الناس حجة يجب العمل بها» (مادة 37).

«المعروف عرفاً كالمشروع بينهم» (مادة 43).

«المعروف بين التجار كالمشروع بينهم» (مادة 44).

«التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» (مادة 45) (1).

نزاع موجود بین فقهای اهل سند در جایی است که نص خاص وجود دارد؛ آیا می‌شود به عرف و عادتی که مخالف نص است اعتماد کرد؟

«نظر غالب فقها این است که نص، اقوا از عرف است، لذا باید از نص تبعیت کرد.

عرف وقتی حجت است که مخالف نص فقهی نباشد»(2).

«از هیچ حکم ثابتی بدون وسیله نص نمی توان عدول کرد و تغییر زمان و مکان و احوال را نمی توان بهانه قرارداد، چرا که این کار ناروا و باطل است»(3).

1 - به نقل از فلسفه قانون گذاری در اسلام، محمما نی: 230.

2 - المنافع في شرح المجامع: 324.

3 - الاحکام لاصول الاحکام، ابن حزم 5: 4.

-(373)-

در مقابل این عده فقها بی وجود دارند که عرف را مقدم بر نص می شمارند که در رأس آنها ابو یوسف است؛ به نظر آنان «ما رأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».

### فقه شیعه و مسأله ثابت و متغیر

التفات و آشنا بی فقهای شیعه با معصل ثابت و متغیر و مشاکل موجود در راه انطباق فقه با جوامع مختلف و متحوال، قدمت زیادی ندارد و این تأخیر در طرح مسأله مرهون دو امر است:

1 - منزوی بودن فقهای شیعه از بستر حکومت و اداره جامعه که طبیعتاً باعث می شود با معصلات اجتماعی و اقتصادی و مشاکل موجود در راه تطبیق دادن تصمیمات و سیاستها با قوانین اسلام، بطور جدی و مستقیم مواجه نشوند.

2 - اعتقاد خاص شیعه نسبت به ائمه شیعه که آنها را مفتی و مستنبط و مجتهد نمی داند، بلکه بیانگر

احکام ۱۰ و مبلغ رسالات ۱۰ می داند، باعث شده که نصوص فراوانی در دسترس داشته باشد و در نتیجه کمتر واقعه ای اتفاق می افتد که نصوص شرعیه مخصوص یا بواسطه عموم و اطلاق، حکم آن را بیان نکرده باشد؛ لذا پرهیز از اجتهاد به رأی جزو علامات شیعه قلمداد شده است.

در میان علمای شیعه کسانی وجود دارند که معتقدند اساساً مشکلی به نام ثابت و متغیر و مشاكل ناشی از انطباق دین ثابت با جوامع متغیر و متحول نداریم (نظیر این اعتقاد در برخی از طاهرون از اهل سنت وجود دارد) و در متون دینی کل آنچه را که مردم در همه زمانها به آن احتیاج دارند، بیان شده و فقیه با بستی حکم آنها را استنباط کند. آنها برای اثبات مدعاي خود به آیات و روایاتی که دال بر این است که قرآن «تبیان لکل شیء» است و جمیع آنچه مردم به آن احتیاج دارند در سنت و آیات بیان شده

—(374)—

است، تکیه می کنند.

با یک درجه تسامح، عده دیگری معتقدند که در موارد اجمال نص می توان به اصول عملیه مراجعه کرد، لذا نیازی به در نظر گرفتن عواملی دیگر وجود ندارد.

در مقابل این عده از فقهاء، فقیهانی که با نظر عمیقتري به مسأله ثابت و متغیر نگریسته اند، به این نتیجه مهم واقف شده اند که اگر فقه بخواهد در همه زمانها و مکانها و در همه جوامع سکاندار کشته هدایت جوامع باشد، با بستی در دو چیز تأمّل کرد:

۱ - مجتهد در اجتهاد خود برخاسته از آنها داشته باشد و به فقه اجتماعی نگاه جمعی داشته باشد نه نگاه فردی.

۲ - به حدود اختیارات حاکم و ولی<sup>۱۰</sup> امر جامعه مسلمین اعتمنا شود، چرا که ثقل مسأله تطبیق منویّات دین با مقتضیات زمان و مکان، بر دوش فقیهی است که بر جامعه مسلمین حاکمیت و اقتدار و ولایت دارد.

باید اعتراف کرد که تلقی<sup>۱۱</sup> رایج در اجتهاد شیعه نظریه اول است و نظریه دو<sup>۱۲</sup> م ریشه تاریخی عمیقی در

تاریخ اجتهداد شیعی ندارد و اخیراً<sup>۱</sup> توجه برخی فقهای عظام و در رأس همه آنها بنیانگذار جمهوری اسلامی امام خمینی - رحمة الله عليه - را به خود معطوف ساخته است.

به نظر می‌رسد فقهای معتقد به نظریه او<sup>۲</sup>ل، به مباحث و مسائل اجتماعی و سیاسی در سطح کلان جامعه یا نظر نداشته اند و یا با دید بسیطی آنها را همطراز مسائل فردی و عبادی می‌دانسته اند؛ لذا همان گونه که در مسائل فردی و عبادی در موقع فقدان ویا اجمال نص، به اصول عملیه متولّ می‌شدند، در مباحث اجتماعی و

—(375)—

سیاسی نیز این نگاه فردی و اعمال اصول عملیه را چاره کار می‌دیدند؛ حال آن که مسائل حکومتی و تصمیم‌گیری در سطح کلان جامعه چه در مسائل اقتصادی و چه حرکتهاي فرهنگي و اجتماعي و سیاست خارجي، اموری نیستند که بدون مصلحت اندیشي در مورد آنها و ملاحظه پیامدهاي اجتماعي و خارجي آن، در سطح کشور و سطح جهاني، بتوان اظهار نظر کرد و با توسّل به برائت و استصحاب برای آنها تعیین تکلیف نمود.

شهید صدر رحمة الله عليه به سیطرة نگاه فردی به فقه و فراموش شدن نگاه اجتماعی و جمعی اشاره می‌کند و آن را ناشی از عزلت سیاسی که شیعه و فقهای شیعه به آن مبتلا بوده اند، می‌داند. به نظر وی مثال بارز این نگاه فردی این است که به نظام سرمایه داری نه به عنوان یک واقعیت جمعی دارای آثار اجتماعی، بلکه به عنوان یک امر فردی حکم فرد مسلمان در قبال آن با یستی روشن شود، نگریسته می‌شود. از نظر شهید صدر این نگاه فردی در فهم نصوص شرعی نیز آثار سوء خود را نشان می‌دهد:

«وقد امتد<sup>۳</sup> أثر الانكماش و ترسخ النظرة الفردية للشريعة إلى طريقة فهم النص الشرعي أيضاً فمن ناحية أهملت في فهم النصوص شخصية النبي والامام الحاكم ورئيس الدولة فإذا ورد نهي عن النبي صلّي الله عليه وآله مثلاً كنهيه أهل المدينة عن منع نقل الماء فهو امانه تحريم أو كراهة عندهم مع أنّه قد لا يكون هذا ولا ذاك بل قد يصدر النهي من النبي بوصفه رئيساً للدولة فلا يستفاد منه الحكم الشرعي العام» (1).

بحث راجع به ادلة قرآن وروايات معتقدین به نظریه او<sup>۴</sup>ل مجال واسعتری را می‌طلبد، اما بطور اجمال اشاره ای گذرا خواهیم داشت:

۱ - الاتجاهات المستقبلة لحركة الاجتهد عند الشيعة، شهید محمد باقر الصدر المطبوع في دائرة المعارف الاسلامية الشيعية، الجزء الثالث، حسن الامين.

-(376)-

معنای این که قرآن «تبیان لكل شيء» است، این نیست که آنچه در فهم ظاهر قرآن بdst می آید، جمیع امور مورد نیاز فقهی و حقوقی ما را تأمین می کند.

آنچه از طواهر قرآن به دست می آید در حدّی که انسانهای معمولی و غیر معصوم متوجه می شوند، در زمان رسول ﷺ صلی اللہ علیہ وسلم نیز کفايت حاجات مردم را نمی کرد، لذا رسول ﷺ صلی اللہ علیہ وسلم به عنوان مبین قرآن شریف، فروعات و برخی تفصیلات را در قالب سندّت نبوی به مردم بیان می فرمود.

بله اگر کسی که راسخ فی العلم است و به تأویل و بطون قرآن مشرف است – دارای فهم غیر عادی و متعارف باشد – قرآن برای او ﷺ تبیان لكل شيء است و این فهم مستلزم مسّ باطن قرآن است ﷺ ولا يمسّه الا المطهرون(1).

راجع به روایاتی که مضمون آنها این است که جمیع آنچه مردم به آن نیاز دارند در قرآن وسندّت بیان شده است، نظیر این دو حدیث ذیل همین توجیه وجود دارد:

«رواية ملازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن الله تبارك وتعالى أنزل في القرآن تبیان كل شيء حتى وإنما ترك الله شيئاً يحتاج إليه العباد، حتى لا يستطيع عبد يقول لو كان هذا أنزل في القرآن إلا وقد أنزل الله فيه»(2).

«صحیحه محمد بن مسلم عن ابی عبد الله عليه السلام: انَّ أمیر المؤمنین صلوات الله علیه قال الحمد لله الذي لم یخرجنی من الدنيا حتى بیدنت لlama تجیع ما تحتاج اليه»(3).

ائمه شیعه مدّعی بودند که جمیع آنچه مردم در همه زمانها به آن احتیاج دارند نزد آنهاست، امّا این نکته از کلام آنها به دست نمی آید که همه آنها را به مردم و در قالب روایات بیان کرده اند. روایت

1 - اصول کافی 1 : 59.

2 - اصول کافی 1 : 59.

3 - الوافي 1 : 62.

-(377)-

«محمد بن حکیم عن ابی الحسن علیه السلام قال: قلت لـه تفـقـهـنـا فـی الدـین وـرـوـیـنـا وـرـبـما وـرـدـ عـلـیـنـا رـجـلـ قـدـ اـبـتـلـیـ بـشـیـعـ صـغـیرـ الـذـیـ مـاـ عـنـدـنـاـ فـیـهـ بـعـینـهـ شـیـعـ وـعـنـدـنـاـ مـاـ هـوـ يـشـبـهـ مـثـلـهـ اـفـنـفـتـیـهـ بـمـاـ يـشـبـهـهـ؟ـ قـالـ لـاـ وـ مـالـکـمـ وـالـقـیـاسـ فـیـ ذـلـکـ،ـ هـلـکـ مـنـ هـلـکـ بـالـقـیـاسـ قـالـ قـلـتـ جـعـلـتـ فـدـاـکـ أـتـیـ رـسـوـلـ اـمـ صـلـیـ اـمـ عـلـیـهـ وـآـلـهـ بـمـاـ يـكـتـفـوـنـ بـهـ؟ـ قـالـ أـتـیـ رـسـوـلـ اـمـ صـلـیـ اـمـ عـلـیـهـ وـآـلـهـ بـمـاـ اـسـتـفـنـوـنـ بـهـ فـیـ عـهـدـهـ وـ بـمـاـ يـكـتـفـوـنـ بـهـ مـنـ بـعـدـهـ الـیـ يـوـمـ الـقـیـامـةـ قـالـ قـلـتـ صـاعـ مـنـهـ شـیـعـ؟ـ قـالـ لـاـ هـوـ عـنـدـ أـهـلـهـ»(1).

در ضمن بحثهای آتی به این نکته اشاره خواهیم داشت که حکومت واداره جامعه به لحاظ تقنینی صرفاً محتاج تشريعات ثابت نیست، بلکه به احکام حکومتی و تصمیمهای مقطعي و ولایی نیز نیازمند است که انشاء حاکم است نه تشریع الهی که لزوماً در قالب کتاب و سنت بیان شده باشد.

#### فقه شیعه و معضله خلاء قانونی

برخی از فقهاء و علمای شیعه به این نکته واقف بوده اند که مواردی وجود دارد که نصوص شرعی نسبت به بیان حکم آنها سکوت اختیار کرده و این سکوت نه از سر اهمال و غفلت و نسیان است؛ بلکه طبع قضیه چنین است که نمی توان راجع به آنها حکمی ثابت ارائه داد. شهید صدر «ره» در این خصوص می گوید:

«طبیعت متغیر و متطوّر دسته ای از وقایع و نیازهای بشر باعث می‌شود که منطقه الفراغ تشریعي وجود داشته باشد که البته شارع آن را اهمال نکرده است و زمامدار حکومت اسلامی باید حکم مناسب این مواضع را تشرعی کند» (۲).

بر طبق نظر شهید صدر، طبع او<sup>ل</sup>یه است که این منطقه با حکم حاکم و تقین او

---

1 - بصائر الدرجات: 322، حدیث 4.

2 - اقتصادنا، شهید صدر: 721.

-(378)-

پر شود و در صورت عدم وجود حکم حکومتی از طرف او، مجال برای اصول عملیه و تمسک به آنها فراهم می‌شود.

مرحوم علامه طباطبا یی «ره» نیز با بیانی مبسوط، به مبنای نظریه مبنای فوق معتقد است.

از نظر وی مقررات اسلام به دو بخش ثابت و متغیر تقسیم می‌شود؛ بخش او<sup>ل</sup> که مقررات ثابت اسلام است با توجه به فطريات انسان و مشخصات ويژه او که اموری ثابت و غير قابل تغيير و تحولند، تنظيم شده و به نام دين و شريعت اسلامي ناميده می‌شوند.

بخش دو<sup>م</sup> که مقرراتي قابل تغيير است و بحسب مصالح مختلف زمانها و مكانها اختلاف پيدا می‌کند، به عنوان آثار ولايت عامه منوط به نظرنبي اسلام و جانشينان و منصوبين از طرف اوست که در شعاع مقررات ثابتة ديني و بحسب مصلحت وقت و مكان، آن را تشخيص داده و اجرا نمايند؛ البته اين گونه مقررات بحسب اصطلاح، دين، احکام و شرایع آسماني محسوب نمي شوند.

تغيير اوضاع حتماً تغيير مقررات را ایجاد می‌نماید و در این زمینه اصل اختیارات والی است که باعث می‌شود اسلام بتواند به احتياجات قابل تغيير و تبدیل مردم در هر عصر و زمان و در هر منطقه و مکانی

پاسخ دهد، بدون این که مقررات ثابتة اسلام دستخوش نسخ و ابطال شود.

تصمیمات و مقرراتی که ولی<sup>۳</sup> امر برای پیشرفت فرهنگ و زندگی مردم وضع می‌کند، در عین لازم الاجرا بودن، شریعت و حکم خدایی شمرده نمی‌شود.

اعتبار این گونه مقررات نیز طبعاً تابع مصلحتی است که آن را ایجاد کرده و به محض از میان رفتن مصلحت از میان می‌رود.

اما احکام الهی که متن شریعت می‌باشد، برای همیشه ثابت و پایدار است و کسی

—(379)—

حتی ولی<sup>۳</sup> امر نیز حق این را ندارد که آنها را به مصلحت وقت تغییر دهد و یا بنا به مصالحی آنها را الغا کند (۱).

بنظر می‌رسد تحلیلی که شهید صدر و علامه طباطبائی از حدود حاکمیت و ولایت تقنینی ولی<sup>۳</sup> امر می‌کند و آن را در محدوده ای تصویر می‌کند که نص شرعی برخلاف آن نباشد و منطقه الفراغ و خالی از احکام ثابت شرعی باشد، معصلة او<sup>۴</sup> را پاسخگو خواهد بود اما نمی‌تواند بر معضله دو<sup>۵</sup>م غلبه کند.

به اعتقاد راقم سطور، قدم اساسی در راه انطباق دین ثابت با جوامع متغیر و مقتضیات زمان، در دیدگاه فقهی امام راحل قدس سرہ راجع به شؤون و اختیارات ولی فقیه برداشته شده است؛ بر طبق این دیدگاه، ولی<sup>۳</sup> امر نه تنها نسبت به جعل حکم حکومتی در مورد سکوت شارع ولایت دارد، بلکه نسبت به مسکوت گذاردن حکم مجهول شرعی و مخالفت با پیاده شدن آن بنا به مصلحت نظام و جامعه ولایت دارد.

امام خمینی رحمه‌<sup>۶</sup> و حکم حکومتی

دیدگاه فقهی امام خمینی رحمه‌<sup>۶</sup> راجع به شؤون ولایت فقیه، محدوده و ماهیّت حکم حکومتی و دخالت دو عنصر زمان و مکان در اجتهداد، حاوی عناصری است که بر تما می مشاكل و معطلات انطباق فقه با مقتضیات

زمان فائق مي آيد و نظام حقوقی اسلام را بطور زنده و بoya در تمام عرصه های حیات بشری و جوامع کهنه و نو مطرح مي سازد.

این دیدگاه در میان تاریخ فقاوت شیعه کاملاً نو و مترقی است، البته رگه هایی از آن در لابلای برخی کلمات یا فت می شود، اما در این جمیع<sup>۱</sup> هرگز توسط فقیهی

---

1 - فرازها یی از اسلام، عل<sup>۲</sup>مه طباطبایی: 80 - 71 .

-(380)-

ابراز نشده است.

نکته دیگر این که برخی عناصر نظریه فقهی ایشان در باب حکومت و ما هیت حکم حکومتی و رابطه آن با احکام اولیة اسلام اگر چه در اواخر عمر ایشان در زمان تصدی<sup>۳</sup> رهبری و اداره جامعه عنوان شده است، اما بسیاری از آنها در آثار فقهی قبل از انقلاب ایشان موجود است.

ذیلاً به اختصار، ام<sup>۴</sup>هات این دیدگاه فقهی را بیان می کنیم:

1 - نبی اکرم صل<sup>۵</sup>ی علیه وآلہ شؤون سه گانه دارند:

الف - تبلیغ احکام الهیّ، بنا براین امر و نهی پیامبر در قالب این شأن، اوامر و نواهی ارشادی خواهد بود و ارشاد به امر و نهی و تشریع الهی خواهد بود.

ب - مقام قضا و حل<sup>۶</sup> تنازعات و تطبیق احکام کلی الهی در مورد نزاع، بنا براین او امر او از آن جهت که قاضی است باید اطاعت شود.

ج - مقام ولایت و ریاست عامه بر ام<sup>۷</sup> که از طرف خداوند به پیامبر داده شده است.

حکم او در این مقام وشأن، حکم سلطانی و حکومتی خواهد بود و اطاعت این اوامر و نواهی از باب اطاعت ولی واولی الامر لازم است، نه از باب اطاعت و امثال احکام آن واقعی و یا اطاعت قاضی عدل (۱).

بر اساس نصوص دینی، فقیه جامع الشرائط که زمامدار امور جامعه مسلمین است، حائز منصب و شأن دوّم (ولایت بر امّت) خواهد بود؛ لذا اطاعت اوامر حکومتی او لازم است.

2 - حکم حکومتی از احکام ثانویه نیست؛ احکام ثانویه احکامی است که بر روی افعال با خاطر عروض عناوینی نظیر ضرر، حرج، تقدیم، اضطرار و اکراه بار می شود.

---

1 - الرسائل للإمام الخميني: 50 - 51

-(381)-

حکم حکومتی تابع تشخیص مصلحتی است که حاکم و ولی<sup>۲</sup> امر آن را می فهمد، ولو صدور آن حکم اضطراری نباشد و عدم صدور آن موجب عسر و حرج نشود.

البته از برخی عبارات امام خمینی رحمه آن در قبل از پیروزی انقلاب و سالهای اوّل پیروزی انقلاب، حکم ثانوی بودن احکام حکومتی استفاده می شود.

«حکم مرحوم میرزا شیرازی در حرمت تنباکوچون حکم حکومتی بود، برای فقیه دیگر هم واجب الاتباع بود و همه علمای بزرگ ایران جز چند نفر، از این حکم متابعت کردند. حکم قضاوی نبود که بین چند نفر سر موضوعی اختلاف شده باشد و ایشان روی تشخیص خود قضاوی کرده باشند، روی مصالح مسلمین و به عنوان حکم ثانوی، این حکم حکومتی را صادر فرمودند و تأثیرات وجود داشت، این حکم نیز بود و بارفتن عنوان حکم هم برداشته شد»(۱).

«آنچه در حفظ نظام اسلامی دخالت دارد که فعل یا ترك آن موجب اختلال نظام می شود و آنچه ضرورت دارد که ترك آن یا فعل آن مستلزم فساد است و آنچه فعل یا ترك آن مستلزم حرج است، پس از تشخیص موضوع بوسیله اکثریت وکلای مجلس شورای اسلامی با تصریح به موقع بودن آن مادام که موضوع است و پس از رفع

موضع، خود به خود لغو می شود، مجازند در تصویب واجرای آن». (۲).

3 - حکم حکومتی مقدم بر سایر احکام اولیه اسلام است. نقطه افتراق اساسی دیدگاه امام با سایر معتقدین به ولایت فقیه و شأن حکومتی و تقنینی دانستن او، در همین نکته است.

دیگران حکم حکومتی حاکم را به شرط این که منافات و تراحمی با احکام اولیه

---

1 - ولایت فقیه، امام خمینی: 172.

2 - صحیفة نور 15: 188 در جواب نامه مورخه 20/7/60 رئیس وقت مجلس.

-(382)-

اسلام نداشته باشد، متبع می دانند و در سابق اشاره کردیم که این مقدار شأن تقنینی برای ولی<sup>۳</sup> امر نمی تواند گره گشای انطباق فقه با هر جامعه ای باشد، چرا که پیچیدگیهای جوامع کنونی و تحولات و تغییرات سریع اقتصادی و سیاسی در سطح جهانی و تغییر دائم مناسبتها و اولویتها، گاه مواردی را پیش می آورد که اصرار و تأکید بر حفظ برخی حقوق فردی که احکام اولیه<sup>۴</sup> شرع آن را امضاء و تأکید کرده است، باعث حذف مصالح نظام و اجتماع می شود.

در این جاست که محدود کردن اختیارات ولی<sup>۵</sup> فقیه باعث رکود جامعه و چه بسا پایمال شدن ارزشهای کلان اسلامی می شود، چرا که در موضوعی بقا و حفظ ارزشهای اسلامی، با حفظ کیان نظام اسلامی گره می خورد.

امام راحل رحمه <sup>۶</sup> در اواخر عمر شریفشاں بصراحة هر چه تماوتر، تقدم و اولویت حکم حکومتی بر سایر احکام اولیه<sup>۷</sup> اسلام را بیان کردند، هر چند از برخی عبارات فقهی ایشان قبل از پیروزی انقلاب نیز تا حد<sup>۸</sup>ی این نکته به دست می آید، به هر دو نمونه ذیلاً<sup>۹</sup> اشاره می کنیم:

«الاسلام هو الحكم بشؤونها والاحكام قوانين الاسلام وهي شأن من شؤونها بل الاحكام مطلوبات بالعرض وأمور آلية لجرائمها وبسط العدالة فكون الفقيه حصناً للاسلام كحصن سور المدينة لها لا معنى له الا

كونه والياً له نحو ما لرسول الله وللائمة ملوات الله عليهم اجمعين من الولاية على جميع الامور السلطانية»(1).

«حكومة يا همان ولايت مطلقه اي که از جانب خدا بهنبي اکرم صلی الله علیه وآلہ وآگذار شده است، اهم احکام الهی است و بر جمیع احکام فرعیه الهی تقدم دارد.

اگر اختیارات حکومت در چارچوب احکام فرعیه الهی باشد، حکومت الهی و

---

1 - کتاب البيع، امام خمینی 2: 472.

-(383)-

ولايت مطلقة مفروضة بهنبيه اسلام صلی الله علیه وآلہ وآگذار یک پدیده بی مسمّا و بی محتوا باشد.

بايد عرض کنم حکومت که شعبه اي از ولايت مطلقة رسول الله صلی الله علیه وآلہ وآگذار است، بکی از احکام اولیه اسلام است و مقدم است بر تمام احکام فرعیه حتی نماز و روزه و حج و ...

حکومت می تواند از هر امری چه عبادی و چه غیر عبادی که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، مادامی که چنین است جلوگیری کند»(1).

4 - تأکید بر دخالت داشتن دو عنصر زمان و مکان در اجتهاد، محور این دخالت تغییر اسلوب اجتهاد و از دیاد و یا کاستن روشهای استنباط احکام نیست، بلکه دخالت موضوعی مد نظر ایشان است.

«زمان و مکان دو عنصر تعیین کننده در اجتهادند، مسأله اي در قدیم دارای حکمی بوده است، به طاهر همان مسأله در روابط حاکم بر سیاست و اجتماع و اقتصاد یک نظام ممکن است حکم جدیدی پیدا کند، بدآن معنا که با شناخت دقیق روابط اقتصادی و اجتماعی و سیاسی، همان موضوع اوّل که از نظر طاهر با قدیم فرقی نکرده است، واقعاً موضوع جدیدی شده است که قهراً حکم جدیدی می طلبد؛ مجتهد باید به مسائل زمان خود احاطه داشته باشد»(2).

## تفاوت دیدگاه امام راحل رحمه <sup>۱</sup> و اجتهاد به رأی اهل سنت

در تبیین حقیقت مصالح مرسله و استحسان، به این نکته اشاره داشتیم که اساس اجتهاد بر اساس این دو عنصر، اعتنای به مصلحت است، خصوصاً<sup>۲</sup> مصلحت ایجاد یسر و رفع حرج؛ و از طرفی اشاره کردیم که در این دو مورد خواه ناخواه مخالفت با نص در

۱ - صحیفة نور ۲۰: ۱۷۰ نامه ایشان به آیه <sup>۱</sup> خامه ای رهبر معظم انقلاب.

۲ - صحیفة نور ۲۱: ۹۸.

-(384)-

برخی موارد پیش خواهد آمد. دیدگاه امام خمینی رحمه <sup>۱</sup> راجع به حکم حکومتی نیز مشتمل براعتنا به مصلحت و بعضًا<sup>۳</sup> مخالفت با نص و احکام اولیه است.

وجود این دو مشابهت سبب شده است که برخی گمان کنند آنچه ایشان راجع به حکم حکومتی می‌گوید، دقیقاً همان عمل به مصالح مرسله و استحسان است، حال آن که بین این دو نظریه تفاوت‌های آشکاری وجود دارد که در ذیل به برخی از آنها اشاره می‌کنیم:

۱ - امام خمینی رحمه <sup>۱</sup> شأن تقنینی ولایی را که برای ولی<sup>۴</sup> فقیه معتقد است، به منزله بیان حکم شریعت و دین نمی‌داند، بلکه حکم حکومتی را اساساً غیر از حکم شرعی می‌داند. حکم حکومتی انشاء فقیه صاحب ولایت است که از باب لزوم اطاعت از حاکم باستی اطاعت شود، نه از باب این که حکم شرعی این واقعه چنین است، حال آن که با تفسیری که از اجتهاد نزد اهل سنت عرضه کردیم در موارد اجتهاد به رأی، مجتهد حکم شرعی را انشا می‌کند یعنی قائم مقام نبی<sup>۵</sup> اکرم صلی<sup>۶</sup> علیه وآلہ در مقام افتاء می‌شود و حکم شرعی را در مواردی که نص وجود ندارد و یا اگر وجود دارد، تطبیق آن بر مورد حرجی است و به مصلحت نیست، جعل می‌کند.

2 – مصلحتی که منشأ حکم حکومتی می شود، مصلحت حفظ نظام و کیان اسلام و جامعه مسلمین است حال آن که مصالحی که در استحسان و مصالح مرسله منبع و اساس اجتهاد و حکم است، اعم از مصلحت نظام می باشد.

بسیاری از معتقدین به حجت و اعتبار مصالح مرسله آن را به مصالح ضروریه منحصر نمی کنند و به حاجیات نیز سرايت می دهند.

و همچنین از جمله ادله معتقدین به استحسان، روایت این مسعود «مارآه المسلمون حسناً فهو عند حسن» می باشد که واضح است منحصر به موارد مصلحت

–(385)–

نظام و کیان اسلام نمی شود.

مراجعه به موارد و مصاديق اعمال استحسان و مصالح مرسله در استنباط فقهی در کتب فقهی اهل سنت شاهد گویای ادعای فرق بین دو دیدگاه و نظریه است.

3 – از برخی عبارات به دست می آید که تممسک به مصالح مرسله و استحسان در واقع تممسک به عنوان ثانوی است، یعنی حرجی و ضرری بودن اعمال قاعدة کلیه مستفاد از نص و قیاس، فقیهان را وادر می کند که برای تخصیص این قواعد به مصالح مرسله و یا استحسان متول شوند. ما قبلاً این مطلب را از قول دکتر محممانی نقل کردیم (۱).

حال آن که بر طبق نظر امام خمینی، احکام حکومتی از احکام ثانویه نمی باشد و از احکام اولیه بلکه مقدم بر سایر احکام اولیه اسلام است.

فقه شیعه و معضلة سوّم

فقه شیعه بنحو صابطه مندی تغییرات عرف و عادت را مورد اعتنا قرار داده است.

نقطه مشترک فقه شیعه و اهل سنت در اعتنا به عرف، در آن دسته از احکامی است که در ناحیه موضوعات مفاہیم عرفی به کار رفته باشد و یا این که تعیین حدود و تعریف موضوع به فهم عرف واگذار شده باشد.

در این موارد واضح است که هر گونه تغییری در عرف و فهم و برداشت او از موضوع با یستی مورد اعتنای فقیه واقع شود، چرا که زمام امر موضوع حکم در این موارد به دست عرف است.

نقطه افتراق این دو مکتب فقهی در مورد اعتنای به عرف در مواردی است که

---

۱ - فلسفه قانون گذاری در اسلام، دکتر محمصانی: 261.

-(386)-

عمل بر طبق عرف مستلزم مخالفت با نص باشد.

تمامی فقهای شیعه و برخی از فقهای اهل سنت در چنین مواردی عمل بر طبق عرف را جائز نمی دانند، ولی برخی دیگر که در رأس آنها ابو یوسف است، در این موارد عرف را متتابع می شمارند.

با یاد توجه کرد که ما عرف را منبعی مستقل برای استنباط حکم شرعی و تشخیص حکم شرعی به رسمیت نمی شناسیم، ولی این مطلب منافاتی با این ندارد که ولی امر در تشخیص مصالح نظام به عرفیات جامعه به عنوان یکی از منابع تشخیص مصلحت نظر داشته باشد.

وَ الحمد لله