

زمینه های ثابت و متغیر در فقه اسلام

زمینه های ثابت و متغیر در فقه اسلام

أحمد واعظی

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمه:

ادیان و حیاتی عموماً و اسلام خصوصاً بر این نکته پافشاری می کنند که از جانب خداوند برنامه هدایت و نجات بشر را به ارمغان آورده اند.

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

خاتمیت رسالت نبوی صلی الله علیه و آله و جاودانگی دین مبین اسلام اقتضا می کند که پیام هدایت او مختص به زمانی خاص و مکانی خاص نباشد و خوشه چینی از خرمن دین تیول معاصرین عهد رسالت و

انسانهاي قريب به آن عصر نباشد، بلکه اين چراغ هدايت فروزنده ظلمت بشریت تا همیشه تاريخ باشد.

واقعيت اين است که بشر در سياست و اقتصاد و فرهنگ و علايق و روابط خود همواره بر طریقه یکسانی مشي نمي کند.

-(348)-

مناسبات اجتماعي و آداب و سنن و شکل توليد و توزيع منابع اقتصادي و اشکال حکومت، هر از چندگانه جاي خود را به شیوه ها و به نظامات و روابط جديد مي دهند، گويي جامعه اي جديد و انسانهاي جديد متولد شده است.

اين جاست که اين پرسش کلامي رخ مي نمايد که چگونه ممکن است که ديني قريب پانزده قرن پيش با مضمون و محتوایي مشخص پا به عرصه وجود گذارد و براي اين همه جوامع مختلف و کاملاً متفاوت و انسانهاي متفاوت در اندیشه و روابط و سلايق، پیام هدايت و رستگاري داشته باشد و آنها را دعوت کند که خود و جامعه شان را بر طبق آن تنظيم کنند و از حدود و مقررات و مضامين و محتوای او تخطی نکنند؟

بر خلاف تصوّر سطحي، اين شبهه صرفاً جانب تشريعي دين (فقه) را هدف نگرفته است، بلکه دامنه آن نواحی مختلفی را شامل مي شود که ذیلاً به برخي از آنها اشاره مي کنيم:

الف - عدم ثبات معرفت ديني.

ب - عدم نسبيت اخلاق.

ج - جهاني نبودن زبان دين.

د - عدم انطباق شريعت و فقه با همه جوامع: اين محذور آنگاه قوّت مي گيرد که معتقد باشيم دين صرفاً در محدوده عبادات و روابط دو جانبه انسان و خدا خلاصه نمي شود و در تمام شؤون اجتماعي و اقتصادي بشر برنامه و سخن دارد.

پيچيدگي روز افزون جوامع اين امکان را بدست نمي دهد که ديني مدّعي باشد براي 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 شبهات فوق مجال واسعی را می طلبد. نوشته

-(349)-

حاضر به بررسی شبهه 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 متحول باشد با چه مشکلات و معضلاتی روبرو است و از چه ویژگیهایی بایستی 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 تحلیلی گونه و حتی المقدور مستند، به این مباحث داشته باشیم و در عین اختصار، نقاط کلیدی و حساس بحث را متعرض شویم.

طرح مسأله

نتیجه قهری و طبیعی تحول 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 - مسأله خلاء قانونی: تحول 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؛ موافقی پیش می آید که پافشاری و اصرار بر حفظ برخی احکام و قوانین، ناسازگار با مصالح جامعه و نظام اسلامی باشد.

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

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

یک نظام حقوقی زنده بایستی 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 اجتهاد در این قسم اخیر آشکار می شود.

نادیده گرفتن سه معضله فوق یا بمعنای این است که جامعه ایستا و غیر متغیّر است و یا بمعنای مقاومت شرع در قبال این تغییرات و نا مشروع داشتن هرگونه تغییری در بستر اجتماع. اوّلی انکار مسلّم 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 فریب 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 سنّت خیلی زودتر از شیعه با مشاغل

سه گانه فوق روبرو شدند. سرّ 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:

1 - اعتقاد کلامی اهل سنّت پیرامون اهل بیت و عترت رسول اﷺ صلیّ الله علیه و آله که بر خلاف شیعه آنان را بیان کننده واقعی احکام اﷺ نمی دانند بلکه به اعتقاد آنان، ائمه شیعه مجتهدینی مانند سایر مجتهدها می باشند.

2 - منع از کتابت حدیث در دهه های اول پس از رحلت پیامبر صلیّ الله علیه و آله به خاطر برخی مصلحت اندیشی ها. کتابت جدّی احادیث تا اواسط قرن دوّم هجری به تأخیر افتاد. دور بودن مناطقی نظیر عراق «که مهمترین نقطه اوج گیری اجتهاد به رأی است» از مهبط وحی و کانون حدیث یعنی مدینه باعث محروم ماندن فقهای آن جا از سماع حدیث از مشایخ و در نتیجه کمبود مضاعف حدیث و نصّ شرعی می شد.

صرف نظر از این سبقت تاریخی می توان مدّعی شد که هر دو مکتب فقهی «سنّی و شیعی» پاسخ این سه معضله را در يك نکته یافتند و آن مسأله اجتهاد و وظایف مجتهد بود؛ در نظر هر دو مکتب مجتهد است که با اجتهاد خود موانع موجود بر سر راه انطباق فقه با مقتضیات هر عصر و زمانه را بر طرف می کند.

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

پس از روشن شدن اصل مسأله سعی می کنیم که نحوه بر خورد فقهای اهل سنّت با این سه معضله را بررسی و ارزیابی کنیم و سپس به بررسی نحوه پاسخگویی فقه شیعه به این سه مشکل پردازیم.

-(352)-

فقه اهل سنّت و مسأله خلاء قانونی

در بررسی آراء و مشرب فقهی فقهای اهل سنت با دو گرایش عمده و کاملاً متفاوت روبرو 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 آورد.

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

نزاعی که بر سر حجّیت و اعتبار قیاس بین آنان درگرفت، شاهد روشن این اختلاف است، چرا که عمل به قیاس، مصداق بارز و رأس عمل به رأی و اجتهاد به رأی است و مدافعین عمل به رأی (چه قیاس و چه غیر آن) در کنار ادله قرآنی و روایی که بر صحت مدّعی 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 انّ نصوص الكتاب والسنة محدودة متناهية والحوادث الواقعة والمتوقعة غير متناهية فلا سبيل إلى اعطاء الحوادث والمعاملات الجديدة منازلها واحكامها في فقه الشريعة الاّ من طريق الاجتهاد بالرأي الذي رأسه القياس» (1).

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

«لو لم تعتبر المصالح المرسله لخلّت الوقایع من الاحكام و هو باطل

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

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 طاهرش این است که آنچه مورد نیاز است بیان شده و راهی برای قیاس و امثال آن باقی نمانده است:

«... وَ نَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَ هُدًى وَ رَحْمَةً وَ بَشْرَى لِّلْمُسْلِمِينَ» (2)، «... مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ثُمَّ إِيَّا رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ» (3)، «وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ» (4).

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

«و اما اصحاب رأی و القیاس فانهم لمّا لا یعتنوا بالنصوص ولم یعتقدوها وافیة بالاحکام ولا شاملة لها وغلاتهم علی انّها لم تف بعشر معشارها فوسعوا طرق الرأی و القیاس و قالوا بقیاس السنة وعلّقوا الاحکام باوصاف لا یعلم انّ الشارع علّقها بها... فكان خطؤهم من خمسة أوجه، أحد طنّهم قصور النصوص عن بیان جمیع الحوادث» (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 اطلاق، لذا جایی برای اجتهاد به رأی و داخل کردن عنصر جدید در استنباط و اجتهاد باقی نمانده است.

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

1 - فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت 2: 266.

-(354)-

برائت اصليّه در نظر آنان قاعده است؛ نه اصل عملي، يعني بيان كننده حكم واقعي فعل است؛ نه حكم ظاهري و اصل عملي كه صرفاً مكلف را از حالت شك بدر آورد.

لذاست كه مي بينيم برخي از مخالفين قياس، ظنّ ناشي از قياس را معارض ظنّ ناشي از برائت اصليّه مي گيرند و اين بيانگر اماره بودن برائت اصليّه است، اماره اي كه حجيت و اعتبار آن مسلم است.

«أنّ البرائة الاصلية معلومة والحكم الثابت بالقياس أمّا أن يكون على وفق البرائة الاصلية أولاً على وفقها فان كان على وفقها لم يكن في القياس فائدة، وان كان على خلافها كان ذلك القياس معارضاً للبرائة الاصلية، لكن البرائة الاصلية دليل قاطع والقياس دليل ظنّي، والظنّي اذا عارض اليقيني، كان الظنّي باطلاً فيلزم كون القياس باطلاً»(1).

علي رغم دیدگاه محتاطانه كساني نظير ابن حزم در «ابطال القياس» و ابن قيّم جوزي در «اعلام الموقعين» كه شديداً از كفايت نصوص دفاع مي كنند، اكثريت اهل سنّت مدافع نظرية كمبود نص و خلا قانوني و لزوم اجتهاد به رأي هستند، لا اقل به قياس معتقدند ولوبه ساير طرق مبتني بر رأي بي اعتماد باشند.

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

«قالوا لو لم تعتبر المصالح المرسله لخلت الوقائع من الأحكام وهو باطل فوجب قبولها قلنا نمنع الملازمة لانّ العمومات من الكتاب والسنة والاقيسة المأخوذة من المؤثرات والملائمات عامة للوقائع كلها على ما يظهر بالاستقراء»(2).

در میان فقهای اهل سنت کم نیستند 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 - المحصول، 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 يعلى وابن عقيل وأبو الخطاب و أوماً اليه احمد»(1).

«ثبت أن النبيّ صلّى الله عليه وآله اجتهد في الاحكام وهو في حقّه قياس 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 غلبه برخلاء قانونی و فقدان نص اشاره کنیم، ولی مناسب است که قبل از تعرّض به این راهها و میزان کارآیی آنها، جایگاه و شأن مجتهد را در این مکتب فقهی روشن سازیم.

جایگاه و شأن مجتهد

ابو اسحاق الشاطبی می گوید: «المفتي قائم في الأمة مقام النبيّ صلّى الله عليه وآله»(3).

برای ابن قائم مقامی سه جهت را ذکر می کند:

الف: وراثت در علم شریعت به وجه عام (ان العلماء ورثة الانبياء).

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

ج: کوشش در راه استنباط احکام در آن مواردی که محل 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 مجعول شرعی نیست بلکه شأن شارعیت و انشاء حکم دارد.

1 - ابن تیمیّه در المسودة: 507.

2 - مسلم الثبوت 2: 367.

3 - الموافقات 4: 244.

-(356)-

« ان المفتی شارع من وجه لان ما یبلّغه من الشریعة امّا منقول عن صاحبها وامّا مستنبط من المنقول فالاول ینظر الیه مبلّغاً والثانی ینظر الیه قائماً مقامه فی انشاء الاحکام و انشاء الاحکام انما هو للشارع» (1).

در جای دیگر می گوید:

«فالمفتی مخیر عن ان ینظر الیه من الشریعة علی افعال المکلفین بحسب نظره کالنبی صلی الله علیه وآله و نافذ امره فی الامّة بمنشور الخلافة کالنبی و لذا سمّوا اولی 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 بدهد چرا که هیچ ابراز و اخباری نسبت

به حکم واقعی صورت نپذیرفته است.

تنها راهی که برای مجتهد باقی می ماند این است که بایستی 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 خلأ قانونی پر شده است و مردم از تحیر بیرون آمده اند و هم جانب شرع و مقاصد آن رعایت شده است.

بنابراین کلیه طرق اجتهاد به رأی نظیر عمل به قیاس و مصالح مرسله و استحسان بی ارتباط به مقاصد شرع نیستند و بخاطر همین جهت است که مجتهد به کسی می گویند 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 عربی و ناسخ و منسوخ و حال روای داشته باشد و به نظر شاطبی دو «می خادم او» 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 می کند که هر مصلحتی نمی تواند منشأ حکم و انشای مجتهد واقع شود بلکه بایستی موافق مقاصد شرع باشد.

«لا يقال يلزم على هذا اعتبار كل مصلحة موافقة لمقصد الشارع أو مخالفة وهو باطل لأننا نقول لا بد من اعتبار الموافقة لمقصد الشارع لأن المصالح إنما 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 نم مخصوص و مستقیمی در این زمینه وجود نداشته باشد.

به تبع محمد غزالی در «المستصفی»، اصولیون اهل سنت مقاصد شارع در میان خلقش را که اساس تکالیف شرعی اوست به سه مقصد ضروری، حاجی و تزینی (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 از باب توسعه و رفع 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)-

کمال و زینت و حسن تلقی می شود.

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

1 - عدم کفایت نصوص شرعی به کل نیازمندیها.

2 - تمام تکالیف شرعیه و تشریح 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 -.

همانگونه که پیش فرض اول با مخالفتهای شدیدی روبرو بود، در مورد دو پیش فرض دیگر نیز مشکلاتی 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 بایستی به طریق قطعی صحتش اثبات شود و ظن کفایت نمی کند.

شاطبی اعتراف می کند که دلیل شرعی قطعی برای اثبات این مدعا 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 بایستی نقل باز کند نه عقل و در نهایت ادعای نوعی بداهت و یقین می کند.

«وعند ذلك يصعب الطريق إلى اثبات كون هذه القواعد معتبرة شرعاً بالدليل الشرعي القطعي، وانما الدليل على المسألة ثابت علي وجه آخر هو روح المسألة و ذلك ان هذه القواعد الثالث لا يرتاب في ثبوتها شرعاً أحد ممن ينتمى إلى الاجتهاد من اهل

-(359)-

الشرع وأن اعتبارها مقصود للشارع ودليل ذلك استقرار الشريعة»(1).

به هر حال پیش فرض سوم یعنی ادعای امکان درک مقاصد شرع و حیطة 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 مرسله و استحسان رو آورده اند و کسانی که حیطة درک را مضمیق می دانند، فقط به حجّیت قیاس آن هم با شروط 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 حجیت قیاس، رد و انکار حجیت مرسله و استحسان را در پی خواهد داشت.

قبل از هر گونه بحثی پیرامون این عناصر مناسب است به تعریف مختصری از آنها پردازیم، 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 موردی است که حکم آن بواسطه نص خاص یعنی کتاب یا سنت و یا اجماع، بیان شده باشد و مراد از فرع، آن واقعه ای است که حکم آن را نمی دانیم و منظور از جامع، علت و وصفی است که مجتهد آن را مناط حکم یا

1 - الموافقات 2: 51.

-(360)-

مصلحت آن می داند.

عمده کسانی که به قیاس عمل می کنند، لازم می دانند که اعتبار این وصف و علت نزد شارع اثبات شده باشد ولی برخی از افراطیون معتقدند که صرف مشابهت بین اصل و فرع کفایت می کند و احراز علت مشترک و اعتبار آن، لازم نیست (1).

اگر دلیل قطعی بر اعتبار آن وصف و علت در دست باشد، آن قیاس مستنبط العلة خواهد بود و چنین علتی به «مناسب مؤثر» موسوم است و اگر به دلیل ظنی اعتبارش ثابت شود، علت و وصفش به «مناسب ملایم» موسوم است و اگر دلیلی بر عدم اعتبار آن وصف در دست باشد، به آن وصف «مناسب ملغی و یا

برای مصالح مرسله تعاریف مختلفی عرضه شده است نظیر:

«مصالح مرسله مصلحتی است که در شرع نصی بر اعتبار آن نباشد، نه نصی خاص و نه نصی 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 وكتابه» (4).

تعریف اخیر جامع‌تر است، چرا که مصالح مرسله مانند قیاس، نوعی تشریح 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 می‌آید و در مصالح مرسله نص و دلیل خاصی در

1 - ابن قیم جوزی در اعلام الموقعین 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 الشاطبي 1: 38.

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

نزد شرع استفاده، ملايمت باشرع فهميده مي شود.

امام محمد غزالي در «المستصفي» از مصالح مرسله به «مرسله به «مرسل ملايم» تعبير مي کند که دقيقاً مرداش توضيح فوق است، يعني مصلحتي که مناسب - دليل خاص قطعي يا ظنّي بر اعتبار آن وجود ندارد - نيست بلکه مرسل است و ملايم است يعني توسط شرع ملغي نشده است و از ادله اي که تعدادش معين نيست، موافقتش با مقاصد شرع به دست مي آيد (1).

اين تفسير از مصالح مرسله، آن را به قياس بسيار نزديک مي کند و تنها فرقشان در اين مي شود که علت حکم در قياس از نص خاص به دست مي آيد و در مصالح مرسله از ادله اي که لاحصر لها.

هر مصلحت مرسل ملايمي را نمي توان ملاک تشریح حکم قرارداد بلکه معتقدين به آن، ضوابط و شرايطي را قرار داده اند.

مثلاً نظر غزالي مصالح مرسله بايد سه شرط داشته باشند تا معتبر شوند:

1 - ضروري باشند؛ يعني از نوع مصالح و مقاصد حاجيات و تحسينيات نباشند.

2 - قطعي باشند و ظنّي نباشند.

3 - کلي باشند و موردی نباشند (2).

شاطبي براي اخذ به مصالح مرسله سه شرط قراردادده است:

1 - المستصفي 2: 311 - 310.

2 - المستصفي 2: 295.

1 - داخل در مقاصد عامه شریعت باشد.

2 - در معاملات باشد؛ نه در عبادات.

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

شرط دوم به خاطر تأکیدی است که محققین اهل سنت بر تعبدی بودن ابواب عبادات و معقوله المعنی نبودن آنها دارند و اصرار دارند که در حقوق اجتماعی و ابواب معاملات است که بایستی 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 ردّ و قبول آن تنازع بیشتری است. ذیلاً به برخی از این تعاریف اشاره می‌کنیم:

1 - العدول عن قیاس إلی قیاس اقوی.

2 - تخصیص قیاس بأقوی منه.

3 - العدول عن حکم الدلیل الی العادة لمصلحة الناس.

4 - ابن الانباری، استحسان را عبارت از استعمال مصلحت جزئی در یک قیاس کلی می‌داند، از این رواستدلال 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 فی الجملة وجود دارد) توجه می‌کند؛ نظیر مواردی که قیاس، حکمی را اقتضا می‌کند اما عمل بر طبق قیاس از جهت دیگری موجب فوت

بر طبق اين تعريف استحسان عبارت از تخصيص زدن قياس و نقض علّت آن است، ولي از كلمات برخي ديگر از فقهاي مالکيه به دست مي آيد که تخصيص عمومات به واسطه مصلحت و نظر به مآلات احکام نیز استحسان است.

«الاستحسان عندنا و عند الحنفية هو العمل بأقوي الدليلين فالعموم إذا استمر والقياس إذا اطرده، فإن مالكاً و ابا حنيفة يريان تخصيص العموم باي دليل كان من ظاهر أو معنى ويستحسن مالک ان يخص بالمصلحة ويستحسن أبو حنيفة ان يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس ويريان معاً تخصيص القياس و نقض العلة ولا يري الشافعي لعلّة الشرع إذا ثبت تخصيصاً»(3).

طبق اين بيان تفاوت استحسان مالک با استحسان ابو حنيفة، در تقيّد مالک به تخصيص زدن قياس و عمومات با توجه به مصلحت و مال احکام و مقاصد شرع است ولي ابو حنيفة حاضر است که بواسطه قول يکي از صحابه، عموم يا قياسي را تخصيص بزند.

محمصاني در کتاب «فلسفة التشريع» سعي مي کند که هم استحسان و هم مصالح مرسله را به عنوان ابزار تخصيص قانون کلي (که چه از عموم و چه از قياس به دست آمده باشد) در موارد خاص حرجي و ضرري قرار دهد.

احکام شرعي عموميّت دارد، ولي همين صفت عموميّت به هنگام تطبيق حکم با مصاديق خود گاهي مایه حرج مي گردد و افراط در تمسک به قانون، موجبات زيان و ستم را فراهم مي سازد... از اين رو مراعات نکردن قوانين کلي در موارد استثنائي براي رفع زيان و دفع مشقت است.

1 - الموافقات 4: 206.

2 - ابن العربي در کتاب احکام القرآن.

فقهایی حنفی در این موارد به استحسان و مالکی ها به مصالح مرسله متوسل شده اند - اگر چه امثال غزالی مخالفت کرده اند - ولی جمهور فقیهان آن را پذیرفته اند و کتاب و سنّت و پیشینه های عمر بن خطاب را مستند قرار داده اند.

آیاتی نظیر «...وَمَا جَعَلَ عَلاَئِكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...» و حدیث شریف «الدین یسر أحب الدین عند الله الحنیفیه السمحة» شاهد بر جواز تخلّف از قاعده کلی در برخی مصادیق هستند(1).

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

ارزیابی راههای سه گانه

صرف نظر از منازعات فراوانی که در قبال حجیّت و اعتبار این راهها وجود دارد، باید اعتراف کرد که به کمک آنها می توان به معضل اول 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 تقنین و تشریح حکم وقایع حادثه و متجدده بپردازد.

تمسک به این سه راه یا سه ابهام و اشکال اساسی روبروست که دوتای اول آن عام است و بر هر سه تطبیق می شود و اشکال سوم مختص به برخی از آنهاست.

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

1 - اگر چه عمده طرق و ابزارهای که در راه استنباط حکم شرعی به کار گرفته

1 - فلسفه قانونگذاری در اسلام، دکتر صبحی محمصانی؛ 261.

می شوند، مفید ظن^۳ 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 عدّه ای از علمای اهل سنت، حجیت و اعتبار این ابزار و طرق بایستی به طریق یقینی و قطعی احراز و اثبات شود و ظن^۳ به حجیت کفایت نمی کند.

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

قیاس که شایعترین و قویترین آنها است (تا جایی که برخی اجتهاد به رأی را مرادف عمل به قیاس می گیرند و معتقدین به اجتهاد نبی صلی الله علیه و آله عمل به آن را به رسول الله صلی الله علیه و آله منتسب می کنند) نیز با این مشکل روبرو است و معتقدین به آن به ظن^۳ بودن دلیل اعتبار قیاس معترفند.

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

«قوله: المسألة علمية قطعية فلا يجوز اثباتها بدليل ظني.»

قلنا: لا نسلم أنّها قطعية بل هي عندنا ظنية لأنّ هذه المسألة عملية والظنّ قائم مقام العلم في وجوب العمل»(1).

ولی واقعیت این است که عمل به قیاس یا استحسان با يك عمل فرعی فقهی نظیر جواز یا عدم جواز رد^۳ سلام کافر، بسیار فرق می کند.

اینها مسائل اصولی هستند نه فقهی، ثمره اثبات و یا ابطال حجیت آنها در هزاران فرع فقهی ظاهر می شود نه این که به يك مسأله جزئی فقهی مربوط باشد.

2 - اصل این ادعا که صاحب شریعت، احکام شرعی را برای حفظ مصالحی در

-(366)-

میان مخلوقاتش تشریح کرده است، مورد تصدیق عمده فقهای فریقین است، اما این نکته که ما قادر به درک همه این مصالح می‌باشیم و تشریح 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 پانزده گانه ای را در این خصوص از قول نظام ذکر می‌کند و در مقام پاسخ به این نقضها می‌گوید:

«أنّ غالب احکام الشرع معللة برعاية المصالح المعلومه والخصم انّما بيّن خلاف ذلك في صورة قليلة جداً وورود الصور النادرة على خلاف الغالب لا يقدر في حصول الظن»(1).

پس بر عهده معتقد به اجتهاد به رأی است که اثبات کند نه تنها دلیل قطعی بر اعتبار این طرق سه گانه نمی‌خواهیم، بلکه قطع و یقین به ملحق بودن حکم فرع به اصل و ابتنای حکم بر این مصلحت مرسل یا آن امر مستحسن لازم نداریم و ظنّ به الحاق و ابتنای کفایت می‌کند.

اصلي ترين نقطه تنازع و اختلاف در بحث اجتهاد به رأی همین مسأله است.

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

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

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

-(367)-

از مفرطین در عمل به قیاس، قاطبة معتقدین به حجیت قیاس، آن را در جایی معتبر می‌شمارند 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 نمی‌رسد.

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 می‌شود؛ 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، می‌توانیم با نصوص مخالفت کنیم بخاطر رفع حرج و مشقت غیر ضروری.

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

«استحسان دلیلی است که در ضمیر مجتهد روشنائی می‌بخشد ولی از مساعدت عبارت و لفظ برخوردار نیست».

«ترك عمل به قیاس و عمل به آنچه برای مردم مناسبتر و موافق تر است»(1).

با توجه به این که استحسان خصوص تخصیص زدن قیاس نیست بلکه شامل تخصیص عموم نیز می‌شود، منجر به مخالفت نص می‌شود و چون ضابطه دقیق و محکمی برای این مخالفت ذکر نشده، عده ای از فقها در اعتبار و حجیت آن خدشه

کرده اند، مثلاً شافعی می گوید: «من استحسن فقد شرع».

فقه اهل سنت و معضله دوّم

همان طور که در طرح مسأله عنوان کردیم، معضله دوّم انطباق فقه با همه زمانها و مکانها و لزوم دست برداشتن از برخی احکام و قوانین شرعی 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 پایبندی بر یک فتوای فقهی و دلیل شرعی 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 مبنی بر اداره همه جوامع در همه زمانها برقرار باشد، بایستی در درون خود این معضله را دیده باشد و بطور روشمند و مضبوطی راه حلّ این گونه موارد را روشن 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 کالاها را در مواردی که مصلحت اسلام و مسلمین اقتضا کند، موقتاً ممنوع سازد و تزییقاتی 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 دایره عمل به مصالح مرسله و استحسان توسعه دهند، در زمینه مخالفت با نصّ توسعه قائل شده اند و در نتیجه بر فائق آمدن بر معضله دوّم مجال گسترده تری خواهند داشت.

باید به این نکته توجه داشت که بر طبق تلقّی اهل سنت از مجتهد و شأن او، روح مسأله و معضله دوّم تفاوتی با مسأله اوّل (خلاء قانونی) نمی کند، چرا که مجتهد را صراحتاً مخبرو گزار شگر احکام شرعی ابراز شده در قالب عبارات و نصوص شرعی و اجماعات نمی دانند، بلکه این بخشی از کار مجتهد است و کار اساسی او تشریح حکم است (تشریح مجازنه تشریح محرم) و شأن شاریت و انشاء حکم را دارد(1).

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

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

در بحث جواز یا عدم جواز صدور اجتهاد از نبی اکرم ﷺ علیه وآله می بینیم که معتقدین به جواز، به مواردی تمسک می کنند که پیامبر ﷺ علیه وآله امر و نهی حکومتی کرده و در جنگ و غیر آن تصمیم گیری کرده است.

« وأما الذي يدلّ على أنّه كان مجتهداً في أمر الحروب أنّه اجتهد في أخذ الفداء عن أسارى بدر بعد ما كان راجعهم في تلك الحال وذلك لا يمكن الاّ مع الاجتهاد»، (2).

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

1 - الموافقات، ابو السحاق الشاطبي 4: 245.

2 - المحصول، امام فخر رازي 2: 491.

-(370)-

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

در صورتي که حاکم جامعه اسلامي خود مجتهد باشد، بر طبق این مسلک فقهی (حجیت مصالح مرسله واستحسان) مشکلي بوجود نخواهد آمد، اما 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 اسلامي علي رغم تغییر نا پذیري و ثبات، با توسل به راه حلهايي 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 اسلامي، نظر به این که حاکم در خدمت حقوق است، حق قانونگذاری برای حاکم قائل نیست، لکن رهبري سیاست دولت اقتضا می کند که حاکم تصمیماتی بگیرد، حقوق اسلامي این تصمیمات را مشروع و به رسمیت می شناسد.

حاکمان اگر چه گاه از محدوده حقوق اسلامي تخطي کرده اند، اما معمولاً این گونه تخطي ها با اغماص علما روبرو شده و مردم را علیه حکمرانان دعوت به قیام نمی کنند» (1).

آن دسته از مکاتب فقهی اهل سنت که اجتهاد به رأی را مطلقاً مردود می شمارند و یا 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 سنّت و معضلة سوّم:

عرف و عادت مردم يك جامعه در بستر زمان ثابت باقي نمي ماند، چه رسد به اين كه انتظار داشته باشيم عرف و عادت بشريت در طول قرون و اعصار، ثابت و لا يتغير بماند.

لذا بسيار طبيعي است كه بر اثر اين تغييرات، مناسبات و موضوعات جديدي رخ نمايد و يا اين كه برخي روابط و موضوعات سابق اساساً رخت بربندد.

اگر فقه اسلام و هر نظام حقيقي بخواهد خود را محصور در روابط خاصي قرار دهدو به اين تغييرات عرفي اعتنا نكند، دچار مشكل خواهد شد.

در فقه اهل سنّت بطور و سيعي به عرف و تغييرات آن اعتنا شده است؛ در مواردی كه عرف رابطه جديد و موضوعي مستحدث به بار آورد، اعتنای به عرف و امضای آن و مستحسن شمردن آن مناسبات و روابطی كه عرف مستحسن مي شمارد و نصي بر خلاف آن وجود ندارد، مورد اتفاق فقهاي اهل سنّت است.

بايد توجه كرد كه مجتهدين اهل سنّت، عرف و عادت را بطور مستقل از ادلة شرعيه و منبع و ابزار استنباط در کنار اجماع و قياس و مصالح مرسله قرار نداده اند، ولي عرف و عادت از مجاري و در يچه هاي گوناگوني به فانونگذاري و فقه اسلامي راه يافته است كه ذيلاً به برخي از اين مجاري اشاره مي كنيم:

1 - موضوعات برخي از نصوص شرعي مفاهيمي عرفيه است، نظير مكيل و موزون بودن مبادلة برخي اجناس و ميزان و نحوه نفقة همسر.

اگر قانوني بر پایه عرف استوار باشد، بطور طبيعي در تفسير و فهم آن بايد به عرف مراجعه كرد و هر

گونه تغییری در عرف باید مورد اعتنا واقع شود و از اعتنای به آن،

—(372) —

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

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

همچنین سنّت مسلمین چنین بود که در فتوحات جدید خود در میان جوامع مختلف، اگر عادات جدیدی می یافتند که برخلاف کتاب و سنّت نبود، می پذیرفتند.

اعتنای به عرف در قالب عبارتهای گوناگونی در السنة فقهای اهل سنت تکرار می شود؛ مجله احکام عدلیه، 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 كالمشروط بينهم» (مادة 43).

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

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

نزاع موجود بین فقهای اهل سنّت در جایی است که نص خاص وجود دارد؛ آیا می شود به عرف و عادت که مخالف نص است اعتنا کرد؟

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

عرف وقتي حجت است که مخالف نص فقهي نباشد»(2).

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

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

2 - المنافع في شرح المجامع: 324.

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

-(373)-

در مقابل این عده فقهايي وجود دارند که عرف را مقدم بر نص مي شمارند که در رأس آنها ابو يوسف است؛ به نظر آنان «ما رأه المسلمون حسناً فهو عندنا حسن».

فقه شيعه و مسأله ثابت و متغيّر

التفات و آشنائي فقهاي شيعه با معضل ثابت و متغيّر و مشاكل موجود در راه انطباق فقه با جوامع مختلف و متحوّل، قدمت زيادي ندارد و اين تأخير در طرح مسأله مرهون دو امر است:

1 - منزوي بودن فقهاي شيعه از بستر حكومت و اداره جامعه که طبيعتاً باعث مي شود با معضلات اجتماعي و اقتصادي و مشاكل موجود در راه تطبيق دادن تصميمات و سياستها با قوانين اسلام، بطور جدّي و مستقيم مواجه نشوند.

2 - اعتقاد خاص شيعه نسبت به ائمه شيعه که آنها را مفتي و مستنبط و مجتهد نمي داند، بلکه بيانگر

احکام ا و مبلغ رسالات ا مي داند، باعث شده که نصوص فراواني در دسترس داشته باشد و در نتیجه کمتر واقعه اي اتفاق مي افتد که نصوص شرعيه مخصوص يا بواسطه عموم و اطلاق، حکم آن را بيان نکرده باشد؛ لذا پرهيز از اجتهاد به رأي جزو علامات شيعه قلمداد شده است.

در ميان علماي شيعه کساني وجود دارند که معتقدند اساساً مشکلي به نام ثابت و متغيّر و مشاکل ناشي از انطباق دين ثابت با جوامع متغيّر و متحوّل نداريم (نظير اين اعتقاد در برخي از پاهريون از اهل سنّت وجود دارد) و در متون ديني کلّ آنچه را که مردم در همه زمانها به آن احتياج دارند، بيان شده و فقيه بايستي حکم آنها را استنباط کند. آنها براي اثبات مدّعي خود به آيات و رواياتي که دالّ بر اين است که قرآن «تبيان لكلّ شيء» است و جميع آنچه مردم به آن احتياج دارند در سنّت و آيات بيان شده

-(374)-

است، تکیه مي کنند.

با يك درجه تسامح، عده ديگري معتقدند که در موارد اجمال نص يا فقدان نص مي توان به اصول عمليه مراجعه کرد، لذا نيازي به در نظر گرفتن عوامل ديگر وجود ندارد.

در مقابل اين عده از فقها، فقيهانتي که با نظر عميقتري به مسأله ثابت و متغير نگريسته اند، به اين نتیجه مهم واقف شده اند که اگر فقه بخوهد در همه زمانها و مکانها و در همه جوامع سکاندار کشتي هدايت جوامع باشد، بايستي در دو چيز تأمل کرد:

1 - مجتهد در اجتهاد خود برخي عوامل را مورد غفلت قرار ندهد؛ مثلاً التفات به دو عنصر زمان و مکان و تغييرات موضوعي برخاسته از آنها داشته باشد و به فقه اجتماعي نگاه جمعي داشته باشد نه نگاه فردي.

2 - به حدود اختيارات حاکم و وليّ امر جامعه مسلمين اعتنا شود، چرا که ثقل مسأله تطبيق منويّات دين با مقتضيات زمان و مکان، بر دوش فقيهي است که بر جامعه مسلمين حاکميت و اقتدار و ولايت دارد. بايد اعتراف کرد که تلقّي رايج در اجتهاد شيعه نظريه اول است و نظريه دوّم ريشه تاريخي عميقي در

تاریخ اجتهاد شیعی ندارد و اخیراً توجه برخی فقهای عظام و در رأس همه آنها بنیانگذار جمهوری اسلامی امام خمینی - رحمه الله علیه - را به خود معطوف ساخته است.

به نظر می‌رسد فقهای معتقد به نظریه اوّل، به مباحث و مسائل اجتماعی و سیاسی در سطح کلان جامعه یا نظر نداشته‌اند و یا با دید بسیطی آنها را همپراز مسائل فردی و عبادی می‌دانسته‌اند؛ لذا همان گونه که در مسائل فردی و عبادی در موقع فقدان و یا اجمال نص، به اصول عملیه متوسل 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 حرکت‌های فرهنگی و اجتماعی و سیاست خارجی، اموری نیستند که بدون مصلحت‌اندیشی در مورد آنها و ملاحظه پیامدهای اجتماعی و خارجی آن، در سطح کشور و سطح جهانی، بتوان اظهار نظر کرد و با توسّل به برائت و استصحاب برای آنها تعیین تکلیف نمود.

شهید صدر رحمه الله به سيطرة نگاه فردی به فقه و فراموش شدن نگاه اجتماعی و جمعی اشاره می‌کند و آن را ناشی از عزلت‌سیاسی که شیعه و فقهای شیعه به آن مبتلا بوده‌اند، می‌داند. به نظر وی مثال بارز این نگاه فردی این است که به نظام سرمایه‌داری نه به عنوان يك واقعیت جمعی دارای آثار اجتماعی، بلکه به عنوان يك امر فردی حکم فرد مسلمان در قبال آن بایستی روشن شود، نگریسته می‌شود. از نظر شهید صدر این نگاه فردی در فهم نصوص شرعی نیز آثار سوء خود را نشان می‌دهد:

«وقد امتدّ أثر الانكماش و ترسخ النظرة الفردية للشريعة إلى طريقة فهم النص الشرعي أيضاً فمن ناية أهملت في فهم النصوص شخصية النبي والامام الحاكم ورئيس الدولة فإذا ورد نهی عن النبي صلّي الله عليه وآله مثلاً كنهيه أهل المدينة عن منع نقل الماء فهو امانهی 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 ادله قرآن و روایي معتقدین به نظریه اوّل مجال واسعتري را می‌طلبد، اما بطور اجمال اشاره ای گذرا خواهیم داشت:

1 - الاتجاهات المستقبلية لحركة الاجتهاد عند الشيعة، شهيد محمد باقر الصدر المطبوع في دائرة المعارف الاسلامية الشيعية، الجزء الثالث، حسن الامين.

-(376)-

معناي اين كه قرآن «تبيان لكل شيء» است، اين نيست كه آنچه در فهم ظاهر قرآن بدست مي آيد، جميع امور مورد نياز فقهي و حقوقي ما را تأمين مي كند.

آنچه از ظواهر قرآن به دست مي آيد در حدّي كه انسانهاي معمولي و غير معصوم متوجه مي شوند، در زمان رسول اﷺ عليه وآله و آلّه و ائمه عليهم السلام، لذا رسول اﷺ عليه وآله به عنوان مبين قرآن شريف، فروع و برخي تفصيلات را در قالب سنّت نبوي به مردم بيان مي فرمود.

بله اگر كسي كه راسخ في العلم است و به تأويل و بطون قرآن مشرف است - داراي فهم غير عادي و متعارف باشد - قرآن براي او «تبيان لكل شيء» است و اين فهم مستلزم مسوّب باطن قرآن است و لا يمسه الا المطهرون»(1).

راجع به رواياتي كه مضمون آنها اين است كه جميع آنچه مردم به آن نياز دارند در قرآن و سنّت بيان شده است، نظير اين دو حديث ذيل همين توجيه وجود دارد:

«رواية ملازم عن ابي عبداﷲ عليه السلام قال: ان اﷺ تبارك وتعالى أنزل في القرآن تبيان كل شيء حتى واﷺ ما ترك اﷺ شيئاً يحتاج اليه العباد، حتى لا يستطيع عبد يقول لو كان هذا أنزل في القرآن الا وقد أنزل اﷺ فيه»(2).

«صحیحة محمد بن مسلم عن ابي عبداﷲ عليه السلام: ان أمير المؤمنين صلوات اﷺ عليه قال الحمد اﷺ الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بيّنت لامة جميع ما تحتاج اليه»(3).

ائمة شيعه مدعي بودند كه جميع آنچه مردم در همه زمانها به آن احتياج دارند نزد آنهاست، امّا اين نکته از كلام آنها به دست نمي آيد كه همه آنها را به مردم و در قالب روايات بيان کرده اند. روايت

1 - اصول کافی 1: 59.

2 - اصول کافی 1: 59.

3 - الوافی 1: 62.

-(377)-

«محمد بن حکیم عن ابی الحسن علیہ السلام قال: قلت له تفقّهنا فی الدین وروینا و ربما ورد علینا رجل قد ابتلی بشیء صغیر الذی ما عندنا فیہ بعینه شیء وعندنا ما هو یشبهه مثله افنفتیه بما یشبهه؟ قال لا و مالکم والقیاس فی ذلك، هلک من هلک بالقیاس قال قلت جعلت فداک أتى رسول الله ﷺ علیه وآله بما یکتفون به؟ قال أتى رسول الله ﷺ علیه وآله بما استغنوا به فی عهده و بما یکتفون به من بعده الی یوم القیامة قال قلت ضاع منه شیء؟ قال لا هو عند أهله»(1).

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

فقه شیعه و معضله خلاء قانونی

برخی از فقها 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 متغیّر و متطوّر دسته ای از وقایع و نیازهای بشر باعث می شود که منطقه الفراغ تشریحی وجود داشته باشد که البته شارع آن را اهمال نکرده است و زمامدار حکومت اسلامی باید حکم مناسب این مواضع را تشریح کند» (2).

بر طبق نظر شهید صدر، طبع اوّلیه است که این منطقه با حکم حاکم و تقنین 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 می شود.

مرحوم علامه طباطبایی «ره» نیز با بیانی مبسوط، به مبنایی نظیر مبنای فوق معتقد است.

از نظر وی مقررات اسلام به دو بخش ثابت و متغیّر تقسیم می شود؛ بخش اوّل که مقررات ثابت اسلام است با توجه به فطریات انسان و مشخصات ویژه او که اموری ثابت و غیر قابل تغییر و تحوّلند، تنظیم شده و به نام دین و شریعت اسلامی نامیده می شوند.

بخش دوّم که مقرراتی قابل تغییر است و بحسب مصالح مختلف زمانها و مکانها اختلاقی پیدا می کند، به عنوان آثار ولایت عامه منوط به نظر نبی اسلام و جانشینان و منصوبین از طرف اوست که در شعاع مقررات ثابتة دینی و بحسب مصلحت وقت و مکان، آن را تشخیص داده و اجرا نمایند؛ البته این گونه مقررات بحسب اصطلاح، دین، احکام و شرایع آسمانی محسوب نمی شوند.

تغییر اوضاع حتماً تغییر مقررات را ایجاب می نماید و در این زمینه اصل اختیارات والی است که باعث می شود اسلام بتواند به احتیاجات قابل تغییر 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 ولیّ امر برای پیشرفت فرهنگ و زندگی مردم وضع می کند، در عین لازم الاجرا بودن، شریعت و حکم خدایی شمرده نمی شود.

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

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

—(379)—

حتی ولیّ امر نیز حق این را ندارد که آنها را به مصلحت وقت تغییر دهد و یا بنا به مصالحی آنها را الغا کند (1).

بنظر می رسد تحلیلی که شهید صدر و علامه طباطبایی از حدود حاکمیت و ولایت تقنینی ولیّ امر می کنند و آن را در محدوده ای تصویر می کنند که نص شرعی بر خلاف آن نباشد و منطقة الفراغ و خالی از احکام ثابت شرعی باشد، معضلة اوّل را پاسخگو خواهد بود اما نمی تواند بر معضلة دوّم غلبه کند.

به اعتقاد راقم سطور، قدم اساسی در راه انطباق دین ثابت با جوامع متغیّر و مقتضیات زمان، در دیدگاه فقهی امام راحل قدس سره راجع به شؤون و اختیارات ولی فقیه برداشته شده است؛ بر طبق این دیدگاه، ولیّ 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 الله و حکم حکومتی

دیدگاه فقهی امام خمینی رحمه الله راجع به شؤون ولایت فقیه، محدوده و ماهیّت حکم حکومتی و دخالت دو عنصر زمان و مکان در اجتهاد، حاوی عناصری است که بر تمامی مشاکل و معضلات انطباق فقه با مقتضیات

زمان فائق می آید و نظام حقوقی اسلام را بطور زنده و پویا در تمام عرصه های حیات بشری و جوامع کهنه و نو مطرح می سازد.

این دیدگاه در میان تاریخ فقهت شیعه کاملاً نو و مترقی است، البته رگه هایی از آن در لابلاي برخی کلمات یافت می شود، اما در این جامعیت هرگز توسط فقیهی

1 - فرارهایی از اسلام، علاء مه طباطبایی: 80 - 71.

-(380)-

ابراز نشده است.

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

ذیلاً به اختصار، امتهات این دیدگاه فقهی را بیان می کنیم:

1 - نبی اکرم صلی الله علیه و آله شؤون سه گانه دارند:

الف - تبلیغ احکام الهیه، بنابراین امر و نهی پیامبر در قالب این شأن، اوامر و نواهی ارشادی خواهد بود و ارشاد به امر و نهی و تشریح الهی خواهد بود.

ب - مقام قضا و حلّ تنازعات و تطبیق احکام کلی الهی در مورد نزاع، بنابراین او امر او از آن جهت که قاضی است باید اطاعت شود.

ج - مقام ولایت و ریاست عامه بر امت که از طرف خداوند به پیامبر داده شده است.

حکم او در این مقام و شأن، حکم سلطانی و حکومتی خواهد بود و اطاعت این اوامر و نواهی از باب اطاعت ولی و اولی الامر لازم است، نه از باب اطاعت و امتثال احکام ا[] واقعی و یا اطاعت قاضی عدل (1).

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 بخاطر عروض عناوینی نظیر ضرر، حرج، تقیّه، اضطرار و اکراه بار می شود.

1 - الرسائل للإمام الخميني: 50 - 51.

-(381)-

حکم حکومتی تابع تشخیص مصلحتی است که حاکم و ولیّ 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 ا[] در قبل از پیروزی انقلاب و سالهای اوّل پیروزی انقلاب، حکم ثانوی بودن احکام حکومتی استفاده می شود.

«حکم مرحوم میرزای 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 قضاوتی نبود که بین چند نفر سر موضوعی اختلاف شده باشد و ایشان روی تشخیص خود قضاوت کرده باشند، روی مصالح مسلمین و به عنوان ثانوی، این حکم حکومتی را صادر فرمودند و تا عنوان وجود داشت، این حکم نیز بود و بارتفتن عنوان حکم هم برداشته شد» (1).

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

موضع، خود به خود لغو می‌شود، مجازند در تصویب و اجرای آن». (2).

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 تزامنی با احکام اولیه

1 - ولایت فقیه، امام خمینی: 172.

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

-(382)-

اسلام نداشته باشد، متبّع می‌دانند و در سابق اشاره کردیم که این مقدار شأن تقنینی برای ولیّ امر نمی‌تواند گره‌گشای انطباق فقه با هر جامعه‌ای باشد، چرا که پیچیدگی‌های جوامع کنونی و تحولات و تغییرات سریع اقتصادی و سیاسی در سطح جهانی و تغییر دائمی مناسبت‌ها و اولویت‌ها، گاه مواردی را پیش می‌آورد که اصرار و تأکید بر حفظ برخی حقوق فردی که احکام اولیه شرع آن را امضاء و تأکید کرده است، باعث حذف مصالح نظام و اجتماع می‌شود.

در این جا است که محدود کردن اختیارات ولیّ فقیه باعث رکود جامعه و چه بسا پایمال شدن ارزشهای کلان اسلامی می‌شود، چرا که در مواضعی بقا و حفظ ارزشهای اسلامی، با حفظ کیان نظام اسلامی گره می‌خورد.

امام راحل رحمه الله در اواخر عمر شریفشان بصراحت هر چه تمامتر، تقدم و اولویت حکم حکومتی بر سایر احکام اولیه اسلام را بیان کردند، هر چند از برخی عبارات فقهی ایشان قبل از پیروزی انقلاب نیز تا حدّی این نکته به دست می‌آید، به هر دو نمونه ذیلاً اشاره می‌کنیم:

«الاسلام هو الحكومة بشؤونها والاحكام قوانين الاسلام وهي شأن من شؤونها بل الاحكام مطلوبات بالعرض وأمر آلیة لاجرائها وبسط العدالة فكون الفقيه حصناً للاسلام كحصن سور المدينة لها لا معنى له الا

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

«حکومت یا همان ولایت مطلقه ای که از جانب خدا به نبی اکرم صلی الله علیه وآله واگذار شده است، الهام احکام الهی است و بر جمیع احکام فرعیّه الهیّه تقدم دارد.

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

1 - کتاب البیع، امام خمینی 2: 472.

-(383)-

ولایت مطلقه مفوضه به نبی اسلام صلی الله علیه وآله باید يك پدیده بی مسمّا و بی محتوا باشد.

باید عرض کنم حکومت که شعبه ای از ولایت مطلقه رسول الله صلی الله علیه وآله است، یکی از احکام اولیّه اسلام است و مقدّم است بر تمام احکام فرعیّه 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 مدّ نظر ایشان است.

«زمان و مکان دو عنصر تعیین کننده در اجتهادند، مسأله ای در قدیم دارای حکمی بوده است، به ظاهر همان مسأله در روابط حاکم بر سیاست و اجتماع و اقتصاد يك نظام ممکن است حکم جدیدی پیدا کند، بدان معنا که با شناخت دقیق روابط اقتصادی و اجتماعی و سیاسی، همان موضوع اول که از نظر ظاهر 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 الله 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 مصلحت ایجاد یسر و رفع حرج؛ و از طرفی اشاره کردیم که در این دو مورد خواه ناخواه مخالفت با نص در

1 - صحیفه نور 20؛ 170 نامه ایشان به آیه الله خامنه‌ای رهبر معظم انقلاب.

2 - صحیفه نور 21؛ 98.

-(384)-

برخی موارد پیش خواهد آمد. دیدگاه امام خمینی رحمه الله راجع به حکم حکومتی نیز مشتمل براعتنا به مصلحت و بعضاً مخالفت با نص و احکام اولیه است.

وجود این دو مشابهت سبب شده است که برخی گمان کنند آنچه ایشان راجع به حکم حکومتی می‌گویند، 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:

1 - امام خمینی رحمه الله شأن تقنینی ولایی را که برای ولی 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 بایستی 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 انشاء می‌کند یعنی قائم مقام نبی اکرم صلی الله علیه و آله 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 - مصلحتي که منشأ حکم حکومتي مي شود، مصلحت حفظ نظام و کيان اسلام و جامعه مسلمين است حال آن که مصالحی که در استحسان و مصالح مرسله منبع و اساس اجتهاد و حکم است، اعم از مصلحت نظام مي باشد.

بسياري از معتقدین به حجیت و اعتبار مصالح مرسله آن را به مصالح ضروريه منحصر نمي کنند و به حاجيات نیز سرایت مي دهند.

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

-(385)-

نظام و کيان اسلام نمي شود.

مراجعه به موارد و مصادیق 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 تمسک به مصالح مرسله و استحسان در واقع تمسک به عنوان ثانوی است، یعنی حرجی و ضرری بودن اعمال قاعده کلیه مستفاد از نص و قیاس، فقیهان را وادار می کند که برای تخصیص این قواعد به مصالح مرسله و یا استحسان متوسل شوند. ما قبلاً این مطلب را از قول دکتر محمضانی نقل کردیم (1).

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

فقه شیعه و معضله سوّم

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

نقطه مشترك فقه شيعه و اهل سنت در اعتنا به عرف، در آن دسته از احكامي است كه در ناحیه موضوعشان مفاهيم عرفي به كار رفته باشد و يا اين كه تعيين حدود و تعور موضوع به فهم عرف واگذار شده باشد.

در اين موارد واضح است كه هر گونه تبديري در عرف و فهم و برداشت او از موضوع بايستي مورد اعتنائي فقيه واقع شود، چرا كه زمام امر موضوع حكم در اين موارد به دست عرف است.

نقطه افتراق اين دو مكتب فقهي در مورد اعتنائي به عرف در مواردی است كه

1 - فلسفه قانون گذاري در اسلام، دكتور محمضاني: 261.

-(386)-

عمل بر طبق عرف مستلزم مخالفت با نص باشد.

تمامي فقهاي شيعه و برخي از فقهاي اهل سنت در چنين مواردی عمل بر طبق عرف را جايز نمي دانند، ولي برخي ديگر كه در رأس آنها ابو يوسف است، در اين موارد عرف را متبع مي شمارند.

بايد توجه كرد كه ما عرف را منبعي مستقل براي استنباط حكم شرعي و تشخيص حكم شرعي به رسميت نمي شناسيم، ولي اين مطلب منافاتي با اين ندارد كه ولي امر در تشخيص مصالح نظام به عرفيات جامعه به عنوان يكي از منابع تشخيص مصلحت نظر داشته باشد.

و الحمد لله