زمينه هاي ثابت و متغير در فقه اسلام

زمينه هاي ثابت و متغير در فقه اسلام

أحمد واعظي

بسم ا الرحمن الرحيم

مقدمه:

اديان و حياني عموماً و اسلام خصوصاً بر اين نكته پافشاري مي كنند كه از جانب خداوند برنامة هدايت و نجات بشر را به ارمغان آورده اند.

دين به عنوان مجموعه اي از اعتقاديات، اخلاقيات، دستورات عبادي، آداب معاشرت، قوانين حقوقي و جزايي، كل انسان را طرف خطاب قرار داده است نه بخشي از انسانها را كه در زمان خاصي و در جامعة خاصي زندگي مي كنند.

خاتمّيت رسالت نبوي صلّي ا عليه وآله و جاودانگي دين مبين اسلام اقتضا مي كند كه پيام هدايت او مختص به زماني خاص و مكاني خاص نباشد و خوشه چيني از خر من دين تيول معاصرين عهد رسالت و

انسانهاي قريب به آن عصر نباشد، بلكه اين چراغ هدايت فروزندة ظلمت بشريت تا هميشة تاريخ باشد.

واقعيت اين است كه بشر در سياست و اقتصاد و فرهنگ و علايق و روابط خود همواره بر طريقة يكساني مشي نمي كند.

مناسبات اجتماعي و آداب و سنن و شكل توليد و توزيع منابع اقتصادي و اشكال حكومت، هر از چندگاهي جاي خود را به شيوه ها و به نظامات و روابط جديد مي دهند، گويي جامعه اي جديد و انسانهايي جديد متولد شده است.

اين جاست كه اين پرسش كلامي رخ مي نمايد كه چگونه ممكن است كه ديني قريب پانزده قرن پيش با مضمون ومحتوايي مشخص پا به عرصة وجود گذارد و براي اين همه جوامع مختلف و كاملاً متفاوت و انسانهاي متفاوت در انديشه و روابط و سلايق، پيام هدايت و رستگاري داشته باشد و آنها را دعوت كند كه خود و جامعه شان را بر طبق آن تنظيم كنند واز حدود و مقررات و مضامين و محتواي او تخطّي نكنند؟

بر خلاف تصوّر سطحي، اين شبهه صرفاً جانب تشريعي دين (فقه) را هدف نگرفته است، بلكه دامنة آن نواحي مختلفي را شامل مي شود كه ذيلاً به برخي از آنها اشاره مي كنيم:

الف ـ عدم ثبات معرفت ديني.

ب ـ عدم نسبيت اخلاق.

ج ـ جهاني نبودن زبان دين.

د ـ عدم انطباق شريعت و فقه با همة جوامع: اين محذور آنگاه قوّت مي گيرد كه معتقد باشيم دين صرفاً در محدودة عبادات وروابط دو جانبة انسان و خدا خلاصه نمي شود و در تمام شؤون اجتماعي و اقتصادي بشر برنامه و سخن دارد.

پيچيدگي روز افزون جوامع اين امكان را بدست نمي دهد كه ديني مدّعي باشد براي همة جوامع با هر

ساختار و روابطي برنامه دارد و روابط مختلف حقوقي آن را تنظيم مي كند.

پاسخ تفصيلي به هر يك از اين شبهات فوق مجال واسعي را مي طلبد. نوشتة

حاضر به بررسي شبهة اخير اختصاص دارد، يعني مي كوشيم نشان دهيم كه در فقه اسلامي چه اهرمها و عناصري تعبيه شده است كه به كمك آنها مي توان حاكميت فقه را در همه جوامع و در همه زمانها تثبيت كرد و نظام حقوقي اسلام را تنظيم كرده، روابط حقوقي همه جوامعي دانست كه بخواهند در سايهٔ حاكميت دين و شريعت اسلامي زندگي كنند، بدون اين كه هيچ ضعف و فتوري در اين نظام حقوقي مشاهده شود.

ابتدا نشان خواهيم داد كه يك نظام حقوقي براي اين كه مختص به يك برهه از زمان و يك جامعهٔ خاص نباشد و منطبق با مقتضيات جوامع متحول باشد با چه مشاكل و معضلاتي روبرواست و از چه ويژگيهايي بايستي برخوردار باشد.

آنگاه به سراغ مكتب فقهي اهل سنت خواهيم رفت و عناصري كه در نظام فقهي آنها براي تطبيق دادن فقه اسلامي باتغييرات زمان و مكان تعبيه شده است را خواهيم شناخت و سپس همين بررسي را در فقه شيعي خواهيم داشت.

اين نكته شايان ذكر است كه تحقيق همه جانبهٔ ابعاد اين بحث خارج از حوصلهٔ يك مقاله است. لذا سعي مي كنيم مروري تحليل گونه و حتي المقدور مستند، به اين مباحث داشته باشيم و در عين اختصار، نقاط كليدي و حساس بحث را متعرض شويم.

طرح مسأله

نتيجهٔ قهري و طبيعي تحوّل جوامع و پيدايش مناسبات و روابط نوين فردي و اجتماعي و اقتصادي، پيش رو نهادن سه معضله در قبال هر نظام حقوقي و بويژه شريعت است.

1 ـ مسألهٔ خلاء قانوني: تحوّل جوامع، موضوعات كاملاً جديدي را مطرح مي كند

كه نص و قانوني پيرامون آنها وجود ندارد، لذا لازم است كه اين واقعيت در شريعت، پيش بيني شده باشد و راهي براي يافتن حكم اين موارد داشته باشد.

2 ـ ظهور موانع اجرايي در راه عملي كردن برخي قوانين و احكام پيش بيني شده و منصوص: مواقعي پيش مي آيد كه پافشاري و اصرار بر حفظ برخي احكام و قوانين، ناسازگار با مصالح جامعه و نظام اسلامي باشد.

فقهي مي تواند مدّعي پويايي وتحرّك در همة اعصار باشد كه اين قابليت انعطاف در آن موجود بوده و بتواند از اين احكام صرف نظر كند.

3 ـ اعتنا به تبدّل موضوعات و مفاهيم: تغيير عرف و عادت و تغيير روابط و مناسبات گاه باعث مي شود كه موضوع حكم سابق به موضوع جديدي مبدّل شود و در نتيجه حكم جديدي را طلب كند.

يك نظام حقوقي زنده بايستي بدقت اين تغييرات موضوعي را در نظر داشته باشد و بر حفظ قالب خاص جمود نداشته باشد. نمود بارز دخالت دو عنصر زمان و مكان در اجتهاد در اين قسم اخير آشكار مي شود.

ناديده گرفتن سه معضلة فوق يا بمعناي اين است كه جامعه ايستا و غير متغيّر است ويا بمعناي مقاومت شرع در قبال اين تغييرات و نا مشروع داشتن هرگونه تغييري در بستر اجتماع. اوّلي انكار مسلّم واقعيات موجود است و دوّمي كهنه گرايي و جمود كه ثمره اش منزوي ساختن دين از متن جامعة بشري مي باشد؛ اين سه معضله بطور يكسان حساسّيت فقهاي مسلمان را به خود جلب نكرده است.

مشكل اوّل براي اكثريت قريب به اتفاق آنها مطرح بوده امّا دو مشكل ديگر يا براي عدّه اي اصلاً مطرح نبوده ويا كمتر حساسّيت آنها را به خود جلب كرده است.

واقعيت اين است كه به لحاظ تاريخي، اهل سنّت خيلي زودتر از شيعه با مشاكل

سه گانة فوق روبرو شدند. سرّ اين سبقت در دو نكته اساسي زير نهفته است:

الف ـ كمبود نصوص شرعي.

ب ـ درگير بودن مستمر با مسألة ادارة جامعه و اعمال حاكميت سياسي.

كمبود نص شرعي خود معلول دو امر است:

1 ـ اعتقاد كلامي اهل سنّت پيرامون اهل البيت وعترت رسول ا صلّي ا عليه وآله كه بر خلاف شيعه آنان را بيان كنندة واقعي احكام ا نمي دانند بلكه به اعتقاد آنان، ائمة شيعه مجتهديني مانند ساير مجتهدها مي باشند.

2 ـ منع از كتابت حديث در دهه هاي اول پس از رحلت پيامبر صلّي ا عليه وآله به خاطر برخي مصلحت انديشي ها. كتابت جدّي احاديث تا اواسط قرن دوّم هجري به تأخير افتاد. دور بودن مناطقي نظير عراق «كه مهمترين نقطة اوج گيري اجتهاد به رأي است» از مهبط وحي و كانون حديث يعني مدينه باعث محروم ماندن فقهاي آن جا از سماع حديث از مشايخ و در نتيجه كمبود مضاعف حديث ونصّ شرعي مي شد.

صرف نظر از اين سبقت تاريخي مي توان مدّعي شد كه هر دو مكتب فقهي «سنّي وشيعي» پاسخ اين سه معضله را در يك نكته يافتند و آن مسألة اجتهاد و وظايف مجتهد بود؛ در نظر هر دو مكتب مجتهد است كه با اجتهاد خود موانع موجود بر سر راه انطباق فقه با مقتضيات هر عصر و زمانه را بر طرف مي كند.

اختلافي كه هست در شيوة اجتهاد و عناصر به كارگرفته شده توسط هر مجتهد و اعتبار و حجيت اين عناصر و روشهاست.

پس از روشن شدن اصل مسأله سعي مي كنيم كه نحوة بر خورد فقهاي اهل سنّت با اين سه معضله را بررسي و ارزيابي كنيم و سپس به بررسي نحوة پاسخگويي فقه شيعه به اين سه مشكل بپردازيم.

فقه اهل سنّت و مسألة خلاء قانوني

در بررسي آراء و مشرب فقهي فقهاي اهل سنّت با دو گرايش عمده و كاملاً متفاوت روبرو مي شويم:

1 ـ مجتهديني كه معتقدند اساساً مسأله اي به نام فقدان نص و خلاء قانوني وجود ندارد و نيازي به اعمال رأي و اجتهاد در كار نيست و فقط با يستي حكم حوادث را از روي نصوص به دست آورد.

2 ـ كساني كه معتقد به فقدان نص مي باشند و معتقدند كه نصوص شرعيه مطابقت كامل با همة حوادث و موضوعات ندارد، لذا بايستي مجتهد با اعمال رأي و اجتهاد به طرقي كه مشروع است حكم شرعي آن وقايع را به دست آورد.

نزاعي كه بر سر حجّيت و اعتبار قياس بين آنان درگرفت، شاهد روشن اين اختلاف است، چرا كه عمل به قياس، مصداق بارز و رأس عمل به رأي و اجتهاد به رأي است و مدافعين عمل به رأي (چه قياس و چه غير آن) در كنار ادلة قرآني و رواياي كه بر صحت مدّعاي خود مي آورند، به مسألة كمبود نص و تناهي نصوص و عدم تناهي حوادث و وقايع استدلال مي كنند. به دو نمونة زير توجه كنيد:

«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» نظير همين استدلال براي حجّيت مصالح مرسله آورده شده است:

«لو لم تعتبر المصالح المرسلة لخلّت الوقايع من الاحكام و هو باطل

_____

1 ـ علامه مصطفي زرقاء، المدخل الفقهي العام 1: 74.

فوجب قبولها» (1).

در مقابل، كساني كه مخالف عمل به رأي و در رأس آن قياسند، در كنار ادله اي كه بر ابطال قياس مي آورند، بر اين نكته كه آنچه مورد نياز است در نصوص بيان شده، تأكيد مي ورزند؛ شاهد اين تأكيد تمسك به آياتي است كه ظاهرش اين است كه آنچه مورد نياز است بيان شده و راهي براي قياس و امثال آن باقي نمانده است:

﴿...وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ﴾(2)،﴿... مَّا فَرَّطْنَا فِي الكِتَابِ مِن شَيْءٍ ثُمَّ إِلَى رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ﴾(3)،﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِن شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾(4).

ابن قيم جوزي در «اعلام الموقعين» اين اعتقاد از معتقدين به قياس را كه نصوص شرعي به بيان همة احكام مورد نياز وفا نمي كنند، مورد سرزنش قرار مي دهد.

«و امّا اصحاب الرأي والقياس فانّهم لمّا لا يعتنوا بالنصوص ولم يعتقدوها وافية بالاحكام ولا شاملة لها وغلاتهم علي انّها لم تف بعشر معشارها فوسعوا طرق الرأي والقياس وقالوا بقياس السنة وعلّقوا الاحكام باوصاف لا يعلم انّ الشارع علّقها بها... فكان خطؤهم من خمسة أوجه، أحد ظنّهم قصور النصوص عن بيان جميع الحوادث»(5).

طبق نظر اينان نصوص شرعي حكم همة وقايع را بيان كرده اند، برخي را به نص خاص وبقيّه را در قالب عمومات واطلاقات، لذا جايي براي اجتهاد به رأي و داخل كردن عنصر جديد در استنباط و اجتهاد باقي نمانده است.

لازم به ذكر است كه ايشان در مواردي كه هيچ نصّي وجود ندارد چه عام وچه نص خاص به برائت اصليّه تمسك مي كنند.

_____

1 ـ فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت 2: 266.

2 ـ سوره نحل: 89.

3 ـ سوره انعام: 38.

4 ـ سوره شوري: 10.

5 ـ اعلام الموقعين 1: 349.

برائت اصليّه در نظر آنان قاعده است؛ نه اصل عملي، يعني بيان كنندة حكم واقعي فعل است؛ نه حكم ظاهري و اصل عملي كه صرفاً مكلّف 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 حجيّت و اعتبار آن مسلم است.

«أنّ 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 الاصليّة، لكن البرائة الاصليّة دليل قاطع والقياس دليل ظنّي، والظّني اذا عارض اليقيني، كان الظنّي باطلاً فيلزم كون القياس باطلا»(1).

علي رغم ديدگاه محتاطانة 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 خلأ 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 ا ابن عبدالشكور از آن زمره است:

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

در ميان فقهاي اهل سنّت كم نيستند كساني كه معتقدند فقدان نص و لزوم اجتهاد به رأي حتي در زمان رسول ا نيز وجود داشته و خود ايشان نيز اجتهاد به رأي

_____

1 ـ المحصول، امام فخر رازي 2: 295.

2 ـ مسلم الثبوت 2: 266.

مي كرده اند و گروهي حتي نوع اين اجتهاد به رأي را تعيين كرده و آنها را از نوع قياس دانسته اند.

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

«ثبت أنّ النبّي صلّى ا عليه وآله اجتهد في الاحكام وهو في حقّه قياس فقط» (2).

با توجه به اين كه اكثريت مذاهب فقهي اهل سنّت را معتقدين به اجتهاد به رأي تشكيل مي دهند، لذا سعي مي كنيم راههاي عملي ارائه شده توسط آنان را براي غلبة برخلاء قانوني و فقدان نص اشاره كنيم، ولي مناسب است كه قبل از تعرّض به اين راهها و ميزان كارآيي آنها، جايگاه و شأن مجتهد را در اين مكتب فقهي روشن سازيم.

جايگاه و شأن مجتهد

ابو اسحاق الشاطبي مي گويد: «المفتي قائم في الأمّة مقام النبي صلّي ا عليه وآله»(3).

براي ابن قائم مقامي سه جهت را ذكر مي كند:

الف: وراثت در علم شريعت به وجه عام (انّ العلماء ورثة الانبياء).

ب: ابلاغ شريعت به مردم و تعليم جاهل و انذار آنها.

ج: كوشش در راه استنباط احكام در آن مواردي كه محلّ استنباط است.

در توضيح شأن و جهت سوم مفتي، علامه شاطبي تفسيري ارائه مي دهد كه بر اساس آن شأن مجتهد اطلاع و درك حكم مجعول شرعي نيست بلكه شأن شارعيّت و انشاء حكم دارد.

_____

1 ـ ابن تيميّه در المسودة: 507.

2 ـ مسلم الثبوت 2: 367.

3 ـ الموافقات 4: 244.

« انّ المفتى شارع من وجه لانّ ما يبلّغه من الشريعة امّا منقول عن صاحبها وامّا مستنبط من المنقول فالاوّل يكون فيه مبلّغاً والثاني يكون فيه قائماً مقامه في انشاء الاحكام وانشاء الاحكام انّما هو للشارع»(1).

در جاي ديگر مي گويد:

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

مراد شاطبي از انشاء و شارع بودن مجتهد اين است كه در موارد فقدان نص و اجماع، ما راهي براي كشف جعل و وضع شارع نداريم و مجتهد نمي تواند خبر از جعل شارع بدهد چرا كه هيچ ابراز و اخباري نسبت

به حكم واقعي صورت نپذيرفته است.

تنها را هي كه براي مجتهد باقي مي ماند اين است كه باپي بردن به مقاصد شرع و مصالح و مفاسدي كه شارع مقدس در شريعت به آنها التفات دارد، حكمي مطابق با مقاصد شرع جعل كند و به اين وسيله هم خلأ قانوني پر شده است و مردم از تحيّر بيرون آمده اند و هم جانب شرع و مقاصد آن رعايت شده است.

بنابراين كلية طرق اجتهاد به رأي نظير عمل به قياس و مصالح مرسله واستحسان بي ارتباط به مقاصد شرع نيستند و بخاطر همين جهت است كه مجتهد به كسي مي گويند كه حائز دو وصف باشد:

1 ـ بطور كامل بر مقاصد شرع مطلع باشد.

2 ـ تمكن از استنباط داشته باشد يعني معرفت به كتاب و سنّت و مواضع اجماع و شرايط قياس و علوم عربيّت و ناسخ و منسوخ و حال روات داشته باشد و به نظر شاطبي دوّمي خادم اوّلي است و همچون و سيله اي است براي مطلوب اصلي كه همان درك

_____

1 ـ الموافقات 4: 246 ـ 245.

2 ـ الموافقات 4: 246 ـ 245.

مقاصد شرع است (1).

علامه شاطبي تأكيد مي كند كه هر مصلحتي نمي تواند منشأ حكم و انشاي مجتهد واقع شود بلكه بايستي موافق مقاصد شرع باشد.

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

معتقدين به اجتهاد به رأي در اين كبري كه بر اساس مقاصد شرع مي توان حكم كرد نزاعي ندارند.

نزاعي كه بين آنها در گرفته در نحوة ادراك و وصول به مقاصد شرع است؛ گروهي صرفاً مقاصدي را كه از طريق نصوص شرعي يعني كتاب وسنت و اجماع بدست آيد، معتبر مي دانند و گروهي ديگر دايره را وسيعتر دانسته وبرخي مصالح و مقاصد را به شارع نسبت مي دهند، با اين كه هيچ نص مخصوص و مستقيمي در اين زمينه وجود نداشته باشد.

به تبع محمد غزالي در «المستصفي»، اصوليون اهل سنت مقاصد شارع در ميان خلقش را كه اساس تكاليف شرعية اوست به سه مقصد ضروري، حاجّي و تزييني (تحسيني) تقسيم مي كنند. مقاصد ضروري پنج طايفه هستند: حفظ دين و جان و نسل و مال و عقل. اين ضرورات پنجگانه در هر ملتي مقصود و مطلوب است. حاجيات آن مصالح و مقاصدي است كه ضروري نمي باشد ولي ازباب توسعه ورفع نياز منديها و پرهيز از حرج و مشقت منجر به فساد، مراعات آنها مطلوب و لازم است.

تحسينيات آن مقاصدي هستند كه ضروري و مورد حاجت نيست لكن نوعي

_____

1 ـ الموافقات 4: 107.

2 ـ الموافقات 1: 41.

كمال و زينت و حسن تلقّي مي شود.

از آنچه گذشت بخوبي آشكار مي شود كه اجتهاد به رأي و تشريع احكام بر اساس اجتهاد، مبتني بر سه پيش فرض است:

1 ـ عدم كفايت نصوص شرعي به كل نيازمنديها.

2 ـ تمام تكاليف شرعيه و تشريع دين براي محافظت از مقاصد سه گانه است.

3 ـ ما مي توانيم به مقاصد شريعت پي ببريم ـ حتي اگر نص خاصي راجع به آن مقصد وجود نداشته باشد؛ البته اين «حتي» راجع به مجتهديني است كه فراتر از قياس، به رأي اعتنا مي كنند و مصالح مرسله و استحسان را نيز حجت مي داند ـ.

همانگونه كه پيش فرض اوّل با مخالفتهاي شديدي روبرو بود، در مورد دو پيش فرض ديگر نيز مشكلاتي وجود دارد.

اين كه شارع در كل شريعت قصد محافظت از قواعد و مقاصد سه گانه (ضروريّه و حاجيّه و تحسينيّه) دارد، اصلي از اصول شريعت است، لذا بايستي به طريق قطعي صحتش اثبات شود و ظنّ كفايت نمي كند.

شاطبي اعتراف مي كند كه دليل شرعي قطعي براي اثبات اين مدّعا در دست نداريم و دليل عقلي نيز به درد نمي خورد، چرا كه مطلوب ما اين است كه راهي براي عقل در احكام شرعي پيدا كنيم و اين راه را بايستي نقل باز كند نه عقل و در نهايت ادّعاي نوعي بداهت و يقين مي كند.

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

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

به هر حال پيش فرض سوم يعني ادعاي امكان درك مقاصد شرع وحيطة آن، محور اصلي منازعاتي است كه در زمينة حجّيت واعتبار طرق مختلف اجتهاد به رأي در گرفته است. كساني كه حيطة وسيعي براي امكان درك مقاصد شرع معتقدند، به سه طريق اجتهاد به رأي يعني قياس ومصالح مرسلة واستحسان رو آورده اند وكساني كه حيطة درك را مضيّق مي دانند، فقط به حجيّت قياس آن هم باشروط خاصي ملتزم شده اند.

مذاهب فقهي معتقد به دخالت داشتن رأي در استنباط حكم شرعي، اين دخالت را در ابزارهاي سه گانه فوق متبلور ديده اند و در ميان آنها قياس از اهميت بيشتري برخوردار است، به گونه اي كه اعتبار بقيه در طول اعتبار قياس است. لذا رد و انكار حجيّت قياس، رد و انكار حجيّت مرسله و استحسان را در پي خواهد داشت.

قبل از هر گونه بحثي پيرامون اين عناصر مناسب است به تعريف مختصري از آنها بپردازيم، چرا كه از مشكلات برخي از آنها، ابهام مفهومي و روشن نبودن دقيق مراد از اين اصطلاحات است.

قياس عبارت است از سرايت دادن حكم اصل به فرع بخاطر وجود جهت جامع بين آن دو. مراد از اصل آن موردي است كه حكم آن بواسطة نص خاص يعني كتاب يا سنّت و يا اجماع، بيان شده باشد و مراد از فرع، آن واقعه اي است كه حكم آن را نمي دانيم و منظور از جامع، علّت و وصفي است كه مجتهد آن را مناط حكم يا

_____

1 ـ الموافقات 2: 51.

مصلحت آن مي داند.

عمدة كساني كه به قياس عمل مي كنند، لازم مي دانند كه اعتبار اين وصف و علّت نزد شارع اثبات شده باشد ولي برخي از افراطيّون معتقدند كه صرف مشابهت بين اصل و فرع كفايت مي كند و احراز علت مشترك و اعتبار آن، لازم نيست(1).

اگر دليل قطعي بر اعتبار آن وصف وعلّت در دست باشد، آن قياس مستنبط العلّة خواهد بود و چنين علّتي به «مناسب مؤثّر» موسوم است و اگر به دليل ظنّي اعتبارش ثابت شود، علت و وصفش به «مناسب ملائم» موسوم است و اگر دليلي بر عدم اعتبار آن وصف در دست باشد، به آن وصف «مناسب ملغي و يا

مصلحت ملغي» گويند.

براي مصالح مرسله تعاريف مختلفي عرضه شده است نظير:

«مصالح مرسله مصلحتي است كه در شرع نصّي بر اعتبار آن نباشد، نه نصّ خاص و نه نصّ عام»(2).

«مصالح مرسله عبارت از جلب منفعت و يا دفع ضرر است به گونه اي كه 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).

تعريف اخير جامعتراست، چرا كه مصالح مرسله مانند قياس، نوعي تشريع حكم بر اساس درك مقاصد شرع است با اين تفاوت كه در قياس، مقصد شرع بواسطة دلالت دليل خاصي از نص يا اجماع به دست مي آيد و در مصالح مرسله نص و دليل خاصي در

_____

1 ـ ابن قيم جوزي در اعلام الموقعين 1: 25 ـ 26.

2 ـ المدخل الفقهي العام استاد مصطفي زرقاء 1: 98.

3 ـ مدخل الفقه الاسلامي استاد محمد سلام مذكور: 93.

4 ـ الموافقات ابو اسحاق الشاطبي 1: 38.

كار نيست و از طرفي هر دو در اين نكته مشتركند كه آن مقصد و مصلحت از روي تشهي نيست و ملايمت با شرع دارد و اين ملايمت در قياس، به دليل خاص فهميده مي شود و در مصالح مرسله از مجموعه اي از ادلــه كه هيچ كدام به تنهايي دلالت خاص بر آن مورد ندارند ولي 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 كند كه دقيقاً مرداش توضيح فوق است، يعني مصلحتي كه مناسب ـ دليل خاص قطعي يا ظنّي بر اعتبار آن وجود ندارد ـ نيست بلكه مرسل است و ملايم است يعني توسط شرع ملغي نشده است و از ادله اي كه تعدادش معيّن نيست، موافقتش با مقاصد شرع به دست مي آيد (1).

اين تفسير از مصالح مرسله، آن را به قياس بسيار نزديك مي كند و تنها فرقشان در اين مي شود كه علت حكم در قياس از نص خاص به دست مي آيد و در مصالح مرسله از ادله اي كه لاحصر لها.

هر مصلحت مرسل ملايمي را نمي توان ملاك تشريع حكم قرارداد بلكه معتقدين به آن، ضوابط و شرايطي را قرار داده اند.

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

1 ـ ضروري باشند؛ يعني از نوع مصالح و مقاصد حاجيّات و تحسينيّات نباشند.

2 ـ قطعي باشند و ظنّي نباشند.

3 ـ كلي باشند و موردي نباشند (2).

شاطبي براي اخذ به مصالح مرسله سه شرط قرارداده است:

_____

1 ـ المستصفي 2: 311 ـ 310.

2 ـ المستصفي 2: 295.

1 ـ داخل در مقاصد عامه شريعت باشد.

2 ـ در معاملات باشد؛ نه در عبادات.

3 ـ به ضروريات و حاجيات مربوط باشد؛ نه به تحسينيات.

شرط دوم به خاطر تأكيدي است كه محققين اهل سنّت بر تعبدّي بودن ابواب عبادات ومعقولة المعني نبودن آنها دارند و اصرار دارند كه در حقوق اجتماعي و ابواب معاملات است كه بايستي به معنا و مقصد و علل وجودي احكام توجه كرد و حكم موارد غير منصوص را به كمك آنها به دست آورد.

در تعريف استحسان، اختلاف نظر فراوان است، لذا در ردّ و قبول آن تنازع بيشتري است. ذيلاً به برخي از اين تعاريف اشاره مي كنيم:

1 ـ العدول عن قياس إلي قياس اقوي.

2 ـ تخصيص قياس بأقوي منه.

3 ـ العدول عن حكم الدليل الى العادة لمصلحة الناس.

4 ـ ابن الانباري، استحسان را عبارت از استعمال مصلحت جزيي در يك قياس كلي مي داند، از اين رواستدلال مرسل را بر قياس مقدم مي كند.

ابو اسحاق شاطبي استحسان را چنين تعريف مي كند:

«استحسان در مذهب مالك، أخذ به مصلحت جزيي در مقابل دليل كلي است و مقتضاي آن مقدم داشتن آن مصلحت جزيي (استدلال مرسل) بر قياس است. كسي كه استحسان مي كند به صرف ذوق و هوس خود تكيه نمي كند بلكه به مقصد شارع كه در نظاير و امثال اين مورد (بطور في الجملة وجود دارد) توجه مي كند؛ نظير مواردي كه قياس، حكمي را اقتضا مي كند امّا عمل بر طبق قياس از جهت ديگري موجب فوت

مصلحتي و يا جلب مفسده اي مي شود»(1).

بر طبق اين تعريف استحسان عبارت از تخصيص زدن قياس و نقض علّت آن است، ولي از كلمات برخي ديگر از فقهاي مالكيه به دست مي آيد كه تخصيص عمومات به واسطة مصلحت و نظر به مآلات احكام نيز استحسان است.

«الاستحسان عندنا و عند الحنفية هو العمل بأقوي الدليلين فالعموم إذا استمر والقياس إذا اطرد، فانّ مالكاً وابا حنيفة يريان تخصيص العموم بايّ دليل كان من ظاهر أو معنى ويستحسن مالك ان يخصّ بالمصلحة ويستحسن أبو حنيفة ان يخصّ بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس ويريان معاً تخصيص القياس ونقض العلة ولا يري الشافعي لعلّة الشرع إذا ثبت تخصيصاً»(3).

طبق اين بيان تفاوت استحسان مالك با استحسان ابو حنيفه، در تقيّد مالك به تخصيص زدن قياس وعمومات با توجه به مصلحت و مال احكام و مقاصد شرع است ولي ابو حنيفه حاضر است كه بواسطه قول يكي از صحابه، عموم يا قياسي را تخصيص بزند.

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

احكام شرعي عموميّت دارد، ولي همين صفت عموميّت به هنگام تطبيق حكم با مصاديق خود گاهي ماية حرج مي گردد و افراط در تمسك به قانون، موجبات زيان و ستم را فراهم مي سازد... از اين رو مراعات نكردن قوانين كلي در موارد استثنايي براي رفع زيان و دفع مشقت است.

_____

1 ـ الموافقات 4: 206.

2 ـ ابن العربي در كتاب احكام القرآن.

فقهاي حنفي در اين موارد به استحسان و مالكي ها به مصالح مرسله متوسل شده اند ـ اگر چه امثال غزالي مخالفت كرده اند ـ ولي جمهور فقيهان آن را پذيرفته اند و كتاب و سنّت و پيشينه هاي عمر بن خطاب را مستند قرار داده اند.

آياتي نظير ﴿...وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾ وحديث شريف «الدين يسر أحب الدّين عند ا الحنيفية السمحة» شاهد بر جواز تخلّف از قاعده كلي در برخي مصاديق هستند(1).

طبق اين تحليل تخصيص در موارد مصالح مرسله و استحسان از باب تخصيص حكم اوّلي بواسطه طرح حكم ثانويه است نه تخصيص يك عام لفظي به دليل لفظي مخصّص.

ارزيابي راههاي سه گانه

صرف نظر از منازعات فراواني كه در قبال حجيّت و اعتبار اين راهها وجود دارد، بايد اعتراف كرد كه به كمك آنها مي توان به معضل اوّل يعني خلاء قانوني غلبه كرد وبه فقه اين امكان را داد كه تحت هيچ شرايطي دچار بن بست نشده و متناسب با شرايط و با تكيه به عنصر و مقاصد شرع، به تقنين و تشريع حكم وقايع حادثه و متجدده بپردازد.

تمسك به اين سه راه با سه ابهام و اشكال اساسي روبروست كه دوتاي اوّل آن عام است و بر هر سه تطبيق مي شود و اشكال سوّم مختص به برخي از آنهاست.

در اين جاسعي مي كنيم بطور مجمل به اين ابهامها اشاره داشته باشيم و بحث مستوفا پيرامون آنها از دايرة اين مقاله خارج است.

1 ـ اگر چه عمدة طرق و ابزاري كه در راه استنباط حكم شرعي به كار گرفته

---

1 ـ فلسفة قانونگذاري در اسلام، دكتر صبحي محمصاني: 261.

مي شوند، مفيد ظنّ به حكم شرعي هستند و براي مجتهد قطع و يقين آور نمي باشند و به اصطلاح اصولي، «اماره» مي باشند، لكن به اعتقاد علماي شيعه و عدّه اي از علماي اهل سنّت، حجيّت و اعتبار اين ابزار و طرق بايستي به طريق يقيني و قطعي احراز و اثبات شود و ظنّ به حجيت كفايت نمي كند.

حجيت ابزارهاي سه گانه اي كه معتقدين به منبع بودن رأي در استنباط حكم شرعي به آن متوسل مي شوند، هيچ كدام بطور قطعي ثابت نشده است.

قياس كه شايعترين و قويترين آنها است (تا جايي كه برخي اجتهاد به رأي را مرادف عمل به قياس مي گيرند و معتقدين به اجتهاد نبي صلّي اﷲ عليه وآله عمل به آن را به رسول اﷲ صلّي اﷲ عليه وآله منتسب مي كنند) نيز با اين مشكل روبرو است و معتقدين به آن به ظنّي بودن دليل اعتبار قياس معترفند.

امام فخر رازي سعي كرده است كه با اين ادعا كه جواز عمل به قياس مسأله اي عملي است نه علمي، از اين اشكال و ابهام رهايي يابد:

«قولـه: المسألة علميّة قطعيّة فلا يجوز اثباتها بدليل ظنّى.

قلنا: لا نسلّم أنّها قطعيّة بل هي عندنا ظنيّة لأنّ هذه المسألة عمليّة والظنّ قائم مقام العلم في وجوب العمل»(1).

ولي واقعيت اين است كه عمل به قياس يا استحسان با يك عمل فرعي فقهي نظير جواز يا عدم جواز ردّ سلام كافر، بسيار فرق مي كند.

اينها مسائل اصولي هستند نه فقهي، ثمرة اثبات و يا ابطال حجيّت آنها در هزاران فرع فقهي ظاهر مي شود نه اين كه به يك مسألة جزيي فقهي مربوط باشد.

2 ـ اصل اين ادّعا كه صاحب شريعت، احكام شرعيه را براي حفظ مصالحي در

1 ـ المحصول 2: 279.

ميان مخلوقاتش تشريع كرده است، مورد تصديق عمدة فقهاي فريقين است، اما اين نكته كه ما قادر به درك همة اين مصالح مي باشيم و تشريع احكام بر اساس اين مصالحي كه ما تشخيص داده ايم است، مورد انكار عدّه اي از علماي اهل سنت و قاطبه علماي شيعه واقع شده است.

به نظر اين عدّه مثالهاي روشني در شريعت وجود دارد كه شارع مقدس در نصوص شرعي بر خلاف مقتضاي قياس حكم رانده است.

امام فخر رازي در كتاب اصولي خويش مثالهاي پانزده گانه اي را در اين خصوص از قول نظّام ذكر مي كند و در مقام پاسخ به اين نقضها مي گويد:

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

پس بر عهدة معتقد به اجتهاد به رأي است كه اثبات كند نه تنها دليل قطعي بر اعتبار اين طرق سه گانه نمي خواهيم، بلكه قطع و يقين به ملحق بودن حكم فرع به اصل و ابتناي حكم بر اين مصلحت مرسل يا آن أمر مستحسن لازم نداريم و ظنّ به الحاق و ابتنا كفايت مي كند.

اصلي ترين نقطة تنازع و اختلاف در بحث اجتهاد به رأي همين مسأله است.

3 ـ نقطة ابهام سوم اين است كه آيا اجتهاد در مقابل نص جايز است يا نه ؟

آيا حيطة حجيّت اين عناصر اجتهادي تا جايي است كه نصّي (كتاب و سنّت و اجماع) بر خلاف آن نباشد؟

اين مسأله راجع به قياس چندان مجالي براي طرح ندارد، چرا كه بجز عدّة قليلي

1 ـ المحصول 2: 4 ـ 293 نقضها را ذكر كرده و در ص 298 پاسخ را آورده.

از مفرطين در عمل به قياس، قاطبة معتقدين به حجيّت قياس، آن را در جايي معتبر مي شمارند كه نصّي بر خلاف آن نباشد، به تعبير ديگر علّت و وصف (جامع) نبايد ملغي و مردود باشد و با وجود يكي از نصوص سه گانه نوبت به قياس نمي رسد.

امّا اين مسأله راجع به مصالح مرسله و استحسان به اين وضوح و روشني نيست، در اعتناي به مصالح مرسله اگر كسي مسلك غزالي را بپذيرد، البته دايرة مخالفت با عمومات و اطلاقات نصوص بسيار محدود مي شود؛ اما اگر مصالح مرسله را به ضروريات محدود نكرده و حاجيات (مصالح مربوط به نياز مندياي زندگي بشر ولو غير ضروري باشد) را نيز داخل كرديم، مي توانيم با نصوص مخالفت كنيم بخاطر رفع حرج و مشقت غير ضروري.

مخالفت با نص در استحسان بسيار بارزتر است، چرا كه از مهمترين ادلة معتقدين به اعتبار استحسان، تمسّك به عملكرد اصحاب خصوصاً خليفة دوم عمر بن الخطاب است كه در موارد عديده اي بخاطر مصلحت سنجي با نصوص شرعي مخالفت كرد و همچنين از تعاريفي كه براي آن ذكر كرده اند اين نكته بدست مي آيد به اين دو تعريف توجه كنيد:

«استحسان دليلي است كه در ضمير مجتهد روشنايي مي بخشد ولي از مساعدت عبارت و لفظ برخوردار نيست».

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

با توجه به اين كه استحسان خصوص تخصيص زدن قياس نيست بلكه شامل تخصيص عموم نيز مي شود، منجر به مخالفت نص مي شود و چون ضابطة دقيق و محكمي براي اين مخالفت ذكر نشده، عده اي از فقها در اعتبار و حجيّت آن خدشه

_____

1 ـ المبسوط سرخسي 10: 145.

كرده اند، مثلاً شافعي مي گويد: «من استحسن فقد شرّع».

فقه اهل سنت و معضلة دوّم

همان طور كه در طرح مسأله عنوان كرديم، معضلة دوّم انطباق فقه با همة زمانها و مكانها و لزوم دست برداشتن از برخي احكام و قوانين شرعي بخاطر اقتضاي زمان و مكان است.

تغيير شكل زندگي و طرح برخي مناسبات و مصالح، بويژه در زمينة ادارة جامعه و تنظيم روابط داخلي و خارجي در امور اقتصادي و سياسي و عمراني، مواردي را پيش مي آورد كه احساس مي شود پايبندي بر يك فتواي فقهي و دليل شرعي و اصرار بر حفظ آن و حركت و تصميم گيري بر طبق آن، خللي به مصالح جامعه و پيشرفت آن وارد كند.

اگر فقه اسلامي بخواهد بر ادّعاي خود مبني بر ادارة همة جوامع در همة زمانها برقرار باشد، بايستي در درون خود اين معضله را ديده باشد و بطور روشمند و مضبوطي راه حلّ اين گونه موارد را روشن ساخته باشد.

مثلا بر طبق قوانين اسلام مردم بر اموال خود مسلّط هستند و مي توانند آزادانه اموال حلال و مشروع خود را خريد و فروش كنند.

سؤال اين است كه آيا حكومت اسلام مي تواند موارد تجارت داخلي و خارجي را محدود كند و فروش برخي كالاها را در مواردي كه مصلحت اسلام و مسلمين اقتضا كند، موقتاً ممنوع سازد و تضييقاتي فراهم كند؟

آن دسته از فقهاي اهل سنّت كه به مصالح مرسله و استحسان معتقدند، چندان مشكلي در اين خصوص نخواهند داشت وهمان طوري كه سابقاً اشاره داشتيم، به هر

ميزاني كه در دايرة عمل به مصالح مرسله و استحسان توسعه دهند، در زمينة مخالفت با نصّ توسعه قائل شده اند و در نتيجه بر فائق آمدن بر معضلة دوّم مجال گسترده تري خواهند داشت.

بايد به اين نكته توجه داشت كه بر طبق تلقّي اهل سنّت از مجتهد و شأن او، روح مسأله و معضلة دوّم تفاوتي با مسألة اوّل (خلاء قانوني) نمي كند، چرا كه مجتهد را صراً مخبرو گزار شگر احكام شرعي ابراز شده در قالب عبارات ونصوص شرعي و اجماعات نمي دانند، بلكه اين بخشي از كار مجتهد است و كار اساسي او تشريع حكم است (تشريع مجازنه تشريع محرّم) وشأن شارعيّت و انشاء حكم را دارد(1).

بنابراين تفاوتي نمي كند كه اين شأن را در مورد فقدان نص و خلاء قانوني اعمال كند يا در موارد تزاحم حكم منصوص با مصلحت مسلمين.

شاهد بر اين كه فقهاي اهل سنّت بين تصميمات حكومتي حاكم و افتاء در فروعات فقهيه تفاوت قائل نشده اند و همگي را اجتهاد مجتهد دانسته اند، عدم تفكيك اين دو شأن در قبال رسول ا صلّي ا عليه وآله است.

در بحث جواز يا عدم جواز صدور اجتهاد از نبيّ اكرم صلّي ا عليه وآله مي بينيم كه معتقدين به جواز، به مواردي تمسك مي كنند كه پيامبر صلّي ا عليه وآله امر و نهي حكومتي كرده و در جنگ و غير آن تصميم گيري كرده است.

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

همان طور كه در ذيل بحث از استحسان و مصالح مرسله عنوان كرديم، پيشينة خلفايي نظير خليفة ثاني ـ در مخالفت با نصوص شرعي در مواردي كه تشخيص

_____

1 ـ الموافقات، ابو السحاق الشاطبي 4: 245.

2 ـ المحصول، امام فخر رازي 2: 491.

مصلحت مي داد ـ بزرگترين شاهد و مستمسك معتقدين به جواز مخالفت با نص (حتي نص خاص) بخاطر مصلحت است.

در صورتي كه حاكم جامعة اسلامي خود مجتهد باشد، بر طبق اين مسلك فقهي (حجيّت مصالح مرسله واستحسان) مشكلي بوجود نخواهد آمد، امّا اگر مجتهد نباشد مشروعيت تصميماتي كه مخالف با برخي نصوص شرعي دارد، زير سؤال مي رود.

رنه ديويد در كتاب «نظامهاي بزرگ حقوقي معاصر» به اين مشكل التفات داشته است؛ وي پس از آن كه به اين واقعيت اعتراف مي كند كه «حقوق اسلامي علي رغم تغيير نا پذيري و ثبات، با توسل به راه حلهايي توانسته است خود را با جوامع نوين منطبق كند و ايجاد جامعة نورا ممكن سازد » اين موفقيت را مرهون عواملي مي داند و عامل چهارم را مداخلة حاكم بر مي شمارد و مي گويد:

«حقوق اسلامي، نظر به اين كه حاكم در خدمت حقوق است، حق قانونگذاري براي حاكم قائل نيست، لكن رهبري سياست دولت اقتضا مي كند كه حاكم تصميماتي بگيرد، حقوق اسلامي اين تصميمات را مشروع وبه رسميت مي شناسد.

حاكمان اگر چه گاه از محدودة حقوق اسلامي تخطي كرده اند، اما معمولاً اين گونه تخطي ها با اغماض علما روبرو شده و مردم را عليه حكمرانان دعوت به قيام نمي كنند» (1).

آن دسته از مكاتب فقهي اهل سنّت كه اجتهاد به رأي را مطلقاً مردود مي شمارند ويا آن را در قياس منحصر مي بينند، در قبال معضلة دوم پاسخي ندارند و در انطباق فقه با جوامع نوين و مسائل مستحدث آن دچار اشكال مي شوند.

1 ـ نظامهاي بزرگ حقوقي معاصر، رنه ديويد: 459.

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 حقوقي بخواهد خود را محصور در روابط خاصي قرار دهدو به اين تغييرات عرفي اعتنانكند، دچار مشكل خواهد شد.

در فقه اهل سنّت بطور و سيعي به عرف و تغييرات آن اعتنا شده است؛ در مواردي كه عرف رابطة جديد و موضوعي مستحدث به بار آورد، اعتناي به عرف و امضاي آن و مستحسن شمردن آن مناسبات و روابطي كه عرف مستحسن مي شمارد و نصيّ 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 كنار اجماع و قياس و مصالح مرسله قرار نداده اند، ولي عرف و عادت از مجاري و در يچه هاي گوناگوني به قانونگذاري و فقه اسلامي راه يافته است كه ذيلاً به برخي از اين مجاري اشاره مي كنيم:

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

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

گونه تغييري در عرف بايد مورد اعتنا واقع شود و از اعتناي به آن،

تغيير و نسخ حكم منصوص شرعي لازم نمي آيد، چرا كه در نص شرعي شناخت موضوع و حدود آن به عرف موكول شده بود.

2 ـ سنّت پيامبر تقرير عادات مستحسن بود، لذا بسياري از عادات مرسوم قبل از اسلام را امضاء و تقرير فرمودند.

همچنين سنّت مسلمين چنين بود كه در فتوحات جديد خود در ميان جوامع مختلف، اگر عادات جديدي مي يافتند كه بر خلاف كتاب و سنّت نبود، مي پذيرفتند.

اعتناي به عرف در قالب عبارتهاي گوناگوني در السنة فقهاي اهل سنت تكرار مي شود؛ مجلة احكام عدليه، برخي از آنها را در قالب قواعدي كلي به منظور تحكيم عادت و عرف و نقش آن در فقه بصورت مواد قانوني 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 بالنصّ» (مادة 45) (1).

نزاع موجود بين فقهاي اهل سنّت در جايي است كه نص خاص وجود دارد؛ آيا مي شود به عرف و عادتي كه مخالف نص است اعتنا كرد؟

«نظر غالب فقها اين است كه نص، اقوا از عرف است، لذا بايد از نص تبعيت كرد.

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

«از هيچ حكم ثابتي بدون وسيلة نص نمي توان عدول كرد و تغيير زمان و مكان و احوال را نمي توان بهانه قرارداد، چرا كه اين كار ناروا و باطل است»(3).

_____

1 ـ به نقل از فلسفة قانون گذاري در اسلام، محمصاني: 230.

2 ـ المنافع في شرح المجامع: 324.

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

در مقابل اين عده فقهايي وجود دارند كه عرف را مقدم بر نص مي شمارند كه در رأس آنها ابو يوسف است؛ به نظرآنان «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند ا حسن».

فقه شيعه و مسألة ثابت و متغيّر

التفات و آشنايي 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 ـ منزوي بودن فقهاي شيعه از بستر حكومت و اداراة جامعه كه 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 ـ اعتقاد خاص شيعه نسبت به ائمة شيعه كه آنها را مفتي و مستنبط و مجتهد نمي داند، بلكه بيانگر

احكام ا و مبلغ رسالات ا مي داند، باعث شده كه نصوص فراواني در دسترس داشته باشد و در نتيجه كمتر واقعه اي اتفاق مي افتد كه نصوص شرعيه مخصوص يا بواسطة عموم و اطلاق، حكم آن را بيان نكرده باشد؛ لذا پرهيز از اجتهاد به رأي جزو علامات شيعه قلمداد شده است.

در ميان علماي شيعه كساني وجود دارند كه معتقدند اساساً مشكلي به نام ثابت و متغيّر و مشاكل ناشي از انطباق دين ثابت با جوامع متغيّر و متحوّل نداريم (نظير اين اعتقاد در برخي از ظاهريون از اهل سنّت وجود دارد) و در متون ديني كلّ آنچه را كه مردم در همة زمانها به آن احتياج دارند، بيان شده و فقيه بايستي حكم آنها را استنباط كند. آنها براي اثبات مدّعاي خود به آيات و رواياتي كه دالّ بر اين است كه قرآن «تبيان لكلّ شيء» است و جميع آنچه مردم به آن احتياج دارند در سنّت و آيات بيان شده

است، تكيه مي كنند.

با يك درجه تسامح، عدة ديگري معتقدند كه در موارد اجمال نص يا فقدان نص مي توان به اصول عمليه مراجعه كرد، لذا نيازي به در نظر گرفتن عواملي ديگر وجود ندارد.

در مقابل اين عدّه از فقها، فقيهاني كه با نظر عميقتري به مسألة ثابت و متغير نگريسته اند، به اين نتيجة مهم واقف شده اند كه اگر فقه بخواهد در همة زمانها و مكانها و در همة جوامع سكاندار كشتي هدايت جوامع باشد، بايستي در دو چيز تأمّل كرد:

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

2 ـ به حدود اختيارات حاكم و وليّ امر جامعة مسلمين اعتنا شود، چرا كه ثقل مسأله تطبيق منويّات دين با مقتضيات زمان و مكان، بر دوش فقيهي است كه بر جامعه مسلمين حاكميت و اقتدار و ولايت دارد.

بايد اعتراف كرد كه تلقّي رايج در اجتهاد شيعه نظرية اول است و نظرية دوّم ريشة تاريخي عميقي در

تاريخ اجتهاد شيعي ندارد و اخيراً توجه برخي فقهاي عظام و در رأس همة آنها بنيانگذار جمهوري اسلامي امام خميني ـ رحمة ا عليه ـ را به خود معطوف ساخته است.

به نظر مي رسد فقهاي معتقد به نظرية اوّل، به مباحث و مسائل اجتماعي و سياسي در سطح كلان جامعه يا نظر نداشته اند و يا با ديد بسيطي آنها را همطراز مسائل فردي و عبادي مي دانسته اند؛ لذا همان گونه كه در مسائل فردي و عبادي در موقع فقدان ويا اجمال نص، به اصول عمليه متوسل مي شدند، در مباحث اجتماعي و

سياسي نيز اين نگاه فردي و اعمال اصول عمليه را چارة كار مي ديدند؛ حال آن كه مسائل حكومتي و تصميم گيري در سطح كلان جامعه چه در مسائل اقتصادي وچه حركتهاي فرهنگي و اجتماعي و سياست خارجي، اموري نيستند كه بدون مصلحت انديشي در مورد آنها و ملاحظة پيامدهاي اجتماعي و خارجي آن، در سطح كشور و سطح جهاني، بتوان اظهار نظر كرد و با توسّل به برائت و استصحاب براي آنها تعيين تكليف نمود.

شهيد صدر رحمه ا به سيطرة نگاه فردي به فقه و فراموش شدن نگاه اجتماعي و جمعي اشاره مي كند و آن را ناشي از عزلت سياسي كه شيعه و فقهاي شيعه به آن مبتلا بوده اند، مي داند. به نظر وي مثال بارز اين نگاه فردي اين است كه به نظام سرمايه داري نه به عنوان يك واقعيت جمعي داراي آثار اجتماعي، بلكه به عنوان يك امر فردي حكم فرد مسلمان در قبال آن بايستي روشن شود، نگريسته مي شود. از نظر شهيد صدر اين نگاه فردي در فهم نصوص شرعي نيز آثار سوء خود را نشان مي دهد:

«وقد امتدّ أثر الانكماش و ترسخ النظرة الفردية للشريعة إلى طريقة فهم النص الشرعي أيضاً فمن اية أهملت في فهم النصوص شخصية النبي والامام الحاكم ورئيس الدولة فإذا ورد نهي عن النبي صلّي ا عليه وآله مثلا كنهيه أهل المدينة عن منع نقل الماء فهو امانهي 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 وروايي معتقدين به نظرية اوّل مجال واسعتري را مي طلبد، اما بطور اجمال اشاره اي گذرا خواهيم داشت:

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

معناي اين كه قرآن «تبيان لكلّ 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 اﷲ صلّي اﷲ عليه وآله نيز كفايت حاجات مردم را نمي كرد، لذا رسول اﷲ صلّي اﷲ عليه وآله به عنوان مبين قرآن شريف، فروعات 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 ـ داراي فهم غير عادي و متعارف باشد ـ قرآن براي او ﴿تبيان لكل شيء﴾ است واين فهم مستلزم مسّ باطن قرآن است ﴿ولا يمسّه الاّ المطهرون﴾(1).

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

«رواية ملازم عن ابي عبداﷲ عليه السلام قال: ان اﷲ تبارك وتعالى أنزل في القرآن تبيان كلّ شي حتى واﷲ ما ترك اﷲ شيئاً يحتاج اليه العباد، حتى لا يستطيع عبد يقول لو كان هذا أنزل في القرآن الاّ وقد أنزل اﷲ فيه»(2).

«صحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبداﷲ عليه السلام: انّ أمير المؤمنين صلوات اﷲ عليه قال الحمد ﷲ الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بيّنت للامة جميع ما تحتاج اليه»(3).

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

زير به عنوان نمونه شاهد بر ادّعاي ماست:

_____

1 ـ اصول كافي 1: 59.

2 ـ اصول كافي 1: 59.

3 ـ الوافي 1: 62.

«محمد بن حكيم عن ابي الحسن عليه السلام قال: قلت لـه تفقّهنا في الدّين وروينا و ربما ورد علينا رجل قد ابتلى بشيء صغير الذي ما عندنا فيه بعينه شيء وعندنا ما هو يشبهه مثله افنفتيه بما يشبهه؟ قال لا و مالكم والقياس في ذلك، هلك من هلك بالقياس قال قلت جعلت فداك أتى رسول ا صلّي ا عليه وآله بما يكتفون به؟ قال أتى رسول ا صلّي ا عليه وآله بما استغنوا به في عهده و بما يكتفون به من بعده الي يوم القيامة قال قلت ضاع منه شيء؟ قال لا هو عند أهله»(1).

در ضمن بحثهاي آتي به اين نكته اشاره خواهيم داشت كه حكومت وادارة جامعه به لحاظ تقنيني صرفا محتاج تشريعات ثابت نيست، بلكه به احكام حكومتي و تصميمهاي مقطعي و ولايي نيز نيازمند است كه انشاء حاكم است نه تشريع الهي كه لزوماً در قالب كتاب و سنت بيان شده باشد.

فقه شيعه و معضلة خلاء قانوني

برخي از فقها و علماي شيعه به اين نكته واقف بوده اند كه مواردي وجود دارد كه نصوص شرعي نسبت به بيان حكم آنها سكوت اختيار كرده و اين سكوت نه از سر اهمال و غفلت و نسيان است؛ بلكه طبع قضيه چنين است كه نمي توان راجع به آنها حكمي ثابت ارائه داد. شهيد صدر «ره» در اين خصوص مي گويد:

«طبيعت متغيّر و متطوّر دسته اي از وقايع و نيازهاي بشر باعث مي شود كه منطقة الفراغ تشريعي وجود داشته باشد كه البته شارع آن را اهمال نكرده است و زمامدار حكومت اسلامي بايد حكم مناسب اين مواضع را تشريع كند» (2).

بر طبق نظر شهيد صدر، طبع اوّليه است كه اين منطقه با حكم حاكم و تقنين او

_____

1 ـ بصائر الدرجات: 322، حديث 4.

2 ـ اقتصادنا، شهيد صدر: 721.

پر شود و در صورت عدم وجود حكم حكومتي از طرف او، مجال براي اصول عمليه و تمسك به آنها فراهم مي شود.

مرحوم علامة طباطبايي «ره» نيز با بياني مبسوط، به مبنايي نظير مبناي فوق معتقد است.

از نظر وي مقررات اسلام به دو بخش ثابت و متغيّر تقسيم مي شود؛ بخش اوّل كه مقررات ثابت اسلام است با توجه به فطريات انسان و مشخصات ويژة او كه اموري ثابت و غير قابل تغيير و تحوّلند، تنظيم شده و به نام دين و شريعت اسلامي ناميده مي شوند.

بخش دوّم كه مقرراتي قابل تغيير است و بحسب مصالح مختلف زمانها و مكانها اختلاف پيدا مي كند، به عنوان آثار ولايت عامه منوط به نظر نبي اسلام و جانشينان و منصوبين از طرف اوست كه در شعاع مقررات ثابتة ديني و بحسب مصلحت وقت ومكان، آن را تشخيص داده و اجرا نمايند؛ البته اين گونه مقررات بحسب اصطلاح، دين، احكام وشرايع آسماني محسوب نمي شوند.

تغيير اوضاع حتماً تغيير مقررات را ايجاب مي نمايد و در اين زمينه اصل اختيارات والي است كه باعث مي شود اسلام بتواند به احتياجات قابل تغيير و تبديل مردم در هر عصر و زمان و در هر منطقه و مكاني

پاسخ دهد، بدون اين كه مقررات ثابتة اسلام دستخوش نسخ و ابطال شود.

تصميمات و مقرراتي كه وليّ امر براي پيشرفت فرهنگ و زندگي مردم وضع مي كند، در عين لازم الاجرا بودن، شريعت و حكم خدايي شمرده نمي شود.

اعتبار اين گونه مقررات نيز طبعاً تابع مصلحتي است كه آن را ايجاب كرده و به محض از ميان رفتن مصلحت از ميان مي رود.

اما احكام الهي كه متن شريعت مي باشد، براي هميشه ثابت و پايدار است و كسي

حتي وليّ امر نيز حق اين را ندارد كه آنها را به مصلحت وقت تغيير دهد و يا بنا به مصالحي آنها را الغا كند (1).

بنظر مي رسد تحليلي كه شهيد صدر و علامه طباطبايي از حدود حاكميت و ولايت تقنيني وليّ امر مي كنند و آن را در محدوده اي تصوير مي كنند كه نص شرعي بر خلاف آن نباشد و منطقة الفراغ و خالي از احكام ثابت شرعي باشد، معضلة اوّل را پاسخگو خواهد بود اما نمي تواند بر معضلة دوّم غلبه كند.

به اعتقاد راقم سطور، قدم اساسي در راه انطباق دين ثابت با جوامع متغيّر و مقتضيات زمان، در ديدگاه فقهي امام راحل قدس سره راجع به شؤون و اختيارات ولي فقيه برداشته شده است؛ بر طبق اين ديدگاه، وليّ امر نه تنها نسبت به جعل حكم حكومتي در مورد سكوت شارع ولايت دارد، بلكه نسبت به مسكوت گذاردن حكم مجهول شرعي و مخالفت با پياده شدن آن بنابه مصلحت نظام و جامعه ولايت دارد.

امام خميني رحمه ا و حكم حكومتي

ديدگاه فقهي امام خميني رحمه ا راجع به شؤون ولايت فقيه، محدوده و ماهيّت حكم حكومتي و دخالت دو عنصر زمان و مكان در اجتهاد، حاوي عناصري است كه بر تمامي مشاكل و معضلات انطباق فقه با مقتضيات

زمان فائق مي آيد و نظام حقوقي اسلام را بطور زنده و پويا در تمام عرصه هاي حيات بشري و جوامع كهنه و نو مطرح مي سازد.

اين ديدگاه در ميان تاريخ فقاهت شيعه كاملاً نو و مترقي است، البته رگه هايي از آن در لابلاي برخي كلمات يافت مي شود، اما در اين جامعيّت هرگز توسط فقيهي

_____

1 ـ فرازهايي از اسلام، علاّمه طباطبايي: 80 ـ 71.

ابراز نشده است.

نكتة ديگر اين كه برخي عناصر نظرية فقهي ايشان در باب حكومت و ماهيت حكم حكومتي و رابطة آن با احكام اولية اسلام اگر چه در اواخر عمر ايشان در زمان تصدّي رهبري و ادارة جامعه عنوان شده است، اما بسياري از آنها در آثار فقهي قبل از انقلاب ايشان موجود است.

ذيلاً به اختصار، امّهات اين ديدگاه فقهي را بيان مي كنيم:

1 ـ نبي اكرم صلّي ا عليه وآله شؤون سه گانه دارند:

الف ـ تبليغ احكام الهيّه، بنابراين امر و نهي پيامبر در قالب اين شأن، اوامر ونواهي ارشادي خواهد بود و ارشاد به امر ونهي و تشريع الهي خواهد بود.

ب ـ مقام قضا و حلّ تنازعات و تطبيق احكام كلي الهي در مورد نزاع، بنابراين او امر او از آن جهت كه قاضي است بايد اطاعت شود.

ج ـ مقام ولايت و رياست عامه بر امّت كه از طرف خداوند به پيامبر داده شده است.

حكم او در اين مقام وشأن، حكم سلطاني و حكومتي خواهد بود و اطاعت اين اوامر ونواهي از باب اطاعت ولي واولي الامر لازم است، نه از باب اطاعت و امتثال احكام ا واقعي ويا اطاعت قاضي عدل (1).

بر اساس نصوص ديني، فقيه جامع الشرائط كه زمامدار امور جامعه مسلمين است، حائز منصب و شأن دوّم (ولايت بر امّت) خواهد بود؛ لذا اطاعت اوامر حكومتي او لازم است.

2 ـ حكم حكومتي از احكام ثانويه نيست؛ احكام ثانويه احكامي است كه بر روي افعال بخاطر عروض عناويني نظير ضرر، حرج، تقيّه، اضطرار و اكراه بار مي شود.

_____

1 ـ الرسائل للإمام الخميني: 50 ـ 51.

حكم حكومتي تابع تشخيص مصلحتي است كه حاكم و وليّ امر آن را مي فهمد، ولو صدور آن حكم اضطراري نباشد و عدم صدور آن موجب عسر و حرج نشود.

البته از برخي عبارات امام خميني رحمه ا در قبل از پيروزي انقلاب و سالهاي اوّل پيروزي انقلاب، حكم ثانوي بودن احكام حكومتي استفاده مي شود.

«حكم مرحوم ميرزاي شيرازي در حرمت تنباكوچون حكم حكومتي بود، براي فقيه ديگر هم واجب الاتباع بود و همة علماي بزرگ ايران جز چند نفر، از اين حكم متابعت كردند. حكم قضاوتي نبود كه بين چند نفر سر موضوعي اختلاف شده باشد و ايشان روي تشخيص خود قضاوت كرده باشند، روي مصالح مسلمين وبه عنوان ثانوي، اين حكم حكومتي را صادر فرمودند و تاعنوان وجود داشت، اين حكم نيز بود و بارفتن عنوان حكم هم برداشته شد»(1).

«آنچه در حفظ نظام اسلامي دخالت دارد كه فعل يا ترك آن موجب اختلال نظام مي شود و آنچه ضرورت دارد كه ترك آن يا فعل آن مستلزم فساد است و آنچه فصل يا ترك آن مستلزم حرج است، پس از تشخيص موضوع بوسيلة اكثريت وكلاي مجلس شوراي اسلامي با تصريح به موقت بودن آن مادام كه موضوع است و پس از رفع

موضع، خود به خود لغو مي شود، مجازند در تصويب واجراي آن». (2).

3 ـ حكم حكومتي مقدم بر ساير احكام اولية اسلام است. نقطة افتراق اساسي ديدگاه امام با ساير معتقدين به ولايت فقيه و شأن حكومتي و تقنيني دانستن او، در همين نكته است.

ديگران حكم حكومتي حاكم را به شرط اين كه منافات و تزاحمي با احكام اولية

_____

1 ـ ولايت فقيه، امام خميني: 172.

2 ـ صحيفة نور 15: 188 در جواب نامه مورخه 20/7/60 رئيس وقت مجلس.

اسلام نداشته باشد، متّبع مي دانند و در سابق اشاره كرديم كه اين مقدار شأن تقنيني براي وليّ امر نمي تواند گره گشاي انطباق فقه با هر جامعه اي باشد، چرا كه پيچيدگيهاي جوامع كنوني و تحولات و تغييرات سريع اقتصادي و سياسي در سطح جهاني و تغيير دائم مناسبتها و اولويتها، گاه مواردي را پيش مي آورد كه اصرار و تأكيد بر حفظ برخي حقوق فردي كه احكام اوليّة شرع آن را امضاء و تأكيد كرده است، باعث حذف مصالح نظام و اجتماع مي شود.

در اين جاست كه محدود كردن اختيارات وليّ فقيه باعث ركود جامعه و چه بسا پايمال شدن ارزشهاي كلان اسلامي مي شود، چرا كه در مواضعي بقا و حفظ ارزشهاي اسلامي، با حفظ كيان نظام اسلامي گره مي خورد.

امام راحل رحمه ا در اواخر عمر شريفشان بصراحت هر چه تمامتر، تقدم و اولويت حكم حكومتي بر ساير احكام اوليّه اسلام را بيان كردند، هر چند از برخي عبارات فقهي ايشان قبل از پيروزي انقلاب نيز تا حدّي اين نكته به دست مي آيد، به هر دو نمونه ذيلاً اشاره مي كنيم:

«الاسلام هو الحكومة بشؤونها والاحكام قوانين الاسلام وهي شأن من شؤونها بل الاحكام مطلوبات بالعرض وأمور آلية لاجرائها وبسط العدالة فكون الفقيه حصناً للاسلام كحصن سور المدينة لها لا معنى لـه اّلا

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

«حكومت يا همان ولايت مطلقه اي كه از جانب خدا به نبي اكرم صلّي ا عليه وآله واگذار شده است، اهّم احكام الهي است وبر جميع احكام فرعيّه الهيّه تقدم دارد.

اگر اختيارات حكومت در چارچوب احكام فرعيّة الهي باشد، حكومت الهي و

---

1 ـ كتاب البيع، امام خميني 2: 472.

ولايت مطلقة مفوضة به نبيّ اسلام صلّي ا عليه وآله بايد يك پديدة بي مسمّا و بي محتوا باشد.

بايد عرض كنم حكومت كه شعبه اي از ولايت مطلقة رسول ا صلّي ا عليه وآله است، يكي از احكام اوليّه اسلام است و مقدّم است بر تمام احكام فرعيه حتي نماز و روزه و حج و...

حكومت مي تواند از هر امري چه عبادي و چه غير عبادي كه جريان آن مخالف مصالح اسلام است، مادامي كه چنين است جلوگيري كند» (1).

4 ـ تأكيد بر دخالت داشتن دو عنصر زمان و مكان در اجتهاد، محور اين دخالت تغيير اسلوب اجتهاد و از دياد و ياكاستن روشهاي استنباط احكام نيست، بلكه دخالت موضوعي مدّ نظر ايشان است.

«زمان و مكان دو عنصر تعيين كنندة در اجتهادند، مسأله اي در قديم داراي حكمي بوده است، به ظاهر همان مسأله در روابط حاكم بر سياست و اجتماع و اقتصاد يك نظام ممكن است حكم جديدي پيدا كند، بدان معنا كه با شناخت دقيق روابط اقتصادي و اجتماعي و سياسي، همان موضوع اوّل كه از نظر ظاهر با قديم فرقي نكرده است، واقعاً موضوع جديدي شده است كه قهراً حكم جديدي مي طلبد؛ مجتهد بايد به مسائل زمان خود احاطه داشته باشد»(2).

تفاوت ديدگاه امام راحل رحمه ا و اجتهاد به رأي اهل سنت

در تبيين حقيقت مصالح مرسله و استحسان، به اين نكته اشاره داشتيم كه اساس اجتهاد بر اساس اين دو عنصر، اعتناي به مصلحت است، خصوصاً مصلحت ايجاد يسر و رفع حرج؛ و از طرفي اشاره كرديم كه در اين دو مورد خواه ناخواه مخالفت با نص در

_____

1 ـ صحيفة نور 20: 170 نامه ايشان به آيه ا خامه اي رهبر معظم انقلاب.

2 ـ صحيفة نور 21: 98.

برخي موارد پيش خواهد آمد. ديدگاه امام خميني رحمه ا راجع به حكم حكومتي نيز مشتمل براعتنا به مصلحت وبعضاً مخالفت با نص و احكام اوليه است.

وجود اين دو مشابهت سبب شده است كه برخي گمان كنند آنچه ايشان راجع به حكم حكومتي مي گويد، دقيقاً همان عمل به مصالح مرسله و استحسان است، حال آن كه بين اين دو نظريه تفاوتهاي آشكاري وجود دارد كه در ذيل به برخي از آنها اشاره مي كنيم:

1 ـ امام خميني رحمه ا شأن تقنيني ولايي را كه براي وليّ فقيه معتقد است، به منزلة بيان حكم شريعت و دين نمي داند، بلكه حكم حكومتي را اساساً غير از حكم شرعي مي داند. حكم حكومتي انشاء فقيه صاحب ولايت است كه از باب لزوم اطاعت از حاكم بايستي اطاعت شود، نه از باب اين كه حكم شرعي اين واقعه چنين است، حال آن كه با تفسيري كه از اجتهاد نزد اهل سنّت عرضه كرديم در موارد اجتهاد به رأي، مجتهد حكم شرعي را انشا مي كند يعني قائم مقام نبيّ اكرم صلّي ا عليه وآله در مقام افتاء مي شود و حكم شرعي را در مواردي كه نص وجود ندارد ويا اگر وجود دارد، تطبيق آن بر مورد حرجي است و به مصلحت نيست، جعل مي كند.

2 ـ مصلحتي كه منشأ حكم حكومتي مي شود، مصلحت حفظ نظام و كيان اسلام وجامعة مسلمين است حال آن كه مصالحي كه در استحسان و مصالح مرسله منبع و اساس اجتهاد و حكم است، اعم از مصحلت نظام مي باشد.

بسياري از معتقدين به حجيت و اعتبار مصالح مرسله آن را به مصالح ضروريه منحصر نمي كنند و به حاجيات نيز سرايت مي دهند.

و همچنين از جملة ادلة معتقدين به استحسان، روايت اين مسعود «مارآه المسلمون حسناً فهو عند ا حسن» مي باشد كه واضح است منحصر به موارد مصلحت

نظام و كيان اسلام نمي شود.

مراجعه به موارد و مصاديق اعمال استحسان و مصالح مرسله در استنباط فقهي در كتب فقهي اهل سنت شاهد گوياي ادّعاي فرق بين دو ديدگاه و نظريه است.

3 ـ از برخي عبارات به دست مي آيد كه تمسك به مصالح مرسله و استحسان در واقع تمسك به عنوان ثانوي است، يعني حرجي و ضرري بودن اعمال قاعدة كلية مستفاد از نص و قياس، فقيهان را وادار مي كند كه براي تخصيص اين قواعد به مصالح مرسله و يا استحسان متوسل شوند. ما قبلاً اين مطلب را از قول دكتر محمصاني نقل كرديم (1).

حال آن كه بر طبق نظر امام خميني، احكام حكومتي از احكام ثانويه نمي باشد و از احكام اوليه بلكه مقدم بر ساير احكام اوليه اسلام است.

فقه شيعه و معضلة سوّم

فقه شيعه بنحو ضابطه مندي تغييرات عرف و عادت را مورد اعتنا قرار داده است.

نقطة مشترك فقه شيعه و اهل سنّت در اعتنا به عرف، در آن دسته از احكامي است كه در ناحية موضوعشان مفاهيم عرفي به كار رفته باشد ويا اين كه تعيين حدود و تعور موضوع به فهم عرف واگذار شده باشد.

در اين موارد واضح است كه هر گونه تغييري در عرف وفهم وبرداشت او از موضوع بايستي مورد اعتناي فقيه واقع شود، چرا كه زمام امر موضوع حكم در اين موارد به دست عرف است.

نقطة افتراق اين دو مكتب فقهي در مورد اعتناي به عرف در مواردي است كه

_____

1 ـ فلسفة قانون گذاري در اسلام، دكتر محمصاني: 261.

عمل بر طبق عرف مستلزم مخالفت با نص باشد.

تمامي فقهاي شيعه وبرخي از فقهاي اهل سنت در چنين مواردي عمل بر طبق عرف را جايز نمي دانند، ولي برخي ديگر كه در رأس آنها ابو يوسف است، در اين موارد عرف را متتبع 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