

زمینه های ثابت و متغیر در فقه اسلام

زمینه های ثابت و متغیر در فقه اسلام

أحمد واعظي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمه:

ادیان و حیانی عموماً و اسلام خصوصاً بر این نکته 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

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

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

—(348)—

مناسبات اجتماعی و آداب و سنن و شکل تولید و توزیع منابع اقتصادی و اشکال حکومت، هر از چندگاهی جای خود را به شیوه ها و به نظامات و روابط جدید می دهند، گویی جامعه ای جدید و انسانهایی جدید متولد شده است.

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

بر خلاف تصوّر سطحی، این شبهه صرفاً جانب تشریعی دین (فقه) را هدف نگرفته است، بلکه دامنه آن نواحی مختلفی را شامل می شود که ذیلاً به برخی از آنها اشاره می کنیم:

الف - عدم ثبات معرفت دینی.

ب - عدم نسبیت اخلاق.

ج - جهانی نبودن زبان دین.

د - عدم انطباق شریعت و فقه با همه جوامع: این محذور آنگاه قوّت می گیرد که معتقد باشیم دین صرفاً در محدوده عبادات و روابط دو جانبه انسان و خدا خلاصه نمی شود و در تمام شؤون اجتماعی و اقتصادی بشر برنامه و سخن دارد.

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

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

پاسخ تفصیلی به هر یک از این 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 مشاکل 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 تحوّل جوامع و پیدایش مناسبات و روابط نوین فردی و اجتماعی و اقتصادی، پیش رو نهادن سه معضله در قبال هر نظام حقوقی و بویژه شریعت است.

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

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

2 - ظهور موانع اجرايي در راه عملي کردن برخي قوانين و احکام پيش بيني شده و منصوص: موافقي پيش مي آيد که پافشاري و اصرار بر حفظ برخي احکام و قوانين، ناسازگار با مصالح جامعه و نظام اسلامي باشد.

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

3 - اعتنا به تبدُّل موضوعات و مفاهيم: تغيير عرف و عادت و تغيير روابط و مناسبات گاه باعث می شود که موضوع حکم سابق به موضوع جديدي مبدّل شود و در نتیجه حکم جديدي را طلب کند.

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 مکان در اجتهاد در اين قسم اخير 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 منزوي ساختن دین از متن جامعه بشري می باشد؛ این سه معضله بطور یکسان حساسيّت فقهای مسلمان را به خود جلب نکرده است.

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

واقعیت این است که به لحاظ تاریخی، اهل سنّت خیلی زودتر از شیعه با مشاکل

سه گانه فوق روبرو شدند. سرّ این سبقت در دو نکته اساسي زیر نهفته است:

الف - كمبود نصوص شرعي.

ب - درگیر بودن مستمر با مسأله اداره جامعه و اعمال حاکمیت سياسي.

كمبود نص شرعي خود معلول دو امر است:

1 - اعتقاد كلامي اهل سنّت پیرامون اهل البيت وعترت رسول الله عليه وآله که بر خلاف شیعه آنان را بیان کننده واقعی احکام الله 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 صلی الله علیه وآله به خاطر برخی مصلحت اندیشی ها. کتابت جدّی احادیث تا اواسط قرن دوم 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 كمبود مضاعف حدیث و نصّ شرعي 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.

اختلافي که هست در شیوة 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 قانوني

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

1 - 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 - كساني كه معتقد به فقدان نص مي باشند و معتقدند كه نصوص شرعيه مطابقت كامل با همه حوادث و موضوعات ندارد، لذا با يستي مجتهد با اعمال رأي و اجتهاد به طريقي 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 ادله قرآني و روايي كه بر صحت مدّعي خود مي آورند، به مسأله كمبود نص و تناهي نصوص و عدم تناهي حوادث و وقايع استدلال مي كنند. به دو نمونه 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 المرسله لخلّت الوقايع من الاحكام و هو باطل

1 - علامه مصطفي 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:

«...وَنَزَّلْنَا عَلَیْكَ الْكِتَابَ تَرْبِیَانًا لِّلْكَوْلِ شَیْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِّلْمُسْلِمِینَ» (2)، «...مَّا فَرَّطْنَا فِی الْكِتَابِ مِنْ شَیْءٍ ثُمَّ إِلَی رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ» (3)، «وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِیهِ مِنْ شَیْءٍ فَحُكْمُهُ» إِلَی اللّٰهِ ذَلِكُمْ اللّٰهُ رَبِّی عَلَیْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَیْهِ أُنِیبُ» (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 الرأی والقیاس فانهم لمّا لا یعتنوا بالنصوص ولم یعتقدوها وافیة بالاحکام ولا شاملة لها وغلاتهم علی انّها لم تف بعشر معشارها فوسعوا طرق الرأی والقیاس وقالوا 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 وبقیّه را در قالب عمومات واطلاقات، 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 وچه نص خاص به برائت اصلیه تمسک می کنند.

1 - فواتح الرحمون بشرح مسلم الثبوت 2: 266.

2 - سوره نحل: 89.

-(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 وفقا البرائة الاصلية أولا على وفقها فان كان على وفقها لم يكن في القياس فائدة، وان كان على خلافها كان ذلك القياس معارضا 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 کسانی نظیر ابن حزم در «ابطال القياس» و ابن قیّم جوزي در «اعلام الموقعين» كه شدیداً از كفايت نصوص دفاع مي كنند، اكثريت اهل سنّت مدافع نظرية كمبود نص و خلاّ 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 المرسله لخلّت 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 النبي صلى الله عليه وآله اجتهد في الأحكام 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 النبي صلى الله عليه وآله»(3).

برای ابن قائم مقامی سه جهت را ذکر می کند:

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

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

ج: کوشش در راه استنباط احکام در آن مواردی که محلّ 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)-

« انّ المفتی شارع من وجه لانّ ما یبلّغه من الشریعة امّا منقول عن صاحبها وامّا مستنبط من المنقول فالاولّ یكون فيه مبلّغاً والثاني یكون فيه قائماً مقامه في انشاء الاحکام وانشاء الاحکام انّما هو للشارع» (1).

در جای دیگر می گوید:

«فالمفتي مخبر عن الله كالنبيّ وموقع للشریعة علي افعال المكلفين بحسب نظره كالنبيّ صلّی الله علیه وآله و نافذ أمره في الامّة بمنشور الخلافة كالنبيّ 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 واقعي صورت نپذیرفته است.

تنها را هي که براي مجتهد باقي مي ماند اين است که با پي بردن به مقاصد شرع و مصالح و مفاسدي که شارع مقدس در شريعت به آنها التفات دارد، حکمي مطابق با مقاصد شرع جعل کند 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 کلیة طرق اجتهاد به رأي نظير عمل به قياس و مصالح مرسله واستحسان بي ارتباط به مقاصد شرع نيستند و بخاطر همين جهت است که مجتهد به کسي مي گویند که حائز دو وصف باشد:

1 - بطور کامل بر مقاصد شرع مطلع باشد.

2 - تمکن از استنباط داشته باشد يعني معرفت به کتاب و سنّت و مواضع اجماع و شرايط قياس و علوم عربيّت و ناسخ و منسوخ و حال روايات داشته باشد و به نظر شاطبي دوّمي خادم اوّلي است و همچون و سيله اي است براي مطلوب اصلي که همان درک

1 - الموافقات 4: 246 - 245.

2 - الموافقات 4: 246 - 245.

-(357)-

مقاصد شرع است (1).

علامه شاطبي تأکيد مي کند که هر مصلحتي نمي تواند منشأ حکم و انشاي مجتهد واقع شود بلکه بايستي موافق مقاصد شرع باشد.

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

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

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

به تبع محمد غزالی در «المستصفی»، اصولیون اهل سنت مقاصد شارع در میان خلش را که اساس تکالیف شرعیة اوست به سه مقصد ضروری، حاجّی و تزیینی (تحسینی) تقسیم می کنند. مقاصد ضروری پنج طایفه هستند: حفظ دین و جان و نسل و مال و عقل. این ضرورات پنجگانه در هر ملتی مقصود و مطلوب است. حاجیات آن مصالح و مقاصدی است که ضروری نمی باشد ولی 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 تلقّی می شود.

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

1 - عدم کفایت نصوص شرعی به کل نیازمندیها.

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

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

همانگونه که پیش فرض او^۱ 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 (ضروری^۲ و حاجی^۳ و تحسینی^۴) دارد، اصلی از اصول شریعت است، لذا بایستی به طریق قطعی صحتش اثبات شود و ظن^۵ 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 إثبات كون هذه القواعد معتبرة شرعاً بالدليل الشرعي القطعي، وإنّما الدليل على المسألة ثابت علي وجه آخر هو روح المسألة و ذلك أنّ هذه القواعد الثالث لا يرتاب في ثبوتها شرعاً أحد ممّن ينتمى إلى الاجتهاد من اهل

-(359)-

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

به هر حال پیش فرض سوم یعنی ادعای امکان درک مقاصد شرع و حیطه آن، محور اصلی منازعاتی است که در زمینه حجّیت و اعتبار طرق مختلف اجتهاد به رأی در گرفته است. کسانی که حیطه 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 حیطه 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 بپردازیم، چرا که از مشکلات برخی از آنها، ابهام مفهومی و روشن نبودن دقیق مراد از این اصطلاحات است.

قیاس عبارت است از سرایت دادن حکم اصل به فرع بخاطر وجود جهت جامع بین آن دو. مراد از اصل آن 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، علّت 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 علّت نزد شارع اثبات شده باشد ولی برخی از افراطیون معتقدند که صرف مشابهت بین اصل و فرع کفایت می کند و احراز علت مشترك و اعتبار آن، لازم نیست(1).

اگر دلیل قطعی بر اعتبار آن وصف و علّت در دست باشد، آن قیاس مستنبط العلّة خواهد بود و چنین علّتی به «مناسب مؤثّر» موسوم است و اگر به دلیل ظنّی 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 نصّی بر اعتبار آن نباشد، نه نصّ خاص و نه نصّ عام» (2).

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

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

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

امام محمد غزالی در «المستصفی» از مصالح مرسله به «مرسله به» «مرسل ملایم» تعبیر می کند که دقیقاً مرداش توضیح فوق است، یعنی مصلحتی که مناسب - دلیل خاص قطعی یا ظنی بر اعتبار آن وجود ندارد - نیست بلکه مرسل است و ملایم است یعنی توسط شرع ملغی نشده است و از ادله ای که تعدادش معین نیست، موافقتش با مقاصد شرع به دست می آید (1).

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

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

مثلاً نظر غزالی مصالح مرسله باید سه شرط داشته باشند تا معتبر شوند:

1 - ضروری باشند؛ یعنی از نوع مصالح و مقاصد حاجیّات و تحسینیّات نباشند.

2 - قطعی باشند و ظنی نباشند.

3 - کلی باشند و موردی نباشند (2).

شاطبی برای اخذ به مصالح مرسله سه شرط قرارداده است:

1 - المستصفی 2: 311 - 310.

2 - المستصفی 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 تحسینیات.

شرط دوم به خاطر تأکیدی است که محققین اهل سنت بر تعبدی بودن ابواب عبادات و معقولة 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 علّات 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 مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى ويستحسن مالكا ان يخص بالمصلحة ويستحسن أبو حنيفة ان يخص 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 مالک با استحسان ابو حنيفه، در تقيّد مالک به تخصيص زدن قياس وعمومات با توجه به مصلحت و مال احکام و مقاصد شرع است ولي ابو حنيفه حاضر است که بواسطه قول يکي از صحابه، عموم يا قياسي را تخصيص بزنند.

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 سنت و پیشینه های عمر بن خطاب را مستند قرار داده اند.

آیاتی نظیر «...وَمَا جَعَلَ عَلاَیْكُمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ...» و حدیث شریف «الدین یسر أحب الدین عند الله الحنیفیة السمحة» شاهد بر جواز تخلف 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 تشریع حکم وقایع حادثه و متجدده بپردازد.

تمسک به این سه راه با سه ابهام و اشکال اساسی روبروست که دوتای اول آن عام است و بر هر سه تطبیق می شود و اشکال سوّم 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 ابزاری که در راه استنباط حکم شرعی به کار گرفته

می شوند، مفید ظنّ 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، حجّیت و اعتبار این ابزار و طرق بایستی به طریق یقینی و قطعی احراز و اثبات شود و ظنّ به حجّیت کفایت نمی کند.

حجّیت 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 صلاّی ا[علیه وآله عمل به آن را به رسول ا[صلاّی ا[علیه وآله منتسب می کنند) نیز با این مشکل روبرو است و معتقدین به آن به ظنّی 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 علميّة قطعيّة فلا يجوز اثباتها بدليل ظنّي.

قلنا: لا نسلم أنّها قطعيّة بل هي عندنا ظنيّة لأنّ هذه المسألة عمليّة 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 ردّ سلام کافر، بسیار فرق می کند.

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

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

—(366)—

ميان مخلوقاتش تشريع کرده است، مورد تصديق عمدة فقهاي فريقين است، اما اين نکته که ما قادر به درک همه اين مصالح مي باشيم و تشريع احکام بر اساس اين مصالح که ما تشخيص داده ايم است، مورد انکار عدّه اي از علماي اهل سنت و قاطبه علماي شيعه واقع شده است.

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

امام فخر رازي در کتاب اصولي خویش مثالهاي پانزده گانه اي را در اين خصوص از قول نظام ذکر مي کند و در مقام پاسخ به اين نقضها مي گويد:

«أنّ غالب احکام الشرع معللة برعاية المصالح المعلومة 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 رأي است که اثبات کند نه تنها دليل قطعي بر اعتبار اين طرق سه گانه نمي خواهيم، بلکه قطع و يقين به ملحق بودن حکم فرع به اصل و ابتنائي حکم بر اين مصلحت مرسل يا آن امر مستحسن لازم نداريم و ظنّ به الحاق و ابتنا کفايت مي کند.

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

3 - نقطه ابهام سوم اين است که آيا اجتهاد در مقابل نص جايز است يا نه ؟

آيا حيطة حجيت اين عناصر اجتهادي تا جايي است که نصّي (کتاب و سنت و اجماع) بر خلاف آن نباشد؟

اين مسأله راجع به قياس چندان مجالي براي طرح ندارد، چرا که بجز عدّه قليلي

-(367)-

از مفرطین در عمل به قیاس، قاطبة معتقدین به حجیّت 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 خلیفه 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 حجیّت آن خدشه

(368)

کرده اند، مثلاً شافعي مي گوید: «من استحسن فقد شرع».

فقه اهل سنت و معضلة دوّم

همان طور که در طرح مسأله عنوان کردیم، معضلة دوّم انطباق فقه با همه زمانها و مکانها و لزوم دست برداشتن از برخي احکام و قوانين شرعي بخاطر اقتضاي زمان و مکان است.

تغيير شکل زندگي و طرح برخي مناسبات و مصالح، بويژه در زمينه اداره جامعه و تنظيم روابط داخلي و خارجي در امور اقتصادي و سياسي و عمراني، مواردی را پيش مي آورد که احساس مي شود پايبندي بر يك فتواي فقهي و دليل شرعي و اصرار بر حفظ آن و حرکت و تصميم گيري بر طبق آن، خللي به مصالح جامعه و پيشرفت آن وارد کند.

اگر فقه اسلامي بخواهد بر ادعای خود مبني بر اداره همه جوامع در همه زمانها برقرار باشد، بايستي در درون خود اين معضله را دیده باشد و بطور روشمند و مضبوطي راه حلّ اين گونه موارد را روشن ساخته باشد.

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

سؤال اين است که آیا حکومت اسلام مي تواند موارد تجارت داخلي و خارجي را محدود کند و فروش برخي کالاها را در مواردی که مصلحت اسلام و مسلمين اقتضا کند، موقتاً ممنوع سازد و تضييعاتي 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 صراً مخبّرو 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 تشریع حکم است (تشریع مجازنه تشریع محرم) و شأن شاریّت 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 اﷺ و علیه و آله است.

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

«وَأَمَّا الَّذِي يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مُجْتَهِدًا فِي أَمْرِ الْحُرُوبِ أَنَّهُ اجْتَهَدَ فِي أَخْذِ الْفِدَاءِ عَنْ أَسَارِي بَدْرٍ بَعْدَ مَا كَانَ رَاجِعُهُمْ فِي تِلْكَ الْحَالِ وَذَلِكَ لَا يُمْكِنُ إِلَّا مَعَ الْجَاهِدِ»، (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 مستمسك معتقدین به جواز مخالفت بانص (حتي نص خاص) بخاطر مصلحت است.

در صورتی که حاکم جامعه اسلامی خود مجتهد باشد، بر طبق این مسلک فقهی (حجیّت مصالح مرسله واستحسان) مشکلی 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 اسلامی علی رغم تغییر نا پذیر و ثبات، با توسل به راه حل هایی توانسته است خود را با جوامع نوین منطبق کند و ایجاد جامعه نورا ممکن سازد» این موفقیت را مرهون عواملی می داند و عامل چهارم را مداخله حاکم بر می شمارد و می گوید:

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

حاکمان اگر چه گاه از محدوده حقوق اسلامی تخطی کرده اند، اما معمولاً این گونه تخطی ها با اغماص 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.

(371)

فقه اهل سنت و معضله سوّم:

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

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

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

در فقه اهل سنت بطور و سببی به عرف و تغییرات آن اعتنا شده است؛ در مواردی که عرف رابطه جدید و موضوعی مستحدث به بار آورد، اعتنای به عرف و امضای آن و مستحسن شمردن آن مناسبات و روابطی که عرف مستحسن می شمارد و نصیّ بر خلاف آن وجود ندارد، مورد اتفاق فقهای اهل سنت است.

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

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

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

گونه تغییری در عرف باید مورد 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 بر خلاف کتاب و سنّت نبود، می پذیرفتند.

اعتنای به عرف در قالب عبارتهای گوناگونی در السنة فقهای اهل سنت تکرار می شود؛ مجلة 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 ثابتی بدون وسیله نص نمی توان عدول کرد و تغییر زمان و مکان و احوال را نمی توان بهانه قرارداد، چرا که این کار ناروا و باطل است» (3).

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

2 - المنافع في شرح المجامع: 324.

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

-(373)-

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

فقه شیعه و مسأله ثابت و متغیر

التفات و آشنایی فقهای شیعه با معضل ثابت و متغیر و مشاكل موجود در راه انطباق فقه با جوامع مختلف و متحول، قدمت زیادی ندارد و این تأخیر در طرح مسأله مرهون دو امر است:

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

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

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

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

—(374)—

است، تکیه می کنند.

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

در مقابل این عده از فقها، فقیهانی که با نظر عمیقتری به مسأله ثابت و متغیر نگریسته اند، به این نتیجه مهم واقف شده اند که اگر فقه بخاهد در همه زمانها و مکانها و در همه جوامع سکاندار کشتی هدایت جوامع باشد، بایستی در دو چیز تأمل کرد:

1 – مجتهد در اجتهاد خود برخی عوامل را مورد غفلت قرار ندهد؛ مثلاً التفات به دو عنصر زمان و مکان و تغییرات موضوعی برخاسته از آنها داشته باشد و به فقه اجتماعی نگاه جمعی داشته باشد نه نگاه فردی.

2 – به حدود اختیارات حاکم و ولی امر جامعه مسلمین اعتنا شود، چرا که ثقل مسأله تطبیق منویات دین با مقتضیات زمان و مکان، بر دوش فقیهی است که بر جامعه مسلمین حاکمیت و اقتدار و ولایت دارد.

باید اعتراف کرد که تلقی رایج در اجتهاد شیعه نظریه اول است و نظریه دوم ریشه تاریخی عمیقی 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 سیطره 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 علیه وآله مثلاً كنهیه 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 وروایي معتقدین به نظریه اوّل مجال واسعتري را می‌طلبد، اما بطور اجمال اشاره ای گذرا خواهیم داشت:

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

1 - اصول کافی 1: 59.

2 - اصول کافی 1: 59.

3 - الوافی 1: 62.

—(377)—

«محمد بن حکیم عن ابي الحسن عليه السلام قال: قلت له تفقّهنا في الدّین وروينا و ربما ورد علينا رجل قد ابتلى بشيء صغیر الذي ما عندنا فيه بعینه شيء وعندنا ما هو يشبهه مثله افنتیه بما يشبهه؟ قال لا و مالکم والقیاس فی ذلك، هلك من هلك 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 شيء؟ قال لا هو عند أهله»(1).

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

فقه شیعه و معضله خلاء قانونی

برخی از 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 تشریعی وجود داشته باشد که البته شارع آن را اهمال نکرده است و زمامدار حکومت اسلامی باید حکم مناسب این مواضع را تشریع کند» (2).

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

1 - بمائر 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 مصالح آنها را الغا کند (1).

بنظر می رسد تحلیلی که شهید صدر و علامه طباطبائی 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 اول را پاسخگو خواهد بود اما نمی تواند بر معضلة دوم 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 فقهات 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، علاّمه طباطبائی: 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 تصدّي رهبری و اداره جامعه عنوان شده است، اما بسیاری از آنها در آثار فقهی قبل از انقلاب ایشان موجود است.

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

1 - نبی اکرم صلاّی الله علیه وآله شؤون سه گانه دارند:

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

ب - مقام قضا و 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 امّت 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 الهی 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 امت) 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 الله 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 گره گشای 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 جاست 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 آلیه لاجرائها وبسط العدالة فكون الفقيه حصناً للإسلام كحصن سور المدينة لها لا معنى له إلا

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، اهّم احکام الهی است و بر جمیع احکام فرعیّ الهیّه تقدم دارد.

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

1 - کتاب البیع، امام خمینی 2: 472.

-(383)-

ولایت مطلقه مفوضه به نبیّ 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 یاکاستن 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 اوّل 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 رأي 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 خامنه ای 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 می گوید، 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 می کنیم:

1 - امام خمینی رحمه الله شأن تقنینی ولایی را که برای ولیّ فقیه معتقد است، به منزله بیان حکم شریعت و دین نمی داند، بلکه حکم حکومتی را اساساً غیر از حکم شرعی می داند. 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 واقعۀ چنین است، حال آن که با تفسیری که از اجتهاد نزد اهل سنت عرضه کردیم در موارد اجتهاد به رأي، مجتهد حکم شرعی را انشاء می کند یعنی قائم مقام نبیّ اکرم صلی الله علیه و آله در مقام افتاء می شود 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 می کند.

2 - مصلحتي که منشأ حکم حکومتي مي شود، مصلحت حفظ نظام و کيان اسلام و جامعة 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 حجيت 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 مي آید که تمسک به مصالح مرسله و استحسان در واقع تمسک به عنوان ثانوي است، يعني حرجي و ضرري بودن اعمال قاعدة کلیة مستفاد از نص و قیاس، فقیهان را وادار مي 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 ثانويه نمي باشد و از احکام اوليه بلکه مقدم بر سایر احکام اوليه اسلام است.

فقه شیعه و معضلة 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 تبديلي 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.

والحمد