

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



اصول فقه مقارن (۲)

أ. د سید محمود امام

.....



انتشارات شورای برنامه‌ریزی مدارس علوم دینی اهل سنت

عنوان کتاب: اصول فقه مقارن (۲)

تألیف: سید محمود امام

ناشر: شورای برنامه‌ریزی مدارس علوم دینی اهل سنت

نشانی: تهران، خیابان جمهوری اسلامی، خیابان رازی، پلاک ۱۵، تلفن:

+۹۸۲۱۶۳۴۹۷۲۴۰

—◆ کلیه حقوق برای ناشر محفوظ است ◆—

فهرست مطالب

۷	پیش درآمد
۸	فصل اول: استحسان
۱۹	فصل دوم: مصالح مرسله
۳۱	فصل سوم: فتح ذرایع وسدها
۴۲	فصل چهارم عرف
۵۰	فصل پنجم: شرع من قبلنا
۵۶	فصل ششم: مذهب صحابی
۶۳	فصل هفتم: استصحاب
۸۲	فهرست منابع

پیش درآمد

در درس اصول فقه مقارن (۱) به تعدادی از منابع احکام شرعی و تعریف هر یک و دیدگاه‌هایی که پیرامون آن‌ها وجود داشت و همچنین دلایل و حجج نافین و مثبتین پرداختیم، در این دوره در درسنامه اصول فقه مقارن (۲) به بقیه منابع و مصادر شرعی که عبارت‌اند از مباحث ذیل می‌پردازیم:

(۱) استحسان

(۲) مصالح مرسله

(۳) سد و فتح ذرایع

(۴) عرف

(۵) شرع من قبلنا

(۶) مذهب صحابی

(۷) استصحاب

مباحث این نوشته در هفت فصل و یک پیش درآمد تنظیم و ارائه شده است. در پیش درآمد به تعریف واژه‌هایی همانند: شارع، حکم شرعی، منابع اصلی و فرعی احکام شرعی، واژه اصل نزد مذاهب و تقسیم ادله احکام، می‌پردازیم، سپس مباحث ادله احکام این دوره را در هفت فصل مطرح می‌نماییم.

فصل اول: استحسان

استحسان بنا به گفته زحیلی در کتاب الفقه الاسلامی وادلته به عنوان یکی از اصول مذهب حنفی و مالکی شمرده می‌شود.^۱

تاریخچه پیدایش استحسان

ا. د. عیاض بن نامی السلمی عضو هیئت تدریس بخش اصول فقه در دانشکده شریعت ریاض در کتاب «أصول الفقه الذی لایسع الفقیه جهله» می‌نویسد: «واژه استحسان در زبان ابوحنیفه ظاهر شده و آن را زیاد بکار می‌برد، او غالباً این واژه را در برابر قیاس قرار می‌داد و می‌گفت: قیاس چنین می‌باشد و استحسان چنین.

[استحسان و حنفیان]

محمد بن الحسن شیبانی می‌گفت: ابوحنیفه با اصحاب خود در مورد قیاس مناظره می‌نمود و آنان نیز با او در این مورد معارضه می‌نمودند، ولی هنگامی که می‌گفت استحسان نمودم کسی با او معارضه نمی‌نمود و این به خاطر این بود که مسائل زیادی را در استحسان وارد می‌نمود (لازمه این سخن تسلط فراوان او بر استحسان است).

[استحسان و مالکیان]

از مالک و شاگردانش نقل شده است که عمل به استحسان می‌نمودند. و نیز از مالک نقل شده که می‌گفت: استحسان نه دهم علم می‌باشد.^۲ با این وجود ما نزد آنان تعریفی برای استحسان نمی‌یابیم.

[استحسان و شافعیان]

۱ - الفقه الاسلامی وادلته
۲ - شاطبی مالکی، الموافقات ۴/۲۰۹.

امام شافعی استحسان را سخت انکار نمود و گفت: کسی که استحسان نماید شرع جدیدی را عرضه نموده است.

و همچنین او کتاب «إبطال استحسان» را تألیف نمود و در آن کتاب ادله احکام شرعی را در کتاب و سنت و اجماع و قیاس حصر نمود و گفت: کسی که استحسان نماید خرد خود را شرع قرار داده است.

و همچنین داود ظاهری^۱ استحسان را همانند قیاس انکار نمود^۲.

[استحسان و مصادر احکام شرعی]

حال پس از ذکر تاریخچه استحسان، به طرح مباحث استحسان می‌پردازیم. استحسان را بعضی از مذاهب به عنوان یکی از مصادر تشریح برشمرده‌اند. در این نوشتار بر آنیم خلاصه مطالبی را ارائه نماییم که در ذیل عنوان استحسان در کتاب‌های اصولی پیرامون حجیت استحسان مطرح شده است.

تعریف لغوی استحسان:

استحسان در لغت: «به نیکو شمردن یک چیز استحسان گویند، خواه از امور حسیه و محسوسات باشد یا از امور معنوی باشد»^۳.

تعریف‌های اصطلاحی استحسان:

تعاریفی که برای استحسان در کتب فقهی و اصولی ذکر شده متفاوت و در بسیاری از آن‌ها قواعد و ضوابط تعریف منطقی رعایت نشده است، بلکه بیشتر محسنات ادبی و وزن و قافیه در آن‌ها رعایت شده است تا جهت علمی.

۱ - داود بن علی الأصفهانی الفقیه الظاهری، کان حافظاً مجتهداً، إمام أهل الظاهر. وكان زاهدا متقللاً كثير الورع. توفي سنة ۲۷۰ هـ - "شذرات ۲ / ۱۸۵".

۲ - کتاب أصول الفقه الذی لایسع الفقیه جهله ۱: ص ۱۳۷.

۳ - سلم الوصول: ۲۹۶.

نمونه‌ای از تعریف‌های استحسان را آقای سرخسی^۱ حنفی در کتاب فقهی خود که به نام «المبسوط» می‌باشد به ترتیب ذیل ذکر نموده است.

۱ - تعریف اول را که آقای سرخسی از استاد خود نقل نموده است چنین است: «كَانَ شَيْخُنَا الْإِمَامُ يَقُولُ: الاستحسان، ترك القياس والاخذ بما هو اوفق للناس»^۲. استحسان: ترك نمودن قیاس است و عمل نمودن به آنچه که مناسب‌تر و شایسته‌تر برای مردم است. تعاریف دیگری که ذکر می‌نماییم نیز از کتاب مبسوط می‌باشد.

۲ - تعریف دوم: «وقيل: الاستحسان، طلب السهولة في الاحكام فيما يتلي فيه الخاص والعام».

استحسان: طلب نمودن آسانی در احکام، در آنچه مورد نیاز و محل ابتلای خاص و عام است.

۳ - «وقيل: الاستحسان، الاخذ بالسعة وابتغاء الدعة».

استحسان: عمل کردن به آنچه که در آن گشایش است و خواستن ملایمت و نرمی است.

۴ - «وقيل: الاستحسان، الاخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة».

استحسان: «عمل نمودن به آسانی‌ها و خواستن آنچه که در آن آسایش است».

۱ - السَّرْحَسِيُّ، ابن سهل (؟ - ۴۸۳ هـ). محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي. فقيه أصولي حنفی ينسب إلى سرخس - بلدة قديمة من بلاد خراسان. أخذ الفقه والأصول عن شمس الأئمة الحلواني وبلغ منزلة رفيعة. عده ابن كمال باشا من المجتهدين في المسائل. كان عالماً عاملاً ناصحاً للحكام. سجنه الخاقان بسبب نصحه له. ولم يقعه السجن عن تعليم تلاميذه؛ فقد أملى كتاب المبسوط - وهو أكبر كتاب في الفقه الحنفي مطبوع في ثلاثين جزءاً - وهو سجين في الجب، كما أملى شرح السير الكبير لمحمد بن الحسن، وله شرح مختصر الطحاوي، وله في أصول الفقه كتاب من أكبر كتب الأصول عند الحنيفة، ويعرف بأصول السرخسي.

۲ - المبسوط سرخسی ۱۲:۳۵۵.

سپس آقای سرخسی نظر خود را در مورد استحسان چنین می‌نویسد:

«وَ حَاصِلُ هَذِهِ الْعِبَارَاتِ أَنَّهُ: تَرَكَ الْعُسْرَ لِلْيُسْرِ، وَهُوَ أَصْلٌ فِي الدِّينِ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: {يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ} ۱. وَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «خَيْرٌ دِينِكُمُ الْيُسْرُ» ۲.

وَقَالَ لِعَلِيٍّ وَمُعَاذِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا حِينَ وَجَّهَهُمَا إِلَى الْيَمَنِ: «يُسْرًا وَلَا تَعَسْرًا قَرَبًا وَلَا تَفْرًا». وَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَلَا إِنَّ الدِّينَ مَتِينٌ فَأَوْغِلُوا فِيهِ بِرَفْقٍ وَلَا تُبَعْضُوا عِبَادَ اللَّهِ عِبَادَةَ اللَّهِ فَإِنَّ الْمُنْبِتَ لَا أَرْضًا قَطَعَ وَلَا ظَهْرًا أَبَقَى» ۳.

وَالْقِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ فِي الْحَقِيقَةِ قِيَاسَانِ: أَحَدُهُمَا جَلِيٌّ ضَعِيفٌ أَثَرُهُ فَسْمَى قِيَاسًا وَالْآخَرُ خَفِيٌّ قَوِيٌّ أَثَرُهُ فَسْمَى اسْتِحْسَانًا أَيْ قِيَاسًا مُسْتَحْسَنًا فَالْتَّرَجِيحُ بِالْأَثَرِ لَا بِالْخَفَاءِ وَالظُّهُورِ كَالدُّنْيَا مَعَ الْعُقَبِيِّ فَإِنَّ الدُّنْيَا ظَاهِرَةٌ وَالْعُقَبِيُّ بَاطِنَةٌ وَتَرَجَّحَتْ بِالصَّفَاءِ وَالْخُلُودِ، وَقَدْ يَقْوَى أَثَرُ الْقِيَاسِ فِي بَعْضِ الْفُصُولِ فَيُؤَخَذُ بِهِ وَهُوَ نَظِيرُ الْإِسْتِدْلَالِ مَعَ الطَّرْدِ فَإِنَّهُ صَحِيحٌ وَالِاسْتِدْلَالُ بِالْمُؤْتَرِ أَقْوَى مِنْهُ.

وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: {فَبَشِّرْ عِبَادَ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ} ۴ وَالْقُرْآنُ كُلُّهُ حَسَنٌ ثُمَّ أَمَرَ بِاتِّبَاعِ الْأَحْسَنِ ۵.

ترجمه: از خلاصه تعریف‌های فوق به دست می‌آید که استحسان به معنای «رها

نمودن سختی است به خاطر آسانی»

۱ - بقره: ۱۸۵.

۲ - ورد فی المعجم الصغیر للطبرانی (۲/ ۲۲۳) ۱۰۶۶ - حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الزَّهْرِيُّ الْأَصْبَهَانِيُّ، حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ زَيْدٍ، حَدَّثَنَا أَبُو دَاوُدَ الطَّبَالِسِيُّ، حَدَّثَنَا سَلَامُ بْنُ مَسْكِينٍ، عَنْ قَتَادَةَ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: خَيْرٌ دِينِكُمْ الْيُسْرَةُ.

۳ - السنن الكبرى للبيهقي ۳: ۱۸.

۴ - الزمر: ۱۷.

۵ - المبسوط: ۳۵۵/۱۲.

و مشابه تعاریف فوق در دور بودن قواعد تعریف آن تعریفی است که از مالکی‌ها نقل شده است که گفته‌اند: «وَمَعْنِي الْإِسْتِحْسَانُ فِي أَكْثَرِ الْأَحْوَالِ هُوَ التَّفَاتُ إِلَى الْمَصْلَحَةِ، وَالْعَدْلُ»^۱ «معنای استحسان در اغلب موارد، توجه نمودن به مصلحت و عدل می‌باشد».

مرحوم حکیم می‌فرماید: «چنین تعاریفی که ملاک‌های منطقی را رعایت ننموده‌اند شایسته نیست که پیرامون آن‌ها سخن به درازا کشیده شود، زیرا حجیت شرعی بر احکام الهی از آن‌ها به دست نمی‌آید»^۲.

و اما تعریف‌هایی که چه بسا منطقی باشند، زیرا دارای مفاهیم معینی هستند، این تعریف‌ها را آقای دکتر محمضانی در کتاب فلسفه التشریح نقل نموده است و آن‌ها عبارت‌اند از:

۱ - تعریف بزدوی از احناف که می‌گوید استحسان عبارت است از: «عدول نمودن از موجب و سبب قیاسی به قیاسی قوی‌تر از آن و یا تخصیص نمودن قیاسی با دلیلی قوی‌تر از آن»^۳.

۲ - تعریف آقای شاطبی از مالکی‌ها که می‌گوید: «استحسان عمل نمودن به یکی از دو دلیل است که قوی‌تر از دیگری باشد»^۴.

تعریف آقای طوفی از حنبلی‌ها در کتاب المختصر که می‌گوید: «العدول بحکم المسألة عن نظائره الدلیل شرعی خاص».

«استحسان عدول از حکم مسئله‌ای و مشابه‌هایش به خاطر دلیل شرعی».

۱ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ۵۴۶/۱.

۲ - الاصول العامة للفقهاء المقارن: ۲۲۵.

۳ - مصادر التشریح، دکتر محمضانی: ۵۸.

۴ - مصادر التشریح: ۵۸.

نظراتی پیرامون استحسان

دیدگاه شوکانی:

آقای شوکانی در کتاب «ارشاد الفحول» می‌نویسد: «بحث چهارم استحسان است. در بیان حقیقت استحسان اختلاف شده است، واقوال ذیل پیرامون تعریف استحسان گفته شده:

۱ - استحسان دلیلی است که در درون مجتهد جرقه می‌زند و بیانش برای او سخت می‌باشد.^۱

۲ - استحسان روگردانی از قیاسی است و رو آوردن به قیاس دیگر.

۳ - استحسان عدول از حکم دلیلی است و رو آوردن به عادت به خاطر منافع مردم.

۴ - استحسان تخصیص قیاس است با قیاس قوی‌تر.

این قول (استحسان) به ابوحنیفه نسبت داده شده است و از اصحاب او هم نقل شده. امام الحرمین این قول را به مالک نسبت داده است. قرطبی این نسبت را به مالک انکار نموده است و گفته است: تعریف استحسان با این بیان از مذهب مالک شناخته نشده است و همچنین اصحاب ابوحنیفه نسبت دادن این تعریف استحسان را به ابوحنیفه نپذیرفته اند. از سوی دیگر این تعریف استحسان از حنابله نقل شده است. ابن حاجب در کتاب «مختصر» نقل نموده است که: احناف و حنابله استحسان را پذیرفته اند و غیرشان آن را انکار نموده اند.

نظر مذاهب درباره استحسان از دیدگاه شوکانی:

۱ - مصادر التشریح الاسلامی: ۷۰، روضة الناظر ۵۳۱ - ۵۳۵.

آقای شوکانی اضافه می‌کند: «به تحقیق جمهور استحسان را به عنوان یکی از مصادر احکام شرعی نپذیرفته و آن را ردّ نموده اند تا جایی که شافعی گفته است: کسی که استحسان نماید، تشریح نموده است. رویانی^۱ در توضیح سخن شافعی در مورد استحسان گفته است: یعنی از سوی خویشتن شرعی را غیر از دین مبین اسلام تشریح نمودن است و در سخن دیگری که از شافعی نقل شده است چنین آمده است که: قول به استحسان باطل است و آقای شافعی در کتاب «الرساله» گفته است: استحسان تلذذ است (یعنی کاری است که انسان از آن لذت می‌برد نه یکی از منابع احکام شریعت) و اگر بنا بود که استحسان در دین جایز باشد، هر آینه جایز می‌بود برای هر خردمندی حتی اگر اهل علم و دانش نباشد استحسان نماید و هر آینه جایز می‌شد تشریح در هر یک از ابواب دینی و جایز می‌شد برای هر فردی که برای خود شریعتی را ارائه دهد و به آن عمل نماید.

عده‌ای از محققان گفته‌اند: استحسانی که این همه در تعاریف و بیان ماهیت آن اختلاف شده است، تحقق پیدا نخواهد کرد^۲.

دیدگاه دکتر یوسف قرضاوی:

ایشان در مباحث «الفقه واصوله» در توجیه استحسان چنین می‌نویسد: «جاری نمودن قیاس و توسعه در آن در موارد مختلف چه بسا نتایجی را در بر داشته باشد که با اهداف شارع و اعتدال و آسان‌گیری شریعت سازگار نباشد که در این هنگام مجتهد قیاس را مطلقاً رها نموده و یا اینکه قیاس جلی را به خاطر قیاس خفی رها

۱ - الرویانی (۳۰۷ - ۳۰۰ هـ = ۹۲۰ - ۹۰۰ م) محمد بنهارون الرویانی، أبوبکر: منحاظالحدیث. له (مسند) وتصانیفی (الفقه). نسبتهای رویانینواحیطیرستان. نقلعن: الأعلامللزکلی.
۱ - ارشاد الفحول شوکانی: ۵۴۴.

می نماید و یا اینکه کلیت حکم را رها نموده و از حکم کلی، امر جزئی را به خاطر دفع مفسده و زیان، یا رسیدن به موضع و حکم متعادلی استثنا می نماید، نام این کار را «استحسان» داده اند و از ابوحنیفه نقل شده است که: هرگاه قیاس نیکو نبود استحسان می نمود و هرگاه او قیاس می نمود اصحابش با او نزاع می نمودند، لکن هنگامی که می گفت استحسان می نمایم، کسی به او اعتراض نمی نمود»^۱.

نظر آقای سرخسی حنفی:

سرخسی در کتاب المبسوط می نویسد: استحسان در حقیقت دو قیاس می باشد، یک قیاس آشکار که اثرش ضعیف است، به نام قیاس؛ و قیاسی که نهان باشد و اثرش قوی که نامش «استحسان» است^۲.

نظر ابن قدامه حنبلی:

ابن قدامه حنبلی در کتاب «روضه الناظر» می نویسد: «اصل سوم استحسان می باشد که ابتدا باید آن را شناخت. استحسان دارای سه معنا است: معنای اول استحسان، عدول از حکم مسأله ای و رو آوردن به حکم دیگر به خاطر دلیل خاصی از کتاب و یا سنت است.

قاضی یعقوب گفته است: استحسان مذهب احمد می باشد و آن رها نمودن حکمی است و رو آوردن به حکم دیگر که مقدم بر آن باشد و این مقدار قابل انکار نمی باشد هر چند در نامگذاری آن اختلاف شده باشد، زیرا همه نامها یک معنا دارند.

معنای دوم: آنچه را که مجتهد با خرد خود استحسان می کند و آن را نیکو می

شمارد.

۱- یوسف القرضاوی CD الفقه و اصوله.

۲- المبسوط ۱۰: ۱۴۴.

[استدلال ابوحنیفه بر حجیت استحسان]

از ابوحنیفه حکایت شده است که گفته است: که استحسان حجت است.

به خاطر گفته خداوند که می‌فرماید: «کسانی که سخن را می‌شنوند و از بهترینش پیروی می‌کنند»^۱ «و پیروی کنید از بهترین چیزی که از سوی خدا بر شما نازل شده است»^۲ و پیامبر گرامی می‌فرماید: «هرآنچه را مسلمانان نیکو بیندارند، نیکو می‌باشد»^۳

و همچنین به خاطر اینکه مسلمانان استحسان نمودند داخل شدن حمام را با تعیین اجرت با وجودی که مدت ماندن درحمام و مقدار آب مصرفی مشخص نمی‌باشد و همچنین در موارد مشابه آن که تعیینش قبیح است، لذا استحسان نمودند ترک تعیین مقدار را».

سپس آقای ابن قدامه مقدسی حنبلی در کتاب روضة الناظر و جنة الناظر می‌نویسد: «برای رد ادعای فوق دو راه داریم:

۱ - استدلال بر حجیت استحسان به عنوان یکی از منابع فقه نه از بدیهیات عقلی است و نه امکان استدلال عقلی بر آن ضروری می‌باشد؛ و همچنین خبر متواتری یا حتی خبر واحدی برای اثبات اینکه استحسان یکی از منابع فقهی است به ما نرسیده است؛ و هرگاه دلیل بر اثبات ادعایی نداشته باشیم آن ادعا قابل اثبات نمی‌باشد.

۲ - ما به استناد اجماع امت می‌دانیم که فقیه به مجرد هوای نفس و میل خود نمی‌تواند به حکم شرعی، نظری در ادله احکام بدهد، در حالی که استحسان اظهار

۱ - زمر: ۱۸.

۲ - زمر: ۵۵.

۳ - الدر المختار ۶: ۵۲.

نظر است به استناد مجرد هوای نفس در مورد حکم شرعی مثل استحسان فرد نا آگاه و عامی نسبت به شناخت ادله شرعی و تمییز صحیح آن از غیر صحیح (معتبر از غیر معتبر)، و چه بسا مستند استحسان او توهم و خیال باشد و این چنین استحسانی هنگامی که بر ادله عرضه شود، خواهیم دید که سودی نخواهد داشت و اعتبار دلیل معتبری را که بتوان به آن استناد نمود برای استنباط حکم ندارد.

از شافعی روایت شده است که: «هرکه استحسان نماید شرع جدیدی عرضه نموده است». و همچنین هنگامی که پیامبر معاذ را به یمن فرستادند معاذ نگفت استحسان می‌نمایم بلکه گفت عمل به کتاب و سنت می‌نمایم و پس از آن دو، اجتهاد حکم می‌کنم.

اما در مورد ادعای اینکه باید از بهترین دستوراتی که بر ما نازل شده پیروی کنیم شکی نیست ولی باید مدعیان استحسان ثابت نمایند که استحسان به عنوان یک دلیل و مصدر احکام شرعی است که بر ما نازل شده است و بعد ثابت نمایند که بهترینشان می‌باشد.

معنای سوم: استحسان دلیلی است که در درون مجتهد جرقه می‌زند و مجتهد توان بیان آن را ندارد.

این عین هوس می‌باشد، زیرا آنچه را که مجتهد نتواند بیان کند و به زبان بیاورد و نداند که آیا وهم است یا واقع، بر اینکه آن را به عنوان دلیل بپذیریم یا ردّ نماییم حتماً باید توان بیانش را داشته باشیم. پس این مقدار از بیان نمی‌تواند بیان کننده استحسان باشد^۱.

سؤالات فصل اول

استحسان:

- ۱- تعاریفی که آقای سرخسی برای استحسان ذکر کرده را بنویسید.
- ۲- تعریف آقای بزدوی از احناف برای استحسان چیست؟
- ۳- تعریف آقای شاطبی و طوفی برای استحسان چیست؟
- ۴- نظر آقای شوکانی در مورد آراء مذاهب نسبت به استحسان چیست؟
- ۵- آقای شافعی در کتاب الرساله پیرامون استحسان چه گفته است؟
- ۶- قرضاوی درباره استحسان از ابوحنیفه چه مطلبی را نقل می

فصل دوم

مصالح مرسله

مصالح مرسله بنا به گفته زحیلی در کتاب الفقه الاسلامی وادلته به عنوان یکی از اصول مذهب مالک و احمد شمرده می شود، ولی زحیلی مصالح مرسله را جزء اصول مذهب حنفی قرار نداده است و گفته است که شافعی آن را رد نموده است. بعضی از اصولیان پنداشته اند که مصالح مرسله یکی از مصادر احکام شرعی است، لذا آن را در ردیف ادله و مصادر احکام شرعی قرار داده و پیرامون آن بحث نموده اند. ما در اینجا ابتدا به تعریف آن می پردازیم و سپس دیدگاه های اصولیان را مطرح می نماییم.

تعریف مصالح مرسله

برای آشنا شدن با تعریف مصالح مرسله ابتدا باید «مصلحت» را معنا نمود سپس «ارسال» را که معنای مصالح مرسله روشن شود.

تعریف مصلحت

۱ - غزالی در کتاب المستصفي في علم الأصول (۱/ ۴۳۸) می گوید:

«أَمَّا الْمَصْلَحَةُ فَهِيَ عِبَارَةٌ فِي الْأَصْلِ عَنْ جَلْبِمْ نَفْعَةٍ أَوْ دَفْعِ مَضَرَّةٍ، وَلَسْنَا نَعْنِي بِهِ ذَلِكَ، فَإِنَّ جَلْبَ الْمَنْفَعَةِ وَدَفْعَ الْمَضَرَّةِ مَقَاصِدُ الْخَلْقِ وَصَلَحُ الْخَلْقِ فِي تَحْصِيلِ مَقَاصِدِهِمْ، لَكِنَّ أَنْ عُنِيَ بِالْمَصْلَحَةِ الْمُحَافَظَةُ عَلَي مَقْصُودِ الشَّرْعِ وَمَقْصُودِ الشَّرْعِ مِنَ الْخَلْقِ حَمْسَةٌ:

وَهُوَ أَنْ يُحْفَظَ عَلَيْهِمْ دِينُهُمْ وَنَفْسُهُمْ وَعَقْلُهُمْ وَوَسْلَتُهُمْ وَمَالُهُمْ، فَكُلَّمَا يَتَّصَمَّنُ حِفْظًا هَذِهِ الْأُصُولِ الْخَمْسَةَ فَهُوَ مَصْلَحَةٌ، وَكُلَّمَا يُفَوِّتُ هَذِهِ الْأُصُولَ فَهُوَ مَفْسَدَةٌ وَدَفْعُهَا مَصْلَحَةٌ.

وَإِذَا أُطْلِقْنَا الْمَعْنَى الْمُخَيَّلَ وَالْمُنَاسِبَ فِي كِتَابِ الْقِيَاسِ أَرَدْنَا بِهِ هَذَا الْجِنْسَ.
وَهَذِهِ الْأُصُولُ الْخَمْسَةُ حِفْظُهَا وَاقِعٌ فِي رُتَبَةِ الضَّرُورَاتِ، فَهِيَ أَقْوَى الْمَرَاتِبِ فِي
الْمَصَالِحِ وَمِثَالُهُ:

قَضَاءُ الشَّرْعِ بِقَتْلِ الْكَافِرِ الْمُضِلِّ وَعُقُوبَةُ الْمُبْتَدِعِ الدَّاعِي إِلَى بَدْعَتِهِ، فَإِنَّ هَذَا يُفَوِّتُ
عَلَى الْخَلْقِ دِينَهُمْ، وَقَضَاؤُهُ بِإِجَابِ الْقِصَاصِ أَدْبُهُ حِفْظُ النُّفُوسِ، وَإِجَابُ حَدِّ الشَّرْبِ
إِذْبُهُ حِفْظُ الْعُقُولِ الَّتِي هِيَ مِلَاكُ التَّكْلِيفِ وَإِجَابُ حَدِّ الزِّنَا إِذْبُهُ حِفْظُ النَّسْلِ وَالْأَنْسَابِ،
وَإِجَابُ زَجْرِ الْعُصَابِ وَالسَّرَاقِ إِذْبُهُ يَحْصُلُ حِفْظُ الْأَمْوَالِ الَّتِي هِيَ مَعَاشُ الْخَلْقِ وَهُمْ
مُضْطَرُّونَ بِهَا»

ترجمه: «مصلحت در اصل (زبان عرب) عبارت است از جلب منفعت یا دفع ضرر و زیان. سپس می افزاید: مقصود ما از مصلحت در مصالح مرسله این معنا نمی باشد، زیرا جلب منفعت و دفع ضرر و زیان خواسته بندگان و صلاح آنان در تحصیل مقصود آنان می باشد. لیکن منظور از مصلحت در مصالح مرسله: نگرهبانی و محافظت بر مقصود و خواسته شارع می باشد؛ و خواسته شارع پنج تا می باشد: ۱- حفظ دین مردم ۲- حفظ جان مردم ۳- حفظ عقل مردم ۴- حفظ نسل مردم ۵- حفظ دارائی آنان. پس هرچه متضمن حفظ این پنج اصل باشد، مصلحت می باشد و هر چه این پنج اصل را ضایع نماید مفسده است و دفع آن مصلحت»^۱.

۲ - طوفی حنبلی مصلحت را چنین تعریف می نماید: آن سببی است که ما را به مقصود شرع می رساند خواه عبادت باشد یا عادت؛ و مقصود از عبادت آن است که شارع آن را به عنوان حق خود خواسته است؛ و مقصود از عادت: آن است که شارع

آن را برای نفع بندگان و نظم دادن به زندگی و امرار معاش آنان و احوالشان خواسته است»^۱.

تعریف مرسله

در تعریف «مرسله» اختلافهایی واقع شده استدر این جاچند تعریف را ذکر می‌نماییم.

تعریف اول: از گفته ابن برهان^۲ چنین استفاده می‌شود که مرسله به معنای عدم اعتماد به نص شرعی است، درحالی که عقل توان کشف آن را دارا می‌باشد.

تعریف دوم: از گفته معروف الدوالیبی حنبلی^۳ چنین استفاده می‌شود که معنای مرسله: عدم اعتماد به نص خاصی می‌باشد، بلکه از نصوص کلی شریعت استفاده می‌شود.

معانی مصالِح مرسله

۱ - رسالة الطوفي المنشورة في مصادر التشريع: ۹۳. الطوفي (۶۵۷ - ۷۱۶ هـ = ۱۲۵۹ - ۱۳۱۶ م) سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين: فقيه حنبلي، من العلماء. ولد بقرية طوف - أو طوفا - (من أعمال صرصر: في العراق) ودخل بغداد سنة ۶۹۱ هـ ورحل إلى دمشق سنة ۷۰۴ هـ وزار مصر، وجاور بالحرمين، وتوفي في بلد الخليل (بفلسطين). له كتب منها: ۱ - (بغية السائل في أمهات المسائل) في أصول الدين ۲ - (الإكسير في قواعد التفسير - خ) في دار الكتب ۳ - (الرياض التواضر في الأشباه والنظائر) ۴ - (معراج الوصول) في أصول الفقه ۵ - (الذريعة إلى معرفة أسرار الشريعة) ۶ - (تحفة أهل الأدب في معرفة لسان العرب) ۷ - (الإشارات الإلهية والمباحث الأصولية خ) في دار الكتب (۲۰۵۶۱ ب) ۸ - (العذاب الواصب على أرواح النواصب) حبس من أجله، وطيف به في القاهرة، ۹ - (تعاليق على الأناجيل) ۱۰ - (شرح المقامات الحريرية) ۱۱ - (البلبل في أصول الفقه - خ) اختصر به (روضة الناظر وجنة المناظر) لابن قدامة، رأيت تصوير نسخة منه في المكتبة السعودية بالرياض، الرقم ۹۳ / ۱۲ ۸۶ - (موائد الحيس في فوائد امرئ القيس - خ) في دار الكتب (۵۶۰۱) ۱۳ - (مختصر الجامع الصحيح للترمذی - خ) في مجلدینتقلا عن: الأعلام للزركلي.

۲ - ابنمفلح در کتاب خود أصولافقه (۴ / ۱۸۹۳) می‌نویسد: الوصولإلىالأصوللابنبرهانالشافعی، المتوفى سنة ۵۱۸ هـ مكتبةأحمدالثالث، إستانبول، رقم ۱۲۳۷.

۳ - أيضا حال دلائل في الفرق بين المسائل (ص: ۶۳) أبو عبدالله محمد بن عبدالمحسن بن أبي المحاسن بن الخراط، البغدادي، الأزجی، المعروف بابن الدوالیبی، الحنبلي (ت ۷۲۸ هـ). مسند أهل العراق في زمنه، وشيخ الحديث بالمدرسة المستنصرية

بنابر تعاریفی که از واژه مرسله ارائه شده «مصلحت مرسله» دارای معانی متفاوتی به شرح زیر می شود.

۱ - تعریف ابن برهان: «مالا تستند إلي أصل كلياً و جزئياً»^۱ مصلحت مرسله آن است که مستند و متکی به اصل کلی یا جزئی نبوده باشد.

۲ - تعریف استاد دوالیبی: «الاستصلاح في حقيقته هو نوع من الحكم بالرأى المبني علي المصلحة، وذلك في كل مسألة لم يرد في الشريعة نص عليها، وليكن لها في الشريعة أمثال تقاسبها، وإنما بنى الحكم فيها علي ما في الشريعة من قواعد عامة برهنت علي أن كل مسألة خرجت عن المصلحة ليست من الشريعة بشيء، وتلك القواعد هي مثل قوله تعالى: {إن الله يأمر بالعدل والإحسان}، وقوله عليها لصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار».^۲

استاد دوالیبی مصلحت مرسله را ضمن مواردی «ادله ای» قرار می دهد که یک اصل کلی (یعنی آیه یا حدیثی) از شریعت بر آن وجود داشته باشد. سپس آن را چنین تعریف می کند که: «حقیقت استصلاح نوعی حکم به رأی است که مبتنی بر مصلحت باشد و آن در مسأله ای است که در شریعت نصی بر آن وارد نشده باشد و در شریعت مشابه هایی نداشته باشد که بتوانیم آن را بر مشابه هایش قیاس نمائیم، ولی حکم در آن مبتنی بر قواعد کلی شده است که در شریعت وارد شده اند مثل: «خداوند دستور به عدل و نیکی نموده است»^۳ و «در اسلام ضرر و زیان تشریح

۱ - ارشاد الفحول: ۲۴۲.

۲ - المدخل الى اصول الفقه: ۴.

۳ - سوره نحل: ۹۰.

نشده است»^۱.

تعریف سوم: بعضی قائل به ترادف میان مصالح مرسله و استصلاح شده اند^۲.
تعریف چهارم: بعضی دیگر قائل به ترادف میان مصالح مرسله و استدلال شده اند^۳.

آقای حکیم می فرماید: بنابر این، استصلاح - همچنان که تصریح نموده اند - بنا نمودن حکم است بر مصالح مرسله، نه اینکه استصلاح خود مصالح مرسله باشد، همچنانکه استدلال به استصلاح می شود، و نه اینکه خود استصلاح استدلال می باشد. با توجه به اینکه تعریف‌هایی که برای مصالح مرسله ذکر نمودیم حکایت از یک واقعیت نمی نمایند که یک تعریف جامع و مانع از میان آن‌ها به دست آید و چه بسا حکم هر یک، از تعریفها با سایر تعاریف فرق کند، پس بهتر این است که احکام آن‌ها بررسی شود و بر اساس احکام هر یک از تعاریف، مورد نقد و بررسی واقع شوند.

تقسیم احکامی که بر مصلحت مترتب می شود

احکام مترتب بر مصلحت را به لحاظ رتبه های مصالح به سه قسم تقسیم نمودند:
۱ - ضروری: و آن حکمی است که ضامن حفظ مقصودی از مقاصد پنجگانه ای است که هیچ یک از شرایع بر آن‌ها اختلاف ندارند، بلکه همه شرایع اتفاق بر حفظ آن‌ها نموده اند.

غزالی گوید: حفظ این اصول پنج گانه در رتبه ضروری ها می باشد، پس

۱- المدخل الی اصول الفقه: ۲۴۸.

۲- اصول الفقه خضری: ۳۰۲.

۳- ارشاد الفحول: ۲۴۲.

بالاترین رتبه را در مصالح دارا می باشند، مانند حکم شرع به کشتن کافر گمراه کننده و کیفر نمودن بدعت گزاری که دعوت به بدعتش بنماید، زیرا اینچنین فردی دین مردم را از بین می برد؛ و نیز حکم شرع به واجب بودن قصاص، چون در آن حفظ جانها می باشد؛ و واجب بودن حد شرب خمر، زیرا حفظ خردها - که به وسیله آن، افراد مکلف می شوند - در آن نهفته است؛ و نیز واجب بودن حد زنا که به وسیله آن، حفظ نسل و نسب صورت می پذیرد؛ و واجب بودن منع غاصب و دزد، زیرا با این کار دارایی مردم که به وسیله آن زندگی خود را می چرخانند صورت می گیرد و مردم ناچار به نیازمند می باشند.

سپس می افزاید: محال است که هیچ ملت و شریعتی که نیکی و اصلاح خلق و جوامع بشری را بخواهد قائل به تحریم از بین بردن این اصول پنجگانه نباشد و به همین خاطر هیچ شریعتی در حرام بودن کفر، قتل، زنا، دزدی و شرب مسکر اختلاف نظر ندارند.^۱

۲ - حاجی (مورد نیاز): مقصودشان آن است که: «در محل نیاز واقع شود نه در محل ضرورت»^۲ مانند تشریح احکام بیع، اجاره و نکاح برای کسی که مضطر به آن نباشد.

۳ - تحسینی (تجملات): آن حکم و احکامی است که در چهار چوب ذوقی ها واقع می شود، مانند: منع نمودن از خوردن حشرات و به کار گیری نجس در مواردی که تطهیر در آن واجب باشد، یا در ضمن مواردی که آداب معاشرت، آن را اقتضا کند، مانند دعوت به اخلاق نیک و رعایت نمودن بهترین روشها در عادت ها و

۱ - المستصفی ۱: ۱۴۰.

۲ - مصادر التشریح ۳: ۱.

معاملات.

غزالی تحسینیات را چنین تعریف نموده است: «آن حکمی است که به ضرورت و حاجت بر نگردد، ولی در موقع و جایگاه تحسین و تزیین و تیسیر مزایا و برترین ها واقع شود»^۱.

فایده تقسیم

این تقسیم دارای فوایدی است که به بیان آن‌ها می‌پردازیم. اولاً: مشخص شود این سه تا به ترتیب اهمیت ذکر شده‌اند. ثانیاً: در هنگام تراحم اولی بر دوتای بعدی مقدم می‌شود، دومی بر سومی مقدم می‌شود.

دیدگاه مذاهب در حجیت مصالح مرسله

۱ - مالک و احمد و پیروانشان بر این باورند که: «استصلاح راه شرعی است برای استنباط حکم در مواردی که نص (آیه یا روایت) و یا اجماعی وجود نداشته باشد و نیز معتقدند که مصلحت مطلقه‌ای که دلیلی از سوی شرع بر اعتبار یا بی اعتباریش وجود نداشته باشد، مصلحت می‌باشد و صلاحیت دارد استنباط بر آن مبتنی شود».

۲ - آقای طوفی که از علمای حنابله می‌باشد در حجیت مصالح مرسله غلو نموده است و آن را دلیل شرعی زیر بنائی در امور سیاسی دنیوی و معاملات دانسته و آن را بر سایر ادله لفظی (کتاب و سنت) که با آن معارضه نماید و جمع میان آن دو ممکن نباشد، مقدم نموده است.

۱- مستصفی ۱: ۱۴۰.

۳ آقای شافعی و پیروانش معتقدند که: «استصلاح یکی از منابع استنباط احکام نمی‌باشد و کسی که این چنین به وسیله استصلاح حکم شرعی را بدست آورد همانند کسی است که استحسان نماید و استصلاح به سان استحسان، پیروی کردن از هوای نفس می‌باشد»^۱.

۴ - آقای غزالی که از شافعیان است تفصیل نموده است به این بیان که: استنباط حکمی که مستند به حاجیات و تحسینات باشد اگر مستند به اصلی [دلیل شرعی] نباشد چنین استنباطی جایز نیست، مگر اینکه از قبیل ضروریات باشد که بعید نیست که اجتهاد مجتهد در آن سبب رسیدن به حکم شود و اگر شرع، اجتهاد به رأی را نپذیرد، در آن هنگام ضروریات به سان استحسان می‌شود. حال اگر این استحسان مستند به دلیلی شد، تبدیل به قیاس می‌شود.

اما حکمی که در رتبه ضروریات باشد، بعید نیست که بگوئیم اجتهاد مجتهد سبب رسیدن به حکم شده است، هرچند اصل معینی (دلیل شرعی معینی) بر آن قائم نشود؛ مانند هنگامی که کفار عده ای از مسلمانان را برای خود سپر قرار داده باشند، اگر صرف نظر نمائیم از آنان و به خاطر اینکه مسلمانان را سپر خود قرار داده اند برخوردی با آنان نمائیم، صدمه به ما (مسلمانان) می‌زنند و بر بلاد اسلامی غالب می‌شوند و همه مسلمانان را می‌کشند، ولیکن اگر مسلمانانی را که به عنوان سپر قرار داده اند بکشیم، مسلمان بی‌گناهی را کشتیم که مستحق قتل نمی‌باشد.

اما اگر از کشتن این مسلمانان چشم پوشی کنیم، کفار را مسلط بر همه مسلمانان نموده ایم و در نتیجه مسلمانان را خواهند کشت و سپس اسیرانی را که از مسلمانان

دستشان می باشند هم خواهند کشت.

نقد و بررسی

اگر مصالح مرسله را فقط در این حد و به این معنا بپنداریم، معادل با قاعده «الاهم فالاهم» خواهد بود؛ و همانطور که از نامش پیداست قاعده می باشد و هیچ کس مدعی نشده است که قاعده مصدر حکم شرعی است. بلکه قاعده مفهوم کلی است که قابل انطباق بر مصادیق خود می باشد.

دیدگاه حنبلیان نسبت به مصالح مرسله

به احناف نسبت داده شده است که اعتقاد به مصالح مرسله ندارند و آن را به عنوان دلیل شرعی برای اثبات حکم نمی پندارند. استاد خُلاف در این نسبت تأملی نموده است و از چند راه به خلاف این نسبت رسیده است.^۱

از سوی دیگر استاد خُلاف به شیعیان و ظاهریان، عمل به مصالح مرسله را نسبت داده است به این بهانه که آنان عمل به قیاس نمی نمایند.^۲

دلایل نفی کنندگان استصلاح

مهمترین ادله ای که نفی کنندگان استصلاح و در رأس آنان آقای شافعی، ذکر می کنند عبارت است از:

۱ - اعتقاد آنان به کامل بودن شریعت می باشد و اینکه دین پاسخگوی نیازمندی های مردم می باشد «اگر مصلحت مردم نسبت به آنچه که تاکنون تشریح شده استبیشتر می بود و بیش از این مقدار که هدایت نموده است نیاز داشتند، هر آینه آن را شارع وضع نموده و بیان می نمود، زیرا پروردگار در مقام انکار این مطلب فرموده

۱- مصادر التشریح: ۷۴.

۲- محاضرات فی اسباب الخلاف: ۲۴۴.

است: «و آیا مردم می پندارند که بیهوده رها می شوند؟»^۱

۲ - ردّ غزالی بر نظر کسانی که قائلند استصلاح دلیل پنجمی است بر احکام:

«إِذْ مَنْ ظَنَّ أَنَّهُ أَضَلُّ حَامِسٌ فَقَدْ أَخْطَأَ؛ لِأَنَّ أَرْدَدْنَا الْمَصْلَحَةَ إِلَيَّ حِفْظِ مَقَاصِدِ الشَّرْعِ، وَمَقَاصِدِ الشَّرْعِ تُعْرَفُ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ. فَكُلُّ مَصْلَحَةٍ أَتْرَجِعُ إِلَيَّ حِفْظِ مَقْصُودِ فَهَمَّ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ وَكَانَتْ مِنَ الْمَصَالِحِ غَرِيبَةً أَلْتَنِي لِأَثْلَانِي تَصْرُفَاتِ الشَّرْعِ فَهِيَ بَاطِلَةٌ مُطَّرَحَةٌ، وَمَنْ صَارَ إِلَيْهَا فَقَدْ شَرَعَ كَمَا أَنَّ مَنْ اسْتَحْسَنَ فَقَدْ شَرَعَ وَكُلُّ مَصْلَحَةٍ رَجَعَتْ إِلَيَّ حِفْظِ مَقْصُودِ شَرْعِيٌّ عَلِيمٌ كَوْنُهُ مَقْصُودًا بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ فَلْيَسَخَّرْ أَرْجًا مِنْ هَذِهِ الْأُصُولِ، لَكِنَّهُ لَا يُسَمَّى قِيَاسًا بَلْ مَصْلَحَةً مُرْسَلَةً، إِذْ الْقِيَاسُ أَصْلٌ مُعَيَّنٌ وَكَوْنُهُ هَذِهِ الْمَعَانِي مَقْصُودَةٌ عُرِفَتْ لِأَبْدَلِي لَوْاحِدٍ بَلْ بِأَدِلَّةٍ كَثِيرَةٍ لَأَحْضَرْنَا مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَقَرَأَيْنَا الْأَحْوَالَ وَتَفَارِيقُ الْأَمَارَاتِ تُسَمِّي لِذَلِكَ مَصْلَحَةً مُرْسَلَةً، وَإِذَا فَسَّرْنَا الْمَصْلَحَةَ بِالْمُحَافَظَةِ عَلَيَّ مَقْصُودِ الشَّرْعِ فَلَا وَجْهَ لِلْخِلَافِ فِي اتِّبَاعِهَا بَلْ يَجِبُ الْقَطْعُ بِكَوْنِهَا حُجَّةً»^۲.

«کسی که گمان کند که استصلاح دلیل پنجمی از ادله احکام می باشد اشتباه نموده است، زیرا مصلحت مردد است میان حفظ مصالح شرع و مقاصد شرعاز کتاب و سنت و اجماع شناخته می شود و هر مصلحتی که به حفظ مقصودی که از کتاب و سنت و اجماع فهمیده می شود بر نگردد و از مصالح غریبه و نامأنوسی باشد که با تصرفات شرع سازگاری ندارد، باطل و رها شده می باشد و هر که به سوی چنین مصلحتی برود، تشریح نموده است همانطور که هر که استحسان نماید تشریح نموده

۱- سوره قیامت: ۳۶.

۲- مصادر التشریح: ۷۸.

۳- المستصفی: ۱۷۹.

است.

و هر مصلحتی که به حفظ مقصود شرع برگردد، فهمیده می شود که آن مقصود کتاب و سنت و اجماع می باشد و از این اصول خارج نخواهد بود، ولی عنوان قیاس نخواهد داشت، بلکه عنوانش مصلحت مرسله می باشد، زیرا قیاس دلیل معینی است؛ و اینکه این معانی که گفته مقصود شارع می باشند نه از یک دلیل، بلکه با دلیلهای فراوانی که قابل حصر نمی باشند از کتاب و سنت و قرائن حالی و از امارات مختلف بدست می آید، دانسته می شوند و به همین خاطر مصلحت مرسله نامیده می شوند.

و اگر مصلحت را تفسیر به محافظت بر مقصود شرع نماییم، دلیلی بر مخالفت پیروی از آن وجود نخواهد داشت، بلکه قطع به حجیتش حاصل می شود.^۱

سؤالات فصل دوم: مصالح مرسله

- ۱- بنا به نظر غزالی تعریف مصلحت در مصالح مرسله چیست؟
- ۲- تعریف مرسله را از دیدگاه ابن برهان و دوالیبی بنویسید.
- ۳- تعریف مصالح مرسله را از دیدگاه ابن برهان و دوالیبی بنویسید.
- ۴- احکام مترتب بر مصلحت را نوشته و آنها را مختصری توضیح دهید.
- ۵- فایده تقسیم احکامی که بر مصلحت مترتب می شوند چیست؟
- ۶- نظر مالک و احمد و پیروانشان را درباره حجیت مصالح مرسله بنویسید.
- ۷- نظر طوفی و پیروانش را درباره حجیت مصالح مرسله بنویسید.
- ۸- نظر شافعی و پیروانش را درباره حجیت مصالح مرسله بنویسید.
- ۹- نظر غزالی و پیروانش را درباره حجیت مصالح مرسله بنویسید.
- ۱۰- نظر منسوب به احناف را درباره حجیت مصالح مرسله بنویسید.
- ۱۱- ادله نافیین استصلاح و در رأس آنان شافعی را بنویسید.
- ۱۲- رد غزالی به نظر قائلین به اینکه استصلاح دلیل حکم شرعی است چیست؟

فصل سوم فتح ذرایع وسدها

ذرایع بنا به گفته زحیلی در کتاب الفقه الاسلامی وادلته به عنوان یکی از اصول مذهب مالک و احمد شمرده می شود، ولی زحیلی ذرایع را جزء اصول مذهب حنفی و شافعی قرار نداده است.

یکی دیگر از اصولی که به نظر مالک و احمد جزء ادله و مصادر تشریح می باشد، «فتح ذرایع و سد آن‌ها» می باشد. ما در این نوشتار بر آنیم که با یک نگاه مقارنه ای به فتح ذرایع و سد آن‌ها نظری افکنده و دیدگاه های متفاوت را همراه با ادله طرفین ارائه نموده و تا حدودی بررسی نماییم.

آقای زحیلی در کتاب خود چنین آورده است:

الفقه الإسلامی وأدلته (۷/ ۲۰۵)

سابعاً - دعوة الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامی إلى استكمال الإجراءات اللازمة لإقامة محكمة العدل الإسلامیة الدولیة، وتمكينها من أداء مهامها المنصوص علیها في نظامها. قرار رقم: ۹۶ / ۹ / د ۹ بشأن «سدّ الذرائع»

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامی المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبی بدولة الإمارات العربیة المتحدة من ۱ إلى ۶ ذی القعدة ۱۴۱۵ هـ الموافق ۱-۶ أبريل ۱۹۹۵ م. بعد اطلاعه علی البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: «سدّ الذرائع»، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر مايلي:

۱ - سدّ الذرائع أصل من أصول الشریعة الإسلامیة، وحقیقته: منع المباحات التي يتوصل بها إلى مفسد أو محظورات.

۲ - سدّ الذرائع لا يقتصر علی مواضع الاشتباه والاحتیاط، وإنما يشمل كل ما من

شأنه التوصل به إلى الحرام.

٣ - سد الذرائع يقتضى منع الحيل إلى إتيان المحظورات أو إبطال شىء من المطلوبات الشرعية، غير أن الحيلة تفترق عن الذريعة باشتراط وجود القصد فى الأولى دون الثانية.

٤ - والذرائع أنواع:

(الأولى) مجمع على منعها: وهى المنصوص عليها فى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة أو المؤدية إلى المفسدة قطعاً أو كثيراً غالباً، سواء أكانت الوسيلة مباحة أم مندوبة أم واجبة. ومن هذا النوع العقود التى يظهر منها القصد إلى الوقوع فى الحرام بالنص عليه فى العقد.

(والثانية) مجمع على فتحها: وهى التى ترجح فيها المصلحة على المفسدة.

(والثالثة) مختلف فيها: وهى التصرفات التى ظاهرها الصحة، لكن تكتنفها تهمة التوصل بها إلى باطن محذور، لكثرة قصد ذلك منها.

٥ - وضابط إباحة الذريعة: أن يكون إفضاؤها إلى المفسدة نادراً، أو أن تكون مصلحة الفعل أرجح من مفسدته.

وضابط منع الذريعة: أن تكون من شأنها الإفضاء إلى المفسدة لا محالة (قطعاً) أو كثيراً، أو أن تكون مفسدة الفعل أرجح مما قد يترتب على الوسيلة من المصلحة.

قرار رقم: ٩٧ / ١٠ / د ٩ بشأن «معلمة القواعد الفقهية»

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامى المنعقد فى دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبى بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ إلى ٦ ذى القعدة ١٤١٥ هـ الموافق ١-٦ أبريل ١٩٩٥ م. بعد استحضار القرار المتخذ فى الدورة الثالثة بإصدار معلمة القواعد الفقهية،

معنای الذریعه

معنای لغوی الذریعه: واژه الذریعه در زبان عربی به معنای ابزاری است که به وسیله آن به چیزی رسیده می شود.

الذریعه در اصطلاح اصولیان

- شاطبی در تعریفش چنین گفته است: «حقیقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة» «حقیقت ذرایع: رو آوردن به مصلحتی که منجر به مفسده شود»^۱.
 - در کتاب «المدخل للفقہ الاسلامی»، «ذرایع» چنین تعریف شده است: «چیزهایی که به وسیله آنها به چیز ممنوعی که دارای مفسده است رسیده می شود»^۲.

اشکال: به نظر می رسد که دو تعریف بالا جامع نمی باشد، زیرا فقط شامل وسایل و ذرایع امور محرمه می شوند، در حالی که ذرایع - همانند دلیل - شامل وسایل امور محرمه و غیر محرمه می باشند.

- قرافی^۳ گوید: «همچنانکه واجب است بستن ذریعت، واجب است باز نمودن آن

۱- الموافقات ۱۹۹:۴.

۲- المدخل للفقہ الاسلامی: ۲۶۶.

۳- قرافی (۰۰۰ - ۶۸۴ هـ = ۰۰۰ - ۱۲۸۵ م) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجی القرافی: من علماء المالکیة نسبتہ إلى قبیلۃ صنهاجۃ من براهۃ المغرب وإلى القرافۃ المحلۃ المجاورۃ لقبر الإمام الشافعی بالقاهرة. وهو مصری المولد والمنشأ والوفاء. له مصنفات جلیبۃ فی الفقہ والأصول، منها:

۱- (أنوار البروق فی أنواع الفروق - ط) أربعة أجزاء ۲ - (الإحكام فی تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرف القاضي والإمام - ط) ۳ - (الذخيرة - خ) [تم طبع] فی فقہ المالکیة، ست مجلدات ۴ - (الیواقیت فی أحكام المواقیت - خ) فی الرباط (۱۶۰ ک) انظر المنونی (الرقم ۳۶۲) ۵ - (شرح تنقیح الفصول - ط) فی الأصول ۶ - (مختصر تنقیح الفصول - ط) ۷ - (الخصائص - خ) فی قواعد العربیة ۸ - (الأجوبة الفاخرة فی الرد علی الأسئلة الفاجرة - ط) وكان مع تبره فی عدة فنون، من البارعين فی عمل التماثل المتحركة فی الآلات الفلكیة وغيرها، نقل عن كتابه (شرح المحصول) قوله: بلغنی أن الملك الكامل وضع له شمعدان كلما مضى من الليل ساعة انفتح باب منه، وخرج منه شخص یقف فی خدمة الملك، فإذا انقضت عشر ساعات طلع الشخص علی أعلى الشمعدان، وقال: صبح الله السلطان بالسعادة، فیلعلم أن الفجر قد طلع.

قال: وعملت أنا هذا الشمعدان، وزدت فيه أن الشمعة یتغير لونها فی كل ساعة، وفيه أسد تتغير عیناه من السواد الشدید ←

و همچنین گاهی مکروه و گاه مستحب و چه بسا مباح می باشد»^۱.
 - نزدیک به تعریف قرافی، تعریف آقای سلام می باشد که می گوید: «هرگاه ذرایع به مقصد خیری و قربتی منجر شود، وسیله و ذریعه حکم مقصد را به خود می گیرد و هرگاه به مقصد ممنوع یا مفسده داری منجر شود، حکم همان را به خود می گیرد».

آقای سلام سپس می گوید: «امام مالک می پنداشت در حالت اول می بایست ذرایع فتح شوند، زیرا مصلحت مطلوب می باشد و در حالت دوم باید مسدود شود چون مفسد ممنوع می باشند»^۲.

شاید نزدیکترین و سالمترین تعریف، تعریف ابن قیّم باشد که می گوید: «ذریعت آن است که راهی و طریقی به چیز دیگری باشد»^۳ این تعریف از مفهوم لغوی آن اخذ شده است.

اشکال این تعریف: لفظ «الشیء» است که شامل هر چیز می شود که مانع اغیار نیست، زیرا هر وسیله ای را که سبب رسیدن به حتی غیر احکام شرعی می شود شامل می شود، در حالی که یک فرد اصولی سروکار با احکام شرعی و افعالی که دارای حکم شرعی می باشند دارد نه هرچیزی حتی غیر از احکام شرعی باشد.
 پس مناسب این است که ذریعت چنین تعریف شود: «ذریعت آن است که منجر به فعلی شود که دارای یکی از احکام خمسّه باشد» که تعریف شامل هر وسیله و

→ إلى البياض الشديد إلى الحمرة الشديدة، في كل ساعة لها لون، فإذا طلع الفجر طلع شخص على أعلى الشمعدان، وإصبه في أذنه يشير إلى الأذان، غير أني عجزت عن صنعة الكلام.

۱- الاصول العامة للفقهاء المقارن.

۲- المدخل للفقهاء الاسلامی: ۲۶۶.

۳- اعلام الموقعین ۳/۱۴۷.

ذریعه ای بشود و همچنین شامل همه احکامش گردد، خواه منجر به مصلحتی یا مفسده ای و یا غیر از این دو شود. گروهی در بیان احکام ذرایع بر آن ذرایعی تأکید نموده اند که منجر به مفسده می شوند و سخنان خود را بیشتر اختصاص به همانها داده‌اند.

اقسام ذرایع

ابن قیّم ذرایع را به چهار قسم زیر تقسیم نموده است:

۱- وسایلی که برای منجر شدن به مفسده ای وضع شده اند، همانند نوشیدن مسکر که منجر به مفسده مستی می شود؛ و زنا که منجر به اختلاط فرزند (حلال زاده و حرام زاده) و از بین رفتن خانواده می شود و ظاهر از این کارها فقط رسیدن به مفسده می باشد نه چیز دیگر.

۲- وسایلی که برای امور مباح وضع شده اند، الا اینکه انجام دهنده اش هنگام انجام دادنش قصد رسیدن به مفسده را داشته است، مانند کسی که معامله بیع انجام می دهد و قصد ربا دارد.

۳- وسایلی که برای امور مباح وضع شده اند و انجام دهنده قصد رسیدن به مفسده را نداشته باشد لکن خود آن کارها غالباً منجر به مفسده می شوند و مفسده آنها بیشتر از مصلحتشان می باشد، مانند دشنام دادن به خدایان مشرکان در برابر خود مشرکان که موجب دشنام دادن به خدای ما می شود که در آیه ۱۰۸ سوره انعام آمده است و مزین نمودن زنی که شوهرش فوت شده و در حال عده باشد.

۴- وسایلی که برای مباح وضع شده باشند و گاهی منجر به مفسده شوند، و لکن مصلحتشان بیشتر از مفسده شان باشد مانند نگاه کردن به زن یا دختری که می خواهد با او ازدواج نماید یا نگاه کردن به زنی که خواسته باشد بر او گواهی بدهد،

وسخن حقی نزد سلطان جائز^۱.

حکم ذرایع

در مورد حکم ذرایع چهارگانه فوق دیدگاه های متفاوتی وجود دارد، ذیلا به بعضی از آنها اشاره می شود.

دیدگاه ها در مورد حکم ذریعه

۱ - دیدگاه اول: ابن قیم و جماعتی بر این باورند که وسیله، حکم چیزی را پیدا می کند که سبب رسیدن (منجر) به آن می شود.

توضیح دیدگاه ابن قیم

چون امکان رسیدن به مقاصد به جز از راه وسایل نمی باشد، آن راهها و وسایلی که ما را به مقصد می رسانند حکم مقاصد را می گیرند و از نظر حکم، تابع حکم مقاصد می شوند. بنابراین، وسایل راههای کارهای حرام و گناه، در ناپسند بودن و ممنوع بودن، حکم مقاصد و آن چیزها و کارهایی را دارند که آن وسایل منجر به آنها می شوند.

همچنین وسایل فرمانبرداری و تقرب به خدا در محبوب بودنشان و مجاز بودن انجام دادنشان مطابق با همان مقاصدی هستند که آن وسایل منجر به آنها می شوند، پس حکم وسیله هر مقصودی تابع حکم مقصود می باشد و هر دو یعنی هم وسایل و هم غایات مقصود می باشند. یکی مقصود است به عنوان غایت و دیگری مقصود است به عنوان وسیله.

حال اگر خداوند کاری را حرام نماید که آن کار، راهها و وسایلی داشته باشد که

منجر به آن شود، آن راهها و وسایل را هم خداوند حرام می نماید؛ و آنها را برای اینکه حرمت مقصد حاصل شود و مکلف آن را انجام ندهد و به خاطر اینکه در آستانه آن کار حرام وارد نشود، ممنوع می نماید.

حال اگر وسایل و ذرایع آن کار را مباح نماید، نقض تحریم حاصل می شود و سبب وارد نمودن افراد در انجام دادن وسایلی می شود که مقصد آنها حرام می باشد که این کار با حکمت خداوند سازگار نمی باشد^۱.

نظر ابن قیم در مورد احکام اقسام اربعه فوق، حرمت همه آن وسایل اربعه است به جز قسم چهارم که وسایل برای مباح وضع شده باشند و گاهی منجر به مفسده می شود و مصلحتش راجح تر از مفسده اش می باشد.

۲ - دیدگاه دوم: نظر مالکیه و حنابله تأکید بر حرمت قسم دوم از اقسام چهارگانه می باشد یعنی همان وسایلی که برای کارهای مباح وضع شده و فاعل با انجام دادن آن وسایل قصد مفسده نماید.

۳ - دیدگاه سوم: دیدگاه شیعه در مورد «وسایل و ذرایع»

بحث ذرایع در اصول فقه امامیه با این عنوان مطرح نشده است، ولی در بحث مقدمه واجب مطرح شده است، مقدمه را به عنوان ذریعه و ذی المقدمه را به عنوان آن چیزی که ذریعه ما را به آن می رساند می پندارند، لذا عده ای قائل به تبعیت مقدمه از ذی المقدمه در حکم شده اند و عده ای دیگر قائل به عدم تبعیت مقدمه در حکم از ذی المقدمه شده اند.

۴ - دیدگاه احناف: سد ذرایعی که غالباً منجر به مفسده می باشد است.

دلایل حکم ذرایع

برای اثبات و حجیت حکم ذرایع استناد به دلایلی از قبیل کتاب، سنت و عقل شده است، با بیان و بررسی این ادله به بحث سد ذرایع خاتمه می دهیم.

استدلال به کتاب و سنت

ابن قیم حدود صد آیه و حدیث به عنوان دلیل اتحاد حکم وسیله، با آنچه که وسیله منجر به آن می شود، ذکر نموده است، لکن مثالهایی را که ذکر می نماید غالباً در مورد وسایل حرام می باشند؛ مانند آیه ای که می فرماید: «دشنام ندهید کسانی را که به جز خدای شما معتقدند که در نتیجه فراتر از حدّ خود رفته و خدای شما را بدون آگاهی دشنام خواهند داد»^۱.

و همچنین: «زنان هنگام راه رفتن پای را به زمین محکم نکوبند که زینت نهانشان آشکار شود»^۲

نقد استدلال ابن قیم

۱ - در هیچکدام از مواردی که ابن قیم ذکر نموده است تصریح نشده است که حرمت وسیله، به خاطر مفسده دار بودن مقصد و حرمت آن می باشد، بنابراین ممکن است حرمت وسایل به خاطر حرمت خود وسایل باشد.

۲ - از سوی دیگر هرگاه شک کنیم که حرمت فعلی نفسی است یا غیری، مقتضای اطلاق این است که حرمت نفسی باشد نه غیری، زیرا حرمت غیری نیاز به بیان اضافی دارد و هرگاه گوینده در مقام بیان باشد و تذکر به غیری بودن واجب ندهد، آن واجب حمل بر واجب نفسی می شود.

۱- سوره انعام: ۱۰۸.

۲- سوره نور: ۳۱.

بنابراین حرمت وسایل را نمی توانیم حمل بر حرمت گیری نماییم و بگوییم وسایل به خاطر مقاصد حرام می باشند، بلکه چه بسا حرمتشان به خاطر مفسده ای باشد که در خودشان می باشد.

۳- اضافه بر موارد فوق ما اشکالی نمی بینیم که هرگاه شارع برای حفظ ملاکات احکامی که سعی بر محافظت آنها دارد و نمی خواهد از مکلف فوت شوند به خاطر تحقق غرضش به بعضی از وسایلی که منجر به آنها می شود امر و یا از بعضی از آنها نهی نماید. ولی این مطلب سبب نمی شود که این گونه موارد شکل قاعده به خود بگیرد یعنی هر کاری را که شارع آن را واجب نموده وسایلش را هم واجب نماید و هر کاری را که شارع آن را حرام نموده وسایلش را نیز حرام نماید.

استدلال عقلی بر حجیت ذرایع

عمده دلیل عقلی بر توافق حکم مقدمه و حکم ذی المقدمه، وسایل و مقاصد ذکر شد، همان استدلال ابن قیم و دیگران است در مورد ملازمه میان حکم شارع به وجوب یا حرمت کاری و وجوب یا حرمت وسایل و ذرایع آن به این بیان که: هرگاه خداوند کاری را حرام کند، مقدمات و وسایلش را نیز حرام می نماید، به این جهت که راهها و وسایلی که منجر به آن فعل می شوند، موجب تثبیت و تحقق حرمت آن فعل می باشند.

بنابر این برای اینکه کسی در آستانه فعل حرام واقع نشود، خداوند علاوه بر اصل فعل، مقدمات آن عمل را نیز حرام نموده است؛ و اگر شارع وسایل و ذرایعی که منجر به حرام می شوند مباح نماید فعل حرام نقض می شود که این کار با حکمت و

علم خداوند سازگار نمی‌باشد»^۱.

بررسی نظر ابن قیم

ظاهراً ادعای ابن قیم مستند به دلیلی نباشد، زیرا احکام واقعی ناشی از مصالح و مفاسد در متعلقاتشان می‌باشد، بنابراین هرگاه در کاری مفسده ای باشد سبب جعل حرمت از طرف شارع برای آن کار می‌شود و در این صورت ضرورتی نمی‌باشد که ذرایع آن کار نیز دارای مفسده ای باشند که طبق آن مفسده حرمت برای ذرایع جعل شود.

با بیان فوق روشن شد در مواردی که شارع صریحاً نهی از انجام دادن مقدمات فعل حرام نموده است، از قبیل ارشاد به حکم عقل و تأکید بر آن می‌باشد، نه اینکه حکم تأسیسی باشد.

سؤالات فصل سوم

فتح ذرایع وسدها

- ۱- تعریف شاطبی و کتاب المدخل للفقہ الاسلامی برای ذرایع چیست؟
- ۲- تعریف قرافی و سلام را برای ذرایع بنویسید.
- ۳- تعریف ابن قیم و مناسب‌ترین تعریف برای ذرایع کدام است؟
- ۴- تقسمات ذرایع را از دیدگاه ابن قیم بنویسید.
- ۵- نظر ابن قیم در مورد حکم ذرایع چیست؟
- ۶- نظر مالکیه و حنابلہ در مورد حکم انواع ذرایع چیست؟
- ۷- دیدگاه امامیه را درباره ذرایع بنویسید.
- ۸- دلائل ابن قیم بر حکم ذرایع چیست؟ همراه با نقد آن بنویسید.
- ۹- دلیل عقل بر حجیت ذرایع را تقریر کنید.
- ۱۰- بررسی نظر ابن قیم را در مورد حجیت ذرایع بنویسید.

فصل چهارم

عرف

عرف را پیروان بعضی مذاهب به عنوان یکی از مصادر شرعی معرفی نموده اند. در این فصل به تعریف عرف، فرق عرف و اجماع، تقسیم عرف به عرف عام و عرف خاص، تقسیم آن به عرف عملی و عرف قولی و تقسیم آن به عرف صحیح و عرف فاسد، زمینه های عرف، آیا عرف اصل و دلیل است؟ حجیت آن و دلایل حجیت آن، بحث می کنیم.

تعریف های متعددی برای عرف ارائه داده شده است، ولی غالباً خالی از اشکال نمی باشند. ما به نمونه ای از تعاریفی که در کتاب «سُلم الوصول» آمده اشاره نموده و به بحث و بررسی آن ها می پردازیم.

تعریف های عرف

۱ - تعریف جرجانی، جرجانی در تعریف عرف می نویسد: «العرف: ما استقرت النفوس علیه بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول، وهو حجة... وكذا العادة، هي ما استمر الناس عليه علي حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى»^۱ «عرف آن است که نفوس بر آن مستقر شده باشد، و خردها بر آن گواهی دهد، و طبایع آن را قبول نموده باشند و آن حجت می باشد و همچنین عادت، آن است که مردم بر آن بر اساس حکم خردها استمرار نموده اند و به آن یک بار پس از دیگری باز گشتند».

۲ - تعریف استاد علی حیدر در شرحش بر مجله آورده است: «عادت چیزی است که در نفوس تثبیت شود و نزد کسانی که دارای طبع سالم باشند با تکرار چند

مرتب‌ه قابل قبول واقع شود». سپس افزوده است: «که عرف به معنای عادت می‌باشد»^۱.

نقد تعاریف فوق

در تعاریف فوق نکاتی قابل بررسی وجود دارد.

۱ - در تعاریف‌های فوق، قید شهادت خردها و پذیرش عرف توسط طبع‌ها اخذ شده، این در حالی است که عرفها در زمانها و مکانهای متفاوت با هم مختلفند.

بنابراین تعاریف‌ها، سؤال‌های زیر مطرح می‌شود.

۲ - آیا خردها و طبایع سالم، تابعی از عرف می‌باشند یا اتفاق دیگری خواهد افتاد که ما آن را نمی‌دانیم؟!

۳ - از سوی دیگر در تقسیم‌بندی عرف، عرف را به عرف صحیح و فاسد تقسیم نموده‌اند حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا این عرفهای فاسد را هم خردها و طبع‌ها می‌پذیرد؟ اضافه بر اشکال‌های فوق، اشکالات دیگری را هم در مورد عرف ذکر نموده‌اند که فعلاً از آن‌ها صرف نظر می‌کنیم.

تعریف خلاف

شاید فنی‌ترین تعریف برای عرف، تعریفی است که از زبان استاد خلاف ذکر شده است و آن عبارت است از: «عرف آن است که نزد مردم، معمول شده باشد و مردم طبق آن عمل کرده باشند خواه گفته‌ای باشد، یا کاری باشد و یا ترک نمودن کاری باشد». سپس می‌گوید: «عرف را عادت هم می‌نامند»^۲.

دیدگاه امامیه

۱- سلم الوصول: ۳۱۷.

۲- علم اصول الفقه: ۹۹.

با توجه به اشکال های فوق و با توجه به اینکه شارع ما را در استنباط احکام به عرف ارجاع نداده است و عرف را یکی از مصادر احکام شرعی معرفی ننموده است، امامیه عرف را یکی از مصادر احکام شرعی نمی شناسد.

تفاوت میان عرف و اجماع

- اجماع به جز با اتفاق امت یا مجتهدان و یا مجتهدان مذهب معینی - با اختلاف مبانی که در تحقق اجماع وجود دارد - حاصل نمی شود، در حالی که در تعریف عرف، اتفاق امت یا مجتهدان، اخذ نشده است، بلکه نزد عموم معمول و متعارف می باشد.

- در اجماع، عنصر اتفاق اخذ شده است، اما در تعریف عرف عنصر اتفاق اخذ نشده است، بلکه روش اکثر در تحقق عرف کافی است که ممکن است روش اکثر، روش مجتهدان و یا روش غیر مجتهدان باشد و یا روش مجتهدان با روش غیرشان مشترکاباهم باشد که در تمامی این حالات عرف حاصل می شود.

تقسیمات عرف

برای عرف تقسیماتی همانند تقسیم عرف به عرف عام و عرف خاص و عرف عملی و عرف قولی و عرف صحیح و عرف فاسد وجود دارد که ذیلا به آنها می پردازیم.

الف: تقسیم عرف به عام و خاص

۱ - عرف عام: مقصود عرفی است که غالب مردم در زمانها مختلف و محیط های متفاوت و فرهنگهای گوناگون و سطوح مختلف در آن مشترک می باشند. عرف عام بیشتر شبیه به بنای عقلا می باشد. در این قسم از عرف، بسیاری از قواعد اجتماعی کلی و غیر کلی گنجانده می شود، مانند قاعده رجوع جاهل به عالم و قاعده عدم

تقض یقین به شک.

۲ - عرف خاص: عرفی است که از گروهی از مردم صادر می شود که آن گروه را زمان واحد و یا مکان واحد و یا کار واحد و یا فن واحد جمع می نماید؛ مانند عرف های حاکم بر یک شهر و یا یک کشور خاص و یا عرف های حاکم بر صاحبان مشاغل حرفه های معینی و یا رشته های علمی معینی، یا بر هنرهای معینی.

ب: تقسیم عرف به عرف عملی و قولی

۱ - عرف عملی: عرفی است که در بعضی از کارها خاصی طبق آن صورت می پذیرد، مثل شایع شدن بیع معاطاتی در بعضی از مکانها.

۲ - عرف قولی: به این معنا است که به بعضی الفاظ معانی خاصی داده می شود که آن معانی با معنای لغوی آنها تفاوت دارد، مانند بکارگیری واژه «ولد» در فرزند ذکور نزد عراقی ها، در حالی که در زبان عربی واژه «ولد» برای اعم از پسر و دختر وضع شده است.

ج: تقسیم عرف به صحیح و فاسد

۱ - عرف صحیح: کاری است که نزد مردم معمول و عرف شده باشد و مخالف با نصی و یا موجب تفویت مصلحتی و جلب مفسده ای نبوده باشد، مانند معمول شدن به کارگیری لفظی در غیر معنای لغوی آن و معمول شدن وقف نمودن بعضی از منقولات و عرف شدن پرداخت مقداری از مهر و تأخیر نمودن پرداخت مقدار دیگر، همچنین متعارف شدن هدیه نمودن لباس و شیرینی هایی که هنگام عقد از سوی مرد به نامزد خود داده می شود به عنوان «هدیه» که جزء «مهریه» نمی باشد.

۲ - عرف فاسد: آن است که نزد بعضی از مردم معمول می شود، در حالی که

مخالف با شرع باشد، مانند معمول و متعارف شدن بعضی عقود ربوی و یا نوشیدن مسکرات و مانند اینها که شرع نهی از آنها نموده است.

زمینه های عرف

زمینه های عرفمورد نظر سه تا می باشند.

١ - زمینه اول: موردی است که از آن حکم شرعی کشف می شود و آن در موردی است که در آن نصی نباشد، مثل استصناع و عقد فضولی.
 آقای زحیلی در باره بیع استصناع می نویسد: استصناع نزد جمهور به معنای سَلَم می باشد و نزد حنفیان: عقد مستقلی است از عقد سَلَم و تعریف آن نزد حنفیان عبارت است از: عقدی است با سازنده کاری بر کار معینی در ذمه سازنده، یا عقد پیمان کاری است با اهل صنعتی بنابراین کاری را انجام دهند مثل اینکه مشتری یا مستأجر (شخصی که دیگری را بر انجام کاری اجیر نماید) از سازنده ای (فروشنده یا کارگر) مثل نجار و آهنگر و مانند اینان»^١.

علت اینکه این حکم از موارد فوق بدست می آید این است که عرف عام بودن برای این موارد اثبات شود و پس از اینکه عرف عام بودن اثبات شد، این عرف عام فرا می گیرد زمان و مکان را تا برسد به عصر معصوم و در آن صورت اقرار معصوم برای ما روشن می شود و وقتی اقرار معصوم به کاری تعلق گرفت، آن کار جزء سنت قرار می گیرد، زیرا بخشی از سنت اقرار (تقریر) معصوم می باشد. همچنین هر کاری که سیره متشرعه یا بنای عقلا بر آن قائم شود، در این مورد قرار می گیرد.
 به تعبیر دیگر: هر چه جزء عرف های عامی باشد که مدلولش فراگیرد کلیه زمان

١ - موسوعه الفقه الاسلامی و ادلته ٣٠٣/١١.

ها و مکان‌ها را، حتی زمان معصومین را، در همین موارد قرار می‌گیرد.

۲ - زمینه دوم: موردی است که برای تشخیص بعضی مفاهیمی که شارع تشخیص آن‌ها را به عرف ارجاع داده است، مثل لفظ «إناء» و «صعید» و مانند آن‌ها که در بعضی از ادله احکام [روایات و آیات] ذکر شده است.

۳ - زمینه سوم: مورد سومی که به عرف مراجعه می‌شود، در جایی است که برای روشن شدن مراد متکلم هنگام بکارگیری الفاظ، به آن رجوع می‌شود، حال خواه متکلم شارع باشد یا غیر شارع.

آیا عرف دلیل (اصل) است یا نه؟

از زمینه‌های کاربرد عرف کشف می‌شود که عرف دلیل مستقلی به ازای سایر ادله نمی‌باشد، با این وجود به استدلال‌های وارد در این زمینه متعرض می‌شویم و پاسخ آن‌ها را نیز بررسی می‌نماییم.

حجیت عرف و دلایل آن

برای حجیت عرف دلایل متعددی ذکر نموده‌اند، چون همه دلایل شبیه هم می‌باشند لذا فقط به یکی از آن‌ها اکتفا می‌نماییم و بقیه را به مباحث مفصل ارجاع می‌نماییم.

دلیل اول: روایت عبد الله بن مسعود می‌باشد. از عبد الله بن مسعود نقل شده است که می‌گوید: «ما رأه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن»^۱ یعنی آنچه را که مسلمانان نیک می‌پندارند، نزد پروردگار نیز نیک می‌باشد.

سرخسی حنفی در کتاب «المبسوط» به این حدیث بر حجیت عرف استدلال

۱ - مسند احمد: مسند المکثرین من الصحابه، حدیث ۳۴۱۸.

نموده است و می گوید: «مردم با عرف به عنوان اصل (دلیل) بدون هیچ اشکالی برخورد می نمایند، همچنانکه ابن همام با عرف چنین برخورد نموده است»^۱.

اشکال استدلال

اولاً: روایت مقطوعه است و احتمال دارد که سخن پیامبر نباشد، بلکه سخن ابن مسعود باشد که در این صورت صلاحیت استدلال به آن را نخواهد داشت.

ثانیاً: عرف ارتباطی به موارد حسن ندارد، زیرا غالباً عرف مبتنی بر حسن نمی باشد، چون سایر ادله مانند دلیل اول می باشند و اشکال وارد بر آنها همانند اشکال وارد بر دلیل اول می باشد، لذا از ذکر آنها خود داری نموده و آن را به کتابهای مفصل ارجاع می دهیم.

۱ - سلم الوصول: ۳۲۲ به نقل از المبسوط و ابن همام.

سؤالات فصل چهارم

عرف

- ۱ - تعریف جرجانی و استاد علی حیدر و بن عابدین را بر عرف بنویسید.
- ۲ - نقد تعاریف عرف را تقریر کنید.
- ۳ - تفاوت میان عرف و اجماع چیست؟
- ۴ - تقسیمات عرف را با مثالی بنویسید.

فصل پنجم

شرع من قبلنا

تعریف: منظور از شرع من قبلنا شرایعی است که خداوند آنها را بر پیامبران قبل از پیامبر خاتم نازل نموده است و فراگیری آنها برای همه بشر در آن زمان ثابت شده باشد، مانند یهودیت و مسیحیت.

حجیت شرع من قبلنا

در اینجا چند نظر بلکه چند قول وجود دارد:

۱ - شرایع سابق برای ما مطلقاً شرع می باشند، مگر آن مواردی که در شرع ما نسخ آنها ثابت شده باشد.

گروهی هیچ کدام از شرایع سابق را برای ما مطلقاً شرع نمی دانند و می گویند: نسخ بر همه آنها حاکم می باشند، بگونه ای که اگر حکمی در شریعت ما همانند حکم شرایع قبل باشد، می گویند این حکم جدیدی است که در شرع ما جعل شده است نه اینکه همان حکم شرع قبل از ما می باشد.

۲ - نظر جمهور احناف: فحوای آن این است که: «هر یک از احکام شرایع سابق را که خداوند برای ما نقل نموده است، در شرع ما - آنچنان که بر شرایع پیشین واجب نموده است - واجب نموده باشد، و یا اینکه آن حکم را از ما برطرف نموده و یا نسخ نکرده باشد، برای ما شرع محسوب می شود، و بر ماست که از آن پیروی کنیم و مطابق آن عمل کنیم، البته تا زمانی که در شرع ما نسخی به آن تعلق نگرفته باشد، همانند احکامی که در آیات ذیل ذکر شده است:

«مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ تَتَّبِعُنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَهُمْ

رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ»^۱ «به خاطر آن بر بنی اسرائیل مقرر نمودیم که هرگاه کسی دیگری را بکشد بدون اینکه مقتول کسی را کشته باشد، یا فسادی در زمین نموده باشد، گویا همه مردم را کشته است.»

«وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ»^۲ «و در تورات بر آنان مقرر نمودیم که جان با جان و چشم با چشم و بینی با بینی و گوش با گوش و دندان با دندان برابری می کند و هر یک از زخمها قصاص دارد.»^۳

این سخن از جمهور احناف و بعضی مالکی ها و شافعی ها نقل شده است.^۴

دلایل مثبتین اعتبار شرع من قبلنا

مثبتین شرع قبل از ما به آیاتی از قرآن و احادیثی استدلال و استناد نموده اند که نتیجه آن ها به نظر خودشان اعتبار شرایع قبل شریعت پیامبر خاتم می باشد.

ادله قرآنی

به آیاتی چند از قرآن برای حجیت شرایع قبل از شرع اسلام استدلال شده است، در این جزوه چند آیه را به بحث می گذاریم.

۱ - آیه اول: «أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهِدَاهُمْ أَقْتَدَهُ قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِنْ هُوَ إِلَّا ذِكْرِي لِلْعَالَمِينَ»^۵ «آنان کسانی هستند که خداوند هدایتشان نموده است و تو

۱- سوره مائده: ۳۲.

۲- سوره مائده: ۴۵.

۳- علم اصول الفقه، خلاف: ۱۰۵.

۴- علم اصول الفقه، خلاف: ۱۰۵.

۵- سوره انعام: ۹۰.

پیرو هدایت آنان باش.»

۲ - آیه دوم: «تُمْ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنْ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ»^۱

«سپس وحی بر تو نازل کردیم که پیروی کن ملت ابراهیم حنیف را.»

۳ - آیه سوم: «شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا

وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ

مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ»^۲ «تشریح نمود برای

شما از دین آنچه را که به نوح توصیه نمود.»

۴ - آیه چهارم: «إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا

لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُونَ وَالْأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ

فَلَا تَخْشَوُا النَّاسَ وَاحْشَوُا اللَّهَ وَاحْشَوْنَ وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ

فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ»^۳ «ما تورات را نازل نمودیم و در آن هدایت و نور وجود دارد

که به وسیله آن پیامبران حکم می کنند»

ادله روایی

همچنین به بعضی از فرمایش پیامبر در مقام استدلال بر حجیت احکام شرایع

سابق استدلال شده است، مانند استدلال آن حضرت در اثنای سخنش که می فرمود:

«هرکه نماز نخوانده بخوابد و یا نماز خواندن را فراموش کند، هنگامی که یادش

بیاید آن را بخواند» به آیه {وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي} ^۴ که این خطابی است برای حضرت

موسی، استدلال شده است؛ و همچنین به روایات دیگری برای اعتبار شرایع قبل نیز

۱- سوره نحل: ۱۲۳.

۲- سوره شوری: ۱۳.

۳- سوره مائده: ۴۴.

۴- سوره طه: ۱۴.

استدلال شده است^۱.

نقد و بررسی

اگر این ادله را بپذیریم و مثبتین اعتبار شرع قبل از شرع ما از اشکالات غزالی در امان بمانند، دلائل آنان بر بیش از اقرار به اصل شرایع، یعنی خود شرایع سابق دلالت نمی نمایند، در حالی که اقرار به اصل شرایع پیشین در این بحث سودمند نمی باشد و نمی تواند احکام شرایع سابق را در حق ما ثابت نماید.

پاسخ به استدلال مثبتین شرایع سابق

نظر به اینکه علم اجمالی به تحریف شرایع سابق داریم، نمی توانیم بگوییم که آن شرایع در حق ما ثابت می باشند.

توضیح: ما به خوبی می دانیم که شرایع آسمانی از قبیل یهودیت و مسیحیت که امروز در جهان وجود دارد، همان یهودیت و مسیحیت زمان حضرت موسی و عیسی نمی باشد، زیرا در هر یک از این شرایع تناقضات و مطالب نادرست یافت می شود و بسیاری از شرایعی که وجود دارد نمی توانند به عنوان برنامه دستور العمل زندگی جامعه بشری باشند، در حالی که می دانیم پایه و اساس هر دین آسمانی این است که برنامه زندگی باشد و این نیست مگر به خاطر اینکه تحریف در این ادیان آسمانی واقع شده است.

پس علم اجمالی به تحریف شرایع سابق، مانع از عمل نمودن به ظواهر همه شرایع می شود، زیرا هر یک از احکام شرایع سابق را در نظر بگیریم احتمال تحریف در آن وجود دارد، پس هیچکدام از احکام شرایع سابق در حق ما ثابت نخواهند

۱- المستصفی ۱: ۱۳۴.

شد.

دلیل نافیان اعتبار حجیت شرایع قبل:

۱ - حدیث معاذ: هنگامی که پیامبر گرامی معاذ را به یمن گسیل نمودند به او فرمودند: طبق چه حکم می کنی؟
گفت: طبق کتاب و سنت و اجتهاد.

ولی شرایع قبل را ذکر نمود، با این وجود پیامبر گرامی او را تأیید نمودند، پس اگر شرایع قبل برای ما حجیت داشت می بایست معاذ می گفت که به استناد کتاب و سنت و شرایع قبل و بعد از آن می گفت به اجتهاد عمل می کنم. در حالی که اجتهاد را بعد از کتاب و سنت ذکر نموده است و اصلاً اشاره ای به شرایع قبل ننمود و پیامبر او را به شرایع سابق رهنمود ننمودند.

این استدلال متین است اگر روایت معاذ خدشه دار نباشد، زیرا نظر بعضیها این است که روایت معاذ جزو روایات موضوعه می باشد.

۲ - اگر چنانچه شرع قبل از شرع ما یکی از منابع احکام می بود، هر آینه یادگیری و نقل و حفظ آن از واجبات کفایی بود و شارع ما را ملزم به یادگیری آن می نمود، مانند یادگیری قرآن و روایات و در موارد اختلاف همانند مسئله عول و میراث جد و حدّ شرب خمر و سایر موارد به آن مراجعه می نمودند، در حالی که هیچکس نقل ننموده است که مسلمانان با فراوانی حوادث مذکور به توارت وانجیل مراجعه نموده باشند^۱.

۱- المستصفی ۱: ۱۳۴.

سؤالات فصل پنجم

شرع من قبلنا

- ۱ - نظرات مربوط به حجیت شرع من قبلنا را تقریر کنید.
- ۲ - دلایل مثبتین شرع قبل از شرع ما را بنویسید.
- ۳ - پاسخ دلایل مثبتین اعتبار شرع قبل از شرع ما چیست؟
- ۴ - پاسخ به مثبتین اعتبار شرع قبل از شرع ما چیست؟
- ۵ - دلائل نافیین حجیت اعتبار حجیت شرایع قبل چیست؟

فصل ششم

مذهب صحابی

تعریف: مقصود از مذهب صحابی گفتار و یا رفتاری است که از صحابی صادر می شود و به آن تعبد می شود (تسلیم آن می شود) بدون اینکه سندی برای آن شناخته شود.

حجیت مذهب صحابی

در حجیت مذهب صحابی اختلاف شده است. غزالیاقوال مربوط به اختلاف حجیتقول صحابی را به قرار زیر ذکر نموده است:

- ۱ - گروهی مذهب صحابی را مطلقاً حجت دانسته اند.
- ۲ - گروهی دیگر مذهب صحابی را حجت دانسته اند به شرط اینکه مخالف قیاس باشد.
- ۳ - گروه سوم فقط قول ابوبکر و عمر را به استناد گفته ای که به پیامبر نسبت می دهند «اقتدا نمایند به آن دوتایی که بعد از من می باشند» حجت دانسته اند.
- ۴ - گروه چهارم قول خلفای راشدین را اگر متفق باشد حجت دانسته اند.^۲ به نظر آقای غزالی همه این چهار قول باطل می باشد.

دلیل غزالی و بررسی آن

او می گوید: کسی که احتمال غلط و اشتباه از او می رود و عصمت او ثابت نشده باشد، سخن او حجت نخواهد بود. پس چگونه ممکن است احتیاج و استناد به قول آنان نمود با وجود امکان صدور اشتباه از او؟ و چگونه عصمت آنان ادعای می شود،

۱ - سنن ترمذی، کتاب مناقب، حدیث ۳۵۹۵

۲ - المستصفی ۱: ۱۳۵.

بدون وجود حجت متواتر؟ و چگونه تصور می شود عصمت گفته هایی که امکان اختلاف میانشان وجود داشته باشد؟ و چگونه دو معصوم با هم مختلف می شوند؟ چگونه امکان این ادعاها وجود دارد در حالی که صحابه اتفاق بر جایز بودن اختلاف صحابه نموده اند؟

آقای ابوبکر و عمر بر کسی که به استناد اجتهاد با آنان مخالفت نمود اشکال نگرفتند، بلکه در مسائل اجتهادی واجب نموده اند که هر کسی به اجتهاد خود عمل نماید. بنابراین:

۱ - منتفی بودن دلیل عصمت از غیر معصومین.

۲ - و وجود اختلاف میان ابوبکر و عمر در مواردی.

۳ - و تصریح خودشان به جایز بودن مخالفت با آنان، سه دلیل قطعی بر عدم حجیت مذهب صحابی می باشند^۱.

آقای حکیم می گوید: قائلین به مذهب صحابی نمی خواهند عصمت صحابی را ثابت نمایند، وگرنه مذهب صحابی را سنت قرار می دادند، همچنانکه شاطبی مالکی آن را سنت قرار داده است^۲، هر چند قرار دادن مذهب صحابی را به عنوان یکی از مصادر تشریح، موهم قول به عصمت صحابی است.

و چه بسا کسی که گفته است: «هرگاه صحابی سخنی را بگوید که با قیاس مخالف باشد، در این هنگام توجیهی برای گفته صحابی نمی باشد، مگر اینکه خبری طبق گفته صحابی وارد شده باشد» نظر و رأی قائلین به مذهب صحابی را واژگون نموده است.

۱- المستصفی ۱: ۱۳۵.

۲- رجوع شود به الموافقات ۴: ۷۴.

حداکثر مطلبی که از این سخن استفاده می شود این است که: رفتار صحابه مستند و توجیهی برای رفتار دیگران می باشد، یعنی چون صحابه اقدام بر مخالفت صریح حکم شرعی نمی نمایند، پس هرگاه یکی از صحابه کاری را انجام دهد و دلیل شرعی آن برای ما روشن نباشد، حتماً کارش بدون دلیل و مستند نمی باشد. حال اگر مستند کار او قیاس نباشد، پس مستند کار او سنت صحابی است، آن هم در حد یک خبر مجهول می باشد.

ولی نگاه ما در این بحث به سنت صحابی، نمی بایست همانند توجیه رفتار و کار مکلف باشد، زیرا مکلف در رفتار شرعی نیاز به بیش از اجتهاد در احکام توسط مجتهد ندارد، در حالی که ما در اینجا بحث از منابع و ادله احکام همانند کتاب و سنت داریم که سنت صحابی بنا به قول غزالی همانند یک خبر مجهول می باشد. حال اگر کسی خواسته باشد سنت صحابی را که به سان یک خبر مجهول است، به عنوان دلیلی از ادله اثبات حکام شرعی استفاده نماید، گفتار غزالی معنا پیدا می کند آنجا که می گوید: «بنا بر این سخن صحابی نص صریحی برای شنیدن خبر نمی باشد، چه بسا آن صحابی که سخن می گوید مستندش دلیل ضعیفی باشد که به نظرش دلیل قوی آمده لیکن در آن اشتباه نموده است، زیرا که خطا بر او - صحابی - جایز می باشد و یا اینکه چه بسا صحابی به دلیل ضعیفی که دارای ظاهر غلط اندازی باشد چنگ زده باشد، زیرا اگر سنت صحابی مستند به دلیل قطعی باشد تصریح به آن می نمود.

سپس ادامه می دهد: اما واجب بودن پیروی نمودن از سخن صحابی در حالی که

تصریح به نقل خبری ننموده باشد، دارای هیچ توجیه و دلیلی نمی‌باشد.^۱

آقای حکیم می‌گوید: مسأله در این حد است که توجیهی برای کار صحابه پیدا کنیم و این مقدار از بحث اثبات حجیت قول صحابی را به عنوان دلیلی برای اثبات حکم شرعی در پی ندارد؛ و اگر مقصود از این مقدار بحث این باشد که همانند این خبر مجهول نزد ما حجت است، پس اعتراض غزالی بر این قول صحیح خواهد بود آنجا که می‌گوید: «سخن صحابی نص صریح در شنیدن خبر نمی‌باشد، بلکه چه بسا سخن او مستند به دلیل ضعیفی باشد، که او آن را دلیلی پنداشته است در حالی که اشتباه نموده است و از طرفی خطا هم بر او که جایز می‌باشد و یا اینکه چه بسا صحابی متمسک به دلیل ضعیفی که ظاهر موهومی دارد شده باشد، زیرا اگر سخنش مستند به نص قطعی باشد هر آینه آن مستند را ذکر می‌کرد.

سپس اضافه می‌کند: اما واجب بودن پیروی کردن از او در حالی که تصریح به نقل خبر ننموده باشد، دلیلی نخواهد داشت.^۲

در واقع اثبات اینکه مذهب صحابی یکی از مصادر تشریح باشد قابل قبول نخواهد بود مگر اینکه تصرفاتش - قول و فعل و تقریرش - را از سنت بدانیم در حالی که ادله ای که ذکر نموده اند این ادعا را نمی‌پذیرند و حمل نمودن مذهب صحابی بر صحت، کافی نیست که به تصرفاتش صفت تشریح دهیم و یا تصرفاتش را حاکی از احکام الله واقعی بدانیم.

ادله مثبتین

مثبتین حجیت اقوال صحابه به روایاتی متمسک شده اند مثل روایاتی که ذیلا نقل

۱- المستصفی ۱: ۱۳۶.

۲- المستصفی ۱: ۱۳۶.

می کنند:

۱ - «اصحاب من به سان ستارگان می باشند به هر یک اقتدا کنید هدایت می شوید».

۲ - و «بر شما باد به سنت من و سنت خلفای راشدین بعد از من».

۳ - و «اقتدا کنید بعد از من به ابوبکر و عمر» و مانند این روایات.

نقد ادله مثبتین:

۱- این روایات دارای اشکال سندی می باشند.

۲- ابن حزم درباره حدیث اصحابی کالنجوم می نویسد: حدیثی است جعلی، باطل و تکذیب شده.

۳- احمد بن حنبل می گوید: حدیث اصحابی کالنجوم حدیثی است غیر صحیح.

۴- بزار گفته است: نسبت دادن حدیث اصحابی کالنجوم به پیامبر، صحیح نیست.

۵- با توجه به استقراء در سیره و رفتار خلفا و بررسی تاریخ آنان، تناقض هایی در رفتار و گفتارشان به چشم می خورد، این تناقض ها موجب می شود که پیامبر گرامی که معصوم است دستور به پیروی از آنان را ندهد.

۶- از گفته غزالی تحت عنوان «دلیل غزالی و بررسی آن» که قبلا آن را ذکر

نمودیم، انتقاد غزالی و ادله مثبتین حجیت مذهب صحابی کاملا روشن می شود.

۷- غزالی در مورد این احادیث ردّ و نقادی هایی که نموده است، به نظر می آید که درست و به جا باشد.

آقای حکیم می گوید: بنابراین، جناب آقای غزالی در کتاب المستصفی^۱ و آمدی

در کتاب الإحکام^۱، که مذهب صحابی را در ردیف اصول و ادله موهوم و بی اعتبار شمرده اند به جا می‌باشد.

سپس مولف می‌افزاید: ما در بحث سنت صحابه، ضعف سند بعضی از این روایات و محال بودن تعبد شرعی از سوی شارع را نسبت به بعضی دیگر به خاطر لزوم تناقض و معارض بودن با بعضی دیگر از اخبار، مثل حدیث حوض را بیان کردیم، پس باید این اخبار را تأویل نمود که مبدا سخن شارع در تناقض قرار گیرد. در پایان آقای حکیم می‌گوید: از مجموع بحثهایی که در این بخش ارائه نمودیم به این نتیجه رسیدیم آن مواردی که صلاحیت دارند که مصدر و دلیل شرعی قرار گیرند و دلیل بر اعتبار آنها داریم که بتوانیم در مقام استنباط به آنها اعتماد نماییم از چهار تا تجاوز نمی‌کند:

۱ - قرآن کریم ۲ - سنت ۳ - عقل ۴ - اجماعنا بر قولی و غیر از این چهار تا غالباً به یکی از این چهار تا بر می‌گردد و بعضی‌های دیگر چه بسا مصدر مستقلی برای اثبات حکم شرعی محسوب گردد، الا اینکه دلیل حجیت آنها نمی‌تواند دلیل بودن اینها را اثبات کند.

سؤالات فصل ششم

مذهب صحابی

- ۱ - تعریف مذهب صحابی را بنویسید.
- ۲ - اقوال حجیت مذهب صحابی را از گفتار غزالی بنویسید.
- ۳ - خلاصه دلیل غزالی بر عدم حجیت مذهب صحابی را تقریر نمائید.
- ۴ - ادله مثبتین مذهب صحابی را بنویسید.
- ۵ - نقد ادله مثبتین مذهب صحابی را بنویسید.

فصل هفتم

استصحاب

پیشینه استصحاب

۱ - برای نخستین بار در گفتار بنیانگذار علوم اسلامی یعنی امام علی بن ابی طالب علیه السلام از استصحاب سخن به میان آمده و هموست که می‌فرماید: «من كان علي يقين فشك فليمض علي يقينه فان الشك لا ينقض اليقين»^۱.

و در ادامه همین حدیث می‌فرماید: «فان اليقين لا يدفع بالشك» کسی که در باره چیزی یقین داشته باشد باید بر یقین خود باقی بماند که شک نمی‌تواند یقین را بشکند یا شک به یقین دفع نمی‌شود.

۲ - امام صادق علیه السلام با احادیث متعددی استصحاب را برای اصحاب خود تبیین و به عنوان اصلی معرفی نمودند.

۳ - شافعی پس از امام صادق (علیه السلام) نخستین کسی است که از میان بزرگان مذاهب اربعه استصحاب را با همین نام مطرح نمود.

تعریف لغوی استصحاب

«صحبت» در لغت به معنای همنشینی و همراهی است و «استصحاب» در باب استفعال به معنای همنشین یا همراه قرار دادن کسی یا چیزی؛ مثلاً گفته می‌شود: «استصحبت فی سفری الكتاب او الصديق» یعنی کتاب یا دوست را در سفر همراه خود کردم، یا گفته می‌شود «استصحبت ما كان في الماضي» یعنی آنچه در گذشته بود، در زمان حال همراه خود نمودم.

۱ - کتاب خصال شیخ الصدوق باب الاربعائه حدیث ۱۰ و کتاب وسائل الشیعه باب «انه لا ينقض الوضوء الا اليقين بحصول الحدث دون الظن والشك» و کتاب ارشاد شیخ مفید.

تعريف اصطلاحی

با توجه به منابع درس، سعی شده است که تعریف‌ها و مباحث استصحاب را از کتاب‌های زیر طرح و بحث نماییم.

١ - تعريف محمد بن عمر رازی

آقای رازی^١ شافعی در کتاب المحصول در تعريف استصحاب چنین می‌نویسد:
 «المسألة الثانية في استصحاب الحال. المختار عندنا أنه حجة وهو قول المزني^٢
 [صاحب الشافعي] وأبي بكر الصيرفي^٣ [الشافعي] من فقهاءنا خلافا للجمهور من
 الحنفية والمتكلمين»^٤.

١ - ابو عبدالله محمد بن عمر بن حسين بن حسن تيمي بکري طبرستاني رازی، فقيه، متکلم، فيلسوف، مفسر و حکيم مسلمان ایرانی که در سال ٥٤٤ قمری) در ری متولد شد و وفاتش در سال ٦٠٦ قمری، در هرات اتفاق افتاد. لقبش فخرالدين است و به امام رازی یا امام فخر رازی نیز شهرت دارد. او بر علوم عقلی و علوم نقلی، تاريخ، کلام، فقه، اصول و علوم ادبی عصر خود تسلط کامل داشت. کتابهایش در دوران حیاتش بسیار مورد استقبال قرار گرفت و به عنوان کتب درسی از آنها استفاده می‌شد. پدرش ضياءالدين عمر بن حسين رازی آملی خود از بزرگان علم و عرفان بود که از آمل به ری سفر کرده بودند.

٢ - المزني (١٧٥ - ٢٦٤ هـ = ٧٩١ - ٨٧٨ م) إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، أبوإبراهيم المزني: صاحب الإمام الشافعي. من أهل مصر، كان زاهدا عالما مجتهدا قوى الحجّة. وهو إمام الشافعيين. من كتبه (الجامع الكبير) و (الجامع الصغير) و (المختصر - خ) و (الترغيب في العلم). نسبت به إلى مزينة (منمضر)، قال الشافعي: المزني ناصر مذهبي. وقال في قوة حجته: لوناظر الشيطان لعلبه! نقل عن: الأعلام للزركلي

٣ - أبو بكر الصيرفي هو الشيخ محمد بن عبد الله البغدادي الصيرفي الشافعي. (? - ٣٣٠ هـ؟ - ٩٤٢ م). نسبت به إلى الصيرفي، وهو من يصرّف الدنانير والدراهم. عالم دين في الفقه الشافعي. لقد أخذ العلم عن أحمد بن منصور الرمادي، وعن أبي العباس بن سريج. لقد عرف عنه أنه كان قويا في المناظرة متبحرا في علم أصول الفقه، حتى قال أحدهم (ما رأيت أعلم بالأصول بعد الشافعي من أبي بكر الصيرفي). مؤلفاته: لقد شرح رسالة الشافعي في علم أصول الفقه وله في الأصول أيضا، كتاب البيان في دلائل الإعلام على أصول الأحكام وكتاب الفرائض. وهو أول من صنّف في علم الشروط.

٤ - محمد بن عمر الرازي (فخر الرازي)، المحصول: ٦ / ١٠٩.

ترجمه: «نزد ما استصحاب حجت می‌باشد و نیز نظر مزنی و ابی بکر صیرفی از فقهای ما همچنین می‌باشد، به خلاف جمهور حنفیان و متکلمان».

دلیل رازی بر حجیت استصحاب

سپس دلیل خود را بر حجیت استصحاب چنین ذکر می‌کند: «لنا أن العلم بتحقیق أمر فی الحال یقتضی ظن بقاءه فی الاستقبال، والعمل بالظن واجب ولامعنی لکونه حجة إلا ذلك»^۱؛ یعنی «دلیل ما بر حجیت استصحاب این است که علم به حاصل شدن چیزی در زمان حال اقتضا می‌کند گمان به بقای آن را در آینده، از سوی دیگر عمل به گمان واجب است، بنابراین معنای حجیت چیزی به جز گمان به بقای آن در آینده و عمل به گمان نمی‌باشد».

در پاورقی کتاب المحصول که آن را آقایان عامل «احمد موجود» و «علی محرر مقرض» تحقیق نموده اند استصحاب چنین تعریف شده است: «ان ما ثبت فی الزمن الماضي، فالاصل بقاءه»^۲ یعنی «آنچه که در زمان گذشته ثابت شده است، اصل باقی ماندن آن است».

۲ - تعریف آقای غزالی از کتاب المستصفا

آقای غزالی در کتاب المستصفا در باره استصحاب چنین می‌نویسد:

«الْأَصْلُ الرَّابِعُ: دَلِيلُ الْعَقْلِ وَاللِّسْتِصْحَابِ. اعْلَمُ أَنَّ الْأَحْكَامَ السَّمْعِيَّةَ لَا تُدْرِكُ بِالْعَقْلِ، لَكِنَّ دَلَّ الْعَقْلُ عَلَيَّ بَرَاءَةَ الذَّمَّةِ عَنِ الْوَاجِبَاتِ وَسُقُوطِ الْحَرَجِ عَنِ الْخَلْقِ فِي الْحَرَكَاتِ وَالسَّكِّنَاتِ قَبْلَ بَعْتِهِ الرَّسُلِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ وَتَأْيِيدِهِمُ بِالْمُعْجَزَاتِ. وَائْتِفَاءُ الْأَحْكَامِ مَعْلُومٌ بِدَلِيلِ الْعَقْلِ قَبْلَ وُرُودِ السَّمْعِ، وَنَحْنُ عَلَيَّ اسْتِصْحَابِ ذَلِكَ إِلَيَّ أَنْ يَرِدَ السَّمْعُ، فَإِذَا وَرَدَ

۱ - محمد بن عمر الرازی (فخر الرازی)، المحصول: ۶ / ۱۰۹.

۲ - محمد بن عمر الرازی (فخر الرازی)، المحصول: ۴ / ۱۴۳۴.

نَبِيٌّ وَأَوْجَبَ خَمْسَ صَلَوَاتٍ فَتَبَقِيَ الصَّلَاةُ السَّادِسَةُ غَيْرَ وَاجِبَةٍ لِابْتَصْرِيحِ النَّبِيِّ بِنَفْيِهَا، لَكِنْ كَانَ وَجُوبُهَا مُتَنَفِيًّا إِذْ لَمْ تُثَبِّتْ لِلْوَجُوبِ فَبَقِيَ عَلَيَّ النَّفْيُ الْأَصْلِيُّ؛ لِأَنَّ نُطْقَهُ بِالِإِجَابِ قَاصِرٌ عَلَيَّ الْخَمْسَةِ فَبَقِيَ عَلَيَّ النَّفْيُ فِي حَقِّ السَّادِسَةِ وَكَأَنَّ السَّمْعَ لَمْ يَرِدْ، وَكَذَلِكَ إِذَا أُوجِبَ صَوْمُ رَمَضَانَ بَقِيَ صَوْمُ شَوَّالٍ عَلَيَّ النَّفْيِ الْأَصْلِيِّ، وَإِذَا أُوجِبَ عِبَادَةُ فِي وَقْتٍ بَقِيَتْ الذِّمَّةُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْوَقْتِ عَلَيَّ الْبِرَاءَةِ الْأَصْلِيَّةِ، وَإِذَا أُوجِبَ عَلَيَّ الْقَادِرِ بَقِيَ الْعَاجِزُ عَلَيَّ مَا كَانَ عَلَيْهِ.

فَإِذَا التَّظَرُّ فِي الْأَحْكَامِ إِمَّا أَمِّي كَوْنِ فِي إِثْبَاتِهَا أَوْ فِي نَفْيِهَا، أَمَّا إِثْبَاتُهَا فَالْعَقْلُ قَاصِرٌ عَنِ الدَّلَالَةِ عَلَيْهِ، وَأَمَّا النَّفْيُ فَالْعَقْلُ قَدْ دَلَّ عَلَيْهِ إِلَى أَنْ يَرِدَ الدَّلِيلُ السَّمْعِيُّ بِالْمَعْنَى النَّاقِلِ مِنَ النَّفْيِ الْأَصْلِيِّ فَائْتَهُ ضِدًّا لَيْلًا عَلَيَّ أَحَدِ الشَّطْرَيْنِ وَهُوَ النَّفْيُ.

فَالِاسْتِصْحَابُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ إِلَّا فِيمَا دَلَّ الدَّلِيلُ عَلَيَّ ثُبُوتِهِ وَدَوَامِهِ بِشَرْطِ عَدَمِ الْمُعْيَرِ كَمَا دَلَّ عَلَيَّ الْبِرَاءَةِ الْعَقْلُ وَعَلَيَّ الشُّغْلُ السَّمْعِيُّ وَعَلَيَّ الْمَلِكِ الشَّرْعِيُّ، وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ الْحُكْمُ بِتَكَرُّرِ اللَّزُومِ وَالْوَجُوبِ إِذَا تَكَرَّرَتْ أَسْبَابُهَا كَتَكَرُّرِ شَهْرِ رَمَضَانَ وَأَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ وَتَفَقَاتِ الْأَقَارِبِ عِنْدَ تَكَرُّرِ الْحَاجَاتِ إِذَا فُهِمَ انْتِصَابُ هَذِهِ الْمَعَانِي أَسْبَابًا لِهَذِهِ الْأَحْكَامِ مِنْ أَدَلَّةِ الشَّرْعِ إِمَّا بِمُجَرَّدِ الْعُمُومِ عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِهَا وَبِالْعُمُومِ وَجُمْلَةً مِنْ الْقَرَائِنِ عِنْدَ الْجَمِيعِ، وَتِلْكَ الْقَرَائِنُ تَكَرُّرَاتٌ وَتَأْكِدَاتٌ وَأَمَارَاتٌ عَرَفَ حَمَلَةَ الشَّرِيعَةِ قَصْدَ الشَّارِعِ إِلَى نَصْبِهَا أَسْبَابًا إِذَا لَمْ يَمْنَعْ مَانِعٌ، فَلَوْ لَادَلَّ الدَّلِيلُ عَلَيَّ كَوْنِهَا أَسْبَابًا لَمْ يَجْزُ اسْتِصْحَابُهَا. فَإِذَا لَاسْتِصْحَابُ عِبَارَةٌ عَنِ التَّمَسُّكِ بِدَلِيلٍ عَقْلِيًّا وَشَرْعِيًّا، وَلَيْسَ رَاجِعًا إِلَى عَدَمِ الْعِلْمِ بِالِدَّلِيلِ بَلْ إِلَى دَلِيلٍ مَعَ الْعِلْمِ بِانْتِفَاءِ الْمُعْيَرِ أَوْ مَعَ ظَنِّ انْتِفَاءِ الْمُعْيَرِ عِنْدَ بَدْلِ الْجَهْدِ فِي الْبَحْثِ وَالطَّلَبِ».

ترجمه بحث استصحاب المستصفا:

«دلیل چهارم: دلیل عقل و استصحاب است. بدان که احکام سمعی با عقل درک نمی شوند، بلکه عقل دلالت بر برائت ذمه نسبت به واجبات و ساقط شدن حرج از خلق در حرکات و سکونات [منظور افعال مکلفین] قبل از بعثت پیامبران و تأیید آنان به وسیله معجزه می نماید.

و منتفی بودن احکام قبل از دلیل سمعی با دلیل عقل معلوم می‌باشد و ما آن را [عدم احکام شرعی را] استصحاب می‌نماییم تا زمانی که دلیل سمعی وارد شود.

حال هنگامی که پیامبری فرستاده شود و نمازهای پنجگانه را واجب نماید، نماز ششم به صورت غیر واجب بودن باقی می‌ماند، لکن نه به استناد گفته پیامبر به نفی آن، بلکه به خاطر منتفی بودن وجوب آن، زیرا دلیل اثبات وجوب آن وجود نداشت، پس عدم وجوب بنا بر نفی اصلی باقی می‌ماند، زیرا سخن پیامبر بر وجوب نمازهای پنجگانه متوقف است و نسبت به نماز ششم توقف بر نفی می‌شود و گویا سخنی در این مورد وارد نشده است و همچنین هنگامی که روزه ماه مبارک رمضان را واجب می‌نماید، روزه ماه شوال بر نفی اصلی باقی می‌ماند.

و هرگاه عبادت زمان معینی را واجب نماید، ذمه بعد از به پایان رسیدن آن وقت، بر برائت اصلی باقی می‌ماند و اگر واجبی را بر قدرت انجام دادنش متوقف نماید، آن واجب بر عاجز واجب نخواهد بود.

نتیجه اینکه گاهی به اثبات احکام توجه می‌شود و گاه به نفی آنها؛ اما عقل از دلالت بر اثبات احکام قاصر است و دلالت عقل بر نفی تا زمانی است که دلیل سمعی یافت نشود، به این معنا که دلیل نقلی بر نفی اصلی یافت شود. پس عقل دلیل بر یکی از دو طرف نفی یا اثبات می‌باشد و منظور از یکی از دو طرف فقط طرف نفی

حکم می‌باشد.

بنابراین استصحاب حجت نمی‌باشد مگر در مواردی که دلیل دلالت بر ثبوت و دوامش حکم بنماید، به شرط عدم تغییر دهنده، همچنانکه عقل دلالت بر برائت می‌نماید، دلیل نقل دلالت بر اشتغال ذمه و دلیل شرع دلالت بر ملکیت می‌کند. و از همین قبیل است حکم به تکرار و لزوم و وجوب هنگامی که اسباب آن احکام تکرار شود، مثل تکرار ماه مبارک رمضان یا تکرار اوقات نمازها و وجوب پرداخت نفقه نزدیکان هنگام تکرار نیاز آنان، اگر سببیت این معانی برای این احکام از ادله شرع فهمیده شود و یا اینکه به مجرد عمومات نزد کسانی که قائل به این باشند که از مجرد عمومات سببیت فهمیده می‌شود، یا به وسیله عمومات و قرائن دیگر نزد همگان؛ و آن قرائن تکرارها و تأکیدها اماراتی هستند که از شارع فهمیده می‌شود که این موارد را می‌بایست به عنوان اسبابی قرار دهیم به شرط اینکه مانعی از سببیت آن‌ها جلوگیری و منع ننماید، بنابراین اگر دلیلی بر سببیت آن‌ها دلالت ننمود، هرآینه استصحاب نمودن آن‌ها جایز نمی‌بود». در ادامه می‌گوید: «بنابراین استصحاب عبارت است از: چنگ زدن به دلیل عقلی یا شرعی و به علم نداشتن به دلیل بر نمی‌گردد، بلکه استصحاب مستند به دلیل و علم نداشتن به دلیلی که حکم قبلی را تغییر داده باشد بر می‌گردد و یا اینکه پس از تلاش و جستجو، گمان به نبود دلیلی پیدا خواهیم کرد که حکم قبلی را تغییر داده باشد، بر می‌گردد».

۳ - تعریف ابن قدامه مقدسی

آقای عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه مقدسی (ابن قدامه مقدسی) با توجه به

اینکه آقای ابن قدامه کتاب روضة الناظر را در پرتو المستصفای غزالی نوشته است و در واقع تلخیصی از آن می‌باشد، لذا فقط اکتفا به نقل تعریف استصحاب می‌نماییم و مطالب قبل از تعریف را که شبیه المستصفی می‌باشد ذکر نمی‌نماییم. او در تعریف استصحاب می‌نویسد: «فالاستصحاب إذن عبارة عن التمسك بدلیل عقلياً و شرعی و ليس راجعاً إلى عدم الدلیل بل إلى دلیل ظنی مع انتفاء الغير»^۱. ترجمه: بنابراین استصحاب عبارت است از: چنگ زدن به دلیل عقلی یا شرعی است، نه اینکه استصحاب راجع به عدم دلیل بوده باشد، بلکه راجع است به دلیل ظنی با انتفای دلیل دیگر.

۴ - تعریف آقای زیدان

آقای زیدان برای تعریف اصطلاحی استصحاب دو تعریف ذکر می‌نماید: تعریف اول: «استداده اثبات آنچه که ثابت بوده است و یا نفی آنچه که نبوده است».

تعریف دوم: «استصحاب باقی ماندن امر همان طور که بوده است تا زمانی که تغییر دهنده آن یافت شود»

بنابراین آنچه را که در گذشته علم به بقای آن بوده، سپس تردید در زوالش حاصل شد، حکم می‌کنیم به بقای آن به استناد استصحاب به خاطر وجود سابق آن و آنچه را در گذشته علم به عدمش بوده باشد، سپس تردید در تحققش حاصل شود، حکم می‌نماییم به استمرار عدم آن به استناد استصحاب به عدم سابقش».

سپس آقای زیدان انواع استصحاب را سه تا می‌شمارد:

۱ - مقدسی، ابن قدامه، روضة الناظر و جنة المناظر: ۱ / ۱۵۷.

(۱) استصحاب حکم اباحه اصلی برای اشیاء

(۲) استصحاب برائت اصلی یا عدم اصلی.

(۳) استصحاب وصف اثبات کننده حکم شرعی تا زمانیکه دلیلی بر خلاف آن

یافت شود.

حجیت استصحاب

آقای زیدان می نویسد: حجیت استصحاب نزد حنفیان و همراهانشان به خاطر ایقاعی آنچه که بوده همانگونه که بوده و دفع نمودن مخالف آن؛ و این معنای حجیت استصحاب است در دفع، نه در اثبات.

نزد غیر حنفیان مانند حنبلیان و شافعیان استصحاب به خاطر دفع و اثبات (در مورد دفع و اثبات) یعنی استصحاب حجت است به استناد ثبوت حکم سابق و تقریر آن، بگونه ای که گویا با دلیل جدیدی ثابت شده است، زیرا استصحاب موجب ظن راجح به بقای شیء می شود بر آنچه که قبلاً بوده و از سوی دیگر ظن راجح در احکام شرعی عملی معتبر می باشد.

تفاوت دیدگاه حنفیان با حنبلیان و شافعیان

نزد حنفیان استصحاب حجت است در ایقاع و نگه داشتن آنچه (دلیلی) که قبلاً بوده به همان نحو که قبلاً وجود داشته و نیز استصحاب دفع می کند وجود مزیل احتمالی حکم قبلی را که با دلیل ثابت شده بود، ولی دیگر توان اثبات مجدد حکم سابق ندارد. نزد حنبلیان و شافعیان که می گویند: استصحاب همانطور که قدرت دفع احتمال نفی حکم سابق را دارد، قدرت اثبات مجدد حکم سابق را نیز دارد.

مثلاً در مورد کسی که مفقود شده است به وسیله استصحاب حیاتش ثابت می

شود و حکم زندگان را پیدا می کند، لذا اموال او از ملکش خارج نمی گردد»^۱.

۵ - تعریف زحیلی

زحیلی در تعریف اصطلاحی استصحاب می نویسد:

«هو المحکم بثبوت امر او نفيه فی الزمان الحال او المستقبل، بناء علی ثبوته او عدمه فی الزمان الماضي، لعدم الدلیل علی تغییره، مثل أن یقال: المحکم الفلانی قد کان ولم یظن عدمه، وکل ما کان كذلك فهو مظنون البقاء، لان الظن حجة متبعة فی الشرعیات، کاستدلال الشافعية علی أن الخارج من غیر السبیلین لا ینقض الوضوء، بأن الشخص کان علی الوضوء قبل خروجه إجماعاً، فیقی علی ما کان علیه»^۲.

استصحاب حکم نمودن به ثبوت یا نفی امری است در زمان حاضر یا آینده بنابر ثبوت یا عدم آن در زمان گذشته، زیرا دلیلی بر تغییر آن قائم نشده است مثل اینکه گفته شود: فلان حکم قبلاً بود و گمان به عدم آن وجود ندارد و هرچه که چنین باشد مظنون البقاء می باشد و گمان، در امور شرعی حجت شرعی پیروی شده است، مثال استصحاب استدلال شافعیان است بر اینکه آنچه که از غیر از راه بول و غائط خارج می شود وضو با آن نقض نمی شود، زیرا شخص قبلاً وضو داشت و هم اکنون بر آن حالتی که قبلاً بوده باقی می ماند.

سپس آقای زحیلی می افزاید: که این حزم استصحاب را چنین تعریف نموده است: باقی ماندن حکم اصل ثابت به وسیله نصوص (دلایل) تا زمانی که دلیلی از متون شرعی بر تغییر آن حکم قائم شود.

آقای زحیلی می گوید: که ابن حزم استصحاب را مقید نموده است به اینکه اصلی

۱ - الوجیز فی اصول الفقه: ۲۶۷.

۲ - الزحیلی، وهبة، اصول الفقه: ۸۵۹/۲.

است مبنی بر نص شرعی، نه اینکه مبنی بر مجرد اصل ثابت مانند اباحه اصلی. باز زحیلی می افزاید: نکته قابل دقت این است که: هنگامی عمل به استصحاب می شود که دلیل دیگری وجود نداشته باشد.

نکته اول: آقای زحیلی برای تأیید این نکته استناد به دیدگاه خواریزمی در کتاب کافی می نماید و می نویسد: «هنگامی که از مفتی پیرامون حادثه ای سؤال می شود، ابتدا باید حکمش از کتاب سپس از سنت و بعد از آن از اجماع و قیاس بدست آید و اگر حکم را در مصادر مذکور نیافت، حکم آن را از استصحاب حال در نفی و اثبات می گیرد، بنابر این اگر تردید در زوال آن حکم باشد، اصل بقایش می باشد و اگر تردید در ثبوتش و تحققش باشد، اصل عدم آن حکم می باشد.

مثلا اصل در دختر بکارت اوست تا زمانی که تیب بودن او با دلیلی ثابت شود و اصل باقی ماندن ملکیت است تا زمانی که نقل آن ملک با دلیلی ثابت شود و اصل برائت ذمه است از واجبات.

نکته دیگری که ظاهر می شود آن است که: علما اتفاق دارند که استصحاب در مواردی که لازم است که قطع به آن حاصل شود، جاری نمی شود همانند امور اعتقادی مثل نبوت حضرت محمد صلی الله علیه وآله و سلم و همچنین در عدم جواز استناد به استصحاب در موردی که بقای آن یا انتفای آن با دلیل شرعی مغایر با استصحاب ثابت شده باشد خلافی نیست».

آقای زحیلی در ادامه به بیان صورت های استصحاب می پردازد و می نویسد:

«صورت ها و اشکال استصحاب:

برای استصحاب پنج صورت و شکل وجود دارد.

(۱) استصحاب حکم اباحه اصلی برای اشیائی که دلیلی بر تحریم آنها وارد

نشده.

۲) استصحاب عموم تا زمانی که مخصص وارد شود.

۳) استصحاب آنچه که عقل و شرع دلالت بر ثبوت و دوامش نماید.

۴) استصحاب عدم اصلی که با عقل به آن در احکام شرعی می رسند.

۵) استصحاب حکم ثابت به اجماع در محل خلاف میان فقها.

آقای زحیلی این پنج مورد را به عنوان اشکال استصحاب ذکر می نماید. ما در اینجا به همین اندازه از مبحث استصحاب آقای زحیلی اکتفا می نماییم و بقیه بحث را به خواننده گرامی واگذار می کنیم.

۶- تعریف شیخ انصاری

به فرموده شیخ انصاری، محکمترین و کوتاه ترین تعریف این اصل، در سه کلمه «بقاء ما کان»^۱ می باشد. بر اساس این تعریف سه کلمه ای استصحاب عبارت است از: حکم به پایداری و ماندگاری آنچه در گذشته وجود داشته است.

۷- تعریف محقق خراسانی

«حکم نمودن به باقی نگه داشتن حکم یا موضوعی که دارای حکم شرعی است هنگام شک در آن حکم یا موضوع»^۲.

نظر پیشینیان درباره استصحاب:

عده ای از پیشینیان بر این باور بودند که استصحاب از امارات کاشف از حکم شرعی است. لذا لوازم غیر شرعی آن نزد آنان قابل اثبات بود. چون هر آنچه که کشف از واقع می نماید کشف از لوازم آن هم می نماید.

۱- فرآند الاصول بحث استصحاب.

۲- کفایه الاصول: ۴۳۵.

منظور از امارات ادله ظنی معتبر می باشند که احکام شرعی را به ما می رسانند، مثل خبر واحدی که ارائه دهنده حکم شرعی است و به وسیله آن حکم شرعی بر مکلفان ثابت می شود. در این نظر استصحاب هم در مُسْتَصْحَب حجت خواهد بود و هم در آنچه که بر مستصحب مترتب می شود مثل لوازم عقلی آن.

نظر متأخرین درباره استصحاب:

نظر متأخرین در استصحاب این است که همانند اصول می باشد نه امارات هر چند که در بعضی موارد با اصول تفاوتی دارد.

۸ - تعریف استاد خَلَّاف: «استبقاء الحکم الذی ثبت بدلیل فی الماضي و قائماً فی

الحال حتّی یوجد دلیل یغیره»^۱

یعنی نگه داشتن و استمرار دادن به حکمی که با دلیلی در گذشته ثابت شده است و تا زمان حال پابرجا باشد تا اینکه دلیلی بر تغییرش یافت شود.

هر چند تعریف استاد خلاف فقط استصحاب حکمی را در بر می گیرد و استصحاب موضوعی را در بر نمی گیرد و تعریف صاحب کفایه به تعریف اصولی استصحاب نزدیکتر است اما واژه «استبقاء» و «حکم» در تعریف استاد خلاف به تعریف استصحاب مضمون و وظیفه عملی مکلف را می دهد نه کشف از واقع را.

استصحاب حکمی و موضوعی

استصحاب حکمی: این است که قبلاً یقین به حکمی داشته باشیم و سپس شک در بقایش نمائیم که در این حال باید بقائش را استصحاب نمائیم. این همان استصحابی است که در اصول معتبر می باشد.

۱- مصادر التشریح: ۱۲۸.

استصحاب موضوعی: این است که یقین به حدوث موضوعی داشته باشیم و سپس شک در بقایش نماییم. هر چند عرف در این گونه موارد هم استصحاب می نمایند الا اینکه این نوع استصحاب مربوط به فقه و اصول فقه نمی باشد.

تفاوت میان استصحاب و اماره و اصل عملی:

۱- اماره ناظر و حاکی و بیان کننده واقع است و شارع با بیانی که در اعتبار اماره دارد می گوید: که مؤدای اماره خود واقع می باشد.

ولی دلیل اعتبار استصحاب نمی گوید که استصحاب بیان کننده واقع است، بلکه دلیل اعتبار استصحاب می گوید: که حکم واقع را بر مشکوک جاری نما.

و اما اصل عملی به عنوان وظیفه عملی برای مکلف از سوی شارع هنگام نامعلوم بودن واقع و مخفی بودن آن از مکلف در تمام مراحل و مراتبش معتبر شده است.

نتیجه اینکه شارع به وسیله اصل عملی از مکلف، عمل نمودن طبق آن و مؤدای اصل عملی را می خواهد نه بیشتر.

حکومت: مراد از حکومت، این است که یکی از دو دلیل، دیگری را ناظر و مفسر باشد، یعنی یک دلیل، به حال و وضع دلیل دیگر نظر داشته باشد و مضمون آن را شرح و تفسیر کند.

دلیل ناظر را حاکم و دلیل دیگر (منظور) را محکوم می نامند؛ و فرق نمی کند که دلیل حاکم، موضوع دلیل دیگر را معنی و تفسیر کند و یا محمول آن را. چنانکه فرق

نمی کند که دلیل دیگر را با تفسیر خود، توسعه و تعمیم دهد، یا در آن محدودیت و اختصاص به وجود آورد؛ و نیز فرق نمی کند که مفسر بودن و ناظر بودن حاکم، به

صورت دلالت مطابقی باشد یا التزامی و مقدم بر دلیل محکوم باشد یا مؤخر از آن. مثلا هرگاه دلیلی بگوید: «همه دانشمندان را اکرام کنید» این دلیل عام است و

همه علماء حتی فاسق را فرا می گیرد، هرگاه دلیل دیگری بگوید: «هیچ فاسقی دانشمند نیست» معلوم است که این به دلیل نخست نظر دارد و آن را بیان و تفسیر می کند. بنا بر این حاکم بر آن است، زیرا دانشمند بودن فاسق را نفی کرده است و چون این نفی نمی تواند بر وجه حقیقت باشد معلوم می شود مراد چیز دیگری است و آن محدود نمودن وجوب اکرام است به عادل و عدم اکرام فاسق. این نمونه‌ای از حکومت و دلیل حاکم و محکوم است.

مثال دیگر: اگر دلیلی بگوید «الخمیر حرام» و دلیلی دیگر بگوید «الفقاع خمر» [الفقاع؛ وَهُوَ مَا أُتْخِذَ مِنَ الزَّيْبِ وَالشَّعِيرِ] این دلیل دیگر ناظر به آن دلیل نخست است؛ که موضوع آن را تفسیر می کند و توسعه می دهد.

حکومت اماره بر استصحاب:

پس از بیان فوق علت تقدم اماره بر استصحاب روشن می شود، زیرا با وجود اماره و روشن شدن واقع تعبداً، به واسطه اماره دیگر، جایی برای شک باقی نمی ماند، زیرا قیام اماره به نظر شارع بر طرف کننده شک می باشد و وقتی که شارع فرد را شاک نپندارد، معنا ندارد که به او بگوید: شکت را یقین بپندار. یعنی استصحاب جاری کن.

حکومت استصحاب بر اصل

با این بیان علت تقدم استصحاب بر بقیه اصول عملیه روشن می شود، زیرا بقیه اصول غیر از استصحاب که جعل شده اند در هنگام نامعلوم بودن واقع و مخفی شدن آن از مکلف و چون مکلف مأمور می باشد که شک را به سان یقین بپذیرد، پس او به نظر شارع تعبداً عالم به واقع می باشد، چون در هنگام یقین سابق و شک لاحق، شارع به شک اعتبار علم داده است و به او گفته است تمام آثار علم را بر شک اجرا

نما و با فرض تحقق واقع تنزیلی، یا تنزیل شک به منزله یقین، دیگر واقع برای او پنهان نخواهد بود که رو به سوی وظیفه عملی (سایر اصول غیر استصحاب) بیاورد، پس استصحاب رافع موضوع اصول می‌باشد.

استصحاب و وجوب فحص:

پس از اینکه تقدم اماره بر استصحاب معلوم شد، نمی‌توانیم قبل از فحص از اماره عمل به استصحاب بنماییم.

دلیل وجوب فحص از اماره قبل از عمل به استصحاب

با داشتن علم اجمالی به تکالیف الزامی از سوی شارع و قرار دادن راههایی از طرف شارع برای رسیدن به آنها، رجوع به اصول عملیه جایز نمی‌باشد و با این گفته استدلال بر وجوب فحص از اماره قبل از عمل به استصحاب می‌شود.

ارکان استصحاب

ارکان استصحاب که از تعریف استصحاب بدست می‌آیند نزد علامه حکیم هفت تا می‌باشند:

۱ - یقین: منظور اصولی‌ها از یقین در اینجا انکشاف واقع متعلق یقین، وجداناً یا تعبداً می‌باشد.

۲ - شک: مقصود از شک معنایی است که در برابر یقین تعبدی یا وجدانی می‌باشد، پس هر چه که یقین نباشد خواه شک منطقی باشد - یعنی تساوی الطرفين - و یا گمان غیر معتبر باشد و یا وهم باشد، همه این موارد که غیر یقین می‌باشند نزد اصولی‌ها شک محسوب می‌شوند و همه اصولیان بر این حالات حکم شک جاری می‌کنند.

۳ - متعلق شک و یقین یکی باشد. یعنی به هرآنچه که یقین تعلق گرفته است

باید شک نیز به همان تعلق بگیرد.

۴ - فعلی بودن شک و یقین.

۵ - قضیه متیقنه و مشکوکه در همه جهات یکی باشد. فقط زمان از آن استثنا می شود به خاطر عدم تحقق تناقض، زیرا اگر زمان دو قضیه یکی باشد تناقض حاصل می شود.

۶ - اتصال زمان شک به زمان یقین.

۷ - سابق بودن یقین بر شک.

حال اگر همه این ارکان یکجا جمع شوند امکان اجرای استصحاب محقق می شود؛ و حکم استصحاب جاری می شود و در صورت مفقود بودن هر یک از موارد فوق امکان اجرای استصحاب وجود نخواهد داشت.

اختلاف در حجیت استصحاب

«اکثر علما - بنا به نقل ابن حاجب - و از جمله آنان مالکی ها و حنبلی ها و اکثر شافعی ها معتقدند که استصحاب حجت شرعی است، بنابراین حکم می کنیم به بقاء حکمی که قبلاً وجودش ثابت بود تا زمانی که دلیل رافع آن یافت شود، می نماییم، پس امر ثابت در گذشته تا حال به طریق استصحاب باقی می ماند.

در کتاب معالم ذکر شده است که: اکثر اصولی ها قائل به حجیتش می باشند به جز سید مرتضی همچنانکه «اکثر حنفی ها و متکلمین مانند ابی الحسین بصری با حجیت استصحاب مخالفت نموده اند». [أبو الحسن البصری (۰۰۰ - ۶۵۹ هـ = ۰۰۰

- ۱۲۶۱ م)

علی بن ابی الفرج بن الحسن، صدر الدین، أبو الحسن البصری: أديب عالم بأخبار الشعراء.

صنف «الحماسة البصرية - ط» جزءان، للملك الناصر يوسف ابن الملك العزيز ابن الظاهر، ضاهي بها حماسة أبي تمام و «المناقب العباسية - خ» في باريس (رقم ۶۱۴۴) في تاريخ الخلفاء العباسيين إلى آخر أيام المستعصم. نقلا عن: الأعلام للزركلي] مؤلف سلم الاصول می گوید: «استصحاب حجتی است دفع کننده نه اثبات کننده، یعنی حجت است برای دفع آنچه که با حکم ثابت با استصحاب مخالف است و استصحاب بر امری که بر آن دلیل اقامه نشده است حجت نمی باشد».

تقسیمات استصحاب

و اما امامیه تفصیلات فراوانی در اقسام استصحابانوده اند، مهمترین آنها تفصیل شیخ انصاری است میان موردی که شک در مقتضی باشد که استصحاب را جاری نمی داند و شک در رافعکه استصحاب را جاری می نماید.

دلایل مثبتین استصحاب

علامه سید محمد تقی حکیمدلایل استصحاب را چنین ذکر نموده است:

۱- سیره عقلا ۲- وجوب عمل به ظن ۳- اجماع ۴- سنت

پذیرفتن هر یک از موارد فوق به عنوان دلیلی برای اثبات حجیت استصحاب یا ردّ نمودن آن سبب تطویل کلام می شود، لذا از طرح بحث خودداری می نمایم و بحث را به فرصتی دیگر می سپاریم.

سؤالات فصل هفتم: استصحاب

- ۱ - آقای رازی استصحاب را در کتاب المحصول چگونه تعریف می کند؟ و دلیل او بر حجیت استصحاب چه می باشد؟
- ۲ - آیا به نظر آقای غزالی احکام سمعی با عقل درک می شوند؟ عقل بر چه چیزی دلالت می کند؟
- ۳ - نفی اصلی به چه معنایی می باشد؟
- ۴ - آقای غزالی استصحاب را در چه مواردی حجت می داند؟
- ۵ - تعریف استصحاب را از آقای غزالی در کتاب المستصفی بنویسید.
- ۶ - آقای مقدسی چه تعریفی برای استصحاب ارائه می دهد؟
- ۷ - دو تعریف آقای زیدان را برای استصحاب بنویسید.
- ۸ - انواع استصحاب نزد زیدان کدامند؟ حجیت استصحاب نزد حنفیان چیست؟
- ۹ - نزد حنبلیان و شافعیان حجیت استصحاب به چه خاطر است؟
- ۱۰ - تفاوت حنفیان، حنبلیان و شافعیان در مورد حجیت استصحاب چیست؟
- ۱۱ - تعریف استصحاب از دیدگاه زحیلی چیست؟
- ۱۲ - تعریف استصحاب از دیدگاه ابن حزم چیست؟
- ۱۳ - دو نکته از نکاتی را که زحیلی در مورد استصحاب ذکر می کنند بنویسید
- ۱۴ - صور و اشکال استصحاب از دیدگاه زحیلی کدامند؟
- ۱۵ - پیشینه استصحاب را مختصراً بنویسید.
- ۱۶ - تعریف استصحاب از دیدگاه شیخ انصاری و محقق خراسانی چیست؟
- ۱۷ - نگرش پیشینیان در باره اینکه استصحاب اصل است یا اماره چیست؟ آن را توضیح دهید و لازمه هر یک از دو دیدگاه را بنویسید.

- ۱۸ - نظر متأخرین را درباره استصحاب بنویسید.
- ۱۹ - تعریف استصحاب را از دیدگاه ابن خلاف بنویسید؛ و نقدش را تقریر نمایید.
- ۲۰ - هر یک از استصحاب حکمی و موضوعی را تعریف کنید.
- ۲۱ - تفاوت میان استصحاب و اماره و اصل عملی چیست؟
- ۲۲ - حکومت را تعریف کنید.
- ۲۳ - نسبت میان اماره و استصحاب را با توضیح بنویسید.
- ۲۴ - نسبت استصحاب و اصل را شرح دهید.
- ۲۵ - چه وقت نوبت عمل به استصحاب می رسد؟
- ۲۶ - فحص از اماره قبل از استصحاب را تقریر نمایید.
- ۲۷ - ارکان استصحاب را با توضیح مختصری بنویسید.
- ۲۸ - آراء دانشمندان را پیرامون حجیت استصحاب تقریر نمایید.
- ۲۹ - دلایل مثبتین استصحاب کدامند؟

فهرست منابع

- قرآن کریم
الاصول العامه للفقہ المقارن سید محمد تقی الحکیم
اصول الفقہ محمد ابو زهره
أصول الفقہ الذی لایسع الفقیه جهله أ. د. عیاض بن نامی السلمی عضو هیئت
تدریس بخش أصول فقہ در دانشکده شریعت ریاض
«المحصول فی علم اصول الفقہ» آقای رازی شافعی
«المستصفی فی علم الاصول» آقای غزالی شافعی
«روضۃ الناظر و جنۃ المناظر» آقای ابن قدامه مقدسی حنبلی
«الوجیز فی اصول الفقہ» آقای عبد الکریم زیدان حنفی
«الفقہ الاسلامی و ادلته» آقای زحیلی شافعی که کتابش اصول فقہ مقارن است و
در پرتو کتاب الاصول العامه للفقہ المقارن علامه حکیم نوشته شده است.