###### فقه و چالش ميان تعليل و تعبد[[1]](#footnote-3)\*

دكتر حسين صابري

##### دانشكده الهيات، دانشگاه فردوسي مشهد

E – mail: saberi @ Ferdowsi. um. ac. ir

##### چكيده

هر چند دانش اصول فقه را منطق فقه خوانده‌اند اما اين دانش خود نيز بر بنيادها و اصولي تكيه مي‌زند كه به نوعي در ادبيات امروزين در قلمرو فلسفه فقه جاي گرفته‌اند و شايد هم بتوان آنها را در فلسفه اصول فقه جاي داد. يكي از اين بنيادها «اصالت تعليل» يا «اصالت تعبد» و تعيين قلمرو هر يك از اين دو اصل در كار استنباط است. به رغم آن كه در اصول فقه به طور سنتي از اين اصل بحث مفصلي به ميان نيامده، اما گرايش به هر يك از اين دو اصالت زيربناي ساخت عمومي و برآيند ديدگاه‌ها و فتواها را ساخته است. در مقاله حاضر اين اصول مورد بررسي قرار گرفته‌اند. قلمرو و هر كدام بررسي و نقد شده و به ويژه موضع شيعه در اين خصوص به صورتي متمايزتر مورد بررسي قرار گرفته است. بدان اميد كه از مطاوي مباحث و از نقطه‌هايي روشن كه در اين مباحث به چشم مي‌خورد راهي به سوي ميدان گشودن بر تعليل و از آن پس پويايي بخشيدن به سامانه استنباط فقهي با تكيه زدن بر اين ساز و كار جسته شود.

**كليدواژه‌ها *:*** تعبّد، تعليل، تحكم، توقيف، معني، علت، مصلحت.

**درآمد**

در دانش اصول فقه و در چگونگي استنباط فقهي با همه اختلافي كه در مذاهب در اين باره هست رويكردهاي عمده به چشم مي‌خورد كه خود زمينه تمايز مكتب‌ها و نگرگاههاي متفاوت است. اين رويكردها از آن پايه اهميت برخوردار است كه مي‌توان آنها را اصول حاكم بر اصول استنباط دانست؛ بر اهل تحقيق پوشيده نيست كه تا چه اندازه ميان روش استنباط در مكتب اخباري با مكتب اصولي تفاوت رخ مي‌نمايد و چه سان مجموعه‌اي از مذاهب فقهي متمايل به اهل حديث راه خود را از مجموعه مذاهب متمايل به اهل رأي جدا مي‌كند و حتي چگونه در دورن يك مذهب اين دو تمايل يا اين دو رويكرد اجتهادهايي متفاوت را مي‌آفريند. اين كه چگونه به دين مي‌نگريم، چه برداشتي از مذاق شارع و دأب شرع داريم و چه روحي را حاكم بر تشريع مي‌دانيم و چه علاقه و سيلقه‌اي بر روند استنباط نزد ما سايه گسترانده است در چگونگي به بار نشستن استنباط بيرون كشيدن گزاره‌هاي فقهي از دل متون اثري بسيار بر جاي مي‌گذارد، و درست از همين روي پرداختن به اين گونه مباحث اگر نگوييم از پرداختن به مسائل و موضوعهاي متداول در اصول فقه به طور سنتي با اهميت‌تر است دست كم از آنها كم اهميت‌تر نخواهد بود.

جستاري كه فرا روي داريد به يكي از اين رويكردها يا تمايل‌ها مي‌پردازد و آن اين كه آيا در برخورد دين با پديده‌ها و به طور مشخص‌تر در تشريع احكام و مقررات فقهي براي مردم آنچه قاعده اوليه است استناد به «تعليل» و نظر داشتن به تحقيق يك هدف فردي يا اجتماعي و به ديگر سخن ابتناي حكم بر فلسفه مشخص است يا اين كه شارع از آن روي كه شارع است و سخن او و تشريع او را بايد پذيرفت به خود حق مي‌دهد تنها حكم بدهد، بي‌آن كه به فلسفه‌اي مشخص نظر داشته باشد يا اين فلسفه را براي مخاطبان تشريع بيان كند؛ و در مرتبه‌اي نازل‌تر آيا ما حق داريم در برخورد با احكام و مقررات شرع اصل را بر علت‌دار بودن بگذاريم و بر اين اساس با استناد به علل احكام از موارد منصوص فراتر رويم يا آن كه بايد اصل را بر «علت‌دار نبودن» يا «معلوم نبودن علت» بگذاريم و با تكيه بر اين اصل به آنچه منصوص و مذكور در شرع است بسنده كنيم و در وراي آن به فرضهايي چون اصول عمليه چنگ آويزيم.

اين مبحثي است كه در «فقه و چالش ميان اصالت تعبد و تعليل» بررسي مي‌شود.

تصويري آغازين

يكي از مبانيي كه مصلحت‌گرايي بر آن مبتني است و اصولاً يكي از مباحث مهمي كه زمينه‌ساز عقلاني كردن فقه يا ميدان دادن به دلايل عقلي در برخورد با متون ديني و تفسير آنهاست چگونگي نگرش به متون و ميزان پايبندي به ظاهر آنها يا عرصه گشودن بر تعقل و تعليل است.

اصولاً در لزوم تعبّد نسبت به آنچه در شرع آمده و گردن نهادن به آنچه خواست شارع است هيچ ترديدي نيست و در هيچ مذهبي فقهي چيزي خلاف اين اصل كلي اظهار نشده است. اين هم پذيرفته است كه احكام شرع در ذات خود به مصالح و مفاسدي تكيه دارند و مقررات ديني به يك «علت» مشخص وضع شده‌اند و به تعبير رايج در اصول اهل سنت «معنا»يي در آنها وجود دارد. اما مسأله مهم آن است كه آيا مي‌توان اين علت و معنا را تشخيص داد و آن گاه به استناد آن به تعميم دست يازيد يا نه؟ نكته اصلي در پاسخ به اين مهم آن است كه روشن شود آيا در شرع اصل و قاعده بر تعبّد است يا قاعده بر تعليل است و اقتضاي شرع و نگاه شارع تعليل در احكام و پايبندي به مقتضيات و لوازم اين تعليل است؟ بر پيداست كه هر اندازه در پاسخ به اين پرسش به تعليل بگراييم ميدان فراختري فراروي مصلحت و ديگر ساز و كارهاي عقلي استنباط خواهيم گشود و به سوي عقلاني كردن فقه گام بر خواهيم داشت و هر اندازه بيشتر به تعبّد بگراييم بيشتر به دام ظاهرگرايي خواهيم افتاد و در عقلاني كردن ناتوان و به تبع آن ناگزير خواهيم شد تحكم را بر جاي تعقل بنشانيم و در چنين مخمصه‌اي است كه گاه ناگزير خواهيم شد از حربه تكفير و تفسيق نيز بهره بجوييم.

ديدگاه مشهورتري كه در اين عرصه وجود دارد و تدوين كاملي از آن را مي‌توان در آراي شاطبي يافت اين است كه در باب عبادات اصل بر تعبّدي بودن و در باب معاملات اصل بر تعليل است. شاطبي در اين باره مي‌نويسد:

«در عبادات نسبت به مكلف اصل بر تعبّد است نه التفات به معاني، اما در عادات اصل بر التفات به معاني است» (شاطبي، 2/300).

البته، شاطبي در جايي ديگر اين اصل كلي و مطلق را به گونه‌اي ديگر تفسير مي‌كند و بيان مي‌دارد كه آنچه در هر يك از دو باب عبادات و عادات غلبه دارد به ترتيب جهت تعبّد و تعليل است. او مي‌گويد:

«ما از مقاصد شارع بدين آگاهي داريم كه ميان عبادات و عادات تفاوت نهاده شده و در باب عبادات جهت تعبّد و در باب عادات جهت توجه به معاني و علل غلبه يافته و عكس اين مسأله در دو باب ياد شده بسيار اندك است» (شاطبي، 2/394).

اين تمايز ميان باب معاملات ـ يعني آنچه شاطبي آن را عادات ناميده ـ و باب عبادات در واقع به مقام اثبات مربوط مي‌شود وگرنه در مقام ثبوت و واقع و آنچه عندالله است همه بر اين اتفاق نظر دارند كه افعال خداوند به حكمت و علت است.[[2]](#footnote-4)

اكنون با اين تصوير كلي به سراغ هر يك از دو اصل حاكم بر هر يك از دو مقوله عبادات و معاملات مي‌پردازيم تا ببينيم كه واقعيت برخورد با هر يك از اين دو اصل چگونه است و چه سان مي‌توان از آنها به سوي فقهي مبتني بر تعليل و به دور از تحكم راه جست.

عبادات و تعبّد

در اين كه اصل در عبادات و تعبّد است مخالفت چنداني وجود ندارد و شايد هم بتوان بر اين گزاره كه دست‌كم در مورد مكلف،اصل در باب عبادات بر تعبّد است نوعي اجماع وجود دارد، هر چند نحوه بيان اين حقيقت در مذاهب مختلف متفاوت است.[[3]](#footnote-5)

علت اين امر هم آن است كه اصولاً آنچه در باب عبادات مورد نظر شارع قرار گرفته آزمودن بندگان به اختيار و فرمانبري در برابر خداوند و فرمان اوست،[[4]](#footnote-6) هر چند در ذات آن فعل عبادي هم مصلحتي خاص وجود داشته باشد.

از آن روي كه در كليت اصل ياد شده و علت اين اصل اختلاف ماهوي وجود ندارد روا نيست در اين باب سخن به درازا كشانده شود. اما با وجود اين دو نكته در ميان است كه مناسب است بدانها پرداخته شود:

نخستين نكته آن است كه با كدام دليل ما به اين اصل رسيده‌ايم و چگونه اين دأب و شيوه يا طبع تشريع را كشف كرده‌ايم. در پاسخ به اين پرسش براي اصل تعبّدي بودن عبادات دلايلي بيان شده و يكي از جامع‌ترين تقريرها در اين باره گزارش شاطبي است. او در اين باره از سه دليل سخن به ميان مي‌آورد كه عبارتند از:

1 ـ استقراي در احكام شرع از اين تعبدي بودن پرده بر مي‌دارد؛ چه در موارد فراواني در احكام عبادات ديده مي‌شود كه علت و موجبي ـ به كسرة جيم ـ واحد در جايهاي متفاوت مقتضيات و موجبهايي ـ به فتح جيم ـ دارد يا يك ذكر خاص در حالتي و در جايي خاص پسنديده و در جاي ديگر ناپسند و موجب بطلان است. [[5]](#footnote-7)

احكام طهارت، نماز، روزه و ديگر عبادات محض و همچنين جنبه عبادي احكامي كه مشتمل بر دو جهت عباديت و عادت هستند بر اين استقراء گواهي مي‌دهد.

2 ـ اگر مقصود شارع آن بود كه در وجوه عبادت و تعبّد توسعه دهد به گونه‌اي كه هم بتوان به امور مشخص شده در ادله نقلي و هم به ديگر امور عبادت كرد دليل و نشاني بر اين مقصود خويش نصب مي‌كرد، آن سان كه در باب عادات چنين دليلي نصب كرده و به استناد همين دليل و نشان است كه در آن باب از امور منصوص تجاوز مي‌شود. اين در حالي است كه در باب عبادات چنين دليل و نشاني يافت نمي‌شود و اين خود گواهي است بر آن كه مقصود شارع در باب عبادات توقف در مرز امور منصوص است مگر آن كه در برخي صورتها به نصي يا به اجماعي روشن شود كه معنا و علت خاصي مراد است.

3 ـ به تجربه روشن شده است در دوره‌هاي فترت رسولان، عقلاي مردم نتوانسته‌اند آن گونه كه در باب معاملات به معاني و علل راه يافته‌اند در باب عبادات به كشف درست اين وجوه و علل نايل آيند و از همين روي در اين باب غالباً هرگاه به كشف علت و معنا دست يازيده‌اند راه خطا و گمراهي پيموده‌اند. اين خود دليلي روشن است بر آن كه عقل نمي‌تواند مستقلاً معاني و علل را در اين حوزه كشف كند.

گواه اين حقيقت نيز سخن قرآن است كه حجت را بر مردمان در دوره‌هاي فترت تمام ناشده مي‌داند و مي‌گويد: وَ ما كُنّا مُعَذِّبينَ حَتّي نَبْعَثَ رَسُولاً.[[6]](#footnote-8)

به سبب اين ادله است كه سلف نيز در باب عبادات در حد امور منصوص توقف كرده‌اند و حتي امام مالك كه پيشواي مكتب استصلاح است در اين باب به تعبّد گراييده و براي نمونه در رفع حدث صرف نظافت را بسنده ندانسته و نيّت را شرط كرده، يا حتي در باب زكات اعطاي قيمت مال الزكاة را كافي ندانسته و در باب كفارات هم به آن عدد منصوص در متون ديني بسنده كرده است. (بنگريد به: شاطي، 2/301 ـ 304). [[7]](#footnote-9)

اين ادله افزون بر ديدگاه و مستند كساني است كه اصولاً در همه ابواب شرع خواه معاملات و خواه عبادات به تعبّدي بودن معتقدند و هيچ چيزي را «معقولة المعني» نمي‌دانند و از همين روي با هر گونه قياس و اجتهاد مخالفند. ظاهريه و به نوعي هم شيعه ـ البته اختصاص در مخالفت با قياس ـ در اين دسته جاي مي‌گيرند و بر مدعاي خود دلايلي آورده‌اند.

اما دومين نكته‌اي كه در اينجا وجود دارد و تا حدي مي‌تواند با اصل تعبّدي بودن عبادات ناسازگاري به هم رساند و يا آن را نقض كند اين است كه همه عبادات در واقع امر مشتمل بر ملاك و مبتني بر مصلحت هستند و افزون بر آن در شماري از موارد با حكمت و دليل حكم شرع آن اندازه آشكار است كه مي‌توان آن را تعقل كرد و يا در نصوص بدين حكمت و دليل اشاره‌اي شده است. پيشتر گذشت كه چگونه ابن قيم در پاسخ به كساني كه بناي شرع را بر جمع ميان مفترقات و تفريق ميان مجتمعات مي‌دانند به وجوهي از حكمت و علت حتي در باب عبادات و امور تعبّدي صرف تصريح مي‌كند و آنها را گواهي بر نقض قاعده پيشگفته مي‌داند (ابن قيم جوزي، 2/75 و پس از آن).

هر چند شاطبي در دسته‌بندي خود به اين نوع از احكام توجه داشته، اما او آنها را نادر دانسته و از سويي اظهار داشته است كه پيروي از آن مصلحت و علت مذكور يا ثابت شده به اجماع حتي در اين باب بي‌اشكال است (شاطبي، 2/301 و 302)[[8]](#footnote-10) و از سويي ديگر به تبيين آن مي‌پردازد كه اين گونه «مناسب‌»ها از ديدگاه اصوليان حتي معتقدان به تعليل از آن دسته پديده‌هاي فاقد نظير است كه قياس در آنها روا نيست؛ چه، معناي مذكور يا مستنبط در اين گونه موارد از قبيل شباهت است و قياس و توسعه نص به استناد آن از نوع قياس شبه خواهد بود (شاطبي، 2/301 و 302).

اين سخن شاطبي را برخي از شارحان ديدگاههاي او «بستن درهاي تعليل» (ريسوني، 168) در اين حوزه معنا كرده و كوشيده‌اند به رغم آن براي تعليل در اين باب نيز راهي بيابند. ريسوني در شرح و تبيين آراي شاطبي اين اصل را كه در باب عبادات قاعده بر تعبّد است نيازمند تأمل و نظر مي‌داند و تصريح مي‌كند كه «عرصه عبادات بر روي تعليل مصلحت‌گرايانه بسته نيست و چنين تعليلي در آن عرصه منع نشده و در آن مدخل يا مدخلهايي براي تعليل وجود دارد» (ريسوني، 168) او به نمونه‌هايي در اثبات عقيده خود اشاره مي‌كند كه از آن جمله‌اند:

ـ رخصتهاي رسيده در عبادات همه معلَّل و معقول المعني هستند.

ـ در باب طهارات و احكام آنها آنچه غلبه دارد همان مناسب يا مصلحت معقول است. [[9]](#footnote-11)

ـ در باب نماز حكمت اموري چون وقت نماز، جماعت، اذان و اقامه و حتي هيئت نماز بر كسي پوشيده نيست.

ـ در باب زكات نيز تقريباً همه احكام معلَّل هستند و اگر در اصل متون علتي براي آنها ذكر نشده است نيز اين يا آن فقيه به تعليل آنها پرداخته‌اند.

ريسوني بر پايه چنين نكاتي و همچنين با استناد به تصريحهايي از ابن قيم و اشاره‌هايي از شاطبي و استاد او مقري سرانجام بدين نتيجه رسيده كه «در همه احكام شرعي ـ عادي و عبادي ـ اصل بر تعليل است و آنچه از اين قاعده خارج باشد استثنا» (ريسوني، 172) او همچنين از مقري نقل كرده كه گفته است:

«در همه احكام اصل بر معقوليت است نه تعبّد؛ زيرا معقوليت به پذيرفته شدن نزديكتر و از حرج و مشقت دورتر است.» (ريسوني، پيشين، ص 172؛ به نقل از مقري، ***قواعد فقه***، قاعدة 72).

او همچنين از جويني نقل كرده كه در ميان احكام شرعي آنچه نهايتاً داراي معنايي معقول ـ يعني علتي قابل درك ـ نباشد بسيار نادر است. (ريسوني، پيشين، ص 172؛ به نقل از جويني، ***البرهان***، 2/296).[[10]](#footnote-12)

بدين ترتيب به نظر مي‌رسد ريسوني در نقد قاعدة غلبة جهت تعبّد در عبادات تنها نيست و هم از پيشينيان كساني هم رأي اويند و هم در ميان دانشيان پسين كساني با او هم سخن شده‌اند. ابن عاشور يكي از اين كسان است كه قياس‌پذير بودن همه احكام تا هنگامي كه در آنها معنايي ملحوظ وجود دارد به وي نسبت داده شده است. حسني در تقرير آراي او در مسأله تعليل اين نسبت را به وي داده و خود نيز همين تعميم را البته به صورتي مشروط و با پذيرش برخي استنثاها، پذيرفته است (حسني، 320 و 321).

اما مشكلي كه در برابر اين گروه وجود دارد و ترجيع بند سخن مخالفان تعليل و قياس و استصلاح است اين است كه به رغم پذيرش اصولي اشتمال احكام بر مصلحت آگاهي روشني از تفاصيل و جزئيات اين مصالح بويژه در باب تعبّديات امور توقيفي وجود ندارد. اين چيزي است كه حتي طرفداران تعليل و كساني كه پيوسته از حكمت و مصلحت احكام حتي احكام عبادي سخن به ميان آورده‌اند نتوانسته‌اند آن را به صراحت انكار كنند و گاه بدان اعتراف هم كرده‌اند. براي نمونه، شاطبي كه خود بزرگترين نظريه‌پرداز مقاصد است در اين باره مي‌گويد:

«مي‌دانيم كه عبادات به طور كلي براي مصالح بندگان در دنيا و آخرت وضع شده است، هر چند اين مصالح به تفصيل و در جزئيات دانسته نشود». (1/201)

ابن قيم هم به رغم همه تعليلهايي كه براي احكام حتي احكام عبادي بيان داشته و در اين خصوص از امور منصوص فراتر رفته سرانجام چنين اظهار مي‌دارد:

«در احكام عبادات شارع داراي اسراري است كه عقل به ادارك آنها به تفاصيل و جزئيات راه نمي‌يابد، هر چند وجود آنها را به كليت و به طور اصولي درك كند.» (2/107)

اين موضع يادآور همان چيزي است كه در ادبيات اصول فقه شيعه از آن با عنوان «سمعيات الطافي در عقليات است» (بنگريد به: نائيني، ***فوائد الاصول***، 1/5) ياد شده و غزالي از آن بدين عنوان سخن به ميان آورده كه در احكام شرع بنابر احتكام است.

او آن گاه احتكام را به چيزهايي كه وجه لطف در آنها پوشيده است تفسير كرده و بر آن چنين استدلال كرده است:

«معتقديم اندازه تعيين كردن براي نماز صبح به دو ركعت براي مغرب به سه ركعت و براي عصر به چهار ركعت، براي خود رازي دارد و در آن نوعي لطف و صلاح براي خلق نهفته است كه خداوند تنها خود از آن آگاه است و ما را بر آن آگاه نساخته است و از همين روي ما در اين حوزه آگاهي خويش را به كار نگرفته و تنها از موارد معين در شرع پيروي كرده‌ايم». (ريسوني، ***ظرية المقاصد عند الامام الشاطبي***، ص 170، به نقل از: غزالي، ***شفاء الغليل***، ص 274)

با اين همه شگفت است كه در فقه اهل سنت پاره‌اي از موارد استصلاح را حتي در عبادات پذيرفته و اين استصلاح را به مثابه امري منصوص پذيرفته‌اند. براي نمونه اين استصلاح عمر درباره نماز تراويح نزد اهل سنت پذيرفته است. آنجا كه او صلاح را در جماعت بودن تراويح خواند و در همين باره كار خويش را با عبارت «نعمت البدعه» ستود و جالب آن كه حتي پس از او عمر بن عبدالعزيز ركعات اين نماز را نيز افزايش داد و در اين باره به همان مصلحت تكيه زد.[[11]](#footnote-13)

با اين وضع بايد ديد چه مي‌توان كرد؟ آيا بايد همچنان پذيرفت كه اصل در عبادات بر تعبّد است يا آن كه به حكم استثناهاي فراوان بر اين قاعده بايد از آن گذشت و اصل را در عبادات هم بر تعليل دانست؟

به گمان نگارنده با استقرايي هر چند ناقص مي‌توان دريافت كه حتي طرفداران استصلاح به رغم اصرار بر ابتناي احكام عبادي بر مصالح معين نزد شارع كمتر مدعي قطع و علم به جزئيات اين مصالح شده و كمتر بدين اعتبار به وضع و استنباط احكام نوين و به ويژه احكام مخالف نص دست زده‌اند. آنچه در اين باب هم در مسائلي چون نماز تراويح ديده مي‌شود به جنبه اجتماعي امر برگشت مي‌كند و در آن به نوعي ملاك معاملات ديده مي‌شود. پس شايد بتوان در اين باب گفت اصل همچنان بر تعبّد است، بدان معنا كه قاعده بر عدم استكشاف احكام نوين عبادي به ملاك مصلحت است مگر در جايي كه بخوبي روشن شود كه مصلحتي مهم‌تر در ميان است و صورت محدود در متوني ديني قصد شارع را برآورده نمي‌سازد. اين جمع‌بندي تقريباً همخوان با ديدگاهي كلي است كه ابو عبدالله مقري در اين باره مطرح كرده است:

«از ديدگاه محققان مبالغه در راه جستن به حكمتهاي تشريع و مشروعيت احكام بر خلاف استنباط علل احكام و ضبط امارات آن نه از دانشهاي استوار بلكه از امور ناپايدار است و از همين روي نبايد در پي جويي حكمت موجود در احكام بويژه آنچه ظاهرش تعبّد است مبالغه ورزيد؛ چه در اين باب اطميناني نيست كه انسان مرتكب خطر نشود يا به خطا نيفتد. در اين عرصه فقيه را همان كه منصوص يا ظاهر يا نزديك به منصوص است بسنده مي‌كند و براي نمونه مباد گفته شود: زوال يا وقت شرعي ظهر همان وقتي است كه انسان به حسب عادت ]از كار[ به زندگي خويش بر مي‌گردد و در اين هنگام بايد با عبادت آغاز كرد، وقت عصر هنگام روانه شدن انسان در پي كار و تلاش است و در اين هنگام به مردم گفته مي‌شود: براي وقت معاد خويش توشه بر گيريد، و وقت مغرب نيز هنگام بازگشتن دو باره به خانه و زندگي است». (ريسوني، ***نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي***، ص 175، به نقل از: مقري، ***قواعد الفقه***، ص 158).

معاملات و تعليل

تقريباً همان اندازه كه درباره اصالت تعبّد در عبادات اتفاق نظر وجود دارد درباره اصالت تعليل و جواز توسعه مدلول متون يا عبور از آنها در باب معاملات نيز اتفاق وجود دارد، با اين تفاوت كه در اين عرصه هم نزاعهاي لفظي بيشتري در ميان است و هم استثناها بيشتر است.

شاطبي در اثبات اين نكته كه در معاملات اصل بر تعليل و التفات به معاني و علل است ادله‌اي آورده كه چكيده آنها از اين قرار است:

1 ـ استقراي احكام شارع در اين حوزه از اين حقيقت خبر مي‌دهد و مشاهده مي‌كنيم كه شارع در اين حوزه در پي تحقيق بخشيدن به مصالح بندگان است و احكام او نيز داير مدار همين مصالح است. از همين روي ديده مي‌شود كه يك شيء واحد در حالتي يا صورتي كه در آن مصلحتي هست جايز دانسته شده و در فرضي ديگر كه در آن مصلحتي نبوده يا مفسده‌اي در ميان بوده ممنوع شمرده شده است. براي نمونه مبادله يك درهم با يك درهم ديگر به صورت مؤجّل در قالب بيع صحيح نيست، چون مصحلتي ندارد. اما در قالب قرض صحيح است چون مصلحتي را تحقق مي‌بخشد. اموري در شرع از اين قبيل كه فرمود: «لا يقضي القاضي و هو غضبان»[[12]](#footnote-14) يا «لا ضرر و لا ضرار»[[13]](#footnote-15) و يا «القاتل لا يرث»[[14]](#footnote-16) به خوبي نشان از تعليل دارد.

2 ـ چنان كه در مثالهاي پيشين گذشت شارع به فراواني به بيان علل و حكمتها در تشريع احكام باب عادات پرداخته و در بيشتر موارد نيز به «مناسب»ي تعليل كرده است كه چون بر عقل آدمي عرضه گردد آن را مي‌پذيرد. ما خود از اين مي‌فهميم كه قصد شارع در اين باب پيروي از معاني و علل است، نه توقف در مرز نصوص. [[15]](#footnote-17)

به ديگر سخن، شارع در احكام معاملات اموري را مقرر داشته كه در زمان خود عرف مردم آن را مرهمي معقول بر دردي موجود مي‌دانسته و به خوبي اين حقيقت را درك مي‌كرده است، نه آن كه به سان برخي رويكردهاي فقهي امروزين نه فقط مرهمي بر دردي نباشد كه خود دردي نيز بيفزايد.

اين همان چيزي است كه برخي اصوليان در قالب يك قاعده از آن سخن گفته‌اند و آن اين كه در تصرفات شرعي اصل بر تنزيل آنها بر طبق ميزان تصرفات و رفتارهاي عرفي است: «الاصل تنزيل التصرفات الشرعيه علي وفق ـ علي وزان ـ التصرفات العرفيه»[[16]](#footnote-18)؛ يعني آن كه شارع همان راهي را در پيش مي‌گيرد كه عقل انسان به خودي خود آن را در پيش مي‌گيرد يا دست كم مي‌پذيرد.

3 ـ در دوره‌هاي فترت رسولان نيز اعتماد به علل و معاني و مصالح بر اهل خرد پوشيده نبوده و آنان در سامان دادن كار مردم بدين اصل تكيه مي‌زده‌اند و در اين ميان شرع آمده است تا بر جزئيات و تفاصيل بيفزايد. به ديگر سخن، در اين باب آنچه شرع مقرر داشته تكمله و تتميمي بر آن شيوه‌اي است كه مردم خود در باب معاملات داشته‌اند.[[17]](#footnote-19)

اين مجموع ادله‌اي است كه شاطبي در اثبات اصالت تعليل در باب معاملات آورده است (شاطبي، 2/305 ـ 307). اما افزون بر اينها بايد اصل معقوليت و عقلاني بودن احكام دين را هم افزود؛ چه، شرع در پي آن است كه دنيا و آخرت بندگان را سامان دهد و اين خود از ديگر سوي بر آن توقف دارد كه بندگان بسهولت احكام شرع را بپذيرند و از آن پيروي كنند. بنابراين بويژه در حوزه معاملات كه با امور ملموس زندگي و مردم و با سود و زيان و سامان زندگي آنان سر و كار دارد آنچه معلّل باشد پذيرفته‌تر و راهگشاتر است؛ چه، «انسانها به پذيرش احكام معقول و جاري بر طبق مصالح تمايل بيشتري دارند تا تن دادن به قهر و غلبه تحكم و تلخي تعبّد» (غزالي، **المستصني**، 1/339). [[18]](#footnote-20)

افزون بر اين نيازي به استدلال ندارد كه انسان بپذيرد هرگاه حكمي بتواند بسته به مقتضيات زمان و تغيير اوضاع و شرايط و در نتيجة متحول شدن نيازها، بر مدار علل و مصالح تحول يابد كارسازتر و موفقيت‌آميزتر است و از اين رهگذر هيچ گاه فقه به دام ظاهرنگري و كوته‌انديشي گرفتار نمي‌آيد.[[19]](#footnote-21)

اين كليتي از ادله اصالت تعقل در معاملات است. اما از اين كليت كه بگذريم دو نكته ديگر شايسته بررسي به نظر مي‌رسد: نخستين نكته آن كه به رغم اصل ياد شده، در پاره‌اي ابواب فقهي كه به اقتضاي تعريف جزو معاملات هم هستند همچنان حتي از ديدگاه طرفداران قياس و استصلاح و تعليل، تعبّد غلبه دارد و به جاي تعقل معني از اين سخن به ميان مي‌آيد كه آنها اموري غير معقولة المعني[[20]](#footnote-22) هستند. در ميان طرفداران تعليل احكام فقها و اصوليين درباره جاري شدن قياس در حدود، كفارات، تقديرات و رخصتها[[21]](#footnote-23) اختلاف كرده‌اند.

به گزارش شوكاني، حنفيه قياس در چنين مواردي را ممنوع دانسته‌اند، بدان اعتبار كه حدود مشتمل بر تقديراتي است كه عقل حكمت موجود در خصوص اين عدد و تقدير را نمي‌فهمد و اين در حالي است كه قياس فرع بر تعقل معنا و علت يا امر جامع در اصل است. (شوكاني، ***ارشاد الفحول***، 377). اما در برابر، عقيده به جواز قياس در حدود، كفارات، ابدال و مقدرات به ابويوسف و همچنين به شافعيه و امام احمد نسبت داده شده است (آل تيميه، 356؛ ابن بدارن، 339؛ ابن قدامه، 338؛ زلمي، 454).

افزون بر اين، طرفداران تعليل و قياس و استصلاح كه خود نوعي قياس در معناست در جايي كه «اصل» خود خلاف قاعده باشد تعليل بر آن را روا ندانسته‌اند و يكي از شروط «مقيس عليه» را آن دانسته‌اند كه «معدول عن القياس» نباشد. از ديدگاه حنفيه قياس بر آنچه خود خارج از قياس است جايز نيست؛[[22]](#footnote-24) زيرا ركن قياس فهم معنا (علت) قياس است و در چنين موردي اين امكان وجود ندارد. اما شافعيه اين قياس را روا دانسته‌اند. (بنگريد به: زنجاني، منبع پيشين، ص 184؛ آمدي، 3/317)

آمدي در ضمن بيان شروط آنچه در آن قياس روا هست شرط پنجم را آن مي‌داند كه حكم اصل «معدول به» از سنن قياس نباشد. او «معدول به» از سنن قياس را دو نوع مي‌داند:

يك ـ آنچه معنايش تعقل نمي‌شود. اين خود بر دو دسته است:

1 ـ از قاعده‌اي مستثني شده، از قبيل پذيرش گواهي خزيمه به عنوان يك شاهد به جاي دو شاهد در حالي كه چنين چيزي خلاف قاعده باب شهادات است.

2 ـ از امور ابتدايي است؛ يعني شارع بنيانگذار آن است، از قبيل نصاب زكات، حدود و كفارات كه افزون بر اين كه به عقل در نمي‌آيد، از قاعده عامي هم استثنا نشده است.

دو ـ آنچه ابتداءاً تشريع شده و نظيري برايش نيست و به همين دليل قياس در آن جاري نمي‌شود؛ چه معنا و علت آن به تعقل آيد، همانند رخصتهاي سفر كه به واسطه دفع مشقت است و چه به تعقل نيايد، همانند قسامه و يا حكم به ديه عاقله (آمدي، 3/217 و 218).

به همين ترتيب است كه حتي طرفداران استصلاح، در امور ياد شده به استثناي مورد اخير از حدود متون فراتر نرفته و به تجاوز از متن به استناد مصلحت نگراييده‌اند. شاطبي خود به عنوان يكي از نظريه‌پردازان فقه مصلحت و مقاصد به اين «استثنا بر قاعده» توجه مي‌دهد و در اين باره مي‌نويسد:

«وقتي روشن شد كه در باب عادات آنچه غلبه دارد التفات به معاني و علل است اگر در همين باب موردي از تعبّد يافت شد ناگزير بايد در برابر آن تسليم بود و در مرز همان منصوص باز ايستاد.

از اين قبيل است درخواست مهريه در ازدواج، لزوم ذبح در عضو خاصي از حيوان حلال گوشت، فرضهاي تعيين شده در ارث، شمار ماههاي عده در عده طلاق و وفات و اموري همانند اينها كه عقل را در فهم مصالح جزئي آنها مجالي نيست تا چيزهاي ديگر بر آنها قياس شوند، چه، ما مي‌دانيم كه شروط معتبر در ازدواج از قبيل وليّ و يا مهر و همانند آن براي باز شناختن پيمان زناشويي از بدكارگي است، يا مي‌دانيم كه فروض ارث بر حسب ترتيب قرابت با ميت مشخص شده‌اند يا مقصود از عده و استبراء اطمينان يافتن به بچه‌دار نبودن زن و ايمن ماندن از اختلاط مياه است، اما اينها اموري كلي است هستند، چونان كه در باب عبادات نيز كليت خضوع و تعظيم و اجلال در برابر خداوند علت تشريع عبادات است، ولي اين مقدار ]از آگاهي به ملاك و مصلحت[ مقتضي صحت قياس بر اصل نيست تا در نتيجه گفته شود: چنانچه براي مثال در باب نكاح پيمان زناشويي و ارتباط نامشروع با نشانه‌هاي ديگري از هم بازشناخته شوند به شروط مقرر در شرع نيازي نيست يا اگر در باب عدّه، از طرق ديگر نسبت به بچه‌دار نبودن زن اطمينان حاصل شود به تشريع عده نيازي نيست». (***الموافقات***، ج 2، ص 307 و 308).

البته به خوبي پيداست كه اين استثناها كه در سخن شاطبي آمده و يا استثناهاي ديگري كه ديگران در باب قياس آورده‌اند همه بر محور «عدم تعقل معنا و علت مقصود شارع» مبتني است و بنابراين همچنان جاي اين پرسش خواهد ماند كه چنانچه به هر ترتيب علم اطمينان‌آور به اين مصلحت و مقصود حاصل آيد آيا باز هم مانعي بر سر راه تعليل و قياس و استصلاح خواهد بود. اين چيزي است كه بايد جستارهاي دامنه‌دارتر عهده‌دارش شوند.

اما دومين نكته‌اي كه در اين بحث با اهميت مي‌نمايد موضع عموي شيعه است كه خود جداي از ايستار آنان در كل مبحث استصلاح نيست. به رغم مخالفتي كه در منابع شيعي ـ دست كم در علم اصول ـ با اعمال مصلحت ديده مي‌شود به نظر مي‌رسد كه با قدري ترديد و پس و پيش نهادن گامها در باب معاملات گرايش به نوعي تعليل وجود دارد. هر چند در ادبيات اصولي شيعي اصطلاح تعليل كمتر به كار رفته، اما در فقه و اصول پاره‌اي از احكام مولوي و پاره‌اي ديگر ارشادي دانسته شده‌اند. بدان معنا كه ما را به آنچه به خودي خود حكم عقل است راه مي‌نمايند، بي‌آن كه شرع در اين باب به تأسيس قاعده يا وضع حكمي نو دست زده باشد. گاه بدين تصريح شده كه «در باب معاملات اوامر و نواهي شرعي ظهوري در اين كه احكام تكليفي مولوي باشند ندارند و تنها ارشادي هستند» (روحاني، 2/79). گاه همين امر با اصطلاح امضائي بودن ـ صرف نظر از تفاوت اين دو اصطلاح با پاره‌اي تدقيقها ـ آمده است، چونان كه خوئي تصريح مي‌كند كه «احكام معاملات احكام امضائي هستند» (خوئي، **كتاب الحج**، 1/353). گاه نيز در مصاديقي از احكام و ابواب معاملات سخن از ارشادي بودن به ميان آمده است، چنان كه بدين نكته معروف در فقه اماميه اشاره كرده‌اند كه «حليت در باب معاملات ارشادي است» (روحاني، 1/39). يا گفته‌اند كه «ادله وجوب وفاء به عقد ارشادي است» (خميني، **كتاب الصوم**، 64). يا تصريح كرده‌اند كه «يد اماره شرعي بر همان حقيقت ثابت نزد عاقلان است» (بجنوردي، 3/11) هم از اين ياد كرده‌اند كه در باب طلاق ادلة نقليِ حاكيِ از لزوم تعيين داوران و ارجاع امر به آنها بر ارشاد حمل مي‌شود (حسيني خوانساري، 4/442).

در مصاديقي از مسائل ابواب طهارت و نجاست ـ البته جنبه غير عبادي آن ـ سخن از امكان حمل ادله شرعي بر ارشاد به ميان آمده است.[[23]](#footnote-25) و افزودن بر آن حتي گاه در مسائلي از ابواب عبادات هم به امكان حمل بر ارشاد تصريح شده است.[[24]](#footnote-26)

اين نمونه‌ها علاوه بر تصريحهايي است كه اصوليان شيعه در پاره‌اي از مباحث اصولي به ارشادي بودن ادله و امارات دارند.[[25]](#footnote-27)

اما بايد ديد تصريح به ارشادي بودن و امضائي بودن در اين گونه مباحث آيا واقعاً راه را بر تعليل مي‌گشايد؟ پاسخ اين پرسش بدان بستگي خواهد داشت كه ما ارشادي بودن و امضائي بودن را به چه معنا بدانيم. اگر بگوييم ارشادي بودن بدان معناست كه شارع در اين ابواب اعتبار تازه‌اي ندارد و هر چه هست راهنمايي به سيره عقلاست و از سوي ديگر اين را هم مي‌دانيم كه رفتار عقلا رفتاري دور از تحكم و مبتني بر تعليل ـ صرف نظر از درستي و خطاي اين تعليل ـ است در آن صورت ارشادي بودن راه به تعليل خواهد گشود. شايد اين فرض در پاره‌اي مباحث چون ادله احكام و امارات استنباط فرضي ممكن و نزديك به حقيقت باشد. اما اگر بگوييم ارشادي بودن به معناي نفي حكم تكليفي و نفي استحقاق كيفر و پاداش اخروي خاص مترتب بر موضوع است يا اگر بگوييم ارشادي بودن به معناي راهنمايي به اعتباري ويژه از سوي شارع در امور وضعي چون صحت و فساد و جزئيت و شرطيت است ديگر تصريح به ارشادي بودن و امضائي بودن هم گواهي بر گرايش صاحبان اين تصريح به مقوله تعليل نخواهد بود، بلكه در چنين فرضي سخن آنان باز هم به تعبّد به ادله ـ اما ادله حاكي از احكام وضعي يا انتزاع از احكام وضعي ـ باز خواهد گشت. ظاهراً آنچه از مطاوي سخن فقيهان و اصوليان به ذهن نزديك مي‌شود نظر آنان به همين معناي اخير است و با استناد به همين برداشت مي‌توان گفت كه متأسفانه تمايل به تعليل در نزد اصوليان و فقيهان شيعه بسيار كم است و همچنان سايه تعبّد بر همه ابواب فقهي سنگيني مي‌كند. گواه برداشت اخير تفسيري است كه وحيد بهبهاني در پاسخ به اين پرسش به دست مي‌دهد كه آيا معاملات نيز همانند عبادات توقيفي هستند يا نه. گرچه او به اين حقيقت تصريح مي‌كند كه «فقيهان بر اين اتفاق نظر دارند كه عبادات بر خلاف معاملات توقيفي هستند» اما به گمان نگارنده تفسيري كه او از توقيفي نبودن معاملات ارائه داده تنها در حد صدق نام است و اين كه در اين باب در صدق اسامي و عناوين آنچه ملاك است معناي عرفي يا لغوي است، چنان كه براي مثال در باب بيع مي‌گويند: آنچه عرفاً بيع شمرده مي‌شود مصداق بيع است، يا در باب صلح مي‌گويند: آنچه در عرف و در لغت صلح شمرده شود در اصطلاح شرع غير صلح است. اما با وجود اين، اعتبار احكام و شروط و مقررات خاص براي اين عناوين و موضوعات امري است به دست شرع (وحيدي بهبهاني، ص 475 و 476). و البته از آن پس بحث از اين كه شارع روي چه ملاكي شروط و مقرراتي را اعتبار كرده بازگشت به آغاز و خود پرسشي تازه است. شايد نظر صاحب جواهر دربارة پذيرش ارشادي بودن همه احكام اما تنها به يك معنا گواهي بر همين نكته باشد كه از ديدگاه شيعه آنجا هم كه اصالت به ارشاد داده[[26]](#footnote-28) و تا اندازه‌اي از فاصله‌هاي موجود با نظريه تعليل كاسته شده اما باز هم بيش از هر چيز اين تعبّد است كه ميدان‌داري مي‌كند. صاحب جواهر در ذيل بحث فقهي خود درباره جواز ازدواج مردان با كنيزان در فرض داشتن همسر غير برده و آنجا كه برخي اين جواز را به استناد آيهوَ مَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً اَنْ يَنِكْحَ الْمُحْصَناتِ الْمُؤمِناتِ فِمِنْ ما مَلَكَتْ اَيْمانُكُمْ مِنْ فَتَياتِكُمُ الْمُؤمِناتِ[[27]](#footnote-29) مشروط به شروطي دانسته‌اند به وجوهي در تفسير آيه اشاره مي‌كند و از آن جمله اين كه آيه را بر ارشاد حمل كرده‌اند. نجفي در ادامه بدين نكته تصريح مي‌كند كه اگر مقصود از ارشاد معناي اعم آن يعني «راه نمودن به آنچه در آن مصلحت است» باشد پذيرفته است كه همه احكام شرع به اين معنا ارشادي‌اند (صاحب جواهر، 29/396).

هر چند اين واقعيتي ناخوشايند باشد اما دور از حقيقت نيست كه در ابواب گوناگون فقه شيعه حتي آنها كه در مقوله عبادات نيز جاي نمي‌گيرند عمدتاً تعليل و استصلاح كمتر ميدان يافته است تا جايي كه در ابوابي چون زكات بدين كليت تمسك ورزيده‌اند كه «احكام شرع تعبّدي هستند و از شارع گرفته مي‌شوند و بسياري از حكمتهاي موجود در آنها دانسته نمي‌شود» (صاحب جواهر، 15/237؛ انصاري، مرتضي، 231) و يا احكام ارتداد را تعبّدي قلمداد كرده (مراغي، 2/734) و ارش جنايت را نيز تعبّدي دانسته‌اند. (يزدي، 2/74).

همين نگرش متمايل به تعبّد در همه عرصه‌ها سبب شده است در فقه شيعه ـ صرف نظر از ديدگاههايي كه نمي‌توان آنها را مشهور قلمداد كرد ـ به نقض هدف قانون‌گذار در پوشش حيله يا همان تقلب نسبت به قانون مجال داده شود و حيله‌هايي شرعي تنها بدين عنوان كه تعبّدي هستند تجويز شوند و در اين ميان به احاديثي هم استناد شود كه در منابع شيعي آمده و البته مي‌توان از آنها چنين برداشتي كرد. البته آنچه در اين زمينه هم در احاديث و هم در متون فقهي شيعه مي‌توان يافت نه از نفي مطلق حيله و نه از اثبات كامل آن حكايت مي‌كند.

براي نمونه در ابوابي چون تخلص از ربا و يا فرار از زكات و يا حتي در ابوابي چون عبادات، روايتهايي حاكي از فرار از حرام از رهگذر حيله نقل شده است.[[28]](#footnote-30) در كتابهاي فقهي نيز جواز حيل به عنوان نظريه عمومي شيعه مطرح شده است. به عنوان مثال شيخ طوسي در كتاب المبسوط (5/95) در اين زمينه مي‌نويسد:

«حيله به طور اصولي جايز است و در اين باره مخالفتي مگر از سوي برخي جدا شدگان نيست».

شيخ سپس با استناد به آيه‌هاي داستان ابراهيم كه مي‌گويد:بَلْ فَعَلَهُ كَبيرُهُمْ[[29]](#footnote-31) و داستان ايوب كه به او فرمود:وَ خُذْ بِيَدِكَ ضِغْثاً فَاضْرِبْ بِهِ وَ لا تَحْنَثْ[[30]](#footnote-32) و نيز داستان سويد بن حنظله[[31]](#footnote-33) چنين نتيجه‌گيري مي‌كند كه «تنها آن حيله‌اي كه خود مباح باشد و هدف از آن نيز رسيدن به مباح باشد رواست» (طوسي، 5/95).

شيخ در همين كتاب هم در ذيول كتاب طلاق فصلي در باب حيل(طوسي، 5/95 ـ 96) مي‌گشايد و هم در كتاب شفعه به تفصيل به «حيله‌هايي كه به كمك آنها شفعه ساقط مي‌شود» (طوسي، 3/151 ـ 166) مي‌پردازد و هم در ذيول كتاب نكاح (طوسي، 4/247 ـ 248) از حيله تحليل سخن به ميان مي‌آورد.

در دوره پس از شيخ نيز از جواز حيله به طور عام سخن به ميان آمده است، چونان كه محقق حلّي در شرائع مقصد چهارم از كتاب طلاق را به «جواز استعمال حيله‌‌ها» اختصاص داده است.

افزون بر اين، در باب نكاح تحليل، فرار از زكات با بر هم زدن نصاب و يا مواردي از اين قبيل، دست كم يكي از اقوال شيعه جواز است.

در ميان متأخران نيز از جواز استعمال حيل سخن به ميان آمده است (براي نمونه صاحب جواهر، 32/201 ـ 211) و حتي برخي در اين مورد رساله‌اي اختصاصي نگاشته‌اند.[[32]](#footnote-34)

اين را هم نبايد از ياد برد كه در برابر اين ديدگاه، كساني هم در فقه شيعه به مخالفت با حيله و اهتمام به اهداف اصلي قانون‌گذار و مصالح مورد نظر شارع توجه داده‌اند. [[33]](#footnote-35)

به هر روي، نمونه‌هاي مورد اشاره و گواههاي پيشگفته دست كم اين حقيقت را به ذهن نزديك خواهند ساخت كه به رغم اشتهار مبناي اصالت تعليل در معاملات نزد مذاهبي از اهل سنت هنوز نزد شيعه اين مسلك به خوبي تدوين و انسجام نيافته يا دست كم در فقه راه خود را نگشوده و همچنان بايسته است در اين زمينه مطالعات و تلاشهايي ديگر صورت پذيرد.

ضرورت اين مطالعات و تلاشها هنگامي بيشتر رخ مي‌نمايد كه از ياد نبريم ما در كلام شيعي در مجموعة مكتب اعتزال جاي مي‌گيريم و به ضرورت ابتناي افعال الهي بر علل و اغراض معتقديم و سرسختانه در برابر كساني كه چنين بنايي را نپذيرفته‌اند از حكمت الهي دفاع مي‌كنيم و حتي گاه در پيش كشيدن مسلك‌هاي چون لطف از آنچه فعل يا تركش از جانب خداوند به حكم عقل ضرورت دارد سخن مي‌گوييم.

به گمان نگارنده قوت ادله حاكي از اصالت تعليل دست كم در باب معاملات آن اندازه است كه به سادگي نمي‌توان از آنها گذشت و بايد در اصول و فقه شيعه راهي براي تجلي هر چه بيشتر اين اصل و به بار نشستن ثمره‌هاي فقهي آن گشود تا در گذر تحول انديشه‌ها به پذيرش اين گزارة مقبول در مذاهب خردگراي فقهي تن دهيم كه «اصل در همه نصوص تعليل است» (ابن عابدين، 1/482) در چنين فرضي است كه خواهيم توانست بر پايه موازنه ميان مصالح و مفاسد حتي در آنجا كه تعبّد به نص موجب از ميان رفتن مصالح است از نص روي برتابيم و به حكمي مطابق خواست شارع كه در وراي آن نص نهفته است دست يابيم[[34]](#footnote-36) و از اين رهگذر كمال و پويايي را براي فقه به چنگ آوريم.

منابع

ـ آبي ازهري، صالح عبد السميع؛ الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، بيروت، المكتبة الثقافيه.

ـ آل تيميه، عبدالسلام، عبدالحليم، احمد بن عبدالحليم؛ المسودّه، تحقيق محمدمحيي‌الدين عبدالحميد، قاهره، دار النشر المدني، بي‌تا.

ـ آمدي، سيف‌الدين علي بن ابي علي؛ الاحكام في اصول الاحكام، چاپ اول، بيروت، دار الكتاب العربي، 1404ق.

ـ ابن اميرحاج، محمد بن محمد؛ التقرير و التحبير، تحقيق مكتب البحوث و الدراسات، چاپ اول، بيروت، دارالفكر، 1996م.

ـ ابن بدران، عبدالقادر دمشقي؛ المدخل الي مذهب الامام احمد بن حنبل، تحقيق عبدالله بن عبدالمحسن التركي، چاپ دوم، بيروت، مؤسسة الرساله، 1401ق.

ـ ابن دقيق العيد، تقي الدين ابو الفتح؛ احكام الاحكام؛ شرح عمدة الاحكام، بيروت، دار الكتب العلميه، بي‌تا.

ـ ابن سمعاني، منصور بن محمد بن عبدالجبار؛ قواطع الادلة في الاصول، تحقيق محمد حسن اسماعيل شافعي، چاپ اول، بيروت، دار الكتب العلميه، 1997م.

ـ ابن عابدين، محمد امين افندي؛ رد المحتار علي الدر المختار؛ شرح تنوير الابصار؛ حاشية ابن عابدين، چاپ دوم، بيروت، دار الفكر، 1386ق.

ـ ابن قدامه موفق الدين، ابو محمد عبدالله بن احمد؛ روضة الناظر و جنة المناظر، تحقيق عبدالعزيز عبدالرحمن السعيد، رياض، جامعة الامام محمد بن سعود، 1399ق.

ـ ابن قيم جوزي، محمد بن ابي بكر ايوب دمشقي؛ اعلام الموقّعين عن ربّ العالمين، تحقيق عبدالرؤوف سعد، بيروت، دارالجيل، 1973م.

ـ انصاري، محمدعلي؛ الموسوعة الفقهيه الميسره، قم، مجمع الفكر الاسلامي، 1415ق.

ـ انصاري، مرتضي بن محمد امين؛ كتاب الزكاة، به تحقيق لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم، قم، الامانة العامه للمؤتمر العالمي بمناسبة الذكري المئويه الثانيه لميلاد الشيخ الانصاري، 1415ق.

ـ بجنوردي، محمد حسن؛ القواعد الفقهيه، تحقيق مهدي المهريزي و محمد حسين الدرايتي، چاپ اول، قم، نشر الهادي، 1419ق / 1377ش.

ـ بحراني، يوسف بن احمد درازي؛ الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهره، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، 1363ش.

ـ حر عاملي، محمد بن حسن؛ وسائل الشيعة الي تحصيل مسائل الشريعه، تصحيح و تحقيق عبدالرحيم رباني شيرازي، بيروت، دار احياء التراث العربي، بي‌تا. ]افست از روي چاپ انتشارات اسلاميه[

ـ حسني، اسماعيل؛ نظرية المقاصد عند الامام محمد الطاهر بن عاشور، هيرندن، فيرجينيا، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، 1416ق / 1995م.

ـ حسيني خوانساري، احمد؛ جامع المدارك في شرح المختصر النافع، به تحقيق و پاورقي علي اكبر غفاري، تهران، مكتبه الصدوق، 1355ق.

ـ حسيني مراغي، مير عبدالفتاح بن علي؛ العناوين الفقهيه، قم، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفه، 1417ق.

ـ خميني، روح الله (امام) ؛ كتاب البيع، قم، مؤسسه مطبوعاتي اسماعلييان، 1363ش.

ـ خميني، سيد مصطفي؛ تحريرات في الاصول، تحقيق مؤسسة تنظيم آثار الامام الخميني، تهران، مؤسسة تنظيم آثار الامام الخميني، 1418 ق / 1376ش.

ـ خوئي، ابوالقاسم؛ كتاب العدم: ***مستند العروة الوثقي***، تقرير به قلم مرتضي بروجردي، قم، 1364ش.

ـ ـــــــــــــــ ؛ معتمد العروة الوثقي***: كتاب الحج***، به قلم رضا موسوي خلخالي، قم، منشورات مدرسة دارالعلم، 1363ش.

ـ روحاني، محمدصادق حسيني؛ المرتقي الي الفقه الارقي، تقريرات به قلم عبدالصاحب حكيم، تهران، دارالجلي، 1412ق / 1378ش.

ـ ريسوني. احمد؛ ***نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي***، مصر، المنصوره، درالحكمة للنشر و التوزيع، 1418ق / 1997م.

ـ زركشي، محمد بن بهادر بن عبدالله؛ المنثور، تحقيق فائق احمد محمود، چاپ دوم، كويت، وزارة الاوقاف و الشئون الاسلاميه، 1405ق.

ـ زلمي، مصطفي ابراهيم؛ خاستگاههاي اختلاف در فقه مذاهب، ترجمه حسين صابري، چاپ اول، مشهد، بنياد پژوهشهاي اسلامي، 1375ش.

ـ زنجاني، محمود بن احمد؛ تخريج الفروع علي الاصول، تحقيق محمد اديب صالح، چاپ دوم، بيروت، مؤسسة الرساله، 1398ق.

ـ سرخسي، محمد بن احمد بن ابي سهل؛ اصول السرخسي، تحقيق، ابو الوفا افغاني، بيروت، دار المعرفه، 1372ق.

ـ شاطبي، ابو اسحاق ابراهيم بن موسي؛ الموافقات في اصول الشريعه، شرح و تخريج احاديث عبدالله دراز، بيروت، دار الكتب العلميه، بي‌تا.

ـ شوكاني، محمد بن علي بن محمد؛ نيل الاوطار، بيروت، دار الجيل، 1973م.

ـ ـــــــــــــــــــــــــــــــ ؛ ارشاد الفحول الي تحقيق الحق من علم الاصول، تحقيق محمد سعيد بدري، چاپ اول، بيروت، دار الكفر، 1412ق / 1992م.

ـ صابري، حسين؛ «حيله‌هاي شرعي در ديدگاه مذاهب»، مشكوة 70، بهار 80 .

ـ ـــــــــــــ ؛ عقل و استنباط فقهي، مشهد، بنياد پژوهشهاي اسلامي، 1381ش.

ـ صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر (1200 ـ 1266ق)؛ جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، به تحقيق عباس قوچاني، ]تهران:[ دار الكتب الاسلاميه، 1367ش.

ـ صنعاني، عبدالرزاق بن همام؛ المصنف، تحقيق حبيب الرحمن اعظمي، بيروت، المكتب الاسلامي، 1403ق.

ـ طوسي، محمد بن حسن؛ المبسوط في فقه الاماميه، تصحيح و تعليق محمدباقر بهبودي، چاپ سوم، المكتبة المرتضويه لاحياء الآثار الجعفريه، چاپ اول، 1387ق.

ـ عاملي غروي، جوادي محمد؛ مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامه، به تحقيق محمد باقر خالصي، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، 1419ق.

ـ علواني، طه جابر؛ مقاصد الشريعه، دار الهادي للطباعة و النشر و التوزيع، 1421ق / 2001م.

ـ غزالي، محمد بن محمد؛ المستصفي، تحقيق محمد عبدالسلام عبدالشافعي، چاپ اول، بيروت، دار الكتب العلميه، 1413ق.

ـ ـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــــ ؛ المنخول في علم الاصول، تحقيق محمد حسن هيتو، چاپ دوم، دمشق، دار الفكر، 1400ق.

ـ قلعه چي، محمدرواس؛ قنيبي، حامد صادق، معجم لغة الفقهاء، بيروت، دار النفائس، 1408ق / 1988م.

ـ كاشف الغطاء، جعفر؛ كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء، اصفهان، انتشارات مهدوي، بي‌تا.

ـ محقق اردبيلي احمد بن محمد؛ مجمع الفائدة و البرهان في شرح ارشاد الاذهان، تحقيق مجتبي عراقي، علي پناه اشتهاردي، حسين يزدي، چاپ اول، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، 1411ق.

ـ مسلم بن حجاج نيشابوري؛ الجامع الصحيح، ***صحيح مسلم***، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، بيروت، دار احياء التراث العربي، بي‌تا.

ـ مشكيني، علي؛ اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثه، قم، الهادي، 1413ق / 1371ش.

ـ موسوي بجنوردي، سيد محمد؛ مقالات اصولي، تهران، با همكاري سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامي، 1367ش.

ـ موسوي عاملي، محمد بن علي؛ مدارك الاحكام في شرح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة آل البيت لاحياء التراث، 1410ق.

ـ نائيني، محمد حسين غروي؛ فوائد الاصول، تقريرات به قلم محمدعلي كاظمي خراساني، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، 1404ق.

ـ نفراوي، احمد بن غنيم بن سالم؛ الفواكه الدواني علي رسالة ابن ابي زيد القيراوني، بيروت، دار الفكر، 1415ق.

ـ وحيد بهبهاني؛ الفوائد الحائريه، قم، مجمع الفكر الاسلامي، 1415ق.

ـ همداني، آقارضا؛ مصباح الفقيه، كتاب الطهاره من مصباح الفقيه ]تهران:[ مكتبه الصدر، بي‌تا.

ـ يزدي، محمدكاظم طباطبائي؛ حاشية المكاسب، قم، مؤسسة اسماعيليان، 1378ق.

1. \* ـ تاريخ وصول: 26/12/81 ، تاريخ تصويب نهايي: 19/3/82 . [↑](#footnote-ref-3)
2. . نكته جالب توجهي كه در اين مسأله وجود دارد و گاه تصويري از يك تناقض يا تناقض گونه را مي‌نماياند اين است كه در سويي برخي از مذاهب فقهي همچون مذهب حنبلي كه در عرصه دانش كلام اسلامي روي خوشي به تعليل افعال الهي نشان نمي‌دهد در عرصه فقه و اصول به تعليل مي‌گرايند و حتي پا را از تعليل منصوص و مستنبط كه همان مبناي قياس است فراتر مي‌نهند و به حوزة تعليل و قياس معنوي كه در استصلاح تجلي يافته وارد مي‌شوند و در سويي مذاهبي چون شيعه كه در عرصة كلام بسختي طرفدار تعليل افعالي الهي است در فقه از ابتناي احكام بر همانندي احكام پديده‌هاي ناهمانند و بر عكس ناهمانندي احكام پديده‌هاي همانند سخن به ميان مي‌آورد و اسماً و گاه نيز عملاً با همه يا انواعي از تعليل مخالفت مي‌ورزد. اين خود مبحثي است كه بايد مقاله‌اي ويژه بررسي شود. اما دست كم اينجا از اين نكته ـ كه به متن نزاع ما نيز مربوط مي‌شود ـ نگذريم كه برخي در حل تناقض نخست اين راه حل را در پيش گرفته‌اند كه انكار تعليل در عرصه دانش كلام بيشتر به نزاعي لفظي شباهت دارد تا به بحثي محتوايي. براي نمونه، ابن عاشور در اين باره و در سازگار كردن ديدگاه كساني كه از سويي تعليل افعال خداوند را انكار كرده و از سويي ديگر به تعليل احكام شرع گراييده‌اند مي‌نويسد:

«در اين مسأله ميان متكلمان اختلاف سختي در گرفته، اما چنين مي‌نمايد كه اين اختلاف لفظي است؛ زيرا همه مسلمانان بر اين اتفاق نظر دارند كه افعال خداوند از اراده و اختيار و مطابق علم او از وي صادر مي‌شود و همه مشتمل بر حكمتها و مصلحتهايي است. همه اختلاف در اين است كه آيا مي‌توان اين حكمتها و مصلحتها را اهداف و علل غائي خواند يا نه»

بنگريد به: ريسوني، ص 181، به نقل از: ابن عاشور، ***تيسير التحرير***، ج 3، ص 304 و 305. [↑](#footnote-ref-4)
3. . چنان كه ريسوني گزارش مي‌كند توده بزرگي از عالمان به همين نظريه معتقدند و به فراواني اين اصل به امام مالك نسبت داده مي‌شود. به گزارش وي مقري اين اصل را از اصول امام شافعي نيز دانسته البته بر خلاف آن از ابو حنيفه نقل كرده كه اصل در امور بر تعليل است مگر آن كه متعذر باشد. بنگريد به: ريسوني، ص 165.

ابن دقيق العيد در ***شرح عمدة الاحكام*** به طور مطلق نظر مي‌دهد كه «در باب عبادات آنچه غلبه دارد تعبّد است و منبع و مأخذ اين باب توقيف است». او در جاي ديگري نيز تصريح مي‌كند كه در مقادير عبادات تعبّد غلبه دارد. بنگريد به: ابن دقيق العيد، 1/172 و ج 2، ص 88.

همچنين در پاره‌اي موارد در ابواب خاصي از فقه عبادات همين غلبه جهت تعبّد مستند تفاوت احكام امور ظاهراً مشابه يكديگر شده است، چنان كه در بيان علت تفاوت ميان وضو و تيمم در وجوب نيت، در حالي كه هر دو از مصاديق طهارت هستند بدين استناد شده كه طهارتهايي حكمي و غير معقول المعني هستند و حكم آنها به طريق تعبّد شرعي ثابت شده است. بنگريد به: سرخسي، ***اصولي السرخسي***، ج 2، ص 283؛ غزالي، ***المنخول***، ج 1، ص 383؛ ابن سمعاني، 2/169.

يا در باب حج، شاطبي غلبه را از آن تعبّد دانسته است. بنگريد به: شاطبي، 2/230. در نزد شيعه نيز اين يك اصل مسلم دانسته مي‌شود كه اگر نگوييم در همه ابواب دست كم در ابواب عبادات قاعده بر تعبّد و عدم تعليل است. چنان كه گفته‌اند: «قاعده در واجبات يا در همه واجبات تعبدي بودن آنهاست». (بنگريد به: همداني، ج 1، ق1، ص 95؛ خميني، ***تحريرات في الاصول***، ج 2، ص 117). گاه نيز گفته‌اند: احكام شرع تعبّدي است و به هيچ وجه براي عقل در آن مجالي نيست (بنگريد به: بحراني، 2/482). در آن راهي به قواعد استحسان وجود ندارد (بنگريد به: خوئي، كتاب الطهاره، 2/453) خاص موارد خود است (بنگريد به: خوئي، ***كتاب الصوم***، 1/47) يا تابع آن چيزي است كه ادله اقتضا مي‌كند (بنگريد به: خوئي، كتاب الحج، 3/113).

اين تصريح به تعبّدي بودن در ابواب خاصي از عبادات نيز ديده مي‌شود، چنان كه براي نمونه گفته‌‌اند: احكام طهارت و نجاست تعبّدي است و در آن مجالي براي عقل نيست (بنگريد به: بحراني، 1/307) يا گفته‌اند: حكمت آن را غير خدا نمي‌داند (بنگريد به: نجفي، ***جواهر الكلام***، ج 1، ص 228). همچنين گفته‌اند: احكام حيص تعبّدي است. (بنگريد به: كاشف الغطاء، 1/130) چنان كه در باب جماعت نيز وجوب متابعت در افعال نماز را تعبّدي دانسته‌اند. بنگريد به: صاحب جواهر، 14/26. [↑](#footnote-ref-5)
4. . بنگريد به: شاطبي، 2/301. اصوليان شيعه نيز در ابواب مختلفي از اصول مشروحاً به مصلحت انقياد و فرمانبري پرداخته‌اند. از آن جمله مي‌توان به مباحثي چون اعتبار امارات و اتمام كاشفيت آنها از سوي شارع، ترتب، تزاحم و اموري از اين دست نگريست. [↑](#footnote-ref-6)
5. . اين در واقع بياني ديگر از سخن كساني است كه در مخالفت با قياس و تعليل از اين قاعده سخن به ميان آورده‌اند كه بناي شرع بر جمع ميان مفترقات و تفريق ميان مجتمعات است. [↑](#footnote-ref-7)
6. . اسراء / 15: ما كيفر دهنده نيستيم تا آن گاه كه پيامبري را بر انگيزيم. [↑](#footnote-ref-8)
7. . جالب آن كه در فقه شيعه نيز از ديدگاه برخي فقيهان در باب زكات احكام تعبّدي هستند. بدين استدلال كه «احكام شرع تعبّدي هستند و از شارع گرفته مي‌شوند و بسياري از حكمتهاي آنها دانسته نمي‌شود». بنگريد به: صاحب جواهر، 15/237؛ انصاري، مرتضي، ص 231. [↑](#footnote-ref-9)
8. . گفتني است پس از بيان اين كه در باب عبادات اصل بر توقف در مرز امور تحديد شده در شرع است يك صورت را استثنا مي‌كند و آن اين كه «به نص يا به اجماعي روشن شود كه معنايي خاص مورد نظر است. در اين جا هر كس از اين معنا پيروي كند سرزنشي بر او نيست و البته اين موارد در شرع اندك است و اصل نيست». [↑](#footnote-ref-10)
9. . از ديدگاه ريسوني بر پايه همين امر است كه مقري استاد شاطبي قاعدة «آنچه در باب عادات معاف دانسته شده در باب عبادات مكروه است» را استنباط كرده و بيان داشته است بنگريد به: ريسوني، منبع پيشين، همان صفحه به نقل از: مقري، قواعد الفقه، قاعده دهم. [↑](#footnote-ref-11)
10. . گفتني است جويني در مبحثي درباره دسته‌بندي علل و اصول احكام آنها را به پنج دسته مي‌كند: چهار دسته نخست امور و اصول معقول المعني يا غير تعبّدي هستند كه علت در آنها به يك ضرورت، حاجت عمومي، جلب مكرمه و يا تحصيل يك مقصود مندوب بر مي‌گردد. اما دسته پنجم از ديدگاه او چيزهايي هستند كه «در آنها براي مستنبط هيچ معنا يا مقتضيي اعم از ضرورت، حاجت و يا تشويق به يك امر خير ظهور نمي‌يابد، و اين نوع است كه تصور آن در شرع بسيار نادر است». او عبادتهاي بدني محض را از اين دسته مي‌داند والبته سپس توضيح مي‌دهد كه دور نيست در همين نوع نيز گفته شود: استمرار وظايف ديني از سوي مكلف موجب تمرين او بر فرمانبري خداوند و تجديد عهد با ياد خدا مي‌شود. بنگريد به: جويني، ***البرهان***، ج 2، ص 604؛ اختلاف در شماره صفحه با آنچه ريسوني نقل كرده به تفاوت نسخه مورد استناد وي و نگارنده اين سطور بر مي‌گردد. [↑](#footnote-ref-12)
11. . ابن غنيم نفراوي در تحليل اين امر با اشاره به اين كه پيش از فراخواني مردم به برگزاري نوافل شبانه رمضان به صورت جماعت از سوي عمر بن خطاب پيامبر اكرم (ص) از اين كه اين نماز به جماعت برگزار شود اكراه داشت بدان مي‌پردازد كه عمر هنگامي كه نگراني نسبت به تشريع جماعت در اين خصوص از ميان رفت مردم را به برگزاري آن به صورت جماعت فراخواند تا از اين رهگذر مصالحي برآورده شود. نفراوي در اين باره مي‌نويسد:

«نماز تراويح اصلي در شرع دارد و اين سخن عمر در اين باره كه گفته بود: «اين چه خوش بدعتي است» به اصل تشريع اين نماز بر نمي‌گردد. بلكه مقصود وي از اين سخن آن است كه با اين نوآوري و به هدف مداومت مردم بر رفتن به مساجد آنان را به جماعت خواندن اين نماز بداشته است؛ زيرا آن هنگام كه پيامبر (ص) مردم را براي خواندن اين نماز به مسجد فرا نخواند آنان اين نماز را در خانه‌هاي خود و به صورت فرادي برگزار مي‌كردند. اما پس از دو سال از درگذشت آن حضرت اين نگراني كه جماعت خواندن اين نماز واجب باشد از ميان رفت؛ چرا كه پس از رحلت پيامبر (ص) احكام جديدي تشريع نمي‌شوند. با عنايت به همين عدم نگراني بود كه عمر مردم را به اداي اين نماز به صورت جماعت فراخواند. شايد هم او قصد داشته است بدين طريق اين نماز شهرت و استمرار يابد و مسجدها آباد شوند؛ چرا كه برگزاري اين نماز در خانه و دور از چشم مردمان زمينه اهمال نسبت به آن و سرانجام واگذاشته شدن آن مي‌شود».

(بنگريد به: نفراوي، 1/318).

ابن غنيم سپس به سير تحول در چگونگي انجام اين نماز مي‌پردازد و توضيح مي‌دهد كه چگونه در عصر صحابه اين نماز بيست ركعت بوده و افزون بر آن سه ركعت ديگر نيز به عنوان وتر مي‌خوانده‌اند و بدين سان براي مدتها اين نماز بيست و سه ركعت بوده تا آن كه عمر بن عبدالعزيز در دوران خلافت خود به استناد مصلحت از امامان جماعت خواسته است قرائت خود را كوتاه كنند و به جاي آن تعداد و ركعتهاي اين نماز را به سي و شش ركعت افزايش دهند و امام مالك نيز اين شيوه را پذيرفته است.

(بنگريد به: ابن غنيم، 1/319. همچنين بنگريد به: آبي ازهري، 313 و پس از آن).

ناگفته نماند در پاره‌اي از منابع بر همين اساس بدعت به دو گونة بدعت هدايت و بدعت ضلالت قسمت كرده و معيار اين دسته‌بندي را نيز سازگاري يا عدم سازگاري با مقاصد شريعت دانسته‌اند. (بنگريد به: قلعه‌چي، 105 و 400). [↑](#footnote-ref-13)
12. . احاديثي بدين مضمون كه قاضي نبايد در حال خشم قضاوت كند در منابع آمده و اين گونه احاديث، مبناي حكم به كراهت قضاوت در حال خشم شده است. مسلم در ***صحيح*** خود بابي با عنوان «كراهة قضاء القاضي و هو غضبان» گشود، و در آن باب احاديثي را كه بر اين مضمون دلالت مي‌كند آورده است. (بنگريد به: ***صحيح مسلم***، 3/1342، ح 1717 و پس از آن). [↑](#footnote-ref-14)
13. . اين حديث در منابع سني و شيعي مشهور است و خود مبناي يكي از قواعد فقهي شده و در اين باره مباحث مفصلي در كتب قواعد مطرح گرديده است و براي پرهيز از طولاني شدن نوشتار علاقمندان را به كتب قواعد فقه ارجاع مي‌دهيم. [↑](#footnote-ref-15)
14. . قاتل از مقتول ارث نمي‌برد. روايتي است نبوي كه در منابع نقل شده و به موجب آن قاتل را از ارث بردن از مقتول محروم دانسته‌اند. (حديث را بنگريد در: صنعاني، 9/404؛ شوكاني، ***نيل الاوطار***، 6/185). [↑](#footnote-ref-16)
15. . آمدي اين امر را يكي از سه دليل خود بر معلَّل بودن احكام مي‌داند و مي‌گويد: «اثبات حكم به جهت تعقل در مقايسه با اثبات آن به جهت تعبّد غلبه بيشتري دارد». (بنگريد به: آمدي، 3/289). [↑](#footnote-ref-17)
16. . آمدي در توضيح مسلك «سبر و تقسيم» در استنباط علت به هدف انجام قياس تعبّدي بودن را در احكام خلاف اصل مي‌داند و بر اين امر سه دليل مي‌آورد. دليل سوم او آن است كه «وقتي چيزي معقول المعني باشد مطابق شيوه شناخته شده و مأنوس در رفتار عقلا و اهل عرف است و از ديگر سوي اصل بر تنزيل تصرفات شرعي بر معيار تصرفات عرفي است.»

(بنگريد به: آمدي، 3/289).

آمدي در موارد ديگري نيز (4/60 و 247) به اين اصل استناد كرده است. [↑](#footnote-ref-18)
17. . اين سخن به نوعي يادآور اين موضع شيعي است كه در معاملات عمدتاً آنچه شارع آورده ارشاديات هستند و ما را به حكم عقل رهنمون مي‌شوند. (در اين باره بنگريد به: صابري، عقل و استنباط فقهي، ص 638 ـ 641). [↑](#footnote-ref-19)
18. . عيناً همين عبارت در منابعي ديگر نيز هست. براي نمونه بنگريد به: ابن قدامه، 1/322. ابن قدامه اين سخن را به عنوان يكي از دو پاسخ خود در برابر كساني كه تعليل را بدون فايده مي‌دانند آورده است. همين دليل در التقرير و التحبير (3/225) هم در برابر كساني كه تعليل به علت قاصر بر مورد را بي‌فايده دانسته‌اند آمده است.

 آمدي هم اين امر را سومين دليل بر خلاف اصل بودن تعبّد مي‌داند و مي‌نويسد: «وقتي چيزي معقول المعني باشد به پذيرش نزديكتر و قبول آن سريعتر است و بنابراين بهتر به مقصود شارع در تشريع احكام مي‌انجامد». (بنگريد به: آمدي، 3/289). [↑](#footnote-ref-20)
19. . درباره آثار مني چشم‌پوشي از فقه مقاصد و مصالح بنگريد به: علواني، ص 129. [↑](#footnote-ref-21)
20. . در اصطلاح اصولي اهل سنت عبارت «معقول المعني» در برابر تعبّدي به كار رفته است. ابن عابدين در اين باره مي‌آورد: «آنچه خداوند تشريع كرده است اگر حكمتش بر ما آشكار باشد آن را معقول مي‌ناميم و گرنه آن را تعبّدي مي‌گوييم.

(بنگريد به: ابن عابدين، 1/483). [↑](#footnote-ref-22)
21. . مقصود از مقدرات يا تقديرات اندازه‌هاي معيني است كه از سوي شارع بدانها تصريح شده است. اين مقدرات بنابر نظر زركشي چهار گونه‌اند:

يك: آنچه تقريبي است قطعاً، همانند سن تميز؛

دو: آنچه تحديد است قطعاً همانند حداقل تعداد نمازگزاران در نماز جمعه، تعداد تكبيرهاي نماز، نصاب زكات و از اين قبيل؛

سه: آنچه بنابر اصح تقريبي است، از قبيل مشخص كردن مقدار قلتين ] معادل كر در اصطلاح شيعه[، سن حيض، سن رضاع؛

چهار: آنچه بنابر اصح تحديد است: همانند مسافت سفر شرعي به 48 ميل.

همين مقدرات از زاويه‌هاي ديگر نيز بر چهار دسته‌اند:

يك: آنچه نه زياده در آن امكان دارد و نه نقصان، همانند ركعات نماز، سهام ارث و حدود؛

دو: آنچه در آن هم زياده رواست و هم نقصان، همانند تعيين دفعات شستن اعضاي وضو به سه نوبت كه كمتر از آن هم ممكن است و بيشتر از آن هم ] از ديدگاه اهل سنت [ با كراهت جايز است؛

سه: آنچه در آن زياده مممنوع ولي نقصان جايز است، هماند مدت امهال مرتد يا مدت خيار شرط؛

چهار: آنچه در آن زياده جايز ولي نقصان ممنوع است، همانند شوطهاي طواف، نصاب شهادت، سرقت و زكات.

(بنگريد به: زركشي، 3/193 ـ 196). [↑](#footnote-ref-23)
22. . مثال آن كه طرفهاي بيع در حالي كه كالا نزد مشتري تلف شده يا در حكم تلف قرار گرفته است درباره آن با هم اختلاف كنند. در چنين جايي از ديدگاه شافعيه تحالف و ترادّ قيمت صورت مي‌پذيرد، چونان كه اگر در حال وجود كالا اين اختلاف پيش مي‌آمد همين حكم را داشت. اما از ديدگاه حنفيه تحالف در اين جا وجود ندارد، زيرا تحالف پس از قبض، خلاف قاعده و قياس است و بنابراين صورت تلف شدن مبيع را نمي‌توان بر صورت قبض مبيع قياس كرد (بنگريد به: زنجاني، ص 184 و 185). [↑](#footnote-ref-24)
23. . براي نمونه عاملي روايات حاكي از مقدار فاصله ميان چاه آب آشاميدني و چاه پساب را قابل حمل بر ارشاديه حكم عقل مي‌داند. (بنگريد به: عاملي غروي، 1/563). [↑](#footnote-ref-25)
24. . براي نمونه صاحب مدارك درباره ادله حاكي از وجوب حمل سلاح در نماز خوف را قابل حمل بر ارشاد مي‌داند. (بنگريد به: موسوي عاملي، 4/420). [↑](#footnote-ref-26)
25. . براي نمونه مشكيني تصريح مي‌كند كه «اگر نگوييم همه ادله، دست كم بخش عمده ادله امضائي هستند و شارع در آنها اجازه داده است به همان شيوه‌اي كه عقلا دارند عمل شود». (بنگريد به: مشكيني، ص 70) يا روحاني از اين سخن به ميان آورده كه «امارات شرعي امضائي هستند». (بنگريد به: روحاني، 4/188) از همين قبيل است كه ادله حرمت تشريع را ارشادي دانسته‌اند. (بنگريد به: نائيني، 3/120) يا ادله لزوم فحص از دليل در شبهه بدوي را ارشادي خوانده‌اند (بنگريد به: انصاري، 1/543 و 546) و يا ادله لزوم احتياط را از اين باب شمرده‌اند (بنگريد به: عراقي، 2/204؛ خميني، ***تحريرات في الاصول***، 7/78). [↑](#footnote-ref-27)
26. . سيد يزدي در حاشيه خود بر مكاسب بدين تصريح مي‌كند كه در همه ابواب معاملات به جز موارد شاذ معمول آن است كه اوامر و نواهي شرع بر ارشاد حمل شوند. (بنگريد به: يزدي، ***حاشية المكاسب***، 2/74). [↑](#footnote-ref-28)
27. . نساء/25 : هر كدام از شما توان مالي آن نداشته باشد كه با زنان آزاده مسلمان ازدواج كند، از آن كنيزان مسلمان كه در ملك يمين شما هست در اختيار گيرد. [↑](#footnote-ref-29)
28. . براي نمونه بنگريد به: حديث ابن حجاج دربارة جواز مبادله هزار درهم و يك دينار به دو هزار درهم بر اين فرض كه يك دينار به هزار درهم نيرزد و در عرف آنها را هم اندازه ندانند. در اين حديث امام (ع) فرموده است: «نعم الشيء الفرار من الحرام الي الحلال»؛ چه خوب چيزي است فرار از حرام به حلال. (بنگريد به: حر عاملي، 6/466 و 467، ***كتاب التجارة***، ابواب الصرف، باب6، ح 1).

 صاحب جواهر اين حديث را صحيح و حاكي از ستايش نوعي از حيله‌ها دانسته است. (بنگريد به: صاحب جواهر، 32/201). [↑](#footnote-ref-30)
29. . انبياء / 63 : بلكه اين كار را بزرگشان كرده است. [↑](#footnote-ref-31)
30. . ص / 44 : به دست خود دسته‌اي گياه برگير و با آن بزن و سوگند خويش مشكن. [↑](#footnote-ref-32)
31. . سويد مي‌گويد: در حالي كه وائل بن حجر نيز با من بود و از مكه به مدينه مي‌رفتيم دشمنان وائل در پي او آمدند و در اين ميان كسي حاضر نبود ]بر نسبت اين مرد [ سوگند ياد كند، اما من سوگند خوردم كه او برادر من است؛ و دشمن نيز او را واگذاشت. سويد اين ماجرا را به پيامبر (ص) بازگفت و پيامبر نيز فرمود: راست گفتي؛ مسلمان برادر مسلمان است. (بنگريد به: طوسي، **المبسوط**، 5/95). [↑](#footnote-ref-33)
32. . براي نمونه محمد مهدي بن هدايت الله حسين مشهدي (ف. 1218ق) رساله‌اي با نام «رسالة في جواز الحيل الشرعيه» نوشته است. نسخه‌اي خطي از اين رساله در كتابخانه مجلس به شمارة 4/1804 وجود دارد. [↑](#footnote-ref-34)
33. . براي نمونه مي‌توان از اين موضع شيخ طوسي ياد كرد كه حيله‌هاي حرام و حلال را از همديگر تفكيك مي‌كند و مي‌نويسد: «تنها آن حيله‌اي كه خود مباح باشد و هدف از آن نيز مباح باشد رواست، اما انجام فعلي ممنوع براي رسيدن به مباح به وسيله آن جايز نيست، هر چند برخي آن را جايز دانسته‌اند. (بنگريد به: طوسي، ***المبسوط***، 5/95) همچنين مي‌توان از تفصيل محقق حلّي درباب حيل ياد كرد. (بنگريد به: محقق حلّي، ***شرائع الاسلام***، ص 596) هم مي‌توان از مخالفت محقق اردبيلي با حيله‌هاي ربوي (بنگريد به: محقق اردبيلي، ***مجمع الفائدة و البرهان***، 8/488). يا رساله وحيدي بهبهاني با نام «رسالة في بطلان القرض بشرط المعاملة المحاباتيه» و همچنين رساله ديگر او با عنوان «رسالة في بطلان العقد علي الصغيرة لاجل المحرمية» ياد كرد كه هر دو از بطلان عقود صوري نزد او خبر مي‌دهد. صاحب جواهر و موضع او در اين خصوص را هم دست كم مي‌توان گواهي بر نزاع ميان دو گروه طرفدار و مخالف حيل شرعي دانست. براي نمونه (بنگريد به: صاحب جواهر، 32/202). سرانجام در ميان معاصران نيز نبايد تلاش و اصرار امام خميني در مخالفت يا حيله‌هاي ربوي را ناديده انگاشت. (بنگريد به: خميني، ***كتاب البيع***، 2/405) و پس از آن. براي گاهي بيشتر دربارة اين مبحث (بنگريد به: بحيري، ***حيله‌هاي شرعي ناسازگار با فلسفه فقه***؛ صابري، ***حيله‌هاي شرعي در ديدگاه مذاهب***، مشكوة، شمارة 70، بهار 1380، ص 14 ـ 49. [↑](#footnote-ref-35)
34. . به نظر مي‌رسد كساني چون ابن عاشورا و شلبي از معتقدان به چنين عدولي از متن باشند، البته مشروط به آن كه آن امور از امور ثابت نباشند. (بنگريد به: حسني، ص 317). [↑](#footnote-ref-36)