

اصل اندیشی در نظام حقوقی اسلام

عابدین مؤمنی* / حمید مسجدرایی**

چکیده

در نظام حقوقی اسلام « نفی حکم یا تکلیف » و نیز بعضی از احکام شرعی مطابق با اصل دانسته شده و اصل، مستند بسیاری از احکام قرار گرفته است، با وجود این که وسعت به کارگیری اصل، به وسعت فقه بوده و در تمامی ابواب آن به کار می‌رود، بدون تبیین خاصی از آن و با تردید از مفهوم و معنای اصل سخن به میان آمده است و معانی متفاوتی برای آن ذکر گردیده، در حالی که معیاری برای ترجیح یک معنا بر معنای دیگر ارائه نشده است به طوری که تردید در مفهوم اصل، فراگیر بوده و شامل تمام مکاتب حقوقی و مذاهب فقهی در اسلام می‌شود. براساس ویژگی‌هایی که اصل دارد، اصل‌هائی که قواعد اولیه زندگی هستند از اصل‌هائی که مدلول ادله شرعی می‌باشند از هم تفکیک شده، و بیان گردیده که فقه اسلامی بر اصولی که قواعد اولیه زندگی هستند بنا گردیده به طوری که « اصل، بر عدم تکلیف » قرار داده شده و بر اساس اصل، هم باید تکلیف‌گرایی در نگرش فقهی را نفی کرده و هم آزادی‌های مطلوب که حق اولیه بشر است را تأمین نمود؛ در ضمن نسبت به ارجاع به اصل تسامحاتی صورت می‌گیرد به طوری که بعضی اصل‌هائی فرض شده‌اند که از قواعد اولیه و عقلانی زندگی بشر محسوب نمی‌شوند. در مقاله حاضر ضمن بیان این تسامحات، پیشنهاد شده است که اصل‌هائی که مقتضای نظام طبیعی زندگی هستند از اصل‌هائی که جنبه فرضی و تصویری دارند با بررسی هر یک از آنها تمییز داده شوند.

کلیدواژه: اصل، تکلیف، حکم، آزادی، قواعد اولیه

* استادیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه تهران

** استادیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، نویسنده مسئول h_masjedsaraie@yahoo.com

تاریخ وصول: ۹۱/۳/۸ - پذیرش نهایی: ۹۱/۱۰/۱۰

طرح مسأله

در نظام حقوقی اسلام، موارد بسیاری وجود دارد که حکم شرعی مطابق با «اصل» دانسته شده و مستند حکم شرعی، منحصرأ «اصل» می‌باشد، همانند آن که اصل، عدم وجوب است (مختلف الشیعه/۳/۱۰۹، ۸۲/۴؛ قوانین الاصول/۲/۱۴۳) اصل، عدم تحریم است (مختلف الشیعه/۵/۶۹، ۲۵۱/۴، ۵۶/۶) اصل، عدم استحباب است (الخلاص/۱/۸۳)، یا نظیر: اصل انتفاء کراهت (مختلف الشیعه/۵/۵۱، ۷۶/۲ و ۷۷) اصل جواز (همان/۵/۱۱۴، ۱۵۸، ۱۶۵...) اصل صحت (همان/۵/۳۴۴) اصل عدم تکلیف (همان/۲/۱۲۴، ۱۳۰، ۲۰۸) اصل صحت و عدم عصیان در تصرفات مؤمن (همان/۳/۶۹، ۳۱۶/۶) اصل عدالت مسلمان و عدم اقدام او بر دروغ گفتن (همان/۳/۹۷، ۹۹، ۴۳۵/۸) اصل تساوی و برابری در موصی‌به (همان/۶/۳۴۲) اصل صحت صوم (همان/۳/۲۶۸) اصل صحت حج (همان/۴/۸۵) اصل صحت بیع (همان/۵/۷۶) اصل لزوم عقود (مختلف الشیعه/۵/۹۶ و ۱۰۱، ۲۰۴) اصل لزوم بیع (همان/۵/۷۵) اصل عدم لزوم عقد (همان/۶/۲۱۹) اصل ممنوعیت از بازگرداندن کالا پس از تصرف (همان/۵/۲۰۵، ۲۰۶) اصل بقاء ثمره در ملک بائع (همان/۵/۲۲۸) اصل عدم ضمان (همان/۵/۳۴۲) اصل عدم شفعه (همان/۵/۳۵۲، ۳۵۸، ۳۵۹، ۳۶۱) اصل عدم اشتراط (همان/۵/۴۱۸، ۱۱۸/۷، ۲۲۵/۴) اصل لزوم عقد و عدم اشتراط قبض (همان/۵/۴۹۴) اصل عصمت فرج و صیانت آن از غیر (همان/۷/۲۸۰، ۱۰۵) اصل برائت (همان/۳/۲۹ و ۳۱) اصل اباحه (همان/۸۸) اصل حمل لفظ بر معنای حقیقی آن (همان/۶/۳۰۸) اصل بقاء عموم بر عمومیت (القواعد الاصولیه و الفقهیّه علی مذهب الامامیه/۱/۴۲) اصل بقاء مطلق بر اطلاق (همان/۱/۴۲) اصل عدم وجود قرینه (همان/۱/۴۲) اصل عدم وقوع آمیزش بعد از انعقاد عقد زناشویی (فقه الامام الصادق/۵/۲۸۳) اصل عدم زوجیت (همان/۵/۱۸۳) اصل عدم انطباق ادعا با واقع (همان/۶/۷۱) اصل صدق و راست بودن در اخبار (همان/۳/۹۸) اصل عدم زیادی (همان/۵/۴۲۰) اصل عدم سبق (همان/۵/۲۰۰) اصل عدم حجیت ظنون (فرائد الاصول/۱/۱۲۵، فوائد الاصول/۳/۱۱۹، نهاییه الافکار/۳/۸۰).

مواردی که ذکر شد با استقراء ناقص و در نگاه گذرا انجام گرفته و اکثراً از کتاب مختلف الشیعه علامه حلی استخراج شده است و استقراء تام و کامل همه موارد و همه منابع و استقصاء کاربردهای آن ضروری نیست. مسأله ای که در اینجا وجود دارد این است که چرا این همه به اصول استناد می‌شود؟ منشاء این اصول چیست؟ آیا تصدیق این اصول تعبّدی است یا تعقلی؟ دلیل اعتبار این اصول چیست؟ آیا کاربرد این اصول شرایطی دارد؟ آیا در

مشروعیت حکم شرعی، استناد به اصول کافی است؟ آیا اصول، دلیل اصلی بوده یا دلیل تکمیلی و تأییدی است؟ در نهایت این که آیا نسبت به اعتبار این اصول اتفاق نظر وجود دارد؛ یعنی همه مکاتب حقوقی در اسلام، اعتبار آن را پذیرفته‌اند و یا این که اختلاف نظر وجود دارد؟

اهمیت و لزوم بحث از اصول

وسعت ارجاع و استناد به اصل، معرف اهمیت اصل در سیستم حقوقی اسلام می‌باشد. نفی و اثبات‌هایی که بر اساس اصل انجام می‌شود به اندازه‌ای وسیع و گسترده است که هیچ‌یک از منابع و مراجع احکام با آن، قابل مقایسه نیست. نمونه‌هایی که ذکر شده، قطره‌ای از دریای فقه و اجتهاد است و جهت احراز وسعت ارجاع به اصول در احکام شرعی و فقه، استقراء در متون فقهی به ویژه کتابهای منتهی المطلب، مختلف الشیعه، تذکره الفقهاء، مفتاح الکرامه، جواهر الکلام، مسالک الافهام، ریاض المسائل و امثال آن لازم و ضروری است. به همان اندازه که ارجاع به اصول وسیع است، نیاز فقیه به آن اصول نیز زیاد و گسترده است و با توجه به اینکه فقاهت بدون آن اصول سامان پیدا نمی‌کند، از ابزار بسیار مفید و کارساز فقیه بوده و فقیه در کار خودش بهره بسیاری از آن می‌برد، لذا با عنایت به وسعت ارجاع به اصول و نیاز فراوان فقیه به آن، اهمیت اصول در عملیات فقهی کاملاً روشن می‌شود. با توجه به اهمیتی که اصول در عملیات فقهی و سامان بخشی به حقوق دارند، روشن شدن حد و حدود آن، میزان اعتباری که دارند و این که آیا کاربرد آن شرایطی دارد یا نه؟ بسیار ضروری است. تا زمانی که وضعیّت اصول مشخص نشود ارجاع به آن، ارجاع صحیح و درستی نمی‌تواند باشد.

عدم تبیین اصول

در مصادر فقهی و اصولی‌ای که در اختیار داریم از اصول به نحو کلی بحثی به میان نیامده است، و نسبت به مفهوم و ماهیت اصول و این که چه ویژگی‌هایی دارند و چگونه می‌توانیم اصل بودن چیزی را درک کنیم، بحث نشده است، البته از «صحّت عمل مسلمان» که یک اصل است (المکاسب/۱/۱۳، القواعد الفقهیه/۱/۲۸۷، الرسائل/۳۲۰) یا «لزوم بیع» یا «لزوم عقود» که یک اصل می‌باشند بحث شده است (المکاسب/۳/۵۳، القواعد الفقهیه/۵/۱۹۵؛ کتاب البیع/۴/۱۳) ولی از خود اصل بحثی نشده است که به چه معنا است؟ و

چرا اصل است؟ ناگفته نماند که شیخ انصاری در مبحث خیارات مکاسب با گشودن بحث لزوم عقود، سخنی از مفهوم اصل به میان آورده‌اند که به تبع ایشان در تعلیقه‌ها و حواشی بر مکاسب و دروس سطح عالی حوزه از آن سخن گفته‌اند، اما به طور دقیق و روشن ماهیت و مفهوم آن منقح نشده و لازم است با تحقیق و تتبع بیشتر مورد بررسی قرار گیرد تا حقیقت آن روش‌تر تبیین گردد. بدیهی است که اگر ماهیت و مفهوم پدیده‌ای نظری و عملی، درست شناخته نشود و درک صحیح نسبت به آن به وجود نیاید، تصدیق یا انکار آن نیز ممکن نخواهد بود، مگر آن که تصدیق یا انکار آن، تقلیدی باشد.

تردید در تفسیر اصل

اصل - که جمع آن « اصول » می‌باشد - کاربردهای مختلف و متفاوتی دارد؛ گاهی « اصل » در علم درایه به کار می‌رود که در مقابل کتاب است. (مقیاس الهدایه ۲۴/۳)، گاهی هم در علم اصول فقه به کار می‌رود، و « اصل » بر مقیاس علیه اطلاق می‌شود (الفحول الی تحقیق الحق من علم الاصول ۱۰۵/۲؛ الذریعه الی اصول الشریعه ۱۹۳/۲)، گاهی به مدرک حکم شرعی یعنی کتاب، سنت، اجماع و عقل، « اصل » گفته می‌شود (تعلیقه و شرح موافقات/۱۸) در این اطلاق، « اصل » به معنای دلیل که جمع آن ادله است نیز می‌باشد (غنیه النزوع/۲۶۷/۲، قوانین الاصول ۹/۱)؛ در فقه نیز به کمترین عددی که فروض ارث از آن استخراج می‌شود « اصل » گفته می‌شود (ریاض المسائل/۴۸۰/۱۴)؛ اصل به معنای دیگری نیز در فقه و اصول فقه به کار رفته که با جستجو و تتبع در متون فقهی - اصولی قابل تحصیل است، ولی در مورد احکام شرعی که نفی یا اثبات آنها به اصول ارجاع می‌شود، یقیناً اصول به معانی فوق الذکر نیست.

اصل - که جمع آن « اصول » می‌باشد - در لغت به معنای: بیخ، بن، ریشه و بنیاد هر چیزی را گویند (القاموس المحيط/۹۶۱؛ المنجد فی اللغه/۱۲) همچنان که در تعریف لغوی اصل گفته‌اند: « اصل چیزی است که اشیاء بر آن بنا شود » (لسان العرب/۱۵۴/۱). اصولی‌های اهل سنت با ذکر تعریف لغوی « اصل »، چهار معنای اصطلاحی برای آن ذکر کرده‌اند که عبارتند از: راجح، مستصحب، قاعده کلیه و دلیل (الفحول الی تحقیق الحق من علم الاصول ۱۷/۱)؛ نظریه الدعوی بین الشریعه الاسلامیه و قانون المرافعات المدنیه و التجاریه/۱۸۱). عبدالعلی محمد بن نظام الدین انصاری در شرح معانی اصطلاحی اصل گفته‌اند: گفته می‌شود: کتاب نسبت به قیاس، اصل است، یعنی کتاب بر قیاس رجحان دارد،

همچنین گفته می‌شود: پاک بودن آب، اصل است، یعنی پاک بودن آب محرز بوده و الآن هم پاک است که در حقیقت پاکی آب، استصحاب شده است، گفته می‌شود: در جملات عربی، فاعل مرفوع است یعنی: مرفوع بودن فاعل، یک قاعده است، چنانکه گفته می‌شود: «أقیموا الصلاه» (بقره: ۴۳، ۸۳، ۱۱۰) «اصل» وجوب نماز است، یعنی دلیل وجوب نماز، امر و دستور خداوند متعال به اقامه آن است (فواتح الرحموت ۳، ۸/۱). تعریف اصطلاحی ای که اهل سنت از اصل ارائه کرده‌اند به منابع امامیه نیز راه پیدا کرده است (تمهید القواعد/۳۲). در قوانین الحکمه معنای لغوی و چهار معنای اصطلاحی ذکر گردیده، و سید علی قزوینی در حاشیه قوانین مشابه توضیحی که از شهید ثانی نقل کرده‌ایم ذکر کرده‌اند (قوانین الاصول/۵/۱؛ ۱۴/۲، الاصول العامه للفقہ المقارن/۳۹).

نکته‌ای که در اینجا مورد بحث است اینکه آیا لفظ اصل، برای هر چهار معنای اصطلاحی وضع گردیده تا اینکه مشترک لفظی میان چهار معنای مذکور باشد یا اینکه برای بعضی از آن چهار معنا وضع گردیده و مجازاً در دیگر معانی استعمال می‌شود و با کمک قرینه، یکی از آن معانی را افاده می‌کند؟ محل بحث است، و دلیلی بر وضع برای تمام آن معانی نیست (المکاسب/۵/۱۳-۱۵).

کاربرد معنای اصطلاحی اصل در فقه امامیه

اگر چه معنای اصطلاحی ادعا شده در اصول اهل سنت، به کتب اصولی امامیه راه پیدا کرده و به تدریج در کتب فقهی امامیه نیز نفوذ کرده است، ظاهراً نخستین بار محقق کرکی از فقهای امامیه در توضیح «اصل»، ضمن بحث «اصل در بیع لزوم است» احتمال داده‌اند که لزوم در بیع، أرجح است نظر به اینکه بیشتر افراد بیع بر لزوم منعقد می‌شوند، اگر چه احتمال داده‌اند که «اصل» در این مبحث، معنای لغوی داشته باشد به این معنا که بیع بر لزوم بنا شده است نه جواز، اگر چه نسبت به بعضی افراد بیع، جواز عارض می‌شود (جامع المقاصد/۴/۲۸۲).

شاید عمل محقق کرکی موجب شد که شیخ انصاری در پرداختن اصل لزوم در بیع، به تفسیر اصل پرداخته و سه معنا از چهار معنای اصطلاحی و نیز معنای لغوی را نسبت به اصل، محتمل بدانند، ولی اصل به معنای رجحان را در انطباق با لزوم در بیع تمام ندانسته‌اند، و معنای قاعده و استصحاب را حسن توصیف کرده و نسبت به اینکه اصل به معنای لغوی باشد، اثباتاً و نفیاً قضاوت نکرده‌اند و سکوت ایشان دلالت بر رضایت بر این معنا از اصل نیز می‌باشد (المکاسب/۵/۱۳-۱۵).

حقیقت این است که محقق کرکی و شیخ انصاری درصدد یافتن معنایی برای اصل هستند که با لزوم بیع، تطبیق نماید نه اینکه بخواهند معنایی کلی از اصل ارائه نمایند به طوری که در هر مقامی که اصل به کار رفته، معنای آن مشخص باشد و از آنجایی که کتاب مکاسب از متون آموزشی سطوح عالی و دروس خارج حوزه‌ها قرار گرفته و همچنان ادامه دارد، همه فقیهان برجسته‌ای که بعد از شیخ انصاری آمده‌اند، نسبت به اینکه «اصل» در لزوم بیع، به کدام معنا است؟ اظهارنظرهای متفاوت کرده و احياناً با ذکر معنای دیگری، تفسیر جدیدی از آن ارائه کرده‌اند (جامع المدارک/۳-۷۱/۳-۷۳؛ حاشیه کتاب المكاسب/۴/۲۰؛ کتاب البيع/۴/۱۳؛ مصباح الفقاهه فی المعاملات/۶/۱۶، القواعد الفقهیه/۵/۱۹۵).

از مجموع آن چه که فقها در مورد مفهوم «اصل» ذیل «اصل در بیع لزوم است» اظهار کرده‌اند که وجه بارز اظهارنظرهای آنان، اختلافاتی است که نسبت به مفهوم اصل وجود دارد، به دست می‌آید که در مورد «اصل»، یک ضابطه کلی وجود ندارد تا اینکه بتوانیم همه اصل‌هایی را که در ابواب مختلف فقه وجود داشته و به کار می‌رود، تفسیر و تبیین نمائیم؛ در نتیجه نسبت به مفهوم اصل تردیدها و ابهامات جدی وجود داشته، و معنای مسلمی برای آن وجود ندارد.

دیدگاه محدثین نسبت به اصل

از نظر محدثین امامیه نیز «اصل»ها، معنای واضح و روشنی ندارد چنانکه محمد امین استرآبادی در تفسیر «اصل» در گفتار فقها مبنی بر اینکه «اصل، برأث ذمه است»، و «اصل در مورد آب، نجس نبودن آن است» گفته‌اند: ممکن است «اصل» در آن دو گفتار، به معنای رجحان باشد (الفوائد المدنیه/۳-۴۰۳-۴۰۴).

شیخ حرّ عاملی نیز برای اصل دوازده معنا ذکر کرده و اظهار داشته‌اند که اصل در هر مورد، معنایی دارد (الفوائد الطوسیّه/۱۹۸-۲۰۲؛ الوافیّه فی اصول الفقه/۱۹۶)، بر همین اساس محمد امین استرآبادی، با استناد به روایات، تقدّم اصل بر ظاهر و اصل صحت در تصرّفات مسلمان را صحیح دانسته و تقدّم اصل بر ظاهر را در حوادث و وقائع جزئی، قابل اعمال دانسته‌اند، ولی با تمایز قائل شدن میان اخبار و افعال مسلمانان، افعال او را حمل بر صحت کرده‌اند نه اخبار او؛ (الفوائد المدنیه/۳-۴۰۳-۴۰۴؛ الوافیّه فی اصول الفقه/۱۹۸). بنابراین تردید و ابهام راجع به مفهوم «اصل»، عمومی و فراگیر است و این که در مذاهب مختلف و

مکاتب حقوقی در اسلام، اصل را به چه معنایی تفسیر نمایند، نظرها و دیدگاه‌های اجتهادی متفاوت وجود دارد، اما تفسیر مورد قبولی که همه صاحب‌نظران و اهل اجتهاد آن را قبول داشته باشند وجود ندارد.

تفسیرهای نو از اصل

با ملاحظه کثرت کاربرد «اصل» در فقه و وجود ابهام و تردید درباره اینکه در هر مورد، آیا معنای لغوی اصل بر این که مثلاً «اصل در تصرفات مسلمان صحت است» یا اینکه «اصل در عقود لزوم است» و امثال آن، تطبیق می‌کند یا یکی از معانی چهارگانه اصطلاحی؟ و یا اینکه بر هیچ‌یک از آن معانی تطبیق نمی‌کند بلکه باید تفسیر و معنای دیگری داشته باشد؟ در میان صاحب‌نظران معاصر و علمائی که نزدیک به عصر حاضر هستند، احتمال‌های متعددی بروز کرده است و این احتمال‌ها مبتنی بر تفسیرهای جدید از اصل می‌باشد که عبارتند از:

۱- ممکن است منظور از اصل، «مقتضای ادله شرعی» بوده باشد (القواعد الفقهیه/۵/۱۹۵) مثلاً آیه «أوفوا بالعقود» (مائده: ۱) یا آیه «ألا أن تكون تجاره عن تراضٍ» (نساء: ۳۹) و امثال آنها که از ادله شرعی می‌باشند و چیزی را افاده می‌کنند، آنچه که مفاد این ادله است، مقتضای آن ادله توصیف می‌شود، و از جهت آنکه مفاد و مقتضای ادله، به امر معین و جزئی تعلق ندارد و همچنین قابلیت انطباق بر جزئیات را دارند، آن مقتضای «اصل» قلمداد می‌کنند.

۲- بعضی‌ها ادله شرعی را بر دو قسم دانسته‌اند: قسم اول دلیل‌هایی است که حکم مورد معین و جزئی را افاده می‌کنند به طوری که حکم آن مورد معین، از آن دلیل استنباط می‌شود و آن دلیل هم اختصاص به همان مورد داشته و کاربرد دیگری ندارد؛ قسم دیگر قوانینی هستند که از کتاب و سنت استنباط شده و دلیل‌های شرعی قسم اول، با آنها سنجیده می‌شوند، و دلیل‌های قسم دوم را «اصل» می‌نامند (تعلیقه و شرح موافقات/۱۸).

۳- تعدادی کلیات در کتاب و سنت وجود دارند که به خود آن کلیات، «اصل» گفته می‌شود، همانند «لا ضرر و لا ضرار»، «و لا تزر وازره وزر آخری»، «و ما جعل علیکم فی الدین من حرج»، «انما الأعمال بالنیات»، «من مات و لا یشکر بالله شیئاً دخل الجنة» و امثال آنها (همان/۱۸).

۴- در مقام اثبات یا نفی تکالیف یا دعاوی، فرض‌ها یا بناءهایی وجود دارند که بر آنها اعتماد می‌شود، به طوری که بعضی از آن فرض‌ها یا بناءها شرعاً معتبرند و بعضی دیگر

معتبر نیستند و از شیء مورد اعتماد که شرعاً معتبر است به « اصل » تعبیر می کنند (العناوین الفقهیه/۵۹۷/۲).

۵ - حیات دنیائی و زندگی زمینی، وابستگی ضروری به اموری دارند که با عقل جمعی و خرد عمومی پا می گیرند و آن امور در روابط اجتماعی و تعاملات اقتصادی و حقوقی نقش اساسی دارند، و عقلا و خردمندان بدان شیوه با همدیگر زندگی می کنند و بناء عقلا و خردمندان بر آن پایه از ارتباط و زندگی استقرار یافته است. قواعدی که براساس آن بناء بدست می آید، قواعد اولیه زندگی نامیده می شود و « قاعده اولیه ای که از بناء عقلا استفاده شده است » را تعبیر به « اصل » می کنند (القواعد الفقهیه/۱۹۵/۵؛ کتاب البیع/۱۳/۴)، به نظر می رسد اینکه صاحب جواهر فرموده اند: « و یمكن كونه بمعنی القاعده : ممكن است اصل به معنای قاعده باشد » (جواهر الکلام/۳/۲۳) همین معنا را منظور داشته اند و از قاعده، قاعده اولیّه مستفاد از بناء عقلا را اراده کرده اند. همچنین احتمال دارد یکی از چهار معنای اصطلاحی اصل که قاعده بود، منظور از آن همین قاعده اولیه زندگی باشد که اساس عقلائی دارد.

ویژگی های اصل

با ملاحظه معانی متعدد اصل و احتمال ترجیح هر یک از معانی آن، تردید و ابهام در مفهوم اصل اثبات می شود. جهت استفاده از اصل در فقه و اصول، خروج از تردید و ابهام ضروری بوده و بدون تردیدزدائی، استفاده صحیح در کاربرد اصول، ممکن نیست اما راهی که برای رفع تردید و ابهام وجود دارد، شناخت ویژگی های اصل ها است:

۱- اولین ویژگی اصل، عدم اختصاص اصول به دین، ملیّت، زمان و مکانی خاص می باشد، مثلاً اینکه گفته می شود: در معاملات، اصل بر سالم بودن کالا است (العناوین الفقهیه/۲۱۷/۲) یقیناً منظور از آن، معاملات مسلمانان با یکدیگر نیست؛ همچنان که اگر گفته می شود: « اصل در عقود لزوم است » (مختلف الشیعه/۹۶/۵) فقط عقدهائی که مسلمانان با یکدیگر می بندند منظور نیست، بلکه اگر مسلمانان با غیر مسلمان نیز عقدی منعقد کرده باشند باید به آن پایبند بوده و نقض آن جایز نیست (مبسوط در ترمینولوژی/۲/۲۹۱)؛ بر این اساس می شود اصل را یک امر فرا زمانی، فرا مکانی و فرادینی تلقی کرد.

۲- اصل‌ها بدون وضع شریعت و قانون نیز، نقش ساماندهی در حیات فردی و جمعی را افاده کرده، و مبنای زندگی هستند، همچنان که پیش از وضع شریعت و قانون، زندگی بر اصل‌ها استقرار داشته‌است؛ بنابراین اصل‌ها اعتبار خودشان را لزوماً از قانون و شرع دریافت نمی‌کنند، گر چه ممکن است شرع نیز اصولی را تعریف نموده و قواعد زندگی را بر اصولی قرار دهد، بنابراین اصل‌ها دو قسم می‌شوند: اصل‌هایی که پیش از شریعت و قانون وجود داشته و همچنان اعتبار دارند، و اصل‌هایی که شرع و قانون تعریف کرده‌اند.

۳- شرع برای رفع و نفی آن اصول وضع نشده است، اگرچه شرع دیدگاه اصلاحی نسبت به آن اصول ارائه نموده است، چنانکه صاحب عناوین گفته‌اند: اصل اولی در معاملات، فساد و باطل بودن آن است، لذا حکم به فساد معامله، دلیل نمی‌خواهد (العناوین الفقهیه ۶/۲ و ۹۵)؛ این بیان که « همه عمومات و اطلاقات بر آن چیزهایی که میان مردم متعارف است، ریخته شده است» پذیرفتنش ممکن است. بدون شک غرر از چیزهایی است که عقلاً اقدام به آن نمی‌کنند و از معامله‌های متعارف نیست، لذا ادله‌ای که دلالت بر صحت نماید شامل آن نمی‌شود و در نتیجه مشمول اصل اولی در معامله که باطل بودن است باقی می‌ماند و آن چه که از طریق شریعت ظاهر و آشکار است باطل بودن معامله‌های غرری است (همان/۳۱۳/۲).

بحث ما در مورد این نیست که آیا اصل اولی در معاملات، فساد و بطلان است یا صحت؟ بلکه آن چه که از بیان مراغی خواستیم استفاده کنیم این است که شرع، اصل اولی متداول در میان مردم را تأیید کرده‌است. همچنین در موارد بسیاری شیوه شرع این است که با آگاهی از اصل‌های رایج میان مردم و اینکه مردم بر طبق آنها رفتار کرده و سکوت می‌کنند، سکوت شرع نیز دلالت بر مقبولیت آن اصل در شرع می‌کند، زیرا اگر شرع آن رویه را نمی‌پسندید می‌بایستی از آن رویه منع می‌کرد و منع نکردن آن، دلیل پسندیده بودن و مقبولیت آن می‌باشد (همان/۸/۲؛ کتاب المکاسب/۱۰۵/۱).

۴- اصول اولیه، قواعد طبیعی زندگی است و جامعه سالم حقوقی در تعارض و تخاصم با اصول اولیه نبوده بلکه در راستای اصول اولیه می‌باشد، همچنان که نظم حقوقی و شریعت در راستای آن می‌باشد، بنابراین اصل‌ها در وضعیت عادی اعمال شده، و برای اعمال آنها شرایط خاصی وجود ندارد و وجود شک، شرط اعمال اصل نیست، گرچه با وجود شک نیز اعمال می‌شوند. مثلاً در مورد اصل لزوم در بیع، گفته شده: اصل به معنای استصحاب است و بازگشت استصحاب به این است که به مجرد فسخ یکی از دو طرف عقد بیع، اصل، رفع نشدن اثر عقد است (کتاب المکاسب/۱۴/۵). امام خمینی در نقد این تحلیل فرموده‌اند:

عملیاتی که برای اثبات لزوم بیع صورت گرفته، نقض عملیاتی است که برای فسخ عقد انجام گرفته است در حالی که استصحاب، دلالت بر بقاء اثر عقد دارد، به طوری که با انجام عملیات استصحاب، دو چیز متناقض به ظاهر باهم ترکیب شده‌اند که عبارتند از: ۱- اصل رفع نشدن اثر عقد ۲- صرف فسخ کردن یکی از دو طرف عقد. حال جمله دوم یا قید جمله اول است و یا قید جمله اول نیست؛ اگر قید آن باشد عملیات استصحاب ممکن نیست، و اگر قید آن نباشد اثبات آثار عقد - که مالکیت مشتری بر مبیع می‌باشد - به وسیله « اصل رفع نشدن آثار عقد»، اصل مثبت است به علاوه این که « اصل، مؤثر نبودن فسخ است» هیچ اصل و ریشه‌ای ندارد (کتاب البیع/۴/۲۲).

منظور از نقل نقد امام خمینی از تحلیل شیخ انصاری، این نیست که امام (ره) به طور کلی، احتمال تفسیر اصل به استصحاب را مردود تلقی کرده باشند، بلکه ایشان تحلیل مورد نظر خودشان را در مورد احتمال تفسیر اصل به استصحاب بیان کرده‌اند و منظور این است که اعمال اصل، مستلزم وجود شک و حمل کردن اصل بر استصحاب نیست.

۵ - اگر چه اصل‌ها جنبه ایجابی و اثباتی هم دارند، اما اکثراً جنبه سلبی دارند و مواردی که جنبه ایجابی دارند، نقیض جنبه سلبی است، اگر گفته می‌شود اصل بقاء عقد است، در حقیقت منظور این است که سبب و موجبی که رافع عقد باشد به وجود نیامده است، بنابراین اصل‌ها تکلیفی را اثبات نمی‌کنند، بلکه بر بقاء تکالیف به وجود آمده، و یا بر به وجود نیامدن تکالیف دلالت می‌کنند.

از مجموع ویژگی‌هایی که برای اصل‌ها برشمردیم نتیجه گرفته می‌شود که اصل‌ها، اساس و بنیان عقلایی دارند، و مقتضای زندگی عقلایی بوده، و خرد جمعی آن اصول را برای زندگی الزامی و ضروری دانسته‌اند، لذا آن اصول را قواعد اولیه حیات بشری دانسته‌ایم.

اصل، اساس و بنیان فقه

فقه، ریشه در وحی و تعلیمات معصومانه دارد و از علوم مقدس و الهی است و احکام فقهی مستخرج از قرآن کریم و سنت پیامبر عظیم الشان و اهل بیت معصوم آن حضرت (ص) می‌باشد، و هدف مقدسی که فقه در پی آن است قداست آن را کمال و تعالی می‌بخشد و هدف متعالی و مقدس فقه را اهل عصمت برای فقه تعریف کرده‌اند، جز اینکه با همه قداست و منزلت والای فقه و وقتی که اهل عصمت و طهارت (س) برای آموزش آن به اهل ایمان صرف کرده‌اند، هیچ معصومی اقدام به تدوین فقه نکرده است بلکه تدوین فقه

به وسیله آموزش دیدگان مکتب خاندان عصمت و طهارت و شاگردان ائمه اطهار (ع) انجام گرفته است. نگارش و تدوین فقه و ترتیب و تبویب آن، به شکل اجتهادی صورت گرفته است، یعنی محتوا از تعلیمات وحیانی، اما شکل و صورت براساس اجتهاد، پردازش شده است و اگر چه همه محتوا وحیانی نیست، اما بخش اجتهادی محتوا براساس بخش وحیانی تحصیل شده است.

نکته‌ای که دانستن آن بسیار اهمیت دارد، بنیان و اساس فقه است که فقه بر چه اساسی نهاده شده است؟ زیربنای آن چه بوده است؟ پاسخی وحیانی و معصومانه نسبت به این سؤال وجود ندارد، بلکه فقه بر بنیانی که آن بنیان اجتهادی شناخته شده و تحصیل گردیده است، نهاده شد و به نظر می‌رسد آن بنیان اجتهادی، « اصل » می‌باشد، زیرا شریعت، از تکلیف و اشتغال ذمه بحث می‌کند، در حالی که اصل، از سلب و نبودن تکلیف سخن می‌گوید، و نبودن تکلیف، وضعیت طبیعی است، همچنانکه نبودن حق هم وضعیت طبیعی است و اصل از سلب و نبودن حق نیز سخن می‌گوید، ولی شریعت از وجود حق و تکلیف بحث می‌کند، لذا بر شریعت الزامی است که حق یا تکلیف را اثبات کند، و اگر اثبات نکند رجوع به وضعیت طبیعی می‌شود که همان نبودن حق و تکلیف است چنانکه محقق حلی، فقیه برجسته و عالی مقام فقه امامیه گفته‌اند:

بدان که اصل، خالی بودن ذمه از مشغولیت‌های شرعی می‌باشد، هرگاه مدّعی‌ای ادعای حکم شرعی‌ای را داشته باشد، مخالف نظریه و ادعای او می‌تواند مبنی بر نبودن مشغولیت‌های شرعی به برائت اصلی تمسک کند. (معارج الاصول/۲۱۲).

آنچه را محقق حلی فرموده‌اند مبنای رصین و قویم فقه اسلامی به ویژه فقه اهل البیت (ع) و فقهای امامیه می‌باشد و در موارد متعدد با استناد به اصل، نفی تکلیف کرده‌اند، که مواردی را به عنوان نمونه ذکر می‌کنیم.

۱- پوشش عورت در نماز واجب است، حال اگر در هنگام برگزاری نماز کشف عورت شود - چه کشف عورت کامل رخ دهد یا ناقص - آیا نماز باطل می‌شود؟ شیخ طوسی فرموده‌اند: نماز باطل نمی‌شود (المبسوط/۱/۸۷) و ابن جنید گفته‌اند: اگر وقت باقی است باید نماز را دوباره بخواند و علامه حلی با ترجیح نظریه شیخ طوسی فرموده‌اند: دوباره خواندن نماز دلیل شرعی می‌خواهد و اصل، برائت ذمه است (مختلف الشیعه/۲/۹۹).

۲- علما اجماع دارند بر این که در رکعت سوم و چهارم نمازهای سه رکعتی و چهار رکعتی، نمازگزار اختیار دارد که حمد بخواند یا تسبیح بگوید، حال اگر بخواند تسبیح بگوید مقدار آن چقدر است؟ در این باره اختلاف نظر شدید وجود دارد؛ بعضی نه تسبیح و بعضی ده

تسبیح ذکر کرده اند و شیخ مفید چهار تسبیح را کافی دانسته‌اند و علامه حلی با ترجیح نظر شیخ مفید به اصل استدلال کرده‌اند مبنی بر اینکه بیشتر از چهار تسبیح جز با دلیل اثبات نمی‌شود در حالی که به دلیلی دست پیدا نکرده ایم و اصل، برائت ذمه از بیشتر از یکبار گفتن تسبیحات اربعه است (همان/۱۶۵/۲ - ۱۶۶).

۳- میان فقهای امامیه و غیر امامیه در مقدار مسح سر اختلاف نظر است، به طوری که فقهای غیر امامیه، مسح تمام سر در وضوء را مستحب می‌دانند (مغنی المحتاج/۱/۵۹، نیل الأوطار/۱/۱۹۲)، ابن حمزه طوسی از فقهای امامیه آن را حرام می‌داند (الوسیله/۵۰)، و شیخ طوسی نیز مخالف مستحب بودن آن است و استدلال ایشان مبتنی بر اصل عدم استحباب است (الخلاف/۱/۸۳).

۴- کسی که سازنده بت، صلیب، ابزار و آلات لهو و گناه است، فروختن چوب، فلز یا مواد اولیه به او چه حکمی دارد؟ بعضی‌ها فروختن این چیزها را به او مجاز می‌دانند حتی اگر بدانند که وی آن مواد را برای صنایع حرام تهیه می‌کند و گناه کار او را به فروشنده مربوط نمی‌دانند (نکت النهایه/۲/۱۰۵، السرائر/۲/۲۲۵). علامه حلی فرموده‌اند: با علم به ارتکاب حرام، مجاز نیست ولی شیخ طوسی برای اثبات جواز، به اصل اباحه استناد کرده، و علامه حلی فرموده‌اند: با وجود دلیل قوی‌تر، از اصل عدول می‌شود (مختلف الشیعه/۵/۲۴).

اجماعی بودن استناد به اصل

استناد به اصل و قواعد اولیه، اختصاص به مباحث خاصی ندارد، بلکه عمومیت و شمول داشته و در سراسر فقه مشهود است، هم چنان که ارجاع به اصل، به مذهب فقهی خاصی اختصاص نداشته و بلکه بنیان و اساس فقه تمامی مذاهب است (همان/۹/۴۰۷؛ الفحول الی تحقیق الحق من علم الاصول/۲/۱۹۲) و از موضوعات مورد اختلاف اخباری‌ها و اصولی‌ها نبوده است و به همان اندازه که اصولی‌ها تکلیف را لازم الاثبات می‌دانستند، اخباری‌ها نیز آن را لازم الاثبات می‌دانستند، چنانکه علامه حلی در بعضی از مسائل از علی بن بابویه (ت ۳۲۹) و فرزندش شیخ صدوق، گزارش کرده‌اند که به «اصل برائت ذمه» از اشتغال به تکلیف، احتجاج کرده‌اند (مختلف الشیعه/۳/۵۸، ۲۷۸)، در حالی که هر دو از اعظم اخباری هستند.

بنابراین با تمام اختلاف هائی که در میان اهل فقه و مکاتب و نحله‌های فقهی وجود دارد، درباره خلاف اصل بودن تکالیف، اختلافی وجود ندارد، اما تنها اختلافی که وجود دارد

درباره بحث‌های مصداقی است مبنی بر این که آیا فلان مورد، محل اعمال اصل می‌باشد یا خیر؟ یا اینکه چه اصلی در این مورد قابل اعمال است؟ (همان/۱/۲۰۰، ۳۹/۲، ۴۰، ۵۱، ۹۵، ۹۸، ۹۹، ۱۱۳، ۱۱۵، ۴۲/۳...) این گونه اختلاف، «اجتهادی» و «تشخیصی» بوده، ولی مبنائی نیست، یعنی در مبنا وحدت و اشتراک نظر وجود دارد، اما در تطبیق و تشخیص محل اعمال اصل، اختلاف رخ می‌دهد و این اختلاف هم در حقیقت، به ادله تکالیف آن موارد و مصداق برمی‌گردد چنانکه در مورد این که آیا با لمس کردن ظاهر یا باطن قبل یا دبر حلیله یا نامحرم، وضو نقض می‌شود یا نه؟ و همچنین تقبیل حلیله یا نامحرم از روی شهوت و لذت، وضو را نقض می‌کند یا نه؟ اختلاف نظر است، به طوری که بعضی از محققین، مدعی وجود دلیل بر نقض شده‌اند و بعضی دیگر انکار وجود دلیل کرده‌اند (مختلف الشیعه/۱/۹۱ - ۹۳؛ تذکره الفقهاء/۱/۱۰۷) اما این گونه اختلاف نظرها، تردیدی نسبت به جایگاه محوری و نقش اساسی و بنیانی اصل ایجاد نکرده و خللی در اجماعی بودن اعتبار آن به وجود نمی‌آورد.

آیا استناد و ارجاع به اصل، شرطی دارد؟

اعمال اصل در فقه، بیان وضعیت شریعت و احکام شرعی است که به گونه‌ای از زندگی عرفی فاصله می‌گیرد و وارد حوزه خاص که حوزه شرع باشد، می‌شود. اگر اعمال اصل در زندگی عرفی، شرطی نداشته باشد، مستلزم آن نیست که در زندگی شرعی نیز شرطی نداشته باشد، زیرا حکمی که نسبت به عام می‌شود، موجب نمی‌شود که خاص هم همان حکم را داشته باشد، بلکه ممکن است خاص با ویژگی خاص بودن خود، حکمی متناسب با ویژگی خودش داشته باشد. محقق حلی نبودن دلیل شرعی بر حکمی را برای نفی آن حکم کافی دانسته و برای توجیه آن دو مقدمه به شرح زیر بیان کرده‌اند:

مقدمه اول این که با مشخص کردن راه‌ها و دلیل‌هایی که می‌تواند تکلیف شرعی را اثبات نماید، نبودن دلیل شرعی بر حکم یا تکلیف خاص را متذکر می‌شود. مقدمه دوم اینکه اگر آن حکم یا تکلیف وجود می‌داشت با توجه به انحصار راه‌ها و دلیل‌های شرعی، می‌بایستی یکی از آن دلیل‌ها به وجود آن دلالت می‌کرد، زیرا اگر به هیچ وجه بر آن حکم یا تکلیف دلالت نکند، لازم می‌آید که تکلیفی وجود داشته باشد و مکلف هیچ راهی برای آگاه شدن از آن در اختیار نداشته باشد، که آن تکلیف هم، تکلیف خارج از طاقت و توان مکلف می‌باشد و اگر دلیل دیگری غیر از آن راه‌ها و ادله مشخص شده بر آن دلالت نماید، لازم می‌آید که ادله و طرق شرعی، غیر محدود و غیر انحصاری باشد، در حالی که انحصاری بودن محدود بودن راه‌های تحصیل احکام و تکالیف شرعی اثبات گردیده است. با انحصاری بودن

راه های تحصیل تکالیف شرعی و عدم دلیل بر وجود حکمی نسبت به چیزی، کافی است که به نفی آن حکم و تکلیف، حکم شود (معارج الاصول/ ۲۱۲ - ۲۱۳). مقدماتی که فقیه والا- مقام امامیه بیان کردند در حقیقت شروط اعمال اصول اولیه و قواعد کلی طبیعی می باشد که ظاهراً مورد اتفاق و قبول تمامی مکاتب فقهی و فقهای مذاهب فقهی در اسلام می باشد. شرط دوم نیز روشن است و نیاز به بیان ندارد که همانا اعمال اصل، منوط به نبودن دلیل بر حکم و تکلیف شرعی است.

ظاهراً تا قرن یازدهم بیش از آنچه محقق حلی در شرایط اعمال اصل فرموده اند، شرط دیگری مطرح نبوده است، اما در قرن یازدهم با تفصیلی که فاضل تونی در قالب نقد دیدگاه محق حلی مطرح کردند، اعمال اصل در فقه امامیه را مشروط به شروط دیگری هم کردند به این ترتیب که اموری که شرع در مورد آنها اظهار نظر کرده و حکم صادر کرده و تعیین تکلیف نموده است، بر دو قسم هستند: اول اموری هستند که عموم مردم به آنها مبتلا می باشند، و دوم اموری هستند که مورد ابتلاء عموم مردم نیست و شروطی که محقق حلی ذکر کردند، نسبت به چیزهایی که مورد ابتلاء عموم مردم است، کامل و دقیق بوده، اما نسبت به اموری که عموم مردم به آنها مبتلا نیستند، درست نیست، زیرا بر اساس مذهب امامیه، تکالیف شرعی منوط به أخذ آنها از ائمه معصومین (ع) است در حالی که آنان تمکن اظهار تمامی تکالیف شرعی را از باب تقیه از حکام ظلمه در اموری که مورد ابتلاء عموم مردم نیست نداشتند (الوافیه فی اصول الفقه/ ۱۷۹). شرطی که فاضل تونی جهت اعمال اصل در مذهب امامیه قائل شدند، و با این شرط مذهب فقهی امامیه را از مذاهب فقهی غیر امامیه نسبت به اعمال اصل جدا کردند بر افکار فقهی پس از ایشان مؤثر واقع شد، به گونه ای که تفصیل میان اموری که عموم به آن مبتلا هستند از اموری که مورد ابتلاء عموم نیست به عنوان یک اصل مورد قبول واقع گردید (حاشیه کتاب المکاسب/ ۱/ ۱۰۵) در حالی که هیچ دلیلی این تفصیل را تأیید نمی کند و قواعد اولیه و اصول عقلائی، نظام طبیعی زندگی می- باشند که اگر هر گونه حکم و تکلیفی مخالف آن قواعد اولیه باشد، باید به وسیله دلیل، دلیل صدور آن حکم و تکلیف اثبات گردد، و تفاوتی بین امور مورد ابتلاء عموم و بین اموری که مورد ابتلاء عموم نیست وجود ندارد.

قابل ذکر است که ابتلاء امور در تعبيرات علامه حلی نیز ذکر گردیده است، اما نه به عنوان این که حکم آن از حکم غیر مورد ابتلاء عموم متفاوت است، بلکه جنبه تأکیدی دارد، چنانکه در مورد ناقصیت «مذی» نسبت به وضو اختلاف شده است (کتاب المبسوط/ ۱/ ۶۷،

الأم/۳۹/۱، المحلّی/۲۳۲/۱) و علامه حلی در پاسخ کسانی که آن را ناقض وضو دانسته، گفته‌اند: خروج مذی از مردان بعد از ملاعبت با حلیله، از چیزهائی است که عموم به آن مبتلا هستند و اگر ناقض وضو می‌بود حکم آن می‌بایستی از طریق دین دانسته می‌شد و از آن-جایی که ناقض بودن آن از طریق دین نرسیده است در نتیجه ناقض شمردن آن هم صحیح نیست (مختلف الشیعه/۹۴/۱).

ادعای تکلیف محوری تمدن فقهی و نقد آن

ممکن است ادعا شود که فقه، نگاه تکلیفی به جامعه و انسان دارد. اصل در فقه تکلیف است، زیرا موضوع علم فقه، افعال مکلفین است و انسان را با تکلیف تعریف می‌کند، و محور فقه تکلیف بوده، و تکلیف در تقابل با حق است، و وقتی که تکلیف اصل باشد، طبیعی است که حق، خلاف اصل است، و اگر در فقه سخنی از حق به میان می‌آید، تبعی و فرعی است، لذا در حالت عادی و وضعیت طبیعی، حقّی برای انسان وجود ندارد و انسان، با حقّ شناخته نشده و با حق تعریف نمی‌شود، و نباید ادعای طلبکاری داشته باشد، بلکه در حال عادی و طبیعی بدهکار است، و در شرایط غیر عادی و وضعیت غیر طبیعی صاحب حق می‌شود. در جامعه‌ای که فقه حکومت می‌کند، انسان‌ها را گوش به فرمان می‌پروراند، و برای انسان مطالبات قائل نیست بلکه باید یاد بگیرد که فرمان‌بری و اطاعت، دلیل صالح بودن و درستکار بودن است، و انسان وارسته کسی است که در انجام وظیفه و تکلیف، دقیق‌تر عمل می‌کند نه اینکه مطالباتی را مطرح می‌کند. بنابراین تمدن فقهی، تمدنی مکلف‌پرور است. گسترده‌ترین نمود زندگی اجتماعی و اخلاقی، تکلیف است و افراد متعالی، وظیفه‌شناس‌ترین افراد جامعه هستند. در این تمدن از «حق» به صورت موردی و جزئی حرفی زده می‌شود نه اینکه حق به صورت نظام‌مند مطرح باشد.

این تصویری که از فقه و تمدن فقهی صورت گرفته، جهتش آن است که از بنیان‌ها و اساسی که فقه بر آن بنا گردیده، ناآگاه و بی‌خبر بوده است و از روی جهل و بی‌خبری، تصویری ناصواب از فقه و اصول محوری آن ارائه گردیده است، زیرا اگر چه منشأ حق، وجود فطری و طبیعی انسان است اما حالت اولیه، طبیعی و عادی انسان مستلزم داشتن حقوق است و اظهار مطالبات و داشتن مطالبات در برابر حکومت و جامعه، حق طبیعی هر انسانی است همچنانکه منشأ تکلیف نیز وجود طبیعی و فطری انسان است و تکلیف، تحمیل به انسان نیست، بلکه کمال انسان از مسیر انجام تکلیف حاصل می‌شود، و اگر تکلیف، تحمیل به انسان باشد، قید و بند و زندان انسان بوده و عامل تعالی و تکامل نخواهد، روی همین

جهت با یک نگاه غیر دقیق به کتاب فقهی مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، به چهارصد و هفتاد مورد استناد به اصل برخورد می‌کنیم که در مقام نفی تکلیف ذکر شده‌است و در کتاب تذکره الفقهاء، کتاب الخلاف و دیگر جوامع اصیل و معتبر فقهی نیز موارد استناد به اصل در مقام نفی تکلیف بسیار مشاهده شده‌است، با این حال چگونه ادعا می‌شود که تمدن فقهی، تکلیف‌محور بوده و حق، جنبه تبعی و ثانویه دارد؟ در صورتی که تکلیف نیاز به اثبات نمی‌داشت و نفی تکلیف، نیاز به اثبات می‌داشت، جا داشت ادعا شود که فقه، تکلیف‌محور است، در حالی که دانش فقه تأسیس گردیده تا موارد خلاف اصل را که ادله بر وجود تکلیف در آن موارد دلالت می‌کند شناسائی و تبیین نماید و با دلیل، تکلیف را اثبات نماید، همچنان که موارد مطابق با اصل را بیان می‌کند و متذکر آن موارد نیز می‌شود، گرچه به دلیل آن که اصل عدم تکلیف، حالت عادی و وضعیت طبیعی است نیاز به بیان ندارد، و فقه برای بیان موارد نبودن تکلیف یا حق تأسیس نشده‌است و برای بیان عدم تکلیف، نیازی به تأسیس فقه نبوده‌است چنان که شیخ طوسی در پاسخ به دیدگاه ابوحنیفه که عقیده داشتند اگر در نکاح، شرط خیار حیوان گردد شرط باطل است و عقد صحیح می‌باشد (کتاب المبسوط/۵/۹۴ و ۹۵؛ بدایه المجتهد و نهایه المقتصد/۸/۲) فرموده اند با این شرط نکاح باطل است زیرا عقد، حکم شرعی است و حکم شرعی نیاز به دلیل شرعی دارد در حالی که دلیل شرعی‌ای بر ثبوت و وجود این عقد وجود ندارد (الخلاف/۴/۲۹۲)، و نیز داود ظاهری خطبه پیش از انشاء عقد نکاح را واجب می‌داند (المغنی/۷/۴۳۳) ولی شیخ طوسی آن را مستحب دانسته و در پاسخ ایشان می‌گوید: وجوب آن نیاز به دلیل شرعی دارد و در شریعت چیزی که دلیل بر وجوب آن باشد وجود ندارد (الخلاف/۲/۲۹۳).

تسامح در ارجاع به اصل

اگر چه اصل، بنیان و اساس فقه است ولی هر چیزی که ادعای اصل بودن آن شده است معلوم نیست که ثابت شده باشد، زیرا اصل بودن چیزی منوط به آن است که ویژگی‌های کلی و مشترک اصل‌ها را برخوردار بوده و راهگشا در تنگناها و دشواری‌ها باشد، نه این که خودش عامل بن بست بوده، و ایجاد تنگناها نماید، و اگر چنین شود کاربرد اصل بودن را نداشته، و اصل دانستن آن خلاف اصل است مثلاً اگر شوهر با همسر خودش خلوت کرده، و بعد از خلوت، زن مدعی موافقه شده و شوهر آن را انکار کند انکار شوهر بر ادعای همسر ترجیح دارد، زیرا اصل، عدم موافقه است (جامع المدارک/۴/۴۲۳) لذا لازم است مدعی، آن را

اثبات و بر واقعه اقامه بینة نماید چون که مدعی واقعه، ادعای حدوث آن را می‌کند و حدوث هر چیزی باید با بینة اثبات گردد حتی اگر واقعه باشد (فقه الامام الصادق/۵/۳۵۳) در حالی که اثبات واقعه از مشکل‌ترین پدیده‌ها در زندگی اجتماعی مسلمانان است، از این جهت نسبت به اصل مذکور اتفاق نظر وجود نیامده است بلکه دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد تا آن جا که بعضی گفته‌اند ادعای زن با اقامه سوگند ترجیح پیدا می‌کند (جواهر الکلام/۳۱/۱۴۱).

ادّعا شده است که اصل در شهادت دادن زنان، عدم نفوذ شهادت آنان است (حسینی حائری/۴۶۱) این اصل با عبارت « اصل، جایز نبودن شهادت زنان است در چیزهایی که دلیلی بر جواز شهادت دادن آنان وارد نشده است» (مبانی تکمله المنهاج/۱/۱۲۶)، نیز ذکر گردیده است در حالی که اگر اصلی در باب شهادت متصور باشد « اصل عدم» است و می‌توان ادّعا کرد که اصل، عدم نفوذ شهادت مردان است، همانگونه که ادّعا شده اصل، عدم نفوذ شهادت زنان است. عدم نفوذ شهادت زنان با شهادت مردان چه تفاوتی دارد؟ خردمندان دنیا هیچ یک از آنها را تأیید نمی‌کنند، بنابراین در حقیقت برای شهادت دادن اصلی وجود ندارد و اصل ادای شهادت، از ضروریات نظام زندگی است و اسلام در مورد آن نظر و دیدگاه خاصی را ارائه کرده است که تابع بیان شرع هستیم.

عدم امکان اظهار نظر کلی نسبت به اصل‌ها

دلیل ادعای تسامحی بودن بعضی از اصول این است که بعضی از اصل‌ها، از بنات عقلا و خردمندان است و بعضی دیگر از اصل‌ها بر اساس دیدگاه‌ها و بیانات شرعی ادّعا شده‌اند چنانکه بعضی از فقیهان امامیه گفته‌اند: منظور از اصل در اصالة اللزوم، مقتضای آن عمومات و اطلاقات را «اصل» نامیده‌اند (القواعد الفقهیه/۵/۱۹۵-۲۰۸) روشن است که اصل‌هایی که مدلول عمومات و اطلاقات آیات و روایات باشند با اصل‌هایی که از بنات خردمندان باشند از لحاظ مرتبه، کاربرد، آثار حقوقی و فقهی و امثال آن تفاوت جدی دارند، زیرا بنات عقلانی پیش از استقرار شریعت مرسومیت پیدا کرده و مورد قبول تمام جوامع و ملل و نحل می‌باشد اما اصل‌هایی که مدلول اذله کلی و عام شرعی هستند مقبولیت آنها محدود به جوامع اسلامی بوده و اعتبار آنها نیز اجتهادی است مثلاً اینکه «اصل، عدالت مسلمان است» یا تا زمانی که عدالت فردی احراز نشده، حکم به عدالت او نمی‌شود، علاوه بر اجتهادی بودن آن، اگر اصل بودن آن پذیرفته شود فقط مسلمانان آن را قبول دارند، در حالی که هیچ تمیزی میان اصول عقلانی و اصول شرعی وجود ندارد بلکه کاملاً درهم و

مختلط هستند و هر حکمی که برای بنای عقلا می‌شود نسبت به اصول شرعی هم صورت می‌گیرد با وجود این که بنای عقلا، بنیان فقه بوده ولی اصول شرعی، دستاورد اجتهاد و فقه است، لذا شایسته است از همدیگر تفکیک شوند و هر چیزی در جای خودش قرار گیرد که البته این امر نیاز به دقت و تأمل دارد.

نتیجه

براساس یافته‌های این پژوهش باید گفت که فقه بر اصول خردمندان و عقلایی بنا شده است و اموری که بر طبق اصل باشند نیاز به اثبات ندارند، اما در فقه، اصولی را ادعا کرده‌اند که اولاً- خود آن اصول نیاز به اثبات دارند، ثانیاً- باید مفهوم و مدلول آن اصول تبیین گردد، لذا نمی‌شود آن اصول را به صورت ارسال مسلمات و قطعی منظور کرد. با تردید و ابهام‌هایی که در مفهوم اصل وجود دارد و اجتهاداتی که نسبت به ارائه معنایی از اصل صورت می‌گیرد، اصل بودن آن اصول ادعائی را زیر سؤال می‌برد و اصل بودن اصول ادعائی، جنبه اجتهادی دارند، لذا ضروری است دقیقاً اصول زیربنائی و خردمندانه از اصول استنباطی که از مدلول عمومات و اطلاقات آیات و روایات استنباط شده است تفکیک شود تا این که هر یک از آنها در جایگاه خودشان قرار گرفته و مورد بهره‌برداری مناسب فقهی قرار گیرند، زیرا در صورت اختلاط میان اصل‌هایی که از قواعد اولیه زندگی هستند با اصل‌هایی که مدلول عمومات و اطلاقات هستند نتیجه‌های خطاء بدست می‌آید، به دلیل آن که با اصول شرعی، احکام و وظایف شرعی اثبات می‌شود، اما اصل‌هایی که قواعد اولیه زندگی می‌باشند اگر شرع آن را منع نکرده باشد معتبرند و وضعیت عقلایی و خردمندانه زندگی را بیان می‌کنند که در روابط بین‌الملل و فراتر از زندگی پیروان شریعت اعتبار دارد و امور مشترک میان اهل شریعت و غیر اهل شریعت می‌باشد که در هم اندیشی و همزیستی به کار می‌آید و می‌تواند ارتباطات حقوقی و اجتماعی آنها را منظم و منسجم نماید. بنابراین کاربرد آنها متفاوت است و این تفاوت، هم از نظر شرعی می‌باشد و هم از نظر عقلایی؛ از نظر شرعی، اصول عقلایی بنیان فقه است در حالی که اصول شرعی، مستنبط و فرآورده فقه می‌باشد و از نظر عقلایی موجد نظم فراگیر میان ملل و صاحبان اعتقادات و نظام‌های مختلف می‌باشد پس باید هر اصلی در جای خودش قرار گیرد.

منابع

- قرآن کریم.
- ابن حمزه طوسی، ابو جعفر، **الوسيله الى نيل الفضيله**، مکتبه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ق.
- ابن قدامه، ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمود بن قدامه، **المغنی**، بیروت، دار الکتب العربی، بی تا.
- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، **لسان العرب**، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ق.
- استرآبادی، محمد امین، **الفوائد المدنیه و بذيله الشواهد المکیه**، ج ۲، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۲۶ق.
- اصفهانی، محمد حسین، **حاشیه کتاب المکاسب**، تحقیق عبای محمد آل سیاح قطیفی، انتشارات انوار الهدی، قم، ۱۴۲۵ق.
- انصاری، شیخ مرتضی، **فرائد الاصول**، اعداد لجنه تحقیق تراث الشیخ الأعظم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- _____، **کتاب المکاسب**، اعداد لجنه تحقیق تراث الشیخ الأعظم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چ ۶، ۱۴۲۵ق.
- انصاری، عبدالعلی محمد بن نظام الدین، **فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت**، ذیل المستصفی، چاپ اول، مطبعه الامیری بولاق مصر، ۱۳۳۴ق.
- بجنوردی، سید محمد حسن، **القواعد الفقهیة**، تحقیق مهریزی و درایتی، قم، انتشارات دلیل ما، چ ۲، ۱۴۲۶ق.
- بروجردی نجفی، محمد تقی، **نهایه الافکار** تقریرات درس آقا ضیاء الدین عراقی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چ ۴، ۱۴۲۲ق.
- تسخیری، محمد علی، **القواعد الاصولیه و الفقهیة علی مذهب الامامیه**، اعداد لجنه العلمیه فی الحوزه الدینیة بقم، تهران، المجمع العالمی للتقرب بین المذاهب الاسلامیه، ۱۴۲۵ق.
- توحیدی تبریزی، محمد علی، **مصباح الفقاهه فی المعاملات**، تقریرات درس آیه الله خوئی در معاملات، قم، مؤسسه انصاریان للطباعة و النشر، بی تا.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **تمهید القواعد الاصولیه و العربیه لتفریع الاحکام الشرعیة**، قم، بوستان کتاب، ۱۴۱۶ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، **الفوائد الطوسیة**، تحقیق لاجوردی و درودی، قم، مطبوعه علمیه، ۱۴۰۳ق.
- حسینی حائری، سید کاظم، **القضاء فی الفقه الاسلامی**، قم، انتشارات مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۱۵ق.
- حسینی مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی، **العناوین الفقهیة**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ق.
- حکیم، محمد تقی، **الاصول العامه للفقه المقارن**، قم، مؤسسه آل البیت للطباعة و النشر، چ ۲، بی تا.
- حلبی، سید حمزه بن علی بن زهره، **غنیة التزوع الی علمی الاصول و الفروع**، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع)، ۱۴۱۷ق.

۸۲ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۴ - شماره ۷ - پاییز و زمستان ۹۱

- حلی (ابن ادريس)، محمد بن منصور بن احمد، **السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چ ۲، ۱۴۱۰ق.
- حلی (علامه)، حسن بن يوسف بن مطهر، **تذکره الفقهاء**، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ق.
- _____، **مختلف الشیعه فی احکام الشریعه**، قم، مؤسسه بوستان کتاب، چ ۲، ۱۳۸۱.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن، **معارج الاصول**، تحقیق محمد حسین رضوی، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۳ق.
- _____، **نکت النهایه**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ق.
- خمینی، سید روح الله، **انوار الهدایه فی التعلیقہ علی الکفایه**، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چ ۲، ۱۳۷۳.
- _____، **الرسائل** (رساله فی الاستصحاب)، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۵ق.
- _____، **کتاب البیع**، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چ ۴، ۱۴۱۰ق.
- خوئی، سید ابوالقاسم، **مبانی تکمله المنهاج**، بیروت، دارالتعارف، چ ۲۱، بی تا.
- دراز، عبدالله، **تعلیقہ و شرح موافقات**، چاپ شده در ذیل موافقات، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۵ق.
- سرخسی، شمس الدین، **کتاب المبسوط**، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۰۹ق.
- سیوری، جمال الدین مقداد بن عبدالله (فاضل مقداد)، **کنز العرفان فی فقه القرآن**، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چ ۵، ۱۳۷۳ش.
- شافعی، محمد بن ادريس، **الأم**، بیروت، دار الفکر، چ ۲، ۱۴۰۳ق.
- شوکانی، محمد بن علی بن محمد، **الفحول الی تحقیق الحق من علم الاصول**، تحقیق احمد عزّ و عنایه، بیروت، دار الکتب العربی، چ ۳، ۱۴۲۴ق.
- طباطبائی، سید علی، **ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل**، تحقیق و نشر مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ق.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن، **کتاب الخلاف**، تحقیق خراسانی، شهرستانی و نجفی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ق.
- _____، **المبسوط فی فقه الامامیه**، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۷۸ق.
- علم الهدی، سید مرتضی ابوالقاسم علی بن حسین موسوی، **الذریعه الی اصول الشریعه**، تحقیق ابوالقاسم گرچی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۶.
- فاضل تونی، عبدالله بن محمد بشروی خراسانی، **الوافیه فی اصول الفقه**، تحقیق محمد حسین رضوی، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چ ۲، ۱۴۱۵ق.
- فیروزآبادی، مجدالدین محمد، **القاموس المحیط**، بیروت، مؤسسه الرساله الناشرین، چ ۳، ۲۰۰۹م.
- قمی، میرزا ابوالقاسم، **قوانین الاصول**، تهران، انتشارات علمیه اسلامیه، ۱۳۷۸ق.

- کاظمی خراسانی، محمد علی، **فوائد الاصول** تقریرات درس میرزای نایینی، تحقیق رحمتی اراکی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چ ۸، ۱۴۲۴ق.
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، قم، مؤسسه آل البیت(ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ق.
- لوئیس معلوف، **المنجد فی اللغة**، بیروت، دار المشرق، چ ۳۰، ۱۹۸۸م.
- مامقانی، عبدالله، **مقیاس الهدایه فی علم الدرايه**، قم، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، ۱۹۹۲م.
- مغنیه، محمد جواد، **فقه الامام الصادق (ع)**، قم، مؤسسه انصاریان، چ ۶، ۱۳۸۳.
- نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چ ۲، ۱۳۶۳.
- نعیم یاسین، محمد، **نظریه الدعوی بین الشریعه الاسلامیه و قانون المرافعات المدنیه و التجاریه**، اردن، دار النفائس، چ ۲، ۱۴۲۰ق.

