بسم الله الرحمن الرحیم

درآمدی برنظریه حقوقی اسلام[[1]](#footnote-1)

محمود حکمت نیا[[2]](#footnote-2)

مهدی معلی[[3]](#footnote-3) حسین کاظمینی[[4]](#footnote-4)

**چكيده:**

نظریه حقوقی اسلام مجموعه گزاره‌ها و آموزه‌های نظام‌مند است که می‌تواند قواعد حاکم بر روابط اجتماعی انسان را که دارای ضمانت اجرا بوده تحلیل نماید. این نظریه بر اساس بنیان‌های نظری هستی‌شناختی و انسان‌شناختی، مبنای الزام قواعد حقوقی را اراده حکیمانه شارع دانسته است و این اراده بر اساس منابع شناخته‌شده و روش‌شناسی تقنینی و تفسیری متناسب با مبنا و منبع و هماهنگ با ابعاد وجودی انسان و غایت‌مندی آخرت‌گرایانه وی در قالب اصول، قواعد، نهادها و سازمان‌های حقوقی متناسب با نیازهای متفاوت فردی و اجتماعی قابل استخراج و فهم است. بر اساس این نظریه اگرچه اراده شارع در بازه زمانی مشخص و در جامعه‌ای با ساختار سنتی ابراز گریده است، اما با ظرفیت‌های وسیع خویش توان تنظیم روابط متنوع اجتماعی در دوره‌های مختلف و جوامع گوناگون را دارد. این نظریه به لحاظ معرفتی مرزهای خویش را با نظریه‌های انسان‌محور و حتی دین‌محور مشخص نموده است. با وجود ترسیم مرزها و بیان سلبی نسبت به نظریه‌های رقیب به لحاظ اثباتی دسته وسیعی از مکاتب و نظریه‌های خرد را در خود جای داده است. نظریه حقوقی اسلام می‌تواند ابعاد مختلف نظام حقوقی منسجمی را در برابر نظام‌های حقوقی دیگر ترسیم کند.

**كلمات كليدي:** نظريه حقوقی اسلام، نظام حقوقي، مبنای حقوق، منابع حقوق، روش‌شناسی حقوق

# مقدمه

حقوق در یكی از معانی خود، قواعدی است كه بر اعمال اشخاص حقیقی و حقوقی از این جهت كه در اجتماع هستند حكومت می‌كند و اجرای آن از طرف دولت تضمین شده است.[[5]](#footnote-5) اگرچه دانش حقوق در تلاش است موضوعات قواعد، قواعد و چگونگی اجرا و ضمانت اجرای آن را بررسی کند، اما این امر بدون نگاه به نظام حقوقی میسر نیست. نظام حقوقی مجموعه اصول، قواعد و نهادها و سازمان های حقوقی هماهنگ و مرتبط است كه مبتنی بر مبانی ویژه بر اساس روش معین از منابع خاصی استخراج و تفسیر شده بر پایه مبانی ویژه‌ای استوار و در بستر تاریخی و فرهنگی خاصی شكل گرفته و اهداف تعریف شده ایی چون نظم و عدالت را دنبال می كند. این مجموعه به گونه ایی است كه برای وضعیت های مختلف راه حل ارایه داده و قابلیت انطباق با اوضاع و احوال گوناگون را دارد. مهم‌ترین عنصر هر نظام هماهنگی میان اجزای آن است که چنین هماهنگی مبتنی بر مجموعه گزاره‌های مرتبط بوده که از آن به نظریه حقوقی تعبیر می‌کنیم.

از جمله نظام‌های حقوقی معاصر که روزبه روز توجه به آن بیشتر شده و تلاش برای تحقق آن به طور فزاینده رو به افزایش است، نظام حقوقی اسلام است. این نظام در ساختار نظری و فلسفی شکل گرفته است که مبتنی بر توحیدمحوری، آخرت‌باوری، غایت‌مندی جهان هستی، فرجام داشتن انسان، مقام خلیفه اللهی انسان و دارای کرامت و مسئول بودن وی است. در چنین ساختاری نظریه حقوقی اسلام قابل ترسیم و برای شناخت ساختار نظام حقوقی اسلام ضرورت دارد. نکته مهم اینکه نظریه حقوقی اسلام علاوه بر آنکه باید قابلیت ترسیم و توجیه نظام حقوقی اسلام را داشته باشد باید به لحاظ نظریه قادر باشد مرزهای خود را با سایر نظریه‌های حقوقی روشن و ساختار نظام حقوقی اسلام را با دیگر نظام‌های حقوقی که در پارادایم انسان‌محوری شکل گرفته است و مبتنی بر نظریه‌های حقوقی[[6]](#footnote-6) مختلفی است تعیین نماید.

نوشتار حاضر تلاش می‌کند در ساختار و چارچوب معرفتی اسلامی با تبیین بنیادهای نظری و با نگاهی به اصول و ویژگی‌های حاکم بر آن به عناصر کاربردی نظریه حقوقی اسلام اشاره نماید. ابعاد مختلف این نظریه در دانش‌های مختلفی چون کلام، اصول فقه، و فقه مورد توجه اندیشمندان بوده و یا به صورت پیش فرض‌هایی نظام حقوقی اسلام بر اساس آن شکل گرفته است.

# الف. بنیان‌های نظری

همان طور که گفته شد نظریه حقوقی اسلام بر پایه بنیان‌های نظریه است که در ادامه به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود. این بنیان‌ها گزاره‌هایی حقوقی هستند که در ساختار و پیش فرض‌های معرفتی شکل می‌گیرند.

## اول. مبنا

مبنا به معنای بنیان، اساس، ابتدا، اول و پایه به كار می‌رود.[[7]](#footnote-7) هنگامی كه این واژه به چیزی اضافه می‌گردد منظور اساس و پایه آن امر است. مهم‌ترین گزاره نظریه حقوقی گزاره‌ای است که به چرایی الزام‌آوربودن قواعد حقوقی می‌پردازد. به چنین گزاره‌ای مبنای نظریه و نظام حقوقی گفته می‌شود. نظریه‌های انسان‌محور با رویکرد عقل خودبنیاد بنا به پیش‌فرض‌های خویش گاه به پشتوانه‌های اخلاقی پرداخته و یا اراده فردی و اجتماعی را به عنوان مبنا انگاشته اند. دربرابر این نظریه‌ها نظریه حقوقی اسلام با توجه به چارچوب نظری اراده تشریعی خداوند را به عنوان مبنا پذیرفته است. این نظریه بر همین اساس ساختار یافته است. این امر در همه مکاتب و گرایش‌های فقهی و کلامی مورد وفاق است. اما اینکه انسان چگونه اراده شارع را فهمیده و از سوی دیگر رابطه مفاد اراده شارع با مصالح و مفاسد متعلق افعال چیست مورد اختلاف بوده و رویکردهای متفاوتی درباره آن وجود دارد.

### رابطه فهم انسان از اراده شارع

با این فرض که مبنای مشروعیت قواعد حقوقی اراده شارع است باید دید رابطه فهم انسان از اراده شارع چگونه است و اين اراده با فهم چه نسبتي دارد. در اين راستا مي‌توان به سه ديدگاه مصوبه ، مخطئه و نظریه مصلحت سلوكی اشاره كرد. این دیدگاه‌های سه گانه با اذعان به وجود متون بدست آمده از شارع نسبت به ماهیت حكم استنباط شده در نسبت‌سنجی با مفاد ادله اختلاف نظر دارند. سخن آنان مربوط به صورتی است كه مفاد استنباطی با مدلول دلیل هماهنگ و یكسان نباشد و چه بسا شخص استنباط كننده نیز در دوره دیگر به این تفاوت پی برده باشد. دیدگاه تصویب در رادیکال‌ترین صورت خود حکمی را که توسط فهمنده با رعایت اصول و قواعد بدست آمده است را حکم واقعی و مستند به شارع می‌داند. نتیجه چنین سخنی تغییر در اراده خواهد بود. در مقابل، دیدگاه تخطئه است که شخص خطاکار در فهم را معذور می‌داند اما به هیچ وجه حاصل فهم او را نشانگر اراده شارع نمی‌پندارد. دیدگاه مصلحت سلوکی که برخی آن را تصویب از منظر امامیه نامیده‌اند، برای رعایت منطق استنباط نیز سهمی از واقعیت در نظر می‌گیرد که این سهم جبران کننده مصلحت فوت شده واقعی است.

### رابطه مفاد اراده شارع با مصالح و مفاسد متعلق افعال

با این فرض که مبنای مشروعیت قواعد اراده تشریعی باشد این سخن مطرح می‌شود که آیا بایدها و نبایدهای تشریعی صرف‌نظر از اراده شارع خود دارای مصلحت است. همان‌طور که روشن است این امر دارای دو بعد است؛ یکی اینکه متعلق احکام دارای مصالح و مفاسد ذاتی باشد و بر فرض چنین مطلبی شارع در تشریع خویش با لحاظ آن مصالح و مفاسد به وضع حکم پرداخته و بر فرض وجود چنین امری، به لحاظ نظام‌پردازی شخص قادر به فهم مصلحت و مفسده از یک سو و چگونگی ارتباط آن با احکام تشریعی از سوی دیگر باشد. درباره، مسألة تبعیت یا عدم تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی، در مجموع سه اندیشة انکار[[8]](#footnote-8)، تبعیت مطلق[[9]](#footnote-9) و تبعیت نسبی[[10]](#footnote-10) وجود دارد.

## دوم. منبع

دومین گزاره پایه در هر نظریه حقوقی پاسخ به این پرسش است که قواعد حقوقی از کجا تحصیل می‌شود. محل یافتن قواعد حقوقی به منبع قواعد یا منبع نظام حقوقی تعبیر می‌شود. تعیین منبع بستگی تام به مبنای نظام حقوقی دارد. همان‌گونه که بیان شد، نظریه حقوقی اسلام در صدد دستیابی به اراده شارع است اما اینكه چگونه می‌توان به اراده شارع دست یافت میان مكاتب فقهی دیدگاه‌های گوناگون وجود دارد. ریشه این اختلاف این است که در ساختار نظریه حقوقی اسلام اراده شارع مجزای از فهم انسان ازخود و زندگی اجتماعی است. بنابراین پیش از آنکه موضوع فهم انسان مطرح شود تعیین منبع نیز به اراده شارع برمی‌گردد. با این بیان که شارع گزاره‌های تشریعی خود را کجا بیان نموده است. برخی بر این باورند که شارع گزاره‌های تشریعی خود را تنها در قالب نصوص بیان کرده است و در برابر برخی دیگر درک عقل را نیز معتبر دانسته اند با این بیان که عقل توانایی فهم باید‌ها و نایدها را داشته همچنین شارع نیز چنین درکی را در استناد به خود پذیرفته است. علاوه بر این درباره سایر منابع به عنوان جایگاه کشف اراده شارع گفتگو است.[[11]](#footnote-11)

## سوم. روش‌شناسی

در اصطلاح روش‌شناسی، تحقیق به نظریه و تحلیلی اطلاق می‌شود که به بررسی چگونگی انجام پژوهش می پردازد. همچنین روش‌شناسی متضمن این است که چگونه ساختار کلی یک نظریه در حوزه خاص از دانش اعمال می‌شود[[12]](#footnote-12) و این اعمال، تحلیل روش‌شناسانه قلمداد می‌شود.[[13]](#footnote-13) در یک نگاه کلی روش‌شناسی، نظریه پشتیبان تحقیق است.

در نظریه حقوقی اسلام مباحث روش‌شناسی ، که بیشتر آنها در اصول فقه منعکس شده است، شامل سه بحث مهم منطق تقنین که به بررسی فعل شارع و مباحثی چون تبعیت احکام از مصالح و مفاسد در متعلق آنها و چگونگی دستیابی به اراده شارع می پردازد، منطق تفسیر و منطق اجرا که به تطبیق قواعد بر موضوعات خارجی می‌پردازد، خواهد بود.

هماگونه که بیان شد اساس و مبنای اولی و اصلی نظریه حقوقی اسلام بر اراده حکیمانه شارع استوار است. لذا در مباحث روش شناسی بیشتر به چگونگی دستیابی یه این اراده پرداخته می شود. در این باره نظرات متفاوتی بیان شده که مبتنی بر آنها روش های مختلفی نیز ارائه شده است. با این توضیح روش های رسیدن و فهم اراده شارع را در موارد ذیل می توان خلاصه نمود.

### نص‌گرایی

نص‌گرایی از جمله رویکردهایی است که به کشف اراده شارع منجر می شود. در این گرایش با كنار گذاشتن عقل به عنوان یكی از ادله به تفسیر مضیق از نصوص می‌پردازد. اصحاب حدیث در میان اهل سنت و اخباریون در میان شیعه از عمده طرفداران گرایش بیانی محسوب می‌شوند. [[14]](#footnote-14) نتیجه مهم این گرایش از یك سو توسعه در حجیت روایات و از سوی دیگر اخذ به ظواهر خواهد بود. هر چند تمسک به نص از مطمئن‌ترین روشها برای دستیابی به اراده شارع است اما با مشکلات چندی روبرو است. از جمله مهمترین این امور مشکل سندی نصوص است. از سوی دیگر شناخت مفاد حکم از نصوص چالش دیگری است که فقیهان با آن روبرو بوده‌اند. فقیه برای شناخت حکم از نصوص باید به امور ذیل توجه کافی داشته باشد: شناخت مفاد حکم و میزان الزام به آن، تشخیص جنبه حقوقی و اخلاقی حکم، شناخت حکم وضعی یا تکلیفی، الغای خصوصیت از امور غیر موثر در حکم، مفهوم‌گیری از قضایای شرعی.

### مقصدگرایی

مقصدگرایی یا نظریه مقاصد شریعت به دیدگاه‌هایی اطلاق می‌شود كه تلاش می‌كند از مقصد شریعت به احكام شرعی دست‌یابد. وجود گزاره‌های مبیِّن مقاصد در متون دینی و غایت‌مندی شریعت و کمبود ادله بیان کننده اراده تشریعی شارع برخی را به این مسیر رهنمون کرده است تا شیوه دستیابی به بایدها و نبایدهای شرعی را از طریق مقاصد طراحی کنند.

صاحبان نظریه مقاصد شریعت، دربارة تعریف مقصد شریعت، عبارت‌های گوناگونی به کار برده‌اند. فاسی مقاصد را به غایت احکام و اسراری که شارع هنگام وضع احکام آنها را مقرر داشته است تعریف می‌کند. [[15]](#footnote-15)ریسونی می‌گوید: مقاصد شریعت غایاتی است که شریعت آنها را برای دستیابی به مصلحت بندگان وضع کرده است.[[16]](#footnote-16) سعد الیوبی نیز مقاصد را معانی و حکمت‌هایی می‌داند که شارع به صورت عام یا خاص برای تحقق مصالح بندگان رعایت کرده و در نظر گرفته است.[[17]](#footnote-17) خادمی نیز در تعریف آن گفته است: مقاصد، معانی ملحوظ در احکام شرعی و مترتب بر آنهاست.[[18]](#footnote-18)

مقاصد شریعت و تحریک شخص به آن مستلزم انجام افعالی است. اکنون آیا می‌توان از مطلوبیت مقاصد، به احکام و عناوینی دست یافت که شخص را به مقصد می‌رساند؟ البته در اینجا سخن از افعالی نیست که خود شارع میان آنها و مقاصد پیوند برقرار کرده است بلکه سخن در جایی است که شارع مقصد را بیان کرده است و خردمندان راه دستیابی به مقصد را در انجام یا ترک فعلی می‌دانند.

طه جابر علوانی در کتاب مقاصد الشریعه در تبیین فقه مقاصدی و روش آن معتقد است روش مقاصدی بر این فلسفه استوار است که تمام آنچه در شریعت آمده است، دارای حکمتی با معنای عقلایی است؛ چه آن حکمت آشکار باشد و چه پنهان که با تفکر زیاد در نص یا سفر در بلاد و دقت در رویدادها آشکار شود. وی فقه مقاصدی را نوعی بازگشت دادن متشابهات به محکمات و فروع به اصول می‌داند. او بر این باور است که این فقه در حد علت‌یابی واژه‌ای و قیاس جزیی توقف نمی‌کند، بلکه از روشی استقرایی عمومی آغاز می‌شود و در تلاش پیوند بین احکام جزئی و ساختار آنها در قانون عام است که بسیاری از ادله به ارزش و اعتبار آن در شریعت رهنمون می‌گردد.[[19]](#footnote-19)

### عقل گرایی

استفاده از عقل برای دریافت اراده شارع از جمله موضوعات مورد گفتگو میان فقیهان است. برخی چون اخباریان دست رد بر این امر زده و منكر استفاده از درك عقل در فهم احکام شرعی گردیدند. در مقابل نیز اصولیون بر نقش عقل در فهم احکام شرعی تأکید می ورزند.

نكته دیگر که باید بدان توجه نمود آن است که، آیا گزاره‌های شرعی دارای دلیل عقلی نیز هست یا اساسا عقل چنین دریافتی ندارد. بر فرض دریافت آیا می‌توان به موردی دست یافت كه نص لفظی نباشد و بتوان به دریافت عقل استناد كرد.

عقل‌گرایان دو موضوع را از هم جدا می‌كنند.نخست مستقلات عقلی كه عقل در چارچوب درك خود به اراده شارع پی‌برد و دوم غیر مستقلات عقلی كه در آن عقل با استفاده از گزاره‌های شرعی اراده شارع را توسعه می‌دهد.

### رای‌گرایی

رای‌گرایی گرایشی بوده است كه از صدر اسلام در میان پاره‌ای از مسلمانان رواج پیدا كرد .در متون فقه از این گروه به اصحاب رای، اهل رای، قیاس ، اصحاب رای و استحسان نام می‌برند. رویکرد این گروه به شریعت رویکردی بود که از فقدان روش رنج می‌برد. علاوه بر گرایشهای فوق که سابقه طولانی در فقه دارد برخی گرایشهای جدید نیز در میان اهل سنت مطرح گردیده است که می‌توان آنها را به سه دسته گرایش تاریخی، سودانگاری و لیبرالی تقسیم کرد.

### روش تاریخی متن محور

یکی از رویکردهای دیگر روش‌شناسی، نگاه تاریخی به خطابات شرعی است. برخی این روش‌شناسی را با عنوان منهج قرائت سیاقی یاد کرده‌اند.[[20]](#footnote-20) بر اساس مبانی این روش شارع خطابات خود را در فضای فرهنگی و تاریخی که متشکل از فرهنگ جاهلی و متأثر از ادیان دیگر بوده است، ابلاغ نموده است. در نتیجه برای فهم چنین خطاب‌هایی باید میان خطاب های متضمن مقاصد اصلی شرع و خطاب های جدلی و وصفی که ناظر به فرهنگ عمومی مردم بوده است تفاوت قائل شد. برای مثال گفته شده است که با توجه به این مطلب فرهنگ عرب جاهلی مبتنی بر تفوق عرب بر عجم و تفوق مرد بر زن بوده است، خطابات شرعی مربوط به زنان نیز گاه ناظر به این تفاوت و یا وصف چنین وضعیتی بوده است.[[21]](#footnote-21) لکن از مجموعه متون بیان کننده مقاصد اصلی شرع تساوی میان زن و مرد فهمیده می شود. و در نیتجه، باید احکام متناسب با تساوی را استنباط کرد. این دیدگاه با مبانی حقوقی در نظام حقوقی اسلام سازگار نیست. با توجه به اینکه قانونگذار خود به تبیین شریعت پرداخته است هیچگاه دلیلی بر موقت بودن یا زمانی بودن ارایه نداده است بلکه از سویی دیگر بر دوام شریعت نیز تصریح کرده است. به خوبی روشن است که شریعت با عقاید آداب و رسوم و قانون جاهلیت مبلرزه کرده است و خود را مقید به قیودی نکرده است. عامل اصلی که چنین محققانی به این دیدگاه توجه کرده اند اخذ این پیش‌فرض بوده است که ساختار لیبرالیستی حقوق مطابق با زمان است و هر چه با این ساختار مطابقت نکند محکوم به نسخ است.

### سودانگاری

برخی علمای معاصر سنی در نفی منابع اصول فقه سنتی مانند قیاس و استحسان و به طور عمده با استناد به مصلحت، روشی را مطرح کرده‌اند که گاه از آن تحت عنوان سودانگاری دینی یاد می‌شود. اولین بار محمدرشید رضا با هدف یافتن راهی میان فقهای سنتی و سکولارهای طرفدار جایگزینی کامل قانون دینی با قوانین وارداتی با طرح دو مقدمه اصلی به تبیین مفصل اندیشه سودانگاری دینی پرداخت:

نخست آنکه، با توجه به اصالت اباحه، خداوند مسلمین را مسؤول امور دنیوی خویش قرار داده است. و دوم، بر خلاف عبادات، در امور دنیوی خداوند صرفا اصول عام و کلی حاکم را بیان کرده است. [[22]](#footnote-22)در برخورد با مسائل این حوزه می‌توان مصالح دنیوی را تا آنجا که با اصول دینی در تعارض واقع نشود در نظر گرفت. [[23]](#footnote-23)بر این اساس، احکام تمامی مسائل مربوط به عبادات و اعتقادات باید با استناد به نصوص معتبر تعیین شود. اما تعیین احکام مسائل سیاسی، قضایی و مدنی غیرمنصوص به اختیار و صلاحدید انسان واگذار شده‌اند و قواعد آن بر اساس ملاحظات مربوط به نیازهای انسان، مصلحت و ضرورت تعیین می‌گردد. البته دو اصل ضرورت و مصلحت همواره بر هر دو دسته احکام فوق ترجیح داده می‌شود. [[24]](#footnote-24)

برخی دیگر نیز به منطقه‌ای خالی از حکم شرعی اشاره کرده‌اند و در موارد منصوص نیز ضرورت‌های اجتماعی را بر آنها مقدم می‌شمارند. [[25]](#footnote-25) دسته دیگری از نظریه‌پردازان سودانگار معتقدند محدوده فاقد حکم شرعی وجود ندارد و تمامی قواعد مورد نیاز در این حوزه به اصولی چون نظم، عدالت و رفاه استناد می‌یابند که از اهداف شرع هستند. همچنین عقل و وحی مکمل یکدیگرند و عقل انسان می‌تواند حکمت‌های احکام مانند عدالت و رفاه را بفهمد و از آن حکم شرعی نیازهای متغیر خود را کشف کند. بعلاوه، بسیاری از احکام شرعی با نظر به اهداف مذکور وضع شده‌اند و خود موضوعیت ندارند لذا به مقتضای رفاه جامعه قابل اصلاح‌اند. [[26]](#footnote-26)برخی نیز با اشاره به اینکه برخی احکام شرعی مبین و صریح مانند سهم زن در ارث، چندهمسری و ربا در مقابل مقتضیات جوامع جدید قرار دارند، تبیینی از نظریه سودانگاری را مطلوب دانسته‌اند که به استناد آن بتوان این احکام را حذف کرد.[[27]](#footnote-27)و[[28]](#footnote-28)

### لیبرالیسم دینی

رویکرد لیبرالیستی به فهم متون مبتنی بر تلقی وحی هم به مثابه متن(text) و هم به مثابه زمینه(context) است. در دیدگاه ایشان متون وحیانی را نمی‌توان بر اساس تفسیر لفظی تحلیل نمود و مسائل جامعه جدید را حل و فصل کرد. بلکه باید متون وحیانی را مبتنی بر روح و مقاصد کلی آن تحلیل کرد.[[29]](#footnote-29)

در نظر این رویکرد، دین یک امری فرا انسانی است و به منزله ایده ناب در قران و سنت پیامبر تجلی یافته است. اما تفسیر آن امری انسانی و خطاپذیر است. در لیبرالیسم دینی قرآن و روایات نبوی به مثابه یک کل ملاحظه شده که بستر آن جامعه عربی جاهلی بوده که اسلام در آنجا ظهور کرد است. در نتیجه باید نهادهای اجتماعی اقتصادی و قبیله ای جامعه مکه به طور کامل فهمیده شود. [[30]](#footnote-30)

بنابر این نظریه در چارچوب لیبرالیسم دینی فرایند استنباط و استخراج اصول کلی باید از دو حرکت نظری تشکیل شود: حرکت از خاص به عام(استخراج اصول کلی از مسائل خاص) و حرکت از عام به خاص. این روش‌شناسی با عنوان نظریه دو حرکتی شناخته شده است. در حرکت دوم اصول کلی که از متون وحیانی استنباط شده اند بر شرایط فعلی جامعه مسلمین اعمال می‌شوند. [[31]](#footnote-31)

### روش‌شناسی اجرا

بر فرض اینکه حکم شرعی و موضوع آن به درستی شناسایی شود اینک این سخن مطرح می‌شود که این موضوع چگونه بر مصایق خارجی تطبیق داده می‌شود. نکته مهم این است که شارع خود در این ناحیه روشی را ابداع نکرده است بنا بر این روش خاصی را نمی‌توان به قانونگذار مستند کرد. با توجه به رویه وی باید گفت در اینجا همان شیوه خردمندان مورد پذیرش قرار گرفته است.

مطلب مهمی که در اجرای احکام موضوع بحث و بررسی قرار گرفته است حالت تزاحم است. در این حالت شخص با دو تکلیف روبرو می‌شود که توان اجرای هر دوی آنها را ندارد از این رو باید یکی ار انجام دهد. اکنون سخن این است که معیار گزینش در باب تزاحم چیست فقیهان با توجه به ماهیت و چگونگی تکلیف تلاش نموده اند ضوابطی را برای ترجیح یک حکم بر دیگری در مقام تزاحم بیابند.

## چهارم. اصول و ویژگی ها

در مرحله تحلیل و تببین نظریه حقوقی اسلام باید به گونه‌ای انجام گیرد که آن را از دیگر نظریه‌های دینی که در شرایط پیشین بیان شده متمایز ساخته و در جهان معاصر به لحاظ تطبیقی مرزهای آن با نظریه های حقوقی روشن گردد.

در یک نگاه کلی می‌توان نظریه حقوقی اسلام را دارای اصول و ویژگی‌هایی به لحاظ مقارنه با شرایع پیشین و یا هم‌عصر تشریع و دیگری به لحاظ مطالعه تطبیقی با نظریه های حقوقی معاصر دانست.

### مقارنه با شرایع پیشین

پژوهش درباره مطالعه تطبیقی نظریه حقوقی اسلام با شرایع پیشین به خصوص با استفاده از متون دینی صورت گرفته است. برای مثال، برخی نویسندگان در بررسی ویژگی نظام حقوق اسلام در مقایسه با شرایع پیشین به ده امر اشاره می‌كنند كه عبارتند از:

* + آسان‌گیری و رحمت؛
  + برداشتن آن دسته از احكام دست و پا گیر كه در شرایع پیشین وجود داشت؛
  + حلال شمردن همه چیزهای پاك؛
  + حرام شمردن همه چیزهای ناپاك؛
  + اختصاص مرجعیت تشریع به خداوند.
  + مرجعیت تببین‌گری قرآن برای بشر به عقیده اهل سنت منحصر در سنت پیامبر است و به عقیده امامیه منحصر در سنت معصومان (ع) است؛
  + اصالت عدم تكلیف در تمام سطوح معتبر است. مگر اینكه دلیل موثقی برای اثبات تكلیف پیدا شود؛
  + تا دلیل معتبری نیابیم، تكلیف گردن‌گیر انسان نیست و در مورد وی اصل برائت ذمه جاری می‌شود.[[32]](#footnote-32)

### مقارنه با دیگر نظریه ها

باید توجه داشت كه آنچه گفته شد، در مقایسه اسلام با شرایع سابق بوده است. نظریه حقوق اسلام با مقایسه با نظریه ‌های حقوقی رایج و رویكرد مكاتب فكری دارای ویژگیهایی است كه آن را برجسته یا از دیگر نظریه‌های حقوقی متمایز می‌كند. در ادامه به این ویژگی‌ها اشاره می‌شود.

###### ماهیت كشفی داشتن

نظریه حقوقی اسلام در برخی از سطوح خود ماهیت كاملاً كشفی دارد. یعنی اینكه قواعدی توسط شارع وضع گردیده است و استنباط كننده، این قواعد را از منابع معتبر كشف می‌كند. این سخن بر مبنای كسانی كه «نظریه تخطئه» را پذیرفته‌اند مورد قبول است. بر اساس نظریه تخطئه احكام واقعی به عنوان شریعت وضع گردیده و به صورت فرا زمانی و فرا مكان دارای اعتبار است، مجتهد این قواعد را كشف می‌كند. حال در عملیات كشف خود ممكن است به واقع دست یابد یا اینكه خطا نموده و به واقع دست نیابد. همانطور كه پیداست این دیدگاه به لحاظ مبنا اراده‌گرا است، یعنی اینكه مبنای مشروعیت قواعد را اراده شارع می‌داند و تمام تلاش خود را به كشف اراده وی معطوف می‌دارد. منطق فهم این نظریه، منطق خاصی خواهد بود و ساختار نظریه فقهی شكل گرفته و چگونگی اجرا و پی بردن به خطا صورت ویژه‌ای خواهد داشت. در مقابل این نظر «دیدگاه مصوبه» مطرح است كه محوریت را به فهمنده می‌دهد،‌ در رادیكال‌ترین صورت تصویب این سخن پذیرفته شده است كه مجتهد با مراجعه به ادله و با استفاده از منطق پژوهش به حكمی دست می‌یابد كه این حكم واقعی خواهد بود و نسبت به مكلفان لازم الاجرا است. لازمه این دیدگاه پذیرش نوعی نسبی گرایی در شریعت است، با این توضیح كه ا مبنای مشروعیت احكام اراده شارع بوده و برای ابراز اراده شارع نیز منابعی وجود دارد و اینها تنها راه‌هایی هستند كه راهنمای فهمنده برای دست‌یابی به حكم قرار می‌گیرند. به طوری كه با رعایت ساختار روش‌مند استنباط، حكم به دست آمده، حكم واقعی تلقی خواهد شد.[[33]](#footnote-33)

آنجه كه گفته شد راجع به احكام تشریعی است كه از طرف قانونگذار وضع گردیده است. همان‌طور كه می‌دانیم بخش مهم دیگری از مقررات اسلام، احكام حكومتی است كه بنا بر مصالح و در راستای نظم اجتماعی توسط حاكم صادر می‌گردد و تا وقتی كه چنین مصلحتی وجود داشته باشد این احكام باقی است. این بخش از احكام نظام حقوقی اسلام جنبه تأسیسی دارند و ماهیت آنها كشفی نیست.

###### حكیمانه بودن

حكمت در لغت به معنای فهم معانی[[34]](#footnote-34) و نوعی علم و حكیم به معنای عالم به متقن در امور آمده است.[[35]](#footnote-35) برخی آن را معرفت به بهترین اشیاء با بهترین علوم دانسته‌اند.[[36]](#footnote-36) به همین جهت لغت‌شناسان آن را از «لعب» جدا ساخته‌اند، زیرا لعب، عمل كودكانه‌ای است كه به قصد لذت انجام می‌گیرد و عالمانه و حكیمانه نیست.[[37]](#footnote-37) در برخی كتب لغت حكمت ، ضد «سفه» نیز آمده است.[[38]](#footnote-38) سفه به معنای كاهش شناخت وضعیت امور و ضعف رأی است و كسی كه دارای ضعف رأی بوده صفت حلم ندارد.[[39]](#footnote-39) از این رو برخی از لغت‌شناسان حكمت را به سه صفت عدل، علم و حلم برگردانده‌اند.[[40]](#footnote-40) از همین رو برای جداسازی فساد از قبیح،[[41]](#footnote-41) غضب درست و غضب نادرست،[[42]](#footnote-42) از عنصر حكمت استفاده شده است.

این كلمه بیشتر در معلومات عقلی و حقِ صادق استعمال می‌شود و معنایش در این موارد این است كه در آنها بطلان و كذب معنا ندارد. بنابراین حكمت عبارت است از قضایای درستی كه مطابق با واقع باشد یعنی به نحوی مشتمل بر سعادت بشر باشد و اگر مشتمل بر حقایق عالم طبیعی است از قبیل معارفی است كه با سعادت انسان سر و كار دارد مانند عقاید فطری كه اساس تشریع امور دینی است.[[43]](#footnote-43) به طور خلاصه می‌توان گفت حكمت معرفت علمی است به اندازه‌ای كه نافع باشد.[[44]](#footnote-44)

یكی از ویژگی‌های مهم نظریه حقوقی اسلام حكیمانه بودن آن است. به این معنا كه خداوند حكیم قواعد حقوقی را به صورت منسجم و مرتبط با هم و با لحاظ ماهیت وجودی انسان تشریع كرده است.

این سخن كه قواعد حقوقی با هم مرتبط بوده و در میان آنها تعارض در اهداف و اصول برقرار نیست امری پذیرفته شده به لحاظ فلسفی، كلامی، اصولی و فقهی است. به لحاظ فلسفی خداوند، وجود مطلق و دارای كلیه صفات كمال است. از جمله صفات كمال، حكمت است. این امر در آیات متعدد قرآن كریم مطرح گردیده است. در این آیات خداوند از خود با صفاتی مانند عزیزِ حكیم، حكیمِ علیم، علیمِ حكیم یاد می‌كند. آیاتی كه مبین صفت حكمت است گاه ناظر به تكوین و سنت‌های تكوینی است. مانند صورت‌پردازی انسان در رحم(یصوركم فی الارحام)،[[45]](#footnote-45) سنت الاهی عذاب و غفران،[[46]](#footnote-46) خلقت آسمان‌ها و زمین،[[47]](#footnote-47) سنت ارسال رسل به زبان قوم[[48]](#footnote-48) و سنت خلقت انسان و رستاخیز مجدد او.[[49]](#footnote-49) برخی دیگر از آیات قرآن مبین حكمت در قواعد تشریعی است. برای مثال، هنگامی كه خداوند از اصلاح وضع یتیمان،[[50]](#footnote-50) روابط فقهی ـ اخلاقی پس از طلاق میان زن و مرد،[[51]](#footnote-51) وصیت نسبت به وضعیت همسران پس از مرگ،[[52]](#footnote-52) اجرای حد سرقت،[[53]](#footnote-53) شیوه تقسیم خمس،[[54]](#footnote-54) امر به معروف و نهی از منكر،[[55]](#footnote-55) چگونگی ورود كودكان به محل اختصاصی پدر و مادر،[[56]](#footnote-56) چگونگی ورود جوانان در خانه،[[57]](#footnote-57) احكام ارث،[[58]](#footnote-58) نكاح موقت و حرمت زنا[[59]](#footnote-59) و وجوب پرداخت دیه قتل غیر عمد[[60]](#footnote-60) سخن سخن می‌‌گوید به صفت حكمت خویش اشاره دارد.

###### عقلایی بودن

از خصوصیات دیگر نظریه حقوقی اسلام خردمندانه بودن مفاد آن است.

خردمند بودن مفاد نظریه حقوقی اسلام را از جهات مختلف می‌توان مورد توجه قرار داد. این جهات عبارتند از:

###### خردمند بودن قانونگذار

بر اساس مبانی كلامی قانونگذار در نظریه حقوقی اسلام خردمند و حكیم است، كه در بخش پیشین به آن اشاره كردیم. این امر هنگامی با توجه به مبانی انسان‌شناختی مورد توجه قرار گیرد بسیار با اهمیت جلوه می‌كند. تكامل انسان و رسیدن وی به كمال مطلوب بر اساس مبانی از طریق ایمان و عمل صالح است قانونگذار هنگامی می‌تواند یك نظریه خردمندانه را طراحی كند كه متناسب با این روند تكاملی انسان از طریق ایمان و عمل صالح باشد.

خردمندانه بودن محتوای قوانین

بر اساس این شاخص محتوای قوانین اسلام نیز خردمندانه بوده و به لحاظ مبنا و هدف در راستای رستگاری انسان است. نتیجه سخن این است كه قانونگذار سیره خردمندان را در اموری كه وحدت نظر شارع با خردمندان میسر باشد، بپذیرد و از این رو یكی از منابع پی بردن به اراده قانونگذار، سیره عقلا است، كه باید در جای خود مورد بررسی قرار گیرد.

خردمندانه بودن قواعد حقوقی و فقهی مبتنی بر نظریه حقوقی اسلام را باید با توجه به مبانی انسان شناختی خاص این نظریه مورد مطالعه قرار داد. در غیر این صورت ممكن است در فهم این نظریه دچار اشتباه گردیم. [[61]](#footnote-61)

خردمندانه بودن روش

قانونگذار در بیان قوانین خود بیشتر از روش خطابی استفاده كرده و از شیوه خردمندان پیروی می کند. بنابراین، منطق حاكم بر روش فهم خطابات شرعی بیشتر مبتنی بر قواعد عقلایی است. قواعدی چون اصالت ظهور، تقدیم عام بر خاص، حجیت مفاهیم و بسیاری از امور دیگر كه در حوزه روش به كار می‌روند ناشی از این بُعد نظریه حقوقی و فقهی اسلام است.

خردمندانه بودن شیوه ارسال پیام

تفاوت زمانی ارسال پیام توسط شارع و بیان احكام از طرف او موجب پیدایش این پرسش شده است كه چگونه می‌توان با توجه به این بعد زمانی به اراده وی پی‌برد. در اینجا نیز سیره و روش خردمندان مورد پذیرش قرار گرفته است و بحث حجیت خبر واحد با شرایطی پذیرفته شده است. از همین رو برخی از محققان بر این باورند كه تنها دلیل حجیت خبر واحد بنای خردمندان است كه از طرف شارع مردود شمرده نشده است.[[62]](#footnote-62) علاوه بر این اصالت عدم نقل معنا به لحاظ مفاد نیز مورد قبول قرار گرفته است.

###### هماهنگی با آخرت‌گرایی

از جمله ویژگی های نظریه حقوقی اسلام هماهنگی آن با آخرت‌گرایی انسان است. حقوق اگر چه در زمینه برقراری نظم همراه با عدالت تلاش می‌كند اما در عین حال با مصالح اخروی انسان به شدت پیوند خورده است. این امر مهم در حوزه مفاد قواعد حقوقی ، در شیوه دادرسی و كسانی كه می‌خواهند ضمانت اجرای قواعد حقوقی را به اجرا گذارند به چشم می‌خورد.

مفاد قواعد حقوقی به شدت با شیوه تكامل و یا سقوط انسان در هم تنیده است. برای نمونه خداوند پس از بر شماری احكام قتل عمد و قصاص به این قاعده كلی اشاره می‌فرماید كه هر كس پس از این تعدی كند عذاب الیمی خواهد دید. [[63]](#footnote-63) شبیه این امر در یكی از مادی ترین قواعد حقوقی یعنی ارث آمده است. خداوند در سوره نسا با بر شماری میزان سهم ارث افراد به ضمانت اجرای اخروی به صورت اجر و ثواب و عذاب اشاره می‌كند.[[64]](#footnote-64) همچنین به همین صورت برای حفاظت از اخلاق عمومی و سلامت اخلاقی برای كسانی كه به اشاعه فحشا در میان مردم علاقه دارند وعده عذاب دردناك دنیوی و اخروی داده شده است.[[65]](#footnote-65)

آیین دادرسی نیز اهمیت زیادی دارد. به گونه‌ایی كه تخلف از ان به حضرت داود گوشزد شده است به نحوی كه تعدی از آن موجب عذاب می‌گردد.[[66]](#footnote-66)[[67]](#footnote-67)

نمونه این ارتباط در جرایم زیادی چون زنا ، لواط و مانند اینها مشاهده می‌شود.

###### ارتباط با عرف

اگرچه نظریه حقوقی اسلام یك نظریه الهی است اما این نظریه در بستر تاریخی و اجتماعی شكل گرفته و رشد یافته است. ارسال رسولان برای اقوام مختلف و به زبان خود آنان، قرینه‌ای بر این ویژگی محسوب می شود.[[68]](#footnote-68)

ارسال رسل به زبان قوم خود به این معنا است كه خداوند رسولانى كه فرستاده که هر یك از اهل همان زبانى بوده كه مأمور به ارشاد اهل آن شده‏اند، حال چه اینكه خودش از اهل همان محل و از نژاد همان مردم باشد، و یا آنكه مانند لوط از اهالى سرزمین دیگر باشد، ولى با زبان قومش با ایشان سخن میگوید، همچنانكه قرآن كریم از یك طرف او را در میان قوم لوط غریب خوانده و فرموده: إِنِّی مُهاجِرٌ إِلى‏ رَبِّی[[69]](#footnote-69) و از طرفى دیگر همان مردم بیگانه را قوم لوط خوانده و مكرر فرموده: وَ قَوْمُ لُوطٍ.[[70]](#footnote-70)

چنین امری در نظام تشریعی و حقوقی نیز مطرح است. از این رو جایگاه فقه در نظام حقوقی دارای اهمیت ویژه‌ای است. این امر در تحلیل احكام امضایی مورد توجه قرار گرفته است. زیرا در احگام امضایی، شارع نهاد یا قاعده حقوقی موجود را پذیرفته و آن را امضا نموده است. نكته بسیار با اهمیت در اینجا این است كه آیا با تغییر عرف حكم امضایی نیز تغییر می‌كند یا اینكه عرف در ایجاد قاعده حقوقی نقش داشته ولی در بقای آن نقشی ندارد. برخی همچون ابو یوسف قاضی بغداد و قرافی مالكی بر این باورند كه با تغییر عرف، حكم نیز تغییر می‌كند.[[71]](#footnote-71) اما با یك تحلیل دقیق باید گفت كه استفاده شارع از عرف به معنای بهره‌گیری از نهاد موجود در عرف بوده به این شیوه كه شارع نهاد مشابهی را در نظام حقوقی اسلام پذیرفته است نه اینكه حكم را دائر مدار عرف قرار داده باشد.[[72]](#footnote-72) بلكه آنچه در نظام حقوقی اسلام پذیرفته شده این است كه حكم دائرمدار موضوع آن است به نحوی كه با تحقق و فعلیت موضوع حكم محقق می‌شود. در نتیجه اگر با تغییر عرف موضوع زایل شود، در این صورت نه به خاطر تغییر عرف بلكه به خاطر فقدان موضوع حكم فعلیت نمی‌یابد.

با نگاه به ساختار نظریه حقوقی اسلام می‌توان گفت كه عرف در فهم الفاظ، تفسیر قواعد و تطبیق مفهوم بر مصداق دارای نقش مهمی است كه باید در جای خود مورد بررسی قرار گیرد.

###### در نظر داشتن تكامل انسان

یكی دیگر از ویژگی‌های نظریه حقوقی اسلام این است كه با كمال فرد و جامعه پیوند خورده است و تنها یك امر مرتبط با نظم محسوب نمی‌شود. از همین رو علاوه بر عفو كه از طرف حاكم صورت می‌گیرد در نظریه حقوقی اسلام با نهاد توبه برخورد می‌كنیم كه شخص با استغفار و توبه از انجام گناهی كه نموده است نادم گردیده و زمینه‌های كمال خود را فراهم می‌كند.از همین رو برخی از فقیهان رساله مستقل و مفصلی در باره توبه نگاشته‌اند.[[73]](#footnote-73) گناه موجب سقوط انسان از مراتب كمالی و توبه موجب كمال انسان می‌گردد.

###### فرا مكانی و زمانی بودن

مكاتب حقوقی بر اساس مبانی نظریه خود درباره ثبات و یا نسبی بودن قواعد حقوقی اتفاق نظر ندارند. برخی از مكاتب حقوقی چون حقوق طبیعی با توجه به شخصیت انسان و درك عقلی از قواعد مقررات بنیادین حقوقی را ثابت می‌داند، هر چند ممكن است در حوزه مصادیق با قوانین متغیری برخورد نماید. در مقابل این مكتب، مكتب تاریخی حقوق قواعد حقوقی را در ذات خود متغیر و متحول می‌پندارد، مكتب ماركسیسم نیز با توجه به منطق فهم و زیرساخت‌های فكری خود برای قواعد حقوقی اصالتی قائل نیست و آن را تابع عوامل زیربنایی دیگری می‌داند.

در این میان نظریه حقوقی اسلام برای بسیاری از قواعد و مقررات خود ادعای ثبات فرا زمانی و فرا مكانی دارد و به همین لحاظ نظریه حقوقی را سامان دهی می‌نماید. این امر از جهاتی قابل بررسی است:

ادله(به لحاظ) كلامی

از جمله مهم‌ترین استدلال‌های نظریه فقهی و حقوقی اسلام توجه به صفات حكمت و علم شارع است به این معنا كه قانونگذار با توجه به شناخت روابط انسانی و با توجه به اینكه حضرت محمد (ص) خاتم پیامبران است به این نكته پی برده می‌شود كه مقررات و قوانین وحی شده به ایشان دائمی بوده و تغییر نخواهد كرد. البته این استدلال ممكن است با این مشكل مواجه شود كه كسی ادعا كند، آنچه در شریعت ثابت است قواعد بسیار كلی شریعت و اصول هستی شناسانه و قواعد ناظر به مقاصد است كه هرگز تغییر نخواهد كرد. اما قواعد اعتباری در موضوعات جزئی‌تر قابلیت دوام ندارد و در نتیجه باید گفت كه قواعد متحول خواهد بود.

این اشكال قابل پاسخ است با این توضیح كه در نظر دانشمندان حقوق اسلامی، اعتبار احكام و مشروعیت آن یك سخن است و فعلیت یافتن آن سخن دیگر؛ وقتی می‌گوییم قوانین در نظام فقهی و حقوقی اسلام ثابت است، یعنی مفاد قوانین نسخ نشده است و كسی حق نسخ یا بدعت در قوانین را ندارد. اما اینكه آیا مفاد یك قاعده خاص در زمانی و مكانی دیگر فعلیت می‌یابد بستگی به شرایط و تحقق موضوع آن دارد. از این رو شناخت دقیق موضوعات احكام بحث بسیار مهمی شمرده می‌شود و در همین جا است كه ممكن است كسی با تحلیل موضوع به این نتیجه برسد كه اگر چه به ظاهر عنوان موضوع وجود دارد، ولی واقعیت موضوع تغییر یافته است و نتیجه امر این خواهد بود كه حكم فعلیت نمی‌یابد.

ادله نقلی

در برخی از ادله درون دینی به روشنی از ثبات قوانین شریعت سخن گفته شده است. در برخی از روایات می‌خوانیم: حلال محمد حلال الی یوم القیامه و حرامه حرام الی یوم القیامه.[[74]](#footnote-74) منظور از حلال و حرام در این روایت، همان احكام الهی است.[[75]](#footnote-75) همان طور كه از عنوان كتاب الكافی استنباط می‌گردد این دسته از روایات در برابر بدعت‌ها و رأی گرایی وارد شده است. یعنی اینكه به جز شارع كسی حق وضع و یا نسخ قوانین الاهی را ندارد[[76]](#footnote-76) این سخن با تغییر موضوع كه قبلاً از آن سخن گفتیم متفاوت است. از همین رو شخصیت بزرگ اصولی چون آخوند خراسانی به خوبی میان وضع حكم و فعلیت آن تفاوت قایل می‌شود و بر این باور است كه چه بسا حكمی در شریعت وضع گردیده باشد و تا ظهور امام زمان (عج) هیچگاه ظرف فعلیت آن نیز تحقق نیابد.[[77]](#footnote-77) وی سپس با این پرسش روبرو می‌گردد كه چه فایده‌ای بر اینگونه احكام مترتب می‌گردد، در پاسخ می گوید كه در آن دوران به وضع قانون نیازی نیست و تنها حكم فعلیت یافته و به اجرا در مي‌آيد.[[78]](#footnote-78)

گذشته از سخن فوق برخی از اصولیان بر این باورند كه این دسته روایات نشان دهنده كلیت شریعت بوده و نظر به تك تك احكام ندارد به دیگر سخن معنای روایت این است كه دین محمد(ص) دین خاتم است و پس از آن دینی نخواهد آمد از این رو برای احراز ادامه احكام به استصحاب استناد كرده‌اند.[[79]](#footnote-79)

دلیل تحلیلی

همان‌طور كه گفته شد، قواعد فقهی و حقوقی، قواعد تنظیم كننده رفتارهای انسان هستند. با نگاه اجمالی به روابط انسان در می‌یابیم كه رابطه انسان با خداوند كه در قالب نهادهای عبادی طراحی گردیده است، قابل تغییر نیست. هدف از رفتارهای عبادی تقرب انسان به خداست كه این امر بستگی به هیچ زمان و مكانی ندارد و قواعد آن توسط خداوند كه مقرب الیه است اعلان می‌گردد. به تعبیر دیگر خداوند خود شیوه تقرب بندگانش را به سوی خود اعلان می‌دارد و اینكه بنده خود در این حوزه اعلام نظر نموده و شیوه تعیین كند معقول نیست. دسته دوم قواعد مربوط به روابط اجتماعی انسان است، كه در اینجا نیز بر اساس حكیمانه بودن قواعد و بر فرض ثابت بودن موضوع، تغییری در حكم حاصل نخواهد شد. با توجه به همین نكته پی می‌بریم كه سخن اصلی بر سر شناخت موضوعات احكام است و اینكه آیا موضوعی با شرایط ویژه فعلیت می‌یابد یا نه؟ برخی از اندیشمندان پاره‌ای از موضوعات را در ذات خود متغیر می‌دانند و در نتیجه حكم ثابتی برای آن در نظر نمی‌گیرند. از جمله كسانی كه چنین نظریه را پذیرفته است، شهید سید محمد باقر صدر است. وی با مطرح كردن نظریه منطقه الفراغ بر این باور است كه در شریعت حوزه‌ای وجود دارد كه حكم شرعی آن ثابت نیست و وضع قواعد به عهده ولی امر گذاشته شده است.[[80]](#footnote-80)این حوزه ناظر به رابطه انسان با طبیعت است. ذات قواعد در این حوزه متغیر است و حاكم بنا به صلاحدید و اوضاع و اقتضائات زمانه احكام را بیان می‌كند.[[81]](#footnote-81)

# ب. متغیرهای کاربردی

## اول. موضوع و موضوع شناسی

### تحلیل موضوع

احكام شرعی را هنگامی كه در قالب قضایای شرعی تحلیل نماییم به دو عنصر اساسی برخورد می‌كنیم. یكی حكم و دیگری چیزی است که حکم بر آن بار می‌شود. این امر وقتی در مقابل محمول بکار برده می شود به عنوان موضوع یا متعلق حکم تلقی می گردد. به دیگر سخن در اینجا موضوع در مقابل حکم بکار رفته است و بیشتر جنبه سلبی دارد. در برخی نوشته‌های فقهی بر همین مبنا قضایا تحلیل شده است. یعنی هر آنچه كه غیر حكم است در قالب موضوع مورد بررسی قرار گرفته است. برای مثال، مرحوم نائینی در تحلیل مجعولات شرعی بر این باور است كه مجعولات شرعی مانند قضایای خارجی نیست در نتیجه موضوعات احكام عناوین كلیه‌ای است كه به لحاظ مصادیق خارجی مقدرالوجود برای ترتب حكم در نظر گرفته می‌شود.[[82]](#footnote-82) از همین رو سید محمدباقر صدر در تعریف موضوع می‌نویسد:

«موضوع حكم یك اصطلاح اصولی است و عبارت است از مجموعه اشیائی كه فعلیت حكم مجعول بر آن توقف دارد. برای مثال هنگامی كه گفته می‌شود حج بر شخص مستطیع واجب است موضوع، مكلفِ مستطیع است زیرا فعلیت وجوب حج بر وجود چنین شخصی توقف دارد. و یا در این قضیه شرعی كه بر مكلف غیرمسافر و غیرمریض هنگام حلول ماه رمضان روزه واجب است. در این قضیه موضوع، مكلفِ غیرمسافر و غیرمریضی است كه ماه رمضان را درك كرده است.[[83]](#footnote-83)

علاوه بر این گاه بخش موضوعیِ یک قضیه شرعی به لحاظهای دیگر مورد تحلیل قرار می‌گیرد. در اینجا به لحاظ ابعاد مختلف ممکن است اصطلاحاتی مقرر گردد. برای مثال مرحوم نایینی در کنار موضوعِ حکم از متعلقِ حکم نیز نام می‌برد. این جدا سازی که به گفته برخی از ابتکارات ایشان است[[84]](#footnote-84) به این معنی است که در ارتباط با قانونگذار و مخاطبان قانون آنچه را که شارع فعل یا ترک آن را طلب می‌کند متعلق حکم نامیده می‌شود. برای مثال وقتی شارع می‌گوید نماز بخوانید. خواندن نماز متعلق حکم است. منظور وی از موضوع امر مفروض الوجود در متعلق است. مثلا در فعل نماز وقت نماز یا شخص بالغ و عاقلی است که از وی نماز طلب شده است، موضوع حکم است. [[85]](#footnote-85) در همین راستا برخی از محققان تلاش نموده‌اند با ارائه مثالهای متعدد به تفکیک موضوع و متعلق موضوع بپردازند. در این تفکیک میان گزاره‌های دو جزیی مانند: نماز واجب است، با وفای به عقد لازم است، تفکیک داده شده است. در گزاره اول نماز موضوع و واجب حکم قلمداد گردیده است و در گزاره دوم وفا متعلق و عقد، موضوع محسوب گردیده است. [[86]](#footnote-86)

تفکیک حکم، موضوع و متعلق در مباحثی چون چگونگی تصویر عموم ازمانی و مراجعه به دلیل عام[[87]](#footnote-87)یا امکان اخذ قصد امتثال در موضوع حکم یا متعلق حکم مورد بررسی قرار گرفته است. [[88]](#footnote-88)

برای بررسی و یافتن موضوع حكم شرعی، لازم است خطاب شرعی را تحلیل نموده ، عناوین به كار رفته در دلیل را بررسی و سرانجام به موضوع حكم شرعی دست پیدا کرد. پس از دست یافتن به موضوع حكم شرعی شناخت مفهوم آن از یك سو و شناخت مصادیق آن از سوی دیگر دارای اهمیت است. برای مثال، برخی اصولیان بر این باورند كه عناوین مأخوذ در خطابات شرعی گاهی از قبیل جهات تعلیلی و گاه از قبیل جهات تقییدی است. اگر عنوان به كار رفته در خطاب دارای جهت تعلیلی باشد این عنوان موضوع حكم شرعی نیست بلكه عنوان مشیر به موضوع حكم شرعی می باشد.[[89]](#footnote-89) باید توجه نمود، وضع الفاظ برای صحیح یا اعم نیز در شناخت موضوع دارای اثر است.[[90]](#footnote-90)

### رابطه موضوع و حكم

یكی دیگر از موضوعات بحث، رابطه موضوع و حكم است كه این امر را گاه از باب نسبت علت و معلول و یا از باب توقف و ترتب در نظر می‌گیرند.[[91]](#footnote-91)

### تحلیل قضایای حقیقی و خارجی

تحلیل قضایای حقیقی و قضایای خارجی از دیگر مباحث موضوع شناسی است. برای مثال، گفته شده است كه قضایای حقیقی را می‌توان به موضوع حكم و علت تشریع (بنا بر پذیرش تبعیت احكام از مصالح و مفاسد) تقسیم كرد. حال آنكه عناوین به كار رفته در قضایای خارجی همه از قبیل علت تشریع است.[[92]](#footnote-92) برای مثال، هنگامی كه شخصی به زید اجازه خوردن طعام یا داخل شدن در منزل رابدهد با آگاهی به اینكه زید دوست او است، زید می‌تواند داخل خانه شود و غذای او را بخورد اگرچه در واقع دوست او نباشد، بلكه دشمن او باشد، زیرا اذن به شخص زید تعلق گرفته است و علم به صداقت تأثیری در حكم ندارد. اما اگر قضیه را به صورت قضیه حقیقی انشا نماید و بگوید هر كس دوست من است داخل خانه شود، و یا به زید بگوید اگر دوست منی داخل شو در این صورت زیدی كه دشمن است نمی‌تواند داخل خانه شود.[[93]](#footnote-93)

### رابطه موضوع با علم مخاطب

یكی دیگر از امور مهم مربوط به موضوع شناسی رابطه موضوع با علم مخاطب است. این امر را اصولیان در بحث قطع طریقی و موضوعی مورد بحث قرار داده‌اند.[[94]](#footnote-94) با این بیان كه گاه قطعِ مخاطب به وجود موضوع در ترتب حكم تأثیر دارد که از آن به قطع موضوعی یاد می‌کنند و گاه قطع شخصی و روانی مخاطب در این امر تأثیری ندارد که از آن به قطع طریقی یاد می‌شود. تشخیص جایگاه علم و قطع مخاطب در موضوع حكم برای شناخت جایگاه اصول و امارات برای فعلیت یافتن حكم نقش به سزایی دارد.[[95]](#footnote-95)

### موضوع و احكام عقلی

برخی قضایای شرعی ریشه در قضایای عقلی و ملازمه میان حكم عقلی و شرعی دارند از این رو شناخت موضوع قضیه عقلی و چگونگی انعكاس آن در قضیه شرعی نیز یك بحث موضوع‌شناسی است. این بحث را فقیهان در استصحاب مورد بررسی قرار می‌دهند. در اینجا تمام سخن بر سر این دو پرسش است هنگامی كه عقل به حسن شی یا به قبح چیزی حكم می‌كند آیا همه ابعاد موضوع در نزد او روشن است و یا اینكه برخی از احكام عقل ممكن است نسبت به موضوعی با لحاظ متیقن بودن موضوع باشد و پرسش دوم اینكه حكم شرعیِ مستكشف از دلیل عقلی، به این گونه است كه شارع در كلیه قیودِ موضوع از عقل تبعیت می‌كند و یا ممكن است تصرفی در آن داشته باشد.[[96]](#footnote-96)

### رابطه موضوع و کارکرد

توجه به کارکرد موضوع نیز از جمله مباحثی است که به صورت پراکتده در مباحث فقهی و اصولی مورد توجه قرار گرفته است. مانند بحث شطرنج که توسط امام مطرح شده است. اصل سخن این است که عنوانی در دلیل بکار رفته است که در ظاهر این عنوان مصداق دارد ولی این مصداق کارکرد خود را از دست داده است. برای مثال شطرنج در دلیل بکار رفته است اما کارکرد قمار ندارد آیا باید به ظاهر اکتفا کرد یا به کارکرد توجه نمود؟

## دوم. حکم شناسی

باید‌ها و نبایدها و دیگر گزاره‌های فقهی و حقوقی در قالب احكام شرعی بیان می‌گردند. از این رو، شناخت و تحلیل حكم، از قبیل ماهیت‌، اركان، اقسام، رابطه احكام با یكدیگر، ملازمات و معاندات احكام و بیان دیدگاه‌ها در هر مورد، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. بی‌جهت نیست كه محقق نائینی، مبادی احكامی را هم‌شأن مبادی تصوری و تصدیقی دانسته و در تعریف آن می‌نویسد، مراد از مبادی احكام، اموری است كه شناخت احكام متوقف بر آنها است از قبیل تكلیفی و وضعی بودن احكام احوال و عوارض احكام مانند متضاد بودن آن و اینكه احكام وضعیه آیا درمرحله اعتبار دارای اصالت بوده و یا از تكلیف گرفته شده و مانند اینها.[[97]](#footnote-97) با توجه به سخن فوق می‌توان بخشی از مباحث مربوط به احكام را مربوط به شناخت خود حكم و بخش دیگر را به شناخت عوارض و احوالات حكم دانست.بنابراین بخش نخست مطالعه پیشینی حكم و بخش اخیر مطالعات پسینی حكم به حساب می‌آید.

فقیهان و اصولیان با توجه به ابعاد مختلف حكم به مواردی چون احكام استقلالی، احكام ظاهری، احكام ثانوی، احكام واقعی، احكام الزامی، احكام امضایی، احكام ترخیصی، احكام حكومتی، احكام حقیقی، احكام امتحانی، احكام طریقی، احكام عقلی، احكام عقلایی، احكام قضایی، احكام غیری و نفسی، احكام فعلی، احكام انشایی، احكام مولوی و ارشادی، احكام معلق و منجز، احكام ثابت و متغیر و احكام وضعی پرداخته‌اند.[[98]](#footnote-98) آنان همچنین مراحل حكم شرعی را مورد بررسی قرار داده و با این پیش‌فرض كه شارع در شیوه وضع قواعد فقهی و حقوقی روش مختص به خود نداشته و از همان روش معمول و عقلایی استفاده نموده است. و مراحل مختلف، ماهیت مراحل و خود مراحل از قبیل مرحله درك مصلحت و مفسده،[[99]](#footnote-99) مرحله اراده[[100]](#footnote-100) و مرحله اعتبار و ابراز[[101]](#footnote-101)را تحلیل نموده‌اند. همچنین ماهیت قضایایی كه بر اساس آن احكام انشاء شده اند، مورد بررسی قرار گرفته و نظریه‌هایی چون نظریه حقیقی بودن قضایا و یا نظریه خطابات قانونی، موضوع تحلیل آنان واقع شده است.

رابطه احکام با یکدیگر نیز در مباحثی چون دلالت نهی بر فساد، اجتماع امر و نهی واجب بودن مقدمه واجب مورد گفتگو است.رابطه احکام با وجود مصلحت و عدم آن در تبعیت احکام از مصالح و مفاسد بحث می‌شود.

محقق حلی احكام را به حسن و قبیح تقسیم می‌كند و در این تقسیم به تعلق ذم اشاره می‌كند.[[102]](#footnote-102)

درباره رابطه حكم و عنوان به كار رفته در دلیل سه گونه رابطه قابل تصور است. حكم به صورت حدوثی و بقایی دائرمدار موضوع است. مانند این دستور كه از عادل عالم تقلید نمایید. گاهی عنوان به موضوع واقعی اشاره دارد. بدون اینكه در حكم دخالتی داشته باشد. مانند این عبارت: دینت را از شخصی كه اینجا نشسته است(زراره) اخذ كن. در اینجا قطعا می‌دانیم كه نشستن شخص ارتباطی با موضوع ندارد. احكامی كه به صورت حدوثی و نه بقایی دائرمدار عنوان است. مانند آیه «السارق و السارقه فاقطعوا ایدیهما» در این آیه حدوث سرقت موجب ترتب حد می‌شود.[[103]](#footnote-103)

## سوم. گستره شریعت

### شمول مكانی شریعت

شمول مکانی شریعت نیز در مواردی دارای اهمیت است.این موضوع به لحاظ اجرایی نیز دارای اهمیت است. بدون شک هر فرد مسلمان در هر مکانی که باشد موظف به انجام تکالیف خویش می‌باشد در این میان برخی از تکالیف مانند اجرای حدود فعل حاکم محسوب می‌گردد. حاکم چه بسا به لحاظ سرزمینی دارای محدودیت در اعمال قدرت سیاسی باشد اما از آنجا که افراد ممکن است در سرزمین جابجا شوند مسلمانان مقیم سرزمین کفر به سرزمین حکومت اسلامی منتقل شده و امکان اجرای حکم فراهم آید در اینجا اگر کسی در سر زمین کفر گناه موجب حدی را مرتکب شود آیا حاکم اسلامی باید بر او اجرای حد کند.

با وجود این برخی از جرایم حتی اگر در بلاد شرک نیز واقع شود شخص مجازات می‌شود. برای نمونه می‌توان به جرم محاربه مثال زد. شیخ طوسی محارب را به طور مطلق مستوجب مجازات می‌داند.[[104]](#footnote-104)

### شمول زمانی شریعت

احكام هر نظام حقوقي در اعتبار خود به صورت مطلق وضع مي‌گردد و كمتر مقيد به زمان مي‌شود. نظام حقوقي اسلام هر چند در بدو تاسيس خود و هنگام تغيير نظام جاهلي چه بسا برخي از احكام را به صورت تدريجي بيان نموده است ولي با خاتمه يافتن عصر تشريع دوره نسخ احكام سپري شده است. علاوه بر اين نصوصي نيز وجود دارد كه حكايت از دوام احكام مي‌كند[[105]](#footnote-105) با وجود اين ممكن است با اين ادعا كه موضوعات احكام دچار تغيير شده است دعواي عدم فعليت حكم به خاطر فقدان موضوع گرديم.

گذشته از اين برخي محققان با مطرح كردن نظريه منطقه فراغ در ساختار نظام حقوقي اسلام منطقه‌اي را به تصوير مي‌كشند كه در آن منطقه ذات موضوع متغيير بوده و وضع حكم ثابت غير قابل تغيير در آن براي قانونگذار ميسر نيست. براي اينكه جامعه اسلامي در اين گونه موضوعات با خلا قانوني روبرو نشود شارع اختيار وضع قانون مناسب را بهدر چارچوب خاصي در اختيار حاكم داراي صلاحيت اسلامي قرارداده است. [[106]](#footnote-106)

اين سخن با آنچه درباره احكام ثانويه گفته مي‌شود متفاوت است. زيرا احكام ثانوي در برابر احكام اولي احكام ثابتي است كه بر عناوين ثانوي مانند ضرر، حرج و ... مترتب مي‌شود. اين احكام ثابت هستند و موضواعت آنها زماني نيست. چه بسا اين موصواعت در زمان تشريع نيز اتفاق افتد. حال آنكه در نظريه منطقه فراغ سخن از موضواعت زماني است كه موضوع دجار تحول شده است.

همچنین در میان برخی از نویسندگان اهل سنت این سخن که شریعت به لحاظ اصول کلی در صدر اسلام تکمیل گردیده است اما احکام فرعی متناسب با ظرف زمانی بوده است در صدد بازنگری کلی شریعت برآمده‌اند. ادعای که ادله نقلی و سیره به خصوص سیره امامان معصوم علیهم السلام آن را تایید نمی‌کند.

### شمول افرادی شریعت

احكام نظام فقهی و حقوقی اسلام بر رفتار مسلمانان حاکم است. علاوه بر این، احكام این نظام بنابر نظر مشهور، شامل كفار نیز می‌شود. برای مثال، علامه حلی هنگام بررسی وجوب زكات، می‌نویسد: مشهور نزد فقیهان شیعه این است كه زكات بر كفار نیز واجب است، هر چند ادای آن بعد از اسلام آوردن آنان صحیح است. وی در ادامه سخن به صورت یك قاعده كلی می‌گوید كفار در نزد ما مخاطب به فروع هستند همان گونه كه آنان مخاطب به اصول هستند.[[107]](#footnote-107)

از همین رو، با همان تحلیلی كه ذكر شد برخی شرط صحت را از شرط وجوب جدا نموده‌اند. برای مثال، محقق كركی در شرایط نماز جمعه مسلمان بودن را شرط صحت دانسته و نه شرط وجوب.[[108]](#footnote-108) در برابر چنین سخنی، برخی فقیهان اهل سنت و پاره‌ای از اخباریان و برخی اصولیان متأخر،[[109]](#footnote-109) كافر را مكلف به فروع ندانسته[[110]](#footnote-110) و برخی دیگر وی را مكلف به نهی و نه امر می‌دانند.[[111]](#footnote-111) چنین امری درباره ملكیت اموری چون خمر یا خوك كه در شریعت اسلامی فاقد مالیت است و در نزد كفار دارای مالیت، در مباحثی چون مهریه زوجه و یا ضمان نسبت به اتلاف آن موضوع سخن قرار گرفته است.[[112]](#footnote-112) همچنین رابطه قاعده تكلیف كفار به فروع دین و قاعده الزام نیز مورد گفتگو است.[[113]](#footnote-113)

به لحاظ درون دینی، باید گفت بسیاری خطابات امری و نواهی به صورت مطلق آمده است. و شامل مسلمانان و كفار می‌گردد.[[114]](#footnote-114) از همین رو، فقیهان در مورد قضای عبادات كافری كه مسلمان شده است بحث نموده و برای عدم وجود قضا به ادله‌ای از قبیل «ان الاسلام یجب ما قبله» استناد می‌كنند.[[115]](#footnote-115)

همچنین شیخ انصاری برای زدودن این شبهه كه چگونه كفار با اینكه جاهل و غافل‌اند مخاطب به فروع هستند، به تحلیل موضوع پرداخته و تلاش نموده است با مثال‌های عرفی قبیح نبودن چنین امری را به اثبات رساند.[[116]](#footnote-116) برخی محل كلام در تكلیف كفار به فروع را احكام اختصاصی اسلام می‌دانند. اما مستقلات عقلی كه در حكم آن همه شرایع وحدت نظر دارند، مانند حرمت قتل، قبح ظلم، خوردن ظالمانه اموال دیگری و مانند آن میان همه افراد مشترك دانسته و از موضوع سخن خارج می‌دانند.[[117]](#footnote-117)

### شمول شریعت نسبت به احكام عدمی

شریعت اسلامی عبارت است از مجموعه قواعد و مقررات شرعی كه خداوند برای مردم فرض كرده است. این بیان اطلاق دارد و شامل احكام عدمی هم می‌شود. (سید كمال حیدری، قاعده لاضرر و لاضرار(تقریرات درس سید محمدباقر صدر)، ص 297) بنابراین در جایگاه احكام عدمی در شریعت مشكل چندانی وجود ندارد، اما در ماهیت آن اختلاف مهمی وجود دارد.[[118]](#footnote-118) در اینجا باید بین دو صورت تفكیك قائل شد: گاهی حكم شارع روی عدم تكلیف می‌رود مانند اباحه یا حلیت كه در حقیقت عدم حكم نیست بلكه حكم به عدم است و صورت دیگر، عدم جعل حكم است. البته عدم جعل حكم در جایی مطرح می‌شود كه قابلیت وضع حكم وجود داشته باشد.

به نظر می‌رسد انشائی بودن احكام عدمی اشكال عقلی ندارد. لكن بررسی ماهیت حكم عدمی با گستره فقه از یك سو و روش وضع احكام در حوزه حقوق اسلامی از سوی دیگر، مرتبط است. بر این اساس، ابتدا باید احراز شود مسئله در حوزه شریعت اسلامی قرار دارد و سپس عمل شارع را در جعل و بیان احكام بررسی نمود. این دو محور از مسائل فلسفه فقه است.

قواعد حقوق اسلامی در بستر عرف موجود در زمان شارع وضع شده‌اند و لذا گاه شارع با اتكا بر امر موجود در عرف، وضع مستقلی نداشته است. بنابراین می‌توان گفت عدم جعل حكم در جایی كه به شارع مربوط می‌شود، خود، حكم مجعول شرعی است. بله اگر بنای شارع در عدم حكم اتكا بر عرف و عدم بیان باشد، می‌توان در جایی كه مفاد دلیل، عدم حكم است، آن را به معنای اخبار دانست. البته اخبار به حكم موجود شرعی كه آن را از رویه شارع به دست آورده‌ایم.

### شمول بیانی شریعت

بسیاری احكام شرعی در قالب خطابات به مسلمانان در صدر اسلام بیان گردیده است. درباره چنین خطاباتی مسائلی وجود دارد. یكی اینكه برخی بیانات مانند «یا ایها الذین امنوا» و «یا ایها الناس» به صورت حضوری مسلمانان را مورد خطاب قرار داده است.[[119]](#footnote-119) اكنون پرسش این است كه آیا چنین خطاباتی شامل مسلمانان غیر صدر اسلام و یا آنان كه در چنین محیطی غایب بوده‌اند می‌گردد یا نه. مسئله دیگر اینكه برخی از خطاب‌ها به ظاهر شامل مردان می‌گردد. اكنون پرسش این است كه آیا چنین احكامی شامل زنان نیز می‌گردد. مسئاه دیگر اینکه آیا خطابات منابع خاصی چون قران برای چه کسی قابل فهم و حجت است. این سه مسئله از جمله مسائل مربوط به فلسفه نظام حقوقی اسلام محسوب می‌شود و اصولیان درباره آن به تفصیل سخن گفته‌اند. درباره پرسش اول، سخنان گوناگونی گفته شده است. صاحب قوانین از جمله محققانی است كه با مطرح كردن این مسئله می‌نویسد معروف در مذهب اصحاب این است كه آنچه برای خطابات شفاهی از قبیل یا ایها الذین امنو و یا ایها الناس است شامل افراد متأخیر از زمان خطاب نبوده و در ادامه ادعا می‌كند كه برخی بر آن ادعای اجماع نموده‌اند. او نیز با پذیرش این سخن، ادعا می‌كند كه خطاب معدوم به لحاظ شرعی و عقلی قبیح است. همچنین وی بر این باور است كه چنین الفاظی برای اشخاص حاضر وضع گردیده است و بدون قرینه با فرض امكان نمی‌توان آنها را بر مجاز حمل نمود.[[120]](#footnote-120) در برابر این دیدگاه اصولیان متأخر با تحلیل خطابات، پاسخ‌های گوناگونی داده‌اند. از جمله برخی محققان با تحلیل قضایا به خارجی و حقیقی، شمول قضایای حقیقی را نسبت به غایبان و معدومان بدون اشكال دانسته‌اند.[[121]](#footnote-121) همچنین برخی مانند امام خمینی ره با مطرح كردن نظریه خطاب‌های قانونی اساس چنین اشكالی را منتفی دانسته‌اند. ایشان در شرح خطابات قانونی می‌نویسد:

«سخن گاهی در امرهای شخصی است، مانند فرمان خداوند به ابراهیم خلیل، و گاه در امرهای كلی و قانونی. در صورت نخست چون غرض از امر پدید آوردن انگیزه در مخاطب است، باید گیرنده پیام دارای شرایط لازم چون علم و قدرت و... باشد و گرنه امر به او امكان ندارد. ولی در امرهای قانونی و كلی چنین نیست، زیرا هدف نهایی آن نیست كه همه كسان برانگیخته شوند و به تكلیف روی آورند، بلكه هدف قانونگذاری است. طبیعی است گروهی به این خطاب گردن نهند و گروهی سرپیچی كنند. در هر صورت این گونه امر و خطاب لغو نخواهد بود، زیرا در این گونه فرمان‌های قانونی به تعداد همه مكلفان، تكلیفی نیست، بلكه یك تكلیف و قانون برای همگان است.»**[[122]](#footnote-122)**

از همین رو ایشان خطاب معدومان را دارای اشكال نمی‌داند.[[123]](#footnote-123)

علاوه براین، برخی دیگر با استناد به دیگر آیات قرآن به این نتیجه رسیده‌اند كه خطابات قرآن خطاب‌های انشائی است و شامل همه افراد حاضر و غایب و موجود و معدوم می‌گردد.[[124]](#footnote-124)

مساله دیگر اینکه خطابات در مواردی به مردان شده است آیا احکام این خطابات نیز به مردان اختصاص دارد.

و دیگر اینکه آیا خطابات قرانی برای همگان قابل فهم و حجت است یا برای معصومان حجت است. اخباریان در این جا بر این باورند که چنین خطاباتی فقط برای معصومان حجت است.

## چهارم. رابطه تكوین و تشریع و نظام حقوقی اسلام

یكی دیگر از خصوصیات نظام فقهی و حقوقی اسلام، رابطه تكوین و تشریع است؛ این موضوع در مباحث فلسفه حقوق مورد توجه است.

این بحث را در سطوحی می‌توان مورد بررسی قرار داد كه در ادامه به آن اشاره می‌شود:

* آیا می‌توان از امور تكوینی به قواعد حقوقی دست یافت؟
* آیا می‌توان از امور تكوینی به اراده تشریعی خداوند دست یافت؟
* آیا در نظام حقوقی اسلام، در جعل احكام به صورت تشریعی به وضعیت تكوینی توجه شده است؟

### استخراج احكام حقوقی از امور تكوینی

استخراج احكام حقوقی از امور تكوینی در مكاتب خردگرایانه مطرح است. این امر به‌خصوص در حوزه حقوق زن مطرح می‌باشد و در دو سطح بررسی می‌شود: یكی اینكه آیا نظام‌های حقوقی موجود بر پایة ماهیت تکوینی انسان شكل گرفته است؛ دیگر اینكه آیا می‌توان برای استخراج قواعد حقوقی در یك نظام مطلوب، از این روش بهره برد؟

درباره پرسش اول نمی‌توان به آسانی پاسخ مثبت داد؛ زیرا در طول تاریخ نظام‌های حقوقی مختلف شكل گرفته است و در هر نظام برای زن قواعدی مقرر شده است؛ ولی نمی‌توان این قواعد را تنها بر مبنای انسان‌شناختی به صورت تكوینی توجیه نمود. از جمله اموری كه برخی فمنیست‌ها به آن توجه كرده‌اند این است كه قواعد حقوقی نظام‌های حقوقی، در یك بستر فرهنگی و تاریخی شكل گرفته و در ترسیم قواعد حقوقی، امور بسیاری نقش داشته است؛ اما در این‌باره که چه اموری در شكل‌گیری حقوق زن دخالت داشته است و اینكه آیا توجه بیشتر به منشأهای سلطه‌گری مرد و نظام مردسالاری بوده و یا ریشه در امور اقتصادی و سلطه‌جویی اقتصادی مرد بوده است، وحدت نظر وجود ندارد؛ اما این نكته كه نظام‌های حقوقی فقط بر پایه ماهیت تكوینی انسان شكل گرفته است، اشکال چندانی ندارد.

پرسش دوم اینكه آیا باید قواعد حقوق را بر پایه تكوین استوار كرد؟ پاسخ به این پرسش ممكن است در آغاز، مثبت باشد؛ اما اینكه در اینجا باید به كدام صفت و ویژگی تكوینی توجه نمود و چگونه می‌توان از هست‌ها به باید‌ها رسید، چندان روشن و مشخص نیست. صرف توجه به این نكته كه در حوزه بایدها به هست‌ها توجه شود، كفایت نمی‌كند. افزون بر این، استخراج قواعد حقوقی از امور تكوینی چندان میسر نیست.[[125]](#footnote-125)

### استنباط اراده تشریعی خداوند از امور تكوینی

همان‌طور كه می‌دانیم، در نظام حقوقی اسلام، قواعد شرعی در قالب احكام تكلیفی بیان گردیده است و فقیهان نیاز چندانی به این بحث ـ كه قواعد تكلیفی را از امور تكوینی استخراج كنند ـ احساس نكرده‌اند؛ از این‌رو شاید نتوان به فتوایی برخورد كرد كه مبنای آن امور هستی‌شناسانه باشد و از امور تكوینی استنباط شده باشد.

### توجه شارع به امور تكوینی در جعل احكام

نظام حقوقی اسلام بر پایه ارادة حكیمانة شارع شكل گرفته است؛ بنابراین برای یافتن احكام، باید به گزاره‌های مبین ارادة تشریعی توجه كرد. اكنون این پرسش مطرح می‌شود كه آیا شارع در وضع قواعد خود به امور تكوینی توجه كرده است؟ در این امر نیز اختلاف نظر وجود ندارد؛ زیرا حكمت شارع اقتضا می‌كند وی در وضع قواعد به وضعیت تكوینی انسان‌ها توجه كند و با توجه به این امور، احكام را مقرر نماید؛ نمونه‌‌های این ارتباط در قواعد اعتباری در روایات بیان شده است كه مباحث تفصیلی آن در مبنای انسان‌شناختی مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

## پنجم. زبان نظریه حقوقی اسلام

این رابطه تکوین و تشریع در نظام حقوقی اسلام منجر به ایجاد دو نوع زبان خاص حقوقی نیز می گردد.روشن است هر رشته و گرایش علمی مبتنی بر نظریه،مکتب و نظام علمی حاکم بر آن دارای ادبیات علمی خاص خود می باشد. زبان نظام حقوقی اسلام زبان ویژه‌ای است كه در آن قواعد حاكم بر رفتار با نگاه به منبع مشروعیت انها مقرر گردیده است. این قواعد ریشه در اراده شارع داشته و اگر چه برای تنظیم روابط انسانها است با این حال رابطه انسان با خداوند به خوبی در آنها ملحوظ شده و قواعد رنگ الاهی به خود گرفته است. به دیگر سخن در همه قواعد ارتباط با خدا خودنمایی می‌كند و قواعد دارای كاركرد دوگانه است. این قواعد از یك سو روابط انسانها بایكدیگر را تنظیم می‌كند و از سوی ناظر به حركت صعودی انسانها به سوی خداوند است.

از همین رو زبان قواعد، زبان رابطه و پیوند با خداوند است لذا زبان نظام حقوقی اسلام زبان تكلیف است. وجود این زبان در نظام حقوقی اسلام نقطه قوت آن است زیرا در این نظام رابطه انسان با خدا به صورت ممزوج در روابط اجتماعی لحاظ شده است و در واقع در آنها ماهیت انسان به خوبی ملاحظه گردیده است.

این هماهنگی و تناسب نظام حقوقی در دو ساحت برقرار شده است:

نخست نظام معرفتی و دوم با دیگر نظامهای سیاسی فرهنگی اخلاقی ... .یک نظام حقوقی در صورتی پایدار و کارآمد خواهد بود که بتواند این تناسب و هماهنگی را با این ساحتها ایجاد کرده منفک از آنها شکل نگیرد. بنابراین گزاره های حقوقی در نظام حقوقی اسلام دو وجهی می گردند که متناسب با آن نیازمند دو زبان و ادبیات خاص نیز می باشند. به عنوان مثال تناسب و ارتباط نظام حقوقی با ساحت معرفتی رابطه ای طولی ایجاد کرده که دارای ویژگی هایی مانند: اتصال و ارتباط با شارع و تناسب و ارتباط با کمال انسانی است.

باید توجه نمود که این زبان طولی و عرضی علاوه بر ردارا بودن هماهنگی و تناسب درونی ، یک هماهنگی، تناسب و ارتباط بیرونی نیز با یکدیگر برقرار می کنند. وجود احکام و قواعد تأسیسی و امضایی خود دلیل بر این دو سنخ ارتباط و تناسب است.

## ششم. جایگاه شخصیت فهمنده

از جمله مباحث مهمی كه می‌توان در حوزه فهم مطرح كرد جایگاه فهمنده در ساختار نظام فقهی است. این بحث دارای ابعادی است. یكی اینكه بسیاری از ادله فقهی كه دارای منشا وحیانی است با ساختارهای خطابی به پیامبر(ص) وحی گردیده است حال انكه شریعت جاودانه و جهان‌شمول پیامبر مكلفانی دارد كه در صحنه خطاب حضور نداشته و یا حتی وجود نداشته‌اند. اصولیان این بحث را به خوبی پیگیری كرده و با استدلاهای گوناگون گاه در صدد پاسخ بر آمده و تلاش نموده‌اند خطابات شرعی را چون خطابات قانونی دانسته‌اند. اگر چه این گزاره‌ها دارای صورت خطاب است و خطاب نیازمند مخاطب و رودروی است. یا اینكه با پذیرش اشكال میان صورت و مفاد و قواعد حاكم بر هر یك از آن دو تفاوت گذاشته‌اند بگونه‌ای كه خطاب را مستلزم رودروی دانسته و حال آنكه مفاد را بر اساس اصل اشتراك در تكلیف عمومی قلمداد نموده‌اند.

علاوه بر این سخن پیرامون آموزه‌های وحیانی مندرج در قرآن نیز این سخن مطرح شده است كه آیا فهم بیانات قرآنی به اشخاص خاص اختصاص دارد یا اینكه فهم دیگران نیز از قرآن دارای اعتبار كافی برای عمل است. این سخن توسط اخباریها مطرح گردید. اخباریها بر این باورند كه خطابات قرآنی فقط توسط معصومان(ع) قابل فهم است و از این رو فهم قرآن از طریق آنان برای دیگران حجیت می‌یابد. [[126]](#footnote-126)بر این استدلال نقد وارد شده است مبنی بر اینكه خطابات تكلیفی قرآن با زبان عرفی بیان گردیده است و بیان تدریجی احكام نیز مستلزم تامل و دقت است كه اندیشمندان می‌توانند داشته باشند و از سوی دیگر قرآن در شناخت اعتبار روایات مرجع قرار داده شده است كه لازمه آن این است كه توان شناخت برای افراد مهیا است. روایات نیز تنها از تفسیر به رای نهی می‌كند حال آنكه عمل به ظواهر قرآن كه در دانش فقه مطرح می‌شود تفسیر به رای محسوب نمی‌شود.[[127]](#footnote-127)

## هفتم. نسبت شریعت با عرف و شرایع پیشین

شریعت اسلامی در محیط عرفی بوجود آمده است. روش قانونگذار نیز این بوده است که با تصحیح قواعد عرفی از زمینه اجتماعی بهره برده است. پیرامون رابطه شریعت با عرف مباحث گوناگونی قابل بررسی است. اینکه شارع در قانونگذاری خویش به چه میزان از عرف استفاده کرده است. ماهیت احکام امضایی چگونه است آیا شارع عرف را به عنوان یکی از منابع حقوق و فقه پذیرفته است و دیگر اینکه شارع تا چه میزان احکام خود را تابع عرف قرار داده است به گونه‌ای که اگر عرف تغییر نماید حکم شرعی نیز تغییر می‌کند.

شریعت اسلام به شرایع پیشین خود در یک رابطه خطی قرار دارد و لازم است نسبت خود را با آنها معین نماید. در اینکه برخی از احکام شرایع پیشین توسط شریعت اسلام نسخ گردیده است جای پرسش نیست اما اینکه اگر حکمی از شرایع پیشین به صراحت نسخ نگردیده باشد موضوع استصحاب شریعت پیشین مطرح می‌شود که مورد گفتگوی اندیشمندان است. [[128]](#footnote-128)

# نتیجه گیری

از آنچه گذشت روشن می‌شود که گزاره‌های حقوقی اسلام یک مجموعه پراکنده نیست. بلکه این مجموعه در قالب یک نظام و مبتنی بر نظریۀ دارای بنیان های نظری و عناصر کاربردی قابل فهم و توجیه است. دست‌یابی به این نظریه با این بنیان ها و عناصر می‌تواند مرزهای نظام حقوقی اسلام را از سایر نظام‌ها و نظریه حقوقی جدا ساخته و با تحلیل و تبیین دقیق‌تر آن رابطه دانش‌های انسانی را با دانش حقوق و فقه اسلامی برقرار سازد. همچنین نظریه حقوقی اسلام می‌تواند ساختار مکاتب و خرده نظریه‌های درون حقوقی و تحولات تاریخی را به ترسیم کشد. علاوه بر این، رابطه گزاره‌های فقهی با یکدیگر از یک سو و رابطه آنها با دیگر آموزه‌ها و گزاره‌های دینی از سوی دیگر در ساختار چنین نظریه‌ای قابل فهم خواهد بود.

# منابع

**الف. فارسی**

1. پاكت‌چی، احمد. اصحاب حدیث، از مجموعه دائرة المعارف بزرگ اسلامی، تهران: مرکز دائرةالمعارف بزرگ اسلامی، 1367.
2. پوپر، کارل. منطق اکتشافات علمی، ترجمه احمد آرام، تهران: انتشارات سروش، 1372.
3. حكمت‌نیا، محمود و همكاران، فلسفه حقوق خانواده، تهران: روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، 1386.
4. ــــــــــ (گ‍روه‌ اص‍طلاح‌ن‍ام‍ه‌ اص‍ول‌ ف‍ق‍ه‌)، اصطلاح‌نامه اصول فقه، ق‍م‌: دف‍ت‍ر ت‍ب‍ل‍ی‍غ‍ات‌ اس‍لام‍ی‌ ح‍وزه‌ ع‍ل‍م‍ی‍ه‌ ق‍م‌، ۱۳۷۸.
5. دهخدا، علی‌اكبر، لغت‌نامه دهخدا، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، 1373.
6. رفیع پور، فرامرز. کندوکاوها و پنداشتها، تهران: شرکت سهامی انتشار، 1374.
7. عضدانلو، حمید. آشنایی با مفاهیم اساسی جامعه شناسی، تهران: نشر نی، 1384.
8. علیدوست، ابوالقاسم ، فقه و عرف، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، 1384.
9. علیزاده، عبدالرضا؛ مبانی رویكرد اجتماعی به حقوق؛ چ1، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سمت، 1387
10. كاتوزیان، ناصر،كلیات حقوق (نظریه عمومی)؛ ت‍ه‍ران: دادگ‍س‍ت‍ر، 1377.
11. مدرسی، سیدمحمدتقی، تصویری نو از روابط خانواده در قرآن، فصلنامه شورای فرهنگ اجتماعی زنان، ش 9، 1379.
12. وائل بن حلاق، تاریخ تئوری‏های حقوقی‏، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، 1386.

**ب. عربی**

1. اردبیلی (محقق)، احمد؛ مجمع الفائدة و البرهان؛ 2 ج، قم: اسلامی، 1417ق شیخ انصاری، كتاب الطهاره، ج 2، ص 570.
2. ارموی، محمد بن حسین، الحاصل فی المحصول، بی‌تا،
3. انصاری، مرتضی؛ فرائد الاصول؛ 4 ج، چ1، قم: مجمع الفکر اسلامی، 1419ق.
4. بحرانی، یوسف؛ الحدائق الناضرة فی احكام العترة الطاهرة؛ 25 ج، قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، 1367.
5. الترابی، حسن، تجدید اصول الفقه الاسلامی، بيروت: دار الجيل، 1980.
6. سبحانی تبریزی، جعفر، تهذیب الاصول: تقریر ابحاث الامام خمینی، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، 1383.
7. جزایری، نعمت‏اللَّه، نور البراهین، 2 ج، قم: نشر اسلامى، 1417ق.
8. جوهرى، اسماعیل‌بن‌حماد، *الصحاح تاج*، تحقیق احمد عطار، 7 ج، بیروت: دار العلم للملایین، 1407ق.
9. ابن اثیر، مبارک بن محمد،النهایه فی غریب الحدیث، تصحیح علی بن حسن حلبی اثری، ریاض: دار ابن الجوزی، 1380ق.
10. بهبهاني، وحيد، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، ق‍م: مؤسسة ع‍لام‍ه‌ وح‍ی‍د بهبهانی‌، ۱۴۱۷ق‌.
11. حسینی بهسودي، محمد سرور، مصباح الاصول (تقری‍رات بحث آیت‌الله اب‍وال‍ق‍اس‍م‌ خ‍وی‍ی)؛ 3 ج، چ5، قم: مکتبة الداوری، 1410ق.
12. حکيم، سيد محمدسعيد؛ المحکم في اصول الفقه؛ 6 ج، چ1، بي‌جا: مؤسسه المنار، 1414ق.
13. حلی (محقق)، جعفر‌بن‌حسن، معارج الاصول، چ1، قم: مؤسسة آل‏البيت، 1361.
14. خراسانی (آخوند)، محمدکاظم؛ كفایة الاصول؛ 2 ج، چ2، قم: مؤسسة آل‌البیت؛ 1417ق.
15. خلاف، عبدالوهاب، مصادر التشریع الاسلامی فیما لانصّ فیه، کویت: دارالقلم، 1993.
16. خویی، سيد ابوالقاسم؛ اجود التقریرات؛ 4 ج، چ1، قم: مصطفوی، 1377.
17. رازی، فخرالدین، مفاتیح الغیب (تفسیر کبیر)، بیروت، دارالفکر، سوم، 1415 ق.
18. انصاری، مرتضی، *رسائل فقهیه*؛ قم: کنگره شیخ انصاری، ق‍م‌: ال‍م‍وت‍م‍ر ال‍ع‍ال‍م‍ی‌ ب‍م‍ن‍اس‍ب‍ه‌ ال‍ذک‍ری‌ ال‍م‍ئ‍وی‍ه‌ ال‍ث‍ان‍ی‍ه‌ ل‍م‍ی‍لاد ال‍ش‍ی‍خ‌ الان‍ص‍اری‌، ۱۴۱۴ق‌.
19. رشید رضا، محمد، یسر الاسلام و اصول التشریع العام: فی نهی الله و رسوله عن كثره السوال، قاهره: مطبعه نهشته مصر، م۱۹۵۶.
20. روحانی، محمد؛ منتقی الاصول؛ گردآوری عبدالصاحب الحكيم؛ 3 ج، قم: امير، 1372.
21. سید علی سیستانی، قاعده لاضرر و لاضرار (تقریرات) : بیانات آیت الله سید علی حسینی سیستانی،به قلم آیت الله زاده حسینی سیستانی ؛ ترجمه اکبر نایب‌زاده، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹
22. سید علی هاشمی شاهرودی، دراسات فی علم الاصول (تقریر ابحاث آیت الله ابوالقاسم خویی
23. صدر ،سيد محمدباقر ، اقتصادنا، دار التعارف للمطبوعات، چاپ شانزدهم، بيروت 1402
24. طباطبايي، سيد محمدحسين ، تفسير الميزان، نشر اسماعيليان، طبعة الثانيه، 1395 هـ. ق.
25. شهرستانی، ابوالفتح محمد؛ الملل و النحل؛ تصحيح احمد فهمى محمد؛ 2 ج، بيروت: دارالسرور، 1368ق.
26. شیرازی، صدرالدین محمد، الاسفار الاربعة، قم، مکتبة المصطفوی، بی تا.
27. صبحی محمصانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، انتشارات آثار اندیشه، تهران.
28. صدر، سيد محمدباقر؛ دروس في علم الاصول؛ 3 ج، چ2، بيروت: دار الکتاب اللبناني، 1406ق.
29. طوسی، محمد بن حسن ،النهایه، موسسه النشر الاسلامی، الطبعه الاولی، قم 1412 ق
30. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین محمد؛ روض الجنان؛ قم: بوستان کتاب، 1380.
31. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، القواعد و الفوائد، تحقیق سید عبدالهادی حکیم، قم، مکتبة المفید، بی تا.
32. عراقی، آقا‌ضیاء؛ نهایة الأفكار؛ 4 ج، قم: نشر اسلامى، 1405ق.
33. عسكرى، ابوهلال؛ الفروق اللغويه؛ قم: بصيرتى، 1353.
34. حلی، مختلف‌شیعه‌فی‌احکام‌شریعه ، انتشارات مؤسسه نشر الاسلامی، قم، 1417.
35. علم الهدی، سید مرتضی، الذریعة الی اصول الشریعة، تصحیح و تعلیق ابوالقاسم گرجی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، 1346 ش.
36. علوانی، طه جابر؛ مقصدهای شریعت؛ ترجمه ابوالقاسم حسینی؛ چ1، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، 1388.
37. فاسی، علال، مقاصد الشریعه الاسلامیه و مکارمها
38. فراهیدى، عبدالرحمن خلیل‌؛ كتاب العین؛ تحقیق مهدى مخزومى و سامرائى؛ 8 ج، چ2، مصر: هجرة، 1409ق.
39. الفیض القاسانی، محمد محسن، الاصول الاصلیه، تهران: میرجلال‌الدین، ۱۳۴۹ .
40. قوشجی، علاء الدین ع‍ل‍ی‌ ب‍ن‌ م‍ح‍م‍د، ، الشرح الجدید، (شرح تجرید)،دارال‍طب‍اع‍ه‌ اح‍م‍د ک‍ت‍اب‍ف‍روش‌ق‌۱۳۰۷.
41. کاظمی، محمدعلی؛ فوائد الاصول (تقریر ابحاث النایینی)؛ 3 ج، چ1، قم: نشر اسلامی، 1409ق.
42. کلینی، محمد بن‌ یعقوب ،الكافی، ب‍ی‍روت‌ : دارال‍ت‍ع‍ارف‌ ل‍ل‍م‍طب‍وع‍ات‌‏
43. كركی (محقق)، نورالدين ابوالحسن؛ جامع المقاصد؛ 13 ج، قم: مؤسسة آل‌البیت، 1387.
44. *گلپایگانی، محمدرضا؛ افاضة العواید تعلیق علی درر الفواید* ح‍ائ‍ری‌ ی‍زدی؛ 2 ج، ق‍م: دار ال‍ق‍رآن‌ ال‍ک‍ری‍م‌، ۱۴۱۰ق.‌
45. مؤمن قمی، محمد؛ تسدیدالاصول؛ 2 ج، چ1، قم: ن‍ش‍ر اس‍لام‍ی‌، ۱۳۷۳.
46. شحرور، محمد، الكتاب و القرآن قراءة معاصرة (عربي) ، سني، دمشق: الاهالي، چاپ اول، 1990م.
47. معتزلی، ابن‌ابی‌الحدید؛ شرح نهج البلاغه؛ 20 ج، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، 1404ق.
48. مكارم شيرازي، ناصر؛ *قواعد الفقهیه*؛ 2 ج، قم: مدرسه امام علی، 1379.
49. موسوی بجنوردی، سيد محمدحسن؛ القواعد الفقهیه؛ 7ج، چ1، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۹.
50. میرزای قمی، قوانین الاصول، چاپ سنگی، بی تا، بی جا.
51. المیرزا محمدعلی التوحیدی، مصباح الفقاهه*(تقریر ابحاث خویی)* تبریزی؛ چ1، بيروت: دارالهادي، 1412ق.
52. نجفي خوانساری، موسي؛ منیة الطالب (تقریر بحث النائینی)؛ 2 ج، چ1، قم: نشر اسلامی، 1418ق.
53. نجفی، محمدحسن؛ جواهرالكلام؛ 43 ج، چ9، تهران: دارالکتب الاسلامیه، 1368.
54. نراقی (محقق)، احمد *،مستند الشیعه*؛ 7 ج، مشهد: آل‌البيت، 1415ق.
55. اب‍وزی‍د، ن‍ص‍رح‍ام‍د، ال‍خ‍طاب‌ وال‍ت‍اوی‍ل‌، ب‍ی‍روت‌ : ال‍م‍رک‍ز ال‍ث‍ق‍اف‍ی‌ ال‍ع‍رب‍ی‌ ، ۲۰۰۰م‌
56. وحید بهبهانی، محمدباقر؛ الرسائل الفقهیه؛ قم: مؤسسة علامه وحید بهبهانی، ۱۴۱۷ق.

**ج. انگلیسی**

1. Caws, Peter. "Scientific Method," in The Encyclopedia of Philosophy, ed. Paul Edwards (New York: Macmillan, 1967).

2. Harding, Sandra. Is There a Feminist Method?, in Sandra Harding(ed.), Feminism and Methodology: Social Science Issues, US: Indiana University Press, 1987

1. این مقاله در چارچوب طرح پژوهشی مربوط به پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی است. [↑](#footnote-ref-1)
2. دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی [↑](#footnote-ref-2)
3. پژوهشگر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی [↑](#footnote-ref-3)
4. پژوهشگر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی [↑](#footnote-ref-4)
5. . ناصر كاتوزیان، كلیات حقوق، نظریه عمومی، ص 17. [↑](#footnote-ref-5)
6. نظريه حکم يا بياني است که هدفش روشن کردن چگونگي و چرايي واقعياتو ارتباط ميان آنهاست (بنگريد به: عضدانلو، 1384، ص625).به بيان ديگرمجموعه اي به هم پيوسته ونظام يافته اي از گفتارها را که بيانگر بخشي از واقعيت باشد نظريه مي نامند (بنگريد به: رفيع پور،1374، ص 93).نظريه هاي علمي گزاره هاي کلي اند و همچون همه نمودارهاي زبان شناختي آنها نيز دستگاههايي از علامت ها يا نمادها هستند.کارل پوپر نظريه ها را به دامهايي تشبيه ميکند که انديشمندان جهت صيد جهان و عقلاني کردن آن و مستولي شدن برآن گسترانيده اند(بنگريد به: پوپر، 1372، ص 63). وجه مشترک اين تعاريف و ديگر تعاريف ارائه شده اين است که نظريه يک فعاليت ذهني است که چيستي، چرايي و چگونگي رخداد حوادث را تبيين مي کند.بنابر اين مي توان گفت نظريه مدعا يا حکمي است که به موضوع و محتواي انديشه بار مي شود.نکته قابل توجه ايناست که همين فعاليت ذهني که منجر به رسيدن به حکم يا مدعايي در باره يک موضوع و مسأله مي شود بر اساس همان مفروضات اوليه و مباني بنيادين صورت مي پذيرد.امروزه بسياري از مطالعات درباره خانواده در قالب نظريه‌ها مطرح است. انديشمندان در صددند چيستي و چرايي و چگونگي خانواده را بر اساس گزارهاي مرتبط با هم بيان نموده و به فهم خانواده بپردازند. به خوبي روشن است هر يک از نظريه‌ها هنگام مواجه با خانواده با رويکرد به اجزاي نظريه خويش ممکن است مسايلي را مطرح کنند و براي آن راه‌حل پيشنهاد دهند.براي مثال در تفکر اسلامي که روابط آزاد جنسي پذيرفته نمي‌شود وجود و شيوع روابط جنسي خارج از حريم خانواده يک مساله اجتماعي است که مبتني بر آن بايد به لحاظ جامعه‌ناختي آن را بررسي کرد، سياست جنايي خاصي طراحي نمود مباحث جرم‌شناختي آن را پي‌گيري کرد وضعيت نهاد نکاح و روابط سببي و نسبي درون خانواده و برون خانواده را مورد بحث قرار داد حال آنکه براي نظريه‌هاي که اساسا وجود روابط جنسي خارج خانواده امري مشروع است بسشياري از چنين مسايلي جاي طرح و گفتگو ندارد. [↑](#footnote-ref-6)
7. . علی‌اكبر دهخدا، لغت‌نامه دهخدا، واژه مبنا. [↑](#footnote-ref-7)
8. رازی، فخرالدین، مفاتیح الغیب (تفسیر کبیر)، بیروت، دارالفکر، سوم، 1415 ق، ج 11 و 22. و قوشجی، علاء الدین، الشرح الجدید، (شرح تجرید)، مبحث صفات الهیه و نیز ارموی، محمد بن حسین، الحاصل فی المحصول، بی‌تا، ج 2. [↑](#footnote-ref-8)
9. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، القواعد و الفوائد، تحقیق سید عبدالهادی حکیم، قم، مکتبة المفید، ج 1 و 2و علم الهدی، سید مرتضی، الذریعة الی اصول الشریعة، تصحیح و تعلیق ابوالقاسم گرجی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، 1346 ش، ج 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. شیرازی، صدرالدین محمد، الاسفار الاربعة، قم، مکتبة المصطفوی، ج 1 و 6. [↑](#footnote-ref-10)
11. علاوه بر این دو منبع ، منابع دیگری که می‌توان از آنها اراده شاع را تحصیل کرد موردگفتگو هستند. مانند عقل ، اجماع، قیاس، استحسان، مصالح مرسله، فتح ذرایع و سد ذرایع ، عرف، شرع من قبلنا، مذهب صحابی. [↑](#footnote-ref-11)
12. Caws / 339 [↑](#footnote-ref-12)
13. Harding / 3 [↑](#footnote-ref-13)
14. ر.ك: شهرستانی، الملل والنحل. ص 206؛ پاكت‌چی، اصحاب حدیث. ج 9، ص 114؛ مدرسی، تصویری نو از روابط خانواده در قرآن. ص 37؛ ابن ابی‌الحدید، شرح نهج البلاغه. ص 124؛ ج 6، ص 404، ج 7، ص 11؛ الجزایری، نور البراهین. ج 1، ص 980؛ قیصری، اخباریان. ج 7، ص 162 [↑](#footnote-ref-14)
15. الفاسی،مقاصدالشریعه و مکارمها،ص3 [↑](#footnote-ref-15)
16. احمد الریسونی،نظریه المقاصد عندالشاطبی،ص7. [↑](#footnote-ref-16)
17. محمدبن سعدبن احمدبن سعد الیوبی،مقاصدالشریعه الاسلامیه و علاقتها بالادله الشرعیه،ص37. [↑](#footnote-ref-17)
18. نورالدین مختار الخادمی،علم المقاصدالشریعه،ص17. [↑](#footnote-ref-18)
19. ر.ک: طه جابر علوانی، مقصدهای شریعت، ترجمه سید ابوالقاسم حسینی، ص 185. [↑](#footnote-ref-19)
20. نصر حامد ابوزید ،ص 202 [↑](#footnote-ref-20)
21. همان،ص206 [↑](#footnote-ref-21)
22. محمدرشید رضا، یسرالاسلام و اصول التشریع العام ،ص 24ـ28 [↑](#footnote-ref-22)
23. همان، ص 70ـ71 [↑](#footnote-ref-23)
24. محمدرشید رضا / 76 به بعد. همچنین رک: حسن الترابی، تجدید اصول الفقه الاسلامی / 27 [↑](#footnote-ref-24)
25. عبدالوهاب خلاف، مصادر التشریع الاسلامی / 124ـ125 [↑](#footnote-ref-25)
26. علال فاسی، مقاصد الشریعه الاسلامیه و مکارمها / 3ـ7، 41ـ42، 63ـ64 [↑](#footnote-ref-26)
27. وائل بن حلاق، تاریخ تئوری های حقوقی اسلامی / 317 [↑](#footnote-ref-27)
28. از جمله اشکالات نظریه سودانگاری که مورد اشاره مخالفان آن قرار گرفته است، استناد به مصلحت و ضرورت در استنباط احکام بدون یک روش‌شناسی حاکم بر مقدمات، نتایج و استدلال‌های منطقی متناسب با مفاهیم مذکور به ذهن‌گرایی(Subjectivism) و نسبی‌انگاری ختم است. این مخالفان در عین حال برای ارائه راه حل مسائل مورد ابتلای جامعه مدرن به روشی تمسک کرده اند که لیبرالیزم دینی نام گرفته است. [↑](#footnote-ref-28)
29. وائل بن حلاق / 327 [↑](#footnote-ref-29)
30. همان / 340 [↑](#footnote-ref-30)
31. همان ، ص343. نظریه مشابه این نظریه مبتنی بر رابطه دیالکتیکی میان حنیفیت و استقامت دین است، رابطه ثابت ها و متغیرها را مشخص می‌کند. در این نظریه دستورهای الهی دارای یک حد پایین و یک حد بالا است. حد پایین بیانگر حداقل و حد بالا بیانگر حداکثر مورد اقتضای شرع در یک مسئله خاص است. در این نظریه شش نوع حد از هم تفکیک شده است.(رک:  محمد شحرور، الکتاب و القرآن / 453ـ470) [↑](#footnote-ref-31)
32. . ر.ك: طه جابر علوانی، مقصدهای شریعت،ص 145. [↑](#footnote-ref-32)
33. الوحید البهبهانی، الرسائل الفقیه، ص 32؛ الوحید البهبهانی، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، ص 755؛ الفیض القاسانی، الاصول الاصلیه، ص 141؛ محمد علی الكاظمی، فوائد الاصول، ج 1، ص 352. [↑](#footnote-ref-33)
34. . شیخ طوسی، مجمع البحرین، ج 1، ص 553. [↑](#footnote-ref-34)
35. . الجوهری، الصحاح، ج 5، ص 1901. [↑](#footnote-ref-35)
36. . ابن اثیر، النهایه فی غریب الحدیث، ج 1، ص 402. [↑](#footnote-ref-36)
37. . ابوهلال العسكری، الفروغ اللغویه، ص 350. [↑](#footnote-ref-37)
38. . همان، ص 198 و ص 278. [↑](#footnote-ref-38)
39. . همان، ص 199. [↑](#footnote-ref-39)
40. . الخلیل الفراهیدی، كتاب العین، ج 3، ص 66. [↑](#footnote-ref-40)
41. . ابوهلال العسكری، پیشین، ص 405. [↑](#footnote-ref-41)
42. . همان، ص 386. [↑](#footnote-ref-42)
43. . سید محمدحسین طباطبایی، تفسیر المیزان، ج 2، ص 395. [↑](#footnote-ref-43)
44. . سید محمدحسین طباطبایی، پیشین، ج 16، ص 215 و ج 17، ص 190 و ج 19، ص 264. [↑](#footnote-ref-44)
45. آل عمران: 6 [↑](#footnote-ref-45)
46. مائده: 118 [↑](#footnote-ref-46)
47. انعام: 73 [↑](#footnote-ref-47)
48. ابراهیم: 4 [↑](#footnote-ref-48)
49. لقمان: 9 [↑](#footnote-ref-49)
50. بقره: 220 [↑](#footnote-ref-50)
51. بقره: 228 [↑](#footnote-ref-51)
52. بقره: 240 [↑](#footnote-ref-52)
53. مائده: 38 [↑](#footnote-ref-53)
54. توبه: 60 [↑](#footnote-ref-54)
55. توبه: 71 [↑](#footnote-ref-55)
56. نور: 58 [↑](#footnote-ref-56)
57. نور: 59 [↑](#footnote-ref-57)
58. نساء: 11 [↑](#footnote-ref-58)
59. نساء: 24 [↑](#footnote-ref-59)
60. نساء: 92 [↑](#footnote-ref-60)
61. یكی از مواردی كه فقیهان به این امر توجه نموده‌اند هنگام بررسی و تحلیل قاعده لا ضرر است. آنان با این ضابطه كه شارع اعلان نموده است كه در اسلام ضرر و ضرار وجود ندارد و این امر با توجه به صفات شارع نیز مورد تایید عقل است.برای نمونه رک: سید علی سیستانی، قاعده لا ضرر و لا ضرار، ص 222 و 223. [↑](#footnote-ref-61)
62. . مصباح الاصول، ج 2، ص 195. [↑](#footnote-ref-62)
63. . أَیهَا الَّذینَ آمَنُوا كتِبَ عَلَیكمُ الْقِصاصُ فِی الْقَتْلى‏ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَ الْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَ الْأُنْثى‏ بِالْأُنْثى‏ فَمَنْ عُفِی لَهُ مِنْ أَخیهِ شَی‏ءٌ فَاتِّباعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَ أَداءٌ إِلَیهِ بِإِحْسانٍ ذلِك تَخْفیفٌ مِنْ رَبِّكمْ وَ رَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدى‏ بَعْدَ ذلِك فَلَهُ عَذابٌ أَلیمٌ (بقره: 178) اى كسانى كه ايمان آورده‏ايد، درباره كشتگان بر شما قصاص مقرر شد: آزاد در برابر آزاد و بنده در برابر بنده و زن در برابر زن. پس هر كس كه از جانب برادر خود عفو گردد بايد كه با خشنودى از پى اداى خونبها رود و آن را به وجهى نيكو بدو پردازد. اين حكم، تخفيف و رحمتى است از جانب پروردگارتان و هر كه از آن سرباز زند، بهره او عذابى است دردآور. [↑](#footnote-ref-63)
64. . تِلْك حُدُودُ اللَّهِ وَ مَن یطِعِ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ یدْخِلْهُ جَنَّتٍ تَجْرِى مِن تَحْتِهَا الْأَنْهَرُ خَلِدِینَ فِیهَا وَ ذَالِك الْفَوْزُ الْعَظِیمُ(نساء: 13) اينها احكام خداست. هر كس از خدا و پيامبرش فرمان برد، او را به بهشتهايى كه در آن نهرها جارى است درآورد و همواره در آنجا خواهد بود و اين كاميابى بزرگى است.

    وَ مَن یعْصِ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ یتَعَدَّ حُدُودَهُ یدْخِلْهُ نَارًا خَلِدًا فِیهَا وَ لَهُ عَذَابٌ مُّهِینٌ(سوره نسا، 14) و هر كه از خدا و رسولش فرمان نبرد و از احكام او تجاوز كند، او را داخل در آتش كند و همواره در آنجا خواهد بود و براى اوست عذابى خواركننده. [↑](#footnote-ref-64)
65. . إِنَّ الَّذینَ یحِبُّونَ أَنْ تَشیعَ الْفاحِشَةُ فِی الَّذینَ آمَنُوا لَهُمْ عَذابٌ أَلیمٌ فِی الدُّنْیا وَ الْآخِرَةِ وَ اللَّهُ یعْلَمُ وَ أَنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ (سوره نور19) براى كسانى كه دوست دارند در باره مؤمنان تهمت زنا شايع شود، در دنيا و آخرت عذابى دردآور مهياست. خدا مى‏داند و شما نمى‏دانيد. [↑](#footnote-ref-65)
66. . یا داوُدُ إِنَّا جَعَلْناك خَلیفَةً فِی الْأَرْضِ فَاحْكمْ بَینَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَ لا تَتَّبِعِ الْهَوى‏ فَیضِلَّك عَنْ سَبیلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذینَ یضِلُّونَ عَنْ سَبیلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذابٌ شَدیدٌ بِما نَسُوا یوْمَ الْحِسابِ (ص آیه 26) اى داود، ما تو را خليفه روى زمين گردانيديم. در ميان مردم به حق داورى كن و از پى هواى نفس مرو كه تو را از راه خدا منحرف سازد. آنان كه از راه خدا منحرف شوند، بدان سبب كه روز حساب را از ياد برده‏اند، به عذابى شديد گرفتار مى‏شوند. و یا به عنوان یك قاعده كلی خداوند می‌فرماید: وَ مَنْ جاءَ بِالسَّیئَه فَكبَّتْ وُجُوهُهُمْ فِی النَّارِ هَلْ تُجْزَوْنَ إِلاَّ ما كنْتُمْ تَعْمَلُونَ (نمل،آیه90)و آنان را كه كارهاى بد مى‏كنند سرنگون در آتش اندازند، آیا جز بر وفق كارهایى كه كرده‏اید كیفر می‌یابید؟ [↑](#footnote-ref-66)
67. سوره نمل90 [↑](#footnote-ref-67)
68. . وَ ما أَرْسَلْنا مِنْ رَسُولٍ إِلاَّ بِلِسانِ قَوْمِهِ لِیبَینَ لَهُمْ فَیضِلُّ اللَّهُ مَنْ یشاءُ وَ یهْدی مَنْ یشاءُ وَ هُوَ الْعَزیزُ الْحَكیمُ. هیچ پیامبرى را جز به زبان مردمش نفرستادیم، تا بتواند پیام خدا را برایشان بیان كند. پس خدا هر كه را بخواهد گمراه مى‏كند و هر كه را بخواهد هدایت مى‏كند و اوست پیروزمند و حكیم‏. ابراهیم، آیه 4. [↑](#footnote-ref-68)
69. . عنكبوت، آیه 26. [↑](#footnote-ref-69)
70. . هود، آیه 11 و 70 و 74 و 89؛ حج، آیه 43؛ ترجمه تفسیر المیزان، ج‏ 12، ص 20. [↑](#footnote-ref-70)
71. . صبحی محمصانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، ص 202. [↑](#footnote-ref-71)
72. . محمود حكمت‌نیا و همكاران، فلسفه حقوق خانواده، ج 1، ص 252. [↑](#footnote-ref-72)
73. . السید البجنوردی، القواعد الفقهیه، ج7، 323 [↑](#footnote-ref-73)
74. الكافی، ج 1، باب البدع و الرأی، الحدیث 19. [↑](#footnote-ref-74)
75. السید البجنوردی، القوائد الفقهیه، ج 2، ص 59. [↑](#footnote-ref-75)
76. . رك: شیخ انصاری، فراید الاصول، ج 4، 99 و محمدعلی كاظمی، فواید الاصول، ج 4، ص 739 [↑](#footnote-ref-76)
77. ‍‍. آخوند خراسانی، كفایه الاصول،ص 98 [↑](#footnote-ref-77)
78. . همان [↑](#footnote-ref-78)
79. . منتقی الاصول، ج 7، ص 338. [↑](#footnote-ref-79)
80. ر.ك: السید محمد باقر الصدر، اقتصاد ما، 380 و 690. [↑](#footnote-ref-80)
81. البته باید میان جاودانگی احكام با سنت‌گرایی و صورت‌گرایی در حقوق تفاوت گذاشت. بنابر دیدگاه برخی از نویسندگان، «تفكر سنتی صورت‌گرا» گرایشی است كه می‌خواهد به آنچه در گذشته معمول بوده است، اصالت دهد و به جای آنكه چارچوب كنش‌های حقوقی معنادار را وسیله‌ای برای ایجاد مقاصد افراد در نظر گیرد، این چارچوب را هدف انگاشته و به هیچ وجه كنار نگذارد و دگرگونی در این صورت‌ها را نپذیرد.این امر با جاودانگی شریعت تفاوت دارد . جاودانگی شریعت به معنای عدم نسخ در قواعد است. یعنی اینكه قواعد حقوقی كه توسط شارع وضع گردیده تا هنگامی كه دلیل بر نسخ وجود نداشته باشد به عنوان قاعده به قوت خود باقی خواهد بود.(رک: عبدالرضا علیزاده، مبانی رویكرد اجتماعی به حقوق، ص 7.) سنت‌گرایی و صورت‌گرایی در شناخت موضوع به صورتها اكتفا می‌كنند و بر این باورند كه در تحلیل موضوع تنها شناخت صورت كافی است و تطبیق بر مصداق هم چندان كار دشواری نیست. حال آنكه برای تحلیل دقیق‌تر باید ابعاد موضوع و كاركردهای آن با منطق درست شناخته شود تا بتوان موضوع قضایای حقیقی را دقیق‌تر شناخت و آن را به طور دقیق و روشن بر مصداق تطبیق داد. [↑](#footnote-ref-81)
82. محمدعلی الكاظمی، فوائد الاصول، تقریرات نائینی، ج 1، ص 278. [↑](#footnote-ref-82)
83. سید محمدباقر صدر، دروس فی علم الاصول، ج 1، ص 107. [↑](#footnote-ref-83)
84. . سید عبدالصاحب الحكیم، منتقی الاصول، تقریر بحث الروحانی، ج1، 428 [↑](#footnote-ref-84)
85. . محمدعلی الكاظمی، فوائد الاصول، تقریرات نائینی، ج 1، ص 145 [↑](#footnote-ref-85)
86. .ابوالقاسم علیدوست، فقه و عرف، ص357 [↑](#footnote-ref-86)
87. . محمد سرور الواعظ الحسینی، مصباح الاصول، ج3، ص231 [↑](#footnote-ref-87)
88. . سید عبدالصاحب الحكیم، منتقی الاصول، تقریر بحث الروحانی، ج1، 428

    . محمدعلی الكاظمی، فوائد الاصول، تقریرات نائینی، ج 1، ص 145 [↑](#footnote-ref-88)
89. آقاضیا عراقی، نهایه الافكار، ج 1، ص 420. [↑](#footnote-ref-89)
90. سید عبدالصاحب الحكیم، منتقی الاصول، تقریر بحث الروحانی، ج 1، ص 260. [↑](#footnote-ref-90)
91. محمدعلی الكاظمی، پیشین. [↑](#footnote-ref-91)
92. پیشین، ج 3، ص 9. [↑](#footnote-ref-92)
93. پیشین، ج 1، ص 278. [↑](#footnote-ref-93)
94. السید محمدسعید الحكیم، المحكم فی اصول الفقه، ج 3، ص 454. [↑](#footnote-ref-94)
95. السید الخویی، اجودالتقریرات، ج 2، ص 15. [↑](#footnote-ref-95)
96. السید الخویی، پیشین، ص 352. [↑](#footnote-ref-96)
97. محمدعلی الكاظمی، پیشین، ص 301 [↑](#footnote-ref-97)
98. ر.ك: جمعی از محققین، فرهنگ‌نامه اصول فقه، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، صص 101ـ117. [↑](#footnote-ref-98)
99. ر.ك: سید عبدالصاحب الحكیم، منتقی الاصول، ج 3، ص 81. [↑](#footnote-ref-99)
100. ر.ك: محمود حكمت‌نیا و همكاران، فلسفه حقوق خانواده، ج 1، ص 277. [↑](#footnote-ref-100)
101. پاره‌ای اصولیان میان مرحله اعتبار و ابراز تفاوت قائل شده‌اند. آنان از مرحله اعتبار به مرحله انشا تعبیر كرده و آن را مرتبه‌ای دانسته‌اند كه قاعده و قانونی جعل می‌شود بدون اینكه تنفیذ یا اعلان شود. در مقابل برخی این دو مرحله را یكسان و مرحله ابراز را همان مرحله جعل و اعتبار دانسته اند. (ر.ك: المیرزا محمدعلی التوحیدی، مصباح الفقاهه(تقریر ابحاث خویی)، ج 2، ص 53و81. نقل از محمود حكمت‌نیا و همكاران، فلسفه حقوق خانواده، ج 1، ص 278) [↑](#footnote-ref-101)
102. . محقق حلی، معارج الاصول، ص 48 [↑](#footnote-ref-102)
103. پیشین، ص 257. [↑](#footnote-ref-103)
104. . طوسی، النهایه، ص 72 [↑](#footnote-ref-104)
105. . روایاتی که دلالت بر دوام احکام می‌کند ماند حلال محمد حلال الی یوم القیمه و حرامه حرام الی یوم القیمه [↑](#footnote-ref-105)
106. . نظریه منطقه فراغ که توسط سید محمد باقر صدر مطرح شده است این نظریه را مطرح کرده است. [↑](#footnote-ref-106)
107. علامه حلی، مختلف الشیعه، ج 3، ص 251؛ ر.ك: محقق كركی، جامع المقاصد، ج 1، ص 363. [↑](#footnote-ref-107)
108. محقق كركی، جامع‌المقاصد، ج 2، ص 416. [↑](#footnote-ref-108)
109. در مورد كافر اصلی و نه مرتد. السید ابولقاسم الخوی، كتاب الصوم، ج 2، ص 154؛ كتاب الحج، ج 1، ص 263و269؛ كتاب الزكاه، ج 1، ص 126. [↑](#footnote-ref-109)
110. اخباریانی مانند صاحب حدائق، استرآبادی و كاشانی چنین دیدگاهی را پذیرفته‌اند. ر.ك: شیخ انصاری، كتاب الطهاره ج 2 ص 567؛ همچنین ر.ك: المحقق النراقی، مستندالشیعه، ج 2، ص 282. [↑](#footnote-ref-110)
111. شهید ثانی، روض الجنان، ص 362. [↑](#footnote-ref-111)
112. محمدحسن نجفی، جواهر الكلام، ج 31، ص 10. [↑](#footnote-ref-112)
113. همان. [↑](#footnote-ref-113)
114. برای مثال، خداوند می‌فرماید: «أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» (بقره: 21) «وَأَنِ اعْبُدُونِي ۚ هَـٰذَا صِرَاطٌ مُّسْتَقِيمٌ»(یس: 61) «قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ يُوحَىٰ إِلَيَّ أَنَّمَا إِلَـٰهُكُمْ إِلَـٰهٌ وَاحِدٌ فَاسْتَقِيمُوا إِلَيْهِ وَاسْتَغْفِرُوهُ وَوَيْلٌ لِّلْمُشْرِكِينَ الَّذِينَ لَا يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُم بِالْآخِرَةِ هُمْ كَافِرُونَ» (فصلت: 6و7) همچنین در برخی آیات سخن از مؤاخذه كفار در قیامت نسبت به انجام ندادن واجبات می‌شود. از این دسته آیات نیز فهمیده می‌شود كه آنان به فروع دین مكلف بوده‌اند. مانند آیه 42 و 43 سوره مدثر كه می‌فرماید: «مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرَ قَالُوا لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ». [↑](#footnote-ref-114)
115. محقق اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان، ج 5، ص 253. [↑](#footnote-ref-115)
116. شیخ انصاری، كتاب الطهاره، ج 2، ص 570. [↑](#footnote-ref-116)
117. السید ابوالقاسم خویی، كتاب الصلاه، ج 5، قسمت اول، ص 112. [↑](#footnote-ref-117)
118. برخی احكام عدمی را اخباری می‌دانند و نه حكم مجعول شرعی (شیخ انصاری، رسائل فقهیه، ص 119؛ سید موسی نجفی خوانساری، منیه الطالب (تقریر ابحاث نائینی)، ج 3، ص 418) در مقابل برخی احكام عدمی در اموری چون عدم ضمان را به احكام وجودی مانند برائت ذمه ارجاع داده و جعل شارع دانسته‌اند. درست مانند اباحه در امور تكلیفی كه از امور وجودی است. (ناصر مكارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ص 80) برخی به صراحت، عدم جعل حكم در موضع قابل جعل را در برخی موارد به منزله جعل عدم دانسته اند.(سید علی هاشمی شاهرودی، دراسات فی علم الاصول (تقریر ابحاث آیت الله ابوالقاسم خویی)، ج 3، ص 528) [↑](#footnote-ref-118)
119. برخی اصولیان برای تنقیح محل نزاع میان سه دسته از خطابات تفاوت قائل شده‌اند. دسته اول موضوع حكم را به خوبی روشن نموده است. مانند هنگامی كه گفته شود شخص حاضر چنین تكلیفی دارد. در اینجا اختلافی پیش نمی‌آید. صورت دوم، جایی است كه خطاب تنها شامل مخاطب شده است و قانونگذار فقط با او سخن می‌گوید. مانند جایی كه قانونگذار افراد حاضر در مجلس خویش را مخاطب قرار دهد. در اینجا نیز تردیدی نیست كه فقط احكام شامل حاضرین می‌شود. صورت سوم جایی است كه قانونگذار عنوان كلی را همراه با اداتی چون ندا می‌آورد. در اینجا عنوان عام است. و از طرف دیگر ندا اختصاص به اشخاص حاضر دارد. در چنین مواردی پرسش عمومیت مطرح می‌گردد. (آقا ضیا العراقی، نهایه الافكار، ج 1، ص 533) [↑](#footnote-ref-119)
120. المیرزا القمی، قوانین الاصول، ص 230. [↑](#footnote-ref-120)
121. محمدعلی الكاظمی، فواید الاصول، ج 1، ص 551. [↑](#footnote-ref-121)
122. تهذیب الاصول، ج 1، ص 270. [↑](#footnote-ref-122)
123. پیشین، ج 2، ص 41. [↑](#footnote-ref-123)
124. محمد المؤمن القمی، تسدید الاصول، ج 1، ص 526. [↑](#footnote-ref-124)
125. . برای مطالعه این موضوع ر.ک به: طه عبدالرحمن؛ العمل الدینی و تجدیدالعقل. [↑](#footnote-ref-125)
126. بحرانی، الحدائق الناضره فی احكام العتره الطاهره. ج1، ص 27 ؛ وحید بهبهانی، الرسایل الفقهیه. ص 10؛ قیصری، اخباریان. ج 7، ص 162. استدلال اخباریها را می توان در دو سطح مورد توجه قرار داد. یكی اینكه خطابات قرآنی زبان خاص بوده و مشتمل بر رموز است و از طرف دیگر معانی قرآن، معانی شامخ و والا است كه انسانهای متعارف قدرت فهم آن را ندارند و از طرف دیگر احكام فقهی و حقوقی به صورت تدریجی و در بستری خاص ارائه گردیده است به طوری كه دستیابی به قواعد برای افراد كار دشواری است. همچنین در برخی از روایات نیز تفسیر به رای ممنوع گردیده است. خلاصه سخن اینكه خطابات قرآنی یا دارای ظهوری نیست و بر فرض داشتن ظهور این ظهور برای عوام مردم حجت نیست.(رک: محمد سرور حسینی بسهودی، مصباح الاصول. ج2، ص 124؛ محمدرضا گ‍ل‍پ‍ای‍گ‍ان‍ی‌، افاضه العواید تعلیق علی درر الفواید، ج2، ص 59.) [↑](#footnote-ref-126)
127. رک: محمد سرور حسینی بسهودی، مصباح الاصول. ج2، ص 124؛ محمدرضا گ‍ل‍پ‍ای‍گ‍ان‍ی‌، افاضه العواید تعلیق علی درر الفواید، ج2، ص 59. [↑](#footnote-ref-127)
128. . فواید الاصول، ج 4، ص 481 [↑](#footnote-ref-128)