



جزوہ اصول فقہ

قسمت دوم

فهرست مطالب

فهرست مطالب	۲
مقدمه نیما جهانگیری (رتبه یک کانون وکلای البرز)	۶
مقدمه سید مرتضی هاشمیان	۷
بهترین شیوه مطالعه اصول فقه برای آزمون وکالت	۸
ادله استنباط احکام	۹
قرآن	۹
سوره های مکی و مدنی	۱۰
قرآن قطعی الصدور است	۱۰
نسخ در قرآن	۱۰
تعداد نسخ در قرآن	۱۱
چرا در قرآن کریم ناسخ و منسوخ داریم؟	۱۲
تخصیص قرآن	۱۳
نمونه هایی از تخصیص در قرآن	۱۴
نمونه هایی از تخصیص در قانون	۱۶
سنت	۱۶
تعریف سنت از نظر شیعه و سنی	۱۶
قول چهارده معصوم <small>علیهم السلام</small>	۱۸
فعل چهارده معصوم <small>علیهم السلام</small>	۱۸
تقریر چهارده معصوم <small>علیهم السلام</small>	۱۸
شرایط حجیت تقریر معصوم <small>علیهم السلام</small>	۱۹
حجیت سنت	۱۹
آیات قران	۱۹
احادیث	۲۰
دلیل عقلی	۲۱
اجماع	۲۱
تعریف اجماع از قول علمای اهل سنت	۲۲
تعریف اجماع به عقیده علمای شیعه	۲۳
فرق اجماع بنا بر عقیده علمای سنی و شیعه	۲۳
تجزیه و تحلیل عناصر اجماع	۲۴
مدارک حجیت اجماع	۲۶
مدرك حجیت اجماع در مذهب شیعه	۲۶
مدرك حجیت اجماع در مذهب اهل سنت	۲۷
اول: آیات قرآنی	۲۷

جزوه اصول فقه قسمت دوم ۳

۲۸	سوم: دلیل عقلی.....
۲۸	چگونه می‌توان به اجماع پی برد؟.....
۲۸	روش های تحصیل اجماع.....
۲۹	طریقه تحصیل اجماع.....
۲۹	طریقه نقل اجماع.....
۲۹	مقایسه اجماع با دکتربین و عقاید علمای حقوق.....
۳۰	عقل.....
۳۱	مثال‌هایی برای دلیل عقلی در اصول فقه.....
۳۱	مُلازمه بین عقل و شرع.....
۳۲	حجیت عقل از دید شیعه و سنی.....
۳۲	حجیت عقل از دید اصولیون و اخباریون.....
۳۲	اقسام دلیل عقلی.....
۳۲	مستقلات عقلی.....
۳۲	ملازمات عقلی.....
۳۳	فرق مستقل عقلی و غیر مستقل عقلی.....
۳۳	قیاس.....
۳۴	ارکان قیاس.....
۳۴	بررسی ارکان قیاس در مثال فوق‌الذکر.....
۳۵	چند مثال برای قیاس در قانون.....
۳۵	اقسام قیاس.....
۳۵	تقسیم اول.....
۳۶	تقسیم دوم.....
۳۶	حجیت قیاس.....
۳۷	روایاتی در مورد عمل نکردن به قیاس.....
۳۸	استحسان.....
۳۸	مثال‌های استحسان.....
۳۹	ادله حجیت استحسان.....
۳۹	مصالح مرسله (استصلاح).....
۴۰	اقسام مصالح.....
۴۰	نظرات علماء در مورد مصالح مرسله.....
۴۱	فرق استحسان و استصلاح (مصالح مرسله).....
۴۱	عرف و عادت.....
۴۲	رابطه عرف و قانون.....
۴۳	عادت.....
۴۴	اصول عملیه.....
۴۵	اصل برائت.....
۴۵	برائت در لغت و اصطلاح.....
۴۶	ادله حجیت اصل برائت.....
۴۶	آیات.....
۴۸	روایات.....

۴۹	تقسیمات اصل برائت.....
۴۹	برائت قانونی.....
۵۰	برائت عقلی.....
۵۰	نمونه‌هایی از اصل برائت در قوانین داخلی و بین المللی.....
۵۰	الف: قانون اساسی.....
۵۱	ب: حقوق جزا.....
۵۱	ج: حقوق مدنی.....
۵۱	د: قوانین بین المللی.....
۵۲	اصل احتیاط.....
۵۲	مثال‌هایی برای اصل احتیاط.....
۵۳	اقسام احتیاط.....
۵۳	احتیاط عقلی.....
۵۳	احتیاط شرعی.....
۵۳	شرایط اجرای اصل احتیاط.....
۵۳	۱ پیش نیامدن اختلال نظام.....
۵۴	۲ عدم وجود عسر و حرج.....
۵۴	۳ عدم معارضه با احتیاط دیگر.....
۵۴	دلایل احتیاط.....
۵۴	دلیل عقلی:.....
۵۵	دلیل نقلی:.....
۵۵	اصل تخییر.....
۵۵	تعریف اصل تخییر.....
۵۵	تعریف اصطلاحی اصل تخییر.....
۵۶	مجرای اصل تخییر.....
۵۶	اصل استصحاب.....
۵۷	ارکان استصحاب.....
۵۷	۱- یقین سابق.....
۵۷	۲- شک لاحق (شک جدید).....
۵۷	۳- وحدت متعلق یقین و شک.....
۵۷	مبانی حجت استصحاب.....
۵۷	۱- بنای عقلاء.....
۵۸	۲- حکم عقل.....
۵۸	۳- اجماع.....
۵۸	۴- روایات معصومین <small>علیهم‌السلام</small>
۵۸	اقسام استصحاب.....
۵۸	الف: استصحاب وجودی و عدمی.....
۵۹	ب: استصحاب حکمی و موضوعی.....
۶۰	ج: استصحاب در شک در مقتضی و شک در رافع.....
۶۱	د: استصحاب جزئی و کلی.....
۶۲	اصل تأخر حادث.....
۶۴	تعارض استصحاب با سایر ادله.....
۶۴	تعارض قاعده ید و استصحاب.....
۶۴	تعارض استصحاب و اصل برائت.....
۶۵	تعارض استصحاب و اصل تخییر.....
۶۵	تعارض استصحاب و قاعده قرعه.....

جزوه اصول فقه قسمت دوم ۵

تعارض استصحاب و قاعده ید	۶۶
تعارض استصحاب با اصل صحت	۶۶
اجتهاد	۶۶
تاریخچه اجتهاد	۶۷
بنیان گذاران اجتهاد	۶۸
مجتهد و مقلد	۶۸
مقدمات اجتهاد	۶۸
اقسام اجتهاد	۶۹
اجتهاد مطلق	۶۹
اجتهاد تجزی	۶۹
اختلاف در اجتهاد تجزی	۶۹
حجیت فتوا	۷۰
نظریه تخطئه و تصویب	۷۰
نظریه تخطئه	۷۰
نظریه تصویب	۷۱
تفاوت اصطلاح تصویب و تخطئه	۷۱
راه های ثبوت اجتهاد	۷۱
تقلید	۷۱
تقلید از میّت	۷۲
تقلید از اعلم	۷۲
مجریان طرح آمادگی برای آزمون وکالت ۹۲	۷۴

مقدمه نیما جهانشیری (رتبه یک کانون وکلای البرز)

با سلام خدمت سروران گرامی

سال ۹۱ که تصمیم گرفتم برای آزمون ارشد درس بخوانم، برای آمادگی در درس اصول فقه، دنبال کتاب یا جزوه ای می گشتم که مثال های حقوقی داشته باشد اما پس از جستجوی فراوان متوجه شدم که متأسفانه چنین منبعی وجود ندارد. برای همین، خودم دست به کار شدم و از پنج جلد کتابی که برای اصول داشتم مثال های حقوقی را استخراج و مبحث بندی کردم. برای نمونه، مثال هایی که برای مبحث عام در این ۵ جلد کتاب آمده بود را در یک جا و زیر مبحث عام نوشتم؛ و از آن پس، هنگامی که مبحثی را می خواندم به جزوه ای که نوشته بودم مراجعه می کردم و مثال هایش را می خواندم. پس از راه اندازی وبلاگم، تصمیم گرفتم جزوه ام را برای شما دوستان آماده کنم و در اختیارتان قرار بدهم. به لطف خدا از طریق یکی از اساتید حقوق با آقای هاشمیان عزیز آشنا شدم. در این رابطه با ایشان صحبت کردم و متوجه شدم قصد دارند کتابی در این زمینه استدلال های حقوقی در آیات و روایات تالیف کنند. در ارتباط با جزوه ی اشاره شده با ایشان صحبت هایی انجام دادم و قرار بر این شد که ایشان این جزوه را کامل تر کنند و در ابتدا یک توضیح مختصری در مورد هر مبحث بنویسند و بعد مثال های هر مبحث را ارائه دهند. جزوه ی اولیه ای که من آماده کرده بودم ۲۵ صفحه داشت و هیچ توضیح و نشانه ای نیز برای درک مثال ها نداشت اما جزوه ی پیش روی شما گرامیان در قسمت اول ۷۸ صفحه دارد با توضیحات و نشانه هایی برای درک مثال ها. شما عزیزان اگر در این رابطه پرسشی داشتید میتوانید با آقای هاشمیان، با توجه به این که ایشان سابقه تدریس اصول فقه در دانشگاه دارند در میان بگذارید.

در پایان، از آقایان هاشمیان، حیدری و مهدی پور و صادقیان که مجریان طرح آمادگی آزمون وکالت هستند کمال تشکر را دارم.

تندرست و پیروز باشید. نیما جهانشیری

مقدمه سید مرتضی هاشمیان

بارها تلاش کردم برای داوطلبان آزمون وکالت با توجه به اطلاعات مختصری که به لطف خداوند در اصول فقه کسب نموده ام جزوه‌ای را تدوین نمایم ولی توفیق نداشتم تا این که برادر بزرگوارم جناب آقای نیما جهانگیری پیشنهاد این اقدام را دادند و این پیشنهاد بنده را بر انجام این امر قاطع نمود. امیدوارم مطالب این نوشته ی مختصر مورد توجه دانشجویان و داوطلبان آزمون وکالت قرار بگیرد و بنده را از نقایص آن مطلع کنند. چرا که در زندگی هیچ چیز برایم شیرین تر از این نیست که پیاموزم و از شما خواننده عزیز تقاضا دارم ایرادات و انتقادات خود را بر بنده عرضه نمایید. در انتها به داوطلبان عزیز آزمون وکالت پیشنهاد می کنم از تجربیات دوستانان که در سال قبل در آزمون وکالت به لطف خداوند رتبه ی خوبی کسب نموده اند استفاده نمایید؛ چرا که هیچ چیز برای این عزیزان شیرین تر از این نیست که موفقیت شما را شاهد باشند.

ارادتمند شما / سید مرتضی هاشمیان

بهترین شیوه مطالعه اصول فقه برای آزمون وکالت

اصول فقه درسی است فرار و مطالب آن به سرعت فراموش می‌شود و برای رفع این مشکل، بهترین شیوه این است که اولاً هر مبحث را با مثال‌های متعددی به ذهن بسپارید؛ ثانیاً مطالب را هر چند وقت یک بار (بسته به نوع برنامه ریزیتان) دوره و تکرار کنید.

* به دوستان غیر شاغل و دوستانی که زمان کافی برای مطالعه ی اصول فقه دارند

توصیه می‌کنم در ابتدا کتاب اصول فقه دانشگاهی تالیف محمد رضا شب خیز را به صورت عمیق مطالعه کنند (مطالعه‌ی این کتاب زمان زیادی نمی‌برد؛ چرا که فوق‌العاده ساده و روان است) و در هر مبحثی که مطالعه می‌کنید، بر روی مثال‌های کتاب تمرکز کنید و برای هر مبحث خودتان سعی کنید علاوه بر مثال‌های حقوقی این کتاب، مثال‌های حقوقی دیگری را هم بیابید. در مرحله ی بعد، کتاب اصول فقه ابوالحسن محمدی را مطالعه کنید (در صورتی که قبل از مطالعه‌ی این کتاب، اصول فقه دانشگاهی را نخوانده باشید، کار برای شما سخت می‌شود، چرا که در کتاب آقای ابوالحسن محمدی کلی‌گویی وجود دارد و مباحث دقیقاً شرح داده نشده‌اند. اکنون بر روی مثال‌های کتاب دکتر ابوالحسن محمدی تمرکز نمایید. اگر دقت نمایید؛ بیشتر تکیه سخن ما بر روی مثال‌ها می‌باشد).

در مرحله بعد به تست زدن بپردازید و کتاب تست استاد شهبازی را به دقت مطالعه نمایید. در این مرحله؛ توجه داشته باشید که پاسخ نامه ی ایشان را هم باید دقیق مطالعه نمایید.

* به دوستان شاغل و دوستانی که زمان کافی برای مطالعه ی اصول فقه ندارند

توصیه می‌کنم در ابتدا کتاب اصول فقه دانشگاهی محمدرضا شب خیز را دقیق مطالعه کنند و در مرحله ی بعد کتاب تست اصول دکتر محمد حسین شهبازی را مطالعه کنند. در تست زدن، نیازی به مطالعه ی تست‌هایی که برای آزمون خانواده در این کتاب بیان شده نمی‌باشد.

ادله استنباط احکام

ادله استنباط احکام، مواردی هستند که فقیه و مجتهد با استفاده از آنها احکام شرعی را صادر می‌کنند. ادله استنباط احکام عبارتند از قرآن، سنت، اجماع و ... که هر یک از این موارد را در این جزوه در جای خود توضیح می‌دهیم.

مثال: این حکم که باید به زن و مرد زناکار صد ضربه شلاق زد را، فقیه به استناد آیه ی دوم سوره نور (یعنی یکی از ادله استنباط احکام) بیان نموده است:

الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةٍ . هر یک از زن و مرد زناکار را صد تازیانه بزنید. نور / ۲.

قرآن

قرآن مجید از منابع مسلم فقهی است که هیچ یک از فرقه‌های اسلامی و مکاتب فقهی در مبنا و منبع بودن آن تردیدی نکرده‌اند.

قرآن کریم معجزه جاویدان رسول الله ﷺ، مجموعه‌ای است از آنچه که خداوند به وسیله وحی بر پیامبر ﷺ برای هدایت شدن مردم نازل فرموده و هم‌اکنون در دسترس ما است.

از آنجا که رسول الله ﷺ آخرین فرستاده خداوند می‌باشد، معجزه آن حضرت نیز متناسب با رسالت جاویدان آن بزرگوار ملحوظ گردیده و بر خلاف معجزات سایر انبیاء که صرفاً اعمالی شگفت‌آور و مختص به ناظرین زمان خود بوده، معجزه‌ای است همیشگی و کتابی است که

همواره و در همه اعصار می تواند غنی ترین منبع برای استخراج قوانین قرار گیرد و با کمک نیروی قدسیه اجتهاد جواب گوی کلیه نیازهای فردی و اجتماعی بشر باشد.

سوره های مکی و مدنی

قرآن به صورت تدریجی در مدت ۲۳ سال و چند ماه بر پیامبر ﷺ نازل گشته و نزول بیش از نصف آن قبل از هجرت رسول الله در مکه و باقی آن در مدینه انجام گرفته است؛ لذا سوره های قرآن به دو بخش مکی و مدنی تقسیم می گردد و اکثر آنها مکی است.

- سوره های مکی معمولاً کوتاه و مربوط به امور اعتقادی، به خصوص توحید و معاد می باشند
- سوره های مدنی بلنداند و بیشتر مسائل تشریعی و تقنینی در آنها مورد بحث قرار می گیرد.

قرآن قطعی الصدور است

قرآن قطعی الصدور است؛ این جمله به این معنا است که این کتاب الهی از جانب خداوند کریم صادر شده است و ما به این مسئله که قرآن از جانب خداوند کریم صادر شده است و به دست ما رسیده است قطع و یقین داریم.

نسخ در قرآن

نسخ در لغت به معنی ازاله، تغییر، ابطال و از بین بردن است.

نسخ در اصطلاح یعنی از بین بردن حکم شرعی سابق با قرار دادن یک حکم شرعی جدید، به طوری که این دو حکم با هم قابل جمع نباشند و بتوانیم در یک زمان واحد به هر دوی آنها با هم عمل کنیم. حکم جدید را ناسخ و حکم سابق را منسوخ می‌گویند.

مثل اینکه حکمی صادر شود مبنی بر این که شود نباید در حال مستی نماز بخوانید. که از این حکم فهمیده می‌شود که در حالات غیر از نماز، مست بودن اشکال ندارد. حال فرض کنید چند وقت بعد حکم جدیدی صادر شود و بگوید مستی در همه حالات حرام و ممنوع است. می‌بینید که در این مثال، حکم دوم، حکم اول را نسخ نموده و حکم جدیدی جایگزین آن نموده است. حکم دوم را ناسخ و حکم اول را منسوخ می‌نامیم.

تعداد نسخ در قرآن

شناخت ناسخ و منسوخ نیاز به علم زیادی دارد و هر کسی نمی‌تواند ناسخ و منسوخ را از هم باز شناسد. امام صادق علیه السلام به یکی از فقیهان کوفه فرمود: «تو را فقیه مردم عراق می‌گویند؟» گفت: آری. فرمود: «در فقاهاست خود از کدام منبع بهره می‌گیری؟» گفت: از قرآن و سنت پیامبر صلی الله علیه و آله! فرمود: «آیا از کتاب خدا به درستی شناخت داری؟ و آیا ناسخ را کاملاً از منسوخ جدا می‌سازی؟» گفت: آری! فرمود: «علم گسترده‌ای ادعا کرده‌ای؛ چیزی را که خداوند تنها نزد شایستگان قرار داده است.»

نسخ به دلایل مختلفی اتفاق می‌افتد؛ گاهی برای آماده کردن مردم برای تشریع حکمی که تحمل آن برای مردم با وضعیت فعلی سخت است؛ مثل نسخ حکمی که مردم را مکلف کرده بود که در حالت مستی نماز نخوانند تا مردم کم کم به ترک شراب خواری روی بیاورند و سپس حکم جدیدی آمد که بر اساس آن شراب خواری در همه حالات ممنوع شد.

ابوعبدالرحمان سلمی می گوید که امیرالمومنین علی علیه السلام با یکی از قاضیان کوفه روبرو شد و از او پرسید: «آیا آیات ناسخه را جدا از آیات منسوخه می شناسی؟» آن قاضی گفت: نه! آن گاه حضرت فرمود: «در این صورت هم خود را نابود کرده و هم دیگران را نابود ساخته ای».

همین حساسیت در مورد شناخت ناسخ و منسوخ در عصر ما هم موجب اختلاف علماء در این مسئله شده است. برخی تعداد آیات منسوخ را زیاد می دانند. مثلاً سیوطی معتقد است بیست و یک نسخ در قرآن صورت گرفته است و برخی مثل آیه الله خویی نسخ را فقط یک مورد می دانند؛ علامه طباطبائی، معتقد است پنج مورد نسخ در قرآن واقع شده است.

این اختلافات مربوط به اختلاف در شرایط نسخ می شود؛ برخی در شرایط نسخ سختگیری های بیشتری قائل می شوند؛ لذا آیات محدودتری در تعریف و شرایط آنها می گنجد و برخی شرایط کمتری قائلند که آیات بیشتری را در بر می گیرد.

چرا در قرآن کریم ناسخ و منسوخ داریم؟

چرا در قرآن کریم ناسخ و منسوخ داریم؟ آیا نعوذ بالله خداوند متعال چیزی گفته که بعداً متوجه اشتباه خود شده و آن را نسخ و باطل کرده است؟ مگر خداوند متعال نمی دانسته که این را نباید بگوید که دوباره منسوخ می شود؟

در قرآن ناسخ و منسوخ وجود دارد؛ ولی علتش این نیست که والعیاذ بالله خداوند نمی دانسته و اول یک آیه ای را نازل نموده و سپس که متوجه اشتباه خود شده؛ آن را برداشته و آیه دیگری را نازل نموده است. بلکه حکمت و علتش این است که گاهی انسان ها و جامعه تحمل یک حکم سنگین را ندارند و تا زمانی که به حد تحمل آن برسند، حکمی مناسب و موقت به آنها داده می شود و سپس که به آن مرحله مطلوب رسیدند؛ آن حکم موقت قبلی برداشته و حکم دیگری که مناسب الحال آنها است برای آنها داده می شود.

به عنوان مثال اگر قرآن در همان ابتدا به عرب‌هایی که محبت و دوستی با شراب در گوشت و خون آنها عجین شده بود دستور می‌داد که شراب در همه حالات حرام است؛ کسی به این دستور اسلامی عمل نمی‌کرد، چون انسان‌های آن زمان هنوز به مرحله پذیرش این حکم نرسیده بودند، لذا اسلام آرام آرام و مرحله به مرحله با نزول آیات متعدد این حکم را به سوی ممنوعیت سوق داد و در ابتدا اعلام نمود که شرابخواری در حال نماز حرام است؛ تا اینکه در آخر و زمانی که جامعه و انسان‌های موجود در آن زمان، به مرحله ایده آل و پذیرش حکم رسیدند، آیه نازل شده و به‌طور قطعی بیان نمود که شرابخواری در همه حالات حرام است.

پس در حقیقت خداوند متعال از اول می‌دانسته که این حکم منسوخ، موقت است و بعداً حکم جدیدی به نام ناسخ خواهد آمد و آن حکم قبلی را از بین خواهد برد و منسوخ خواهد کرد و در حقیقت این ما انسان‌ها بودیم که از این جریان خبر نداشتیم و فکر می‌کردیم که شاید این حکم همیشگی است؛ ولی بعدها معلوم شد که در اشتباه بوده‌ایم و این حکم موقت بوده است.

تخصیص قرآن

تخصیص یعنی این که یک حکم عام داریم و بعداً یک حکم خاص می‌آید و دامنه آن حکم عام را محدود می‌کند. یعنی حکم خاص؛ چند نفر از حکم عام را از آن خارج می‌کند.

مثال: ورود به منزل افراد در هر حال ممنوع است مگر برای کشف چیزی یا دفع مفسده‌ای.

در عبارت بالا؛ عام عبارت است از ممنوعیت ورود به منازل افراد؛ ولی در ادامه جمله استثنائی وجود دارد که در بعضی موارد خاص، ورود به منازل را مجاز می‌سازد و آن در صورتی است که ورود به منزل برای کشف چیزی یا دفع مفسده‌ای لازم باشد. بنابراین با آوردن این استثناء قانونی در دنباله عبارت، از دایره و محدوده حکم عام ممنوعیت ورود مقداری کاسته شده است.

نمونه‌هایی از تخصیص در قرآن

مثال اول:

وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (نور: ۴)؛ به کسانی که به زنان پاک‌دامن نسبت زنا می‌دهند، سپس چهار شاهد برای اثبات ادعای خود نمی‌آورند، هشتاد تازیانه آنان بزنید، و هیچ‌گاه شهادتی از آنها نپذیرید، و آنان فاسقند.

این آیه به واسطه آیه بعدی تخصیص خورده و توبه‌کنندگان را از دایره عموم «کسانی که به زنان پاک‌دامن نسبت زنا می‌دهند» خارج کرده است: «إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (نور: ۵)؛ مگر آنان که پس از آن توبه کنند و به کار شایسته بپردازند، که خدا آمرزنده و مهربان است.

مثال دوم:

در آیه سوم سوره نساء، ازدواج با همه زنان دل‌خواه مجاز شمرده شده است: «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ»

اما این عموم، به واسطه آیات دیگری، تخصیص خورده است: «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ

إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا (نساء: ۲۲-۲۳). با زنانی که پدرانتان به عقد خویش در آورده‌اند زناشویی مکنید، مگر، آنکه پیش از این چنان کرده باشید زیرا این کار، زنا و مورد خشم خدا است و شیوه ای است ناپسند. مادرانتان و دخترانتان و خواهرانتان و عمه‌هایتان و خاله‌هایتان و، دختران برادران و دختران خواهرانتان و زنانی که شما را شیر داده‌اند و خواهران شیریتان و مادران زنانتان بر شما حرام شده‌اند و دختران زنانتان که در کنار شما هستند، هر گاه با آن زنان هم‌بستر شده‌اید بر شما حرام شده‌اند ولی اگر هم‌بستر نشده‌اید، گناهی مرتکب نشده‌اید و نیز زنان پسرانی که از پشت شما هستند بر شما حرام شده‌اند و نباید دو خواهر را در یک زمان به زنی گیرید، مگر آنکه پیش از این چنین کرده باشید هر آینه خدا آمرزنده و مهربان است.»

مثال سوم:

به آیه ۲۲۸ سوره بقره دقت نمایید: وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ. در این آیه «المطلقات» عام است و حکم شده که زنان مطلقه؛ سه حیض عده نگه دارند. اما نمی‌توان تنها با استناد به این آیه حکم صادر کرد؛ چراکه دو آیه دیگر با این آیه پیوند معنایی دارند و آن را تخصیص زده‌اند. بر اساس یکی از این دو آیه، زنان مطلقه پیش از مباشرت عده ندارند: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا» (احزاب: ۴۹) و بر اساس آیه دیگر، پایان عده زنان باردار، زمان وضع حملشان می‌باشد که ممکن است زمانی کمتر از سه حیض یا بیشتر از آن باشد: «وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ.» (طلاق: ۴).

نمونه‌هایی از تخصیص در قانون

مثال اول: اثر قانون نسبت به آتیه است... مگر اینکه در خود قانون مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد (ماده ۴ ق.م).

مثال دوم: ماده ۱۷۴ قانون مجازات اسلامی سابق: شرابخوار هشتاد شلاق می خورد.
تبصره ماده ۱۷۴ ق.م.ا، مقرر می‌دارد: غیر مسلمان فقط در صورت تظاهر به شرب مسکر به هشتاد تازیانه محکوم می‌شود.

سنت:

یکی دیگر از ادله استنباط احکام و حقوق سنت است.

سنت در لغت عبارت است از روشی که مردم از آن پیروی کنند و برای آنان به صورت عادت درآمده باشد، چه نیکو و چه ناپسند. این معنا را علامه فیروزآبادی در کتاب قاموس المحيط، و اسماعیل بن حماد جوهری در کتاب صحاح اللغة، و ابن اثیر در نهایه، آورده‌اند. همین معنا را علامه محمد بن علی جرجانی در کتاب التعریفات برای سنت بیان کرده و گفته است: واژه سنت در لغت به معنای راه و روش است، خواه این راه و روش؛ راه و روشی نیک باشد یا ناپسند.

سنت در اصطلاح فقها در مقابل بدعت قرار دارد. بدعت یعنی هر حکمی که با اصول شریعت ناسازگار بوده و بدون حجت شرعی اظهار شده باشد؛ ولی سنت عبارت است از حکمی که به اصول شریعت و حجت شرعی مستند باشد.

تعریف سنت از نظر شیعه و سنی

از نظر اهل سنت (عامه)؛ قول، فعل و تقریر پیامبر ﷺ سنت نامیده می‌شود؛ و از نظر شیعه؛ قول، فعل و تقریر همه معصومین علیهم‌السلام سنت نامیده می‌شود. زیرا ائمه علیهم‌السلام از طرف خداوند متعال، توسط پیامبر ﷺ به منصب امامت منصوب هستند و به احکام الهی علم دارند و آنچه را که می‌گویند همان حکم خداست که نزد آنان است و به واسطه پیامبر یا مستقیماً، به آنان رسیده است.

حضرت علی علی‌السلام فرمود: پیامبر ﷺ به من هزار در از درهای علم را یاد داد که از هر دری هزار در باز می‌شود. بنابراین؛ همه معصومین علیهم‌السلام یکی از مصادر و منابع تشریع احکام و دستورات الهی هستند و قول و فعل و تقریر آنان برای ما حجت است و باید آن را رعایت کنیم. خداوند، مقام آن‌ها را طوری قرار داده که ما باید وظایف و تکالیف خود را از آن بگیریم.

قرآن مجید می‌فرماید: ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اطاعت کنید خدا را؛ و اطاعت کنید پیامبر خدا و اولو الأمر را؛ و هر گاه در چیزی نزاع داشتید، آن را به خدا و پیامبر بازگردانید (و از آنها داوری بطلبید). رسول گرامی اسلام در این باره می‌فرماید: من دو چیز گران بها و ارزنده در نزد شما می‌گذارم: کتاب خدا و عترت و خاندانم را، و تا هنگامی که به آن دو متمسک می‌شوید هرگز گمراه نخواهید شد؛ و این دو یادگار من هیچ‌گاه از هم جدا نمی‌شوند.

بنابراین؛ از آنجا که حضرات معصومین علیهم‌السلام از طرف خداوند منصوب هستند؛ سنت (قول، فعل و تقریر) آنان حجت بوده و اطاعتشان بر همگان لازم است.

• لذا در تعریف سنت می‌گوییم: سنت یعنی قول و فعل و تقریر چهارده معصوم علیهم‌السلام.

قول چهارده معصوم علیه السلام

گفته‌ها و سخنان معصومین علیهم السلام را که در احادیث و روایات آمده است قول معصوم می‌گویند. در مواردی که احکام الهی در گفتار معصومین علیهم السلام بیان شده باشد، برای فقیه و مجتهد کافی است که طبق شرایطش به آن استناد نماید.

فعل چهارده معصوم علیهم السلام

اعمال و افعالی را که معصومین علیهم السلام انجام می‌داده‌اند فعل معصوم علیه السلام می‌نامند.

تقریر چهارده معصوم علیهم السلام

اگر کسی در مقابل یکی از معصومین عملی را انجام دهد و معصوم علیه السلام آن عمل را ببیند و نسبت به آن عمل اعتراض کند، این به معنای تایید آن عمل است و ما می‌توانیم آن عمل را انجام دهیم که به آن تقریر معصوم علیه السلام می‌گوییم.

مثلاً چنانچه در حضور معصوم به شکلی وضو می‌گرفتند یا نماز می‌خواندند، یا سخنی را می‌گفتند و یا نسبتی را می‌دادند و حضرت در برابر آن سکوت می‌کردند، این سکوت نشانه تایید و رضایت معصوم از آن عمل یا سخن می‌باشد که بدان «تقریر» گفته می‌شود. زیرا اگر آن سخن و یا آن عمل از نظر شرعی اشتباه می‌بود به دلیل امر به معروف و نهی از منکر، لازم است معصوم از آن جلوگیری کند.

شرایط حجیت تقریر معصوم علیه السلام

تقریر معصوم همیشه حجت نیست و نمی توان به آن استاد کرد و با آن یک حکم شرعی استنباط کرد و حجیت تقریر دارای شرایطی است که عبارتند از:

۱- آن گفتار و یا آن عمل در حضور معصوم گفته شده و یا انجام گرفته باشد، یا اگر در حضور معصوم نیست خبرش به معصوم رسیده باشد و ایشان آن را تقریر نمایند.

۲- معصوم نسبت به آن گفتار و یا آن عمل توجه و علم داشته باشند.

۳- معصوم توانایی آگاه نمودن فرد و جلوگیری کردن از شخص را در صورتی که خطاء می کند داشته باشند، مثلاً در حال تقیه به سر نبرند.

پس تقریر معصوم؛ «تایید» سخن یا عمل دیگری است. چنین تقریری برای مجتهد نیز حجت است و می تواند طبق شرایطش بدان استناد نماید.

حجیت سنت

برای اثبات حجیت سنت رسول الله صلی الله علیه و آله به وجوهی تمسک شده است، از آن جمله:

آیات قرآن

الف: «من یطع الرسول فقد أطاع الله»؛ «کسی که از پیامبر صلی الله علیه و آله اطاعت کند، خدا را اطاعت کرده است».

ب: «یا ایها الذین ءامنوا أطیعوا الله و أطیعوا الرسول»؛ «ای کسانی که ایمان آورده اید! از خدا و رسول اطاعت کنید».

ج: «و من يعص الله و رسوله فقد ضلّ ضللاً مبيناً»؛ «و هر کس نافرمانی خدا و رسولش را کند به گمراهی آشکاری گرفتار شده است».

د: «قل أطيعوا الله و الرسول فإن تولوا فإن الله لا يحب الكافرين»؛ «بگو» از خدا و فرستاده (او)، اطاعت کنید! و اگر سرپیچی کنید خداوند کافران را دوست نمی‌دارد.

* در تمام آیات یادشده دستور به اطاعت از رسول گرامی اسلام ﷺ داده شده است و دستور به اطاعت از پیامبر، نشان از حجیت گفتار و فرامین او است.

* از مجموع این آیات چنین استفاده می‌شود که به فرمان الهی، امر و نهی پیامبر ﷺ بدون استثنا باید مورد پذیرش قرار گیرد؛ زیرا او جز به خواست خداوند متعال چیزی را نمی‌گوید و همه رسولان مطیع اذن پروردگار بوده‌اند و هیچ مؤمنی نمی‌تواند قضاوت خدا و رسول او را نادیده بگیرد و اطاعت رسول خدا ﷺ قرین اطاعت خدا است و همان‌گونه که مردم به اطاعت خداوند در تمام امور؛ چه دنیوی چه اخروی و چه دینی دعوت شده‌اند، به اطاعت از رسول خدا نیز مأمور گشته‌اند. بر این اساس؛ اطاعت از رسول خدا ﷺ در حقیقت اطاعت از خداست و برای تقرب به پروردگار باید از پیامبر ﷺ او تبعیت کرد.

احادیث

برای اثبات اعتبار و حجیت سنت رسول خدا ﷺ برخی به احادیث نیز تمسک جسته‌اند؛ از جمله:

الف: در کتاب «المدخل الفقه الاسلامی» این گونه آمده است: من دو چیز گران‌بها در میان شما باقی می‌گذارم، تا زمانی که به آن دو پناهنده شوید گمراه نخواهید شد؛ اول کتاب خدا و دوم عترتم، که خاندان من هستند. این دو از یکدیگر جدا نمی‌شوند تا در کنار حوض بر من وارد شوند و این حدیث دلالت بر حجیت و اعتبار سنت دارد.

ب: حدیث معاذ بن جبل؛ بیانگر اعتبار سنت است؛ زیرا وقتی پیامبر ﷺ به او فرمود چگونه بین مردم حکم می‌کنی؟ گفت به کتاب خدا حکم می‌کنم و اگر نیافتم به سنت رسول خدا ﷺ، و پیامبر او را منع نفرمود، بلکه عمل او را امضا نمود و تقریر کرد. عمر عبد الله بنا بر آنچه در کتاب او است می‌گوید: سنت به عنوان دلیل و مصدر تشریع اعتبار شده است و حدیث معاذ بن جبل گویای آن است.

دلیل عقلی

منظور از دلیل عقلی آن ادله‌ای است که بر عصمت رسول خدا و امتناع غفلت و خطا و سهو آن حضرت دلالت دارد؛ زیرا اعتقاد به این امور باعث می‌شود که مکلف یقین پیدا کند تمام اعمال و گفتار رسول خدا موافق با موازین شرع است و برای دیگران می‌تواند ملاک و حجت قرار گیرد. این دلیل عقلی خدشه ناپذیرترین دلیلی است که برای اعتبار سنت رسول الله ﷺ آورده شده است.

این واقعیتی است که در تمام ابواب فقه بدون استثنا مشهود است، لذا باید گفت؛ قول به عدم اعتبار سنت رسول ﷺ مستلزم تعطیل دین و نقص قوانین شرعی است که با حکمت خداوندی سازگار نیست. بر این اساس است که برخی از اندیشمندان، حجیت و اعتبار سنت رسول الله ﷺ را از ضروریات دین شمرده‌اند.

اجماع

اجماع در لغت به دو معنی آمده است:

الف: به معنای عزم و قصد و نیت؛ چنانکه در این حدیث است: لا صیام لمن لم یجمع الصیام من اللیل؛ یعنی اگر کسی از شب پیش قصد و نیت روزه نداشته باشد روزه دار نیست.

ب: به معنای اتفاق (اتفاق نظر)؛ و بیشتر به همین معنی استعمال شده است.

* اجماع در اصطلاح اصول و حقوق اسلامی نیز به همین معنی دوش که همان اتفاق نظر است می باشد.

در تعریف اصطلاحی اجماع بین علمای شیعه و اهل تسنن تفاوت هایی است از این رو برای اجماع دو تعریف ذکر می کنیم تا یکی مسلک علمای عامه و سنیان را بازگو کند و دیگری نشان دهنده مشرب علمای خاصه و شیعه مذهب باشد.

تعریف اجماع از قول علمای اهل سنت

غزالی در کتاب مستصفی می نویسد: اجماع عبارت است از اتفاق اُمت محمد ﷺ بر امری از امور دینی؛ و توضیح می دهد که منظور از اُمت، مجتهد صاحب فتوی است؛ و اتفاق همه مردم حتی عوام و یا علمای سایر رشته های علمی منظور نیست؛ به عبارت دیگر؛ از نظر غزالی اتفاق کسانی که در مسائل دینی صاحب نظر هستند برای تحقق اجماع لازم است و آنها که در این رشته تخصصی ندارند یا اصلاً بی اطلاعند، نظراتشان نمی تواند در تحقق و عدم تحقق اجماع موثر باشد.

* عناصر این تعریف به شرح زیر است:

۱- اتفاق.

۲- اتفاق صاحب نظران مسائل دینی یعنی علمای دین و فقهاء.

۳- اتفاق فقهای اسلامی نه مذاهب دیگر.

۴- اتفاق بر مسئله‌ای از مسائل دینی نه بر مسائل دیگر.

تعریف اجماع به عقیده علمای شیعه

میرزای قمی در کتاب قوانین؛ اجماع را چنین تعریف می‌کند: اجماع عبارت است از اتفاق نظر جماعتی بر امری از امور دینی که اتفاق نظر آنها کاشف از رای معصوم علیه السلام باشد.

* عناصر این تعریف عبارتست از:

۱- اتفاق.

۲- اتفاق جماعتی که... و منظور اتفاق مجتهدین است.

۳- اتفاقی که کاشف از رای معصوم باشد.

۴- اتفاق بر مسئله دینی.

فرق اجماع بنا بر عقیده علمای سنی و شیعه

با دقت در دو تعریفی که گذشت؛ روشن می‌شود که فرق عمده اجماع در این دو مکتب این است که بنا به عقیده سنیان، حجیت اجماع به واسطه خود آن است و دلیلشان این است که پیغمبر اسلام فرموده: *مَلَّتِ اسْلَامُ بِهَ خَطَا و بِرِ بَاطِلِ اتْفَاقِ نَمِی کُننْد؛* یعنی نمی‌توان قبول کرد که مسئله‌ای را که دانشمندان متفقاً بر آن هم‌عقیده‌اند اشتباه و خطا باشد.

در حالی که شیعیان می‌گویند: اجماع بدان جهت حُجّت است که کاشف از رای معصوم است و فقط در این صورت حجت است؛ پس حُجّیت اجماع در این مذهب به واسطه خود آن نیست؛ بلکه به واسطه کاشف بودن از رای و نظر معصوم است.

تجزیه و تحلیل عناصر اجماع

۱- عنصر اصلی اجماع وجود اتفاق نظر است؛ این اتفاق در جائیکه همه علما اظهار نظر کرده باشند حاصل است.

سؤال: اگر برخی از علماء فتوا داده باشند و برخی سکوت کرده باشند؛ آیا اجماع درست می‌شود؟ آیا می‌توان گفت وقتی در مسئله نظری داده و اعلام شد و دیگران مخالفت نکردند چنین عدم مخالفتی حاکی از موافقت است؟ به این حالت در اصول فقه، اجماع سکوتی می‌گوییم.

اجماع سکوتی حجت نیست. صاحب قوانین به صراحت می‌نویسد: اجماع سکوتی حجت نیست؛ چون اجماع عبارت است از اتفاق؛ و سکوت دلالت بر موافقت و رضا ندارد؛ چه احتمال می‌رود به جهات دیگری سکوت کرده باشند. غزالی نیز می‌نویسد: آنچه در اجماع لازم است اتفاق نظر است و این از بیان صریح فتاوی معلوم می‌شود و سکوت نمی‌تواند همین اتفاق نظر باشد.

به طوریکه صاحب معالم می‌نویسد؛ شهید اول در کتاب ذکر در این مسئله عقیده خاصی دارد؛ و او معتقد است که اجماع سکوتی اجماع نیست ولی حجت هست. اجماع نیست، زیرا به اتفاق نظر وجود ندارد بلکه صرف عدم خلاف است؛ لکن حجت است به جهت اینکه نمی‌توان فتاوی عده‌ای دانشمند عادل را نادیده گرفت و پنداشت که بی‌جهت و بی‌دلیل چنان فتوائی داده‌اند.

۲ اتفاق مجتهدین: صریح‌ترین دلیل حُجّیت اجماع، حدیث نبوی عَلَيْهِ السَّلَام است که می‌فرماید:

لا تجتمع امتی علی الخطاء؛ و احادیث دیگری به همین مضمون. به نظر برخی اصولیون؛ منظور از

کلمه امتی، همه مسلمانان است؛ لکن به طوریکه غزالی در این باره می نویسد، منظور همه مسلمانان نیست بلکه منظور کسانی است که در مسائل شرعی صاحب نظر باشند. او تعبیر می کند به مجتهد صاحب فتوی و اهل حل و عقد؛ بدین ترتیب کودکان و دیوانگان از شمول آن خارجند و نیز عوام و کسانی که در رشته های غیر فقه و اصول اطلاع و تخصص دارند هم خارجند. دلیل بر این مطلب این است که در مسائل شرعی که احتیاج به نظر و فکر و استدلال است، جائی برای اظهار نظر عوام نفیاً و اثباتاً وجود ندارد تا موافقت آنها منشاء اثر یا مخافتشان موجب ضرر باشد، همین طور؛ دانشمندانی که در رشته های دیگر علم و اطلاع دارند؛ مثلاً مورخان، جغرافی دانان، علمای نجوم و ریاضی دانان و پزشکان نسبت به مسائل شرعی عوام محسوب می شوند؛ چون از رشته تخصص آنها خارج است، این تنها فقهاء و اصولیون هستند که در مسائل شرعی صاحب فتوی می باشند و اتفاق نظر آنها ملاک حصول اجماع است.

۳- اتفاق امت محمد ﷺ و مذهب اسلام، نه مذاهب دیگر. آنچه از دلائل حجیت اجماع استفاده می شود این است که اجماع مسلمانان حجت است نه اجماع دیگران، بنابراین اجماع یهود و نصاری از نظر مسلمانان حجتی ندارد.

۴- عنصر چهارم اجماع؛ مورد آن (مورد اجماع) است؛ مورد اجماع باید مسئله ای از مسائل دینی باشد؛ اعم از اصول دین یا فروع و احکام آن، مسائل دیگر مانند مسائل عقلی، مباحث لفظی و امور عادی نمی تواند مورد اجماع باشد و با اجماع بر آنها استدلال کرد.

مدارک حجیت اجماع

مدارک حجیت اجماع را در مذهب شیعه و مذاهب سنی جداگانه بررسی می‌کنیم:

مدارک حجیت اجماع در مذهب شیعه

حجت بودن اجماع در مذهب شیعه به واسطه کشف رای معصوم است و چون حجیت رای معصوم امری مسلم و قطعی است در این زمینه بحثی باقی نمی‌ماند. پس می‌گوییم؛ رای معصوم (سنت) حجت است و اجماع هم چون کاشف از رای معصوم است؛ به تبع آن حجت است.

سؤال: چگونه اجماع کاشف از قول معصوم است؟

بیشتر محققان اصولی مانند میرزای قمی معتقدند که هرگاه علماء و بزرگان دین بر مسئله‌ای اتفاق کنند و وحدت نظر داشته باشند به حکم عقل و عادت می‌توان پی برد که این نظر منطبق بر حقایق و واقعیات دین است؛ و عقیده‌ای است درست؛ و امام و پیشوای مذهب نیز با آن موافق است. برای مثال هرگاه دانشجویان مکتب استادی در مسئله‌ای همگی یک‌نوع فکر کنند و یک عقیده داشته باشند، می‌توان فهمید که استاد آنان نیز همان عقیده را داشته و آن عقیده به‌وسیله اُستاد بیان و توضیح گردیده.

سؤال: چگونه می‌توان اجماع را دلیل مستقلى دانست و حال آنکه حجیتش به لحاظ کشف از

رای معصوم است نه به‌خودی خود؟

پاسخ این پرسش را در کتابِ قوانینِ میرزای قمی می‌توان یافت. او می‌نویسد: اجماع با این که به لحاظ کشف از قول معصوم حجت است؛ ولی خود رای معصوم نیست.

مدرک حجیت اجماع در مذهب اهل سنت

اول: آیات قرآنی

۱- ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المومنين؛ وجه دلالت این‌که پیروزی از چیزی که سبیل و طریق مومنین نباشد مورد مواخذه قرار گرفته پس پیروی از سبیل و طریق مومنین واجب است و معلوم است که اجماع مسلمانان طریق و سبیل ایشان بوده و مشمول آیه است.

۲- فان تنازعتم فی سئی فردوه الی الله والرسول؛ بیان دلالت آیه اینکه منطوق آیه لازم می‌شمارد که در مورد تنازع و اختلاف به خدا و پیغمبر رجوع شود و مفهوم آیه این است که اگر در چیزی تنازع و اختلاف نباشد و به عبارت دیگر اتفاق نظر بین مسلمین وجود داشته باشد، رجوع به خدا و پیغمبر لازم نیست و پیروی از همان اتفاق نظر لازم می‌باشد.

دوم: احادیث و اخبار

حدیث نبوی ﷺ: لا تتمع امتی علی الخطاء؛ اُمت من بر خطا با هم جمع نمی‌شوند (اُمت من در مسئله‌ای به خطا با هم اتفاق نظر نمی‌کنند).

سوم: دلیل عقلی

بدین بیان که عقل محال می‌داند همه دانشمندان بدون دلیل قاطع بر امری اجتماع کرده وحدت نظر پیدا کنند پس هرگاه همه آنها در مسئله توافق کنند به حکم عقل پیروی از نظر و عقیده آنها واجب است.

در اثبات و نفی دلالت هر یک از این ادله بحث و گفتگو زیاد است اجمال قول آن که قوی‌ترین دلیل اجتماع همانا اخبار و بعد آیات و ضعیف‌ترین آن دلیل عقل است.

چگونه می‌توان به اجماع پی برد؟

لزوم اتفاق امت برای تحقق اجتماع موجب شده که برخی تصور کنند این اتفاق فقط در زمانی که تعداد مجتهدین کم و قابل دسترسی بوده‌اند قابل تصور است و در زمان‌های بعد که علم فقه توسعه یافته و تعداد مجتهدین رو به افزایش نهاده و در شهرها و کشورهای اسلامی پراکنده شده‌اند؛ تحقق چنین شرطی مورد تردید است و در نتیجه اجماع را غیر ممکن دانسته‌اند. برخی دیگر این مطلب را به بیان دیگر گفته‌اند؛ اینان می‌گویند اگر چه اتفاق امت حتی در این زمان‌ها امکان عقلی دارد، ولی اطلاع یافتن از تحقق چنین اتفاقی عملاً ممکن نیست؛ با این همه، بزرگان اصول معتقدند که اجماع در این ادوار ممکن است و می‌توان بر آن اطلاع یافت.

روش‌های تحصیل اجماع

طریقه پی بردن به وجود اجماع دو گونه است: تحصیل اجماع و نقل اجماع.

طریقه تحصیل اجماع

این طریقه چنین است که مجتهدی که در صدد تحقیق و بررسی مسئله یا مسائلی است با بررسی آراء و فتاوی علمای دیگر اتفاق علما در آن مسئله یا مسائل را در می یابد (تحصیل می کند / به دست می آورد). چنین اجماعی را اجماع محصل گویند.

طریقه نقل اجماع

این طریقه شایع تر و آسان تر است و چنین است که مجتهدی که در صدد بررسی مسئله یا مسائلی است؛ به وجود اجماع به وسیله علمای دیگر که موثق و عادل باشند مطلع شود و آن را برای دیگران نقل می کند. چنین اجماعی را اجماع منقول گویند.

مقایسه اجماع با دکترین و عقاید علمای حقوق

به طوری که می دانیم؛ در حقوق عقائد علمای حقوق (دکترین) را یکی از منابع حقوق می دانند. آیا می توان میان این اصطلاح در حقوق جدید و اصطلاح اجماع در حقوق قدیم نسبتی سنجید؟ آیا بین این دو شباهتی وجود دارد؟ آیا هر دو یکی نیستند؟ و اگر اجماع را چنان که غزالی تعریف کرده است که: اتفاق امت محمد است... در نظر بگیریم آیا شباهتی به اصطلاح مراجعه به آراء عمومی (رفراندوم) پیدا نمی کند. بی مناسب نیست مختصری در این مطلب گفتگو کنیم.

اجماع شباهت زیادی به اصطلاح عقائد علمای حقوق (دکترین) دارد ولی ارزش آن بیشتر از این است. در تعریفی که علمای شیعه از اجماع کرده اند؛ دیدیم که آن را اتفاق مجتهدین نامیده اند و بعضی از علمای اهل تسنن مانند فخر زاری نیز آن را اتفاق اهل حل و عقد خوانده اند، که به خوبی روشن است که تعبیرات مجتهدین، اهل حل و عقد، صاحب فتوا و غیره

در اصطلاح اصولیون و فقهاء معادل اصطلاح علمای حقوق در حقوق امروزی است و بنابراین می‌توان گفت که اجماع ماهیتاً همین اصطلاح جدید عقاید علمای حقوق است، به خصوص اگر همه در مسئله ای متفق العقیده باشند؛ لکن اثر و ارزش اجماع در حقوق قدیم به مراتب بیشتر از اثر و ارزش عقاید علمای حقوق در حقوق جدید است، چه می‌دانیم که عقائد علمای حقوق صرفاً جنبه مشورتی دارد و به طور مستقیم نمی‌توانند منشاء ایجاد حق شود و قدرت قانونی ندارد؛ فقط می‌تواند به طور غیر مستقیم از طریق تاثیر در عقیده قانون گذاران و قضات، منشاء حق و تکلیف باشد؛ در حالیکه، اجماع در صورت تحقق، در حقوق اسلام اثر داشته و مستقیماً منشاء تکلیف و حق می‌باشد. این شباهت بین اجماع و عقاید علمای حقوق حتی در تعریفی که غزالی از اجماع کرده است وجود دارد: او اجماع را به اتفاق اُمت محمد تعبیر کرده و به ظاهر با عقائد علمای حقوق فرق دارد؛ زیرا همه اُمت محمد، عالم حقوق نیستند؛ ولی با تجزیه و تحلیلی که خود او در این مقام دارد و شرح آن گذشت که منظور از اُمت محمد فقط مجتهدین صاحب نظر در مسائل دینی هستند، دیگر تفاوتی بین تعریف غزالی و دیگران باقی نمی‌ماند و اجماع به تعریف همه اصولیون شباهت کاملی با اصطلاح عقائد علمای حقوق (دکترین) پیدا می‌کند. البته در صورتی که علمای حقوق در مسئله ای متفق العقیده باشند.

عقل

عقل یکی از دلایل استنباط احکام در اصول فقه شیعه می‌باشد.

مثال‌هایی برای دلیل عقلی در اصول فقه

- قاعده اهم و مهم
- تقیه
- قاعده قُبْح عقاب بلا بیان
- عدم حجیت شک
- قبیح بودن تکلیف بما لا یطاق
- وجوب امر به معروف و نهی از منکر
- وجوب دفع ضرر

مُلازمه بین عقل و شرع

مُلازمه بین حکم شرع و عقل؛ یعنی این که اگر شرع به چیزی حکم کند، عقل هم به همان حکم می‌کند؛ به بیان دیگر، هرگاه شارع به چیزی امر یا از چیزی نهی کند، عقل نیز به حُسن یا قُبْح آن حکم می‌کند.

از نظر برخی اصولی‌های شیعه؛ میان حکم شرع و عقل ملازمه‌ای وجود ندارد؛ زیرا چه بسا شارع به کاری دستور می‌دهد، اما عقل قدرت درک ملاک آن را ندارد؛ برای مثال، روزه آخر ماه رمضان واجب، ولی روزه اول ماه شوال عید فطر حرام است و عقل از دست یافتن به علت این دو حکم ناتوان می‌باشد.

لیکن؛ از نظر برخی دیگر از اصولی‌های شیعه؛ میان حکم شرع و عقل ملازمه‌ای وجود دارد و اگر شرع به چیزی حکم کند، عقل هم به همان حکم می‌کند.

حجیت عقل از دید شیعه و سنی

- اهل سنت عقل را در دلایل استنباط احکام نمی‌دانند. (آن را حجت نمی‌دانند).
- شیعیان عقل را یکی از ادله استنباط احکام می‌دانند. (آن را حجت می‌دانند).

حجیت عقل از دید اصولیون و اخباریون

- اخباریون عقل را در دلایل استنباط احکام نمی‌دانند (آن را حجت نمی‌دانند).
- شیعیان عقل را یکی از ادله استنباط احکام می‌دانند (آن را حجت می‌دانند).

اقسام دلیل عقلی

دلیل عقلی به مستقلات عقلی و ملازمات عقلی تقسیم می‌شود.

مستقلات عقلی

مستقلات عقلی؛ مقابل غیر مستقلات عقلی بوده و عبارت است از یک سلسله احکام عقلی که عقل به تنهایی و بدون کمک شرع آنها را درک می‌کند؛ مانند: خوبی عدالت و زشتی ستم.

ملازمات عقلی

ملازمات عقلی (مستلزمات عقلی) یعنی احکامی که عقل بدون حکم شرع قادر به درک آنها نیست.

فرق مستقل عقلی و غیر مستقل عقلی

مستقلات عقلی دلایلی اند که خود عقل بدون توجه به حکم شرع آنها را به دست می آورد ولی استلزامات عقلی یا غیر مستقلات عقلی دلایلی اند که عقل آنها را با کمک حکم شرع به دست می آورد.

قیاس

قیاس در لغت به معنای اندازه گرفتن یا سنجیدن چیزی است با چیز دیگر.

قیاس در اصطلاح علم اصول فقه یعنی هر گاه دو مسئله داشته باشیم؛ و ما حکم یکی از این دو مسئله را بدانیم (مسئله اول) و حکم مسئله دیگر را ندانیم (مسئله دوم)؛ آن گاه به علت شباهتی که بین این دو مسئله وجود دارد، حکم مسئله اول را به مسئله دوم سرایت دهیم.

مثلاً شارع می گوید شراب انگور حرام است چون که مست کننده است (مسئله اول).

حال ما حکم شراب خرما را ندانیم (مسئله دوم). اکنون ما به علت شباهتی که بین این دو (یعنی شراب انگور و شراب خرما) وجود دارد (یعنی این که هر دوی آنها مست کننده هستند)؛ حکم مسئله اول (یعنی شراب انگور) را به مسئله دوم (یعنی شراب خرما) سرایت دهیم و در نتیجه می گوییم: شراب خرما هم مانند شراب انگور حرام است.

ارکان قیاس

۱ اصل؛ که بدان (مقیس علیه) گویند. آن موضوعی است که در شرع مقدس برایش حکمی وجود دارد.

۲ فرع؛ که به آن (مقیس) گویند. آن موضوعی است که حکم شرعی ندارد و نیاز به اخذ حکم برای آن می‌باشد.

۳ علت؛ که به آن (جامع) گویند. آن جهت مشترک میان اصل و فرع است که ثبوت حکم بدان اقتضا دارد.

۴ حکم؛ که آن چیزی است که به وسیله اصل ثابت شده است و اثبات آن برای فرع اراده می‌شود.

بررسی ارکان قیاس در مثال فوق‌الذکر

در قیاس فوق چهار رکن ملحوظ است :

رکن اول: مقیس یا فرع که آن را محل اول نیز می‌گویند (مانند شراب خرما در مثال گذشته)

رکن دوم: مقیس علیه یا اصل، یعنی آنچه به آن قیاس شده است و به تعبیر دیگر اصل و ریشه قیاس (همانند شراب انگور در آن مثال)

رکن سوم: یک علت مشترک که جامع بین دو محل باشد (در مثال بالا مُسکر بودن است)

رکن چهارم: نتیجه که همان حکم حرمت شراب خرما است.

چند مثال برای قیاس در قانون

ماده ۳۸۷ قانون مدنی می گوید: اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسح و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم، به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.»

اکنون فرض نماییم که ما حکم این که اگر ثمن قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود را ندانیم.

در نتیجه می گوئیم چون که تفاوت ثمن و مبیع اعتباری است؛ بنابراین می توان گفت، حکم ماده مذکور عیناً در مورد تلف ثمن معین قبل از قبض نیز جاری است.

مثال دوم: ماده ۶۹۱ قانون مدنی مقرر می دارد: « ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است »

حال به فرض این که ما حکم حواله ی دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است را ندانیم. در نتیجه قیاس می کنیم و می گوئیم:

حواله عقدی است شبیه ضمان؛ از این جهت که هر دو مبتنی بر انتقال دین هستند. از این رو می توان گفت، هرگاه علت مزبور در مورد حواله نیز وجود یابد موجب بطلان آن خواهد شد و به طور خلاصه می توان به قیاس بر ضمان گفت، حواله دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است.

اقسام قیاس

تقسیم اول

الف: قیاس اولی: قیاسی است که در آن، جامع (علت حکم) در فرع قوی تر از اصل است.

ب: قیاس مساوی: قیاسی است که در آن، مناط حکم (علت حکم) در اصل و فرع در یک مرتبه است.

تقسیم دوم

الف: قیاس منصوص العله:

در این نوع قیاس، شارع علت و فلسفه حکم را بیان می کند و جایی برای اجتهاد شخصی باقی نمی ماند. مثلاً اگر گفته شد: الخمر حرام لانه مسکر؛ علت حرمت خمر به دنبال حکم آمده است، به همین جهت آن را منصوص العله می گویند. حال اگر حکم شراب کشمش را ندانیم؛ قیاس می کنیم و می گوئیم: همان گونه که خمر (شراب انگور) به خاطر مست کننده بودنش حرام است، شراب کشمش هم به خاطر مست کننده بودنش حرام است. این قیاس ما منصوص العله است؛ زیرا علت حکم اصل (یعنی مست کننده بودن) بیان شده است.

ب: قیاس مستنبط العله:

قیاسی است که در آن، علت حکم در دلیل حکم اصل و یا دلیل دیگر تنصیص نشده است؛ بلکه فقیه علت حکم را از راه استنباط بدست آورده است و سپس فرع را بر اصل به علت اشتراک در علت مستنبط، قیاس کرده است.

حجیت قیاس

بین شیعه و سنی در مورد حجیت قیاس اختلاف است. سنی ها قیاس را حجت می دانند اما شیعیان بعضی از انواع قیاس را حجت میدانند و بعضی را نمی دانند.

۱. قیاس اولویت: حجت است.

۲. قیاس مساوات: حجت نیست.

۳. قیاس منصوص العله: حجت است.

۴. قیاس مستنبط العله: حجت نیست.

روایاتی در مورد عمل نکردن به قیاس

فرقه امامیه به پیروی از رهبران راستین خود سخت با قیاس مخالف شدند و این موضع را تا هم اکنون نیز حفظ کرده‌اند. اینک به نقل چند حدیث از اهل بیت در مورد قیاس می‌پردازیم.

۱. حضرت امام صادق علیه السلام کلامی دارد که می‌فرماید: ان الدین اذا قیست محقق؛

اگر در امور دینی قیاس رایج بشود، دین از بین می‌رود.

۲. روایتی دیگر از امام صادق علیه السلام: نهی رسول الله عن الحكم بالرأی و القیاس.

قال: و اول من قاس ابلیس و من حکم فی شیء من دین الله برأیه خرج من دین الله. رسول الله از حکم کردن با رأی و قیاس نهی نموده و فرموده است: اول کسی که قیاس کرده شیطان بود و هر کس در چیزی از دین خدا با رأی خود حکم کند، از دین خدا خارج شده است.

۳. علی علیه السلام می‌فرماید: من نصب نفسه للقیاس لم یزل دهره فی التباس. هر کس خودش را با قیاس آشنا سازد همواره در اشتباه خواهد بود.

۴. علی بن الحسین علیه السلام می‌فرماید: من کان یعمل بالقیاس هلك. هر کس به

قیاس عمل کند هلاک می‌گردد.

۵. امام صادق علیه السلام می‌فرماید: ان السنة لا تقاس الا ترى ان المرأة تقضى صومها و لا

تقضى صلواتها ان السنة اذا قیست محقت. سنت قابل قیاس نیست، مگر نمی‌بینید که زن روزه

خود را قضا می‌کند ولی نماز خویش را قضا نمی‌کند، سنت اگر قیاس شود از بین می‌رود.

استحسان

استحسان قاعده‌ای در اصول فقه به این معناست که در مورد یک مسئله شرعی بنا به مصلحت خاصی از قیاس یا قاعده کلی صرف نظر کرده و حکمی مخالف برای آن مسئله پیدا کنیم.

- انگیزه استحسان ممکن است رعایت عرف و گریز از عسر و حرج باشد.
- حنفیان بیش از همه به کاربرد استحسان شهرت دارند. مالکیان، حنبلیان، زیدیان و اباضیه نیز کمابیش از استحسان بهره می‌جویند.
- شافعیان، شیعیان و ظاهریان با استحسان به شدت مخالفند.

مثال‌های استحسان

۱. هرگاه کسی حیوان در حال مرگی را ببیند و آن را سر ببرد تا گوشتش حلال شود. بر اساس قاعده کلی از آن جا که مال غیر را تلف کرده، ضامن است. اما با توجه به استحسان کار وی جایز بوده است.
۲. هرگاه فردی سفیه وصیت کند که بخشی از اموالش در کار خیری صرف شود، وصیت او علی القاعده غیرنافذ است اما حنفیان آن را صحیح می‌دانند، چراکه ممنوعیت سفیه از تصرف در اموال خود برای از دست ندادن اموالش در زمان حیات است ولی وصیت به صرف مال در راه خیر به نفع وی و دیگران است.

۳. اجازه عدم رعایت حجاب در برابر پزشک و جراح یا شخصی که در صدد ازدواج است.

۴. اگر حکم شود دست راست سارق قطع شود ولی جلاد به جای دست راست به اشتباه دست چپ او را قطع کند، بنا بر قیاس مجری حکم باید دیه بپردازد ولی بنا بر استحسان از آن جا که دست راست مفیدتر است و به نفع محکوم عمل شده پس جلاد ضامن نخواهد بود.

ادله حجیت استحسان

مدافعان استحسان در جهت اثبات حجیت آن به ادله گوناگونی تمسک جسته‌اند. مهم‌ترین مستند آنان، آیه ۱۸ سوره زمر است: «فَبَشِّرْ عِبَادِ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ حُسْنَهُ» که مردمان را به پیروی «قول احسن» فراخوانده است و آیه ۱۴۵ سوره اعراف، آیه ۱۸۵ سوره بقره: «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ: خدا بر شما آسانی خواهد و نخواهد برای شما سختی را»، آیه ۷۸ سوره حج و آیه ۵۵ سوره زمر: «اتَّبِعُوا احْسَنَ مَا أَنْزَلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ: از بهترین آنچه از سوی پروردگارتان برای شما فرستاده شده است پیروی کنید». همچنین روایتی از ابن مسعود به مضمون «مَآرَأَهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ: آنچه را مسلمانان نیکو شمارند، همان نزد خداوند نیکوست».

مصالح مرسله (استصلاح)

از دیگر منابع در نزد بعضی از مذاهب فقهی مصالح مرسله می‌باشد.

مصالح مرسله مصالحی است که عقل آنها را بر اساس اصول و قواعد کلی شرعی برای حفظ مقاصد شرع لازم می‌بیند و هیچ نص خاصی بر اعتبار آن وجود ندارد.

اقسام مصالح

مصالح جمع مصلحت است و از نظر اعتبار شارع و امضای وی بر سه گونه است:

الف: مصالحی که شارع آنها را معتبر دانسته است این قسم حجت است. مانند تحریم خمر که به منظور حفظ عقل است یعنی به ملاحظه این مصلحت شرب خمر حرام گشته است و حرمت آن دلیل اعتبار این مصلحت از طرف شارع می‌باشد.

ب: مصالحی که شارع بطلان و الغای آنها را گواهی کرده است. مانند: «ایجاب صوم شهرین» در کفاره روزه بر غنی برای زجر او زیرا فی المثل اعتناق رقبه یا اطعام مساکین برای وی آسان است و لذا مصلحت در وجوب صوم شهرین می‌باشد، چنین مصلحتی به نص شارع ملغی و غیر معتبر است.

ج: مصالحی که شارع نسبت به اعتبار یا الغای آنها سکوت کرده و هیچ یک را تصویب و امضا ننموده است.

* قسم اخیر را اصطلاحاً مصالح مرسله می‌نامند.

نظرات علماء در مورد مصالح مرسله

در مورد مصالح مرسله سه قول است بدین ترتیب:

۱. عدم حجیت مطلقاً چنان که جمهور شافعیه برآند؛ و نیز امامیه بطوری که صاحب قوانین الاصول می‌نویسد این قول را اختیار نموده‌اند.

آمدی در الاحکام می‌نویسد: تمسک به مصالح مرسله به اتفاق حنفیه و شافعیه ممنوع است.

۲. حجیت مطلقاً و این قول از مالک منقول و مشهور است و نیز امام الحرمین و ابن تیمیه آن را اختیار کرده‌اند.

۳. حجیت و اعتبار در صورتی که مصلحت ضروری و قطعی و کلی باشد چنان که حجت الاسلام غزالی و بیضاوی این عقیده را دارند.

فرق استحسان و استصلاح (مصالح مرسله)

استحسان نوعی عدول از حکم ثابت شده به دلیل عام است ولی مصالح مرسله مربوط به جایی است که دلیل بر حکم وجود ندارد و ما از مذاق شرع حکم را بر اساس مصلحت به دست می آوریم البته در استحسان هم مصلحت وجود دارد ولی این مصلحت غالباً به صورت استثنا شکل می گیرد.

عرف و عادت

عُرف در لغت به معنای شناسایی است.

عُرف در اصطلاح اصول فقه روش خاصی است که افراد در مسئله معینی پیروی می کنند، بدون آنکه در قانون ذکری از آن رفته باشد. پس می توان گفت که عُرف قانونِ نانوشته است.

برای نمونه شیوه درود گفتن یا دست دادن که در جوامع گوناگون تفاوت هایی دارد که بر پایه عرف تعیین می شود.

به سخن دیگر، عرف عادت ها و رسومی است که عقلای جامعه آن را به طور کلی پذیرفته اند و آن را روا می دارند. یا به تعریف دیگر عرف به مجموعه ای از توافقات و یا معیارها و هنجارها گفته می شود که از سوی عموم پذیرفته شده باشد.

بر پایه یک تعریف، مواردی شامل عرف می شود که:

یکم: فرد خاصی برای ایجاد آن تلاش ننموده، بلکه جامعه آن را بدست آورده است.

دوم: جستجو برای شناسایی آن ضرورت ندارد، بلکه خود آشکار و هویدا می باشد.

سوم: هر یک از مردم به آسانی آن را می شناسند و نیازی به توضیح ندارد.

رابطه عرف و قانون

به طور کلی فرق عرف با قانون در این است که اولاً واضح عرف اجتماع می باشد و در واقع آن را واضح معین و مشخصی نیست. ثانیاً مانند قانون، مدون نمی باشد.

هرچند در قانون به طور آشکار و ویژه از عرف ذکری به میان نمی آید اما به نحوی مورد حمایت و ملاک عمل قرار داده شده و ضمانت اجرایی برای آن تعیین می شود. اساس بیشتر قوانین، عرف بوده و به ویژه بخش اعظم قوانین آنگلو ساکسون را عرف تشکیل می دهد. در فقه اسلام در تعیین موضوع معاملات و احکام، عرف معتبر است.

علمای حقوق معمولاً عرف را در کنار قانون، رویه قضایی و دکترین حقوقی یکی از منابع حقوق محسوب می کنند. با این حال در نظام های پیشرفته حقوق داخلی معمولاً از استناد به عرف خودداری شده و آن را عنصری مزاحم و نسبتاً بی اهمیت شمرده می شود، اما در عرصه بین المللی، حداقل تاکنون، عرف یک منبع پویا بوده و نقش برجسته ای در تدوین و شکل گیری حقوق بین الملل ایفا کرده است.

در فقه اسلامی هرچند عرف در ردیف منابع چهارگانه حقوق اسلامی ذکر نشده اما مطالعه آثار فقها نشان می دهد که عرف را هم مثل کتاب و سنت از ادله و منابع استنباط احکام به شمار می روند. دلیل ذکر نشدن عرف به طور جداگانه شاید به این دلیل باشد که آن را بخشی از سنت

می دانند چراکه تقریر پیامبر (معصوم از نظر شیعیان) هم سنت محسوب شده و عرف های نیک از طریق تقریر تایید شده اند. شاید هم با توجه به آیه «خذ العفو و أمر بالعرف» آن را بخشی از کتاب محسوب کرده باشند.

عادت

عادت، به معنای روش و شیوه عملی یا گفتاری مستمر در نزد فرد یا گروه خاص است؛ به بیان دیگر، عادت، به روشی گفته می شود که فرد یا گروهی بدان خو گرفته و آن را تکرار می نماید، البته تعریف های متعددی برای عادت و رابطه آن با عرف وجود دارد.

برخی عرف و عادت را یکی دانسته اند. بعضی نیز مانند «ابو محمد غزالی» میان عرف و عادت تفاوت مفهومی گذاشته، ولی از نظر مصداق آنها را یکی دانسته اند. گروهی هم عادت را اعم مطلق از عرف دانسته اند، زیرا عادت، به فردی و جمعی تقسیم می شود، ولی عرف، همان عادت جمعی است.

اصول عملیه

استنباط در فقه شیعی به ویژه در دوره‌های متأخر، بر دو مرحله مبتنی است؛ نخست، جست‌وجو از دلیل حکم شرعی؛ یعنی کتاب، سنت، اجماع و عقل؛ دوم؛ رجوع به اصول عملیه.

اصل عملی، اصطلاحی است در اصول فقه به معنای قواعدی که در موارد بروز شک در تعیین حکم شرعی، وظیفه عملی مکلف را پس از آن که به دلیل و اماره‌ای دست نیافت روشن می‌کند. به بیان دیگر، اصول عملیه، اصولی است که وظیفه عملی کسی را که دچار شک و تردید شده معین می‌کند، بنابراین موضوع اصول عملیه، شک است. به اصل عملی، دلیل فقاهتی نیز گفته می‌شود.

فقیه برای استنباط حکم شرعی به منابع چهارگانه (یعنی قرآن، سنت، اجماع و عقل) رجوع می‌کند. فقیه گاهی در رجوع خود موفق و کامیاب می‌گردد و گاه نه. یعنی گاهی (و البته غالباً) به صورت یقینی و یا ظنی به حکم واقعی شرعی نائل می‌گردد؛ که در این حالت تکلیفش روشن است، یعنی می‌داند و یا ظن قوی دارد که شرع اسلام از او چه می‌خواهد. ولی گاهی مأیوس و ناکام می‌شود؛ یعنی تکلیف و حکم خداوند را کشف نمی‌کند و بلا تکلیف و مردّد می‌ماند. در این جا چه باید بکند؟ آیا شارع و یا عقل و یا هر دو وظیفه و تکلیفی در زمینه دست‌نارسی به تکلیف حقیقی معین کرده است یا نه؟ و اگر معین کرده است چیست؟

جواب این است که آری؛ شارع وظیفه معین کرده است، یعنی یک سلسله ضوابط و قواعدی برای چنین شرایطی معین کرده است.

علم اصول فقه در بخش اصول عملیه دستور صحیح اجراء و استفاده از ضوابط و قواعدی که برای چنین شرایطی در نظر گرفته شده به ما می‌آموزد.

اصول عملیه کلیه که در همه ابواب فقه مورد استعمال دارد چهار مورد است که عبارتند از:

۱. اصل براءت.
۲. اصل احتیاط.
۳. اصل تخییر.
۴. اصل استصحاب.

اصل براءت

اصل براءت یعنی اصل، این است که ذمه ما بری است و ما تکلیفی نداریم.

براءت در لغت و اصطلاح

«براءت» در لغت به معنای پاکی، پاک شدن از عیب، دوری، رهایی و خلاص شدن آمده است.

نقش اساسی این اصل، تعیین وظیفه عملی برای مکلف در صورت شک در حکم واقعی است؛ یعنی هرگاه مکلف در حرمت یا وجوب شیء یا فعلی، به جهت نبود دلیل یا اجمال آن یا تعارض دو دلیل شک کرد و پس از تفحص، دلیلی نیافت، علمای علم اصول به مقتضای این اصل، به براءت ذمه و مکلف نبودن وی حکم می‌کنند.

ادله حجیت اصل برائت

علمای علم اصول برای اثبات اصل برائت به ۴ دلیل استدلال کرده‌اند.

آیات

به چند دسته از آیات بر برائت استدلال شده است.

۱. آیاتی که نزول عذاب الهی را متفرع بر بعث رسولان و پس از اتمام حجت می‌داند؛ مانند: «مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا»؛ «مَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ ءَايَتِنَا...». فرستادن رسول و نبی در این آیات، کنایه از آمدن حجت و رسیدن بیان است و اگر از این معنا به بعث رسول تعبیر شده بدان جهت است که غالب بیان‌ها و حجت‌ها به وسیله رسول انجام می‌گیرد، بنابراین، تا حجت شرعی و بیانی به مکلف نرسیده ذمه وی در موارد شک در حرمت یا وجوب، بری می‌باشد.

۲. آیه ۱۱۵ توبه، اضلال (رها شدن انسان به حال خود و یاری نشدن و سلب توفیق) را فرع رسیدن بیان دانسته است: «وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَاهُمْ حَتَّى يُبَيِّنَ لَهُمْ مَا يَتَّقُونَ». بر اساس این آیه تا وقتی بیان و تکلیف شرعی به انسان نرسیده باشد، در ارتکاب مشکوک آزاد بوده و کیفری نخواهد داشت. به نظر برخی دلالت این آیه بر برائت روشن‌تر از آیات دسته نخست است، زیرا بعث رسول که در آیات دسته اول آمده به دلالت التزامی بر بیان و رسیدن دلیل شرعی دلالت دارد؛ اما جمله «حَتَّى يُبَيِّنَ» در این آیه به دلالت لفظی این موضوع را ثابت می‌کند.

۳. آیه ۴۲ انفال که می‌گوید: «لِيَهْلِكَ مَنْ هَلَكَ عَن بَيِّنَةٍ وَيَحْيَىٰ مَنْ حَيَّ عَن بَيِّنَةٍ وَإِنَّ اللَّهَ لَسَمِيعٌ عَلِيمٌ». مراد از هلاکت و حیات در این آیه، همان ضلالت و هدایت است

که مرگ و زندگی حقیقی است، بنابراین، خداوند هلاکت انسان ها را منوط به وجود بینه و دلیل دانسته و در مواردی که به شخص بینه نرسیده باشد، هلاکت و کیفری نیست و در ارتکاب آن فعل آزاد است.

۴. آیه ۱۴۵ انعام. خداوند در این آیه در مقام ردّ بر یهود که برخی روزی ها را بر خود حرام کرده بودند خطاب به پیامبر می گوید: به آنان بگو: آنچه را شما حرام کردید در میان مطالبی که به من وحی شده، نیافتم: «قُلْ لَا اَجِدُ فِی مَا اَوْحِیَ اِلَیَّ مُحَرَّمًا عَلٰی طَاعِمٍ یَّطْعُمُهُ اِلَّا اَنْ یَّکُونَ مِیْتَةً...». نیافتن پیامبر گرچه ملازم با نبودن است؛ ولی تعبیر «لَا اَجِدُ» (نیافتم) به جای «لَا یُوجَد» (وجود ندارد) بر این دلالت دارد که به مجرد یافت نشدن چیزی بین محرمات، ارتکاب آن جایز است، بنابراین، ارتکاب چیزی در مورد شک در حرمت، آزاد است و احتیاط لازم نیست.

۵. آیه ۱۱۹ انعام که در آن خداوند یهود را به جهت نخوردن گوشت حیوانات مذکی مذمت کرده است، زیرا در سلسله محرماتی که برای آنان تبیین شده، نیامده است: «وَمَا لَکُمْ اَلَّا تَاْکُلُوْا مِمَّا ذُکِّرَ اَسْمُ اللّٰهِ عَلَیْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَکُمْ مَا حَرَّمَ عَلَیْکُمْ». برخی دلالت این آیه را بر موضوع از آیه قبل روشن تر دانسته اند، زیرا آن آیه یهود را به موجب تحریم چیزی که در میان محرمات نازل شده بر پیامبر، یافت نشده، سرزنش می کند و توبیخ یهود به جهت تشریع است؛ یعنی اسناد حرمت به چیزی که حرمت آن معلوم نیست؛ اما این آیه می گوید: ترک عملی که در میان محرمات بیان شده برای پیامبر وجود ندارد و حکم به حرمت آن نشده، جایز نیست. این آیه افزون بر اثبات برائت، وجوب احتیاط را نیز باطل می کند.

۶. «اِنَّ الَّذِیْنَ یَکْفُرُوْنَ مَا اَنْزَلْنَا مِنْ الْبَیِّنٰتِ وَهُدًی مِّنْۢ بَعْدِ مَا یَبِیْنُ لِلنَّاسِ فِی الْکِتٰبِ اُولٰٓئِکَ یَلْعَنُهُمُ اللّٰهُ وَیَلْعَنُهُمُ اللَّعْنُوْنَ.» در این آیه، کتمان کنندگان آیات و ادله روشن الهی

ملعون قرار گرفته‌اند، و مفهوم آن این است که انسان در موارد عدم بیان تکلیفی از سوی شارع، یا در موارد نرسیدن بیان شارع به وی، مسئولیتی ندارد و مذمتی بر او نیست.

۷. مهم‌ترین استدلال، به آیه ۷ طلاق شده که در آن خداوند می‌فرماید: بر توانگر است که از دارایی خود انفاق کند و هر که روزی بر او تنگ شده باشد از آنچه خدا به وی داده هزینه کند. خداوند هیچ‌کس را جز به مقدار آنچه که به او داده تکلیف نمی‌کند، خدا به زودی بعد از سختی آسانی فراهم می‌کند: «لَيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا آلًا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا».

روایات

درباره براءت شرعیه به روایاتی استدلال شده که برخی از مهم‌ترین آنها عبارت است از:

۱. حدیث رفع: پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمود: «رفع عن أمتی تسعة: الخطأ والنسيان و ما أكرهوا علیه و ما لا يعلمون ...».

با این تقریب که در این روایت ۹ چیز، از جمله اموری که انسان از آن آگاهی ندارد برداشته شده است و وجوب یا حرمت شی یا امر مشکوک از اموری است که انسان از آن آگاهی ندارد، از این رو بر اساس این روایت همه آثار عدم علم یا خصوص مؤاخذه و عقاب از انسان برداشته شده است.

۲. حدیث حجب: «ما حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنهم».

طبق این روایت، انسان نسبت به احکام و موضوعاتی که خداوند علم آن را پوشیده داشته معذور است و شک در وجوب یا حرمت از جمله مواردی است که خداوند علم آن را بر ما پوشیده داشته است، از این رو انسان تکلیفی ندارد و در ترک یا ارتکاب آن موارد آزاد است.

۳. حدیث سعه: «الناس فی سعة ما لا يعلمون».

استدلال به این حدیث بر برائت شرعیه به دو صورت است: ۱. «سعة» با تنوین خوانده شود که در این صورت «ما» مصدریه و وجه استدلال چنین است: انسان، در مدتی که علم به تکلیف ندارد در توسعه خواهد بود و عقابی بر او نیست، پس در موارد شک در تکلیف، وظیفه ای ندارد و آزاد است. ۲. سعه بدون تنوین و به صورت اضافه به «ما» قرائت شود که در این صورت «ما» موصوله بوده و وجه استدلال چنین است: مردم در حکم اموری که نمی دانند، در توسعه هستند و درباره عمل به آن تکلیفی ندارند.

تقسیمات اصل برائت

به نظر می رسد بتوان اصل برائت را به برائت قانونی و برائت عقلی تقسیم نماییم. یعنی اصل برائتی که از متن قانون استفاده می شود (برائت قانونی) و اصل برائتی که عقل و وجدان بر آن حاکم است. (برائت عقلی).

برائت قانونی

برائت قانونی عبارت است از حکم قانون گذار بر عدم مجازات شخصی که جرم نسبت به او ثابت نشده است مبنای این نوع برائت مواد مصرّح قانونی است که در قانون اساسی و دیگر قوانین عادی به چشم می خورد که بحث تفصیلی از آن مواد در مبحث «ضوابط قانونی اصل برائت» مورد بحث قرار خواهد گرفت.

برائت عقلی

برائت عقلی عبارت از حکم عقل به عدم مجرمیت و عدم استحقاق عقاب نسبت به کسی که جرم او ثابت نشده است بنابراین چنانچه شخصی به جرمی متهم باشد و دلایل اثباتی علیه او وجود نداشته باشد عقل و وجدان بر تبرئه آن شخص و عدم ترقب هرگونه مجازاتی حکم عقل و وجدان بر تبرئه آن شخص و عدم ترتب هرگونه مجازاتی حکم می کند. به عبارت دیگر برائت عقلی حکم عقل به فقدان عملی بر هم زننده وضع سابق می باشد. زیرا هرکس پاک و منزّه متولد می شود و دور از هرگونه تخلف زندگی شرافتمندانه خود را آغاز می کند، همه پاکند و اصل طهارت است. پس هرگاه ادعا شود که کسی مرتکب تخلفی از نظامات و قوانین شده، به حکم عقل پاکی و طهارت سابق او استصحاب می شود و اصل برائت ظاهر می گردد و مادام که با ارائه دلایل قاطع آن تغییر حالت سابق به ثبوت نرسد نمی توان به متهم با دید مجرمیت نگاه کرد.

نمونه‌هایی از اصل برائت در قوانین داخلی و بین المللی

الف: قانون اساسی

- اصل سی و هفتم مقرر می دارد: اصل برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی شود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.
- اصل سی و ششم مقرر می دارد: حکم به مجازات و اجرا آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

ب حقوق جزا

- ماده ۲ قانون مجازات اسلامی می گوید: هیچ امری را نمی توان جرم دانست مگر آنکه به موجب قانون برای آن مجازات وضع شده باشد. همچنین از ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی می توان این اصل را استنباط نمود.
- بند ۳ از ماده ۴ لایحه تجدیدنظر آراء دادگاه ها بیان می دارد: در صورتی که متهم را بی گناه بداند حکم را نقض و او را تبرئه می نماید هرچند که محکوم علیه درخواست تجدیدنظر نکرده باشد و تنها دادستان یا یکی دیگر از کسانی که حق تجدیدنظرخواهی دارند، تقاضای تجدیدنظر نموده باشند.

ج: حقوق مدنی

- ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی مقرر می دارد: هرکس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند و مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع، مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد اثبات امر به عهده اوست.
- ماده ۳۵۶ قانون آئین دادرسی مدنی چنین مقرر می دارد: هرکس مدعی حقی هست باید آن را اثبات کند.

د: قوانین بین المللی

- ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۷۸۹ چنین می گوید: هرکس که به بزه کاری متهم شده باشد بی گناه محسوب خواهد شد تا وقتی در جریان یک دعوای عمومی که در آن کلیه تضمین های لازم برای دفاع او تأمین شده باشد، تقصیر او قانوناً محرز گردد.

- ماده ۱۱ اعلامیه حقوق بشر سازمان ملل در این رابطه می گوید: «هرکس مادامی که به موجب حکم علنی دادگاه محکوم نشد بی گناه شناخته می شود و در دادگاه باید از کلیه تضمین ها جهت دفاع از خود استفاده نماید»
- ماده ۹ اعلامیه اسلامی حقوق بشر چنین مقرر می دارد: «متهم بی گناه است تا اینکه محکومیتش از راه محاکمه عادلانه ای که همه تضمین ها برای دفاع از او فراهم باشد ثابت گردد»

اصل احتیاط

اصل احتیاط یعنی اصل این است که بر ما لازم است عمل به احتیاط کنیم و طوری عمل کنیم که اگر تکلیفی در واقع و نفس الامر وجود دارد انجام داده باشیم.

مثال هایی برای اصل احتیاط

مثال اول: می داند در ظهر جمعه نماز بر او واجب است، اما شک دارد که نماز ظهر بر او واجب است یا نماز جمعه. در این مثال بر اساس اصل احتیاط، باید هر دو نماز را به جا آورد.

مثال دوم: می داند خمر حرام است، ولی شک دارد کدام یک از دو ظرف موجود خمر است. در این مثال بر اساس اصل احتیاط، باید از هر دو ظرف اجتناب نماید تا به موافقت قطعی با تکلیف معلوم به اجمال اطمینان پیدا کند.

اقسام احتیاط

احتیاط بر دو قسم است:

احتیاط عقلی

احتیاط عقلی (قاعده اشتغال؛ اصل اشتغال) عبارت است از حکم عقل به لزوم فارغ کردن ذمه از عهده تکلیف منجز در صورت امکان آن.

احتیاط شرعی

احتیاط شرعی عبارت است از حکم شارع به لزوم انجام همه احتمالات تکلیف یا اجتناب از همه آنها- در موارد امکان احتیاط- هنگام شک و عدم دستیابی به واقع.

شرایط اجرای اصل احتیاط

عمل به اصالت احتیاط (که همان اصالت اشتغال است) سه شرط دارد:

البته مخفی نیست که اصل احتیاط محبوب است و علامت آن این است که این فرد چنان از خدایش می ترسد که می خواهد مهما ممکن رضایت خداوند را به دست بیاورد ولی عمل به احتیاط سه شرط دارد:

۱ پیش نیامدن اختلال نظام

اختلال نظام پیش نیاید. شارع از ما می خواهد که نظام اجتماعی را حفظ کنیم نه اینکه به مکانی خلوت برویم و مشغول احتیاط شویم و اگر همه بخواهند به سراغ احتیاط بروند نظام مختل می شود.

۲ عدم وجود عسر و حرج

عسر و حرج پیش نیاید. به دلیل ما جعل علیکم فی الدین من حرج عملی که حرجی باشد حرام است (همانند فتوای امام رحمه الله) بر خلاف کسانی که می گفتند عمل حرجی واجب نیست.

۳ عدم معارضه با احتیاط دیگر

معارض با احتیاط دیگر نباشد. مثلاً مال یتیمی در دست من است و من هم عادل هستم. احتیاط در این است که من به این مال دست نزعم ولی از آن طرف ممکن است که در صورت عدم تجارت، مال یتیم از بین برود و حال آنکه حفظ مال یتیم واجب است. از این دست نزدن به آن مال بر خلاف احتیاط است. مثلاً جناب خضر که دیوار خراب شده را درست کرد و گفت و کان یتیمین فی المدینه و کان تحتہ کنز لهما فاراد ربک ان یبلغا که او به خاطر حفظ مال یتیم آن دیوار را مستحکم کرد.

دلایل احتیاط

دلایلی که نسبت به وجوب احتیاط اقامه شده دو دسته اند:

دلیل عقلی:

طبعاً مراد از عقل در این جا، عقل عملی است. اصولیون معتقدند در صورت فراهم بودن شرایطی، علم اجمالی تکلیف آور است و موجب اشتغال ذمه مکلف می شود و اشتغال ذمه یقینی نیز محتاج برائت ذمه یقینی است و برائت ذمه یقینی در علم اجمالی جز با احتیاط میسر نمی باشد؛ به عنوان مثال، علم اجمالی به این که از دو زن موجود یکی خواهر رضاعی شخص است موجب می شود شخص یقین پیدا کند در امر ازدواج با آنان تحریمی وجود دارد و اجتناب از این تحریم جز با اجتناب از ازدواج با هر دو ممکن نیست.

دلیل نقلی:

در مورد برخی از صور علم اجمالی روایاتی وجود دارد که دلالت بر وجوب احتیاط می کند و در صور خاصی، هم چون شبهه حکمی ناشی از تعارض دو نص، روایات دلالت بر تخییر و در شبهه موضوعی تحریمی که از نوع غیرمحصوره باشند، روایت دلالت بر عدم وجوب احتیاط، یعنی جواز ارتکاب تمامی افراد مشکوک دارد .

اصل تخییر

اصل تخییر یعنی اصل این است که ما مخیریم که یکی از دو تا را به میل خود انتخاب کنیم.

تعریف اصل تخییر

حکم عقل به مخیر بودن مکلف میان فعل و ترک یا میان دو فعل در صورت عدم امکان احتیاط است.

تعریف اصطلاحی اصل تخییر

اصل تخییر از اصول عملی و اصلی عقلی است و در جایی جریان دارد که جنس تکلیف، یعنی اصل الزام، معلوم، اما نوع آن میان وجوب و حرمت مردّد باشد. عقل در چنین موردی، به تخییر میان آن دو در مقام عمل حکم می کند.

مجرای اصل تخییر

مجرای اصل تخییر، یا یک عمل مردّد میان وجوب و حرمت است که از آن به دوران امر بین محذورین (جوب و حرمت) تعبیر می‌شود.

مانند نماز جمعه که حکم آن مردّد میان وجوب و حرمت باشد، و یا دو عمل، مانند دو فعلی که به اجمال می‌دانیم یکی واجب و دیگری حرام است، اما اینکه کدام واجب و کدام حرام است، مشخص نیست، همچون نماز ظهر روز جمعه و نماز جمعه، بنابر قول به اینکه اگر یکی واجب باشد، دیگری حرام است.

اصل استصحاب

بنابر تعریف علمای علم اصول: «الاستصحاب، هو الحکم ببقاء حکم او موضوع ذی حکم شک فی بقائه»

هر گاه حکم یا موضوعی داشته باشیم و یقین داشته باشیم که این حکم یا موضوع قبلاً وجود داشته است و اکنون شک کنیم که آیا هنوز هم آن حکم یا موضوع وجود دارد؛ بر اساس اصل استصحاب می‌گوییم که آن حکم یا موضوع اکنون هم وجود دارد.

مثلاً یقین داریم که الف قبلاً به ب بدهکار بوده است و اکنون شک کنیم که آیا هنوز هم الف به ب بدهکار است یا نه، در این جا بر اساس اصل استصحاب می‌گوییم که اصل بر یقین سابق است؛ یعنی اصل این است که هنوز هم الف به ب بدهکار است و بدهی خود را نپرداخته است.

ارکان استصحاب

۱- یقین سابق

در مثال فوق یقین سابق وجود دارد. یقین سابق ما این است که: یقین داریم که قبلاً (در سابق)؛ الف به ب بدهکار بوده است.

۲- شک لاحق (شک جدید)

در مثال فوق شک جدید وجود دارد. شک ما این است که آیا الف بدهی خود را اکنون به ب پرداخته است یا خیر.

۳- وحدت متعلق یقین و شک

در مثال فوق، آنچه در مورد آن شک داشته‌ایم؛ بدهی‌ای بوده که الف به ب داشته و متعلق یقین ما همین است (همین بدهی ایت) و متعلق شک ما هم همین است (همین بدهی است).

مبانی حجت استصحاب

در مورد حجیت استصحاب چهار مبنا وجود دارد:

۱- بنای عقلاء

سیره عقلا مبتنی بر این است که همواره متیقن سابق را اخذ نموده و به شک لاحق در بقاء اعتنا ندارند؛ از طرفی این سیره عملی یا وجود امکان نهی شارع مورد رد قرار نگرفته است، بنابراین مورد تأیید شارع می‌باشد.

۲- حکم عقل

هرگاه انسان به ثبوت شی‌ای در زمان سابق علم یابد و پس در زمان لاحق شک در بقای آن شیء پیدا کند، عقل به رجحان بقای مکان حکم می‌کند. از طرفی اگر عقل به امری حکم کند لازمه‌اش آن است که شرع هم به آن حکم کند، پس شرع نیز به رجحان بقای مکان حکم می‌کند.

۳- اجماع

در زمینه حجیت استصحاب گروهی از اصولیون ادعای اجماع کرده‌اند.

۴- روایات معصومین علیهم‌السلام

از ائمه معصومین علیهم‌السلام و روایات صحیح یا موثق وجود دارد که حجیت استصحاب را اثبات می‌کند.

اقسام استصحاب

در علم اصول برای استصحاب چهار تقسیم عمده ذکر شده است و در مورد هر یک از این اقسام بین علمای اصول اختلاف نظر وجود دارد.

الف: استصحاب وجودی و عدمی

استصحاب وجودی عبارت است از اینکه مورد استصحاب (آنچه که استصحاب می‌شود) امر وجودی باشد.

این قسم استصحاب در حقوق مدنی کاربرد زیادی دارد. به عنوان مثال ماده ۳۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی صحت این استصحاب را در حقوق دینی تصریح می‌کند و می‌گوید: در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد اصل بقای آن است. مگر اینکه خلافش ثابت شود. این ماده اگرچه در مورد استصحاب وجودی حق و دین است ولی از نظر وحدت ملاک می‌توان گفت در هر موردی که شرایط استصحاب وجودی فراهم شد، می‌توان استصحاب را جاری نمود.

استصحاب عدمی عبارت است از اینکه مورد استصحاب امر عدمی باشد و در به وجود آمدن آن تردید شده باشد. در حقوق مدنی جریان این قسم از استصحاب نیز مورد پذیرش قرار گرفته است به عنوان نمونه ماده ۳۵۹ قانون مدنی می‌گوید: هرگاه دخول شیء در بیع عرفاً مشکوک باشد آن شیء داخل در بیع نخواهد بود مگر آنکه تصریح شده باشد. مبنای وضع این قانون در واقع استصحاب عدم است؛ زیرا عدم نقل شیء از ملکیت مالک اصلی به ملکیت مشتری مورد استصحاب قرار گرفته است.

طبق ماده ۱۷۸ قانون مدنی نیز «مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است مال کسی است که آن را بیرون بیاورد» چنین مالی را تنها در صورتی می‌توان تملک نمود که معلوم باشد مالک از آن اعراض کرده است و در صورت تردید در وقوع اعراض، استصحاب عدم اعراض به یابنده مال، اجازه تصرف در مال را نمی‌دهد.

ب: استصحاب حکمی و موضوعی

استصحاب حکمی این است که مورد استصحاب حکم وضعی یا حکم تکلیفی باشد. به عنوان مثال ماده ۸۷۲ قانون مدنی می‌گوید «اموال غایب مفقودالاثَر تقسیم نمی‌شود مگر بعد از ثبوت فوت او یا انقضای مدتی که عادتاً چنین شخصی زنده نمی‌ماند» در این حکم جواز تقسیم اموال غایب مفقودالاثَر با استصحاب موضوعی حیات مفقودالاثَر منتفی شده است.

استصحاب موضوعی این است که مورد استصحاب حکم وضعی یا حکم تکلیفی نباشد؛ بلکه آنچه که استصحاب می‌کنیم، موضوع یک حکم باشد.

ج: استصحاب در شک در مقتضی و شک در رافع

استصحاب در شک در مقتضی در موردی است که تردید در بقای مستصحب ناشی از تردید در استعداد بقای آن در زمان لاحق باشد.

در زمینه اعتبار این نوع استصحاب اختلاف نظر وجود دارد و این اختلاف نظر اصولی در حقوق مدنی نیز تأثیر گذارده است و کاربرد هردو مبنا در حقوق مدنی به چشم می‌خورد به عنوان نمونه جریان استصحاب در شک در مقتضی در ماده ۱۲۴ ق. م دیده می‌شود. این ماده می‌گوید: اگر از قدیم سر تیر عمادتی روی دیوار مختص همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سر تیر برداشته شود، صاحب عمارت می‌تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد مگر اینکه ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است این ماده متضمن استصحاب در شک در مقتضی است بدین معنا که تردید در بقای حق ارتفاق ناشی از آن است که ما نمی‌دانیم مقتضی ایجاد این حق اذن بوده است یا عقد لازم.

اگر مقتضی عقد لازم بوده است. اکنون این حق باقی است و اگر مقتضی آن اذن بوده است این حق با خرابی عمارت از بین رفته است.

در نقد این ماده گفته شده است که استصحاب مزبور صحیح نیست زیرا در شک در مقتضی است. مثال دیگر در اختلاف نظر حقوق دانان در این مسئله آن است که در صورت تحقق خیار عیب در معامله و زوال عیب قبل از اعمال خیار آیا می‌توان خیار عیب را باقی دانست؟ قانون مدنی در این زمینه حکم علمی ندارد ولی بعضی از حقوق دانان در اینجا به دلیل استصحاب، حق خیار را باقی نمی‌دانند و در مقابل بعضی این استصحاب را به دلیل شک در مقتضی صحیح نمی‌دانند. در

هر صورت استناد به اعتبار یا عدم اعتبار این نوع استصحاب در حقوق مدنی دیده می شود و به نظر می رسد رفع این اختلاف مستلزم پذیرش مبنایی واحد و تأمل بر تطبیق بر موارد است.

استصحاب در شک در رافع در موردی است که تردید در بقای مستصحب ناشی از این است که با وجود استعداد مستصحب بر بقاء، نسبت به ایجاد واقعی که به بقای مستصحب خاتمه داده باشد تردید وجود دارد در اعتبار این نوع استصحاب هیچ تردیدی وجود ندارد و به عبارتی می توان گفت در تمامی مواردی که بدون اختلاف نظر، استصحاب جاری می گردد و در واقع نسبت به رافع تردید وجود دارد؛ به عنوان مثال هرگاه در وقوع طلاق بین زن و شوهری اختلاف حاصل شود، زوجیت مقتضی بقا را دارد و نسبت به تحقق رافع آن یعنی طلاق تردید حاصل شده است و نهایتاً استصحاب زوجیت جاری می شود.

د: استصحاب جزئی و کلی

استصحاب جزئی در موردی است که در بقای فرد معینی که قبلاً موجود بوده است تردید شود؛ مثلاً هرگاه عقد معینی منعقد گردد سپس به دلیلی در بقای آن تردید شود. استصحاب بقای آن عقد معین استصحاب جزئی خواهد بود. جریان این نوع استصحاب نیز در حقوق مدنی متداول است.

استصحاب کلی در موردی است که مورد استصحاب فرد معلوم و مشخص نباشد بلکه مفهومی کلی و قابل انطباق بر افراد متعدد باشد. در علم اصول این نوع استصحاب را بر سه قسم کلی تقسیم کرده اند و در مورد اعتبار اقسام مبانی متعدد ارائه نموده اند. اما با وجود اینکه پذیرش هر یک از مبانی اصولی در این نوع استصحاب آثار خاصی در پی دارد، در حقوق مدنی نسبت به جریان و تبعات آن توجه کافی صورت نگرفته است لذا در اینجا به تفصیل بیشتر این نوع استصحاب و مجرای آن در حقوق مدنی می پردازیم.

اصل تأخر حادث

هرگاه به وجود آمدن دو امر در خارج مسلّم باشد ولی تاریخ تقدم و تأخر به وجود آمدن هر یک نسبت به دیگری مجهول باشد، استصحابی در اینجا مطرح می شود که تحت عنوان اصل تأخر حادث معروف است.

علمای اصول در این زمینه دو فرضی را مطرح کرده اند:

۱- مجهول بودن تاریخ حدوث دو امر: هرگاه تاریخ حدوث هر دو امر حادث مجهول بوده و تقدم و تأخر هر یک نسبت به دیگری نامعلوم باشد، نسبت به هر دو آنها استصحاب جاری می شود؛ یعنی اصل، عدم حدوث هر یک در زمان حدوث دیگری است. ولی جریان دو استصحاب موجب می گردد که دو اصل مزبور با یکدیگر تعارض کرده و تساقط کنند.

۲- مجهول بودن تاریخ حدوث یکی از دو امر: اگر تاریخ حدوث یکی معلوم و تاریخ حدوث دیگری مجهول باشد و تقدم و تأخر هر یک از دیگری نامعلوم باشد، اصل تأخر حادث جاری می گردد ولی این اصل فقط در مورد حادثی که تاریخش مجهول است، جاری می گردد؛ و منظور از جریان این اصل این است که اصل، عدم حدوث امر مجهول در زمان حدوث امر معلوم می باشد.

۳- این بحث در حقوق مدنی و دادرسی، کاربرد زیادی دارد که به نمونه هایی از آن اشاره می کنیم. طبق ماده ۶۶۹ قانون مدنی «اگر برای انجام کار دو یا چند نفر به طور مستقل وکالت داشته باشند هر یک به تنهایی می تواند آن امر را بجا آورد» حال اگر دو وکیل مستقل هر یک به طور جداگانه روی شیء واحدی معامله ای مستقل انجام دهند هرگاه تقدم و تأخر هیچ یک از

دو معامله بر دیگری معلوم نباشد هردو معامله باطل است زیرا اصل تأخر حادث در هردو معامله جاری می‌شود و هر معامله باطل خواهد شد.

- کاربرد اصل تأخر حادث در کلیه دعاوی نظیر مسئله فوق جاری است و این بحث اصولی در مقام دادرسی بسیار شایع است اما این اصل در مقام وضع قانون نیز مبنا قرار گرفته است و ظهور کامل جریان آن را در موارد ۸۷۳ و ۸۷۴ و ۸۷۹ قانون مدنی می‌توان یافت.

- بر اساس ماده ۸۷۳ قانون مدنی «هرگاه اشخاصی که میان آنها حوادث باشد بمیرند و تقدم و تأخر نشان مجهول باشد از یکدیگر ارث نمی‌برند» مبنای این ماده جریان اصل تأخر فوت هر یک نسبت به شخص مقابل است که در نتیجه میان دو اصل تعارض حاصل شده و تساقط می‌کنند. استثنایی که در ذیل ماده نیز مطرح شده، براساس روایات وارده در این مورد است و بدیهی است که با وجود دلیل اجتهادی نوبت به اجرای اصل نمی‌رسد. براساس ماده ۸۷۴ قانون مدنی «هرگاه اشخاصی که میان آنها توارث باشد، بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری مجهول باشد فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است ارث می‌برد» مبنای این ماده نیز اصل عدم حدوث فوت مجهول الوفات در زمان فوت معلوم الوفات است.

- ماده ۸۷۹ قانون مدنی نیز که در مورد سهم الارث غایب مفقودالاثَر است براساس جریان اصل تأخر حادث تدوین شده است. از مفاد ماده استنباط می‌شود که در صورت معلوم نبودن تقدم و تأخر فوت او نسبت به فوت مورث، بقای حیات وی تا زمان فوت مورث استصحاب می‌گردد؛ به عبارت دیگر اصل تأخر حادث در جانب مجهول جریان می‌یابد و در این فرض وی از مورث ارث می‌برد.

تعارض استصحاب با سایر ادله

تعارض قاعده ید و استصحاب

تعارض استصحاب و احتیاط، از اقسام تعارض اصول عملی و به معنای تنافی میان مؤدای اصل استصحاب و احتیاط در موردی خاص است. این تعارض، در فرض وجود علم اجمالی است؛ برای مثال، مکلف، به وجوب نماز جمعه در زمان حضور معصوم یقین، ولی نسبت به وجوب نماز جمعه یا نماز ظهر در زمان غیبت شک دارد؛ در این جا، از طرفی به ملاحظه حالت گذشته، جای اجرای اصل استصحاب است که طبق آن، به وجوب نماز جمعه حکم می شود، و از طرف دیگر، به ملاحظه علم اجمالی، مکلف باید احتیاط نموده و هر دو را به جا آورد.

بنابراین، از سویی، به واسطه اجرای استصحاب نمی توان بین ظهر و جمعه جمع نمود، و از سوی دیگر، به واسطه اجرای احتیاط، باید بین این دو جمع کرد.

✱ اصولیون معتقدند در این گونه موارد، استصحاب بر اصل احتیاط مقدم است.

تعارض استصحاب و اصل برائت

تعارض استصحاب و برائت، به معنای تنافی مؤدای اصل استصحاب و اصل برائت در موردی خاص است، و آن در جایی است که در اصل تکلیف شک باشد و افزون بر آن، حالت سابقه نیز وجود داشته باشد. برای مثال، عصیر عنبی (عصاره انگور) قبل از غلیان (جوشش) هم پاک و هم حلال است، ولی بعد از غلیان به وسیله آتش و قبل از ذهاب ثلثین (تبخیر دو سوم آن) نزد مشهور علما، نجس و حرام است؛ حال در مواردی که جوشش آن از طریق آتش نباشد و مثلاً بر اثر تابش آفتاب باشد، شک می شود آیا حلال و طاهر است یا حرام و نجس.

* اصولیون معتقدند در این گونه موارد، استصحاب بر اصل برائت مقدم است.

تعارض استصحاب و اصل تخییر

تعارض استصحاب و تخییر، از اقسام تعارض اصول عملی و به معنای تنافی مؤدای اصل استصحاب و اصل تخییر در موردی خاص است؛ برای مثال، در روزه یوم الشک (روزی که مشکوک است آیا آخر ماه رمضان است یا اول ماه شوال) که هلال ماه شوال دیده نشده و از راه های شرعی هم اثبات نشده که روزه واجب است یا حرام، حالت دوران بین محذورین برای مکلف پیش می آید، زیرا اگر ماه شوال باشد، روزه حرام و اگر ماه رمضان باشد، واجب است؛ در چنین مواردی، عقل به تخییر حکم می کند. ولی از طرف دیگر، استصحاب بقای رمضان - یا عدم دخول شوال یا عدم رؤیت هلال شوال و یا بقای وجوب روزه و یا حرمت افطار، که یک سلسله اصول موضوعی و یا حکمی، وجودی و یا عدمی است - جاری می باشد که مؤدای آن عدم تخییر است.

* اصولیون معتقدند در این گونه موارد، استصحاب بر اصل تخییر مقدم است.

تعارض استصحاب و قاعده قرعه

اصولیون معتقدند در تعارض اصل استصحاب و قاعده قرعه، استصحاب بر قرعه مقدم است، زیرا دلایل قاعده قرعه عام هستند و دلایل اصل استصحاب خاص هستند و هر گاه عام و خاص با هم تعارض داشته باشند، خاص بر عام مقدم می شود

تعارض استصحاب و قاعده ید

در تعارض اصل استصحاب و قاعده ید، اماره ید (قاعده ید) بر استصحاب مقدم است. نمونه بارز این مطلب را در تعارض قاعده ید و استصحاب می توان ترسیم کرد. براساس ماده ۳۵ قانون مدنی «تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود». بنابراین هرگاه اماره ید اقتضای مالکیت شخصی را بکند و استصحاب مالکیت مالک سابق، مقتضی ملکیت او باشد، میان استصحاب و ید تعارض پیش می آید، لذا اماره ید (قاعده ید) مقدم می گردد.

تعارض استصحاب با اصل صحت

اصل صحت به معانی مختلفی آمده است ولی معنای مورد نظر ما که با حقوق مدنی نیز مرتبط است عبارت است از : «ترتیب اثر دادن بر عمل صادر از غیر» که این معنای صحت در حقوق مدنی این اصل، تحت عنوان اصل صحت قراردادها مطرح است. در تعارض اصل استصحاب و اصل صحت، اصل صحت بر استصحاب مقدم است.

اجتهاد

اجتهاد از ریشه «جهد» به معنای منتهای کوشش است. تلاش برای یافتن دلیل و حجّت بر احکام شرعی را اجتهاد گویند.

تعاریف دیگری نیز برای اجتهاد شده است، مانند: ملکه‌ای که در پرتو آن، قدرت بر استنباط حکم شرعی پیدا می‌شود یا کوشش برای به دست آوردن ظنّ بر حکم شرعی (در فرض عدم دسترسی به علم).

• تعریف آخوند خراسانی از اجتهاد

مرحوم آخوند چنین تعریفی را تقریر کرده‌اند: «الاجتهاد هو استفراغ الوسع فی تحصیل الحجة علی الحكم الشرعی؛ مراد از اجتهاد این است مکلف مقدماتی عقلانی را ترتیب دهد که او را به علم به تکلیفی که متوجه اوست برساند». اجتهاد به معنای به‌کارگیری توان و نیرو برای به دست آوردن دلیل و حجت بر احکام شرعی می‌باشد.

• تعریف شهید مطهری از اجتهاد

شهید مطهری می‌گوید: اجتهاد به طور سربسته به معنای صاحب‌نظر شدن در امر دین است، ولی صاحب‌نظر بودن و اعمال نظر کردن در امور دینی از نظر ما که شیعه هستیم دو گونه است؛ مشروع و ممنوع... که ممنوع آن است که مجتهد حکمی را که در کتاب و سنت نیست با فکر خودش و رأی خودش وضع کند، این را در اصطلاح «اجتهاد به رأی» می‌گویند. این اجتهاد از نظر شیعه ممنوع است... و معنای صحیح اجتهاد یعنی به کار بردن تدبّر و تعقل در فهم ادله شرعی، که البته احتیاج دارد به یک رشته علوم که مقدمه شایستگی و استعداد تعقل و تدبّر صحیح و عالمانه می‌باشند.

تاریخچه اجتهاد

اجتهاد صحیح یعنی انطباق اصول و قواعد کلی بر فروع، از دیدگاه امامان معصوم علیهم‌السلام امری ضروری و مورد اهتمام بوده است.

امام صادق علیه‌السلام می‌فرماید: «انما علينا القاء الاصول و علیکم ان تفرعوا»؛ ما بیان اصول می‌نماییم و تفریع فروع از اصول و تطبیق آن بر موارد برعهده شما است.

و یا امام باقر علیه السلام به ابان بن تغلب فرمودند: «در مسجد مدینه بنشین و برای مردم فتوا بده که من دوست دارم در میان شیعه کسانی مانند تو دیده شوند.»

بنابراین، اصل اجتهاد در عصر حضور امامان معصوم علیهم السلام نیز وجود داشته است اما به دلیل حضور معصوم نیاز کمتری به اعمال اجتهاد بوده است، ولی در عصر غیبت چنین نیازی به سرحد کمال خود رسید.

بنیان گذاران اجتهاد

قدیمی ترین بنیان گذاران اجتهاد در فقه شیعه، دو دانشمند عهد قدیم معروف به قدیمین، یعنی ابن جنید اسکافی و ابن عقیل عمانی، بوده اند. سپس شیخ مفید به پا خاست و از عقاید آن دو بزرگوار در میان شاگردان خود، از جمله سید مرتضی، علم الهدی و شیخ طوسی به نیکی یاد کرد، این شیوه ادامه یافت تا نوبت به علامه حلی رسید و پس از او شهید اول و فقیه فاضل، علی، و نیز شهید دوم راه او را ادامه دادند.

تا اجتهاد به عنوان ضرورتی در مسلک شیعه پایدار بماند و شکوفاتر گردد.

مجتهد و مقلد

به کسی که دارای مرتبه اجتهاد است «مجتهد» و به کسی که از او تقلید می کند «مقلد» گفته می شود.

مقدمات اجتهاد

کسی که می خواهد با مراجعه به قرآن و حدیث، احکام شریعت را از آنها استخراج کند باید دارای علوم به عنوان مقدمه اجتهاد باشد، از این رو، شناخت علوم عربی و ادبیات عرب (دانش صرف و نحو و لغت عرب)، تفسیر، علم کلام، علم اصول، فقه، شناخت آیات الاحکام و

روایات، منطق و فلسفه در حد لازم برای استنباط و شناخت حدیث و درایه و رجال، برای مجتهد امری لازم و ضروری است.

البته شناخت اجماع، جستجو در فتاواهای فقهای پیشین و اطلاع از کلیات احکام شرعی و بلکه رد فروع بر اصول نیز می‌تواند در اجتهاد درست، مؤثر باشد.

اقسام اجتهاد

* اجتهاد از جهتی دیگر به «مطلق» و به نحو «تجزی» تقسیم می‌شود.

اجتهاد مطلق

اجتهاد مطلق عبارت است از قدرت بر استنباط در همه ابواب فقهی.

اجتهاد تجزّی

اجتهاد به نحو تجزّی عبارت است از توانایی بر استنباط در بعضی ابواب فقهی، مانند نماز.

اختلاف در اجتهاد تجزّی

در امکان اجتهاد به نحو تجزّی یا عدم امکان آن، یا لزوم آن، بدین معنا که دستیابی به اجتهاد مطلق جز از راه کسب اجتهاد به نحو تجزّی امکان‌پذیر نیست، اختلاف است.

حجیت فتوا

فتوای مجتهد اعم از مجتهد مطلق و متجزی برای خود او حجّت است و رجوع وی به مجتهد دیگر جایز نیست.

البته از برخی قول به وجوب رجوع مجتهد متجزی به مجتهد مطلق، نقل شده است.

فتوای مجتهد مطلق بر دیگران نیز حجّت است و مردم می‌توانند به او رجوع کنند. این مسئله نسبت به مجتهد متجزی، اختلافی است.

برخی بر لزوم مجتهد مطلق بودن مرجع تقلید، ادّعی اجماع کرده‌اند.

نظریه تخطئه و تصویب

نظریه تخطئه

نظریه تخطئه یکی از مباحثی است که در اصول فقه در مبحث اجتهاد و تقلید مطرح می‌شود

بر اساس این نظریه هر مسئله‌ای نزد خداوند دارای یک حکم ثابت است

حال اگر مجتهد به دنبال یافتن حکم آن مسئله برود و آن حکم را به طور صحیح به دست بیاورد، خداوند به ایشان دو پاداش عطا می‌کند (یک پاداش به خاطر تلاش و کوششی که کرده و یک پاداش برای این که حکم را به طور دقیق و صحیح به دست آورده است) و اگر به دنبال یافتن حکم آن مسئله برود و آن حکم را به طور غلط به دست بیاورد، خداوند به ایشان یک پاداش عطا می‌کند (یک پاداش به خاطر تلاش و کوششی که کرده)

نظریه تصویب

نظریه تصویب یکی دیگر از نظریاتی است که اصولیون آن را در مبحث اجتهاد و تقلید مطرح می‌کنند. بر اساس این نظریه؛ هر حکمی که مجتهد به دست بیاورد، آن حکم، حکم خداوند است و برای آن حکمی که استنباط کرده است، نزد خداوند پاداش دارد.

تفاوت اصطلاح تصویب و تخطئه

بین مفهوم اصطلاحی تصویب و تخطئه، اختلاف وجود دارد: در نظریه تصویب، هر قول و اجتهادی بالفعل حق و صواب به شمار می‌رود، اما بنا بر نظریه تخطئه، در هر قول و اجتهادی بالقوه امکان خطا وجود دارد و البته ممکن است که یکی از این اقوال درست و مطابق با واقع باشد.

راه‌های ثبوت اجتهاد

اجتهاد از سه راه ثابت می‌شود: یقین شخص مقلد، شیوع و شهرت یقین آور و گواهی دو عادل آگاه و خبره در صورتی که گواهی دو عادل آگاه دیگر با آن معارض نباشد. در ثبوت اجتهاد به خبر دادن فرد ثقه از آن اختلاف است.

تقلید

تقلید مصدر باب تفعیل از ماده «قَلَدَ»، و در لغت به معنای چیزی را ملازم کسی یا شخصی قرار دادن و گردن نهادن به کاری است. این واژه در اصطلاح فقهی به معنای التزام به عمل و گفتار مجتهد معین است. البته این واژه در متون فقهی در مبحث حج به معنای «علامتی بر گردن قربانی آویختن تا معلوم شود برای قربانی در حج است» هم به کار رفته است. در منابع اصولی و

فقهی دو گونه تعریف برای تقلید مطرح شده شماری از فقها تقلید را امری متمایز از عمل کردن به حکم شرعی و آنرا اخذ فتوای مجتهد یا پذیرفتن آن یا التزام داشتن به آن تعریف کرده‌اند. در برابر، بیشتر فقها ماهیت تقلید را همان پیروی عملی از فتوای مجتهد دانسته‌اند.

تقلید از میت

تقلید میت، مقابل تقلید حی بوده و عبارت است از تقلید از مجتهدی که از دنیا رفته است .

میان علمای اسلام درباره جواز و عدم جواز تقلید از مجتهد میت اختلاف است :

۱- مشهور اصولی‌ها و فقهای شیعه، به عدم جواز تقلید از میت معتقد هستند؛

۲- مشهور اصولی‌ها و فقهای اهل سنت، اخباری‌ها و برخی از اصولیون شیعه به جواز تقلید از میت معتقد هستند؛

۳- برخی دیگر، در مسئله تفصیل داده و تقلید ابتدایی را غیر جایز و تقلید استمراری را جایز دانسته‌اند .

* مهم ترین دلیل درباره عدم جواز تقلید از میت این است که این مسئله مورد تردید بوده و اصل، عدم جواز تقلید از میت است. و مهم ترین دلیل قول سوم، استصحاب جواز است؛ به این بیان که وقتی مجتهد زنده بود، تقلید از او جایز بود، اکنون که مرده و جواز تقلید از او مورد تردید قرار گرفته، حکم جواز تقلید، استصحاب می‌شود .

تقلید از اعلم

تقلید اعلم که، مقابل تقلید غیر اعلم و به معنای تقلید از مجتهدی است که توانایی و قدرت وی در استنباط احکام شرعی، از مجتهدان دیگر بیشتر است .

مجتهد اعلم کسی است که به قواعد و مدارک مسائل آشناتر و آگاهی او به احادیث و علوم مربوط به استنباط بیشتر بوده و یا فهم و برداشت او از روایات بهتر و دقیق تر است؛ به بیان دیگر، مجتهد اعلم به معنای ماهرترین مجتهد در استنباط احکام شرعی از مصادر آنها است .

علمای اصول برای اثبات وجوب تقلید از اعلم، به اجماع و روایات تمسک کرده‌اند .

درباره وجوب و یا عدم وجوب تقلید از اعلم، اختلاف است :

۱- مشهور اصولیون به وجوب تقلید از اعلم معتقد شده‌اند؛

۲- جمعی از اصولی‌ها به عدم وجوب تقلید از اعلم اعتقاد دارند؛

۳- برخی، بین جایی که نظر غیر اعلم، با قول اعلم از اموات مطابق نباشد و جایی که قول غیر اعلم، با قول اعلم از اموات مطابق باشد تفصیل داده و در مورد اول؛ تقلید از اعلم را واجب دانسته و در مورد دوم، واجب ندانسته‌اند؛

۴- برخی نیز به گونه‌ای دیگر تفصیل داده و گفته‌اند: اگر تقلید غیر اعلم، با احتیاط سازگار نباشد تقلید از اعلم واجب است، و اگر تقلید غیر اعلم، موافق با احتیاط باشد، در این صورت، تقلید از اعلم واجب نیست .

مجریان طرح آمادگی برای آزمون وکالت ۹۲

وبلاگ حقوقی نیما جهانشیری : <http://nimajahanshiri.blogfa.com>

منابع آزمون وکالت ۹۲ (عزیزا... حیدری) : <http://vekalat92.blogfa.com>

آموزش اصول فقه ویژه دانشجویان حقوق : <http://osoolefeghh.blogfa.com>

وبلاگ حقوقی امیر مهدی پور : <http://azmoonevekaalat.blogfa.com>