

دکتر سید محمد اصغری *

بناء عقل

چکیده:

نهاد فقهی «بناء عقل» که بگونه‌ای از جلوه‌های منبع «عقل» در فقه امامیه است، می‌تواند ثبات و تحول را خصوصاً در روزگار «جهانی شدن»، که آن را «عصر تراکم زمان و فضا» نامیده‌اند همراه و هماهنگ سازد! و حقوق دیرپای اسلامی را همچنان زنده و پویا نگهدارد. سؤال اصلی این است که فقه، با بناءهای عقلایی نو و «مستحدث» چه برخوردی داشته، و چه نظراتی در روایی و «حجیت» آن از سوی فقهاء ارائه شده است؟ در همین زمینه سه دیدگاه عمده مورد بررسی قرار گرفته، و به این نتیجه رسیده‌ایم که: بناء عقل در صورت رعایت ضوابط و چارچوب‌ها، از ظرفیت بسیار چشم‌گیری در پویایی فقه و پاسخ به نیازهای زمان برخوردار است.

واژگان کلیدی:

عقل، بناء عقل، معاصرت، ردع، امضاء، مقاصد شریعت.

اول - اهمیت و تاریخ استناد به بناء عقلا

الف - اهمیت

فقه در طول تاریخ خود، با زندگی مردم و مسائل روزمره افراد جامعه مربوط بوده است. همین پیوند وثیق فقه با جامعه موجب گشته است که همواره با عرفیات مردم رابطه‌ای دائمی داشته باشد. به همین علت، آگاهی فقیه یا حقوقدان نسبت به عرف‌ها و سیره‌های عقلا، تأثیر عمیقی در برداشت‌ها و نهایتاً در «فتوا» و ارائه نظرات حقوقی خواهد داشت.

جز در عرصه «عبادات»، اکثر مسائل و موضوعات و «ابواب فقه» ماهیتی عرفی و عقلایی دارند. بیع، وکالت، اجاره، صلح، نکاح و هبه اموری عرفی و عقلایی بوده و غالباً از «احکام امضایی» هستند. جوامع انسانی، دائماً در این قبیل امور تغییراتی ایجاد می‌کنند و به تناسب نیازها و ضرورت‌ها و هماهنگی با زمان و مکان تحولات و دگرگونی‌هایی در این نوع پیوند و روابط اجتماعی رخ می‌دهد.

آهنگ سریع این دگرگونی و تحول، و ظهور و تکنون «بنائات عقلایی» و عرف‌های نو این سؤال را مطرح می‌کند که موضع شریعت اسلام در برابر این سیره‌ها و بنائات جدید و مستحدث چیست؟ آیا فقه موضعی در قبال این قبیل بنائات عقلایی دارد؟ آیا می‌توان همه «عرف‌های مستحدث» و سیره‌های نوین عقلا را نامشروع تلقی کرد؟ یا حقوق دیرپا و پویای اسلامی از چنان ظرفیت و انعطافی برخوردار است، که همواره نیازها و ضرورت‌ها را در مدّ توجه داشته و پاسخ درخوری برای این تحولات در نظر گرفته است؟

گروهی رمز ماندگاری و بالندگی فقه را، در همراهی با این تحولات می‌دانند و مکتب حقوقی اسلام را دارای این صلاحیت و ظرفیت می‌شمارند. آنها می‌گویند: در صدر اسلام نیز برخورد این آئین مقدس با سیره‌ها و عرف‌های عقلایی هرگز برخوردی حذفی نبود، بلکه جز در موارد معدودی، روش‌های عقلایی مورد امضاء قرار گرفت، یا اصلاحاتی در آن عرف‌ها توسط آئین اسلام انجام شد. اسلام عرف‌های نامعقول مانند «نکاح شغار» (میرزای قمی، جامع‌الشنات، ص ۴۸۲) یا «بیع ربوی» را کنار زد، لیکن در قبال اکثر بنائات عقلایی موضع امضاء و ارشاد گرفت.

از سوی دیگر آئین اسلام و به تبع آن حقوق و فقه اسلامی مدعی خاتمیت و مبشر

رد نخواهد داشت.

۱- در عرصه فقه

سیره‌های عقلایی، محور مهم قواعد فقهی است. «أصالة اللزوم» (بجنوردی، ۱۳۹۳، ۱۶۶ و بعد). در عقود و معاملات به‌طور کلی بر همین مدار استوار است. عقلا نقض عهد و مرتکب آن را مستحق ملامت می‌دانند. به همین ترتیب در مبحث «قاعده ید» (بجنوردی، ۱۳۹۳، ۱۷)، در تصرف داشتن، اماره مالکیت قلمداد می‌شود و عقلا با فرهنگ‌ها و آئین‌های گوناگون «ید» و تصرف را، در روابط مبادلاتی، دلیل دانسته و اصل را بر تفحص و تحقیق قرار نمی‌دهند. همچنین در کتب و رسالاتی که در خصوص «قاعده صحت» یا «أصالة الصحة» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲، ۱۰۹ و بعد) پرداخته شده است عمده‌ترین دلیل، را «بناء عقلا» می‌دانند. استدلال بدین قرار است که عقلا در مناسبات اجتماعی و حقوقی، زمانی که قراردادی را منعقد می‌کنند، به هرگونه تردید که موجب تشکیک در صحت معامله و اخلاف در آن گردد، اعتنا و توجهی نمی‌کنند و اصل را بر «صحت» می‌گذارند، مگر خلاف آن اثبات شود. عدم اجرای قواعد فوق، موجب اختلال در نظام جامعه و روابط اجتماعی می‌گردد: «لما قام للمسلمین سوق»! در قاعده «علی الید» (همان، ۲۳۵ و بعد) یا ضمان ید، نیز عمده دلیل، روش ارتکازی عقلا است: «علی الید ما اخذت، حتی تودی». در واقع این قاعده یک قاعده عقلایی است که: تصرف در اموال دیگران بدون اذن یا اجازه، موجب ضمان و مسئولیت است.

علاوه بر مبحث قواعد فقه، در پاره‌ای از فروع فقهی نیز، «بناء عقلا» دلیل و مستند حکم است. در خیار غبن و خیار عیب، فقها معتقدند که، در روابط عقلایی همان‌طور که پای‌بندی به التزام متقابل، امر لازمی است، این جهت نیز پذیرفته شده است که اگر مشخص گردید که طرف مغبون شده یا مبیع، معیوب بوده، در چنین صورتی، مغبون حق دارد معامله را فسخ کند: «... این گونه اعتبارات اصولاً از اموری نیست که توسط شرع تأسیس گردد. این امور از احکام عقلایی است که در مناسبات و روابط افراد جامعه وجود داشته و آنچه از طرف شرع وارد شده، ارشاد به احکام عقلایی است.» (امام خمینی، ۱۴۱۵، ۲۷۳ و بعد)

۲- در عرصه اصول فقه

در اصول فقه نیز، «بناء عقلا» محور مباحث مهمی قرار گرفته است. عمده‌ترین مبنای حجیت خبر واحد سیره و بناء عقلاست، یعنی «عقلا» صرف‌نظر از نژاد، مذهب و شرایط فرهنگی و اقلیمی و ... در دست‌یابی به مقاصد خود، به گفتار و اخبار کسانی که مورد وثوق و اطمینان هستند، اعتماد می‌کنند.

نیز در بحث حجیت ظواهر کتاب و سنت این‌گونه استدلال می‌شود که: تفهیم و تفاهم عرفی، تابع ظهور نوعی کلام است. بر این اساس، شارع (ع) با همین زبان و با توجه به معنای عرفی با مخاطبین سخن گفته و قوانین و احکام خود را در قالب همین الفاظ آورده است. بنابراین مطابق اصول عقلایی در محاورات، مفاهیم ظاهری متون حجت می‌باشد. یکی از صاحب‌نظران می‌نویسد: «بنای عقلا و عرف نقش بسیار مهم در بنیان احکام شرع دارد و ... مانند حجیت ظهورات، حجیت خبر ثقه، قراردادهای اجتماعی، پیمان‌ها، عهدنامه‌ها، ازدواج، خرید و فروش، اجاره، صلح، بخشش (هبه)، تشخیص مفاهیم و اراده شرع، تعیین موضوع و متعلق احکام و دیگر اموری که در ارتباط با احکام شرع هستند و می‌توانند احکام شرع را تغییر داده و حالت یا موضوع حکم را عوض کنند و در نتیجه حکم شرع نیز عوض شود. (جزائری، ۱۳۷۷، ۷۰ و ۷۱) شهید صدر، ضمن اشاره به اهمیت و برجستگی «سیره عقلا» در اثبات حجیت خبر واحد و ظواهر، که مهم‌ترین اماره‌ها هستند، می‌نویسد:

«والواقع، انّ الاستدلال بالسيرة، لم يقتصر على خصوص المسائل الاصولی، فی باب الامارات، بل شاع ذالك فی الفقه ایضاً، خصوصاً فی ابواب المعاملات الّتی یكون للعقلا، تقنین فیها. بل الملحوظ، اتّسع دایرة الاستدلال بها كلّ تقلصت الادلة الّتی كان یعول علیها سابقاً، لا ثبات المسلمّات و المرتکزات الفقیهية، من امثال الاجماع المنقول و الشهرة، و اعراض المشهور عن خبر صحیح، او عملهم بخبر ضعیف، و نحو ذالك، فأنّه قد عرض بالسيرة عن مثل هذه الادلة فی كثير من المسائل الّتی، یتحرّج فیها الفقیه الخروج عن فتاوی قداماء من الاصحاب او الّراء الفقهیّة المشهورة». (صدر، ۱۴۰۵، ۲۳۲ و بعد)

خلاصه اینکه: استدلال به سیره عقلا مختص مسائل اصولی و باب امارات نیست، بلکه در

ابواب فقه، به‌ویژه در ابواب معاملات که عقلا در آن به قانونگذاری می‌پردازند، رایج است. مقصود آن است، در مواردی که قبلاً از دلایل دیگری مانند اجماع منقول، شهرت، اعراض مشهور از خبر صحیح، و یا عمل آنان به خبر ضعیف، برای اثبات مسلمات و مرتکبات فقهی استفاده می‌شد، به جای آنها، از سیره عقلا، استفاده کرد، تا در تنگنای استفاده از فتوای قدامی اصحاب و یا آراء فقهی مشهور، بتوان آنها را کنار گذاشت و با تمسک به سیره و روش عقلا به نتایج مطلوب رسید.

ب - تاریخ استناد به «بناء عقلا»

اصطلاح «بناء عقلا» در نزد دانشوران علم اصول فقه شیعه، با عناوینی مانند: «عرف عقلا»، «سیره عقلایی»، «سلوک و عمل عقلا»، «بنای عرف»، «عرف عام»، «احکام عقلایی»، «عمل عقلا» و «روش عقلا» معروف و مورد استعمال و استفاده قرار گرفته است. (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۶، ۱۹۲، مظفر، ۱۳۷۰، ۱۷۱، لنگرودی، ۱۳۷۰، ۹۱، فیض ۲۰۲)

هرچند اصطلاح «بناء عقلا» و یا دیگر اصطلاحات مشابه مذکور در بین دانشمندان و فقهای شیعه در دو قرن اخیر (پس از شیخ اعظم انصاری) کاربرد یافته و از ویژگی‌های «مکتب عرف» در فقه شیعه به شمار می‌رود. (لنگرودی، همان، ۸۷)

اولین فقیه شیعی که مفهوم بناء عقلا را تحت عنوان «العاده» مطرح کرده است شهید اول در کتاب القواعد و الفوائد (ج ۱، ص ۱۴۷) می‌باشد. بنا به نظر برخی، تمسک به سیره عقلایی، زمانی پا گرفت که بعضی منابع فقهی نظیر اجماع، اعتبار خود را از دست داد. (رک: سیدکاظم حسینی حائری، مباحث الاصول، تقریرات درس شهید صدر، ج ۲، صص ۹۵ و ۹۶)

لیکن همین مفهوم با عناوین دیگری در بین فقهای اسلامی کاربرد داشته است. عناوینی چون: «متفق علیه بین العقلا»، «اعتمد علیه العقلا»، «العاده الجاریه بین العقلا» و «عادات العقلا»، مورد استعمال قرار گرفته است. (شاطبی، بی‌نا، ج ۱، ۶۵ و ج ۳، ۹۹ و ۱۲۷)

برای بررسی بیشتر تاریخ استناد به سیره و بناء عقلا، می‌توان به کتاب: اصول الفقه الاسلامی، ج ۲ ص ۸۲۸، و هبة الزحیلی، مراجعه کرد.

مرحوم شیخ انصاری غالباً در استفاده از عنوان «بناء عقلا عبارت «طریقه العقلا» یا «سیره العقلا» را به کاری می‌گیرد، مثلاً در بحث از حجیت «خبر واحد» می‌گوید:

«استقرار طریقه العقلا طراً علی الرجوع بخبر الثقة فی امورهم العادیه». (شیخ انصاری، بی‌نا، ۲۳۰ و ۲۳۱)

دوم - تعریف «بناء عقلا»

محقق نائینی در تعریف بناء عقلا یا «طریقه العقلا» می‌گوید:

«فعی عبارة عن استمرار عمل العقلا لما هم عقلا، علی شیء سواء التحلوا الی ملة او دین اولم ینتحلوا» (نائینی، ۱۴۰۶، ۱۹۲ و ۱۹۳)

شهید صدر در همین زمینه می‌نویسد:

«سیره العقلا عبارة عن میل عام عند العقلا - المتدینین و غیرهم -... و مثال ذالک الميل العام لدی العقلاء، نحو الاخذ بظهور کلام المتکلم» (صدر، ۱۳۹۵، ۱۶۸) شهید صدر، بناء عقلا را صرف سلوک و عمل خارجی عقلا نمی‌داند، بلکه آن را شامل «مرتکبات عقلاییه» نیز معرفی می‌کند، هر چند که بر اساس آن مرتکبات، عملی در خارج صورت نگرفته باشد. ایشان به جای عنوان «بناء عقلا»، عبارت: «مواقف عقلاییه» را شایسته می‌دانند. (هاشمی، ۱۴۰۵، ۲۳۴)

مرحوم علامه طباطبایی در تفسیر آیه: «خذ العفو و امر بالعرف و اعرض عن الجاهلین» (محمدحسین طباطبایی، المیزان، ج ۸، ص ۳۹۷، آیه ۱۹۹ سوره اعراف) در تعریف عرف (بناء عقلا) می‌گوید:

«عرف عبارت است از سنت‌ها و سیره‌های خوب و زیبا که در میان عقلا متداول است..» (المیزان، ج ۸، ۳۹۹) برخی یکدیگر در تفسیر آیه مذکور نوشته‌اند:

برخی از نویسندگان بین «ارتکاز عقلا» و «بناء عقلا» تفاوت قائل‌اند.

آنها می‌گویند: هرگاه فعلی در پرتو سیره عقلی، به جهت مداومت در تکرار و استمرار در ذهن جایگزین شده و استقرار پیدا کند، آن را «ارتکاز» عقلا گویند و در این صورت از سیره عقلا نیز قوی‌تر و با ثبات‌تر است. (فیض، ۱۳۷۴، ۲۲۵) برخی دیگر ارتکازات عقلایی را هم، نوعی از

بنائات عقلا می‌دانند. آنها معتقدند «عرف» همواره باید عملی ارادی باشد، اما «بناء عقلا» ممکن است فطری، ارتکازی و ارادی نیز باشد. دکتر لنگرودی در همین زمینه معتقد است:

«عمل ارتکازی که انسان خودبه خود، حتی در حالت عدم توجه کامل و عدم اراده انجام می‌دهد، یک عمل ارادی نیست، معذک می‌تواند بناء عقلا را تشکیل دهد و حال آنکه نمی‌تواند پایه عرف باشد.» (لنگرودی، ۱۳۵۱، ۶۱)

برخی دیگر عنوان سیره عقلایی را عبارت از: «ایستارها و مواضع عقلایی» معرفی کرده‌اند، چه در رفتار عینی متجلی شده باشد، و چه همچنان در ذهن آنان (عقلا) مستقر بوده باشد. (اسلامی، نقد و نظر، ۱۹۶)

به هر صورت و با توجه به نظرات گوناگونی که در تعریف عرف عام، یا «بناء عقلا» مطرح گردید، در تعریف سیره، یا «بناء عقلا» می‌توان گفت:

«بناء عقلا، عبارت است از استمرار عمل و روش عمومی عقلا، بماهم عقلا، در محاورات، معاملات، و سایر مناسبات و هنجارهای اجتماعی که، بدون توجه به دین یا فرهنگ و یا ملیت خاصی در طول زمان شکل می‌گیرد.»

الف- ارکان تعریف

همان‌گونه که تعریف نشان می‌دهد:

عناصری که در سامان یافتن و تکوین «بناء عقلا» تأثیر دارند، عبارتند از:

- ۱- عمل معین
 - ۲- تکرار عمل
 - ۳- فراگیری و وصول تکرار عمل به حدّ غالب یا عموم، به گونه‌ای که اغلب یا کلیه موارد عمل عمومی را فراگیرد.
 - ۴- مفید و معقول بودن عمل
 - ۵- عمل چه ارادی و چه ارتکازی (فطری) باشد. (لنگرودی، دانشنامه، ۵۸ و بعد)
- مفید و معقول یا «مستحسن» بودن عمل، بناء عقلا را از عرف جدا می‌کند، هرچند برخی

چون محقق نائینی بین عرف عام و بناء عقلا جدایی و تفاوتی نمی بینند، (نائینی، همان، ۱۹۳) و گو اینکه در لسان اکثر فقها عرف مترادف با بناء عقلا به کار رفته است، لیکن به نظر می رسد، با وجود عرف های «بد» و «غیر مشروع» مانند: بیع ربوی، نکاح شغار، استفاده از مشروبات الکلی و امثال اینها، «عرف» ممکن است، خوب یا بد باشد، لیکن «بناء عقلا» خصوصاً با توجه به قید: «عقلا بماهم عقلا»، نشان می دهد که در بنائات عقلایی به خوبی و مفید و معقول بودن سیره و روش مورد عمل توجه لازم نشان داده شده است. در تعاریفی هم که امثال غزالی و ابن عابدین از «عرف» ارائه کرده اند، به قیودی نظیر: «.. المقبولة عند الطباع السليمة» یا «مستقرة في النفوس والعقول» یا «ما استقر في النفوس من جهة العقول» (لنگرودی، مکتب های حقوقی، ...، ۹۱، دانشنامه همان، ۵۸، محمدی، بحث عرف) تأکید شده است که فارق عرف ها و بنائات خوب از بد می باشد.

در بند پنجم عناصر و ارکان تعریف نیز به «عمل ارادی، یا ارتکازی» تأکید شده است که بنا به نظر برخی از دانشمندان، تفاوت دیگر «عرف» را با بناء عقلا نشان می دهد. می گویند: عرف نمی تواند شامل عادات طبیعی و غریزی شود. مثلاً «در هر منطقه ای دوشیزگان در سنی و پسران در سن دیگر به بلوغ می رسند. این امری است طبیعی، که می توان آن را عادت گفت، ولی عرف نیست، زیرا مربوط به گفتار یا کردار آنان نمی باشد.» (محمدی، ۱۳۸۰، ۲۵۶)

بحث فرعی دیگری نیز در «ارتکازی» بودن مطرح است و آن اینکه، در مقوله امضاء شارع آیا صرفاً عمل خارجی عقلا مورد بحث است، یا کلیه «ارتکازات عقلایی» ولو به مرحله عمل خارجی نرسد این موضوع در مبحث: «حجیت بناء عقلا» مورد بررسی قرار می گیرد.

ب- بناء عقلا و نهادهای فقهی مشابه

۱- عقل و بناء عقلا

برخی از صاحب نظران در تفاوت بین دلیل عقل و «بناء عقلا» گفته اند:

۱- «بناء عقلا»، یک عملکرد است، در حالی که دلیل عقل، صرفاً استنتاج عقل می باشد.

۲- بنای عقلا، با تکرار یک «عمل» ثابت می شود، حال آنکه، دلیل عقل، وابستگی به عمل و

تکرار آن عمل ندارد.

۳- بنای عقلا، در صورتی که فطری و ارتکازی نباشد، بر مدار مصلحت سنجی و رعایت مصالح و مفاسد شکل می‌گیرد، در حالی که دلیل عقل، پیوندی با مصلحت سنجی ندارد (لنگرودی، همان، ۶۲)

موارد سه‌گانه یاد شده در بالا، قابل خدشه و مناقشه است. زیرا اگر بپذیریم، که «ارتکازات عقلایی، صرفاً شامل عملکرد، یا عمل خارجی نمی‌شود، بلکه ارتکازاتی را هم که به مرحله عمل نرسیده و تنها مرکوز در اذهان و آراء عقلا است در برمی‌گیرد، در این صورت، بناء عقلا فقط یک «عملکرد» نخواهد بود.

از سوی دیگر، به نظر برخی از اندیشمندان فقه و حقوق، اساس بنائات عقلایی هم در نهایت به «عقل» برمی‌گردد. همچنین «عقل» هم در تلاش و تکاپوی خود، از دایره مصلحت‌سنجی، یا توجه به «حسن و قبح» و مصالح و مفاسد، خارج نیست. بر این اساس، باید به مبانی استدلال صاحب نظران توجه بیشتری مبذول گردد، تا دوگانه بودن یا وحدت دو نهاد «عقل» و بناء عقلا مشخص شود. در صفحات آینده این مقوله مورد مذاقه قرار خواهد گرفت.

۲- «بناء عقلا» و سیره متشرعه

سیره در لغت به معنای رفتار و روش است، و در اصطلاح: «استمرار عادت مردم و تبانی عملی آنها بر انجام یا ترک چیزی است»، (مظفر، همان، ۱۷۱) مقصود از مردم، یا جمیع عقلا و عرف عام از هر مذهب و ملتی است که شامل مسلمان‌ها و غیرمسلمان‌ها می‌شود. این تعریف همان «سیره عقلاییه» یا به تعبیر شایع نزد دانشمندان متأخر علم اصول «بناء عقلا» است، و یا مقصود از مردم جمیع مسلمانان از آن جهت که مسلمان هستند، می‌باشد، یا صرفاً اهل یک مذهب خاص مثل امامیه منظور است. در این صورت «سیره متشرعه» یا سیره شرعیه و یا سیره اسلامیة نامیده می‌شود. با توجه به آنچه گفته شد از جمله تفاوت‌های زیر را بین دو اصطلاح بالا عنوان کرده‌اند که به اختصار نقل می‌شود:

۱- سیره متشرعه در حقیقت، نتیجه بیان شرعی است و به نحوی کشف از دلیل شرعی می‌کند. به نظر شهید صدر، در صورت فراهم شدن شرایط سیره متشرعه و تحقق آن، دیگر

احتمال ردع از آن معنا ندارد زیرا به طریق برهان اثبی^(۱)، سیره کاشف از بیان شارع است. در صورتی که سیره عقلا محصول بیان شارع نیست و بر اساس بیان شارع منعقد نمی‌گردد، یعنی زاده طبیعت عقلایی است فلذا، می‌توان احتمال ردع شارع را درباره آن داد. (هاشمی، ۱۴۰۵، ۲۳۴)

۲- هنگام استدلال به سیره متشرعه باید ثابت کنیم که بنای متشرعه و اصحاب ائمه و نسل‌های معاصر آنان بر چنان عملی بوده است. لیکن در مورد سیره عقلا، کافی است ثابت کنیم که عقلاً در صورت عدم ردع و رهایی از قیود خارجی، اقتضای چنان عملی وجود دارد، هرچند که اصحاب ائمه و عقلای معاصر آنان، در عمل، به مقتضای این طبیعت اقدام نکرده باشند. زیرا نفس ثبوت اقتضای طبیعت عقلایی و نرسیدن ردع از شارع، کاشف از موافقت شارع با مضمون آن است و ... (صدر، بحوث، ج ۴، ص ۲۷۴)

اکنون با توجه به تعریف و تفاوت‌های «بناء عقلا» با عرف و سیره متشرعه شهید صدر سؤالی به خلاصه زیر مطرح می‌کند:

برخی از سیره‌ها مورد تردید است که آیا ناشی از طبع عقلایی مسلمان‌ها هستند (مثل عمل به خبر ثقه) یا برخاسته از حقیقت متشرعه بودن آنها؟ (مانند عدم مسح با تمام کف دست و ...)، در حقیقت سیره متشرعه به نحوی از انحاء معلول خطابات شرعی است که به ما (مسلمان‌ها) واصل نشده است. مرحوم صدر موارد مشکوک را به سیره متشرعه ملحق می‌کند و می‌گوید: سیره‌های عقلایی که در میان مسلمان‌ها رسوخ یافته و به صورت طبع ثانی آنها شده است، موجب می‌شود که آنها خود را موظف به سؤال و استفسار از معصوم (ع) در مورد جواز عمل به این سیره‌ها ندانند، (یعنی این سیره‌ها به صورت همگانی و ارتکازی در می‌آید و موجب سؤال و استفسار نمی‌گردد). اما در موارد مشکوک که مقتضای طبع عقلایی به شرح بالا نیست، مسلمان‌های متشرع بدون استعلام و استفسار از معصوم (ع)، به گونه‌ای گسترده به آن سیره عمل نمی‌کنند. پس نفس صورت مسئله دلالت بر این حقیقت دارد که متشرعین، رضایت شارع را کسب کرده‌اند و شیوع سیره معلول نظر شارع است، نه حقیقت عقلایی مسلمان‌ها. (همان، ۲۴۸)

با توجه به تفاوت جوهری مذکور است که وجه اعتبار سیره متشرعه، با چگونگی اعتبار

۱- برهان اثبی، استدلال از معلول به علت است، در واقع سیره متشرعه کاشف از بیان شارع است.

سیره عقلایی متفاوت باشد. و سیره متشرعه به گونه کشف اتئی وجود حکم شرعی را ثابت می‌کند و دیگر نیازی به تمسک به «عدم ردع» نیست، و تنها نیاز در این مورد این است که اثبات شود، سیره در زمان شارع وجود داشته و معمول بوده است، اما در مورد سیره عقلایی و حجیت آن، علاوه بر معاصرت (به نظر شهید صدر)، باید اثبات کنیم که ردعی از آن صورت نگرفته است، یعنی در واقع نیازمند کشف از رضای شارع هستیم. اکنون با توجه به موارد یاد شده، به اقسام «بناء عقلا» می‌پردازیم.

سوم - اقسام بنائات عقلایی

با ملاحظه مفاد بناءهای عقلایی، آنها را به اقسام زیر می‌توان تقسیم کرد:

- ۱- گاه «بناء عقلا» در قلمرو «حقوق ماهوی» (کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۵۵، ۱۳۷۶) کاربرد می‌یابد، مانند اینکه می‌گوئیم: هرکس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است، و عمل مفت و مجان دور از طریق عقلا است. (لنگرودی، ۱۳۵۱، ۶۱ و ۶۲)
 - ۲- بناء عقلا، زمانی جنبه شکلی یا اثباتی می‌یابد، مانند اصل صحت یا عمل به خبر ثقه.
 - ۳- گاه این «بنائات» مبتنی بر عمل ارادی مکرر است (نه عمل فطری و ارتکازی) مانند دلالت قاعده «ید» بر مالکیت یا «اصالة اللزوم» بر اصل لزوم در عقود.
 - ۴- «بناء عقلا» که بر اعمال ارتکازی و فطری مبتنی است، مانند اصل عدم و اصل استصحاب، محقق نائینی در این خصوص می‌گوید:
- «عمل العقلا علی الحالة السابقة، لیس لحصول الاطمینان، بل لکنون فطرتهم جرت علی ذالک، فصار البناء علی بقاء المتیقن من المرتکات فی اذهان العقلا...». یعنی عمل عقلا در استصحاب نه به دلیل علم و اطمینان، بلکه تنها وفق فطرت آنهاست. یعنی «گرایش به حالت سابقه ارتکازی اندیشه عقلا است.» (همان، ۶۰)
- تقسیمات ذیل نیز توسط فقها و عمدتاً شهید صدر صورت گرفته است که برخی با تقسیمات فوق انطباق دارد، مع هذا به اختصار ذکر می‌گردد:

الف - گاه سیره و بناء عقلا، در تعیین ظهور ادله ایفاء نقش می‌کند که این نقش به دو صورت زیر است:

۱- طرد ظهور لغوی: مثلاً در آیه «احلّ الله البيع» بیع لغوی مراد نیست، بلکه بیع عرفی مراد است.

۲- تشکیل مدلول: گاه عرف و عقلا، بین مدلول مطابقی کلام و مدلول دیگری ملازمه می‌یابند و علاوه بر مدلول مطابقی، مدلول التزامی عرفی را نیز مقصود متکلم می‌داند. مثل استحاله شراب به سرکه و پاک شدن سرکه و ملازمه آن با طهارت ظرف شراب:

ب - گاه عرف و سیره عقلا، مراد جدی متکلم را، در برابر مراد استعمالی وی روشن می‌سازد. در این مورد نقش سیره تنقیح مراد جدی متکلم بر اساس فهم عرفی است. مانند اینکه: برخی از فقها بر این عقیده‌اند که «احلّ الله البيع» عرفاً و با توجه به بناء عقلا شامل بیع شخص مکره نمی‌شود و نهایتاً نیازی به دلیل خاص بر عدم صحت بیع مکره نیست. (منابع فقه و ...، ۱۳۷۴، ج ۷، ص ۴۰)

ج - سیره و تعیین موضوع حکم، هر چند در تقسیمات قبلی تحت عنوان «حقوق ماهوی» و «حقوق شکلی» یا اثباتی به این تقسیم‌بندی اشاره شد بی‌فایده نیست که با توجه به مثال‌های فقهی به ملاحظات زیر توجه کنیم:

۱- گاه نقش بناء عقلا، تنقیح موضوع احکام شرعی به نحو ثبوتی است، یعنی شارع تشخیص چگونگی موضوع را به عرف و سیره عقلا واگذار کرده است. عرف عام یا سیره عقلا مثلاً؛ در مسئله «ربا» معلوم می‌کند که چه مالی «مکیل و موزون» است. یا در مسئله خیار عیب، تشخیص عیب یا «مبیع معیوب» را عرف مشخص می‌کند، و یا در آیه «فامساک بمعروف»^(۱) لازم است در هر زمانی به سیره عقلا رجوع کنیم. (مرعشی، ۱۳۷۳، ۱۰۱) و در تعیین مصداق «نفقه همسر» مطابق عرف و بنائات فعلی عمل نماییم.

۱- آیه ۲۲۹ از سوره بقره.

۲- گاه عرف و بنائات عقلایی، منقح موضوع است، اما نه ثبوتاً، بلکه در کشف و اثبات، ایفاء نقش می‌کند. در واقع سیره ثابت می‌کند که موضوع عقد مشروط به عدم تحقق غبن است و در نهایت مغبون می‌تواند اخذ به خیار کند یا از آن صرف‌نظر نماید: «مثلاً اگر روش عقلا بر این باشد که در مورد غبن در معامله برای مغبون حق خیار هست، چنین سیره‌ای می‌تواند کاشف از عدم تحقق شرط ضمنی در عقد بوده باشد. زیرا بنای متعاملین بر این است که نباید غبنی در معامله وجود داشته باشد» (همان)

تفاوت دو قسم این است که در بخش اثباتی شخص می‌تواند، بناء یا سیره را رعایت نکند: مثلاً بگوید که چنین شرط ضمنی را ندارد و تفاوت در مالیت عوضین برای او مهم نیست، لذا نمی‌توان به سیره تمسک کرد، و وجود شرط از طرف او را اثبات کرد، اما در بخش ثبوتی، هرچند شخص تصریح کند که من عرف، و بناء عقلا را قبول ندارم و بخواهد خود را از سیطره بناء عقلا و عرف خارج کند حکم بر او ثابت است و لازم است مثلاً نفقه را مطابق بناء عقلا و عرف رایج بپردازد. در این قسمت «موضوع» واقعاً و ثبوتاً در محدوده تلقی عرف است. (هاشمی، همان، ج ۴، ۲۳۳)

د - توسعه مصداقی موضوع حکم: گاه عرف و بناء عقلا، چیزی را از مصادیق موضوع حکم به حساب می‌آورد که ظاهر دلیل شامل آن نیست، مانند: «العنب اذا غلی یحرم» این دلیل به حسب ظاهر حکم حرمت برای انگور جوشیده است، اما بنا به دقت عقلی کشمکش، انگور نیست و نوشیدن آب کشمش جوشیده ظاهراً حرام نیست، حال آنکه در نظر عرف تفاوتی میان انگور و کشمش نبوده و عرف آب جوشیده کشمکش را هم مصداقی از موضوع حکم می‌بیند. (منابع فقه، همان، ۴۶)

ه - «سیره مشرعه»: گاه سیره و «بناء عقلا» بگونه‌ای است که از آن برای استدلال بروجود کبرای حکم شرعی استفاده می‌شود که شهید صدر، آن را «سیره مشرعه» می‌نامد.

اکثر سیره‌های مورد استناد فقها از این گونه است، مانند: «بیع بودن معاطات»، «تصحیح معاملات کودک (صبی) در کارهای کوچک و غیرمهم» که در این موارد به «بناء عقلا» تمسک می‌شود. سیره جاری در باب «خیار غبن» در معامله، در زمانی که بخواهیم از آن برای اثبات خیار «ابتدایی»، بهره بگیریم. (هاشمی، همان، ۲۳۵) به همین سان، گاهی «بناء عقلا» طریقی برای استدلال بر حجیت یک قاعده اصولی می‌گردد، مانند اثبات حجیت «خبر واحد» و سایر امارات شرعی مانند قول لغوی و ظهور ادله و ... (مرعشی، همان)

حجیت «بناء عقلا»

بناءها و روش‌های عملی، یا ارتکازی عقلا در هر مورد، برای اینکه بتواند «دلیل» برای اثبات حکمی شرعی یا قانونی باشد، باید به نحوی «حجیت» و دلالت داشته باشد. باید دید اساس دلالت سیره‌ها و بناءهای عقلایی چیست؟

در بحث حجیت سخن بر سر این است که، با چه شروط و شرایطی «بناء عقلا» می‌تواند دلیل حکم شرعی به شمار آید؟ در مبنای حجیت، برخی از دانشوران فقه و اصول، امضاء و «تقریر» شارع را مطرح نموده‌اند که:

- ۱- گاه به صورت امضاء صریح و «نصی»، صورت می‌پذیرد.
 - ۲- گاه در شکل سکوت یا «عدم ردع» از سوی شارع شکل می‌گیرد.
 - ۳- برخی دیگر حجیت بناء عقلا را به «عقل» برگردانده‌اند.
 - ۴- بعضی دیگر، تحت شرایطی، حجیت ذاتی برای نهاد «بناء عقلا» قائل‌اند.
 - ۵- و نظرات دیگری که در مبحث «حجیت» به آنها خواهیم پرداخت.
- خلاصه آنکه در بحث اعتبار این بنائات، برخی اصل را «امضاء» و تأیید شارع می‌دانند، و بعضی دیگر اصل را بر «حجیت» و اعتبار «بناء عقلا» گذارده و صرفاً در صورت ردع از سوی شارع، بر عدم حجیت بنائات عقلایی معتقدند.
- روشن است که در بحث از اعتبار و «حجیت» بناء عقلا، بنائات عقلایی «مشرع»، که «دلیل» یا کاشف حکم شرعی هستند، موردنظر است، و گرنه همان سان که شهید صدر توضیح داده‌اند،

بنائاتی که «منقح موضوع» به طریق ثبوتی یا اثباتی هستند، و یا در تنقیح «ظهور دلیل» ایفاء نقش می‌کنند، نیازی به امضاء یا اثبات حجیت ندارند.

این بخش از مقاله، در دو فصل به ترتیب زیر ارائه می‌شود.

فصل اول: مکتب «اصالت امضاء»

فصل دوم: مکتب «اصالت اعتبار»

نهایتاً به مقایسه دو مکتب پرداخته و نتایج بحث تقدیم می‌گردد. در این خصوص به نظرات جدیدی نیز می‌پردازیم که تحت عنوان: «گرایش سوم» مورد بررسی قرار گرفته است که می‌تواند، فصل سوم این بخش به حساب آید.

فصل نخست: مکتب اصالت امضاء

این مکتب معتقد است که «بناء عقلا» تا به امضاء شارع نرسد و مورد تأیید و تقریر «معصوم» (ع) قرار نگیرد، اعتباری ندارد. در باور این گروه «بناء عقلا» تنها جنبه کاشفیت و طریقت دارد، و آنچه منشأ و مبنای حجیت است، گفتار یا کردار و دست کم تقریر و سکوت شارع است، آن هم سکوت و «تقریر»ی که ناشی از ترس و «تقیه» نباشد. همین تقریر و سکوت هم گاه مربوط به امور جزئی و شخصی است و زمانی مربوط به اموری که در جامعه یا جوامع انسانی، از شیوع و گسترده‌گی چشمگیری برخوردار می‌شود و جنبه عرف عمومی و عقلایی پیدا می‌کند، به صورتی که «معصوم (ع)» نیز از آن آگاه می‌شود.^(۱)

در این دیدگاه احراز امضای معصوم (ع) دارای دو شرط عمده و اساسی است که عبارتند از:

۱- رواج سیره در زمان معصوم (ع)، از چنان شیاع و عمومیتی برخوردار باشد که معصوم نیز کاملاً از آن آگاه باشد، یا به عبارتی، در مریی و مسمع معصوم باشد.

۲- معصوم (ع)، با سیره موافقت، یا آن را به نحوی تصحیح نماید. (امضاء یا عدم ردع).

آن‌گونه که بررسی نظرات اندیشمندان این گروه نشان می‌دهد و ذیلاً برخی از اظهارات آنان را خواهیم دید، در این دیدگاه خصوصیات زیر قابل ملاحظه است:

۱- در این مورد، در بررسی نظرات شهید صدر توضیحات بیشتری ارائه می‌شود.

- مبناء اعتبار و حجیت، امضاء شارع است.
 - اصل بر عدم اعتبار ذاتی «بناء عقلا» است.
 - معاصرت و در «میری و مسمع» بودن سیره، شرط است.
 - امضاء معصوم، ممکن است «امضاء نصی» و صریح باشد، یا دست کم به صورت «عدم ردع» باشد که حاکی از امضاء خواهد بود.
 - قضیه معمولاً به صورت قضایای خارجی و شخصی، نه «قضایای حقیقیه» مطرح می‌شود.

- در نظر برخی از طرفداران «مکتب اصالت امضاء»، که تحت عنوان «نظردوم» مطرح خواهد شد، این محور قابل تأمل است که: هر چند اساس اعتبار بنای عقلا، همچنان امضاء و تقریر معصوم (ع) است، اما این تأیید و تقریر، بگونه‌ای تحلیل شده است که شرط همزمانی و معاصرت با عصر معصوم دیگر با مشکل عمده‌ای رویاروی نخواهد بود، و اشراف معصوم (ع) از هر راهی که فراهم آید، ملاک عمل خواهد گردید.

الف: نظر نخست

این نظر، امضاء «بناء عقلا» از سوی شارع را لازم می‌داند. امضاء ممکن است صریح و به صورت تأیید «نصی» باشد و یا در شکل تقریر و سکوت و «عدم ردع». اما آنچه نظر نخست را از دیدگاه دوم جدا می‌کند، احراز امضاء، و به اصطلاح «اثبات عدم ردع» از سوی شارع است. به بیان دیگر در دیدگاه نخست، «احراز عدم ردع» ملاک حجیت قرار می‌گیرد نه: «عدم احراز ردع». محقق نائینی می‌نویسد:

«لا اشکال فی اعتبار الطريقة العقلاییة و صحت التمسک بها... فأنها اذا كانت مستمرة الى زمان الشارع و كانت بمنظر منه و مسمع، و كان متمکناً من ردعهم، و مع هذا لم یردع عنها، فلا محالة یکشف کشفاً قطعياً عن رضا صاحب الشرع بالطريقة و ألا لردع عنها، کما ردع عن کثیر من بنائات الجاهلیة و من ذالک یظهر انه لایحتاج ... الى امضاء صاحب الشرع و التصریح باعتبارها بل یکفی عدم الردع عنها و ...» (نائینی، بی‌تا، ج ۳ و ۴، ۶۸)

مرحوم آقا ضیاء عراقی نیز بر همین باور است، و می نویسد:

«انّ حجّیة السيرة، بعد ان كانت، معلقة على عدم الردع عنها، يكون عدم الردع في المرتبة السابقة عن حجّيتها، لانه بمنزلة شرطها...» (عراقی، نهاية الافكار، ص ۱۰۳)

در همین زمینه نویسنده «الاصول العامة للفقهاء المقارن» می گوید:

علت نیاز به تقریر معصوم در عرف و بنای عقلا، این است که بناء عقلا حجت قطعی در مقام کشف از واقع نیست. چرا که امکان دارد شارع راه دیگری، غیر از بناء عقلا بیپماید و سیره را مردوع اعلام کند. فرق میان عرف (بناء عقلا) و عقل این است که، عقل با توجه به اطلاع از مصالح و مفاسد واقعی، می تواند در آن موارد حکم صادر کند ولی در بناهای عقلا، اطلاع از مصالح و مفاسد واقعی شرط نیست و ... لیکن با تقریر و امضای معصوم (ع) یا عدم ردع آن مکلف، قطع به حجّیت پیدا می کند. (حکیم، اصول العامة، ۱۹۸)

مرحوم مظفر نیز در خیلی از موارد معتقد به همین نظر است. وی در بحث قول لغوی و سیره می نویسد: «... و الشارع لم يثبت منه الردع، عن هذه السيرة العلمية، فيستكشف من ذلك موافقة لهم و رضاه بها» (مظفر، ۱۳۸۶، ج ۲، ۱۸۴)

برخی از نوشته های امام خمینی گویای آن است که ایشان نیز به امضاء یا دست کم «اثبات عدم ردع» سیره عقلا از طرف شارع معتقد است. النهاية نظر امام تفاوت های اساسی با نظر مشهور دانشمندان اصول دارد که در پی خواهد آمد: ایشان در خصوص امضاء یا اثبات عدم ردع می گویند: «فرجوع الجاهل في هذه الاعصار الى علماء الدين، و ان كان فطرياً و لا طريق لهم بها الا ذالك، لكن هذا البناء، ما لم يكن مشفوعاً بالامضاء.. لا يجوز العمل على طبقه و ...» (امام خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ۱۲۳-۴)

دیده می شود که حضرت امام «مشفوع» بودن، یعنی پیوستگی و اتصال بناء عقلا با امضاء شارع را لازم می داند.

ب: نظر دوم

امام در بحث از بناء عقلا، در مسئله جواز «تقلید» و چگونگی حجّیت آن می فرماید:

سیره عقل، در رجوع به کارشناسان و اهل خبره، در دانش‌ها و علوم مختلف استقرار یافته است. آن‌گاه در ایراد به این «بنا» یعنی رجوع جاهل به عالم می‌گویند که «اجتهاد» در زمان معصومین، نهایتاً با اجتهاد در روزگار ما تفاوت دارد. اجتهاد در عصر حاضر، مانند فلسفه و ریاضیات از علوم نظری است، اما در عصر ائمه اجتهاد، صرفاً رجوع مردم به راویان و به گونه نقل احادیث بوده است و نه مباحث فنی و اصولی و کلامی که در عصر ما، لاجرم بین دانشمندان مطرح است. ایشان نوشته‌اند: «فان علم الفقه، اصبح فی اعصارنا، من العلوم النظرية التي لا تقصر عن العلوم الرياضية والفلسفية في حين، كان في اعصار الائمة (ع) من العلوم الساذجة البسيطة...» (همان، ۱۲۹-۳۰)

نتیجه

نتیجه مهمی که امام از مقایسه اجتهاد در عصر حاضر با «اجتهاد» در زمان ائمه می‌گیرند این است که «بناء عقلا» در روزگار ما، در «منظر و مسمع» معصومین نبوده تا از امضاء و تقریر آن اجتهاد، (اجتهاد عصر معصوم) اجتهاد امروز نیز تأیید شده محسوب گردد. به عبارت دیگر، «بناء عقلا» در رجوع جاهل به عالم در زمان ما، از بناءهای جدید و مستحدث است که متصل به عصر معصوم نبوده است. در عصر ما، رجوع به عالم در واقع رجوع به کسی است که احکام را به گونه‌ای «ظنی» و با تمسک به فنون اجتهادی به دست می‌آورد، و به اصطلاح در عصر ما، باب علم مسدود است، در حالی که در روزگار ائمه باب علم برای فقیه باز بود، و فقیه آن عصر، در تماس و گفت‌وگوی با معصوم (ع)، علم وجدانی پیدا می‌کرد.

امام خمینی در پاسخ به اشکالی که به صورت مذکور طرح می‌کنند، می‌گویند: ارتكازی بودن «رجوع جاهل به عالم برای همه روشن است. ائمه می‌دانستند که در آینده، در میان شیعیان چنین سیره‌ها و روش‌هایی (روش‌های اجتهادی و تقلید از مجتهدان) تأسیس و استقرار پیدا می‌کند (فاما الحوادث الواقعة فارجعوا الی رواة احداثنا)، پس اگر به پیدایی و تکوین این‌گونه بناءهای عقلایی اعتقاد نداشته و مخالف آنها بودند، قطعاً نظر مخالف خود را بیان و اعلام می‌کردند، و چون ردع و منعی از این روش‌ها و سیره‌ها نکرده‌اند، بنابراین همه این

روش‌های عقلایی که در زمان غیبت معصوم شکل می‌گیرد و رواج می‌یابد مورد تأیید و امضای ائمه است، مگر سیره‌هایی که مانند قمار، شراب و یا بیع ربوی مردود اعلام شده است. عبارت امام چنین است:

«... و اَنَّ الاَئمه قد علموا، بَانَ علماء الشيعة في زمان الغيبة و حرمانهم عن الوصول الى الامام... لا محالة يرجع عوام الشيعة الى علمائهم... فلولا ارتضائهم (ع) بذالك، كان عليهم الردع، اذ لافرق بين السيرة المتصلة الى زمانهم و غير هائمًا علموا...» (همان)

از آنچه نقل شد، نتایج زیر حاصل می‌شود:

۱- به جای اطلاع عادی امام از سیره و بناء عقلا که از راه «معاصرت» به دست می‌آید، مطلق اطلاع معصوم از هر طریقی که حاصل شود، کافی است.

۲- بدین وسیله، یعنی جایگزین کردن اطلاع معصوم از هر طریق به وجود سیره، اطلاع و علم معصوم در جایگاه «معاصرت» نشسته است، بر این اساس نیازی به هم‌زمانی «بناء عقلا» با حضور معصوم نیست. امام (ع) به هر صورت از وجود این قبیل سیره‌ها آگاه است، چه معاصر باشد و چه نباشد، لذا در صورتی که مخالف باشد، بر امام است که از آن سیره‌ها پیشگیری و ردع کند و سکوت در واقع و با توجه به وظایف خطیر معصومین، نوعی نقض غرض محسوب می‌شود.

۳- دقت در اظهارات امام نشان می‌دهد که نه تنها علم و آگاهی معصوم در جایگاه معاصرت بناء عقلا با عصر معصوم نشسته، بلکه، آگاهی ائمه، حتی نسبت به بناثات و سیره‌های آینده، (نه فقط سیره‌های زمان ائمه)، طریقی برای «اثبات» و احراز «عدم ردع» نیز می‌باشد. چرا که در صورت ردع معصوم، خبر آن به همه می‌رسید. بر این اساس راهی برای سیره‌های جدید هم باز می‌گردد. (فیض، ۱۳۷۴، ۲۰۶، ۲۱۰)

امام خمینی (قدس سرّه) می‌افزاید:

اماراتی که بر زبان اصحاب و دانشمندان محقق ما جاری می‌گردد، همه، از امارات عقلایی‌ای هستند که عقلا در معاملات و سیاسات و کلیه امورشان، بر آنها تکیه و عمل می‌کنند، و در غیر این صورت، یعنی در صورت عدم توجه و اعتنا به آن امارات عقلایی، گرفتار اختلال نظام

می‌شوند و چرخش آسیای حیات اجتماعی مختل می‌گردد. (مرعشی، همان، ۱۰۲)

نگاهی به «انوار الهدایه»

آنچه امام خمینی در کتاب «انوار الهدایه» که تعلیقه‌ای است بر «کفایة الاصول» آخوند خراسانی، می‌آورد، بسیار قابل تأمل است. نظرات امام در کتاب یاد شده نشان می‌دهد که آن بخش از سیره‌ها و بناءهای عقلایی که از آنان «بما اثم عقلا» شکل می‌گیرد و استقرار می‌یابد، اساساً دارای نوعی از حجیت ذاتی است. در این قسمت اظهارات امام، به نظرات شادروان «علامه طباطبایی» نزدیک می‌شود. (نظرات علامه در صفحات بعد مطرح خواهد شد) امام این‌گونه نوشته‌اند:

«... ما هذا حاله، لامعنی لجعل الحجیة له، و جعله کاشفاً محرراً للواقع بعد کونه کذالک عند کافة العقلا و...» (امام خمینی، ۱۳۷۲، ج ۱، ۶ و ۱۰۵)

و آنچه این‌گونه است، یعنی در صورت عمل نکردن به آن، اختلال نظام را در پی می‌آورد، معنا ندارد که بگوئیم شارع به آن حجیت بخشیده است. در امارات (از جمله بناءهای عقلایی) هیچ‌گونه جعلی مانند: مؤدی به منزله واقع و یا تتمیم کشف و یا آنکه شارع، ظن را به منزله علم قرار دهد و جعل طریقیّت برای آن کند، وجود ندارد پس:

«... روشن می‌شود که بناء عقلا، یک روش عقلایی است که عقلا بماهم عقلا به آن عمل می‌کنند و عمل به آن را ضروری و لازم می‌دانند و عدم اقدام به آن را موجب اختلال نظام و هرج و مرج یا دست کم عسر و حرج به حساب می‌آورند...» (همان، ۱۰۵)

نهایتاً می‌فرمایند: «... و انما الشارع عمل بها، کأنه احد العقلا...» (همان)

به هر صورت نوع نگاه امام خمینی، به سیره و بناء عقلا می‌تواند کاربرد بنای عقلا را در عصر حاضر، از گستردگی فراوانی برخوردار کند و در مواجهه با مسائل عصر جدید فقه را نیرومندتر و فعال‌تر گرداند.

برخی به نظر حضرت امام، در خصوص وظیفه معصومین (ع) در ارتباط با مسائل روزگاران پس از عصر ائمه خدشه‌هایی وارد کرده‌اند، و با استناد به روایاتی که سکوت شارع را نوعی

لطف و رحمت (لنگرودی، ۱۳۷۰، ۶۷) قلمداد می‌کنند، پرداختن به مسائل و مشکلات روزگاران آینده را از قلمرو وظایف معصوم خارج می‌دانند. لیکن به نظر می‌رسد، رسالت معصوم، خصوصاً با توجه به پدیده «خاتمیت» در آئین اسلام، به لحاظ تشریع و تبلیغ، آیندگان را نیز فرا می‌گیرد، و لذا نظریه عدم مسئولیت شارع نسبت به آینده بر اساس درستی استوار نیست.

شهید صدر نیز، که در تبیین ماهیت بناءهای عقلایی، تلاش فراوانی کرده است، بر هم‌زمانی بناء عقلا با عصر معصوم، و امضاء سیره‌ها از سوی شارع تأکید دارد. ایشان همچنین «عدم ردع» را همواره کشف از امضاء نمی‌داند، بلکه بر این باور است که: «ردع» باید متناسب و همسنگ با قوت «مردوع» باشد. توضیح اینکه در قضایای جزئی و شخصی، احراز عدم ردع لازم است، اما در قضایای عمومی و رایج مانند «بناء عقلا»، صرف «عدم وصول ردع» کافی، و حاکی از امضاء شارع است بیان زیر این نکته را باز می‌گوید:

«انّ عدم وصول الردع، کاشف عن عدمه ثبوتاً و ملاک ذالک انّ الردع عن کلّ سيرة المقابل للسكرت عنها، يتحدّد، حجمه و مقداره و عمقه بمقدار تلك السيرة و...» (هاشمی، همان، ج ۲۴۵، ۴) ... ملاک و جوهر این استدلال، چنین است که، درجه و اهمیت ردع از هر سیره‌ای، به اهمیت و درجه نفوذ آن سیره بستگی دارد، خبر ردع معصوم از یک رفتار جزئی ممکن است به ما نرسد، اما ردع از سیره و بنایی که گستره عمومی یافته، باید بارها صورت پذیرد، تا متناسب با شدت و رواج آن باشد.... و بسیار بعید است که خبر ردع چنین سیره و مشی عقلایی به ما (آیندگان) نرسد، یا اخبار و آثار آن پوشیده و پنهان مانده باشد.

نکته مهمی که علاوه بر «ارتکازات»^(۱) غیرعملی عقلا، در آراء شهید صدر وجود دارد و خود ایشان نیز بر نقش آن در حل خیلی از مسائل و معضلات پای می‌فشرند، تفاوتی است که میان عمل خارجی، و روح عمل قائل می‌شوند. نکته‌ای که بنیانی برای اعتبار و حجیت سیره‌های نوظهور و مستحدث می‌باشد.

سؤال این است که امضای سیره عقلایی توسط شارع، تنها همان شیوه مرسوم و متداول زمان معصوم (ع) را در برمی‌گیرد یا شمول آن وسیع‌تر و گسترده‌تر از عمل خارجی بوده و شارع

۱- بناء عقلا تنها رفتار عینی و خارجی و ملموس نیست، بلکه به اعتقاد شهید صدر شامل ارتکازات ذهنی عقلایی که هنوز به مرحله عمل و تحقق خارجی نرسیده نیز می‌گردد.

ملاک بناء عقلایی را امضاء می‌کند. مثلاً سیره عقلا، حیازت را سبب مالکیت می‌داند، گونه‌های حیازت در عصر شارع با زمان حاضر تفاوت بسیار دارد، آیا تأیید سیره عقلایی حیازت توسط معصوم در گذشته، شامل روش‌های عقلا در روزگار ما هم می‌شود؟ شهید صدر می‌گوید:

«... الا انّ الانصاف، دلالة عدم الردع على امضاء تمام النکة العقلایی التي هي اساس العمل الخارجی للعقلا و ملاکة فی نظرهم، لانّ المعصوم له مقام التشريع و ابلاغ احکام الله سبحانه و تعالی و...» (هاشمی، بحوث، ۲۴۶ و ۷)

حق آن است که عدم ردع به معنای امضای تمام ملاک عقلایی است که مبنای عمل خارجی بوده است، نه صرفاً امضای عمل خارجی، لذا دایره امضاء وسیع‌تر از اعمال رایج است... سکوت معصوم، ظهور در امضاء و تأیید ملاک موجود در سیره عقلایی دارد، و نه اینکه فقط عمل متجسّد در خارج را تقریر کند. روشن است که اگر امضاء و تقریر معصوم، ملاک و روح سیره عقلایی را نیز دربرگیرد، عدم ردع و امضاء شارع، شامل سیره‌های نوپیدایی هم خواهد شد که دربردارنده آن روح و ملاک است.

همان‌طور که دیدیم، گرچه امام خمینی (ره) و شهید صدر نیز از طرفداران مکتب «اصالت امضاء» به شمار می‌آیند، اما، ابتکارات و نظرات جدیدی که در تبیین «معاصرت» و امضاء یا «عدم ردع» شارع، ارائه کرده‌اند، ثمرات شیرین و فراوانی می‌تواند همراه آورد. ذیلاً به بررسی مکتب «اصالت اعتبار» و حجّیت بناء عقلا می‌پردازیم، که به نحوی، برای نهاد سیره‌ها و بناءهای عقلایی، حجّیت ذاتی قائل است.

فصل دوم: مکتب اصالت اعتبار

در این دیدگاه، «بناء عقلا»، ذاتاً، دارای اصالت و اعتبار است، و چنان نیست که موافقت (امضاء یا تقریر) معصوم (ع)، تنها راه حجّیت بناءهای عقلا باشد. این اندیشه به طرق مختلفی توجیه و تبیین شده است. گاه به گونه‌ای صریح و روشن، اعتبار بنائات عقلایی به‌ماهم عقلا، مثل «قطع» و یقین، ذاتی اعلام گردیده، گاه دیگر، حجّیت این «بنائات» به عقل و قاعده ملازمه (کلاً حکم به العقل، حکم به الشرع) پیونده خورده است، گاه اعتبار سیره‌های عقلایی، به فطرت

اجتماعی انسان و مصالح و مفاسد، و ضروریات حیات جمعی و حفظ نظام گره خورده است، به گونه‌ای که مخالفت با آنها، جز هرج و مرج و اختلال نظام اجتماعی نمی‌تواند باشد. زمانی دیگر محور اصلی اعتبار، صرفاً عدم مغایرت «بناء عقلا» با اصول و ضوابط شریعت دانسته شده است. این دیدگاه‌ها که تحت عنوان «مکتب اصالت اعتبار» بناء عقلا، فصل دوم این بخش را سامان می‌دهد، می‌تواند، به چند نظریه تقسیم گردد که به صورت زیر موضوع را پی می‌گیریم:

الف - نظر نخست

«بناء عقلا» و عقل

براساس این نظر: روش و «بناء عقلا»، نه خود «موضوعیت» دارد (دارای اعتبار ذاتی نیست)، و نه به لحاظ این است که که کشف از «سنت» می‌کند، بلکه اساس و مستند اعتبار آن، حکم بدیهی عقل است. عقلی که یکی از «منابع» احکام به شمار می‌آید، و با فرض حجیت «عقل» و قاعده ملازمه که می‌گوید: «هرچه عقل به آن حکم کند، شرع نیز بر آن فرمان می‌دهد»، حجیت بناء عقلا هم به عقل برمی‌گردد. در واقع بنائات عقلایی بر پایه «حسن و قبح» عقلی استوار است. محقق آشتیانی در بحث از خبر واحد و استدلال بر بناء عقلا می‌نویسد:

بناء عقلا، کشف علمی از حکم «عقل» به حجیت خبر ثقه و طریقت آن می‌کند، مادام که طریق دیگری از سوی شارع جعل نشده و یا از روش عقلا منع نکرده باشد:

«... والا اعتمادها... یکشف کشفاً علمیاً عن حکم العقل بحجیة خبرالثقة.» (آشتیانی، بی‌نا، ج ۱، ص ۱۷۱) بدین ترتیب سیره عقلا حجیت دارد، چرا که عقل در آن چهره می‌نماید. ایشان در مورد دیگری صریح‌تر می‌گوید:

«الوجه فی اعتبار بناء العقلا فی المقام، علی فرض تحققه، بل فی کلّ مقام، هو کشفه عن حکم العقل، کاجماعهم القولی» (همان، ج ۳، ص ۵۲)

آن‌گاه مرحوم آشتیانی دو گونه حکم عقلی را معرفی می‌کند: حکم منجز عقلی (مستقلات عقلیة)، که شارع مقدس در این قبیل احکام هیچ‌گونه تصرفی ندارد (لاینا له ید الجعل الشرعی)، این نوع از احکام همان احکام بدیهی و مستقل عقل است. در این عرصه اگر امر و نهی هم باشد،

امر و نهی ارشادی است، مانند «اطيعوا الله و اطيعوا الرسول و اولی الامر منکم». نوع دوم حکم غیر منجز عقلی است و مشروط به این است که طریق خاصی از طرف شارع، در آن مورد نرسیده باشد، زیرا که عقل هر چند حکم به ضرورت اطاعت می‌کند لیکن توجه دارد که شیوه اطاعت، بایستی به صورتی باشد، که مقبول شارع است:

«... ان شئت قلت، ان حکم العقل فی باب الطريق، متعلق بموضوع، قابل للارتفاع بحکم الشارع، و هذا بخلاف حکمه فی اصل وجوب الاطاعة» (همان، ج ۱، ۱۷۱) حکم عقل، در مورد شیوه اطاعت، به موضوعی تعلق یافته که توسط شارع قابل ارتفاع و ردع است، به خلاف حکم عقل در اصل وجوب اطاعت مولا، که چنین نیست.

آیه الله بروجردی نیز، بناء عقلا را به «عقل» و تحسین و تقبیح عقلی برمی‌گرداند، ایشان می‌فرمایند:

«... والاستدلال ببناء العقلا، ایضاً لیس من جهة جعل بنائهم وسطاً للاثبات، بل المراد به حکم العقلا بما هم عقلا، بذالك و مرجع ذالك الى حکم العقل بالحجیة.» (منتظری، ۱۴۱۵، ج ۲، ۴۱۷)

نظر مرحوم علامه طباطبایی نیز، هر چند ممکن است نوع و چگونگی استدلال بعضاً به صورت دیگری باشد، به همین دیدگاه (نظر نخست) برمی‌گردد. ایشان بر این باورند که، در صورت وجود بناء عقلا به ماهم عقلا، رضایت شارع نیز مسلم است و نیازی به کشف رضایت شارع و واسطه در اثبات حجیت نیست «بناء عقلا» همانند «قطع» حجیت ذاتی دارد:

«و من هنا يظهر أولاً، ان بناء العقلا، حجة بالذات، بمعنى انه لیس حجة بوسط.» (طباطبایی، حاشیه بر کفایه، ص ۲۰۶)

ایشان در مورد ضابطه «بناء عقلا» می‌گویند: حکم باید از احکام عامه عقلایی باشد که انسان‌ها به فطرت طبیعی و اجتماعی خود بر آن مفطورند و هیچ عاقلی (بما هو عاقل) در آن اختلاف نمی‌کند:

«و مصداقه الاحکام العامة العقلاییة التي لا يختلف فيها اثنان من حث انهما ذوا عقل، كحسن الاحسان و قبح الظلم و» (همان، ۱۸۸)

در مورد وجه حجیت بنائات عقلایی، معتقدند که بناء عقلا مبتنی بر فطرت انسانی و ضرورت نظام اجتماعی است. بنابراین اگر سیره عقلا مستند دیگری جز عقل داشته باشد، دیگر موضوع سیره و بناء عقلا نخواهد بود:

«ثم انك عرفت، في بحث الوضع، ان اعتبار الوضع و الدلالة اللفظية، ما يقضي به الفطرة الانسانية و نظام الاجتماع فهو ما بنى عليه العقلا و لا معنى للردع عنه كما عرفت». (همان، ۲۰۶)

با دقت در آنچه آوردیم، بناء عقلا، در صورتی که برخاسته از حکم «عقلا بماهم عقلا» باشد، و از فطرت انسانی و ضرورت‌های نظام اجتماعی سرچشمه بگیرد، حجیت ذاتی دارد و مثل حکم «عقل» دارای اعتبار است، و ردع در این گونه امور معنایی ندارد.

نتیجه‌ای که می‌توان از «نظر نخست» گرفت این است که اعتبار بناء عقلا که در لسان برخی به «دلیل پنجم» تعبیر شده است، ناشی و کاشف از دلیل «عقل» است. بر این اساس، اگر سلوک عملی خاصی از عقلا صادر شود و مسلم باشد که از حیث عقلانی عقلا (نه حیث عاطفی و ...) و با انگیزه حفظ مصالح عمومی، از آنان نشأت گرفته، امضاء عام شارع را به همراه دارد، و نتیجه مهمی که می‌توان گرفت این است که «بنائات مستحدثه» عقلانی عقلا نیز، امضاء و موافقت شارع را همراه داشته و اثبات امضای خاص لازم نخواهد بود.

ب: نظر دوم

عدم مغایرت با اصول و ضوابط شریعت

در این دیدگاه نیز، بناء عقلا و قوانین و مقررات عقلایی، دارای اصالت و اعتبار است، مگر آنکه با اصول و ضوابط و اهداف و مقاصد اساسی «شریعت» و مبانی آن، تعارضی داشته باشد. این نظر معتقد است که:

- ۱- «بناء عقلا» اصالت دارد، مگر اینکه دلیلی بر ردع باشد (محقق اصفهانی)
- ۲- اگر سیره عقلایی مغایرتی با اصول و ضوابط شرع نداشته باشد اصولاً دارای حجیت و اعتبار است. (شریف العلماء)
- ۳- شریعت اصل را بر آزادی در تدبیر و سازماندهی امور اجتماعی گذاشته و انسان‌ها در

چارچوب معیارها و اصول کلی از آزادی برخوردارند.

* محقق اصفهانی می‌نویسد: هرگاه بناء عقلا با شرایط خود ثابت شود، مانند سایر موارد، از نظر شرعی امضاء شده محسوب می‌گردد. عبارت ایشان چنین است:

«فإن بناء العقلا، اذا ثبت بشرائطه كان ممضی شرعاً كسائر الموارد» (نهاية الدراية، همان، ج ۳)

از نظر محقق اصفهانی، شارع دارای دو حیثیت است:

۱- حیثیت شارع بودن

۲- حیثیت عاقل بودن

با لحاظ حیثیت عقل و عاقل بودن، شارع مقدس، در هر بنای عقلایی وارد است و با عقلا در این بنائات، «متحد المسلك» می‌باشد، چراکه با ملاحظه حیثیت عقلایی، شارع از جمله عقلا و به گفته مرحوم مظفر «رئيس العقلا» و بلکه خالق عقل است. شارع نمی‌تواند، مصالح و مفاسد عامه عقلایی را نادیده انگارد و برخلاف آنها فرمان دهد. پس به طبع اولی و اساساً، شارع در هر بناء عقلایی وارد است، مگر اینکه، بما هو شارع، یعنی با لحاظ حیثیت شارع بودن، احراز و اثبات شود که مخالف مشی عقلا بوده، و با آن روش و بناء عقلایی مخالفت کرده است. در این نظر، «عدم احراز ردع»، به جای «احراز عدم ردع» می‌نشیند و نیازی به احراز رضایت شارع نخواهد بود، در حالی که در نظر مشهور احراز رضایت با «احراز عدم ردع» حاصل می‌آید. محقق اصفهانی می‌گوید:

«أنّ اللازم فی حجة السيرة العقلاییة، مجرد عدم ثبوت الردع عنها من الشارع و لا یجب احراز الامضاء و اثبات عدم ردع، حتی یجب البناء علی عدم حجیتها، بمجرد عدم العلم بالامضاء، او الجهل بعدم الردع لما ذكرنا هناك: من أنّ الشارع بما هو عاقل، بل رئیس العقلا، متحد المسلك معهم، ألّا اذا، احرز اختلاف مسلکهم بما هو شارع.» (همان، ج ۵، ۳۰)

لازمه این نظر، ثمره عمده و مهمی است که: «معاصرت» با معصوم (ع) شرط حجیت یک سیره عقلایی نیست، چراکه ردع و انکاری احراز نشده است، و تنها در صورت «احراز ردع» و احراز عدم رضایت، آن سیره از اعتبار می‌افتد لذا می‌توان این نتیجه را نیز گرفت که بنائات عقلایی «مستحدث» که اصولاً در زمان شارع مطرح و مبتلا به نبوده‌اند، به‌طور کلی دارای

حجّیت و اعتبار هستند.

محقق اصفهانی همین نظر را به استاد خود، آخوند خراسانی نیز نسبت می‌دهد. (همان،

ج ۲، ۹۱)

شهید صدر اشکالاتی بر این نظر دارد که در جای خود به آنها خواهیم پرداخت و در این مقاله برای رعایت اختصار از طرح ایراد و پاسخ به آن می‌گذریم.

و همان‌گونه که ملاحظه کردیم، می‌توان از مبانی و اظهارات محقق اصفهانی این نتیجه را استنباط یا استخراج کرد که «بناء عقلایی» در صورتی که با ردع صریح شارع مواجه نگردد، امضاء شده محسوب است. به عبارت دیگر، بناء عقلا «بماهم عقلا»، در طول شریعت مقدس اسلامی است و اصولاً تعارض و تضاد می‌با آن ندارد.

* مرحوم شریف‌العلماء مازندرانی، نیز از مدافعان همین نظر (عدم مغایرت با اصول و ضوابط) است. ایشان هر سیره‌ای را که مواجه با ردع معصوم (ع)، نشده حجت می‌داند، چه، به آن سیره در زمان معصوم عمل شده (معاصرت) و چه عمل نشده باشد. عبارت چنین است:

«ثم اعلم، أنّ بناء العقلا حجة، مالم يرد دليل على خلافه...» (شریف‌العلماء، ضوابط الاصول، ۳۹۹) تا زمانی که دلیلی برخلاف «بناء عقلا» وارد نشده، این بناء و سیره حجت است، و در صورت تردید در وجود دلیل مخالف، به وسیله اصل (ظاهراً اصل عدم)، احتمال وجود آن را نفی می‌کنیم. و با انضمام این اصل، بنای عقلا حجت می‌شود. (همان)

یکی از مدافعان این نظر (عدم مغایرت) در مورد سیره‌های عقلایی می‌گوید:

معاملات به معنای اعم (در مقابل عبادات) یعنی مجموعه: عقود، ایقاعات، احوال شخصیه، سیاسات مدنی، بین‌المللی و خلاصه آنچه یک نظام و حکومت در تشکیلات حکومتی خودش به آن نیازمند است (زمان و مکان در آن تأثیر دارد) و اینکه مردم برای برقراری نظام معیشتی و اقتصادی خودشان، چگونه و طبق چه الگویی آن را برقرارکنند، در اینجا شارع مردم را به خودشان موکول نموده است، و حتی شریعت فرمود، اصل مقررات و قوانین را هم خودتان بیاورید. البته چارچوبی هم مقرر فرمود که نباید به احدی ظلم شود، و هیچ کس نباید از حقوقی که خداوند متعال و طبیعت برایش مقرر کرده است محروم شود و هرکسی باید در چارچوب

قانون از حقوقش بهره‌مند گردد معنای آزادی این است که باید خود مردم در شئون زندگی شخصی و اجتماعی خودشان تصمیم بگیرند ولی اگر مردم به طور مطلق به خودشان واگذار گردند و حد و مرزی برای آنان در این تصمیم‌گیری معین نشود، ممکن است هرکس مطابق میل و خواست خودش، حد و مرز تعیین کند، و چه بسا حقوق ضعفا در این تعیین حد و مرز پایمال شود. (معرفت، نقد و نظر، ش ۱، ۶۰ تا ۶۹)

آقای معرفت می‌افزاید:

شارع مقدس در تنظیم جوامع بشری، در ابعاد مختلف، ایجاد نظم و جعل مقررات را به عرف موکول کرده است. مراد از عرف، همان جوامع متمدن دنیا است، اعم از اینکه مسلمان باشند یا نباشند، و مراد از مقررات، آن است که عرف عقلای جهان، آن را، به عنوان اصول عقلاییه پذیرفته باشند. مانند:

«مرزبندیهای جغرافیائی، نظام حقوقی رفت و آمد، نظام بانکی، سیاست‌های بین‌المللی و ... معاملات را شرع وضع نکرده است.» (همان، ۶۳)

این نظر می‌گوید:

«... جاودانگی اسلام اقتضا می‌کند که شارع قواعدی را در اختیار فقها و عالمان دینی قرار دهد، که بتوانند با آن قواعد، بناهای عقلایی را ارزیابی کنند و چارچوبهای نظام اجتماعی و فردی را معین کنند... شارع مقدس فرمود نباید عقد ضرری و سفهی و غری باشد، اما اسم عقد و معامله چیست؟ به اسلام و شارع ربطی ندارد و ...»

صاحب نظر دیگری، در این زمینه می‌افزاید:

رجوع به عرف عقلا بسیار مهم است، بنا نیست که هر چیزی را شارع در آن دخالت بکند، بدون شک شارع در اموری دخالت کرده است، و در آنجایی که دخالت نکرده، انسان آزاد است. (همان، گرجی، ۳۷) فقهاء گذشته هم، به عرف و بنائات عقلایی زمان خود توجه خاصی داشته‌اند: «... ما آن وقت (عصر علامه حلی) سه نوع تجارت بیشتر نداشتیم، ولی امروزه عرف عقلای جهان، ده نوع تجارت قائل هستند. (آیا می‌شود گفت:) مضاربه صحیح نیست مگر اینکه با پول نقد، مسکوک از طلا و نقره باشد؟ علامه حلی زمان خودش را ارزیابی کرده ...» (نقد و نظر،

همان، ۶۹-۷۰)

نظری که در بالا به آن اشاره رفت، بر این باور است که شارع دست عرف و عقلا را در امور مربوط به زندگی و تدبیر امور اجتماعی بازگذاشته است. روایات زیادی هم این واقعیت را تأیید می‌کنند. برخی از این روایات در تفسیر آیه: «لاتسئلوا عن اشیاء ان تبد لكم تسؤکم» وارد شده است، مانند: (۱)

«ان الله... وعفا عن اشیاء رحمة منه لكم من غیر نسیان فلا تتکلفوها (تتکلموها). (ری شهری،

میزان الحکمة، ج ۵)

علت سکوت در حقیقت رحمت بر مردم و به اصطلاح همان «مصلحت تسهیل» است که دانشمندان علم اصول در مورد آن بحث‌هایی کرده‌اند، موضوعی که تحت عنوان «منطقه الفراغ» نیز از آن سخن رفته است. (شهید صدر، همان) میدانی که حکم در آن موارد به مردم واگذار شده و به اصطلاح منطقه العفو، یا موارد «مالانص فیه» محسوب می‌شود. البته باید توجه کنیم که «منطقه الفراغ» عبارت از میدان‌های آزاد حقوقی یا فقهی است که شارع در آن عرصه‌ها حکم تأسیسی و امضایی ندارد، چه به صورت، عموم یا اطلاق، و چه به صورت تقریر یا امضاء، زیرا که اگر مورد تحت پوشش عموم یا اطلاق قرار گیرد، تعبیر سکوت یا «منطقه العفو» معنایی نخواهد داشت.^۲ به عبارت دیگر، باید گفت: اطلاق یا عموم نیز نوعی بیان محسوب می‌شود.

* - استاد محمد جواد مغنیه را هم می‌توان از پیروان و طرفداران همین نظر شمرد. ایشان می‌گوید:

مادام که منع شارع، ممکن نیست و امضاء تحصیل حاصل است، نیازی نیست که بگوئیم شارع این عرف یا سیره عقلایی را ردع نکرده و یا امضاء و تأیید کرده است و ...» (مغنیه، علم اصول الفقه، ۲۲۲)

در توضیح همین سخن دکتر فیض می‌نویسد:

«مراد استاد مغنیه این است که شارع مقدس، عرف را به‌طور عام و در هر عصر معتبر دانسته و تقریر کرده است، و اگر بازهم بخواهد، تقریر و امضاء کند، تحصیل حاصل

است.» (فیض، ۱۳۷۴، ص ۲۰۵)

مغنیه در مورد دیگری تصریح می‌کند که در باب معاملات فقها به اصول و قواعد کلی استناد می‌کنند:

«... و معنی هذا، ان احکام المعاملات لیست من صنع الشارع کی یجب التعبد بها، بل هی آراء و نظرات شخصیّه و...» (مغنیه، ۱۳۹۸، ص ۹۱۹)

در احکام عمومی و اجتماعی (نه عبادات) از قبیل: حقوق مدنی، حقوق اجزای عمومی و اختصاصی، تجارت، حمل و نقل، بیمه، مالیه، بین‌الملل عمومی و خصوصی، حقوق دریایی و دریاها و حقوق قضایی و حقوق دیگر، زمان و مکان تأثیر دارد. می‌توان گفت، تعبیری که از تأثیر زمان و مکان در احکام و موضوعات بحث می‌کند، همان عرف و بناء عقلا است.

«اساس احکام عمومی، بر مصالح و مفساد جامعه استوار است صحیح است که این‌گونه احکام امضایی است، ولی تصور اینکه شارع تنها مقررات زمان خود را، یعنی عرف جاهلی را امضاء کرده است، به هیچ وجه درست نیست، بلکه احکام عرف در همه زمان‌ها را امضاء کرده است.» (گرجی، نقد و نظر، همان، ۴۸۰۹)

برخی حتی نظر بالا را از اظهارات امام خمینی نیز استخراج کرده‌اند. دکتر فیض می‌نویسد: «از... بیاناتی که از امام خمینی و بعضی دیگر از علماء بزرگ نقل شد، می‌توان اطمینان داشت که هر سیره عقلایی که عقلا جامعه در میان خود رایج کرده‌اند، درباره هر موضوعی از موضوعات و هر پدیده‌ای از پدیده‌های اجتماعی که باشد، چه به زمان معصوم متصل گردد، یا منفصل از آن باشد، همه آن سیره‌ها حجت هستند و ما می‌توانیم در پناه آن بسیاری از مسائل اجتماعی خود را حل و فصل کنیم.» (فیض، ۱۳۷۴، ۲۱۰)

در این خصوص، نظر ذیل نیز قابل تأمل است:

این نظر می‌گوید: «عقل جمعی» اگر آگاهانه و با توجه به «مصلح و مفساد»، و شناخت انسان و هدف از خلقت او تحقق یابد، می‌تواند منشأ حقوق قرار گیرد. امور عقلایی، از جمله، «احکام امضائی»، هرکجا در لسان ادله مسکوت مانده و شارع حق یا حکم خاصی را مقرر نکرده باشد، می‌توان «اراده عمومی» جامعه را ملاک حق یا حکم قرار داد:

زیرا: «در این گونه امور سکوت آگاهانه شارع و عدم ردع او، دلیل بر رضایت و جواز رجوع به سیره و تشخیص عقلا و اراده عمومی آنان خواهد بود.» (منتظری، ۱۳۸۳، ۲۰ و ۱۹)

آنچه در نظر یاد شده قابل توجه است، اصطلاح «عقل جمعی»، یا «اراده عمومی» است که به نظر می‌رسد تعبیر دیگری از سیره و «بناء عقلا»یی باشد.

گرایش‌هایی که تاکنون تحت عنوان: «حجیت بناء عقلا»، عرضه شد، اعتبار «بنائات عقلایی»، یا «عقل جمعی»، را در محدوده‌ای ویژه، و در چارچوب، اصول، ضوابط، معیارها، و یا در سایه اطلاعات و عمومات متون بررسی می‌کردند. برخی دیگر نیز یا معتقد به «احراز» عدم ردع بودند، و یا اینکه عدم «احراز ردع»، یا عدم وصول ردع را کافی برای حجیت سیره‌های عقلایی می‌دانستند. آنچه در صفحات آینده، با عنوان «گرایش سوم» مطرح می‌شود، در این قبیل موارد چشم‌انداز و دیدگاه سومی را عرضه می‌کند، که در زبان فارسی، از سابقه چندانی برخوردار نیست. دیدگاه نسبتاً جدیدی است که از محدوده‌های یاد شده، فراتر رفته، هرچند با اشارات گذرایی در برخی کتاب‌ها و اقتراح‌ها طرح شده است:

گرایش سوم

این گرایش را می‌توان تحت عنوان: «مکتب اصالت اهداف و مقاصد» مورد مطالعه قرارداد. این گرایش معتقد است: آنچه بسیار مهم است توجه به پیام اصلی دین و اهداف و مقاصد اصلی شریعت و یا حفظ جوهره و روح پیام دین یا ادیان است. صاحبان این اندیشه معتقدند که: نباید «مقاصد شارع» را با «راه نیل به آن مقاصد» یکی دانست. (سروش، ۱۳۸۱، ۱۰۵) اینها می‌گویند: پیامبران برای تغییر سطح معیشت، و یا حتی برای تغییر سطح معرفت مردم قیام نکردند. نگفتند مثلاً: زمین متحرک است، یا قلب مرکز ادراک نیست. آنها به مردم طب و فلسفه، یا ریاضیات یا صنعت نیاموختند. شیوه زندگی و تولید مردم را هم تغییر ندادند و بلکه کار مهم پیامبران الهی، آوردن معنی و محوری نو برای زندگی بود، گفتند:

«قل ان صلاتی و نسکی، و محیای و مماتی، لله رب العالمین»^(۱)

این نظر می‌گوید:

«... احکام اجتماعی اسلام متکی به عرفیات جامعه است... فقها گفته‌اند ۹۹ درصد احکام اجتماعی اسلام، امضایی‌اند. اگر پیامبر در عصر ما ظهور می‌کرد، بدون دست زدن به کثیری از اشکال زندگی امروزی، محور و کانون معنوی جدیدی برای زندگی می‌آورد. با قبول عرف عصر از مردم می‌خواست، تا حیاتشان را به کانون معنوی دین معطوف کنند...» (همان، ۵ و ۱۰۳)

نظر اخیر، نابرابری‌ها در حقوق و فقه اسلامی مانند: نابرابری بین حقوق زن و مرد، مسلمان و غیرمسلمان و ... را «جزء عرضیات» فقه می‌داند، که می‌توانند در عرصه زمان و مکان و بنا به مقاصد و مصالح تغییر و تبدل داشته باشند. آنها می‌افزایند:

«این عرضیات منبعث از شرایطی هستند که پیامبر در دل آنها مبعوث شدند، و به هیچ وجه جزء ارزش‌های مطلق و متعالی انسانی محسوب نمی‌شوند، و به همین سبب می‌توانند مشمول اجتهادات عصری واقع شوند، و جای خود را به عرفیات و آداب و ارزش‌های دیگر بدهند، و همچنان حافظ مقاصد شارع باشند.» (همان، ۱۰۴)

مشخصات و ویژگی‌های گرایش سوم را می‌توان به صورت زیر خلاصه کرد:

۱- اوامر و نواهی شرعی در عرصه معاملات (چون سایر عرصه‌ها) مانند: نکاح، طلاق، عقود و ایقاعات امور عقلایی بودند، نه رازگونه، تصرفات پیامبر اسلام در هر سه قلمرو (عبادات،^(۱) معاملات و سیاست و احکام) احکامی عقلانی یا عقلایی بود. البته در عرصه عبادات، تغییر بسیار اندک بوده است.^(۲)

۲- در طول تاریخ اسلام، فقه همواره دانشی عقلایی بوده و در بستری عقلایی عمل کرده است. دانشورانی چون غزالی و شاطبی علم فقه را شرح و بسط مقاصد پنجگانه شریعت: حفظ دین، عقل نسل، مال و جان، دانسته‌اند.

۳- اجتهاد و افتاء، همواره ملتزم به مراعات عقلانیت هر عصر و دوران بود. در فتاوا همیشه یک مصلحت شرعی و یا یک مصلحت عقلایی ملحوظ بود و تلاش این بود که این مصالح

۱- ان الصلوة تنهى عن الفحشاء والمنکر، جاثیه ۲۹ و نیز: قصص ۲۲.

۲- در عرصه عبادات، تغییر زمانی پیدا می‌شود که یک مصلحت دینی یا عقلایی آن را ایجاب کند. (مانند: قربانی کردن در حج و...)

نقض نشود.

۴- چارچوب‌های اصلی موجود در عبادات و معاملات، نه مصالح شرعی، و نه مصالح عقلایی مسلمانان را مخدوش می‌کند. اجتهادات در این دو قلمرو، هنوز هم در راستای مقاصد اصلی است. در موارد خاص و استثنایی فقیهان به اجتهاد جدید دست می‌زنند و به اصطلاح به اجتهاد در «زمان و مکان» می‌پردازند و تعادل فقه را با «عقلانیت عصر حاضر» حفظ می‌کنند.^(۱)

۵- در باب سیاست، (حدود، قصاص، دیات و...)، فقه بر بستر عقلایی حرکت نکرده و موجب تقویت مصالح شرعی و عقلایی مسلمانان نشده است، باید ببینیم، با کدام سیستم کیفری و قضایی، و با کدام نظام حکومتی و سیاسی، سازماندهی اجتماعی و قضایی، «عادلانه» خواهد شد، و حرمت الهی انسان مصون خواهد ماند.

۶- نصوص وارد در کتاب و سنت و علم فقه نشان می‌دهد که نصوص مربوط به باب سیاست با فرهنگ و واقعیات اجتماعی و سیاسی عصر نزول ارتباط داشته و در صدد تنظیم عادلانه همان «واقعیت»ها بوده است.

مثلاً هدف احکام کیفری، مهار کردن عادلانه و اخلاقی انتقام کشی رایج در میان اعراب آن عصر بوده است، افراد یک قبیله، در مقابل یک قتل، نفرات بسیاری از قبیله دیگر را می‌کشتند. پیامبر برای مهار این وضعیت فرمود: در برابر یک قتل تنها یک قصاص مجاز است، و در باب مجازات سارق و زناکار و جرایم دیگر روش اثبات سختی در نظر گرفته شد، مداخله پیامبر (ص) بدان‌گونه بود که روش اثباتی دشواری را وضع کرد، تا هر فرد و قبیله‌ای نتواند با نسبت دادن زنا به دیگری، قتل و خونریزی راه بیندازد. پیامبر اکرم (ص) در صدد تأسیس نظام ویژه‌ای در آن ابواب نبوده و به «عرف عادلانه» زمان خود عمل می‌کرده است و نصوص هم، پرسش‌های عصر، در قرون گذشته را پاسخ می‌داده است.

۷- دلالت نصوص به احکام (و پرسش‌های عصر حاضر) منتفی است. مسئله ما در این زمان، جلوگیری از انتقام‌های بی حد و حصر نیست. در زمانه ما همه این موارد، بنا به اصطلاح شهید

۱- فتوایی مثل: طهارت اهل کتاب و حلیت ذبائح آنها، جواز قربانی حج در ایران، عدم جواز جهاد ابتدائی، حلیت موسیقی، شرایط ضمن عقد در سند ازدواج، فروش خون، قوانین مربوط به مالیات‌ها، کار و معادن، قوانین مبتنی بر مصلحت، طلاق قضایی، بیمه‌ها، قراردادهای بانکی، تلفیق مصنوعی، پیوند اعضاء مسئله شطرنج و...

صدر جزء «منطقة الفراغ» است. مجموع نصوص، یک جهت‌گیری کلی را در اقدامات پیامبر(ص) نشان می‌دهند. آن جهت‌گیری عبارت از دعوت آن حضرت به: «عدالت و رحمت» است. «حقوق کیفری» و روابط سیاسی و حکومتی، باید بر مبنای عدالت، استوار گردد.

۸- تحولات فرهنگی جامعه‌ها می‌تواند «دالت» متون دینی و غیردینی را دگرگون کند، مثلاً «دالت مفهومی» را به «دالت منطوقی» و برعکس، و «دالت حقیقی» را به «دالت مجازی» و... مبدل کند. دالت نصوص در عصر ما، دالت بر عنصر: «عدالت و رحمت» است، و نه دالت بر احکام معین. اگر ما به آن دالت متناسب با عدالت پاسخ گوئیم، از خداوند اطاعت کرده‌ایم.

۹- باید در هر عصری قوانین و نهادهای فقهی و حقوقی و کیفری، که در جامعه مسلمانان مورد عمل است، با این معیار که درجه سازگاری و ناسازگاری آنها با سلوک توحیدی مردم تا چه اندازه است مورد بررسی قرار گیرند. هرگاه بررسی صاحب نظران صلاحیتدار، نشان دهد که پاره‌ای از قوانین و عرف‌ها، در جامعه معینی، مانع سلوک توحیدی انسان‌ها می‌شود، در اصلاح، تعدیل و تغییر آنها، هیچ‌گونه تردیدی نباید کرد. این اقدام تغییر قانون الهی نیست. قانون جاودانه الهی همان اصول ارزشی ناشی از حقانیت سلوک توحیدی است، و گرنه قوانین قابل تغییرند. این کوشش برای حفظ ارزش‌های جاودانه الهی و حقانیت سلوک توحیدی لازم است.

۱۰- شارع مقدس، در باب معاملات، سیاسات و نظام‌ها، قوانین ابدی و لایتغیر، تأسیس نکرده است. این مبنای فقهی خود بر یک مبنای کلامی و ویژه‌ای استوار است. در این مبنای کلامی، خداشناسی، انسان‌شناسی، جامعه، حقوق و.. معانی خاص خود را دارند. به هر تقدیر، مسلمانان وظیفه دارند در هر عصر «عدالت» عینی آن عصر و مصداق‌های ایجابی و سلبی عدالت را با بحث‌های عقلانی مشخص کنند، و آن را اساس سازماندهی عادلانه اجتماعی و سیاسی خود قرار دهند، و این وظیفه بزرگی برای قیام به عدالت و اجتناب از ظلم است. فقیهان و دانشمندان اسلامی در گذشته، برای حفظ علم فقه در بستر عقلایی هر عصری، این راه را به ما نشان داده‌اند. رویکرد به عدالت حقوق بشری، در عصر حاضر، این مهم را برآورده خواهد ساخت. (شبستری، اندر باب اجتهاد، ص ۱۰۱ و بعد، مغنیه، فلسفات اسلامی، ص ۹۱۹ و...)

در این گرایش به نکات و موضوعات دیگری نیز اشاره شده است که می‌توان آنها را به

صورت زیر خلاصه کرد:

۱۱- هر حکم شرعی تا زمانی که تأمین کننده «مصالح نوعیه» باشد، اعتبار دارد و هرگاه این مصلحت‌ها، اعتبار خود را از دست بدهند، آن احکام نیز موضوعاً منتفی خواهند شد، بر این اساس اگر عقل یقین پیدا کند که مصلحت یک حکم شرعی، از میان رفته، باید آن حکم را کنار بگذارد.

۱۲- سه شرط: عقلایی بودن، عادلانه بودن، و برتر از راه‌حل‌های دیگر ادیان و مکاتب بودن، ملاک پذیرش احکام شرعی است و عرف هر زمان نیز ملاک تشخیص عقلانیت و عدالت، و... می‌باشد. انسان معاصر یقیناً برده‌داری را ظالمانه و غیرعقلایی می‌داند، تبعیض حقوقی ناشی از اعتقاد و عقیده و یا ناشی از جنسیت را عادلانه و عقلایی نمی‌داند، محدودیت آزادی‌های مذهبی را غیرعادلانه می‌شمرد و...

این بود برخی از محورها و اصولی که گرایش سوم آنها را مطرح کرده است. همان‌طور که دیدیم در این گرایش، به «عقل جمعی» عقلانی یا عقلایی بودن روش‌ها و عرف‌ها، به گونه‌ای بازتر و گسترده‌تر از سایر دیدگاه‌ها، تکیه و تأکید شده و اساس قوانین و مقررات را همان «عقلایی» بودن سیره‌ها و روش‌ها، دانسته‌اند. همچنین توجه اکیدی به حفظ مقاصد و اهداف دین و «غایات» احکام شده است در این گرایش سخنی از «احراز عدم ردع» یا «عدم احراز ردع» و یا امضاء و تقریر و سکوت شارع به چشم نمی‌خورد و حفظ اهداف و مقاصد مبنای اصل به شمار می‌رود. بر نظریه اهداف و مقاصد، انتقادهایی که وارد شده است که در جای خود به آنها می‌پردازیم. در این مورد به این کتاب‌ها مراجعه فرمائید: (آملی، ۱۳۷۲، ص ۲۲۸ و غفاری، شریعت صامت، ۱۳۶۸، ص ۱۵۰، و نصری، ۱۳۷۹، ص ۱۹۰ و...)

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

۱- «بناء عقلا»، یکی از دلایل اصلی و قواعد کلی می‌باشد. قواعدی که می‌توانند سرچشمه فروعات بسیاری باشند، مانند: «قاعده صحت»، «قاعده ید»، «قاعده لزوم»، «قاعده تسلیط»، «قاعده حیات مباحات»، «قاعده علی‌الید»، «قاعده اقرار»، و قواعد دیگری که دانشمندان فقه و

اصول در کتاب‌های «قواعد فقه» به تبیین و توضیح آنها پرداخته‌اند.

۲- همان‌طور که در آغاز بحث خاطر نشان کردیم، حجیت بنائاتی که در «مری و مسمع» معصومین (ع) بوده محل بحث و مناقشه نیست، آنچه بیشتر محل نزاع و اختلاف است، بناءهای عقلایی «مستحدث» و جدید است. در این خصوص، یعنی حجیت و اعتبار بنائات جدید عقلایی، به عنوان نتیجه می‌توان گفت:

۲/۱- آن دسته از امور و بناهای عقلایی که به حکم قطعی عقل برمی‌گردد، همواره معتبر است و حجیت دارد. این موارد، در حوزه «مستقلات عقلیه» قرار می‌گیرد و جزء بدیهیات عقلی محسوب می‌شود.

۲/۲- روش و به اصطلاح مذاق شارع مقدس در اکثر احکام معاملاتی، حفظ نظامات و مصالح جوامع انسانی است. مثلاً «احتکار» در کلام امیرالمؤمنین (ع)، مخالف مصلحت عمومی شمرده شده است. می‌فرماید: از احتکار منع کن که پیامبر (ص) از آن منع می‌کرد زیرا که:

«فذلك باب مضرة للعامة»، و همان‌طور که دیدیم در بسیاری از بناءهای عقلایی که به مصالح عمومی و حفظ نظم و نظامات جامعه برمی‌گردد، نظر حضرت امام خمینی و مرحوم علامه طباطبایی چنان بود که امکان مخالفت با آن نظامات اساساً وجود ندارد و گرنه موجب اختلال می‌گردد در همین زمینه است که فقها می‌گویند:

... در مسئله احیاء، شارع مقدس به گونه‌ای مطلق وارد مسئله شده است و تعریف یا معنای خاصی را برای احیاء در نظر نگرفته است، و به‌طور کلی عادت و روش شریعت در این قبیل موارد، ارجاع مردم به «متعارف و معهود» بین آنان است. «... و عادة الشرع فی ذالک ردّ الناس الی المعهود عندهم». (فیض الاسلام، ۱۳۷۱، ۱۰۱۷)

بر این اساس غالب بناءهای عقلایی که در زمینه مصالح نوعی جوامع شکل می‌گیرد و عقلا در آن روش‌ها و سیره‌ها «بماهم عقلا» مشی می‌کنند مورد تأیید یا دست کم محل سکوت شارع است، و ردی در آن بناءها دیده نمی‌شود، نظری به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که به تأیید فقهاء عصر رسیده است، این حقیقت را نشان می‌دهد.

۲/۳- علاوه بر اینکه در خیلی از موارد بنائات عقلایی نظیر: بیمه، شرکت‌ها، مضاربه و امثال

اینها، به عموماً مانی مانند «اوفوا بالعقود»، «احلّ الله البيع» و یا «المؤمنون عند شروطهم» استناد می‌شود و گاه نیز از «شرط ضمن العقد» استفاده می‌کنند، نهاد بسیار مهم «مصلحت» که در عباراتی مثل: مصلحت نظام، مصالح عمومی، مصالح ملی، مصلحت اسلام و امثال اینها، به کاربرده می‌شود، با تمسک به احکام حکومتی می‌تواند در اعتبار «بناء عقلا» نقش چشمگیری داشته باشد. خصوصاً با توجه به اینکه احکام حکومتی فراتر از چارچوب و قلمرو احکام فرعیه است. (امام خمینی، ج ۷، ۱۷۰) در حقیقت نهاد «مصلحت» زمینه پذیرش آن بخش از سیره‌ها و بناءهای عقلایی را که با برخی از ظواهر شرعی سازگار نیست، یا سازگاری و موافقت آن مورد اختلاف است، فراهم می‌کند. اینکه در احکام حکومتی، حق جعل چنین احکامی وجود دارد، به نظر برخی از فقها، از جمله امام خمینی (ره) از احکام اولیه است. بناء عقلا می‌تواند، پایه و اساس خیلی از «مصالح» باشد. بر این اساس سیره‌های «مستحدث»ی که دارای مصلحت بوده و مثلاً شورای تشخیص مصلحت، لزوم رعایت آن را تشخیص داده باشد عمل به آن سیره و بناء، با توجه به حکم حکومتی، لازم می‌شود، هرچند با برخی از اطلاقات تعارض داشته باشد. در واقع ورود عنصر «مصلحت» که قلمروی وسیع‌تر از «مصالح مرسله» در فقه جمهور دارد در تقنین و تفقه و تأسیس شورایی برای شناسایی موارد آن (مصلحت)، نشانه روشن، از کشفی بسیار مهم است. مجمع تشخیص مصلحت، که در آن مصالح ملی، بدون قید و بند خاصی و به صورت «مرسله» توسط عرف عقلای قوم تعیین می‌شود، شکل نهادینه و عملی دخالت عرف و بناء عقلا است.

۲/۴- علاوه بر تمام مواردی که «عقل» یا عقلا (بماهم عقلا) در آن موارد حکمی دارند و حکم شارع (به فرض وجود) حکمی ارشادی است و به اصطلاح، «مایرشد الیه العقل» است، در تمامی مواردی هم که شارع مقدس، در آن موارد حکم ندارد، بنائات عقلایی می‌تواند اعتبار و حجیت داشته باشد. این موارد همان «منطقة الفراغ» یا «منطقة العفو» است، منطقه‌هایی که شریعت، با عمد و علم، سکوت کرده است. مواردی که در اخبار و روایات نیز به آن اشاره شده است. مثلاً در روابط بین دولت‌ها و حقوق بین‌الملل عمومی، و خصوصی نیز، که ناظر بر روابط افراد، یا مناسبات دولت‌ها در عرصه بین‌الملل است، بنائات عقلایی شاید صددرصد حاکم

است. این موارد، حوزه مباحثات است که بیشتر میدان جولان عقل عرفی است، مگر ردع و منع صریحی از سوی شارع وجود داشته باشد.

۲/۵- تفاوت نهادن بین عمل خارجی (امری که در خارج تحقق یافته)، و روح عمل نیز می تواند در اعتبار سیره های نوظهور نقش و اثر داشته باشد. امضاء یا عدم ردع شارع تنها متوجه به عمل خارجی نیست، بلکه ناظر به روح عمل و «تمام نکته عقلایی» است. بنابراین اگر سیره های مستحدث، دارای همان نکته عقلایی و همان روح باشد، این بنائات حجت و معتبر خواهد بود. شهید صدر که از معتقدان مکتب اصالت امضاء است، در این مورد به «حیازت» اشاره دارد «اصل سببیت حیازت برای ملکیت یک ارتکاز عقلایی است، در آن زمان مصادیق حیازت با آلات آن زمان بوده است، ولی در زمان ما، ابزار و آلات تغییر کرده، ولی بناء عقلا بر حیازت در زمان ما هم معتبر است و مورد تأیید شارع خواهد بود.

۲/۶- بناء های عقلایی در عرصه عبادات که دارای حقایق ملکوتی هستند نمی تواند کاربرد داشته باشد. حوزه مشورت رسول اکرم (ص) با دیگران نیز، هرگز در عرصه های عبادی نبوده است. موضوعات عبادی اغلب دارای ملاکات الهی است. حدیث معروف، «انّ دین الله لایصاب بالعقول» به همین ملاکات اشاره دارد.

۲/۷- همچنین از بررسی مجموع نظرات این نتیجه هم قابل حصول است که با توجه به دو عنصر زمان و مکان در صورتی که مستنبط به قطع و یقین برسد که اجرای حکمی فاقد «مصلحت» یا موجب وهن شریعت است، و از سوی دیگر با بناء قطعی عقلا و عقل تضاد دارد، با استناد به بنائات عقلایی عقلا می تواند از اجراء حکم خاصی صرف نظر کند. البته خصوصاً این مورد به دقت و تأمل ویژه ای نیازمند است که قطعاً اهل فن، جوانب و شرایط آن را معین می کنند. این بحث بیشتر می تواند به بحث عقل مربوط باشد، موضوعی که تحت عنوان «تخصیص کتاب و سنت» به وسیله دلیل عقلی در اصول فقه مطرح می گردد. شاید بتوان گفت، در برخی موارد، عرف عام و سیره عقلا هم می تواند اطلاق و عموم ادله را تخصیص و تقیید بزند. مثال در این مورد حیازت و احیاء است. بدین توضیح که آیا «بناء عقلا» در عصر ما نمی تواند اطلاق: «من احیی ارضاً میته فهی له» را مقید کند؟ سوالی که در صورت پاسخ منفی

به آن مواجه با اختلال‌های عدیده‌ای در نظام اقتصادی و حقوقی خواهیم شد، و این قبیل اختلال‌ها را عقل و «بناءعقلا» در عصر حاضر نمی‌پذیرد.

شروط استناد به بناء عقلا

نه تنها تمسک به سیره‌ها و بناءهای عقلایی می‌توانند مورد سوءاستفاده یا دست کم استفاده‌های بی‌مورد قرار گیرند، بلکه هر نهاد، هر دلیل یا منبع حقوقی و فقهی در معرض این بی‌توجهی یا بی‌احتیاطی است. باید ضوابط و شروطی توسط اساتید و صاحب‌نظران، قلمرو استناد به این قبیل «نهادها» را منضبط کند.

توجه به شروط و ضوابط زیر، می‌تواند درآمدی بر تلاش دانشمندان باشد:

۱- بناءعقلا، در هیچ موردی با اصول و مبانی و همچنین اهداف و مقاصد اصلی شریعت، نباید مخالفت داشته باشد. دانشمندان مقاصد عمده شریعت را حفظ و صیانت از: دین، جان، عقل، نسل و مال شمرده‌اند. (غزالی، ۱۳۲۲، ج ۱، ۲۸۴) هرچند برخی از دانشوران به تعداد این مقاصد، افزوده‌اند. (احمدی، ۱۳۷۵، ۱۳۸)

۲- پذیرش بناءهای عقلایی، هیچ‌گاه نباید برخلاف موازین «عدالت» باشد. هر سیره یا بناء عقلایی که نتیجه آن به نحوی ستم بر گروه‌هایی از افراد گردد قطعاً مردود و مردوع است.

۳- برای اجراء بندهای ۱ و ۲، حتی‌الامکان باید تعاریف دقیق و منضبطی از «عدالت» «عقلانیت» و «مصلحت» داشته باشیم. البته روشن است که این تعاریف با مشکلات و دشواری‌هایی همراه است، اما به مصداق «مالا یدرک کله، لایترک کله»، نمی‌شود نهاد حقوقی و فقهی مثلاً «مصلحت» را بدون ضوابط مشخصی رها کرد. دانشمندان جمهور برای «استصلاح» شروط و ضوابطی نظیر: قطعی بودن، ضروری بودن، و کلی، یعنی عام‌المنفعه بودن را برشمرده‌اند. «اهداف و مقاصد» اصلی شریعت نیز باید حتی‌الامکان مضبوط و منضبط گردد.

۴- علاوه بر عرصه عبادات که ملاکات و ویژه‌ای دارد، در عرصه امور کیفری و مجازات‌ها هم عرف یا بناءهای عقلایی نمی‌تواند، در جایگاه نص و قانون نشسته تعیین تکلیف نماید. عرف و بناء عقلا، نمی‌تواند تعریف‌کننده یا به وجود آورنده جرم و مجازات گردد. در این عرصه به

اصطلاح حقوقدانان اصل: «قانونی بودن جرم و مجازات» است، و سکوت یا نقص یا تعارض قوانین، با توجه به منزلت انسان، به نفع متهم تفسیر می‌گردد. (کی‌نیا، ۱۳۴۸، ۲۱۵)

منابع و مأخذ:

- ۱ - آشتیانی، محمدحسن، بحرالفتا، ج ۱، چاپ سنگی، (بی تا).
- ۲ - احمدی، محمدامین، (۱۳۷۵)، در جستجوی ریشه‌ها، نقد و نظر، سال دوم، شماره دوم.
- ۳ - اسلامی، سیدحسن، (۱۳۷۳)، حجیت سیره، نقد و نظر، سال اول، شماره اول.
- ۴ - اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، نه‌ایة الدرایه، ج ۳، چاپ سنگی، اصفهان (بی تا).
- ۵ - امام خمینی، روح الله، (۱۳۸۵)، الرسائل، ج ۲، رسالة الاجتهاد و التقليد، علمیه، قم.
- ۶ - امام خمینی، روح الله، (۱۳۷۲)، انوار الهدایه، ج ۱، موسسه تنظیم و نشر آثار امام، تهران، چاپ اول.
- ۷ - امام خمینی، روح الله، (۱۳۶۱)، صحیفه نور، ج ۷، تهران، وزارت ارشاد.
- ۸ - امام خمینی، روح الله، (۱۴۱۵ ق)، کتاب البیع، ج ۴، موسسه نشر اسلامی، قم.
- ۹ - انصاری، شیخ مرتضی، فرائد الاصول، ج ۱، دارالاعتصام للطباعة و النشر، (بی تا).
- ۱۰ - بجنوردی، میرزا حسن، (۱۳۹۳)، القواعد الفقهیه، ج ۵، چاپ نجف.
- ۱۱ - بروجردی، سید حسن، (۱۳۹۹)، جامع احادیث الشیعه، تحقیق اسماعیل معزی، قم، چاپ علمیه.
- ۱۲ - جزایری، سید نورالدین، (۱۳۷۷)، مبانی آزادی در کلام و فقه شیعه، فصلنامه علوم سیاسی، ش ۳، سال اول.
- ۱۳ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۵۱)، دانشنامه حقوقی، ج ۲، ابن سینا، تهران.
- ۱۴ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۰)، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، گنج دانش.
- ۱۵ - جوادی آملی، عبدالله، (۱۳۷۲)، شریعت در آینه معرفت، نشر رجاء، چاپ اول.
- ۱۶ - حسینی حائری، سیدکاظم، (۱۴۰۷)، مباحث الاصول، ج ۱، (تقریرات درس شهید صدر)، چاپ اول.
- ۱۷ - حکیم، محمدتقی، (۱۹۷۹)، اصول العامة للفقهاء المقارن، موسسه آل البيت للطباعة.
- ۱۸ - رحیمیان، سعید، (۱۳۷۴)، مقاله روش کشف ملاک، نایع فقه و زمان و مکان، «مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی»، ج ۷، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۱۹ - سروش، عبدالکریم، (۱۳۸۱)، اخلاق خدایان، طرح نو، تهران، چاپ چهارم.
- ۲۰ - سروش، عبدالکریم، (۱۳۷۶)، مدارا و مدیریت، صراط، تهران، چاپ اول.
- ۲۱ - شاطبی، ابواسحاق، الموافقات فی اصول الشریعه، ج ۱، دارالکتب العلمیه، (بی تا).
- ۲۲ - صدر، محمدباقر، (۱۳۹۵)، المعالم الجدیدة للاصول، انتشارات نعمان، نجف اشرف، چاپ دوم.

- ۲۳ - طباطبائی، سید محمدحسین، حاشیه الکفایه، بنیاد علمی و فکری علامه، (بی تا).
- ۲۴ - طباطبائی، محمدحسین، (۱۳۹۴)، المیزان، ج ۸، دارالکتب الاسلامیه، تهران.
- ۲۵ - عراقی، آقاضیاء، نهایه الافکار، قسم اول، جزء رابع، موسسه نشر اسلامی، (بی تا).
- ۲۶ - غزالی، محمد، (۱۳۲۲)، المستصفی، ج ۱، امیریه، مصر، چاپ اول.
- ۲۷ - غفاری، حسین، (۱۳۶۸)، شریعت صامت، نشر حکمت، چاپ اول.
- ۲۸ - فیض الاسلام، (۱۳۷۱)، نهج البلاغه، نامه به مالک اشتر.
- ۲۹ - فیض، علیرضا، (۱۳۷۴)، مبادی فقه و اصول، چاپ دانشگاه تهران، چاپ هفتم.
- ۳۰ - قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- ۳۱ - قانون مدنی.
- ۳۲ - قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، تهران، شرکت، الرضوان (بی تا).
- ۳۳ - کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، مقدمه علم حقوق، شرکت سهامی انتشار، تهران.
- ۳۴ - کاظمی خراسانی، محمدعلی، (۱۴۰۶ ق)، فوائدالاصول، ج ۳، موسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول.
- ۳۵ - کدیور، محسن، (۱۳۸۱)، سنت و سکولاریسم، مجموعه گفتارها، صراط، تهران، چاپ اول.
- ۳۶ - کدیور، محسن، مجله آفتاب، شماره ۲۸.
- ۳۷ - کی نیا، مهدی، (۱۳۴۸)، کلیات مقدمانی حقوق، دانشگاه تهران، چاپ اول.
- ۳۸ - گرجی، ابوالقاسم، نقد و نظر، سال اول، شماره اول، اقتراح.
- ۳۹ - مازندرانی، شریف العلماء، ضوابط الاصول، تصحیحی محمد شریف، (بی جا، بی تا).
- ۴۰ - مجتهد شبستری، محمد، (۱۳۸۲)، اندر باب اجتهاد، طرح نو، تهران، چاپ اول.
- ۴۱ - مجتهد شبستری، محمد، (۱۳۸۳)، ایمان و آزادی، طرح نو، تهران، چاپ چهارم.
- ۴۲ - مجتهد شبستری، محمد، (۱۳۸۳)، تأملاتی در قرائت انسانی از دین، طرح نو، تهران، چاپ اول.
- ۴۳ - مجتهد شبستری، محمد، (۱۳۷۵)، هرمنوتیک، کتاب و سنت، طرح نو، تهران، چاپ اول.
- ۴۴ - محقق اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، نهایه الدراية، ج ۳، چاپ سنگی، اصفهان، (بی تا).
- ۴۵ - محمدی، ابوالحسن، (۱۳۸۰)، مبانی استنباط حقوق اسلامی، دانشگاه تهران.
- ۴۶ - محمدی ری شهری، محمد، (۱۳۶۲)، میزان الحکمه، ج ۵، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
- ۴۷ - مرعشی، سید محمدحسن، (۱۳۷۳)، «اقتراح»، نقد و نظر، سال اول، شماره اول.
- ۴۸ - مظفر، محمدرضا، (۱۳۷۰)، اصول الفقه، ج ۲، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ چهارم.
- ۴۹ - مظفر، محمدرضا، (۱۳۸۶ ق)، اصول فقه، ج ۲، طبع دار نعمان، نجف، چاپ دوم.
- ۵۰ - معرفت، محمدهادی، اقتراح در مورد مبانی اجتهاد، نقد و نظر سال اول، شماره اول.

- ۵۱ - مغنیه، محمدجواد، (۱۹۷۵)، علم اصول الفقه، فی ثوبه الجديد، بیروت، دارالعلم للملایین.
- ۵۲ - مغنیه، محمدجواد، (۱۳۹۸)، فلسفات اسلامی، وزارة المعارف للمطبوعات، بیروت.
- ۵۳ - مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۸)، القواعد الفقهیه، ج ۱، مدرسه الامام علی (ع)، قم.
- ۵۴ - منتظری، حسین علی، (۱۳۸۳)، رساله حقوق، انتشارات سرابی، قم، چاپ اول.
- ۵۵ - منتظری، حسین علی، (۱۴۱۵)، نهایة الاصول (تقریرات درس آیت الله بروجردی)، ج ۲، نشر تفکر.
- ۵۶ - نائینی، محمدحسن، (۱۴۰۶ ق)، فوائد الاصول، تقریر شیخ محمدعلی کاظمی خراسانی، ج ۳، موسسه انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول.
- ۵۷ - هاشمی، سیدمحمد، بحوث فی علم الاصول، (۱۴۰۵ ق)، تقریرات درس شهید سیدمحمد باقر صدر، نشر مجمع علمی شهید صدر.