

منابع حقوق در قرآن

محمد بهرامی

یکی از مباحث مهم فلسفه حقوق، بحث منابع حقوق است. منابع حقوق در نظام حقوقی اسلام با آنچه در سایر نظامهای حقوقی به عنوان منابع حقوق شناخته می شود یکسره متفاوت است. در دیگر نظامها، حقوق، انسان مدار است و دین هیچ گونه نقشی در شکل گیری حقوق ندارد، و حقوقدانان نیز خویش را ناگزیر از مراجعه به متون دینی و بهره گیری از رهنمودهای ادیان نمی بینند. اما در سازواره حقوقی اسلام، دین به عنوان مجموعه ای از آیات و روایات و اجماع و... تنها منبع حقوق است و انسان شایستگی وضع حقوق را ندارد. البته در بسیاری از کشورهای اسلامی که حکومت دینی نیست تلفیقی از منابع حقوق اسلامی و حقوق موضوعه به عنوان منابع حقوق معرفی می شود؛ برای نمونه در کشور پادشاهی اردن، دین در کنار قانون، عرف، رویه قضایی، دکترین قضایی آمده است و از جهت رتبه پس از قانون، رویه قضایی، دکترین قضایی و عرف قرار گرفته است. بنابراین شایسته است در این نوشتار که با هدف بحث در منابع حقوق سامان گرفته است نخست منابع حقوق اسلامی به بحث و بررسی نهاده شود، آن گاه منابع حقوق وضعی و ارتباط آن با منابع حقوق اسلامی و امکان مستندسازی آن منابع به آیات قرآن مورد توجه قرار گیرد.

منابع حقوق اسلامی

دو گفتمان متفاوت را در منابع حقوق اسلامی می توان ردیابی کرد:

۱. گفتمان شیعه، ۲. گفتمان اهل سنت. در گفتمان نخست، منابع حقوق، محدود به کتاب، سنت، عقل و اجماع است، هر چند گروهی در تعداد این منابع و چند و چون آن با یکدیگر اختلاف دارند. در گفتمان اهل سنت افزون بر منابع یاد شده قیاس، استحسان، مصالح مرسله، سد ذرایع و فتح ذرایع نیز در شمار منابع حقوق قرار گرفته هر چند در میان این گروه نیز در تعداد و اصالت منابع یاد شده ناسازگاری وجود دارد. بنابراین شایسته است تمامی منابع به بحث و بررسی گذاشته شود و به صورت گذرا به اختلافات اشاره گردد.

۱. قرآن

نخستین منبع حقوق در نظام حقوق اسلامی قرآن است. تواتر و اعجاز قرآن و مرجع بودن آن برای زدودن ناسازگاری ها که در آیات زیر آمده نشانگر حجیت قرآن است.

«قل لئن اجتمعت الإنس و الجنّ علی أن یأتوا بمثل هذا القرآن لایأتون بمثله و لو کان بعضهم لبعض ظهیراً» اسراء/ ۸۸

بگو اگر انسانها و جنیان اتفاق کنند که همانند این قرآن بیاورند همانند آن را نخواهند آورد؛ هر چند یکدیگر را کمک کنند.

«و إن کنتم فی ریب ممّا نزلنا علی عبدنا فأتوا بسورة من مثله و ادعوا شهداءکم من دون الله إن کنتم صادقین» بقره/ ۲۳

و اگر در آنچه بر بنده خود نازل کرده ایم شک و تردید دارید یک سوره همانند آن بیاورید و گواهان خود را فراخوانید؛ اگر راست می گوئید.

«تنزیل الکتاب لاریب فیه من ربّ العالمین» سجده/۲

این کتابی است که از سوی پروردگار جهانیان نازل شده، و شک و تردیدی در آن نیست.
«إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَ لَاتُكِنُّ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا»
نساء/۱۰۵

ما این کتاب را بحق بر تو نازل کردیم؛ تا به آنچه خداوند به تو آموخته در میان مردم قضاوت کنی،
و از کسانی مباش که از خائنان حمایت نمایی!

«و ما ینطق عن الهوی. إن هو الاّ وحی یوحی» نجم/۳-۴
و هرگز از روی هوای نفس سخن نمی گوید. آنچه می گوید چیزی جز وحی که بر او نازل شده
نیست!

بخشی از آیات قرآن ناظر به روابط انسانها با یکدیگر است و این آیات مهم ترین معیار در حقوق
اسلامی است.

آیات قرآن تنها محدود به رابطه انسان با خدا و یا رابطه انسان با انسان و جامعه نیست، بلکه تمامی
این روابط در آیات قرآن تبیین و تحلیل شده است؛ برای نمونه:

۱. بخشی از آیات، ناظر به حقوق اساسی است؛ مانند

«یا ایها الذین آمنوا أطيعوا الله و أطيعوا الرسول و أولى الأمر منکم» نساء/۵۹

ای کسانی که ایمان آورده اید؛ اطاعت کنید خدا را و اطاعت کنید پیامبر خدا و اولی الامر را.

«ولاترکنوا إلی الذین ظلموا فتمسکم النار و ما لکم من دون الله من أولیاء ثم لاتنصرون»
هود/۱۱۳

و بر ظالمان تکیه نکنید؛ که موجب می شود آتش شما را فرا گیرد و در آن حال هیچ سرپرستی
جز خدا نخواهید داشت و یاری نمی شوید.

۲. گروهی از آیات از حقوق طبیعی و فردی، چون حق حیات و حق بیان، سخن می گوید:

«و لاتقتلوا النفس الّتی حرّم الله إلاّ بالحقّ» اسراء/۳۳

«ولاتقتلوا اولادکم خشیة إملاق» اسراء/۳۱

«الرحمن. علم القرآن. خلق الإنسان. علمه البیان» الرحمن/۱-۴

«ن و القلم و ما یسطرون» قلم/۱

۳. برخی از آیات قرآن نیز ناظر به حقوق جزا است مانند:

«الزانیة و الزانی فاجلدوا کلّ واحد منهما مائة جلدة» نور/۲

هر یک از مرد و زن زناکار را صد تازیانه بزنید.

«والذین یرمون المحصنات ثمّ لم یأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانین جلدة» نور/۴

و کسانی که زنان پاکدامن را متهم می کنند سپس چهار شاهد نمی آورند؛ آنها را هشتاد تازیانه
بزنید.

۴. تعدادی از آیات نیز بیانگر حقوق خانواده است؛ برای نمونه:

«الرجال قوامون علی النساء بما فضلّ الله بعضهم علی بعض و بما أنفقوا من أموالهم»
نساء/۳۴

مردان، سرپرست و نگهبان زنانند؛ به خاطر برتری هایی که خداوند برای بعضی نسبت به بعض دیگر قرار داده است و به خاطر آن که از اموالشان (در مورد زنان) انفاق می کنند.

۲. سنت

سنت در اصطلاح فقها در برابر بدعت به کار می رود، و در مواردی نیز سنت معادل واژه مستحب است. ۱. اما در اصطلاح اهل اصول، سنت عبارت است از قول یا فعل یا تقریر معصوم؛ هرچند برخی از اصول شناسان قیدهایی بر این تعریف افزوده اند؛ برای نمونه برخی گفته اند: سنت عبارت است از قول یا فعل یا تقریر معصوم از جهت دلالت آن بر احکام» ۲.

در نظام حقوق اسلامی سنت حجّت است و به عنوان دومین منبع حقوق شناخته می شود. برخی از آیاتی که دلالت بر حجیت سنت دارد عبارتند از:

«یا ایها الذین آمنوا أطیعوا الله و أطیعوا الرسول و أولى الأمر منکم» نساء/۵۹

«من یطع الرسول فقد أطاع الله» نساء/۸۰

«و ما کان لمؤمن و لا مؤمنه إذا قضی الله و رسوله أمراً أن یكون لهم الخیره من أمرهم و من یعص الله و رسوله فقد ضلّ ضلالاً مبیناً» احزاب/۳۶

«یا ایها الذین آمنوا استجبوا لله و للرسول إذا دعاکم لما یحییکم» انفال/۲۴

«و ما آتاکم الرسول فخذوه و ما نهاکم عنه فانتهوا» حشر/۷

«و إذا دعا الی الله و رسوله لیحکم بینهم إذا فریق منهم معرضون. و إن یکن لهم الحقّ یأتوا الیه مذعنین. أ فی قلوبهم مرض أم ارتابوا أم یخافون أن یحیف الله علیهم و رسوله بل أولئک هم الظالمون. إنّما کان قول المؤمنین إذا دعا الی الله و رسوله لیحکم بینهم أن یقولوا سمعنا و أطعنا و أولئک هم المفلحون. و من یطع الله و رسوله و یخش الله و یتقه فأولئک هم الفائزون» نور/۴۸-۵۲

و چون به سوی خدا و پیامبر او خوانده شوند، تا میان آنان داوری کند، ناگاه دسته ای از آنها روی برمی تابند. و اگر حق به جانب ایشان باشد، به حال اطاعت به سوی او می آیند. آیا در دلهاشان بیماری است، یا شک دارند، یا از آن می ترسند که خدا و فرستاده اش بر آنان ستم ورزند؟ بلکه خودشان ستمکارند. گفتار مؤمنان - وقتی به سوی خدا و پیامبرش خوانده شوند تا میانشان داوری کند - تنها این است که می گویند: «شنیدیم و اطاعت کردیم.» اینانند که رستگارانند. و کسی که خدا و فرستاده او را فرمان برد و از خدا بترسد و از او پروا کند، آنانند که خود کامیابند.

۳. اجماع

سومین منبع حقوق، اجماع است. اجماع در لغت، معانی متفاوتی دارد؛ ۳؛ چنان که در اصطلاح نیز اصول دانان تعریف های متفاوتی برای اجماع می آورند؛ از جمله: اتفاق امت پیامبر بر حکمی، اتفاق مجتهدان بر حکمی شرعی، اتفاق مجتهدان در یک عصر خاص و اتفاق اهل حل و عقد. ۴. امامیه نیز اجماع را حجت می دانند، اما ایشان بر خلاف اهل سنت آن را دلیل مستقلى نمی شناسند، بلکه کاشف از سنت می خوانند، هر چند در چند و چون دسترسی به اجماع و امکان آن سخن بسیار است.

بسیاری از فقهای اهل کلام، اجماع را حجّت می دانند، اما نظام و جعفر بن حرب و جعفر بن مبشر چنان که حکایت شده حجیت اجماع را باور ندارند.^۵

آنان که اجماع را حجت می دانند در مستند حجیت اجماع اختلاف دارند؛ گروهی عقل را دلیل حجیت اجماع می دانند، و برخی تنها ادله نقلی را مستند اجماع می نامند،^۶ و بسیاری از عقل و آیات و روایات در اثبات حجیت اجماع بهره می گیرند.^۷

مستندات قرآنی حجیت اجماع عبارت است از:

۱. «و من يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى و نصله جهنم و ساءت مصيراً» نساء/ ۱۱۵

در این آیه شریفه خداوند پیروی از راه مؤمنان را خواستار شده و از مخالفت ایشان حذر داده است چنان که از سرپیچی از پیامبر نهی کرده است و پیروی از مؤمنان را با پیروی از خدا و پیامبر قرین ساخته است.^۸

«و كذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس و يكون الرسول عليكم شهيداً» بقره/ ۱۴۳

در این آیه شریفه که از سوی بلخی و جبائی و رمانی و بسیاری از فقها برای حجیت اجماع مورد استفاده قرار گرفته است، مسلمانان، عدول (امت وسط) معرفی شده اند و از عدول جز حق انتظار نیست. بنابراین شهادت فقها یا امت یا... حق است چنان که شهادت پیامبر بر مسلمانان حق است و حجّت.^۹

۳. «كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف و تنهون عن المنكر و تؤمنون بالله و لو آمن أهل الكتاب لكان خيراً لهم منهم المؤمنون و أكثرهم الفاسقون» آل عمران/ ۱۱۰

خداوند در این آیه شریفه امت پیامبر را بهترین امت معرفی می کند. این وصف نشان می دهد که آنچه امت پیامبر بر آن اتفاق دارند حق است و پیروی از آن واجب است. افزون بر این توصیف این امت به «یأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر» نشان می دهد که اتفاق ایشان بر معروف معتبر است، چنان که اتفاق ایشان بر ترک شیء از لزوم ترک آن خبر می دهد.^{۱۰}

۴. «واعصموا بحبل الله جميعاً و لا تفرقوا» آل عمران/ ۱۰۳

اجماع، ریسمان الهی است، پس واجب است تمسک به اجماع.

۵. «فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله و الرسول إن كنتم تؤمنون بالله و اليوم الآخر ذلك خير و أحسن تأویلاً» نساء/ ۵۸

بر اساس این آیه شریفه ایمان آوران هرگاه در چیزی نزاع داشتند باید آن را به خدا و پیامبر بازگردانند؛ بنابراین اگر نزاعی نبود، به این گونه که تمام امت اجماع بر چیزی داشتند، دیگر بازگشت به خدا و پیامبر ضروری نیست.

استدلال به این آیات که به باور مستندسازان دلالت بر حجیت اجماع به عنوان یک دلیل مستقل در کنار کتاب و سنت دارد ناتمام است و از دیدگاه دانشمندان اصولی شیعه اشکالاتی چند بر هر یک از مستندات وارد است.^{۱۱}

اجماع در نظام حقوقی اسلام بسیار کاربرد دارد و بخشی از قواعد حقوقی بر اساس اجماع شکل گرفته است. برای نمونه صحت عقد استنصاع، نتیجه اجماع است، ناروایی کشتن مجرمی که تاکنون

حدّ بر او جاری نشده و تنها یک یا دو بار حدّ خورده برگرفته از اجماع است، و هم چنین است لزوم صیغه در عقود و تنجیز در عقود و... .

۴. عقل

در اصول شیعه عقل تا قرن پنجم هجری به عنوان یکی از ادله احکام معرفی نمی شد. شیخ مفید و شیخ طوسی هیچ اشاره ای به عقل به عنوان یکی از ادله احکام ندارند. در قرن ششم ابن ادریس در کتاب سرائر، عقل را در کنار کتاب، سنت، و اجماع مطرح می کند، اما مقصود و مراد خویش از عقل را تبیین نمی کند. غزالی نیز که از عقل به عنوان دلیل چهارم نام می برد عقل را تنها دلیل بر اصل می داند، نه دلیل بر وظیفه شرعی مکلف.

در حجیت عقل، میان دانشمندان علم اصول اختلاف است، اخباریان شیعه عقل فطری را حجت نمی دانند و دلایلی چند بر حجیت نداشتن آن عرضه می کنند. به باور ایشان تنها منبع، کتاب و سنت است، و عقل و اجماع و... ساخته و پرداخته اهل سنت است.

افزون بر اخباریان، اشاعره نیز دلایلی بر عدم حجیت عقل عرضه می کنند. در برابر این دو گروه، اصول دانان شیعه از حجیت و اعتبار عقل دفاع می کنند و از اشکالات و دلایل اخباریان و اشاعره پاسخ می دهند. ۱۲ برخی از اهل سنت نیز در دفاع از اعتبار عقل و حجیت آن سخن می گویند و عقل را یکی از بزرگ ترین نعمات الهی معرفی می کنند و سخنان و ادله مخالفان اعتبار عقل را با جایگاهی که قرآن برای عقل و عاقلان می شناسد ناسازگار می خوانند.

برای نمونه جمال عطیه دیدگاه وهبه زحیلی درباره عقل و نامعتبر بودن آن را زمینه ساز راهیابی خرافات و باطنی گری می داند و نظریه وی را با حکم شرع که حکایت از میزان بودن عقل برای تکلیف دارد ناسازگار می شناسد. ۱۳

۵. قیاس

یکی از منابع حقوق در نگاه اهل سنت قیاس است. قیاس به باور امام الحرمین و ابن منیر در خور تعریف نیست؛ چه اینکه قیاس از حقایق گوناگونی چون حکم، اصل، فرع، علت و... شکل می گیرد و در این صورت امکان تعریف حقیقی قیاس ناممکن است. ۱۴ در برابر این گروه، بسیاری از فقها و اصول شناسان اهل سنت تعریف قیاس را ممکن می خوانند و تعاریف متفاوتی برای آن عرضه می کنند.

ابوبکر باقلانی می نویسد:

«القیاس حمل معلوم علی معلوم فی إثبات حکم لهما أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما من إثبات حکم أو صفة أو نفيهما عنهما».

این تعریف از سوی جوینی و غزالی و فخررازی و... نیز پذیرفته شده است. ۱۵

قاضی عبدالجبار می گوید:

«القیاس حمل الشیء فی بعض أحكامه بضرب من الشبهه».

ابوهاشم جبائی، شریف مرتضی، ابوالحسن بصری، ابومنصور ماتریدی و ابواسحاق شیرازی نیز از

جمله دانشمندان هستند که قیاس را تعریف کرده اند. ۱۶

حجیت قیاس

به باور بسیاری از اهل سنت، قیاس حجّت است، و کتاب و سنت و اجماع و عقل، دلالت بر حجیت قیاس دارد. برخی از آیاتی که حجیت قیاس را نتیجه می دهند عبارتند از:

۱. «یا ایها الذین آمنوا أطیعوا الله و أطیعوا الرسول و أولی الأمر منکم فإن تنازعتم فی شیء فردّوه إلى الله و الرسول إن کنتم تؤمنون بالله و الیوم الآخر ذلک خیر و أحسن تأویلاً» نساء/۵۹

بر اساس آیه شریفه استنباط علت از کتاب و سنت و روشهایی که ظن آور است، بازگشت به خدا و رسول است و ما نیز بر اساس آیه به هنگام اختلاف وظیفه داریم به کتاب و سنت مراجعه کنیم.

بنابراین وظیفه داریم به قیاس نیز مراجعه کنیم، و این نیست مگر به معنای حجیت قیاس. ۱۷.

۲. «هو الذی أخرج الذین کفروا من أهل الکتاب من دیارهم لأوّل الحشر ما ظننتم أن یخرجوا و ظنّوا أنّهم مانعتم حصونهم من الله فأتاهم الله من حیث لم یحتسبوا و قذف فی قلوبهم الرعب یخربون بیوتهم بأیدیهم و أیدی المؤمنین فاعتبروا یا أولی الابصار» حشر/۲

جمله «فاعتبروا یا أولی الابصار» دلالت بر حجیت قیاس دارد، چه اینکه اعتبار از عبور مشتق شده است و قیاس نیز عبور از حکم اصل به حکم فرع است. ۱۸.

۳. «قال من یحیی العظام و هی رمیم. قل یحییها الذی أنشأها أوّل مرّة» یس/۷۸-۷۹

در این آیه شریفه خداوند به قیاس برای ابطال ناباوران بعث استدلال می کند. خداوند ایجاد حیات پس از مرگ را به آفرینش نخستین انسانها قیاس می کند. آن خدایی که بر آفرینش نخستین توانا است بر بازآفرینی آفریده ها پس از مرگ ایشان نیز قادر است. استدلال به قیاس، تأیید حجیت قیاس از سوی خداوند است. ۱۹.

۴. «یا ایها الذین آمنوا لا تقتلوا الصید و أنتم حرم و من قتله منکم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم» مائده/۹۵

شافعی از این آیه برای حجیت قیاس سود برده است؛ به باور او تمثیل شیء به عدل شیء و وجوب کفاره به مثل بدون تعیین مثل، نشان از حجیت قیاس دارد.

قیاس در نگاه اصولیان شیعه اگر منصوص العله باشد یا از نوع قیاس اولویت باشد حجّت است. اما اگر مستنبط العله باشد یا بر اساس تخریج مناط انجام گرفته باشد حجیت ندارد، هر چند برخی از بزرگان شیعه قیاس منصوص العله را نیز حجّت نمی دانند؛ مانند سید مرتضی علم الهدی و شیخ طوسی.

در متون حقوق، نشانه ای از جایز بودن یا ممنوع بودن قیاس وجود ندارد، بنابراین می توان علی القاعده از قیاس در انواع حقوق بهره برد، مگر در حقوقی که نیاز به نصّ صریح دارد. برای نمونه در حقوق جزا بهره وری از قیاس نادرست می نماید، چه اینکه جرم و جزا بایستی به صورت مشخص و دقیق در قانون آمده باشد. بر این اساس تفسیر موسّع که قیاس نوعی از آن است در حقوق جزایی ممنوع است.

صبحی محمصانی برای کاربرد قیاس در حقوق این گونه نمونه آورده:

«به موجب قانون اسلام، بیمار در بیماری ای که به مرگ بینجامد از تصرفاتی که به زبان ورثه یا بستانکاران باشد منع می شود، بویژه در مورد اقرار و بخشش، و علت این ممنوعیت، وجود احتمال

مرگ است. بنابراین قطعاً این حکم در مورد شخص محکوم به اعدام یا کسی که به میدان مبارزه و جنگ می رود و مانند ایشان آن نیز باید عمل شود.

مثال دیگر: دیوانه از لحاظ تصرفات مالی در حکم صغیر غیر ممیز و معتوه در حکم صغیر ممیز است و این به ملاحظه قیاس در علت آنها می باشد؛ چه نداشتن عقل و ادراک علت حکم دوم است.» ۲۰

۶. استحسان

تعاریف بسیاری برای استحسان آمده است؛ گروهی استحسان را ترک قیاس و عمل به آنچه سازگارتر با دیدگاه مردم است معرفی می کنند، عده ای استحسان را آسان خواهی در باب احکام می شناسند. مالکیه استحسان را توجه به عنصر مصلحت و عدل معرفی می کنند، یکی از فقیهان حنفی آن را عدول از موجب قیاس به قیاس قوی تر یا تخصیص قیاس به دلیلی قوی تر از قیاس می خواند و شاطبی استحسان را عمل به دلیل قوی تر از میان دو دلیل تعریف می کند. ۲۱

بسیاری از اهل سنت برخلاف شافعی و داودظاهری استحسان را حجّت می دانند و به آیاتی چند استدلال می کنند. ۲۲ برخی از آن آیات عبارتند از:

«الذین یستمعون القول فیتبعون أحسنه» الزمر/۱۸

«واتبعوا أحسن ما أنزل الیکم من ربکم» الزمر/۵۱

آیه نخست در مقام ثنا و ستایش کسی است که از بهترین قول پیروی می کند. بنابراین استحسان حجّت است.

در آیه دوم نیز شارع به پیروی از بهترین چیزی که فرود آمده است فرمان می دهد. ۲۳ برای نمونه حنفی ها تصرف سفیه را در صورتی که وصیت کند اموالش را در امور خیریه مصرف کنند نافذ می دانند، و این حکم از باب استحسان است، چه اینکه هدف از بازداشتن سفیه از تصرف در اموالش آن است که به زیان خویش عمل نکند و سربار جامعه و دیگران نگردد. بنابراین در چنین موردی بر اساس قیاس، وصیت سفیه نافذ نیست، اما حنفیان از باب استحسان، حکم به درستی این وصیت می کنند. امامیه برخلاف مالکیان و حنفیان و حنبلیان استحسان و قیاس را حجّت نمی شناسند.

۷. مصالح مرسله

این اصطلاح از دو کلمه مصالح و مرسله شکل گرفته است، مصلحت آن گونه که غزالی تعریف کرده است عبارت است از جلب منفعت و دفع ضرر، اما در مورد بحث، مصلحت به معنای محافظت بر مقصود شرع است و مقصود شرع از آفرینش، پنج چیز است:

۱. دین؛ ۲. عقل؛ ۳. نفس؛ ۴. نسل؛ ۵. مال

بنابراین هرآنچه نگاهبانی از این اصول را در بر داشته باشد مصلحت نامیده می شود و هر آنچه به

نابودی این اصول بینجامد مفسده خوانده می شود. ۲۴

ارسال نیز به معنای عدم اعتماد بر هر نص شرعی است.

مالک و احمد و پیروان ایشان مصلحت مرسله را حجت می دانند و آن را طریقی شرعی برای استنباط حکم در صورت نبود نص و اجماع می دانند. به باور ایشان جمع آوری قرآن توسط ابوبکر، وضع خراج از سوی عمر، تهیه مصحف واحد از سوی عثمان از باب مصالح مرسله است. در برابر این گروه، حنفیه، شافعیه، ظاهریه و شیعه حجیت مصلحت مرسله را باور ندارند و از دلایل و مستندات حجیت مصالح مرسله پاسخ می گویند.

در نگاه اهل سنت، خارج ساختن مولفه قلبیهم از موارد مصرف زکات، جواز کشتن اسیران مسلمانی که سپر بلای کفار حربی شده اند، تبعید نکردن زن زناکار، ابراء ذمه پزشک و دامپزشک و... از مصادیق عمل به استحسان است. در حقوق شیعه نیز مواردی در باب مصالح مرسله وجود دارد - هر چند حجیت مصالح مرسله را باور ندارند - برای نمونه برابری دیه اهل کتاب با مسلمانان، تعلیق حکم سنگسار زن زناکار، حق کسب و پیشه و سرقتی موضوع ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر، خسارت تأخیر پرداخت بدهی و مواردی از این دست، نمونه های رعایت و اجرای مصالح مرسله به شمار می آیند.

۸. سدّ ذرایع

سدّ به معنای بستن و ذریعه به معنای وسیله است. ۲۵ مراد از این عنوان آن است که کارهای جایز و حلالی که در راستای عمل حرامی قرار گیرد حرام است. برای نمونه فروش انگور به کسی که با آن شراب می سازد حرام است.

برخی از مذاهب فقهی مانند مالکیان و حنبلیان حجیت سدّ ذرایع را باور دارند و به آیاتی از قرآن برای حجیت آن استناد می کنند و حنفیان و شافعیان و شیعه حجیت سدّ ذرایع را منکرند و از مستندات قرآنی گروه نخست پاسخ می دهند.

برخی از آیاتی که دلالت بر حجیت سدّ ذرایع دارد عبارت است از:

«ولاتسبوا الذین یدعون من دون الله فیسبوا الله عدواً بغير علم»

در این آیه شریفه خداوند از دشنام بتان نهی کرده است و علت این نهی آن است که دشنام به بتان و معبودهای ناحق، وسیله و زمینه ای است برای دشنام دادن هواداران آنها به خداوند.

«یا ایها الذین آمنوا لاتقولوا راعنا و قولوا انظرنا و اسمعوا»

نهی در آیه شریفه از به کار بردن کلمه «راعنا» به آن جهت است که یهود این واژه را وسیله ای برای دشنام پیامبر کرده بودند.

در این دو آیه هر چند در اصل، دشنام بتان و گفتن راعنا جایز است، اما برای جلوگیری از دشنام به خداوند و دشنام به پیامبر، از دشنام بتان و گفتن راعنا نهی شده است. ۲۶

برخی از قواعد حقوقی اسلام بر اساس سدّ ذرایع شکل گرفته است؛ برای نمونه:

اجاره منزل به کسی که در آن مرتکب حرام شود، یا اجاره اتومبیل به کسی که از آن در راستای اعمال نامشروع خویش بهره جوید و... ممنوع است. چنان که فروش سلاح گرم و سرد به آدم کشان حرام است.

۹. فتح ذرایع

بار مفهومی این عنوان در برابر تعریف سدّ ذرایع است. بر اساس این اصل، خداوند اذن در تسعیر و بالا بردن قیمت کالا داده است و این اذن در راستای منافع عمومی است. نمونه دیگر: مالی که به دشمنان بابت آزادی اسیران پرداخت می گردد از آن جهت که بر توانایی آنها می افزاید حرام است، ولی پرداخت مبلغی به عنوان فدیة برای آزادی اسیران مسلمان از آن جهت که مصلحت است ذریعة شناخته می شود؛ یعنی وسیله ای است برای آزادی اسیران مسلمان.

منابع حقوق موضوعه

حقوق موضوعه دارای منابعی به شرح زیر است:

۱. قانونگذاری

نخستین منبع حقوق وضعی، قانونگذاری است. قانونگذاری یعنی وضع قواعد حقوقی و نگارش آن با الفاظ و واژگان معین توسط قوه قانونگذاری. این قوه در نظامهای سیاسی گوناگون متفاوت است. وضع حقوق به گونه مدون آن از قرن نوزدهم میلادی آغاز شد و حقوقدانان فرانسه نیز به عنوان سردمداران این جریان شناخته می شوند. در جهان اسلام نیز در حکومت عثمانی مجموعه ای از حقوق به صورت نوشته و تدوین یافته در مجله «الأحكام العدلیة» منتشر می شد.

امتیازات قانونگذاری نسبت به سایر منابع حقوق وضعی عبارتند از:

۱. شکل گیری صریح، امکان تجدید نظر و الغای آن در صورت نیاز. قانونگذاری نسبت به عرف

انعطاف پذیری بسیار بیشتری دارد.

۲. نتیجه قانونگذاری، شکل گیری وحدت در حقوق است و توحید حقوقی به وحدت سیاسی می

انجامد. گویا به همین جهت توحید در قانونگذاری، اعراب به دنبال دست یابی به وحدت عربی هستند و اروپائیان به دنبال وحدت و یک پارچگی کلی قاره اروپا.

۳. قانونگذاری مکتوب و تشریح شده عرضه می گردد، به گونه ای که شناخت افراد نسبت به حقوق

خویش به آسانی انجام می گیرد. ۲۷

هر قانونگذاری نیاز به تفسیر دارد مفسّر باید به مراد از نصوص دست یابد و حقوق را از متن نصوص

استخراج کند.

تفسیر تشریح با در نظر گرفتن مفسّر، بر سه گونه است:

یک. تفسیر تشریحی

تفسیری که قانونگذار به هنگام تشریح یا پس از آن انجام می دهد تفسیر تشریحی نامیده می شود.

تفسیر تشریحی در گذشته دور، به ویژه در روم بسیار رواج داشت؛ اما امروزه به ندرت صورت می

گیرد و تفسیر گران آن نیز گروهی خاص هستند، اما در هر صورت؛ چه تفسیرگر مشرع باشد یا حاکم

و یا گروهی خاص، این تفسیر مانند نص به شمار می آید و برای همگان لزوم پیروی می آورد. ۲۸ در

قانون اساسی جمهوری اسلامی تفسیر قوانین عادی بر عهده مجلس شورای اسلامی است. ۲۹ و تفسیر

قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان. ۳۰

دو. تفسیر قضایی

تفسیر قضایی تفسیری است که قاضیان به هنگام قضاوت از نصوص حقوقی عرضه می کنند. این تفسیر بیشترین کاربرد را در جوامع بشری دارد؛ و بیشتر سازگار با واقعیت‌های زندگی بشری و تطبیق قوانین است.

تفسیر قضایی در کشورهای آنگلو ساکسونی الزام آور است، اما در کشورهای دیگر چنین نیست. ۳۱ سه. تفسیر فقهی

تفسیری که حقوقدانان و اساتید دانشگاه از حقوق عرضه می کنند و در دسترس دیگران قرار می گیرد تفسیر فقهی نامیده می شود. اعتبار این شیوه تفسیری به اعتبار حقوقدان و تخصص او در مسائل حقوقی است. ۳۲

از میان تفسیرهای یاد شده تفسیر قضایی بیشترین کاربرد و اعتبار را دارد و در وضع حقوق بسیار تأثیرگذار است.

در نظام حقوقی اسلام، تشریح زمانی به عنوان یکی از منابع خوانده می شود که بر اساس منابع حقوقی اسلام شکل گرفته باشد و هیچ گونه ناسازگاری با قوانین و حقوق اسلامی نداشته باشد. و در این صورت می توان از مستندات قرآنی حجیت هریک از قرآن، سنت، اجماع، قیاس و... برای حجیت تشریح به عنوان یک منبع حقوقی بهره برد که نیازی به بازخوانی آن مستندات نیست. بنابراین اگر حقوقدانان در وضع قواعد حقوقی از عرفی بهره می بردند که آن عرف شرایط عرف معتبر را ندارد نمی توان این تشریح را از منابع حقوق خواند.

بر این اساس در نظام جمهوری اسلامی نهادی به نام شورای نگهبان مصوبات قوای قانونگذاری را با قوانین و احکام اسلامی به مقایسه می نشیند، مصوبات ناسازگار را مردود خوانده مصوبات سازگار را تصویب می کند.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی «تمام مردم ایران از هر قوم و قبیله از حقوق مساوی برخوردارند» ۳۳، «حیثیت، جان، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است» ۳۴، «تفتیش عقاید ممنوع است» ۳۵، «نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند» ۳۶ و «برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری، پیری، از کار افتادگی، بی سرپرستی، در راه ماندگی، حوادث و سوانح، از حقوق مردم است» ۳۷. «هیچ کس نمی تواند به عنوان مالک نسبت به کسب و کار خویش امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند» ۳۸.

۲. رویه قضایی

رویه قضایی از گذشته ای دور در روم به عنوان یکی از منابع حقوق به شمار می آمده است. امروزه در کشورهای آنگلو ساکسونی مانند انگلستان، امریکا و کانادا نیز رویه قضایی از منابع مهم حقوق شناخته می شود؛ به گونه ای که بخش عمده ای از نظام حقوقی انگلیسی بر اساس رویه قضایی شکل گرفته است و به همین جهت حقوق انگلیسی حقوق قضایی نامیده می شود. در کشورهای آنگلو ساکسونی همانندی نحوه قضاوت قاضیان در موارد متعدد و بسیار، از منابع حقوق خوانده می شود و پس از طی مراحل قانونی و تأیید آن از سوی هیئتی مشخص - مثلاً در ایران، دیوان عالی کشور - حالت الزام می یابد و دیگر قاضیان در موارد مشابه باید به آن عمل کنند و حقوق را بر اساس آن رویه قضایی اعمال کنند که در این صورت رویه قضایی به وحدت قضایی تبدیل می شود. ۳۹

در برابر نظام آنگلو ساکسونی، در نظام لاتینی مانند فرانسه و بلژیک و برخی از کشورهای که متمایل به این نظام هستند مانند مصر و سوریه و لبنان، رویه قضایی از اعتبار چندانی برخوردار نیست. در این کشورها قاضی تنها حق تطبیق حقوق را دارد و نمی تواند به ساختن حقوق بپردازد. ۴۰ ساخت حقوق در این نظامها تنها بر عهده مجلس قانونگذاری است. براین اساس در این نظام، نحوه حکم برای خود قاضی نیز در موارد مشابه دیگر الزام آور نیست و او و دیگر قاضیان می توانند بر خلاف حکم سابق خود در مورد مشابه حکم دیگری صادر کنند. به همین جهت شکل گیری حقوق در این نظام بر عهده مجلس قانون گذاری است و این کشورها به کشورهای حقوق مکتوبه معروفند.

حقوقدانانی که رویه قضایی را از منابع حقوق می شناسند، نقص قانون، ناسازگاری مواد قانونی و اجمال و ابهام قوانین را عامل نیازمندی حقوق به رویه قضایی معرفی می کنند؛ برای نمونه یکی از حقوقدانان، رویه قضایی را دومین منبع حقوق و قانون را نخستین منبع معرفی می کند و در توجیه باور خویش می نویسد:

«قانونگذار هر اندازه دقیق باشد و بخواهد مسائل را از جهات مختلف مورد دقت و بررسی قرار دهد و قانونی وضع کند که رافع نیازها و جواب گوی کلیه امور مبتلابه حتی در زمان خود باشد کاملاً موفق نخواهد بود؛ چه اینکه قانون که وضع می کند ممکن است ناقص یا متناقض یا مجمل و مبهم باشد، یا اصلاً نسبت به موضوعی قانون وضع نکرده. برای رفع این نقیصه در مواردی به تفسیر نیاز است و یکی از روشهای تفسیر، تفسیر قضایی است که این تفسیر توسط قضات انجام می گیرد» ۴۱.

این تفسیر اگر همگانی شود و از سوی دیوان عالی کشور مورد تأیید قرار گیرد، وحدت قضایی می شود و پیروی از آن بر تمامی محاکم لازم الاجرا است.

تفاوت رویه قضایی با قانون

رویه قضایی در هر شکلی که درآید ساخته فکر و عمل قاضیان است؛ در صورتی که قانون برگرفته از قانونگذار است.

قانون با شرایط و ضوابط خاص و بر اساس مصلحت جامعه به صلاح دید نمایندگان مردم به تصویب و اجرا در می آید، اما رویه قضایی با تائی و مرور زمان در قوه قضاییه شکل می گیرد. رویه قضایی در کشورهایی که از حقوق مدون برخوردارند بایستی متکی به قانون باشد و اگر رویه قضایی ناسازگار با قانون باشد قانون گذار می تواند با وضع قوانینی رویه قضایی را از درجه اعتبار ساقط کند.

از جهت عمل، رویه قضایی نسبت به قانون کاربرد بیشتری دارد.

فواید رویه قضایی

رویه قضایی به قانون قدرت تحرک می دهد، قانون را با خواست جامعه منطبق می سازد. از خشونت و نقاط ضعف قانون می کاهد، مردم را از اجرای درست قانون مطمئن می سازد، وظایف قضات را با اندیشه عمیق قضایی همراه می سازد، تزاخم و تناقض و تعارض قوانین را از میان می برد، نقص، سکوت، اجمال و ابهام قوانین را از میان می برد، زمینه ای فراهم می سازد تا قانونگذار در وضع

قوانین اشتباه نکند و در نهایت رویه قضایی تجسم تحولات تاریخی کشور به خصوص در قسمت دگرگونی های قضایی است.

رویه قضایی در اسلام

هر چند در نظام حقوقی اسلام رویه قضایی به مفهوم امروزی آن و با شاخصه های خاص آن وجود ندارد، اما در متون دینی جملائی وجود دارد که بر رویه قضایی قابل انطباق است. امام علی(ع) می فرماید:

«ای مالک دو قاضی از یک ملت نباید در احکام اختلاف کنند، باید مورد اختلاف را به کسی که ولی امر شماسست عرضه کنید تا او برابر با تعلیمات الهی در آن بنگرد و حکم دهد، قضات نیز بایستی بر اساس رأی او عمل کنند. ای مالک به قضات شهرهای حوزه مأموریت خویش نامه بنویس و از آنها دعوت کن در مسائل اختلافی به تو مراجعه کنند. درباره مسائل و احکام اختلافی آنها کتاب و سنت را ملاک قرار ده و احکام سازگار با قرآن و سنت را قبول کن و احکام ناسازگار را از درجه اعتبار ساقط گردان. قضات در این مورد موظفند به اختلاف پایان دهند و از حکم واحد پیروی کنند. ای مالک اگر امر بر تو نیز مشتبه شد فقها را فراخوان و نظر و رأی آنها را جویا شو و همان را حکم قرار ده» ۴۲. ابن مسعود می گوید:

«فمن عرض قضاء منکم بعد الیوم فلیقض بما فی کتاب الله تعالی، فإن جاء امر لیس فی کتاب الله، فلیقض بما قضی به نبیه(ص). فمن جاء امر لیس فی کتاب الله و لیس فیما یقضی به النبی(ص) فلیقض بما قضی به الصالحون» ۴۳.

هر که از این پس داوری کند باید برپایه آنچه در کتاب خداست داوری کند. پس اگر چیزی که در کتاب خدا نیست بر او عرضه شود باید بر اساس آنچه پیامبر داوری کرده داوری کند، پس اگر چیزی نزد او بردند که در قرآن و قضاوت‌های پیامبر نبود باید بر اساس داوری شایستگان و صالحان در آن به داوری بنشینند.

هر چند برخی از حقوقدانان با بهره گیری از این روایات و اخبار، حجیت و اعتبار رویه قضایی را نتیجه می گیرند و آن را یکی از منابع حقوق به شمار می آورند، اما به نظر می رسد می توان رویه قضایی را از جهتی همان تفسیر کتاب و سنت دانست، نه منبعی مستقل، و از جهت دیگر رویه قضایی را همسان شهرت و عرف معرفی کرد.

اگر حقوقدانان در رو در رویی یا ابهام، اجمال و ناسازگاری قانون الهی (قرآن و سنت) در پی زدودن ابهام و اجمال و ناسازگاری باشند و از نتیجه کار سود برند و در موارد بسیار و گوناگون از آن بهره گیرند. این رویه قضایی است و می تواند مستندات آن همان مستندات حجیت قرآن و سنت باشد. ولی اگر حقوقدانان در رودرویی با این گونه آیات و روایات از آیات و روایات چشم پوشند، یا اینکه آیات و روایات را ناظر به تمام نیازمندی ها نخوانند و در نتیجه نظریه ای مطرح کنند یا حقی را اثبات کنند و آن را رویه سازند در این صورت می توان رویه قضایی را با دو بحث دیگر اصول به مقایسه گرفت و از همانندی های آن با شهرت فتوایی و عرفی بحث کرد.

اصول شناسان شهرت را به فتوایی، روایی و عمل تقسیم می کنند و شهرت فتوایی را به اتفاق اکثر فقها در حکم یک مسئله بدون استناد به روایت و آیه اطلاق می کنند.

این شهرت به باور برخی حجت است و به اعتقاد عده ای حجت نیست و در نگاه گروهی شهرت پیش از شیخ طوسی حجت و شهرت پس از او حجت نیست. برخی نیز میان شهرت سازگار با خبر واحد و شهرت ناسازگار تفصیل می دهند؛ شهرت نخست را حجت و شهرت دوم را نامعتبر می شناسند.

اگر رویه قضایی را بتوان به شهرت فتوایی ارتباط داد و همانندی های آن دو را تبیین کرد رویه قضایی مانند شهرت فتوایی از امارات خوانده می شود و همان نگاه های گوناگون به حجیت شهرت فتوایی در رویه قضایی نیز بروز و ظهور می یابد و می توان از مستندات حجّت شهرت فتوایی برای اعتبار رویه قضایی سود برد.

عرف نیز در اصول به اقسامی تقسیم می گردد: عرف عام، عرف خاص، عرف عملی، عرف قولی، عرف درست، عرف نادرست.

رویه قضایی می تواند عرف خاص به شمار آید. اما عرف خاص، اولاً در صورتی حجت است که عرف عوام نباشد، بلکه عرف متشرعه باشد، و ثانیاً تا زمان معصوم (ع) جریان داشته باشد و معصوم (ع) نیز بر اساس آن عمل کرده باشد. بنابراین، عرف خاصی حجت است که عمل معصوم مطابق آن باشد و یا تقریر معصوم را با خود به همراه داشته باشد.

در نتیجه در صورت تشبیه رویه قضایی به عرف خاص، رویه قضایی در صورتی حجت است که عمل معصوم و تقریر معصوم (ع) را با خود داشته باشد. اما در این صورت باید توجه داشت که رویه قضایی به مفهوم امروزی آن بر عرف خاص منطبق نخواهد شد و شاخصه های هر یک از این دو با یکدیگر ناهمخوان است.

۳. دکترین قضایی

یکی دیگر از منابع حقوق وضعی، نظریات و باورهای حقوقدانان است. این نظریات تا حدّ قابل توجهی در مقام تفسیر قانون شکل می گیرد. لوی برول در تعریف دکترین قضایی می نویسد:

«منظور از این اصطلاح در زبان فنی، عقاید مدلل و موجه کسانی است که خویش را وقف حقوق کرده اند؛ آنانی که به معنای وسیع کلمه حقوقدانان (استادان حقوق، مستشاران عالی مقام، وکلای دادگستری) نامیده می شوند.»

در نگاه لوی برول دکترین قضایی از منابع مستقیم حقوق نیست، اما در برابر، بسیاری دیگر آن را از منابع حقوق به شمار می آورند. ۴۴

به باور گروهی دکترین قضایی همان اجماع است؛ اما اجماعی که تعریف آن اتفاق امت پیامبر یا فقها و مجتهدان ایشان بر حکمی، یا بر حکمی شرعی است. اگر دکترین قضایی را بتوان با اجماع پیوند داد و همانندی های آن دو را شمارش کرد، در این صورت می توان برای حجیت و اعتبار آن به همان آیاتی استدلال کرد که برای حجیت اجماع عرضه شده است.

در نظام حقوقی شیعه دکترین قضایی مانند اجماع، دلیل و منبع مستقلی برای حقوق نیست، بلکه چنان که اجماع از آن جهت حجّت است که کاشف از قول معصوم است، دکترین قضایی نیز اگر اعتبار داشته باشد حجیت و اعتبار آن به دلیل حکایتگری و کشف از قول معصوم است و مستندات آن نیز همان مستندات قرآنی حجیت سنت است.

۴. عرف

عرف یعنی عادت‌تی که مردم، خویش را بر پیروی آن ملزم می‌بینند و بدون هیچ گونه قوه قهریه و با رضایت از آن پیروی می‌کنند. ۴۵

عرفی که به عنوان منبع حقوق شناخته می‌شود بایستی سه شرط را با خود داشته باشد: یک. عمومیت آن در اجتماعی که عرف در آن شکل گرفته و عمومیت نسبت به تمامی افراد. دو. مردم خود را ملزم به آن بدانند و به آن عمل کنند و عمل خویش را تکرار کنند. سه. عرف از پیشینه بلندی برخوردار باشد و مردم مدت زمانی بسیار به آن پایبند باشند. عرف از جهت پیشینه بر تمامی منابع حقوق مقدم است و جوامع ابتدایی بیشتر از حقوق عرفی بهره می‌بردند تا حقوق مکتوب.

تفاوت‌های تشریح و عرف

۱. تشریح از سوی گروهی معین شکل می‌گیرد و به صورت مکتوب عرضه می‌گردد، و اما عرف نتیجه خواسته ملت است نه گروه یا فردی خاص.
۲. قاعده مکتوب به آسانی قابل مراجعه است، اما قاعده عرفی اثبات آن ساده نیست.
۳. تشریح به وحدت قانونی در دولت می‌انجامد بر خلاف عرف.
۴. تشریح به سرعت شکل می‌گیرد، اما عرف، زمانی بسیار برای شکل‌گیری می‌طلبد.
۵. تشریح دگرگونی دائمی ندارد و دگرگونی آن بر عهده قانونگذار است، اما عرف همیشه در حال دگرگونی است؛ هر چند این دگرگونی به کندی انجام می‌گیرد.

اقسام عرف

- برخی حقوقدانان عرف را به سه نوع تقسیم کرده‌اند:
- الف. عرفی که مورد تأیید شارع است. این عرف به باور تمامی حقوقدانان واجب‌الاتباع است.
 - ب. عرفی که مورد قبول شارع نیست؛ مانند بسیاری از عرفهای پیشین اسلام. این عرف مسلماً لزوم پیروی ندارد.
 - ج. عرف‌هایی که پس از عصر پیامبر شکل گرفته است و با نصوص شرعی و مقاصد شرع ناسازگار نیست. این گونه عرف‌ها معتبر است و بسیاری از احکام فقه بر اساس آن پایه‌ریزی شده است. ۴۶

اعتبار عرف در نظام حقوقی شیعه

- در فقه شیعه عرف در سه جا کاربرد دارد:
- یک. در روشن ساختن حکم مسأله‌ای از مسائل؛ مانند عقد فضولی.
 - دو. در تعیین و تشخیص برخی از مصادیق و مفاهیمی که شارع تعیین آن را به عرف سپرده است؛ مانند واژه صعید.
 - سه. تبیین مراد متکلم.

در کاربرد نخست، عرف همسان سایر منابع حقوق نیست، چه اینکه عرف با استمرار تا زمان شارع و امضاء وی اعتبار می یابد. بنابراین اگر بیع فضولی صحیح خوانده می شود این اعتبار به جهت امضای شارع است، نه نفس عرف. در نتیجه مستندات قرآنی این عرف که در اصطلاح عرف عام است همانند مستندات حجیت سنت است. و در کاربرد دوم و سوم، عرف تنها در تشخیص صغریات تأثیرگذار است آن هم صغریاتی که به شناخت صغری در مسأله اصولی می انجامد.

نتیجه آنکه عرف مورد نظر حقوقدانان، حجت مستقل نیست و نمی تواند به عنوان یکی از منابع حقوق شناخته شود، و بر فرض حجیت بایستی تا زمان معصوم استمرار داشته باشد و مورد تأیید معصوم قرار گرفته باشد. بنابراین در نظام حقوقی شیعه سازگاری عرف با نصوص شرعی و مقاصد شرع شرط کافی نیست؛ بلکه استمرار عرف تا زمان شارع و امضای آن نیز ضروری است. هر چند مستندات قرآنی اعتبار عرف، همان مستندات قرآنی سنت است، اما آنان که عرف را منبعی مستقل می شناسند دلایلی بر اعتبار عرف می آورند. برخی از مستندات قرآنی این اعتبار عبارتند از:

۱. «خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلین» اعراف/۱۹۹

با آنان مدارا کن و عذرشان را بپذیر، و به نیکی ها دعوت کن، و از جاهلان روی بگردان.

هر چند برخی از این آیه اعتبار مطلق عرف را نتیجه گرفته اند، اما اگر این آیه دلالت بر اعتبار عرف داشته باشد تنها دلالت بر اعتبار عرف عام دارد که اصول شناسان از آن به «الطریقه العقلائیة» یاد می کنند. چه اینکه در غیر این صورت برابر این آیه مخالفانی باید بتوانند در آنچه میان ایشان عرف شناخته می شود عمل کنند؛ در صورتی که مسلماً بخشی از آن عرفها مورد تأیید دین است و تعدادی به هیچ روی پذیرفتنی نیست و اسلام آنها را بر نمی تابد.

بر این اساس بسیاری از تفسیرگران وقتی عرف در آیه را معنی می کنند آن را هر چیز نیکو در نگاه عقل و شرع می خوانند. ۴۷

افزون بر این، واژه عرف که در این آیه به کار رفته است در برخی از تفاسیر، امر نیکو و پسندیده معرفی شده و این معنی هیچ ارتباطی با تعریف اصطلاحی عرف ندارد و نمی توان از آن به عنوان مستند عرف بهره گرفت.

۲. «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» حج/۷۸

و در دین کار سنگین و سختی بر شما قرار نداد.

بازداشتن مردم از عرف و عادت و ناگزیر ساختن ایشان به غیر آن حرج است و حرج در دین اسلام نیست. پس بنابراین عرف حجت است و معتبر.

بهره وری از این آیه برای اثبات حجیت عرف ناتمام است، چه اینکه اولاً: این آیه تنها بر حجیت قاعده «لا حرج» دلالت دارد نه اعتبار عرف. ثانیاً: نادیده گرفتن هر عرفی حرج نیست، چنان که با ظهور اسلام برخی از عرفهای مطرح پیش از اسلام نادیده گرفته شد و برای تازه مسلمانان حرج پیش نیامد و در عصر حاضر نادیده انگاشتن برخی عرفها حرج نمی آورد.

۳. مجموعه آیاتی که در آنها واژه «معروف» به کار رفته است به باور برخی دلالت بر اعتبار عرف دارد.

ناهمخوانی بار معنایی «معروف» با عرف اصطلاحی، مستندسازی اعتبار عرف به این گروه از آیات را ناممکن می سازد.

۵. قانون طبیعی

یکی از منابع حقوق، مبادی حقوق طبیعی است. مبادی حقوق طبیعی عبارتند از:

۱. ضرورت‌های مادی مانند نیاز انسان به آب، غذا، مسکن و ...
 ۲. ضرورت‌های عقلی یا معنوی مانند حق آموزش و پرورش، حق ترویج و تبلیغ باورها، حق ادبی نسبت به آثار.
 ۳. ضرورت‌های زندگی مانند آزادی دینی و مذهبی و دیگر آزادی‌ها.
- حقوق طبیعی از آن جهت طبیعی نامیده شد که سازگار با طبیعت انسان است و ساخته و پرداخته انسان نیست، بلکه خداوند هر موجودی را این گونه آفریده است.
- حقوقدانان به هنگام وضع و تصویب حقوق باید نخست به دیگر منابع حقوق مراجعه کنند و اگر در سایر منابع نصی نیافتند به حقوق طبیعی به عنوان یکی از منابع توجه کنند.
- برخی از آیات قرآن نشان از نظر داشت حقوق طبیعی دارد؛ برای نمونه آیتی که نظر به حق حیات و وفای به عهد و پیمان و ... دارد، و تمامی آیات الأحکام قرآن نشان می‌دهد که شریعت برای تأمین و اعتباربخشیدن به حقوق طبیعی فرود آمده است. بنابراین در مورد تمامی ضرورت‌های مادی، عقلی و معنوی و زندگی می‌توان با استمداد از «کَلِمَا حِکْمٌ بِهَ الْعَقْلِ حِکْمٌ بِهَ الشَّرْعِ» از حقوق طبیعی به عنوان یکی از منابع حقوق یاد کرد. البته باید به این نکته توجه داشت که حقوق موضوعه ای که بر اساس حقوق طبیعی شکل می‌گیرد ناسازگار با آیات و روایات نباشد و انسان را به ناکجا آباد رهنمون نسازد و او را به موجودی دو پا اما فاقد انسانیت تبدیل نکند.

۱. الفاسی، علال، مقاصد الشریعة الاسلامیة و مکارمها، ۱۰۹؛ زیدان، عبدالکریم، الوجیز فی اصول الفقه، ۱۶۱.
۲. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، ۵۷/۲؛ گلپایگانی، محمدرضا، افاضة العوائد، ۱۹/۱؛ مشکینی، علی، اصطلاحات الأصول، ۱۴۱.
۳. زرکشی، بدرالدین محمد، البحرالمحیط فی اصول الفقه، ۴۳۶/۴؛ اسنوی شافعی، نهاية السؤل فی شرح منهاج الاصول، ۲۳۷/۳؛ شیرازی، اللمع فی اصول الفقه، ۱۷۹؛ مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، ۸۷/۲؛ فخررازی، المحصول فی اصول الفقه، ۳/۲.
۴. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، ۸۷/۲؛ شروانی و عبادی، حواشی الشروانی، ۲۱۱/۱ و ۴۶/۸؛ خلاف، عبدالوهاب، علم اصول الفقه، ۴۵؛ فخررازی، المحصول فی اصول الفقه، ۳/۲.
۵. شیرازی، اللمع فی اصول الفقه، ۱۷۹.
۶. شیخ طوسی، عدة الأصول، ۲۳۲؛ شافعی، الرسالة، ۴۷۱ - ۴۷۵.
۷. زرکشی، بدرالدین محمد، البحرالمحیط فی اصول الفقه، ۴۴۲/۴.

۸. کبی، زهیر سفيق، الاجماع، ۳۱؛ جوينی، امام الحرمین، التلخیص فی اصول الفقه، ۱۵/۳؛ اسنوی شافعی، نهاییه السؤل فی شرح منهاج الاصول، ۲۴۵/۳؛ فخر رازی، المحصول فی علم الاصول، ۱۰۸/۲؛ شیرازی، اللع فی اصول الفقه، ۱۷۹؛ قصار، ابوالحسن، المقدمه فی الاصول، ۴۶.
۹. شیخ طوسی، محمدبن حسن، التبیان، ۷/۲
۱۰. جصاص، اصول الجصاص، ۱۱۲/۲؛ شیخ طوسی، محمدبن حسن، عدۀ الاصول، ۲۴۲.
۱۱. شیخ طوسی، محمدبن حسن، التبیان، ۲۷۳/۳
۱۲. حکیم، محمدتقی، الاصول العامه للفقه المقارن، ۲۸۵.
۱۳. جمال عطیه و وهبه زحیلی، تجدید الفقه الاسلامی، ۲۴۲ - ۲۴۵.
۱۴. زرکشی، البحرالمحیط فی اصول الفقه، ۶/۵ - ۷
۱۵. فخر رازی، المحصول فی علم الاصول، ۲۳۶/۲؛ جوينی، البرهان فی اصول الفقه، ۵/۲؛ الفاسی، علال، مقاصد الشریعة الاسلامیة و مکارمها، ۱۲۴.
۱۶. آمدی، الإحکام، ۱۸۵/۳؛ فخر رازی، المحصول فی اصول الفقه، ۲۳۹/۲؛ موسوی، سید مرتضی علم الهدی، الذریعة إلی مکارم الشریعة، ۶۶۹/۲؛ غزالی، محمد، المستصفی فی علم الاصول، ۵۴/۲؛ اندلسی، ابن حزم، الإحکام، ۳۶۸/۷؛ سرخسی، الاصول، ۱۱۸/۲؛ شوکانی، محمدبن علی، ارشاد الفحول إلی تحقیق الحق من علم الاصول، ۲۵۵؛ مباحث العلة فی القیاس، ۲۵ - ۳۹.
۱۷. حیدری، علی نقی، اصول الاستنباط، ۳۳۱.
۱۸. سرخسی، الاصول، ۱۲۵/۲ - ۱۲۸؛ زرکشی، بدرالدین محمد، البحر المحیط فی اصول الفقه، ۳۲/۵ - ۳۳؛ فخر رازی، المحصول فی علم اصول الفقه، ۲۴۷/۲
۱۹. سلقینی، ابراهیم محمد، المیسر فی اصول الفقه الاسلامی، ۱۴۲؛ مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، ۱۷۰/۲
۲۰. صبحی محمسانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، ۱۴۷.
۲۱. الفاسی، علال، مقاصد الشریعة الاسلامیة و مکارمها، ۱۳۷.
۲۲. غزالی، محمد، المستصفی فی علم الاصول، ۱۷۱؛ آمدی، الإحکام، ۱۵۶/۴؛ دسوقی، حاشیة الدسوقی، ۴۷۹/۳؛ اندلسی، ابن حزم، الإحکام، ۷۵۷/۶
۲۳. سلقینی، ابراهیم محمد، المیسر فی اصول الفقه الاسلامی، ۱۵۷؛ صبحی محمسانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ۱۵۹.
۲۴. غزالی، محمد، المستصفی فی علم الاصول، ۱۷۴.
۲۵. رازی، مختار الصحاح، ۲۲۱.
۲۶. سلقینی، ابراهیم محمد، المیسر فی اصول الفقه الاسلامی، ۱۸۵.
۲۷. مرزۀ، اسماعیل، القانون الدستوری، ۷۳ - ۷۴.
۲۸. مدنی، سید جلال الدین، رویه قضایی، ۱۸ - ۲۰؛ کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، ۲۰۵؛ همو، فلسفه حقوق، ۲۱۶/۲ - ۲۲۱.
۲۹. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل هفتاد و سوم.
۳۰. همان، اصل نود و هشتم.

۳۱. مدرسی، علی اصغر، حقوق فطری، ۳۳۲ - ۳۳۳؛ لوی برول، جامعه شناسی حقوق، ترجمه ابوالفضل قاضی، ۷۰ - ۷۵.
۳۲. مدنی، سید جلال الدین، رویه قضایی، ۲۰ - ۲۱.
۳۳. قانون اساسی، اصل نوزدهم.
۳۴. همان، اصل بیست و دوم.
۳۵. همان، اصل بیست و سوم.
۳۶. همان، اصل بیست و چهارم.
۳۷. همان، اصل بیست و نهم.
۳۸. همان، اصل چهل و ششم.
۳۹. لوی برول، هانری، جامعه شناسی حقوق، ۷۰ - ۷۵؛ نجومیان، حسین، ارزیابی حقوق اسلام، ۷۴ - ۹۱؛ کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ۲۲۰/۲ - ۲۲۱؛ مرز، اسماعیل، القانون الدستوری، ۶۸.
۴۰. مرز، اسماعیل، القانون الدستوری، ۷۱؛ لوی برول، هانری، جامعه شناسی حقوق، ۷۳.
۴۱. مدرس، علی اصغر، حقوق فطری، ۳۳۲.
۴۲. حرانی، ابن شعبه، تحف العقول عن الرسول، ۱۳۶؛ مجلسی، محمد باقر، بحار الأنوار، ۲۵۲/۷۴؛ محمودی، نهج السعادة، ۸۸/۵.
۴۳. ابن ابی شیبہ کوفی، المصنف، ۳۹۵/۵؛ اندلسی، ابن حزم، الإحكام، ۷۶۷/۶؛ طبرانی، المعجم الكبير، ج ۹/۱۸۷.
۴۴. دل وکیو، فلسفه حقوق، ۱۰۱؛ لوی برول، هانری، جامعه شناسی حقوق، ۸۴ - ۸۵.
۴۵. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ۴۷۳/۲ - ۴۷۵؛ الفاسی، علال، مقاصد الشريعة الإسلامية و مکارمها، ۱۵۵؛ مدرس، علی اصغر، حقوق فطری، ۳۳۵.
۴۶. سباعی، مصطفی، التكافل الاجتماعي فی الإسلام، ۲۵۱؛ صبحی محمصانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ۲۳۰.
۴۷. شیخ طوسی، التبیان، ۶۲/۵؛ طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان، ۴۱۴/۴؛ طباطبایی، محمد حسین، المیزان، ۳۸۰/۸؛ جصاص، احکام القرآن، ۵۰/۳؛ قرطبی، الجامع لأحكام القرآن، ۳۴۷/۷.

