



The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic Law The 17 rd.

Year/NO:2 Summer 2024

Jurisprudential rules from the perspective of Islamic religions

(as a source for deriving rulings)

Received date: 2024/2/15

Acceptance date: 2024/6/15

Abstract

One of the most important duties of a scholar of religion and a jurist is to discuss and analyze the general rules of jurisprudence, which are used in many minor issues and deriving rulings. These rules are a way to solve many problems and in the case of specific issues where a specific text is not included, the jurist uses it to give fatwas and if he does not have a complete understanding of these rules, he will have problems answering the issues. This article examines the jurisprudence rules proposed in the Imamiyyah and the four Sunni sects and the evidence to prove them. For this purpose, the important jurisprudential rules in the Imamiyyah, such as the rule of harm, the rule of yad, etc., and the evidence to prove it from the book, tradition, reason, and consensus, are mentioned, and then these rules are explained from the perspective of the four schools of thought, namely, Maliki, Hanafi, Hanbali, and Shafi'i. And due to the fact that it is not possible to mention all the jurisprudence rules raised in Islamic schools of thought in this article, the most important jurisprudence rules among Shia and Sunni jurists were compiled by examining and collecting information from various Shia and Sunni sources and then common examples. Their contents have been reviewed in civil rights and the constitution. Imamiyyah jurisprudence and Sunni jurisprudence are similar in many parts, and examples of them are clearly visible in the principles related to the constitution and civil rights.

Keywords: Rules of jurisprudence, religious jurisprudence, Islamic religions, Islamic law, Imamiyyah

قواعد فقهی (به عنوان منشاء استنباط احکام) از دیدگاه مذاهب اسلامی

احمد حمیدی^۱ حسین رجبی^۲ سیدمحمد تقی علوی^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۹/۱۰

چکیده

یکی از مهم‌ترین وظایف عالم دین و فقیه، بحث و تفحص در قواعد کلی فقهی است که در بسیاری از موضوعات جزئی و استنباط احکام مورد استفاده قرار می‌گیرد. این قواعد در حل بسیاری از مشکلات راه‌گشاست و در مسائل مستحدثه که نصی در آن موضوع خاص وارد نشده فقیه از آن برای فتوا دادن استفاده می‌نماید و اگر احاطه کامل بر این قواعد نداشته باشد در پاسخگویی به موضوعات دچار مشکل می‌شود. این پژوهش با روش، توصیفی- کتابخانه‌ای به بررسی قواعد فقهی مطرح شده در امامیه و مذاهب اربعه اهل سنت و ادله اثبات آن می‌پردازد. نتایج نشان از کارآمدی قواعد فقهی در فتاوی فقیهان امامیه و مفتیان مذاهب اسلامی بوده است. همچنین با احاطه بر قواعد فقهی می‌توان حکم مسائل مستحدثه را به دست آورد. بدین منظور ابتدا قواعد مهم فقهی در امامیه نظیر قاعده لاضرر، قاعده ید و... و ادله اثبات آن از کتاب، سنت، عقل و اجماع اشاره شده و سپس این قواعد از دیدگاه مذاهب اربعه تبیین گردیده است. ذکر همه‌ی قواعد فقهی مطرح شده در مذاهب اسلامی در این نوشتار امکان ندارد، در پژوهش حاضر با بررسی و گردآوری اطلاعات از منابع مختلف شیعه و سنی، اهم قواعد فقهی در بین فقهای شیعه و سنی گردآوری و مصادیق مشترک موجود در آن‌ها در حقوق مدنی و قانون اساسی بررسی شده است. فقه امامیه و اهل سنت در قسمت‌های زیادی با یکدیگر مشابهت دارد که در اصول مربوط به قانون اساسی و حقوق مدنی نیز مصادیق منتج از آن‌ها به وضوح به چشم می‌خورد.

کلمات کلیدی: قواعد فقه، فقه مذاهب، مذاهب اسلامی، حقوق اسلامی، امامیه.

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق و فقه و مبانی اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول)

۲. دانشگاه ادیان و مذاهب اسلامی قم، قم، ایران

۳. استاد، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

۱- مقدمه

تمامی اعمال شرعی مکلفین دارای احکامی است. از دیدگاه تمامی فقهای اسلام، مهمترین منبع استخراج و استنباط احکام شرعی قرآن کریم است که به بسیاری از پرسش‌های علماء در باب‌های مختلف فقهی پاسخ داده است. فقهای شیعه علاوه بر قرآن، برای استنباط احکام، به سنت، عقل و اجماع نیز تمسک می‌جویند.

فقهای مذاهب اربعه اهل سنت علاوه بر قرآن، سنت، اجماع و قیاس را برای استنباط حکم شرعی استفاده می‌نمایند. سنت از دیدگاه علماء اهل سنت، منحصر در فعل، قول و تقریر پیامبر (ص) است؛ در حالی که شیعه علاوه بر پیامبر (ص)، فعل و قول و تقریر امامان معصوم علیهم السلام را نیز معتبر دانسته و به عنوان منبع استنباط احکام شرعی استفاده می‌کنند.

قواعد فقهی یکی از مهم‌ترین اموری است که بر فقیه امامیه و مفتی اهل سنت بحث و تحقیق آن لازم است. فقها و مفتیان در بسیاری از استنباط احکام از قواعد فقهی استفاده می‌نمایند و گاه برای حل مشکلات در موضوعات خارجیه نیز این قواعد را مورد استفاده قرار می‌دهند.

قواعد مهم فقهی متجاوز از سی قاعده می‌باشد و در این نوشتار به دنبال بررسی چهار قاعده مهم و پرکاربرد مذهب امامیه یعنی (نفی سبیل- لاضرر- قاعده ید و قاعده اباحه) هستیم و پنج قاعده مهم و بیشتر مورد استفاده علمای اهل سنت که شامل (الامور بمقاصدها - وجوب ازاله ضرر - المشقه تجلب التیسیر - العاده محکمه و العرف قاض و الاصل فی الاشیاء الاباحه حتی یدل الدلیل علی التحريم) را مورد کنکاش قرار داده تا بتوانیم با مقایسه و تطبیق قواعد بین فریقین کاربرد فقه مقارن را به عنوان یک مسئله بحث کرده و همچنین حجیت سایر منابع فقهی به غیر از قرآن، سنت، عقل و اجماع را مورد توجه قرار داده و راهگشا بودن این قواعد برای فقیه در بسیاری از مشکلات و تنگناهای زندگی فردی و اجتماعی و مسائل مستحدثه بیان گردد.

در این نوشتار منظور از مذاهب اسلامی مذهب شیعه یا جعفری و چهار مذهب فقهی اهل سنت یعنی مالکی، حنبلی، شافعی و مالکی است که دیدگاه هر یک از این مذاهب نسبت به قواعد فقهی بیان میگردد که لازم است ابتدا قواعد پرکاربرد امامیه مطرح و نظرات فقهای امامیه را بررسی کنیم.

۲- بخش اول: قواعد امامیه

۱) قاعده نفی سبیل

قاعده فقهی نفی سبیل کافر بر مسلمان قاعده معروف و مشهوری است که در ابواب مختلف فقه جریان دارد و فقها در استدلال به این قاعده احکام زیادی را استنباط کرده‌اند. این قاعده فقهی از هر نوع روابط، انعقاد قرارداد و معاهده‌ای که موجب سلطه‌ی بیگانگان بر کشورهای اسلامی شود، ممانعت نموده و حاکمیت خود را بر آن اعمال می‌کند.

واژه‌ی سبیل در لغت به معنای راه، حجت، غلبه، تسلط، عتاب، عذاب و.. آمده است. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۳۹۶) از نظر فقهی مراد از نفی سبیل این است که خداوند متعال حکمی جعل نکرده که بر اثر آن، برای کفار، برتری بر مسلمانان ثابت کند و در آن امور، کفار را به منزله مرده قرار داده اند که بود و نبودشان یکی است. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ص ۱۷۸) این قاعده شامل تمامی افراد و انواع کافر می‌شود؛ چه کافر مادرزادی و چه مرتد و چه افرادی که محکوم به کفر و منتحل به اسلام هستند. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ص ۳۵۹)

قاعده نفی سبیل از احکام ثانویه اسلام است. لذا بر احکام اولی، «حکومت» دارد؛ یعنی بر آن‌ها متقدم است؛ یعنی هر حکم اولیه‌ای که با این قانون منافات داشته باشد، باطل می‌شود. برای مثال، طبق قاعده حلال بودن معاملات، فروش برده مسلمان به کافران جایز است؛ اما چون این معامله موجب می‌شود کافری بر مسلمانی تسلط یابد، طبق قاعده نفی سبیل باطل است. (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳ش، ص. ۲۳۷)

مهم‌ترین ادله این قاعده، مستندات قرآنی و روایی است. برای حجیت قاعده نفی سبیل به آیات متعددی از قرآن می‌توان استناد کرد.

اما مهم‌ترین آن‌ها آیه ۱۴۱ سوره نساء است: «منافقان آنانی هستند که نگران و مراقب حال شمایند، چنانچه برای شما فتح و ظفری پیش آید (برای اخذ غنیمت) گویند: نه آخر ما با شما بودیم؟! و اگر کافران را فتح و بهره‌ای رسد به آنها گویند: نه ما شما را به اسرار مسلمانان آگاه کردیم و شما را از آسیب مؤمنان نگهداری نمودیم؟! پس خدا فردای قیامت میان شما و آنان حکم کند، و خداوند هیچ گاه برای کافران نسبت به اهل ایمان راه تسلط باز نخواهد نمود^۱». در احادیث مهم‌ترین حدیثی که فقها در اثبات این قاعده طرح کرده‌اند، حدیث نبوی مشهور به حدیث علو^۲ است: «اسلام برتری دارد و هیچ چیز بر آن برتری ندارد و کافران به منزله مرده‌اند؛ مانع از ارث دیگران نمی‌شوند و خودشان نیز ارث نمی‌برند^۳» (ابن بابویه، محمد بن علی، ۱۴۱۳ق، ص. ۳۳۴)

دلیل دیگری که در باب این قاعده به آن استدلال شده است اجماع است. همه علما در طول تاریخ فقه بر این مطلب اتفاق نظر دارند که هیچ حکمی که موجب تسلط کفار بر مسلمانان می‌شود توسط خداوند جعل نشده است. البته اگر اجماعی بر مفاد این قاعده باشد، مشکل احتمال مدرکی بودن را دارد. هرچند اجماع زمانی حجت است که کاشف از قول معصوم باشد. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ص. ۱۷۸)

یکی دیگر از دلایلی که برای اثبات قاعده نفی سبیل به کار می‌رود، عقل است. برخی از علماء در این باره می‌گویند: «اعتبار عقلی در تایید این قاعده وجود دارد، به این مضمون که شرف و برتری اسلام حکم می‌کند که مسلمان مقهور و تحت سلطه کافر نباشد؛ مگر این که سبب این تسلط به واسطه خود شخص مسلمان ایجاد شود که در این صورت خود او احترام خویش را ساقط نموده است. این امر گرچه به خودی خود دلیل محسوب نمی‌شود اما یک موبد قوی است که مستند به عبارات وارده در شرع مقدس می‌باشد.» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۵۹)

برخی دیگر از فقها معتقدند مناسبت حکم و موضوع به این معناست که شرف اسلام و عزت آن مقتضی بلکه علت تامه‌ی آن است که در احکام و شرایط حکم را که موجب ذلت و خواری مسلمانان باشد وضع نکرده باشد؛ زیرا که خداوند تبارک و تعالی در قرآن مجید عزت را به خودش و رسولش و مومنین منحصر نموده است^۳. پس چگونه ممکن است خداوند حکمی را تشریح و وضع نماید که موجب علو و برتری کفار بر مسلمین گردد و مسلمان را بر امتثال بر آن حکم ملزم نماید، در حالی که موجب عزت کفار و ذلت و خواری مسلمین گردد. لذا انصاف این است که فقیه قطعیت یابد به این که امکان ندارد حکمی جعل شود که موجب خواری مسلمان و عزت کافر گردد. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ص. ۱۷۸)

۱ الدِّينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمْ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ فَتْحٌ مِنَ اللَّهِ قَالُوا أَلَمْ نَكُنْ مَعَكُمْ وَإِنْ كَانَ لِلْكَافِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوا أَلَمْ نَسْتَحِذْ عَلَيْكُمْ وَتَمَنَعُكَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا
۲ الْإِسْلَامُ يَعْلُو وَ لَا يُعْلَى عَلَيْهِ وَ الْكُفْرُ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ لَا يَحْجُبُونَ وَ لَا يَرْتُونَ
۳ «وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَ لِرَسُولِهِ وَ لِلْمُؤْمِنِينَ...»

فقها در مباحث مختلف فقهی به قاعده نفی سبیل و ادله اعتبار آن، به ویژه آیه نفی سبیل و حدیث علو، استدلال کرده‌اند. فقها و علماء با استفاده از این قاعده بسیاری از روابط فرهنگی، اقتصادی، نظامی، و سیاسی و از سوی دیگر پاره‌ای از داد و ستدها را با اجانب و کافران، به ویژه کافران محارب، حرام دانسته و پاره‌ای از رفتارها و کردارها را برای رهایی از سلطه اجانب واجب اعلان کرده‌اند مثل حرمت فروش زمینهای اماکن مقدس به کافران، ارث نبردن وارث کافر از مسلمان، بطلان ازدواج زن مسلمان با مرد کافر، ثابت نشدن حق قصاص برای ولی مقتول کافر در مورد قاتل مسلمان، بطلان وصیت در مورد عبد مسلمان برای کافر و... (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۵۹)

در قانون اساسی کشورمان نیز از این قاعده فقهی مهم استفاده شده است. در اصل ۱۵۲ قانون اساسی بیان شده که "سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران بر اساس نفی هرگونه سلطه‌جویی و سلطه‌پذیری، حفظ استقلال همه جانبه و تمامیت ارضی کشور، دفاع از حقوق همه مسلمانان و عدم تعهد در برابر قدرت‌های سلطه‌گر و روابط صلح‌آمیز متقابل با دول غیرمحارب استوار است" که با قاعده نفی سبیل مطابقت دارد.

اصل ۱۵۳ قانون اساسی نیز بیان کرده است که "هرگونه قرارداد که موجب سلطه بیگانه بر منابع طبیعی و اقتصادی، فرهنگ، ارتش و دیگر شئون کشور گردد ممنوع است." در اصل ۸۱ و ۸۲ نیز رد پای قاعده نفی سبیل واضحاً قابل رویت است.

۲) قاعده لاضرر

قاعده «لاضرر» یکی از مشهورترین قواعد فقهی است که در همه ابواب فقه از عبادات تا معاملات به آن استدلال می‌شود، و در بسیاری از مسائل تنها مدرک برای اثبات حکم است.

مفهوم قاعده لاضرر

در معنای قاعده لاضرر چهار احتمال ذکر شده است.

- ۱- ممانعت از ایجاد هر نوع ضرر به خود و دیگران و حرمت آن (شریعت اصفهانی، فتح الله، ۱۴۰۶، ص ۲۵-۲۷).
- ۲- هیچ گونه ضرر جبران نشده در اسلام وجود ندارد. یعنی هر فردی موجب ضرر و زیان به فرد دیگر شود باید خسارت آن را پرداخت کرده و ضرر را جبران نماید (فاضل تونی، ۱۴۱۲ق، ص. ۱۹۴)
- ۳- نفی احکام ضرری در اسلام. هر حکمی اعم از تکلیفی یا وضعی که مستلزم ضرر برای خود مکلف یا دیگری باشد، از ناحیه شارع تشریح نشده است. برای مثال اگر آب برای کسی ضرر دارد، وجوب وضو به مقتضای این قاعده از او برداشته می‌شود. (شیخ انصاری، ۱۴۱۹ق، ص. ۴۶۰)
- ۴- نفی حکم از طریق نفی موضوع. به عبارت دیگر، موضوعاتی که عناوین اولیه آنها موجب ضرر می‌شوند، حکم آنها برداشته می‌شود؛ مثلاً موضوع وضو دارای حکم اولیه وجوب است، اما اگر ضرری برای مکلف داشته باشد، حکم وجوب برداشته می‌شود. (آخوند خراسانی، ۱۴۱۰ق، ص. ۲۸۲)

۱ اصل ۸۱ قانون اساسی: دادن امتیاز تشکیل شرکت‌ها و مؤسسات در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن به خارجیان مطلقاً ممنوع است.

۲ اصل ۸۲ قانون اساسی: استخدام کارشناسان خارجی از طرف دولت ممنوع است مگر در موارد ضرورت با تصویب مجلس شورای اسلامی

ادله قاعده لاضرر

۱- کتاب: برای اثبات این قاعده از آیات قرآنی استفاده شده است. مثال های قرآنی که بر قاعده لاضرر دلالت می کند، عبارتند از: آیه ۲۳۱ و ۲۳۳ سوره بقره، آیه ۶ سوره طلاق^۳...

۲- روایات: قاعده ضرار در روایاتی که از معصومین علیهم السلام آمده است و در ابواب مختلف فقهی و موضوعات گوناگونی مطرح شده است. کلینی در کتاب «الکافی» از ابن مسکان، از زراره، از ابی جعفر امام باقر(ع) نقل کرده است که فرمود: سمره بن جندب درخت نخلی (عذق) داشت که برای سرکشی به این درخت باید از داخل منزل مردی از انصار عبور کند. به همین جهت هر زمان که می خواست به نخل خود سرکشی کند، بدون این که از مرد انصاری اجازه بگیرد، وارد خانه این شخص می شد. مرد انصاری به سمره گفت: تو همیشه سر زده و بی خیر وارد منزل ما می شوی، و گاه می شود ما در حالتی هستیم که دوست نداریم در آن حال بی خیر بر ما وارد شوی، هر وقت خواستی وارد شوی اعلام کن و اجازه بگیر.

سمره گفت: این راه من به درخت نخلم می باشد و من برای راه از کسی اجازه نمی گیرم!

مرد انصاری خدمت رسول اکرم(ص) آمد و از سمره شکایت کرد. رسول خدا(ص) او را فراخواند؛ وقتی که آمد به او فرمود: فلانی از تو شکایت کرده و می گوید تو بدون اجازه بر او و خانواده او وارد می شوی؛ از این پس هر وقت خواستی وارد شوی اجازه بگیر.

سمره گفت: ای رسول خدا (ص) برای راهی که به سمت نخل خود می روم اجازه بگیرم؟! (این کار را نخواهم کرد). رسول خدا(ص) فرمود: بیا و آن نخل را رها کن، بجای آن در فلان جا یک نخل به تو می دهم. سمره گفت: نه، نمی خواهم. رسول خدا(ص) فرمود: بجای یک نخل، دو نخل در جای دیگر به تو می دهم. سمره گفت: نمی خواهم. رسول خدا(ص) یکی یکی تعداد نخل ها را اضافه فرمودند تا به ده (۱۰) نخل رسید.

سمره گفت: نه. پیامبر(ص) فرمود: این نخل را رها کن بجای آن نخلی در بهشت برای تو خواهد بود. سمره گفت: نمی خواهم. در این هنگام رسول خدا(ص) به او فرمودند: «تو قصد ضرر زدن داری، و ضرر و ضرر زدن بر مؤمن نداریم.»

سپس دستور دادند نخل او را از ریشه کنده و به سویس انداختند؛ سپس رسول خدا(ص) فرمود: برو و هر جا که دوست داری آن را بکار. (کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ق، ص. ۲۹۴)

در روایت دیگری از پیامبر اسلام(ص) آمده: «در اسلام هیچ ضرر و اضرائی نیست. پس اسلام برای مسلمان خیر را زیاد می کند و شر او را افزایش نمی دهد»^۵. (حرعاملی، ۱۴۱۹ق، ص. ۱۴)

۳- اجماع

اجماع فقهای امامیه، بل فقهای اسلام بر حجیت این قاعده است و مستندشان نیز همین روایات است. البته این اجماع اصولی

۱ «و إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنِ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ...»

۲ «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ...»

۳ «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ فَأَتِفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...»

۴ إِنْكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ وَلَا ضَرَرٌ وَلَا ضَرَارٌ عَلَى مُؤْمِنٍ

۵ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ؛ فَأَلِ اسْلَامًا يَزِيدُ الْمُسْلِمَ خَيْرًا وَلَا يَزِيدُهُ شَرًّا

اصطلاحی که محقق سنت باشد محسوب نمی‌گردد؛ زیرا اجماع مذکور با توجه به این ادله مدرکی است. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ص. ۲۵۱)

۴- بنای عقلاء

صرف نظر از دلایل لفظی در مورد قاعده ضرر، به نظر می‌رسد بنای عقلا پشتوانه محکمی برای این قاعده محسوب است. بی‌تردید بنای عقلا در این امر محقق است که در زندگی اجتماعی و مدنی، زیان رساندن به دیگران اولاً امری ناپسند است و ثانیاً عامل زیان در مقابل زیان دیده مسئول پرداخت خسارت است و لذا این اصل در کلیه سیستم‌های حقوقی پذیرفته شده و در مورد چنین بنایی از ناحیه شرع مقدس، ردع و منعی واصل نشده که از این رهگذر، امضای شارع احراز می‌گردد (محقق داماد، ۱۳۹۷ش، ص. ۱۵۱).

همانگونه که بیان شد قاعده لا ضرر در ابواب مختلفی نظیر معاملات، دعاوی حقوقی، شفعه، باب طهارات، روزه، وضو و... استفاده می‌شود. با حاکمیت قاعده لا ضرر، هر حکم ضرری که در اسلام وارد شده باشد برداشته می‌شود و معنای حدیث، نفی احکام ضرری است و همه آن‌ها را در مقام تعارض منتفی می‌سازد. پس همان گونه که دیدیم «لزوم بیع ضرری» و «وجوب وضوی ضرری» برداشته می‌شود، بدین ترتیب که قاعده لا ضرر در مورد نخستین، موجب پیدایش خیار فسخ و در مورد دوم، باعث وجوب تیمم می‌گردد و تنها موید است (محقق داماد، ۱۳۹۷ش، ص. ۱۵۲).

قانون مدنی کشورمان نیز در موضوع معارضه اعمال حق، به قاعده لا ضرر تمسک جسته است که در ادامه به مثال هایی از این دست اشاره می‌کنیم:

الف) وقفی که به قصد اضرار دیان واقع شده، منوط به اجازه دیان است (ماده ۶۵).

ب) تصرف مالک در ملک خود در صورت استلزام تضرر همسایه ممنوع است، جز در شرایط معین (ماده ۱۳۲).

ج) منع تصرف در حریم به منظور جلوگیری از ضرر به صاحب حریم و تعیین میزان حریم به اندازه‌ای که برای دفع ضرر کافی باشد (مواد ۱۳۸ و ۱۳۹).

د) ممنوعیت تقسیم مال مشترک بدون رضای شریک متضرر در صورتی که متضمن ضرر شریک باشد (۵۹۲).

ه) اجبار موصی له از طرف حاکم بر اعلام تصمیم در صورتی که تاخیر اعلام رد یا قبول وی موجب تضرر ورثه باشد (ماده ۸۳۳).

۵) قاعده ید

قاعده ید از قواعد مشهور و معتبری است که در اکثر مسائل فقهی و حقوقی، به طور وسیع مورد استناد قرار می‌گیرد و محور بسیاری از معاملات روزمره است. این قاعده از قواعد فقهی معتبری است که مورد قبول تمامی فقهای اسلام، بل کافه ی عقلا و مورد استناد ایشان است.

در تعریف این قاعده آمده: «ید عبارت است از سلطه و اقتدار شخص بر شیء به گونه‌ای که عرفاً آن شیء در اختیار و استیلائی او باشد و بتواند هر گونه تصرف و تغییری در آن به عمل آورد» (محقق داماد، ۱۳۹۷ق، ص. ۲۷).

با توجه به این تعریف، عامل عرف در تعریف ید نقش بسزایی دارد و صدق عنصر سلطه و استیلا، منوط به تشخیص عرف است. از این رو، ید از کیفیت بخصوصی برخوردار نیست و حد خاصی ندارد، بلکه حسب مورد و به تناسب مقام، جلوه‌های گوناگون و مصادیق مختلف دارد.

مصادیق ید

گاهی وجود شیء در دست انسان نشانه ید است، مانند پولی که در دست شخصی است و همین مطلب دلالت بر تعلق پول به او دارد و گاه با آن که اشیا در دست افراد قرار ندارند، به نوعی در رابطه با پیکره و جسم انسانند و همین امر نشان می‌دهد که شیء، متعلق به فرد خاصی است. برای مثال، لباسی که در تن افراد است، نشان از تعلقشان به آنها دارد (محقق داماد، ۱۳۹۷ق، ص. ۲۸).

مستندات قاعده

فقها برای حجیت ید به چند دلیل استناد کرده‌اند که به اختصار عبارتند از:

الف) سیره: روش مستمر مسلمانان در جمیع اعصار این بوده که با دارنده شیء معامله کرده، و بدون اذن و اجازه او در آن تصرفی نمی‌کنند. سیره در فقه یکی از مستندات است، ولی در صورتی حجت است که به زمان معصوم (ع) متصل گردد، یعنی در زمان معصوم (ع) نیز معمول بوده باشد.

ب) بنای عقلا: هرگاه امری مورد پذیرش جمیع عقلا در تمام اقوام و ملل بوده باشد، چون شارع هم یکی از عقلا و به تعبیر بهتر در رأس آنان است، آن را تنفیذ و تجویز می‌کند. نظر مجموع عقلا بر این است که وقتی فردی چیزی را در تصرف دارد، ظاهر و اصل این است که مالک آن است. بنای عقلا در این خصوص با توجه به سیر تاریخی مالکیت و ید بهتر روشن می‌شود. همان گونه که قبلا دیدیم از دورترین ایام، معمول و متعارف در جوامع انسانی این بوده که اشیا تحت تصرف اشخاص اصولا متعلق به آنها است و عقلای هر عصر و دوره‌ای از هر قوم و ملت این امر را تأیید کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۷ق، ص. ۳۰).

ج) اجماع: اجماع فقهای عظام، بل تسالم اصحاب بر حجیت قاعده‌ی ید می‌باشد و این معنی مورد اتفاق همه است و مخالفی در مسأله وجود ندارد (بجنوردی، سید حسن، ۱۴۱۹ق، ص. ۳۸۵).

د) سنت: دلیل دیگر بر حجیت ید، روایات است. یکی از روایاتی که برای حجیت ید مورد استناد قرار گرفته به شرح زیر است: حفص بن غیاث که در میان فقها بسیار معروف است در مورد ید از حضرت صادق (ع) نقل می‌کند که: «آن حضرت (ع) به مردی که از ایشان سؤال کرده بود آیا اگر من چیزی در دست کسی ببینم جایز است شهادت بدهم آن شیء مال او است؟ فرمود: آری جایز است. آن مرد گفت: شهادت خواهم داد که آن مال در دست او است، ولی گواهی نمی‌دهم که به او تعلق دارد، زیرا ممکن است مال دیگری باشد. حضرت (ع) فرمود: آیا حلال است آن شیء از او خریده شود؟ مرد گفت: آری حلال است. امام (ع) فرمودند: شاید مال دیگری باشد پس چگونه جائز است تو آن را بخری و بعد از تملکش بگویی که متعلق به من است و بر آن سوگند یاد کنی، ولی جایز نیست نسبت به مالکیت کسی که تو از ناحیه او مالک گردیده‌ای اقرار کنی؟ سپس حضرت (ع) فرمود: «اگر این امر جائز نباشد برای مسلمانان بازاری برپا نمی‌ماند» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ص. ۳۸۷).

روایت بر این مطلب دلالت صریح دارد که اگر کسی نسبت به چیزی ذوالید باشد باید آثار ملکیت را بر آن بار کرد و تشکیک در ملکیت آن نکرد. این روایت اگر چه نظر سند قوی نیست، ولی چون فقها به آن عمل کرده‌اند و به اصطلاح «شهرت فتوایی» دارد، ضعف سند بدین وسیله جبران شده است. روایت مذکور علاوه بر آن که ید را اماره مالکیت می‌داند، اجازه شهادت بر مالکیت اشیا موجود در دست افراد را نیز داده است.

با توجه به مستندات ذکر شده استنباط می‌شود که دلیل و مستند اصلی قاعده، همان بنای عقلا و رویه خردمندان است و مفاد روایات و نصوص در واقع اشاره به همان ارتکاز عقلی است و جمله‌ای که حضرت صادق (ع) در پایان روایت حفص بن غیاث به عنوان حکمت و وجه ضرورت اعمال قاعده ید بیان فرموده‌اند، شاهد این مدعا است. ایشان با این بیان، لزوم تأمین رونق زندگی اقتصادی و استحکام بخشیدن به دادوستدها و حسن جریان امور در روابط اجتماعی و مدنی را که مطلوب عقل و شرع است، انگیزه پذیرش قاعده فوق معرفی کرده‌اند.

قاعده ید در مباحث مختلفی حقوق مالی، بحث آشامیدنی‌ها و خوردنی‌های حلال و حرام، بحث اقرار صاحب ید در پاکی و نجاست اشیاء خریداری شده و ... کاربرد فراوانی دارد (محقق داماد، ۱۳۹۷ش، ص. ۳۱).

اماره ی مالکیت جزو قواعد مهم فقهی و یکی از شایع‌ترین وسائل اثبات مالکیت است. به ویژه در مالکیت اموال منقول که نگاهداری سند مالکیت مرسوم نیست، حمایت از تصرف اهمیت زیادی پیدا می‌کند و تعدی به حق متصرف و مطالبه دلیل از او موجب اختلال در نظم اقتصادی و بازار مسلمانان می‌گردد.

در تحلیل و بررسی مبانی اماره ی مالکیت دو ملاک وجود دارد: ملاک اول اغلیت است و ملاک دوم مقتضای طبیعت اولیه متصرف می‌باشد. مطابق ماده ۳۵ قانون مدنی: «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.» بنابراین تصرف اماره است. قانون کسی که مالی را تصرف کرده است و خود را مالک آن می‌داند، از ابراز دلیل دیگر معاف دانسته و طرف مقابل او باید ثابت کند که متصرف غاصب است و بر سبب مملک آن را در اختیار نگرفته است. در نتیجه متصرف برای اثبات مالکیت خود نیاز به دلیل دیگر ندارد. در تمام دعاوی مربوط به اموال، چه اموال منقول و چه اموال غیر منقول، مدعیان باید در برابر ذوالید حقانیت خود را ثابت کنند؛ به عبارت دیگر در دعاوی مالکیت همیشه متصرف سمت منکر و مدعی علیه را دارد و بار اثبات بر دوش کسی است که می‌خواهد خلاف اماره قانونی تصرف را ثابت کند (شمس، آیین دادرسی مدنی، ص ۳۶۷ تا ص ۳۷۰).

۴) قاعده اباحه

یکی از قواعد فقهی که مورد توجه امامیه است و نسبت به حجیت آن عدله ای از منابع دینی اقامه شده است قاعده اصل اباحه هست. ابتدا تعریف و ویژگی های این قاعده را مطرح سپس به ادله آن می‌پردازیم.

اباحه به معنای آشکار شدن و ظاهر شدن است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ص. ۱۰۵). همچنین معانی دیگری نیز برای این واژه ذکر کرده‌اند؛ مانند حلال کردن؛ رها ساختن؛ گسترش دادن و اذن دادن. اباحه در حقوق به معنی اجازه تملک است؛ این اجازه را گاهی مقنن مستقیماً می‌دهد؛ مانند اجازه ی تملک مباحات در ماده ۱۴۷ قانون مدنی، و گاهی شامل قصد و انشای مالک است؛ مثل نثار مال در عروسی یا اذن در نهادن سر تیر بر سر دیوار که مصداق اباحه ی تملک منافع است.

لذا در تعریف اصل اباحه گفته شده: «هرگاه در حلیت یا حرمت چیزی تردید نماییم. مطابق این اصل حمل بر حلیت می‌شود. برای مثال، زمانی که در مورد حلیت گوشت حیوانی با علم به قبول تذکیه آن، شک شود، طبق اصل اباحه، بر حلیت آن حکم می‌گردد» (مختاری، ۱۳۹۴ش، ص. ۴۸).

ادله قاعده اباحه

۱- کتاب: خداوند در سوره بقره آیه ۲۹ می‌فرماید: «او خدایی است که همه موجودات زمین را برای شما خلق کرد.» در این آیه شریفه خداوند می‌فرماید هر آنچه در آسمان و زمین است را برای بندگان خلق کرده‌ام. اگر بهره‌برداری از این مخلوقات برای انسان مقدور نباشد این خلقت بی‌فایده خواهد بود. لذا تمام این مخلوقات برای انسان مباح است، مگر آنچه که استثنا شده است.

۲- روایات: امام صادق (ع) می‌فرماید: «هر چیزی که حرام و حلال دارد، تا وقتی به صورت مشخص حرام آن را نشناخته‌ای، برای تو حلال است» (حر عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص ۸۸).

روایات از این دست در ابواب مختلف فراوان وارد شده است که تا زمانی که حرمت چیزی مورد یقین نباشد، استفاده از آن مباح است.

۳- اجماع: این قاعده نزد علماء پذیرفته شده است و هیچ خلافتی در آن نیست و بر اساس آن در ابواب مختلف فقهی حکم شده است (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۲۴).

در ماده ۱۴۷ قانون مدنی آمده است: «هر کس مال مباحی را با رعایت قوانین مربوطه به آن حیازت کند مالک آن میشود.» از قاعده اباحه در فقه گردشگری در موارد بسیاری مانند خرید از بازارهای کشورهای خارجی، خوردن غذای پخته شده در این کشورها، نجاست یا پاکی البسه گردشگران و ... می‌توان بهره برد.

۳- بخش دوم: قواعد اهل تسنن

۱) اعمال و کلیه تصرفات شخصی از قولی گرفته تا فعلی در پرتو قصد و نیت گوینده استوار است

یکی از قواعد فقهی معتبر نزد اهل سنت، قاعده «الامور بمقاصدها» به معنای اعمال و کلیه تصرفات شخصی از قولی گرفته تا فعلی در پرتو قصد و نیت گوینده استوار است که هم در اعمال مکلفین و هم در احکام جاری است. در تعریف این قاعده آمده است (آل بورنو، ۱۴۱۶ق، ص ۱۲۴) طبق این قاعده احکام و نتایج اعمال مکلفین بر اساس نیت و قصد آنان مختلف خواهد بود. مثلاً اگر فردی لقطه‌ای یافت و آن را برداشت، اگر به این نیت برداشت که امین باشد تا صاحبش را پیدا کند و به او بدهد، اتفاقاً بدون افراط و تفریط تلف شد، او در اینجا ضامن نیست. اما اگر به نیت تملک برداشت و بدون افراط یا تفریط تلف شد، ضامن هست (سدلان، ۱۴۱۷ق، ص ۴۴).

ادله قاعده

احادیث: مهمترین دلیل اثبات این قاعده نزد اهل سنت احادیث وارده از پیامبر (ص) به طریق صحابه است. علماء اهل سنت معتقدند که احادیثی که معیار و میزان اعمال را نیت فرد می‌دانند، فراوان هستند.

اصلی‌ترین مدرک این قاعده روایتی است که عمر بن خطاب از پیغمبر اکرم (ص) نقل می‌کند و در صحیح بخاری آمده است:

۱ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا

۲ كُلُّ شَيْءٍ فِيهِ حَلَالٌ وَ حَرَامٌ فَهُوَ لَكَ حَلَالٌ أَبَدًا، مَا لَمْ تَعْرِفِ الْحَرَامَ مِنْهُ فَتَدَعَهُ

۳ إن أعمال المكلف وتصرفاته من قوليه أو فعليه تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص وغايته وهدفه من وراء تلك الأعمال والتصرفات، أو أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون موافقاً ومطابقاً لما هو المقصود من ذلك الأمر

«ارزش اعمال فقط بستگی دارد به نیت هر کس آنچه را نیت نموده نصیبش می‌گردد. در مسأله حرکت و هجرت هر کس با انگیزه الهی و قصد دیدار رسول خدا(ص) مهاجرت کند، چنین هجرتی به طرف خدا و رسول است و هر کس به منظور رسیدن به دنیا و یا دستیابی به زنی و ازدواج با او مهاجرت کند چنین هجرتی به طرف خدا نیست و بطرف همان هدف است» (بخاری، ۱۳۹۱ش، ص. ۲۳۱).

براساس این روایت، احادیث دیگری نیز در منابع اهل سنت ذکر شده است. از دیدگاه اهل سنت قاعده الامور بمقاصدها هم در عبادات و هم در معاملات معتبر و قابل جریان است (بورنو، محمد صدقی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۳۱).

در حقوق کیفری نیز نیت بیش از آنکه واجد مدلول حقوقی باشد، دارای مفهوم دینی و اخلاقی است. فردی که دارای حسن نیت است، از قانون‌شکنی پرهیز می‌کند. برخی حقوق‌دانان، حسن نیت را به منتفی بودن قصد مجرمانه تعریف کرده‌اند؛ چه آنکه، قصد مجرمانه به اراده جهت یافته به مخالفت با قانون از رهگذر تعدی یا تجاوز به حقوق مورد حمایت قانون‌گذار تعبیر می‌شود؛ بنابراین هر فردی که چنین اراده‌ای نداشته باشد، یعنی قصد مخالفت با قانون یا تجاوز به حقی نداشته باشد، فاقد سوء نیت است و در حقیقت، دارای حسن نیت است (حسینی، ۱۹۶۲، ص. ۹۰). شاید بتوان گفت اصل حسن نیت در حقوق کیفری، ناظر بر قصد پایبندی به جوانب مشخص شده‌ای است که قانون‌گذار رعایت آن‌ها را ضروری دانسته است.

در حقوق کیفری، بنیادی‌ترین عنصر مقوم جرم عمدی، سوء نیت - بر دو وجه عام و خاص - است؛ فقدان سوء نیت، دلیل عمده عدم مسئولیت افراد در قبال افعال و اقوال است. با نبود سوء نیت، جرم محقق نمی‌شود. در جرایم عمدی، رکن روانی (فعل و انفعال ذهنی مرتکب) متضمن اجزا و عناصر متعددی است که جمع بودن همه آن‌ها «حسب مورد» در هر جرم، ضروری است؛ یکی از عناصر در تحلیل رکن روانی، سوء نیت یا اندیشه خلاف قانون است (آزمایش، ۱۳۸۰، ص ۱۱-۱۰). سوء نیت یا ناظر بر نفس عمل ارتكابی است که اصطلاحاً از آن به سوء نیت عام تعبیر می‌شود و در عموم جرایم، خواه عمدی یا غیرعمدی، مشترک است؛ یا اینکه بر عنصر نتیجه از رکن مادی جرم تعلق می‌گیرد که در اصطلاح سوء نیت خاص خوانده می‌شود. به هر رو، با فقدان این عنصر اساسی و خلل به رکن روانی، جرم محقق نمی‌شود.

۲) از بین بردن ضرر لازم است^۱

یکی دیگر از قواعد فقهی اهل سنت، قاعده الضرر یزال (وجوب ازاله ضرر) است که بر اساس این قاعده، هر مسئله جزئی که ضرری توجیه ناپذیر دارد، حکم (وجوب ازاله) بر آن منطبق است به نحوی که این دفع ضرر سبب ایجاد ضرری مساوی یا بیشتر نشود.

مفاد این قاعده وجوب از بین بردن ضرر و خسارت وارده بعد از رخ دادن ضرر است. احداث ناودان به سمت گذرگاه عمومی که برای عابرین زیان آور است، و همینطور تعدی و حد شکنی کردن و ساخت و ساز در حریم گذرگاههای همگانی، و همچنین حفر چاه در این گذرگاهها، از مصادیقی است که با اتکا به این قاعده، کنش‌های نامشروع قلمداد می‌شوند (سبکی، ۱۴۱۱ق، ص. ۴۱).

ادله اثبات قاعده

۱- آیات قرآن: علماء برای اثبات این قاعده از برخی آیات قرآنی استفاده می‌کنند. برای نمونه آیاتی نظیر آیه ۵۸ سوره احزاب^۱، آیه ۱۹۰ سوره بقره^۲، آیه ۲۹ سوره نساء^۳ و همچنین آیه ۲۳۱ و ۲۳۳ سوره بقره (که پیشتر در مورد قاعده لاضرار مطرح گردید) بر این قاعده دلالت می‌کنند.

۲- احادیث: سیوطی (سیوطی، ۱۴۱۱ق، ص. ۱۴۰) معتقد است مهمترین حدیثی که در باب الضرر یزال مورد استفاده قرار می‌گیرد، حدیث پیامبر اسلام (ص) است که فرمود: «لا ضرر و لا ضرار، من ضار ضاره الله و من شاق شاق الله علیه» (حاکم نیشابوری، ۱۴۱۱ق، ص. ۶۶).

این قاعده در ابواب مختلف فقهی مورد استفاده قرار می‌گیرد. نظیر احکام قصاص، محجور بودن، مال در صورت وجود عیب، خیارات، حدود، کفارات، ضامن بودن تلف کننده مال، نصب حاکمان و قضات، جهاد و قتال با مشرکان (سدلان، ۱۴۱۷ق، ص. ۵۰۱-۵۰۲).

ماده ۳۰۷ قانون مدنی اتلاف و تسبیب را از موارد ضمان قهری بر شمرده است. ماده ۳۲۸ قانون مدنی نیز بیان میدارد: «هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد و یا بدون عمد و اعم از اینکه عین مالی تلف شده باشد و یا منفعت آن». و در صورتیکه شخص مال را ناقص و یا معیوب کند، ملزم به پرداخت نقص قیمت آن مال می‌باشد. ماده ۳۳۱ قانون مدنی نیز در باب تسبیب بیان میدارد: «هر کس سبب تلف مالی شود باید مثل و یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن بر آید». ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی نیز اظهار میدارد هر کس بدون مجوز قانونی عمدا یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری و یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد.

اتلاف و تسبیب از موارد مسئولیت مدنی هستند. حال برای آنکه مسئولیت مدنی از جمله اتلاف و تسبیب تحقق یابد نیازمند وجود افعال زیانبار، وجود ضرر و رابطه سببیت میان فعل زیانبار و ورود ضرر می‌باشد؛ یعنی ضرر وارده در نتیجه فعل زیانبار ایجاد شده باشد.

۳) مشقت و محنت اسباب و وسایل تسهیل را جلب می‌کند

یکی از قواعد مهم فقه اهل سنت که جزو پنج قاعده اصلی تلقی می‌شود، قاعده «المشقة تجلب التيسير» به معنای مشقت و محنت اسباب و وسایل تسهیل را جلب می‌کند است. در تعریف این قاعده آمده است: «احکامی که انجام آن موجب حرج و عسر برای مکلف و مشقه و سختی برای خود او یا مال او می‌شود می‌شود، شرع این احکام و تکالیف را در حدی که مکلف قدرت انجام آن را داشته باشد کاهش می‌دهد» (بورنو، ۱۴۱۶ق، ص. ۲۱۸).

۱ وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغْيٍ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدْ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا

۲ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ

۳ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

۴ إن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف ومشقة في نفسه أو ماله، فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إحراج

ادله اثبات قاعده

- ۱- کتاب: خداوند در سوره بقره آیه ۱۸۵ و ۲۸۶ سوره بقره^۱، آیه ۲۸ سوره نساء^۲، آیه ۶ سوره مائده^۳ به این قاعده اشاره شده.
 - ۲- احادیث: اهل سنت به مجموعه روایاتی که از رسول الله در مورد سهل گیری و مسامحه در دین وارد شده است برای اثبات این قاعده استفاده می کنند و معتقدند دین اسلام دینی است که مشقت و حرج را برای مکلفین نمی خواهد و انجام تکالیف خارج از قدرت مکلفین را نهی کرده است. رسول الله (ص) در مورد سهل و آسان گیری در دین می فرماید: «محبوبترین دین نزد خداوند دین سهلتر و آسانتر است»^۴ (بخاری، ۱۳۹۱ش، ص ۱۶).
 - ۳- مشروعیت رخصت در دین: این امر یعنی تیسیر و سهولت در دین یک امر قطعی و یقینی است. چراکه خداوند در موضوعات مختلف نظیر قصر نماز، افطار روزه، خوردن محرّمات در صورت اضطرار و... این روش را داشته است که هرگونه عسر و حرجی را از مکلف دور کند. اگر قرار بر مشقت و سختی بود اینگونه تخفیف ها جایگاهی در دین نداشت (بورنو، ۱۴۱۶ق، ص ۲۲۱).
 ۴. اجماع: علماء بر این قاعده اجماع دارند که خداوند تکلیف شاق بر بندگان وضع نکرده است (سدلان، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۲۲۸). سیوطی اسباب تخفیف و یسر در تکالیف را هفت مورد می داند. الف) سفر، ب) مرض، ج) اکراه، د) نسیان، ه) جهل، و) سختی و بلوای عمومی، ز) نقص های که تکلیف را سلب می کند مانند صبی بودن، مجنون بودن و... (سیوطی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۷۸).
- مجازاتها بر اساس ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی به چهار دسته تقسیم میشود که شامل حدود، قصاص، دیه و تعزیر است و تخفیف مجازات بنابر تصریح قانون تنها در مجازتهای تعزیری راه دارد و شامل اقسام دیگر از کیفر نمیگردد؛ چرا که بر طبق نص صریح ماده ۲۱۹ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ کیفیت، نوع و میزان مجازتهای حدی (مجازاتهایی که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای مجازات در شرع مشخص شده) غیر قابل تغییر و تقلیل بوده و با استناد به ماده ۴۱۹ و ۴۵۲ از قانون فوق الذکر مجازات قصاص و دیه نیز حق خصوصی مجنی علیه یا اولیای دم تلقی شده و فاقد جنبه عمومی میباشد؛ مگر موجب اخلال در نظم عمومی شده یا بیم تجری مرتکب یا دیگران باشد که در این حالت جرایم مستوجب قصاص و یا دیه بر اساس مواد ۶۱۲ الی ۶۱۶ از قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات دارای جنبه عمومی بوده که در این حالت بدلیل اینکه مجازات تعزیری از سوی مقنن در نظر گرفته شده، مقام قضایی می تواند با استناد به ماده ۳۷ از قانون مجازات تعزیری در صورت احراز جهات تخفیف، تخفیف دهد.

۴) عادت و عرف مردم طریقی برای اثبات حکم شرعی

یکی از قواعدی که در فقه اهل سنت کاربرد دارد، قاعده «الْعَادَةُ مُحَكَّمَةٌ وَ الْعَرَفُ قَاضٍ» است. معنای این قاعده این است که عادت و عرف مردم (عرف خاص یا عام) طریقی برای اثبات حکم شرعی است. این قاعده مبنی بر این است که اهل سنت اعتقاد

۱ شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ... وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ

۲ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا

۳ ... مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ

۴ أَحَبُّ الدِّينِ إِلَى اللَّهِ الْحَنِيفِيَّةُ السَّمْحَةُ

قواعد فقهی (به عنوان منشاء استنباط احکام) از دیدگاه مذاهب اسلامی حمیدی و همکاران دارند در وقایع متعدد، شرع، دلیلی ندارد و برای رسیدن به حکم شرعی در این گونه موارد باید به عرف مراجعه کرد. منظور از عرف و عادت آن چیزی است که مردم در انجام آن استمرار دارند و آن عمل را تکرار می‌کنند (باحسین، ۱۴۳۳ق، ص. ۲۵). مدرک این قاعده در برخی از کتب فقهی اهل سنت، روایت پیامبر (ص) است.^۱ نخستین کسانی که عرف را در ادله اجتهاد پذیرفتند، ابوحنیفه و مالک بودند (جناتی، ۱۳۷۲ش، ص. ۳۹۹).

حجیت عرف نزد اهل سنت بر اساس مبانی یکنواخت نیست و دو دیدگاه از آن برداشت می‌شود: در دیدگاه اول، دانشمندان حنفی عرف را حجت می‌دانند و میدان عمل آن را گسترده می‌شمارند و معتقدند که عرف از بهترین زمینه‌هایی است که می‌توان با آن فقه اسلامی را با تحولات جامعه و جهان هماهنگ نمود و نیازهای علم روز و نظام متغیر جهان را برآورده ساخت (حنفی، ۱۴۱۹ق، ص. ۱۰۲).

دیدگاه دوم، ناظر بر نظر اطلاق اول است که اجمالاً عرف را به عنوان دلیل ظاهری در جریان امور قرار می‌دهد. بر اساس این دیدگاه، عرف جایگاه مناسبی در عرض کتاب و سنت ندارد، بلکه مرجعی برای وصول به حکم و دلیل ظنی و کاشف ناقص است که باید با دلیل دیگری جبران گردد. در مقابل، عده‌ای عرف را اصلی از اصول فقه پنداشته‌اند. با این حال، عمده دانشمندان اهل سنت به اعتبار عرف رأی مثبت داده‌اند.

دیدگاه‌های مذاهب اهل سنت چنین مورد ارزیابی قرار می‌گیرد:

احمد الزرقاء دیدگاه کلی اهل سنت را در باب عرف چنین تشریح نموده است:

«عرف در فقه اسلامی اعتبار مشروع دارد که در باب آن در کلیه مسائل اجتهادی و فقهی اسلامی اتفاق نظر موجود است هر چند در اندازه دلالت و کاربرد آن تفاوت وجود دارد. فقیهان به ویژه بزرگان فرقه حنفیه برای عرف در اثبات حقوق و فواید آن در نواحی و جوامع گوناگون در باب معاملات و تصرفات ارزش قائل‌اند. در نزد آنان عرف و عادت اصلاتی مهم و مرجعی بزرگ و فراگیر است که با آن احکام حقوقی مدنی را بر اساس موقعیت زمانی و مکانی بدون مبانی با نص و شریعت تثبیت می‌کنند. عرف در دیدگاه آنان دلیل شرعی کافی برای اثبات احکام الزامی و فروع رایج بین مردم است در جایی که دلیلی غیر از آن نباشد. در صورت تعارض عرف با قیاس، قیاس کنار می‌رود. زیرا سرانجام قیاس مخالف با عرف جاری به حرج منتهی می‌شود. پس رهایی از احکام قیاس و اهتمام به عرف مانند استحسان است که بر قیاس مقدم گردد» (الزرقاء، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص. ۱۳۴).

۵) اصل در اشیاء اباحه می باشد.

یکی از قواعد مطرح در اهل سنت اصل اباحه است. در تعریف این قاعده گفته شده: «هر آنچه در زمین است برای انسان مباح است، مگر اینکه دلیل خاص بر حرمت آن اقامه شود؛ لذا هر چه در زمین است، خوردن، آشامیدن و تصرف آن برای انسان مباح است و از این دایره وسیع چیزی خارج نمی‌شود مگر به نص صریح بر تحریم آن» (سدلان، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۱۲۸).
ادله اثبات قاعده:

۱- کتاب: در سوره بقره آیه ۲۹، سوره انعام آیه ۱۴۵، آیه ۳۲ سوره اعراف، آیه ۱۵۱ سوره انعام، آیه ۳۳ سوره اعراف به این قاعده اشاره شده.

۱ «مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ» (حنفی، ابن نجیم، ۱۴۱۹ق، ص. ۴۶)

۲- احادیث: رسول الله (ص) می‌فرماید: گناهکارترین مسلمانان کسی است که در مورد چیزی که حرام نیست سوال کند و به سبب مساله خود آن را حرام کند» (حاکم نیشابوری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۷۲۳).

و در روایتی از رسول الله (ص) آمده: حلال آن است که خداوند در قرآن حلال کرده باشد و حرام آن است که خداوند در قرآن حرام کرده باشد و هرچه را مسکوت گذاشته مورد گذشت هست (همان، ج ۲، ص ۳۴۷).

۳- عقل: به حکم عقل انتفاع از حلال به مالک حقیقی که خداوند است هیچ ضرری نمی‌رساند، پس نباید از آن ممانعت کرد، مانند اینکه نور چراغ روشن شود و سایه دیوار بر آن سایه افکند (آل برونو، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۱۹۳).

کسانی که قایل به این قاعده هستند این اصل را در بسیاری از موضوعات و فروعات فقهی جاری می‌دانند و معتقدند بسیاری از مشکلات با این قاعده رفع می‌شود. مثلاً در حیوانی که نمی‌دانیم حلال است یا حرام، در گیاهی که نمی‌دانیم چگونه است و در بسیاری دیگر از مسائل این قاعده راه گشاست (سیوطی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۱۰۶).

در لغت شناسی حقوقی، عرف به دو نوع عمومی و خصوصی تقسیم می‌شود. در قانون مدنی مکرراً و تحت مواد مختلف از مفهوم عرف استفاده شده است که در ذیل به مواردی چند اشاره می‌شود:

در ماده ۴۲۶ قانون مدنی آمده است: «تشخیص عیب بر حسب عرف و عادت میشود و بنابراین ممکن است بر حسب ازمه و امکانه مختلف شود». در ماده ۵۴۹ قانون مدنی نیز به مفهوم عرف اشاره شده است: «حصه های مزبوره در موضوع ماده ۵۴۸ باید در عقد مضاربه معین شود مگر اینکه در عرف منجزا معلوم بوده و سکوت در عقد منصرف به آن گردد».

نتیجه گیری

با توجه به یافته‌های پژوهشی در مقاله حاضر می‌توان گفت قواعد فقهی مطرح شده در شیعه از یک سو و مذاهب اربعه از سوی دیگر در قواعدی مانند لاضرر و لاضرار در فقه شیعه و قاعده الضرر یزال در فقه اهل سنت و یا قاعده اباحه در شیعه و قاعده الاصل فی الاشیاء الاباحه در اهل سنت نظیر یکدیگر هستند و تنها تفاوت لفظی وجود دارد و این قواعد اشتراک مفهومی و ماهوی دارند. و فقهای شیعه و مفتیان اهل سنت در بسیاری از مشکلات و تنگناهای زندگی فردی و اجتماعی و مسائل مستحدثه تمسک به این قواعد را راهگشا دانسته و بر مبنای فتوا صادر نموده‌اند و همچنین بر اساس اصل ۴ قانون اساسی، همه قوانین جمهوری اسلامی ایران باید بر مبنای موازین اسلامی پایدار باشند. بنابراین قوانین ایران، قواعد فقهی را پذیرا شده‌است که چه در خصوص قواعد رایج اهل سنت و چه در باب قواعد مهم امامیه این مصادیق در نص قانون موجود است و مطابقت دارد. موضوع بررسی تطبیقی هر یک از این قواعد از دیدگاه فقه مذاهب و مقایسه آن بایکدیگر نیز موضوع دیگری است که پژوهشگران می‌توانند حول آن تحقیق نمایند.

فهرست منابع

قرآن کریم، ترجمه محمد مهدی فولادوند.

ابن ابی‌جمهور، محمد بن زین‌الدین. (۱۴۰۳-۱۹۸۳). عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة، قم، مؤسسه سید الشهداء (ع).
ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
ابن عبد السلام، عبد العزیز بن عبد السلام. (۱۴۱۱-۱۹۹۱). قواعد الأحکام فی مصالح الأنام، مکتبه الکلیات الأزهریه.

- قواعد فقهی (به عنوان منشاء استنباط احکام) از دیدگاه مذاهب اسلامی
ابن منظور، محمد بن مكرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب، بیروت، دار صادر.
ابوزهره، محمد. (بی تا). الاصول الفقه، قاهره، دارالفکر العربی.
امام خمینی، سیدروح الله. (۱۴۲۱). البیع، تهران، موسسه حفظ و نشر آثار امام خمینی ره.
آخوند خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۱۰ق). درر الفوائد فی الحاشیة علی الفرائد، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
بورنو، محمد صدقی. (۱۴۱۶ق). الوجیز فی ایضاح قواعد الفقه الکلیة، بیروت، موسسه الرساله.
باحسین، یعقوب. (۱۴۳۳ق). قاعده العاده محکمه، ریاض، مکتبه الرشد.
بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق). قواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی.
بخاری، محمد بن اسماعی. (۱۳۹۱ش). صحیح بخاری، مریوان، شیخ الاسلام احمد جام (مکتبه البشری).
بیهقی، ابوبکر. (۱۴۱۹ق). السنن الکبری، بیروت، دارالفکر.
تهانوی، محمدعلی. (۱۹۹۶م). کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون.
جناتی، محمد ابراهیم. (۱۳۷۲ش). ادوار اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، تهران، نشر کیهان.
جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۰۷ق). الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، بیروت، دار العلم للملایین.
حاکم نیشابوری، ابو عبدالله. (۱۴۱۱ق). المستدرک علی الصحیحین، بیروت، دارالکتب العلمیه.
حر عاملی، محمد بن حسین. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام.
حسینی مراغی، عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
حنفی، ابن نجیم. (۱۴۱۹ق). الاشباه و النظائر، بیروت، دارالکتب العلمیه.
راغب اصفهانی، حسین. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ قرآن، بیروت، دارالشامیه.
الزرقا، احمد. (۱۴۲۵ق). المدخل الفقهی العالم، دمشق، دارالقلم.
سبکی، تاج الدین عبدالوهاب. (۱۴۱۱ق). الأشباه و النظائر، بیروت، دارالکتب العلمیه.
سدلان، صالح. (۱۴۱۷ق). القواعد الفقهیة الكبرى وما تفرع عنها، ریاض، دار بلنسیة للنشر و التوزیع.
سراج، أحمد بن محمد. (۱۴۳۶ق). قاعدة إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام، ریاض، دارالصمیعی.
سیوطی، عبدالرحمن. (۱۴۱۱ق). الاشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیه، بیروت، دارالکتب العلمیه.
شاطبی، ابراهیم بن موسی. (۱۴۲۵ق). الموافقات فی اصیل الشریعه، بیروت، دارالکتب العلمیه.
شریعت اصفهانی، فتح الله. (۱۴۰۶ق). قاعدة لاضرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
شیخ انصاری، مرتضی. (۱۴۱۹ق). فرائد الاصول، قم، مجمع فکر اسلامی.
طباطبائی، سید محمد حسین. (۱۳۹۰ق). تفسیر المیزان، بیروت، موسسه الاعلمی.
طبرسی، فضل بن حسن. (۱۳۷۲ش). مجمع البیان، تهران، ناصر خسرو.
طریحی، فخر الدین بن محمد. (۱۳۷۵ش). مجمع البحرین، تهران، نشر مرتضوی.
عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۸۴ش). قواعد فقه سیاسی (مصلحت)، تهران، امیرکبیر.
عوض، سید صالح. (۱۹۸۱). اثر العرف فی التشریع الاسلامی، قاهره، دارالکتاب الجامعی.
فاضل تونی، عبدالله بن محمد. (۱۴۱۲ق). الوافیة فی اصول الفقه، قم، مجمع فکر الاسلامی.

- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۸۳ش). القواعد الفقهیه، قم، مرکز فقه الأئمه الأطهار(ع).
- فیاض، محمد اسحاق. (۱۴۲۲ق). محاضرات فی اصول الفقه، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
- قرشی، علی اکبر. (۱۳۷۱ش). قاموس قرآن، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- سالم، کمال بن سید. (بی تا). صحیح فقه السنه و أدلته و توضیح مذاهب الأئمه، المكتبة التوفيقية.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۷ش). قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمد مصطفی، الزحلی. (۱۴۲۷ق). القواعد الفقهیه و تطبيقاتها فی المذاهب الأربعة، دمشق، دارالفکر.
- مختاری، محمدحسین. (۱۳۹۴ش). فرهنگ اصطلاحات اصولی، عروه الوثقی، قم، دارالانصار.
- مدیر شانه چی، کاظم. (۱۳۹۲ش). کتاب تاریخ فقه مذاهب اسلامی، قم، انتشارات بوستان کتاب.
- مصطفوی، محمدکاظم. (۱۴۲۱ق). القواعد مائة قاعدة فقهیه معنی ومدرکا وموردا، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- سید محمد حسینی. (۱۳۸۲). سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران تهران، سمت.
- علی آزمایش. (۱۳۸۰). تقریرات حقوق جزای عمومی، دوره کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه تهران.
- مقریزی، تقی الدین. (۱۴۱۸ق). الخطط المقریزیه، بیروت، دار الکتب العلمیه.
- منتظری، حسینعلی. (۱۳۷۹). مبانی فقهی حکومت اسلامی، ترجمه محمود صلواتی، تهران، نشر سرایی.
- نجفی خوانساری، موسی. (۱۴۱۸ق). منیه الطالب (تقریرات نائینی)، قم، جامعه مدرسین.
- نوری، حسین بن محمد تقی. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل، قم، موسسه آل البيت.
- یزدی، سیدمحمدکاظم. (۱۴۲۹ق). عروه الوثقی، قم، دارالانصار.