

علت و راه‌های کشف آن در استدلال قیاسی؛ بررسی تطبیقی در فقه اسلامی و کامن‌لا

حسین سیمایی صراف*

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران

پذیرش: ۹۰/۴/۴

دریافت: ۸۹/۱۱/۱۸

چکیده

علت، رکن قیاس (یا همان تمثیل منطقی) است. ارزش معرفتی قیاس نزد منطقیان، فقیهان و حقوقدان برحسب شناخت یا عدم شناخت علت متغیر است، به گونه‌ای که در صورت شناخت آن، کم‌تر مخالفتی با اعتبار قیاس به مثابه روش تفسیر و تحلیل فقهی یا حقوقی صورت می‌گیرد. از همین رو فقیهان مسلمان بسیار کوشیده‌اند تا طرُق اطمینان‌آور برای کشف علت شناسایی کنند. دلالت نص، تنقیح مناط، استقرا و مذاق شرع از جمله این راه‌ها به شمار می‌روند. نظام حقوقی کامن‌لا نیز که در میان سیستم‌های حقوقی بیش‌ترین وابستگی را به قیاس دارد، صرف شباهت را برای توسل به قیاس کافی ندانسته، شناخت علت را ضروری می‌داند، لکن سازوکار مشخصی برای کشف آن عرضه نکرده است. به از خلال آرای قضایی مبتنی بر قیاس کم و بیش به تکنیک‌هایی که بی‌شباهت به تکنیک‌های فقه اسلامی نیست، می‌توان برخورد. از این مطالعه برمی‌آید که اولاً نقش تفسیری قیاس در همه سیستم‌های شرعی یا عرفی را - فی‌الجمله - نمی‌توان انکارکرد؛ ثانیاً دغدغه‌های مشترکی میان فقه اسلامی و کامن‌لا برای تمهید یک استدلال قیاسی معتبر وجود دارد؛ و ثالثاً فقیهان امامیه نیز برخلاف دکتربین خود در عمل گاه به قیاس‌های مستنبط‌العله دست یازیده‌اند.

کلیدواژه‌ها: قیاس، علت، فقه اسلامی، کامن‌لا



۱. مقدمه

این نوشتار درصدد است تا فارغ از کشاکش‌های دامنه‌دار بر سر حجیت یا عدم حجیت قیاس، به مقوله‌ای که از یک سو کم‌تر بدان پرداخته شده و از سوی دیگر درباره اعتبار قیاس در آن قلمرو کم‌تر نزاعی وجود دارد، مطالعه‌ای تطبیقی کند. این موضوع از آن رو با سیستم کامن‌لا - با تأکید بر نظام حقوقی انگلیس - تطبیق می‌شود که در آن سیستم، قیاس از جایگاه والایی در میان سایر روش‌های استدلال حقوقی برخوردار است. بدین ترتیب در دو مبحث جداگانه موضوع را در فقه اسلامی و نظام کامن‌لا پی گرفته، در نتیجه‌گیری به مقارنه دستاوردهای مشترک این دو سیستم می‌پردازیم.

۲. علت و راه‌های کشف آن در فقه اسلامی

در ورای بحث از تعیین علت در قیاس، چالش‌های عمده کلامی و فقهی پیرامون ماهیت شریعت از حیث تعبدی بودن یا تعلیل‌پذیر بودن آن و امکان یا عدم امکان شناخت علت قرار دارد. چگونگی پاسخ به این پرسش‌ها دو جریان عقل‌گرایی و نص‌گرایی را در عالم اسلام پدید آورده است.

۲-۱. علت؛ رویارویی عقل‌گرایی و نص‌گرایی

علت، قلب قیاس و به تعبیری تنها رکن قیاس است [۱، ص ۶۰]. گزاره نخواهد بود اگر مدعی شویم که بنیادی‌ترین چالش معرفتی قیاس نزد مسلمانان، مسأله علت است. در زیر پوشش این مسأله مقولاتی چون ماهیت شریعت از حیث تعلیل‌پذیری یا تعبدی بودن، توانمندی یا درماندگی عقل از فهم ملاکات، اعتبار و موقعیت ظن در استنباط احکام فقهی و بالأخره طرق شناسایی علت و حجیت آن‌ها قرار دارد.

نحوه مواجهه مسلمانان با پرسش‌های بالا، آنان را به دو گروه عقل‌گرا و نص‌گرا تقسیم کرده است. اهل سنت بجز ظاهرگرایان و شماری از اهل حدیث، شریعت را مغلل به حکمت و مصلحت می‌دانند. به گفته شاطبی، اصل در عبادات، تعبد و در عادات (معاملات به معنای اعم)، تعقل - و به تعبیر خود او تعلیل‌پذیری - است و استثنا بر این اصول بسیار اندک است [۲،

ج ۲، ص ۲۲۸-۲۳۴].

اندیشمندان عامه، کتاب، سنت پیامبر و سیره صحابه را آکنده از تعلیل و توجیه دانسته و با ذکر مستندات بی‌شمار، نتیجه گرفته‌اند که طبیعت شرع بر تعلیل‌پذیری است [۳، ج ۱، ص ۲۱۹-۲۱۴، ۳۷۸-۳۷۶ و ۳۹۲ به بعد؛ ج ۲، ص ۲۴۱-۲۴۶].

اهل سنت به دنبال تئوری تعلیل‌پذیری شریعت، به مسأله امکان عقلی و شرعی فهم علت پرداخته و برای کشف آن طرقی متعارف، بشری و دست‌یافتنی طراحی کرده و در این راه به ظن و گمان اعتماد کرده‌اند. آنان با این گمان که ملاکات شرعی قابل فهم نیست، چه آن‌که مبنای شارع بر جمع بین مختلفات و تفریق بین متشابهات است، به‌صراحت مقابله کرده و گفته‌اند وجود این مبنا در تعبدیات گرچه قابل انکار نیست لکن در معاملات و عادات به‌یقین بنای شارع بر تعلیل و تعقل و الحاق نظیر به نظیر است و قیاس هم صرفاً در این حوزه صورت می‌گیرد [۴، ج ۲، ص ۲۶۴-۲۶۵؛ ج ۱، ص ۲۱۴].

امامیه بجز اخباریان با اذعان به حسن و قبح عقلی، بنیاد نظری متقنی برای ایده تعلیل‌پذیری شریعت بنا نهاده‌اند [۵، ج ۱، ص ۲۱۰]. آنان همچنین باور جدی به تبعیت گزاره‌های شرعی از مصالح و مفاسد دارند که ستون محکم دیگری برای ایده تعلیل‌پذیری شرع به شمار می‌آید. شهید اول در قالب یک قاعده به نحو موجز گفته است که «الشرع معلل بالمصالح» [۶، قاعده ۶۴، ص ۲۱۸]. فقیهان شیعه، همچنین ایده‌ای مطرح کرده‌اند که بی‌شباهت به ادبیات سنی- و به طور مشخص شاطبی- نیست. آنان با تفکیک عبادات از معاملات بر آنند که عبادات از مختصرات شرع و در نتیجه از مقوله تعبداند؛^۱ اما معاملات، اموری عقلایی و امضایی‌اند؛ بدین مفهوم که شارع در معاملات دست‌اندرکار تأسیس نشده و آنچه را بشر برحسب ضرورت و نیاز خود ابداع کرده عیناً یا با برخی اصلاحات پذیرفته است [۷، ج ۱، ص ۱۷۴، ۱۸۴؛ ج ۲، ص ۵۰۰] و البته گاه نیز اقدام به حذف و اضافه کرده که آن‌ها از یک سو اندک و از سوی دیگر باز هم به تبعیت از مصالح یا مفاسدند، مانند تحریم معاملات ربوی. مرحوم نائینی تصریح می‌کند که همه معاملات، امضایی بوده، هیچ معامله تأسیسی وجود ندارد [۹، ج ۴، ص ۳۸۶].

به رغم همه مبانی مترقی و متقنی که در بالا بدان‌ها اشاره شد، رویکرد شیعه به مقوله

۱. در عبادات نیز یکسره نمی‌توان قائل به تأسیس شد، گرچه میزان دخالت شرع در پیرایش و آرایش آن‌ها فراوان است.



علت و کشف آن با رویکرد اهل سنت بسیار متفاوت است. از منظر شیعی، کشف علل و مبانی شرع ممکن و مشروع نیست و تصدی به آن نوعی بی‌باکی در حریم شرع است. می‌توان مدعی شد که فقه شیعه به لازمه منطقی و یا عرفی معلل بودن شریعت ملتزم نبوده، گاه دچار پارادوکس شده است؛ چه آنکه فقیهان از امضایی بودن معاملات بهدرستی استنتاج کرده‌اند که علل این قبیل احکام از اسرار نبوده، توسط بشر قابل درک و فهمند [۸، ص ۵۰۰]. اما از سوی دیگر بارها تصریح کرده‌اند که عقل آدمی از درک مصالح و مبانی احکام عاجز است [۵، ج ۱، ص ۲۲۹]. آنان با طراحی یک رقیب جدی برای علت به نام حکمت، عملاً بیش‌تر دلایل توجیهی احکام - خواه منصوص خواه مستنبط - را به قلمرو حکمت رانده، علت را بر عرش نشانده و عقل را از به چنگ آوردن آن ناتوان معرفی کرده‌اند. آنان روایت معروف «ان دین الله لا یصاب بالعقول» را نیز ناظر به همین درماندگی دانسته‌اند [۵، ص ۲۳۰]. البته نباید مسکوت گذاشت که برحسب عقیده امامیه، هرگاه شارع خود به علت - و نه حکمت - یک گزاره تصریح کرده باشد، لاجرم باید آن را معتبر و مستند شمرده، حکم را بر مدار آن تنظیم کرد، خواه این تنظیم به توسعه حکم منصوص بینجامد و خواه به تضییق آن.

۲-۲. راه‌های کشف علت و نمونه‌ها

عالمان سنی، بابتی به نام مسالک علت گشوده‌اند که در آن، طرق مشروع شناسایی و کشف علت بحث و بررسی می‌شود [۱۰، ص ۲۲۷]. اما عالمان شیعی گذشته از شمار کثیری که اساساً کشف علت را در حیطه درک و فهم بشری نمی‌دانند، برای تنظیم ضوابط کشف علت تلاش عالمانه‌ای نکرده‌اند. آنان در حاشیه ادبیات سنی و گاه چونان اصول موضوعه از بررسی مفهومی یا کبروی طرق کشف علت اغماض کرده، فقط در مقام تفریع، به اذعان یا انکار علت در یک نص پرداخته‌اند.

بدین ترتیب ما ناگزیریم که راه‌های شناسایی علت نزد شیعه را با محوریت ادبیات سنی طرح و بررسی کنیم، لکن برای بهره‌گیری بیش‌تر از نتایج بررسی‌ها در تحلیل‌های حقوقی کشورمان، موضوع را از منظر شیعی دنبال می‌کنیم؛ یعنی با اتکا به مبانی اصولی شیعی، راه‌های کشف علت را شناسایی کرده، از طرح برخی راه‌ها که اساساً با مبانی شیعی سازگاری ندارند می‌پرهیزیم.

راه‌های اثبات علت را به اعتبارات گوناگون می‌توان تقسیم کرد. از یک سو می‌توان آن‌ها را به راه‌های منقول مانند دلالت - صریح و إشعاری - نص، اجماع و همچنین طرق استنباطی و اجتهادی مثل تنقیح مناط، سبر و تقسیم، مناسبت مؤثر و مناسبت ملائم تقسیم کرد [ع، ج ۲، ص ۲۸۸ - ۳۰۶؛ ۱۱، جزء ۴، ص ۲۷۷ - ۳۳۰؛ ۱۰، ص ۲۲۷ - ۲۳۰].

در تئوری اهل سنت، طی برخی طرق برای استکشاف علت ناصواب است. از این طرق به نام مسالک فاسده یاد می‌شود [ع، ج ۲، ص ۳۰۶ - ۳۱۰؛ ج ۱، ص ۴۶۰ - ۴۶۲].

عمده‌ترین راه‌هایی که در این گفتار مورد بررسی قرار گرفته و نمونه‌هایی از استناد به آن‌ها در فقه شیعه گزارش می‌شوند عبارتند از: دلالت نص (منطوقاً و مفهوماً)، تنقیح مناط، استقرا، و مذاق شرع.

۲-۲-۱. نص؛ منطوق و مفهوم

۲-۲-۱-۱. اقسام و قلمرو

نص در این مقام به معنای همه دلایل متنی اعم از صریح (نص به معنای اخص) و ظاهر است. همه لایه‌های زبانی نص، خواه مستقیم (منطوق) و خواه غیرمستقیم (مفهوم)، نزد اصولیان امامیه حجت و معتبر است. دلالت اقتضا و تنبیه نیز فارغ از این‌که در دسته مفاهیم جای می‌گیرند یا ملحق به آن‌ها محسوب می‌شوند حجت هستند و درباره دلالت اشاره جای تأمل است.^۱

حال اگر منطوق یا مفهوم دلیلی، علت و ملاک یک گزاره هنجاری شرعی را بیان کند، برحسب آنچه پیش‌تر گفته شد، به مقتضای قاعده علیت می‌توان از نص تعدی و با تشکیل قیاس، حکم فرع مجهول را استنباط کرد. اکنون می‌کوشیم با طرح و بررسی یک نمونه از اجتهادهای فقهی نشان دهیم فقیهان امامی چگونه از این روش برای کشف علت و تعمیم حکم اصل به فرع مدد جستند.

۱. شناخت مفهوم، مبنا و اقسام منطوق و مفهوم و دلالت‌های اقتضا، تنبیه و اشاره از پیش‌فرض‌های این تحقیق است و نیازی به شرح و بسط آن‌ها نیست. برای مطالعه در این باره رجوع کنید به: [ع، ج ۱، ص ۱۱۱ - ۱۳۵].



۲-۲-۲. نمونه فقهی؛ عده زنان فاقد رحم

پیشرفت‌های نوین پزشکی این امکان را فراهم آورده که زنان بتوانند رحم خود را خارج کنند. اکنون به لحاظ فقهی این پرسش مطرح است که آیا این گونه زنان در صورت طلاق ملزم به رعایت عده طلاقند یا خیر؟

بجز شمار اندکی از فقیهان^۱، سایرین به استناد روایات موجود فتوا به عدم وجوب نگاهداری عده بر زوجه غیر مدخوله، زوجه صغیر و زوجه یائسه داده و حکمت آن را نیز عدم امکان بارداری و عدم اختلاط نسب دانسته‌اند.^۲

در حال حاضر برخی به استناد یک روایت، زنان فاقد رحم را نیز ملزم به نگاهداری عده نمی‌دانند. زیرا به گمان آنان، علت و ملاک تکلیف عده، امکان آبستن شدن است که درباره این گونه زنان منتفی است [۱۲، ص ۲۹۷ - ۲۹۹]. متن روایت مزبور که به دو طریق نقل شده به شرح زیر است:

محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام روایت کرده: «زنی که همانندهای او آبستن نمی‌شوند، مکلف به رعایت عده نیست».^۳

به زعم این نویسنده، تعلیق حکم مذکور در روایت بر عنوان «لأُتْحِلَ مِثْلَهَا» دلالت بر تمام‌العله بودن عنوان مزبور برای انتفای عده دارد. بر همین اساس می‌توان مدعی شد که روایت در چارچوب علت مذکور اطلاق داشته، شامل زنان فاقد رحم نیز می‌گردد [۱۲، ص ۲۹۸].

این نظر - خواه بر صواب باشد و خواه بر خطا - از یک ناسازگاری درونی برخوردار است؛ چه آن‌که اگر علت عدم تکلیف به رعایت عده، عدم آبستن شدن باشد زنان عقیم و نازا نیز نباید مکلف به رعایت عده باشند و حال آن‌که در متن نظریه بالا، به تکلیف نامبردگان به رعایت عده تصریح شده است [۱۲، ص ۲۹۷ - ۲۹۸].

۱. سید مرتضی، الأتصاف، ص ۱۴۵ و ابن زهره، ابوالمکارم، غنیة النزوع، (ضمن الجوامع الفقهیه)، ص ۵۵۴ [به نقل از ۱۲، ص ۲۸۱ - ۲۸۴].

۲. شهید ثانی، سید طباطبائی، ابن فهد حلی و فخر المحققین از جمله فقیهانی هستند که حکمت عدم رعایت عده درباره بانوان مذکور را عدم امکان اختلاط نسب دانسته‌اند [ر.ک: ۱۲، ص ۲۸۹ - ۲۹۰].

۳. «عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر: قال: الَّتِي لِأُتْحِلَ مِثْلَهَا لِاعْدَةِ عَلَيْهَا» [۱۲، ج ۲، کتاب الطلاق، ابواب العدد، باب ۳، ح ۲ ص ۱۸۲ و همان، ابواب اقسام الطلاق، باب ۳۳، ح ۱، ص ۱۷۰].

انتقاد فوق به فقیهانی که علت معافیت زوجه صغیر و یائسه از رعایت عده را عدم آبستن شدن دانسته و به روایات معلل^۱ نیز اشاره کرده و با این حال، زوجه باردار و زوجه‌ای را که از دُبر با وی آمیزش شده مکلف به نگهداشتن عده کرده‌اند [نک: ۱۴، ج ۳۲، ص ۲۱۲] نیز وارد است.

به هر روی آنچه شاهد این تحقیق است، تصریح به علت عدم رعایت عده بر زوجه صغیر و تعمیم آن به زنان فاقد رحم بر اساس قیاس منصوص‌العله است.

۲-۲-۲. تنقیح مناط

تنقیح به معنای تهذیب و پالایش است و بر این اساس، تنقیح مناط حکم شرعی به معنای حذف اوصاف و قیود و به طور کلی مقارناتی است که به ملاک حکم ضمیمه شده‌اند و لکن نقشی در سببیت یا علیت ندارند. چنان‌که در بسیاری از متون روایی، راوی از جنس مذکر یا نژاد خاص و یا از محل و جغرافیای مخصوصی است، ولی در غالب موارد به یقین می‌دانیم که هیچ‌یک از ویژگی‌های مزبور، گرچه به علت و مناط حکم پیوسته‌اند، تأثیری در علیت ندارند.^۲ فقیهان امامی فراوان به این تکنیک استناد کرده‌اند، اما نگارنده به هیچ سابقه‌ای از تحقیق فقیهانه و تئوریک در باب مفهوم، مبانی و دلایل حجیت و اعتبار آن دست نیافت. از همین رو برخلاف تکنیک قبلی، در این باب نخست به تبیین مفاهیم می‌پردازیم و در این راه از تحقیق‌های عالمانه اهل سنت بهره می‌گیریم.

۲-۲-۲-۱. مفهوم

تنقیح مناط چنان‌که گفته شد، عبارت است از: تحلیل مفاد نص برای پالودن علت واقعی از اوصاف پیرامونی آن. بدین ترتیب، علت در متن کتاب یا سنت ذکر شده، اما نه با صراحت و شفافیت کامل، بلکه مقرون به قیود و اوصافی است که چه بسا در تشخیص علت واقعی راهزنی کرده، مانع شناخت آن شوند. در این هنگام، مجتهد می‌کوشد تا مغز را از پوست جدا سازد (تنقیح) و علت را از حاشیه‌ها زدوده، هویدا کند [۴، ج ۲، ص ۲۸۵ و ۲۳۰ به بعد؛ ۱۱، ج

۱. مانند روایت محمد بن مسلم عن أدهما: قال: العده من الماء، یعنی عده ناشی از نطفه است [۱۳، ج ۲، ص ۱۷۵].

۲. برای دیدن این قبیل مثال‌ها رجوع کنید به: [۴، ج ۲، ص ۲۸۳ و ۱۵، ص ۱۸۶].



۲، ص ۳۳۶: ۱۶، ص ۱۰: ۶۹، ص ۲۲۹.]

در متون فقهی و اصولی امامی، از اصطلاح «الغای خصوصیت» یا «الغای فارق» فراوان یاد شده است. این اصطلاح نیز در ادبیات فقهی امامیه تعریف نشده، اما برحسب استقرای نگارنده، همه جا مترادف با عنوان تنقیح مناط به کار رفته است. محقق حلی به این مترادف اشاره کرده، می‌گوید: «میان اصل و فرع گاه به وسیله عدم فارق که تنقیح مناط نامیده می‌شود می‌توان جمع کرد و در صورت یقین به تساوی کامل میان اصل و فرع و فقدان هرگونه فرقی که فارق باشد می‌توان از حکم نص به فرع تعدی کرد» [۱۵، ص ۱۸۵].

اما غزالی به تساوی میان تنقیح مناط و الغای خصوصیت باور ندارد. او که شاید خود مبتکر اصطلاح تنقیح مناط باشد به این دقیقه تظن یافته است که الغای خصوصیت مبتنی بر نفی هرگونه افتراق مؤثر میان اصل و فرع است. در این روش، وجوه اجتماع میان اصل و فرع چنان زیاد است که نیازی به پرده‌برداری از علت مشترک نیست. صورت منطقی الغای خصوصیت را به شکل زیر می‌توان بازسازی کرد:

۱. میان «الف» و «ب» جز در «ج» فرقی نیست؛

۲. «ج» فرق فارقی نیست؛

۳. در نتیجه حکم «الف» و «ب» همانند است.

چنان‌که در صورت منطقی بالا مشاهده می‌شود، بدون پا در میانی وصف مشترک، فرع به اصل ملحق می‌گردد. از همین رو در گزاره‌های هنجاری تعلیل‌ناپذیر مانند عبادات، الغای خصوصیت روا است، در حالی که قیاس روا نیست؛ چه آن‌که قیاس بدون واسطه شدن علت قابل تصور نیست و در گزاره‌های غیرمعلل، علتی شناسایی نمی‌شود. غزالی تصریح می‌کند که قیاس به عکس الغای خصوصیت که بر پایه فقدان فرق میان اصل و فرع استوار است، با اذعان به فرقه‌ها (هرچند هم فراوان باشند) و به اتکای وصف مشترک میان اصل و فرع (یا همان علت) تنقیح مناط، گونه‌ای قیاس است، در حالی که الغای خصوصیت قیاس شمرده نمی‌شود.

۲-۲-۲-۲. حجیت

به رغم رواج به‌کارگیری تنقیح مناط در فقه امامیه، هیچ‌گاه از دلایل حجیت آن سخنی به میان نیامده است.

با تحلیل مفهومی که در بالا از تنقیح مناط صورت گرفت و در چارچوب روش اصولی امامیه می‌توان آن را از صغریات و مصادیق ظهور دانسته، بر آن اساس، معتبر تلقی کرد؛ چه آن‌که در روش مزبور - چنانکه دیدیم - علت در متن دلیل ولو محفوف به زواید، ذکر شده و با کوشش مجتهد پیراسته می‌شود. مجتهد در واقع به استنطاق و استظهار دلیل می‌پردازد. از همین رو، تنقیح مناط راه مستقلى جز آنچه درباره نص (در بند «الف») گفته شد نیست، اما به لحاظ عدم تنقیح آن در ادبیات فقهی شیعی، به‌طور خاص (از باب ذکر خاص بعد از عام) طرح و بررسی گردید.

فقیهان امامی به‌صراحت حجیت تنقیح مناط قطعی را اعلام و تنقیح مناط ظنی را انکار کرده‌اند [۱۴، ج ۳۷، ص ۲۸۱]. آنان بدون این‌که درصدد اثبات حجیت تنقیح مناط باشند گاه به اشارت، دلیل اعتبار آن را بیان کرده‌اند. مثلاً مرحوم نائینی در ذیل مسأله کثیرالشک به‌طور ضمنی مبنای حجیت تنقیح مناط را ظهور دانسته و گفته است: «اگر در حکم شرعی، علت به‌صراحت بیان نشده باشد، گاه به واسطه حکمت تشریح می‌توان الغای خصوصیت کرد و برای آن ظهوری بجز آنچه در ظاهر دیده می‌شود ترتیب داد و ما به همین دلیل، حکم نماز را گاه به توابع آن (طهارت ثلاث) تعمیم داده‌ایم» [۱۷، ج ۲، ص ۳۱۹]. همچنین شهید صدر در مسأله طهارت آب مضاف، ارتکاز عرفی ناشی از مناسبات حکم و موضوع را منشأ ظهور دلیل در ملاک حکم دانسته است [۱۸، ج ۱، ص ۵۴].

۲-۲-۳. نمونه فقهی؛ کثیرالسفر

در این بخش یک نمونه از رفتار فقیهان امامی در مواجهه با تنقیح مناط یا الغای خصوصیت (بنا بر مسلک ایشان که هر دو را مترادف می‌انگارند) ذکر می‌شود. پیش‌تر لازم به ذکر است که از کاستی‌های تئوریک این روش، فقدان سازوکاری معین برای تشخیص موارد الغای خصوصیت است. با استقرا در متون فقهی می‌توان از سازوکارهایی چون فهم عرفی، شم الفقاهه، مناسبت حکم و موضوع و تبادل به عنوان ابزاری برای تشخیص موارد الغای خصوصیت نام برد [۱۹، ص ۱۲۸ به بعد].

در ذیل به طرح یک نمونه که از این سازوکارها نیز بهره برده‌است، می‌پردازیم.

در روایات آمده است که نماز مُکاری،^۱ کشتی‌بان، صیاد، چوپان، پستچی و ساربان در حال سفر تمام است [۱۳، ج ۸، ص ۴۸۴-۴۸۷، ب ۱۱ از ابواب صلوه المسافرين، حدیث ۱، ۴، ۵، ۶، ۷، ۸ و ۱۰]. فقیهان امامی حکم مزبور را بی‌هیچ شک و تردید به همه عناوین مشابه، همچون راننده و خلبان و لکوموتیوران تعمیم می‌دهند. استدلال آنان برای این تعمیم، فهم عرف مبنی بر وحدت ملاک میان عناوین جدید با عناوین مذکور در روایات است [۲۰، ص ۱۷۲].

اما فقیهان به این درجه از تعمیم بسنده نکرده، حکم مزبور را به هر شغلی که یک پایه مهم آن «سفر» است و سفر به منزله جنس برای آن شغل باشد تعمیم داده‌اند [۲۰، ص ۱۷۰]. بر این اساس خبرنگاران، معلمان، تجار، کشاورزان و سایر کسانی که برای ایفای وظیفه شغلی خود مجبور به مسافرت هستند مشمول حکم فقهی بالا هستند. دلیل این تعمیم، تعلیلی است که در برخی روایات آمده و علت اتمام نماز را - با تعبیر «لأنه عملهم» - شغل بودن سفر (ویا بخشی از شغل بودن) عنوان کرده‌اند [۱۳، ج ۸، ص ۴۸۷، باب ۱۱ از ابواب صلوه المسافرين]. فقیهان به پشتوانه این تعلیل، از مشاغل فوق‌الذکر الغای خصوصیت کرده و دست به تعمیم زده‌اند.

برخی دیگر از فقیهان پا را از این هم فراتر گذاشته و با الغای خصوصیت و ملاحظه مناسبت حکم و موضوع مدعی شده‌اند که اساساً اشتغال و امرار معاش به واسطه سفر هیچ نقشی در حکم به اتمام نماز ندارد، بلکه به مناسبت حکم و موضوع و با الغای خصوصیت از اشتغال به مشاغلی که مستلزم سفر هستند می‌توان مدعی شد که ملاک اساسی برای اتمام نماز، تکرار سفر است ولو از جانب سفر درآمدی عاید نشود. بر این اساس، وظیفه طلاب و دانشجویانی که برای ادامه تحصیل ناگزیر از مسافرت هستند نیز اتمام نماز است [۲۰، ص ۱۷۱].

البته برخی دیگر با ارائه تحلیلی متفاوت از تعمیم اخیر انتقاد کرده، ملاک اتمام نماز را شغل مبتنی بر سفر دانسته‌اند، به گونه‌ای که سفر بخشی از اشتغال نمازگزار باشد [۲۰، ص ۱۷۴].^۲ نمونه فقهی بالا از طرفی مثال برای منصوص‌العله و بنا بر برخی تحلیل‌ها، مثال برای تنقیح مناط است. اندکی تأمل در مطالب بالا نشان می‌دهد که در صورتی می‌توان به اتمام نماز طلاب یا دانشجویان حکم داد که کسب درآمد از مشاغل مذکور در روایات را در اتمام

۱. کسی که شتران خود را اجاره می‌دهد و خود نیز به همراه آنان به سفر می‌رود.

۲. لازم به ذکر است که برای اتمام نماز، ملاک دیگری نیز با عنوان «من بیته معه» در روایات آمده است که شامل عشایر و مانند ایشان می‌شود [ر.ک: ۲۰، ص ۱۷۴].

نماز بی تأثیر دانسته، سفر را تمام‌العله بدانیم که این جز با تنقیح مناط میسر نیست.

۲-۲-۳. استقرا

یکی دیگر از راه‌های اثبات علت برای تعدی از نص، استقرا است.

۲-۳-۱. مفهوم و اقسام

استقرا نقطه مقابل قیاس منطقی است؛ چه آن‌که استقرا عبارت از آزمایش چند نمونه جزئی و استنباط یک حکم کلی است و این، یعنی حرکت از خاص به عام؛ در حالی که قیاس منطقی، حرکت از عام به خاص است. نتیجه حاصل از استقرا همواره از نمونه‌های مورد آزمایش وسیع‌تر است. استقرا بر دو قسم تام و ناقص است. استقرای تام مبتنی بر تجربه همه مصادیق و جزئیات است و از همین رو، نتیجه یقینی به ارمغان می‌آورد. بر همین اساس برخی آن را در زمره قیاس مقسم به شمار آورده‌اند [۲۱، ج ۱، ص ۲۳۰ - ۲۳۱؛ ۲۲، ص ۲۹۵]. به گفته برخی دیگر، تحقق استقرای تام ممکن نیست، زیرا «فرض استقرای تام در جایی است که همه افراد موضوع، بررسی شده و خاصیت مشترک در همه آن‌ها دیده شده باشد و روشن است که چنین کاری عملاً میسر نیست، زیرا اگر بررسی همه افراد همزمان یک ماهیت، مقدور و ممکن باشند هیچ‌گاه افراد گذشته و آینده آن را نمی‌توان مورد تحقیق قرار داد و دست‌کم احتمال این که در گذشته نیز افرادی برای ماهیت مزبور به وجود آمده یا در آینده افرادی برای آن پدید آیند وجود دارد» [۲۳، ج ۱، ص ۱۰۰، و نیز رجوع کنید به: ۲۴، ج ۶، ص ۳۳۶]. اما استقرای ناقص مبتنی بر آزمودن چند نمونه و تعمیم آن به یک نتیجه عام و کلی است. تمثیل (قیاس فقهی) که تنها بر آزمایش یک نمونه مبتنی است نیز گاه در شمار استقرا آمده است [۲۴، ص ۲۹۶]. نتیجه استقرای ناقص جز ظن و گمان نیست؛ چه آنکه همواره احتمال مغایرت نمونه تجربه نشده با موارد تجربه شده وجود دارد [۲۵، ص ۱۶۴ - ۱۶۵].

۲-۳-۲. حجیت

استقرای تام را چنانکه در بالا اشاره شد برخی اساساً غیرقابل تحقق و برخی دیگر به قیاس مقسم تحویل برده‌اند.



نسبت به ارزش استقرای ناقص، ضمن اذعان به فراگیری آن در معرفت بشری، اعتباری بیش از ظن و گمان برای آن قائل نشده و تولید همین باور ظنی را نیز مرهون یک قیاس ضمنی یا خفی دانسته‌اند که در درون هر استقرا و حتی تمثیل نهفته است. از آنجا که این قیاس، برهانی نیست نتیجه حاصل از آن نیز برهانی نیست، لکن اگر همین قیاس ضمنی نبود هیچ استنتاجی هرچند به طور ظنی حاصل نمی‌شد. قیاس ضمنی تمثیل این است: «این حکم برای أهدالمتشابهین ثابت است و هر حکمی که برای أهدالمتشابهین ثابت باشد برای دیگری هم ثابت خواهد بود». چنانکه ملاحظه می‌شود کبرای این قیاس، یقینی نیست. نظیر این قیاس ظنی در استقرای ناقص هم وجود دارد؛ یعنی چنین کبرایی در آن نهفته است که «هرگاه حکمی برای افراد بسیار از ماهیتی ثابت باشد برای همه افراد آن ثابت خواهد بود». اگر استقرا را از راه حساب احتمالات هم معتبر بدانیم باز هم نیازمند به قیاس خواهد بود. همچنین قضایای تجربی برای این‌که به صورت قضایای کلی درآیند نیازمند قیاس هستند [۲۳، ص ۱۰۰ - ۱۰۱].

ظنی بودن نتیجه حاصل از استقرای ناقص همواره صادق نیست؛ چه آن‌که استقرا گاه بر اصل علیت استوار است؛ یعنی می‌توان از خلال آزمایش چند مورد به علت نهفته در آن‌ها پی برد. در این صورت بدیهی است که به یک قانون کلی، دائمی و قطعی می‌توان دست یافت. در منطق از این استقرا به نام «استقرای معلل» یاد می‌شود. نوع دیگری از استقرای ناقص نیز یقین‌آور است و آن هنگامی است که میان جزئیات، مماثلت کامل برقرار باشد [۲۲، ص ۲۹۷ - ۲۹۸].

استقرا در اصول امامیه و آنگاه فقه را به‌ظاهر اول بار میرزای قمی در *توانین الاصول* مورد بحث و بررسی قرار داده است [نک: ۲۵، ص ۱۶۱ - ۱۷۰]. پس از او گرچه سایر اصولیان و فقیهان امامی فراوان آن را به کار بسته‌اند، اما جز مرحوم محمدباقر صدر در کتاب *الأسس المنطقية للاستقراء*، کسی تحلیل تئوریک در آن باره ارائه نکرده است.

براساس تئوری معرفتی اصولیان، استقرا هرگاه موجب قطع و یقین شود بی‌شک حجت است؛ لکن اگر تنها ظن و گمان به باور آورد جز بر مبنای قائلین به انسداد باب علم (همچون میرزای قمی) عاری از اعتبار است.

اصولیان و فقیهان اهل سنت، بیش‌تر و پیش‌تر از امامیه به استقرا در فقه و اصول متوسل شده‌اند. شافعیان گویا بیش از دیگر مذاهب به استقرای فقهی دامن زده‌اند [۲۶، ج اول، ص ۶۲]. حتی به امام شافعی عمل به استقرا نسبت داده شده است. حنبلی‌ها و حنفی‌ها نیز برخی

از فروع فقهی را با استقرا استنتاج کرده‌اند [۲۷، ص ۱۴۶]. شاطبی از اصولیان عامه فراتر رفته و مدعی شده است که بجز استقرای تام، استقرای ناقص نیز گاه مفید قطع و یقین است. او برخی از مقاصد شرعی را از طریق استقرا به دست آورده است [۲، ج ۱، ص ۲۳-۳۱، ج ۲، ص ۱۰-۲۲].

برخی از محققان به درستی مدعی شده‌اند که ساخت قواعد فقهی در میان مسلمانان منشأ استقرایی دارد [۲۸، ص ۱۴۶].

۲-۳-۳. نمونه فقهی؛ قاعده معذوریت جاهل

برحسب باور اصولیان و فقیهان - امامی و غیر امامی - نمونه‌های فراوانی در فقه و اصول یافت می‌شود که به اتکای استقرای ناقص در گزاره‌های جزئی، علت کشف و ضابطه عام به‌طور قطعی به دست آمده است. اکنون به یک نمونه اشاره می‌کنیم.

محدث بحرانی که از عالمان بزرگ اخباری است به استناد مواردی چند در شرع که عذر جاهل پذیرفته و از وی سلب مسئولیت شده است قاعده‌ای کلی مبنی بر «معذوریت جاهل» در همه جا و همه وقت استنتاج کرده است. به گفته بحرانی اگر شخص مُحرم جاهلاً لباس مخیط بپوشد یا مسافری ندانسته روزه بگیرد و یا نمازش را تمام بخواند ملزم به اعاده احرام یا روزه و نماز نیست و اگر کسی جاهلانه مرتکب جرائم حدی شود، کیفر نمی‌گردد. وی از ملاحظه همین نمونه‌ها، قاعده‌ای کلی کشف کرده، مبنی بر اینکه هرگاه کسی از روی جهل به حکم شرعی مرتکب خطایی شود، مسؤول و معاقب نیست [۲۵، ص ۱۶۲-۱۶۳].

۲-۳-۴. مذاق شرع؛ قیاس افتای بانوان به قضاوت

فتوای مهمی چون ممنوعیت افتا توسط بانوان به ممنوعیت قضاوت و امامت توسط آنان قیاس شده و با استناد به مذاق شارع، اطلاق روایاتی که قضاوت را برای مردان و زنان، یکسان تجویز کرده، تقیید شده است. اکنون این قیاس را تبیین می‌کنیم:

فقیهان امامی یکی از شرایط افتا را «رجولیت» دانسته و رجوع به زن مجتهد را جایز ندانسته‌اند. مستند برخی از ایشان حسنه ابی خدیجه از امام صادق (ع) است که فرمود: برای فصل خصومت به قضاوت جور مراجعه نکرده، مردی دانا از مذهب خودتان را به قضاوت فرا



بخوانید [۱۶، ج ۲۷، ص ۱۳۹]. برحسب یک تحلیل فقهی، این روایت گرچه ناظر به رجولیت در باب قضا است، لکن به دلالت اولویت و حداقل برحسب قیاس تساوی می‌توان آن را به باب افتا نیز تعمیم داد، زیرا قضاوت، انشا حکم میان دو مسلمان است؛ ولی فتوا، اخبار حکم برای عموم مسلمانان است [۲۸، ج ۱، ص ۲۲۵].

استناد به روایت بالا برای اشتراط «رجولیت» چنان‌که گفته‌اند بسیار سست است، زیرا قید رجولیت در آن متن مسلماً از باب تغلیب است؛ چه آن‌که اصولاً قضاوت را مردان به دست می‌گرفته‌اند و موردی از قضاوت توسط زنان گزارش نشده است. بنابراین، رجولیت در قضاوت شرط نیست، چه رسد به اینکه بخواهیم تصدی به فتوا را به آن قیاس کنیم. از سوی دیگر، ملازمه‌ای میان مقام قضا و افتا نیست تا شرایط یکی به دیگری تعمیم داده شود [۲۸، ج ۱، ص ۲۲۵]. اساساً اطلاق برخی از روایات و نیز اطلاق سیره عقلا مبنی بر رجوع جاهل به عالم - بدون لحاظ جنسیت - ایجاب می‌کند که در جواز تقلید از مجتهد، فرقی میان زن و مرد نباشد.

مرحوم محقق خوئی پس از انکار وجود هرگونه دلیل نقلی بر دخالت جنسیت در افتا و اذعان به جریان سیره عقلا، تنها به استناد «مذاق شرع»، رجولیت را در افتا شرط می‌داند. به زعم ایشان، با عنایت به مذاق شرع درمی‌یابیم که شارع از زنان تحجب و تستر و تصدی امور داخلی منزل را طلبیده و دخالت در هرچه را مغایر با این شأن باشد مطلوب ندانسته است و حال آنکه لازمه تصدی به افتا در معرض عموم قرار گرفتن است. وقتی که شارع به امامت بانوان برای مردان رضایت نداده به طریق اولی با تصدی ایشان برای امور عامه مسلمانان موافق نیست. به گفته ایشان، با ارتکاز قطعی فوق که در اذهان متشرعه جای گرفته است اطلاق روایتی که افتا را برای زن و مرد تجویز کرده، مقید و سیره عقلایی دایر بر رجوع جاهل به عالم - خواه مرد باشد و خواه زن - رد می‌گردد [۲۸].

۳. علت و راه‌های کشف آن در کامن‌لا

در کامن‌لا، ادبیاتی مشابه با آنچه در فقه اسلامی درباره علت و راه‌های کشف آن شکل گرفته، وجود ندارد؛ اما از مطاوی کلمات برخی حقوقدانان و از خلال مطالعه برخی از آرای قضایی می‌توان دریافت که در نظام کامن‌لا نیز دغدغه‌هایی نظیر دغدغه‌های فقه اسلامی در باب منصوص یا مستنبط بودن علت و یا مسالک فهم و کشف علت وجود دارد.

بر این اساس، مبحث حاضر را در دو گفتار سامان می‌دهیم. در گفتار نخست به تحلیل عناصر رأی می‌پردازیم تا جایگاه و موقعیت علت را در میان سایر مؤلفه‌های رأی تمیز دهیم. در گفتار دوم می‌کوشیم تا طرق کشف و شناسایی علت را در نظام کامن‌لا دریابیم. در این نظام، هرچند راه‌های فهم علت تئوریزه نشده‌اند، اما در عمل به راه‌هایی شبیه راه اصولیان مسلمان رفته‌اند.

۳-۱. علت؛ به مثابه رکن اصلی

۳-۱-۱. تحلیل رأی؛ تمیز علت از سایر عناصر

در نظام کامن‌لا که مبتنی بر سابقه قضایی است، همه بخش‌های رأی منجر به تشکیل سابقه یا رویه قضایی نمی‌گردد، بلکه تنها بخشی که اختلافات حکمی را حل و فصل می‌کند و بیانگر علت تصمیم است، سابقه و رویه ایجاد می‌کند. به طور کلی، هر رأی^۱ دارای پنج عنصر به شرح ذیل است:

۱. موضوع:^۲ دادگاه باید موضوعات و مسائل رخ داده را بررسی نماید؛
 ۲. خواسته:^۳ مسأله‌ای حکمی است که قضاوت دادگاه در باره آن خواسته شده است؛
 ۳. استدلال:^۴ اقامه دلیل برای حل مناسب و متناسب خواسته است؛
 ۴. حکم:^۵ تصمیمی است که خواسته مورد مناقشه را حل و فصل می‌کند، مثل حکم به این‌که خواننده، قرارداد را نقض کرده است؛
 ۵. نتیجه:^۶ تعیین طرفی که در دعوا برنده شده است. نتیجه، به طور قهری از حکم حاصل می‌شود.
- در یک تقسیم‌بندی کلان‌تر، رأی به طور کلی از دو بخش شامل جهات موضوعی و جهات حکمی تشکیل می‌شود.
- تمیز جنبه موضوعی از جنبه حکمی، امری غامض و دشوار است و علت را باید در جنبه حکمی جستجو کرد. البته هرچه در این بُعد از رأی یافت می‌شود، هرچند به صورت استدلال

1. judgment
2. fact
3. legal issue
4. reasoning
5. ruling
6. result



باشد نباید علت محسوب کرد؛ چه آن‌که در میان استدلال‌ها، گاه دلایلی مشاهده می‌شوند که برای اتخاذ تصمیم، حاجتی به آن‌ها نیست، گرچه در اقتناع اذهان مؤثرند. به این دسته از دلایل، اظهارات جانبی^۱ گفته می‌شود که پیروی از آن‌ها در آرای بعدی ضروری نیست. در مقابل، دلایلی وجود دارند که گویا مایه پیدایش و ضرورت یافتن حکم می‌شوند، یعنی حکم را بالضروره لازم گردانیده، جوهره حکم را تشکیل می‌دهند. فقط به این دسته از دلایل، علت^۲ اطلاق می‌شود و پیروی از آن‌ها ضروری است. در تشخیص و تعیین علت معمولاً اتفاق نظر نیست که این موضوع در بندهای بعد بررسی می‌شود [۲۹، ص ۳-۵؛ ۳۰، ص ۴۱۶-۴۵۱].

۳-۱-۲. کشف علت؛ تنصیص یا تفسیر

کشف علت یک تصمیم، دشوارترین مرحله تحلیل یک رأی است و نویسندگان هنوز هیچ ایده‌ای ندارند که مشخص کند علت در عمل چگونه استخراج می‌شود و یا به لحاظ تئوری چگونه باید استخراج شود.

گاه دلایل گوناگونی برای اتخاذ یک تصمیم بیان شده که تمیز علت حقیقی از سایر اقران، در این صورت امری پیچیده است [۳۰، ص ۴۱۵]. تمیز علت از اظهارات جانبی نیز فرایند چندان سهل و آسانی نیست و تمایز آن‌ها کار یک مستنبط حقوقی را بسیار دشوار می‌سازد [۳۰، ص ۲۰۲]. همچنین قضات ممکن است از آرای سابق قرائت‌های مختلف داشته، از نظر سعه و ضیق یک علت و تناسب آن با دعوای مطروح، اختلاف نظر داشته باشند [۳۰]. این‌ها گواه بر آن است که «علت» در آرای مرجع، از مقوله نص نبوده، محتاج استنباط و تفسیر است و تفسیر به مثابه کشف معدن طلا و جواهر نیست که هرچه به دست رسد مطلوبیت داشته و هدف باشد، بلکه متضمن عنصر انتخاب از میان طیفی از احتمالات است. حقوقدانان کامن‌لایی تصریح کرده‌اند که حتی اگر علت در یک تصمیم، فرموله و تدوین شده باشد، دادگاه بعدی ملزم به پیروی از آن نیست و دادگاه تالی ضمن الزام به پیروی از رأی دادگاه عالی، در فهم علت رأی، آزاد است.

1. obiter dicta
2. ratio

۲-۳. راههای کشف

حقوقدانان کامن‌لایی، کشف علت را امری دشوار و دست یافتن به آن را یک «هنر»^۱ و «مهارت»^۲ دانسته، اما از تبیین چگونگی آن به‌صراحت اعلام درماندگی کرده‌اند [۳۱، ص ۲۶۹]. تبیین عملکرد حقوقدانان هنگام کاوش برای کشف علت و نیز تبیین تئوریک این فرایند، چندان مشکل است که جز با ممارست عملی نمی‌توان بر آن فائق آمد.

نظام کامن‌لا، هرچند در بیان تئوریک کشف علت ضعیف است، اما در عمل بیرونی قدرتمندانه عمل کرده است. قضات، وکلا و حقوقدانان پیوسته با فرایند شناسایی علت حقیقی از موارد مشابه درگیرند و در این راه عملاً از الغای خصوصیت، تنقیح مناط، تعلیل مقاصدی و تحلیل زبانی استفاده کرده‌اند.

ما برخی از این راه‌ها را - که به‌سختی از خلال آرای قضایی و منابع حقوقی کامن‌لا قابل استنباطند - طرح و بررسی می‌کنیم.

۱-۲-۳. تحلیل زبانی

روشن‌ترین نقطه آغاز برای جستجوی علت، سیاق رأی^۳ و تحلیل زبانی آن است. هر قاضی برای مدلل ساختن تصمیم خود معمولاً به تبیین جهات حکمی رأی می‌پردازد. او توضیح می‌دهد که چرا به نظر وی رأیش صحیح است و بدین منظور معمولاً به آرای معتبر پیشین اشاره می‌کند. این توضیح‌ها و توجیه‌ها، باید از اصل رأی تمییز داده شوند، زیرا فقط اصل رأی، تمام علت یا جزئی از علت را تشکیل می‌دهد.

در برخی پرونده‌ها، قاعده‌های حکمی چنان در اصل استدلال فرو رفته و با آن درمی‌آمیزند که به منظور تفکیک آن‌ها از یکدیگر باید به بازسازی دستوری رأی مبادرت ورزید و گاه یک تصمیم، مدلل به دلایلی چند است که در این صورت، تمیز علت حقیقی از سایر دلایل ابهام‌آمیز می‌گردد.

همچنین گاه از ناحیه سطوح متفاوت زبانی از حیث شمول و قلمرو، مشکلاتی بروز می‌کند که تدوین و استخراج علت را رازآلود می‌سازد. یک قاضی چنان علت را موسع تفسیر می‌کند که

1. art
2. skill
3. wording of the judgment



به دعوای جاری نیز تعمیم می‌یابد و دیگری چنان مضیق که در درون همان رأی محبوس گردیده، به بیرون از خود توسعه نمی‌یابد [۳۰، ص ۴۱۷].
مستند همه این برداشت‌های گوناگون، تحلیل‌های متفاوت از ساختار متن و تبیین زبانی آن است.

۲-۲-۳. تفاوت‌های بی‌اثر؛ به مثابه الغای خصوصیت

احراز شباهت‌های مرتبط و الغای تفاوت‌های غیرمرتبط و سپس تعمیم جنبه موضوعی سابقه، سه تکنیک مهمی هستند که در طول هم قرار داشته، به شناسایی علت یک رأی کمک شایان می‌کنند.
بی‌شک میان دو پدیده حقوقی همواره شباهت‌هایی وجود دارد که ارتباطی با حکم انشایی ندارند، چنانکه همیشه تفاوت‌هایی وجود دارند که اجتنابناپذیر، اما در اصل حکم بی‌تأثیرند. حال اگر حقوقدان بتواند از خلال این همه شباهت یا تفاوت به حاق موضوع رسیده، آن را برجسته و نمایان سازد در حقیقت راز حکم را کشف کرده است.

۳-۳-۳. احراز سیاست‌ها؛ به مثابه تنقیح مناط

رأی بالا را از منظری دیگر نیز می‌توان برجسته کرد. این بار، نه از جهت موضوع که از جهت ملاکات و مقاصد رأی به آن باز می‌گردیم. بر اساس این تکنیک، تلاش برای احراز سیاست‌های مؤثر در یک تصمیم، به شناسایی علت رأی و مآلاً تعمیم آن به موارد مشابه منجر می‌شود.
این تکنیک گاه مستلزم تدبیر فراوان برای گسترش دامنه ملاک‌های حکم سابق است. مثلاً در دعوا علیه تولیدکننده چه بسا ملاک مسئولیت، حمایت جریان تجارت و صنعت از صدمات ناشی از ابزارآلات ناایمن^۱ باشد، اما یک حقوقدان حاذق می‌تواند با بازخوانی آن پرونده ثابت کند که ملاک اصلی، حمایت در برابر حوادث سهوی^۲ است [۳۱، ص ۲۷۰].

چنانکه به‌روشنی پیدا است در این تکنیک، هنر یک حقوقدان دخل و تصرف در جنبه حکمی و کشف راز حکم از خلال اهداف و مقاصد است.

به‌کارگیری این تکنیک را در خلال استدلال‌های قضایی در دعوای گوناگون، از جمله در دعوای ألمستد و دولت آمریکا و نیز دعوی کاتز و دولت آمریکا می‌توان مشاهده کرد. دعوای مزبور به‌اختصار چنین است:

1. unsafe instrumentalities

2. unwary

در دعوی اُلمستد و دولت آمریکا^۱، اُلمستد مهره اصلی قاچاق مشروبات الکلی بود. مأموران از طریق شنود تلفنی مدارک کافی علیه وی و سایر متهمان جمع‌آوری کردند. متهمان در دفاع از خود، مدارک مزبور را غیر قابل استماع می‌دانستند، چون به عقیده آنان شنود تلفنی یا استراق سمع شبیه گشودن یک نامه مهمور در پست از طرف دولت بود که نقض اصلحیه چهارم قانون اساسی امریکا تلقی می‌شد.

دیوان این قیاس را مع‌الفارق محسوب کرد و به رغم انعان به اینکه گشودن نامه در حکم تفتیش است، شنود تلفنی را مصداق تفتیش یا بازرسی قلمداد نکرد، چون شنود تلفنی، منتهی به ورود به منازل یا دفاتر متهمان نشده بود. بنا به اظهار نظر دیوان، عبارات اصلحیه چهارم را نمی‌توان تا آنجا گسترش داد که شامل سیم‌های تلفنی که منزل یا دفتر کار خواننده را به سراسر جهان متصل می‌کند، بشود. به بیان دیگر، اصلحیه مزبور از چنان اطلاق یا عمومی برخوردار نیست. دیوان در جمع‌بندی خود نهایتاً اعلام کرد که به دلیل فقدان توقیف یا ضبط اوراق یا اموال عینی خواننده یا تعرض عینی و فیزیکی به ملک وی، استراق سمع خطوط تلفنی را نمی‌توان تحت اصلحیه چهارم از مصادیق «تفتیش و توقیف» قلمداد کرد.

قاضی بندیز در مخالفت با نظریه دیوان که بعداً همراهی جمعی دیگر از قضات را نیز به دنبال داشت به مقصود و ملاک اصلحیه چهارم استناد کرد و گفت: عبارات اصلحیه چهارم راجع به «تفتیش و توقیف» را نباید به‌طور تحت‌اللفظی تفسیر و اعمال کرد، بلکه با توجه به «هدف» اصلحیه چهارم که حمایت از حقوق شهروندان در برابر دولت است، هرگونه تجاوز ناموجه به حریم خصوصی آنان صرفنظر از وسیله به کار برده شده باید یک نقض تلقی شود. قاضی بندیز اتفاقاً به پرونده‌های دیگری نیز اشاره کرد که در آن‌ها مقوله تفتیش و توقیف به‌طور موسع تفسیر شده تا هدف اصلحیه چهارم محقق گردد. براساس دیدگاه قاضی بندیز ظاهراً موضوع اساسی اصلحیه چهارم «تجاوز به حریم خصوصی» است و ورود فیزیکی یا تفتیش و بازرسی موضوعیت ندارد. در نتیجه، هر دو وضعیت (ورود فیزیکی و استراق سمع) به یکدیگر مشابهت داشته، باید قاعده یکسانی بر هر دو اعمال گردد.

تقریباً چهل سال بعد در پرونده کاتز و آمریکا^۲ مشابه این استدلال‌ها و رویکردهای هدفگرا و نص‌محور تکرار شد. کاتز که صاحب یک بنگاه شرط‌بندی بود به دلیل منتقل کردن اطلاعات

1. Olmstead v. United State; 277 U. S. 438 (1928) in, 32, pp. 54-56.

2. Katz v. United States



شرط‌بندی از طریق تلفن محکوم شد. مستندات محاکمه و محکومیت او استراق سمع مکالمات تلفنی وی توسط مأموران دولتی بود. دولت در ادعای خود اظهار داشت که اصلاحیه چهارم در مورد استراق سمع در این دعوا صادق نیست، چون هیچ‌گونه ورودی به داخل بجه تلفن همگانی اتفاق نیفتاده و هیچ مال عینی از متهم ضبط نگردیده است.

اما دیوان این استدلال را نپذیرفت. به نظر دیوان، ملاک و موضوع اساسی در اصلاحیه چهارم «حریم خصوصی»^۱ بود، نه «ملک خصوصی»^۲. بلکه همان‌گونه که قاضی بلک در اظهارنظری مخالف بیان داشته است: عبارات اصلاحیه چهارم در صورت تفسیر تحت‌اللفظی دقیقاً قابل اعمال در مورد استراق سمع تلفنی نیستند، زیرا بر استراق مکالمه تلفن عرفاً تفتیش و توقیف صدق نمی‌کرد. نکته اصلی در استدلال دیوان این بود که در پرتو هدف اصلاحیه چهارم، استراق سمع به تفتیش و توقیف شباهت دارد و همین اندازه شباهت برای تشکیل قیاس کافی است.^۳

چنان‌که در استدلال‌های هر دو پرونده فوق مشهود است استخراج ملاک از خلال اهداف، برای تعمیم یک گزاره هنجاری و تشکیل قیاس، رویکرد غریبی در سیستم کامن‌لا نیست، گرچه نص‌گرایی و رویارویی آن با مقصدگرایی نیز قابل انکار نیست.

۴. نتیجه

طراحی طُرُق کشف علت برای کاربرست قیاس، ابتکار عالمان اهل سنت بوده است. از همین رو، به نظر می‌رسد دستکم در دکتترین فقهی اهل سنت، استفاده بی‌رویه از قیاس جایز نبوده، استناد به آن در تفسیر و تحلیل فقهی در صورتی مجاز است که علت حکم شناخته و تعیین شود. بلکه آنان در احراز علت همانند فقیهان شیعه سخت‌گیرانه عمل نمی‌کنند. از سوی دیگر، فقیهان شیعه که در دکتترین فقهی و اصولی خود خرده‌های بسیار بر قیاس می‌گیرند در مقام عمل کم و بیش از قیاس استفاده می‌کنند، گرچه از به کار بردن نام آن اکراه دارند. سیستم حقوقی کامن‌لا نیز استناد به قیاس را با احراز علت و تمیز آن از سایر حواشی - که اصطلاحاً اظهارات جانبی نامیده می‌شوند - مجاز می‌داند. به هر روی دغدغه‌های مشترکی میان هر دو

1. privacy

2. property

3. 389 U.S. 347 (1967). in 32, pp. 56-64.

سیستم شرعی و عرفی وجود داشته، هر دو اذعان دارند که ارزش معرفتی قیاس برحسب احراز یا عدم احراز علت حکم متغیر است.

۵. منابع

- [۱] موسی الأبراهیم، المدخل فی اصول الفقه، عمان، ۱۴۰۹.
- [۲] شاطبی، ابواسحاق، الموافقات فی اصول الشریعه، ج ۱ و ۲، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۱ق.
- [۳] ابن قیم جوزی، محمد بن ابی بکر الزرعی، اعلام الموقعین، ج ۱ و ۲، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۳ق.
- [۴] غزالی، محمد، المستصفی من علم الأصول، ج ۱ و ۲، دار الفکر، بی تا.
- [۵] مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، ج ۱ و ۲، چ ۲، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- [۶] عاملی، محمد بن جمال الدین مکی، القواعد و الفوائد، کتابفروشی مفید، بی تا.
- [۷] خویی، سید ابوالقاسم، محاضرات فی الأصول، ج ۱، تقریر توسط محمد اسحاق فیاض، انصاریان، ۱۴۱۷ق.
- [۸] منتظری، حسین علی، دراسات فی مکاسب المحرمه، ج ۲، نشر تفکر، ۱۴۱۵ق.
- [۹] نائینی، محمد حسین، فوائد الاصول، ج ۳، تقریر توسط محمد علی کاظمی، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ق.
- [۱۰] ابوزهره، محمد، اصول الفقه، دارالفکر العربی، بی تا.
- [۱۱] آمدی، علی بن محمد، الاحکام فی اصول الاحکام، ج ۳ و ۴، دار الکتب العربی، ۱۴۰۶ق.
- [۱۲] سید مرتضی، الانتصار، ص ۱۴۵ و ابوالمکارم بن زهره، غنیه النزوع، (ضمن الجوامع الفقهیة)، ص ۵۵۴، به نقل از محمد مؤمن، کلمات سدیدیه فی مسائل جدیدیه، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵.
- [۱۳] حر عاملی، وسائل الشیعه، مؤسسه آل البیت، ۱۴۱۴ق.
- [۱۴] نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۱۶، ۲۲، ۳۰، ۳۲، ۳۷، ۴۰، المکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۰ق.



- [۱۵] حلی، نجم‌الدین ابوالقاسم (محقق)، معارج الاصول، مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۳ق.
- [۱۶] خلاف، عبدالوهاب، علم اصول الفقه، دار الحدیث، قاهره، ۱۴۲۳ق.
- [۱۷] نائینی، محمد حسین، کتاب‌الصلوه، تقریر توسط محمد علی کاظمی، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۱ق.
- [۱۸] صدر، محمد باقر، بحوث فی شرح العروه الوثقی، مجمع الشهدا الصدر، ج ۱، ۱۴۰۸ق.
- [۱۹] کلانتری، علی اکبر، «تنقیح مناط»، مجله فقه، ش ۳۵، ۱۳۸۲.
- [۲۰] طباطبائی بروجردی، حسین، البدر الزاهر فی صلاه الجمعه و المسافر، تقریر توسط حسین علی منتظری، ۱۴۱۶ق.
- [۲۱] طوسی، خواجه نصیرالدین، شرح الأشارات و التنبیهات مع المحاکمات، ج ۱، نشر البلاغه، ۱۳۷۵.
- [۲۲] مظفر، محمد رضا، المنطق، اسماعیلیان، ۱۴۱۵ق.
- [۲۳] مصباح یزدی، محمد تقی، آموزش فلسفه، سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۷.
- [۲۴] مطهری، مرتضی، اصول فلسفه و روش رئالیسم، مجموعه آثار شهید مطهری، صدر، ۱۳۸۰.
- [۲۵] صدر، محمد باقر، المعالم الجدیده، مکتبه النجاح، ۱۳۹۵ق.
- [۲۶] غزالی، محمد، المستصفی من علم الاصول، ج ۱، دار الصادر، ۱۹۹۵.
- [۲۷] عبدالقادر بن حرز الله، ضوابط اعتبار المقاصد، مکتبه الرشد، ۱۴۲۸.
- [۲۸] خویی، سید ابوالقاسم، التنقیح فی شرح العروه الوثقی، ج ۱، تقریر توسط میرزا علی غروی، قم، لطفی، ۱۴۰۷ق.
- [29] «Precedent and Analogy in Legal Reasoning» in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, pp. 3-5.
- [30] Smith and Bailey, *Modern English Legal System*, Sweet and Maxwell, 1996.
- [31] Stychin, Carl F., and Linda Mulcahy, *Legal Method and Systems*, 3rd ed., Sweet and Smith and Maxwell, 2007.
- [32] *Olmstead v. United State*; 277 U S. 438 (1928) in, Weinreb, Liloyd L., *Legal Reason*, Cambridge, 2005.