

نظری به چیستی و کاربرد قیاس در فقه مقارن و حقوق ایران

محمود حق بجانب^۱، احمدرضا توکلی^۲، محمدعلی حیدری^۳
(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۲/۲۲، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۸/۲۰)

چکیده

این تحقیق به منظور ارائه نگاهی نو نسبت به قیاس و کاربرد آن در حقوق اسلامی نگاشته شده است. مرور بر مبانی تجربی در این باره نشان می‌دهد که اکثر پژوهشهای قبلی بر اختلاف گسترده نظری میان فقهای شیعه و سنی تأکید کرده‌اند. غالباً باور بر این بوده که میان شیعه و سنی، مشابهتی در کاربرد نظری قیاس وجود ندارد. ولی برخلاف تصورات رایج، شباهت نظری گسترده‌ای در بهره‌گیری از قیاس میان فقیهان امامیه و اهل سنت وجود دارد. علمای امامیه هم‌چون علمای اهل سنت در بسیاری از موارد از قیاس بهره می‌گیرند؛ اما آن را با عناوین دیگری مانند تنقیح مناط و... به کار می‌برند. به این ترتیب شیعیان مخالف کاربرد قیاس در امور فقهی نیستند؛ بلکه آنها کاربرد قیاس را در کلیه امور نمی‌پذیرند؛ در حالی که فقیهان تسنن هر زمان که برای مسئله‌ای حکم یا قاعده‌ای در قرآن یا روایات نبینند و یا دلیلی از اجماع بر آن مسئله نیابند قیاس را حجت می‌دانند، به دلیل ادراک علل احکام در امور غیرتعبدی با عنایت به بشری بودن آن و هم‌چنین به دلیل عدم امکان دسترسی به علل واقعی تمامی احکام شرعی. در مقابل، شیعیان نسبت به

-
۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران / mhaghbejaneb@yahoo.com
 ۲. استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران (نویسنده مسئول) / a_tavakoli@phu.iaun.ac.ir
 ۳. استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران / m.heidari@phu.iaun.ac.ir

کاربرد قیاس در کلیه امور به دیده تردید می‌نگرند و اما عملاً در موارد زیادی، از قیاس بهره می‌گیرند و تنها در موارد محدودی با ابزارهای دیگری به استنباط احکام می‌پردازند.

کلیدواژه‌ها: قیاس، حقوق اسلامی، امامیه، اهل سنت.

طرح مسئله

قیاس برخلاف اشتراکی که در مورد تعریف قیاس وجود دارد، کاربرد قیاس از جمله مباحثی است که فقهای فریقین در آن تضاد عقیده بارزی دارند و هر یک از طرفین در دفاع یا رد آن در دو جانب افراط و تفریط قرار گرفته‌اند. این تفاوت‌های دیدگاهی، قیاس را معرکه آراء متضاد و میدان اظهارنظرهای گوناگونی قرار داده و مدتها ذهن علمای اصول را به خود مشغول داشته است. در یک مکتب، قیاس یکی از منابع ادله استنباط احکام تلقی گردیده و در مکتبی دیگر عمل به آن حرام و خلاف نظر شارع قلمداد شده است. در میان مسلمانان، قیاس و انواع آن به شیوه‌های متفاوتی مورد قبول واقع گردیده است. قیاس منصوص‌العله، قیاس اولویت، تنقیح مناط و برخی دیگر مورد قبول برخی از فقهای سنی و شیعه است و اما به‌طور کلی طرفین در دو جانب نفی و اثبات مطلق قرار ندارند و نمی‌توان به یک‌باره بعضی را مثبت مطلق و دیگران را نافی مطلق دانست، بلکه نسبت به اقسام و شرایط قیاس و کیفیت نفی و اثبات و طریق استدلال و جهات دیگر، آراء مختلفی وجود دارد. این در حالی است که در مجموع اهل سنت عنوان موافق و امامیه به‌عنوان مخالف کاربرد قیاس شناخته می‌شوند؛ اگرچه در آثار فقهی شیعه نسبت به اهل سنت، موارد زیادی را می‌توان یافت که مصدق استفاده از قیاس به‌شمار می‌رود. در این صورت لازم است بررسی شود که آیا موارد فوق قیاس باطل است و فقها به‌طور ناخواسته در دام آن گرفتار آمده‌اند و یا این موارد، اگرچه در ظاهر و نگاه ابتدایی قیاس به‌نظر می‌رسند، اما اصولاً قیاس باطل نیستند. هم‌چنین در موارد متعددی ملاحظه می‌شود که فقها یکدیگر را به اعمال قیاس مؤاخذه کرده و بر همین اساس نظرات یکدیگر را رد نموده‌اند که لازم است در آنها دقت نظر بیشتری به عمل آید و حقیقت مطلب و عوامل این‌گونه ابهامات و اختلاف برداشت‌ها مشخص گردد که آیا حقیقت و ماهیت قیاس در نزد فقها از وضوح مفهومی کاملی برخوردار نبوده و در نتیجه جا برای ارائه تعاریفات جدید و تازه از قیاس

باطل و صحیح به وجود آمده و یا مشکلات به مقام عمل برمی‌گردد که فقها در حوزه عمل دقت کافی اعمال نکرده و نسبت به این مسئله توجه لازم و کامل ننموده‌اند.

مفهوم قیاس

۱. قیاس در لغت

واژه قیاس در زبان عربی به سه صورت به‌کار برده شده است: مصدر باب مفاعله (قیاس، یقیاس، مقایسه و قیاساً) (حسینی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ۸/۴۲۴) و مصدر دوم ثلاثی مجرد (قاس، یقیس، قیاساً) (فیومی، ۱۳۴۷ق، ۵۲۱) و مصدر ثلاثی (قاس، یقوس، قیاساً) (جوهری، ۱۴۰۷ق، ۳/۹۶۷) و به معنای اندازه گرفتن یا سنجیدن چیزی با چیز دیگر (طریحی، ۱۴۰۸ق، ۳/۵۷۵؛ ابن‌منظور، ۱۴۰۵ق، ۶/۱۸۶)، مساوات و برابری (شوکانی، ۱۴۱۸ق، ۱۹۸) و به معنای تشبیه، تمثیل و پیروی به کار رفته است و نیز به معنای شباهت آمده است؛ مانند: هذا قیاس ذاک، یعنی این شبیه آن است (سیاح، ۱۳۷۱ش، ۲/۱۳۸۲).

۲. قیاس در اصطلاح

قیاس در علوم مختلف دارای مفهوم و شرایط ویژگیهای مختلفی است، مثلاً قیاس در اصطلاح منطق با قیاس در اصطلاح اصولیان متفاوت است و آنچه در علم اصول قیاس نامیده می‌شود، در علم منطق تمثیل نام دارد. قیاس در اصطلاح به گونه‌های مختلفی تعریف شده است، که برخی از آنها را به عنوان نمونه ذکر می‌نماییم:

الف) «قیاس عبارت است از به‌کارگیری سعی و کوشش در به‌دست آوردن حق (آمدی، ۱۳۸۷ش، ۲۸۸).

ب) «قیاس عبارت است از اجتهاد به معنای رأی» (شافعی، ۱۹۴۰م، ۲۰۴).

این تعاریف قابل نقد است، زیرا اصولاً تعریف باید به گونه‌ای باشد که به اصطلاح، جامع افراد و مانع اغیار باشد. تعریفهای یادشده واجد چنین شرطی نیست، زیرا از یک‌سو شامل «قیاس جلی» نمی‌شود، چرا که در قیاس جلی نیازی به تلاش و اجتهاد و بذل سعی نیست و از سوی دیگر نسبت به افراد بیگانه، مانع نیست. زیرا نظر و تأمل در کتاب و سنت برای استنباط حکم و دستیابی به وحی را شامل می‌شود، با اینکه هر گونه اجتهاد در کتاب و سنت قیاس نامیده نمی‌شود.

ج) «قیاس عبارت است از حکم بر معلومی، همانند حکمی که برای معلوم دیگری ثابت است، به واسطه اشتراک آن دو در علت حکم». این تعریف، بنا به نقل علامه محمد بن علی شوکانی در «ارشاد الفحول الی تحقیق الحق من علم الاصول» از آن محمد بن طیب، معروف به باقلانی (م ۴۰۳ق) می‌باشد و در معالم الاصول و اصول الفقه و معتقد الامامیه آمده است (ر.ک: جناتی، ۱۳۶۸ش، ۷۰).

نقد تعریف: تعریف مذکور مستلزم دور صریح و ضرورتاً باطل است، زیرا نتیجه تعریف یادشده این است که اثبات حکم در فرع مبتنی بر قیاس است و قیاس هم مبتنی بر اثبات حکم در فرع می‌باشد.

د) تحصیل حکم الأصل فی الفرع لاشتباههما فی علة الحكم عندالمجتهد.

نقد تعریف: تعریف یادشده، تعریف به ماهیت و حقیقت نیست، بلکه تعریف به مورد قیاس است. زیرا ماهیت قیاس «مساوات و برابری بین اصل و فرع» نیست، بلکه «نوعی استنباط حکم، بر اساس مساوات و برابری میان اصل و فرع» است.

ه) تسویة فرع بأصل فی حکم لعلّة جامعة بینهما (قیاس در اصطلاح یعنی برابردانستن فرع مسئله بی‌نص و یا همان مقیس با اصل مسئله نص دارو یا همان مقیس‌علیه). در حکم، بنا بر علت مشترکی که در میان آنها وجود دارد (عثمینی، ۱۴۲۶ق، ۱۹۸).

و) برخی از علمای اصولی امامیه در تعریف قیاس گفته‌اند: «قیاس عبارت است از سرایت دادن یک حکم از موضوعی به موضوع دیگر که مشابه آن است.»

توضیح این تعریف چنین است: هر گاه دو موضوع داشته باشیم که یکی از آن دو دارای حکم شرعی منصوص بوده، ولی دیگری فاقد چنین حکم منصوص باشد و ما به دلیل شباهت آن دو موضوع با یکدیگر، حکم منصوص را به موضوع فاقد حکم سرایت و تعمیم دهیم. مثلاً در تعالیم شریعت آمده است: «الخمیر حرام»؛ سپس هنگامی که با موضوع جدیدی مواجه می‌شویم که مانند شراب سکرآور و مست‌کننده است، ولی در عرف و اصطلاح شراب نامیده نمی‌شود و در ادله شرعی نیز حکم خاصی برای آن بیان نشده است، ما به صرف شباهت آن مایع با شراب، حکم حرمت شراب را به آن مایع مست‌کننده نیز سرایت دهیم و بگوییم نوشیدن آن مایع نیز حرام است.

این تعریف را با اندک اختلافی در تعبیر، علامه مصطفی ذرقاء، صاحب کتاب المدخل الفقہی العام، متذکر شده و گفته است: «هر پدیده و رویدادی که دارای نص خاص از کتاب

و سنت، و یا مورد اجماع نباشد، مجتهد می‌تواند بر اساس «قیاس» در آن پدیده و رویداد حکم کند.»

با این بیان، قیاس، عملی است که از فرد قیاس‌کننده صادر می‌شود و موجب علم یا ظن او نسبت به حکم شرعی در آن موضوع - مستحدث و فاقد نص - می‌شود و آنچه باعث پیدایش این علم یا ظن می‌گردد، وجود اشتراک و شباهت و قدر جامعی است که میان فرع و اصل (مقیس، مقیس علیه) وجود دارد.

در اصطلاح علم اصول به همانندی شیء مجهول‌الحکم با شیء معلوم‌الحکم در علت حکم شرعی، قیاس گفته می‌شود که فقیه و حقوقدان به وسیله آن حکم شیء مجهول‌الحکم را استنباط می‌کنند و از منظر فقه به حکم فقیه و اهل استنباط به همانندی مجهول‌الحکم با معلوم‌الحکم به جهت اشتراک آنها در علت حکم، قیاس گفته می‌شود (گرجی، ۱۳۶۵ش، ۸۹/۱). به تعبیر دیگر واژه قیاس عبارت است از ایجاد برابری میان حکم منصوص (اصل) با حکم بدون دلیل (فرع) در حکم شرعی به خاطر تساوی آن در علت حکم. در علم حقوق در هر موردی که حکم قانون ناظر به مورد خاص است و به موضوع دیگر که دارای شباهت کامل با آن است سرایت داده می‌شود، قیاس گفته می‌شود. لذا قیاس را باید وسیله گسترش حکم خاص به مورد یا موارد مشابه دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۶ش، ۲۱۰).

ارکان قیاس

قیاس دارای چهار رکن است:

۱. اصل: موضوعی است که حکم شرعی آن معلوم است و بر آن قیاس می‌شود (تهانوی، ۱۹۸۴م، ۳۵). به عبارت دیگر موضوعی است که شارع و قانونگذار برای آن حکم خاص دارد و حکم آن برای فقیه و حقوقدان معلوم است که به آن «مقیس‌علیه» می‌گویند.

۲. فرع: موضوعی است که حکم آن مجهول است و فقیه و حقوقدان از راه قیاس حکم آن را اثبات می‌کنند و به آن «مقیس» گفته می‌شود (غزالی، ۱۳۹۰ق، ۵۴/۲).

۳. حکم: اعتبار شرعی است که ثبوت آن برای اصل قطعی است و فقیه و حقوقدان می‌خواهند آن را برای فرع اثبات کنند (فخر رازی، ۱۴۱۲ق، ۲۷/۲).

۴. علت یا جامع: وصف ظاهر و مضبوطی مناسب با حکم است که شارع آن را علامت حکم قرار داده است (زحیلی، ۱۴۰۶ق، ۱/۶۵۳؛ ابوزهرة، ۱۴۱۸ق، ۲۲۳). به تعبیر دیگر علت، اماره‌ای است مناسب با حکم که قانونگذار آن را معتبر دانسته است (غزالی، ۱۳۹۰ق، ۵۶۹).

انواع قیاس

در فقه و حقوق قیاس انواعی هم‌چون قیاس منصوص‌العله، قیاس اولویت، قیاس جلی قیاس مستنبط‌العله ذکر شده است. قیاس در نظام‌های حقوقی و مکاتب فقهی گوناگون از ارزش یکسانی برخوردار نیست؛ در آن دسته از نظام‌های حقوقی و فقهی که در مقام تفسیر متن، اهتمام اصلی به کشف مراد قانونگذار آن هم از راه تفسیرهای ادبی است، معمولاً به قیاس بهای کمتری داده می‌شود (ر.ک: سالمون، ۱۳۸۲ش، ۱۸۱). در قلمرو مکاتب فقهی نیز درباره اعتبار و ارزش قیاس، اختلاف نظر شدیدی وجود دارد.

۱. حجیت قیاس نزد علمای اهل سنت

از مجموع دیدگاه‌های فقهای اهل سنت چنین برمی‌آید که آنان نسبت به کاربرد قیاس، نظر مساعدی دارند و به کرات از آن استفاده می‌کنند. مروری بر کتابها و سایر تحقیقات اهل سنت حاکی از آن است که آنها قیاس را ابزاری مطلوب برای استخراج احکامی می‌دانند که حکمشان در قرآن و سنت بیان نشده باشد و دلیلی از اجماع نیز بر آن یافت نشود. یکی از دلایل اصولیان تسنن برای حجیت با قیاس ظنی، اجماع است. آنان مدعی‌اند که صحابه و تابعان اتفاق نظر دارند که در هر جا نصی نباشد، از قیاس استفاده کنند و هیچ‌کدام از صحابه آن را انکار نکرده‌اند (ابن حزم، بی تا، ۶۱/۱).

علاوه بر دلیل اجماع صحابه علمای اهل سنت به آیاتی از قرآن اشاره می‌کنند که کاربرد قیاس در استخراج قوانین اسلامی را اثبات می‌کند. قرطبی در این مورد به آیات ۷۸ و ۷۹ سوره یس^۴ اشاره می‌کند که در آنها به صورت قیاس اصولی، علیه منکران معاد استدلال

۴. «وَضَرَبَ لَنَا مَثَلًا وَ نَسِيَ خَلْقَهُ قَالَ مَنْ يُحْيِي الْعِظَامَ وَ هِيَ رَمِيمٌ. قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنْشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَ هُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ؛ و برای ما مثلی آورد و آفرینش خود را فراموش کرد؛ گفت: چه کسی این استخوانها را

شده است. هم‌چنین آیت‌الله حکیم به آیه ۵۹ سوره نساء^۵ به عنوان دلیل قائلین به قیاس اشاره کرده و می‌گوید: «در این آیه، خداوند پس از امر مؤمنان به اطاعت از خدا و رسول ﷺ و اولی‌الامر از آنان می‌خواهد در مواردی که نزاع داشتند به خدا و رسول ﷺ مراجعه کنند. بر اساس این آیه، مسلمانان در وقت نزاع، به رجوع به کتاب و سنت امر شده‌اند؛ پس در حقیقت مسلمانان هنگام نزاع مأمورند به قیاس رجوع کنند (حکیم، ۱۴۱۸ق، ۳۳۲). علاوه بر آیات قرآن فقیهان تسنن به احادیث زیادی تمسک کرده‌اند که مهم‌ترین آنها حدیث حارث بن عمرو است. وی نقل کرده که وقتی پیامبر ﷺ معاذ بن جبل را به یمن فرستاد، از او پرسید: «چگونه قضاوت می‌کنی؟» عرض کرد: «بر اساس کتاب خدا.» حضرت ﷺ پرسید: «اگر در کتاب خدا نبود؟» عرض کرد: «به سنت رسول خدا ﷺ.» حضرت فرمود: «اگر در سنت رسول خدا نبود؟» گفت: «رأی خودم را اجتهاد می‌کنم» و آن‌گاه حضرت ﷺ به سینه‌اش زد و فرمود: «ستایش خدایی را که فرستاده‌اش را به جلب رضایت رسول خدا ﷺ موفق کرده است» (ابن‌قدمه، ۱۴۲۳ق، ۱۶۹/۲). به باور فقیهان تسنن، پیامبر ﷺ در این حدیث، اجتهاد به رأی را پذیرفته است.

ابوحنیفه از امامان مذاهب اربعه اهل سنت (۲۲۰-۱۵۰ق). چنان به قیاس اهتمام می‌ورزید که او و یارانش به اصحاب‌رأی شهرت یافته‌اند. از جمله دلایل اهتمام ابوحنیفه به قیاس این بود که وی شمار روایات معتبر و قابل استناد را بسیار اندک می‌دانست. بر عکس، مالک، احمد بن حنبل، شافعی و دیگر امامان مذاهب اهل سنت اهتمام به قیاس نداشتند (سالمون، ۱۳۸۲ش، ۱۸۱).

احمد بن حنبل در موارد ضروری که مبنایی برای آنها از قرآن و سنت نمی‌یافت، به قیاس روی می‌آورد؛ زیرا هیچ فقیهی قادر نبود و نیست که برای هر مسئله و حادثه‌ای نصی از قرآن و حدیث و اجماع پیدا کند و از این رو ابن‌حنبل هم با این که صددرصد

که چنین یوسیده است زندگی می‌بخشد؟ بگو: همان کسی که نخستین بار آن را پدید آورد و اوست که به هر [گونه] آفرینشی داناست.»

۵. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید، خدا را اطاعت کنید و پیامبر و اولیای امر خود را [نیز] اطاعت کنید؛ پس هر گاه در امری [دینی] اختلاف- نظر یافتید، اگر به خدا و روز بازپسین ایمان دارید، آن را به [کتاب] خدا و [سنت] پیامبر [او] عرضه بدارید، این بهتر و نیک‌فرجام‌تر است.»

سنت‌گرا و مخالف رأی و اجتهاد عقلی بود، نمی‌توانست از روی آوردن به قیاس خودداری کند. بنابراین قیاس یکی از اصول و مبانی فقه احمد بن حنبل و فقهای بعدی مذهب حنبلی است، ولی ابن‌حنبل از میان اقسام قیاس، قیاس منصوص‌العله را به‌کار می‌برد (ابوزهره، ۱۴۱۸ق، ۸۷).

با بررسی ادله فقها و اصولیون اهل سنت در باب عمل به قیاس می‌توان چنین نتیجه گرفت که آنان علاوه بر ادله یادشده به این قائلند که نصوص محدود و معدودند و حوادث و مسائل نامحدود و بی‌شمار؛ بنابراین وظیفه نصوص بیان و ذکر هر حادثه و مسئله و حکم آن فی‌ذاته نیست، چه آنکه محدودیت نصوص پاسخگوی این همه مسائل مستحدثه و نوپیدا نخواهد بود. در نتیجه وظیفه نصوص بیان قاعده و فرمول و تطبیق آن بر چند مثال و مسئله است که فقیه و مجتهد باید حکم مسائل جدید و مشابه را با توجه به امثال و نظائر آن در مسائل گذشته و منصوص از طریق قیاس با توجه به مقاصد کلی شرع استنباط و تخریح کند.

۲. کاربرد قیاس در حقوق نزد اهل سنت

فقیهان تسنن به پیروی از دیدگاه صحت کاربرد قیاس در امور گوناگون، استفاده از قیاس را در امور جزایی و کیفری نیز می‌پذیرند. خلاف، اندیشمند سنی تصریح نموده به اینکه مباحث و قواعد اصولی تبعیدی نیستند؛ آنها ابزاری در دست متدینان برای نیل به حدود الهی و وسایلی در دست قضات برای تفسیر و تطبیق قانونند و لذا کارکرد علم اصول منحصر به نصوص دینی و احکام شرعی نیست (خلاف، ۱۴۲۳ق، ۱۸). اصولی بزرگ شیعه مرحوم نایینی نیز در خصوص امارات ظنی که بخش مهمی از دانش اصول را تشکیل م دهد معتقد است امارات ظنی روشهایی عقلایی‌اند که شارع با آنها مخالفت نوززیده است. وی به عنوان یک ضابطه کلی می‌گوید: «اساساً ما روش ابداعی و اختراعی شرعی برای کشف احکام شرعی نداریم» (نایینی، ۱۴۱۷ق، ۱۹). این ضابطه کلی می‌تواند تأییدی بر ادعای فوق باشد که روشها به طور کلی ساز و کارهای عقلایی و بشری محسوب می‌شوند و اعتبار آنها نیازمند تأیید مستقیم شارع نیست. بر اساس قیاس (به مثابه روش) و نه (به مثابه منبع) نیازمند تأیید شرعی یا قانونی نیست. با این همه نمی‌توان انکار کرد که بر اساس برخی دلایل خاص، گونه‌هایی از قیاس فی‌الجمله ممنوع هستند. به

اعتقاد فقهای اهل سنت، تغییرات و تحولات حاصله در علم و صنعت موجب شده که اشخاص نابه‌کار بتوانند از طرق مختلف که قانون پیش‌بینی نکرده است، موجبات زیان جامعه را فراهم نمایند و اگر مقامات قضایی بخواهند منتظر تصویب قانون از طرف قوه مقننه باشند، ممکن است ضربات و خسران جبران‌ناپذیری متوجه جامعه گردد، پس قاضی مجبور است تحت عنوان تفسیر قانون در مسائل جزایی قیاس کند (بخشی زاده، ۱۳۹۲ش، ۳۷). به اعتقاد این گروه، در صورتی می‌توان از منطوق و معنای تحت‌اللفظی قانون صرف‌نظر نمود که ادعا نماییم قانون خالی از هرگونه نقص و اشتباه است، حال آنکه قانون به معنای واقعی هیچ‌گاه خالی از نقص نبوده و کامل نیست. آنها هم‌چنین در پاسخ به ایراد مخالف اصل قانونی بودن قیاس می‌گویند که قبول مطلق اصل قانونی بودن به معنای تنزل فوق‌العاده مقام قاضی و اعتلای زیاده از حد مقام مقنن است؛ به نظر آنان در چنین روشی قاضی به صورت یک «مقسم خودکار قانون» درآمده و وظیفه وی به حداقل تنزل پیدا می‌کند، در حالی که قاضی با توجه به شغل خطیری که بر عهده دارد بایستی قانون را به موارد متعدد انطباق دهد. به عقیده آنان رعایت بی‌چون‌وچرای اصل قانونی بودن موجب بی‌دفاع ماندن جامعه در قبال بسیاری از اعمال خطرناک افراد ضداجتماعی می‌شود. این قبیل افراد ضداجتماعی با آگاهی کامل به مقررات، اعمال خود را به نحوی انجام می‌دهند که با اوصاف جرایم پیش‌بینی‌نشده در قانون اندکی تفاوت داشته باشند و چون قاضی به علت همین اندک تفاوت نمی‌تواند آنها را تعقیب نماید، این افراد از تعقیب و مجازات در امان خواهند بود. پس لزوم حفظ نظم در جامعه و حکم عقل و هدف قانون جزا ایجاب می‌نماید که خطاکاران به مجازات برسند و چاره این کار نیز تفسیر قانون جزا از طریق قیاس است (یزدان شناس، ۱۳۹۴ش، ۱۳۷). تابعین مکتب تحقیقی حقوق جزا و به‌طورکلی طرفداران ایدئولوژی امنیت‌گرا که حفظ نظم و امنیت عمومی را بر منافع فرد ترجیح می‌دهند نیز به توجیه توسل به قیاس در امور جزایی پرداخته و اعلام نموده‌اند با توجه به اینکه هدف قانون مجازات، مبارزه با حالت خطرناک مجرمین است در مواقع ضروری بایستی با توسل به قیاس با این حالت خطرناک مبارزه کرد. در مجموع عمده نظر طرفداران استفاده از قیاس در امور کیفری این است که دفاع از جامعه و حفظ نظم و امنیت اجتماع ضرورت توسل به قیاس را ایجاب نموده و به رویه قضایی اجازه می‌دهد فراموشیهای قانونگذار را جبران نموده و خلأهای قانون را پر نماید (مظاهری تهرانی، ۱۳۹۲ش، ۱۹).

۳. حجیت قیاس نزد علمای امامیه

تحصیل مناط در قیاس از سه راه تحقیق، تنقیح و تخریح مناط میسور است. در فقه اهل- سنت مناط ظنی معتبر است، ولی در فقه شیعه مناطی معتبر است که قطعی باشد. از این رو قیاس مورد قبول شیعه به برهان باز می‌گردد و از میان قیاسهای منصوص‌العله، اولویت، تنقیح مناط و مستنبط‌العله، تنها قیاس مستنبط‌العله که مناط آن ظنی است، اعتباری ندارد. همان‌گونه که بیان شد دیدگاه عالمان شیعی نسبت به قیاس، دیدگاهی منفی است. آنان به پیروی از احادیث رسیده از امامان علیهم‌السلام از آغاز پرچم‌دار مبارزه با به‌کارگیری قیاس در استنباط احکام الهی بوده‌اند و مکتب اهل‌بیت علیهم‌السلام، مکتبی مخالف با اعمال رأی و قیاس در احکام الهی شناخته می‌شود (حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ۴۱/۱۸؛ نوری ۱۴۰۸ق، ۲۴۳/۱۷-۲۵۰). این مطلب هم در کتب تسنن به شیعه نسبت داده شده است (غزالی، ۱۴۱۷ق، ۲۸۳) و هم در منابع اصول شیعه به آن تصریح شده است (شریف مرتضی، ۱۳۴۶ش، ۶۷۵/۲؛ طوسی، ۱۴۱۴ق، ۶۷۵/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۳ق، ۱۸/۲). مهم‌ترین دلیل عدم حجیت قیاس ظنی از دیدگاه امامیه، عمومات قرآنی است که از پیروی ظن نهی می‌کند و نیز روایات است که به‌طور خاص از عمل به قیاس منع کرده است (حکیم، ۱۴۱۸ق، ۳۲۲). به اعتقاد امامیون آیاتی از قرآن، به صورت مطلق، عمل به ظن و پیروی از گمان را نهی می‌کنند. به‌عنوان نمونه آنان به آیه «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ؛ و چیزی را که بدان علم نداری دنبال مکن» (اسراء، ۳۶) اشاره می‌کنند که در آن خداوند به مسلمانان دستور می‌دهد که از غیر علم تبعیت نکنید. برخی دیگر از آیات بیانگر این است که ظن و گمان هیچ‌گاه انسان را از حق بی‌نیاز نمی‌کند: «إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا؛ گمان به‌هیچ‌وجه [آدمی را] از حقیقت بی‌نیاز نمی‌گرداند.» (یونس، ۳۶). در برخی از آیات نیز از نسبت دادن چیز غیرمقطوع و غیر معلوم به خداوند، نهی شده است: «أَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ؛ [او] [وا می‌دارد] تا بر خدا، چیزی را که نمی‌دانید برنیدید» (بقره، ۱۶۹). عمل به قیاس، به اعتقاد علمای شیعه پیروی از امر ظنی و نسبت دادن آن به خداوند است و بر اساس عموم آیات یادشده، منهی‌عنه است.

دلیل دیگر شیعیان برای محکوم کردن قیاس، روایاتی از معصومین علیهم السلام است که عمل به قیاس را منع کرده‌اند. این روایات به ۶ دسته کلی تقسیم می‌شوند: ۱. برخی از این روایات به فلسفه پیدایش قیاس پرداخته و منشأ شکل‌گیری قیاس را آشکار ساخته‌اند. از منظر این روایات، قیاس معلول اعتقاد به نقصان قرآن و سنت و نیز عدم توجه به مرجعیت دینی اهل‌بیت علیهم السلام است؛ ۲. گروهی از روایات دلیل منع از قیاس را ظنی بودن آن دانسته‌اند. بر این اساس، قیاسی که مناط آن قطعی باشد، از شمول این روایات خارج است؛ ۳. برخی از روایات به صورت مطلق از به‌کارگیری هرگونه قیاسی منع کرده‌اند. اطلاق این روایات شامل هر دو اصطلاح قیاس می‌شود؛ یعنی آنها هم قیاس فقهی و هم تنزیل نصوص بر مناط عقلی را نهی می‌کنند؛ ۴. قسم چهارم روایاتی است که تنها قیاس فقهی را منع کرده است و به‌هیچ‌روی شامل قیاس به معنای تنزیل نصوص بر مناط عقلی نمی‌شوند؛ ۵. قسم پنجم روایاتی است که قیاس به معنای تنزیل نصوص بر مناط عقلی را

۶. در روایتی، سماعة بن مهران از امام موسی بن جعفر علیه السلام مذمت از قیاس و نهی از عمل به آن را می‌شنود: «مالکم و للقیاس انما هلک من هلک من قبلکم بالقیاس...». آن‌گاه برای وی این پرسش پیش می‌آید که مگر آن‌چه مردم نیاز دارند، از سوی پیامبر صلی الله علیه و آله آورده شده است؟ حضرت علیه السلام در پاسخ وی می‌فرماید: «نعم و ما يحتاجون الیه الی یوم القیامة». سپس سماعة دغدغه دیگر خود را مطرح می‌کند و می‌پرسد که آیا چیزی از سنت رسول خدا صلی الله علیه و آله از دست رفته و ضایع شده است؟ امام علیه السلام در پاسخ وی می‌فرماید: «لا هو عند اهله» (کلینی، ۱۳۹۳، ش، ۵۶/۱).

۷. مسعدة بن صدقه از امام باقر علیه السلام نقل می‌کند، رسول خدا صلی الله علیه و آله فرموده‌اند که: «ایاکم و الظن فان الظن اکذب الکذب» (حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ۲۵/۱۸).

۸. عن ابی شیبیه الخراسانی قال: سمعت أبا عبدالله علیه السلام یقول: «إن أصحاب المقاییس طلبوا العلم بالمقاییس فلم تزدھم المقاییس من الحق الا بعداً و ان دین الله لا یصاب بالمقاییس» (کلینی، ۱۳۹۳، ش، ۵۷/۱).

۹. در برخی از روایات، این نکته با تعبیر هلاکت برای قیاس‌کننده و پیرو آن به‌کار رفته است: «من عمل بالمقاییس هلک و اهلک» (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ۱۱۸/۲). در برخی دیگر از روایات عمل به قیاس سبب خروج از دین دانسته شده است: «و ما علی دینی من استعمل القیاس فی دینی» (حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ۳۵/۱۸). پاره‌ای دیگر از روایات، عمل به قیاس را سبب نابودی دین دانسته‌اند: «ان السنۃ إذا قیست محق الدین» (همان، ۲۵/۱۸).

منع کرده است^{۱۰}؛ ۶. ششم، روایاتی که در آن هر دو نوع قیاس منع شده است^{۱۱} (یوسفی مقدم، ۱۳۸۷ش، ۸۶). بنابراین در مکتب اهل بیت^{علیهم السلام} شیوه استنباط احکام از راه قیاس - به ویژه آن گونه که توسط ابوحنیفه و یاران وی رایج بود - سخت نکوهش شده و قیاس مایه نابودی و تباهی دین به شمار آمده است (سالمون، ۱۳۸۲ش، ۱۸۱). البته در نزد شیعیان قیاس منصوص العله، قیاس اولویت و تنقیح مناط از این قاعده کلی استثناء شده‌اند و آنان برای این شیوه‌های قیاس، حجیت و اعتبار قائل هستند و بنابراین اگرچه عنوان قیاس بر آنها اطلاق می‌شود، اما محل نزاع نیستند. هرگاه حکمی از راه نص معتبر در اختیار مجتهد قرار گیرد و در آن نص، علت حکم نیز به صراحت یا به اشاره بیان شده باشد و مجتهد با تشکیل قیاس در صدد تسری حکم اصل به فرع دیگری برآید، به چنین قیاسی، قیاس «منصوص العله» می‌گویند. به عبارت بهتر قیاس منصوص العله آن است که شارع علت حکم موضوعی را با لفظ صریح و یا با اشاره بیان کرده باشد (حکیم، ۱۴۱۸ق، ۳۱۱). در این صورت، مناط که همان علت حکم است به تحقیق شناخته شده است و به تعبیر شنقیطی، نفس علت حکم، سبب جمع بین فرع و اصل شده است. مانند این که شارع گفته باشد: «لا تشرب الخمر لأنه مسکر» (حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ۹۴/۱۷)؛ شراب نوش چون مست‌کننده است، مست‌کنندگی علت حرمت نوشیدن شراب بیان شده است، از این رو هر جا که شراب مست‌کننده باشد خوردن آن حرام است و اگر این حالت از بین رفت مثلاً شراب سرکه شد، حرام نخواهد بود (اکبری، ۱۳۹۰ش، ۱۷/۱). بنابراین قیاس منصوص العله حجت و لازم‌الاتباع است (حلی، ۱۴۰۴ق، ۲۱۸). قیاس اولویت، قیاسی است که علت در فرع آشکارتر و قوی‌تر از علت در حکم اصل باشد، بنابراین در مواردی که علت حکم اصل در فرع به صورتی قوی‌تر از اصل موجود باشد، حکم اصل نیز به

۱۰. جعفر بن محمد بن ابی عماره، از امام صادق^{علیه السلام} نقل می‌کند که آن حضرت^{علیه السلام} فرمود: «ان امرالله تعالی ذکره لایحمل علی المقاییس و من حمل امر الله علی المقاییس هلك و اهلك». توجه به روایت یادشده که مربوط به قیاس ابلیس است، روشن می‌سازد که مراد این حدیث، نهی از قیاس به معنای دوم (اجتهاد مناط عقلی و تنزیل نصوص بر آن) است.

۱۱. در روایتی ابن شبرمه می‌گوید: «من و ابوحنیفه بر امام صادق^{علیه السلام} وارد شدیم. آن حضرت^{علیه السلام} خطاب به ابوحنیفه فرمود: «اتق الله و لا تقس فی الدین برأیک». سپس آن حضرت^{علیه السلام} قیاس ابلیس را علت نهی از قیاس می‌داند و می‌فرماید: «فان اول من قاس ابلیس».

طریق اولی بر فرع بار شده و به آن سرایت می‌کند» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ۵۱۹). در قیاس اولویت نیز مناط حکم به تحقیق شناخته شده است و آن در جایی است که به اقتضای علت حکم (جامع) یقین پیدا کنیم که حکم از اصل به فرع با تأکید و قوت بیشتری سرایت می‌کند (حکیم، ۱۴۱۸ق، ۳۱۷)؛ چنانکه خداوند در آیه ۲۳ سوره اسراء از اف گفتن به والدین نهی کرده و آن را حرام دانسته است: «فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُمَّ» به آنها [حتی] «اوف» مگو» و این حکم دلالت می‌کند که ضرب و شتم آنها به طریق اولی حرام است؛ زیرا علت حرمت که آزار و اذیت والدین است، در ضرب و شتم قوی‌تر است. ظاهریه از اهل سنت و اخباریان شیعه، قیاس اولویت را باطل می‌دانند.

تنقیح مناط نیز در اصطلاح فقها یکی از شیوه‌های استنباط حکم است که در آن با اجتهاد و نظر، علت حکم از اوصاف غیردخیل که در نص آمده، تمییز داده می‌شود تا بتوان حکم را به تمام مواردی که علت در آنها وجود دارد، تعمیم داد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵ش، ۲۴). به عبارت دیگر قیاس تنقیح مناط عبارت است از اینکه مجتهد حکم واقعه‌ای را بر واقعه دیگر به جهت قطع به اتحاد مناط قیاس کند (بحرالعلوم، ۱۳۶۳ق، ۲۱۴/۳). قیاس مناط قطعی، همان تنقیح مناط شایع میان اصولیان شیعه است و چنانکه بیان شد، تنقیح مناط یعنی همه ویژگیهای یک موضوع که در جعل حکم دخالت ندارد از آن الفا شود. خصوصیتی که در جعل حکم به صورت قطعی دخالت دارد، تنقیح و آشکار می‌گردد. از آیات زیادی می‌توان برای حجیت تنقیح مناط استفاده کرد؛ از جمله خداوند متعال در آیه ۳۲ سوره احزاب با مخاطب قرار دادن همسران پیامبر از آنان می‌خواهد که هنگام گفت‌وگو با مردان اجنبی به گونه‌ای سخن نگویند که انسان بیمار دل به آنان طمع کند: «يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفًا؛ ای همسران پیامبر! شما مانند هیچ‌یک از زنان [دیگر] نیستید، اگر سرِ پروا دارید پس به ناز سخن مگویید تا آنکه در دلش بیماری است طمع ورزد و گفتاری شایسته گوید.»

۴. جایگاه قیاس در حقوق کیفری نزد امامیه

فقیهان شیعه استفاده از قیاس را در استنباط احکام حقوقی را صحیح نمی‌دانند و به اعتقاد آنان اجرای مجازات با استناد به قیاس با قاعده کلی «احترام به جان، مال، حیثیت و

آزادی اشخاص» منافات دارد و دادرس نمی‌تواند به بهانه زشت بودن کار مورد اتهام و به استناد داوری اخلاق عمومی یا به یاری قیاس، جرایم تازه به وجود آورد (گلدوزیان، ۱۳۹۰ش، ۳۷). به اعتقاد محققان تشیع، استفاده از قیاس برای استنباط احکام کیفری، باعث توجه بیش‌ازحد قانون به متهم یا شخص می‌گردد و موجبات دوری از در نظر گرفتن صلاح کلی جامعه را فراهم می‌آورد. در حالی که در نظام تشیع، علاوه بر مصلحت فرد، ضروریات جامعه نیز در نظر گرفته می‌شود. این ایرادی است که غالباً از سوی فقهای تشیع نسبت به عامه وارد آمده است و منظور از آن، این است که سیستم قیاسی، تنها مصلحت فرد را در نظر می‌گیرد، درحالی‌که سیستم تشیع، هم به مصلحت فرد توجه می‌نماید و هم به مصلحت جامعه. امامیون هم‌چنین بر این نظرند که آنچه را قانونگذار منع نکرده، مجاز است و اختیار تفسیر قوانین کیفری را به این دلیل روشن که آنها قانونگذار نیستند، نمی‌توان به قضات جنایی سپرد.

به عقیده امامیون با توجه به اصل تفکیک قوا، قضات برای تفسیر قانون بایستی به منطوق آن و آنچه به‌طور صریح بیان شده، توجه داشته و منظور مقنن را از همان مفهوم کلمات و جملات بیان شده و با رعایت قواعد ادبی و دستوری استخراج نمایند و با توجه به اصل معروف «امور کیفری باید به‌صورت مضیق و محدود تفسیر شوند» محاکم نمی‌توانند به استناد قیاس یا روح و مفاد قوانین عمل نمایند. در واقع مخالفان قیاس، استفاده از آن توسط قضات کیفری را بر خلاف وظایف محوله و اصل تفکیک قوا می‌دانند. آنان بر این نظرند که در مواردی که قانون صریح و روشن نیست، باید آن را به نفع متهم تفسیر نموده و از محکوم نمودن وی خودداری نمود (مظاهری تهرانی، ۱۳۹۲ق، ۲۱). امامیون معتقدند در صورت قبول قیاس در امور جزایی، دیگر کسی در زندگی تأمین قضایی نخواهد داشت و هر روز ممکن است عملی با یکی از جرایم قیاس شود و بر پایه آن شخص به کیفری محکوم شود که تصورش را هم نمی‌کرده است. این گروه قیاس در امور کیفری را مخالف اصل «قانونی بودن جرم و مجازات» و نیز قاعده «قیح عقاب بلا بیان» می‌دانند. فقها و حقوقدانان اسلامی مخالف قیاس نیز علاوه بر قاعده عقلی «قیح عقاب بلا بیان» به آیات ۱۵ سوره اسراء، ۱۱۹ سوره انعام، ۱۱ سوره بقره و ۲۳۳ سوره بقره استناد می‌نمایند. آنها هم‌چنین حدیث: «ما حجب الله علی العباد فهو موضوع عنهم: هر چیزی را که خدا بر مردم پوشیده دارد و حکمش را بازگو نکرده باشد، آن چیز مباح بوده

و از حساب مردم کنار گذاشته شده است» و نیز حدیث: «الناس فی تسعه ما لایعلمون» را دلیل بر منع توسل به قیاس می‌دانند. یکی دیگر از دلایل آنها این است که مطابق با اصول حقوقی مورد قبول دنیای امروز و از جمله قوانین شرعی، شک همواره بایستی به نفع متهم تفسیر شود و چون در موقع سکوت قانون در مجازات کردن متهم شبهه وجود دارد، نمی‌توان با استفاده از قیاس متهم را کیفر داد (بخشی زاده، ۱۳۹۲ش، ۴۹). در مجموع، عمده نظرات مخالفان قیاس این است که بر کردن خلأهای قانون و جبران نقص و سکوت آن، کار دادگاه و دادرس نیست؛ چون این کار به منزله نشستن قاضی در جای قانونگذار و غصب آشکار صلاحیت قانونگذاری و بازنویسی قانون به دست قاضی قلمداد می‌شود. در واقع مخالفان توسل به قیاس در حقوق کیفری را بایستی همان طرفداران سرسخت اصل قانونی بودن و کسانی دانست که به حقوق و آزادیهای فردی اهمیت بیشتری می‌دهند (مظاهری تهرانی، ۱۳۹۲ق، ۲۳).

جایگاه قیاس در حقوق موضوعه

قیاس در رشته‌های گوناگون حقوق، اعتبار یکسانی ندارد. در حوزه حقوق جزا استفاده از قیاس گاه با اصل مهم قانونی بودن جرم و مجازات و نیز اصل: «تفسیر شک به سود متهم» ناسازگار است؛ حال آنکه در عرصه حقوق مدنی چنین محظوری وجود ندارد. در حقوق ایران با قطع نظر از امور کیفری که قیاس در آن با محذور یادشده مواجه است، به ممنوعیت قیاس تصریح نشده است. اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی را موظف نموده تا در صورتی که حکم دعوا را در قانون نیابد، بر پایه منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم نماید. به دلیل روایات فراوانی که در نکوهش قیاس وجود دارد، علی‌القاعده در فقه شیعی فتاوی مبتنی بر قیاس، فتاوی معتبر یا مستند به منبع معتبر نیست. باین حال پیش‌تر در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ به قضات اجازه داده شده بود تا در صورتی که حکم دعوا را در قوانین موضوعه نیابند، موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادات مسلم، قضیه را حل و فصل نمایند. موافقت با روح قانون با قیاس حقوقی از نوع مستنبط‌العله بی‌ارتباط نیست؛ اما در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹ موافقت با روح قانون حذف شد و بر لزوم استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، تأکید شده است. شاید

بتوان مواردی از قیاس مقبول را نوعی استناد به اصول حقوقی به‌شمار آورد (سالمون، ۱۳۸۲ش، ۱۸۲ و ۱۸۳).

در مورد قیاس منصوص‌العله قانونگذار در ماده ۸۸۲ ق.م. می‌گوید: «بعد از لعان، زن و شوهر از یکدیگر ارث نمی‌برند...». از اینکه قانونگذار، حکم قانونی ارث نبردن را در این ماده به موضوع لعان ربط داده است، فهمیده می‌شود که علت این حکم لعان است و لعان از موانع ارث است پس لعان علت وضع مدلول این ماده بوده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰ش، ۱۳۸). هم‌چنین قانونگذار در ماده ۱۹۵ ق.م. مقرر نموده است: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است.» قانونگذار در این ماده فقدان قصد در حال مستی و بیهوشی و خواب را علت بطلان معامله دانسته است. لذا چنانچه به سبب اشتباه، معامله‌کننده فاقد قصد باشد، معامله باطل است. یا در ماده ۲۱۸ ق.م. قصد فرار از دین علت عدم نفوذ معامله به‌شمار آمده است و از طریق قیاس منصوص‌العله می‌توان گفت ابراء به قصد فرار از دین نیز غیرنافذ است.

برخی از حقوقدانان تنقیح مناط را نوعی از قیاس قطعی دانسته‌اند که علت و سبب وضع یک قانون را استخراج نموده و آن قانون را در هر موردی قانون سکوت کرده باشد و علت مزبور در آنجا وجود داشته باشد مورد استناد قرار می‌دهند؛ مثلاً به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی قراردادهای خصوصی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. مناط و مأخذ و سبب وضع این ماده، آزادی اراده افراد و روابط بین خودشان می‌باشد. این مناط در ایقاعات هم وجود دارد؛ زیرا می‌دانیم نظر این نیست که در مورد ایقاعات آزادی اراده وجود نداشته باشد. بنابراین از روی ملاک و مناط ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان گفت هر ایقاعی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰ش، ۱۸۰).

نتیجه

۱. اهل سنت موافق کاربرد قیاس در وضع قوانین گوناگون از جمله قوانین کیفری هستند، چرا که اولاً ادراک علل احکام در امور غیرتعبدی با عنایت به بشری بودن ممکن است و ثانیاً به دلیل عدم امکان دسترسی به علل واقعی تمامی احکام شرعی، اعتماد به ظن راجح حاصل از قیاس ضروری است. به این معنا که آنها برای استخراج و استنباط قوانین

موردنیاز، به شیوه قیاس رجوع می‌کنند. این تفاوتها به‌ویژه در جایی که قیاس مانند حوزه قضاوت کاربرد عملی می‌یابد، اهمیت خود را نشان می‌دهند؛ زیرا قانونگذاران هراندازه دقیق و آینده‌نگر باشند، باز توانایی پیش‌بینی تمام وقایع و رفتارهای ضدا اجتماعی را ندارند.

۲. هر چند علمای شیعه، کاربرد قیاس را ناصحیح می‌داند، به دلیل وجود روایاتی از ائمه علیهم‌السلام مبنی بر حرمت عمل به قیاس و عدم امکان دسترسی به علل و مناط احکام شرعی با توجه به قدسی و غیبی بودن و همچنین به دلیل عدم اعتماد به ظن حاصل از قیاس، اما در عمل، موارد مشابه استفاده از قیاس را به اصطلاحاتی دیگر از قبیل منصوص‌العله، قیاس اولویت و قیاس جلی نسبت می‌دهند که کاربردی مشابه قیاس دارد. بنابراین در عالم واقع و در کتب فقهی، قیاس به‌وفور وجود دارد، هر چند دایره آن به گستردگی این ابزار نزد اهل سنت نیست و معمولاً با تعابیر دیگری از آن یاد می‌شود.

۳. اصول ۳۶ و ۱۶۹ قانون اساسی و همچنین ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، دلالت بر لزوم اصل قانونی بودن جرم و مجازات دارند و استنباط منع قیاس با توجه به این اصول واضح است؛ اما با توجه به اصل ۱۶۷ ق.ا که مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است که کوشش کند و اگر نیابد، به استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتوای معتبر، حکم قضیه را صادر نماید.» در اینجا با توجه به تعارض بین اصل ۱۶۷ با دیگر اصول ذکر شده، بین حقوقدانان اختلاف نظر است که آیا اصل ۱۶۷ ق.ا مربوط به امور مدنی است یا امور کیفری را هم در بر می‌گیرد. اگر قبول کنیم که اصل ۱۶۷ ق.ا، فقط ناظر به امور مدنی است و امور کیفری را شامل نمی‌شود، در آن صورت، در منع قیاس در سیستم کیفری جمهوری اسلامی ایران شکی نیست، ولی اگر اصل ۱۶۷ ق.ا را ناظر به امور کیفری هم بدانیم اشکال پیش می‌آید؛ به این علت که اصل ۱۶۷ ق.ا، قاضی را در استناد به منابع فقهی و معتبر مجاز ساخته است. اگرچه ممکن است در اینجا این پاسخ و اشکال وارد شود که سیستم حقوقی ما مبتنی بر فقه امامیه است و فقه امامیه قیاس را به‌عنوان منبع حقوقی قبول ندارد؛ ولی بایستی گفت که فقهای امامیه قیاس منصوص‌العله، قیاس اولویت و قیاس جلی را قبول داشته و اختلاف نظر آنها با فقهای عامه (اهل سنت) بر سر قیاس مستنبط‌العله است و فقهای امامیه برای گریز از نام ناخوشایند قیاس همواره در بحثهایشان از اصطلاحات اصولی دیگر چون وحدت ملاک، تنقیح مناط قطعی، مفهوم اولویت و... استفاده نموده‌اند.

۴. به نظر می‌رسد خلط میان منبع و متد و روش سبب ممنوعیت قیاس در فقه به حقوق گردیده است و با توجه به جدایی تحلیلی این دو از یکدیگر، اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز تنها به منابع اسلامی و نه به اصول فقه اسلامی ارجاع می‌دهد. از سوی دیگر حتی بر فرض پیروی از متد استنباط فقه اسلامی، نمی‌توان ممنوعیت استفاده از قیاس در فقه را به حقوق سرایت داد، چه آنکه قدر مشترک و جامعی میان فقه و حقوق وجود ندارد و علت عمده ممنوعیت قیاس در فقه عجز از فهم علل و گزاره‌ها و هنجارهای شرعی است، در حالی که این علت در حقوق که ساخته فکر بشری است منتفی است و بنابراین قیاس حقوق به فقه، قیاس مع الفارق است؛ گرچه ممکن است در ساحت‌هایی که حقوق از فقه وام گرفته از به‌کارگیری قیاس پرهیز نمود؛ هرچند حتی نمی‌توان از ممنوعیت به‌کارگیری قیاس در معاملات و یا احکام امضایی نیز فوراً و بدون دلیل گذشت. به همین دلیل حاکمیت قانون و عدالت این را می‌طلبند که در موارد مسکوت مناط قانون به جای منابع پیش‌بینی‌شده در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، توجه شود، مطالعه اندیشه‌های عالمان حقوق خصوصی و رویه قضایی کشور ما نیز مؤید این ادعاست. پس می‌توان گفت: قیاس به مثابه یک روش تفسیری عاقلانه و منضبط و متکی به متن و نه منبع مستقل، در حقوق خصوصی ایران قابل اجراست.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- آمدی، علی بن ابی‌علی، *الإحكام فی اصول الأحكام*، قم، مؤسسه فرهنگی و اطلاع‌رسانی تبیان، ۱۳۸۷ش.
- ابن حزم، علی بن احمد، *المحلی بالآثار*، بیروت، دارالفکر، بی‌تا.
- ابن‌قدمه، عبدالله بن احمد، *روضۃ الناظر و جنة المناظر فی اصول الفقه علی مذهب الإمام احمد بن حنبل*، بیروت، مؤسسه الریان، ۱۴۲۳ق.
- ابن‌منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، قم، نشر ادب حوزه، ۱۴۰۵ق.
- ابوزهره، محمد، *ابن‌حنبل، حیات و عصره - آراؤه و فقهه*، قاهره، دارالفکر العربی، ۱۴۱۸ق.
- اکبری، محمود، *نگاهی به فلسفه احکام*، قم، فتیان، ۱۳۹۰ش.
- بحر العلوم، سید محمد مهدی، *الفوائد الرجالية*، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۳۶۳ق.
- بخشی‌زاده، امین، *محشای قانون مجازات اسلامی*، تهران، عصر اندیشه، ۱۳۹۲ش.
- تهانوی، محمدعلی بن علی، *موسوعة کشف اصطلاحات الفنون و العلوم*، استانبول، قهرمان، ۱۹۸۴م.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۵ش.
- همو، *مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰ش.
- جناتی، محمدابراهیم، «جایگاه قیاس در منابع اجتهاد»، *مجله کیهان اندیشه*، شماره ۲۶، ۱۳۶۸ش.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة*، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۴۰۷ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۱۲ق.
- حسینی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
- حکیم، سید محمد تقی، *الأصول العامة فی الفقه المقارن*، قم، مجمع جهانی اهل‌بیت علیهم السلام، ۱۴۱۸ق.
- حلی، حسن بن یوسف، *مبادئ الوصول الی علم الأصول*، قم، المطبعة العلمية، ۱۴۰۴ق.
- خلاف، عبدالوهاب، *علم اصول الفقه*، قاهره، دارالحدیث، ۱۴۲۳ق.
- زحیلی، وهبه، *اصول الفقه الإسلامی*، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۶ق.
- سالمون، ژان. ژ. ا، «استدلال از طریق قیاس در حقوق بین‌الملل عمومی»، ترجمه سید علی هنجنی و رحیم نوبهار، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۷، ۱۳۸۲ش.
- سیاح، احمد، *فرهنگ بزرگ جامع نوین ترجمه المنجد*، تهران، اسلام، ۱۳۷۱ش.

- شافعی، محمد بن ادريس، الرسالة، مصر، مكتبة الحلبي، ۱۹۴۰م.
- شريف مرتضى، على بن حسين، الذريعة الى اصول الشريعة، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۶ش.
- شوکانی، محمد بن علی، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول، قاهره، دارالسلام، ۱۴۱۸ق.
- طريحي، فخرالدين بن محمد، مجمع البحرين، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامي، ۱۴۰۸ق.
- طوسي، محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۴ق.
- عثيمين، محمد بن صالح، شرح الأصول من علم الأصول، رياض، دارابن الجوزي، ۱۴۲۶ق.
- غزالي، محمد بن محمد، المستصفي من علم الأصول، بيروت، دارالكتب العلمية، ۱۴۱۷ق.
- هـمو، شفاء الغليل في القياس والتعليل، بغداد، وزارت اوقاف، ۱۳۹۰ق.
- فخررازي، محمد بن عمر، المحصول في علم الأصول، بيروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۱۲ق.
- فيومي، احمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، قاهره، مطبعة محمد علي، ۱۳۴۷ق.
- كاتوزيان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران، شركت سهامی انتشار، ۱۳۸۶ش.
- كليني، محمد بن يعقوب، اصول كافي، ترجمه عباس به نژاد، تهران، آريه، ۱۳۹۳ش.
- گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، تهران، وزارت ارشاد اسلامي، ۱۳۶۵ش.
- گلدوزيان، ايرج، حقوق جزای اختصاصی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۰ش.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقي، بحار الأنوار، بيروت، مؤسسة الوفاء، ۱۴۰۳ق.
- محقق حلي، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، تهران، استقلال، ۱۴۰۳ق.
- مظاهري تهراني، مسعود، محشای قانون مجازات اسلامي؛ مصوب ۱۳۹۱/۲/۱ در پرتو آراء و نظرات؛ تحولات قانونی حقوق جزای عمومی ايران، تهران، خرسندی، ۱۳۹۲ش.
- مكارم شيرازي، ناصر، انوار الأصول، قم، مدرسه امام علي بن ابي طالب عليه السلام، ۱۴۲۸ق.
- نائینی، محمدحسين، فوائد الأصول، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۷ق.
- نوري، حسين بن محمدتقي، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بيروت، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، لاحياء التراث، ۱۴۰۸ق.
- يزدان شناس، محمدمهدی، «نمونه‌هایی از کاربرد قیاس در آثار فقهی شیخ طوسی»، مجله آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ش.
- يوسفی مقدم، محمدصادق، «ضرورت بازنگری در مبانی و روایات قیاس»، مجله فقه، شماره ۵۷، پاییز ۱۳۸۷ش.