

فقه و اصول



- نقدی بر «بازجستی در ادله عبادیت زکات و خمس» / دکتر جواد ایروانی
- سرقت اینترنتی: حدی یا تعزیری؟ / دکتر علی اکبر ایزدی فرد - علی پیردهی حاجیکلا
- درآمدی بر استناد به قرآن کریم در علم اصول / رضا حق پناه - حسن نقی‌زاده
- پژوهشی در چیستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل / دکتر محمدتقی فخلی
- بررسی مبانی فقهی واگذاری ثمن به نظر کارشناس (بیع با نظر کارشناس) / محمدمهدی مقدادی
- بررسی نسبت میان پوشش بانوان و استحکام خانواده در آموزه‌های دینی / سعید نظری توکلی
- تأملی در «تکرار جرم» در فقه امامیه و حقوق ایران / میرزا محمد واعظی - دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۸۴/۱ - بهار و تابستان ۱۳۸۹ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: دکتر حسین ناصری مقدم

مترجم چکیده ها به انگلیسی: احمد رضوانی

پروانه انتشار: ۱۲۴/۱۳۷۹۵

هیأت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین مهرپور

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

این نشریه بر اساس نامه مدیر کل امور پژوهشی وزارت علوم تحقیقات و فناوری در مردادماه ۱۳۸۸، واجد اعتبار علمی پژوهشی شناخته شد.

یادآوری

۱ - نظر به اینکه مطالب این نشریه بر روی اینترنت قابل دسترسی است، شایسته است مقاله‌ای که جهت درج در آن ارسال می‌شود به منظور تبدیل به فایل pdf بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و نسخه نرم افزاری آن ضمیمه باشد.

۲ - مقاله ارسالی نباید در جای دیگر چاپ شده باشد.

۳ - چکیده مقاله به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر هر یک تا ۱۰ سطر ضمیمه باشد.

۴ - این نشریه در ویرایش و احیاناً مختصر کردن مطالب آزاد است.

۵ - مقالات مندرج در این نشریه، بیانگر آرا و نظرهای نویسندگان آنها است.

۶ - زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در مواردی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقالات ارزنده عربی نیز قابل چاپ است.

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی‌شود.

نمونه خوان: اعظم صادقی نیا

حروفچین و صفحه‌آرا: ریحانه فدوه

چاپ و صحافی: مؤسسه چاپ و انتشار دانشگاه فردوسی مشهد

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

بهای این شماره: ۸۰۰۰ ریال

نشانی: مشهد، میدان آزادی، پردیس دانشگاه فردوسی، دانشکده الهیات شهید مطهری (ره)، کدپستی

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱۱ ۸۸۳۴۹۰۹، نمابر: ۰۵۱۱ ۸۸۳۴۹۰۹

نشانی اینترنتی: <http://jm.um.ac.ir/index.php/muslim>

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می‌شود.

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

با عنایت به طراحی سیستم مدیریت نرم‌افزاری مجلات علمی دانشگاه فردوسی و راه‌اندازی آن در پایگاه اینترنتی دانشگاه، با نهایت خرسندی به آگاهی می‌رساند که از این پس امکان ارسال مقالات به روش تحت وب نیز فراهم شده‌است. بنابراین کلیه محققان محترمی که درصدد ارسال مقالات خود به این نشریه هستند، می‌توانند از طریق آدرس درج شده در ذیل به این امر اقدام کنند. امیدواریم این به مثابه گام نخستی باشد برای مکانیزه کردن کلیه عملیات ارسال مقالات تا فرجام دآوری و اعلام نتایج و گامهای بعد به تدریج برداشته شود.

سردبیر

<http://jm.um.ac.ir/index.php/muslim>

راهنمای تدوین مقالات

حوزه فعالیت نشریه مطالعات اسلامی عبارت است از: ۱ - علوم قرآن و حدیث؛ ۲ - فقه و اصول؛ ۳ - فلسفه؛ ۴ - تاریخ و فرهنگ. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیشگفته باشد. هیأت تحریریه همواره از دریافت نتایج تحقیقات استادان، پژوهندگان و صاحب‌نظران استقبال می‌کند. پژوهشگرانی که مایلند مقاله‌هایشان در نشریه مطالعات اسلامی انتشار یابد، شایسته است به نکات مشروحه زیر توجه فرمایند:

۱ - هیأت تحریریه فقط مقاله‌هایی را بررسی خواهد کرد که قبلاً در جای دیگر چاپ نشده و همزمان برای نشریه‌ای دیگر نیز فرستاده نشده باشد. بدیهی است پس از تصویب، حق چاپ مقاله برای مجله محفوظ است.

۲ - زبان غالب نشریه فارسی است. ولی در مواردی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳ - حجم مقاله‌ها نباید از ۲۵ صفحه مجله بیشتر باشد.

۴ - چکیده مقاله (شامل اهداف، روشها و نتایج) به دو زبان فارسی، و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر ضمیمه باشد و کلیدواژه‌های مقاله (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.

۵ - رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی

است.

۶ - هیأت تحریریه در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.

۷ - شکل لاتینی نامهای خاص و واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر

شماره در پاورقی درج شود.

۸ - نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به

دو زبان فارسی و انگلیسی قید و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد. در مقالات مشترک، نام نویسنده مسئول قید شود.

۹ - ارجاع به منابع، حاوی حداقل اطلاعات وافی به مقصود، بلافاصله پس از نقل

مطلب یا اشاره به آن در درون متن و میان دو کمان () بیاید.

۹ - ۱ - منظور از حداقل اطلاعات، نام صاحب اثر و شماره جلد و صفحه منبع یا

کد متداول آن است. در صورت لزوم می‌توان اطلاعات دیگری از مأخذ بدان افزود.

۹ - ۲ - در مورد منابع لاتین لازم است نام صاحب اثر و سایر اطلاعات در داخل

دو کمان به فارسی بیاید و صورت لاتین آن در پایین همان صفحه درج شود.

۹ - ۳ - یادداشتهای توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری

به نظر رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشتهای چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، ذکر نام نویسنده و شماره جلد و صفحه کافی است و

مشخصات تفصیلی مأخذ باید در فهرست پایان مقاله بیاید.

۱۰ - ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام اشهر

نویسندگان در انتهای مقاله بیاید. عناصر کتابشناختی در مورد مقاله‌ها، کتابها و گزارشها

و سایر مراجع به شرح زیر است:

۱۰ - ۱ - مقاله‌ها: نام نویسنده، عنوان کامل مقاله (داخل گیومه)، نام مجله یا

مجموعه مقالات (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، جلد یا دوره، شماره، سال انتشار،

شماره صفحات آغاز و انجام مقاله.

- ۱۰ - ۲ - کتابها: نام نویسنده، عنوان کتاب (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، نام مترجم یا مصحح، نوبت چاپ، نام ناشر، محل انتشار، سال انتشار.
- ۱۰ - ۳ - گزارشها و سایر مراجع: اطلاعات کافی و کامل داده شود.
- ۱۱ - چون مطالب این نشریه بر روی شبکه اینترنت قابل دسترسی است، شایسته است مقاله به منظور تبدیل به فایل pdf بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و سه نسخه از مقاله با نسخه نرم افزاری آن ارسال گردد.
- ۱۲ - مقاله‌های رسیده بازگردانده نمی‌شود.

مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

- ۱- مقالات ارسالی به دو روش بسته پستی و الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی، دریافت می‌شود.
- ۲ - اعلام وصول پس از دریافت مقاله.
- ۳ - بررسی شکلی و صوری مقاله (در صورتی که موارد ذکر شده در «راهنمای تدوین مقالات» رعایت نشده باشد، مقاله به نویسنده برگشت داده می‌شود).
- ۴ - در صورتی که مقاله با معیارها و ضوابط نشریه مطابقت داشته باشد، برای داوران فرستاده می‌شود تا درباره ارزش علمی و شایستگی چاپ آن در نشریه قضاوت کنند.
- ۵ - نتایج داورها در جلسات هیأت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶ - نظر نهایی هیأت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.
- ۷ - پس از چاپ، ده نسخه از مقاله و یک نسخه از مجله به نویسندگان اهدا خواهد شد. چنانچه نویسندگان به نسخه‌های بیشتری نیاز داشته باشند، می‌توانند به شیوه‌ای که در «برگ درخواست اشتراک» توضیح داده شده است نسبت به خرید مجله اقدام کنند.

مشاوران علمی این شماره

۱. حجة الاسلام مجتبی الهی خراسانی (حوزه علمیه مشهد)
۲. دکتر علی اکبر ایزدی فرد (استاد دانشگاه مازندران)
۳. دکتر علی تولایی (استادیار دانشگاه یزد)
۴. دکتر محمدحسن حایری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۵. حجة الاسلام امیر رحمانی (مدرس و محقق حوزه علمیه قم)
۶. دکتر عباس زراعت (استاد دانشگاه کاشان)
۷. حجة الاسلام موسی صدر (محقق حوزه علمیه مشهد)
۸. آیه الله عباسعلی عمید زنجانی (استاد دانشگاه تهران)
۹. دکتر محمدتقی فخلعی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. احمد مبلغی (دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم)
۱۱. آیه الله محمد موسوی مجنوردی (استاد دانشگاه تربیت معلم تهران)
۱۲. دکتر حسین مهرپور (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۳. دکتر حسین ناصری مقدم (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۴. دکتر سیدرضا موسوی (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۵. حجة الاسلام و المسلمین حسن نقی زاده (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۶. دکتر محمدحسن وحدتی شبیری (استادیار دانشگاه قم)

فهرست مندرجات

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۹	نقدی بر «بازجستی در ادله عبادیت زکات و خمس» دکتر جواد ایروانی
۴۵	سرقت اینترنتی: حدی یا تعزیری؟ دکتر علی اکبر ایزدی فرد- علی پیردهی حاجیکلا
۶۹	درآمدی بر استناد به قرآن کریم در علم اصول رضا حق پناه- حجة الاسلام حسن نقی زاده
۹۷	پژوهشی در چیستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل دکتر محمدتقی فخلعی
۱۲۷	بررسی مبانی فقهی واگذاری ثمن به نظر کارشناس (بیع با نظر کارشناس) محمد مهدی مقدادی
۱۵۳	بررسی نسبت میان پوشش بانوان و استحکام خانواده در آموزه های دینی سعید نظری توکلی
۱۸۵	تأملی در «تکرار جرم» در فقه امامیه و حقوق ایران میرزا محمد واعظی- دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان
۲۱۰	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۴/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص ۴۴-۹

نقدی بر «بازجستی در ادله عبادیت زکات و خمس»*

دکتر جواد ایروانی

عضو هیأت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: Irvani_Javad@yahoo.com

چکیده

یکی از محققان، با مخدوش دانستن ادله فقیهان، عبادیت زکات و خمس را نفی کرده تا از این ره گذر، یکی از مهمترین موانع اجرایی کردن این دو را از سر راه بردارند. هر چند به نظر می رسد پاره‌ای از مستندات فقیهان در اثبات عبادیت زکات و خمس، ناستوار است، لیک دلایلی دیگر - به ویژه از آیات و روایات- وجود دارد که عبادیت آنها را به اثبات می‌رساند. در این نوشتار، پس از بیان دو مقدمه، ادله و مویدات مثبت این مدعا ارائه و مورد تحلیل قرار گرفته و به اشکالات و پرسش‌ها در این باره پاسخ داده شده و سپس، نقدهای دیگری بر پژوهش پیش گفته مطرح گردیده است.

کلید واژه‌ها: زکات، خمس، عبادات، اقتصاد اسلامی.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۰۷/۱۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۸/۰۵/۰۸.

در آمد

فقیهان شیعه و اهل سنت، به طور عموم، زکات و خمس را عبادت به معنای اخص دانسته و بر اشتراط نیت در صحت آنها، تصریح نموده‌اند. با این حال، برخی، این پرسش را مطرح نموده‌اند که آیا زکات، «عبادت» است مانند نماز و روزه، یا صرفاً «حقی واجب برای فقرا»؟ (ابن رشد ۱۹۶/۱) همچنین، یکی از محققان، با ارائه پژوهشی که در شماره ۷۹ مطالعات اسلامی به چاپ رسیده، ضمن نقد ادله فقیهان در این باره، مشروط نبودن زکات و خمس به قصد قربت را نتیجه گرفته و تلاش نموده است تا از این راه، موانع کاربردی ساختن و اجرایی کردن آنها را از سر راه بردارد.

لیک درنگی در مطالب ارائه شده و نیز آموزه‌های قرآنی و حدیثی مرتبط، نشان می‌دهد هر چند پاره‌ای از ادله ارائه شده از سوی فقیهان برای اثبات عبادیت زکات و خمس، مخدوش است، لیک دلایل استوار دیگری وجود دارد که این مطلب را به طور کامل، به اثبات می‌رساند. ضمن آن که نفی عبادیت این دو پرداخت مالی، نه تنها هیچ گونه تأثیری در رفع موانع کاربردی و اجرایی کردن آنها ندارد، که به واقع، سلب یک امتیاز از این دو عنصر عبادی - اقتصادی نیز به شمار می‌رود. آنچه در پی می‌آید، ارائه ادله یاد شده و نقدگونه ای بر برخی مطالب مقاله مذکور است که پیش تر نیازمند یادکرد دو مقدمه است:

مقدمه اول: ماهیت نیت

نیت در لغت و عرف فقیهان، دارای یک مفهوم و کاربرد، و همان «اراده‌ای» است که در وقوع فعل تأثیر دارد، چنان که گاه به «قصد» و «عزم» نیز معنا شده است. (فراهیدی ۳۹۴/۸، ابن منظور ۳۴۸/۱۵، علامه حلی، *تذکرة الفقهاء* ۳۲۸/۵، نجفی، ۷۵/۲، انصاری، *الطهارة* ۱۵/۲) لیک از آنجا که نیت در عبادات، قصدی ویژه با قیودی خاص است، مباحث دراز دامنی از سوی فقیهان در این باره مطرح شده که بیشتر، در کتاب

طهارت و در بحث نیت وضو جای گرفته است (برای نمونه: نجفی ۷۵/۲-۱۰۲، انصاری ۲۷-۱۱/۲). با این حال، به اختصار می‌توان گفت: آنچه را فقیهان، مقوم عبادیت در عبادات می‌دانند، ترکیبی از دو عنصر قصد و اخلاص است. برای مثال، هنگامی که فرد مشغول خواندن نماز می‌شود، نسبت به نیت وی، سوال اول این است که آیا این حرکات، نماز است یا ورزش یا اصولاً حرکاتی نه از روی جدّ که به شوخی و هزل. نیک روشن است که او باید «قصد انجام نماز» را داشته باشد و این در واقع رکن اول نیت است. پرسش دوم آن است که هدف از انجام این عمل چیست؟ در تقسیمی کلی، هدف فرد یکی از این دو مورد خواهد بود: یا هدفی که به گونه‌ای، به منافع دنیوی باز می‌گردد، خواه رسیدن به پول و ثروت و یا حسن شهرت و برانگیختن تحسین دیگران، که از آن تعبیر به ریا می‌شود، و یا اهدافی اخروی و معنوی که می‌تواند تقرب به خدا، امتثال فرمان الهی، به دست آوردن پاداش‌های بهشتی، رهایی از دوزخ و مانند آن باشد. در عبادات، هرگاه هدف نخست (به همه انواع آن) وجود داشته باشد، مبطل آن می‌باشد و اگر هدف دوم (به هریک از ابعاد آن) موجود باشد، عمل صحیح خواهد بود. به همین جهت، ابعاد قصد قربت نیز متعدد می‌باشد (ر.ک: حر عاملی ۴۵/۱، یزدی ۴۶۸/۱) و این رکن دوم نیت است.

نیک روشن است که توصیلات (مانند تطهیر لباس)، نقطه مقابل عبادات‌اند، بدین معنا که انجام آن‌ها بدون قصد و نیز با دارا بودن اهدافی مادی نیز به صحت می‌پیوندد و مبرئ ذمه خواهد بود. در عقد معاملات (همچون بیع و نکاح) - اما - تنها رکن اول یعنی قصد لازم است و رکن دوم یعنی داشتن انگیزه ای الهی در صحت آن‌ها شرط نیست.

بنابراین آنچه در نیت عبادات اهمیت می‌یابد، همان قصد قربت و پرهیز از انگیزه‌های غیر الهی همچون ریاکاری و خود نمایی در عمل (به گونه انگیزه مستقل یا ضمیمه) و جلب منافع مادی (ر.ک: بقره/۲۶۴، کهف/۱۱۰، ماعون/۴-۶ برقی ۲۵۲/۱،

کلینی ۲/۲۹۵، حر عاملی ۱/۵۰-۵۳، نجفی ۲/۹۸ است. از این روی در نیت عبادات، بر زبان جاری کردن الفاظی خاص یا حتی خطور ذهنی آنها (عاملی، سید محمد ۲/۲۸۴، یزدی ۱/۱۶۹) و نیز قیود دشوار مطرح شده از سوی برخی متکلمان و فقیهان معتبر نیست، و اگر مراد از نفی عبادیت و نیت در زکات و خمس، نفی این گونه قیود باشد، صحیح به نظر می رسد و البته اختصاص به این دو نیز ندارد.

مقدمه دوم: مفهوم شناسی واژه‌های زکات، صدقه و انفاق

واژه های زکات و صدقه در قرآن، روایات و فقه، کاربردها و اصطلاحات متفاوتی با هم و با مفهوم لغوی آنها دارند که خلط آنها با یکدیگر، برداشت های نادرستی را از آیات و روایات موجب می گردد. از این روی، به اختصار، اصطلاح قرآنی و حدیثی زکات و صدقه و نیز انفاق را، از آن جا که در تحلیل ادله محل بحث نقش دارند، بر می نمایم.

زکات: این واژه، بر خلاف اصطلاح فقهی آن که ویژه واجب مالی متعلق به اموالی خاص و با حد نصاب و شروطی خاص است (ر.ک: شهید اول، *الدروس* ۱/۲۲۷، ابن فهد حلی ۱/۴۹۹؛ نجفی ۳/۱۵) در قرآن کریم به معنی «هر واجب مالی ابتدایی» است، خواه در قالب زکات مصطلح فقهی یا خمس، و خواه با تعیین حد نصاب یا بدون آن. (صادقی ۱۳/۱۳۸ و ۱۴۹، مکارم شیرازی ۹/۸، حکیمی ۶/۲۲۷). چه از یکسو قرآن زکات را از آغازین سوره های مکی (مزمّل ۲۰) تا فرجامین سوره های مدنی (توبه ۵، مائده ۱۲) به کار برده و آن را نه ویژه امت اسلام، که تشریحی عام در تمامی شرایع می - داند (انبیاء ۷۳، مریم ۳۱/۵۵) و از سوی دیگر زکات مصطلح فقهی در مدینه تشریح شده (کلینی ۳/۴۹۷، طبرسی ۵/۱۱۵-۱۱۷) و در دوران حضور پیامبر (ص) در مکه و حتی سال های نخستین ورود به مدینه، اصولاً وجود نداشته است. نیز گواه دیگر آن است که به همسران پیامبر (ص) نیز دستور می دهد در کنار اقامه نماز، زکات بپردازند

(احزاب/۳۳) در حالی که هیچ یک از همسران پیامبر(ص) در آن زمان، از اموال زکوی به مقدار حد نصاب تعلق زکات بهره‌مند نبوده‌اند.

این واژه در روایات نبوی نیز بسان قرآن، مفهومی گسترده دارد(حر عاملی/۳۳/۶، عسکری/۹۷/۲) لیک در روایات امام باقر(ع) و امام صادق(ع) کاربرد آن در مفهوم «زکات مصطلح فقهی» غلبه داشته است(حر عاملی/۳/۶ و ۳۳-۳۹).

صدقه: بررسی موارد کاربرد آن در قرآن نشان می‌دهد که این واژه، هرگونه کمک مالی به نیازمندان -در قالب انفاق‌های واجب یا مستحب - و از جمله زکات مصطلح را شامل می‌شود. برای نمونه، مراد از صدقه در دو آیه «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً» (توبه/۱۰۳) و «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَ...» (توبه/۶۰) به تصریح روایات (کلینی/۴۹۷/۳)، مفسران (طبرسی ۵-۶/۱۰۲ و ۱۰۳، طباطبایی/۳۹۰/۹) و فقیهان (مفید/۲۵۳، انصاری، الزکاة/۳۵۰) زکات مصطلح فقهی است. برخی از مفسران به درستی گفته‌اند: صدقه در قرآن، اعم از واجب و مستحب است، ولی زکات، مخصوص واجب (طبرسی/۲-۶۶۱-۶۶۲، فخر رازی/۳-۶۱، طباطبایی/۲-۳۹۷، سائیس/۳-۵۴/۴). براین اساس، «صدقه» به صورت حقیقت شرعیه در معنی «انفاق مستحب» نبوده است.

در احادیث نبوی(ص)، کاربرد واژه «صدقه» در «زکات مصطلح فقهی»، بسی فزونی داشته است(کلینی/۳-۴۹۷ و ۵۸/۴). با این حال در «مطلق انفاق مالی، اعم از واجب و مستحب»(حر عاملی/۱۳-۲۹۲-۲۹۳) و نیز با قرینه در مورد «وقف» نیز به کار رفته است(ابن ابی جمهور/۲-۵۳، مجلسی/۲-۲۳، ابن حنبل/۲-۲۷۲، نسائی/۶-۲۵۱) چنان که در زمان حضرت امیر(ع) استعمال آن در «وقف» فزونی داشت.(کلینی/۵/۷) در زمان امام باقر(ع) و امام صادق(ع) - اما - کاربرد «صدقه» در دو معنا بسیار رایج بوده است؛ نخست: وقف، دوم: کمک مالی به محرومین (اعم از واجب و مستحب) (کلینی/۷-۳۹ و ۵۶، ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه/۴-۲۹۴، مفید/۶۵۲، طوسی، النهایة/۵۹۶، ابن ادریس، ۱۵۲/۳، بحرانی/۲۲-۱۵۴-۱۵۵ و ۲۶۷). بر این اساس، واژه صدقه در روایات، نه

به گونه تعیینی و نه تعینی، برای مفهوم ویژه‌ای وضع نشده است و در موارد: زکات مال (کلینی ۵۸/۴، ابن بابویه، *من لا یحضره الفقیه* ۳۸/۲)، زکات فطره (حر عاملی ۲۳۳/۶)، انفاق مستحب (همان ۲۵۹)، کفاره (همان ۲۸۳/۹) و فدیة (طوسی، *الاستبصار* ۱۱۲/۲-۱۱۳) به کار رفته است. ولی شامل «خمس» نمی‌شود (حر عاملی ۱۸۷/۶).

انفاق: در قرآن کریم، واژه «انفاق» و مشتقات آن به معنای هر گونه خرج کردن و هزینه نمودن است، خواه در راه خدا (بقره/۲۶۱) یا شیطان (انفال/۳۶) و یا هزینه‌های زندگی (نساء/۳۴). نکته قابل توجه آن است که آیاتی که به انفاق در راه خدا فرمان داده‌اند، معنای گسترده‌ای را مراد کرده‌اند که شامل واجبات مالی و از جمله زکات مصطلح نیز می‌شوند (طوسی، *التبیان* ۲۱۰/۵، طبرسی ۶۵۶/۲ و ۴۴۵/۱۰، فاضل مقداد ۲۳۱/۱ و ۲۲۳، بحرانی ۳۸۹، طبری ۱۵۲/۱۰، جصاص ۱۳۷/۳، فخررازی ۳۵/۶ و ۵۵۰/۱۰، قرطبی ۱۳۰/۱۸، زحیلی ۲۳۱/۲۸).

ادله عبادیت زکات و خمس

براساس آنچه گذشت، مقوم عبادیت عمل، لزوم قصد قربت در انجام آن است. بررسی آیات و روایات نشان می‌دهد که این قید، در زکات، خمس و صدقه شرط صحت است، گو این که فقیهان به طور عموم، در بحث زکات و خمس به غالب این ادله اشاره‌ای نکرده‌اند. مستندات این بحث را در قالب ادله و مؤیدات ارائه می‌کنیم:

أ) آیات

۱. «یا اَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا لَا تُبْطِلُوا صَدَقَاتِكُمْ بِالْمَنِّ وَالْأَذَى کَالَّذِی يُنْفِقُ مَالَهُ رِئَاءَ النَّاسِ ... فَمَثَلُهُ کَمَثَلِ صَفْوَانٍ عَلَیْهِ تُرَابٌ فَأَصَابَهُ وَابِلٌ فَتَرَکَهُ صَلْدًا لَا یَقْدِرُونَ عَلَی شَیْءٍ مِّمَّا کَسَبُوا وَ اللَّهُ لَا یَهْدِی الْقَوْمَ الْکَافِرِینَ، وَ مَثَلُ الَّذِینَ یُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ اِتِّغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ وَ تَنْبِیْتًا مِنْ أَنْفُسِهِمْ کَمَثَلِ جَنَّةٍ بِرَبْوَةٍ أَصَابَهَا وَابِلٌ فَآتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَینَ...» (بقره/۲۶۴-۲۶۵) در مورد این دو آیه، چند نکته قابل توجه است: نخست آن که در آیه اول، از باطل کردن صدقات با منت و آزار، نهی فرموده و آن گاه آن را به انفاقات ریا کارانه تشبیه نموده

است. عبارت «کالذی ینفق ماله» در محل نصب به مصدر (مفعول مطلق) است یعنی «لاتبتلوا ابطالا مثل ابطال الذی» و یا در موضع حال (طبرسی ۱۸۴/۲) که از نظر معنا تفاوتی را ایجاد نمی‌کند. (قرطبی ۳/ ۳۱۲، اردبیلی ۲۰۳) نیک روشن است که مبطل بودن ریا، به معنای بی اثر کردن عمل (فاضل جواد ۶۳/۲، فاضل مقداد ۴۷/۱) و در نتیجه عدم صحت (طباطبایی ۳۹۱/۲) و اجزاء آن است، چنان که محتوای ادامه آیه نیز آن را تأیید می‌کند: تمثیل به قطعه سنگی با لایه‌ای نازک از خاک که بارانی درشت بر آن بیارد و بذرها را پراکنده سازد که طبعا هیچ اثر مطلوبی بر جای نمی‌نهد. همچنین عبارت «لا یقدرون علی شیء مما کسبوا» که به عموم خود، هرگونه اثر احتمالی مثبت را منتفی می‌داند و نیز «والله لایهدی القوم الکافرین» که گویی انفاق ریاکارانه را بسان اعمال کافران، بی ارزش و بی اثر می‌داند (ر.ک: ابراهیم ۱۸/۱). براین اساس، حمل عدم ریا بر شرط کمال، مخالف ظاهر بلکه صریح آیه است.

نکته دوم آن است که موضوع آیه، با دو عبارت «صدقاتکم» و «ینفق ماله» بیان گردیده و پیشتر گفته‌ایم که واژه صدقه در قرآن، کاربردی عام داشته شامل زکات مصطلح نیز می‌شود، به ویژه آن‌که در این جا، به صورت جمع مضاف آمده که خود مفید عموم است. چنان که همین تعمیم، از انفاق در «ینفق» و «ماله» نیز قابل برداشت است. از این روی، آیه شریفه مطلق پرداخت‌های مالی مورد نظر قرآن را مطرح فرموده؛ خواه در قالب زکات مصطلح یا خمس و یا انفاقات مستحب.

نکته سوم آن است که آیه دوم، نقطه مقابل انفاقات ریاکارانه را با عبارت «ابتغاء مرضات الله» بیان فرموده و اثر بخشی پرداخت‌های مالی را در گرو پی جویی خشنودی خداوند دانسته است و تمثیل ذیل آیه نیز این مطلب را تأیید می‌کند. بر این اساس این دو آیه به صراحت قید دوم پیش گفته در نیت عبادات را بیان می‌دارد و وجود انگیزه‌ها و اهداف غیرالهی راه مبطل صدقات و انفاقات می‌شمارد (طبرسی ۱۸۵/۲؛ طباطبایی ۳۹۱/۲).

با این حال، ممکن است اشکالی بر استدلال به آیه مطرح گردد و آن این که آیه شریفه صرفاً ریاکاری را مبطل انفاق می‌داند و دلالتی بر اشتراط قصد قربت ندارد؛ چرا که قصد قربت، امری وجودی است و عدم ریا، لازم غیر مفارق آن می‌باشد و اصولاً صرف عدم ریا، محقق قصد قربت نیست، مانند امساک بدون قصد که محقق صوم نمی‌باشد.

پاسخ این اشکال روشن است چه از یکسو پیشتر گفته‌ایم که مقوم عبادیت عمل، رکن دوم یعنی داشتن انگیزه الهی از آن است و رکن اول (قصد فعل) مفروغ عنه می‌باشد چرا که در غیر عبادات نیز به طور معمول قصد انجام عمل وجود دارد و در معاملات نیز شرط صحت است. پس قیاس به امساک بدون قصد، خروج از محل بحث می‌باشد.

از سوی دیگر، ریاکاری، مصداق بارز انگیزه غیر الهی است و حتی اگر آن را لازم غیر مفارق قصد قربت بدانیم، بدین معنا است که قصد قربت لازم است؛ چرا که مفهوم «لازم غیر مفارق» جدا ناپذیری این دو از یکدیگر است و از لازم، پی به وجود ملزوم می‌بریم. به ویژه با توجه به آیه دوم که طلب خشنودی خداوند را در مقابل انفاقات ریا کارانه مطرح فرموده است و اصولاً نفس مبطل بودن ریا برای یک عمل، بهترین دلیل بر عبادیت آن است؛ چرا که در توصلیات و معاملات، ریا و هرگونه انگیزه ای دیگر، موجب بطلان عمل نمی‌گردد. چنان که در مورد نماز نیز قرآن از ریا نهی فرموده (ماعون/۵-۶) که لازمه آن، اشتراط یا جزئیت قصد قربت است. بدین سان ماهیت نیت و قصد قربت در نماز، زکات و خمس، مشترک است و ادله عبادیت آن‌ها نیز، بسان هم. و این گونه است که جمعی از مفسران فقیه، این دو آیه به ویژه آیه نخست را دلیل وجوب قصد قربت در انفاقات مالی از جمله زکات دانسته‌اند (جصاص ۵۵۳/۱؛ قرطبی ۳۱۳/۳؛ اردبیلی، *زبدة البیان*، ص ۲۰۳؛ فاضل مقداد ۱/۲۴۷).

۲. «وَمَا تُنْفِقُونَ إِلَّا ابْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ» (بقره/۲۷۲) این عبارت، جمله ای خبریه در

مقام انشا و نفی به معنای نهی است (طبرسی، ۱۹۹/۲؛ اردبیلی؛ *زبدۃ‌البیان*، ۱۹۳؛ فاضل مقداد، ۲۴۱/۱؛ زرکشی ۳/۳۴۷؛ محلی و سیوطی ۶۰، زحیلی ۳/۷۲) چه خبریه دانستن آن، با وجود انفاقات فراوانی که بدون انگیزه‌های الهی صورت می‌پذیرد، صادق بودن آن را مخدوش می‌سازد. ضمن آن که بیان انشا در قالب اخبار، تأکیدی فزون‌تر و اهمی‌تر را بیشتر را می‌رساند (آخوند خراسانی ۱/۳۵۰؛ استرابادی ۱/۳۶۷). تو گویی اصل وقوع آن را مفروغ عنه می‌داند. این ساختار، در قرآن کریم، نمونه‌هایی دیگر نیز دارد (ر.ک: بقره/۲۲۸، ۱۹۷، ۸۳، ۸۴، ۲۳۳ واقعه/۷۹، صف/۱۱).

نیک روشن است که عمومیت واژه انفاق در قرآن - آن سان که پیشتر اشارت رفت - و تعمیم مستفاد از حذف متعلق در آیه، در کنار سیاق حصر بعد از نفی، چنان گستره‌ای دارد که زکات و خمس را نیز شامل می‌شود و در نتیجه، عبادیت آن‌ها را اثبات می‌کند (ر.ک: فاضل جواد، ۲/۴۸).

۳- «إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ مُخْتَلًا فُخُورًا، الَّذِينَ يَبْخُلُونَ... وَ أَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا مُهِينًا، وَ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ رِئَاءَ النَّاسِ...» (نساء/۳۶، ۳۷ و ۳۸) این آیات، از انفاق-های ریاکارانه سخت انتقاد فرموده و آن را ویژگی کافران بر شمرده است. همچنین، بین کسی که از روی ریا انفاق می‌کند با کسی که به کلی انفاق نمی‌کند، در نکوهش و وعید، جمع فرموده است (طبرسی، ۳/۸۶؛ صافی، ۱/۴۵۱). این خود اشارتی بدین نکته دارد که انفاق با انگیزه‌های غیر الهی همچون ریا، هیچ ارزشی نداشته و از دیدگاه قرآن، با انفاق نکردن برابری دارد. ضمن آن‌که لازمه انتقاد از ریا و وعید بر آن، اشتراط انگیزه-های الهی در انجام این عمل است.

۴- «وَمِنَ الْأَعْرَابِ مَنْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَ يَتَّخِذُ مَا يُنْفِقُ قُرْبَاتٍ عِنْدَ اللَّهِ وَ صَلَوَاتِ الرَّسُولِ أَلَا إِنَّهَا قُرْبَةٌ لَهُمْ سَيُدْخِلُهُمُ اللَّهُ فِي رَحْمَتِهِ» (توبه/۹۹) واژه قربات جمع قربه به معنی «ما يتقرب به الى الله تعالى» است (قرطبی، ۸/۲۳۵) که بی تردید انگیزه عمل را نیز در بردارد. این آیه، دست کم تأییدی بر مدعا است؛ چه مطلوبیت انفاق در

راه خدا، در گرو آن است که موجب تقرب به حق گردد و نیک روشن است که انگیزه-های ریا کارانه و غیر الهی، چنین اثری ندارد. از نظر موضوع نیز - با توجه به وحدت تعابیر با آیه مخصوص زکات (توبه/۱۰۳) - ناظر به زکات مصطلح می‌باشد (طباطبایی، ۳۸۳/۹-۳۸۵).

۵- «وَمَا مَنَعَهُمْ أَنْ تُقْبَلَ مِنْهُمْ نَفَقَاتُهُمْ إِلَّا أَنَّهُمْ ... لَا يُنْفِقُونَ إِلَّا وَهُمْ كَارِهُونَ» (توبه/۵۴) هرچند در مباحث فقهی گاه بین صحت و قبولی عمل، تفاوت می‌گذارند و قبولی را درجه کمال می‌دانند (ر.ک: نجفی/۲/۹۹)، لیک در کاربرد قرآنی چنین تفاوتی اثبات شدنی نیست. چه این واژه در مورد شرایط و عناصری به کار رفته که وجود آنها برای اصل صحت عمل و پاداش داشتن آن لازم است و بدون آن، عمل فاقد ارزش خواهد بود؛ چنان که راغب اصفهانی (ص ۶۵۳) در تبیین مفهوم قبولی عمل می‌گوید: «قبول الشيء علی وجه یقتضی ثواباً». برای نمونه، قرآن کفر را نیز مانع قبولی عمل دانسته است (توبه ۵۴) نیک روشن است که عدم قبولی از کافر، صرفاً نفی کمال نیست بلکه نفی صحت مراد می‌شود؛ چنان که در آیاتی دیگر، تصریح شده است. (ر.ک: محمد ۱ و ۸؛ ابراهیم ۱۸، بقره ۲۱۷) همچنین، قبول نشدن قربانی قابیل (مائده ۲۷) بر نفی کمال آن، قابل حمل نیست. (نیز ر.ک: آل عمران ۸۵ و ۹۰) در خصوص آیه مورد بحث نیز قرینه و دلیلی برای عدول از این معنا وجود ندارد. براین اساس این آیه، مانع از قبولی انفاقات منافقان را منحصر در چند چیز نموده است که یکی از آنها، انفاق توأم با کراهت است (استرآبادی، ۳۲۷/۱) یعنی انفاق فاقد انگیزه الهی.

۶- «وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبٍّ لِيُرْبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يُرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ وَ مَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ» (روم ۳۹) این آیه، بین دو گونه هزینه کردن مال، مقایسه فرموده: نخست مالی که به هدف کسب منافع دنیوی و افزایش آن، به مردم پرداخت شود خواه آن را «ربای حلال» یعنی دادن هدیه به منظور جلب منفعت بیشتر بدانیم، چنان که در روایات آمده (کلینی ۱۴۵/۵) و یا ربای حرام (فاضل جواد ۳۱/۲)، و

دوم: زکاتی که در راه خدا و با انگیزه الهی پرداخت می‌گردد. و آن گاه، پاداش‌های الهی را «منحصر» به مورد دوم دانسته که عملی مخلصانه و به طلب «وجه الله» صورت می‌پذیرد. ظاهر آیه آن است که قید «تریدون وجه الله» قید همیشگی زکات است و بدون آن، اصولاً زکات قرآنی مصداق نمی‌یابد؛ چه از یکسو بی تردید پرداخت زکات، ملازم با پاداش الهی است و از سوی دیگر، به تصریح این آیه، پاداش‌ها در گرو قصد وجه الله می‌باشد و تفکیک بین اجزاء زکات با پاداش داشتن آن، خلاف ظاهر بوده هیچ گونه قرینه و شاهی ندارد.

پیشتر گفته‌ایم که زکات قرآنی، مفهومی عام دارد که شامل زکات مصطلح، خمس و غیر آن نیز می‌گردد؛ چنان که «وجه الله» نیز هرگونه انگیزه معنوی و اخروی را - اعم از رضای خدا، پاداش او یا نجات از کیفر - شامل می‌گردد (مکارم شیرازی و دیگران، ۱۶/۴۴۳) و در مقابل انگیزه‌های دنیاگرایانه قرار دارد. و این گونه است که برخی از فقیهان مفسر، این آیه را دلیل بر وجوب قصد قربت و اخلاص در زکات و انفاق دانسته‌اند (قطب راوندی، ۱/۲۲؛ جصاص ۱/۵۵۳؛ اردبیلی، *زبدة‌اللبیان* ۱۸۷، صادقی تهرانی، ۲۳/۱۹۰-۱۹۱؛ فاضل مقداد، ۱/۲۳۳؛ استرآبادی، ۱/۳۴۸).

۷- تمامی آیاتی که انفاقات مالی را مقید به «فی سبیل الله» کرده‌اند مانند: «وَ أَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ» (بقره ۱۹۵) «بُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ» (بقره ۲۶۱ و ۲۶۲) «جَاهِدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ» (انفال/ ۷۲؛ حجرات/ ۱۵؛ نیزر.ک: توبه/ ۲۰ و ۴۱ و ۸۲؛ صف/ ۱۱) «الْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ» (نساء/ ۹۵) «وَ مَا لَكُمْ أَلَّا تُنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ» (حدید/ ۱۰) «وَ مَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ» (انفال/ ۶۰، نیزر.ک: توبه ۳۴) «تُدْعُونَ لِتُنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ» (محمد ۳۸) «وَ لَا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَ السَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولَى الْقُرْبَى وَ الْمَسَاكِينَ وَ الْمُهَاجِرِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ» (نور/ ۲۲) این گونه آیات، از یکسو بیانگر جهت و مصرف انفاق مورد نظر قرآن، و از دیگر سوی، بیانگر نیت و انگیزه آن است. شاهد این مدعا، آیه اخیر است که پس از بیان مصارف انفاق، قید فی سبیل الله

نیز مطرح شده است. بنابراین، آیات یادشده، صرفاً در مقام بیان مصارف نیستند. براین اساس، این آیات پرشمار، با تاکید بر این قید و تکرار آن، صرفاً انفاقی را مطلوب می-شمرند که به انگیزه الهی پرداخت گردد (ر.ک. اردبیلی، زبدة البیان ۲۰۱). گستره «انفاق» در قرآن نیز - آن سان که پیشتر گذشت - زکات فقهی و غیر آن را نیز شامل می شود. ۸- آیاتی که پرداخت‌های مالی را مقید به «علی حبه» کرده‌اند: «وَ آتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ...» (بقره ۱۷۷) «و يُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ...» (انسان ۸) نیز می‌توانند «مؤید» این دیدگاه باشند؛ چه ضمیر در «حبه» بنابر یک دیدگاه تفسیری، به «خداوند» برگردد و در نتیجه، نیت مخلصانه را مراد کرده‌اند (فاضل جواد، ۷/۲؛ فاضل مقداد، ۲۲۰/۱).

از مجموع آیاتی که یاد کردیم، عبادیت زکات و خمس و خارج ساختن آن‌ها از جرگه توصلیات و معاملات به روشنی قابل اثبات است هرچند ممکن است برخی از آن‌ها به تنهایی، وافی به مقصود نباشند. ظهور یا صراحت بیشتر آن‌ها در حدی است که هیچ گونه توجیه و تأویلی را بر نمی‌تابد و هیچ دلیلی نیز بر عدول از ظواهر و توجیه نصوص یادشده وجود ندارد.

ب) روایات

۱- - «علی بن ابراهیم، عن ابیه، عن ابن ابی عمیر، عن حماد بن عثمان، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا صدقة و لا عتق إلا ما ارید به وجه الله عز وجل» (کلینی ۳۰/۷) این روایت از نظر سندی، صحیح است.^۱ تقریب استدلال به آن چنین است که واژه «صدقه» در روایات، آن گونه که پیشتر گذشت، بسان جنس، تمامی انفاقات مالی را شامل می‌شود و به ویژه کاربرد آن در مورد زکات مصطلح، نمودی برجسته دارد. از این روی، فقیهان نیز در تعریف زکات مصطلح، «صدقه» را به عنوان

۱. افراد سلسله سند حدیث: علی بن ابراهیم، ابراهیم بن هاشم، ابن ابی عمیر و حماد بن عثمان. بنابر تحقیق، همگی ثقه و جلیل القدر هستند (ر.ک. به ترتیب: نجاشی ۲۶۰/۱؛ همان ۱۶ خویی ۳۱۷/۱-۳۱۸؛ نجاشی ۳۲۶؛ طوسی، *الفهرست* ۱۱۵) یاد کردنی است گرچه بسیاری از رجالیان، بر «عدالت» ابراهیم بن هاشم تصریح نکرده‌اند و در نتیجه، روایت را از ناحیه او، «حسنة» می‌دانند، لیک برخی از محققان، بر وثاقت او تاکید نموده‌اند. آیه الله خویی در باره وی می‌گوید: «لا ینبغی الشک فی وثاقت ابراهیم بن هاشم» (خویی ۳۱۷/۱).

جنس می آورند (ر.ک: شهید اول، *الدروس* ۱/۲۲۷، ابن فهد حلّی ۱/۴۹۹؛ نجفی ۳/۱۵) ساختار نکره در سیاق نفی نیز، عمومیت آن را تاکید می کند. صریح این روایت انحصار صدقه مطلوب شارع، در موردی است که مقصود و هدف از آن، «وجه الله» باشد. چه، «لا» در «لا صدقه» برای نفی جنس است و از آنجا که در این گونه ساختارها- بنا بر وضع الفاظ برای اعم- نفی جنس و ماهیت به صورت حقیقی اراده نشده است (مظفر/۲۰۹). اقرب مجازات یا نزدیکترین معنا به معنای حقیقی مراد می شود که چیزی جز نفی صحت نیست (ابن شهید ثانی ۱۵۵). چنان که در خصوص این روایت نیز به این نکته تصریح شده است (آل عصفور ۱/۲۰۷، سید علی طباطبایی ۱۷/۲). به تقریب دیگری که از سوی برخی اصولیان ارائه شده، خبر محذوف لا در این گونه جملات، واژه «موجود» و مانند آن است و آنجا که تقدیر این گونه واژه‌ها، متعذر باشد- مانند محل بحث- مناسبت حکم و موضوع غالباً لفظ مقدر را مشخص می سازد (مظفر/۲۱۰) و در ساختار مورد بحث، واژه «صحیح» مناسبت دارد که به مفهوم «موجوده» نزدیکتر و با سایر ادله قرآنی و روایی بحث نیز هماهنگ است. از این روی، برخی از فقیهان، این روایت و مانند آن را، دلیل وجوب اشتراط قربت در مطلق صدقه دانسته‌اند (بحرانی، ۱۵۵/۲۲).

اکنون دو اشکال در مورد دلالت این حدیث به نظر می رسد که بایستی پاسخ

داده شوند:

اشکال نخست: ممکن است گفته شود در روایت، کلمه «کامله» در تقدیر گیریم تا مفاد آن، متوقف بودن کمال صدقه بر قصد قربت باشد و در نتیجه، اشتراط آن در صحت صدقه، ثابت نگردد.

پاسخ: تردیدی نیست که نفی صحت- پس از تعذر نفی ماهیت - اولی از نفی کمال است، چرا که بنا بر اولین تقریر پیش گفته، نفی صحت اقرب المجازات است و بنا بر تقریب دوم نیز تقدیر واژه صحت نزدیکتر به نفی حقیقت است تا واژه کمال و

مانند آن؛ چه، نفی صحت در واقع نفی ماهیت مورد نظر شارع است. بررسی موارد مشابه، به روشنی نشان می‌دهد که در این گونه ساختارها - آنجا که در حوزه تشریح و تبیین احکام است - همیشه نفی صحت مراد است مگر آنکه قرینه‌ای روشن و دلیلی قاطع بر تقدیر گرفتن کلمه کامله وجود داشته باشد. برای نمونه، در مورد روایت «لاصلاة لجار المسجد الا فی مسجده» (حر عاملی ۴/۷۸)، دلیل معتبری وجود دارد که باعث می‌گردد بر نفی کمال حمل شود و آن، وجود انبوه روایاتی است که نمازگزاردن در سایر مکان‌ها را تجویز کرده‌اند (برای نمونه ر.ک: حر عاملی، ۳/۷۳۲-۷۳۳) ولی در روایاتی که نماز بدون قرائت فاتحه را نفی می‌کنند، مانند: «لاصلاة الا ان یقرأ بها» (حر عاملی ۴/۷۳۲)، حمل بر نفی صحت شده، چرا که هیچ گونه قرینه‌ای بر خلاف آن وجود ندارد.

در مورد روایت مورد بحث نیز نه تنها هیچ گونه دلیل و قرینه‌ای مبنی بر حمل آن بر نفی کمال وجود ندارد، که شواهد و ادله - شامل آیات، روایات و اجماع که خواهد آمد - همگی مؤید نفی صحت‌اند.

اشکال دوم: در متن روایت، افزون بر صدقه، تعبیر عتق نیز آمده است، و از آن جا که در عتق، به طور قطع قصد قربت شرط نیست، می‌توان آن را مؤید این نکته دانست که کلمه «کامله» در تقدیر است.

پاسخ: این اشکال خود مصادره به مطلوب است؛ چه، شرط قصد قربت در صحت عتق، افزون بر آن که در روایاتی معتبر و متعدد آمده است (کلینی، ۶/۱۷۸؛ ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۳/۱۱۵؛ حر عاملی، ۶/۱۶)، دیدگاه مشهور فقیهان نیز هست. یکی از فقیهان در این باره می‌گوید: «و اما اشتراط نیه التقرب فی صحه العتق هو ان یکون قاصداً به وجه الله تعالی و ثوابه علی حد ما یعتبر فی غیره من العبادات..... فالأخبار به مستفیضة و علیه الاجماع» (آل عصفور، ۱/۲۰۵؛ نیز ر.ک: صدوق، المقنع، ۴۶۲؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۳/۶۶۱؛ سید مرتضی، ۱۶۹؛ ابن ادریس، ۳/۴؛ علامه

حلی، *المختلف*، ۴۲/۸؛ عاملی، *نهایة المرام*، ۲۵۵/۲؛ نجفی، ۲۲۸/۳۳) چنان که صاحب ریاض (۳۲۲/۱۱) نیز بر اشتراط آن، ادعای عدم خلاف کرده است. آنان همچنین تصریح کرده‌اند که مراد از «لاعتق» در این گونه روایات، نفی صحت است (ر.ک: شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ۲۸۵/۱۰؛ عاملی، *نهایة المرام*، ۲۵۷/۲؛ آل عصفور، ۲۰۷/۱) که خود تأییدی دیگر بر مدعای مورد بحث می‌باشد.

بر این اساس، روایت مورد بحث، صحت هرگونه صدقه فاقد قصد قربت را منتفی می‌داند.

۲- «وعنه، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن هشام، و حماد، و ابن اذينة، و ابن بكير، و غير هم كلهم قالوا: قال أبو عبد الله عليه السلام: لا صدقة و لا عتق إلا ما ارید به وجه الله عز وجل» (کلینی ۳۰/۷) این روایت نیز صحیحه بوده^۱ و تقریب استدلال به آن، بسان روایت پیشین است.

۳- «علی بن ابراهیم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن جميل قال : ... الصدقة لله عزوجل» (همان/۳۱) روایت از نظر سندی صحیحه است.^۲ این حدیث را هر چند فقیهان بیشتر در باب وقف مورد استناد قرار داده‌اند، لیک برخی از آنان- به درستی- تصریح کرده‌اند که صدقه، مفهومی عام دارد و وقف نیز مصداقی از آن است (محقق کرکی ۶۴/۹، بحرانی ۲۶۱/۲۲ و ۲۶۷؛ نیز ر.ک: نجفی ۱۲۸/۲۸) نیک روشن است که مراد از «الله» این نیست که صدقه، به ملک اعتباری، ملک خداوند می‌شود؛ چه، به طور قطع، دریافت کننده مالک صدقه است (محقق کرکی، ۶۴/۹؛ حائری، *الخمس*، ۷۲۴؛ خمینی، *البيع*، ۱۰۷/۳). بلکه مراد آن است که صدقه برای خدا و به قصد قربت داده می‌شود و پاداش و عوض آن نیز، بر خدا است، از این روی، رجوع به صدقه جایز نیست:

۱. افراد سند حدیث مذکور در متن همگی توثیق شده اند (به ترتیب: نجاشی/۲۶۰؛ همان ۱۶ خویی ۳۱۷-۳۱۸؛ نجاشی/۳۲۶؛ همان ۴۳۴؛ طوسی، *النهرست* ۱۱۵؛ همان ۱۸۴؛ همان ۱۷۳ و خویی ۱۳۰/۱۱).

۲. همه افراد سلسله سند روایت ثقة هستند. (به ترتیب: نجاشی/۲۶۰؛ همان ۱۶ خویی ۳۱۷-۳۱۸؛ نجاشی/۳۲۶؛ همان ۱۲۶).

«ولاینبغی لمن اعطی الله عزوجل شیئا ان یرجع فیه» (کلینی ۳۰/۷-۳۱؛ بحرانی، ۲۶۴/۲۲).

۴- روی موسی بن بکر عن الحکم عن ابن عبدالله(ع) «انما الصدقة لله عزوجل فما جعل لله فلا رجعة فيه له» (ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه ۲۷۴/۴) سند این روایت، دست کم به سبب «حکم اخو ابی عقبله» که در کتب رجالی توثیق نشده ضعف دارد و به عنوان مؤید قرار می‌گیرد. تقریب استدلال به این روایت نیز بسان حدیث پیشین است.

۵- «احمد بن محمد بن یحیی عن طلحه بن زید عن جعفر عن ابیه (ع) قال: من تصدق بصدقة ثم ردت علیه فلا یاکلها لانه لا شریک لله عزوجل فی شیء فیما جعل له» (طوسی، تهذیب الاحکام ۱۵۲/۹) این روایت، موثقه و مورد اعتبار است.^۱ موضوع این روایت نیز، صدقه است و آن سان که پیشتر گفتیم، کاربرد عام دارد. این حدیث پس از بیان حکم غیر قابل استرداد بودن صدقه، آن را این گونه تعلیل کرده که صدقه از مواردی است که برای خداوند قرار داده شده است. و این، به تقریبی که ذیل حدیث سوم آمد، دلالت بر عبادیت صدقه دارد.

۶- عن ابی جعفر(ع) عن النبی(ص): «من صلی مرأاة الناس فهو مشرک، من زکی مرأاة الناس فهو مشرک... و لا یقبل الله عمل مرأاة» (قمی، ۴۷/۲؛ مجلسی، ۳۴۸/۸۱) همانند آن را محدثان اهل سنت نیز گزارش کرده و حاکم نیشابوری آن را صحیح دانسته است: «عن شداد بن اوس قال: سمعت رسول الله(ص) یقول: «من صلی مرأاة فقد اشرک... و من تصدق یرائی فقد اشرک، ثم قرأ: «فمن کان یرجو لقاء ربه...» (احمد بن حنبل ۱۲۶/۴؛ حاکم نیشابوری ۳۲۹/۴؛ طبرانی ۲۸۱/۷؛ سیوطی ۲۵۶/۴،

۱. رجال سلسله سند، همگی توثیق شده‌اند: احمد بن محمد که مشترک بین احمد بن محمد بن عیسی اشعری و احمد بن محمد بن خالد برقی است و هر دو، امامی، ثقه و جلیل القدرند(طوسی، الفهرست ۶۲ و ۶۰، رجال الطوسی ۳۵۱؛ نجاشی ۷۶) محمد بن یحیی خزاز(نجاشی ۳۵۹) نیز چنین است. طلحه بن زید نیز علی التحقیق ثقه است. (طوسی، الفهرست ۲۵۶، خوبی، معجم رجال الحدیث ۱۶۳/۹-۱۶۴) وی عامی و مورد اعتماد عنوان شده، از این روی، روایت از ناحیه وی، موثقه تلقی می‌گردد.

نیز ر.ک. طباطبایی (۱۳/۴۰۷) با این حال، از آنجا که هر دو روایت از نگاه ما ضعف سندی دارند به عنوان مؤید قرار می‌گیرند. دلالت آن‌ها -اما- بر عبادی بودن صدقه و زکات، روشن است. چه، شرک در این جا، بی گمان شرک خفی یعنی فقدان اخلاص در عمل است (ر.ک: حرّ عاملی ۱/۴۹) که از «مراءه» و «یرائی» نیز برمی‌آید. از قرین شدن زکات و صدقه با نماز در هر دو روایت و تصریح به عدم قبولی - به معنایی که پیشتر گذشت- در حدیث اول و نیز «نهی» از آن در آیه مورد استشهاد، عبادیت و عدم صحت آن‌ها بدون قصد قربت، استفاده می‌شود. ضمن آنکه واژه «زکی» در روایت نخست و «تصدق» - به عموم خود- در روایت دوم، شامل زکات فقهی نیز می‌شود.

۷- الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمد عن علي عن أبي بصير قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «يجاء بالعبد يوم القيامة قد صلى فيقول: يا رب قد صليت ابتغاء وجهك، فيقال له: بل صليت ليقال: ما أحسن صلاة فلان إذ هبوا به إلى النار. ... و يجاء بعد قدانفق ماله فيقول: يارب انفق مالي ابتغاء وجهك فيقال له: بل انفقته ليقال: ما أسخى فلانا، اذهبوا به إلى النار.» (كوفي اهوازی ۶۲-۶۳؛ حر عاملی ۱/۵۳؛ مجلسی ۷/ ۱۸۰-۱۸۱) این روایت از نظر سندی، علی التحقیق معتبر و قابل استناد است^۱ و از نظر دلالت، به روشنی نشان می‌دهد که صدقه توأم با ریاکاری و فاقد قصد قربت، پاداشی نداشته و فرد را مستحق عذاب نیز می‌سازد. این بدان معنا است که صدقه - به مفهوم گسترده خود- عبادتی است که بی قصد قربت، صحیح نمی‌باشد (خمینی، مصطفی ۹۰).

۸- روی حماد بن عمرو و انس بن محمد عن ابيه جميعاً عن جعفر بن محمد

۱. در سلسله سند، حسین بن سعید اهوازی، امامی و ثقة است (طوسی، *الفهرست* ۱۵؛ خویی، *معجم رجال الحديث*، ۲۴۳/۵) قاسم بن محمد جوهری علی التحقیق ثقة می‌باشد (خویی، *معجم رجال الحديث*، ۱۴/۵۳-۵۴) «علی» که نظر به طبقه آن همان علی بن ابی حمزه بطنانی است، گرچه در اواخر، واقفی گردید، لیک مشایخ حدیثی، زمانی روایات را از وی اخذ کرده بودند که امامی و ثقة بوده است، ضمن آنکه شیخ در عده تصریح کرده است که روایات وی و افراد مانند او، به سبب موثوق بودن در امانت، باید مورد عمل قرار گیرد هر چند از نظر عقیده منحرف باشند (*المعدة* ۱/۳۸۱) ابو بصیر اسدی نیز امامی و ثقة می‌باشد (نجاشی ۴۴۱).

عن ابيه عن جده عن علي بن ابي طالب(ع) عن النبي(ص): «يا علي لاخير في القول الا مع الفعل، ولا في الصدقة الامع النية» (ابن بابويه، *من لا يحضره الفقيه* ۴/۳۶۹-۳۷۰؛ حر عاملی ۶/۲۱۷؛ نیز ر.ک: مفید، *الاختصاص*، ۲۴۳-۲۴۴؛ ابن ادریس، *مستطرفات السرائر*، ۶۲۱) سند روایت دست کم به سبب «حماد بن عمرو» که در رجال توثیق نشده ضعف سندی دارد. از نظر دلالت نیز هر چند صراحتی در مدعا ندارد، لیک تنصیص بر صدقه و نفی خیر بودن صدقه فاقد نیت به طور مطلق، دست کم اشعاری به حکم دارد. از این روی، روایت به عنوان مؤید قرار می‌گیرد.

افزون بر این‌ها، روایاتی دیگر نیز وجود دارد که مدعا را تأیید می‌کند. برای نمونه: «علی(ع): إن الزكاة جعلت مع الصلاة قربانا لأهل الاسلام، فمن أعطها طيب النفس بها فإنها تجعل له كفارة، ومن النار حجابا و وقاية... وإن من أعطها غير طيب النفس بها يرجو بها ما هو أفضل منها فهو جاهل بالسنة، مغبون الاجر، ضال العمل، طويل الندم» (حر عاملی ۶/۷).

ج) اجماع

فقیهان شیعه و اهل سنت، به طور عموم، زکات و خمس را عبادت به معنای اخص دانسته و بر اشتراط نیت در صحت آن‌ها، تصریح نموده‌اند، آن سان که جز عده- ای معدود،^۱ مخالفی با این حکم دیده نمی‌شود (طوسی، *الخلاف*، ۲/۴۹ و *المبسوط* ۱/۲۳۲، قمی، علی بن محمد ۱۴۵، علامه حلی، *تذکرة الفقهاء* ۵/۳۲۷، شهید ثانی ۵/۴۰۸، نجفی، ۱۵/۴۷۱، شافعی ۲/۲۲، ابن قدامه، عبدالله ۲/۵۰۲، ابن قدامه، عبدالرحمن ۲/۶۷۳، مرتضی احمدی ۱/۴۴۷، نووی ۶/۱۷۹-۱۸۰). اجماع یادشده، هم به صورت منقول مستفیض، و هم به صورت اجماع محصل، گزارش شده است (نجفی ۱۵/۴۷۱). با این حال، از سخنان برخی از فقیهان همچون شیخ طوسی (ر.ک: *الخلاف*، ۲/۴۹) که این

۱ - از بین اهل سنت، نظر اوزاعی در زکات (نووی، ۶/۱۸۰، ابن قدامه، عبدالله ۲/۵۰۲، طوسی، *الخلاف* ۲/۴۹) و از بین شیعه، منسوب به ابن جنید به صورت مطلق (نجفی ۲/۷۷)، عدم وجوب نیت است.

حکم را مستند به آیه و مانند آن کرده‌اند، ممکن است مدرکی بودن آن برداشت گردد که دلیل مستقلى نمى‌باشد (فضلى، ۲۲۰). ليک به نظر مى‌رسد اجماع نيز، مى‌تواند به عنوان «دليل» قرار گيرد، چه، از يک‌سو توسط شمار زيادى از فقيهان شيعه و اهل سنت گزارش شده و آن سان که اشاره شد، در حد اجماع محصل و منقول مستفيض مى‌باشد، از سوى ديگر برخى از فقيهان، تصريح کرده‌اند که عمده دليل معتبر در اين بحث، اجماع است (سيد محسن حکيم ۳۴۵/۹؛ سيد محمد صادق روحانى ۶۰/۷؛ يزدى ۱۹۸/۴ حاشيه فيروزآبادى) و اين خود، مدرکى بودن آن را تضعيف مى‌کند و از سوى سوم، سيره عمليه مسلمانان در طول تاريخ نيز آن را تأييد مى‌نمايد، آن سان که در کمتر فرعى فقهى، چنين اجماع قاطعى ديده مى‌شود. به علاوه، دليل مهم، اثبات عباديت وضو و نماز نيز، همين اجماع است که بى اعتبار دانستن آن، به معنى انکار اصل عباديت در اسلام و تمامى مصاديق آن است، نه نفى عباديت خصوص زکات و خمس که در مقاله ادعا شده است.

در پايان، اين نکته يادکردنى است که اين شرط، در قالب فلسفه تشريع واجبات مالى نيز قابل تحليل است؛ چه اين که هدف، صرفاً تأمين نيازهاى فقير نيست؛ بلکه تقرب پرداخت کننده به خدا و پرورش فضيلت‌هاى معنوى در نفس وى نيز از اهداف واجبات مالى به شمار رفته است. و اين با انفاقات رياکارانه يا به هدف رسيدن به منافع مادی بیشتر، شهرت و پایگاه اجتماعى و مانند آن تأمين نمى‌گردد. تعبیراتی قرآنى همچون: «تطهرهم و تزكیهم» (توبه ۱۰۳)، «یوتى ماله يتزكى» (ليل ۱۸)، «تشبیتا من انفسهم» (بقره ۲۶۵) و نيز «و الزکاه تزکيه للنفس» در روايات (طبرسى، الاحتجاج، ۱۳۴/۱) به روشنى گواه مدعا است. بنابراین، سلب عنصر عبادیت، به واقع نادیده گرفتن نیمی از اهداف در نظر گرفته شده برای تشريع آن‌ها است.

جمع‌بندی

مجموع دلايل و مويدات يادشده بى ترديد کارآيى آن را دارند که عباديت

خمس و زکات را به اثبات رسانند؛ به ویژه آنکه هیچ گونه دلیل قابل عرضه‌ای وجود ندارد که انبوه آیات و روایات پیش گفته را توجیه نموده و حمل آن‌ها را برخلاف ظاهر، لازم یا راجح سازد. نکته قابل توجه دیگر آن است که ادله عبادیت انفاقات مالی، از کتاب و سنت، حتی بیش از ادله عبادیت عباداتی همچون وضو، غسل و نماز است. چه، برای مثال، در خصوص وضو، هیچ آیه‌ای وجود ندارد که لزوم نیت و عبادی بودن آن را ثابت نماید (ر.ک: اردبیلی، ۱۶، ایروانی ۱/۷۳-۷۳). چنان که روایتی صریح در این باره نیز، مشاهده نمی‌گردد (ر.ک حر عاملی ۱/۳۳-۳ و ۲۷۱-۲۸۲، سید محمد جواد عاملی ۲/۲۷۶). در مورد نماز نیز هر چند برخی آیات، اشارتی به این شرط دارند (ر.ک: کوثر/۲؛ انعام/۱۶۲) ولی روایت صریحی وجود ندارد (ر.ک: حر عاملی، ۴/۷۱۱) و بی تردید ادله قرآنی و روایی مثبت عبادیت زکات و خمس، بسی غنی‌تر و قوی‌تر است. از این روی، اگر این آیات، عبادیت زکات و خمس را به اثبات نرسانند، هیچ «عبادت» دیگری در شرع قابل اثبات نخواهد بود.

بررسی چند اشکال

با وجود ادله کافی برای اثبات عبادیت زکات و خمس، پاره‌ای اشکالات نیز وجود دارد که خود خاستگاه تشکیک در این حکم بوده است. از این روی، سزای آن است که به اختصار، به طرح آنها بپردازیم، با یادکرد این نکته که در تقریر دلالت آیات و روایات نیز، به طرح و نقد پاره‌ای از اشکالات پرداختیم.

اشکال اول: در صورتی که زکات و خمس ماهیت عبادی داشته باشند، چگونه حاکم می‌تواند آن را به قهر دریافت کند؟ چه، از یکسو در این فرض، به سبب اجبار و اکراه، قصد قربت منتفی می‌گردد. بنابراین، نیت معتبر در آن، چگونه توجیه می‌شود؟ آیا در این صورت، قصد قربت منتفی است؟ به چه دلیل؟ از سوی دیگر، آیا در این فرض، ذمه مالک بری می‌شود؟ و در صورتی که جواب منفی باشد، آیا وی مجدداً مأمور به پرداخت زکات و خمس است؟ و آیا کدام عبادت دیگر، چنین می‌باشد؟

در پاسخ این اشکال چند نکته یادکردنی است:

نخست آن که جواز اخذ زکات با قهر و اجبار توسط حاکم، پایه و اساس معتبری ندارد و در قرآن و منابع حدیثی، نصی دال بر جواز آن مشاهده نمی‌شود. بلکه در روایاتی، بر لزوم جمع آوری آن با میل و اختیار پرداخت کننده تصریح شده است: «عن امیر المؤمنین علیه السلام... لمن يستعمله علی الصدقات: ...ولا تروعن مسلما و لا تجتازن علیه کارها فإن قال قائل: لا، فلا تراجع...» (حر عاملی ۹۱/۶) مسأله گرفتن زکات به زور و اجبار، و قتال با مانعین زکات، از زمان خلافت ابوبکر آغاز گشت و در زمان خلفای اموی، به اوج خود رسید، آن سان که روایات اهل سنت (بخاری، ۱۱۰/۲) و متون فقهی آنان (ابن قدامه، ۴۳۷/۲) به روشنی نشان می‌دهد (نیز ر.ک: علامه حلی، **منتهی المطلب** ۱/۴۷۱؛ نجفی ۱۵/۴۱۹) باری، آنچه در نصوص وجود دارد، جواز «مطالبه» حاکم است؛ چه، او به مصارف آن آشناتر بوده و بخشی ازموارد مصرف آن، امور حکومتی و اجتماعی است (کلینی ۳/۴۹۶؛ مفید، **المقننه** ۲۶۵؛ تمیمی ۱/۲۶۱؛ نوری ۷/۱۲۴؛ نجفی ۱۵/۴۲۱). و آیاتی همچون «خذمن اموالهم صدقه» (توبه/۱۰۳) نیز اشارتی به همین مطلب دارد. براین اساس، به فرض که اخذ قهری زکات، عبادیت آن را به چالش کشد و بین این دو حکم، تعارض گونه ای برقرار گردد، حکم عبادیت - به دلیل پشتوانه سترگ قرآنی و حدیثی - بی تردید اولویت دارد.

نکته دوم: به فرض تجویز اخذ قهری زکات، و با توجه به این که قصد قربت از مکره به طور معمول متصور نیست، نسبت به عنصر عبادیت آن سه احتمال مطرح است:

۱. حاکم در این فرض، خود نیت می‌کند و تکلیف از فرد مکره ساقط شده و ذمه او بری گردد. این احتمال، دیدگاه مشهور فقیهان است. شهید می‌گوید: «الاصل ان النیه فعل المکلف و لا اثر لنيه غيره، و قد تؤثر نيه الانسان في فعل المکلف کاخذ الامام الزکاه قهراً من الممتنع...» (شهید اول، **القواعد** ۱/۲۲؛ نیز ر.ک: استرآبادی ۱/۳۲۸؛

سید محمد جواد عاملی ۳۵۵/۲؛ نجفی ۱۱۷/۲۳؛ یزدی ۱۹۸/۴؛ سید محسن حکیم ۳۸۲/۹؛ خمینی، *تحریر الوسیله* ۳۴۱/۱) چنان که مشهور اهل سنت نیز چنین گفته‌اند (رافعی، ۵۲۵/۵ - ۵۲۷) آنان مواردی مشابه را نیز نمونه آورده‌اند، مانند نیت وُلّی در حج دادن صبی و مجنون (شهید، *القواعد* ۱/۱۲۲) و در پرداخت زکات آن دو (سید محسن حکیم ۳۵۱/۹؛ رافعی ۵۲۵/۵) و نیز نیت وضو دهنده فرد دارای عذر بنا بر یک دیدگاه (موسوی عاملی ۱/۲۴۰؛ سید محمد جواد عاملی ۳۵۵/۲) برای این حکم، چنین استدلال شده که حاکم، وُلّی ممتنع است و اداء صحیح متوقف بر نیت را از سوی او بر عهده می‌گیرد (سید محسن حکیم ۳۵۱/۹).

۲. نیت در این فرض ساقط گردد، مانند تغسیل میت مسلمان توسط کافر

(نجفی ۴۷۲/۱۵)

۳. از آن جا که زکات دارای دو بُعد: عبادیت (مربوط به پرداخت کننده) و حق مالی فقرا یا بیت المال می‌باشد و این دومی، متوقف بر اولی نیست، حاکم در اجرای بُعد دوم، حق یادشده را به قهر می‌ستاند و به صاحب حق می‌رساند، ولی تکلیف شرعی مکره، ساقط نشده است زیرا آن را از روی طیب خاطر و به قصد قربت پرداخت نکرده و به حکم نصوص پیش گفته، باطل خواهد بود. لیک در این صورت، حاکم نمی‌تواند مجدداً زکات را از وی مطالبه کند چرا که در مرتبه نخست «حق مالی» موجود در مال وی را ستانده است و از این نظر، حقی باقی نمانده تا مطالبه نماید.

از این سه احتمال، مورد نخست دلیلی جز اجماع منقول به خبر واحد (فیروز آبادی، حاشیه بر عروه ۱۹۸/۴) ندارد، زیرا براساس قاعده‌ای که از شهید اول یاد کردیم، اصل این است که نیت فرد، برای دیگری اثری ندارد، مگر آن که مستند به نصی خاص و استوار باشد. برعهده گرفتن نیت توسط حاکم از سوی ممتنع و در نتیجه اجزاء عمل، نه تنها مستندی ندارد، که مخالف ادله پیش گفته است. برای مثال، قرآن کریم به صراحت اتفاقات توأم با اکراه را غیر قابل قبول معرفی فرمود (توبه/۵۴) چنان که در

روایات نیز عبارت «ضال العمل» به کار رفته: «من اعطاها غیر طیب النفس بها... فهو.... مغبون الاجر، ضال العمل...» (حرعاملی، ۷/۶) از این روی، اجزاء برای فرد وجهی ندارد. اجماع منقول یادشده نیز فاقد ارزش است. چه، از یکسو منقول به خبر واحد است و از سوی دیگر، به نظر می‌رسد اجماعی مدرکی است که براساس دلیل یادشده در احتمال نخست شکل گرفته است. و این گونه است که برخی فقیهان شیعه (یزدی، ۱۹۸/۴) و اهل سنت (رافعی ۵۲۵/۵-۵۲۶) در این حکم تشکیک کرده‌اند، بدین جهت که قصد قربت حاکم در عبادات، سودی به حال دیگری ندارد. چنان که احتمال دوم نیز فاقد دلیل است. براین اساس، احتمال سوم، استوارتر به نظر می‌رسد و زکات اخذ شده هر چند حق فقرا و بیت المال را تأمین نموده، و در ظاهر، حاکم حق مطالبه مجدد را ندارد، لیک در واقع، ذمه شخص بری نشده است. استبعاد الزام مجدد شرعی او به پرداخت نیز، بی اساس است، چه، ماهیت عمل عبادی، عدم اجزاء آن بدون قصد قربت است، مانند سایر عبادات و به ویژه حج (که تا حدودی بُعد مالی نیز دارد) که انجام آن بدون نیت، بی ثمر می‌باشد. آنچه در مورد زکات آوردم، درباره خمس نیز صادق است.

نکته سوم: اجبار به عبادات از سوی حاکم، نمونه‌های دیگری نیز در فقه دارد که مستند به دلایلی بسی استوارتر است؛ از آن جمله: هرگاه مردم حج را به طور کلی ترک کنند، حاکم باید عده‌ای را مجبور به انجام آن نماید (کلینی ۲۷۲/۴؛ ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه ۲/۴۲۰؛ حر عاملی ۱۵/۸؛ طوسی، النهایة ۲۸۵ و المسبوط ۳۸۵/۱؛ ابن ادریس ۶۴۷/۱؛ علامه حلی، مختلف الشیعه ۳۶۸/۴؛ و تذکره الفقهاء ۴۴۴/۸؛ نجفی ۲۲۲/۱۷). بنابراین، اگر تجویز اخذ اجباری زکات، چالشی فراروی عبادیت آن ایجاد کند، بیش از آن، حج زیر سوال خواهد رفت. به ویژه آن که مورد نخست، هیچ دلیل معتبری ندارد ولی مورد دوم، از مسلمات حدیثی و فقهی است.

اشکال دوم: برخی فقیهان برآنند که هرگاه پرداخت کننده زکات، قصد قربت

نکند، پرداخت مذکور باطل بوده و مال در ملک مالک باقی خواهد ماند (خویی، *منهاج-الصالحین* ۳۱۸/۱). این فرض را نگارنده مقاله، چالشی جدی فراروی قائلان به عبادی بودن زکات دانسته است، چون در این صورت، قهراً هیچ کس حتی حاکم حق تصرف در آن را ندارد و پرداخت زکات به عنوان دین بر ذمه او خواهد ماند. ولی اگر عبادیت منتفی باشد، مستحق می‌تواند تصرف مالکانه نماید.

به نظر می‌رسد این مساله و نتیجه برداشت شده از آن، ناشی از بی توجهی به چگونگی تعلق زکات به مال است. توضیح آن که از دیدگاه فقیهان شیعه، زکات به عین مال تعلق می‌گیرد نه ذمه. (محمد بن حسن حلی، *ایضاح الفوائد*، ۲۰۷/۱، نجفی ۱۳۸/۱۵، انصاری، *الزکاة* ۱۹۸) لیک تعلق آن به عین، از جهت مالیت آن است نه خصوصیات شخصیه، و در واقع «حق» فقیر و مستحق در مال ثابت است و شارع، اجازه اخراج این حق و پرداخت آن را از غیر مال زکوی نیز داده است (ر.ک: حر عاملی، ۱۱۴/۶-۱۱۴-۱۳۱-۲۰۸؛ تفصیل مباحث را بنگرید در: نجفی ۱۳۸/۱۵-۱۴۱، انصاری، *الزکاة* ۱۹۸-۲۰۹؛ روحانی ۶۴/۷-۷۶) حال اگر مالک، سهم زکات را خارج نکرد، حق تصرف در تمام نصاب را ندارد (انصاری، *الزکاة* ۲۰۶؛ خویی، *منهاج-الصالحین* ۳۰۸/۱) براین اساس، بخشی از مال که بایستی به عنوان زکات یا خمس پرداخت گردد، در واقع به گونه تخصیص یا تخصص، از مالکیت شخص خارج می‌گردد (مکارم شیرازی، *القواعد الفقهیه* ۴۰/۲-۴۲) و بیع آن نیز صحیح نیست (خویی، *منهاج الصالحین* ۳۰۸/۱). پیشتر گفته‌ایم که زکات و خمس، از یکسو حق فقیر یا بیت المال است و از سوی دیگر، عبادتی برای مالک. حال اگر مالک، سهم زکات و خمس را بدون قصد قربت پرداخت نمود، فقیر و مستحق، حق دریافت آن را دارد؛ چه، ثبوت این حق در مال مالک، متوقف بر قصد وی نیست، بلکه مشروط به تحقق شرایط «وجوب» زکات و خمس است و نیت، شرط واجب است نه شرط وجوب. مالک نیز صرفاً حق «اخراج» آن را داشته که در این فرض، اعمال نموده است. - به تقریبی که در

پاسخ اشکال دوم گذشت- از این روی، بر چه اساسی حق تصرف مستحق و حتی حاکم در آن، منتفی می‌گردد و چگونه این مسأله روشن، چالشی جدی فراروی عبادیت آن‌ها ایجاد می‌کند؟! ضمن آن که سلب اختیار از حاکم اسلامی برای تصرف در چنین اموالی نیز فاقد هر گونه دلیل و شاهد، و مخالف ادله بی‌شمار ولایت فقیه به ویژه در بُعد مالی آن است.

اشکال سوم: مکلف بودن کفار به پرداخت زکات و گرفتن آن از کافر توسط حاکم نیز عبادیت آن را زیر سوال می‌برد؛ چه، قصد قربت از کافر، ناممکن یا بی‌اثر است.

در پاسخ اشکال یاد شده، نخست این نکته یاد کردنی است که از دیدگاه مشهور فقیهان شیعه، کفار، مکلف به فروع و از جمله پرداخت زکات هستند (نجفی، ۶۱/۱۵). و به همین جهت، از دیدگاه برخی، امام یا نائب او می‌تواند به قهر از وی بگیرد (خمینی، *تحریر الوسیله*، ۳۱۴/۱) بنابراین، همچنان که مکلف بودن کفار به نماز و حج، عبادیت آن‌ها را نفی نمی‌کند، در مورد زکات و خمس نیز چنین است. لیک این پرسش همچنان باقی است که زکات، عبادتی است نیازمند قصد قربت که از کافر ناممکن است، پس چگونه می‌توان آن را به قهر از وی ستاند؟ برخی از فقیهان چنین پاسخ داده‌اند که در این فرض، حاکم خود نیت را به عهده می‌گیرد (شهید اول، *البیان* ۲۰۲، سید محسن حکیم ۳۵۱/۹). لیک از پاسخ اشکال نخست، ناستواری این مطلب روشن می‌گردد. افزون بر آن، تکلیف حاکم به استیفای حقوق فقیران، عبادی نیست تا وی نیت را برعهده گیرد (سید محسن حکیم، ۳۵۲/۹) برخی دیگر چنین گفته‌اند که تعذر رعایت عبادیت، اهمال حقوق فقرا را تجویز نمی‌کند، چرا که در زکات دو حیثیت وجود دارد: یکی عبادت بودن و دیگری رسیدن به مستحق، و اهمال اولی مجوز اهمال دومی نمی‌شود، چرا که استیفای حقوق، وظیفه حاکم است. در نتیجه، ذمه ممتنع نیز بری می‌شود چون موضوع از بین رفته است (خویی، *الزکاة* ۱۳۱). این پاسخ، نزدیک به مطلبی

است که ذیل اشکال نخست بیان و تأیید نمودیم. لیک نتیجه یادشده یعنی برائت ذمه ممتنع، براساس ادله پیش گفته، استوار نمی‌آید. بنابراین، به فرض که اخذ قهری زکات از کافر را تجویز نماییم، موجب برائت ذمه وی نمی‌شود. به ویژه آن که اصولاً عدم صحت زکات از کافر، به سبب کفر اوست و ارتباطی به عبادیت آن ندارد (نجفی ۶۳/۱۵). باری، هر گاه کافر مسلمان شود، تکلیف گذشته وی ساقط و ذمه‌اش به سبب اسلام آوردن، بری می‌شود (نجفی، ۶۲/۱۵).

این پاسخ، بر اساس مبنای مشهور در مورد تکلیف کفار به فروع و نیز جواز اخذ قهری زکات از وی بود. لیک حقیقت آن است که نه کفار مکلف به فروع‌اند و نه به فرض این تکلیف، حاکم حق مطالبه آن را از آنان دارد و در سیره نبوی و علوی و حتی خلفا، به هیچ روی، مطالبه زکات از کفار، معهود نبوده است (تفصیل ادله هر دو را بنگرید در: خویی، الزکاة ۱۲۴-۱۳۳).

نقدهایی دیگر

با این که نویسنده محترم، مطالب سودمند و استواری را در نقد ادله مورد استناد فقیهان مطرح نموده‌اند، لیک افزون بر مخدوش بودن اصل مدعا، اشکالات پرشمار دیگری نیز در ضمن مباحث و نیز استنتاج‌ها مشاهده می‌شود که به پاره‌ای از آن‌ها اشارتی داریم:

۱. در صفحه ۱۵، وقف، عمری، رقبی، تحبیس و سکنی، و نیز هبه و هدیه، انواعی از صدقه شمرده شده است. روشن نیست که مراد از صدقه‌ای چنین عام، مفهوم لغوی آن است یا اصطلاحی، و در صورت دوم، آیا اصطلاح قرآنی یا حدیثی یا فقهی؟! آن سان که در مقدمه اشاره شد، صدقه در لغت و در اصطلاحات سه گانه یادشده، تفاوت دارد و در خصوص روایات، در مورد زکات، وقف، فدیة، کفاره، فطره و انفاق مستحب به کار رفته و مواردی همچون عمری، رقبی، تحبیس و سکنی به هیچ روی در روایات و نصوص فقهی، با عنوان «صدقه» مطرح نشده‌اند. بنابراین، حکم «صدقه» مورد

نظر روایات را ندارند و از محل بحث خارج اند (ر.ک: حرعاملی، ۱۳/۳۲۴-۳۳۱).

۲. در همان صفحه، واجب نبودن قصد قربت در وقف، مورد اتفاق نظر فقیهان دانسته شده است. این در حالی است که وقف را بسیاری از فقیهان، مشروط به قصد قربت دانسته‌اند آن سان که بدون آن، به صحت نمی‌پیوندد. از جمله: شیخ مفید (المقننه/۶۵۵)، شیخ طوسی (النهایه/۵۹۵)، ابن ادریس (السرائر، ۳/۱۵۵)، بحرانی (الحدائق الناضره ۲۲/۱۵۵)، شهید اول (الدروس ۲/۲۶۴) و سید علی طباطبایی (ریاض-المسائل ۱۷/۲). چنان که مستند روایی استوار آن (کلینی ۷/۳۰-۳۱)، این دیدگاه را قرین به صحت ساخته است.

۳. در صفحه ۱۹ چنین گفته‌اند که اعمال فاقد نیت و قصد قربت، جز در مواردی خاص و برطبق ادله‌ای خاص، هرچند صحیح و مقبول درگاه احدیت هستند.....» روشن نیست مراد ایشان از «مواردی خاص» و «ادله ای خاص» که قصد قربت را شرط دارند چیست؟ اگر منظور، عباداتی همچون وضو، غسل، نماز و حج است، که فقیهان، عبادیت آن‌ها را نیز با همین ادله‌ای ثابت کرده‌اند که نگارنده محترم آن‌ها را به نقد کشیده و مردود دانسته‌اند؛ بلکه در مواردی همچون وضو و غسل، ادله بس کمتر و ضعیف‌تر است. از این روی، نتیجه این پژوهش- به فرض صحت مقدمات- در واقع نفی اصل عبادیت در اسلام است.

۴. در صفحه ۱۴ چنین آمده که قطعاً واژه صدقه در قرآن، در معنای اصطلاحی آن..... به کار نرفته بلکه به معنی لغوی آن استعمال شده است، چه، آن که صدقه در لغت، به معنای عطیه و آن چیزی است که به فقیر بخشیده می‌شود.» لیک در صفحه ۱۵ چنین آمده: «در قرآن از ابراء نیز به صدقه تعبیر شده.....» نیک روشن است که ابراء، نه عطیه است و نه چیزی که به فقیر بخشیده شود، و این دو برداشت، در تناقض‌اند. باری، پیش تر گفته ایم که صدقه در قرآن، کاربردی گسترده دارد و شامل زکات مصطلح، انفاق مستحب و غیر آن می‌شود.

۵. عبادی بودن زکات، مانعی بر سر راه تعمیم آن به غیراصناف نه‌گانه به شمار رفته است، به این سبب که عبادیت، آن را توقیفی می‌سازد که با تعمیم، منافات خواهد داشت. این استدلال و نتیجه آن، ناشی از خلط بین دو اصطلاح «تعبدی» است. توضیح این که تعبدی، دو مفهوم متفاوت در اصطلاح اهل تحقیق دارد؛ نخست: به معنی حکمی که از سوی شارع بیان شده ولی فلسفه آن برای ما روشن نیست، و دوم: عملی که نیازمند قصد قربت است (در مقابل توصلی) (مظفر ۸۵). آنچه در این بین، توقیفی به شمار می‌رود، تعبدی به مفهوم اول است. بنابراین، تعبدی بودن زکات به مفهوم دوم - که محل بحث می‌باشد - توقیفی بودن آن را ثابت نمی‌کند تا برای رفع توقیف، به نفی عبادی بودن آن روی آوریم.

۶. عمده‌ترین دلیل أخذ قصد قربت در واجباتی همچون نماز، روزه، حج و جهاد، حق الله بودن آنها تلقی گردیده و از آن جا که مواردی همچون زکات، در شمار دیون هستند، صرف پرداخت آنها به مستحق، مبرئ ذمه دانسته شده است. این سخن، از چند جهت نا استوار است: نخست این که از آیات قرآن به روشنی برمی‌آید جهاد، صرفاً حق الله نیست، بلکه جنبه حقوق مردم در آن، به طور کامل برجسته است (نساء/۷۵) دوم آن که ارتباط اعتبار قصد قربت با حق الله بودن و نیز عکس آن، مستند به هیچ دلیلی نشده است. عموم و اطلاق ادله پیش گفته در مورد لزوم قصد قربت و پرهیز از انگیزه‌های غیر الهی، چنین تفصیلی را بر نمی‌تابد. سوم این که نفی حق الله بودن زکات نیز مستند استواری ندارد، بلکه از برخی آیات می‌توان این بُعد را نیز، در زکات استظهار نمود. (نور/۳۳) چنان که در مورد خمس نیز، تعبیر قرآنی «فان لله خمس» (انفال/۴۱)، تلویحی به حق الله بودن دست کم سهمی از آن دارد.

۷. در صفحه ۲۳ و در ردّ دلیل اجماع، چنین آمده که بحث وجوب نیت در خمس و زکات، در میان قداماً اساساً مطرح نبوده و آنان کوچک‌ترین اشاره‌ای بدان نداشته‌اند. این استدلال نیز مخدوش است، چه، قدامی یادشده، در مورد وضو، غسل و

نماز نیز سخنی از نیت و اشتراط قصد قربت به میان نیاورده‌اند، پس آیا می‌توان ملتزم شد که نیت در این موارد نیز شرط نیست؟! باری، دلیل ذکر نشدن نیت در تمام عبادات از سوی برخی از قدما- پیش از شیخ طوسی- به دلیل وضوح آن نزد آنان بوده است (عاملی، سید محمد جواد ۲/۲۷۹).

۸. در صفحه ۲۵ چنین آمده که در مورد اشتراط قصد قربت در خمس، نه آیه- ای که به صراحت بر مطلوب دلالت کند وجود دارد و نه حتی آیه‌ای که بتوان با تمسک به عموم و اطلاقش، عبادی بودن خمس را اثبات کرد. این سخن، ناشی از بی توجهی به اصطلاحات قرآنی و خلط آنها با اصطلاحات فقهی است. چه، اصولاً واژه زکات در قرآن، به معنی هر گونه واجب مالی ابتدایی است که شامل زکات مصطلح فقهی و خمس نیز می‌شود. آن سان که پیش تر گذشت- چنان که واژه «انفاق» و مشتقات آن در قرآن نیز، این گونه است. از این روی، عموم آیاتی که پیشتر آوردیم، شامل خمس نیز می‌گردد. تفصیل بحث در مقالی دیگر آمده است (علوم حدیث ش ۴۸/۱۵۲-۱۷۱).

۹. براساس آن چه گذشت، تمسک به اصل عدم عبادیت در صفحه ۲۷ نیز مخدوش است. چه، با وجود آیات و روایاتی بسیار بر اشتراط عبادیت در زکات و خمس، که خود دلیل اجتهادی هستند، جایی برای «اصل» و دلیل فقهاتی باقی نمی‌ماند.

۱۰. گرچه بخشی از ادله مورد استناد فقیهان در این بحث، نا استوار است و برخی فقیهان نیز به آن اذعان نموده‌اند (انصاری، الطهارة ۲/۱۱-۱۳، مصطفی خمینی ۲۹). لیک ادله‌ای قابل استناد نیز از سوی آنان مطرح شده که نویسنده به آن‌ها، اشارتی ننموده است (نجفی ۲/۹۶-۱۰۲). بنابراین، تمامی مستندات فقیهان، به ناستواری توصیف نمی‌گردد.

۱۱. نفی عبادیت زکات و خمس، زمینه ساز ملزم نمودن افراد به پرداخت آن- ها از سوی دولت اسلامی به شمار رفته است. این در حالی است که این قید، نه تنها

هیچ‌گاه مانعی بر سر راه آن نبوده، که خود امتیازی مهم و از وجوه تمایز آن‌ها با مالیات‌های مرسوم تلقی می‌گردد که در کنار پشتوانه محکم ایمان افراد، به سان ضامن اجرایی نیرومندی عمل می‌کند آن سان که مسلمانان، متأثر از عامل یادشده، همواره به پرداخت خمس و زکات و سایر انفاقات اقدام نموده‌اند. باری، عوامل مهوریت این دو واجب مالی را، در جایی دیگر بایستی جستجو نمود؛ الگو پذیری از بیگانگان و به حاشیه راندن عناصر اقتصاد اسلامی توسط برنامه ریزان، فقدان فرهنگ سازی مناسب از سوی نهادهای مسؤول، منحصر کردن متعلقات زکات در مواردی محدود و فاقد شرایط تعلق زکات در زمان حاضر، و نبود سازمان و ساز و کاری مناسب و کارآمد جهت دریافت و توزیع زکات در غالب کشورهای اسلامی، از آن جمله اند و به نظر می‌رسد سلب عنصر عبادیت نیز، براین عوامل خواهد افزود.

نتایج بحث

۱. نیت معتبر در عبادات، «قصد» انجام فعل همراه با «اخلاص در عمل» است. رکن اول مشترک بین عبادات و معاملات است و تمایز آن دو در رکن دوم می‌باشد. اعتبار این قید و در نتیجه عبادی بودن زکات و خمس، مستند به ادله قرآنی و روایاتی معتبر و اجماع قاطع مسلمانان است. هر چند پاره‌ای از ادله مورد استناد فقیهان در این باره، ناستوار می‌باشد.

۲. نفی عبادیت زکات و خمس، نه تنها کمکی به اجرایی ساختن و رفع مهوریت از آن‌ها نمی‌کند، که به واقع، سلب امتیازی مهم نیز به شمار می‌رود. موانع نهادینه شدن آن در سطح جامعه، مواردی جز عبادیت آن‌ها است - که پاره‌ای از آن‌ها در متن اشاره شده - و از سوی دیگر، تشریح واجبات مالی در اسلام، افزون بر رفع فقر، اهداف دیگری را نیز دنبال می‌کند که تحقق آن‌ها، در گرو عبادیت واجبات یادشده است.

۳. فقیهان به طور عموم، برای اثبات اشتراط نیت در عباداتی همچون وضو و

نماز نیز، به همان ادله‌ای استناد کرده‌اند که در مورد خمس و زکات. بنابراین مردود دانستن این ادله، نتیجه اش نفی اصل عنصر عبادیت در اسلام است نه خصوص نفی عبادیت خمس و زکات، که این خود به ضرورت فقهی، نادرست می‌باشد.

منابع

قرآن کریم.

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، تحقیق شیخ سامی خفاجی، قم، انتشارات لقمان، ۱۴۱۳ق.
- آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد، *عیون الحقائق الناظرة فی تتمه الحدائق الناظرة*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین، *عوالی اللثالی العزیزة فی الاحادیث الدینیة*، تحقیق سید مرعشی و مجتبی عراقی، قم، مطبعه سید الشهداء، ۱۴۰۳ق.
- ابن ادريس، محمد بن احمد، *السرائر*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *المقنع*، تحقیق لجنة التحقیق التابعة لمؤسسة الامام الهادی(ع)، قم، مؤسسه الامام الهادی(ع)، ۱۴۱۵ق.
- _____ *علل الشرايع*، نجف، المكتبة الحیدریة، ۱۳۸۶ق.
- _____ *من لا یحضره الفقیه*، تحقیق علی اکبر غفاری، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ق.
- ابن حنبل، احمد بن محمد، *مسند احمد*، بیروت، دارصادر، بی تا.
- ابن رشد، محمد بن احمد، *بداية المجتهد و نهاية المقتصد*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ق.
- ابن شهید ثانی، حسن بن زین الدین، *معالم الدین و ملاذ المجتهدین*، قم، موسسه النشر الاسلامی، بی تا.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ق.
- ابن قدامه، عبدالرحمن، *الشرح الكبير*، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا.

- ابن قدامه، عبدالله، *المعنى*، بيروت، دارالكتاب العربي، بی تا.
- ابن مرتضى، احمد بن يحيى، *شرح الازهار*، صنعاء، مكتبة غمضان، بی تا.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، *لسان العرب*، بيروت، دارالفكر، ١٤١٠ق.
- اردبيلي، احمد، *زبدة البيان فى احكام القرآن*، تهران، المكتبة المرتضوية، بی تا.
- استر آبادى، محمد بن على، *آيات الاحكام*، تهران، مكتبة المعراجى، ١٣٩٤ق.
- انصارى، مرتضى بن محمد امين، *كتاب الزكاة*، قم، المؤتمر العالمى بمناسبة ذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الانصارى، ١٤١٥ق.
- _____، *كتاب الطهارة*، قم، مؤسسة الهادى، ١٤١٥ق.
- ايروانى، باقر، *دروس تمهيدية فى تفسير آيات الاحكام*، قم، دارالفقه، ١٣٨١.
- بحرانى، يوسف، *الحدائق الناضرة*، تحقيق محمدتقى ايروانى، قم، جامعه مدرسين، بی تا.
- بخارى، محمد بن اسماعيل، *دارالفكر*، بيروت، ١٤٠٣ق.
- برقى، احمد بن محمد بن خالد، *المحاسن*، تحقيق سيدجلال الدين حسيني، دارالكتب الاسلاميه، بی تا.
- تميمي، ابى حنيفه نعمان بن محمد، *دعائم الاسلام*، تحقيق آصف بن على اصغر فيضى، دارالمعارف، ١٣٨٣ق.
- جصاص، احمد بن على، *احكام القرآن*، بيروت، دارالكتب العلميه، ١٤١٥ق.
- حائرى، مرتضى، *الخمسة*، قم، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤١٨ق.
- حاكم نيشابورى، محمد بن محمد، *المستدرک على الصحيحين*، تحقيق يوسف مرعشلى، بيروت، دارالمعرفه، ١٤٠٦ق.
- ابن فهد حلى، احمد بن محمد، *المهذب البارع*، تحقيق مجتبى عراقى، قم، جامعه مدرسين، ١٤٠٧ق.
- حرّ عاملى، محمد بن حسن، *وسائل الشيعه*، تحقيق عبد الرحيم ربانى شيرازى، بيروت، دار احياء التراث العربى، بی تا.

- حکیمی، محمدرضا و دیگران، *الحیة*، تهران، مکتب نشر الثقافه الاسلامیه، ۱۳۶۸.
- حکیم، سید محسن، *مستمسک العروه الوثقی*، قم، مکتبه السید المرعشی، ۱۴۰۴ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۹ق.
- _____، *کتاب البیع*، قم، مطبعه مهر، بی تا.
- خویی، سید ابوالقاسم، *الزکاة*، قم، لطفی، ۱۴۱۳ق.
- _____، *معجم رجال الحدیث*، ۱۴۱۳ق.
- _____، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، تحقیق صفوان عدنان داوودی، دمشق، دارالقلم، و بیروت، الدارالشامیه، ۱۴۱۶ق.
- رافعی، عبدالکریم بن محمد، *فتح العزیز*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق (ع)*، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۲ق.
- زحیلی، وهبه، *تفسیر المنیر*، بیروت، دمشق، دارالفکر المعاصر، ۱۴۱۸ق.
- زرکشی، محمد بن بهادر، *البرهان فی علوم القرآن*، تحقیق محمد ابوالفضل ابراهیم، بیروت، مکتبه العصریه، بی تا.
- سایس، محمد علی، *آیات الاحکام*، بی جا، دار ابن کثیر، دار قادری، ۱۴۲۲ق.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، *الدر المشور*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۳۶۵ق.
- شافعی، محمد بن ادیس، *کتاب الام*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۳ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *البیان*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، بی تا.
- _____، *الدروس الشرعیه*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ق.
- _____، *القواعد و الفوائد*، قم، مکتبه المفید، بی تا.
- شهیدثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام*، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
- صادقی، محمد، *الفرقان فی تفسیر القرآن*، قم، انتشارات فرهنگی اسلامی، ۱۳۶۵ش.

طباطبائی کربلائی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ١٤١٢ق.

طباطبائی، محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، بیروت، موسسه الاعلمی للمطبوعات، ١٤١٧ق.

طبرانی، سلیمان بن احمد، *المعجم الكبير*، قاهره، مکتبه ابن تیمیه، بی تا.
طبرسی، احمد بن علی، *الاحتجاج*، تحقیق سید محمد باقر الخراسان، منشورات دارالنعمان، بی تا.

طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، دارالمعرفه، ١٤٠٦ق.

طبری، محمد بن جریر، *جامع البیان عن تاویل آی القرآن*، بیروت، دارالفکر، ١٤١٥ق.

طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار*، قم، دارالکتب الاسلامیه، بی تا.

_____، *التبیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

_____، *الخلافا*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ١٤١٧ق.

_____، *الفهرست*، موسسه نشر الفقاهه، ١٤١٧ق.

_____، *المسبوط فی فقه الامامیه*، تحقیق محمد تقی کشفی، تهران، المکتبه المرتضویه، ١٣٨٧ق.

_____، *النهاية*، بیروت، دارالاندلس، بی تا.

_____، *تهذیب الاحکام*، دارالکتب الاسلامیه، ١٣٦٥.

عاملی، سید محمد جواد، *مفتاح الکرامه*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ١٤١٩ق.

عاملی، سید محمد، *نهاية المرام*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ١٤١٣ق.

عسکری، مرتضی، *معالم المدرستین*، بیروت، موسسه النعمان، بی تا.

علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، قم، موسسه آل البيت (ع)، ١٤١٥ق.

_____، *مختلف الشیعه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٢ق.

_____، *منتهی المطلب*، تبریز، حاج احمد، ١٣٢٣.

- علم الهدی، علی بن حسین، *الانتصار*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- فاضل جواد، جواد بن سعید، *مسالك الافهام الى آيات الاحكام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۳ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *كنزالعرفان في فقه القرآن*، قم، انتشارات مرتضوی، ۱۳۷۳.
- فخرالمحققین، ابن العلامه، *ايضاح الفوائد*، قم، ۱۳۷۸.
- فخر رازی، محمد بن عمر، *مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۲۰ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، *العین*، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرای، بیروت، موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۸ق.
- فضلی، عبدالهادی، *دروس في اصول فقه الاماميه*، موسسه ام القری للتحقیق والنشر، ۱۴۲۰ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، *التفسير الصافي*، تحقیق حسین اعلمی، قم، مؤسسه الهادی، ۱۴۱۶ق.
- قرطبی، محمد بن احمد، *الجامع لاحكام القرآن*، بیروت، موسسه التاريخ العربی، ۱۴۰۵ق.
- قطب راوندی، سعید الدین هبه الله، *فقه القرآن*، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۵ق.
- قمی، علی بن ابراهیم، *تفسير القمي*، قم، موسسه دارالکتاب، ۱۴۰۴ق.
- قمی، علی بن محمد، *جامع الخلاف و الوفاق*، تحقیق حسین حسنی بیرجندی، پاسدار اسلام، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الكافي*، تصحیح علی اکبر غفاری، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- کوفی اهوازی، حسین بن سعید، *الزهد*، قم، العلمیه، ۱۳۹۹ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، *بحار الانوار الجامعه لدرر اخبار الائمه الاطهار*، بیروت، موسسه الوفاء، ۱۴۰۳ق.

- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام*، تحقیق سید صادق شیرازی، تهران، انتشارات الاستقلال، ١٤٠٩ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ١٤٠٨ق.
- محلّی، جلال الدین محمد بن احمد؛ سیوطی، عبد الرحمن، *تفسیر الجلالین*، بیروت، دار المعرفه، بی تا.
- مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، تحقیق عباس علی زارعی سبزواری، قم، بوستان کتاب، ١٤٤٢ق.
- مفید، محمد بن محمد، *الاختصاص*، تحقیق علی اکبر غفاری، قم، جماعه المدرسین فی حوزه العلمیه، بی تا.
- _____، *المقنعه*، قم، جماعه مدرسین، ١٤١٠ق.
- مکارم شیرازی، ناصر و دیگران، *تفسیر نمونه*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ١٣٧٣.
- _____، *القواعد الفقهیه*، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین(ع)، ١٤١١ق.
- موسوی عاملی، محمد بن علی، *مدارک الاحکام فی شرح شرایع الاسلام*، قم، موسسه آل البيت(ع)، ١٤١٠ق.
- نجاشی، احمد بن علی، *رجال النجاشی*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ١٤١٦ق.
- نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، تحقیق عباس قوچانی، دارالکتب الاسلامیه، ١٣٦٥.
- نسائی، احمد بن شعیب، *سنن النسائی*، بیروت، دارالفکر، ١٣٤٨ق.
- نوری، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، موسسه آل-البيت(ع)، ١٤٠٨ق.
- نووی، یحیی بن شرف، *المجموع فی شرح المهذب*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم، *العروة الوثقی*، بیروت، موسسه الاعلمی، ١٤٠٩ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۴/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص ۶۸-۴۵

سرقت اینترنتی: حدی یا تعزیری؟*

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

Email: Ali85akbar@yahoo.com

علی پردهی حاجیکلا

کارشناس ارشد رشته فقه و حقوق اسلامی

چکیده

یکی از موضوعات نوظهور در عرصه ارتباطات جهانی و در فضای مجازی، سرقت اینترنتی است که متأسفانه روز به روز به دلیل نبود قانونی مدون بر مرتکبین آن افزوده می‌شود. از طرف دیگر می‌دانیم که ماهیت سرقت اینترنتی که در محیط مجازی اینترنت واقع می‌شود، غیر از سرقتی است که در دنیای ملموس غیراینترنتی رخ می‌دهد. از اینرو این سؤال مطرح است که آیا سرقت اینترنتی همان سرقت مصطلح فقهی است؟ تحقق شرایط آن چگونه است؟ آیا در سرقت اینترنتی همانند سرقت فیزیکی، صاحب مال از عین مال خود محروم می‌شود؟ آیا داده‌ها و اطلاعات مال محسوب می‌گردند؟ آیا به اجرا گذاشتن کُد رمز (شکستن قفل)، مصداق هتک حرز است؟ مجازات کیفری در سرقت اینترنتی چیست؟ حد است یا تعزیر؟ هدف ما در این مقاله ضمن تبیین ماهیت سرقت اینترنتی، پاسخ به سؤالهای مطرح شده و در نهایت، تعزیری دانستن سرقت اینترنتی آن هم فقط به دلیل عدم تحقق یکی از شرایط سرقت - یعنی اخذ فیزیکی - و نیز ارائه شیوه‌های نو و جدید در تعزیر کاربَر سارق است.

کلید واژه‌ها: سرقت اینترنتی، سرقت فیزیکی، حد، تعزیر.

* تاریخ وصول: ۱۳۸۶/۰۷/۲۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۷/۱۱/۰۲.

مقدمه

یکی از واقعیت‌های اجتناب‌ناپذیر دنیای معاصر، اینترنت و به تبع آن تعاملات اینترنتی است. اینترنت را به جهت برخورداری از کارکردهای فوق‌العاده و چشمگیر آن می‌توان به عنوان یک اعجاز علمی مسحورکننده به حساب آورد که توانسته است افراد زیادی را به خود مشغول کند و هر روز نیز بر تعداد کاربران آن افزوده می‌شود. از طرف دیگر به همان نسبت که اینترنت می‌تواند در راه‌های مفید و درست، مورد بهره‌برداری قرار گیرد، می‌تواند در جهت منفی، توسط تبهکاران و بزهکاران مورد سوء استفاده قرار گیرد. یکی از این استفاده‌های سوء و منفی، سرقت اینترنتی است که متأسفانه اثرات منفی بسیار مخربی را در عرصه اقتصادی و به تبع آن اجتماعی به وجود آورده است؛ مثلاً تصور کنید سارق اینترنتی بتواند از Fire wall یا حصار کشیده شده با به اجراء گذاشتن رمز بانکی عبور کند و رقم هنگفتی از آن بانک را به حساب خویش منتقل کند. حال با این فرض کسی که احساس امنیت اقتصادی نمی‌کند، آیا حاضر به سرمایه‌گذاری در جهت یک کار اقتصادی مشروع است؟!

اخذ اطلاعات و داده‌ها ممکن است در قالب موارد متعددی مانند سرقت، کلاهبرداری، اختلاس، استلاب و انتهاب مطرح گردد که بحث پیرامون هر یک از اینها مقاله مستقلی را می‌طلبد، اما آنچه در این مقاله مورد پژوهش قرار می‌گیرد، سرقت اینترنتی است.

سرقت اینترنتی از جمله جرایم مستحدثه‌ای می‌باشد که برای تبیین جنبه‌های فقهی - کیفری آن، شایسته است ماهیت و نحوه شکل‌گیری آن کاملاً مورد دقت و بررسی قرار گیرد تا در مجازات مرتکبین، افراط و تفریط صورت نگیرد و در نهایت نیز از هدف قانونگذار دور نشویم. ضرورت طرح این بحث علاوه بر انطباق مسایل مستحدثه با مباحث فقهی، موجب توجه قانونگذار عرفی به اهمیت هرچه بیشتر در خصوص تدوین قانونی پیرامون این تکنولوژی نوظهور و رعایت مسایل حقوقی

اینترنتی توسط کاربران می باشد.

ماهیت سرقت اینترنتی

سرقت اینترنتی عبارت است از این که کاربر بالغ، عاقل، عالم و مختاری بدون اجازه با استفاده از تکنولوژی رایانه ای و سیستم مخابراتی، قفل سایت یا فایل را در محیط مجازی اینترنت که متعلق به غیر است، به واسطه به اجرا گذاشتن رمز سایت یا فایل مذکور بشکند و به ارزش ربع (¼) دینار، داده هایی را که ارزش مالی دارد، کات (cut) و از آن استفاده کند.

این تعریف متشکل از چند عنصر است:

۱- کاربر: منظور از کاربر هر فردی است که از سیستم رایانه ای یا مخابراتی، بالمباشره و مستقیم - بدون دخالت یا دستور دیگری - در جهت سرقت اینترنتی استفاده می کند. حال اگر کاربری، تسبیحاً مرتکب سرقت اینترنتی شود؛ مثلاً کودکی را دستور دهد یا فرد بالغی را مجبور کند، آیا در این صورت بر او عنوان سارق اطلاق می گردد؟ به نظر می رسد چند فرض در این جا قابل تصور است: فرض نخست در صورت اکراه می باشد که خود دو صورت دارد: صورت اول آن که فرد مکروه همانند شخص مکروه از فنون کامپیوتری آگاه بوده و فرصت رهایی و ناامید ساختن مکروه از سرقت را - به دلیل آگاهی او از نحوه کار - نداشته باشد. در این فرض فرد مکروه، سارق محسوب می گردد. صورت دوم آن که مکروه خود از علوم رایانه ای هیچ اطلاعی نداشته باشد ولی مکروه دارای مهارت رایانه ای باشد و بتواند با سهل انگاری یا وقت کشی یا اظهار ناامیدی از این که قفل شکسته نمی شود یا خط شلوغ است یا سیستم خراب شده و مانند آن از ارتکاب عمل خودداری ورزد. در این صورت سارق دانستن فرد مکروه محل تأمل است، مگر این که مکروه در اثر فشار زیاد چاره ای جز سرقت نداشته باشد؛ زیرا در این حالت مکروه همانند کودک، آلت بی اراده محسوب شده و از کیفر به دور است.^۱

۱. محقق حلی گوید: قطع بر سارق مسبب واجب است در آن فرضی که سارق کودک باشد، زیرا کودک مثل آلت است (شراعیع ۹۵۲/۴).

فرض دوم آن که اکراهی در میان نباشد، در این صورت بدون شک، مباشر - یعنی کسی که قفل را شکسته و داده ها را منتقل کرده است - سارق به حساب می آید اگرچه مسبب، خود زمینه این عمل را مهیا کرده باشد؛ مثل روشن کردن رایانه، وصل کردن آن به اینترنت، در اختیار گذاشتن کُد و رمز فایل مورد نظر و مانند آن.

۲- بالغ و عاقل و عالم و مختار: یکی از شرایط تحقق سرقت این است که کار بر بالغ باشد، زیرا به نظر فقها اگر کودک مرتکب سرقت شود نه حدی بر اوست و نه تعزیری اگرچه چندین بار سرقت کند. اما برخی دیگر معتقدند اگر کودک اولین بار مرتکب سرقت شد، عفو می شود و اگر تکرار کرد، تأدیب می شود و اگر مجدداً مرتکب سرقت شد، سرانگشتانش را به مقداری می خراشند تا خون بیاید و اگر دوباره تکرار کرد، سر انگشتش را می بُرنند و در صورت تکرار، حد قطع جاری می گردد (محقق حلی ۹۵۲/۴).

منظور از عاقل این است که مجنون نباشد، چون بر مجنون حد قطع نیست و فقط تأدیب می شود اگرچه عمل سرقت را تکرار نماید (همان). عالم بودن کاربر به این معناست که بداند داده ها متعلق به غیر است و او اجازه دست یابی به آنها را ندارد و یا علم به حرمت آن داشته باشد. علاوه بر آنچه آمد، کاربر از سر میل و رغبت و به اراده خویش دست به چنین کاری بزند و مکره نباشد. حال اگر کسی از روی اضطرار مرتکب سرقت شود، حکمش چیست؟ به نظر می رسد به دلیل حدیث رفع، مورد اضطرار نیز همانند مورد اکراه مشمول حکم کیفری سرقت نمی شود اما مسؤولیت مدنی، هم چنان به قوت خود باقی است.

۳ - استفاده از تکنولوژی رایانه ای و سیستم مخابراتی: همانطوری که از عنوان موضوع یعنی سرقت اینترنتی بر می آید، منظور از سرقت اینترنتی به کارگیری ابزار رایانه ای اعم از نرم افزار و سخت افزار می باشد. چون مقصود از سیستم رایانه ای، وسیله یا مجموعه ای از وسایل و ابزار مرتبط و به هم پیوسته است که مطابق با یک

برنامه، پردازش اطلاعات را انجام می دهد. بنابراین اگر کسی فقط سیستم رایانه ای را که متصل به اینترنت است، برآید، مشمول سرقت اینترنتی نمی گردد. پس با این وصف استفاده از تکنولوژی رایانه ای از عناصر مهم تعریف می باشد. منظور از سیستم مخابراتی نیز سیستم و وسایل ارتباط از راه دور است که کاربر می تواند در سرقت اینترنتی از آن بهره گیرد.

۴ - محیط مجازی: منظور از محیط مجازی همان محیط غیر ملموس است که به واسطه بخش سخت افزار و نرم افزار کامپیوتر و الکترومغناطیس ها خلق می شود و می توان در آن نفوذ الکترونیکی یا غیر فیزیکی و دخل و تصرف کرد. مقصود ما از این قید این است که سرقت در خود این محیط شکل گیرد نه این که به واسطه آن سبب و شرایط سرقت فیزیکی مهیا گردد. به بیان دیگر، داده ها از فایلی به فایل دیگر منتقل گردند نه این که از طریق اینترنت تنها اطلاعات کسب شود و با استفاده از آن اطلاعات، سرقت فیزیکی^۱ صورت گیرد. در این حالت چنین عملی مصداق سرقت اینترنتی نمی باشد.

۵ - شکستن قفل سایت: شکستن قفل که همان هتک حرز محسوب می شود، به این معنا است که کاربر، رمز یا کد سایت یا فایل را اجرا کند و پس از آن، باز شود که اگر این اجرا بدون اجازه باشد، اصطلاحاً می گویند قفل سایت شکسته شد.

۶ - متعلق به غیر: مفهوم این اصطلاح کاملاً روشن است زیرا چیزی که متعلق به خود کاربر باشد، اخذ آن سرقت محسوب نمی شود. نکته قابل ذکر این که «غیر» در این تعریف شامل شخص حقیقی و حقوقی می باشد.

۷ - مال بودن داده ها: یکی از عناصر بسیار مهم سرقت این است که شیء مسروقه باید مالیت داشته باشد. از سوی دیگر آن چه عرفاً قابل داد و ستد باشد، مال محسوب می گردد (شیخ طوسی، *المبسوط* ۱۵۹/۳) و نیز هر چیزی که ارزش

۱. منظور از سرقت فیزیکی که در مقابل سرقت اینترنتی به کار می رود، سرقتی است که در جهان خارج و عینی با دست و یا سایر اعضای بدن واقع می شود.

اقتصادی و قابلیت نقل و انتقال و تقویم به پول را داشته و امکان اختصاص آن به شخص حقیقی یا حقوقی وجود داشته باشد، مال گویند (لنگرودی ۵۲/۱) هم چنین گفته شده: «هر آن چیزی که نزد مردم مطلوب و مرغوب باشد، به گونه ای که نیازهای مردم را برآورده سازد و در زندگی مردم دخیل باشد، مال به حساب می آید» (بجنوردی ۲۹/۲). در دنیای معاصر و عرف امروزی نیز بسیاری از داده ها و اطلاعات سرّی اعم از نوشتاری، تصویری و صوتی ارزش مبادلاتی داشته و قابل خرید و فروش می باشد؛ مثل نمایشنامه، فیلمنامه، اثر تحقیقاتی دانشمندان، کتابهای علمی، برنامه های برنامه نویسان علوم رایانه ای، اسرار تجاری، گدھا، قفلها و رمزهای اشخاص حقیقی و حقوقی شرکتها و مؤسسات دولتی و خصوصی. در سرقت اینترنتی، اخذ داده هایی مورد بحث است که جنبه مالی داشته باشند نه هرگونه اطلاعاتی که در سایت ها و فایل ها ذخیره شده است.

نکته دیگر این که داده هایی که جنبه مالی دارند یا مثل عین مال هستند که فی نفسه مالیت دارند؛ مانند داده های علمی ارزشمند که در اثر تحقیقات و مرارت ها حاصل شده است، و نیز گد رمزها، داده های نظامی و سیاسی و امنیتی و داده های هنری که ارزش مادی ذاتی دارند و یا این که داده ها همانند چک، عین مال نیستند ولی دارای اعتبار مالی می باشند؛ یعنی ذاتاً ارزش مادی ندارند اما جامعه یا حاکمیت به آن اعتبار مالی بخشیده است؛ مانند اسناد الکترونیکی بانکی.

۸ - ارزش رُبع ($\frac{1}{4}$) دینار: داده هایی که جنبه مالی دارند، در صورت سرقت باید به قیمت ربع دینار رسیده باشند. البته ارزشگذاری آن بر اساس نرخ بازار و عرف است که امروزه توسط کارشناسان تعیین می شود.

۹ - اخذ داده ها: مراد از اخذ داده ها برخلاف سرقت فیزیکی، گرفتن با دست یا سایر اعضای بدن از محیط مجازی نیست، بلکه منظور انتقال الکترونیکی داده هاست؛ یعنی انتقال اطلاعات توسط امواج و الکترونها صورت می گیرد که اصطلاحاً بدان cut

یا copy گویند. آنچه در سرقت اینترنتی مطرح است cut به معنای بُرش است نه copy، زیرا در cut انتزاع مسروق از مسروق عنه که از شرایط سرقت است، تحقق پیدا می کند، در حالی که در copy چنین امری به وجود نمی آید و مشمول قانون «کپی رایت» و یا اکل مال به باطل می گردد. با توجه به آنچه آمد، می توان گفت که سرقت اینترنتی غیر از کلاهبرداری (احتیال)، اختلاس، استلاب و انتهاب اینترنتی است.^۱ در مواردی مصادیقی به عنوان سرقت اینترنتی یاد می شود، در حالی که مشمول عناوین مذکور است نه سرقت. کلاهبرداری اینترنتی به هر نوع طرح متقلبانه ای گفته می شود که یک یا چند بخش از اینترنت را به کار می گیرد تا درخواستهای متقلبانه ای را به منظور ربودن اموال دیگران انجام دهد؛ مثلاً در بانکی برنامه ای تعبیه شده که سود سپرده ها را در مدت معین به حساب افراد ذی نفع واریز کنند، اما کاربری با دست کاری در داده ها، بتواند برنامه های کامپیوتری را به گونه ای جهت دهد که از هر صد درصد سود واریزی، یک درصد به حساب وی واریز شود.

اختلاس اینترنتی عبارت است از ربودن داده ها آشکارا و بدون شکستن قفل سایت؛ مثلاً دو کاربر روی سیستم رایانه ای که متصل به اینترنت است، کار می کنند. شخص الف قفل سایت خویش را باز کرده، سپس بنا به دلایلی سیستم را رها می کند و شخص ب از فرصت استفاده کند و بدون اجازه، داده های ارزشمند فرد را در فایل خویش cut نماید.

استلاب اینترنتی عبارت است از ربودن داده ها به نحو آشکار همراه با قهر و زور؛ مثلاً تصور کنید کاربر بالغی روی سیستم رایانه ای کودکانی که وارد فایل خویش

۱. در کتاب مصطلحات الفقه آمده: «هر کس مخفیانه مال غیر را اخذ کند سارق و هر کس آشکارا یا در ظاهر اخذ کند او مُخْتَلَس، مُسْتَلَب و مُنْتَهَب می باشد» (مشکینی، ۳۰۳). لازم به ذکر است که هر یک از اختلاس، استلاب و انتهاب ویژگیهای خاص خود را دارند که در کتب فقهی آمده است. «مختلس کسی است که چیزی را آشکارا از راهها و خیابان ها می رباید» (شیخ طوسی، **النتها به**، ۱۰۲/۲۳) «مستلب به کسی گویند که مالی را قهراً و آشکارا از مردم اخذ نماید و فرار کند» (طباطبایی، ۲۱۹/۱۰ - ابوجیب ۱۷۹/) انتهاب در لغت به معنای غارت کردن و به غنیمت بردن است (ابن منظور ۲۹۸/۱۴ و ۲۹۹) و در اصطلاح «منتهب به کسی گفته می شود که مال دیگری را از روی قهر و غلبه اخذ کند.» (زحیلی ۹۴/۶) کلاهبرداری که در فقه به او محتال گویند، کسی است که به وسیله مکر، خدعه و فریب، شهادت دروغ و نامه های جعلی اموال مردم را ببرد (ابن ادریس، ۲۷۷/۲۳).

شده و داده‌ها را بررسی می‌کرده، نشسته و با حضور او آشکارا داده‌های ارزشمندش را بدون مجوز و قهراً به نفع خویش cut نماید.

انتهاپ اینترنتی عبارت است از غارت کردن داده‌های ارزشمند دیگران از روی غلبه و قهر؛ مثلاً کاربری جهت اخذ و دریافت داده‌های دیگران، برنامه یا ویروسی بسازد و آن را در سایت شرکت رقیب خویش فعال کند و در نتیجه، اطلاعات مطلوب خویش را cut نماید، سپس بخش ورودی، پردازش و خروجی داده‌های سیستم مرکزی رایانه رقیب را تخریب کند.

در همه موارد مطرح شده، مجازات مجرمین، تعزیر است؛ هرچند که در ماده ۳ لایحه مجازات جرایم رایانه‌ای، کلاهبرداری رایانه‌ای جرم انگاری شده است: «هر کس با انجام اعمالی نظیر وارد کردن، تغییر، محو، ایجاد، توقف داده‌ها یا مداخله در عملکرد سیستم و نظایر آن از سیستم رایانه‌ای یا مخابراتی سوء استفاده کند و از این طریق وجه یا مال یا منفعت یا خدمات مالی یا امتیازهای مالی برای خود یا دیگری را تصاحب یا تحصیل کند، در حکم کلاهبردار محسوب و به حبس از ۱ تا ۷ سال و پرداخت جزای نقدی معادل وجه یا مال یا قیمت منفعت یا خدمات مالی یا امتیازهای مالی که تحصیل کرده است، محکوم می‌شود».

حکم سرقت اینترنتی: حدی یا تعزیری؟

سرقت اینترنتی ممکن است در چند فرض قابل تصور باشد:

۱- ممکن است کاربری با به دست آوردن کد رمز سیستم بانکی، وارد کامپیوتر مرکزی آن شود و اسناد، اطلاعات و یا داده‌هایی را که دارای اعتبار مالی هستند، از حساب دیگری اخذ و به حساب مورد نظر خویش منتقل کند.

۲- ممکن است صرفاً داده‌ها و اطلاعات متنی، تصویری و صوتی مثل کد رمزها، آثار علمی، هنری و مانند آن باشد که کاربر با نفوذ غیرمجاز یا فراتر از اجازه خویش و شکستن قفل وارد فایل مورد نظر گردد و این داده‌ها را از آن‌جا cut و به

فایل مورد نظر خویش منتقل کند؛ مثلاً از خط تلفن کاربران و ISP سوء استفاده شود، به این شکل که کاربر سارق با دستیابی غیرمجاز به کُد کاربری و اجرای آن، وارد فایل مورد نظر گردد و user password و شماره تلفن فرد را دریافت و از خط آن استفاده کند. در این فرض اخذ رمز و شماره تلفن از آنجایی که مال محسوب می‌شوند سرقت به حساب می‌آید. هم چنین ممکن است از کارت های اعتباری چون ویزاکارت و ماستر کارت، سوء استفاده مالی به عمل آید، به این شکل که کاربر با شکستن قفل فایل، رمز کارت های مزبور را دریافت کند و با همان رمزها از بازار الکترونیکی، کالایی را خریده و یا داد و ستد مالی کند. در این فرض هم دریافت رمز، سرقت محسوب می‌شود زیرا این گونه رمزها قابلیت داد و ستد دارند.

۳ - ممکن است کاربری وارد سایت ادارات مانند اداره مالیات یا شرکتهایی چون آب و برق، گاز، مخابرات و شهرداری گردد و داده های مالی را که به عهده او - به عنوان کارمند- است، به مقدار قابل توجهی کم کند. این مورد را می توان مشمول عنوان اکل مال به باطل، جعل و کلاهبرداری دانست.

۴ - ممکن است به واسطه سخت افزارها و نرم افزارها و اسکنها برای خودش اسناد مالی چون چک، اسناد مالکیت، بلیتهای مسافرتی و تفریحی و مانند آن صادر کند. این مورد نیز می تواند از مصادیق جعل باشد.

۵ - ممکن است سی دی های رمزدار را کرایه، اجاره و یا خریداری کند، سپس بدون مجوز، قفل آنها را بشکند و داده های آن را در هارد کامپیوتر خویش ذخیره کند یا از روی آن نسخه برداری یا اصطلاحاً Copy right کند، که باز به نظر می رسد مشمول عنوان اکل مال به باطل و قانون عرفی کپی رایت می گردد.

اینها فرضهای متنوعی بود که مطرح شد اما آنچه که بیشتر مورد بحث می باشد، فرض اول و دوم است، زیرا در این دو فرض عمل cut؛ یعنی انتزاع مال مسروق از مسروق عنه که یکی از شرایط اساسی تحقق سرقت است، صورت می گیرد و در

نتیجه به صاحب مال خسارت مالی وارد می گردد . حال این سؤال مطرح است که اگر کاربری از طریق اینترنت با اجرا گذاشتن کد رمز یا شکستن پسورد یا قفل ، بدون اجازه وارد فایل کاربری دیگر گردد و داده ها و اطلاعات ارزشمند را بدون هیچ گونه مجوز یا فراتر از اجازه خود به فایل خویش یا به فایل دیگری انتقال دهد و از آن داده ها بهره مالی ببرد ، آیا مرتکب عمل سرقت شده است یا خیر؟ پاسخی که به این سؤال ممکن است داده شود در سه حالت مطرح است:

الف - به خاطر فقدان دلیل، سرقت اینترنتی جرم به حساب نمی آید (نظریه اول).

ب - عمل مذکور در صورت تحقق از موارد سرقت حدی است (نظریه دوم).

ج - عمل مزبور از موارد سرقت تعزیری محسوب می گردد (نظریه سوم).

نظریه اول: این که به دلیل فقدان نصّ و قانون خاصّ، اساساً جرمی محقق نشده است. معتقدین به این نظریه می گویند: « با توجه به این که قانون خاصی در مورد سرقت اطلاعات رایانه ای وجود ندارد و موادّ عمومی قانون مجازات اسلامی راجع به سرقت نیز حکمی در خصوص مجازات سرقت اطلاعات مزبور ندارد ، هم چنین با التفات به تفسیر مضیق قانون جزا و تفسیر به نفع متّهم ، سرقت اطلاعات رایانه ای جرم نیست» (مأوی، ش ۲۲، ص ۸) به علاوه این که ممکن است گفته شود اصل براءت نیز در اینجا حاکم است ، زیرا موضوع اصل براءت، عدم بیان است و به تبع آن وقتی بیانی نرسیده باشد، به دلیل قبح عقاب بلا بیان ، دیگر مجازات معنایی ندارد.

آنچه در پاسخ می توان گفت این است که هر چند در ابتدا چنین به نظر می رسد که جاری شدن اصل براءت منطقی باشد ، چون اینترنت و رایانه از موضوعات مستحدثه بوده و در زمان شارع اصلاً موجود نبوده اند تا در خصوص آن حکمی صادر شود ، ولی وقتی در خصوصیت این گونه افعال اینترنتی دقت می کنیم ، می بینیم که تفاوتی در جنس و جرم و اصل گناه حاصل نشده است. فقط چیزی که در این مورد بیشتر نمود پیدا کرده، شکل و شیوه جرم و گناه است؛ یعنی در حقیقت سرعت،

گسترده‌گی، به کارگیری ابزار و سهل‌الوصول بودن آن تفاوت کرده ولی اصل جرم همان است.

به بیان دیگر در جرمی مثل سرقت، سارق عین مال دیگری را می‌رباید، اما در سرقت اینترنتی همین حادثه در ارتباط با داده‌ها البته توسط امواج و الکترون‌ها رخ می‌دهد. در سرقت فیزیکی مال‌باخته دچار خسران مالی می‌شود، در نوع اینترنتی نیز کاربر خسارت دیده، ضرر مالی می‌بیند و چه بسا بدتر از این هم رخ می‌دهد. به عنوان مثال مهندس طراحی ماشینی را در نظر بگیرید که با شرکت خودروسازی قراردادی منعقد کرده مبنی بر این‌که طرحی را برای آنها اجرا کند. پس از طراحی، آن را در سایت خویش ذخیره کند اما قبل از ارائه، هکری با شکستن رمز آن، طرح مزبور را cut نماید و بدین وسیله ضرر هنگفتی را بر او وارد سازد.

بنابراین منطقی به نظر نمی‌رسد که سرقت غیراینترنتی را جرم بدانیم ولی نوع اینترنتی آن را جرم ندانیم. وانگهی بنای عقلا و ارتکازات عرفی نیز این‌گونه اعمال اینترنتی را جرم می‌داند و برای آن مجازات قایل است و شارع مقدس نیز که عقل عقلا می‌باشد، آن را ردع نکرده است. بنابراین از سوی شارع مقدس، بیان به طور کلی صادر شده است و دیگر اصل براءت موضوعیت پیدا نمی‌کند و مرتفع می‌شود.

ممکن است گفته شود موضوعی همانند سرقت اینترنتی که در زمان شارع نبوده چگونه می‌توان ثابت کرد که شارع مقدس آن را ردع نکرده است؟ در پاسخ باید گفت که در تأیید شارع مقدس نسبت به بنای عقلا و ارتکازات عرفی و عدم ردع آن، لزومی ندارد که در زمان شارع وجود داشته باشد زیرا ماهیت بنای عقلا که مبتنی بر «بنای عقلا بما هم عقلا» است، به عنوان قضیه طبیعی و فطرت اجتماعی عقلایی است، از این‌رو حجیت آن بر پایه یک ارتکاز و طبع عقلایی است نه همزمان و معاصرت آن با عصر شارع. بر این اساس نظر قانونگذار اسلام بر حسب طبع اولی با نظر عقلا یکی بوده و اصل، بر موافقت شارع با آن است مگر این‌که عدم موافقت احراز شود (ر.ک: شهید

صدر، *دروس* ۱/۲۷۰ و ۲۷۱؛ امام خمینی، *الرسائل*، ۲/۱۳۰ و ۱۳۱). بنابر این با توجه به آنچه آمد، از طرف شارع مقدّس حکم کلی سرقت بیان شده و طبیعی است که در اعصار مختلف ممکن است مصادیق سرقت به صور گوناگونی تغییر شکل دهد که در عصر حاضر یکی از مصادیق آن سرقت اینترنتی است.

دلیل دیگر تنقیح مناط است؛ توضیح این که یکی از حقوق و مصالحی که خداوند برای آن حریم قایل شده و تجاوز به آن را گناه می داند و به دیگران نیز اجازه تعدی و تجاوز به آن را نداده، اموال مردم است. به همین خاطر است که قانونگذار اسلام بر کسی که به اموال مردم تجاوز کند و بدون اجازه آن را اخذ کند، مجازات شدید «فاقطعوا ایدیهما» را تشریح کرده است. در حقیقت شارع مقدّس برای محفوظ ماندن اموال مردم، حدّ قطع را که از احکام امضایی است و اسلام آن را با تغییراتی تأیید کرده، قرار داده است (ابن قدامه ۶۳۳/۷ - جزیری ۱۵۳/۵) از این رو برخی معتقدند اگر حدّ قطع بر سارق واجب نمی شد، با سرقت رفتن سرمایه های انسانها، مردم به هلاکت می رسیدند (شیرازی ۵۴۵/۳۸) این ملاک و مناط در سرقت اینترنتی نیز مطرح است؛ به این معنا که هرگاه کاربری بدون مجوز وارد فایل اشخاص حقیقی و حقوقی گردد و از محتویات آن که عرفاً دارای ارزش مادی است، بدون اجازه و رضایت استفاده کند، در واقع مصادق تعدی و تجاوز به اموال مردم محسوب می شود و شارع مقدّس نیز به دلیل حرمت اموال مردم، از این تعدی با مطرح کردن کیفر سنگین، نهی کرده است.

به علاوه این که همه اثرات منفی فردی و اجتماعی مانند ترس و نگرانی، سلب امنیت و آسایش، فشارهای روحی و روانی، بی اعتنائی به ارزشهای مثبت انسانی و غیره که به واسطه سرقت غیراینترنتی در جامعه تحقق می یابد، در سرقت اینترنتی در سطح بسیار وسیع و گسترده نیز موجود می باشد و چه بسا فراتر از آن، اثرات عمیق تر، شدیدتر، گسترده تر و بدتر را هم به وجود می آورد. لازم به ذکر است که بر اساس دلیل حدّی تحقیق مناط، ثابت می شود که سرقت اینترنتی یکی از مصادیق سرقت است

ولی چون شرایط سرقت حدی در آن کامل نیست، مشمول تعزیر می شود که مدّعی ما در این مقاله است.

نظریه دوم: این که سرقت تحقق پیدا کرده و در صورت اجتماع همه شرایط، حدّ قطع جاری می شود. از جمله کسانی که چنین اعتقادی دارند آیت الله مکارم شیرازی و آیت الله سیّدعلی سیستانی هستند. آیت الله مکارم گوید: « سرقت به هر حال حرام است و اگر اطلاعاتی باشد که جنبه مالیت دارد و در عرف عقلای امروز خرید و فروش می شود، در صورتی که شرایط حدّ سرقت در آن جمع شود، اجرای حد سرقت بعید نیست. البتّه این در مورد کسانی است که اموال آنها محترم است» (مأوی، ش ۲۲، ص ۸) هم چنین آیت الله سیستانی گوید: « با اجتماع شرایط باید اجرا شود» (همان).

آیت الله مکارم در استفتایی که نگارنده در تاریخ ۲۵ / ۹ / ۸۶ با دفتر ایشان انجام داده در پاسخ به این سؤال که: « اگر کاربری از طریق اینترنت با شکستن رمز کاربری دیگر، بدون اجازه وارد سایتش شود و داده های آن را اخذ کند، آیا مرتکب سرقت حدی شده یا تعزیری؟ » فرمودند: « در صورتی که رمز را بشکنند، مالی را به اندازه نصاب در اختیار بگیرد و برداشت کند و شرایط دیگر در آن جمع باشد، مصداق سرقت حدی است»^۱. ایشان در پاسخ به سؤال دیگر که آیا به انتقال داده ها از طریق الکترونها اخذ فیزیکی گفته می شود یا نه؟ پاسخی ندادند، اما به نظر می رسد با توجه به نظر ایشان در پاسخ مزبور، اخذ داده ها را در حکم اخذ فیزیکی دانسته اند و در صورتی که شرایط دیگر سرقت تحقق یابد، مشمول حدّ می شود.

بر اساس آن چه آمد، به نظر این دسته از فقها، سرقت اینترنتی، مصداق سرقت حدی است و در صورت وجود همه شرایط، حدّ قطع اجرا می گردد. در اثبات این نظریه می توان به دو دلیل تمسک جست:

۱. لازم به ذکر است این استفتاء را نگارنده از طریق ایمیل خود مورخه ۸۶/۹/۲۵ با ایمیل دفتر ایشان انجام داده و پاسخ آن نیز در مورخه ۸۶/۱۰/۲ صادر شده است.

۱ - انطباق تعریف : سرقت حدی عبارت است از اخذ مال غیر به طور پنهانی. سرقت اینترنتی نیز این است که کاربری بدون اجازه با استفاده از اینترنت و شکستن قفل، وارد فایل یا سایت دیگران شود و داده های ارزشمند را اخذ کند (در اختیار گیرد و به خود منتقل نماید). این دو تعریف با توجه به اطلاق آیه ۳۸ سوره مائده و مالیت داشتن داده ها و اطلاعات یکی هستند. در آیه ۳۸ سوره مائده^۱ دو واژه « السارق و السارقة » آمده که در همان معنای لغوی و عرفی خویش یعنی دزدیدن اموال دیگران، به کار رفته و مؤید آن، نظرات علمای ادبیات عرب و مفسرین قرآنی است در معنایی که از این دو واژه ارائه کرده اند (طبرسی ۴ - ۱۹۱/۳ - راغب/۲۳۷ - ابن منظور/۶/۲۴۶). معنای ارائه شده هیچ تعارضی با مفهوم قرآنی آن ندارد، ضمن آن که معنای آن را عرف مردم زمان نزول آیه می فهمیدند و مفهوم آن برای آنها شناخته شده بود. با این وجود در روایتی از محمد بن مسلم نقل شده که امام صادق(ع) فرموده اند: « سارق کسی است که از مسلمانی چیزی که مواظبت کرده و حفظ شده است را بدزدد» (شیخ حرعاملی، ۴۸۳/۱۸) تعریف مزبور بر سرقت اینترنتی نیز منطبق است؛ به علاوه این که در تعریف سرقت حدی، قیدی نیامده که سرقت اینترنتی را از تحت آن خارج نماید. افزون بر آنچه گفته شد، آن چیزی که در سرقت مورد نهی می باشد، نفس و اصل ربایش مال غیر است، که این عمل ممکن است به شیوه های گوناگون و متعددی صورت گیرد ولی در اصل سرقت تغییر ایجاد نمی شود؛ یعنی ماهیت جدید حادث نمی شود بلکه تنها شیوه تحقق جرم، تغییر می کند.

نکته دیگر در تعریف سرقت، عنصر مال بودن عین مسروقه است. امروزه در عرف مردم - چنان که آمد - داده ها و اطلاعات اینترنتی در مصادیق متعددی آن، مال محسوب می شوند و دارای ارزش اقتصادی است زیرا اولاً قابل خرید و فروش و مبادله هستند، ثانیاً عرف عقلاً به آن رغبت نشان می دهند و مطلوب آنان است، ثالثاً

۱. السارق و السارقة فاقطعوا ایدیهما جزاءً بما کسبا نکالاً من الله و الله عزیز حکیم.

رافع نیازها و حوایج مردم در زندگی مادی و معنوی شان می باشد. بنابراین آنچه که در سرقت اینترنتی به سرقت می رود همانند سرقت فیزیکی، مالیت داشته و مشمول سرقت حدی می گردد.

۲- انطباق شرایط: شرایط سرقت حدی غالباً به گونه ای است که با نوع اینترنتی آن تعارضی ندارد و همه آن شرایط به نوعی در سرقت اینترنتی نیز موجود است. بعضی از این شرایط مانند بلوغ، عقل، علم و (طباطبایی ۱۵۱/۱۰) به سارق بر می گردد که بدیهی است اصلاً ارتباطی با اینترنت ندارد. برخی دیگر به مسروق بر می گردد که باز بخش اعظم آن اعم بوده و اختصاصی به غیر اینترنت ندارد؛ مثل این که گفته شده شیء سرقت شده متعلق به دیگری باشد، محترم باشد، مال مشترک نباشد و مانند آن (شیخ طوسی، *المبسوط*، ۱۵۳/۳ - علامه حلی ۲۲۷/۹ - البهوتی ۱۶۳/۶). برخی دیگر از این شرایط به مسروق فیه بر می گردد (کاشانی ۱۱۶/۳۸) که به نظر می رسد در ماهیت سرقت اینترنتی هیچ خللی به وجود نمی آورد و فقط در کیفیت مجازات از این جهت که در دارالعدل است یا در دارالحرب، ممکن است مؤثر باشد. موضوع هتک حرز که به عنوان یکی از شرایط سرقت حدی مطرح است، در سرقت اینترنتی نیز با شکستن قفل سایت یا فایل، تحقق پیدا می کند.

به نظر فقها برای حرز از جهت شرعی تعریفی وجود ندارد از این رو لازم است برای تشخیص آن به عرف مراجعه کرد (طباطبایی ۱۶۷/۱۰) به همین خاطر است که فقها در تبیین حرز بیشتر به ذکر مصادیق پرداخته اند تا بتوانند مقصود خودشان را از آنچه که استنباط کرده اند، بیان کنند؛ مثل گذاردن قفل، نصب دیوار، دفن کردن در آبادی، تحت نظر و مراقبت داشتن (ابن براج ۱۵۷/۲۳ - شهید ثانی ۲۲۴/۹). در فضای مجازی، فایلها حرز داده های الکترونیکی می باشند؛ یعنی در حقیقت موضع و مکان اطلاعات رایانه ای، فایل است که معمولاً با رمزها قفل می شود. از طرف دیگر با توجه به ملاکی که اکثر فقها ارائه و تشخیص حرز را به عرف واگذار کرده اند، می توان گفت

که دریافت کد رمز و به اجرا درآوردن آن و وارد شدن در فایل مورد نظر، همان هتک حرز محسوب می شود که اصطلاحاً بدان شکستن قفل یا شکستن پسورد (password) گویند و اگر کسی مرتکب چنین عملی گردد، عنوان سارق بر او بار می شود.

به عنوان مثال کارگردانی را در نظر بگیرید که فیلمی را پس از چند سال زحمت و تلاش تهیه کرده و به قصد اکران آن بر روی پرده سینما، آن را در سایت خویش ذخیره نماید. اما قبل از نمایش، کاربر سارقی هتک فایل کند و تمام آثار هنری آن را (اعم از فیلم و موسیقی) که هنوز به بازار عرضه نشده است، cut کند. بدون تردید عمل چنین کسی عرفاً مصداق بارز هتک حرز است و عنوان سارق بر او بار می گردد.

اما نکته ظریف و مهم در تحقق سرقت حلی، اخذ فیزیکی - یعنی گرفتن مال دیگران با دست و یا سایر اعضای بدن - است، زیرا آنچه از واژه «اخذ» در تعریف سرقت به ذهن متبادر می شود، همین می باشد، ولی در سرقت اینترنتی، کشف داده های دیگران و در اختیار خود قرار دادن آن فیزیکی نیست، بلکه به واسطه الکترونها جابجا و منتقل می شود؛ مثلاً کاربری قفل سایتی را باز و داده های آن را پنهانی به فایل خویش منتقل کند، سپس همان داده ها را در بازار الکترونیکی به دیگری بفروشد. در این فرض کاملاً معلوم است که فرد، فعل و انفعالات فیزیکی انجام نداده، بلکه صرفاً با ابزار اشاره گر رایانه ای این عمل را مرتکب شده است.

نکته قابل توجه این که آیت الله مکارم در بیان علت قطع دست با استناد به روایتی از امام رضا(ع) گوید: «لانه تباشر الاشياء (غالباً) بیمینه و هی افضل اعضائه و انفعها له فجعل قطعها نکالاً و عبره للخلق لئلا یتغوا اخذ الاموال من غیر حلها و لانه اکثر ما یباشر السرقة بیمینه» (استفتائات جدید ۳۵۷/۱). بر اساس این روایت علت قطع دست در سرقت حلی آن است که سارق، غالباً با دست دزدی می کند، از این رو قطع دست او واجب شده است، بنابراین، اخذ فیزیکی توسط دست اهمیت دارد تا بدین وسیله هم تنبیهی برای مجرم باشد و هم درس عبرتی برای دیگران.

وانگهی اگر بخواهیم حدّ قطع را در مورد سرقت اینترنتی جاری سازیم ، به نظر می رسد نمی توان به نتیجه ای بازدارنده و پیشگیرانه دست یافت ، ممکن است خود کاربر تا حدودی تنبیه شود ولی به هیچ وجه مانع از تکرار این عمل که از طریق مغز و هوش است ، نمی شود ، به ویژه این که اگر کسی نسبت بدان عادت کرده باشد. در سرقت فیزیکی از آنجایی که سارق غالباً با دستش سرقت را انجام می دهد ، با اجرای حدّ سرقت کمتر شده و یا احتمال عقیم ماندن سرقت بسیار بالاست ، اما در سرقت اینترنتی دست کارآیی چندانی ندارد ، بلکه هوش کاربر، نقش آفرین است که می تواند از حس گرهای بسیار قوی بدون بکار بردن عضوی به طور مستقیم کار خود را انجام دهد. از این رو در دنیای امروز بسیار مشهور و معروف است که هکرها انسانهای باهوشی هستند که گاهی برای اظهار وجود و مطرح ساختن خود و بعضاً هم برای سرگرمی و تفریح این کار را انجام می دهند.

نکته دیگر این که در سرقت اینترنتی که اجرای سرقت با مغز و هوش است، لازمه تحقق حدّ ، از بین رفتن مغز و مرگ سارق است که قطعاً مقصود قانونگذار اسلام نیست ، در حالی که اجرای حدّ قطع در سرقت ، بریدن عضوی از اعضا است. بر اساس آنچه آمد، در سرقت اینترنتی حدّ اقل این شبهه وجود دارد که آیا می توان دست کاربر سارق را که هیچ نقشی در سرقت ندارد، قطع کرد؟ با توجه به قاعده «درء» پاسخ منفی است زیرا بر اساس این قاعده، شبهه، رافع حدود می باشد و قابلیت اجرای آن از بین می رود.

با این تحلیل می توان گفت که حدّ قطع در سرقت اینترنتی اصلاً موضوعیت پیدا نمی کند و اجرای آن نیز چاره ساز نمی باشد ، بلکه در چنین مواردی تعزیر جایگزین آن می گردد. همانطوری که اگر کسی مقطوع الیدین و الرّجلین باشد و مرتکب سرقت حدی شود، امام در تأدیب و تعزیرش مخیر است (علامه حلّی، ۲۲۲/۹). محقق اردبیلی گوید: « اگر کسی سرقت کند در حالی که نه دست و نه پا داشته باشد ،

حبس می شود» (محقق اردبیلی، ۱۳/۲۶۲).

نکته دیگر جاری ساختن قاعده تفسیر مضیق و تفسیر به نفع متهم است، زیرا با توجه به آن چه آمد، حداقل این شبهه ایجاد می شود که اگر کسی مرتکب سرقت اینترنتی شد آیا حد قطع بر او جاری می گردد؟ در پاسخ می گوئیم با توجه به این که دست، نقشی در انجام سرقت مزبور ندارد، پس نمی توان به طور یقین حکم به قطع دست داد، و تا آنجا که ممکن است باید به نفع متهم و در جهت جرم زدایی تفسیر کرد. از طرف دیگر می دانیم که به دلیل قاعده «درء» حدود با اندک شبهه ای ساقط می گردد، از این رو در این گونه موارد که سرقت به نحو فیزیکی نیست، اجرای حد، شبهه ناک می گردد، در نتیجه حد، ساقط و تعزیر مناسب جایگزین آن می شود. به علاوه در صورتی که بخواهیم اخذ اینترنتی را در حکم اخذ فیزیکی قرار دهیم نیز اثبات سرقت حدی نمی کند، بلکه در نهایت موجب ضمان و تعزیر می گردد.

نظریه سوم: این که اخذ غیرمجاز اطلاعات کُد شده یا سرقت اینترنتی مشمول تعزیر می شود. آیه الله فاضل لنکرانی گوید: «کشف اطلاعات محرمانه یا کُد شده رمزارز جایز نیست و چنانچه از این طریق ضرر و زیانی وارد شود، احتمال ضمان بعید نیست، اما این مورد از مسأله سرقت در فقه خارج است و احکام آن را ندارد. والله العالم» (مأوی، ش ۲۲، ص ۸). هم چنین آیه الله موسوی اردبیلی گوید: «این اعمال، حرام است ولی اجرای حد نمی شود و از موارد تعزیر است.» آیه الله بهجت نیز در استفتایی که از او شده، سرقت اینترنتی را مشمول تعزیر دانسته است (همان).

در فتاوی فوق در مورد سرقت اینترنتی دو نکته آمده است: یکی مسؤولیت مدنی کاربر سارق و دیگری تعزیر او. مسؤولیت مدنی سارق اینترنتی که در فتوای آیه الله لنکرانی مطرح شده، امری مسلم و بدیهی است و او همانند سارق فیزیکی در سرقت حدی باید عین مال مسروقه را به صاحبش برگرداند و در صورت تلف شدن عین، مثل یا قیمت آن را بپردازد (محقق حلی ۴/۹۵۷). نهایت این که معیار مثلی و

قیمی در سرقت اینترنتی که منجر به اتلاف مال گردد، عرف است^۱، اما در عین حال با توجه به کاربرد رایانه و ماهیت آن می توان معیار مشخصی نیز ارائه داد؛ به این صورت اوصافی که در رایانه دخالت دارند، بر دو گونه اند: یا در ارزش آن به لحاظ اقتصادی دخالتی ندارند؛ مانند سیستم عامل و نرم افزارها که از محل بحث خارج است، و یا این که مؤثرند؛ مانند سی پی یو (پردازنده)، هارد، مادربورد، دستگاه خنک کننده و عموماً تمام قطعات سخت افزاری و داده ها و اطلاعات (Data)، که این صفات مورد نظرند. حال اتلافی که در رایانه صورت می گیرد یا دارای افرادی در خارج است که در نوع و صفت مثل یکدیگرند یا این که چنین نیست. در صورت اول، ضمانت از نوع مثلی است و در صورت دوم ضمانت از نوع قیمی می باشد.

اما در مورد حکم تعزیر با توجه به نکاتی که در نظریه دوم مطرح شد، کاملاً صحیح و موجه به نظر می رسد و دلیل آن علاوه بر عموم اذله تعزیر، قاعده «يُعْزَرُ كُلُّ مَنْ تَرَكَ وَاجِباً أَوْ فَعَلَ حَرَاماً» است. بنا بر این سرقت اینترنتی به دلیل عدم وجود شرایط حدی، از انواع محرمات می باشد و قاعده مزبور شامل آن می گردد، اما در عین حال از ذکر نکته ای نباید غافل ماند و آن این که در فتوای این دسته از فقها مبنای حکم به تعزیر در سرقت اینترنتی، عدم تحقق هتک حرز است چنان که در استفتایی که نگارنده در تاریخ ۸۶/۹/۲۵ با دفتر آیت الله فاضل انجام داد، در پاسخ به این سؤال که آیا سرقت اینترنتی حدی است یا تعزیری؟ آمده است: «خیر، سرقت حدی نیست و مصداق هتک حرز نیست و دلیل آن موکول به فقه است»^۲. با توجه به آن چه گفته شد به نظر می رسد در سرقت اینترنتی هتک حرز تحقق می یابد، منتها با این فرق که هتک حرز در سرقت اینترنتی با نَقَب و نَقَب و انهدام جدار است (موسوی اردبیلی/۶۳۷)

۱. هر چند که در کتب فقهی برای مثلی و قیمی تعاریف متعددی ارائه شده است (شیخ انصاری ۲۹۳/۱ و ۲۹۴) اما بسیاری از فقها معنای مثلی و قیمی را موکول به عرف می کنند (نجفی ۹۳/۳۷ - آخوند خراسانی ۲۰ - امام خمینی ۳۲۰/۲).

۲. لازم به ذکر است این استفتاء را نگارنده از طریق ایمیل خود در تاریخ ۸۶/۹/۲۵ با ایمیل دفتر ایشان انجام داده و پاسخ آن در مورخه ۸۶/۱۰/۴ صادر شده است.

اما در سرقت اینترنتی همراه با شکستن قفل سایت می باشد، و چه بسا شکستن آن که به لحاظ حفاظتی از دیوار و صندوق قوی تر است، مصداق بارزتری از هتک حرز محسوب گردد .

بنابراین به نظر می رسد علت اصلی تعزیری بودن سرقت اینترنتی، فقط به دلیل فقدان اخذ فیزیکی در سرقت اینترنتی است و به همین جهت آن را از سرقت حدی جدا می کنند . آیت الله موسوی اردبیلی در بحث سرقت در کتاب « فقه الحدود و التعزیرات » به عنوان یک قاعده کلی گوید : « و فی کل مورد من موارد عدم القطع بسبب عدم الموضوع یدل الحد تعزیراً بناءً علی ثبوتہ فی کل معصیة و خلاف » (ص ۷۴۶). بدون تردید در سرقت اینترنتی، دست موضوعیت پیدا نمی کند ، بنابراین از آن جایی که عمل خلافی صورت گرفته ، حد، تبدیل به تعزیر می شود .

راه های تعزیر در سرقت اینترنتی

با عنایت به مفاد لغوی تعزیر که همان منع و بازداشتن از فعل بد می باشد (شرتونی ۷۷۶/۲) و نیز با توجه به فلسفه وضع تعزیرات در حقوق اسلام که به عنوان مجازاتهای بازدارنده مطرح است و حاکم اسلامی مجازاتهایی را که جنبه اصلاحی و تهدیبی دارد ، برحسب صلاحدید خود و با توجه به نوع جرم و شرایط زمانی و مکانی اش ، برای مرتکبین آن تعیین می کند تا رادع گناهکار و زاجر دیگران باشد ، این سؤال مطرح است که راههای تعزیر در سرقت اینترنتی کدام است ؟ آیا همان چیزهایی است که توسط فقها مطرح شده ؛ مانند توبیخ ، سرتراشیدن ، در شهر گردانیدن ، تبعید، حبس، جزای نقدی و شلاق کمتر از حد (صافی گلپایگانی/۷۲ و ۷۳ - موسوی اردبیلی/۶۸) ، یا موارد دیگری را هم می توان لحاظ کرد؟

با توجه به این که هدف از اجرای حکم تعزیر در سرقت اینترنتی ، محرومیت و محدودیت سارق است و ثمره آن ایجاد امنیت در جامعه می باشد ، بنابراین در سرقت

مزبور که اخذ غیرفیزیکی بوده و از طریق هوش و فکر و مغز کاربر است؛ هرچند که شیوه های تعزیری فوق شاید بتواند تا حدودی مؤثر واقع شود، ولی به نظر می رسد با توجه به ماهیت عمل و نوع جرم و نحوه انجام آن باید شیوه ای را اتخاذ کرد تا هم کاربر سارق علاوه بر تنبیه و تأدیب، نتواند مجدداً مرتکب آن شود و هم برای دیگران درس عبرت باشد. آنچه ذیلاً به عنوان راههای تعزیر در سرقت اینترنتی می آید، پیشنهادهایی است که با مشورت متخصصین فن ارائه می گردد؛ مثلاً برنامه یا تراشه ای بسازند یا از او انگشت نگاری کنند که به محض این که دستش به سیستم اینترنتی برخورد نمود یا هر عضوی که به او پیوند دارد به آن برخورد کرد، سیستم به طور اتوماتیک قطع شود، یا عکس و آدرسش یا ID (معرفتی کننده هر کاربر در اینترنت) او به همه سایتها به عنوان سارق پخش شود، یا صاحبان کافی نت ها اساساً اجازه کارکردن با اینترنت را به او ندهند، یا سرورها به او سرویس ارائه ندهند، یا حداقل مکانیسمی تعبیه شود که نفوذ وی را در سایت هایی که داده های آنها جنبه مالی و اقتصادی دارد، مانند بانکهای الکترونیکی، کنترل کنند، یا این که همه سیستمها از web cam (دوربین های فیلم برداری) برخوردار باشند و از چهره کاربر نفوذ کننده، عکس و فیلم بگیرند تا در صورت سرقت، او را به همه سایت ها معرفی کنند و در صورتی که کاربری بخواهد چهره خویش را بپوشاند یا خود را از برابر دوربین، مخفی نگه دارد، مکانیسمی باشد که به او اجازه نفوذ ندهد یا سایت باز نشود، یا این که مخابرات به سایتها معتبر اطلاع دهد تا اجازه نفوذ به ID هایی که مربوط به کاربران سارق است، را ندهد.

هر یک از این موارد را حاکم اسلامی بر اساس قاعده « التعزیر بما یراه الحاکم » و با توجه به وضعیت کاربر سارق و کم و کیف جرم می تواند اعمال کند.

نتیجه

سرقت اینترنتی یکی از موضوعات مستحدثه ای است که فقها پیرامون حدی یا

تعزیری بودن آن، اختلاف نظر پیدا کرده اند. در این مقاله پس از بررسی ماهیت سرقت اینترنتی و تطبیق آن با سرقت حدی، این نتیجه به دست آمد که سرقت اینترنتی هم در تعریف و هم در شرایط با سرقت حدی مطابق است، به جز اخذ فیزیکی عین مسروقه که در سرقت حدی با دست و در جهان خارج است اما در سرقت اینترنتی عبارت است از کشف داده های دیگران و در اختیار خود قرار دادن آنها به واسطه الکترونها در فضای مجازی. به همین دلیل اجرای حد در سرقت مزبور با اشکالاتی روبروست که در مقاله بدان اشاره شد؛ از این رو حکم به تعزیر برای کاربر سارق به عنوان مجازات مناسب می تواند مطرح باشد.

شیوه تعزیر در سرقت اینترنتی با توجه به ماهیت و نوع سرقت و نحوه انجام آن باید به گونه ای باشد که اثرات لازم را در بازدارندگی و عدم تکرار جرم داشته باشد. موارد تعزیری که فقها در کتب فقهی شان آورده اند، شاید نتواند این هدف را تأمین کند، از این رو در مقاله، شیوه های تعزیری نو و جدیدی در ارتباط با سرقت اینترنتی به شمار آمد تا هم کاربر سارق علاوه بر تنبیه و تأدیب، نتواند مجدداً مرتکب آن شود و هم برای دیگران درس عبرتی باشد.

منابع

قرآن مجید.

آخوند خراسانی، ملا محمد کاظم، حاشیه کتاب المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۶ ق.

ابن ادریس، ابومنصور محمد، السرایر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة، علی اصغر مروارید، بیروت، مؤسسه فقه الشیعة و الدار الاسلامیة، ۱۴۱۰ ق.

ابن براج، قاضی عبدالعزیز، المهذب، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.

ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المعنی فی فقه الامام احمد بن حنبل، بیروت، داراحیاء

- التراث العربی، بی تا.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، داراحیاء التراث العربی و مؤسسه التاریخ العربی، ۱۴۱۸ ق.
- ابوجیب، سعدی، *القاموس الفقہی*، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۸ ق.
- امام خمینی، روح الله الموسوی، *تحریر الوسیله*، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا.
- _____ *الرسائل*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ق.
- بجنوردی، سید میرزا حسن، *القواعد الفقہی*، قم، دارالکتب العلمیه، ۱۳۸۹ ق.
- البهوتی الحنبلی، منصور بن یونس، *کشاف القناع عن متن الاقناع*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
- جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ ق.
- راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *مفردات الفاظ قرآن*، تهران، المکتبه المرتضویه، بی تا.
- زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۹ ق.
- شرتونی، سعید الخوری، *اقرب الموارد*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
- شیرازی، ابواسحاق ابراهیم، *المهذب فی فقه الامام الشافعی*، چاپ دارالمصادر الفقہیه، علی اصغر مروارید، بیروت، دارالتراث، ۱۴۲۱ ق.
- شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، بیروت، دارالعالم الاسلامی، بی تا.
- شیخ انصاری، مرتضی، *المکاسب*، بیروت، مؤسسه النعمان، ۱۴۱۰ ق.
- شیخ حرعاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسایل الشریعة*، بیروت، دار احیاء التراث العربیه، ۱۴۰۳ ق.
- شیخ طوسی، ابو جعفر محمد، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المکتبه المرتضویه، بی تا.

- صافی گلپایگانی، لطف الله، *التعزیر*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳.
- طباطبایی، سید علی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، بیروت، هیأت تألیف دارالهدی، ۱۴۱۲ ق.
- طبرسی، ابوعلی فضل بن الحسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- کاشانی (کاسانی)، علاء الدین ابوبکر، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرایع*، دارالمصادر الفقهیه.
- محقق اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، تهران، انتشارات انقلاب، بی تا.
- لنگرودی، محمد جعفر جعفری، *حقوق اموال*، تهران، انتشارات مشعل آزادی، ۱۳۵۶.
- مأوی، *مجله قوه قضائیه*، شماره ۸، مورخه ۸۲/۶/۲۹.
- مشکینی، علی، *مصطلحات الفقه*، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *استفتائات جدید*، گردآوری: ابوالقاسم علیان نژادی، قم، انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۸۴.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، *فقه الحدود و التعزیرات*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۴/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص ۶۹-۹۶

در آمدی بر استناد به قرآن کریم در علم اصول*

رضا حق پناه^۱

دانشجوی دکتری علوم قرآن و حدیث دانشگاه علوم اسلامی رضوی

حجة الإسلام و المسلمین حسن نقی زاده

استادیار دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

Email: naghizadeh@ferdowsi.um.ac.ir

چکیده

علم اصول دانشی گرانسنگ و در خدمت فهم متون دینی است؛ اما از سوی دیگر این دانش اعتبار و حجیت خود را وامدار قرآن کریم می باشد. آیات قرآن، در اعتبار بخشی و حجیت این دانش، از نقش و تأثیری ویژه برخوردار می باشند. این نقش را باید در قالب مبناسازی ملاحظه نمود که «آیات الاصول»، تجلی این مبناسازی به حساب می آیند. بررسی به عمل آمده نشان می دهد که به رغم اهمیت شناسایی، گرد آوری و تحلیل این بخش از آیات، تا کنون پژوهش فراگیر و جامعی در این خصوص انجام نپذیرفته است. افزون بر آن، تأمل در این حوزه این نتیجه را بدست می دهد که استفاده از آیات اصولی در بستر تاریخ اسلام از روندی رو به رشد برخوردار نبوده است. این مقاله ضمن ارائه تاریخچه‌ای از بهره مندی عالمان اصولی از قرآن کریم در مقام استناد و استدلال، کارآمدی رهنمودهای قرآنی را در مورد اصالة البرائة به عنوان نمونه نشان خواهد داد.

کلید واژه‌ها: قرآن کریم، علم اصول، استنباط، اصالة البرائة.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۱۲/۰۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۸/۰۸/۰۳.

۱ . نویسنده مسؤول.

طرح مسأله

علم اصول دانشی دستوری و در خدمت فهم قرآن است. مسلمانان از روز نخست، بر اساس آموزه های قرآن و سخنان پیامبر اکرم (ص) موظف بوده اند مرامنامه نظری و عملی دین را از دل کتاب و سنت، عالمانه دریافت نمایند، اصول را بازشناخته و فروع را به آن ارجاع دهند. امامان شیعه نیز ضمن اینکه شاگردان خود را به تفکر و تعمق در فهم دین تشویق و ترغیب فرموده اند، در سر لوحه تعالیشان، منهج فقهی، مبنا و روش فقهت را تبیین کرده اند. در این راستا، مهمترین ابزارها را تبیین نموده اند که علم اصول را می توان از مهمترین آنها برشمرد. اما نباید غافل ماند که این دانش خود نیازمند اعتبار و مبنای پذیرفته شده است؛ از جمله این مبانی، قرآن مجید است. به همین جهت اصولیان مجدانه تلاش نموده اند بخشی از قواعد اصول فقه را با استناد به قرآن، مدلل و اثبات نمایند. چنانکه به عنوان نمونه، کوشیده اند حجیت خبر واحد را به آیاتی چند از قبیل آیه نبأ اثبات کنند (سید مرتضی، ۵۶/۲؛ طوسی، ۱۱۱/۱؛ حلی، ۱۴۹؛ تونی، ۱۴۵؛ انصاری، ۶۵/۱) یا اصولیان اهل سنت برای حجیت اجماع، استحسان و قیاس، به آیاتی از کتاب الهی استدلال کرده اند (سرخسی، ۱۲۵/۲؛ غزالی، ۱۴۱۷، ۱۷۲/۱)، و در برابر، اصولیان شیعی، استدلال آنان را به چالش کشیده اند (طوسی، ۶۷۴/۲؛ حکیم، ۳۳۴). پر واضح است که حجیت یا عدم حجیت این استنادها، به سهم خود می تواند فقیهان را در مواجهه با قرآن و احکام آن یاری کند.

بی گمان پایه های برخی از قواعد دانش اصول را، در آیات قرآنی می توان یافت. قرآن کریم نه تنها برخی از مسائل فقهی را بیان فرموده است، بلکه مسیر کشف مسایل ناگفته را هم نشان داده است تا فقیهان بتوانند در پرتو آن به فروع دست یابند. آیات القواعد (مصطفوی، ۷) و یا «آیات الاصول» چنین نقشی برعهده دارند. «آیات الاصول» بیانگر قواعد کلی اصولی است که نتیجه آن قواعد عام، شناخت وظیفه فعلی مکلفان و تشخیص موارد آن بوده، و در حقیقت از مبادی تصدیقه علم فقه است (آیت الله خویی،

(۷/۱).

اما در اینجا این مسأله مطرح است که اصولیان پیشین امامیه، مانند شیخ طوسی و شیخ مفید، در طرح مسائل اصولی عنایت بیشتری به آیات قرآن مبذول داشته و کوشیده‌اند حضور قرآن را در عرصه علم اصول پررنگ نمایند، هرچند دایره آن محدودتر از میزانی است که در اصول اهل سنت مطرح شده است اما در مقایسه با اصولیان متأخر افزون‌تر است. چرا که استناد و استشهاد به آیات قرآن در آثار اصولیان متأخر بسی کمتر از پیشینیان است. و این خود جای یک پرسش را باقی می‌گذارد که چرا در منابع متأخر اصولی توجه کمتری به طرح و بررسی آیات شده است؟ پژوهش حاضر ضمن ارائه آمار تقریبی استناد اصولیان مشهور در طول تاریخ دانش اصول، بر این نکته تأکید می‌ورزد که باید راه حضور حداکثری قرآن را در دانش اصول فراهم نمود. و این حضور را با تدوین راهبردهایی نهادینه ساخت.

در ارتباط با این موضوع، چند پرسش اساسی مطرح است: ۱- آیا قرآن کریم خود در جهت فهم مسائل اصولی نقشی دارد؟ ۲- در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا این نقش به صورت استنادی است یا استشهادی یا هر دو؟ ۳- چرا در اصول شیعه در سده‌های اخیر نقش قرآن کم رنگ شده است؟ و آیا این امر بدان سبب است که دلالت آیات را ناتمام می‌دانسته‌اند یا روایات را برای تثبیت قاعده اصولی کافی می‌شمرده‌اند، یا عوامل دیگری داشته است؟ ۴- چگونه می‌توان از آیات کریمه قرآن در جهت بالنده نمودن علم اصول، بهره گرفت؟

سیر بحث را بدین‌گونه هم می‌توان مطرح نمود که آیا اعتبار دانش اصول از قرآن است؟ بر این فرض اصول یک علم بر آمده از شرع است. یا آنکه منشأ گرفته از حکم عقل و سیره عقلا بوده و آیات شریفه قرآن صرفاً جنبه تأییدی و استشهادی دارند؟ در آغاز باید گفت: اصولیان نوعاً در کتابهای اصولی خود متذکر این نکته نشده‌اند که منبع و مصدر علم اصول فقه چیست؟ و این امر نه از سر غفلت و کم‌توجهی، بلکه

بدان جهت بوده که در گذشته، مسائل مربوط به تاریخ علم و چگونگی پیدایش و تحول شاخه‌های علوم مورد بحث قرار نمی گرفته است. اما با نگاهی به موضوعات مطروحه در علم اصول، و نیز برخی سخنان صاحب‌نظران، کما بیش می‌توان به این نکته پی برد که ریشه مسائل اصولی عقل است یا شرع؟

از محققان شیعه، فاضل تونی بر این باور است که یک مجتهد به نه علم نیاز دارد: سه علم ادبی، سه علم عقلی و سه علم نقلی. وی نخستین علم عقلی مورد احتیاج مجتهد را عبارت از علم اصول می‌داند (تونی، ۲۵۰-۲۵۱). اما امام خمینی می‌نویسد: اصول فقه مدار استنباط فقه بوده، و اکثر مدارک مسائل اصولی در قرآن حکیم، روایات و مرتکزات فطری عرفی عقلایی موجود است؛ و پاره‌ای از مسائل آن، مانند اجتماع امر و نهی، از مباحث عقلی است (تهذیب الاصول، ۱۴۰/۳). آیت الله خوئی قواعد اصولی را به چهار بخش کلی تقسیم نموده، برخی از مباحث را (مانند مقدمه واجب، مبحث اجتماع امر و نهی و ضد) عقلی، و برخی را شرعی دانسته است (مباحثی از قبیل اصول عملیه شرعی؛ استصحاب، برائت و احتیاط شرعی از این دسته محسوب می‌شوند) (آیت الله خوئی، ۸/۱؛ و همو، ۱۱۸/۲).

برخی هم ضمن آن‌که مسائل اصولی را به هشت بخش تقسیم نموده‌اند و منبع همه آنها را علوم ادبی، لغت و عرف، حکم عقل و روش عقلایی شمرده و چنین نتیجه گرفته‌اند که: «علم اصول از لحاظ مسائل، علمی است التقاطی، قریب به همه مسائل آن از علوم دیگر اقتباس شده است، ولی در عین حال نمی‌توان گفت: علم اصول علم مستقلی نیست... [زیرا] تمایز علوم به اختلاف اغراض است نه به اختلاف مسائل، ممکن است دو علم در پاره‌ای از مسائل اشتراک داشته باشد، نهایت در این صورت باید بر این مسائل دو غرض مترتب باشد که به اعتبار هر یک، علمی تدوین شده است؛ مسائل علم اصول غالباً از همین قبیل است، بر بسیاری از آنها چند غرض مترتب است که به اعتبار هر یک احیاناً علمی تدوین شده و یا ممکن است تدوین شود. اگر در

اصول مطرح است برای این است که کبرای قیاس استنباط، واقع می شود و اگر در علوم دیگر مطرح می شود به جهت امر دیگر است» (گرچی، ۳۱۲-۳۱۳).

دکتر عبدالهادی فضلی معتقد است در اصول فقه سه روش وجود دارد: ۱- روش نقلی؛ که بر اساس آن نصوص کتاب و سنت تنها منبع تغذیه اصول فقه به شمار می رود. ۲- روش عقلی؛ که طبق آن فقط عقل فطری و سیره عقلاست که منبع معتبر برای اصول فقه است و به آیات و روایات به عنوان تأیید و تأکید نظر دارد. ۳- روش تکاملی و حد وسط، که هم از نقل و هم از عقل، بهره می گیرد (فضلی، ۱/ ۵۶). روش سوم عقل را دلیل بر حجیت قواعد اصولی می گیرد و کتاب و سنت را دلیل و منبع احکام فقهی؛ بنابراین قواعد اصولیه ای یافت می شود که راه اثبات حجیت آنها عقل است و جزئیاتی هم وجود دارد که عبارت از نصوص شرعی یعنی آیات و روایات باشد و راه شناخت معنای آنها تطبیق قواعد لغت عربی است (همو، ۱/ ۶۶). وی در جای دیگر تصریح می کند: «انّ مصدر اصول الفقه هو سیره العقلاء، و إليها ترجع کل المدرکات العقلیه الّتی یذکرها الاصولیون فی ابواب الاصول. و ان ما ورد فی نصوص شرعیه (آیات او روایات) فی قضایا الاصول هی إقرار و إمضاء للسیره العقلانیه» (همو، ۱/ ۱۱۹). طبق این اظهارات، قواعد اصولی نوعاً ریشه در امور مرتکز عقلایی یا علوم ادبی دارد.

اما از آنجا که برخی از مسائل دانش اصول در آیات قرآن مطرح گردیده، چنین به نظر نمی آید که همه آیات صرفاً موید باشند. بخشی از مسائل اصولی مطابق عقل و فطرت است و آیات موید این بخش است؛ مانند حجیت قول پیامبر (ص) و حجیت ظهورات قرآن. ولی بخش دیگری از آن، مثل برائت و احتیاط شرعی جنبه تبعیدی دارد.^۱ در همان بخش نخست نیز، آیاتی که امضا کننده بنای عقلاست از اهمیت بسزایی برخوردارند. یعنی حتی اگر تمام قواعد اصولی بر پایه ارتکازات عقلایی، لغوی و ادبی

۱. البته این سخن بنا بر آن است که برائت عقلی را ناتمام بدانیم. و گرنه برائت شرعی بر پایه همان برائت عقلی خواهد بود و آیات قرآن مؤید می باشند.

مبتنی باشد، و آیات فقط جنبه تأییدی داشته باشد، باز هم جامعیت قرآن از یکسو و تنبیه و تأکید بر آنچه مقتضای عقل یا بنای عقلاست و جلوگیری از غفلت آدمیان ایجاب می کند که اهل تحقیق بی نیاز از قرآن نبوده و حتی به صورت تأیید هم که باشد باید آیات قرآن در دانش کلیدی اصول مطرح شود و مهجور نماند. از این رو چنان که سایر علوم، در بستر فرهنگ اسلام سر بر آورده و رشد کرده اند و توسط عالمان دین نظام مند گردیده اند و از آنجا که علم فقه به عنوان دانش مستقلی در قرآن مطرح نیست؛ اما در عین حال فقیهان با استفاده از قرآن کریم این علوم را سامان داده اند و بخشی از آیات را به عنوان «آیات الاحکام» استخراج و مباحث آن را تدوین نموده اند، می توانند نسبت به آیاتی متعرض مسائل اصولی شده و می توانند به گونه ای شاهد و مدرکی برای مسائل اصولی باشند، قابل استخراج و تدوین است که تا کنون این آیات در مجموعه ای مستقل گرد هم نیامده اند.

این پژوهش ضمن ارایه پاسخی مستدل و منطقی به مکتب اخباری (که معتقدند دانش اصول در شیعه، دانشی عاریتی و برگرفته از اهل سنت است و با وجود اخبار ائمه (ع) نیازی به غیر آن نیست، استرآبادی، ۷۷ و ۱۰۴؛ بحرانی، ۳۶۱/۹-۳۶۷)، این نکته را هم اثبات می کند که بسیاری از مباحث و قواعد اصولی بر آیات قرآن مبتنی بوده و ضروری است که هرچه بیشتر مسیر استفاده کاملتر از قرآن در علم اصول فراهم گردد. عنایت کمتر اصولیان در استناد به آیات قرآن، شبهات اخباریان را تقویت می کند؛ اما با این رویکرد، هم حضور پر برکت و حرکت آفرین قرآن در اصول فقه مشهود می گردد و هم به ادعای بیگانگی اصول فقه با قرآن و متون دینی، پاسخ داده می شود.

پیشینه تحقیق

در اینکه اصولیان اهل سنت و شیعه در طول تاریخ دانش اصول فقه به آیات قرآن استناد و استشهاد نموده اند تردیدی نیست. ولی در اینجا سؤالی مطرح است که آیا

شیعه در تمسک به آیات در قلمرو اصول، از اهل سنت اثر پذیرفته یا بر اصول آنان اثر گذاشته یا هریک مسیر خود را پیموده‌اند؟ و نیز کدام یک در استناد به آیات پیشگام بوده است و کدام مؤخر؟ در این باره می‌توان ادعا نمود که هرچند در میان آموزه‌های ائمه (ع) اشاره‌هایی به برخی از قواعد اصولی یافت می‌شود؛ اما از آنجا که تدوین کتابهای اصولی در حوزه تشیع متأخر از اهل سنت بوده، اصولیان امامی هم در تنظیم مطالب اصولی و هم در استناد به آیات، متأثر از اهل سنت بوده‌اند. عبد الهادی الفضلی می‌نویسد: وقتی که سید مرتضی خواست الذریعه را (به عنوان اولین اثر اصولی کامل شیعی) تدوین کند، آنچه پیش رو داشت یکی کتاب استادش شیخ مفید بود، که در نهایت اختصار بود؛ و دیگری، کتابهای اصولی اهل سنت که هم کامل بودند و هم فراوان و همین واقعیت بود که سید را وادار می‌نمود که دست‌کم به لحاظ فنی به این آثار مراجعه نماید (فضلی، ۶۶/۱).

پیش از سید نیز اصحاب ائمه (ع) ناظر به سخنان و برداشتهای اصولی اهل سنت از قرآن، کتابهایی در رد آنها می‌نگاشتند؛ از جمله ابوسهل نوبختی، اسماعیل بن علی کتاب «ابطال القیاس» و کتاب «نقض اجتهاد الرأی» را نوشت (امین عاملی، ۳/۳۸۷). به عنوان نمونه در خصوص حجیت خبر واحد، قدیمی‌ترین کتابهایی که به آیه نبأ برای حجیت آن استناد کرده است متعلق به اهل سنت است؛ از جمله به نظر می‌رسد اولین کسی که به آیه استناد کرده محمد بن ادریس شافعی (متوفای ۲۰۴ ق.) می‌باشد (شافعی ۹۹/۷)؛ آنگاه بخاری (متوفای ۲۵۶ ق.) در صحیح خود در بابی با عنوان «ما جاء فی اجازة الخبر الواحد الصدوق فی الاذان و الصلاة و الفرائض و الاحکام»، به این آیه استدلال کرده است (بخاری، ۱۳۲/۸)؛ پس از او مسلم بن حجاج (متوفای ۲۶۱ ق.) در صحیح خود (مسلم بن حجاج، ۷/۱ و ۷)؛ و نیز محمد بن ادریس رازی (متوفای ۳۲۷ ق.) در الجرح و التعديل (رازی، ۴/۲) و جصاص (متوفای ۳۷۰ ق.) در کتاب اصولی خود (جصاص، ۸۰/۳) به آیه نبأ تمسک کرده است. اصولیان امامی پس از تدوین کتابهای

اصولی به استدلال به این آیه پرداختند؛ مانند شیخ مفید، سید مرتضی، شیخ طوسی و علامه حلی و دیگران. نمونه دیگر استدلال به آیه شریفه «و ما کنا معذبین حتی نبعث رسولا» (اسرا/۱۵) برای اثبات اصل برائت شرعی است که اول بار در آثار اهل سنت آمده و سپس اصولیان شیعه در کتاب‌های خود آورده‌اند.^۱

اما تا آنجا که مطلعیم تألیف مستقلی به عنوان «آیات الاصول» توسط عالمان شیعه و اهل سنت تاکنون نگاشته نشده است؛^۲ تنها اصولیان به مناسبت بحث از مسائل اصولی، به آیاتی چند استناد و یا استشهاد کرده اند، و برخی نیز در ضمن آثار خود، به آیاتی که در علم اصول می توان به آنها استناد کرد، اشاره نموده اند. به عنوان مثال ابن شهر آشوب مازندرانی، از عالمان قرن ششم، در «متشابهات القرآن و مختلفه» تعدادی از آیاتی را که راجع به اصول فقه است، ذکر نموده و چگونگی دلالت آیه را بر مطلب اصولی مورد نظر ذکر نموده است (ابن شهر آشوب، ۱۳۲۸، ۱۴۰/۲-۱۵۷).

علامه مجلسی در بحار الانوار، در بابی با عنوان «ما یمکن ان یستنبط من الآیات و الاخبار من متفرقات مسائل اصول الفقه» (مجلسی، ۲۶۸/۲ باب ۳۳)، حدود صد آیه را به ترتیب سوره های قرآن ذکر می کند، اما مشخص نمی کند که این آیات مربوط به کدامین مورد از مسائل اصول فقه است.

پس از علامه مجلسی، سید عبد الله شبر (م ۱۲۴۲ق.) کتاب «الاصول الاصلیه و القواعد الشرعیه» را نگاشته که دارای حدود صد باب است و در هر باب، ابتدا هر آیه ای را که مناسب تشخیص داده (که در مجموع ۱۳۴ آیه می باشد)، آورده است؛ سپس روایات را ذکر می کند.

۱. مانند: ابن جریر طبری (م ۳۱۰ق.) در *جامع البیان*، ج ۹، ص ۱۵ و ج ۱۵، ص ۷۰؛ جعفر نحاس (م ۳۳۸ق.) در *معانی القرآن*، ج ۴، ص ۱۳۲ و جصاص در *احکام القرآن*، ج ۳، ص ۲۵۴. پس از آنهاست که می بینیم سید مرتضی در *الامالی*، ج ۱، ص ۳ و شیخ طوسی در *التبیین*، ج ۴، ص ۱۱۰ و دیگر اصولیان امامی برای اثبات اصل برائت شرعی به این آیه استدلال کرده‌اند.

۲ در اهل سنت کتابی اخیراً با عنوان: «استدلال الاصولیین بالکتاب و السنه علی القواعد الاصولیه» تألف عیاض بن نامی السلمی، ریاض، (چاپ اول، ۱۴۱۸ق.) نگاشته شده است. وی نیمی از کتاب خود را به گزارش چگونگی استدلال اصولیان به آیات قرآن، و نیم دیگر را به استدلال به روایات بر اصول فقه اختصاص داده است.

مرحوم آیت الله بروجردی نیز در «جامع احادیث الشیعه» در آغاز چندین باب، آیات دال بر قواعد اصولی را عرضه نموده است.^۱

از آخرین پژوهش‌ها در این زمینه، اشاره‌های اجمالی اما پر محتوای شیخ باقر ایروانی است. وی در کتاب «دروس تمهیدیه فی تفسیر آیات الاحکام» فصلی را با عنوان «مسائل اصول الفقه فی الکتاب الکریم»، گشوده است و ضمن یاد کرد دوازده مسأله اصولی،^۲ در مجموع، چهل و چهار آیه قرآنی را مورد استناد قرار داده است (ایروانی، ۶۶۰/۲-۶۶۹).

روند تاریخی استناد به آیات قرآن در کتابهای اصولی

تأملی در تاریخ پر فراز و فرود دانش اصول فقه نشان می‌دهد که تمسک اصولیان به آیات قرآن، روند نزولی داشته است و در قرون اولیه این جریان از رونق بیشتری برخوردار بوده است.

مرحوم شیخ مفید (۴۱۳ق.)، که اجتهاد شیعه را سامان داد (امین عاملی، ۲۲/۹؛ گرجی، ۱۴۵) تمسک به قرآن را با استفاده از قواعد اصولی توسعه بخشید (مفید، ۲۹، ۳۱، ۳۲، ۳۴). اصول وی را می‌شود «قرآن محور» نامید؛ چرا که مباحث الفاظ را که اختصاص به قرآن ندارد و شامل سنت هم می‌گردد، بر محور قرآن طرح کرده است. ایشان هم چنین معانی قرآن را به دو بخش ظاهر و باطن تقسیم کرده، امر و نهی و خیر و تقریر را از انواع اصول معانی قرآن شمرده است (مفید، ۱۴۱۴، ص ۲۹)، افزون بر این، مثال‌های مباحث اصولی را غالباً از قرآن انتخاب کرده است.^۳

۱. از جمله: حجیت ظواهر، ج ۱، ص ۱۰۴؛ حجیت سنت پیامبر (ص)، همان، ص ۱۲۰؛ حجیت خبر ثقه، همان، ص ۲۱۹.

۲. حجیت خبر واحد، حجیت بینة، حجیت سنت پیامبر (ص)، حجیت سنت اهل بیت (ع)، سنت صحابی، قیاس، حجیت اجماع، اصل برائت، اصل احتیاط، عدم حجیت ظن، مشروط بودن قدرت در تکلیف، برداشته شدن تکلیف با اکراه.

۳. مرحوم مفید در کتاب «التذکرة باصول الفقه» که ۴۵ صفحه است، جمعاً ۲۶ آیه را مورد استناد قرار داده است.

پس از شیخ مفید، دو تن از شاگردانش، سید مرتضی (۴۳۶ق.) و شیخ طوسی، محمد بن حسن (۴۶۰ق.)، که از بزرگترین دانشمندان شیعه امامیه به حساب می آیند، علم اصول را به غایت کمال خود رساندند.

کتاب «الذریعه»^۱ی سید مرتضی نخستین اثر گسترده اصولی شیعه است که تمامی مباحث اصولی را به صورت مفصل و جامع بررسی کرده است. سید استنادات فراوانی به آیات قرآن دارد. او در مجموع ۱۵۴ آیه ذکر کرده است که بخش عمده ای از این آیات، جنبه استشهادی دارد (سید مرتضی، ۲۸/۱۳۴۶، ۱۱۰، ۲۰۸، ۲۹۹، ۳۶۶).

شیخ طوسی در «العدة فی اصول الفقه» که گامی سترگ به سوی تحول علم اصول محسوب می شود، به گونه چشمگیری به آیات قرآن تمسک می کند. تا آنجا که بیش از ۲۲۱ مورد به آیات استناد کرده است (طوسی، ۷۶۷/۲). البته شیخ در این مسأله از استاد خود شیخ مفید الهام گرفته است (ضمیری، ۱۹۲) و ویژگی طوسی آن است که در علوم مختلف صاحب نظر است؛ وی علاوه بر دانش فقه و اصول، مفسر و محدثی توانمند است و این ویژگی در آثار مختلف او آشکار می باشد (طوسی، ۴۶۲-۴۵۷/۲ و ۵۴۶). ایشان در اکثر مباحث اصولی، به مناسبتهای مختلف به آیات گوناگونی تمسک کرده است؛ در واقع اصول او از گذرگاه قرآن عبور کرده است. از باب نمونه، در خصوص جواز تأخیر بیان از وقت حاجت به آیات ۷۱-۶۷ سوره بقره که مربوط به ذبح گاو بنی اسرائیل می باشد، استناد نموده است (همو، ۵۷/۲).

لازم به ذکر است که بخشی از این آیات، جنبه استدلالی دارد، و وی سعی نموده به کمک آنها قاعده ای اصولی را تأسیس نماید^۲ (همو، ۱۱۰/۱)؛ اما بخش زیادتری از این آیات جنبه استشهادی دارد (همو، ۱۶۵/۱) و گاهی هم مسائل کلامی را با آیه ای از قرآن مدلل می کند^۳ (همو، ۵۶۹/۲ و ۵۷۵).

۱. برای نمونه، وی برای اثبات حجیت خیر واحد آیه نبأ را می آورد (العدة، ج ۱، ص ۱۱۰)، و در مورد دلیل خطاب، ج ۲، ص ۴۶۹، رد تمسک به آیه ۱۱۵ نساء در مورد اجماع، همان، ج ۲، ص ۶۰۵.
 ۲. مانند معنای تاسی به پیامبر (ص)، ج ۲، ص ۵۶۹؛ گوناگونی افعال پیامبر (ص) همان، ج ۲، ص ۵۷۵. و این بدان جهت بوده که در آن دوران برخی مسائل کلامی را در علم اصول طرح و بررسی می نموده اند. اما در دوره های بعد تقریباً علم اصول از مسائل کلامی پیراسته شد.

محقق حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن (م ۶۰۲-۶۷۶ ق.)، کتاب «معارج الاصول» را تألیف نمود که سالیان طولانی در حوزه‌های علمیه تدریس می‌شد. این کتاب جامع همه مباحث اصولی در ده باب است و در ۱۰۴ مورد به آیات قرآن تمسک کرده است. پس از وی باید از علامه حلی، حسن بن یوسف (۶۴۸-۷۲۶ ق.) یاد کرد که آثار زیادی در علم اصول تألیف نموده است، که دو اثر وی برجسته و ماندگار است؛ یکی «مبادئ الوصول الی علم الاصول»؛ است که در آن در مجموع ۵۱ آیه را برای اثبات مباحث اصولی ذکر نموده،^۱ و گاه تمسک دیگران را ناموجه شمرده است (علامه حلی، ۱۱۰). اثر دیگر وی «تهذیب الوصول الی علم الاصول» است. علامه در این کتاب به ۱۳۲ آیه، گاه در مسائل کلامی^۲ (علامه حلی، ۱۴۲۱، ۱۷۴-۱۷۵)، و گاه به عنوان پشتوانه یک قاعده اصولی،^۳ و گاه به عنوان شاهد مثال^۴ (همو، ۷۷، ۷۳، ۷۹) استناد کرده است.

پس از این دوره استناد به آیات قرآن کم رنگتر می‌شود. و فی المثل، اصولی صاحب نامی چون حسن بن زین الدین (۱۰۱۱ ق.) در «معالم الدین» فقط تعداد ۳۹ بار

۱. برای نمونه: مبادئ الوصول: دلالت صیغه امر بر وجوب، ص ۹۱؛ مکلف بودن کفار به فروع، ص ۱۱۰؛ عدم حجیت قیاس، ص ۲۱۴؛ عدم جواز تقلید در حق پیامبر (ص)، ص ۲۴۷؛ حجیت خبر واحد، ص ۲۰۴؛ حجیت اجماع العتره (ع)، همان، ص ۱۹۵.

۲. به عنوان مثال در یک جا می‌نویسد: «الاقرب انه (ص) قبل النبوه لم یکن متعبدا بشرع احد و الا لاشتهر و لافتخر به اربابها اما بعد النبوه فالحق انه کذلک، و قوله تعالی: فیهدهم اقتده» (انعام/۹۰) امره بالاعتداء بالهدی المشترك من التوحید و شبهه»، همان، ص ۱۷۹؛ و در جای دیگر می‌گوید: الحق انه لم یکن متعبدا بالاجتهاد، لقوله تعالی «و ما ینطق عن الهوی»، (نجم/۳۰)، همان، ص ۲۸۳.

۳. مانند این که تاخیر بیان از وقت حاجت صحیح نیست، همان، ص ۱۶۵؛ صیغه امر حقیقت در وجوب است، ص ۹۶؛ جواز تخصیص قرآن با قرآن، ص ۱۴۷؛ مطلق و مقید، ص ۱۵۴؛ حجیت خبر واحد، ص ۲۲۹؛ جواز تقلید برای عامی در فروع دین، ص ۱۲۲.

۴. مانند تفاوت حقیقت و مجاز، همان، ص ۷۷؛ وجود مجاز در لغت، ص ۷۹-۸۰؛ مانند این که استعمال لفظ مشترک در همه معانی جایز نیست مگر به نحو مجاز، اما برخی آن را جایز شمرده اند به خاطر این آیات: «ان الله و ملائکته یصلون علی النبی» (احزاب/۵۶)، «الم تر ان الله یسجد له من فی السماوات و من فی الارض»، (حج/۱۸)، همان، ص ۷۳.

به قرآن تمسک نموده است.^۱ میرزای قمی در «قوانین الاصول» ۱۲۵ آیه را آورده است. مرحوم شیخ انصاری (۱۲۸۱ق) در «فرائد الاصول» ۱۱۶ آیه را به مناسبتهای مختلف ذکر کرده است (انصاری، ۱۶۵/۴)، که بخشی از آنها مانند آیاتی که برای حجیت خبر واحد استناد شده است جنبه استنادی دارد (همو، ۲۵۴/۱) همچنین آیات مربوط به اصالة الاباحه و حلیت (همو، ۱/ ۱۴۸-۱۴۹ و ۲۴۷)، ثمره حجیت ظواهر کتاب (همو، ۱/۱۵۵)، اصل صحت (همو، ۳/۳۴۵)، استصحاب شرایع سابقه (همو، ۳/۲۲۹)، اختلاف قرائات (همو، ۱/۲۴۸). البته شیخ دلالت بعضی از آیات را بر مدعا، زیر سؤال برده است؛ و بخش دیگری از آیات ذکر شده برای استشهاد است (همو، ۳۱/۲ و ۳۲۳).

پس از ایشان، مرحوم آخوند محمد کاظم خراسانی (۱۳۲۸ق.) در «کفایه الاصول» مجموعاً تعداد ۳۶ آیه را ذکر کرده است. به عنوان مثال مواردی چون آیه نفر، آیه کتمان، و آیه سؤال از اهل ذکر را برای اثبات حجیت خبر واحد آورده (و البته دلالت هیچ کدام را تمام ندانسته و در استدلال به آنها خدشه وارد می کند)، (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۲۹۶) و در این خصوص که امر بر وجوب دلالت دارد، به آیه «فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ» (نور/۶۳) تمسک نموده است (همو، ۶۳) و بعضی هم جنبه استشهادی دارد (همو، ۶۲، ۱۹۷، ۲۳۲، ۲۵۳، ۳۳۹). مرحوم حاج شیخ عبد الکریم حائری در «درر الفوائد» ۲۸ آیه؛ و مرحوم مظفر در مجموع ۵۴ آیه را در «اصول الفقه» مورد بحث قرار داده است.

از عالمان معاصر، مرحوم آیت الله خویی، چنانکه از جستجو در دو جلد «مصباح الاصول» به دست آمد، حدود ۳۵ آیه را مطرح نموده است. تعدادی از این آیات جنبه استنادی و مبناسازی برای قواعد اصولی دارند (آیت الله خویی، ۲/ ۱۱۳، ۱۵۲، ۱۸۳، ۱۸۷، ۱۸۹، ۲۵۵). و برخی هم تنها از جنبه استشهادی برخوردارند (همان، ۲۱/۲، ۴۰،

۱. برخی از این آیات جنبه استنادی دارد؛ مانند این که امر دال بر وجوب است، با استناد به آیه ۱۲ سوره اعراف و ۳۴ سوره بقره و ۶۳ سوره نور، معالم الدین، ص ۴۷-۴۸؛ مفهوم شرط، با استناد به آیه ۲۸۲ سوره بقره، و ۳۳ سوره نور، همان، ص ۷۸.

۶، ۱۱۴). و امام خمینی در دو جلد «مناهج الوصول الی علم الاصول» ۱۴ آیه را مورد بحث قرار داده است.

دیگر اصولیان نیز، هریک به سهم خود در این راه تلاش کرده و آیاتی از قرآن کریم را مورد استناد قرار داده اند، اما سوگمندان باید گفت در شرایط کنونی، عنایت اصولیان شیعه به قرآن از جدّیت بایسته ای برخوردار نیست؛ و در پاره ای از موارد، استناد اصولیان اهل سنت به آیات قرآن افزون تر به نظر می‌رسد.^۱ برای نمونه سرخسی در اصول خود حدود ۴۱۲ آیه را مورد استناد و استشهاد قرار داده (سرخسی، ج ۱ و ۲)، غزالی حدود ۴۱۰ آیه (غزالی، ۱۴۱۷)، شاطبی حدود ۹۷۳ آیه (شاطبی، ۲۱۱/۴)، شوکانی حدود ۳۳۴ آیه (شوکانی، ۴۸۱-۴۹۴)، و جصاص در اصول خود ۴۲۱ آیه را مورد استناد قرار داده‌اند.

گرچه سیر تاریخی نشان می‌دهد هرچه از صدر اول فاصله می‌گیریم، حجم استناد به آیات توسط اصولیان امامی کمتر شده است ولی می‌توان این پرسش مطرح کرد که آیا صرف کمیت در استناد به آیات دلیل بر کمرنگ شدن آیات در اصول است؟ چون چه بسا پیشینیان به آیاتی استناد می‌کردند و نسل‌های بعدی آن را دلیل ندانسته و فرو گذاشته‌اند.

در این ارتباط می‌توان گفت در ادوار سابق که صبغۀ نقل‌گرایی در علوم اسلامی بیشتر بوده، از آیات و روایات در اصول بیشتر استفاده می‌شده، اما با مرور زمان و رشد اجتهاد، به کارگیری عقل رشد چشم‌گیری نموده و استفاده از نقل کمتر شده است. و به همین جهت نیازی به مطرح نمودن آیات ندیده‌اند. اما هرچه باشد، این مسأله مشهود

۱. حدود هفتاد سال پیش آقای محمود شهابی این مطلب را متذکر شده و می‌نویسد: «کتب اصولی هرچه از زمان تألیفش به صدر اسلام نزدیکتر بوده است اشتمال آن بر آیات و روایات بیشتر بوده است و هرچه از زمان تألیف از صدر اسلام دورتر شده استشهاد به آیات و روایات و استناد به مدارک نقلی و تطبیق بر فروع احکام در آن کمتر شده است و در حقیقت فن اصول به تدریج و به مرور زمان از مواد اصلی و موارد فقهی تجرید شده و جنبۀ صناعی و تعمیم مطالب در آن تقویت یافته است. این مطلب از مقایسۀ رساله شافعی با یکی از کتب این عصر کاملاً روشن می‌شود»، محمود شهابی، *تقریرات اصول*، چاپ اول، [بی‌نا]، تهران ۱۳۲۱ش، ص ۲۷، پاورقی.

است که حجم استناد و طرح آیات در کتب اصولی متأخر کمتر شده است. و این امر از مقایسه دو کتاب «الذریعه» سید مرتضی و «عده الاصول» شیخ طوسی با دو کتاب اصولی متأخر «کفایه الاصول و مصباح الاصول» به خوبی مشهود است، شیخ طوسی استنادهای دیگران را به پنج آیه از قرآن کریم برای اثبات حجیت اجماع یادآور می شود ولی پس از آن، خود، بر این استدلال خرده می گیرد (طوسی، ۶۰۵/۲)؛ و نیز محقق حلی سه آیه را مطرح و پاسخ داده است (حلی، ۱۲۷)، در حالی که مرحوم آخوند خراسانی به هیچ یک از این آیات اشاره ای نمی کند (خراسانی، ۱۴۰۹، ۲۰۹)؛ یا مثلاً: شافعی در الرساله برای حجیت خبر واحد به نه آیه تمسک کرده است (شافعی، ۴۳۶-۴۳۷). و نیز سید مرتضی برای حجیت خبر واحد به سه آیه تمسک کرده ولی در استدلال آنها خدشه نموده است (سید مرتضی، ۴۰۷/۲) و نیز شیخ طوسی می گوید برخی عمل به خبر واحد را واجب می دانند، و به آیاتی استناد کرده اند اما مرحوم شیخ در دلالت آنها خدشه نموده است (طوسی، ۱۰۸/۱)؛ یا در همین قرون اخیر، در حالی که شیخ انصاری برای اصل برائت هفت آیه را مورد بحث و بررسی قرار داده است (انصاری، ۲۶-۲۱/۲) مرحوم آخوند خراسانی تنها یک آیه را در این باره ذکر می نماید (خراسانی، ۳۳۹). بنابراین صرف کاهش کمی استناد به آیات دلالت بر کم رنگ شدن آیات در دانش اصول نیست، زیرا چه بسا فراز و فرود در استناد به آیات قرآن در بین اصولیان امامی، ریشه در عقل گرایی در مکتب کلامی شیعه و کم رنگ بودن نقش عقل در بینش اهل سنت باشد. اما توجه ما در این جستار نشان دادن سیر نزولی در استناد به آیات است؛ چرا که همه اصولیان، دانش اصول را مقدمه فهم قرآن و حدیث می دانند، پس چگونه پذیرفته است که در نشان دادن دلالت آیات، عملاً به خود آیات کمتر استناد شود؟ از این رو، حضور کمتر قرآن در اصول شیعه به سادگی قابل توجیه نیست. رشد چشم گیر اجتهاد مبتنی بر تعقل، و نیز ارائه تفسیر عقلی از عقائد دینی و معارف نظری دین، به هیچ روی ما را از منابع نقلی به ویژه قرآن بی نیاز نمی سازد و دست کم

غناي کتاب الهی است که در جوانب مختلف، رهنمون می دهد.

نگاهی به روش شناسی بحث از آیات اصولی

بررسی تاریخیچه استناد اصولیان شیعه به قرآن، علاوه بر تفاوت کمی، از نظر روش و کیفیت نیز تفاوتی محسوس یافته است. منظور از روش، استفاده از ابزار یا منبع خاص در برخورد با آیات قرآن است که معنا و مقصود آیه‌ای را روشن ساخته و نتایج مشخصی را به دست می دهد. مثلاً این فرض که دلالت قرآن بر یک قاعده اصولی مستقل و تأسیسی باشد یا امضایی، در مقام نتیجه یکسان نخواهد بود. همان گونه که روش اصولی با اخباری در استفاده از آیات متفاوت است. محدثانی مانند شیخ حر عاملی که تألیف اصولی نیز دارند یا دیگر عالمانی که مسلک اخباری، هر چند به گونه معتدل آن را نپذیرفته‌اند، در استفاده از آیات یکسان عمل نمی کنند. اختلاف در برداشت مطالب اصولی از آیات قرآن، همواره با اختلاف در شیوه استخراج معانی و روش تحصیل مقاصد قرآن، همراه بوده است.

در این باب از دو روش عمده می توان یاد کرد: ۱- برخی فقط به نصوص و ظواهر آیات و اخبار بسنده کرده‌اند. مرحوم سید عبد الله شبر در «*الاصول الاصلیه*» و شیخ حر عاملی در «*الفصول المهمه*» این راه را رفته اند.

۲- بعضی دیگر آمیخته‌ای از عقل و نقل را مبنای کار اصولی خود قرار داده‌اند. رویکرد غالب در اصول شیعه روش دوم است. آنان در بسیاری از مباحث اصولی به ادله اربعه تمسک نموده و در کنار کتاب و سنت، عقل و اجماع را هم می آورند (انصاری، ۲۵۴/۱، ۲۹۷، ۳۱۱، ۳۵۱؛ آیت الله خویی، ۱۹۶/۲، ۲۵۵). و گاه چون حسن بن زین الدین در معالم الدین و آخوند خراسانی در کفایه، که بنایشان بر اختصار بوده است به ذکر آیه و حداکثر اشاره‌ای به دلالت آیه بسنده نموده‌اند. اما برخی به تفصیل پیرامون آیات سخن گفته‌اند؛ مثلاً بررسی های مرحوم شیخ انصاری در ذیل برخی آیات بسی بالاتر از تفسیرهای متداول در کتابهای اصولی است؛ او در مورد آیه نباء به تفصیل

سخن می گوید (انصاری، ۲۵۴/۱-۲۷۶)، و در مورد آیه «لا یکلف الله نفسا الا ما آتاها» (طلاق/۷) چهار احتمال را بیان می کند (همان، ۲/۲۱-۲۲) و نیز تفصیل و تحقیق وی در توضیح معنای آیه شریفه «لا تبطلوا اعمالکم» (همان، ۳۷۷).

نمونه‌ای از نقش قرآن کریم در پی‌ریزی قواعد اصولی: «اصل برائت»

اینک، به منظور نشان دادن اهمیت توجه به نقش قرآن در علم اصول به صورت خاص، از میان بحث‌های مختلف اصولی، تنها «اصل برائت» را به عنوان نمونه یاد آور می شویم:

استنباط احکام در فقه شیعه دارای دو مرحله است: نخست مرحله پیدا کردن دلیل حکم شرعی واقعی؛ سپس تشخیص وظیفه عملی بعد از جستجو و یأس از یافتن دلیل. به ادله‌ای که مجتهد برای استنباط احکام واقعی به کار می برد، «ادله اجتهادی» و به ادله‌ای که برای دست یافتن به احکام ظاهری بدان استناد می کند، «ادله فقاهتی» یا «اصول عملیه» می گویند (انصاری، ۲/۱۴؛ حکیم، ۱۹۷۹، ۷۴). مهمترین این اصول عبارت اند از: «اصل برائت، اصل احتیاط، اصل تخییر و اصل استصحاب».

در مواردی که در اصل تکلیف (وجوب یا حرمت چیزی) شک کردیم و با تحقیق کافی در میان ادله‌ای که در دست ماست، در خصوص آن مورد دلیلی به دست نیاوریم، به منظور برون رفت از تردید در مقام عمل به اصل برائت و عدم تکلیف حکم می شود. فی المثل در صورت شک در وجوب و حرمت، «از نظر عقل و شرع جایز است محتمل الوجوب ترک، و محتمل الحرمة انجام گیرد و مکلف بر مخالفت با چنین تکلیفی از کیفر نیز در امان است» (خراسانی، ۳۳۸).^۱

۱. این سخن به معنای حکم به اباحه است. اما توجه به این نکته بایسته است که برائت شرعی و اباحه واقعی در نتیجه یکسان‌اند؛ ولی تفاوت آنها در این است که اباحه واقعی در جایی است که مصلحت و مفسده نباشد؛ اباحه خود از احکام واقعی تکلفی و لاقضای است یعنی نه اقتضای وجوب دارد و نه حرمت و نه استحباب و نه کراهت. اما برائت در زمینه شک در تکلیف است؛ یعنی شاید در واقع این شیء مشکوک مصلحت یا مفسده داشته باشد؛ اما چون مکلف از آن اطلاع ندارد شارع در مقام عمل به او اجازه داده از آن استفاده نماید، یا ترک کند. برائت نفی تکلیف و عقاب از کسی است که مرتکب کار محتمل الحرمة شده یا محتمل الوجوب را ترک کرده است (آخوند خراسانی، کفایه الاصول، ۳۳۸). و همین که به حکم واقعی واقف شد، دیگر جای برائت نیست؛ در روایت آمده است: «کل شیء فیه حلال و حرام فهو لک حلال ابدأ حتی تعرف الحرام منه بعینه فتدعه»، وسائل

دانشمندان شیعه با توجه به ادله برائت، در محدوده اصل برائت اختلاف دارند. اصولیان اصل برائت را مطلقاً در شبهه‌های موضوعیه و حکمیه وجوبیه و تحریمیه معتبر می‌دانند (سید مرتضی، ۸۰۹/۲؛ همو، ۱۰۱/۲؛ طوسی، ۷۴۲/۲؛ انصاری، ۲۰/۲؛ ۱۴۸؛ آخوند خراسانی، ۳۳۸). اما نوع اخباریان اصل برائت را تنها در شبهه‌های حکمیه وجوبیه و موضوعیه جاری دانسته و در سایر موارد قائل به احتیاط می‌باشند (حر عاملی، ۱۶۳/۲۷؛ انصاری، ۱۴۸/۱؛ حکیم، ۴۸). و هریک از طرفین به ادله‌ای از کتاب و سنت استدلال کرده‌اند. اینک استدلال اصولیان به برخی از آیات قرآنی را مورد بررسی و تأمل قرار می‌دهیم:

ادله قرآنی اصل برائت

اصولیان برای اثبات اصل برائت شرعی^۱ در شبهات حکمیه (تحریمیه) به آیاتی از قرآن کریم استناد نموده‌اند. این آیات به سه دسته قابل دسته بندی می‌باشند: آیاتی که

الشبهه، ج ۱۷، ص ۸۸؛ و نیز آمده است: «ما حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنهم»، همان، ج ۲۷، ص ۱۶۳؛ *فرائد الاصول*، ج ۲، ص ۴۱. فرق دیگر آن است که اباحه حکم واقعی و برائت حکم ظاهری است. *فرائد الاصول*، ج ۲، ص ۱۰. علاوه بر این، اباحه دائر بین جواز و منع است اما اصل برائت در سه جا مطرح است (در بحث وجوب و جواز، ب) در حرمت و جواز (منع و جواز، ج) در وجوب و حرمت. همچنین دلیل بر اصل اباحه اجتهادی است، و دلیل بر اصل برائت فقاهتی؛ لذا اصل اباحه در مقام اثبات حکم واقعی است ولی اصل برائت حکم ظاهری را اثبات می‌کند. *فوائد الاصول*، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۳۲۹؛ *ترمیم‌نویزی حقوق*، «برائت»، محمد جعفر جعفری لنگرودی، گنج دانش، چاپ ششم.

۱. نسبت به برائت عقلی نظرات متفاوتی وجود دارد: مشهور اصولیان آن را پذیرفته‌اند، سید مرتضی، *رسائل الشریف المرتضی*، ج ۲، ص ۱۰۱ و ۱۰۲؛ محقق حلی، ص ۱۸۸؛ محمد علی کاظمی، *فوائد الاصول*، ج ۳، ص ۲۱۵؛ آیت الله خوئی، *مصباح الاصول*، ج ۲، ص ۲۵۴؛ آخوند خراسانی، *کفایه الاصول*، ص ۳۴۶. برخی قاعده قبح عقاب بلا بیان را امری عقلایی می‌دانند که شارع آن را امضاء کرده است (آیت الله مکارم شیرازی، *انوار الاصول*، ج ۳، ص ۵۸)؛ مرحوم شهید سید محمد باقر صدر نظریه «حق الطاعه» را مطرح نموده که نتیجه آن انکار برائت عقلی است؛ وی می‌گوید همین‌که انسان احتمال حکم الزامی از طرف مولی داد، به حکم عقل حق مولویت او اقتضا می‌کند که شانه از زیر بار تکلیف خالی نکند و همان محتمل را انجام دهد. زیرا اگر مکلف به همین احتمال وجود تکلیف اکتفا ننماید و در واقع تکلیفی باشد، عقل می‌گوید چنین عبودی مستحق عقاب است. و این همان احتیاط عقلی است. اما شهید صدر معتقد است که ادله برائت شرعی (آیات و روایات) تمام است و حاکم بر حق الطاعه است. *دروس فی علم الاصول*، ج ۱، ص ۱۱۶. استاد جعفر سبحانی نظریه حق الطاعه را نقد نموده (پژوهشهای اصولی، ش ۳ و ۲، ص ۱۱۳) و برخی نیز از این نظریه دفاع نموده‌اند (همان، ش ۵ و ۴، ص ۷۳-۹۵). ادله قرآنی فوق مثبت برائت شرعی است، و بحث از برائت عقلی در کتب اصولی پیگیری می‌شود.

هشدار به عذاب پس از بیان را مطرح نموده‌اند؛^۱ آیاتی که حاکی از مشروط ساختن تکلیف به قدرت‌اند؛^۲ آیات مربوط به خودواگذاری انسان پس از بیان.^۳

در اینجا به اختصار تنها به بررسی سه آیه اکتفا می‌کنیم:

۱- «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا» (اسراء/۱۵).^۴ استدلال به آیه، در مقام اثبات اصل برائت، مبتنی بر پذیرش چند نکته است: اولاً بعث رسول کنایه از بودن حجت و بیان است و عذاب تنها در صورتی می‌آید که خطابی از ناحیه شارع بر احکام رسیده باشد (تونلی، ۱۷۲؛ امام خمینی، *تهذیب الاصول*، ۲/۲۰۷)؛ ثانیاً گرچه در موضوع آیه بعث رسول مصحح عقوبت قرار داده شده، ولی به مناسبت حکم و موضوع می‌توان دریافت که حضور فیزیکی رسول مدخلیتی در ثواب و عقاب ندارد، بلکه غرض اتمام حجت و بیان تکلیف است. از این رو مفاد آیه این است که خداوند بدون اتمام حجت و بیان، بندگان را عذاب نمی‌کند. ثالثاً از عدم وجود عذاب بدون بیان می‌توان پی‌برد که در چنین موردی حکمی هم وجود ندارد تا مخالفت با آن معصیت تلقی شود. طبق مفاد آیه، سنت جاری و مستمر الهی در همه زمانها چنین بوده است که تا وقتی خداوند به وسیله پیامبر ظاهری حجت را بر مردم تمام نفرماید، کسی را عذاب نمی‌نماید؛ هرچند که مردمان، خوبی یا بدی فعلی را به مدد عقل خود دریافته باشند، و این امر مقتضای لطف الهی است، که اگر تکلیفی هم صرفاً از طریق عقل به مردم برسد، ترک آن مؤاخذه ندارد، لذا در آیه مورد بحث نفی عذاب، ملازم با نفی تکلیف است؛ و در نتیجه اگر مکلفی در میان شبهه تحریمیه گرفتار آمده، به منزله کسی است که به هیچ روی، حکمی

۱. برای نمونه: اسراء/۱۵؛ قصص/۵۹؛ طه/۱۳۴؛ مائده/۱۹؛ انعام/۱۴۵ و ۱۱۹؛ بقره/۴۷.

۲. برای نمونه: طلاق/۷.

۳. برای نمونه: توبه/۱۱۵ و ۲۷۵؛ انفال/۴۲ و ۶۸.

۴. اصولیان به این آیه بر برائت تمسک نموده‌اند؛ از جمله: شیخ طوسی، *عده الاصول*، ج ۲، ص ۷۴۶؛ الأمدی، الاحکام، ۱۴۰۲، ج ۱، ص ۹۱؛ فاضل تونلی، *الواقیه*، ص ۱۷۲؛ آقاضیاء عراقی، *نهایه الافکار*، ج ۳، ص ۲۰۵؛ حکیم، *الاصول العامه للفقہ المقارن*، ص ۲۹۰؛ شیخ انصاری، *فرائد الاصول*، ج ۲، ص ۲۲؛ امام خمینی، *تهذیب الاصول*، ج ۲، ۲۰۷. مرحوم آخوند خراسانی تنها همین آیه را، که به نظر او ظاهرترین آیه بر برائت است ذکر نموده است. *کفایه الاصول*، ص ۳۳۹.

نه به عنوان اولی و نه به عنوان ثانوی به او نرسیده و لذا ارتکاب آن عذاب ندارد. و این همان برائت ذمه از تکلیف است.

اشکال: آیا مراد از عذاب، عذاب اخروی است؟ روشن است که در صورتی می توان به این آیه بر برائت استدلال کرد که مقصود از عذابی که خداوند برداشته است، عذاب اخروی باشد؛ چه اینکه اگر مراد عذاب دنیوی باشد، استدلال به آیه ناتمام خواهد بود. به همین جهت برخی بر این استدلال خرده گرفته اند که مراد از عذاب در این آیه به قرینه آیات بعدی، و نیز اینکه تعبیرهایی از قبیل «ماکنا» و «ماکان» که به صیغه ماضی می باشد، عذاب دنیوی و اشاره به نفی عذاب دنیوی از امتّهای پیشین است؛ یعنی سنت الهی چنین نبوده که امتّی از امتّهای پیشین را بدون اتمام حجت نابود و عذاب نماید؛ نه این که مراد عذاب اخروی باشد که ملازم با تکلیف است (انصاری، ۲۳/۲؛ حکیم، ۲۹۰-۲۹۱؛ آخوند خراسانی، ۳۳۹؛ امام خمینی، *تهذیب الاصول* ۲۰۷/۲؛ آیت الله خویی، ۲۵۶/۲؛ ابن عاشور، ۱۹۷/۱۹). از مفسران معاصر، علامه طباطبایی نیز آیه را مربوط به عذاب استیصال دنیوی می داند، زیرا فرق است بین اینکه گفته شود: «لسنا معدّبین» یا «لا نعدّب» یا «لن نعدّب» و یا اینکه گفته شود: «ما کُنّا مُعذّبین»؛ در سه تعبیر اول، تنها نفی عذاب را می رساند، اما در تعبیر چهارم استمرار نفی آن در گذشته را افاده نموده و می فهماند که سنت الهی در باره امتّهای گذشته آن بوده است که امتی را قبل از فرستادن رسول عذاب نمی کرد. گذشته از اینکه به جای کلمه نبی، لفظ رسول آمده است و «رسالت» منصب خاص و الهی است که مستلزم حکم فصل در امت است، و حکم فصل عبارت از عذاب استیصال و یا تمتع و بهره مندی از زندگی تا مدتی معین است و با نبوت تفاوت دارد، زیرا نبوت منصبی نیست که چنین لوازمی را در پی آورد (طباطبایی، ۶۰/۱۳؛ و نیز: ابن عاشور، ۴۲/۱۴).

در پاسخ می توان گفت اولاً: مانعی ندارد که خداوند از باب امتنان، همان گونه که عذاب دنیوی را بر می دارد، عذاب اخروی را نیز از مردم بر دارد، (چرا که مجازات

بدون بیان، قبیح بوده و عنوان عذاب هر دو نوع عذاب دنیوی و اخروی را شامل است؛ یعنی ملاک قبیح، عذاب پیش از اتمام حجت است و این ملاک هم در عذابهای دنیوی صادق است و هم نسبت به عذابهای اخروی). زیرا- به گفته فاضل تونی- بر عهده خداوند است که آنچه برای مردم مفید یا مضر است بیان نماید آن گاه از آنان تکلیف بخواهد، و بی آن حجت بر بندگان تمام نیست؛ زیرا خود فرموده است: «لِيَهْلِكَ مَنْ هَلَكَ عَن بَيْنَةٍ وَ يُحْيِيَ مَنْ حَيَّ عَن بَيْنَةٍ» (انفال/۴۲) (تونی، ۱۷۲-۱۷۳). ابو حیان اندلسی نیز آیه را عام و شامل عذاب دنیوی و اخروی (هر دو) دانسته است (ابو حیان اندلسی، ۲۳/۷)، شاهد سخن او آیه بعدی است که می فرماید: «وَ إِذَا أَرَدْنَا أَنْ نُهْلِكَ قَرْيَةً أَمَرْنَا مُتْرَفِيهَا فَفَسَقُوا فِيهَا فَحَقَّ عَلَيْهَا الْقَوْلُ فَدَمَّرْنَاهَا تَدْمِيرًا» (اسراء/۱۶)؛ جمله «فحق عليها القول» و نیز آیاتی از این قبیل: «كَلَّمَا أَلْقَى فِيهَا فَوْجٌ سَأَلَهُمْ خَزَنَتُهَا أَلَمْ يَأْتِكُمْ نَذِيرٌ قَالُوا بَلَى قَدْ جَاءَنَا نَذِيرٌ فَكَذَّبْنَا وَ قُلْنَا مَا نَزَّلَ اللَّهُ مِنْ شَيْءٍ إِنْ أَنْتُمْ إِلَّا فِي ضَلَالٍ كَبِيرٍ وَ قَالُوا لَوْ كُنَّا نَسْمَعُ أَوْ نَعْقِلُ مَا كُنَّا فِي أَصْحَابِ السَّعِيرِ» (ملک/۸-۱۰) و «إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ بَشِيرًا وَ نَذِيرًا وَ إِنَّ مِنْ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٌ» (فاطر/۲۴) شاهد بر این تعمیم است. از ظاهر سخن شیخ طوسی نیز بر می آید که وی آیه را مربوط به عذاب اخروی می داند (طوسی، ۴۵۷/۶-۴۵۸). مرحوم طبرسی نیز آیه را عام دانسته است (طبرسی، ۶/۶۲۳). بنابراین استدلال به این آیه بر مطلب تمام می باشد. زیرا آیه، به قرینه آیات بعدی می- رساند درخور شأن ربوبی نیست که بدون بیان کسی را عذاب کند. و نسبت به شبهه تحریمیه‌ای که در باره آن بیانی نرسیده، اگر عقاب نماید، عقاب بلا بیان است.

ثانیاً: برخی از اصولیان به مفهوم اولویت تمسک نموده‌اند (خویی، ۲/۲۵۶؛ سبحانی، ۳/۳۳۷). بدین معنی که اگر عذاب دنیوی، که در مقایسه با عذاب اخروی بسیار ناچیز است، نیاز به بیان دارد، پس عذاب اخروی به طریق اولی متوقف بر بیان خواهد بود.

ثالثاً: جمله «ماکنا» و «ما کان»، منسلخ از زمان است؛^۱ و این تعبیر هرچند به صورت ماضی آمده باشد، اما استعمالات قرآنی آن بدین معنا است که سزاوار شأن پروردگار نیست که کسی را بدون رسیدن بیان و حجت شرعی کیفر کند. و این امر نمی تواند به امتهای پیشین اختصاص یابد، بلکه در همه زمانها جاری است (حکیم، ۲۶/۴؛ آقا ضیاء عراقی، ۲۰۵/۳؛ ابن عاشور، ۳۵۹/۱۸).

۲- «قُلْ لَا أُجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِيتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا» (انعام/۱۴۵). آیه شریفه در پی اثبات چیزی و نفی چیزی دیگر نیست بلکه هدف مخالفت با کفار و مشرکین و رد بر یهودیان است که برخی از روزیها را، از باب افترا، بر خود حرام کرده بودند، آیه به پیامبر (ص) خطاب می کند که به آنان بگو: من آنچه را که شما بر خود حرام نموده‌اید در میان آیاتی که به من وحی شده نمی بینم؛ تعبیر "لا اجد" (نیافتم) به جای "لا یوجد" (وجود ندارد) بر این دلالت دارد که به مجرد اینکه چیزی بین محرّمات یافت نشود، ارتکاب آن جایز است، و دیگر جایی برای احتیاط نیست (رازی، ۱۳/۲۱۹-۲۲۴؛ جصاص، ۱۸۵/۴؛ اردبیلی، [بی تا]، ۶۲۷؛ انصاری، ۲۵/۲؛ آقا ضیاء عراقی، ۲۰۷/۳)؛ چرا که حرمت اشیا از راه وحی اثبات می شود نه از روی هوای نفس و افترای بر خداوند. البته پیداست که نیافتن پیامبر (ص) غیر از نیافتن دیگران است؛ زیرا وقتی ایشان اعلام می دارد که حرامی را نیافتم، دلالت آن بر عدم حکم تحریمی قطعی خواهد بود و در حرمت یا حلیت آن تردیدی باقی نخواهد ماند. اما آنچه به دست می آید این است که حرامها به بیان شرعی نیاز دارند و موارد مشکوک که در میان ادله دلیلی بر حرمت آن پیدا نشود، حلال خواهند بود. و این یک مسأله

۱. آیت الله خوبی می نویسد: «جمله «ما کان» او «ما کنا» و امثالهما من هذه المادة مستعملة في ان الفعل غير لائق به تعالی و لایناسبه صدوره منه جل شأنه؛ و یظهر ذلك من استقراء موارد استعمالها کقوله تعالی: «ما کان الله لیضل قوماً بعد از هداهم»، و قوله تعالی «ما کان الله لینذر المؤمنین»... فجمله الفعل الماضي من هذه المادة منسلخة عن الزمان فی هذه الموارد فیکون المراد ان التعذیب قبل البیان لا یلیق به تعالی و لایناسب حکمته و عدله، فلا یبقی فرق بین العذاب الدنیوی و الاخروی»، مصباح الاصول، ج ۲، ص ۲۵۶.

ارتکازی^۱ است که جز آنچه شارع حرمت آنها را اعلام داشته، سایر اشیا بر وضع طبعی و ذاتی خود که اباحه است باقی است. جمله «لَا أُجِدُّ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا» به روشنی می‌رساند که این آیه مربوط به شبهه حکمیه و تحریمیه است، و از آن حلیت ماعدای آنچه وحی شده استفاده می‌شود. چنانکه تعبیر «لَا أُجِدُّ» بر حلیت اشیا پس از فحص دلالت دارد. از این رو، آیه فوق در مقابل ادله اخباریان مبنی بر احتیاط در شبهه تحریمیه قرار دارد و می‌رساند سخن آنان نادرست است.

مرحوم شعرانی در حاشیه‌ای که بر تفسیر مجمع البیان نگاشته، یاد آور شده است: «طبق این باور که آیه «قُلْ لَا أُجِدُّ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ...» به وسیله آیاتی که محرمات دیگر را یاد می‌کند نسخ نشده باشد، هر خوردنی اعم از حیوان و غیر حیوان - بجز چیزهایی که حرمت آنها به وسیله دلیل ثابت شده است - مباح و حلال خواهد بود. اما اگر حصر در آیه مورد بحث، اضافی و نسبی گرفته شود، آیه در صدد بیان مواردی خواهد بود که کفار و مشرکین آنها را حرام شمرده بودند، و لازمه آن، اباحه و حلیت هر چیزی - جز از باب قاعده «اصالة الاباحة» و یا «اصالة البرائة» - از باب دیگری نخواهد بود. این قاعده در مورد حیوانات جاری است، به این معنی که هر حیوانی به حکم این قاعده، مباح و حلال می‌باشد، مگر حرمت آن به دلیلی دیگر ثابت شود» (شعرانی، ۱۳۸۵، ۱/۵۲۸-۵۲۹).

۳- «وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَ قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ» (انعام/۱۱۹).

در این آیه، خداوند یهود را به دلیل نخوردن گوشت حیوانات تزکیه شده، نکوهش فرموده است؛ زیرا از ردیف محرماتی که برای آنان بیان شده خارج است. و همین به معنای برائت از حرمت در شبهات تحریمیه است (انصاری، ۲۶/۲)؛

۱. برخی می‌گویند این آیه اشعار دارد که اباحه اشیا حتی قبل از شرع نیز در اذهان وجود داشته است (تونی، ۱۸۶، انصاری، ۲۶/۲).

آقاضیاء عراقی، ۲۰۸/۳؛ اردبیلی، ۷۷۶-۷۸۵). دلالت این آیه بر برائت، به قرینه سیاق و به مدد آیه قبل از آن، روشن تر می‌گردد؛ زیرا ظهور دارد که ترک عملی که حکم آن در میان محرمات بازگو شده برای پیامبر (ص) وجود ندارد و حکم به حرمت آن صادر نشده است، جایز نیست. از این رو این آیه افزون بر اثبات برائت، التزام به وجوب احتیاط را نیز باطل اعلام کرده و می‌رساند که التزام به ترک فعل، در صورت عدم ذکر آن در زمره احکامی که به تفصیل بیان شده، جائز نیست؛ پس وجوب احتیاط هم باطل است. و شاید دلالت این آیه بر برائت از آیه پیش ظاهرتر باشد. چرا که آن آیه یهود را به موجب حرام کردن حلالها از باب تشریح توبیخ می‌کرد، و این آیه با ظهور لفظی بر آن دلالت دارد که التزام به احتیاط به ترک فعل، با اینکه در ردیف احکام تفصیل داده شده نباشد، جائز نیست.

نتیجه گیری

از دیدگاه ما، آیات فوق، به روشنی بر برائت در شبهات تحریمیه دلالت دارند؛ و فراتر از آن، آیاتی مانند آیه اخیر می‌رسانند که حتی التزام به ترک موارد مشکوک الحرمه نیز صحیح نیست، زیرا که ممکن است سر از تشریح در آورد. آیات دیگری نیز از باب تمسک به مفهوم اولویت، بر برائت دلالت دارند. زیرا وقتی عذاب دنیوی که در برابر عذاب اخروی بسیار ناچیز است؛ نیاز به بیان دارد، و تا رسولی نفرستد و حجت را تمام ننماید، عذاب نمی‌کند، عذاب اخروی به طریق اولی متوقف بر بیان خواهد بود و از این رو حرامهای معلوم، باید ترک شود، اما آنچه مشتبه بوده و حرمت آن معلوم نیست، اگر مکلف تمام تلاش خود را برای رسیدن به حکم و نظر شارع به کار برده، اما نشانه و دلیلی بر حرمت آن نیابد و آن را مرتکب شود، کیفر نخواهد شد، هرچند در واقع حرام باشد، چرا که با نیافتن دلیل، حرمت آن شیئی در حق او به فعلیت و تنجز نرسیده است و دستور عذاب بالابیان از حکیم صادر نمی‌شود.

یافته‌ها و پیشنهادهای

- قرآن کریم در پی ریزی و تبیین قواعد اصولی نقش اساسی دارد.
- برخی آیات جنبه استنادی دارد و برخی جنبه استشهادی؛ و در علم اصول هردو بخش مورد نیاز و کاربرد می باشد. می توان نام این بخش از آیات را «آیات الاصول» نهاد.
- اصولیان از زمان تدوین دانش اصول به آیات قرآن استدلال و استشهاد کرده‌اند؛ اما بررسی تاریخی نشان می دهد که در قرون متأخر حضور قرآن در اصول کم رنگ تر شده است.
- حضور هرچه بیشتر قرآن در عرصه علوم و معارف، و از جمله دانشی که بنیاد فقهات بر آن استوار است، می طلبد که مجموعه آیات مربوط به دانش اصول یکجا گرد آید و مورد تحلیل قرار گیرد.
- بر این باوریم که عقل و ادراک بشری هرچه باشد، به رهنمود وحی نیازمند است و در سایه سار وحی به رشد می رسد، از این رو شایسته است درمورد هر قاعده و ضابطه اصولی ابتدا آیات قرآنی مورد بررسی قرار گیرد؛ و البته در این میان بیان تفسیری معصومانة اهل بیت (ع) نیز نباید به دست فراموشی سپرده شود.

منابع

قرآن کریم.

- آخوند خراسانی، محمدکاظم، *کفایة الاصول*، مؤسسه آل‌البیت، قم، ۱۴۰۹ق.
- آقاضیاء عراقی، *نهایة الافکار*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۴.
- آمدی، سیف‌الدین علی بن ابی علی، *الاحکام فی اصول الاحکام*، المکتب الاسلامی، ۱۴۰۲ق.
- ابن شهر آشوب محمدبن علی، مازندرانی، *مشابه القرآن و مختلفه*، شرکت سهامی

- طبع کتاب، تهران، ۱۳۲۸ ق.
- ابن عاشور تونسلی شاذلی، محمدطاهر، *التحریر و التنویر*، [بی جا]، دارالتونسیة للنشر، ۱۴۲۸ق.
- ابوحیان اندلسی، محمدبن یوسف، *البحر المحیط فی التفسیر*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۰ق.
- اردبیلی، احمد، *زبدة البیان*، تهران، المكتبة الرضویه، بی تا، به تحقیق رضا استادی و علی اکبر زمانی نژاد، کنگره محقق اردبیلی، ۱۳۷۸ش.
- استرآبادی، محمدامین، *الفوائد المدنیة*، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۴ق.
- امام خمینی، روح الله، *تهذیب الاصول*، قم، دارالفکر، [بی تا].
- _____ *مناهج الوصول الی علم الاصول*، قم، مؤسسه عروج، ۱۳۷۳.
- امین عاملی، سید محسن، *اعیان الشیعه*، تحقیق حسن الامین، بیروت، دارالتعارف، ۱۴۰۳ق.
- انصاری، مرتضی، *فرائد الاصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۷ق.
- ایروانی، باقر، *دروس تمهیدیة فی تفسیر آیات الاحکام*، دارالفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۵ق.
- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، تحقیق محمدتقی ایروانی، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۵ق.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، *صحیح بخاری*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۱ق.
- بروجردی، سید حسین، *جامع احادیث الشیعه*، قم، المطبعة العلمیة، ۱۳۹۹ق.
- بن نامی السلمی، عیاض، *استدلال الاصولیین بالکتاب و السنة علی القواعد الاصولیة*، ریاض، ۱۴۱۸ق.
- تونلی، فاضل، *الواقیة فی اصول الفقه*، تحقیق محمد حسین رضوی کشمیری، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۲ق.

- جصاص، ابوبکر احمد بن علی الرازی، *الفصول فی الاصول*، تحقیق عجیل جاسم المنشی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ١٤٠٥ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البیت، ١٤١٤ق.
- حسن بن زین الدین، *معالم الدین*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، *مبادئ الوصول الی علم الاصول*، تعلیق عبدالحسین محمد علی البقال، بیروت، دارالاضواء، ١٤٠٦ق.
- _____، *تهذیب الوصول الی علم الاصول*، تحقیق سید محمد کشمیری، لندن، مؤسسه امام علی (ع)، ١٤٢١ق.
- حلی، محقق جعفر بن حسن، *معارج الاصول*، تحقیق محمد حسین رضوی، قم، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، ١٤٠٣ق.
- حکیم، محمد تقی، *الاصول العامة للفقہ المقارن*، مؤسسه آل البیت، ١٩٧٩م.
- خویی، ابوالقاسم، *محاضرات فی اصول الفقه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٩ق.
- _____، *مصباح الاصول*، تقریر سید محمد سرور واعظ حسینی بهسودی، قم، مکتبه الداوری، ١٤١٧ق.
- رازی، محمد بن ادیس بن منذر تمیمی، *الجرح و التعذیل*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ١٣٧١ق.
- رازی، فخرالدین، محمد بن عمر، *مفاتیح الغیب*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ١٤٢٠ق.
- سرخسی، ابوبکر، *اصول السرخسی*، تحقیق ابو الوفاء افغانی، بیروت، دارالکتب العلمیة، ١٤١٤ق.
- سید مرتضی، *الذریعة الی علم الاصول*، تصحیح و تقدیم و تعلیق ابوالقاسم گرجی، تهران، دانشگاه تهران، ١٣٤٦.

_____، *رسائل الشریف المرتضی*، تحقیق احمد الحسینی، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۵ق.

شافعی، محمد بن ادريس، *کتاب الام*، چاپ دوم، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۳ق.

_____، *الرسالة*، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا.

شعرانی، پژوهشهای قرآنی علامه شعرانی در تفاسیر مجمع البیان، *روح البیان و منهج الصادقین*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۵.

شوکانی، محمد بن علی بن محمد، *ارشاد الفحول الی تحقیق علم الاصول*، بیروت، مؤسسه الثقافه، ۱۴۱۷-۱۹۹۹م.

شهابی، محمود، *تقریرات اصول*، [بی نا]، تهران ۱۳۲۱.

صدر، سید محمد باقر، *دروس فی علم الاصول*، بیروت، دارالکتاب اللبنانی، ۱۴۰۶ق.

ضمیری، محمد رضا، *دانشنامه اصولیان شیعه*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۴.

ضیایی فر، سعید، *جایگاه مبانی کلامی در اجتهاد*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲.

طباطبایی، محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۷ق.

طبرسی، فضل بن سهل، *مجمع البیان*، تهران، انتشارات ناصر خسرو، ۱۳۷۲.

طبری، محمد بن جریر، *جامع البیان فی تأویل القرآن*، دارالمعرفه، بیروت، ۱۴۱۲ق.

طوسی، محمد بن حسن، *عده الاصول*، تحقیق محمد رضا انصاری قمی، قم، ستاره، ۱۳۷۶.

_____، *التبیان فی تفسیر القرآن*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۹ق.

_____، *الامالی*، قم، دارالثقافه للطباعة و النشر، ۱۴۱۴ق.

غزالی، محمد بن محمد، *المستصفی فی علم الاصول*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۷ق.

فضلی، عبدالهادی، *دروس فی اصول الفقه الامامیه*، بیروت، ۱۴۲۰ق.

- منشورات فیروزآبادی، ١٣٨٥-١٣٨٦.
- کاظمی، محمد علی، *فوائد الاصول*، تقریرات درس محمد حسین نایینی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ١٤٠٦ق.
- گرجی، ابوالقاسم، *تاریخ فقه و فقہا*، سمت، تهران، ١٣٨٥.
- مجلسی، محمد باقر، *بحار الانوار*، بیروت، مؤسسه الوفاء، ١٤٠٣-١٩٨٣م.
- مسلم بن حجاج نیشابوری، *صحیح مسلم*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- مصطفوی، سید محمد کاظم، *مأة قاعدة فقهية*، جامعه مدرسین، ١٤١٧ق.
- مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، قم، مکتبة الاعلام الاسلامی، ١٣٧٥.
- مفید، محمد بن محمد، *التذکرة باصول الفقه*، تحقیق شیخ مهدی نجف، بیروت، دار المفید للطباعة و النشر، ١٤١٤ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۴/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص ۹۷-۱۲۶

پژوهشی در چیستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل*

دکتر محمدتقی فخلعی

دانشیار دانشکده الهیات، دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlaei@um.ac.ir

چکیده

مقاله پیش رو کوششی است نوین در راستای تبیین چیستی سیره عقلا و رابطه آن با حکم عقل که در دو محور اصلی به بحث روی آورده است. محور نخست به تبیین خاستگاههای سیره اختصاص یافته و دیدگاههای اصولیان در این باره بررسی شده و نیز ضمن ارائه دیدگاههای حکما و اصولیان در باب ماهیت حکم عقل، تفاوت‌های سیره و عقل از حیث منشأ و خاستگاه مورد بررسی قرار گرفته است. محور دوم به بحث ملاک سیره عقلا از جهت علم آفرینی یا اطمینان آوری اختصاص یافته و تمایز سیره و عقل از این جهت نیز مورد توجه واقع شده است.

کلید واژه‌ها: سیره عقلا، بنای عقلا، حکم عقل، مصلحت نظامیه، علم عرفی.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۰۵/۱۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۷/۰۷/۲۱.

طرح مسأله

از دو قرن گذشته مصطلح سیره و بنای عقلا در ادبیات فقهی و اصولی امامیه وارد شده و جایگاه مهمی یافته است. کاربردهای وسیع آن در استدلال بر مسائل گوناگون اصولی، فقهی به ویژه نقش قاعده ساز آن در فقه به گونه ای است که شاید بتوان از آن به عنوان یک نظریه تحوّل آفرین در اصول فقه دوران متأخر امامیه یاد کرد. به رغم این مسأله، سخن پیرامون چیستی سیره هنوز به پایان نرسیده و پرسش های گوناگون درباره آن پاسخ کامل نیافته است. این پرسشها عمدتاً ناظر به تبیین نسبت میان سیره و عرف از سویی و سیره و دلیل عقل از سوی دیگر است. از همه مهم تر این پرسش مطرح است که آیا سیره عقلا به حدی از غنا و فربهی دست یافته است که بتوان برای آن در کنار ادله اربعه جایگاه مستقلی به رسمیت شناخت یا همچنان نیازمند آن است که به عنوان یک دلیل پیرو در سایه ادله دیگری چون سنت و عقل تحلیل شود- این نکته نیز افزودنی است که مقوله عقل و عرف از قرنهای پیش در مکاتب فقهی اهل سنت معمولاً مورد توجه و اقبال بوده ولی در مکتب امامیه همواره نگاههای تحفظ آمیز و نه چندان خوش بینانه به آن دوخته شده است. به هر حال برای راقم این سطور بهانه ای دست داد که با ناکافی یافتن پژوهشهای انجام گرفته پیرامون سیره عقلا، زوایای تازه ای از بحث را بگشاید. موضوع این نوشتار تبیین چیستی سیره عقلا از دو منظر است.

نخست تبیین خاستگاههای سیره و اینکه سیره های عقلایی در چه بستری رویداده اند. و دوم بیان ملاک سیره عقلا و اینکه آیا سیره ها دستاورد قطعی به بار می-آورند یا ظنی؟

پاسخ این دو پرسش خود تمهیدی است برای ورود به مهم ترین آوردگاه یعنی نیازمندی سیره به حمایت و امضای شارع و یا بی نیازی و استقلال آن. این دو بحث هر گاه به فرجام مطلوب برسد مجال برای داوری در این قضیه

پدید می آید که آیا نظریه سیره عقلا قادر است منشأ یک انقلاب سترگ در فقه امامیه شود یا هیچ دستاورد ملحوظی ندارد و تنها چند مصطلح و مفهوم جدید در ادبیات فقهی و اصولی وارد کرده است؟

مروری بر تعاریف

عباراتی چون «استمرار عمل عقلا بر انجام کاری بدون در نظر گرفتن گرایش دینی و مذهبی آنها» (کاظمی ۱۹۲/۳)، «گرایش عمومی عقلا به سوی رفتار معین بدون اینکه شرع در شکل گیری آن نقش مثبتی داشته باشد» (صدر ۹۷/۱)، «رفتار و سلوک عقلای همه زمانها و مکانها و فرهنگها و ادیان مختلف در مواجهه با یک واقعه» (حکیم، ۱۹۷)، «شاخه ای از عرف که مورد پسند عقل است» (جعفری لنگرودی، *مبسوط در ترمینولوژی*، ۸۸۳/۲)، جملگی تعاریف ارائه شده برای سیره عقلا است. اغلب اصولیان در تعریف خود قید «عقلا بماهم عقلا» را هم افزوده اند (اراکي، *مقالات الاصول*، ۱۱۰/۲، همو، *نهایة الافکار*، ۱۳۷/۳، کاظمی، ۱۹۲/۳، صدر، ۲۵۸/۱ و ۱۴۵/۲). مقصود آنان از این قید آن است که هر گونه انتساب مذهبی، اجتماعی، جغرافیایی و فرهنگی و غیره را در پدید آمدن سیره نفی کنند. در بحثهای آینده معلوم خواهد شد که این قید در تکون و قوام سیره مورد بحث نقش اساسی دارد.

گونه‌های سیره عقلا

گوناگونی سیره ها را به جهات مختلف می توان لحاظ کرد. از حیث متعلق، مبادی و مناشئ، اعتبار استقلالی و آلی و غیره تقسیم های متفاوتی مطرح شده است. از جمله آنها تقسیمی است که شهید صدر ارائه کرده است. وی سیره عقلا را دو گونه یافته است: ۱. سیره به لحاظ مقام و مرحله واقع که شامل سلوک معین عقلا در مسائل مرتبط به احکام تکلیفی یا وضعی می شود، مانند اینکه به بنای عقلا هر گونه تصرف در مال غیر منوط به رضا و طیب نفس دارنده مال است یا حیازت اموال منقول سبب

تملك است. ۲. سیره به لحاظ مقام و مرحله ظاهر که مقصود از آن سلوک معین عقلا در حالت شک در امر واقعی است، از قبیل رجوع به لغوی در مورد تردید در مفاهیم الفاظ، رجوع به خبر ثقة و دیگر مواردی که بر پایه کفایت ظن یا احتمال واقع شده است. گونه نخست برای اثبات احکام شرعی واقعی و گونه دوم برای اثبات احکام شرعی ظاهری مورد استدلال واقع می شود (۱۱۴/۲).

نظیر این تقسیم بندی در عبارات مشابه یکی از مؤلفان حقوقی هم آمده است. وی در تقسیم بندی خود بنای عقلا را از این لحاظ که به محتوا نظر کند یا به ساختار و شکل بر دو قسم دانسته است: ۱. بناهای عقلایی که جنبه ماهوی داشته و در قلمرو حقوق ماهوی مورد استفاده باشد. وی به مبنای ماده ۲۶۵ ق.م.ا اشاره می کند که میگوید: « هر کس مالی را به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است». به عقیده وی عمل مفت و مجانی دور از طریقه عقلا است. ۲. بناهای عقلایی که جنبه شکلی دارد مانند استصحاب و اصل صحت و از این قبیل است عمل به خبر ثقة و اصل عدم (جعفری لنگرودی، دانش نامه، ۶۱/۲).

به نظر می رسد سیره های مستفاد در زمینه امارات عقلایی حکمی چون خبر ثقة، قول لغوی، ظواهر الفاظ و امارات موضوعی چون صحت، ید، بیئه و مانند آنها که جنبه کشف و اثبات در آن ملحوظ است به قسم دوم و سیره های مستفاد در مسائل ماهوی فقهی و حقوقی چون مفید ملکیت لازم بودن معاطات، اصل لزوم وفا به پیمانها، رجوع مغرور به غار در معاملات فریبکارانه، ثبوت ضمان ناشی از اتلاف و تسبیب، نفی ضمان از امین و مانند آن به قسم اول مربوط است. این تقسیم بندی در نتیجه گیری از بحثهای آینده، اجمالاً مؤثر است.

رابطه سیره عقلا و حکم عقل

از جمله مباحث مهم در زمینه تبیین چیستی سیره عقلا نسبت آن با حکم عقل و

وجوه تشابه و تمایز آن دو است. توجه کافی نیافتن به این مسأله به خلط مبحث‌هایی انجامیده که مؤلفان فقهی و اصولی گاه به آن دچار شده‌اند. برخی نیز کوشیده‌اند تفاوت‌های آن دو را از جهات گوناگون بیان کنند. این تفاوتها گاه شکلی و ساختاری و گاه مضمونی و محتوایی است. به طور مثال گفته‌اند: بنای عقلا عنوانی برای عملکرد عقلا است در حالی که دلیل عقل صرفاً یک استنتاج عقلی است (جعفری لنگرودی، *دانش نامه*، ۶۲/۲). اغلب صاحب نظران بر اعتبار استقلالی حکم عقل و آلی سیره به عنوان مهم ترین وجه تمایز آن دو تأکید کرده‌اند. در این مقاله کوشش می‌شود با نگاه تازه‌ای نسبت بین آن دو تنها از جهت منشأ و ملاک بررسی شود.

خاستگاه سیره عقلا

یکی از مهم‌ترین پرسشها در تبیین همه جانبه چیستی سیره عقلا منشأ و خاستگاهی است که سیره‌ها در آن روییده و بپا خاسته‌اند. اهمیت این بحث از چند جهت برجسته است: نخست از جهت تفکیک دقیق مرز عقل و سیره عقلا و جلوگیری از خلط میان آن دو؛ دوم از جهت تعیین میزان استواری دلیل سیره، نیازمندی آن به متمم حجیت یا استقلال و بی نیازی و سوم از جهت تفکیک میان سیره عقلا و عرفهای محدود زمانی و منطقه‌ای که گاه به جای سیره عقلا به کار می‌روند. پرداختن به این بحث به ویژه با عنایت به مطرح شدن اقتراحهای گوناگون در باب مناشئ و خاستگاههای سیره در گفته‌های اصولیان اهمیت مضاعف می‌یابد:

۱. حکم عقلی غیر منجز؛ صاحب حاشیه فرائدالاصول سیره عقلا را کاشف از حکم عقل غیر منجز دانسته است. حکم عقلی که قابلیت رفع از سوی شارع را دارا است (آشتیانی، ۱۷۱/۱) گویا به باور او مبنا و منشأ سیره، حکم ظنی عقل است.
۲. مصلحت حفظ نظام؛ پرکاربردترین خاستگاه سیره در گفته‌های اصولیان، مصلحت حفظ نظام و جلوگیری از اختلال در آن است. همان چیزی که به طور شایع در افواه اصولیان به عنوان مصلحت نظامیه تعبیر شده است. مقصود از آن مصالحی

است که قوام و استقرار حیات بشر در گرو تأمین و رعایت آن است و عقلا همواره در پی آن بوده اند.

مرحوم نایینی در پی ذکر احتمالهای چندگانه در باب خاستگاه سیره، سومین آنها را حفظ نظام حیات انسانی نامیده و همان را متعین دانسته است (کاظمی ۱۹۳/۳). امام خمینی اعتبارات عقلاییه چون ملکیت و اختصاص را گزاف و عبث نیافته، بلکه آنها را مبتنی بر مناشی و مصالح نظامیه می داند. بر این پایه باور یافته که اعتبار ملکیت و اختصاص نسبت به اشیای فاقد غرض عقلایی لغو و عبث است و این قبیل اشیا اصلاً در مالکیت وارد نمی شوند (المکاسب المحرمه، ۱/۱۶۱). مرحوم نایینی در استدلال به سیره عقلا بر حجیت و امارت ید با تکیه بر عبارت و ألاً لما قام للمسلمین سوق در ذیل موثقه حفص بن غیاث (کلینی، ۱/۳۸۷/۷) بر این نکته تأکید می کند که اگر با سلطه یابنده بر مال به عنوان مالک رفتار نشود، در نظام حیات اختلال حاصل می شود و روابط اقتصادی و نظام بازار در هم می ریزد (کاظمی ۶۰۳/۴). آقای مکارم در استدلال به سیره عقلا بر اصل صحت به بحث از خاستگاه این سیره پرداخته و از جمله حفظ نظام و صلاح مجتمع را موقوف به اجرای اصل صحت می داند، به گونه ای که اجرا نشدن آن مستلزم عسر و حرج شدید و اختلال نظام معاش و زندگی مردم است (۱۱۹/۱-۱۲۰). مرحوم بجنوردی نیز در این بحث بر این باور است که عدم اعتبار سیره به اختلال نظام می انجامد. بلکه اختلال نظامی که از بی اعتبار شمردن قاعده صحت لازم می آید بزرگتر و شدیدتر از اختلالی است که از بی اعتباری قاعده ید لازم می آید (۲۸۸/۱).

مرحوم نایینی پس از استدلال به سیره عقلا بر حجیت ظهور بر این نکته تأکید می کند که اگر اعتبار ظهور نباشد در نظام زندگی بشر اختلال حاصل می شود (کاظمی ۱۳۵/۳).

مرحوم مظفر نیز نظم حیات بشر و جلوگیری از اختلال نظام را یکی از رازهای

جریان سیره عقلا بر اعتبار خیر واحد می شمرد (۸۱/۲ و ۸۲).

مرحوم نایینی عمل به حالت گذشته در استصحاب و بی اعتنایی به شک را روشی عقلایی یافته و بر آن شده است که با نبود این سیره نظام زندگی مختل و ابواب حیات در عرصه های گوناگون تجارات و مراودات بسته می شود و دیگر بازاری باقی نمی ماند^۱ (کاظمی ۳۳۱/۴). به باور مظفر نیز بنای عقلا در استصحاب ریشه در مصلحت دارد. به طوری که زندگی اجتماعی بشر بر پایه آن استوار شده و نبود آن به اختلال در نظام اجتماعی و از بین رفتن نظام مراودات و معاملات منجر می شود (۲۵۲/۴).

۳. اراده سیاسی؛ مرحوم نایینی این احتمال را مطرح کرده که سیره عقلا ناشی از قهر و غلبه و اجبار سلطان جائری باشد که عقلای روزگار خود را به سلوکی معین وا داشته و آنگاه این سیره در دوره های متأخر استمرار یافته تا اینکه رفته رفته به ارتکاز عقلایی تبدیل شده است (کاظمی ۱۹۲/۳).

۴. تربیت پیامبرانه؛ سومین احتمالی که نایینی مطرح کرده است این است که سیره عقلا ناشی از آموزه های پیامبران الهی در عصر و دوران خود باشد و آنگاه به عنوان نهادی ریشه دار در جوامع بشری استمرار یافته باشد (همان).

۵. عادت یا ارتکاز فطری؛ به طور مثال برخی از اصولیان عمل به استصحاب را امری فطری دانسته و بر آن شده اند که بنا نهادن بر بقای امر متیقن سابق یک ارتکاز ذهنی عقلایی است (همان، ۳۳۳/۴). به نظر می رسد از کاربرد ارتکاز فطری، ارتکاز غریزی مراد است. امری که وجه مشترک میان انسان و حیوان می باشد. بدین روی برخی از اصولیان در توجیه این خاستگاه استصحاب از ارتکاز غریزی حیوانات نیز مثال

۱. مطابق با نظر دیگر سیره عقلا اصلا در استصحاب جاری نمی شود. به باور مرحوم خوئی هیچ جهت عقلایی عمل به حالت سابقه را اقتضا نمی کند. وی بر خلاف مرحوم نایینی معتقد است مصلحت حفظ نظام در گرو استصحاب نیست. چرا که برای منکرین استصحاب اختلال نظامی پدید نیامده است (مصباح الاصول، ۱۱۳). از این اظهار نظر می توان نتیجه گرفت که گوینده اصل جریان سیره را نپذیرفته است نه اینکه با منشأ آن معارضه کند.

زده اند. اینکه هر گاه پرنده ای یا دیگر حیوانی از لانه خود بیرون رود بنا بر همین ارتکاز بار دیگر به سوی آن باز می گردد (صاحب فصول، ۳۶۹).

۶. عقل و فطرت؛ برخی از سیره های عقلایی بازتاب و تجسم علنی درک عقلایی و تمایل فطری انسان است. درباره این خاستگاه سیره و ویژگیهای آن در ادامه این نوشتار سخن افزونتر به میان خواهد آمد.

۷. از عواملی چون راحت طلبی، منفعت خواهی، تقلید از دیگران و گاه شهوت و امیال نفسانی کنترل نشده هم به عنوان منشأ برخی از سیره ها یاد شده است (علیدوست، فقه و عرف، ۱۱۷).

نقد و بررسی

أ. درباره عامل نخست باید گفت: اینکه صاحب حاشیه بر فرائدالاصول سیره عقلا را مبتنی بر حکم ظنی عقل دانسته تا حدودی مجمل و ابهام آمیز است. به درستی معلوم نیست کدام حکم عقلی مقصود گوینده است و وجه ظنی بودن آن چیست؟ به نظر می رسد طرح این مسأله بیشتر تمهیدی باشد برای توجیه نیازمندی سیره عقلا به امضای شارع و اینکه سیره های عقلایی همواره در معرض تصرف شارع قرار دارد. ظاهراً این اصل توسط محقق مزبور مفروض انگاشته شده است.

ب. مقوله مصلحت حفظ نظام رایج ترین و قابل دفاع ترین دیدگاه ابراز شده از سوی اصولیان در باب خاستگاه سیره های عقلایی است. به نظر می رسد استوارترین و ماندگارترین سیره ها همان است که بر پایه این قبیل مصالح بنا شود. در این صورت زمان و مکان را در هم می نوردد و از هیچ سو محدودیت نمی پذیرد. امثله ای از سیره-هایی که بر پایه این مصالح قوام یافته اند عبارتند از سیره عقلا در تشکیل حکومت و ایجاد سازمان سیاسی در جامعه، توزیع مسئولیتها از طریق نهاد حقوقی نمایندگی و بر اساس شایستگی ها و مهارتها، لزوم وفای به پیمانها و معاهدات بین المللی، رعایت اصل مصونیت دیپلماتیک در روابط بین الملل، سامان دادن نظام معاملات بر اساس

اغراض عقلایی، اجرای اصل لزوم در معاملات به هدف تثبیت آنها و تأمین امنیت روانی بازار که جملگی مربوط به حقوق ماهوی است و بنای عقلا بر اعتبار ظهور، رجوع به کارشناس، ترتیب اثر دادن به قول مخبر ثقه و مانند آن که حیثیت کشف و اثبات در آن ملحوظ است که همگی برپایه مصلحت حفظ نظام و جلوگیری از مفسدت اختلال نظام استوار شده است. لیکن آنچه در این باره لازم است مورد دقت واقع شود تبیین مجاری واقعی مصلحت حفظ نظام است و گرنه زمینه برای طرح ادعاهای اثبات نشده و زیاده روی در بکارگیری سیره فراهم می شود. به طور مثال این گفته یکی از مؤلفان حقوقی که بنای عقلا هر گاه ناشی از عمل ارادی باشد حتماً مسبوق به مصلحت سنجی است (جعفری لنگرودی، *دانش نامه*، ۶۲/۲) از دقت لازم برخوردار نیست. چه آنکه هر گونه مصلحت سنجی مادامی که به صورتی نباشد که در زمره مصالح نوعی حیات بشر و مصلحت نظامیه یاد شود، در ایجاد سیره کفایت نمی کند. این نویسنده قبول کاشف به کشف حکمی و ضمان بایع در تلف مبیع قبل از قبض را ناشی از مصلحت سنجی می داند. سؤال این است که کدام قبول کاشف به کشف حکمی ریشه در مصلحت نظام دارد و به طور مثال از پذیرش مبنای نقل در معاملات فضولی کدام مفسدت اختلال نظام پدید می آید؟ همین سؤال درباره مثال دوم این نویسنده هم تکرار می پذیرد.

پیشتر در تعریف سیره عقلا بر قید «بماهم عقلا» پای فشرديم. به باور نگارنده تأکید بر این قید ارزش دوجانبه اثباتی و نفیی دارد. ارزش اثباتی آن به این صورت است که حیثیت عقلایی در انعقاد سیره دخالت آشکار یابد و عقلا بماهم عقلا بر اساس مصالح عمومی و جاودانه بشری بنایی نهند و سلوکی را پایه ریزی کنند. ارزش نفیی آن نیز به این است که عوامل غیر عقلایی در انعقاد سیره دخالت نیابد. به نظر می رسد مصلحت سنجی های فروتر از مصالح عمومی به دلیل آنکه برخاسته از درک عقلایی گروهها و واحدهای اجتماعی معین است، رنگ محدودیت به خود گرفته و به عنوان

یک عرف و سیره جهانی موضوع عمل عقلا قرار نمی گیرد.

ج. به هیچ روی پذیرفتنی نیست که اراده سیاسی صاحبان قدرت و زور توانسته باشد منشأ سیره های فراگیر واقع شود. تجربه تاریخی نشان می دهد حکومتها با تکیه بر ابزار قدرت نقش مؤثری در سامان دادن به نظام حیات بشر ایفا نکرده و نتوانسته اند عقول خردمندان را به نفع تمایلات افسارگسیخته خود مصادره کنند. بلکه بر عکس هر گاه آنان در مقابل عقل عاقلان خاضع شده و وقواعد عقلایی را در اداره امور به کار گرفته اند آثار ماندگار در بنای تمدن جوامع به جا نهاده اند. بنابراین بهتر آن است که بگوییم این صاحبان قدرت اند که در برابر خردمندان منفعل اند و تمدنها و نظام-سازیهایی حقوقی محصول سلوک خردمندان عقلا است.

د. به رغم آنکه مرحوم نایینی تأثیر تعالیم پیامبران الهی را در تحقق سیره ها عادتاً محال یافته است (کاظمی، ۱۹۲/۳) بایستی از نقش بنیادین و انکارناپذیر پیامبران الهی در احداث بنای شامخ تمدنهای بشری و سامان دادن امر دنیای مردم یاد کرد. این مسأله با عنایت به دو نکته قابل اثبات است. نخست اینکه بخشی از رسالت پیامبران ایجاد خیزش عقلانی و بیدارسازی عقول خفته بشر بوده است. دوم اینکه پیام انبیای الهی در معنویت و آخرت خلاصه نشده، ایجاد دنیایی برتر، سامان یافته تر و عادلانه تر هم جزء وظائف و رسالتهای آنان بوده است. از این رو هیچ دلیلی برای پذیرش گسست بین آموزه های وحیانی و تمایلات عقلایی و فطری وجود ندارد. نکته اساسی در این باب این است که آموزه های پیامبران بازتاب رهیافتهای عقلی و تمایلات فطری است. از یک سو همگرایی بین سلوک پیامبران و رفتار خردمندان عالم و از سوی دیگر نقش آموزه های پیامبران در تثبیت و تحکیم سیره های عقلایی غیر قابل انکار است.

ه. قرار دادن عواملی چون «حس تقلید پذیری» و «عادت» در شمار خاستگاههای سیره ناشی از عدم درک لازم نسبت به ماهیت سیره و خلط آشکار میان

سیره عقلا بماهیم عقلا و دیگر سیره ها و عرفهای محدود اجتماعی است. به نظر می‌رسد مبدأ به کارگیری این گونه عوامل در افواه اصولیان گفته‌های منطقی شیخ الرئیس باشد. آنجا که وی در تبیین مبادی قضایای مشهوره به جز توافق فراگیر عقلایی از عواملی چون عادت، روح تسلیم‌پذیری، سنن کهن اجتماعی و مانند آن یاد می‌کند (النجاة، ۱۱۹). در پی او دانشمند اصولی فلسفه گرا محمدحسین غروی اصفهانی از مشهوراتی یاد می‌کند که انگیخته از عواملی چون حمیت، تعصب، عواطف و مانند آن است (نهایة الدراية، ۳۲۴/۲). در حالی که هیچکدام از این دسته عوامل منشأ سیره‌های فراگیری که در کانون توجه این بحث قرار دارند نیستند. بدتر از همه آنکه برخی از نویسندگان از سیره‌های متأثر از عواملی چون راحت طلبی، منفعت‌جویی و شهوات لجام‌گسیخته هم یاد کرده (علیدوست، ۱۱۷) و غفلت کرده‌اند که این سیره‌ها در فضایی دور از تمایلات عقلایی و فطری شکل گرفته است. به طور مثال تردیدی نیست در اینکه راحت طلبی‌ها و نفع‌جویی‌های بی‌حد و حصر هرگز مورد توجه عقلا نبوده است. آنان چه بسیار مسؤولیتهای دشوار را بر راحت طلبیها و نفع‌جوییهای بی‌حد و حصر ترجیح دهند. از این رو این عوامل هیچگاه نمی‌تواند در قوام بخشیدن به نظم حیات اجتماعی و عقلایی بشر مؤثر باشد و مناسب‌تر آن است که گفته شود ارمانی جز اختلال نظام و تباهی زندگی به بار نمی‌آورند.

و. درباره تأثیر درک عقلی و تمایلات فطری در تکون سیره‌ها بحث مهمی قابل طرح است. ولی این بحث موقوف است به ارائه تصویر واضحی از ماهیت حکم عقل، خاستگاه آن و مقایسه آن با سیره عقلا.

بررسی ماهیت حکم عقل و خاستگاه آن

درباره ماهیت حکم عقل و خاستگاه آن دو دیدگاه اصلی در بین اصولیان جریان یافته که هر دو سر از اندیشه‌های فلسفی در می‌آورد.

دیدگاه نخست: مشهور حکیمان متقدم برآنند که قضایای عقلی چون «عدالت نیکو است» و «ستم قبیح است» به عنوان مدرکات عقل عملی از ماده جدل و جزء قضایای مشهوره‌ای است که عقلاً به انگیزه حفظ نظام و بقای نوع بر آن توافق یافته اند و داخل در قضایای برهانی نیست.

توضیح اینکه مبادی برهان، قضایای یقینی هستند که به حکم استقراء در شش مقوله اولیات، مشاهدات، تجربیات، حدسیات، متواترات و فطریات محصورند. در قبال آن، قضایای مشهوره قضایای مقبول نزد مردم‌اند که حقیقتی جز توافق عقلاً ندارند. شیخ الرئیس در اشارات این مشهورات را آرای محموده نامیده، آرای که پایه آن عمدتاً شهرت و مقبولیت عمومی است (۲۲۰/۱) و بار دیگر از آنها به عنوان تأدیبات صلاحیه یاد کرده است (همان). وی در توجیه مدعای خود می‌نویسد: هر گاه گزاره‌هایی چون عدالت زیبا و کذب قبیح است به فطرت انسانی عرضه شود، در آن شک و تردیدهایی راه می‌یابد در حالی که در گزاره‌هایی چون «کل از جزء بزرگتر است» این تردید راه پیدا نمی‌کند (همو، *النجاة*، ۱۱۹). از این رو است که در نگاه این حکیم قضایای ناظر به حسن عدالت و قبح ستم نه در شمار اولیات، بلکه در زمره مشهورات محسوب می‌شود.

نصیرالدین طوسی در شرح اشارات این قبیل قضایای مشهوره را مشتمل بر مصلحت عامه یافته و از آن روی آن را آرای محموده نامیده که مقتضی مصلحت عامه یا اخلاق فاضله هستند. وی بر این باور است که احکام عقلی قطعی، ما بحدای خارجی دارد در حالی که قضایای مشهوره هیچ ما بحدای خارجی ندارد و حقیقت آن همان توافق عقلایی صرف است (۲۲۱/۱). قطب الدین رازی هم در این رأی با دو حکیم یاد شده همراه است (همان، ۲۲۰/۱).

از میان اصولیان متأخر محمدحسن غروی اصفهانی در حاشیه معروف خود بر کفایه دیدگاه مشهور حکیمان را با شرح و بسط افزونتری بیان کرده و شاگرد وی مظفر

نیز در این رأی از او پیروی کرده است. وی مقصود از حکم عقل را همان حکم عقلا درباره مدح فاعل برخی از افعال و نکوهش فاعل افعال دیگر دانسته است. از این روی که در افعال مورد مدح مصلحت حفظ نظام و در افعال مورد نکوهش مفسده اختلال نظام و فساد نوع است و این امر موجب شده تا عقلا بر مدح و ذم آن بنا نهند (نهایة الدراییه، ۲۲/۳ و ۲۳ و نیز مظفر ۲۰۶/۱-۲۱۰). وی بر این عقیده است که قضیه حسن عدالت و قبح ستم جزء اولیات نیست. چرا که تصور طرفین نسبت برای حکم به آن کافی نیست و گرنه عقلا در آن نزاع نمی کردند. جزء حسیات ظاهری و باطنی هم نیست چرا که نه مشاهده پذیر است نه جزء کیفیات نفسانی است که نزد نفس حضور یافته باشند. جزء فطریات هم نیست. در نتیجه امثال این قضایا داخل در برهانیات نیست بلکه جزء قضایای مشهوره است (اصفهانی، نهایة الدراییه، ۴۲/۲ و ۴۳). وی نیز معتقد است ویژگی مواد قضایایی برهانی مطابقت با واقع و نفس الامر است ولی قضایایی مشهوره مطابق با آرای عقلا است و هیچ پشتوانه واقعی ندارد (همان ۳۱۱/۲). بنابراین استحقاق مدح برای عدالت و نکوهش برای ظلم بر حسب توافق آرای عقلا حاصل است نه در واقع و نفس الامر (همان ۳۱۴/۲).

دیدگاه دوم: این دیدگاه را جمعی از حکیمان متأخر و اصولیان ناقد مرحوم اصفهانی اختیار کرده اند.

عبدالرزاق لاهیجی نخستین ناقد دیدگاه نخست است. وی اینکه حکما قضایایی چون «عدالت نیکو و ستم قبیح است» را از مقبولات عامه که ماده قیاس جدلی است و بر پایه مصلحت و مفسدت عامه شمرده و دعوی ضرورت که در یقینات معتبر است در آن مسموع ندانسته اند را مورد اشکال قرار داده و در جواب می نویسد: ضروری بودن دو حکم مذکور و عدم توقف آن به نظر و فکر در مرتبه ای از ظهور است که انکار آن مکابره محض است و قابل جواب نیست. غایت امر اینکه امثال این احکام که مصالح و مفاسد را در آن مدخل باشد از عقل نظری به اعانت عقل عملی صادر می-

گردد. او در ادامه می نویسد: این که حکما قضایای مذکوره را از جمله مقبولات عامه شمرده اند غرض ایشان صرفاً تمثیل به مصلحت عامه و مفسده عامه که در قبول عموم الناس مدخلیت دارد، است و اعتبار مصلحت و مفسده در احکام مذکوره منافی ضرورت نتواند بود. چرا که ممکن است قضیه واحده از جهتی داخل در یقینیات باشد و از جهت دیگر داخل در مقبولات (ص، ۶۲). بالاتر از آن گوید: قبول عموم عقلا در قضایای حسن عدالت و قبح ستم نه از جهت مصلحت و مفسده بلکه به سبب ضروری بودن است. چه هر کس به خود رجوع کند، بداند که با قطع نظر از اعتبار مصلحت و مفسده، حاکم به احکام مذکوره است. لهذا احکام مذکوره از جماعتی که عارف به مصالح و مفاسد نباشند یا از آن غافل باشند نیز لامحاله صادر می شود (ص ۶۳ با اندکی تصرف).

حکیم سبزواری نیز در شرح الاسماء در نقد دیدگاه مشهور می نویسد: ضروری بودن احکامی چون حسن عدالت و قبح ستم در مرتبه غیر قابل انکار و حتی حکم به بداهت آن نیز بدیهی است. نهایت امر اینکه این امور جزء احکام عقل نظری به یاری عقل عملی است. وی همچنین بر آن شده، اینکه حکما آن را در مقبولات عامه که از ماده جدل است قرار داده اند با ضروری بودن آن منافاتی ندارد چرا که غرض آنها تمثیل برای مصلحت و مفسدت عامه بوده که در آن قبول عموم مردم معتبر است و این مسأله منافاتی با بداهت آن ندارد. چرا که یک قضیه از دو سو می تواند در یقینیات و مقبولات وارد شود (۳۲۱/۱).

مهدی حائری یزدی نیز از جمله فیلسوفان معاصر است که دیدگاه نخست را شدیداً مورد نقد قرار داده و خلط بین مدرکات ناب عقلی با مشهورات را صواب ندانسته است. وی بر این باور است که قضایایی چون «عدل نیکو است» و «ظلم قبیح است» در حد ذات و با صرف تصور اطراف یا از قضایای معقولات و ضروریات اولیه می باشند و یا مانند قضیه توحید از یقینیات محسوبند و در هر دو صورت قیاساتی که

از این طریق از آنها تشکیل می شود، برهانی قلمداد می شوند (ص، ۲۳۰).

تعدادی از اصولیان معاصر هم در مقام نقد دیدگاه نخست برآمده اند از جمله، شهید صدر تفسیر حسن و قبح به عنوان حکم مجعول عقلایی را به حکم وجدان و تجربه اشتباه می داند. چرا که وجدان داور است به اینکه قبح ظلم با صرفنظر از هر جعلی ثابت است. تجربه نیز حکم می کند به اینکه حسن و قبح تابع مصالح و مفاسد نوعی نیست. چرا که گاه مصلحت امر قبیح بیش از مفسده آن است ولی همچنان قبح آن به قوت خود باقی است. به طور مثال کشتن انسان بی گناه اگر به انگیزه کشف دارویی از درون جسد او باشد که با آن جان دو انسان مشرف به مرگ نجات یابد از زاویه مصلحت سنجی امری مصلحت آمیز و مصلحت آن بیش از مفسده آن است ولی هیچ کس در قبح و زشتی این کار تردید نمی کند. وی نتیجه می گیرد: حسن و قبح به طور محض تابع مصالح و مفاسد نوعی نیست بلکه در بسیاری موارد با مصالح مذکور تلاقی و گاه مغایرت می یابد (۲۵۵/۲ و ۲۵۶). دیگری نیز بر این معنا پای می فشرده که حسن عدالت و قبح ستم به خودی خود ثابت است حتی اگر مستلزم حفظ نظام نباشد. توضیح اینکه نفس آدمی شامل قوای متعددی چون قوه غضبیه، شهویه و عقلیه است و کار قوه عقلیه تعدیل و تنظیم دیگر قوای انسانی است. عدالت با قوه عقلیه متناسب است و ظلم با آن در مابینت و منافرت قرار دارد. بنابراین حسن عدالت و قبح ظلم به ملائمت و مناسبت با قوه عقلیه باز می گردد. ناخوشایندی عقل نسبت به ظلم در همه ثابت است حتی اگر ربطی بین آن و مصلحت نباشد. بنابراین درک عقل نسبت به حسن عدالت و قبح ستم درک واقعی و ادراک امر واقعی است نه اینکه صرفاً یک امر مجعول عقلایی باشد (حکیم، عبدالصاحب، ۲۴/۴-۲۶).

آقای سبحانی نیز ضمن تأیید دیدگاه عبدالرزاق لاهیجی و حکیم سبزواری بر آن شده که چنانچه ادعای مشهور حکما درست باشد پایه های کلام اسلامی فرو می ریزد (ص، ۴۴). وی می نویسد: کسانی که فعل را با ملاحظه مصالح و مفاسد اجتماعی

مترتب بر آن به حسن و قبح موصوف می کنند در واقع قائل به حسن و قبح ذاتی نیستند. قول ثالثی را مطرح کرده و یا به قول اشاعره نزدیکترند (ص، ۲۰). خود بر این باور است که مسأله حسن و قبح از دو جهت برخوردار و از هر کدام در اولیات و مشهورات داخل است. قضیه «عدل نیکو است» به مثابه قضیه «کل از جزء آن بزرگتر است» جزء اولیاتی است که از تصور اجزای قضیه، حکم آن تصدیق می شود. در مطابق با واقع بودن هم تطابق با فطرت انسانی و بعد ملکوتی کفایت می کند. فطرت انسانی هم واقعیتی عینی در خارج است. همین مسأله حسن و قبح از جهتی دیگر در مشهورات داخل است چرا که عقلا به انگیزه بقا و حفظ نظام بر آن توافق عمومی یافته اند (ص، ۴۴).

نقد و بررسی

از مجموع مطالب گفته شده در توجیه دو دیدگاه پیش گفته نتایج و نقدهای ذیل مستفاد است.

أ. طبق دیدگاه مشهور حکما و مرحوم اصفهانی، قضایا و احکام عقلیه تفسیری مشابه بنای عقلا بماهم عقلا یافته است. چرا که دو خصوصیت مشترک در هر دو وجود دارد. نخست اینکه واقعیت هر دو جز توافق عقلا نیست و دوم اینکه این توافق بر پایه ادراک جمعی عقلا از مصالح و مفاسد نوعی یا همان مصلحت نظام شکل یافته است. بنابراین تا حدود زیادی می توان مراد از قضایای مشهوره و تأدیبات صلاحیه در کلمات این گروه را مترادف با سیره عقلا گرفت.

ب. در باب حقیقت مدرکات عقل علمی و قضایایی چون «عدالت حسن و ظلم قبیح است» بایستی حق را به جانب گروه دوم بخشید چرا که اساساً اندیشه حسن و قبح ذاتی بر این پایه استوار است که برخی از افعال صرفاً با ملاحظه ویژگیهای ذاتی به حسن یا قبح موصوفند بگونه ای که عقل ناب و فطرت معتدل با نظر به ذوات این افعال بی تأمل آنها را می ستاید و به سویشان تمایل می ورزد. این مسأله با پذیرفتن بعد ملکوتی و چهره باطنی افعال، اذعان یافتنی و با منطبق قرآن و سنت هم سازگار است.

به طور مثال اگر در کتاب خداوند اکل اموال یتیمان به مثابه بلعیدن آتش محسوب شده است (نساء: ۱۰)، این یک تمثیل صرف نیست بلکه بیانگر چهره ملکوتی عمل زشت مزبور است. یا اگر در کلمات امیر سخن، شب را بر روی شتر خار بیدار ماندن و در طوقهای آهنین از این سو به آن سو کشیده شدن خوشتر است از اندک چیزی ستم در حق دیگری روا داشتن (نهج البلاغه، خطبه ۲۴) یا حلوی آمیخته با قند روغن که به انگیزه تطمیع و اعطای رشوه پیشکش شود به مثابه آب دهان یا زهرمار است (همان) همگی از حقیقت ملکوتی و باطنی افعال ظالمانه حکایت می کنند. پس پذیرفتنی است که قضیه حسن عدالت و قبح ستم ناشی از درک عقل ناب از طبیعت واقعی عدالت و ستم است نه اینکه صرفاً حکمی عقلایی باشد که با عنایت به مصالح و مفاسد بیرون از ذات فعل جعل شده است. چه اینکه زشتی و زیبایی این قبیل افعال در همه حال مورد توجه خرد ناب و احساس فطری پاک است حتی اگر مصلحت حفظ نظام و بقای نوع هم در کار نباشد و یا مورد غفلت قرار گرفته باشد. از امثله فقهی آن می توان از درک عقل نسبت به قبح تصرف عدوانی در مال غیر و تحمیل ضرر و خسارت بر دیگری و حسن و بایستگی جبران خسارت تحمیل شده یاد کرد. حسن و قبحی که جوشیده از ذات افعال مذکور است و بر واقعیت نفس الامری آنها قامت افراشته است. مانعی هم نیست در اینکه همین مدرکات خرد ناب در جامعه خردمندان، مقبولیت فراگیر نیز بیابند و این خاستگاه عقلی و فطری سلوک عقلایی را نیز در پی آورد. یا اینکه از دو جهت برخوردار باشند هم بر مصالح ذاتی افعال تکیه زنند و موضوع حکم عقل قرار گیرند و هم بر مصلحت و مفسدت عامه قامت افزانند و موضوع سیره عقلا واقع شوند. خلاصه آنکه محدودی از تلاقی حکم عقل و سیره عقلا در موارد خاص در کار نیست هر کدام با ملاک و منشأ خاص خود^۱.

۱. «ان الذین یأکلون اموال التیامی ظلماً انما یأکلون فی بطونهم ناراً و سیصلون سعیراً».
 ۲. اینکه برخی از قضایا از جهتی در یقینیات و از جهت دیگر در مشهورات قرار گیرد مورد پذیرش محقق اصفهانی و شاکرد وی مظفر نیز واقع شده، آن دو اصطلاح مشهورات بالمعنی الاعم را در برابر مشهورات بالمعنی الاخص به کار برده اند. مقصود از مشهورات بالمعنی الاعم قضایایی است که از یک سو جزء ضروریات یا فطریات و از سوی دیگر از اعتراف عمومی برخوردار شده است (نهایة الدراية، ۱۲۵/۲ و ۱۲۶ و المنطق، ۳۴۰) ولی اشکال این است که این دو تن مدرکات عقل و عملی و قضایای ناظر به حسن عدالت و قبح ستم را در

خلاصه سخن اینکه با صرفنظر از مورد تلاقی حکم عقل و بنای عقلا، مدرکات عقل عملی مولود ملاک و مصلحت واقعی فعل است چیزی که شرط بنای عقلا نیست و این یکی از مهم ترین وجوه تمایز آن دو است (ن. ک. حکیم، محمدتقی، ۱۹۸ و علیدوست، فقه و عقل، ۲۱۹). از سوی دیگر برخورداری از پذیرش و اعتراف عمومی جامعه خردمندان شرط در حکم عقل نیست ولی شرط در سیره هست، چرا که توافق عمومی عقلا بدون لحاظ گرایش مذهبی و فرهنگی آنها بر اموری که ریشه در مصلحت استقرار حیات بشری دارد کاملاً قابل تحقق است. به طور مثال امروزه عقلای جهان اعم از اصحاب سیاست و متخصصان و برنامه ریزان در مسائلی چون برنامه ریزی برای مقابله با تجارت مواد مخدر یا لزوم واکسیناسیون عمومی در برابر امراض مُسری و ضرورت تنظیم بهداشت و درمان و بیمه و تأمین اجتماعی فراگیر توافق می کنند و در مجامع جهانی بسترهای حقوقی و قانونی آن را ایجاد می کنند لیکن درک صحیح عقلی از مفاسد و مصالح جوشیده از ذات فعل و حسن و قبح آنها تنها برای کسانی میسر است که عقل و فطرتشان تحت تربیت درست واقع شده و از شائبه ها و تیرگیهای ناشی از غلبه شهوت هواپرستی، جهل و تعصب پیراسته باشد و برخی از مصادیق آنها برای معدودی از انسانهای کامل تحقق پذیر است. بدین رو برای اذعان به حکم عقل شرط پذیرش و اعتراف عمومی مطرح نیست. برای مزید ایضاح از دو حکم عقلی و عقلایی یاد می کنیم که هر کدام دو برداشت متفاوت نزد مردم یافته اند:

۱. در نهج البلاغه خوانده ایم: لیس من فرائض الله شیء الناس اشد علیه اجتماعاً مع تفرق اهوائهم و تشتت آرائهم من تعظیم الوفاء بالعهود و قد لزم ذلك المشركون فیما بینهم دون المسلمین لما استوبلوا من عواقب الغدر (نامه ۵۳)، مردم بر هیچ چیز از واجبهای خدا چون بزرگ شمردن وفای به عهد سخت همداستان نباشند با همه هواهای گوناگون که دارند و رأیهای مخالف یکدیگر که در میان آرند و مشرکان نیز جدا

شمار مشهورات بالمعنی الاخص قرار داده اند که جز اعتراف عمومی عقلا واقعیتی نفس الامری ندارند و با توضیحات متن نادرستی این ادعا معلوم شد.

از مسلمانان وفای به عهد را میان خود لازم می‌شمردند، چه زیان پایان ناگوار پیمان-شکنی را بردند.

از این گفته می‌توان حدس زد که ریشه پای بندی مشرکان به پیمانها صرفاً یک مصلحت سنجی عقلایی بوده است. آنها به حکم تجربه به این نتیجه رسیده بودند که صلاح و نظام دنیا و پایداری منافعشان در گرو پای بندی به پیمان است و این مسأله به یک ارتکاز و پیمان نانوشته بین آنها و رقیبانشان تبدیل شد. همین مسأله از منظر یک انسان موحد و تربیت یافته به اخلاق الهی بازتاب احساس جاودانه عقل و فطرت و مقتضای خرد ناب است.

۲. بار دیگر در نهج البلاغه خوانده ایم: اجعل نفسک میزاناً فیما بینک و بین غیرک فأحبب لغيرک ما تحب لنفسک واکره له ما تکره لها و لا تظلم کما لا تحب أن تظلم و أحسن کما تحب أن یحسن الیک و استتبع من نفسک ما تستتبع من غیرک و ارض من الناس بما ترضاه لهم من نفسک (نامه: ۳۱)، خود را میان خویش و دیگری میزانی بشمار، پس آنچه برای خود دوست داری برای جز خود دوست مدار و آنچه تو را خوش نیاید برای او ناخوش بشمار و ستم مکن، چنانکه دوست نداری بر تو ستم رود و نیکی کن چنانکه دوست می‌داری به تو نیکی کنند و آنچه از جز خود زشت می‌داری برای خود زشت بدان و از مردم برای خود آن را بپسند که از خود می‌پسندی در حق آنان.

بر اساس این گفته‌ها یک مصلحت‌یابی و مآل‌اندیشی حقیقی نفع و زیان‌انسانها را به یکدیگر پیوند می‌زند. احساس تعهد متقابل سبب می‌شود که هیچ کس به زیان دیگری نکوشد تا دیگری هم رفتاری برابر با وی داشته باشد. این همان مصلحت‌نظم و استقرار حیات انسانی است که پایه یک سیره فراگیر واقع شده است. در عین حال، همین سیره پایه در حس اخلاقی و فطری دارد و در زمینه فرامین جاویدان اخلاقی نیز تحلیل می‌شود. چه بسیار انسانهایی که راز تعهدشان به این سیره حس

لطیف اخلاقی و ملکاتی چون مواسات، نوعدوستی، محبت و عدالت جویی باشد. بنابراین باردیگر یک سیره با منشأ دوگانه مورد پذیرش و اعتراف جامعه عقلا واقع شده است.

اینها جملگی مواردی از سیره هایی با منشأ دوگانه یا موارد تلاقی خرد ناب و سلوک عقلایی. در سوی دیگر سیره هایی است که پایه در درک عقل و تمایل فطرت ندارد و صرفاً بر اساس مصلحت عقلایی استوار شده است. سیره های مثبت حکم ظاهری که در امارات حکمی و موضوعی معمول است. جملگی از این قبیل است. این سیره ها ارزش کشفی و اثباتی دارد و بر پایه مصلحت نظام استوار شده است. اعتبارات عقلایی در حوزه معاملات و روابط حقوقی هم عمدتاً از این قبیل است. به طور مثال عقلا برای ایجاد سهولت در روابط اقتصادی و تحکیم نظام معاملات، معاطات را مفید ملکیت لازم یافته اند.

ج. با توضیحات ارائه شده از دیدگاه مرحوم اصفهانی آیا می توان ادعا کرد ایشان دو اصطلاح سیره عقلا و آرای محموده را مترادف یافته است. به بیان دیگر آیا حکم عقل و بنای عقلا نزد این محقق و شاگرد وی مظفر تعریف یکسان دارد؟ یکی از فلسفه گرایان در تحلیل دیدگاه ایشان بر آن شده که بنای عقلا همان مشهورات است (رضوی، *آفاق فلسفه*، ۱۳۷). ولی نظر دقیق در عبارات محقق اصفهانی خلاف آن را به اثبات می رساند. وی در جایی قضایای مشهوره را به سان ضروریات مفید تصدیق جازم یافته (*نهایة الدرایة* ۳۱۵/۲) و در جای دیگر حجیت سیره عقلا را در گرو امضا یا عدم ردع شارع دانسته است (*حاشیه المکاسب*، ۲۵/۱) و اگر قرار بود مشهورات و سیره با یکدیگر مترادف داشته باشند یقینی بودن مشهورات نیازمندی به امضای شارع را برطرف می کرد. چه آنکه اساس این نیازمندی غیر یقینی بودن سیره است.

ملاک سیره عقلا

بخش دوم مباحث این نوشتار بررسی ملاک و مناط سیره است. توضیح اینکه

مقصود از ملاک و مناط مورد نظر، علم آور بودن، اطمینان انگیز بودن یا گمان آور بودن است و اینکه آیا عقلا به کدام یک از ملاکهای سه گانه سیره های خود را بنا نهاده اند و آیا می توان ادعا کرد سیره های عقلایی صرفاً به منظور تأمین مصالح عقلایی است، بدون اینکه جنبه کشف و احراز واقع به عنوان ملاک و مناط سیره منظور آنان باشد؟

در حالی که ملاک و مناط حکم عقل همواره قطع و یقین است، اصولیان ملاک سیره را وثوق، اطمینان و علم عادی یا ظن نوعی دانسته اند. توضیح آنکه مدرکات عقل عملی بنا بر هر دو دیدگاه پیش گفته قطعی و یقینی است و اساساً مدرکات ظنی عقل از محل بحث بیرون است. این مسأله بنا بر تفسیر دوم از حکم عقل که حکیم سبزواری و عبدالرزاق لاهیجی و کثیری از اصولیان معاصر اختیار کرده بودند در نهایت وضوح است. چه آنکه آنها بر این باور بوده اند که رهیافتهای عقلی مبتنی بر حقایق نفس الامری و مصالح و مفاسد یقینی افعال است و از این روی آن را در جدول اولیات قرار می دادند. یعنی قضایایی که تصور موضوع در انتساب محمول بدان کفایت می کند. به باور آنان قضیه «عدالت نیکو است» به لحاظ یقینی بودن در جایگاه برابر با قضیه «کل از جزء آن بزرگتر است» می نشیند. اما بنا بر تفسیر نخست از آنجا که حکیمان متقدم این قضایا را در زمینه مشهورات تحلیل می کردند و در قبال اولیات می نهادند، این تصور پدید می آید که در جدول مضمونات قرار دارد. عباراتی از شیخ الرئیس ابن پندار را تقویت می کند (ن. ک: النجاة: ۱۱۹). لیکن از عبارات محمدحسین اصفهانی آشکارا بر می آید که این قسم از قضایای عقلیه همچنان جزء یقینیات است. وی گوید: اینکه این قسم از مشهورات جزء ضروریات شمرده نشده اند دلیل آن نیست که در دایره مضمونات قرار گیرد. چرا که در این تقسیم مضمونات در مقابل مشهورات قرار دارد. فرق بین مشهوراتی که مورد توافق عقلا واقع شده اند و برهانیات ضروری در این است که دومی مفید تصدیق جازم و مطابق با واقع است در حالی که این قسم از مشهورات مفید تصدیق جازم است بدون اینکه مطابق با واقع باشد بلکه صرفاً مطابق با آرای عقلا

است (نهایة الدراية، ۳۱۵/۲ و ۳۱۶). همو ملازمه بین عقل و شرع را در مشهوراتی که مبتنی بر مصلحت عامه یا انگیخته از اخلاق فاضله اند ثابت می داند (همان ۳۲۴/۲) و این هم دلیل دیگری است بر اینکه مشهورات مورد نظر قطعی و یقینی اند. چرا که اساساً قانون ملازمه بین درک قطعی عقل و حکم شرع ثابت است نه درک ظنی. در طرف دیگر مطابق با دیدگاه اغلب اصولیان معاصر، ملاک سیره عقلا، وثوق و اطمینان است. همان چیزی که در مؤلفات فقهی و اصولی متأخر با عنوان علم عادی تعبیر شده است. یعنی علمی که عرف و اغلب مردم به احتمال خلاف آن اعتنا نمی کنند نه علمی که به حکم عقل در آن احتمال خلاف راه نیابد (نراقی، ۴۳۵). به مواردی از عبارات اصولیان در موضوعاتی چند توجه کنید:

۱. امام خمینی در حالی که مسأله رجوع جاهل به عالم را از باب طریقیّت و کاشفیت از واقع تحلیل کرده، بر این باور است که عقلا قول عالم را غالباً مطابق با واقع و به ندرت مخالف با آن یافته اند و این همان علم عادی است که سیره های عقلا نوعاً بدان تکیه می زند (الاجتهاد و التقليد، ۸۳). آقای منتظری هم پس از آنکه دلیل عمده در باب رجوع جاهل به عالم را سیره عقلا عنوان کرده، تأکید نموده است بنای عقلا هیچگاه مبتنی بر تعبد نیست بلکه مبتنی بر وثوق شخصی است. یعنی همان علم عادی که از آن به سکون نفس تعبیر می شود. از این روی هرگاه در مورد خاصی برای عقلا وثوق شخصی حاصل نشود و از مسائل حیاتی زندگی انسان باشد چه بسا این سیره معمول نباشد، آن سان که چون بیماری خود را در وضعیتی خطرناک ببیند برای وثوق و اطمینان به خبرگان و متخصصان مراجعه می کند و حتی گاه به شورای پزشکان ارجاع داده می شود. خلاصه آن که ملاک بنای عملی عقلا حصول وثوق شخصی است و این ملاک نه تنها در رجوع جاهل به عالم بلکه در جمیع امارات عقلایی جریان می یابد (۱۰۲/۲ و ۱۰۳).

۲. مظفر، قوام حجیت ظهور را به نفی احتمال قرینه به بنای عقلا دانسته است نه

به حکم عقل. چه آنکه عقل احتمال قرینه را منتفی نمی‌شمرد حال آنکه عقلا آن را در باب حجیت ظاهر منتفی می‌شمرند. او می‌نویسد: کلام آنگاه ظهور می‌یابد که احتمال قرینه به حکم عقل منتفی نباشد چرا که اگر این احتمال منتفی شود، دیگر ظاهر نیست بلکه نص است (۱۳۶/۲). در این باب مرحوم بجنوردی اصول عقلایی چون اصالة العموم و اصالة الاطلاق را اصولی عقلایی می‌داند که عقلا نه از باب تعبد بلکه از باب وثوق و اطمینان شخصی یا نوعی به آن عمل می‌کنند (متنهی الاصول، ۴۵۸/۱). از این روی در مسأله مقدار فحص از مخصص و مقید هم معیار حصول اطمینان و وثوق به عدم مخصص را مطرح کرده‌اند. چرا که سیره‌های عقلایی دایر مدار همین اطمینان است و حاجتی به یقین به عدم مخصص نیست (همان ۴۵۹/۱ و ۴۶۰).

۳. کثیری از اصولیان بنای عقلا بر حجیت خبر ثقه را به ملاک حصول اطمینان و وثوق تحلیل کرده‌اند (آخوند خراسانی، ۶۲/۲؛ فیروزآبادی، ۲۵۰/۳). مرحوم نایینی در این باره لازم دانسته که خبر به درجه‌ای برسد که اطمینان و سکون نفس بیار آورد و گرنه دلیلی بر حجیت تعبدی نیست چرا که بنای عقلا جزء ادله لیبّه‌ای است که قدر متیقن آن مورد حصول اطمینان است (خویی، اجود التقریرات، ۹۶/۲ و نیز ن.ک: خراسانی ۶۳/۲).

۴. مرحوم نایینی در باب استصحاب بر آن شده که روش عقلا در عمل به حالت گذشته و بی‌اعتنایی به شک لاحق استقرار یافته و این عمل عقلایی نه به خاطر حصول اطمینان به بقا و نه صرفاً امید به بقا است. چرا که در فرض شک در بقا دلیلی برای حصول اطمینان در کار نیست... بلکه استصحاب یک امر فطری و ارتکاز ذهنی عقلایی است (کاظمی ۳۳۱/۴-۳۳۳). دیگران جریان این سیره را انکار کرده‌اند (اراکلی، مقالات الاصول، ۳۴۱/۲ و ۳۴۲ و مصباح الاصول، ۱۱/۳). از جمله امام خمینی با رد این استدلال بر آن شده که منشأ عمل به حالت سابقه یک امر ارتکازی و ناشی از عادت نیست بلکه وثوق و اطمینان به بقا است و این در حالی است که اخبار باب

استصحاب، از آن تفسیری تعبدی ارائه می‌کند و امور تعبدی با ارتکاز عقلایی ناسازگار است (استصحاب، ۳۷-۳۹).

از این گفته می‌توان به دو نکته پی برد. نخست اینکه عقلاً فقط در حالت اطمینان به بقا حالت گذشته را استمرار می‌دهند. دوم اینکه اخبار استصحاب در زمینه شک و تردید صادر شده است. بنابراین بایستی استصحاب را صرفاً یک اصل تعبدی و نه اماره عقلایی دانست و نتوان اخبار باب را در زمینه سیره تحلیل کرد. برای تکمیل این بحث ذکر چند نکته ضروری است:

أ. از عبارات پیش گفته اصولیان استفاده می‌شود، اغلب آنان ملاک سیره را اطمینان و سکون نفس یافته اند، حالتی که متقوم به نفس اطمینان یابنده است. در مقابل این نظر آقا ضیاء اراکی ملاک سیره را حصول ظن نوعی دانسته است نه اطمینان یا علم عادی (نهایتاً الافکار، ۲۱/۳). همین دانشمند اصولی در جای دیگر، قاعده ید را اماره عرفی و عقلایی یافته و معتقد شده است بنای عقلاً بر عمل به این قاعده از این باب است که سلطه بر مال را غالباً کاشف از مالکیت می‌داند و این غلبه موجب سکون نفس است (همان، ۲۱/۵). در جای دیگر ملاک سیره را در عمل به خبر، علم عادی یافته است (تنقیح الاصول، ۳۸). شاید از این دو گونه تعبیر بتوان استفاده کرد ظن مورد اعتماد در امارات عقلایی همان اطمینان و سکون نفسی است که در گفته‌های اکثر اصولیان آمده است. چرا که در برابر هر دو احتمالات ضعیفی است که عقلاً بدان وقعی نمی‌نهند.

ب. برخی از اصولیان حجیت علم عادی و عرفی را ذاتی دانسته و برآن شده اند که این علم در شرعیات بدون نیازمندی به برهان و دلیل حجت است (نراقی، ۴۳۵). و یا گفته اند: علمی که حجیت آن ذاتی است اعم از علم وجدانی است که هرگز در آن احتمال خلاف راه نمی‌یابد و علم اطمینانی که در آن احتمال ضعیف خلاف می‌رود (منتظری ۱۰۰/۲). و باز این احتمال را مطرح کرده اند که مراد از علم در آیاتی چون

«لاتقف ما لیس لک به علم»... (اسراء: ۳۶) اعم از علم وجدانی و علم عادی است و علم عادی به عنوان تکیه گاه سیره عقلا از عموم آیات نهی از پیروی ظن موضوعاً خارج است (اراکي، تنقیح الاصول، ۳۸).

ج. ملاک اطمینان و علم عادی در سیره هایی جاری است که ارزش کشفی و اثباتی دارند. یعنی در امارات عرفی و عقلایی که کشف از واقع می کنند ولی آیا این ملاک در دیگر سیره ها نیز جاری است؟ در بدو امر به نظر می رسد این ملاک در سیره های مربوط به حقوق ماهوی و امور اعتباری عقلایی جریان نمی یابد. زیرا این امور جزء اعتبارات عقلایی محض اند و متصف به صدق و کذب نمی شوند و واقع و غیر واقع در مورد آنها بی معنا است. لیکن از آنجا که این امور برای تحقق اغراض عقلایی اعتبار یافته اند، شاید بتوان ملاک سیره را اطمینان به تحقق غرض لحاظ کرد. به طور مثال عقلا، مقولاتی چون مالکیت و اختصاص، حضانت، ولایت، وکالت و حدود آنها را برای تأمین غرض مصلحت حیات و بقای نوع اعتبار کرده و در حصول این غرض ملاک اطمینان را لحاظ نموده اند.

د. با عنایت به اینکه مدرکات عقلی، محصول قطع و علم وجدانی را به بار می آورند و سیره های عقلایی مفید اطمینان و علم عادی هستند می توان نتیجه گرفت که رهیافتهای عقلی قطعی هیچگاه تخصیص پذیر نیستند. زیرا مادام که موضوع حکم عقل با همه ویژگیهای آن حاصل باشد حکم نیز ثابت است و چون موضوع از میان برود حکم نیز زوال یابد و زوال حکم با بقای موضوع بی معنا است. اما سیره های عقلایی گر چه اطمینان آورند، باز در معرض تخصیص قرار دارند. به طور مثال اگر قاعده ید را یکی از امارات عقلایی به شمار آوریم و سیره عقلا را دلیل حجیت آن ببایم این سیره در معرض تخصیص است. چه آنکه به دلایل شرعی معین در موارد شهادت بر جرایم جنسی چون زنا و لواط تخصیص یافته است. در این موارد شهادت دو نفر کفایت نمی کند و بایستی چهار شاهد گرد آیند و نیز در دعاوی حقوقی علیه مُرده، با ضمیمه

شدن سوگند مدعی، مسموع است. خلاصه آنکه نهادهای عقلایی به مثابه تأسیسات شرعی تخصیص پذیر است (ن.ک: بجنوردی، *القواعد الفقهیه*، ۲۱/۳ و ۲۲).

نتایج پایانی

در این نوشتار چستی سیره عقلا و تمایزهای آن با دلیل عقل در دو ناحیه منشأ و ملاک مورد واری قرار گرفت حاصل این شد که بنا به دیدگاه مختار، احکام عقلی ریشه در امور واقعی و مصالح و مفاسد جوشیده از ذات فعل یافته اند در حالی که خاستگاه سیره، عمدتاً مصالح کلی و نوعی است که استقرار نظام حیات بشر در گرو آن است. این مصالح بیرون از محدوده ذات در خلق و تکوین سیره ها مؤثر است. دیگر اینکه ملاک و مناط حکم عقل، علم وجدانی و یقینی است. در حالی که ملاک سیره در اغلب موارد اطمینان و علم عادی است. توجه به این دو نتیجه برای دقت بیشتر یافتن استدلالهای فقهی و اصولی بسیار حائز اهمیت است. همانطور که بی توجهی بدان به ضعف استدلال و خلط مباحثهای فراوان می انجامد. توجه به دو نکته ذیل به درک این نتیجه کمک می کند:

۱. غفلت از جایگاه سیره و تفاوت آشکار آن با حکم عقل سبب شده که در مقام استدلال به جای یکدیگر به کار روند. به طور مثال قواعد نویسان فقهی معاصر کثیری از قواعد فقهی را بر پایه‌ی سیره عقلا تحلیل کرده‌اند. ایشان به این سیره در قاعده غرور (بجنوردی، *القواعد الفقهیه* ۲۷۱/۱، ایروانی ۱۵۶/۲، مکارم ۲۸۹/۲، محقق داماد، ۱۷۳) قاعده علی الید (ایروانی ۱۳۹/۲، مکارم ۲۳۵/۲، محقق داماد، ۷۶) قاعده اتلاف (مکارم ۲۰۲/۲، محقق داماد، ۱۱۳) استدلال کرده‌اند. حال آنکه شایسته بود به پشتوانه‌های عقلی این قواعد توجه می کردند. به طور مثال اگر عدالت نزد فقیهان به مثابه قاعده‌ای فقهی بر بنیانهای عقلی سامان می یافت می توانست به عنوان مدرک اصلی این قواعد به کار آید. مثال دیگر اینکه یکی از قواعد نویسان به بنای عقلا بر عدم

ضمان امین استدلال کرده است (مکارم ۲/۲۸۹) و دیگری این حکم را عقلی یافته و از قبح عقلی ضمان امین یاد کرده است (بجنوردی، *القواعد الفقهیه* ۲/۱۲).

۲. گرچه هر گونه تلاشی در جهت احیای نقش و جایگاه سیره عقلا در استدلال-های فقهی و اصولی ستودنی است، لیکن از جمله آسیب‌های این مسأله کاربردهای نه چندان دقیق سیره در مباحث گوناگون است. امری که ناشی از ناشناخته بودن ابعاد سیره، مبادی و مناشیء آن است. به این دو مثال توجه کنید:

- در بحث اعتبار اعلمیت در تقلید هر دو گروه موافقان و مخالفان به سیره عقلا استناد کرده‌اند (ن.ک: حکیم، محمد تقی، ۶۶۰ و ۶۶۴). امام خمینی نخست ملاک سیره را در تقلید از غیر اعلم حتی با حضور اعلم جاری دانسته و حکم عقلا در رجوع به اعلم را غیر لزومی و بر مبنای احتیاط ارزیابی کرده است (*الاجتهاد التقليد*، ۸۷). آنگاه استدراکاً نتیجه گرفته است بنای عقلا در عمل به فتوای غیر اعلم با وجود علم تفصیلی یا اجمالی به مخالفت وی با اعلم محرز نیست. اگر نگوییم عدم آن محرز است. آنگاه از باب رجوع به اصل تعیین در دوران بین تعیین و تخییر قائل به لزوم تقدیم اعلم شده است (همان ۸۸ و ۸۹).

- قاعده ضمان بایع در تلف مبیع قبل از قبض از جمله قواعد فقهی است که در تثبیت آن به بنای عقلا استدلال شده است (بجنوردی، *القواعد الفقهیه*، ۲/۸۲) برخی هم در ثبوت این بنا تردید کرده‌اند (مکارم ۲/۳۵۹). یکی از فقیهان معاصر می‌نویسد: بنای عرف بر این واقع شده که قبض و اقباض در بیع مکمل ملکیت است. به طوری که قبل از آن ملکیت کامل حاصل نمی‌شود و نتیجه می‌گیرد: تلف مبیع پیش از تسلیم از مال بایع است چرا که ملکیت مشتری بر عین هنوز تثبیت نشده است. وی آنگاه این سیره را به تلف ثمن قبل از قبض هم تعمیم می‌دهد (خویی، *مصباح الفقاهه*، ۵/۶۴۶ و ۶۴۷ و ۲/۲۹۹ و ۳۰۰). در نقطه مقابل امام خمینی ادعای عقلایی بودن حکم این قاعده را غیر مسموع می‌یابد (*البیع*، ۵/۵۹۱) و آن را صرفاً یک قاعده تعبدی می‌شمارد که

مستند آن حدیث نبوی مشهور است (همان ۲۶۸/۲).

این گونه استدلال‌های متفاوت و پرفراز و فرود ما را بیش از پیش به ضرورت مطالعه در چیستی سیره و ملاک و منشأ آن واقف می‌کند.

فرجام سخن اینکه آنچه به نوشته آمده تمهیدی است برای ورود به حساس‌ترین بحث از مباحث مرتبط به سیره یعنی بررسی شرط معاصرت سیره با عصر معصوم که با عنایت پروردگار ابعاد گوناگون آن در مقاله جداگانه‌ای مورد واکاوی قرار خواهد گرفت.

منابع

قرآن کریم.

- نهج البلاغه**، ترجمه سید جعفر شهیدی، انتشارات علمی و فرهنگی، تهران، ۱۳۸۰ ش.
- آشتیانی، محمد حسن، **بحر الفوائد**، کتابخانه آیت الله نجفی مرعشی، قم، ۱۴۰۳ ق.
- ابن سینا، حسین، **الاشارات و تنبيهات** همراه با شرح نصیرالدین طوسی و قطب الدین رازی، نشر البلاغه، قم، ۱۳۷۵ ش.
- _____ **النجاة من الغرق فی بحر الضلالات**، تصحیح محمد تقی دانش پژوه، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۹ ش.
- اراکي، ضیاء الدین، **مقالات الاصول**، تحقیق محسن اراکی و منذر حکیم، مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۴۱۴ ق.
- ایروانی، باقر، **دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه**، دارالفقه للطباعة و النشر، قم، ۱۳۸۴ ش.
- بروجردی، محمد تقی، **نهاية الافکار**، تقریرات اصولی آقا ضیاء اراکی، موسسه النشر الاسلامی، قم، بی تا.
- توحیدی، محمد علی، **مصباح الفقاهه**، تقریرات فقهی سید ابوالقاسم خویی، مکتبه

- الداوری، قم، بی تا.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دانشنامه حقوقی*، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۷۵ ش.
- _____، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸ ش.
- حائری، محمد حسین، *الفصول الغرویه فی الاصول الفقهیه*، دار احیاء العلوم الاسلامیه، قم، ۱۴۰۴ ق.
- حائری یزدی، مهدی، *کاوش های عقل عملی*، موسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی، تهران، ۱۳۶۱ ش.
- حکیم، عبدالصاحب، *منتقى الاصول*، تقریرات اصولی حسینی روحانی، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۶ ق.
- حکیم، محمد تقی، *الاصول العامه للفقہ المقارن*، مؤسسه آل البيت، بیروت، ۱۹۷۹ م
- خمینی، روح ا...، *الاجتهاد و التقليد*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، تهران، ۱۳۷۵ ش.
- _____، *الاستصحاب*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، تهران، ۱۳۷۵ ش.
- _____، *البيع*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، تهران، ۱۴۲۱ ق.
- _____، *المکاسب المحرمه*، موسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۸ ش.
- خویی، ابوالقاسم، *اجود التقريرات*، تقریرات اصولی محمد حسین نایینی، منشورات مصطفوی، قم، ۱۳۶۸ ش.
- رضوی، مسعود، *آفاق فلسفه*، گفتگوهای با مهدی حائری یزدی، نشر فرزانه، تهران، ۱۳۷۸ ش.
- سبحانی، جعفر، *رسالة فی التحسين و التقيح*، مؤسسه امام صادق، قم، ۱۴۲۹ ق.
- سبزواری، هادی، *شرح الاسماء الحسنی*، تحقیق نجفقلی حبیبی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵ ش.
- صدر، محمد باقر، *دروس فی علم الاصول*، دار الكتاب اللبنانی، بیروت، ۱۴۰۶ ق.
- طباطبایی، محمد رضا، *تنقيح الاصول*، تقریرات اصولی آقا ضیاء اراکی، المطبعة

- الحیدریه، نجف اشرف، ۱۳۷۱ق.
- علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و عرف*، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵ش.
- _____، *فقه و عقل*، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵ش.
- غروی اصفهانی، محمد حسین، *حاشیه المکاسب*، چاپخانه علمیه، ۱۴۱۸ق.
- _____، *نهایة الدراية فی شرح الکفاية*، انتشارات سیدالشهداء، قم، ۱۳۷۴ش.
- غروی ایروانی، علی، *نهایة النهایة*، بی نا، بی جا، بی تا.
- کاظمی، محمد علی، *فوائد الاصول*، تقریرات اصولی محمدحسین نایینی، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تصحیح و تعلیق علی اکبر غفاری، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۳ق.
- لاهیجی، عبدالرزاق، *سرمایه ایمان در اصول اعتقادات*، انتشارات الزهراء، تهران، ۱۳۶۲ش.
- محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه مدنی*، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۸۱ش.
- مظفر، محمدرضا، *اصول فقه*، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۸ش.
- _____، *المنطق*، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهية*، مدرسه الامام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱ق.
- منتظری، حسینعلی، *دراسات فی ولاية الفقيه و فقه الدولة الاسلاميه*، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۴۰۸ق.
- موسوی بجنوردی، حسن بن علی، *القواعد الفقهية*، نشر الهادی، قم، ۱۳۷۷ش.
- _____، *منتهی الاصول*، بی نا، بی جا، بی تا.
- نراقی، احمد، *عوائد الايام*، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۳۷۵ش.
- واعظ حسینی بهسودی، محمدرور، *مصباح الاصول*، تقریرات اصولی ابوالقاسم خویی، مکتبه الداوری، قم، ۱۴۱۷ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۴/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص ۱۵۲-۱۲۷

بررسی مبانی فقهی واگذاری ثمن به نظر کارشناس (بیع با نظر کارشناس)*

محمد مهدی مقدادی

عضو هیأت علمی پژوهشی دانشگاه مفید

Email: mm_meghdadi@yahoo.com

چکیده

در بسیاری از قراردادها به ویژه عقد بیع، ممکن است تعیین بهای کالا یا خدمات بر عهده شخصی به عنوان کارشناس نهاده شود یا به قیمت بازار احاله گردد، لیکن اکثر فقیهان ما با استناد به ادله متعددی این گونه معاملات را باطل اعلام کرده‌اند، در برابر نیز برخی از فقها به درستی آن نظر داده‌اند. این نوشته تلاشی است در واکاوی و بررسی دیدگاه‌ها و مبانی فقهی ارائه شده و به اثبات رسانیدن صحت این نوع از معاملات.

کلیدواژه‌ها: معلوم بودن ثمن، ضابطه‌مند بودن ثمن، بیع به حکم کارشناس، قیمت

بازار، غرر.

*. تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۱۰/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۸/۰۷/۱۸.

مقدمه

در ماده ۳۳۹ قانون مدنی ایران مقرر شده است: «پس از توافق بائع و مشتری در مبيع و قیمت آن، عقد بيع به ايجاب و قبول واقع می شود». از این ماده چنین برداشت می شود که قیمت (ثمن) باید همانند کالا (مبيع) با توافق قبلی فروشنده و خریدار تعیین گردد و بر پایه آن، عقد با ايجاب و قبول محقق می گردد. از این رو نمی توان بیعی را با ثمن مجهول، مبهم یا مورد اختلاف واقع ساخت.

لیکن مرسوم است که در پاره ای از معاملات به ویژه در عرصه تجارت بین-المللی، بهای کالا به حکم یکی از طرفین واگذار می شود، یا به شخصی غیر از طرفین محول می گردد، در این مورد متعاملین ملتزم می شوند که نظر این شخص را که غالباً فردی کارشناس و صاحب نظر است، در مورد قیمت کالا بپذیرند و بيع را بر این مبنا منعقد سازند. گاه نیز طرفین قرارداد، تعیین ثمن معامله را به عرف رایج و قیمت عادلانه بازار احاله می دهند.

البته کلیه این راهها درحقیقت برای دست یابی به قیمت رایج و عادلانه بازار است و در این مسیر گاه امر به یکی از طرفین (به لحاظ داشتن آگاهی و تجربه کافی) محول می شود و گاه بر عهده کارشناسی مجرب نهاد می شود و در مواردی نیز به طور مشخص از قیمت بازار یاد می گردد. در مجموع قرارداد در بردارنده ضابطه ای است قابل قبول برای تعیین قیمت روز کالا که می توان آن را تعیین ثمن بر اساس ضوابط عینی نامید.

به هر روی، این نوع معاملات که با توجه به نیازهای روزمره و معاملات بین المللی رواج در خور توجهی یافته است، در انظار بسیاری از حقوق دانان صحیح و نافذ قلمداد شده است (کاتوزیان، ۱۵۱؛ صفایی، ۶۳، ۶۴، ۳۰۸). لیکن با درنگ در منابع فقهی و بررسی دیدگاه فقیهان معلوم می شود که با ایرادات و موانعی جدی مواجه می باشد که نیازمند تحلیل و بررسی است.

این نوشتار با محور قراردادن مهم‌ترین مصداق یعنی، «بیع با نظر کارشناس» بر آن است که با مطالعه مبانی این مسأله، راه را بر پذیرش و توسعه این گونه معاملات هموار نماید.

بدین منظور مطالب در دو بخش ساماندهی شده است؛ در بخش نخست، دیدگاه بطلان بیع با نظر کارشناس و مبانی آن مورد مطالعه قرار گرفته و در بخش دوم از دیدگاه درستی بیع با نظر کارشناس و ادله آن بحث شده و مبانی دیدگاه اول نقد و بررسی گردیده است.

بخش اول: بررسی دیدگاه و مبانی بطلان بیع با نظر کارشناس و مبانی آن

بسیاری از فقیهان در بحث از عوضین و لزوم تعیین آن در قرارداد بیع، تصریح نموده اند که معلوم بودن عوضین (ثمن و مبیع) از شرایط درستی عقد بیع است و نمی‌توان سرنوشت ثمن را به اختیار کسی واگذار کرد، آنان بر این مطلب به ادله‌ای استناد کرده‌اند.

گفتار اول: طرفداران بطلان بیع با نظر کارشناس

مرحوم ابن زهره حلبی در کتاب غنیة النزوع می گوید: «شرط است که مورد عقد معلوم باشد، چون عقد بر مجهول باطل است بلاخلاف، زیرا این نوع بیع، بیع غری است...» (حلبی، ۲۱۱).

علامه در *تذکرة الفقهاء* تحت عنوان «الشرط الخامس: العلم بالعوضین» می نویسد: «علمای ما اجماع کرده اند بر این که در بیع علم به عوضین شرط است تا طرف معامله بفهمد که به ازای آنچه داده، چه چیزی را مالک شده است تا بدین وسیله غرر منتفی گردد.» (حلی، ۵۲/۱).

سیدجواد عاملی در این باره آورده است: «آن‌گونه که برخی انگاشته‌اند، اجماع منحصر به کتاب *تذکرة الفقهاء* نیست، بلکه اجماع هم منقول و هم معلوم (محصل)

است» (عاملی، ۱۳/۱۶).

چنان که مشاهده می شود، در خصوص شرط بودن علم به ثمن، اتفاق بلکه اجماع وجود دارد، اما نکته در این است که آیا در اینجا علم تفصیلی لازم است، یا آن که علم اجمالی و عرفی و صرف قابلیت تعیین نیز کفایت می کند؟ به تعبیر دیگر آیا لازم است که میزان ثمن به طور دقیق در معامله مشخص و معین گردد یا همین که راه تعیین و ضابطه تشخیص آن تبیین شد، کفایت می کند؟ از این رو، اگر تعیین ثمن به یکی از طرفین معامله و یا شخص ثالثی (مانند کارشناس) که مورد اعتماد طرفین است واگذار شد عقد به درستی منعقد می شود؟ از میان قدما مرحوم ابن ادریس به صراحت این بیع را باطل دانسته و گفته است: «هر بیعی که در آن ثمن ذکر نشود، باطل است، بدون هیچ گونه اختلافی در میان مسلمانان» (حلی، ج ۲: ۲۸۶).

محقق حلی در شرایع چنین نگاشته است: شرط است که مقدار و جنس و وصف ثمن معلوم باشد و اگر به حکم یکی از طرفین بیع انجام گیرد - یعنی تعیین ثمن به یکی از طرفین واگذار گردد - عقد منعقد نمی شود (حلی، ۱۷/۲).

شهید ثانی نیز در این باره، در شرح عبارت شهید اول که «بیع با حکم یکی از متعاقدین یا شخص بیگانه (اجنبی) صحیح نیست» ادعای اتفاق نموده است.

صاحب جواهر در توضیح این فرع گفته است: اگر تعیین ثمن به حکم یکی از طرفین عقد، یا شخص ثالثی یا عرف دعاوی که در تعیین مقدار یا جنس یا وصف ثمن وجود دارد، واگذار گردد، عقد بیع منعقد نمی شود. سپس افزوده است: در اصل اعتبار علم طرفین به ثمن در میان فقها اختلافی نیافتم، مگر از ابن جنید اسکافی. ایشان در ادامه به عنوان دلیل به اجماع، حدیث نبوی نهی از بیع غرری، بدیهی بودن اشتراط علم به عوضین در صحت بیع و صحیح حلی تمسک می جوید (نجفی، ج ۲۲: ۴۰۵) که در ادامه مورد بررسی قرار می گیرد.

باید دانست که نظریه بطلان بیع به حکم طرفین معامله یا کارشناس (شخص ثالث) طرفداران زیادی دارد.

شیخ انصاری نیز از همین دیدگاه دفاع کرده و فرموده است: «معروف این است که علم به مقدار ثمن از شرایط درستی عقد بیع می‌باشد، پس اگر بیعی واقع شود و تعیین بهای آن به یکی از متعاقدین سپرده شود، این بیع باطل است...» (انصاری، ۲۰۶/۴) از دیگر طرفداران این نظریه می‌توان سلار (دیلمی، ۱۷۴)، محقق ثانی در جامع المقاصد (کرکی، ۱۰۸/۴ و ۱۰۷/۱)، سلطان العلماء (نقل از: بحرانی، ۴۶۱/۱۸ و انصاری، ۲۰۷/۴) را برشمرد. آیت‌الله سیدمحسن حکیم نیز از همین دیدگاه حمایت کرده اند (طباطبایی، ۶۶۲، ۶۶۳).

امام خمینی (رضوان الله تعالی علیه) هم از طرفداران همین نظریه است، لیکن ایشان در این مسأله دقتی نو داشته‌اند. از آن‌جا که عنوان مسأله در غالب متون فقهی این است که علم به مقدار ثمن (برای درستی معامله) شرط است، پس اگر فروش به حکم یکی از متعاملین (برای تعیین میزان ثمن) باشد، باطل خواهد بود. مرحوم امام در ذیل این عنوان چنین می‌گوید: ظاهر آن است که در این‌جا دو مسأله است که هر کدام خاستگاه ویژه‌ای دارند، ولی مورد خلط و اشتباه قرار گرفته‌اند. اولین مسأله این است که علم به مقدار ثمن شرط است و این بعد از فرض کامل بودن ارکان بیع (ذکر مبیع و ثمن عقلائی بودن معامله) است، زیرا روشن است که رتبه شروط بیع بعد از رتبه کامل بودن ارکان بیع می‌باشد، و دلیل اعتبار این شرط، بعد از ادعای اجماع و عدم خلاف، حدیث غرراست... و پاره‌ای از روایات نیز آن را تأیید می‌کند (امام خمینی، ۲۳۷/۳). ایشان دومین مسأله را این‌گونه تبیین نموده است که هرگاه ثمن در عقد بیع ذکر نشود، مانند این که فروشنده مبیع را به حکم خریدار بفروشد، منظورش بیع بدون تعیین ثمن فعلی و اعطای اختیار به خریدار برای تعیین ثمن در آینده می‌باشد.

امام خمینی چنین بیعی را باطل اعلام کرده است؛ لیکن دلیل آن را غرری بودن یا روایات مورد استناد فقها ندانسته است، بلکه علت بطلان آن را عدم صدق «بیع» بر

چنین معامله‌ای می‌داند (امام خمینی، ۲۴۰/۳).

برای نظریه مزبور که به عنوان دیدگاه معروف و مشهور از آن یاد می‌شود، ادله و مؤیداتی ذکر شده که مورد بررسی قرار می‌گیرد.

گفتار دوم: بررسی مبانی بطلان بیع با نظر کارشناس

در مجموع پنج دلیل در عبارات فقیهان به طرفداری از بطلان بیع با نظر کارشناس ذکر شده است:

أ- اجماع

اجماع و اتفاق فقها بر این است که جهل در ثمن به بطلان بیع می‌انجامد، پیشتر این اتفاق را با تعبیر «بلاخلاف» از ابن زهره حلبی و «اجماع فقهای ما» از علامه حلی، و «اتفاق» از شهید ثانی، و «عدم خلاف میان مسلمانان» از ابن ادریس حلی نقل نمودیم. صاحب جواهر هم در این باره آورده است: «شرط است که ثمن از لحاظ میزان، جنس و وصف معلوم باشد؛ پس اگر در معامله‌ای ثمن به حکم یکی از طرفین یا شخص ثالث و یا عرف و عادت واگذار شود، بیع منعقد نمی‌شود، بدون این که در اصل معتبر بودن علم به ثمن در نزد خریدار و فروشنده اختلافی را در میان فقهای شیعه بیابیم» (نجفی، ۴۰۵).

ناگفته نماند که اجماع بر این مسأله (بطلان بیع به جهت جهل در ثمن) را به عنوان کلی بر بیع با حکم کارشناس (به عنوان جزئی) منطبق دانسته‌اند.

ب- اشتراط علم به عوضین در درستی معامله بیع

تردیدی نیست که در صحت بیع، علم به عوضین شرط است، بنابراین چنانچه یکی از عوضین به طور مشخص دانسته نشود و نزد طرفین معلوم نباشد، بیع باطل خواهد بود (رک: نجفی، ۴۵/۲۲).

ج- روایت نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر»

این حدیث که به ادعای مرحوم شیخ انصاری (انصاری، ۲۱۰/۴) مشهور میان

مسمانان است، بارها در جوامع روایی و متون فقهی توسط شیعه و اهل سنت نقل شده و فقها بدان استناد کرده‌اند که بیع غرری مورد نهی و باطل است و از آنجا که جهل در مقدار ثمن موجب غرر و خطر است، به بطلان بیع منجر می‌شود.^۱ البته در این که غرر چیست و آیا استدلال بدان در محل بحث وجیه است، مطالبی است که در نقد ادله مورد عنایت قرار می‌گیرد، به ویژه این که عمده‌ترین دلیل در این مسأله، حدیث غرر است.

د- عدم صدق عنوان بیع بر این معامله

امام خمینی (ره) می‌گوید: «چنانچه ثمن در قرارداد بیع ذکر نشود، مانند این که فروشنده کالا را به حکم خریدار [یا شخص دیگر] بفروشد و منظورش آن باشد که قرار داد فروش فعلاً بدون ثمن است ولی به خریدار اختیار داده شد که بعد از معامله، ثمن را تعیین نماید، باطل است و این نه به علت غرر است و نه به سبب روایات ذکر شده، بلکه دلیل آن عدم صدق عنوان بیع بر چنین قراردادی است و این نوع قرارداد، نظیر بیع بلاثمن می‌باشد.

دلیل دیگر نیز روایت صحیحه رفاعه نخاس است^۲ [بحث از آن در ادامه خواهد آمد] در این صحیحه احتمال می‌رود که ثمن به صورت مجهول ذکر شده باشد، یعنی منظور از «فباعنیها بحکمی» در روایات این است که فروشنده ثمن را به هنگام معامله ذکر کرده، ولی مجهول و مبهم است، مثلاً گفته است: این کالا را فروختم به ثمنی که پس از معامله معین می‌گردد. لذا ارکان معامله تمام است، ولی ثمن مجهول است و موجب غرری شدن معامله می‌شود.

۱. شیخ انصاری تصریح دارد که نهی از غرر اجماعی است و موجب فساد می‌گردد.
 ۲. متن این روایت چنین است: قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت: ساومت رجلاً بجارية فباعنيها بحكمي فقبضتها منه علي ذلك، ثم بعثت اليه بألف درهم، فقلت: هذه ألف درهم حكمي عليك فأبى أن يقبلها مني و قد كنت مستستها قبل أن أبعث اليه الألف درهم، قال: فقال: أرى أن تقوم الجارية قيمة عادلة، فان كان قيمتها أكثر مما بعثت اليه كان عليك أن ترد اليه ما نقص من القيمة، وإن كان قيمتها أقل مما بعثت اليه فهو له، قال: قلت: رأيت إن أصبت بها عيباً بعد ما مستستها؟ قال: ليس لك أن تردها، ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب» حر العاملي، وسائل الشريعة، بيروت، دار احياء التراث العربي، ج ۱۷، ص ۳۶۵-۳۶۶.

احتمال دیگر این است که اساساً ثمن در معامله نیامده، مثلاً فروشنده گفته است: این کالا را به تو فروختم و تعیین ثمن موقوف به حکم تو (خریدار) است، بدین ترتیب معامله بدون ذکر ثمن است و رکن معامله (ثمن) تمام نیست، بنابراین عنوان بیع بر آن صدق نمی‌کند (امام خمینی، ۲۴۰/۳-۲۴۱).

امام خمینی در ادامه افزوده‌اند: بنابراین احتمال اخیر، هیچ یک از فقرات روایت مذکور منطبق بر قواعد نیست، بلکه بر فرض عمل به آن، باید حکمی صرفاً تعبدی تلقی شود و انصاف آن است که بر پایه احتمال ذکر شده، عمل به روایات صحیح نباشد، چه این که چنین تعبدی بعید است و حتی می‌توان گفت که قطع به نبود چنین تعبدی داریم (امام خمینی، ۲۴۱/۳).

ه- برخی از روایات دیگر

در کتاب وسائل الشیعه در باب عدم جواز البیع بدینار غیر درهم او درهمین ... ، چهار روایت ذکر شده است که به ظاهر معامله با ثمن مجهول را جایز نمی‌داند. به عنوان نمونه در روایت حماد بن میسره آمده است که از امام باقر (ع) روایت شده که ناپسند می‌دانست خرید لباس را به دیناری به استثنای یک درهم (یک درهم کمتر از یک دینار) زیرا معلوم نیست که بین دینار و درهم چه نسبتی است (چه در طول ازمنه یا در امکانه متفاوت نسبت میان این دو در حال تغییر بوده است) (حرعاملی، ۸۱/۱۸). از این روایت استفاده می‌شود که علم به ثمن به طور جزمی در هنگام معامله لازم است و معامله با ثمن مجهول ناپسند و غیرمعتبر است.

بدین ترتیب، چنانچه ثمن در عقد بیع به حکم یکی از طرفین (یا به حکم شخص ثالث) واگذار گردد به طریق اولی باطل خواهد بود، چون که در این فرض، ثمن از اساس و به طور کلی مجهول است (آملی، ۴۹۵/۲-۴۹۶).

بخش دوم: بررسی دیدگاه صحت معامله با نظر کارشناس و مبانی آن

برخی از فقهای سلف و بسیاری از فقه پژوهان معاصر از روا بودن معامله با نظر کارشناسان (در تعیین قیمت) یا بر پایه عرف بازار طرفداری کرده اند.^۱

گفتار اول: طرفداران درستی معامله، با نظر کارشناس

از ابن جنید اسکافی نقل شده است که اگر عقد بیع بر مبیعی که مقدار آن نزد طرفین معلوم است، واقع شود در حالی که ثمن برای یکی از آنان مجهول است، درست می‌باشد. و چنانچه بایع به مشتری بگوید کالا را به قیمتی که به دیگران فروخته ام به تو می‌فروشم، صحیح می‌باشد و مشتری دارای اختیار فسخ است.

از این رو باید قبول کرد که در دیدگاه ابن جنید بیع با ثمن دارای ضابطه و قابل تعیین (به وسیله عرف یا شخص کارشناس) به طور قطع درست است (رک: بحرانی، ۴۶۲/۱۸ و نجفی، ۴۰۶/۲۲).

محدث بحرانی صاحب کتاب الحقائق الناضرة نیز در این بحث این گونه نظر داده اند که اجماعات نقل شده در کلمات فقها قابل اعتماد نیست، و در این مقام، روایتی است که سالم از معارض است (روایت صحیح رفاعه نخاس که دلالت بر بیع به حکم مشتری دارد)، از این رو عمل به این روایت متعین می‌گردد (توحیدی، ۴۶۲/۱۸، ۴۶۱).

از دیگر طرفداران این دیدگاه می‌توان به مرحوم آیت الله خوئی^۲ و آیت الله اراکی (توحیدی، ۶۲۱/۳، ۶۲۲) و آیت الله محقق طهرانی (۴۷/۲۲ به بعد) اشاره کرد.

اینان در جهت حمایت از نظریه درستی بیع به حکم طرفین، یا کارشناس و یا عرف، ابتدا به نقد و رد ادله نظریه مخالف اهتمام ورزیده و آنگاه به روایت صحیح ای

۱. برخی نویسندگان از این دیدگاه با عنوان کلی نظریه کفایت قابلیت تعیین ثمن، یاد کرده‌اند. رک سید مسعود نوری، بیع با ثمن شناور، مجله نامه مفید، شماره ۲۲، سال ششم، ص ۵۴.

۲. محمدعلی التوحیدی، مصباح الفقاهة، تقریرات آیه الله سید ابوالقاسم الخویی، قم، مکتبه الداوری، ۱۳۷۷ق، ج ۳ صص ۶۲۱ و ۶۲۲.

که در مسأله وجود دارد، استناد جسته اند.

گفتار دوم: نقد و بررسی ادله دیدگاه بطلان بیع به حکم کارشناس و مبانی صحت آن

طرفداران بطلان بیع به حکم کارشناس به ادله مختلفی تمسک کرده‌اند که با نقد و بررسی آنها معلوم می‌گردد که هیچ یک نمی‌تواند مانعی برای درستی چنین معامله‌ای باشد.

۱- بررسی اجماع

گفته شد که پاره ای از فقهای عظام ادعای اجماع کرده‌اند که جهل در ثمن به بطلان بیع می‌انجامد و هر گاه بیع به حکم یکی از طرفین واگذار شود، معامله باطل خواهد بود.

مرحوم آیت الله خوئی در نقد این دلیل فرموده‌اند: «اگر چه این اجماع مسلم باشد، ولی گمان می‌رود که اصل و مستند آن نبوی مشهور «نهی النبی (ص) عن بیع الغرر» باشد، از این رو اجماع تعبیدی نخواهد بود» (توحیدی، ۶۱۶/۳). یعنی اجماعی نیست که کاشف از حجت (قول معصوم (ع)) باشد، بلکه به لحاظ وجود دلیل مستقل دیگر (روایت) در مسأله، فاقد ارزش است، زیرا دست کم این احتمال می‌رود که مستند این اجماع همان دلیل مستقل باشد.

ناگفته نماند که تحقق اجماع در مسأله مورد بحث نیز جای درنگ و تردید دارد، چه همان گونه که پیشتر گفته شد در این مسأله مخالفت‌هایی از قدمای اصحاب به ویژه ابن جنید اسکافی نقل شده است، از طرف دیگر عمده ترین ادعای اجماع از علامه حلّی در «تذکره الفقهاء» بود که می‌توان آن را به اصل مطلب اختصاص داد که علم به مقدار ثمن شرط است اما اجماع در خصوص این فرع (بیع به حکم یکی از طرفین یا ثالث) محقق نشده است (اراکی، ۲۵۵/۲).

جالب این که محدث بحرانی اذعان می‌دارد که کسی به این گونه اجماعات نقل

شده و تکرار آمیز در نوشته‌های پاره ای از فقها، اعتماد نمی کند (بحرانی، ۱۳۸۶، ۶۲/۱۸، ۶۱).

۲- بررسی روایت نبوی نهی از غرر

چنانکه گذشت، بسیاری از مخالفان به لحاظ حدیث مشهور «نهی النبوی (ص) عن بیع الغرر» جهل به مقدار ثمن را مایه غرر و بطلان بیع دانسته اند و بدین جهت معامله ای را که قیمت کالا به حکم طرفین یا ثالث یا عرف واگذار شده است، نادرست خوانده اند.

لیکن ملاحظه و بررسی روایت مزبور نشان می دهد که اولاً، روایت مزبور به لحاظ مرسله بودن ضعیف است، البته شیخ انصاری اظهار داشته که شهرت این خبر بین شیعه و عامه، ارسال (ضعف) آن را جبران می کند (انصاری، ۱۳۶۴/۴) لیکن بزرگانی چون مرحوم خوئی که این مبنا را نمی پسندند، سند روایت را همچنان ضعیف و ناتمام می دانند، گذشته از این که وجود شهرت فتوایی بر پایه این روایت در این مسأله اساساً محل تردید می باشد.

ثانیاً، آن گونه که برخی از فقها ابراز داشته اند (ر.ک: توحیدی، ۳/۶۱۷، ۶۱۶) در مورد دلالت روایت مزبور در محل بحث، جای تأمل و تردید است. در این باره از آیت الله شیخ عبدالکریم حائری چنین نقل شده است: «اثبات حکم به بطلان در مسأله، بدون تکیه بر اجماع مشکل است؛ زیرا حدیث نفی غرری که به آن استناد شده، مخدوش می باشد، چه این که عرفاً در پاره ای موارد به رغم وجود علم به مقدار ثمن، غرر نیز وجود دارد و در مواردی نیز مقدار ثمن مجهول است، ولی غرر منتفی است. سپس برای این دو مورد مثال می آورد؛ نخست در جایی که مقدار ثمن تعیین شده است، لیکن قیمت بازار مردّد بین اقل و اکثر است، و دوم این که هر گاه آن چه در صندوق قرار دارد فروخته شود با اطمینان بر این که آن چه در صندوق قرار داشته مساوی قیمت بازار یا بیشتر از آن است. آن گاه می گوید: اگر برای اعتبار علم به مقدار ثمن در صحت بیع، اجماعی باشد که کاشف از نظر شارع است، می پذیریم و حدیث غرر مؤید آن

می‌شود، در غیر این صورت استناد به صرف حدیث غرر، در نهایت ایراد و اشکال است» (اراکي، ۲۵۳/۲).

اما تحلیل و تحقیق این مطلب نیازمند بحثی در مفهوم، مبنا و ضابطه غرر است که در ادامه مورد توجه قرار می‌گیرد:

أ) مفهوم غرر

با ملاحظه گفته‌های اهل لغت معلوم می‌شود که غرر به سه مفهوم، خدعه، جهل و خطر آمده است.

در القاموس المحيط آمده است: « غَرَّهٌ غَرّاً و غروراً ... خدعه و اطعمه بالباطل» (فیروزآبادی، ۱۰۴/۲)، یعنی فریب دادن و خدعه کردن. ابن اثیر در نهایه می‌گوید: از بیع غرری نهی شده است و آن چیزی است که دارای ظاهری است که خریدار را می‌فریبد و باطنی مجهول دارد (جزری، ۳۵۵/۳). و در اساس البلاغه (زمخشری، ۴۴۸)، مصباح المنیر (فیومی، ۴۴۵) و المغرب (مطرزی، ۱۸۹) و برخی کتب دیگر لغت عرب، غرر به خطر تفسیر شده است.

شیخ انصاری می‌گوید: کلیه اهل لغت متفق‌اند که در معنای غرر، جهالت اخذ شده است و جهل، قدر مشترک بین تفاسیر وارده در مفهوم غرر است، خواه جهل در اصل وجود مبیع باشد و خواه در حصول آن و خواه در صفات مبیع از حیث کمیت و کیفیت (انصاری، ۱۸۷/۴).

این در حالی است که بررسی نظرات اهل لغت نشان می‌دهد که قدر جامع، مفهوم غفلت و خطر است. از این رو امام خمینی در نقد فرمایش ایشان نگاشته است: جای تعجب است که مرحوم شیخ از یک سو معتقدند غرر به معنای جهالت است و در جای دیگر غرر را به معنای خطر یا اقدام بر عملی که ایمن از ضرر نیست، دانسته است؛ در حالی که هیچ یک از کتاب‌های لغت، غرر را به مفهوم جهالت تعریف و تفسیر نکرده‌اند (امام خمینی، ۲۹۷/۳).

ناگفته نماند که شیخ انصاری در لابلای برخی مباحث به این باور می‌گراید که در مفهوم غرر، خطر اخذ شده است و نهی از بیع غرر را در راستای سدّ باب مخاطره- ای که به تنازع در معاملات می‌انجامد، توجیه می‌کند (انصاری، ۱۸۲/۴، ۱۸۱). در حقیقت این نوعی تبیین منشأ و مبنای غرر است که در گفتار بعد مورد عنایت قرار می‌گیرد.

ب- مبنای غرر

چنانکه اشاره شد در میان معانی غرر، دو مفهوم جهل و خطر مورد توجه فقها قرار گرفته است، برخی از آنان صرف جهالت را برای تحقق غرر کافی دانسته اند مانند شهید اول که از نظر شرعی غرر را جهل به حصول می‌داند^۱ این رویکرد در ظاهر کلام شیخ طوسی (۲۱۷/۳)، ابن ادریس (۲۴۷/۲)، سلّار (۱۸۰) فخرالمحققین (۲۴۷/۲) و محقق کرکی (۹۴/۴) به چشم می‌خورد.

اما بعضی دیگر از فقیهان، علاوه بر وجود جهالت، خطر و ضرر را نیز لازم می‌دانند.^۲ ملاحظه کلمات اینان نشان می‌دهد که دیدگاهشان از وجاهت بیشتری برخوردار است. زیرا صرف جهل در معامله، ملازمه ای با غرر ندارد، بلکه جهل یکی از ارکان آن است.

یکی از حقوقدانان در این باره نگاشته است: «باید دانست که غرر دو عنصر دارد؛ اول جهل، دوم احتمال حصول ضرر [خطر] از ناحیه جهل، به همین جهت بعضی از فقها می‌گویند «لاغرر و لا خداع إذا أمن من الضرر، یعنی اگر احتمال ضرر نباشد، غرر وجود ندارد. بنابراین اگر دو مال وجود داشته باشد که متحدالجنس باشند و صفات آنها یکسان باشد و بایع یکی از آن دو مال را بدون تعیین بفروشد، با وجود این که عین مجهول است، ولی چون احتمال ضرر وجود ندارد، غرر هم وجود ندارد» (جعفری، ۱۱۰

۱. جمال الدین مکی العاملی (شهید اول)، *القواعد و الفوائد*، ج ۲، ص ۱۳۷، قاعده ۹۹، البته ظاهراً ایشان در ادامه به دیدگاه دوم گراییده است. رک ج ۲، ص ۱۳۸.

۲. مانند ملا احمد التراقی، *عوائد الايام*، قم، مکتب الإعلام الاسلامی، ۱۳۷۵، ص ۹۶ تا ۹۸، و میرعبدالفتاح الحسینی المراغی، *العناوین*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق، ج ۲، صص ۳۱۸ و ۳۱۹ و شیخ مرتضی الانصاری، *کتاب المکاسب*، ج ۴، صص ۱۸۱ و ۱۸۲.

به نقل از طاهرخانی، ش ۴۳: ۱۲۶).

ج: ضابطه در غرر

این بحث بسیار محوری است که در رفع غرر چه میزان علم و چه نوع آگاهی ضرورت دارد؛ به دیگر سخن، آیا برای درستی معامله، متعاملین باید با چنان روش و آگاهی رفتار کنند که عرف و نوع مردم برای این گونه معاملات لازم می دانند، به عنوان نمونه، در خرید و فروش اشیا، نوعاً عدم اندازه‌گیری یا عدم تعیین دقیق ثمن مستلزم غرر است، از این رو هر قراردادی که این گونه منعقد گردد، مورد نهی شارع و فاسد است، یا این که مهم علم طرفین معامله می باشد، هر چند شیوه نامرسوم معامله آنان نوعاً غرر آمیز باشد، لیکن به لحاظ شخصی چون غرری در بین نیست، معامله آنان درست خواهد بود.

برخی فقیهان از ضابطه نوعی طرفداری کرده‌اند (ر.ک: توحیدی، ۵۹۷/۳ و آل کاشف الغطاء، ۱/۱۸۴)، اما بعضی دیگر از بزرگان، ضابطه شخصی بودن غرر را ترجیح داده اند، شیخ انصاری پس از بیان این که ظاهر اطلاق روایات نوعی بودن غرر است بر اساس حکمت سنجی (که هدف سدّ باب مخاطره و تنازع در معاملات است) از شخصی بودن ضابطه غرر در معاملات جانبداری کرده و فرموده اند، این احتمال بعید نیست که اطلاقات موجود در روایات را بر مورد غالب حمل کنیم، از این رو چنانچه در فروش مکیل و موزون دفع غرر به شیوه ای دیگر غیر از اندازه گیری ممکن باشد، کفایت می کند. مانند جایی که دو جنس هم ارزش (متساوی القیمة) معامله شوند یا طرفین معامله حدس قوی به مقدار دارند به گونه ای که این تخمین کمتر مخالف واقع می شود، و یا هنگامی که مورد معامله آن به سبب قلت (مثل چند حبه گندم) و یا کثرت زیاد (مانند قطعات بزرگ آهن) کیل و وزن نمی شوند (انصاری، ۲۱۴ و ۲۱۵).

ملاحظه عبارات برخی از بزرگان نیز مؤید این دیدگاه است، علامه از ابن جنید اسکافی نقل کرده است که اگر معامله بر میزان کالای معین و معلومی واقع شود، ولی ثمن برای یکی از طرفین مجهول باشد، جایز است ... مانند این که خریدار می گوید

یک کُر (مقداری مشخص) از گندم را به قیمتی که می فروخته ای به من بفروش، البته اگر میزان بهای معامله به طور کلی برای هر دو در زمان عقد مجهول باشد، روا نیست و بیع باطل است (۲۶۶/۵).

سیدمرتضی نیز می گوید: چنانچه مال در بیع سَلَم با مشاهده معلوم باشد یا با معاینه (و ضابطه) مضبوط شده باشد، علم به میزان آن شرط نیست (مرتضی، ۳۷).

همچنین شیخ طوسی نگاشته است: هر گاه چیزی به ثمن جزاف (بهایی که تقدیر و تعیین نگردیده) فروخته شود، چنانچه معلوم و مورد مشاهده باشد، صحیح است، اگر چه وزن و مقدار آن معلوم نباشد و همچنین است در مال سَلَم (طوسی، ۲۲۳/۳). جالب این که علامه در مختلف از این اقوال به عنوان مخالفین در مسأله (معلوم بودن ثمن در معامله) یاد می کند (حلی، ۲۶۶، ۲۶۷/۵).

بعضی از اساتید حقوق نیز برای تعیین میزان آگاهی در معامله، معیار شخصی را پیشنهاد کرده و نوشته اند: «داوری های عرفی را همیشه نمی توان در پرتو قواعد بررسی کرد، آنچه به نظر قوی تر می رسد، این است که هدف از بین بردن غرر و ایجاد اطمینان عرفی به مقدار مال است، هر چند از راهی نامرسوم به دست آید. برای مثال، می دانیم که گندم و جو و برنج را به طور معمول به وزن و گاه کیل می فروشند. با وجود این، اگر دو روستایی با هم توافق کنند که برنج را با دو برابر حجم گندم مبادله سازند و این مبادله را با انگاره ای انجام دهند که وزن محتوای آن روشن نیست، یا قرار گذارند که دوبار هم وزن برنج، گندم داده شود، بدون این که وزن هر کدام معین باشد، عرف مقدار دو عوض را معلوم می بیند و نزد دو طرف نیز غرری باقی نمی ماند» (کاتوزیان، ۱۸۲/۲).

باری، واقعیت چنین است که عرف از کفایت رفع غرر به طور شخصی هر چند به شیوه ای نامتداول حمایت می کند، به ویژه اگر این مسأله را بر پایه مقاصد شریعت و حکمت ها و مصالح منظور شرع مقدس تحلیل کنیم.

چه تحقیق و اجتهاد مطلوب، خاصه در معاملات بر این است که فقیهان با محور قرار دادن ادله و اسناد از یکسو و منظور کردن مقاصد عام شریعت در معاملات، با توجه به مقتضیات عرف و سهولت شرع از سوی دیگر، به استنباط احکام بپردازند (ر.ک: علیدوست، ۱۳۳/۴۱). بی گمان زمانی که طرفین با در نظر گرفتن ضابطه- ای قابل قبول برای تقدیر یا سنجش کالا یا بهای معامله، خود را از جهل و ضرر در امان می یابند، هرگز نمی توان آنان را به روشهای منصوص یا غالب در عرف (وزن و کیل و ...) مجبور ساخت، چه این که عرف و روش عقلای جامعه نیز خود جانب معیار شخصی را تقویت می کند و معیار را ایجاد اطمینان و کفایت علم اجمالی قرار می دهد. از آنچه تا کنون گفته شد به خوبی در می یابیم آن دسته از معاملاتی که قیمت و بهای آن به حکم یکی از طرفین یا حکم ثالث (به عنوان کارشناس) و یا قیمت روز بازار واگذار شده، به لحاظ ضابطه مند بودن و قابلیت تعیین ثمن (بر پایه قیمت متعارف بازار) صحیح و نافذاند و از همین رو در عصر حاضر به وفور این گونه قراردادها رایج گردیده اند.

ناگفته نماند اگر تفویض قیمت گذاری به یکی از طرفین به شخص ثالث به قابلیت تعیین ثمن منجر نشود، و سرنوشت بهای معامله در هاله ای از ابهام قرار گیرد، بی گمان این معامله نادرست خواهد بود و بعید نیست که منظور بسیاری از فقیهان به این نوع از معامله تفسیر گردد.

۳- بررسی استدلال به اشتراط علم به عوضین

پاسخ این استدلال با آنچه در بحث از غرر آمد، روشن گردید، زیرا مهم وجود آگاهی و اطمینان طرفین در انجام معامله است و همین که ضابطه ای معین و روشی قابل اعتماد برای خود در تقدیر کالا یا تعیین ثمن داشته باشند، شرط مزبور به داوری و حکم عرف محرز و درستی معامله تردید ناپذیر خواهد بود.

۴- بررسی استدلال به عدم انطباق عنوان بیع

به نظر می رسد در مسأله مورد بحث، تردیدی در صدق عنوان بیع بر چنین

معامله‌ای نباشد، زیرا بحث در قرارداد فروشی است که ثمن در آن منظور گردیده و ضابطه‌ای نیز برای تعیین آن مشخص شده، لیکن مقدار دقیق ثمن به هنگام معامله ذکر نشده است. مرحوم امام در این استدلال معامله‌ای را در نظر گرفته‌اند که فروشنده ثمن را ذکر نمی‌کند و حکم معامله (در مورد ثمن) به خریدار یا مانند آن واگذار می‌شود تا بعد، ثمن را مشخص کند. بی‌گمان خریدار در این فرض می‌تواند به دلخواه خود و به استناد اختیار خویش بگوید معامله، بدون ثمن باشد یا ثمن را میزان خاصی تعیین نماید. این معامله به طور یقین باطل است و در آن بحثی نیست و حتی اگر بخواهیم برای صحت این گونه معامله به انطباق عنوان بیع اصرار کنیم، از قبیل تمسک به عام در شبهات مصداقیه می‌گردد که نادرستی آن در علم اصول به اثبات رسیده است.

۵- بررسی استناد به روایات دیگر

در این باب عمده روایت، حدیثی است که حماد بن میسره از امام باقر علیه السلام نقل کرده است که متن آن پیشتر بیان شد. ولی این روایت، سندی ضعیف دارد، از این رو شیخ انصاری از آن به عنوان مؤید یاد می‌کند (انصاری، ۲۰۷/۴). افزون بر این که در دلالت آن در این مسأله تردید است، آیت‌الله خوئی در این باره می‌فرماید که روایت مزبور در مورد خاص وارد شده است و نهایت دلالت آن کراهت معامله می‌باشد (کراهت اعم از حرمت) لیکن دلالتی بر فساد و بطلان معامله ندارد، زیرا ملازمه ای بین احکام تکلیفی و احکام وضعی نیست (توحیدی، ۶۱۷/۳).

باری، با دقت و تأمل روشن می‌گردد که دلیل خاصی بر اعتبار علم به مقدار ثمن در حین معامله نیست و بر اساس قواعد به روشنی اثبات می‌شود که معامله با حکم طرفین یا کارشناس یا بر اساس قیمت بازار و ثمن شناور از وجاهت شرعی برخوردار است، از سوی دیگر در این مجال روایتی صحیح و وجود دارد که می‌تواند تأیید کننده بلکه مستند این ادعا باشد.

متن روایت چنین است:

«عن رفاعة النخّاس، قال: قلت لأبي عبد الله: ساومت رجلاً بجزارية فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك، ثم بعثت اليه بألف درهم، فقلت: هذه الف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها مني، و قد مسستها قبل أن أبعث اليه بالثمن، فقال (ع): أرى أن تقوم الجارية قيمة عادلة، فإن كان قيمتها اكثر مما بعثت اليه كان عليك أن تردّ عليه ما نقص من القيمة، و إن كان ثمنها أقل مما بعثت اليه فهو له. قلت: جعلت فداك، إن وجدتُ بها عيباً بعد ما مسستها؟ قال: ليس لك أن تردها و لك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب منه» (حرعاملی، ۳۶۴/۱۷، ۳۶۵).

مضمون روایت این است که فروشنده و خریداری که خود نخّاس (مشغول به حرفه فروش عیب و اماء) است، توافق می کنند که کنیز فروخته شود، اما قیمت را همین خریدار معین نماید، یعنی تعیین بهای معامله به حکم خریدار که خود کارشناس این گونه معاملات می باشد، و اگذار شده است و بر همین اساس خریدار، کنیز را تحویل می گیرد و در آن تصرف مالکانه می کند و هزار درهم را به عنوان قیمت (حکم خود به بهای معامله) برای فروشنده می فرستد، لیکن فروشنده از قبول آن خودداری می کند. امام صادق علیه السلام چنین می فرماید که کنیز بر پایه قیمت عادله (عرف بازار) ارزش گذاری شود، پس اگر قیمت عادله از آنچه خریدار برای فروشنده فرستاده، بیشتر باشد، لازم است که ما به التفاوت را نیز به فروشنده پرداخت نماید و اگر قیمت عادله کمتر از قیمت ارسالی باشد، ما به التفاوت برای فروشنده است ...

این روایت با دیدگاه نخست (مدّعی مشهور) که علم به مقدار ثمن را هنگام وقوع عقد بیع لازم می دانست، ناسازگار است و چنان که از ظاهر آن بر می آید دلیلی برای درستی معامله به حکم یکی از طرفین یا کارشناس است.

البته عده ای از فقها به رغم مقبولیت سند این روایت، در پذیرش دلالت و روشنی مفاد آن تردید نموده اند؛ صاحب جواهر معتقد است که روایت مزبور صحت بیع را نمی رساند و احتمال می دهد که حکم امام در واقعه ای خاص باشد (قضیه فی

واقعة) (ر.ک: نجفی، ۱۳/۲۲، ۴۱۲) شیخ انصاری نیز روایت را به لحاظ تنافی آن با فرض صحت و نیز فساد بیع نیازمند تأویل و توجیه می‌داند و در نهایت می‌فرماید که پذیرش صحت بیع به حکم خریدار و انصراف ثمن به بهای بازار بر اساس این روایت ضعیف است (انصاری، ۲۰۹/۴).

از سوی دیگر امام خمینی (قدس سره) فرموده‌اند هر چند در موردی که ثمن در معامله به حکم خریدار واگذار گردد، صاحب حدائق به این روایت عمل کرده و به اجماع منقول و عدم خلاف اعتنا ننموده است، لیکن ظاهر این روایت مورد اعراض است و حدیثی که اصحاب ما [مشهور فقها] از آن اعراض کرده‌اند، حجیت ندارد هر چند به طور واضح صحیح باشد، زیرا در جای خود به اثبات رسیده که دلیل حجیت خبر واحد فقط سیره عقلاست و عقلا به خبری که مورد اعراض روات آن و دیگر فقها (که متعبد به خبر واحد می‌باشند) است عمل نمی‌کنند (امام خمینی، ۲۴۱/۳).

با این همه، گروهی از فقیهان ژرف اندیش مفاد روایت را پذیرفته اند؛ محقق اردبیلی پس از ذکر روایت و بیان صحت سند آن، می‌گوید که این دلالت بر جواز جهل در ثمن دارد و بیع با حکم خریدار صحیح واقع می‌شود، ولی منصرف به قیمت عادله بازار است، هر چند در پایان احتمال می‌دهد که مضمون روایت حکمی در رویدادی خاص باشد (اردبیلی، ۱۷۶/۸).

اما محدث بحرانی پس از بحثی مفصل، چنین گفته است: این روایت سالم از معارض است و عمل به آن متعین می‌باشد، به ویژه این که سند روایت صحیح است (بحرانی، ۲۶۱/۱۸، ۲۶۲).

از معاصرین، محقق طهرانی به جانب‌داری از مفاد روایت و حکم آن به صحت بیع پرداخته و به این باور گراییده است که حکم امام علیه السلام به ارزش گذاری کنیز برای پرداخت مقدار ناقص از قیمت بازار است، زیرا مشتری را در هنگام تفویض قیمت معامله به وی، ملزم به رعایت قیمت عادله می‌داند. و در ادامه می‌افزاید که

روایت، صریح در درستی بیع است و نیازی به بیانات و تأویلات ناروا (اکل از قفا) نمی‌باشد.

آن‌گاه ایشان از گفته برخی از فقها که روایت را قضیه‌ای در واقعه‌ای خاص دانسته‌اند اظهار تعجب می‌کند و در نهایت می‌گوید: گریزی از عمل به این روایت نیست و شاید همین، مدرک فرمایش اسکافی باشد که گفته است اگر بیع بر مقدار معلوم بین خریدار و فروشنده واقع شود، ولی ثمن مجهول باشد جایز است (محقق، ۱۴۴/۲۲-۱۴۷).

آیت الله اراکی در این باره به نقل از استادش آیت الله حاج شیخ عبدالکریم حائری نقل می‌کند که چنین گفته است: «ظاهر روایت مذکور این است که فروشنده، خریدار را وکیل کرده و تعیین قیمت را به وی واگذار نموده است، همچنان که این شیوه هم اینک متعارف است، به ویژه اگر خریدار خود خُبره و صاحب نظر باشد مانند رفاعه نخّاس که حرفه اش فروش کنیز بوده و اطمینان وجود دارد که قیمت عادلانه را می‌شناسد و کمتر از قیمت عادلانه بازار ارزش گذاری نمی‌کند، پس در حقیقت رضایت فروشنده به همان قیمت عادلانه و بالاتر از آن است و مانند این است که فروشنده به خریدار گفته که من به قیمت عادلانه و بالاتر از آن به تو می‌فروشم. از این رو آنچه شیخ انصاری در منع استناد به روایت بیان کرده است، پذیرفتنی نیست و کلام ایشان مبنی بر این است که امر بیع به طور کلی به خریدار واگذار شده که هر قیمتی که می‌خواهد قرار دهد. البته اگر اجماعی به بطلان این بیع (واگذاری به مشتری خبره برای تعیین قیمت عادلانه) ثابت شود، باید پذیرفت، لیکن به این گونه اجماعات نقل شده و تکرار آمیز در کلمات فقها اعتمادی نمی‌شود، پس روایت، سالم از معارض است، و عموماً مربوط به نهی از غرر نیز بر فرض ثبوت و صحت مستند آن با این خبر صحیح تخصیص زده می‌شود» (اراکي، ۲۵۴/۵).

همچنین آیت الله خوئی پس از ذکر روایت با عنوان صحیح رفاعه نخّاس

می‌گوید: «امر دائر است بین این که از روایت (به جهت بحث در دلالت آن) رفع ید کنیم و علم آن را به اهلش واگذار نماییم، یا این که حدیث را به صورتی که منافات با ظاهر آن نداشته باشد، توجیه کنیم و ظاهر همین وجه اخیر است».

آن‌گاه افزوده است: «این روایت مربوط به یک امر عرفی و رایج در معاملات میان مردم است، چه متعارف و مرسوم - به ویژه در زمان ما - این است که باربران ثمن و اجرت را قطعی نمی‌کنند، بلکه آن را به خریدار یا مستأجر واگذار می‌کنند و از قرائن فهمیده می‌شود که غرض آنان همان قیمت عادلانه بازار (وبالاتر از آن) است و نه واگذاری امر به طور کلی به حکم خریدار یا مستأجر، حتی اگر کمتر از قیمت بازار باشد. پس روایت شریفه بر این قضیه متعارف دلالت دارد و وجهی برای رفع ید از آن یا تأویلش نیست، البته گفتار صاحب حدائق نیز درست نمی‌باشد. زیرا ثمن در این موارد کلی است که همان قیمت بازار (بهای عادلانه) و مافوق آن می‌باشد.

آن‌گاه ایشان در مقام جمع‌بندی می‌گوید: «اگر فروشنده بگوید کالا را فروختم به قیمتی که به دیگران فروخته‌ام، یا اگر خریدار بداند که آنچه از فروشنده خریداری کرده، بهایش از قیمت بازار (که این قیمت در بازار مشخص و مضبوط است، اگر چه خریدار به طور تفصیلی آن را نمی‌داند) بیشتر نیست، دلیلی بر فساد این معامله به لحاظ جهالت نداریم. چه این که معامله به صورتی نیست که موجب شود ندانیم ثمن یا مبیع مالیت دارد یا فاقد ارزش مالی است و یا ارزش بیشتری دارد به نحوی که سبب خطر [غرر] گردد، آن گونه که عقلا در اعتبار آن به عنوان بیع توقف و تردید روا دارند (توحیدی، ۶۲۰/۳، ۶۲۱).

بدین ترتیب، روایت صحیحه رفاعه نخاس، دارای حجیت است و بر پایه آن معاملاتاتی که به حکم کارشناس یا ضابطه معینی برای تعیین ثمن واگذار می‌گردد، اعتبار می‌یابد. همچنین با عنایت به متعارف بودن مضمون آن و استناد تعداد قابل توجهی از فقیهان بدان، نمی‌توان به استناد اعراض مشهور، این روایت معتبر را نادیده انگاشت، به

ویژه این که با توجه به بررسی صورت گرفته تحقق اعراض مشهور فقها در این خصوص جای تردید دارد.

اهمیت واگذاری قیمت به نظر کارشناس

در عصر حاضر، با پیشرفت علوم و تکنولوژی و تحول نیازها و روابط اجتماعی، خرید و فروش کالاها و خدمات، تنوع و توسعه فراوانی یافته است، آن گونه که در معاملات خرد و کلان، کالاهای گوناگونی در قالب‌های متفاوت داد و ستدی، مبادله می‌شوند و کمتر طرفین معامله توانایی دارند تا نسبت به ویژگی و بهای آنها، آگاهی لازم را بدست آورند. در واقع، با گسترش معاملات و تخصصی شدن کالاها، نیاز به دانش و تجربه فنی برای قیمت گذاری و اهمیت مراجعه به کارشناس چندین برابر شده است، تا آن جا که می‌توان ادعا کرد در مواردی بدون مراجعه و احاله امر به کارشناس، احتمال خطا یا ریسک (خطر) در معامله کردن وجود دارد و تنها کارشناس است که می‌تواند با درایت و ارزیابی، معیار مشخص و ضابطه درست را با کمترین انحراف در این خصوص فراهم آورد.

بدین سان باید پذیرفت که معامله با نظر کارشناس و واگذاری ثمن در بیع به اهل خبره، نه تنها خالی از ایراد، بلکه واجد دقت و مطلوبیت لازم است، به ویژه در معاملاتی که کالاهای تخصصی و خارج از حیطه آگاهی طرفین مورد داد و ستد قرار می‌گیرند.

باید دانست که اعتبار نظر کارشناس در فقه نیز به تأیید رسیده است^۱ و حتی فقها در برخی از ابواب معاملات مسائلی را مطرح کرده‌اند که به لحاظ لزوم رفع ابهام و دستیابی به معیار مشخص، مراجعه به خبره (کارشناس) را لازم دانسته‌اند.^۲ با این همه

۱. ر.ک به: عبدالناصر محمد شینور، *الاثبات بالخبره بین القضاء الاسلامی و القانون الدولی و تطبیقاتها المعاصرة*، اردن، دار النفائس، ۲۰۰۵م. ص ۱۳۵.

۲. الشریف المرتضی، *مسائل الناصریات*، تهران، مرکز البحوث والدراسات الاسلامیة، ۱۴۱۷ق، ص ۴۲۸، و محمد بن محمد العکبری الشیخ المفید، *المقنعة*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق، ص ۵۹۷، و حمزة بن عبدالعزیز الدیلمی، *المراسم العلویة*، بیروت، دارالحق، ۱۴۱۴ق، ص ۱۷۶.

باید تأکید کرد که مبنای اصلی اعتبار نظر کارشناس بنای عقلا است که شخص جاهل در اموری که احتیاج به بررسی و کارشناسی دارد، به اهل خبره مورد وثوق مراجعه کند. از این رو تنها باید وثاقت کارشناس احراز گردد و دیگر شرایطی چون تعدد، ذکوریت، عدالت و عدم اتهام در کارشناسی معتبر نیست.

جمع بندی و نتیجه‌گیری

به‌رغم این که در بسیاری از قراردادهای فروش، تعیین بهای کالا بر عهده شخصی به عنوان کارشناس نهاده می‌شود، یا تعیین ثمن معامله به عرف رایج و قیمت بازار احاله می‌گردد، این گونه قراردادها از دیدگاه مشهور فقها ناروا انگاشته شده است. جمع زیادی از فقیهان، معلوم بودن کالا و بهای آن را در هنگام معامله از شرایط درستی عقد بیع دانسته و اظهار داشته‌اند اگر بیعی واقع شود و تعیین ثمن آن به یکی از متعاقدين یا شخص دیگری سپرده شود، باطل است. برای بطلان این بیع به ادله‌ای چون اجماع، اشتراط علم به عوضین، عدم صدق عنوان بیع، روایت نبوی نهی از بیع غرری و برخی روایات دیگر استناد کرده‌اند، لیکن با مطالعه و بررسی معلوم گردید که هیچ یک از این ادله بر نادرستی بیع با نظر کارشناس دلالت ندارد و اساساً معاملاتی که بهای آن به حکم یکی از طرفین یا شخص ثالث (به عنوان کارشناس) و یا قیمت روز بازار واگذار می‌شود به لحاظ ضابطه‌مند بودن و قابلیت تعیین ثمن (بر پایه متعارف بازار) صحیح و نافذ بوده و از همین رو در عصر حاضر این گونه قراردادها رایج گردیده‌است. از سوی دیگر در این خصوص روایت صحیح‌های از امام صادق علیه السلام وارد شده که به اذعان جمعی از فقهای عظام بر درستی این امر متعارف و رایج در معاملات دلالت دارد.

باید افزود روا انگاری این گونه معاملات، علاوه بر زمینه سازی جهت پذیرش و ترویج معاملات بر اساس ضوابط عینی و تخصصی، راه را برای پذیرش کنوانسیون بیع

بین المللی کالا مصوب سال ۱۹۸۰ میلادی که در بردارنده دستاوردهای ارزنده‌ای خاصه در امر بازرگانی بین المللی و توسعه مطلوب تجارت است، هموار می کند.

منابع

- اراکي، محمد علي، *كتاب البيع*، قم: موسسه اسماعيليان، ۱۴۱۵ق.
- اردبيلي، احمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، موسسه النشر الاسلامي، ۱۴۱۸ق.
- آل كاشف الغطاء، محمد حسين، *تحرير المجله*، تهران: مكتبة النجاح، بی تا.
- امام خميني، روح الله، *كتاب البيع*، تهران: موسسه تنظيم و نشر آثار الامام خميني، ۱۳۶۸.
- آملی، محمد تقی، *المكاسب و البيع*، تقریرات آیت الله میرزای نائینی، قم: موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۱۳.
- انصاری، مرتضی، *كتاب المكاسب*، قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۲۰ق.
- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة*، بی جا: بی نا، بی تا.
- توحیدی، محمد علی، *مصباح الفقاهه*، تقریرات آیت الله سید ابوالقاسم خویی، قم: مكتبة الدواری، ۱۳۷۷ق.
- جزری، محمد، *النهاية في غريب الحديث و الاثر*، بیروت: دارالفکر، بی تا.
- حر عاملی، محمد بن الحسن، *وسائل الشیعه*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- حسینی المراغی، میر عبدالفتاح، *العناوین*، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
- حلبی، السید حمزه بن زهره، *غنية النزوع*، قم: موسسه الامام الصادق(ع)، ۱۴۱۸ق.
- حلی، احمد ابن ادريس، *السرائر*، قم: موسسه النشر الاسلامی، بی تا.
- حلی، جعفر بن الحسن، *شرائع الاسلام*، نجف: مطبعة الآداب، ۱۳۸۹ق.
- حلی، حسن ابن یوسف، *تذكرة الفقهاء*، قم: موسسه آل البيت(ع)، ۱۴۲۰ق.
- حلی، محمد بن الحسن، *ایضاح الفوائد*، قم: مطبعة العلمیه، بی تا.

- الدیلمی، حمزة بن عبدالعزيز، *المراسم العلویة*، بیروت، دارالحق، ۱۴۱۴ق.
- زمنشیری، محمود، *اساس البلاغه*، بیروت: دارالبیروت، ۱۴۰۴ق.
- الشریف المرتضی، سیدعلی، *مسائل الناصریات*، تهران، مرکز البحوث و الدراسات الاسلامیة، ۱۴۱۷ق.
- شینور، عبدالناصر محمد، *الاثبات بالخبره بین القضاء الاسلامی و القانون الدولی و تطبیقاتها المعاصرة*، اردن، دار الفنائس، ۲۰۰۵م.
- صفایی، سید حسین و همکاران، *حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- طاهرخانی، حسین، «قرارداد با عرض شناور»، *مجله قضایی و حقوقی دادگستری*. ش ۴۳، ۱۳۸۲.
- طباطبایی الحکیم، سید محسن، *نهج الفقاهه*، قم: دارالفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۱ق.
- طوسی، محمد بن الحسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران: مکتبه المرتضویه، ۱۴۱۱ق.
- _____ *کتاب الخلاف*، قم: موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۱۱ق.
- عاملی، جمال الدین، *القواعد و الفوائد*، قم: منشورات مکتبه المفید، بی تا.
- عاملی، سید جواد، *مفتاح الکرامه*، قم: موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۲۵ق.
- العکبری الشیخ المفید، محمد بن محمد، *المقنعه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- علیدوست، ابوالقاسم، «فقه و مقاصد شریعت»، *مجله فقه اهل بیت (ع)*، ش ۴۱، ۱۳۸۴.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، *القاموس المحیط*، بیروت: دارالجمیل، بی تا.
- فیومی، احمد، *مصباح المنیر*، قم: دارالهجره، ۱۴۰۵ق.
- کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹.
- _____ *حقوق مدنی*، دوره عقود معین (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
- کرکی، علی بن الحسن، *جامع المقاصد*، قم: موسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.
- محقق الطهرانی، محمدرضا، *حقائق الفقه فی شرح شرائع الاسلام*، قم: مکتبه العلمیه،

١٤٠٢ ق.

مرتضى، سيد على بن الحسن، *الناصریات*، قم: رابطہ الثقافہ و العلاقات الاسلاميه،

١٤١٧ ق.

مطرزى، ناصرالدين، *المغربي ترتيب المغرب*، بيروت: مكتبة البنان، ١٩٩٩ م.

نجفى، محمد حسن، *جواهر الكلام*، بيروت: داراحياء التراث العربى، بى تا.

نراقى، احمد، *عوائد الايام*، قم: مكتب الاعلام الاسلامى، ١٣٧٥.

نورى، سيد مسعود، «بيع با ثمن شناور»، *مجله نامه مفيد*، ش ٢٢، سال ششم.

مطالعات اسلامی: *فقه و اصول*، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۴/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص ۱۵۳-۱۸۴

بررسی نسبت میان پوشش بانوان و استحکام خانواده در آموزه‌های دینی*

سعید نظری توکلی

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

sntavakoli@ferdowsi.um.ac.ir Email:

چکیده

قرار گرفتن مرد و زن در کنار یکدیگر و تشکیل خانواده با انگیزه‌های مختلفی صورت می‌پذیرد که یکی از آن‌ها تأمین نیازهای جنسی است؛ اما قرآن کریم با استفاده از واژه «سکون»، ضمن ارتقای منزلت خانواده، هدف والاتری را برای آن در نظر گرفته است. هرچند آرامش همراه با «مودت» و «رحمت» خود بخود سلامت روانی خانواده را به دنبال دارد، ولی پیوند گسست‌ناپذیر خانواده و جامعه سبب می‌شود سطح سلامت هریک، ارتباط مستقیمی با سطح سلامت دیگری داشته باشد. از این رو، قرآن با تنظیم روابط زن و مرد در بیرون از محیط خانواده و ضروری دانستن استفاده از پوشش برای بانوان، کوشیده است با کاهش زمینه تحریک‌های جنسی، آشفتگی‌های روانی افراد جامعه و به دنبال آن، زن و مرد را به کمترین میزان ممکن رسانده، از تزلزل بنیان خانواده جلوگیری کند. در این مقاله تلاش شده است تا رابطه میان رعایت پوشش از سوی بانوان و استحکام خانواده به اثبات رسانده شود.

کلید واژه‌ها: خانواده، سلامت روانی، محرک‌های جنسی، پوشش.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۴/۲۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۸/۰۸/۱۲.

پیشگفتار

هنگامی که از نیازهای جنسی سخن می‌گوییم، از واقعیتی گفتگو می‌کنیم که نه تنها وجود آن شرم‌آور نیست، بلکه تلاش برای تأمین آن، ضروری و حتی مقدس است. تردیدی نیست که برآورده شدن این نیاز، از جمله مهم‌ترین عوامل شکل‌گیری خانواده و استمرار آن است. در میان آموزه‌های دینی، ضمن توجه به این خواسته طبیعی و به رسمیت شناختن حق تأمین آن، قوانینی وجود دارد که می‌کوشد ورود مردان و زنان فاقد همسر را به این کانون اجتماعی سرعت بخشد.

از این رو، با وجود قوانین سخت‌گیرانه در چگونگی روابط مرد با زنان نامحرم، به مرد اجازه داده شده است پیش از ازدواج و در مقام همسریابی به زیبایی‌های همسرآینده خود تا حدی متعارف بنگرد و به زن نیز این اجازه داده شده است آن زیبایی‌ها را در معرض دید وی قرار دهد (ر.ک: رشید پور، ص ۹۶-۹۴ و ۱۰۰-۱۰۵). در همین راستا، زیبایی ظاهری تا به آن‌جا اهمیت پیدا می‌کند که یکی از ملاک‌های انتخاب همسر قلمداد شده، داشتن همسری زیبا نشانه‌ای از سعادت و ملاک فضیلت به حساب آمده است (کلینی، ۳۳۵/۵، شماره ۷ و ۳۲۴، شماره ۴؛ لیثی واسطی، ص ۲۲۸).

انگیزه‌های عاطفی - روانی در تشکیل خانواده

صرف نظر از تأمین نیازهای جنسی، هدف‌های دیگری نیز برای تشکیل خانواده می‌توان تصور کرد، همچون: بقا و تربیت نسل، مشارکت در زندگی مادی و معنوی، برطرف شدن نیازهای اقتصادی، کسب قدرت و منزلت اجتماعی (ر.ک: کاهانی مقدم، ص ۳۷۲)؛ اما قرآن کریم در دو آیه ۱۸۹ سوره اعراف و ۲۱ سوره روم مسأله آفرینش مرد و زن و پیوند میان آنها را مورد بررسی قرار داده، از تأمین نیازهای عاطفی - روانی زن و مرد به عنوان هدف از آفرینش آنها یاد کرده است: «هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ

وَحِدَّةٌ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا» (اعراف، ۱۸۹/۷)، «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ» (روم، ۲۱/۳۰).

آن گونه که ملاحظه می‌شود، خداوند در این دو آیه از این واقعیت سخن به میان آورده است که از یک نفس، همسر آن آفریده شده تا به سکونت برسد: (لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا)، (لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا).

در بررسی محتوایی «سکون» توجه به دو نکته ضروری است:

اول: معناشناسی سکون

در متون تفسیری برای «سکون» سه معنای اصلی بیان شده است: انس یافتن (طوسی، ۵۱/۵)، الفت پیدا کردن (محلّی، بی‌تا، ص ۲۲۳)، پناه آوردن (ابن جوزی، ۱۴۷/۶)؛ افزون بر این، برخی از مفسران به دو معنای ترکیبی نیز اشاره کرده‌اند: انس و اطمینان پیدا کردن (طبرسی، ۱۴۱۸، ۷۲۹/۱، قرطبی، ۱۴۰۵، ۳۳۷/۷)، انس پیدا کردن و پناه آوردن (ابن جوزی، ۱۴۰۷، ۲۰۴/۳)، اما به نظر می‌رسد با توجه به کاربردهای مشابه آن در قرآن (أنعام، ۹۶/۶؛ توبه، ۱۰۳/۹)، منظور از آن، «آرامش» باشد (ر.ک: راغب اصفهانی، ص ۲۳۷، طریحی، ۲۶۶/۶).

دوم: تعیین دامنه سکون

تردیدی نیست که بر اساس تبیین قرآن، هدف از آفرینش زن و مرد، رسیدن به آرامش است، اما آیا این آرامش، امری یکسویه است یا دوسویه؟ برخی از مفسران بر این باورند که چون منظور از «نفس واحده» و «زوجها» در آیه «هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا»، همچنین «من أنفسکم» و «أزواجاً» در آیه «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا» به ترتیب «آدم» و «حوا» است (طبرسی، ۴۰۸/۴؛ شوکانی، ۲۷۴/۲؛ قرطبی، ۱۷/۱۴؛ ابن جوزی، ۱۴۷/۶)، می‌بایست بپذیریم آفرینش حوا

پس از آدم^۱ و به منظور خلاصی یافتن وی از تنهایی بوده است. در این صورت، حوا^۲ آفریده شده تا به واسطه آن، آدم به آرامش برسد (طباطبایی، ۳۷۴/۸)^۳ و با تعمیم آن به سایر انسان‌ها، زنان خلق شده‌اند تا از رهگذر آن، مردان به آرامش برسند (قرطبی، ۱۴، ۱۷/۱۴۰۵).

در برابر، این احتمال نیز مطرح شده است که منظور از «نفس واحده» و «أنفسکم»، هیأت و شکل یکسان (شریف رضی، ص ۳۰۸؛ قرطبی، ۳۳۹/۷؛ طوسی، ۱۴۰۹، ۲۴۰/۸) و مراد از «آفرینش زوج از آن»، با توجه به این که زوجیت از مفاهیم متضایف بوده و واژه «زوج» هم بر زن و هم بر مرد اطلاق می‌شود (خویی، ۱۶۷/۲)، آفرینش همسری از همان جنس (انسان) است^۴ (طبرسی، ۷۲۹/۱؛ شوکانی، ۲۷۴/۲ و ۲۱۹/۴؛ نحاس، ۲۵۱/۵؛ ابن کثیر، ۴۳۳/۱). بر این اساس، خداوند در این دو آیه در مقام بیان این مطلب است که انسانیت، حقیقت مشترک میان تمام انسان‌ها است و همین حقیقت، منشاء پیدایش دوگونه متفاوت، یعنی زن و مرد شده است.

اگر چنین احتمالی را بپذیریم، دیگر نخواهیم توانست ادعا کنیم که هدف از قرارگرفتن زن در کنار مرد، تأمین نیازهای مرد و در نتیجه، آرامش یافتن اوست (طبری، ۱۹۱/۹)؛ بلکه باید بگوییم هدف از آفرینش زن و مرد و قرار گرفتن آنها در کنار یکدیگر، به آرامش رسیدن هر دوی آنهاست (شریف رضی، ص ۳۰۸-۳۰۹؛ سید سابق، ۸۷/۲؛ ابن منظور، ۲۰۳/۶)، چرا که پیوند زناشویی میان آنها، سبب بر طرف شدن نقص هریک و رسیدن هر دو به کمال است (طباطبایی، ۱۴۰۲، ۱۶۶/۱۶).

۱. بر اساس این احتمال، نه تنها آفرینش حوا پس از آدم بوده، بلکه از جسد و بقایای بدن او است؛ ر.ک: فیض کاشانی، ۱۴۱۶، ۲۵۹/۲، شماره ۱۸۹.

۲. برخی از مفسران شاهد بر درستی این احتمال را ادامه آیه ۱۸۹ سوره مبارکه اعراف می‌دانند، چرا که خداوند سخن از آمیزش جنسی آدم (نفس واحده) با حوا (زوجها) و بارداری وی به میان آورده است: «فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمَلًا خَفِيًّا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَتَتْ دَعَا اللَّهَ رَبِّهَا لَنُؤْتِيَنَّهَا صَالِحًا لَنُكَونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ»؛ ر.ک: طبرسی، ۷۲۹/۱.

۳. با توجه به چنین نگرشی به مفهوم این دو آیه است که برخی از مفسران احتمال ازدواج انسان با غیر انسان (جنیان) را از آن جهت که هم جنس یکدیگر نبوده، پیوند میان آنها سبب آرامش نمی‌شود، متغی دانسته‌اند؛ ر.ک: طوسی، ۲۴۰/۸؛ ابن کثیر، ۴۳۹/۳.

روشن است که اگر چنین هدفی برای آفرینش زن در کنار مرد مطرح باشد، بیشترین زمینه ظهور آن هنگام تحقق زناشویی میان آنها و در کانون خانواده است. هرچند در فرض تحقق زناشویی و در شرایط عادی، یکی از زمینه‌های رسیدن به چنین آرامشی، برطرف شدن نیازهای جنسی است، اما از آنجا که کامجویی جنسی نمی‌تواند آرامشی همیشگی و پیوسته در نهاد خانواده داشته باشد؛ قرآن کریم در آن آیه، بدون اشاره به ارتباط میان ازدواج و رفع نیازهای جنسی، به دنبال آرامش، سخن از دوستی و محبت به میان آورده، می‌فرماید: «وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً».

در بررسی مفهومی این فراز از آیه ما با دو پرسش روبرو هستیم:

اول: مفهوم‌شناسی مودت و رحمت

قرار گرفتن دو واژه «مودت» و «رحمت» در کنار هم ما را با این پرسش روبرو می‌سازد که آیا این دو واژه به یک معنا به کار رفته‌اند یا هریک حکایت از معنای خاصی دارند؟ از آن جا که اصل در کاربرد واژگان‌های متفاوت، عدم ترادف معنایی آنها است، می‌بایست در صدد یافتن معنای هریک از این دو واژه باشیم. «مودت» گونه‌ای از دوستی است که پیامد (اثر) آن در هنگام عمل ظاهر می‌شود، اما دوستی (محبت) تنها ناظر به دریافتی درونی و ویژگی‌ای نفسانی است که می‌تواند هیچ اثر خارجی هم نداشته باشد (نظیر تفاوت میان خضوع و خشوع) (طباطبایی، ۱۶۶/۱۶).

منظور از «رحمت» هم نوعی واکنش نفسانی است که از مشاهده محرومیت و نیازمندی موجودی به وجود آمده، فرد را وادار به تلاش برای برطرف کردن محرومیت و نیازهای وی می‌کند (طباطبایی، ۱۶۶/۱۶).

اگر چنین تصویری از مفهوم «مودت» و «رحمت» داشته باشیم، دیگر نخواهیم توانست «مودت» را به «آمیزش جنسی» و «رحمت» را به «فرزند» (ر.ک: نحاس، ۲۵۳/۵؛ مجلسی، ۳۱۱/۶۰) معنا کنیم؛ زیرا از یک سو، «آمیزش جنسی» هرچند

می‌تواند یکی از نشانه‌های ابراز دوستی باشد، اما همیشه چنین نبوده، گاه رفتارهای جنسی تنها به منظور تأمین نیازهای جسمی و بدون پشتوانه عاطفی انجام می‌شود و از سوی دیگر، کوشش پدر و مادر در تأمین نیازهای مادی و معنوی فرزندان، گرچه یکی از جلوه‌های بروز ویژگی نفسانی «ترحم» آنها است، اما از آنجا که اطلاق مفهومی جمله «و جعل بینکم مودة و رحمة» شامل روابط زن و شوهر پیش از فرزند دار شدن و حتی فرزند دار نشدن همیشگی آنها نیز می‌شود، نمی‌توان «رحمت» را که صفت نفسانی است به «فرزند» که موجودی خارجی است، معنا کرد.

همچنین مجاز نخواهیم بود «مودت» را به «محبت» و «رحمت» را به «شفقت» معنا کنیم (قرطبی، ۱۷/۱۴؛ شوکانی، ۲۱۹/۴؛ طبرسی، ۵۴/۸)؛ زیرا در «مودت» و «رحمت»، افزون بر یک احساس درونی، نیازمند رفتاری خارجی نیز هستیم، حال آن که «محبت» و «شفقت» تنها ناظر به صفتی نفسانی هستند.^۱

سرانجام روا نخواهد بود که مودت و رحمت را هم معنا (مترادف) دانسته، آنها را به «تمایل قلبی» (عطف قلب) زن و شوهر نسبت به یکدیگر معنا کنیم (نحاس، ۲۵۳/۵؛ قرطبی، ۱۷/۱۴)؛ زیرا بار معنایی این دو واژه فراتر از حد یک ویژگی نفسانی است.

بر این اساس، به نظر می‌رسد دو واژه «مودت» و «رحمت» در این آیه به معنای لغوی خود به کار رفته، منظور از آنها، دوستی دارای نمود خارجی بین زن و شوهر و تلاش هریک از آنها برای رفع نیازهای طرف مقابل است.

دوم: گستره مودت و رحمت

وجود واژه «بینکم» در این فراز از آیه ما را با پرسش‌دومی روبرو می‌سازد. آیا دامنه مودت و رحمت محدود به زن و شوهر است یا افزون بر آنها، سایر افراد خانواده

۱. با ملاحظه همین جهت است که راغب اصفهانی، «رحمت» را به دلسوزی‌ای (رقت) معنا می‌کند که سبب نپکی (احسان) به فرد مقابل شود؛ راغب اصفهانی، ص ۱۹۱.

و در گام بعدی، تمامی افراد جامعه را نیز در بر می‌گیرد؟

تردیدی نیست که وجود مودت و رحمت در کانون خانواده، سبب می‌شود پدر و مادر تمام همت خود را صرف پرورش و نگهداری فرزندانشان کنند، تلاش برای بقای نسل ادامه داشته، حیاتِ نوعِ انسانی، پیوسته از خطر نابودی در امان باشد.^۱ که وجود چنین مودت و رحمتی در سطحی کلان و در میان افراد جامعه بشری نیز می‌تواند در اعتلای ارزش‌های اخلاقی و ارتقای کیفیت تعامل افراد جامعه با یکدیگر مؤثر باشد (طباطبایی، ۱۶۶/۱۶).

اما به نظر می‌رسد قرار گرفتن کلمه «بَیِّنْکُمْ» پس از جمله «خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ»، حکایت از اختصاص مودت و رحمت به زن و شوهر دارد (طبرسی، ۵۴/۸) و بیان‌گر این واقعیت است که خدای تعالی از نشانه‌های قابل تأمل خود برای انسان‌های متفکر، تحقق تکوینی مودت و رحمت میان زن و مردی می‌داند که تا پیش از ازدواج، هیچگونه پیوندی میان آنها وجود نداشته است (شوکانی، ۲۱۹/۴؛ ابن جوزی، ۱۴۷/۶؛ طبری، ۳۹/۲۱).

آن گونه که ملاحظه می‌شود، قرآن از دو واژه «مودت» و «رحمت» که عالی‌ترین توصیف از عواطف انسانی به شمار می‌رود، برای نهاد خانواده استفاده می‌کند و با برقراری پیوند میان محبت زن و شوهر به یکدیگر و آرامش آنها، بر این اصل تأکید می‌ورزد که پایه‌های خانواده هنگامی استحکام لازم را پیدا می‌کند که اساس آن بر سه‌عنصر: آرامش (سکون)، عشق (مودت) و مهربانی (رحمت)، بنیان گذاشته شود؛ زیرا با وجود محبت، آستانه تحمل افراد خانواده - به ویژه زن و شوهر - افزایش یافته، زمینه بروز تنش میان آنها به کمترین میزان ممکن می‌رسد، سکونت و آرامش به وجود می‌آید (کاهانی مقدم، ص ۳۸۰ و ۳۷۸). بنا به آن چه از امام صادق نقل شده است، مهم‌ترین و

۱. بر این اساس، برخی بر این باورند که «سکون» تنها به حوزه زناشویی اختصاص داشته، اما مودت و رحمت میان زن و شوهر و سایر افرادی که میان آنها پیوند خویشاوندی وجود دارد، جاری است؛ رک: سید سابق، ۸۷/۲.

بارزترین اثربریتی محبت، بلندی و رفعت ایمان است، چرا که انسان می‌کوشد نیازهای دیگران را برطرف سازد. حال اگر این فرد، عنوان همسر را به خود بگیرد، کانون محبت انسان از توجه به هرچه غیر از اوست، باز می‌ماند. در چنین حالتی است که خود به خود، آرامش انسان بیشتر و بیشتر می‌شود.^۱

ابن سینا پیوند میان این سه عنصر بنیادین را چنین توضیح می‌دهد: «واجب است امر ازدواج محکم و استوار باشد تا به واسطه بی‌خردی، جدایی و طلاق پیش نیاید و رشته اجتماع و خانواده گسسته نگردد و نیز اگر پایه امر ازدواج سست و ضعیف بوده به هر چیز مختصر جدایی و طلاق پیش آید، زن و مرد محتاج تجدید ازدواج می‌شوند و در این کار هم زیان‌های فراوان به آنها می‌رسد و نیز بیشتر اسباب مصلحت مرد و زن در وجود مهر و محبت است و محبت هم به وسیله الفت حاصل می‌گردد و الفت هم حاصل نمی‌شود مگر به عادت و عادت هم حاصل نمی‌شود مگر به طول آمیزش و معاشرت» (ابن سینا، ص ۴۴۹).

ناگفته پیدا است که هرچند انس با یکدیگر و احساس آرامش در کنار همسر، محصول تداوم محبت و انجام وظایف هریک نسبت به دیگری است^۲ و بدین لحاظ در نگاه‌دین، وجود همسر به عنوان نعمت و موهبت الهی، قابل‌حق‌شناسی و شکرگزاری ویژه است؛ اما آرامش و پیوستگی عاطفی زن و مرد در خانواده، تنها شرط لازم برای استمرار زندگی زناشویی است، نه شرط کافی برای آن؛ زیرا همیشه عوامل گوناگونی وجود دارند که با دخالت خود، نه تنها این پیوستگی را تقویت نمی‌کنند، بلکه زمینه گسست آن را نیز فراهم می‌سازند.

۱. با محور قرار گرفتن سکون و مودت و رحمت در تنظیم روابط جنسی است که می‌توان برقراری پیوند زناشویی با زنان بزه‌کار را که به قصد کسب درآمد خود را در معرض بهره‌وری دیگران قرار می‌دهند، امکان‌ناپذیر دانست؛ ر.ک: سید سابق، ۹۵/۲.

۲. ابن سینا بر این باور است که وجود این ویژگی‌ها در زن، سبب استحکام خانواده می‌شود: خردمندی، دین‌داری، با شرم بودن، زیرکی، با محبت بودن، بارور بودن، زبان دراز نبودن، مطیع بودن، پاک دل و بی‌غش بودن، در پشت سر مرد امین او بودن، وزین بودن، فروتن بودن، حسن تدبیر داشتن، صرفه‌جو بودن، اخلاق خوب داشتن؛ ر.ک: کاهانی مقدم، ص ۳۷۶-۳۷۵.

قرآن کریم هنگامی که سخن از استفاده نادرست از آموزه‌های وحیانی به میان می‌آورد، تلاش برای فتنه انگیزی میان زن و مرد و جداسازی آنها را از یکدیگر مطرح می‌کند (بقره، ۱۰۲/۲).^۱ بر این اساس، هر گفتار یا رفتاری که بتواند با تأثیرگذاری خود، میزان آرامش خانواده و در نتیجه پیوستگی عاطفی زن و مرد را کاهش دهد، از آنجا که مخالف با هدف از آفرینش آنها در کنار یکدیگر است، مطلوب خداوند نبوده، باید از شکل‌گیری آن جلوگیری کرد (ابن کثیر، ۲۸۵/۲).

قوانین دینی و استحکام خانواده

با توجه به چنین نگرشی به پیدایش خانواده است که خدای تعالی و خاندان عصمت در چارچوب گزاره‌های وحیانی یا سنت، در صدد وضع قوانینی برآمده‌اند تا ضمن جلوگیری از تأثیر عوامل مختلف، همچنین اثر پذیری خانواده از آنها، شکنندگی عاطفی زن و شوهر را کاهش داده، بر میزان استحکام پیوند میان آنها بیفزاید.

از جمله این قوانین، احکامی است که خداوند برای تنظیم روابط میان زن و شوهر با سایر افراد غیر هم جنس خود در بیرون از خانواده وضع کرده است.

بدون تردید، زن و مرد از ساختار بدنی متفاوتی برخوردار هستند. این تفاوت‌ها که در دو حوزه جسمی و روانی به خوبی قابل مشاهده هستند، زمینه بروز رفتار و پیدایش احساسات و هیجانات گوناگونی را در هر یک از آنها نسبت به دیگری فراهم می‌کند؛ رفتارها و هیجاناتی که پیدایش آنها در خارج از محیط خانواده، بسته به زمان و شدت اثرگذاریشان، پایه‌های خانواده را متزلزل می‌کند.

اگر بپذیریم که تفاوت‌های فیزیولوژیک زن و مرد، سبب می‌شود محرک‌های جنسی مختلف و با پاسخگوئی‌های متفاوت داشته باشند، چگونگی برخورد با

۱. هرچند در منابع تفسیری راه‌های گوناگونی برای جدایی زن و شوهر مطرح شده است، همچون: ایجاد تنفر، ایجاد اختلاف اعتقادی و سخن چینی (طبرسی، ۳۳۲/۱؛ طباطبایی، ۲۳۴/۱؛ جصاص، ۶۹/۱؛ سیوطی، ۱۰۳/۱)؛ اما شاخصه تمامی آنها، واقعی جلوه دادن امور غیر واقعی است (طبری، ۶۴۸-۶۴۹).

این محرک‌ها و پاسخ دادن به آنها در بیرون از محیط خانه و در خارج از رابطه زناشویی، می‌تواند در میزان استحکام و ماندگاری خانواده مؤثر باشد.

از این رو، خداوند در یک فرمان به همسران پیامبر که با استفاده از اصل تعمیم پذیری درباره سایر بانوان مسلمان نیز صادق است^۱ می‌فرماید: «يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِّنَ النِّسَاءِ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَّعْرُوفًا» (احزاب، ۳۲/۳۳).

همان گونه که ملاحظه می‌شود خداوند با این فرمان درصدد است با کاهش زمینه تحریک جنسی مردان که از راه گفتارهای هوس برانگیز صورت می‌پذیرد، امکان سوء استفاده مردان بیمار دل^۲ را به پایین‌ترین میزان برساند.

همچنین، قرآن کریم به بانوان توصیه می‌کند از راه رفتن به گونه‌ای که سبب تحریک و جلب نظر جنس مخالف می‌شود، پرهیز کنند: «وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ» (نور، ۳۱/۲۴).

با چنین رویکردی به چگونگی تعامل زن و مرد در خارج از کانون خانواده است که خدای تعالی ابتدا در یک فرمان کلی، هر زن و مرد بیگانه را فرمان به چشم پوشی از یکدیگر داده، تا بستر آلودگی را که در بیشتر موارد، دیداری است، بخشکاند؛ «قُلْ لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَرِهِمْ ... وَقُلْ لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَرِهِنَّ» (نور، ۳۱/۲۴).

بر اساس این آیه، همان گونه که نگاه آلوده مرد به زن بیگانه حرام است، نگاه هوس انگیز زن به مرد نامحرم نیز حرام شمرده شده است (حلی، ۸/۳؛ عاملی، ۴۸/۷؛ اردبیلی، ص ۵۴۳؛ بحرانی، ۶۵/۲۳؛ نووی، ۱۳۳/۱۶) اما باید به این نکته نیز توجه داشت که قرآن کریم در صدد تحریم هرگونه نگرستن دو جنس مخالف به یکدیگر نیست،

۱. حتی اگر مفاد آیه اختصاص به همسران پیامبر داشته باشد و شامل سایر بانوان نشود، با استفاده از اصل ارتکاز می‌توان مضمون آن را درباره سایر زنان نیز تعمیم داد؛ ر.ک: حکیم، ۴۹/۱۴؛ روحانی، ۱۳۵/۲۱.

۲. در این که منظور از این بیماری چیست، احتمال‌های مختلفی در متون تفسیری مطرح شده است: نفاق، تمایل به رابطه نامشروع، نبود ایمان؛ برای اطلاع بیشتر، ر.ک: طوسی، ۳۳۸/۸؛ طبرسی، ۱۵۵/۸؛ طباطبایی، ۳۰۹/۱۶؛ طبری، ۵/۲۲؛ نجاس، ۳۴۵/۵.

زیرا واژه «غض» که دوبار، هم نسبت به مرد و هم نسبت به زن تکرار شده، به مفهوم «نقصان» (راغب اصفهانی، ص ۳۶۱) بوده، همراهی آن با کلمه «من»^۱ بر این مطلب دلالت دارد که هر نوع نگرستی ممنوع نیست، بلکه نگاه به آن چه دیدن آن جایز نیست، حرام است (محلّی، ص ۴۶۲؛ طبری، ۱۵۵/۱۸؛ جصاص، ۴۰۷/۳؛ طبرسی، ۲۴۱/۷).

کنترل نگاه، هرچند نخستین گام برای پرهیز از لجام گسیختگی جنسی است، همان چیزی که آرامش روحی مرد و زن را بر هم زده، به هدف از قرار دادن آنها در کنار یکدیگر آسیب وارد می‌سازد؛ اما نمی‌تواند کافی باشد، زیرا تفاوت اندام‌های جنسی زنانه و مردانه و نوع اثر گذاری آنها بر طرف مقابل به گونه‌ای است که مردان هرچند نگاه خود را کنترل هم که بکنند، آشکاری مجموعه اندام‌های زنانه مؤثر در فرایند تحریک جنسی، پیوسته آنها را در معرض تحریک خود به خودی قرار می‌دهد؛ از این رو، قرآن کریم با طرح مسأله پوشش برای زنان، کوشیده است تا میزان اثر گذاری متقابل زن و مرد را در خارج از محیط زناشویی به کمترین مقدار خود برساند.

مسأله پوشش و چگونگی آن در دو آیه و با استفاده از دو واژه متفاوت، مورد گفتگو قرار گرفته است. قرآن کریم یک بار با استفاده از واژه «جلباب»^۲ و بار دیگر با استفاده از واژه «خمار»^۳ بر ضرورت وجود پوشش برای بانوان تأکید ورزیده است: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزُوجِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَنِسَاءَ الْمُؤْمِنِينَ يُدْرِنْنَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلْبَابٍ» (احزاب، ۵۹/۳۳)، «وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ» (نور، ۳۱/۲۴).

اگر واژه «جلباب» در آیه نخست را هم معنی با «خمار» در آیه دوم بدانیم (ابن منظور، ۲۷۳/۱؛ ثعالبی، ۳۵۹/۴)، باید بگوییم خداوند ابتدا لزوم استفاده از پوشش را

۱. در این که کلمه «من» در این آیه به چه معناست، احتمال‌های مختلفی وجود دارد، برای اطلاع بیشتر، رک: طباطبایی، ۱۱۰/۱۵-۱۱۱؛ قرطبی، ۲۲۲/۱۲؛ روحانی، ص ۲۱۷-۲۱۸.

۲. زبیدی، ۱۸۶/۱: «الاصل الملحقة ثم استعير لغيرها من الثياب».

۳. خمار به هر چیزی گفته می‌شود که بپوشاند. خمار زن، لباسی است که سر او را می‌پوشاند و به همین دلیل به عمامه مردان نیز خمار گفته می‌شود (سعدی، ص ۱۲۲-۱۲۳؛ راغب اصفهانی، ص ۱۵۹).

۴. آن گونه که ملاحظه می‌شود قرآن کریم در آیه نخست، همسران و دختران پیامبر، همچنین زنان مؤمن را مخاطب قرار داده، داشتن پوشش را بر آنها واجب کرده است. چنین خطابی حکایت از آن دارد که تمام زنان به هر درجه‌ای از پاکدامنی که باشند، موظف به رعایت پوشش هستند (سید سابق، ۲۱۰/۲).

برای بانوان مطرح کرده، سپس به چگونگی استفاده از آن اشاره کرده است. بر این اساس، بر هر زن مسلمان واجب است که از روسری (خمار) برای پوشاندن موی خود بهره جوید، اما باید به گونه‌ای روسری بر روی سر وی قرار گیرد که افزون بر سر و مو، ناحیه گردن و کمی پایین‌تر از آن، سینه (صدر) وی را نیز به طور کامل بپوشاند (اردبیلی، ص ۵۴۴؛ طباطبایی، ۱۱۲/۱۵؛ عظیم آبادی، ۱۰۷/۱۱).^۱ روشن است که لزوم پوشاندن مو و ناحیه گردن به مفهوم اولویت، بر لزوم پوشاندن سایر اندام‌های بدن زن دلالت دارد؛^۲ اما از آنجا که پوشش هرعضوی الزاماً با نمایان نبودن آن پیوستگی ندارد، زن مسلمان می‌تواند ضمن پوشاندن مو و سر و گردن خود، به گونه‌ای لباس بپوشد که با وجود پوشیده بودن سایر اندام‌های بدنش، آن‌ها در معرض دید دیگران نیز قرار داشته باشند.

چنین برداشتی درست نیست؛ زیرا اصل، عدم ترادف معنایی واژه‌های مختلف است، پس نمی‌توان واژه «جلباب» را هم معنای «خمار» دانست.^۳ از این رو، هنگامی که به متون تفسیری باز می‌گردیم، مفسران برای شناساندن معنای واژه «جلباب» از این کلمات استفاده می‌کنند: «ازار» (پوشش، چادر شب) (زبیدی، ۱۸۶/۱)، «رداء» (عباء، روپوش) (جصاص، ۴۸۶/۳)، «قمیص» (روپوش، پیراهن) (طریحی، ۳۸۴/۱)، «قناع» (روبنده، پرده) (قرطبی، ۲۴۳/۱۴)، «ملحفه» (روپوش) (ابن کثیر، ۵۲۶/۳).

دقت در این معانی دو نکته را مشخص می‌سازد: ۱- «جلباب» پوششی بزرگ‌تر از «خمار» است.^۴ ۲- «جلباب» پوششی است که تمام بدن را می‌پوشاند (قرطبی، ۲۴۳/۱۴؛ شوکانی، ۳۰۴/۴؛ طباطبایی، ۳۳۹/۱۶). بنابراین، نسبت میان «جلباب» و

۱. با وجود چنین رویکردی به خمار است که برخی آن را به «منقعه» معنا کرده‌اند (بحرانی، ۱۳/۷؛ طوسی، ۴۳۰/۷؛ طبرسی، ۲۴۱/۷ و ۱۸۱/۸؛ طریحی، ص ۲۳۸)، همچنان که مرحوم مجلسی نیز آن را به لباس بلندی تعریف کرده است که نیمه فوقانی بدن را می‌پوشاند (مجلسی، ۱۷۹/۸۰).
 ۲. استناد به مفهوم اولویت، نشان می‌دهد که طرح این ادعا که آیه جلباب تنها بر پوشاندن گردن دلالت داشته، پوشش سایر اعضای بدن زن را شامل نمی‌شود (مؤمن، کتاب الصلاة، ص ۳۵۲؛ درست به نظر نمی‌رسد).
 ۳. بر این اساس، چنین تعریف‌هایی درباره «جلباب» نمی‌تواند درست باشد: «الخمار الذی تغطي به رأسها ووجهها» (طباطبایی، ۳۳۹/۱۶)؛ «خمار المرأة و هی المقنعة تغطي جبهتها و رأسها» (طوسی، ۳۶۱/۸).
 ۴. «ثوب اکبر من الخمار» (ثعالبی، ۳۵۹/۴)، «ثوب واسع اوسع من الخمار و دون الرداء» (طریحی، ص ۹۱)، «الرداء فوق الخمار» (ابن کثیر، ۵۲۶/۳).

«خمار»، نسبت میان عام و خاص بوده، «جلباب» اگر بتواند مو و سر و گردن زن را بپوشاند، کافی است و دیگر نیازی به «خمار» نیست؛ اما وجود «خمار» هرچند باعث پوشاندن مو و سر و گردن می‌شود، از آن جهت که سایر اندام‌های زن مسلمان را از معرض دید مردان نامحرم خارج نمی‌کند، کافی نخواهد بود.

با توجه به آنچه گذشت، می‌توان معادل «جلباب» را در زبان فارسی، «چادر» و مانند آن،^۱ یا «مقنعه» ای بلندتر از روسری (خمار) دانست که بر روی لباس انداخته می‌شود (طبری، ۲۱۹/۱۸؛ سیوطی، ۲۲۲/۵)؛ اما برابر دانستن آن با لباسی که اکنون به نام «مانتو» شناخته می‌شود و استناد به مثل «جاء البرد و الجلباب» برای اثبات درستی آن - همچنان که برخی ادعا کرده اند (جناتی، ص ۱۶۸) - درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا با «مانتو» سر و گردن پوشیده نمی‌شود.

هرچند استفاده از «خمار» و «جلباب» برای پوشاندن مو و سر و گردن، همچنین اندام‌های بدن، امری ضروری است، اما باید توجه داشت که این پوشش، شامل چهره (صورت) نشده، پوشاندن آن واجب نیست (حکیم، ۲۴۳/۵ و ۲۸/۱۴؛ مؤمن قمی، ص ۳۵۴-۳۵۵؛ ابن حزم، ۲۱۶/۳). بنابراین، گرچه می‌توان «ضرب خمار» را به گونه‌ای تصور کرد که شامل صورت هم بشود (جوادی آملی، ص ۴۹-۵۰)، ولی قدر متیقن از آن، پوشاندن مو و سر و گردن است و ادعای برخی از مفسران و فقهای سنی مبنی بر لزوم پوشاندن تمام صورت به جز یک چشم و مانند آن (ر.ک: ثعالبی، ۳۵۹/۴؛ نحاس، ۳۷۸/۵)، فاقد دلیل است.

عدم لزوم پوشاندن صورت را از جمله (وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا) نیز می‌توان به دست آورد. خداوند در این جمله سخن از جواز آشکار کردن زینت‌های ظاهر به میان آورده است. بدون شک مراد از زینت، آن قسمت از بدن است که زیور و

۱. «الملاءة التي تشتمل بها المرأة (ابن منظور، ۲۷۳/۱)، «الملحفة كلما يستتر به من كساء او غيره» (طریحی، ۳۸۴/۱)، «ما تغطي به المرأة، «ماتغطي به ثيابها من فوق كالمحفة» (زبیدی، ۱۸۶/۱).

زینت در آن جای می‌گیرد (مواضع زینت) (طبرسی، ۲۴۱/۷؛ اردبیلی، ص ۵۴۳؛ سید سابق، ۱۲۷/۱)،^۱ زیرا آشکار کردن زیور آلات و نگریستن به آن‌ها به خودی خود نمی‌تواند ممنوع باشد (طباطبایی، ۱۱۱/۱۵؛ خویی، ۴۹/۱، مسأله ۳۱).^۲ بنابراین، مراد از «زیورهای آشکار» و در پی آن، اندام‌هایی که پوشاندن آنها لازم نیست، آن دسته از اندام‌های بدن است که در بیشتر موارد آشکار بوده (سیدبکری، ۳۰۱/۳)، بانوان عادت به پوشش آن ندارند (ابن رشد، ۹۵/۱).

با توجه به چنین نگرشی به «زیورهای آشکار» است که می‌توان اظهار داشت، نپوشاندن صورت و کف دست‌ها جایز است (طوسی، ۲۴۸/۴؛ حلی، ۱۰۱/۲؛ رافعی، ۸۷/۴؛ شربینی، ۱۳۵/۱؛ ابن ترکمانی، ۲۲۵/۲؛ ابن حزم، ۳۲/۱۰)، زیرا بانوان در تعامل‌های اجتماعی خود، هم‌چون داد و ستد، نیازمند آشکاری آن بوده، روش (سیره) آنها نیز در دوره‌های مختلف بر نپوشاندن آن قرار داشته است، روشی که در حوزه دین هم با آن مخالفت نشده است (حلی، ۲۷۲/۴؛ بحرانی، ۵۳/۲۳؛ خمینی، ۴۲۵/۲؛ نووی، ۱۶۷/۳؛ کاشانی، ۱۲۱/۵).

مؤید چنین فهمی از عنوان «زیورهای آشکار» روایاتی است که در منابع شیعه و سنی در تفسیر جمله (وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا) وارد شده است. صرف نظر از احتمال‌های مختلفی که از سوی مفسران و محدثان شیعه و سنی در این باره مطرح شده؛^۳ در منابع روایی شیعه از امامان معصوم در توضیح «زیورهای آشکار»، جملاتی نقل

۱. هر چند به نظر می‌رسد منظور از زینت، جایگاه زینت است، اما برخی بر این باورند که به قرینه جمله (و لا یضربن بأرجلهن لیعلم ما یخفین من زینتهن)، مراد خود زینت است؛ ر.ک: خویی، ۵۴/۱.
 ۲. دلیل این که قرآن کریم به جای نام بردن از اعضای بدن که محل قرار گرفتن زیورها هستند، از ناروا بودن آشکاری خود زیورها سخن به میان آورده است، مبالغه در لزوم پوشش اندام‌های بدن است؛ زیرا اگر پوشاندن زیورهایی که بر روی بدن قرار می‌گیرند، لازم باشد، پوشاندن خود بدن و آشکار نکردن آن، ضروری‌تر خواهد بود (شوکانی، ۲۴۳/۶).
 ۳. برخی از این احتمال‌ها عبارت‌اند از: چهره، دست، لباس، انگشتر، خضاب، سرمه، النگو؛ ر.ک: کوفی، ۳۸۳/۳-۳۸۴؛ صنعانی، ۵۶/۳؛ طبری، ۱۵۷/۱۸-۱۵۸؛ ابن نجیم، ۴۶۹/۱؛ ابن حزم، ۲۲۱/۳؛ شوکانی، ۲۴۳/۶؛ طبرسی، ۲۴۱/۷؛ طوسی، ۴۲۹/۷.

شده است که به مواردی از زینت‌های آشکار بانوان اشاره رفته است، همچون: سُرْمه (کُحَل)، انگشتر (خاتم)، دستبند (سوار)، النگو (قَلْب)، گوشواره (قُرط)، بازو بند (دُمَلج)، پابند (خلخال)، گردن‌بند (قِلادَة) (قمی، ۱۰۱/۲؛ کلینی، ۵۲۱/۵، شماره ۳ و ۴؛ طبری، ص ۲۳۲). اما از این میان، تنها سُرْمه و انگشتر و اعضایی از بدن که این زیورها در آن جای می‌گیرند، یعنی چهره و دست (کاشانی، ۱۲۱/۵؛ قمی سبزواری، ص ۴۹)، عمومیت داشته، آشکار کردن آن‌ها برای تمام مردان روا است (مؤمن قمی، ص ۳۵۶)؛^۱ ولی آشکار کردن سایر موارد و اندام‌های اختصاص یافته به آن‌ها، همچون: بازو، سینه، گوش و پا، تنها نسبت به مردان مَحْرَم به زن غیر از همسر، جایز بوده، آشکار کردن آن برای مردان نامحرم جایز نیست (شوکانی، ۲۴۳/۶؛ طریحی، ص ۵۴۲-۵۴۳).^۲

افزون بر این، در روایات دیگری هم که موضوع آن‌ها حدود پوشش زن مسلمان یا نگرستن به زن نامحرم است، به شکل مستقیم یا غیر مستقیم، مسأله جواز آشکاری چهره زن مطرح شده است (قمی سبزواری، ص ۴۹؛ حمیری، ص ۸۲، شماره ۲۷۰؛ کلینی، ۲۲۰/۵-۲۱).^۳

نتیجه: اگر عنوان «ضرب خمار بر جیوب» صراحت در جواز نپوشاندن صورت نداشته باشد (ابن حزم، ۲۱۶/۳)، عنوان «الا ما ظهر منها» حکایت از جواز آن دارد؛ اما باید به این نکته توجه داشت که سیمای زنانه که خود زینتی تکوینی است، اگر بازینت دیگری به جز سُرْمه (کُحَل) که در برخی از روایات به جواز استفاده از آن تصریح شده، آراسته شود، دیگر نه آشکار کردن آن جایز خواهد بود و نه نگرستن به آن (جوادی آملی، ۱۴۰۵، ص ۴۷).

۱. هرچند جواز آشکاری دست و صورت به طور عادی مستلزم جواز نگرستن به آنها است، اما برخی از فقها چنین تلازمی را قبول نداشته، بر این باورند عدم لزوم پوشاندن این دو عضو از سوی بانوان، دلیلی بر جواز نگرستن به آنها توسط مردان نامحرم نمی‌شود؛ ر.ک: خوبی، ۵۶-۵۵/۱.

۲. این مطلب را از تقسیم سه گانه‌ای که برای زینت در روایت علی بن ابراهیم آمده است، می‌توان به دست آورد؛ قمی، ۱۰۱/۲.

۳. برای اطلاع از احتمال‌های مختلف در معنای روایت فضیل بن یسار، ر.ک: بحرانی، ۵۵/۲۳؛ خمینی، ۴۲۵/۲؛ مؤمن قمی، ص ۳۵۵.

طرح لزوم پوشش برای بانوان با چنین گستردگی از سوی قرآن ما را با یک پرسش جدی روبرو می‌سازد. بدون شک، تنوع اندام‌های جنسی یا دارای جاذبه جنسی در بانوان و سهم آنها در فرایند تحریک سازی مردان، امری تکوینی و خارج از اختیار زنان است، پس چرا آنها باید با پذیرش پوشش، تاوان فرایند تکوینی‌ای را پس دهند که خود هیچ نقشی در ایجاد آن نداشته‌اند؟

قرآن کریم در مقام پاسخگویی از این پرسش به این واقعیت اشاره می‌کند که هرچه این اندام‌ها بیشتر در معرض دید و توجه مردان قرار گیرند، زمینه تحریک آنان را بیشتر فراهم خواهد ساخت؛ چنین تحریکی در خارج از کانون خانواده، حس لذت جویی آنان را فعال کرده، نخستین کسی که از این رخداد آسیب می‌بیند، همان زن فاقد پوشش مناسب و مؤثر در تحریک یا زنان مشابه او هستند؛ از این رو، خداوند پس از طرح مسأله پوشش در مقام توضیح علت آن برآمده می‌فرماید: «ذَلِكْ اَدْنٰى اَنْ يُعْرِفَنَّ فَلَآ يُؤَدَّبِيْنَ» (احزاب، ۵۹/۳۳).

در علت نزول این آیه آورده‌اند که زنان مدینه برای شرکت در نماز جماعت و همراهی با پیامبر گرامی اسلام، ناگزیر بودند شب و صبح به مسجد بروند. برخی از جوانان در مسیر مسجد می‌ایستادند و آنها را به شکل‌های مختلف مورد اذیت و آزار قرار می‌دادند، خداوند برای در امان بودن زنان مسلمان، فرمان به پوشیدن جلباب داد (قمی، ۱۹۶/۲؛ عروسی، ۳۰۷/۴؛ مجلسی، ۳۳/۱۰۱؛ همچنین ر.ک: واحدی، ص ۲۴۵).

در واقع ظاهر ناشایست برخی از زنان مسلمان در معابر عمومی، سبب شده بود که جوانان هرزه به خود جرأت دهند تا با ایجاد مزاحمت برای آنان، نیت سوء خود را آشکار کنند (طبری، ۲۲۰/۱۸). قرآن کریم با فرمان دادن زنان به استفاده از پوشش، کوشیده است بستر چنین رفتارهای نابهنجاری را بخشکاند.

توضیحات گذشته به خوبی روشن می‌سازد که لزوم استفاده از پوشش به گروه خاصی از بانوان اختصاص نداشته، این احتمال که استفاده از پوشش تنها به منظور

تفاوت گذاشتن میان زنان آزاد (حُرّه) و کنیزکان (اماء) است (جوادی آملی، ص ۵۲. مجاهد، ۵۲۰/۲-۵۲۱؛ طبری، ۵۶/۲۲؛ جصاص، ۴۸۶/۳؛ ابن جوزی، ۲۱۶/۶؛ سیوطی، ۲۲۱/۵) و آیه کریمه در مقام بیان وجوب پوشش نیست (مؤمن قمی، ص ۳۵۳)^۱ می‌تواند درست باشد، زیرا افزون بر این که عنوان «نساء المؤمنین» شامل کنیزکان نیز می‌شود، چنین فهمی از آیه مستلزم جواز تعرض مردان هرزه به این گروه از زنان مسلمان است (ابن حزم، ۲۱۸/۳-۲۱۹).

بنابراین، منظور از «يعرفن» در این آیه، شناخته شدن به عفاف و پاکدامنی بوده (مجلسی، ۱۸۶/۲۲)، حجاب نشانه آن به حساب آمده است. بر این اساس است که ابن سینا پاسداری مرد از حریم خانواده و توجه به حجاب همسر خویش را از نشانه‌های احترام مرد به زن خود می‌داند (کاهانی مقدم، ص ۳۸۹).

با وجود چنین رویکردی به مسأله پوشش و پذیرش سهم آن در استحکام بنای خانواده به دو نتیجه مهم می‌توان دست یافت:

اول: عدم لزوم پوشش در برابر مردانی که توان کام جویی جنسی از زنان را ندارند. قرآن کریم پوشش در برابر دو گروه از مردان را لازم ندانسته، آنان را در ردیف بستگان درجه اول زن قرار داده، از شمول حکم رعایت پوشش، استثنا کرده است: «أَوِ التَّبِيعِينَ غَيْرِ أُولَى الْأَرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوْ الْوَالِدِ أَوْ الْأَخِ أَوْ الْأَخِيَّةِ السَّامِيَةِ أَوْ الْأَخِيَّةِ الْكَلْبَةِ أَوْ الْوَالِدَةِ أَوْ الْأَخِيَّةِ الْكَلْبَةِ أَوْ الْأَخِيَّةِ الْكَلْبَةِ أَوْ الْأَخِيَّةِ الْكَلْبَةِ» (احزاب، ۳۱/۳۳).

۱- «غیر اولی الاربة من الرجال». واژه «اربة» از ریشه «أرب إليه، بأرب، أرباً» به معنای «نیاز» (احتیاج) است (ابن منظور، ۲۰۸/۱). هرچند مفهوم عبارت «غیر اولی الاربة من الرجال»، «مردان بی‌نیاز از زنان» است (راغب اصفهانی، ص ۱۶)، اما در این

۱. طرح چنین نظریه‌ای نه به این معناست که پوشیدن جلباب هیچگاه واجب نیست، زیرا طرفداران این نظریه بر این باورند که اگر مصونیت زن متوقف بر پوشیدن جلباب باشد، این کار واجب است؛ رک: جوادی آملی، ص ۵۲.

که این عنوان بر چه گروهی از مردان صادق است، احتمال‌های مختلفی وجود دارد: مردان کهنسالی که نیاز جنسی خود را از دست داده‌اند، ناتوانان جنسی (عنین)، مردانی که اندام جنسی آن بریده شده است (مجبوب)، مردان اخته شده (خصی)، افراد دو جنسی (ختی)، دیوانگان (مجنون)، مردان ساده لوحی (ابله) که به چیزی جز خوراک نمی‌اندیشند (حلی، ۷/۳؛ نجفی، ۹۵/۲۹؛ طبرسی، ۲۴۲/۷؛ طوسی، ۴۳۰/۷؛ روحانی، ۱۳۱/۲۱؛ طبرسی، ۲۴۲/۷؛ ابن عابدین، ۶۹۱/۶؛ راوندی، ۱۲۹/۲؛ کرکی، ۳۶/۱۲؛ ثوری، ص ۲۲۵؛ ابن حجر عسقلانی، ۳۴۰/۸؛ بخاری، ۲۳۳/۲).

صرف نظر از میزان درستی هریک از این احتمال‌ها، آن چه مسلم است قرآن کریم هر نوع بی‌نیازی به جنس مخالف را مجوز عدم استفاده از پوشش ندانسته است، زیرا این گروه از مردان را با واژه «تابعین» نیز توصیف کرده است. منظور از «تابعین» آن گروه از افرادی است که فاقد استقلال در زندگی هستند.^۱ بنابراین، مستثنی در این آیه، مردانی است که افزون بر عدم قابلیت بهره‌وری جنسی، توان زندگی مستقل را نیز ندارند (خویی، ۹۵/۱).

اگر چنین رویکردی به عبارت «التابعین غیر اولی الاربة من الرجال» داشته باشیم، در این صورت باید مدعی شویم منظور از آن یا مردان کهنسالی است که بر اثر زیادی سن، توان اداره زندگی خود را نداشته، تمایل جنسی‌شان را نیز از دست داده‌اند یا مردانی است که به واسطه عدم برخورداری از سلامت عقل، نه تنها نمی‌توانند به شکل مستقل زندگی کنند، بلکه فاقد هر گونه درکی از کامجویی جنسی هستند.^۲

شاهد بر درستی چنین برداشتی از این فراز از آیه کریمه، روایت زراره و روایت عبدالرحمن بن ابی عبدالله است که عبارت «التابعین غیر اولی الاربة من الرجال» در آنها چنین معنا شده است: «الاحمق الذی لا یأتی النساء» (کلینی، ۵۲۳/۵)، همچنان که در

۱. ابن منظور، ۲۸/۸: «غیر اولی الاربة... هم أتباع الزوج ممن یخدمه مثل الشیخ الفانی و العجوز الکبیرة».
 ۲. بنابراین، اختصاص دادن آیه تنها به مردان ناتوان یا کم توان ذهنی (بُله) که فاقد خواسته‌های جنسی هستند (طباطبایی، ۱۱۲/۱۵)، درست به نظر نمی‌رسد.

تفسیر قمی آمده است: «فهو الشيخ الكبير الفانى الذى لا حاجة له فى النساء» (قمی، ۱۰۲/۲).

بر این اساس، نمی‌توان افرادی را که دارای انگیزه‌های جنسی هستند، ولی بر اثر عارضه‌ای تمام یا بخشی از اندام تناسلی خود را از دست داده‌اند (مجبوب) یا بر فرض وجود اندام‌های جنسی، تنها قدرت بهره‌وری جنسی خود را از دست داده‌اند (عنین)^۱ یا با وجود سلامت اندام‌های جنسی و قدرت بر بهره‌وری جنسی، تنها تمایل و انگیزه خود را برای بروز رفتارهای جنسی از دست داده‌اند یا با وجود سلامت، قدرت و انگیزه، توان زندگی مستقل را ندارند، از جمله مردانی به حساب می‌آیند که رعایت پوشش در برابر آنها لازم نباشد.^۲

۲- «او الطفل الذین لم یظہروا علی عورات النساء». تردیدی نیست که منظور از «عورات النساء» اندام‌های جنسی زنانه است، هم‌چنان که واژه «یظہروا» نیز می‌تواند به یکی از دو معنای «آشکاری» یا «غلبه» باشد.

قرآن کریم واژه «طفل» را با عبارت «الذین لم یظہروا علی عورات النساء» توصیف کرده است. این عبارت هم‌چنان که می‌تواند قیدی تأکیدی باشد، می‌تواند قیدی احترازی نیز باشد.

در صورت اول، ما تنها با یک گروه از افرادی روبرو هستیم که آنان را «طفل» می‌خوانیم، ویژگی این گروه عدم شناخت از اندام‌های جنسی زنانه یا عدم توان بهره‌وری از آن است. روشن است که در این صورت، برای فهم معنای «طفل» می‌بایست به سراغ عُرف رفته، ببینیم مردم این واژه را به چه معنا به کار برده و بر چه

۱. این که قدرت بهره‌وری جنسی در صدق عنوان «غیر اولی الاربة» کافی است یا نه، سبب اختلاف فقها در جواز و عدم جواز نگاه فرد اخته شده به زنان نامحرم شده است؛ ر.ک: عاملی، ۵۵/۷.

۲. بر این اساس، به نظر می‌رسد این تعریف‌ها به تنهایی درباره «غیر اولی الاربة من الرجال» روا نباشد: «الذی لم یبلغ أربه أن یطلع علی عورة النساء» (ابن حجر عسقلانی، ۳۴۰/۸)، «الذین لا حاجة لهم الی جماع النساء، و لا ینالون السبیل الی قضاء الحاجة منهن» (یحیی بن حسین، ۳۶۵/۱)، «الذی یرید الطعام و لا یرید النساء» و «التابع یتبعک یصیب من طعامک» (طبری، ۱۶۲/۱۸)، «لا یهمه الا بطنه ولا یخاف علی النساء» و «من لیس له ارب» (بخاری، ۲/۶).

گروه از پسر بچه‌ها اطلاق می‌کنند. اما در صورت دوم ما با گروه‌های سنی مختلفی از پسران روبرو هستیم که تنها برخی از آنها با عبارت «الذین لم یظهروا علی عورات النساء» قابل توصیف هستند؛ در نتیجه بایستی به دنبال شناسایی ایشان بوده، ببینیم خدای متعال عدم لزوم پوشش بانوان را درباره چه رده سنی از پسران مطرح کرده است.

بدون شک با رسیدن کودک به بلوغ جنسی، قابلیت فهم از اندام‌های جنسی و بهره‌وری از آنها در او به وجود آمده، عنوان «طفل» نیز بر وی صادق نخواهد بود؛ هم‌چنان که از دوره شیرخوارگی تا رسیدن به سن تشخیص (غیر ممیز) نیز این قابلیت وجود نداشته، عنوان مزبور بر او صادق خواهد بود.

اما آنچه برای ما اهمیت دارد، چگونگی برخورد با پسرانی است که نه آن قدر رشد کرده‌اند که به بلوغ رسیده باشند و نه آن قدر خرد سال هستند که فاقد قابلیت فهم روابط جنسی باشند (ممیز).

اگر واژه «ظهر» به مفهوم غلبه بوده و غلبه بر اندام‌های جنسی زنانه، کنایه از قدرت بر ایجاد روابط جنسی (نزدیکی) باشد و بپذیریم که این قدرت تنها با بلوغ جنسی به وجود می‌آید؛ در این صورت حکم خواهیم کرد که منظور از «او الطفل الذین لم یظهروا علی عورات النساء»، پسران نابالغ است، در هر رده سنی که می‌خواهند باشند (ر.ک: طباطبایی، ۱۱۲/۱۵؛ نحاس، ۵۲۶/۴، شماره ۳۲).^۱

اما اگر واژه «ظهر» به مفهوم آشکاری باشد و آشکاری اندام‌های جنسی زنانه، کنایه از فهم و شناخت آن باشد، در این صورت پسران نابالغی که به سن تشخیص رسیده‌اند (ممیز)، هر چند توان انجام رفتارهای جنسی را نداشته باشند، از عنوان «او

۱. جواز عدم استفاده از پوشش در برابر پسران نابالغ، در هر رده سنی که باشند را می‌توان از برخی تعریف‌هایی که برای عنوان «او الطفل الذین لم یظهروا علی عورات النساء» بیان شده است، نیز به دست آورد: «لم یبلغوا الحلم» (راغب اصفهانی، ص ۳۵۳)، «لم یطیقوا مجامعة النساء» (طبرسی، ۲۴۳/۷)، «الطفل الذین لم یکشفوا عن عورات النساء بجماعهن فیظهروا علیهن لصغرن» (طبری، ۱۶۵/۱۸).

الطفل الذین لم یظهروا علی عورات النساء» خارج بوده، می‌بایست در برابر آنان نیز از پوشش استفاده کرد.^۱

تردیدی نیست که قدر متیقن از «طفل»، کودکی است که به سن تمییز نرسیده است (ر.ک: ابن قدامه، ۳۴۹/۷)، اما با توجه به روایاتی که لزوم استفاده از پوشش را برای بانوان تنها نسبت به افرادی می‌داند که به بلوغ رسیده‌اند،^۲ می‌بایست مدعی شویم میزان در عدم وجوب پوشش، قدرت بر انجام رفتارهای جنسی است که در شرایط عادی، پس از بلوغ به وجود می‌آید، نه شناخت و فهم نسبت به اندام‌های جنسی زنانه (خوبی، ۸۹-۸۸/۱؛ روحانی، ۱۲۶-۱۲۴/۲۱).

شاهد بر درستی چنین فهمی، اطلاق عنوان «طفل» بر تمامی سنین پیش از بلوغ، در آیه ۵۹ سوره مبارکه نور است (ر.ک: افندی، ۷۶۲/۱): (وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ).

دقت در مطالب گذشته به خوبی روشن می‌سازد که مسأله عدم لزوم رعایت پوشش نسبت به دو گروه از مردان مطرح است؛ در نتیجه، این که برخی از مفسران عبارت «التابعین غیر اولی الاربة من الرجال» را به گونه‌ای معنا کرده‌اند که از نظر محتوایی تفاوتی با عبارت «او الطفل الذین لم یظهروا علی عورات النساء» تفاوتی پیدا نمی‌کند،^۳ درست نخواهد بود. همچنان که طرح این ادعا که صدر و ذیل آیه حکایت از اعتبار سه عامل: وابسته بودن، بی‌نیازی از زنان و عدم شناخت و اطلاع از اندام‌های جنسی زنانه در عدم لزوم رعایت پوشش دارد و این تنها در مردان عقب مانده ذهنی

۱. بر اساس چنین نگرشی، می‌توان برای عنوان «او الطفل الذین لم یظهروا علی عورات النساء» چنین تعریف‌هایی ارائه کرد: «الذی لم یبلغ مبلغاً یحکی ما یری و حضوره کغیبته» (حلی، ۷/۳)، «الذی لا حظ له من عورة النساء» (اردبیلی، ص ۵۴۷)، «لم یعرفوها» (ابن جوزی، ۳۵۷/۵).

۲. ابن بابویه، ۴۳۶/۳، شماره ۴۵۰۷: «یوخذ الغلام بالصلاة و هو ابن سبع سنین و لاتغطي المرأة شعرها منه حتی یحتلم»؛ حمیری، ص ۳۸۵، شماره ۱۳۵۵: «لا تغطي المرأة رأسها من الغلام حتی یبلغ الغلام».

۳. در معنای عبارت «التابعین غیر اولی الاربة من الرجال»، این احتمال‌ها مطرح شده است: «الطفل الذی لا ارب له فی النساء» (راوندی، ۱۲۹/۲؛ طوسی، ۴۳۰/۷)؛ «أو الطفل الذین لم یظهروا لم یدروا لما بهم من الصغر» (ابن حجر، ۳۴۰/۸)؛ «العبد الصغیر» (طبرسی، ۲۴۲/۷).

(الابله المولی علیه الذی لاتعلق له و لا توجه له الی النساء) مصداق پیدا می‌کند (روحانی، ۱۳۱/۲۱)، درست نخواهد بود؛ زیرا چنین افرادی تنها یکی از مصداق‌عنوان «التابعین غیر اولی الاربه من الرجال» بوده، عنوان «او الطفل الذین لم یظهروا علی عورات النساء» نیز مصداق خود را دارد.

دوم: عدم لزوم استفاده از پوشش برای بانوانی که فاقد جاذبه جنسی هستند. پیش از این توضیح دادیم که استفاده از پوشش فراگیر، امری است که رعایت آن برای تمامی بانوان الزامی است. اما برای این حکم کلی یک استثناء نیز وجود دارد، چرا که خداوند به گروهی از بانوان اجازه داده است که پوشش (جلباب) خود را کنار گذاشته، بدون آن که قصد خودآرایی داشته باشند، در برابر مردان نامحرم حاضر شوند «وَأَلْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحاً فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ وَأَنْ يَسْتَغْفِنَ خَيْرٌ لَّهُنَّ» (نور، ۶۰/۲۴).

واژه «قواعد» جمع بوده، مفرد آن، «قاعده» است. این واژه در اصل به مفهوم «ثبوت» و «استقرار» است و به همین دلیل به دامنه کوه و پایه‌های خانه، قاعده گفته می‌شود. اصطلاح «زن قاعد» به زنی گفته می‌شود که سال‌های متمادی از عمر او گذشته و ازدواج نکرده باشد؛ همچنین به زن یا نخلی که قابلیت باروری (حمل) نداشته باشد، «قاعده» گفته می‌شود، چرا که در بارور نبودن به ثبات رسیده است (طوسی، ۴۶۰/۱-۴۶۱). همچنین که می‌تواند از ریشه «قَعَدَ» به معنای عجز و مفرد آن «قاعد» باشد و منظور از زنان قاعد، زنانی است که ناتوان از باروری و آوردن فرزند هستند (ابن جوزی، ۳۷۴/۵).

صرف نظر از ساختار لغوی واژه «قواعد»، خدای تعالی این گروه از زنان (القواعد من النساء) را با عبارت «التي لا يرجون نكاحاً» توصیف کرده است. این صفت می‌تواند صفتی (قیدی) تأکیدی - توصیفی یا احترازی باشد (ر.ک: طباطبایی، ۱۶۴/۱۵). در صورت نخست، خداوند در صدد است با جمله «التي لا يرجون نكاحاً» منظور

خود را از «القواعد من النساء» بیان کند. بر این اساس، زنان قاعد آن گروه از زنانی هستند که امیدی به ازدواج ندارند. امید به ازدواج نداشتن، کنایه از این که به واسطه سن زیاد، مردان تمایلی به ازدواج با آنها ندارند؛ هم‌چنان که سن زیاد سبب شده است این گروه از زنان، خود هم رغبتی به ازدواج نداشته باشند (طوسی، ۶۱/۷؛ طبرسی، ۲۷۱/۷؛ طبری، ۲۱۹/۱۸-۲۲۰). از آنجا که قرار گرفتن در چرخه زناشویی به دو عامل جاذبه جنسی برای طرف مقابل و نیاز جنسی برای خود فرد بستگی دارد، می‌توان چنین نتیجه گرفت که منظور از «القواعد من النساء» زنانی است که به واسطه پیری، نه برای مردان جاذبه جنسی دارند^۱ و نه خود نیاز جنسی دارند؛ از این رو، در چرخه زناشویی قرار نمی‌گیرند.

در صورت دوم، جمله «التي لايرجون نکاحاً» بیان‌گر این مطلب است که «القواعد من النساء» عنوانی است عام و شامل گروه‌های مختلفی از بانوان که تنها یک دسته از آنها منظور نظر خداوند است.

در این صورت، جمله «التي لايرجون نکاحاً» به دلالت التزام، حاکی از معنایی است که مفسران در بیان آن، دو نظر به ظاهر مختلف مطرح کرده‌اند: ۱- زنانی که یائسه شده‌اند (طوسی، ۶۱/۷؛ طبرسی، ۲۷۱/۷؛ طباطبایی، ۱۶۴/۱۵) ۲- زنانی که نازا شده‌اند (ثعالبی، ۱۹۷/۴؛ نحاس، ۵۵۵/۴). اما از آن جا که در شرایط عادی میان یائسگی و ناباروری ارتباط مستقیمی برقرار است، می‌توان هر دوی آنها را به‌عنوان ملاک رسیدن به مفهوم «التي لايرجون نکاحاً» معرفی کرد (ر.ک: قرطبی، ۳۰۹/۱۲؛ طبری، ۲۱۹/۱۸).

به نظر می‌رسد جمله «التي لايرجون نکاحاً»، صفتی است تأکیدی نه احترازی، زیرا رسیدن به سن یائسگی و ناباروری، نمی‌تواند سبب از بین رفتن قابلیت بهره‌وری جنسی شده، سال‌ها پس از این زمان نیز، زنان جاذبه جنسی خود را هم‌چنان دارا هستند

۱. برخی از مفسران، فقدان جاذبه جنسی در این گروه از زنان را چنین توصیف کرده‌اند: «هي التي تستقذر من كبرها» (ثعالبی، ۱۹۷/۴)، «هي التي إذا رأيتها استقذرتها» (نحاس، ۵۵۵/۴)، «هي التي إذا رأيتها تستقذرها من كبرها» (قرطبی، ۳۰۹/۱۲).

(حسینی، ص ۴۷۳-۴۷۴).^۱ از این رو، جمله «التي لا يرجون نکاحاً» چیزی جز توضیح «القواعد من النساء» نبوده و منظور از آنها بیان این مطلب است که گروهی از زنان به واسطه کهنوت به چنان حالتی می‌رسند که به واسطه نبود جاذبه جنسی از یک سو و نبود نیاز جنسی از سوی دیگر، در شرایط عادی، موضوع ارتباط جنسی قرار نمی‌گیرند (اردبیلی، ص ۵۵۳؛ حلی، ۸/۳).

به هر حال، این گروه از بانوان مجاز هستند پوشش خود را مشروط به این که در صدد خودآرایی نباشند، کنار گذارند؛ (فَلَيْسَ عَلَيْنَهُنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ).

هر چند قرآن کریم در این آیه از واژه «ثیاب» به مفهوم «لباس» برای شناساندن پوشش استفاده کرده است، اما مفسران بر این باورند که منظور از آن، کنار گذاشتن چادر (جلباب) یا هر پوشش فراگیری (ملحفه، رداء) است که پیش از این درباره لزوم استفاده از آن گفتگو کردیم (ثعالبی، ۱۹۷/۴؛ طبری، ۲۲۰/۱۸؛ نحاس، ۵۵۶/۴).

اما به نظر می‌رسد ضرورتی به اکتفا به برداشتن روپوش وجود نداشته بود، این گروه از بانوان مجاز هستند، افزون بر آن، روسری (خمار) را نیز برداشته، مو و گردن خود را در معرض دید مردان نامحرم قرار دهند (ابن ترکمانی، ۸۳/۷؛ نجفی، ۸۵/۲۹؛ روحانی، ۱۲۳/۲۱؛ راوندی، ۱۳۱/۲). به همین دلیل، در روایت حلبی و حریزی، «وضع ثیاب» به «وضع خمار و جلباب» معنا شده (کلینی، ۵۲۲/۵، شماره ۱ و ۴) و در روایت یونس و بزنتی حدود این معنا به «کشف رأس و ذراع» تعیین شده است (طوسی، ۴۶۷/۷، شماره ۱۸۷۱؛ حمیری، ص ۳۶۳، شماره ۱۳۰۰). بر این اساس، اکتفا به «وضع جلباب» در روایت ابی الصباح کنانی و محمد بن ابی حمزه و محمد بن مسلم (طوسی، ۴۸۰/۷، شماره ۱۹۲۸؛ کلینی، ۵۲۲/۵) را بایستی حمل بر استحباب کرد (خویی، ۸۲/۱).

۱. قرطبی، ۳۰۹/۱۲: «اللاتی قعدن عن الولد، و لیس ذلک بمستقیم، لان المرأة تقعد عن الولد و فیها مستمتع».

ناگفته پیداست که حتی اگر این روایات نیز وجود نمی‌داشتند، از آن جا که عریان کردن بدن امری است مخالف با مبنای خداوند متعال در تناسب احکام با کرامت انسانی، برای واژه «تیاب» اطلاقی وجود نداشت تا بتوان به جواز برهنه کردن تمام بدن به جز اندام‌های جنسی برای این گروه از زنان، حکم کرد (خویی، ۱/۸۲-۸۳؛ روحانی، ۱۲۲/۲۱). بنابراین، دامنه جواز، محدود به پوشش‌های ظاهری بوده، شامل تمام لباس‌های فرد نمی‌شود (ابن جوزی، ۵/۳۷۴)؛ تنها آشکار کردن آن مقدار از بدن که پوشاندن آن در این گروه از زنان متعارف نیست، جایز است (طباطبایی یزدی، ۵/۴۸۹).

اگر بپذیریم عدم لزوم استفاده از پوشش برای بانوان مسن، استثنایی است برای حکم کلی و جوب پوشش برای بانوان و دلیل آن فقدان جاذبه جنسی برای مردان و عدم نیاز جنسی برای خود این بانوان است، عدم استفاده از پوشش هنگامی رواست که بانوان مسن در صدد نباشند با ترک پوشش، زمینه تحریک جنسی مردان را فراهم کنند؛ به همین دلیل خدای تعالی حکم به جواز استفاده از پوشش را مشروط به عدم خودآرایی کرده است (غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ).

اما نباید از یاد برد که جاذبه و نیاز جنسی دو عامل متغیر هستند که در شرایط مختلف، کارکرد یکسانی ندارند، چه بسا مردانی که در شرایط خاص مایل باشند نیاز خود را از طریق بانوان مسن تأمین کنند و کم نیستند بانوانی که با وجود گذر در مسیر پیری، همچنان نیازمند روابط جنسی هستند^۱ از این رو، خدای متعال استفاده از پوشش را حتی برای این گروه از بانوان امری پسندیده دانسته و با استفاده از واژه «عفت» نشان داده است که پوشش راهی مطمئن برای حفظ پاکدامنی است (ر.ک: اردبیلی، ص ۵۵۳-۵۵۴؛ طبرسی، ۷/۲۷۱؛ طوسی، ۷/۴۶۱؛ ثعالبی، ۴/۱۹۷؛ ابن جوزی، ۵/۳۷۵؛ نحاس، ۴/۵۵۵، شماره ۷۳؛ طباطبایی، ۱۵/۱۶۴) (وَ أَنْ يَسْتَعْفِفْنَ خَيْرٌ لَّهُنَّ).

۱. وجود همین تفاوت‌ها سبب شده است که احتمال عدم تفاوت زنان مسن و جوان در لزوم استفاده از پوشش و حدود آن نیز مطرح شده باشد؛ ر.ک: کرکی، ۱۲/۳۴؛ حلی، ۸/۳.

دقت در مطالب گذشته، این نکته اساسی را روشن می‌سازد که مهم‌ترین کارکرد پوشش، کاهش تحریک‌های جنسی در طرف مقابل است؛ به همین جهت، هنگامی که بستر برای تحریک جنسی در شرایط عادی از بین می‌رود، استفاده از پوشش نیز ضرورت خود را از دست می‌دهد.

پیوستگی دو سویه میان پوشش و تحریک جنسی را حضرت رضا علیه السلام در پاسخ به پرسش محمد بن سنان چنین توضیح می‌دهند: «حرم النظر الی شعور النساء المحجوبات بالازواج و غیرهن من النساء لما فیه من تهییج الرجال و ما یدعو التهییح الی الفساد و الدخول فیما لایحل و لایحمل، و كذلك ما أشبه الشعور إلا الذی قال الله تعالی: والقواعد من النساء اللاتی لا یرجون نکاحاً فلیس علیهن جناح أن یضعن ثیابهن غیر الجلباب و لا بأس بالنظر الی شعور مثلهن» (ابن بابویه، ۲/۵۶۴-۵۶۵).

نتیجه

اگر می‌خواهیم بنیان خانواده مستحکم و تا سر حد امکان، خلل‌ناپذیر باشد، باید تعامل هریک از زن و مرد با جنس مخالف خود در بیرون از محیط خانواده (زناشویی) به گونه‌ای باشد که تعادل روحی و آرامش روانی آنان بر هم نریزد و این ممکن نیست جز با پرهیز از خودآرایی جنسی، همان چیزی که قرآن از آن با عنوان بازگشت به آداب و رسوم دوره جاهلیت یاد می‌کند (وَلَا تَبْرَجْنَ تَبْرُجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى) (احزاب، ۳۳/۳۳). چنین روشی، خود به خود بستر پابندی اخلاقی به خانواده را فراهم ساخته، با برقراری رابطه عاطفی میان زن و مرد، احتمال گریزپایی هریک از آنان را در جامعه به کمترین میزان ممکن می‌رساند.

منابع

قرآن کریم.

- ابن ترکمانی (ماردینی)، علاء الدین بن علی، *الجواهر النقی*، دار الفکر، بی‌تا.
- ابن جوزی، عبدالرحمان بن علی، *زاد المسیر فی علم التفسیر*، تحقیق محمد بن عبدالله، بیروت: دار الفکر، ۱۴۰۷ق.
- ابن حجر عسقلانی، شهاب الدین، *فتح الباری شرح صحیح البخاری*، بیروت: دارالمعرفة، بی‌تا.
- ابن حزم، علی بن احمد، *المحلی*، تحقیق احمد محمد شاکر، بیروت: دار الفکر، بی‌تا.
- ابن رشد قرطبی، محمد بن احمد، *بداية المجتهد و نهاية المقتصد*، تحقیق خالد عطار، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۵ق.
- ابن سینا، حسین بن عبدالله، *اشفاء*، قم: منشورات مکتبه آیه الله المرعشی، ۱۴۰۵هـ.
- ابن عابدین، محمد امین، *حاشیة رد المختار علی الدر المختار*، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۵هـ.
- ابن قدامه، عبدالرحمن، *الشرح الكبير*، بیروت: دار الكتاب العربی، بی‌تا.
- ابن کثیر قرشی، اسماعیل، *تفسیر القرآن العظیم*، تحقیق یوسف عبدالرحمن المرعشلی، بیروت: دار المعرفة، ۱۴۱۲هـ.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، قم: ادب الحوزة، ۱۴۰۵هـ.
- ابن نجیم مصری، زین الدین بن ابراهیم، *البحر الرائق شرح کنزالدقائق*، بیروت: دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۸ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *علل الشرایع*، نجف: مکتبه الحیدریة، ۱۳۸۵ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، تصحیح علی اکبر غفاری، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ق.

- اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدة البیان فی احکام القرآن*، تحقیق بهبودی، تهران: المكتبة المرتضوية، بی تا.
- افندی، محمد علاء الدین، *حاشیة قره عیون الاخبار تکملة رد المختار علی الدر المختار*، دار الفکر، ١٤١٥ هـ.
- بحرانی، یوسف، *الحقائق المناصرة فی احکام العترة الطاهرة*، تحقیق محمد تقی ایروانی، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ١٣٦٣.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، *صحیح بخاری*، بیروت: دار الفکر، ١٤٠١ هـ.
- ثعالبی، عبدالرحمن بن محمد، *الجواهر الحسان فی تفسیر القرآن*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ١٤١٨ هـ.
- ثوری، سفیان بن سعید، *تفسیر سفیان الثوری*، بیروت: دار الکتب العلمیة، ١٤٠٣ هـ.
- جصاص، احمد بن علی، *احکام القرآن*، بیروت: دار الکتب العلمیة، ١٤١٥ هـ.
- جوادی آملی، عبدالله، *کتاب الصلاة*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ١٤٠٥ هـ.
- حسینی، سید هادی و دیگران، *کتاب زن*، تهران: انتشارات امیر کبیر، ١٣٨١.
- حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، نجف: مطبعة الآداب، ١٣٩١.
- حلی، جعفر بن حسن، *المعتبر فی شرح المختصر*، قم: مؤسسه سید الشهداء، ١٣٦٤.
- حلی، حسن بن یوسف، *منتهی المطلب*، تبریز، ١٣٣٣.
- حلی، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، قم: انتشارات علمیة، ١٣٨٧ هـ.
- حمیری، عبدالله بن جعفر، *قرب الاسناد*، قم: مؤسسه آل البيت، ١٤١٣ هـ.
- خمینی، مصطفی، *مستند تحریر الوسيلة*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ١٤١٨ هـ.
- خویی، محمد تقی، *کتاب النکاح (مبانی العروة الوثقی)*، قم: دار الهادی، ١٤٠٧ هـ.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، دفتر نشر کتاب، ۱۴۰۴هـ.

رافعی، عبد الکریم بن محمد، *فتح العزیز فی شرح الوجیز*، دار الفکر، بی تا.
راوندی، قطب الدین، *فقه القرآن*، قم: کتابخانه آیه الله مرعشی، ۱۴۰۵هـ.
رشید پور، مجید، *تعادل و استحکام خانواده*، تهران: مؤسسه اطلاعات، ۱۳۷۳.
روحانی، محمد صادق، *فقه الصادق فی شرح التبصرة*، قم: مؤسسه دارالکتب، ۱۴۱۲هـ.

روحانی، محمد صادق، *المسائل المستحدثة*، قم: دار الکتاب، ۱۴۱۴هـ.
زیبیدی، محمد مرتضی، *تاج العروس فی جواهر القاموس*، بیروت: مکتبه الحیاة، بی تا.

سعدی، ابو جیب، *القاموس الفقهی*، دمشق: دار الفکر، ۱۴۰۸هـ.
سید بکری دمیاطی، *اعانة الطالبین*، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۸هـ.
سید سابق، *فقه السنة*، بیروت: دار الکتاب العربی، بی تا.
سیوطی، جلال الدین، *الدر المنثور فی التفسیر الماثور*، بیروت: دار المعرفة، بی تا.
شربینی، محمد بن احمد، *الاقناع فی حل الفاظ شجاع*، بیروت: دار المعرفة، بی تا.
شریف رضی، *حقائق التأویل فی مشابه التنزیل*، بیروت: دار المهاجر، بی تا.
شوکانی، محمد بن علی، *نیل الاوطار من احادیث سید الاخیار*، بیروت: دار الجیل، ۱۹۷۳م.

شوکانی، محمد بن علی، *فتح القدير*، عالم الکتب، بی تا.
صنعانی، عبدالرزاق بن همام، *تفسیر القرآن*، ریاض: مکتبه الرشد، ۱۴۱۰هـ.
طباطبایی یزدی، محمد کاظم، *العروة الوثقی*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷هـ.
طباطبایی، محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۲هـ.

طبرسي، فضل بن حسن، *مجمع البيان في تفسير القرآن*، بيروت: مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، ١٤١٥هـ.

طبرسي، فضل بن حسن، *جوامع الجامع*، قم: مؤسسه نشر اسلامي، ١٤١٨هـ.
طبري، حسن بن فضل، *مكارم الاخلاق*، منشورات الشريف الرضي، ١٣٩٢هـ.
طبري، محمد بن جرير، *جامع البيان عن تاويل آي القرآن*، بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر، ١٤١٥هـ.

طريحي، فخر الدين، *مجمع البحرين*، مكتب نشر الثقافة الاسلامية، ١٤٠٨هـ.
طريحي، فخر الدين، *تفسير غريب القرآن*، قم: انتشارات زاهدي، بي تا.
طوسي، محمد بن حسن، *تهذيب الاحكام في شرح المقنعة*، تصحيح آخوندي، تهران: دار الكتب الاسلامية، ١٣٦٥.

طوسي، محمد بن حسن (.)، *كتاب الخلاف*، قم: مؤسسه نشر اسلامي، ١٤٠٧هـ.
طوسي، محمد بن حسن، *التبيان في تفسير القرآن*، بيروت: مكتب الاعلام الاسلامي، ١٤٠٩هـ.

عاملی، زين الدين بن علي، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم: مؤسسه معارف اسلامي، ١٤١٣هـ.

عروسی حویزی، عبد علی بن جمعه، *تفسير نور الثقلين*، قم: مؤسسه اسماعيليان، ١٤١٢هـ.

عظیم آبادی، محمد شمس الحق، *عون المعبود شرح سنن ابي داود*، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ.

فيض كاشاني، مولا محسن، *تفسير الصافي*، تهران: مكتبة الصدر، ١٤١٦هـ.
قرطبي، محمد بن احمد، *الجامع لاحكام القرآن*، بيروت: دار احياء التراث العربي، ١٤٠٥هـ.

قمی سبزواری، علی بن محمد، *جامع الخلاف و الوفاق بين الامامية و بين ائمة الحجاز و العراق*، زمينه سازان ظهور امام عصر، ۱۳۷۹.

قمی، علی بن ابراهیم، *تفسیر القمی*، تصحیح سید طیب موسوی جزائری، قم: دار الکتب، ۱۴۰۴ هـ.

کاشانی، ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، پاکستان: انتشارات حبیبیه، ۱۴۰۹ هـ.

کاهانی مقدم، کاظم، *تعلیم و تربیت در اندیشه بوعلی سینا*، مشهد: انتشارات صبرا، ۱۳۸۷.

کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۸ هـ.

کلینی، محمد بن یعقوب، *الاصول من الکافی*، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸ هـ.
کوفی، ابن ابی شیبۀ، *المصنّف فی الاحادیث و الآثار*، تحقیق سعید محمد اللحام، بیروت: دار الفکر، ۱۴۰۹ هـ.

لیثی واسطی، علی بن محمد، *عیون الحکم و المواعظ*، قم: دار الحدیث.

مؤمن قمی، محمد (کتاب الصلاة)، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۵ هـ.

مجاهد بن جبر، *تفسیر مجاهد*، اسلام آباد، مجمع البحوث الاسلامیه، بی تا.

مجلسی، محمد باقر، *بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار*، بیروت: مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ هـ.

محلّی، محمد بن احمد - سیوطی، عبدالرحمن ابی بکر، *تفسیر الجلالین*، بیروت: دارالمعرفة، بی تا.

نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تحقیق شیخ عباس قوچانی، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.

نحاس، ابی جعفر، *معانی القرآن*، تحقیق محمد علی صابونی، عربستان سعودی: دانشگاه ام القرى. ١٤٠٨ھ.

نووی، یحیی بن شرف، *المجموع فی شرح المہذب*، دار الفکر، بی تا.
واحدی نیشاپوری، علی بن احمد، *اسباب النزول*، قاهرہ: مؤسسة الحلبي. ١٣٨٨ھ.
یحیی بن حسین، *الاحکام فی الحلال و الحرام*، بی جا، بی نا، بی تا.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۴/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص ۱۸۵-۲۰۹

تأملی در «تکرار جرم» در فقه امامیه و حقوق ایران*

میرزا محمد واعظی

کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی

دکتر سیدمحمدتقی قبولی درافشان

استاد یار دانشکده الهیات، دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghabooli@ferdowsi.um.ac.ir

چکیده

علل تشدید مجازات در نظام کیفری اسلام از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ زیرا تعیین مجازات متناسب با بزه انجام شده سبب رعایت اصول انسانی و اسلامی، مثل اصل عدالت کیفری و تناسب بین جرم و مجازات می‌شود و این امر سلامت روانی جامعه را بیشتر تأمین می‌کند.

یکی از علل عام تشدید مجازات «تکرار جرم» می‌باشد که به نوبه خود تأثیر بسزایی در تأمین اهداف مجازات می‌گذارد و شخص بزه‌کار را از انجام مجدد جرم باز می‌دارد. در این بحث تعیین شرایط لازم برای تحقق «تکرار جرم» و حدود تشدید در آن اهمیت مسأله را دو چندان می‌نماید؛ زیرا در صورت اشتباه، اگر میزان مجازات بزه‌کار کمتر یا بیشتر از میزان جرم او باشد، اصل عدالت کیفری زیر سؤال می‌رود و تشخیص دقیق این موضوع نیاز به تحقیقی صحیح دارد.

کلیدواژه‌ها: جهات عام، تشدید مجازات، تکرار جرم، جرم سابق، جرم لاحق.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۶/۱۱/۲۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۸/۰۸/۲۳.

طرح مسأله

یکی از اصولی که در قوانین جزایی از جایگاه والایی برخوردار است، «اصل عدالت کیفری» است که احکام بسیاری از آن استخراج می شود و اصول و قواعد جزایی بیشماری با این اصل در ارتباطی تنگاتنگ قرار دارد.

تشدید مجازات بجا، یکی از مصادیق اجرای «اصل عدالت کیفری» است؛ زیرا متناسب بودن مجازاتها با شخصیت مجرم و تعیین دقیق عوامل تشدید مجازات در عادلانه تر کردن نظام کیفری کمک شایانی می کند و این مهم با نگاه به مصادیق جهات تشدید مجازات و مبانی آن در حقوق و تطبیق آن مصادیق و مبانی با فقه اهل بیت (ع) محقق می شود.

«تکرار جرم» نیز از جهات عمومی تشدید مجازات است که نیاز است، مصادیق و مبانی حقوقی آن در تطبیق با فقه امامیه مورد واکاوی قرار گیرد تا اصولی مثل «اصل عدالت کیفری» و «قانونی بودن جرم و جنایت» و «تناسب بین جرم و مجازات» در رابطه با جرم با دقت و حدت بیشتری اعمال گردد و در نهایت سلامت روانی جامعه بیشتر تامین شود.

سؤالاتی که مطرح است این است که آیا تعریفی صحیح و دقیق از تکرار جرم «در فقه امامیه» به عنوان مبانی حقوق ما ارائه شده است؟ آیا در قرآن آیاتی وجود دارد که بر تشدید مجازات در صورت تکرار جرم استشهاد شود؟ آیا انواع «تکرار جرم» در حقوق، مبانی شرعی دارد؟ آیا شرایطی برای تحقق تکرار جرم در فقه امامیه مطرح شده است؟ آیا مبانی حقوق ما در «تکرار جرم» با مبانی شرعی کاملاً سازگاری دارد؟ حدود تشدید «تکرار جرم» به چه میزان است؟

در این نوشتار کوشش می شود این پدیده حقوقی از جوانب گوناگون در فقه امامیه مورد کند و کاو قرار گیرد.

تعریف تشدید مجازات

در توضیح معنای «تشدید» در منابع لغت شناسی فارسی، «استوار کردن»، «گران نمودن»، «خلاف تخفیف»، «سختی نهادن بر کسی»، «سختی نمودن»، «بر کسی سختی کردن»، «تنگ گرفتن بر کسی» و نیز «علامتی همچون سرسین برای تکرار حرف» را ذکر کرده اند (دهخدا، ۵۹۰۸/۴).

در ذیل «مجازات» نیز آورده اند که به معنای «پاداش دادن و جزا دادن در نیکی و بدی»، «سزا»، «کیفر»، «پادافراه» «مشقتی که مجرم می کند» به کار رفته است (همان، ۱۷۹۰۵/۱۲).

«تشدید مجازات» از منظر حقوق این است که گاهی اوقات شرایط و اوضاع و احوال به دلایلی به گونه ای است که اقتضا می کند در مجازات افراد خاطی با شدت بیشتری برخورد کرد؛ یعنی عوامل مختلف در ارتکاب جرم پدیدار می شود که ناخودآگاه قانونگذار عادل را، به عکس العمل شدیدتری وا می دارد (صانعی/۷۹۰).

از «تشدید مجازات» در فقه گاه به «تغلیظ العقوبه» تعبیر شده که در کتب فقهی از آن تعریفی ارائه نشده؛ اما در بعضی از واژه نامه ها و فرهنگ های فقهی تعبیری آمده است. از جمله اینکه: «جرائم در حالت عادی، مجازات معمول و مشخص خود را دارند، ولی گاهی اوضاع و احوال، زمان یا مکان و یا حتی کیفیت اجرای جرم، از شقاوت و سنگدلی بیش از حد مجرم حکایت دارد و به دلیل همین شخصیت نامتعادل او، مجازات عادی برای او کافی نیست، از این رو، مجازات او شدت و حدت بیشتری لازم دارد. که به آن تشدید مجازات گفته می شود» (خاوری، ۱۲۴). و در کتاب فرهنگ فقه، تغلیظ (سخت گیری در تنگ قرار دادن کسی) را به دو گونه گفتاری و رفتاری تقسیم نموده که از تغلیظ فعلی تعبیر به «تشدید مجازات» کرده است (فرهنگ فقه، ۵۴۹/۲).

تعریف تکرار جرم

«تکرار جرم» یکی از جهات عام تشدید مجازات است که به جرم معینی

اختصاص ندارد؛ بلکه قابل تسری به تمام جرائم می باشد و حاکی از عدم اصلاح مجرم و اصرار او در نقض قوانین کیفری است.

در تعریف «تکرار جرم»، از منظر حقوق گفته شده که، حالت شخصی است که به طور قطعی به مجازات محکوم شود و به واسطه ارتکاب مجدد جرم در معرض محکومیت جزایی قرار گیرد (علی آبادی، ۲۸۶/۲). همچنین بیان شده که گاه شخصی واحد مرتکب جرائم متعدد می شود در این صورت دو فرض پیش می آید. یکی آن که جرم یا جرائم بعدی پس از آن که در مورد جرم قبلی حکم محکومیت قطعی صادر شد، انجام می گیرد که این مورد را «تکرار جرم» می گویند (صانعی، ۷۶۸).

در فقه تعریف خاصی از «تکرار جرم» ارائه نشده است؛ اما برای حالت تکرار احکام خاصی بیان شده است که با استقرای آن، امید است تعریفی دقیق ارائه شود.

یکی از احکامی که برای حالت «تکرار جرم» در کتب فقهی امامیه بیان شده این است که ارتکاب مجدد جرم را در صورتی که از نوع جرم اول باشد از مصادیق «تکرار جرم» محسوب می شود و انجام دوباره جرمی را که متفاوت از نوع جرم اول باشد، جزء موارد «تکرار جرم» تلقی نمی شود. به طور مثال آمده است، تکرار خوردن حرام موجب مجازات قتل است (طوسی، **النهاییه**، ۷۲۲، ابن ادریس، ۳/۴۷۸)؛ اگر حد قذف ۳ بار تکرار شود، قاذف در مرتبه چهارم کشته می شود (شهید ثانی، ۱۹۰/۹)؛ تجارت سموم کشنده ممنوع و قابل مجازات و در صورت تکرار موجب قتل است (طوسی، **النهاییه**، ۷۱۳)، سرقت در مرتبه چهارم موجب قتل است (طوسی، **الخلاف**، ۵/۴۴۲)؛ مساحق در صورت تکرار به مرگ محوم می شود (شیخ مفید، ۷۸۷)؛ شرب خمر در مرتبه چهارم موجب قتل است (طوسی، **الخلاف**، ۵/۴۷۳). که ظاهر این عبارات ارتکاب مجدد جرم را در صورت هم نوعی با جرم اول، «تکرار جرم» شمرده است.

همچنین فقهای ما ارتکاب دوباره یک جرم را در صورتی از مصادیق «تکرار جرم» می دانند که بعد از محکومیت قطعی مجازات یک جرم و اجرای آن باشد و

صرف انجام دادن مجدد یک جرم را « تکرار جرم » نمی دانند . به طور مثال آمده است، تکرار قذف قبل از اجرای حد به منزله یک قذف است (شهید ثانی، ۱۹۰/۹). نوشیدن چند بار مسکر قبل از اجرای حد ، یک حد را جاری می کند (همو، ۲۰۶)؛ تکرار سرقت در بار چهارم سبب ثبوت حد قتل می گردد ، به شرط آن که پس از ارتکاب هر بار در مراحل قبلی ، حد اجرا شده باشد (نجفی، ۳۳۱/۴۱) ؛ اگر سرقت تکرار شود و در خلال آن حد جاری نگردد ، دست سارق یک بار بریده می شود (شهید ثانی ، ۲۸۷/۹) ؛ تکرار زنا ؛ شرب خمر و سرقت قبل از اجرای حد به منزله یک حد است (نک : علامه حلی ، ۱۷۴/۲ ، ۱۸۰ و ۱۸۴). که ظاهر این عبارات دلالت بر این می نماید که انجام مجدد یک جرم قبل از محکومیت قطعی یک جرم و اجرای حد به منزله تکرار نمی باشد . با توجه به این توضیحات تعریف « تکرار جرم » در اصطلاح فقه جزا از این قرار است :

تکرار جرم در اصطلاح فقه جزا وضعیتی است که شخص بعد از محکومیت قطعی و اجرای مجازات، مجدداً مرتکب همان جرم شده باشد.

آیات مورد استشهداد به تشدید مجازات در صورت تکرار جرم

۱- «وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا * يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا» (فرقان/ ۶۸ و ۶۹).

« و کسانی که با خدای یکتا خدایی دیگر نخوانند و انسانی را که خدا محترم داشته جز به حق نکشند و زنا نکنند و هر که چنین کند به زودی سزا ببیند... عذابش دو برابر شود... » (همدانی، ۳۳۰/۱۵).

توضیح : آیه شریف، پس از اشاره به چند جرم ؛ یعنی شرک، قتل عمدی و زنا، یاد آور شده است که انجام جرائم مزبور، افزایش کیفر را به دنبال دارد. هر چند از آیه، آشکارا نمی توان برداشت نمود که تشدید مجازات به دلیل انجام چند جرم، یعنی جرائم ذکر شده در آن می باشد به گونه ای که به باور برخی، از آنجا که خداوند زیادتراً از

استحقاق مجرم، کیفر را افزایش نمی‌دهد، دو چندان شدن عذاب ذکر شده در آیه از اجزای مجازات می‌باشد نه تشدید آن (طبرسی، ۳۱۲/۷)؛ با توجه به این مطلب، حقیقت مذکور در آیه شریف انکار کردنی نمی‌باشد که پس از بیان چند جرم، از دو چندان شدن مجازات سخن به میان آورده و چنین رویکردی، دست کم برای استدلال به ظاهر آن برای فرع مورد بررسی، کافی به نظر می‌آید. گفتنی است که برخی مفسران درباره همین آیه به تشدید مجازات به دلیل چندگانگی جرائم، اشاره کردند (طباطبایی، ۲۴۲/۱۹) علاوه بر آن در تفسیر نور گفته شده که: به اتفاق همه علما و مفسران - با توجه به ادامه آیه درباره خلود - زنا به تنهایی سبب جاودانگی در دوزخ نمی‌شود (قرائتی، ۲۸۲/۸) بنابراین مسأله خلود و جاودانگی در دوزخ تنها برای کسی است که مرتکب هر سه گناه شده باشد در تفسیر المیزان نیز سه احتمال را در خلود بیان می‌دارد و احتمال سوم را که کلمه « ذلک » اشاره به همه این سه گناه است، مقدم می‌دارد (همدانی، ۳۳۴/۱۵). بنابراین دو چندان شدن عذاب به دلیل تشدید مجازات است نه اینکه از اجزای مجازات باشد.

با این حال این آیه را هنگامی می‌توان به عنوان یک قرینه بر تشدید مجازات در تکرار جرم دانست که هم نوعی جرم سابق و لاحق را شرط ندانیم و علاوه بر آن در شرایط لازم برای تحقق تکرار جرم فقط مبنای انجام چند جرم پس از صدور حکم ملاک باشد زیرا محاکمه برای شخص مجرم صورت نگرفته است.

۲- «الَّذِينَ عَاهَدْتَ مِنْهُمْ ثُمَّ يَنْقُضُونَ عَهْدَهُمْ فِي كُلِّ مَرَّةٍ وَهُمْ لَا يَتَّقُونَ* فَاِمَّا تَتَّقَتَّهُمْ فِي الْحَرْبِ فَشَرِدْ بِهَمَّ مِنْ حَلَّتْهُمْ لَعَلَّهُمْ يَذَّكَّرُونَ» (انفال ۵۶ و ۵۷).

«آنانکه تو با ایشان پیمان بستی آنگاه ایشان در هر بار عهد خود را می‌شکنند، و ایشان نمی‌پرهیزند. * پس هر گاه در جنگ بر ایشان دست یافتی (چنان بر ایشان بتاز که) به وسیله آنان تار و مار شود هر که پشت سر ایشان است، بلکه متذکر شوند» (۱۴۶/۹).

توضیح: با درنگ در آیه شریف پیوستگی آن با فرع مورد بررسی؛ یعنی تکرار جرم، آشکار می‌شود، زیرا هر چند موضوع آن به ماجرای پیمان شکنی پی در پی یهود بنی قریظه باز می‌گردد و به همین دلیل، ممکن است گفته شود که زیر پا گذاردن قرارداد، به طور کلی جرم به شمار نمی‌آید تا از همسانی آیه شریف با اصطلاح تکرار جرم سخن به میان آید، وانگهی، با فرض جرم پنداری پیمان شکنی، درباره زیر پاگذاری قرار داد نخست به وسیله گروه یاد شده، از سوی دادگاه یا هر مرجع رسیدگی کننده در آن روز حکمی صادر نشده است تا شاخصه تکرار جرم در اصطلاح حقوق جزا را دارا باشد. می‌توان گفت، دو پرسش مزبور نمی‌تواند میان آیه شریف با واژه تکرار جرم، گسست کامل پدید آورد، زیرا از یک سو به دلیل حکایتگری آیات قرآن از قوانین کلی، هر چند در ساختار یک نمونه، نمی‌توان موضوع آیه شریف را تنها در حصار پیمان شکنی یهود محدود نمود و آنگاه چنین نتیجه گرفت که به دلیل جرم نبودن آن از دیدگاه حقوق جزا، پیوند آیه شریف با اصطلاح تکرار جرم گسیخته می‌شود، بلکه با برون رفت از دایره تنگ پیمان شکنی و نگاهی فراتر از آن به آیه، چنین به دید می‌آید که قرآن کریم، تکرار هر رفتار ناپسندی، خواه پیمان شکنی و خواه جز آن را به ناسزا گرفته است؛ بدین سان، تکرار جرم در قلمرو «تکرار هر رفتار ناپسند» جای خواهد گرفت. از سوی دیگر، درباره صادر نشدن رأی به وسیله دادگاه یا محکمه که عنصر جدا کننده تکرار جرم از تعدد آن می‌باشد نیز می‌توان گفت: داوری و گواهی پیامبر (ص) به عنوان رأس هرم جامعه اسلامی بر پیمان شکنی نخست، خود برترین رأی از عالی ترین محکمه به شمار می‌آید. و آیه بعد نیز به حمله شدید به پیمان شکنان به نحوی که مایه عبرت دیگران شود- اشاره می‌کند؛ در نتیجه در پرتو پاسخ گویی به دو پرسش یاد شده، همسویی آیه شریف با فرع مورد بررسی، نمایان می‌شود.

اما ناگفته نماند که این آیه نیز مثل آیه قبل، انجام یک جرم را تا مرحله صدور حکم پیش برده و در مورد اجرای حکم سخنی به میان نیامده است؛ بنابراین شاخصه

تکرار جرم را در صورتی می توان پذیرفت که جرم را به هر گونه رفتار ناپسند تعمیم داده و قائل به تکرار جرم در صورت اجرای مجازات نشویم؛ بلکه تحقق تکرار یک جرم را تا مرحله صدور حکم کافی بدانیم؛ در نتیجه تکرار جرم برای جرائم دیگر به قیاس اولویت ثابت است.

بنابراین اگر اجرای حکم و هم نوعی جرم را در آیه اول و اجرای مجازات در آیه دوم را ملاک ندانیم، مستندات قابل قبولی برای تشدید جرم در صورت تکرار جرم وجود دارد.

انواع تکرار جرم

در این قسمت تکرار جرم با توجه به انواع آن مورد بررسی قرار می گیرد.

تکرار جرم بر حسب تشابه جرم اول و دوم یا فاصله زمانی بین ارتکاب جرم اول و دوم و غیره متفاوت است و به انواع مختلف تقسیم می شود و بر همین مبنا از تکرار جرم دائم و موقت، تکرار جرم عام و خاص و تکرار جرم ساده و تصاعدی مطالبی ارائه می دهیم.

۱- تکرار جرم دائم و موقت

در تکرار جرم دائم برای تشدید مجازات بین جرائم ارتكابی و محکومیت‌های متوالی فاصله زمانی لحاظ نمی شود، بر عکس در تکرار جرم موقت برای تشدید مجازات بین جرائم ارتكابی و محکومیت‌ها فاصله زمانی در نظر گرفته شده است، مثل مدت پنج یا ده سال.

در مورد تکرار جرم موقت چون مدت زمانی بین جرائم ارتكابی فاصله وجود دارد، ارتکاب جرم توسط مجرم، حاکی از اصرار وی بر فعالیت مجرمانه سابق نیست تا مستحق مجازات شدید باشد و در مورد چنین فردی باید گفت:

«چون مدتی بین جرائم ارتكابی فاصله وجود دارد، عود متهم به ارتکاب جرم

دلالت نمی‌کند که در فعالیت جنایتکارانه سابق که مستلزم مجازات شدید است لجاجت ورزیده باشد. چنین متهمی را با یک بیمار مقایسه کرده و می‌گویند ارتکاب جرم از طرف او در حکم عود به وضع سابق نیست بلکه مانند بیماری است که ناخوشی جدید بر او عارض شده و محتاج مداوای خاص است» (علی آبادی، ۲۸۲/۲).

در فقه کدام نوع تکرار ملاک است، تکرار جرم دائم یا موقت؟

با توجه به عبارات فقها از جمله «فی هذا الحد الاول قطع الاصابع الاربع و لو سرق ثانيا، قطعت الرجل اليسرى و فی الثالثه یحبس ابدا و فی الرابعه یقتل» (شهید ثانی، ۲۸۴/۹). اینچنین استنباط می‌شود که کلام آنها نسبت به فاصله زمانی انجام جرم^۱ اطلاق دارد و مانعی برای عدم اطلاق نمی‌باشد بنابراین اگر قرینه‌ای بر تقیید رفع تشدید مجازات نباشد، تشدید مجازات در هر بار تکرار، جاری می‌شود و فاصله زمانی از تشدید جرم نمی‌کاهد، در نتیجه به نظرمی‌رسد که تکرار جرم دائم، ملاک در فقه باشد.

۲- تکرار جرم عام و خاص

در تکرار جرم عام، ارتکاب جرائم متوالی از یک نوع، برای تشدید مجازات ضروری و لازم نیست اما در تکرار جرم خاص لازمه تشدید مجازات، ارتکاب جرائم از یک نوع و شبیه به هم می‌باشد. مثلاً در تکرار جرم خاص فردی که مرتکب جرح و ضرب شده و بعداً مرتکب جرم کلاهبرداری شود، مشمول قواعد تکرار جرم نمی‌باشد. اختلاف نظر دانشمندان حقوق، در اینکه آیا تکرار خاص موجب تشدید مجازات می‌شود یا فقط تکرار عامل مؤثر در تشدید است، علت تقسیم تکرار جرم به عام و خاص شده است (لطفی، ۲۰).

به نظر می‌رسد که با توجه به تعریف ارائه شده از تکرار جرم، ملاک فقه تشدید مجازات جرم خاص می‌باشد.

۱. اگر اطلاق را فقط محدود به نصوص ندانیم.

۳- تکرار جرم ساده و تصاعدی (به عادت)

در تکرار جرم تصاعدی یا به عادت مجرم، ارتکاب جرم را عادت و شغل خود قرار داده است اما در تکرار جرم ساده فاعل، جرائم را چند بار انجام داده ولی دیگر در پی تکرار و تجدید آن نیست.

در هردو مورد، قانونگذار نسبت به تشدید آنها مقرراتی را وضع کرده است ولی در نوع اول این مجازاتها شدیدتر است، چه اینکه عمل مجرم حاکی از اصرار و تجری وی می‌باشد اما در مورد دوم تشدید کمتری در نظر گرفته است.

ممکن است گفته شود که عمل مجرم در جرم تصاعدی حاکی از اصرار و تجری وی باشد و در مورد جرم ساده، تشدید کمتری در نظر گرفته شود و یا اینکه تشدید مجازات در جرم تصاعدی نسبت به جرم ساده کمتر باشد، زیرا عادت در اراده مرتکب تأثیر می‌کند و از مقاومت او در مقابل تمایلات نفسانی می‌کاهد و آزادی اراده را از او سلب می‌کند.

اما در جواب مدّعی اول باید گفت که ماهیت اصرار (نقض و تهدید قوانین کیفری) در هر دو مشاهده می‌شود (همو، ۲۲) و اینکه فاعل، جرمی را انجام داده و در پی تکرار و تجدید آن نبوده (جرم ساده)، اگر عمدی باشد که قصد تکرار جرم بارز است و اگر سهوی باشد که مقوله ای جدا خواهد بود و بحث آن جدای از انجام یک جرم با سوء نیت است.^۱

و در جواب مدّعی دوم باید گفت که «الامتناع بالاختیار لاینافی الاختیار» (بهبهانی، ۱۴۷/۱) یعنی خود مجرم با اراده و اختیار خودش این جرم را عادت خویش نموده و مکافات آن را هم نیز باید تحمل کند.

۱. اینکه جرمی از روی سهو و بدون قصد از سمت فاعلی تکرار شود، محل تأمل است، مثل اینکه شخص برای بار دوم سرقت کند و بگوید از عمد سرقت نکرده ام مگر اینکه شخص مکره شده باشد و یا نظیر آن، که قطعاً مجازات یا ساقط می‌شود یا تخفیف دارد؛ زیرا مهم ترین هدف از تشدید مجازات اصلاح و تربیت مجرم است و اینکه اعمال مجازات اولی برای مرتکب جرم کافی نبوده است و این موضوع در جرائم غیر عمدی متفی است.

در نتیجه به نظر می‌رسد ظاهراً فرقی بین جرم ساده و تصاعدی در نحوه تشدید نمی‌باشد.

حکم تشدید مجازات در «تکرار جرم»

در حقوق جزایی ایران که متأثر از فقه امامیه است، حکم تشدید مجازات تنها در صورتی ممکن است که از طرف خود قانون پیش بینی شده باشد و قاضی نمی‌تواند به میل خود و در غیر از مواردی که تشدید از طرف قانون مقرر شده، مجازات جرمی را تشدید کند، هر چند که این جرم از نظر اجتماع بسیار زننده و خطرناک باشد. اختیار قاضی در این زمینه محدود به آن است که بین حداقل و حداکثر مجازات‌ها، مجازاتی مناسب مرتکب هر جرم خاص تعیین کند و نمی‌تواند مجازاتی بیش از حداکثر پیش بینی شده در قانون تعیین نماید (صانعی، ۷۶۰).

در قانون مجازات اسلامی حکم تشدید مجازات را در مجازات‌های تعزیری و باز دارنده مشمول مقررات «تکرار جرم» دانسته. (نک: ق.م.ا، م ۴۸) و در تشدید مجازات‌های غیر تعزیری و باز دارنده، مثل تکرار در سرقت و شرب خمر باید به ابواب خاص آنها مراجعه کرد.

در فقه امامیه حکم تشدید مجازات در بخش حدود مثل تکرار زنا، شرب خمر، قوادی، قذف و سرقت معین شده است و در مورد مجازات تعزیری و نظیر آن، در پاره ای از مواقع، نحوه تشدید مجازات در صورت تکرار جرم مشخص شده و در مواقع دیگر کم و کیف آن به دست حاکم سپرده شده؛ مثلاً در بحث کیفرهای پراکنده آمده است که اگر شخصی از عورت گروهی مطلع شود و خویشاوند ایشان باشد تنها او را نهی می‌کنند و کار دیگری نمی‌کنند مگر آنکه نگاه او به زن برهنه ای باشد که در این صورت می‌توان او را پس از نهی و زجر، سنگ زد [چون در تحریم نگاه به عورت با مرد بیگانه مساوی است]، وقتی نوبت به سنگ انداختن رسید در سنگی که به طرف او انداخته می‌شود باید رعایت مراتب را کرد و از کوچک آغاز کرد و کم کم به مقدار

آن افزود، به گونه ای که این کار را ترک کند. پس اگر دست برداشت جز با انداختن چیزی که موجب کشته شدن او می شود، خویش هدر خواهد بود (شهید ثانی، ۳۵۲/۹؛ نجفی، ۶۶۲/۴۱).

این عبارت اشاره به تشدید مجازات در صورت تکرار جرم دارد زیرا انجام این جرم در وهله اول با تشر همراه است اما در مرحله دوم با پرتاب سنگ است که وارد شدن جنایت بر او وحتى خون مرتکب این جرم تعزیری هدر خواهد بود.

هدف یا حکمت تشدید مجازات در «تکرار جرم»

در حقوق، هدف از مجازات تنها ارباب دیگران (انصراف یا بازدارندگی عمومی) و تأمین سلامت عموم جامعه نیست. بلکه هدف مهم اصلاح و تربیت مجرم است تا اعمال ناپسند و غیر انسانی خود را در آینده تکرار نکند (باز دارندگی فردی) و چون مجازات جرم اول در تغییر رفتار مجرم مؤثر نبوده و جرم را تکرار نموده است چنین نتیجه گیری می شود که باید با توجه به شخصیت مجرم و حالات روحی و روانی وی، بیش از پیش در مجازاتش تشدید کرد.

برخی از اندیشمندان نسبت به قانون تکرار جرم انتقاد می کنند که این قانون عادلانه و بر اساس انصاف نیست چرا که مجرم، در برابر جرم اول خود، مجازاتی را متحمل شده است و دیگر جوازی برای تشدید مجازات جرم جدید او وجود ندارد، در حالی که تشدید تکرار جرم به لحاظ جرم اول نیست بلکه مبنای تشدید، حالات درونی مجرم است که مجازات سابق در وی اثر نکرده است و شایسته است که در صورت ارتکاب جرم جدید مجازات شدیدتری برای او در نظر گرفت (لطفی، ۱۴).

فقیهان نیز هدف کلی حدود و تعزیرات را بازدارندگی فاعل جرم از ارتکاب فواحش و جنایات می دانند. از جمله: سید مرتضی علم الهدی می گوید: «حدود با این هدف در شریعت پیش بینی شده اند که مردم را از ارتکاب فواحش و جنایات باز دارند» (سید مرتضی، ۵۱۲). شهید اول و فاضل مقداد نیز می گویند: «احکام بازدارنده بر

دو قسم می‌باشند. یکی از آن دو قسم، احکامی هستند که فاعل را از تکرار و دیگران را از ارتکاب آن عمل باز می‌دارند مانند حدود و تعزیرات و قصاص» (فاضل مقداد، ۳۰۴). فیض کاشانی می‌گوید: «و شایسته است که برای اجرای حد، مردم را مطلع سازند... تا با حضورشان - همانگونه که حکمت حدود اقتضا می‌کند - عبرت و بازدارندگی حاصل شود» (فیض کاشانی، ۸۱/۲). صاحب جواهر نیز حضور مردم را برای اجرای حد، سبب بازدارندگی مجرم و دیگران از ارتکاب جرم می‌داند و از آن به حکمت حد یاد می‌کند (نجفی، ۳۵۳/۱).

شرایط لازم برای تحقق تکرار جرم

با توجه به توضیحات گذشته شرایط لازم برای تحقق تکرار جرم عبارتست از:

۱- محکومیت جرم سابق بایستی قطعی شده باشد.

قانونگذار سال ۷۰ در ماده ۴۸ بدین موضوع اشاره دارد. عبارت «چنانچه بعد از اجرای حکم»، حاکی از آن است که تا زمانی که حکم محکومیت قطعی نشده باشد، قابلیت اجرایی نخواهد داشت.

منظور و مقصود از حکم قطعی چیست؟ طبق قوانین و مقررات سابق، حکم کیفری وقتی قطعی تلقی می‌شد که تمام مراحل دادرسی طی شده و دیگر قابل شکایت نباشد مگر در موارد اعاده دادرسی (نک: قانون آیین دادرسی، م ۲۷، ۳۱۷ و ۳۸۶).

طبق قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو مصوب ۱۳۶۸ کلیه احکام دادگاه‌ها قطعی نبود؛ زیرا از یک حکم، امکان تقاضای چند بار تجدید نظر وجود داشت همچنین تجدید نظر از احکام کیفری به مدت زمان خاصی محدود نشده بود؛ بنابراین احکام کیفری از قطعیت برخوردار نبود (نک: قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری، م ۲۸ و ۳۵).

باید اذعان داشت در حال حاضر نیز قطعیت احکام کیفری در هاله ای از ابهام به

سر می‌برد.

در زمان تصویب قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ انتظار می‌رفت نسبت به این موضوع عنایت لازم بشود؛ اما متأسفانه این چنین نشد و این مشکل مانند گذشته در سیستم قضایی ما حل نشده باقی ماند.

با مطالعه کوتاه در مواد این قانون به مشکل مذکور پی خواهیم برد. چنانچه از ماده ۷ این قانون به دست می‌آید احکام دادگاه‌های عمومی و انقلاب قطعی است مگر در مواردی که در این قانون قابل نقض و تجدید نظر پیش بینی شده باشد. از طرف دیگر در تبصره ماده ۲۴ آمده است: «قطعیت حکم در صورتی است که از موارد سه گانه مذکور در ماده ۱۸ نباشد.»

ماده ۱۸ چنین می‌گوید: «آرای دادگاه‌های عمومی و انقلاب اعم از حکم یا قرار در موارد زیر نقض می‌شود: ۱- قاضی صادر کننده رأی متوجه اشتباه رأی خود شود. ۲ - قاضی دیگری پی به اشتباه رأی صادره ببرد به نحوی که اگر به قاضی صادر کننده رأی تذکر دهد متنبه گردد. ۳ - ثابت شود قاضی صادر کننده رأی صلاحیت رسیدگی و انشاء رأی نداشته است.»

همانطور که از ماده ۱۸ مشخص است در صورتی که یکی از موارد فوق در حکم مشاهده شود حکم قابل تجدید نظر خواهد بود. بنابراین احکام، قطعی نیست و در صورت وجود یکی از موارد فوق یا موارد دیگر^۱ در حکم، حکم قابل تجدید نظرخواهی و نقض خواهد بود.

در پایان این بحث باید خاطر نشان نمود که احکام قطعی به احکامی اطلاق می‌شود که به موجب هیچ یک از موارد تجدید نظر مرقوم در قوانین کیفری قابل شکایت و طرح مجدد نباشد (نک: عسگری، بررسی و نقد ماده ۱۸).

۲- حکم قطعی باید به طور کامل اجرا شده باشد.

بنابراین چنانچه محکوم بعد از صدور حکم و قطعی شدن آن و یا قبل از اجرا یا

۱. ماده ۱۹ همین قانون مواردی از آرای قابل درخواست تجدید نظر را مشخص کرده است.

در اثنای مجازات مرتکب جرم دیگری شود، فعل از قواعد تکرار به حساب نمی آید. در این خصوص محکومیت‌های تعلیقی، آزادی مشروط، عفو(عمومی و خصوصی) مطرح می‌شود که ما در مباحث قبلی مطالبی در این مورد ارائه داده ایم.

۳- حکم محکومیت سابق باید تعزیری و بازدارنده باشد.^۱

بنابراین محکومیت به مجازات‌هایی مانند حدود، قصاص و دیات در تشدید جرائم بعدی مؤثر نبوده و موارد مذکور از نظر تکرار جرم تابع شرایط خاص می‌باشد(نک: ق.م.ا، ۱۵۷، ۱۲۲، ۹۰ و ۱۷۹).

۴- جرم اول و دوم تعزیری یا نظیر آن باشد.

بنابراین هر گاه جرم سابق و لاحق غیر تعزیری باشد قواعد تکرار جرم قابل اجرا نخواهد بود؛ زیرا مشمول قواعد خاص خواهد بود و هر مورد به تفکیک بیان شده است.

آیا ضرورت دارد که جرم دوم از نوع جرم سابق یا مانند آن باشد؟

در ماده ۲۵ قانون مجازات عمومی از تکرار عام پیروی کرده بود؛ بنابراین اگر جرم دوم عین جرم اول بود تشدید مجازات بیشتری در نظر می‌گرفت.^۲ قانون راجع به مجازات اسلامی سال ۶۱ تکرار جرم را منحصر به موردی کرد که فرد مرتکب همان جرم قبلی شده باشد اما در ماده ۴۸ قانون مجازات اسلامی تکرار جرم را نسبت به هر جرم قابل تعزیر تعمیم داده است که مفاد این ماده با قواعد حقوق جزا بیشتر منطبق است و از سوء استفاده مجرمین حرفه ای جلوگیری می‌کند.

این مسأله در مجازات‌هایی مانند حدود و قصاص در فقه مطرح شد. آنجا چنین نتیجه گرفته شده است که باید جرم اول و دوم همسان باشد یعنی اگر کسی مرتکب

۱. بر طبق ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی منظور از مجازات‌های بازدارنده تأدیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می‌گردد. مانند، حبس، جزای نقدی،...

۲. طبق ماده ۲۵ قانون مجازات عمومی اگر مجرم مرتکب جرم جدیدی از نوع جرائم سابق می‌شد مجازات او بیش از حداکثر مجازات (دو برابر حداکثر مجازات) تعیین می‌شد.

جرم سرقت شد و برای بار دوم همین جرم را انجام داد، جزء مصادیق تکرار جرم است ولی اگر برای بار دوم جرمی غیر از سرقت انجام دهد از قواعد تکرار جرم خارج است. حال با توجه به اینکه در شرع برای مجازات‌هایی مانند سرقت و نظیر آن مقدار و حد مجازات تعیین شده، معلوم می‌شود که نسبت به مجازات‌های تعزیری اهمیت بیشتری در نزد شارع داشته که اندازه مجازات به دقت مشخص شده و در تکرار جرم نیز میزان تشدید، تعیین شده؛ بنابراین وقتی قائل بر تشدید مجازات در صورت هم-نوعی مجازات لاحق با سابق بشویم - بنابر توضیحات گذشته - به طریق اولی برای مجازات‌های تعزیری و نظیر آن نیز این هم‌نوعی ملاک خواهد بود و علاوه بر آن قاعده «الْوُقُوفُ عِنْدَ الشُّبُهَاتِ خَيْرٌ مِنَ الْاِفْتِحَامِ فِي الْمُحَرَّمَاتِ» (حرعاملی، ۱۵۸/۲۷) بر این ملاک تأکید می‌کند و همچنین اگر بگوییم تعمیم این مسأله یعنی تشدید مجازات در صورت انجام جرم غیر هم‌نوع، سبب بازدارندگی بیشتر مجرم از ارتکاب جرم می‌شود با اصل رحمت و تخفیف در جزای اسلام (نک: مجموعه مقالات ...، ۳۰۹) از دیدگاه قرآن و اصل قانونی بودن جرم و مجازات (نک: همان، ۳۲۱) منافات دارد زیرا در شرع تصریح بر این امر نشده و حتی وقوف در این مسائل را بهتر دانسته است. در نتیجه برای تحقق تکرار جرم شرط دیگری به عنوان شرط پنجم در فقه ضرورت دارد.

۵- جرم لاحق از نوع جرم سابق باشد.

بنابراین ارتکاب یک جرم تعزیری در صورت تکرار همان جرم تعزیری با تشدید مجازات همراه است.

نکته قابل توجه در این شرط عدم تفاوت جرائم عمومی و سیاسی از نظر قانونگذار می‌باشد اما با توجه به قوانین موجود این گونه استنباط می‌شود که جرم سیاسی دارای دو ویژگی حدی و تعزیری می‌باشد.

اگر جرم سیاسی ویژگی حدی داشت مانند محاربه یا در حکم محاربه، از محدوده

تکرار جرم ماده ۴۸ خارج است اما اگر متضمن ویژگی تعزیری باشد طبیعی است که مشمول قاعده تکرار جرم مندرج در ماده ۴۸ قانون مجازات اسلامی قرار بگیرد.

۶- محکومیت قبلی باید از محاکم ایران صادر شده باشد.

هر چند این شرط در قانون صریحاً نیامده است ولی با عنایت به تغییر بنیادی نظام کیفری بر مبنای فقه اسلامی و لزوم اجرای احکام کیفری اسلام در مورد اتباع کشور و با توجه به سرزمینی بودن قوانین کیفری که با عدم اجرای احکام کشورهای دیگر در ایران حکم کشور خارجی بی اثر می ماند، این شرط موجه به نظر می رسد. البته باید توجه داشت بین دادگاه‌های اختصاصی و عمومی داخلی تفاوتی از لحاظ مقررات تکرار جرم وجود ندارد.

حدود تشدید در تکرار جرم

أ - حدود تشدید در قانون و حقوق

میزان تشدید مجازات در تکرار جرم به حسب کشورهای مختلف و عقائد علمای حقوق متفاوت است.

به طور کلی شیوه تشدید از دو حالت خارج نیست. یا اینکه درجه مجازات تغییر می کند مثلاً اگر مجازات جرمی فقط حبس باشد در صورت تکرار جرم ممکن است مجازات او را به حبس موقت با اعمال شاقه که یک درجه شدیدتر است، تبدیل کرد.

یا اینکه مجازات اضافه ای در نظر گرفته می شود. به طور مثال اگر مجرم سابقه محکومیت داشته باشد و مرتکب جرم دیگری شود بیش از حداکثر مجازات (یا یک برابر و نیم یا دو برابر) محکوم می شود.

در قانون ۱۳۰۴ در تشدید مجازات دو سیستم را (تغییر درجه مجازات، تعیین حداکثر) تعیین کرده بود.

در سال ۱۳۵۲ قانونگذار، سیستم ترکیبی یا تلفیقی گذشته را رها کرده و فقط طریق دوم (تعیین حداکثر یا مجازات اضافه) را انتخاب کرد.

طبق ماده ۲۵ اصلاحی قانون مجازات عمومی سال ۵۲ برای مجازات تکرار جرم دو فرض پیش بینی شد. اگر جرم دوم همانند جرم اول بود، مجازات آن بیش از حداکثر مجازات جرم جدید بود به طوری که از دو برابر حداکثر مذکور تجاوز نکند. اما اگر جرم دوم از نوع جرم قبلی نبود در این فرض مجازات او بیش از حداکثر مجازات جرم جدید بود به طوری که از یک برابر و نیم حداکثر مذکور تجاوز نکند. اما پس از پیروزی شکوهمند انقلاب اسلامی با تصویب قانون راجع به مجازات اسلامی و قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ میزان تشدید تعیین نگردید و این امر باعث بروز مشکلاتی در صحنه مراکز قضایی کشور شد و اختلاف عمل در رویه به گونه‌ای - بروز کرد که برخی دادگاه‌ها به استناد مغایرت چنین حکمی با اصل قانونی بودن جرم و مجازات از محدوده حداکثر مجازات قانونی جرم پا را فراتر نگذاشتند. برخی دیگر با توجه به خصوصیت تعزیری موضوع، گاهی نسبت به بیش از حداکثر مجازات قانونی اقدام کردند.

بنابراین با توجه به اینکه قانونگذار در ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی میزان تشدید را در اختیار دادگاه قرار داد، این اختلافات شکل جدی به خود گرفت به طوری که بعضی از محاکم در صورت تکرار و تعدد جرم، تشدید را فقط تا حداکثر مجازات قانونی جایز می‌دانند و بعضی از محاکم مجازات بیش از حداکثر قانونی را نیز بلامانع می‌دانند (نک: نور بهاء، ۲۹۵؛ اردبیلی، ۲۳۵/۲).

ب - حدود تشدید در فقه امامیه

۱- تشدید مجازات در جرائم تعزیری

در فقه امامیه در جرائم حدودی و مانند آن برای هر مرتبه تکرار جرم، حدود تشدید مجازات مشخص شده است اما در جرائم تعزیری حتی مقدر تعزیر، در

ارتکاب اول بسته به نظر امام یا جانشین امام است.

از جمله آمده است که مقدار تعزیر بسته به نظر امام است یا کسی که نایب و جانشین امام می‌باشد، مانند هر تعزیری که شرعاً برای آن مقدار خاص تعیین نشده است و تعزیر در بسیاری از روایات مطلق آمده و برای آن اندازه خاصی مشخص نشده است (نک: طوسی، ۳۶۸/۵).

در عبارت دیگری آمده است که نصوص خاصی که وارد شده براین دلالت می‌کند که تعزیر توسط حاکم اجرا می‌شود... و اما در مقدار تعزیر، جماعتی از جمله محقق در کتاب شرائع گفته اند که از حد آزاد در مورد فرد آزاد و حد بنده در مورد بنده تجاوز نمی‌کند... بلکه ظاهر از خبر صحیح حماد این است که مقدار تعزیر کمتر از حد مطلق است، که از امام صادق روایت شده که مقدار تعزیر کمتر از حد است پس راوی می‌گوید: پرسیدم، کمتر از هشتاد تازیانه؟ گفت نه بلکه کمتر از چهل تازیانه که حد مملوک است، پرسیدم، و چه مقدار؟ گفت: به اندازه آنچه که والی از گناه شخص قوت بدنش می‌داند... پس مقدار ثابت این است که مقدار تعزیر به مقدار حد نرسیده و اما تقیید آن به بیشتر از آن ثابت شده نیست. پس تعزیر برای حاکم است به مقدار آنچه مصلحت می‌بیند و کمتر از مقدار حد (خویی، ۳۳۸/۱).

از این عبارت نکته‌های زیر به دست می‌آید:

۱- مقدار تعزیر کمتر از مقدار حد است و چون بعضی گفته اند کمتر از هشتاد، و بعضی اخبار حاکی کمتر از چهل می‌باشد، وقوف در شبهه بهتر است یعنی کمتر از چهل تازیانه.^۱ (همو، ۳۴۰)

۲- مقدار تعزیر به حسب گناه شخص و قوت بدنی وی متغیر است.

۳- تشخیص مقدار تعزیر با توجه به صلاحدید حاکم است.

۱. گفته شده که، برای تعزیر حد خاصی نیست؛ بلکه مقدار آن به مصلحت و نظر حاکم سپرده شده است.

۲- تکرار مجدد جرم تعزیری

آیا در فقه امامیه تکرار مجدد جرم تعزیری می‌تواند مجازاتی همانند مجازات حدود داشته باشد؟

شاید مهمترین دلیلی که شارع مقدار مجازات را در جرائم حدودی به دقت بیان نموده است، اهمیت آن برای مصلحت جامعه و فرد بوده و به مخاطره افتادن نظام جامعه در صورت مشخص نبودن مجازات می‌باشد و اصرار بر یک جرم تعزیری نیز در ملاک به مخاطره انداختن مصلحت جامعه در جرائم حدودی تا حدودی مشترک می‌شود. بنابراین ممکن است قائل به تشدید مجازات به مقدار حد شد که البته نوع جرم و چگونگی انجام آن و شرایط دیگر را باید لحاظ کرد.

علاوه بر آن می‌توان گفت که انجام مکرر یک جرم تعزیری می‌تواند عقوبت شدیدی را در بر داشته باشد و در عصر ما بعضی از جرائم مثل پخش آثار مستهجن و cd های مبتذل در مرتبه اول نیز با مجازات سنگینی همراه است چون مصلحت جامعه را به خطر انداخته یا آبروی یک خانواده را با پخش فیلم خانوادگی آنها برده است که حرمت مؤمن بالاتر از حرمت کعبه است.

۳- عقوبت اعدام در جرائم تعزیری

عقوبت اعدام در گناهان کبیره ای که در بخش حدود مشخص شده اند، به تفصیل بیان شده (شیخ مفید، ۷۸۷؛ طوسی، *النهایه*، ۷۰۹، ۷۱۳ و ۷۲۲؛ ابن ادریس، ۴۷۰/۳ و ۴۷۸؛ طوسی، *الخلافا*، ۴۲۲/۵ و ۴۷۳ و نیز نک: شمس، ۱۴۹).

قاعده فقهی «كُلُّ مُرْتَكِبٍ لِلْكَبِيرَةِ إِذَا حُدَّ أَوْ عَزَّرَ، قُتِلَ فِي الثَّلَاثَةِ أَوْ الرَّابِعَةِ» (یثربی، ۲۷۲) مؤید آن است که گناه کبیره ای که جزء جرائم تعزیری باشد در مرتبه سوم یا چهارم مجازات اعدام را در بر دارد.^۱

دیشی نیز می‌گوید: «لَا صَغِيرَةَ مَعَ الْأَصْرَارِ، وَلَا كَبِيرَةَ مَعَ الْإِسْتِغْفَارِ» (کلینی، ۲۸۸/۲).

۱. مجازات اعدام پس از اجرای مجازات یک جرم در مراحل قبلی و ارتکاب مجدد همان جرم می‌باشد که در صفحات قبل توضیح دادیم.

از طرفی اگر در انجام یک جرم تعزیری در صغیره بودن و کبیره بودن آن شک شود - که شک بدوی نباشد - اصل را باید بر صغیره بودن گذاشت - به خاطر اصل رحمت و تخفیف در قرآن - و همچنین اگر روایتی در قتل مرتکب کبیره در دفعه سوم نداشته باشیم، احتیاط در خون، اقتضا می‌کند که مجرم در دفعه چهارم کشته شود^۱ در نتیجه اگر انجام یک جرم تعزیری به کرات تکرار شود در دفعه پنجم عقوبت اعدام را در بر دارد مگر اینکه شبهه ای ایجاد شود هر چند که اگر مصلحت مسلمین را به مخاطره اندازد ممکن است در بار اول کیفری چون اعدام داشته باشد.

۴- مستحق تعزیر

چه کسی مستحق تعزیر است؟

در **لمعه** آمده است که هر کسی واجبی را ترک کند یا حرامی را مرتکب شود، پیش از آنکه توبه نماید به مقداری که حاکم تشخیص می‌دهد تعزیر می‌شود (شهید اول، ۲۴۱).

همچنین یک قاعده بیان می‌دارد که: «كُلُّ مَا لَمْ يَرِدْ فِيهِ حَدٌّ مِنْ الشَّرْعِ فِي الْمَعَاصِي، فَفِيهِ التَّعْزِيرُ» (یثربی، ۲۷۲). دو قاعده فقهی «كُلُّ مَا اسْتَلْزَمَ الْحَرَامَ، فَهُوَ حَرَامٌ» (همو، ۲۷۵) و «كُلُّ مَا أُمِرَ بِهِ فَصَلَدُهُ حَرَامٌ» (همو، ۲۷۶). مصادیق فعل حرام و معصیت را به دقت بیشتری مشخص می‌کند (نک: فاضل لنکرانی، ۵۴۳/۲؛ *تعزیرات از دیدگاه فقه و ...*، ۲۸۰ به بعد).

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

نظام‌های حکومتی از دیرباز با بزه‌کاری برخوردهای متفاوتی داشته‌اند، تا حاکمیت و سیطره خود را به جامعه نشان دهند. و این برخوردها ناشی از مبانی جرم-انگاری هر نظام حقوقی است.

۱. شهید ثانی نیز درباره مرتد ملی با توجه با احتیاط در خون قائل به کشته شدن در مرتبه چهارم می‌باشند (نک: شهید ثانی، ۳۴۵/۹).

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، که بر مبنای شریعت و اجرای احکام اسلامی پایه‌گذاری شده است، اصول حقوقی زیادی جاری است که می‌توان به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، تناسب بین جرم و مجازات و عدالت کیفری به عنوان مهم‌ترین اصول اشاره نمود.

در پژوهش حاضر به منظور اجرای اصول مذکور، خصوصاً تأمین عدالت اجتماعی، یکی از جهات عام تشدید مجازات، یعنی تکرار جرم مورد بررسی قرار گرفته است.

در حوزه مربوط به تعیین قلمرو تکرار جرم و تشدید مجازات، بررسی‌ها نشان می‌دهد که حقوقدانان در نوشته‌های خود به سهولت از کنار تعریف دقیق آن عبور کرده‌اند. علاوه بر آن در تطبیق این اندیشه با مبانی خود، یعنی فقه امامیه، بسیار پراکنده‌گویی شده؛ به طوری که در بعضی اوقات، نگارندگان خود مجبور شدند تا قلمرو بحث را با توجه به در نظر گرفتن قواعد و منابع فقهی و نظرات حقوقدانان تعریف و تبیین کنند.

در رابطه با تکرار جرم، در قوانین بعد از انقلاب مشخص نیست که آیا باید به حداکثر مجازات قانونی اکتفا نمود یا پا را فراتر گذاشت و به مجازات بیش از حداکثر قانونی قائل شد.

کسانی که با مجازات بیش از حداکثر قانونی مخالفت می‌کنند، به اصل قانونی بودن جرم و مجازات تمسک بسته‌اند؛ لکن برای حفظ یک اصل به موضوع دیگری که عدالت کیفری است، نباید خدشه وارد شود؛ بلکه باید شیوه‌ای را برگزید که هر دو اصل، محترم شمرده شوند؛ زیرا فردی که برای چندمین بار مرتکب جرم شده و کسی که برای اولین بار مرتکب جرم شده از لحاظ مجازات یکسان نیستند و اگر ما به حداکثر مجازات قانونی اکتفا کنیم، در حقیقت عدالت کیفری را مورد توجه قرار نداده‌ایم.

آنچه در این خصوص پیشنهاد می‌شود تا در مقررات کیفری لحاظ گردد این است که دادگاه در صورت تکرار جرم، به مجازاتی بیش از حداکثر مجازات قانونی حکم صادر کند که از یک سوم حداکثر مجازات تجاوز نکند و این همان شیوه‌ای است که ماده ۲۹۹ ق.م.ا از آن پیروی کرده است.

منابع

قرآن کریم.

- ابن ادریس حلی، *السرائر*، قم: جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ق.
- اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۰.
- اصفهان‌نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳ش.
- بهبهانی، علی، *الفوائد العلیه*، اهواز: مکتب دارالعلم، ۱۴۰۵ق.
- پرویز صانعی، *حقوق جزای عمومی*، تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۸۲.
- جمعی از نویسندگان، *تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا*، معاونت پژوهشی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۸۵.
- الحر العاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۴.
- خاوری، یعقوب و همکاران (زیر نظر آیه‌الله عمید زنجانی)، *واژه نامه تفصیلی فقه جزا*، انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد.
- خویی غروی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم: دارالهادی، ۱۴۰۷ق.
- دانشگاه آزاد اسلامی تبریز، *مجموعه مقالات همایش ملی پژوهش‌های قرآنی حوزه و دانشگاه*، کتاب قرآن و حقوق، مشهد: مؤسسه انتشاراتی بنیاد پژوهش‌های قرآنی حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۵.
- دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه دهخدا*، انتشارات دانشگاه تهران، (دوره جدید)، ۱۳۷۳.

شمس ناتری، محمد ابراهیم، *بررسی تطبیقی مجازات اعدام*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.

سید مرتضی علم الهدی، ابوالقاسم علی بن حسین، *الانتصار*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ق. شیخ مفید، *المقنعة*، قم، ۱۴۱۰ق.

شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی العاملی، *المعة الدمشقیة*، انتشارات قم: دارالفکر، ۱۴۱۱ق. شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم: انتشارات داوری، ۱۴۱۰ق.

شیخ طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ق.

_____، *النهاية فی المجرّد الفقه و الفتاوی*، قم: منشورات قدس، بی تا.

طباطبایی، محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، مؤسسه الاعلمی، ۱۴۱۵ق.

عسگری، غلامحسین، *بررسی و نقد ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب*، مجله فقه اهل بیت، ش ۵، ۱۳۸۴.

علامه حلی، ابومنصور حسن بن یوسف، *ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم: جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ق.

علی آبادی، عبدالحسین، *حقوق جنایی*، تهران: انتشارات فردوسی، ۱۳۶۸.

فاضل لنکرانی، محمد، *جامع المسائل (استفتاءات)*، قم: انتشارات امیر العلم، ۱۳۸۳.

فاضل مقداد سیوری، مقداد بن عبدالله، *نضد القواعد الفقهیة*، قم: مکتب آیت الله مرعشی، ۱۴۰۳ق.

فیض کاشانی، محسن، *مفاتیح الشرایع*، قم: مجمع الذخائر الاسلامیة، ۱۴۰۱ق.

قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸.

قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب اصلاحی ۱۳۸۱.

قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰/۵/۸.

قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲.

- قرائتی، محسن، *تفسیر نور*، مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن، ۱۳۸۳.
- کلینی، محمدبن یعقوب، *الکافی*، تحقیق علی اکبر غفاری، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸ق.
- لطفی، رضا، تشدید و تخفیف در مجازات، *مجموعه حقوقی اداری فنی وزارت عدلیه*، ش ۱۲، ۱۳۱۸.
- مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی (زیر نظر آیه‌الله سید محمود هاشمی شاهرودی)، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)*، ۱۳۸۴.
- نوربهاء، رضا، *زمینه حقوق جزای عمومی*، کانون وکلای دادگستری، تهران، ۱۳۶۹.
- همدانی، محمدباقر، *ترجمه تفسیر المیزان*، انتشارات اسلامی، قم، ۱۳۸۰.
- یثربی، محمدعلی، *درسنامه قواعد فقه استدلالی ۱* (به ضمیمه ۵۰۰ عنوان قاعده فقهی)، سازمان انتشارات جهاددانشگاهی، تهران، ۱۳۸۵.

"repetition of crime," which in turn will have a significant impact on achievement of the punishment purposes and prevent the criminal from repeating crime.

In this discourse, outlining the required conditions for the "repetition of crime" to be actualized and the limits of its intensification would double the importance of this issue; since in case of mistake, if the punishment of the criminal is less or more than his crime, the principle of penal justice will be called into question and the accurate realization of this issue requires a sound investigation.

Keywords: general aspects, intensification of punishment, repetition of crime, prior crime, posterior crime.

stimulations to minimize the mental distress of the members of society as well as the men and women to the lowest degree possible, preventing the instability of the family foundation. It is attempted, in this article, to prove the relation between the observance of dress code by women and the family consolidation.

Keyword: family, mental health, sexual stimulants, covering.

A Deliberation on "Repetition of Crime" in Imāmī Jurisprudence and Iranian Law

Mīrzā Muḥammad Wā'zī, M.A. in Jurisprudence and
Fundamentals of Islamic law

Dr. Sayyid Muḥammad Taqī Qabūlī Durafshān, Assistant
Professor

Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

*T*he reasons for intensification of punishment in Islamic penal system is of great importance, since designating a punishment proportionate to the perpetrated crime will lead to the observance of human and Islamic principles, like the principle of penal justice, and this will provide the society with further mental health.

One of the general reasons for intensification of punishment is the

jurisprudential viewpoints and fundamentals and to prove the validity of this type of transactions.

Keywords: price as being known, price as being regulated, contract of sale as decreed by an expert, market price, *ghurar* (risk).

Examining the Relation between Ladies' Covering and Family Consolidation in Religious Doctrines

Sa'īd Nazārī Tawakkulī, Assistant Professor

Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

*M*en and women keeping company and formation of a family take place with different motives, one of which is fulfillment of sexual needs; however, using the term *sukūn* (tranquility), the Holy Qur'ān while promoting the family status has considered a higher purpose for it. Although tranquility along with "friendship" and "compassion" brings about mental health for the family, the unbreakable bond between family and society prompts a direct relationship between the health level of one with the other. Thus, having regulated the men-women relationship outside the family ambience and necessitating decent covering for the women, the Qur'ān has tried through reducing the incidence of sexual

the nature of intellect, the differences between attitude and intellect in terms of origin and source are studied. The second basis is dedicated to the criteria of the attitude of the intellectuals in terms of creating science or providing assurance, and the distinction between attitude and intellect is taken into consideration from this aspect.

Keywords: attitude of the intellectuals, intellectuals' stipulation, Nation's Expediency, conventional science.

Examining Legal Fundamentals of Leaving the Price to an Expert's View (Contract of Sale under an Expert's View)

Muhammad Mahdi Miqdādi, Faculty-Research Member

Mufid University

*I*n many contracts, especially in contract of sale, determining the price of goods or services may be handed over to an expert or determined according to the market price, but most of our jurists have declared this type of transactions as invalid on the basis of numerous proofs; in contrast, some jurists have also observed it as to be true. This paper tries to delve into and review the presented

comprehensive research has so far been done in this respect. Besides, deliberation in this field brings about the conclusion that utilization of verses of principles has not enjoyed an increasing trend in the course of Islamic history. While presenting a brief history of the *uṣūlī* scholars' utilization of the Qur'ān in their adducing and arguments, this article would display as an example the efficiency of the Qur'ānic guidance concerning the principality of exemption (*iṣālat al-birā'a*).

Keywords: the Holy Qur'ān, *'ilm al-uṣūl*, inference, *iṣālat al-birā'a*.

An Introduction to the Quiddity of the Attitude of the Intellectuals and its Relation to Intellectual Judgment

Dr. Muḥammad Taqī Fakhla'i, Associate Professor

Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

*T*he present article is a new attempt in elucidating the quiddity of the attitude (*sīra*) of the intellectuals and its relation to the rational judgment, which is discussed on two main bases. The first basis is dedicated to elucidating the sources of attitude and the theologians' viewpoints in this respect are examined. Also, while presenting the viewpoints of the philosophers and theologians on

because of the non-materialization of one of the conditions for theft – i.e. physical appropriation – as well as presenting a new method in discretionary punishment of a plagiarist user.

Keywords: Internet plagiarism, physical theft, *ḥadd*, *ta'zīr*.

An Introduction to Reliance on the Holy Qur'ān in Methodology of Islamic Principles

Riḍā Ḥaqpanāh, Ph.D. Student of Qur'an and Hadīth Sciences
Razavi University of Islamic Sciences

Ḥujjat al-Islam Ḥasan Naqīzāda, Assistant Professor
Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad

*M*ethodology of Islamic principles (*'ilm al-uṣūl*) is a dignified science serving to understand religious texts; on the other hand, however, this science is indebted to Holy Qur'ān for its credibility and authority. The Qur'ānic verses play a special role in validating and authorizing this science. This role is to be viewed in terms of foundation-laying, as *āyāt al-uṣūl* (verses of principles) are considered as manifestation of this foundation-laying.

The studies indicate that despite the importance of identifying, gathering, and analyzing this category of verses, no inclusive and

Internet Plagiarism: Liable to *Hadd* or *Ta'zīr*?

Dr. 'Alī Akbar Īzādīfard, Associate Professor

Faculty of Law and Political Science, Mazandaran University

'Alī Pīrdihī Hājikulā, M.A. in Jurisprudence and Islamic Law

One of the newly emerged issues in global communications and cyberspace is Internet plagiarism, which due to the lack of a codified law is unfortunately increasing in the number of its perpetrators. On the other hand, we know that the nature of Internet plagiarism, which is committed within the cyberspace, is different from that which takes place in real world. Thus, the question comes up as to whether the Internet plagiarism is the same as the theft commonly known in jurisprudence. How are the conditions materialized? Is in Internet plagiarism, as in physical (property) theft, the proprietor deprived of their property? Are data and information considered to be property? Is cracking a code (a password) an evidence of violation of privacy? What is the penal punishment for Internet plagiarism? Is it *hadd* (prescribed punishment) or *ta'zīr* (discretionary punishment)?

In this article, we aim at answering the above questions while elucidating the nature of Internet plagiarism, and eventually, considering Internet plagiarism to be liable to *ta'zīr* merely

ABSTRACTS

A Critical Review of "An Exploration into the Evidences on Devotionality of *Zakāt* and *Khums*"

Jawād Īravānī, Faculty Member
Razavi University of Islamic Sciences

*H*aving regarded as discredited the jurists' arguments, one of the researchers has disproved the devotionality of *zakāt* (legal alms) and *khums* (one fifth levy) so as to thereby remove one of the most critical barriers for implementation of these two practices. Although some evidences of the jurists in proving devotionality of *zakāt* and *khums* seem to be not creditable, there are other evidences – particularly from among the verses and traditions – that prove their devotionality. In this article, after making two introductory remarks, the writer presents and analyzes the evidences approving this claim, answers the questions in this respect, and then brings up other criticisms on the above-mentioned research.

Keywords: *zakāt*, *khums*, devotional acts, Islamic economy.

Table of Contents

A Critical Review of "An Exploration into the Evidences on Devotionality of <i>Zakāt</i> and <i>Khums</i>	9
Jawād Īravānī	
Internet Plagiarism: Liable to <i>Hadd</i> or <i>Ta'zīr</i>?	45
Dr. 'Alī Akbar Īzadīfard-'Alī Pīrdihī Ḥājikulā	
An Introduction to Reliance on the Holy Qur'ān in Methodogy of Islamic Principles	69
Riḍā Ḥaqpanāh-Ḥujjat al-Islam Ḥasan Naqīzāda	
An Introduction to the Quiddity of the Attitude of the Intellectuals and its Relation to Intellectual Judgment	97
Dr. Muḥammad Taqī Fakhla'ī	
Examining Legal Fundamentals of Leaving the Price to an Expert's View (Contract of Sale under an Expert's View)	127
Muḥammad Mahdī Miqdādī	
Examining the Relation between Ladies' Covering and Family Consolidation in Religious Doctrines	153
Sa'īd Nazarī Tawakkulī	
A Deliberation on "Repetition of Crime" in Imāmī Jurisprudence and Iranian Law	185
Mīrzā Muḥammad Wā'zī-Dr. Sayyid Muḥammad Taqī Qabūlī Durafshā	
Abstracts of the Papers in English Language	217

In the Name of Allah



Islamic Studies

A Quarterly Reesearch Journal of
The Faculty of Theology and Islamic Studies

Issue 8:1, Autumn & Winter 2009-2010

ISSN 1010-4992

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Editor Managing: Prof. S.K.Tabatabaee

Editor in Chief: Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr. A. A. Īzādifard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. Ā. Baqirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence,
Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Mihrpūr

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Translation of Abstracts

A. Rezwani

Printing & Binding: Ferdowsi University
Press

Circulation: 500

Price: Rs 8000

Address:

Faculty of Theology
University Campus
Azadi Sq.
Mashhad – Iran

Post Code: 9177948955

Tel: (+98511) 8834909

Fax: (+98511) 8834909



Ferdowsi University of Mashhad

ISSN 1010-4992

ISLAMIC STUDIES

Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies
Issue 84.1, Spring & Summer 2010