

فقه و اصول



خبر و نگران تخصصی به فقه و جگونی تقسیم رشته‌های فقهی / دکتر سید حسن وحیدی شیرازی - محمد اشرف سارم

آشنایی به حکمی / دکتر روح‌الله اخوندی

تغییر فتوا و زمینه‌های آن در فقه اهل سنت / عبدالسلام امامی - دکتر حسین ناصری مقدم

درون‌مایه سازمان فکری استرآبادی و بازتاب‌های آن در منابع تراجیم / دکتر حمید رضا شریعت‌مداری - سید مهدی طباطبایی

پژوهشی فقهی در مالیت و مالکیت خبر در رساله‌های جمعی و حقوق ناشی از آن /

دکتر محمدتقی فاضلی - احسان علی اکبری یاروگانی

بازخوانی ماهیت و مسابقت مجاریه در جرایم علیه نظم عمومی /

سیده قدسیه موسوی مشهدی - دکتر سید محمد تقی قبولی درافشان - دکتر محمد حسن خائری

تعامل ارزش و واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی / مرشیده نیکویی

بررسی فقهی حقوقی حکم جنایات متعدد ناشی از یک ضربه / یوسف نورانی - محمد هادی صلاقی



مطالعات اسلامی

فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۹۶ - بهار ۱۳۹۳ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

سرمدیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده ها به انگلیسی: احمد رضوانی

پروانه انتشار: ۱۳۷۹۵/۱۲۴

هیأت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

استاد 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

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل فتواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس قم دانشگاه تهران

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 رئیس مرکز برنامه ریزی و سیاست گذاری پژوهشی وزارت علوم تحقیقات و فناوری در بهمن ماه ۱۳۹۰، واجد اعتبار علمی پژوهشی شناخته شد.

یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی ارسال شود.

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 نمی شود.

چاپ و صحافی: مؤسسه چاپ و انتشار دانشگاه

فردوسی مشهد

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

بهای این شماره: ۱۰۰۰۰ 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 می شود.

الله أكبر
٢

مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

- ۱- دریافت مقاله (فقط به روش الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی).
- 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 منظور اصلاح به نویسنده برگشت داده می‌شود و در صورتی که مقاله فاقد معیار پژوهشی باشد، مردود 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.

راهنمای تدوین مقالات

حوزه فعالیت فصلنامه فقه و اصول عبارت است از فقه، اصول فقه، فلسفه فقه و موضوعات میان رشته‌ای، چون فقه و حقوق. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیش گفته باشد. هیأت تحریریه همواره از دریافت نتایج تحقیقات استادان، پژوهندگان و صاحب نظران استقبال می‌کند. پژوهشگرانی که مایلند مقاله‌هایشان در نشریه فقه و اصول انتشار یابد، شایسته است به نکات زیر توجه کنند:

۱- هیأت تحریریه فقط مقاله‌هایی را بررسی خواهد کرد که قبلاً در جای دیگر چاپ نشده و هم زمان 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 موارد کاملاً استثنایی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳- حجم مقاله نباید از ۲۵ صفحه مجله (۸۰۰۰ کلمه در نرم افزار word) بیشتر باشد.

- ۴- چکیده مقاله (شامل اهداف، روش‌ها و نتایج) به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر ضمیمه باشد و کلید واژه‌های مقاله (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
- ۵- رعایت «دستور خط فارسی» مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی (قابل دسترس در سایت فرهنگستان) 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.
- 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؛ مثال: (شهید ثانی، ۱۱/۲-۱۲؛ مفید، ۸۷)
- ۹-۲- در مورد منابع لاتین اطلاعات داخل پرانتز به زبان اصلی نوشته شود؛ مثال: (Gadamer, 85)
- ۹-۳- در صورتی که از یک نویسنده چند اثر مورد استناد قرار گیرد، لازم است با درج نام اثر پس از نام مؤلف در هر مورد رفع ابهام شود.
- ۹-۴- یادداشت‌های توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، از همان شیوه ارجاع درون متنی تبعیت می‌شود.
- ۱۰- ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام شهر نویسندگان (منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) 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- تاریخ‌های ذکر شده در مقاله اگر مربوط به هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه‌ای ذکر شوند. در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری از علامت اختصاری ق. و برای میلادی از نشانه م. استفاده شود.
- ۱۲- برای ارجاع به آیات قرآنی اسم سوره و شماره آیه در داخل پرانتز نوشته شود؛ مثال: (کوثر: ۲).
- ۱۴- پرانتز (،) و آکولاد [] نسبت به بعد آن با فاصله و نسبت به قبل و نیز محتوای داخل آن بدون فاصله تایپ شود. در مورد گیومه «» نیز همین قاعده رعایت می‌شود مگر آن که نسبت به ماقبل نیز با فاصله نوشته می‌شود.
- ۱۵- علائمی نظیر ویرگول (،)، نقطه (.)، نقطه ویرگول (؛)، و دو نقطه (:)، نسبت به ماقبل خود بدون فاصله تایپ شوند؛ حتی اگر ماقبل آن‌ها نشانه‌هایی نظیر پرانتز و گیومه باشد.
- ۱۶- پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی» و نیز مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند» باید به صورت جدا و با «نیم فاصله» نوشته شوند؛ نظیر: می‌روم؛ خسته‌ام.
- ۱۷- در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی گذاردن تنوین (ـ و ـ و ـ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضاف الیه، بعبارۀ آخری)، مد روی الف (نظیر آرد، مآخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیۀ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین / معین؛ علی / علی؛ بنا / بنا؛ عرضه / عرضه؛ حرف / حرف.
- ۱۸- ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد اقدام شود.
- ۱۹- پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن منوط به تأیید داوران و هیأت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.

مشاوران علمی این شماره

۱. حجة الاسلام مجتبی الهی خراسانی (حوزه علمیه مشهد)
۲. دکتر جواد ایروانی (عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۳. دکتر جلیل امیدی (دانشیار دانشگاه تهران)
۴. دکتر محمدحسن حایری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۵. حجة الاسلام امیر رحمانی (مدرس و محقق حوزه علمیه قم)
۶. دکتر عباس زراعت (دانشیار دانشگاه کاشان)
۷. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۸. دکتر حسین صابری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر سیدکاظم طباطبایی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. دکتر جلیل فنواتی (دانشیار پردیس قم دانشگاه تهران)
۱۳. دکتر محمدرضا کاظمی گلوردی (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد)
۱۴. سید علی جبار گلباغی ماسوله (عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۱۵. دکتر محمد محسنی دهکلانی (استادیار دانشگاه مازندران)
۱۶. دکتر سیدمصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۷. دکتر احمد میرخلیلی (استادیار میبد یزد)
۱۸. دکتر محمود میرخلیلی (استادیار دانشگاه تهران، پردیس قم)
۱۹. دکتر حسین ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	ضرورت نگاه تخصصی به فقه و چگونگی تقسیم رشته‌های فقهی دکتر سید حسن وحدتی شبیری / محمد اشرف صارم
۲۷	اشتباه حکمی دکتر روح الله آخوندی
۵۳	تغییر فتوا و زمینه‌های آن در فقه اهل سنت عبدالسلام امامی / دکتر حسین ناصری مقدم
۸۱	درون‌مایه سازمان فکری استرآبادی و بازتاب‌های آن در منابع تراجم دکتر حمید رضا شریعتمداری / سید مهدی طباطبایی
۱۰۵	پژوهشی فقهی در مالیت و مالکیت پدیده خبر در رسانه‌های جمعی و حقوق ناشی از آن دکتر محمدتقی فخلعی / احسان علی اکبری بابوکانی
۱۳۳	بازخوانی ماهیت و مصادیق محاربه در جرایم علیه نظم عمومی سیده قدسیه موسوی مشهدی / دکتر سید محمد تقی قبولی درافشان / دکتر محمد حسن حائری
۱۵۹	تعامل ارزش و واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی مرضیه نیکویی
۱۸۵	بررسی فقهی حقوقی حکم جنایات متعدّد ناشی از یک ضربه یوسف نورائی / محمد هادی صادقی
	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۶.
بهار ۱۳۹۳، ص ۲۶-۹

ضرورت نگاه تخصصی به فقه و چگونگی تقسیم رشته‌های فقهی*

دکتر سید حسن وحدتی شبیری

استاد دانشگاه قم

Email: vahdati11@gmail.com

محمد اشرف صارم

دانشجوی کارشناسی ارشد جامعه المصطفی قم

Email: sarem1352@yahoo.com

مقدمه

فکر انسان و مغز بشر با همه توانایی‌ها و توانمندی‌هایی که دارد باز محدود است و علوم، به تعبیر برخی از دانشمندان به سان نردبانی با بی‌نهایت پله است که انسان‌ها هنوز در پله‌های نخستین آن فرو مانده‌اند.

زمانی بود که يك دانشمند می‌توانست با ذهن جوّال و پشتکار دو چندان خود بر چند رشته از دانش‌های زمان خویش تسلط یابد و در باره موضوعات گوناگون در همه آن‌ها اظهار نظر نماید. بوعلی سینا، خواجه نصیرالدین طوسی، شیخ بهائی و هزاران دانشمند از این جمله‌اند. ولی هم‌اکنون تفاوت دانش‌ها و شاخه‌های آن‌ها به لحاظ موضوع و روش تحقیق، آدمی را به این نتیجه قطعی رسانده که تولید علم جز به مدد نگاه تخصصی به دانش امکان‌پذیر نیست. عمر مفید يك دانشمند، محدود است و اگر تعمیق مباحث علمی ضرورت دارد، باید متخصص در آن علم فرصت داشته باشد در یافته‌های پیشین باز نگری کند، تجربه‌ای جدید از خود بر جای گذارد و از این طریق، آن شعبه از دانش را به‌روز رساند. شرایط کنونی به جایی رسیده که مثلاً پزشک متخصص در قرنیه چشم هرگز به خود اجازه نمی‌دهد که درباره يك مسأله جزئی از شبکیه چشم اظهار نظر نماید. و این روند همچنان ادامه می‌یابد هرچند مطالعات بین رشته‌ای تا حدودی از این افراط کاسته و از ترکیب چند رشته به ظاهر جدا از هم رشته‌ای

*. این مقاله صرف یک یادداشت علمی است.

جدید پدید می‌آید و البته این نیز خود به نوعی حاصل نگاه تخصصی به رشته‌های دانش و ایجاد شعبه‌های جدید است.

این نکته نیز حائز اهمیت است که تقسیم دانش‌ها به رشته‌ها و بخش‌های گوناگون هر یک بر محوری استوار است گاهی ملاک منطقی و زمانی ضرورت‌های عملی مبنای تقسیم قرار می‌گیرد ولی به هر حال آنچه مسلم است آن است که نگاه تخصصی و تقسیم دانش به رشته‌ها، گسترش دامنه علم را در پی داشته است. بدین ترتیب، مباحث پیش‌رو در دو بخش تقسیم می‌گردد:

ابتدا ضرورت نگاه تخصصی به فقه و سپس چگونگی تقسیم رشته‌های تخصصی فقه مورد کنکاش قرار می‌دهیم و در پایان نگاهی به رشته فقه خانواده به عنوان نمونه خواهیم داشت.

بخش نخست: ضرورت نگاه تخصصی به فقه

دانش فقه نیز همچون سایر علوم نیازمند نگاه تخصصی است تا زمینه برای تکامل آن فراهم آید. بزرگان فقه و زعمای حوزه همواره بر این حقیقت، تأکید ورزیده‌اند. مرحوم اراکی از مؤسس مرحوم حاج شیخ عبدالکریم حائری چنین نقل می‌کند: «...هربابی از این ابواب یک متخصص نیاز دارد، چون ابواب فقه خیلی متشتت و ادله عقلیه و نقلیه و اجماعاتش تتبع زیاد می‌خواهد و افراد سریع الذهن لازم دارد و این عمر انسانی کفایت نمی‌دهد.» (مجله حوزه، شماره ۱۲، ص ۴۱-۴۰، مصاحبه با آیه الله اراکی)

سید عبدالهادی شیرازی، سید احمد زنجانی، مرتضی مطهری، سید علی خامنه‌ای، محمدتقی جعفری از جمله فقهای هستند که در سخنان و مکتوبات خویش ضرورت نگاه تخصصی به فقه را مورد تصریح و تأکید قرار داده‌اند. (مجله حوزه، شماره ۱۹، ص ۳۸-۳۷؛ زنجانی، الکلام یجر الکلام، ۱/۱۲۴؛ مرتضی مطهری، بحثی درباره مرجعیت و روحانیت، ۶۳-۶۰، مجله آینه پژوهش، شماره ۱۰، ص ۶۵)

مرتضی مطهری در این زمینه چنین می‌گوید: «در این وضع حاضر و بعد از این پیشرفت و تکامل که در فقه ما، مانند سایر علوم دنیا پیدا شده و این پیشرفت معلول مساعی علما و فقهای گذشته بوده، یا باید علما و فقهای این زمان جلو رشد و تکامل فقه را بگیرند و مانع ترقی آن گردند و یا باید آن پیشنهاد متین و موقفی را (اشاره به پیشنهاد تخصصی شدن فقه) عمل کنند. رشته‌های تخصصی به وجود آورند و مردم هم در تقلید تبعیض کنند، همان‌طور که در رجوع

به طیب تبعیض می‌کنند.» (مطهری، همان)

برخی از دلایل ضرورت نگاه تخصصی به فقه را می‌توان چنین فهرست کرد: لزوم تحوّل و تکامل فقه و گستردگی دامنه آن، ضرورت نگاه فقیه به حوزه اجرایی فتوا به‌ویژه در مسائل اجتماعی، ضرورت شناخت کامل از موضوعات نوپیدا، ضرورت تسریع در حلّ معضلات فقهی نظام اسلامی، ضرورت نگارش متون درسی با استانداردهای جدید و سهولت دسترسی به این اهداف با فرض نگاه تخصصی به فقه و هم‌چنین مراعات نظریه وجوب تقلید اعلم که در مباحث آینده به آن‌ها خواهیم پرداخت.

۱- تقدس دانش فقه و عدم تقدس در قالب‌ها و شیوه‌ها

دانش فقه هرچند به لحاظ موضوع، ارزش والائی دارد و چون به دنبال شناخت حکم پروردگار درباره موضوعات است اهمیتی دوچندان می‌یابد ولی از جهت قالب‌ها و ساختار خویش و طبقه‌بندی مباحث هیچ تبدیلی در بین نیست و هرگز نباید گرداگرد متون فقهی پیشین، هاله‌ای از تقدس کشیده و تصوّر کرد که مثلاً اگر بخواهیم به جای يك متن جا افتاده سنتی که نگارش آن به يك یا چند قرن پیش توسط يك فقیه هرچند عالی مقدار باز می‌گردد، متن تازه‌ای را قرار دهیم، به مقدسات خود بی‌اعتنا شده‌ایم.

به تعبیر دیگر، در ارزیابی میراث فقهی برجای مانده از سلف صالح افراط به همان اندازه زیان‌بار است که تفریط زیان می‌رساند. اگر نادیده‌گرفتن تعمق و ژرف‌نگری فقیهان گذشته و درهم شکستن نظام مستحکم استنباط، فقیه را به بیراهه می‌کشاند، کشیدن هاله‌ای از تقدس بر روی قالب‌ها و ساختارها و تأکید بر اجتهاد فعلی در همه ابواب فقه برای يك فقیه و طرد هرگونه بازنگری و ویرایش در شیوه‌های گذشته نیز فقه را از پویائی و تکامل لایق خویش باز می‌دارد و دانش فقه و اصول را که به حق مدعی اداره انسان از گهواره تا گور است، نا هماهنگ با شرایط تازه جلوه می‌دهد.

۲- حرکت فقه بسوی تکامل

تحوّل و تکامل در علم فقه تازگی ندارد. دانش فقه از آغاز پیدایی همواره دگرگونی پذیرفته و به سوی کمال گام برداشته هرچند در پیمودن این مسیر فرازو نشیب نیز داشته است. در برهه‌ای، تفکر اخباری‌گری، فقه و اصول را از ترقی و کمال باز داشته و در برهه‌ای دیگر، فقیهانی چون وحید بهبهانی (م ۱۲۰۵ق) و شیخ اعظم انصاری (م ۱۲۸۱ق) با دفاع از حریم فقه و اصول، این دانش ارزشمند را به سمت کمال سوق داده‌اند. بی‌شک این تطوّر و تکامل، وامدار

شجاعت و جرأت فقیهان در ورود به مسائل نو پیدا و مورد ابتلای مردم از یکسو و قدرت نقد و آزاد اندیشی آنان از سوی دیگر است.

۳- حلّ معضلات فقهی نظام اسلامی

پس از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران و پذیرش اصل اسلامی بودن قوانین در اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی، ضرورت تحوّل و تکامل فقه دو چندان گردید. چرا که برای نخستین بار پس از صدر اسلام، تمامی فقه به مرحله اجرا در می آمد و مورد سنجش و ارزیابی قرار می گرفت. اکنون پس از گذشت چند دهه از پیروزی انقلاب، جای این پرسش است که آیا فقه به سمت تحوّل یاد شده گام بر داشته است.

البته التزام به شیوه سلف صالح همواره مورد تأکید بزرگان حوزه بوده و کسانی هم چون مرحوم امام بر فقه جواهری پافشاری نموده اند (خمینی، صحیفه نور، ۲۸۹/۲۱).

ولی این التزام نمی تواند مانعی در مسیر تحوّل و تکامل فقه به حساب آید. شیوه فقه سنتی چیزی جز انضباط در فرآیند استنباط و به دست آوردن احکام شرعی از طریق ادلّه اربعه به صورت نظم یافته نمی باشد. بلکه برعکس، متد فقه جواهری دستمایه ای گران بها برای پیمودن مسیر کمال می باشد که تخطی از آن، فقیه را به بیراهه می کشاند.

۴- مسأله وجوب تقلید اعلم

براساس شیوه رایج در میان عقلا، در هر زمینه که شخص تخصّص ندارد می بایست از میان صاحبان آن حرفه خاص، به دانایتر رجوع کند. مردم در زندگی روز مره خویش هرکجا نیاز به متخصص در یک رشته دارند جستجو نموده و فردی را که دارای مهارت بیشتر است بر می گزینند. مسأله تقلید از فقیهان واجد شرایط افتاء نیز خارج از شیوه مرسوم نمی باشد.

اکنون سخن آن است که فقیه چنانچه پس از یافتن ملکه اجتهاد، بیشتر توانایی و مهارت خود را در بخش خاص از فقه مصروف بدارد، بی شک دانایتر از مجتهدی است که تمامی ابواب فقه را در عرض واحد مورد مطالعه و تحقیق قرار می دهد. مثلاً اگر فرض کنیم سه مجتهد، هریک تنها در یکی از ابواب عبادات، معاملات و سیاسات، اجتهاد عمیق صورت داده اند و فقیه چهارم در همه این ابواب اجتهاد کرده و فتوا داده است آیا نظریه وجوب تقلید اعلم اقتضاء نمی کند که فرد عامی در زندگی فردی و اجتماعی خویش براساس تبعیض در تقلید عمل نموده و در مسائل عبادی به مجتهد نخست، در معاملات به فقیه دوم و در سیاسات

به فقیه سوم رجوع کند.^۱

۵- جایگاه واقعی مسائل مستحدثه در تبویب فقه

تقریباً از نیم قرن پیش به این طرف، فقیهان امامیه در رساله‌های عملیه خویش به فارسی و عربی بخشی را به «مسائل مستحدثه» اختصاص داده و در آن از مسائلی چون فروع بانکی، مسائل پزشکی، بیمه و جز این‌ها سخن به میان آورده‌اند (خمینی، تحریرالوسیله، ۵۷۸/۲؛ خوئی، منهاج الصالحین، ۴۰۶/۱؛ سیستانی، منهاج الصالحین، ۴۲۷/۱). بی آن‌که در هر قسمت، موضوع‌شناسی قوی صورت گیرد و مباحث فقهی به صورت مستوفی مطرح گردد. از طرف دیگر، مبحث ولایت فقیه که تا قبل از پیروزی انقلاب اسلامی به صورت فرعی در ابواب گوناگون مطرح بود^۲، پس از انقلاب با انبوهی از پرسش‌های مرتبط، موضوع بحث‌های داغ حوزوی قرار گرفت. دامنه ولایت فقیه، مفهوم ولایت مطلقه، گستره مکانی ولایت، مشروعیت مناصب دولتی و نیاز آن به نصب فقیه و ده‌ها مسأله دیگر می‌توانست مبحث «ولایات» را به بابتی گسترده از ابواب فقهی مبدل سازد.

چنان‌چه نگاه تخصصی به فقه صورت پذیرد و هر گروه از فقیهان متصدی غنی‌سازی مباحث در بخشی از موضوعات فقهی گردند و عمر مفید خویش را مصروف استقصای فروع مربوط به يك باب از ابواب فقه سازند آنگاه بخش مربوط به مسائل مستحدثه به صورت کنونی از میان می‌رود و هر فرع از فروع پراکنده جایگاه درست خویش را باز می‌یابد و ای بسا ابواب تازه بر باب‌های موجود نیز افزوده گردد و فروع مورد ابتلای جامعه موشکافانه‌تر مورد کندوکاو فقهی قرار گیرد.

نگاهی به انبوه استفتائات از مراجع به‌ویژه در ابواب اجتماعی فقه نظیر قضاء، حدود، قصاص و دیات گواه بر این واقعیت است که اکتفا به متون فقهی پیشین با همه اهمیت و ارزشی که دارد پاسخ‌گوی دنیای معاصر نمی‌باشد.

۶- تدوین متون درسی

نگاه تخصصی به فقه می‌تواند تدوین متون درسی متناسب با معیارهای پیشرفته را تسهیل

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ر.ک: مصطفی جعفرپیشه، ساختار نظام کنونی افتا و کارآمدی نظام جمهوری اسلامی، فصلنامه حکومت اسلامی، سال پنجم، شماره دوم، سال ۱۳۷۹؛ رضا مختاری، طرحی در باب مرجعیت تقلید، مجله حوزه، شماره ۱، ص ۱۳۲ تا ۱۳۷.

۲. شیخ انصاری در مبحث شروط متعاقدين از مکاسب، صاحب جواهر در کتاب امر به معروف و نهی از منکر، محقق نراقی در مباحث مربوط به قواعد فقه و برخی دیگر در کتاب جهاد، بحث از حکومت اسلامی و ولایت فقیه را مطرح ساخته‌اند. ر.ک: المکاسب، دوره ۶ جلدی کنکره شیخ اعظم، ۵۴۵/۳؛ جواهرالکلام، ۳۹۷/۲۱؛ عوائد الایام، ۵۲۹.

نماید. امروزه ثابت شده که متن درسی باید معیارهای ویژه داشته باشد و هر کتاب تألیفی را نمی‌توان متن آموزشی قرار داد. عبارات متن آموزشی می‌بایست آنقدر روان باشد که خواننده را به شرط آشنایی با زبان و اصطلاحات خاص، به راحتی هرچه بیشتر به معنا و مراد نویسنده منتقل سازد و نه آنکه وقت او را به حل عبارات معماً گونه مصروف دارد.

از طرف دیگر دسته‌بندی آراء و پرهیز از دراز گویی، ویژگی دیگر متن درسی و آموزشی است. ولی آیا همه متن‌های فقهی که برای آموزش در حوزه‌ها در نظر گرفته می‌شود چنین ویژگی‌هایی را دارند؟ و آیا نمی‌توان متن‌های آموزشی تدوین کرد که ضمن دارا بودن عمق فقهی، حاوی فروع قدیم و جدید مورد نیاز مردم و برخوردار از امتیازات متن آموزشی بوده باشد؟

بی‌شک کسی می‌تواند در این راه قلم بزند که علاوه بر آشنایی به فن نگارش، اشراف کامل به فروع و مباحث فقهی ذی‌ربط داشته باشد و این مهم امکان‌پذیر نیست مگر آن‌که نگاه تخصصی به فقه داشته باشیم و هر فقهی متصدی تعمق در یک بخش از فقه گردد.

البته متذکر می‌شویم که نگاه تخصصی به فقه بدان معنی نیست که ملکه اجتهاد و ضرورت رسیدن فقیه به اجتهاد مطلق را انکار کنیم. بی‌تردید لازم است پژوهش‌گر در فقه، شیوه اجتهاد را با فراگیری اصول استنباط و تمرین به‌کارگیری آن‌ها در ابواب مختلف بیاموزد. ولی سخن آن است که پس از کسب مهارت استنباط، هر فقیه نیروی علمی خویش را تنها در بخشی از فقه مصروف بدارد، قواعد و ضوابط فقهی را که در آن بخش پر کار برد است مورد بررسی همه‌جانبه قرار دهد، حوزه اجرایی هر یک از فتاوای خویش را در آن حوزه به صورت عملی و عینی ببیند و امکان اجرای آن‌ها را مورد ارزیابی قرار دهد و اگر فروع تازه در آن باب پدید آمد با احاطه علمی به ضوابط خاص آن باب، بتواند حکم مسأله را هرچه سریع‌تر در اختیار مردم و دستگاه‌های مربوط قرار دهد.

به عنوان نمونه در سالیان اخیر، مسأله گسترش مشاعر مقدسه در حج، فکر عموم مسلمانان را به خود معطوف داشت. ضرورت توسعه مسعی و مطاف با توجه به تعداد روی به افزایش حاجیان در هر سال، حقیقتی انکار ناپذیر می‌نمود و بالاخره هم مسعی را گسترش دادند و هم مطاف را به سازه‌های جدید کشاندند.

اکنون سؤال آن است که در کجای فقه، قواعد و ضوابط کلی مربوط به گسترش مشاعر مقدسه تبیین گردیده تا فقیه با مراجعه به آن‌ها بتواند حکم مسأله را به درستی دریابد؟ اختلاف

فقیهان معاصر در حکم شرعی مربوط به مسأله به هنگام توسعه مسعی و مطاف، ضرورت نگاه تخصصی به فقه را دو چندان و بدیهی جلوه می‌دهد. به واقع اگر عده‌ای از فقیهان ما پس از دریافت درجه اجتهاد، وقت و استعداد خود را به باب حج مصروف می‌داشتند می‌توانستند با بررسی تاریخی و جغرافیائی و حتی زمین‌شناسی، حدّ دو کوه صفا و مروه و ادله‌ای که سعی بین دو کوه را الزامی ساخته به همراه قواعد کلی مربوط به حجّ که سهولت در انجام اعمال از جمله آن‌ها است^۱ حکم مسأله را هرچه سریعتر دریابند و در اختیار مؤمنان گذارند.

ممکن است گفته شود استخراج حکم شرعی در مسائل نوپیدا نیازی به تخصصی کردن فقه ندارد. چرا که تطبیق احکام بر موضوعات وظیفه عامی است (العروه الوثقی، کتاب اجتهاد و تقلید، مسأله ۶۷ و ۷۰؛ خوئی، منهاج الصالحین، ۵/۱، مسأله ۱) و فقیه تنها حکم شرعی را بر فرض تحقق موضوع عرضه می‌دارد و این مکلف است که باید تحقیق کند و مصداق حکم را دریابد. مثلاً فقیه به‌طور کلی می‌گوید: «اگر سعی بین الجبلین صدق می‌کند مجزی است و الا باید احراز کند که سعی بین دو کوه واقع شده است.» و یا بگوید: «الکل اگر مایع مسکر بالاصاله بر آن صدق می‌کند نجس و الا پاک است» و یا فتوا دهد: «اگر طواف بر سازه‌های جدید مصداق طواف بالبیت است کافی برای انجام وظیفه شرعی می‌باشد» و این، شخص مکلف است که باید با تحقیق و مراجعه به اهل خبره احراز کند که مقدار توسعه یافته بین الجبلین است و یا الکل مصداق مسکر مایع بالاصاله است و همین‌طور سایر احکام.

پاسخ آن است که موضوعات احکام به يك منوال نیستند: برخی به گونه‌ای است که عامی می‌تواند مصداق آن را در بیرون به‌راحتی دریابد. این که این ماده مصداق خون است، فلان مایع مصداق آب مطلق است و مانند این‌ها برای عموم مردم قابل تشخیص است ولی برخی دیگر از موضوعات نیاز به اعمال دقت دارد و مستلزم کار کارشناسی است که صدق عنوان را بر مصداق خارجی تشخیص دهد. بی‌شک اگر فقیه با رجوع به کارشناسان و با اشرافی که بر قلمرو موضوع در ادله فقهی دارد، متصدی بیان تحقق موضوع در خارج گردد، از اختلاف رویه مؤمنان جلوگیری می‌کند و با اطمینانی که مقلدان به وی دارند، عوام را از سرگردانی نجات می‌بخشد.

۱. روایاتی که شریعت اسلامی را سهله و سمحه معرفی می‌کند (کلینی، فروع کافی، ۴۹۴/۵) و روایاتی که دامنه عرفات و منی را گسترده اعلام می‌دارد (وسائل الشیعه، ج ۵، ابواب احراج حج، باب ۱۱، ح ۴۳؛ ابواب الوقوف بالمشعر، باب ۹، ح ۲) و همچنین دستور قرآن شریف به افاضه از عرفات به شیوه مرسوم بین مردم (كُمُ أَفِضُوا مِنْ حَيْثُ أَفَاضَ النَّاسُ، بقره: ۱۹۹) نشان می‌دهد رویکرد دین مبین اسلام به تسهیل در انجام فریضة حج است.

نگاهی به شیوه معمول از سوی عده‌ای از مراجع، جای تردید در ضرورت این امر باقی نمی‌گذارد. کم نیستند موضوعاتی که فقیهان هرچند از باب تفضل، تحقق آن‌ها را در مصادیق خارجی مورد ارزیابی قرار داده‌اند. به عنوان نمونه، همه‌ساله بحث مراجع در ایام حج نسبت به موضوعات تازه هم‌چون حدود شهر مکه، سعی در مقدار توسعه‌یافته، طواف بر سازه‌های جدید و غیر این‌ها اظهار نظر می‌کنند.

اکنون سخن آن است که نگاه تخصصی به فقه، علاوه بر آن‌که بررسی دقیق‌تر ادله و مستندات فقهی را به دنبال دارد، فرصتی کافی برای فقیه فراهم می‌سازد تا با حضور در میدان و مراجعه به اهل اطلاع و دقت در منابع علمی و تأمل در واقعیات عینی علاوه بر استخراج حکم شرعی کلی، انطباق آن بر مصداق خارجی را نیز آن‌جا که نیاز به اعمال دقت دارد مورد بررسی و ارزیابی قرار دهد.

وانگهی برخی از موضوعات حتی با مراجعه به کارشناس نیز قابل تشخیص نیست که از آن‌ها به موضوعات مستنبطه تعبیر می‌کنند.^۱ مثلاً تشخیص این‌که الکل، مسکر است یا نه، به صرف رجوع به کارشناس امکان‌پذیر نیست زیرا کارشناس مثلاً می‌گوید درجه الکلی در این مایع به اندازه ۹۶ درصد است و حتی نوشیدن مقدار کمی از آن موجب مسمومیت و یا مرگ می‌گردد.

ولی هم او تأیید می‌کند که می‌توان با خلط الکل با آب، درجه الکلی را پایین آورد و به اندازه مسکر رسانید. اکنون سؤال آن است که بر چنین مایعی عرفاً عنوان مسکر صادق است یا بالفعل آن را سم مهلك باید دانست و عنوان «مسکر» صدق عرفی ندارد (ر.ک: وحدتی شبیری، الکل و فرآورده‌های آن در فقه اسلامی، ۱۶).

انبوه مسائلی از این دست، نشان‌گر این حقیقت است که يك فقیه با عمر محدود خویش نمی‌تواند به همه ابواب فقهی در عرض واحد تسلط کافی بیابد و نیاز جامعه مسلمانان را به طور کامل بر آورده سازد. به همین دلیل است که می‌بینیم همه آثار و نوشته‌های فقیهان از نظر اعتبار علمی و نفوذ در محیط‌های فقهی و حوزه‌های علمیه به یک اندازه نیستند. مثلاً آنقدر که مکاسب شیخ اعظم محور مباحث در فقه معاملات است کتاب صلاة یا قضاء ایشان مطرح

۱. ر.ک: العروة الوثقی، مسائل تقلید، مسأله ۶۷؛ سید یزدی در این مسأله، موضوعات مستنبطه عرفیه را جای تقلید نمی‌داند ولی محقق خوئی به وی اشکال می‌کند و می‌گوید: «در موضوعات مستنبطه فرقی بین موضوعات شرعی و عرفی نیست و هر دو محل تقلید می‌باشند. زیرا تقلید در شناخت موضوعات مستنبطه عین تقلید در مسائل شرعی فرعی است.» به حاشیه ایشان بر مسأله ۶۷ مراجعه شود.

نیست. و آن گونه که عروه الوثقی سید یزدی محور مباحث فقهی در طهارت و صلاة است، آثار دیگر ایشان چنین نیست.

به هر حال نمونه دیگر از مواردی که طرح فقه تخصصی را توجیه می‌کند، استفاده از قالب‌های دیگر در ارائه فروع فقهی است. توضیح این که، در ارتباط با شیوه طرح مباحث فقهی مربوط به معاملات، شیوه رایج در منابع فقهی، طرح بحث در قالب «عقود معین» است بدین توضیح که مثلاً فروع مربوط به بیع را در يك باب، فروع مربوط به اجاره را در باب دیگر، فروع مربوط به جعاله، مضاربه و... را در ابواب جداگانه مطرح می‌سازند.

ولی این شیوه باعث گردیده تا بیشتر بحث‌ها بر روی بیع متمرکز گردد و پژوهش‌گران در فقه معاملات به ضوابط فقهی در سایر ابواب کمتر بپردازند. شیوه دیگر، طرح مباحث در قالب «قواعد عمومی قراردادها» است که امروزه در مطالعات حقوقی رواج یافته و در میان فقیهان امامیه نیز کسانی چون شهید اول، میرفتاح مراغی، ملا احمد نراقی و برخی از فقیهان معاصر بدان شیوه قلم زده‌اند.

طرح نگاه تخصصی به فقه می‌تواند زمینه را برای مطالعات فقهی به شیوه‌های تازه تر فراهم سازد. به عنوان نمونه، مجهول بودن مورد معامله را در عقود مختلف يك جا در نظر می‌گیرد و با دسته‌بندی عقود به مسامحی و مغابنی، میزان تأثیر جهل بر وضعیت قرارداد را در هریک از عقود به طور هم‌زمان مورد بررسی قرار می‌دهد (ر.ک: وحدتی شبیری، مجهول بودن مورد معامله، ۴۹ به بعد).

خلاصه بحث آن که؛ ضرورت تحول و تکامل فقه از نظر محتوا، قالب و ساختار از یک سو و گستردگی دامنه ابواب گوناگون فقه از سوی دیگر، دلیلی روشن بر لزوم نگاه تخصصی به مطالعات فقهی و در نظر گرفتن رشته‌ها و گرایش‌های تحصیلی فقه می‌باشد. که در بخش آینده به طرح‌های مختلف برای تقسیم‌بندی آن‌ها خواهیم پرداخت.

بخش دوم: چگونگی تقسیم رشته‌های تخصصی فقه

تاکنون ثابت شد که دانش فقه هم‌چون سایر علوم، برای تولید علم و رشد دانش، نیاز به تقسیم رشته‌ها و گرایش‌ها دارد. اکنون بحث در چگونگی تقسیم و تعیین رشته‌ها و زیر مجموعه هریک از آن‌ها است.

در هردانشی ملاک ویژه برای شعبه‌های آن وجود دارد: در علوم پزشکی، تنوع اعضای بدن

يك ملاك برای تعیین رشته‌های پزشکی است. در فلسفه، نوع مطالعه و نگاه به پدیده‌های هستی ملاك تقسیم‌بندی آن به فلسفه مطلق و فلسفه مضاف است. در علم حقوق، اقسام رابطه اجتماعی معیار تقسیم می‌باشد. می‌توان گفت موضوع علم و تقسیمات آن می‌تواند ملاك مطلوب برای تقسیم رشته‌ها می‌باشد. به عنوان مثال، موضوع دانش حقوق که رابطه اجتماعی است خود به رابطه فرد با فرد، رابطه فرد با دولت و رابطه دولت‌ها بایکدیگر تقسیم می‌شود و نتیجه آن، تقسیم حقوق به حقوق خصوصی و حقوق عمومی و حقوق بین الملل می‌باشد (دانش پژوه، مقدمه علم حقوق، ۱۸).

به همین ترتیب، در دانش فقه نیز می‌توان ملاك‌های گوناگون به شرح زیر برای تقسیم رشته‌ها ارائه داد:

(۱) حجم مباحث با توجه به مدت زمانی که يك مجتهد توانایی و نشاط برای پژوهش و تدقیق مباحث دارد می‌تواند يك ملاك برای تقسیم باشد. مثلاً فروع مربوط به حج و زیارت و اوقاف و احکام شرعی مربوط به عتبات مقدسه، در يك رشته، صلاة و طهارت در رشته دیگر، معاملات در رشته سوم و سیاست در رشته چهارم و ولایات در رشته پنجم قرار گیرد.

(۲) می‌توان تقسیم سنتی موجود در بسیاری از کتب فقهی را که بر گرفته از تقسیم محقق حلّی، صاحب شرایع است ملاك تقسیم دانش فقه به چهار رشته قرار داد: عبادات، عقود، ایقاعات و احکام به گونه‌ای که هریک از ابواب موجود فقه در زمره یکی از عناوین مزبور قرار گیرد.^۱

(۳) می‌توان ملاك تقسیم را روش‌شناسی فقه در ابواب مختلف دانست: توضیح این‌که در عبادات، احکام شرعی توقیفی بوده و فقیه صرفاً در چارچوب قرآن و روایات، فتوی می‌دهد و در حقیقت هنر فقیه در چگونگی استفاده از روایات و حلّ تعارض بین آن‌ها جلوه می‌کند. حال آن‌که در معاملات، احکام بیشتر حالت امضائی دارند و فقیه لازم است سیره عقلا را به درستی بشناسد.

همچنین لازم است فقیه در مسائل اجتماعی، حوزه اجرای فتوی خود را مورد توجه قرار دهد. شناخت موضوع در مسائل اجتماعی، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است به گونه‌ای که گاه لازم است فقیه به کارشناسان حقوقی و اقتصادی و غیر این‌ها برای فهم درست موضوع و

۱. البته محقق حلّی به صراحت تقسیم شاخه‌های فقهی را نیاورده ولی از تقسیم‌بندی مباحث و ابواب کتاب شرایع تقسیم یاد شده قابل استنتاج است.

ضرورت‌های مربوط به آن رجوع نماید. البته صرف تعامل فقه با حوزه‌های مختلف علوم انسانی و روابط اجتماعی کافی نیست که ضرورت نگاه تخصصی به فقه را مدلل سازد، بلکه باید نوع ارتباط آن دو نیز ثابت گردد. بدین معنا که نخست ضرورت تعامل فقه با حوزه‌های دیگر علوم انسانی به اثبات رسد و سپس تأثیر این تعامل بر گسترش دامنه فقه و توسعه وظایف فقیه روشن شود.

به عنوان مثال، فقه خانواده با روان‌شناسی خانواده، اقتصاد خانواده، جامعه‌شناسی خانواده و جز این‌ها در تعامل است. از این رو وقتی مثلاً از فقیه راجع به جواز کنترل موالید سؤال می‌شود، چنان‌چه پرسنده یک فرد عادی است پاسخ فقیه جواز آن عمل است در صورتی‌که مستلزم عمل حرامی نباشد. دلیل او نیز عموماتی نظیر «کل شیء حلال» و ادله براءت است. ولی هنگامی که دولت جهت برنامه‌ریزی برای کنترل موالید سؤال می‌کند، ولی فقیه باید آینده‌نگر باشد و تأثیر کنترل موالید بر جمعیت کشور و پیامدهای آن را بر اقتصاد و جامعه در نظر گیرد. فی‌المثل اثر رواج جلوگیری از بارداری بر روحیه و روان خانواده، کاهش نیروی جوان آماده به کار، کاهش نیروی دفاعی و حتی تأثیر بر انتخابات و سرنوشت سیاسی مملکت در دراز مدت را نیز مورد توجه قرار دهد.

همچنین گسترش اختیار زنان در خانواده‌ها و توسعه حقوق مالی زن در اداره خانواده که در قالب قانون‌گذاری یا استفاده از نهاد شرط ضمن عقد در نکاح صورت می‌گیرد ممکن است بر کاهش آمار ازدواج تأثیر گذار باشد. همه این‌ها حاکی از آن است که فقه با شاخه‌های گوناگون علوم ارتباط می‌یابد. شدت و ضعف این ارتباط در ابواب مختلف نشان‌گر ضرورت نگاه تخصصی به فقه می‌باشد.

بدین ترتیب می‌توان دانش فقه را به دو رشته کلی «فقه العبادات» و «فقه المعاملات» تقسیم کرد^۱ و برای هر یک، زیر مجموعه‌ای از گرایش‌ها را تعریف نمود. به تعبیر دیگر، می‌توان ملاک تقسیم رشته‌های فقهی را نوع رابطه انسان با غیر خویش قرار داد: آن‌جا که رابطه فردی انسان مطرح است فقه فردی و آن‌جا که رابطه اجتماعی او مورد نظر است فقه اجتماعی پدید می‌آید. در بخش فقه فردی، بغیر از فقه عبادات که شامل گرایش‌هایی نظیر طهارت، صلاه، حج و زیارت است، فقه اخلاق و تربیت، فقه هنر و فقه پزشکی نیز می‌تواند قرار گیرد.

^۱ نخستین بار طرح دو بخشی که مبتنی بر تقسیم فقه به عبادات و معاملات است در کتاب «مراسم» از سلاربن عبدالعزیز دیلمی مطرح شد. رک: سلاّر حمزه بن عبدالعزیز دیلمی، المراسم العلویه والاحکام النبویه فی الفقه الامامی، با تحقیق محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴.

در بخش فقه اجتماعی نیز فقه معاملات، فقه الاموال، فقه الجزاء، فقه القضاء، فقه البيئه (محیط زیست)، فقه الروابط الدوليه، فقه السياسة، فقه الاسرة و غیر این‌ها طبقه‌بندی می‌گردد. می‌توان هریک از موارد را نیز به شاخه‌های فرعی دیگر تقسیم نمود. مثلاً فقه معاملات به دو گرایش فقه العقود والایقاعات (قواعد عمومی قراردادها) و فقه العقود الخاصه (عقود معین) تقسیم نمود و یا در رشته فقه الاموال، فقه مالکیت فکری، فقه اوقاف، فقه اقتصاد و غیر این‌ها را در نظر گرفت چنان‌که در فقه الروابط الدوليه، شاخه‌هایی نظیر حقوق بین الملل عمومی و خصوصی قابل طرح می‌باشد.

به هر حال در همه این تقسیم‌ها، معیار، نوع رابطه انسان است که به دو قسم رابطه فردی و اجتماعی منقسم می‌گردد.

۴) می‌توان ملاک تقسیم را ضرورت‌های زمانه و انواع حوزه‌های اجرائی قرار داد. مثلاً بانک‌ها هم‌اکنون با انبوه مسائل شرعی مربوط به ربا، قراردادهای مشروع برای سرمایه‌گذاری، فعالیت بازار بورس و غیر این‌ها سر و کار دارند که می‌توان رشته‌ای با عنوان «فقه الاقتصاد» تعریف کرد.

هم‌چنین دستگاه قضایی با فروع متعدد مربوط به آئین دادرسی و مسائل حقوقی و کیفری درگیر است که می‌توان رشته‌ای با عنوان «فقه القضاء» در نظر گرفت. محیط زیست، بخش دیگری از ضرورت‌های زندگی بشر است و تخریب آن، زندگی آدمی را با دشواری‌های فراوان رو برو ساخته است. بنابراین رشته‌ای مستقل با عنوان «فقه محیط زیست» به وجود آید.

به همین ترتیب سایر رشته‌ها بر اساس تنوع حوزه‌های اجرائی پیش‌بینی می‌گردد.

۵) شیوه مطالعه بر حسب این‌که به صورت مقایسه و تطبیق با دیگر مکاتب فقهی و یا تنها معطوف به دیدگاه فقیهان امامیه باشد نیز معیاری دیگر برای تقسیم است. کسانی، روایات منقول از اهل بیت را حاشیه‌ای بر نظرات فقیهان عامه دانسته‌اند که در زمان معصومان علیهم السلام و در محیط زندگی آنان رواج داشته است. شاهد این مطلب، پرسش امام از راوی در برخی از روایات است که ابتدا نظر عامه را از او پرسیده و سپس اظهار نظر فرموده‌اند.^۱

مطالعه تطبیقی به شرح فوق، فوائد فراوان دارد. از جمله در فهم سیره عقلا، و یافتن نقاط مشترک میان مکاتب گوناگون تأثیر گذار است. فقه الحدیث و درک مفهوم روایات را آسان می‌سازد و نقاط امتیاز فقه امامیه را نمایان‌تر می‌کند.

^۱ عاملی، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، ۳۰ جلد، ۳۵/۲۹، باب ۱۱ از ابواب قصاص، حدیث ۱.

۶) می‌توان ترکیبی از معیارهای مختلف برای طبقه‌بندی شاخه‌های فقه در نظر گرفت مثلاً سه رشته اصلی: فقه عبادات، فقه معاملات و فقه سیاسات که هر یک بتواند يك دانشکده را تشکیل دهد و مجموعه‌ای از رشته‌ها را بر حسب تقارب و ارتباط میان آن‌ها در بر گیرد:

الف) فقه عبادات با سه گرایش شامل فقه طهارت و صلاة، فقه حج و زیارات و فقه الاخلاق.^۱

ب) فقه معاملات با سه گرایش شامل فقه العقود والایقاعات، فقه خانواده و فقه الاقتصاد.

ج) فقه الولایات با سه گرایش شامل فقه الجزاء، فقه القضاء و فقه السیاسة.

هریک از گرایش‌ها نیز به نوبه خود می‌تواند زیر مجموعه‌هایی داشته باشد. تمامی ابواب موجود در کتب فقهی رایج و هم‌چنین ابواب جدید که در کتاب‌های فقهی باب مستقلاً بدان اختصاص داده نشده در این زیر مجموعه‌ها قرار می‌گیرند.

خمس و زکات در فقه الاقتصاد قرار می‌گیرد. جهاد و امر به معروف و نهی از منکر در فقه ولایات، کفارات و نذر و توابع آن در فقه عبادات طبقه‌بندی می‌شود. وقف و عطایا و حجر نیز در فقه معاملات مطرح می‌گردد.

۷) می‌توان هر یک از سه رشته فقه عبادات، فقه معاملات و فقه ولایات را به صورت زیر طبقه‌بندی کرد:

الف) فقه عبادات در گرایش فقه الطهارة شامل احکام آب‌ها، احکام نجاسات، مطهرات و طهارات ثلاث (وضو و غسل و تیمم) می‌گردد. و در گرایش فقه الصلاة و الصوم، شامل نماز و اقسام آن، شروط نماز، کیفیت نماز، مستحبات و مکروهات نماز، خلل نمازها، نماز قضاء، نماز مسافر و نماز جماعت می‌گردد.

مباحث صوم را نیز به لحاظ حجم اندک آن می‌توان ملحق به کتاب صلاة دانست چنان‌که اعتکاف نیز در کنار مباحث صوم مورد بحث قرار می‌گیرد.

در گرایش فقه الحج، علاوه بر مباحث تفصیلی مربوط به حج، فروع فقهی مربوط زیارت و عتبات مقدسه قابل طرح است. چنان‌که مبحث وقف و مشابهاً آن هم‌چون عمری، رقبی و

^۱ مقصود از فقه الاخلاق، استخراج حکم شرعی و فقهی ارزش‌ها، ملکات و رفتارهای اخلاقی است؛ هرچند مشهور است که موضوع فقه، فقط افعال مکلفان است ولی دلیل قاطع بر این انحصار وجود ندارد. به هر حال فقه الاخلاق از این جهت که فقه فردی است و کمال آن زمانی است که با قصد تقرب به پروردگار صورت پذیرد می‌تواند جزء ملحقات فقه عبادات طبقه‌بندی شود چنان‌که مباحث مربوط به انواع آب‌ها و تطهیر با آن‌ها، عبادت به معنای واقعی کلمه نیستند ولی به دلیل آن‌که مقدمه عبادات قرار می‌گیرند در زمره مباحث عبادی طبقه‌بندی می‌گردند.

حبس در همین گرایش می‌تواند مورد مطالعه قرار گیرد.

نگاهی به رشته فقه خانواده

در پایان این مقاله رشته فقه و مطالعات خانواده را به عنوان یکی از نمونه‌های نگاه تخصصی به فقه مورد مطالعه قرار می‌دهیم. برکسی پوشیده نیست که خانواده سنگ بنای اجتماع و هسته اصلی جامعه است و اگر می‌خواهیم جامعه‌ای سالم و با نشاط داشته باشیم باید نخست، از خانواده آغاز کنیم.^۱ بسیاری از مشکلات اجتماعی ریشه در مشکلات خانواده دارد و راه حل اساسی مشاكل گوناگون را باید در اصلاح خانواده جستجو کرد. هم‌اکنون دانشمندان از رشته‌های مختلف به نهاد خانواده نگرسته و مباحث ارزشمندی را ارائه کرده‌اند. این مباحث به یکدیگر گره خورده‌اند به طوری که نگاه تک‌بعدی به خانواده و طرح بحث بطور مجزا و بیگانه از یکدیگر نمی‌تواند دردهای موجود را درمان و نیاز فعلی را برآورده سازد. به عنوان مثال قانونی که روابط مالی زوجین را تنظیم می‌کند باید پیامدهای اجتماعی مقررات مربوط را نیز مورد توجه قرار دهد. گسترش اختیارات یکی از زوجین و سنگین نمودن بار مسئولیت دیگری بدون شک در نرخ طلاق و ازدواج مؤثر است. فتوا به حلیت کنترل موالید که پیش از این مورد اشارت قرار گرفت بی‌تردید بر نرخ جمعیت در دراز مدت، اثر گذار است.

از طرف دیگر مسائل نوپیدا در زمینه فقه خانواده بر اثر تحولات عمیق علمی در حوزه‌های پزشکی افق‌های جدیدی را فراروی فقه گذارده است به گونه‌ای که می‌طلبد عده‌ای از حوزویان فاضل و برخوردار از درجه اجتهاد، در مباحث فقهی مربوط به خانواده ممحض گشته و با بهره‌گیری از شیوه فقیهان سلف، به ضرورت‌های موجود در زمینه خانواده توجهی ویژه نمایند و به پرسش‌های مطرح در این باب، پاسخی در خور حوزه‌های علمیه دهند.

اهداف کلی این رشته را می‌توان چنین فهرست کرد: شناخت مبانی فقه خانواده و مسائل مربوط به آن بر اساس آموزه‌های اسلامی، ایجاد و ارتقاء مهارت‌های لازم جهت ارائه خدمات مشاوره به عموم مردم، تقویت توان پاسخ‌گویی به پرسش‌ها و حل مشکلات و نیازهای مرتبط با زندگی دینی، تقویت فهم منابع فقهی و گسترش دامنه مراجعه به آن‌ها، افزایش توان تحقیق

^۱. نگارنده با الهام از متون اسلامی این جمله را به عنوان تابلویی برای جایگاه خانواده پیشنهاد می‌کنم: «الأسرة هي الحجر الأساس للمجتمع إن صلحت صلح ماسواها و إن فسدت فسدت ماسواها».

در حد تحلیل و بررسی تطبیقی و زمینه‌سازی جهت تألیف و ترجمه در زمینه ابعاد گوناگون خانواده و از این طریق، تلاش در جهت اسلامی‌سازی علوم انسانی.

همه‌ساله در ایام تبلیغ، انبوهی از طلاب در یک شبکه فراگیر به اقصی نقاط کشور بلکه به سایر کشورها اعزام می‌شوند و در بطن توده‌ها حضور می‌یابند اکنون آیا بهتر نیست که همه این طلاب و فضلا در دوره‌های کوتاه مدت با اصول و فنون مشاوره خانواده و بحث‌های اخلاقی و تربیتی مربوط بدان آشنایی یابند و در محیط‌های تبلیغی منشأ خدمات و رفع مشکلات خانواده قرار گیرند.

مسائل خانواده آنقدر اهمیت داشته که در طول چند دهه اخیر دستگاه قضایی، بخش ویژه‌ای به دعاوی خانواده اختصاص و قضات متخصص در این زمینه را به کار گمارده است. قاضی که در پرونده خانواده اقدام به رسیدگی قضایی می‌کند باید با اهمیت روحی، عاطفی و اجتماعی خانواده آگاهی داشته باشد. (به لحاظ آن که یک طرف دعوا بانوان هستند و ای بسا از طرح مسائل مربوط به خویش در جمع مردان شرم و حیا داشته باشند، می‌بایست از بانوان آشنا به مسائل خانواده به عنوان مستشار قضایی بهره‌گیری نمایند).

بدین ترتیب فضلا و مجتهدان متخصص در مباحث خانواده می‌توانند نیاز گسترده دستگاه قضایی به دادرسان آشنا به فقه خانواده و مسائل آن به صورت تخصصی را برآورده سازند چنان‌که دستگاه قانون‌گذاری را نیز در اصلاح قوانین و مقررات مربوط به خانواده متناسب با مقتضیات روز یاری می‌رسانند.

در این راستا پیشنهاد می‌کنیم در رشته تخصصی «فقه و مطالعات خانواده» به غیر از دروس عمومی در ارتباط با فقه، اصول زبان عمومی و تخصصی، روش تحقیق و تدریس، عناوین ذیل نیز در نظر گرفته شود.

۱	فقه خانواده (۱) شامل مباحث: احکام خطبه و نامزدی، ارکان و شرایط نکاح، عقد نکاح و اولیاء عقد، نکاح موقت.
۲	فقه خانواده (۲) شامل مباحث: موانع نکاح و اسباب تحریم.
۳	فقه خانواده (۳) شامل مسائل مستحدثه از قبیل کنترل جمعیت، تلیقح صناعی، عقیم‌سازی، سقط جنین، نکاح مسیار، تغییر جنسیت و غیر این‌ها.
۴	فقه خانواده (۴) شامل مباحث: موارد انحلال ارادی و غیر ارادی نکاح از قبیل فسخ عقد و عیوب زن و مرد، فساد عقد.

۵	فقه خانواده (۵) شامل ارکان و اقسام طلاق (خلع، مبارات و... و آثار طلاق).
۶	فقه خانواده (۶) شامل مباحث مربوط به قرابت نسبی و رضاعی، حقوق و احکام فرزندان، فرزند خواندگی و حضانت.
۷	فقه خانواده (۷) شامل مباحث فقهی مرتبط با خانواده هم چون فروعی از کتاب های وصایا، ارث، قصاص و دیات مرتبط با خانواده.
۸	فقه خانواده (۸) شامل فروع اختلافی میان مذاهب اسلامی در ارتباط با خانواده هم چون نکاح موقت، متعه الحج، اشهاد بر نکاح و طلاق، طلاق ثلاث و غیر این ها.
۹	فقه خانواده (۹) شامل بحث تفصیلی از آیات متضمن احکام خانواده.
۱۰	فقه خانواده (۱۰) شامل قواعد فقهی مربوط به خانواده. دانش پژوه پس از فراگیری مباحث فوق و آشنایی عمیق با مباحث فقهی مربوط به خانواده به مباحث حقوقی به شرح زیر می پردازد:
۱۱	حقوق خانواده (۱) بررسی قوانین و مقررات مربوط به تشکیل نکاح و آثار آن (اداره خانواده)
۱۲	حقوق خانواده (۲) بررسی قوانین و مقررات مربوط به انحلال خانواده و قرابت و نسب.
۱۳	تاریخ حقوق خانواده (در سرزمین های غرب و شرق)
۱۴	حقوق خانواده تطبیقی شامل مطالعه تطبیقی در حقوق کشورهای اسلامی در زمینه چند زاویه چالشی.
۱۵	جامعه شناسی خانواده.
۱۶	روان شناسی خانواده (۱) شامل بهداشت روان و روان شناسی شخصیت (با تأکید بر آموزه های اسلامی)
۱۷	روان شناسی خانواده (۲) شامل روان شناسی انگیزش و هیجان و روان شناسی اجتماعی (با تأکید بر آموزه های اسلامی)
۱۸	مشاوره ازدواج و خانواده همراه با کارورزی.
۱۹	کارورزی قضا در دادگاه های خانواده.
۲۰	اخلاق خانواده با تأکید بر منابع اسلامی.
۲۱	زبان تخصصی (عربی یا انگلیسی) با هدف آشنایی با متون غیر فارسی مربوط به خانواده.
۲۲	پایان نامه در قالب ارائه یک پژوهش جامع همراه با نقد و بررسی در حوزه فقه و مطالعات خانواده.

نتیجه‌گیری

از آن‌چه در نوشتار حاضر گذشت نتیجه می‌گیریم که ضرورت مطالعات تخصصی در زمینه فقه امری است که امروزه جای تردید و انکار نیست و بزرگان بر آن مهر تأیید گذارده‌اند. گسترش دامنه موضوعات نوپیدا و پیچیدگی موضوعات اجتماعی، اقتصادی و حقوقی از یک طرف و تكثر آراء فقهی در زمینه مسائل پیشین و تحول در شیوه پژوهش‌های فقهی از جمله فراهم آمدن نرم‌افزارهای رایانه‌ای مربوط به فقه و علوم مرتبط از طرف دیگر، نگاه تخصصی به فقه را ضروری و حتمی جلوه می‌دهد. برای اجرائی ساختن این دیدگاه لازم است سطوح مختلف مطالعاتی را در نظر گرفت. در سطح نخست، دانش پژوه، به اجتهاد مطلق دست می‌یابد. و قوه استنباط خویش را در مهم‌ترین فروع از هر باب به محک آزمون می‌سپارد. پس از دریافت گواهی اجتهاد مطلق، بخش قابل توجه از عمر پژوهشی خویش را در یکی از حوزه‌های فقه عبادی، فقه معاملات (فقه اقتصادی)، فقه القضاء، فقه الجزاء و فقه سیاسی مصروف می‌دارد و سپس در سطح سوم، مطالعات خود را در یکی از شعبه‌های مربوط به این رشته‌ها متمرکز ساخته و به تولید علم در آن زمینه دست می‌یازد. زمان هریک از این سطوح بستگی به استعداد و نبوغ دانش پژوه دارد ولی در مجموع می‌توان برای هر سه سطح یاد شده مدت زمان پانزده سال را در نظر گرفت.

منابع

- انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، قم - ایران، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول ۱۴۱۵ ق.
- جعفرپیشه، مصطفی، «ساختار نظام کنونی افتا و کار آمدی نظام جمهوری اسلامی»، فصلنامه حکومت اسلامی، سال پنجم، شماره دوم، ۱۳۷۹.
- _____، مقدمه علم حقوق (با رویکرد به حقوق ایران و اسلام)، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تهران و سمت، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۸۹.
- حلی، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم - ایران، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- خمینی، روح الله، تحریر الوسیلة، قم - ایران، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی‌تا.
- _____، صحیفه نور، ۲۲ جلدی، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ سوم، ۱۳۷۹.
- خوبی، ابو القاسم، منهاج الصالحین، قم - ایران، نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.

۲۶	مطالعات اسلامی-فقه و اصول	شماره ۹۶
_____، <i>العروه الوثقی، کتاب اجتهاد و تقلید، مسأله ۷۰ و ۶۷</i>. زنجان، سید احمد، <i>الکلام یجرا الکلام</i>، بی جا، بی تا. سلار، حمزه بن عبدالعزیز دیلمی، <i>المراسم العلویه والاحکام النبویه فی الفقه الامامی</i>، با تحقیق محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق. سیستانی، سید علی، <i>منهاج الصالحین</i>، قم - ایران، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق. عاملی، محمد بن حسن، <i>وسائل الشیعه</i>، قم - ایران، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق. مختاری، رضا، «طرحی در باب مرجعیت تقلید»، <i>مجله حوزه</i>، شماره ۱، ص ۱۳۲ تا ۱۳۷. نجفی، محمد حسن، <i>جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام</i>، بیروت - لبنان، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق. نراقی، احمد بن محمد مهدی، <i>عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام</i>، قم - ایران، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق. وحدتی شبیری، سید حسن، <i>مجهول بودن مورد معامله</i>، قم - ایران، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۹. _____، <i>الکل و فرآورده های آن در فقه اسلامی</i>، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۹.		

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۶
بهار ۱۳۹۳، ص ۵۱-۲۷

اشتباه حکمی*

دکتر روح‌الله آخوندی

استادیار دانشگاه پیام نور

Email: Roh_akhoundi@yahoo.com

چکیده

اشتباه حکمی به چندین دلیل (اختلاف مصلحت‌های دو نظام فقهی و حقوقی، تفاوت احکام اشتباه حکمی در مباحث حقوقی و کیفری، تقسیمات انواع حکم و قانون در فقه و حقوق و ...) دارای پیچیدگی‌های خاص خود است. اشتباه حکمی با چنین ماهیتی سؤالات بی‌شماری را به دنبال دارد. پاسخ به این‌که آیا اشتباه حکمی عذر تلقی می‌شود یا نه؟ آیا قاعده «عدم استماع جهل به قانون» با احکام اشتباه حکمی - قانونی منطبق است یا نه؟ و چندین سؤال مرتبط دیگر هدف اصلی این تحقیق است. این تحقیق در تلاش است با رویکردی میان رشته‌ای میان سه علم فقه، اصول و حقوق و با تکیه بر روش تحلیلی و استدلالی تبیینی متفاوت از اشتباه حکمی ارائه دهد. اثبات عذر تلقی‌شدن اشتباه، تفکیک میان دو قاعده عدم استماع جهل به قانون و عذر تلقی‌شدن اشتباه، استقلال اشتباه حکمی در اثر خود و چندین نتیجه دیگر از اهم نتایج این تحقیق است.

کلیدواژه‌ها: جهل حکمی، اشتباه حکمی، عذر، عدم استماع، سبب اشتباه.

مقدمه

اگر متعلّق اشتباه، حکم یک موضوع باشد به آن اشتباه حکمی می‌گویند و اگر متعلّق اشتباه، موضوع آن حکم باشد، اشتباه موضوعی بر آن اطلاق می‌گردد. اشتباه حکمی می‌تواند علل مختلفی (مانند جهل به حکم، ابهام حکم، تناقض چند حکم و تفسیر نادرست از حکم) داشته باشد. اشتباه در موضوع نیز صرف نظر از علل مختلف آن، که حتی این علت می‌تواند یک اشتباه حکمی باشد، خود به چندین نوع اشتباه تقسیم می‌شود. در اشتباه موضوعی، موضوع اشتباه، متعلّق حکم است و نه موضوع معامله و نباید آن را با اشتباه در موضوع معامله که خود نوعی اشتباه موضوعی است، خلط کرد. در هر معامله‌ای عادتاً یک موضوع معامله وجود دارد ولیکن احکام مختلفی نسبت به عناصر آن معامله (شخص طرف قرارداد، موضوع معامله، جهت...) وجود دارد. اشتباه در موضوع هر یک از این احکام، اشتباه موضوعی نامیده می‌شود. اشتباه حکمی در متون حقوقی عربی به «الغلط القانوني» تعبیر شده است و در متون حقوقی ما از آن با «اشتباه حقوقی» یا «اشتباه قانونی» یاد می‌شود. در ادبیات فقهی ما آن‌جا که صحبت از اشتباه ناشی از حلّ و اباحه و یا اشتباه ناشی از تصوّر حرمت و وجوب و اشتباه ناشی از تصوّر صحت و بطلان و مانند آن می‌شود مراد همین اشتباه حکمی است. این اشتباه به چندین دلیل از جمله به جهت اختلاف مصلحت‌های دو نظام فقهی (تبعیّت از نظر شارع) و حقوقی (مصلحت نظم)، تفاوت احکام اشتباه حکمی در مباحث حقوقی از یک طرف و در مباحث کیفری از طرف دیگر، تقسمات انواع حکم در فقه (حکم تکلیفی و وضعی و حکم مولوی و ارشادی) و انواع قانون در حقوق (قانون امری و تکمیلی)، دارای پیچیدگی‌های خاصی است به نحوی که این موضوع را به یکی از مباحث پرچالش و اختلاف‌برانگیز تبدیل کرده است. توضیح آن‌که این مسأله هم در مباحث فقهی و شرعی مورد بحث است و هم با عنوان اشتباه قانونی یا حقوقی در مسائل حقوقی به بحث گرفته می‌شود. آرمان‌ها و مصلحت‌های دو نظام فقهی و حقوقی یکی نیست. در فقه نقطه پرگار همه مکلفین، امر شارع و هدف اصلی ولو در معاملات، تبعیّت از نظر شارع است. آن‌چه مهم است سر تمکین و ارادت فرو آوردن و کمر به خدمت‌بستن در آستان شارع است، درحالی‌که در حقوق در تعارض میان مصلحت نظم و آرمان عدالت، این نظم است که بر عدالت خود را فائق و غالب می‌داند (ر.ک کاتوزیان، مقدمه حقوق، ۳۴-۱۷)؛ تفوّق و غلبه‌ای که اگرچه ادعا می‌شود به اقتضاء مصلحت، استثنایی است

ولیکن در عمل این ادعا هرگز مورد قبول قرار نگرفته است.^۱ دوم آن‌که این مسأله هم در مباحث حقوقی مطرح است و هم در مسائل کیفری و بسیاری از محققان به نادرستی مصلحت‌های دو نظام حقوقی و کیفری در این خصوص را در هم آمیخته‌اند. دلیل سوم که فارغ از قلمرو بحث اشتباه حکمی و قانونی است به خود حکم و قانون و اقسام آن مرتبط می‌شود. چنان‌که می‌دانیم در فقه احکام عمدتاً دارای دو تقسیم هستند.

نخست- احکام تکلیفی و وضعی: احکام تکلیفی که ناظر به افعال مکلفین است عبارت است از وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه. اما احکام وضعی که شامل صحت، بطلان، نفوذ، لزوم و جواز عقد می‌شوند، درواقع نتیجه و مؤدای سببیت، شرطیت و یا مانعیت می‌باشند. توضیح آن‌که شارع در نزد خود و برای مکلفین در «سببیت» امری را سبب امر دیگر، در «شرطیت» امری را شرط امر دیگر و در «مانعیت» امری را مانع امر دیگر قرار می‌دهد و این جعل احکام به مثابه قواعد بازی‌ای است که همه باید آن را رعایت کنند. به عنوان مثال چون شارع در معاملات، رضایت را شرط لزوم، قرار داده است لذا اگر در خرید یک ساعت دیواری به علت اشتباه در وصف رنگ آن رضایت خریدار مخدوش گردد، لزوم قرارداد مرتفع و خیار مستقر می‌گردد.

دوم- احکام ارشادی و مولوی: حکم ارشادی که نوعاً در قالب نهی است عبارت است از راهنمایی و ارشاد شارع برای مکلفین مبنی بر مانعیت یک امر برای امر دیگر یا مبنی بر شرطیت یک امر برای امر دیگر. امر و نهی ارشادی از باب راهنمایی است و حتی اگر این امر و نهی هم نباشد، مقتضی حکم از طریق دیگری مفروض می‌باشد. حکم ارشادی «لا تبع ما لیس عندک» حتی اگر وجود نداشته باشد ما به استناد دلایل دیگری می‌دانیم که نباید چیزی که

^۱- در حقوق درخصوص نظم و عدالت و رابطه آن دو با هم، بحث بسیار شده است. در این تحقیق به دنبال تفصیل در این مباحث نیستیم، بلکه با توجه به موضوع مورد بحث (اشتباه حکمی و قبول و عدم قبول آن در نظام‌های حقوقی)، تأکید بر این نکته را لازم دانستیم که در صورت تعارض، نظم اجتماعی در همه نظام‌های حقوقی جدید، مقدم بر خواسته‌های درونی افراد است. بی‌دلیل نیست برخی محققان گفته‌اند ارزش‌های حقوقی به حوزه عمل تعلق دارند، زیرا کار اصلی آن‌ها تنظیم رفتارهای اجتماعی است و... (حق، صلح و منزلت انسانی تأملاتی در مفاهیم قاعده حقوقی، ارزش اخلاقی و بشریت، هدایت الله لطفی، بر منهج عدل، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸). اساس اختلاف درخصوص تقدم هر یک از این دو بر دیگری، به اختلاف بر سر اصالت فرد و یا اصالت جامعه و نیز مکاتب حقوقی ناشی از این دو رویکرد یعنی مکاتب حقوق فطری (یا طبیعی) و مکاتب حقوق تاریخی (یا تحقیقی) بر می‌گردد. با این حال امروز همان‌طوری که بزرگان حقوق گفته‌اند مبنای مستقیم حقوق اراده دولت است؛ یعنی مقام صالح دولت در وضع قانون یا تصمیم قوه مقننه مهم‌ترین منبع حقوق است و هیچ دادرسی نمی‌تواند به بهانه مخالفت این تصمیم‌ها با قواعد حقوق فطری یا ... از اجرای آن‌ها امتناع ورزد (کاتوزیان، ۳۲)، دیگر در تقدم نظم قانون‌گذار بر عدالت، جای شک نیست.

نزدمان وجود ندارد (نه مانند آنچه در بیع کلی مطرح است) را بفروشیم. برخلاف حکم ارشادی در حکم مولوی شارع درصدد بیان حکم تکلیفی تحریمی یا وجوبی است. وقتی شارع می‌گوید «ثمن العذره سحت» و یا بیع شراب، حرام است؛ شارع نه از باب ارشاد که از باب جعل حکم، امر و نهی می‌کند. آنچه باید توجه داشت این است که اشتباه در حکم ارشادی و حکم مولوی لزوماً دارای اثر واحدی نیست.

در کنار این تقسیمات فقهی، در حقوق نیز قانون به امری و تکمیلی تقسیم می‌شود و این شائبه وجود دارد که اثر اشتباه در این دو نوع از قوانین با هم متفاوت باشد. بنابراین اثر اشتباه بسته به نوع حکم و قانون و نیز قلمروی مورد بحث حکم، می‌تواند متفاوت باشد و سخن گفتن از این که اشتباه نسبت به حکم و قانون مسموع نیست و پذیرفته نمی‌شود فقط کلی‌گویی است.

بنابراین مسأله اشتباه حکمی به دلایل مختلفی دارای پیچیدگی‌های خاص خود است. درخصوص این مسأله سؤالات متعددی مطرح است که پاسخ به آن‌ها مستلزم بررسی بیشتر این موضوع است. آیا اشتباه حکمی - قانونی، تابع احکام جهل به حکم - قانون است و یا با هم اختلاف دارند؟ ادله عذر بودن یا نبودن جهل و اشتباه در فقه و حقوق ما چیست؟ آیا در هر حالتی ادعای جهل و اشتباه نسبت به حکم - قانون را باید پذیرفت؟ آیا قاعده «عدم استماع جهل به قانون» که در سه نظام حقوقی ایران، فرانسه و انگلستان با عباراتی تقریباً مشابه وجود دارد؛^۱ با احکام اشتباه حکمی - قانونی هم‌گام و هم‌ساز است، یا این که این دو، دو قاعده و دو بحث مستقل از هم هستند؟ آیا آنچه در حقوق فرانسه تحت عنوان فرض قانونی^۲ مطرح شده است، می‌تواند تبیین‌کننده این قاعده باشد؟ آیا میان اشتباه در خود حکم شرعی و قانونی و اشتباه در آثار آن حکم اختلاف وجود دارد؟ چرا؟ آیا چنان که ادعا شده است (محسنی، ۵۱) قلمروی اشتباه در قانون محدود به قوانین امری است و در قواعد و قوانین تکمیلی ادعای اشتباه اساساً مسموع نیست؟ چرا؟ آیا بسته به سبب اشتباه در حکم یا قانون، اثر اشتباه هم متفاوت است؟ آیا اشتباه حکمی - قانونی به خودی خود مؤثر است و یا چون سبب اشتباهات موضوع دیگری می‌گردد دارای اثر است؟ به تعبیر دقیق‌تر آیا این نوع اشتباه اصالت دارد و می‌تواند هم‌عرض اشتباهات موضوعی مورد بحث قرار گیرد یا این که این نوع اشتباه چنان که

^۱ - Nemo consetur ignorare legem/ Nul n'est cense ignorer la loi/ Ignorance of the law is not excuse

^۲ - Fiction légale/ Legal Fiction

برخی ادعا کرده‌اند (کاتوزیان، ۱/۳۹۸؛ محسنی، ۵۴) نوع خاصی از اشتباه مؤثر در عقد نیست، بلکه یکی از اسباب روانی اشتباه در موضوع معامله و شخصیت طرف عقد است و بر همین مبنا نیز در آن مؤثر واقع می‌شود؟ پاسخ به این هفت پرسش که دغدغه اصلی این تحقیق است ما را در ارائه تبیینی متفاوت از اشتباه حکمی یاری می‌رساند.

۱- اشتباه حکمی و جهل حکمی

جهل از جهتی به جهل بسیط و جهل مرکب (اشتباه) تقسیم می‌شود. جهل بسیط که اعم از جهل مطلق، وهم، شک و ظن است، به سادگی یعنی فقدان علم و علم به فقدان علم، درحالی که جهل مرکب نه تنها وهم و شک را در بر نمی‌گیرد و از این جهت با جهل بسیط متفاوت است؛ بلکه فرد جاهل حتی از فقدان علم خود نیز مطلع نیست.^۱ اما جهل حکمی یا قانونی^۲ به معنی فقدان علم نسبت به یک حکم و آثار آن است. در ادعای جهل، مدعی جهل می‌تواند به هر یک از شقوق جهل بسیط مانند احتمال شک و ظن و نیز جهل مرکب و اشتباه تکیه کند. آنچه در بحث جهل به حکم مهم است این است که آیا فرد می‌تواند به‌رغم وجود و اعلام احکام مختلف، مدعی جهل نسبت به آن شود؟ آیا این ادعا پذیرفته می‌شود یا خیر؟ مهم این است و فرقی ندارد جهل مورد ادعا بسیط باشد یا مرکب. لذا ظاهراً از جهت معذوریت فرقی میان اشتباه حکمی و جهل حکمی وجود ندارد. البته چون فردی که دارای جهل بسیط (شک) است می‌بایست حسب اصول عملیه یعنی استصحاب، احتیاط، برائت و تخییر عمل کند و مقدم بر همه این‌ها می‌بایست فحص و بررسی لازم و کافی را بنماید و در این صورت است که به تکلیف شرعی خود عمل کرده است، فرد اشتباه‌کننده نیز باید در ادعای اشتباه خود نسبت به حکم، دلایل موجهی برای ادعای خود ارائه دهد. بی‌شک فرد اشتباه‌کننده نیازی به اثبات فحص و بررسی لازم و کافی برای کشف حکم ندارد، چراکه وی نسبت به حکم دارای جهل مرکب است، اما از جهت اثباتی باید ادله قانع‌کننده‌ای را برای اشتباه خود ارائه دهد. بنابراین میان جهل به حکم و اشتباه نسبت به حکم از جهت اصل معذوریت فرقی نیست، اگرچه از جهت

^۱ - درواقع قدر متیقن جهل فقدان علم است، لیکن در جهل مرکب فرد مدعی علم است درحالی که در جهل بسیط وی چنین ادعایی ندارد. بنابراین رابطه میان جهل و جهل مرکب (اشتباه) و نیز جهل بسیط از جهت لغوی، عموم و خصوص مطلق است. در این خصوص ر. ک به «مفهوم جهل»، اثر نگارنده، شماره اخیر دو فصل نامه معارف اسلامی و حقوق، مرکز تحقیقات میان رشته‌ای علوم انسانی و اسلامی دانشگاه امام صادق (ع).

^۲ - در تمام مباحث این تحقیق هرگاه صحبت از جهل به حکم می‌شود اعم است از جهل به حکم شرعی و یا حکم قانونی.

نحوه اثبات (میان آن دو) تفاوت وجود دارد.

۲- عذر محسوب شدن یا عذر محسوب نشدن اشتباه حکمی

وقتی صحبت از عذر بودن یا نبودن جهل و اشتباه به میان می آید مراد این است که آیا ادعای جهل و اشتباه می تواند از مدعی آن حمایت کند؟ آیا این ادعا باید شنیده شود یا خیر؟ اگر پاسخ مثبت است، حدود این حمایت و قابل استماع بودن ادعا تا کجا است؟ آیا صرفاً برای رهایی از مسؤولیت کیفری است (حکم تکلیفی و شرعی)؟ یا می تواند مسؤولیت مدنی مانند لزوم قرارداد را هم رفع کند (حکم وضعی و قانونی)؟ آیا علاوه بر رفع مسؤولیت، ادله عذر بودن جهل و اشتباه می تواند حکمی را نیز جعل کند؟ به عنوان مثال آیا می تواند حکم به جبران خسارت یا مسترد داشتن کالا و... را هم باعث شود؟ وانگهی آیا ادله عذر بودن یا نبودن، مخصوص جهل و اشتباه حکمی است یا جهل و اشتباه موضوعی را هم در برمی گیرد؟

اگرچه بحث عذر بودن یا نبودن اشتباه خود مستلزم بحث مستقل و مستوفایی است، اما در این جا به این مناسبت که قاعده معروف «عذر نبودن (عدم استماع) جهل به قانون» این شائبه را ایجاد می کند که اشتباه حکمی را نپذیریم و اساساً آن را عذر ندانیم، مناسب است ولو به اختصار ادله عذر بودن یا نبودن اشتباه (حکمی - موضوعی) را به طور کلی بررسی کنیم تا که راه حلی اساسی برای این مشکل بیابیم. لازم به ذکر است قابل استماع بودن یا نبودن اشتباه مربوط به مرحله ثبوت حق است. مسأله این است که آیا شارع و قانون گذار برای کسی که دچار اشتباه شده است حقی قائل است یا نه؟ اگر شارع به مدعی اشتباه چنین حقی را داده باشد (حق ثبوتی) او می تواند ادله اثباتی اشتباه خود را به دادگاه ارائه دهد (حق اثباتی)، در غیر این صورت او اساساً حقی ندارد تا در پی اثبات آن برآید. بنابراین نباید مانند برخی محققین قابل استماع بودن یا نبودن اشتباه را مربوط به مرحله اثبات حق دانست (محسنی ۴۲۳). اکنون ابتداء به ادله عذر بودن اشتباه و سپس به ادله عذر نبودن اشتباه و در نهایت به قضاوت میان این دو دسته ادله می پردازیم.

۲-۱- ادله عذر نبودن اشتباه

علاوه بر چندین روایت و اطلاق برخی ادله، دو قاعده اشتراک احکام میان عالم و جاهل و وجوب تعلّم احکام از جمله ادله مطرح شده در این زمینه است. صرف نظر از روایت ابوعبیده از امام صادق (ع) (حر عاملی، ۳۹۵/۱۸، باب ۲۷؛ ان من زنی و ادعی الجهاله غیر

المحتمله في حقه لم يقبل منه، حديث ۱)، روایت یزید الکناسی از امام صادق نیز جالب توجه است (حر عاملی، ۳۹۶/۱۸، باب ۲۷؛ ان من زنی و ادعی الجهالة غير المحتمله في حقه لم يقبل منه، حديث ۳). یزید الکناسی از امام (ع) درخصوص حکم زنی که در زمان عدّه ازدواج کرده است می‌پرسد. امام (ع) می‌فرماید «اگر در عدّه طلاق رجعی باشند باید رجم شود، والا باید حد زانیه غیر محصن را بر او جاری کرد». شاهد مثال در این روایات آنجا است که یزید از امام (ع) می‌پرسد اگر این زن جاهل به حکم باشد چه باید کرد؟ که امام (ع) می‌فرماید «اما من إمرأه من نساء المسلمين ألا و هي تعلم ان عليها عدّة في طلاق او موت و لقد كن النساء الجاهلية يعرفن ذلك». به نظر می‌رسد در دلالت این روایت بر عذر نبودن جاهل و اشتباه ایراد وارد است، چراکه اگر امام (ع) حتی احتمال این را می‌داد که این زن نسبت به حکم جاهل داشته است از باب قاعده «تدرء الحدود بالشبهات» باید حکم رجم و حد زانیه این زن را صادر نمی‌کرد. پاسخ امام (ع) صریح در این است که امام ادعای اشتباه این زن را بدون دلیل دانسته است، ادعایی که امروز نیز به هیچ‌وجه از هیچ‌یک از زنان مسلمین پذیرفته نمی‌شود، اما نه از باب عدم استماع اشتباه، بلکه از باب بی‌دلیل بودن چنین ادعایی. درواقع ساحت و فضای این پرسش و پاسخ، ساحت و فضای اثباتی و نه ثبوتی است. بنابراین این دلیل قاصر از اثبات عذر نبودن اشتباه است، هم‌چنان‌که بطلان نکاح در این روایت برخلاف نظر برخی (محسنی، ۴۳۴) دلیلی بر تأثیر اشتباه و عذر بودن آن نمی‌تواند باشد، چراکه بطلان نکاح نه به دلیل اشتباه بلکه به دلیل خالی نبودن نکاح از موانع است.

حسب قاعده اشتراک، احکام الهی برای همه مخاطبان حکم، مشترک و یکسان است، چه آن‌ها که عالم به حکم باشند و چه آن‌ها که جاهل به حکم باشند. البته در میان مذاهب اسلامی در این خصوص اختلاف وجود دارد. بسیاری از اهل سنت (به‌ویژه اشاعره) معتقدند که حکم واقعی خدا تابع فتاوی مجتهدان دین است (مکارم، ۲۱۸)^۱، درحالی‌که علمای امامیه (مانند معتزله)^۲ می‌گویند احکام واقعی خداوند به منزله لوح محفوظی است که درخصوص آن عالم و

^۱ - به این ترتیب، اولاً: هرچند همه علمای اهل سنت قائل به فقدان نصّ نیستند ولی گروه کثیری معتقد به آن هستند، ثانیاً: در این‌که آیا در موارد فقدان نصّ، حکم الهی وجود دارد یا ندارد؟ دو عقیده وجود دارد، عقیده اول همان است که غزالی (و جمعی زیادی از اشاعره) به آن معتقدند و می‌گویند در این‌گونه موارد هیچ حکم الهی وجود ندارد بلکه مجتهد باز هم به گمان خود از طریق استحسان و مصالح مرسله و مانند آن حکمی وضع می‌کند و خداوند هم آن حکم را امضا می‌فرماید و به این ترتیب به تعداد نظرات فقها احکام متعددی درواقع وجود دارد و این را تصویب اشعری می‌گویند (دائرةالمعارف فقه مقارن، ناصر مکارم شیرازی، ۲۱۸).

^۲ - معتزلیان به لحاظ منشاء تاریخی دو دسته هستند. نخست آن دسته از مسلمانان قرن نخست اسلام که هنوز با ایرانیان و رومیان و ادیان و ملل مختلف تماس نداشتند و از آثار علمی ایشان بی‌اطلاع بودند. ایشان در اختلاف میان حضرت علی (ع) و

جاهل مشترک هستند (اصفهانی، ۴۰۶). احکام استنباطی مراجع دین می‌تواند با حکم واقعی مطابق باشد و می‌تواند چیزی غیر از آن باشد.^۱ به نظر می‌رسد دلالت قاعده اشتراک (که اعم از احکام تکلیفی و وضعی است) بر عذر نبودن اشتباه در معاملات قاصر است، چراکه مشهور فقها برخلاف دیدگاه مرحوم نراقی برای معاملات به معنای اعم، حقایق واقعیه‌ای نزد خداوند قائل نیستند^۲ (موسوی، ۱۶۹) و انگهی احکام حقوقی مانند احکام مصوب مجلس شورای اسلامی و سایر احکام لازم‌الاتباع مانند آراء وحدت رویه، برخلاف احکام الهی تابع مصالح و مفاسد ذاتی لایتغیری نیستند که معتقد باشیم مانند احکام الهی در لوح محفوظی در مرحله اقتضاء و شأنت باقی می‌مانند، بلکه تفاسیر مختلف از یک حکم و آراء صادره متعدد در یک خصوص هر یک می‌توانند لازم‌الاتباع و معتبر باشد، درست مانند آنچه اهل سنت در خصوص تبعیت حکم واقعی خداوند از فتاوی مجتهدان دین می‌گویند. بنابراین معاملات حقوقی تخصصاً از ذیل قاعده اشتراک خارج است. به نظر نگارنده سرّ این که در حقوق برخلاف فقه

معاویه جانب اعتزال را گرفتند و لذا نزد برخی مورخین به معتزله مشهور شدند. دوم که از آن به معتزله واصلی نیز یاد می‌شود مسلمانانی هستند که ابتدا فارغ از جریانات سیاسی کارشان پاسخ گفتن به شبهات مخالفین اسلام از طریق تحقیق و تفحص و روش‌های علمی بود. این جریان فکری بنا به نقل اکثر مورخان از زمان واصل بن عطا پیشوای معتزله به وجود آمد. چون واصل بن عطا از مجلس درس حسن بصری کناره‌گیری کرد به پیروان واصل، معتزله اطلاق شد. معتزله که مانند اشاعره از جریان‌های اصلی کلامی در میان اهل سنت است در طول تاریخ از زمان ظهور تا سقوط، مباحث و آرای مختلفی را در تاریخ اسلام به خود اختصاص داده است. در این خصوص می‌توان از جمله به کتاب «معتزله»، بررسی و تحقیق در احوال و آراء و افکار و آثار معتزله» اثر محمود فاضل، «مکتب معتزله»، اثر سید محمد کاظم امام و «شیعه در برابر معتزله و اشاعره» اثر هاشم معروف الحسینی مراجعه کرد.

۱- حدیث «إن المجتهد إذا أصاب له أجران وإن أخطأ له أجر واحد» که در کتب عامه نقل شده می‌تواند به نوعی مؤید این معنی باشد. در این خصوص از جمله ر. ک به «حدثنا يحيى بن يحيى التميمي أخبرنا عبد العزيز بن محمد عن يزيد بن عبد الله بن أسامة بن الهاد عن محمد بن إبراهيم عن بسر بن سعيد عن أبي قيس مولى عمرو بن العاص عن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر واحد وحدثني إسحق بن إبراهيم ومحمد بن أبي عمر كلاهما عن عبد العزيز بن محمد بهذا الإسناد مثله وزاد في عقب الحديث قال يزيد فحدثت هذا الحديث أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم فقال هكذا حدثني أبو سلمة عن أبي هريرة وحديثي عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي أخبرنا مروان يعني ابن محمد الدمشقي حدثنا الليث بن سعد حدثني يزيد بن عبد الله بن أسامة بن الهاد الليثي بهذا الحديث مثل رواية عبد العزيز بن محمد بالإسنادين جميعاً»، (صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ). این حدیث در کتب معتبر روایی امامیه نقل نشده است، هرچند مضمون آن مشهور است و برخی از متأخران اصولیان در بیان مخطئه در برابر مصوبه به آن استناد کرده‌اند. در این خصوص از جمله ر. ک به مرکز الابحاث العقائدية، تارنمای <http://www.aqaed.info/faq/5932> ذیل الاسئلة والأجوبة «الاجتهاد والتقليد» حدیث (إن المجتهد إذا أصاب له أجران).

۲- اصولاً صحت و لزوم و بالطبع بطلان و جواز مانند بسیاری از احکام معاملات از احکام وضعی عقلیه هستند که شارع از باب ارشاد به تأیید آنها می‌پردازند. بنابراین این احکام، احکام شرعی و مجعول ذات باری تعالی مانند حکم لزوم صلاه، صحت وضو و... نمی‌باشند. از جمله امام خمینی در این خصوص می‌گوید ثم إن الصحة واللزوم في العقود لما كانتا من الاحكام العقلانية الثابتة بين العقلاء من غير فرق بين منتحلي الاسلام وغيرهم لم تكونا من الاحكام الشرعية والمجعولات الالهية ومن جملة تشريعاته، بل ما ورد من الشارع ليس إلّا الارشاد إلى ما عليه العقلاء و...، روح الله الخميني، البیع، ۲۷۳/۴.

می‌توان قیاس کرد نیز به همین مسأله برمی‌گردد.

قاعده «وجوب تعلّم احکام» نیز از جمله ادله عذر نبودن جهل و اشتباه نسبت به احکام است. به نظر می‌رسد مفاد روایات وارده بر وجوب طلب علم که بسیار متعدد هستند نیز اعم از این قاعده می‌باشد. درواقع حداکثر دلالت این قاعده وجوب تحصیل علم راجع به احکام شرعیة مبتلا به می‌باشد و نه تحصیل علم به‌طور کلی. وانگهی در دلالت این قاعده بر مسموع نبودن جهل و اشتباه هم جای بحث وجود دارد. از این قاعده می‌توان لزوم و وجوب تعلّم احکام واجبات و محرمات را دریافت، اما نسبت به احکام معاملات وجوبی دیده نمی‌شود و آنچه وجود دارد استحباب تعلّم احکام آن است و البته این استحباب هم به‌خاطر خود معاملات نیست، بلکه به‌خاطر امر خارجی عرضی مانند مرتکب ربا (حرام) نشدن و... می‌باشد (موسوی، ۱۶۹).

اطلاق ادله ضمان ید، اتلاف و تسبیب که ضامن را فارغ از علم و جهل متصرف، متلف و مسبب تحمیل می‌کند نیز نمی‌تواند دلیلی بر عذر نبودن اشتباه باشد، چراکه این ادله راجع به ضامن در وقایع حقوقی است و منصرف از ضامن در اعمال حقوقی می‌باشد. از آنچه به اجمال گذشت عدم کفایت ادله عذر نبودن روشن گردید، اکنون برای تکمیل بحث خود باید به ادله عذر بودن اشتباه بپردازیم.

۲-۲- ادله عذر بودن اشتباه

در کنار روایات مختلف، حدیث رفع که از ادله برائت در اصول است، همگی بر عذر بودن اشتباه دلالت می‌کنند. چنان‌که گفتیم در شرح این ادله باید دقت کنیم که آیا این ادله علاوه بر احکام تکلیفی احکام وضعی را هم در برمی‌گیرد یا خیر؟ آیا مختص اشتباهات حکمی هستند یا اشتباهات موضوعی را هم در برمی‌گیرند؟ آیا این ادله علاوه بر عبادات و یا احیاناً جزائیات، معاملات را هم شامل می‌گردند یا نه؟

اغلب ادله روایی برائت، در باب معذوریت جهل و اشتباه نیز قابل بحث هستند. روایت صحیحة محمد بن مسلم از امام باقر (ع) (حر عاملی، ۳۲۴/۱۸، ش ۱۱۵۳۴)، روایت عبد الصمد بن بشیر از امام صادق (ع) (همان، ۲۸۹/۹، ش ۱۷۴۷۵) و روایت لیث مرادی از امام صادق (ع) (همان، ۱۲۸/۷، ش ۱۳۱۶۰) و هشام بن سالم از امام صادق (ع) (همان، ۴۳۰/۱۲، ش ۲۳۲۹۰) و أبی المعزا از امام صادق (ع) (همان، ۴۳۱/۱۲، ش ۲۳۳۰۰) و چندین روایت دیگر از جمله این روایات هستند. روایت نخست درخصوص تازه مسلمان شده‌ای است که

به دلیل جهل به احکام اسلامی مرتکب محرمات مختلف (شرب خمر، زنا و ربا) می‌گردد که امام (ع) می‌فرمایند در صورت عدم اثبات علم وی به احکام، رجمی بر او نیست. در روایت دوم و سوم که راجع جهل و اشتباه در احکام عبادی است (حج و روزه) اشتباه سبب رفع حکم تکلیفی و وضعی شده است. دو روایت آخر نیز راجع به جهل و اشتباه به حکم معامله ربوی است که به نظر غالب فقها عظام مانند شیخ طوسی، شیخ صدوق و علامه^۱، حکم تکلیفی و وضعی به علت جهل و اشتباه مرفوع است و نه تنها آن معامله ربوی باطل نمی‌شود بلکه بعد از علم به حکم حرمت و بطلان معاملات ربوی، رد مبلغ اضافی ناشی از ربا هم لزومی ندارد (بحرانی، ۲۱۶/۱۹ و بعد از آن)^۲.

آنچه برای ما مهم است دلالت این ادله (و ادله روایی بسیار دیگر) بر عذر بودن اشتباه است. عذری که نه تنها احکام تکلیفی بلکه احکام وضعی را هم در برمی‌گیرد. این ادله آنچنان گوناگون و متنوع است که نه تنها عبادات (حج، روزه و...) و جزائیات (شرب خمر و زنا) را در بردارد، بلکه معاملات (ربا) را نیز شامل می‌گردد. البته این ادله راجع به اشتباهات حکمی است و در خصوص اشتباهات موضوعی ساکت هستند. بنابراین باید دید آیا اشتباه در موضوعات هم عذر محسوب می‌گردد و آیا این عذر مانند عذر در اشتباهات حکمی است و دلیل آن‌ها یکی است یا تابع ادله خاص خود هستند؟

از مهم‌ترین ادله عذر بودن جهل و اشتباه حدیث نبوی «رفع» است. مفاد این روایت صحیحه^۳ این است که پیامبر اکرم (ص) فرمودند از امت من نه چیز برداشته شده است ۱- الخطاء ۲- النسیان ۳- ما اکرهوا علیه ۴- ما لا یطیقون ۵- ما لا یعلمون ۶- ما اضطروا علیه ۷- الطیره ۸- الحسد ۹- الوسوسة فی الخلق ما لم ینطق بشفه.

خطاء و ما لا یعلمون و نیز تاحدی نسیان شاهد مثال ما در این روایت هستند. صرف نظر از معنای رفع و تفاوت آن با دفع و بحث‌های مختلفی که در این خصوص شده است، باید دید چه چیز مورد رفع قرار گرفته است؟ منطقاً خود خطا و فراموشی و جهل نمی‌تواند برداشته

۱- سید محمد کاظم یزدی در تکملة العروه ذیل مسأله ۱۱ مباحثی را در خصوص لزوم یا عدم لزوم رد مبلغ اضافی در صورت جهل فرد به حرمت ربا یا بعض احکام بیع ربوی مطرح کرده است که از جمله به آرای کسانی مانند شیخ صدوق، شیخ طوسی و ... استناد جسته است. وی می‌نویسد «اذا کان المرتکب للربا مسلماً، لکنه کان جاهلاً بحرمة اصلاً او ببعض الخصوصیات و... و بالجمله اذا کان جاهلاً بالحکم او الموضوع فهل هو له حلال و لا یجب رده ... او یجب رده و ان حاله حال العلم ...؟ اقوال: فعن الصدوق فی المقنع و الشیخ فی النهایه الاول ...»، تکملة العروه الوقتی، ۱۴-۱۵/۱.

۲- البته چنان‌که محقق بحرانی نیز گفته است بسیاری معتقدند مبلغ اضافی باید مسترد شود.

۳- صحیحه روایتی است که وثاقت و عدالت (شیعی بودن) همه ناقلین آن در سلسله سندان محرز و مسلم باشد؛ الصدوق، ۴۱۷؛ حر عاملی ۲۹۵/۱۱، باب ۵۶ فی جمله مما عفی عنه، حدیث ۳- ۱.

شود چراکه این‌ها در هر حال در تعاملات و زندگی روزمره امت پیامبر به عنوان واقعیت‌های خارجی وجود داشته و دارد. بنابراین باید موضوع امر مرفوع را چیز دیگری دانست. در این خصوص در مباحث و کتب اصولی مفصل بحث شده است و نظرات مختلفی مطرح گردیده است. نظرات رفع تکوینی با مقدر بودن آثار یا مؤاخذه (انصاری، ۳۶۷/۲ - ۳۶۶)، رفع تشریعی (آخوند خراسانی، ۳۴۲/۳؛ انصاری، ۳۶۸/۲) و رفع ادعایی (خمینی، ۲۱۸/۲؛ و لابد آن يحمل الی رفع الادعائی) از جمله این‌ها است. باید دید آیا مفاد این حدیث بر احکام وضعی و نیز در اشتباهات موضوعی هم جاری است؟

در این‌که آیا حسب مفاد این حدیث آثار وضعی هم مرفوع است اختلاف نظر وجود دارد. به اجمال باید گفت آن‌ها که معتقدند «مؤاخذه» در این حدیث در تقدیر است، مفاد حدیث را منصرف از رفع حکم وضعی می‌دانند و برعکس آن‌ها که بر مقدر بودن اثر و یا احیاناً حکم اصرار می‌کنند (خمینی، ۲۲۲/۲؛ خوانساری، ۳۷۸/۳ و بعد از آن؛ آخوند خراسانی، ۳۴۰)، مفاد حدیث را اعم از حکم تکلیفی و وضعی می‌دانند. با مراجعه به آراء اصولیان چنین به نظر می‌رسد اکثریت قاطع ایشان مفاد این حدیث را اعم از احکام تکلیفی و وضعی می‌دانند. در این‌جا باید به یک پرسش بسیار مهم و اساسی پاسخ داد و آن این‌که مراد از عذر بودن اشتباه در حکم وضعی چیست؟ چنان‌که می‌دانیم حکم وضعی به دو صورت مطرح می‌شود (موسوی، ۱۵۱). نخست حکمی که مستقلاً قابل جعل است و دوم حکمی که به تبع منشاء انتزاع خود مورد جعل قرار می‌گیرند. به عنوان مثال در معامله یک دستگاه سنگبری در مقابل ۵۰۰ هزار دلار، ملکیت (مبیع و ثمن) از احکام وضعی دسته نخست است که نه تنها مورد اعتبار عقلا است که شارع نیز بر آن صحه می‌گذارد. در همین مثال حکم معین و معلوم بودن دستگاه سنگبری به عنوان شرط صحت این معامله جزو احکام دسته دوم است. درواقع شرطیت مذکور به تبع منشاء انتزاع آن جعل شده است.

باید دانست همه احکام دسته نخست که به مسببات (ملکیت، زوجیت، امانت، جدایی در طلاق) اعمال حقوقی مرتبط می‌شوند و همه احکام دسته دوم که به اسباب (شرطیت، جزئیّت و مانعیت) اعمال حقوقی ارتباط دارند، هر دو مشمول حدیث رفع هستند. وقتی می‌گوییم آیا اشتباه باعث رفع حکم وضعی سببی است؟ بحث بر سر این است که آیا اشتباه می‌تواند شرطیت و جزئیّت و مانعیت را بردارد و شرطی که شرط صحت تلقی می‌شده است را از اساس بردارد و لذا قائل به صحت و نفوذ آن عقد شویم؟ به عنوان مثال وقتی فردی در میزان و

تعداد مورد معامله اشتباه می‌کند و یا در وصف آن دچار اشتباه می‌گردد، آیا عذر بودن اشتباه به دلالت حدیث رفع، می‌تواند اساساً شرط معلوم بودن مورد معامله را منتفی کند؟ آیا اگر این شرط مربوط به ارکان معامله باشد مانند شرطیت قصد و اراده در صحت معامله، آیا باز هم عذر بودن اشتباه می‌تواند این شرط را از اساس منتفی کند و لذا قائل به صحت معامله گردیم؟ دلالت عذر بودن اشتباه بر رفع حکم وضعی مسببی به شکل دیگری نیز مطرح می‌شود. در مثال فوق مالکیت، صحت، بطلان، لزوم و جواز بیع از احکام وضعی مسببی می‌باشند و اگر اشتباه عذر تلقی گردد باید بطلان و جواز را برطرف کند و اشتباه باعث بطلان و خیار نشود، چراکه حدیث رفع حکم اشتباه را (بطلان و جواز) را رفع می‌کند. اگر در اثر اشتباه یک حکم مسببی ایجاد گردد، مانند بطلان ناشی از اشتباه در خصوص ماهیت موضوع معامله در بیع و مالاً عدم انتقال مالکیت، عذر بودن اشتباه مستلزم رفع بطلان است که نتیجتاً انتقال مالکیت و تملیک و تملک را به دنبال می‌آورد. حال باید دید آیا اشتباه به مفهومی که گفتیم می‌تواند در احکام وضعی سببی و مسببی عذر تلقی شود یا نه؟

عذر تلقی شدن اشتباه در احکام مسببی تابع احکام سببی است، لذا اول این احکام را بررسی می‌کنیم. چنان‌که می‌دانیم اسباب اعمال حقوقی در تشکیل و قوام آن‌ها گاهی نقش ذاتی و اساسی و گاهی نقش فرعی دارد. به عنوان مثال وجود قصد و اراده رکن هر عمل حقوقی است درحالی‌که برخی اسباب مانند معلوم بودن مورد معامله رکن تلقی نشده و تنها یک امر فرعی تلقی می‌شود. اگر اشتباه به اسباب دسته نخست ایراد وارد آورد، عمل حقوقی به خاطر فقدان رکن باطل می‌گردد و دیگر عقدی وجود نخواهد داشت تا بتوان بر سر عذر بودن اشتباه در آن بحث کرد. لذا اشتباه در حوزه اسباب رکنی و اساسی مشمول حدیث رفع نمی‌گردد (خمینی، ۲/۲۳۱) و بنابراین از بحث عذر بودن خارج می‌باشد.

این درحالی است که اشتباه توان رفع اسباب فرعی را دارد، چراکه هم معامله‌ای عرفاً شکل گرفته است و هم شرایط اجرای حدیث از جمله خلاف امتنان نبودن حاصل است. عذر بودن اشتباه در این اجزاء به معنای رفع شرطیت و جزئیت این اسباب است. به نظر ما آن‌جا که رضای معامل یا متعامل در اثر اشتباه خدشه‌دار می‌شود (اشتباهات موجب خیار) از آن‌جا که رفع حکم شرطیت رضا، مخالف امتنان و مصالح اشتباه‌کننده است، لذا اشتباه نمی‌تواند در عین ضربه وارد آوردن به رضا، شرطیت رضای سالم را بردارد، چراکه این مخالف امتنانی بودن حدیث رفع است.

بنابراین اشتباه در معاملات نه در ارکان و نه در اسباب فرعی عذر تلقی نمی‌شود، مگر آن‌جا که بتوان موردی از اسباب فرعی یا خاص را یافت که رفع آن اسباب مخالف امتنان نباشد.^۱ به نظر می‌رسد اشتباه در مسببات هم نمی‌تواند عذر تلقی شود چراکه اگر اشتباه به اسباب رکنی برخورد کند، بطلان اثر فقدان رکن است نه عذر تلقی شدن اشتباه و هنگامی که در این موارد اشتباه نمی‌تواند جزئیت و شرطیت اسباب را بردارد، از رفع حکم مسببی آن (صحت) هم عاجز است. در اجزاء غیر رکنی مانند لزوم معلوم بودن موضوع معامله نیز اشتباه نمی‌تواند حکم مسببی (جایز بودن عقد) را بردارد، چراکه رفع حکم جواز، مخالف امتنانی بودن حدیث رفع است.

چنان‌که می‌دانیم اثر اشتباه در معاملات به‌طور کلی از دو حالت خارج نیست یا موجب نفی قصد می‌شود که منتج به بطلان می‌گردد، یا موجب خدشه بر رضا می‌گردد که باعث ایجاد خیار می‌شود. در معاملات دلالت عذرت اشتباه حسب حدیث رفع، چه در احکام مسببی رکنی و غیر رکنی و چه در احکام سببی، قاصر است. این قصور در دلالت، گاهی از باب ناممکن بودن و گاهی از باب خلاف امتنان بودن می‌باشد، اما آن‌چه مهم است عذر نبودن اشتباه در معاملات است. یعنی اشتباه اثر خود را در صحت و بطلان، لزوم و جواز بدون هیچ مانعی از جمله حدیث رفع و سایر ادله عذر نبودن اشتباه می‌گذارد و این دلایل مانع اثرگذاری اشتباه نمی‌گردد.

پرسشی که در پایان این قسمت باید پاسخ داده شود این است که آیا ادله عذر بودن اشتباه، اشتباه موضوعی را هم در برمی‌گیرد یا تنها مختص اشتباه حکمی است؟ با توجه به تقریری که

۱- در احادیث مربوط به جهل و اشتباه راجع به حکم معامله ربوی دیدیم که اغلب فقها از جمله شیخ طوسی نه تنها حکم تکلیفی بلکه حکم وضعی را هم به سبب اشتباه مرفوع می‌دانستند. ایشان نه تنها چنین معامله‌ای را باطل نمی‌دانستند، بلکه بعد از علم به حرمت و بطلان معامله ربوی، لزومی بر رد مبلغ اضافی نمی‌دیدند. در توجیه این حکم باید گفت حرمت و بطلان معامله ربوی ناشی از حکم خاص شارع است و الا حسب اصول کلی و قواعد عمومی معاملات، این که معامله‌ای ربوی باشد منجر به ایراد به هیچ یک از ارکان رکنی (قصد) و غیر رکنی (رضا) معامله نمی‌گردد. از همین رو در برخی از ادیان الهی و اغلب نظام‌های حقوقی معامله ربوی نه نامشروع و نه باطل است. لذا شارع می‌تواند منع ربوی نبودن عقد (حکم مسببی مانعیت) را به جهت عذر تلقی شدن جهل و اشتباه، بردارد و چون حکم سببی مانعیت قابل رفع است حکم مسببی بطلان هم مرفوع است. البته ناگفته پیداست که این رفع حکم سببی و مسببی خلاف امتنان نیست چراکه از طرفی نه تنها به نفع اشتباه‌کننده است بلکه از طرف دیگر فرد مقابل نیز خود اقدام به معامله ربوی کرده است. اشتباه در خصوص لزوم تقدم ایجاب بر قبول در معاملات نیز چنین است، چراکه اشتباه در خصوص شرطی از معامله واقع شده است که نه رکن است و نه قبول اشتباه در آن خلاف امتنانی بودن رفع اثر اشتباه می‌باشد. از مثال اخیر نکته‌ای جدید قابل برداشت است و آن این که علاوه بر اشتباهات مبطل و موجب خیار ما شاهد نوعی اشتباه بی‌اثر هستیم که علت آن عدم تأثیر بر اراده مانند سایر اشتباهات بی‌اثر نیست بلکه علت آن عذر تلقی شدن اشتباه است.

بیان شد باید گفت اشتباه نمی‌تواند عذر تلقی گردد و این شامل اشتباه موضوعی هم می‌گردد. با این حال لازم است مسأله را از دیدگاه کلی‌تر آن‌طور که در مباحث اصولی راجع به معذوریت جاهل نسبت به حکم و موضوع مطرح است مورد بحث قرار دهیم. چنان‌که می‌دانیم ادله روایی راجع به عذر بودن جاهل و اشتباه (حتی اگر قائل به شامل شدن این ادله بر احکام وضعی شویم)، بجز حدیث رفع همه مربوط به جاهل و اشتباه نسبت به حکم می‌باشند و لذا از اشتباهات موضوعی منصرف هستند. اما همان‌طور که می‌دانیم اصولیان در مبحث شک ذیل ادله برائت به حدیث رفع و ما لایعلمون استناد جسته‌اند. در دلالت این حدیث بر شبهه حکمیه و موضوعیه اختلافاتی وجود دارد، اما مشهور اصولیان (انصاری، ۲/۲۹؛ و نیز نایینی، صدر، خمینی و خویی) معتقدند رفع در «ما لایعلمون» اطلاق داشته و هر دو جاهل به حکم و موضوع را در بر می‌گیرد.

به نظر ما شمول حدیث رفع و ادله دیگر بر شبهه موضوعیه و حکمیه، نمی‌تواند دلیلی بر عذر بودن اشتباه در موضوعات معاملات تلقی گردد، اما نه به این جهت که اشتباه با جاهل در این خصوص متفاوت است، بلکه به این دلیل که نهایت دلالت شمول ادله مذکور بر شبهات موضوعیه، برائت مکلف است. این برائت در حوزه احکام تکلیفی مورد وفاق است و در حوزه احکام وضعی، صرف نظر از اختلافات موجود، حتی اگر منجر به رفع حکم وضعی گردد در حیطه معاملات نمی‌تواند مفید فایده باشد. چراکه چنان‌که گذشت یا به‌خاطر برخورد اشتباه با ارکان معاملات، بطلان مفروض می‌گردد (بطلانی که با هیچ عذر و دلیلی قابل رفع شدن نیست و نمی‌توان به صرف تمسک جستن به عمومیت ادله عذریّت جاهل و اشتباه بر موضوعات، حکم وضعی (مسببی) بطلان را مرتفع دانست) و یا به‌خاطر امتنانی بودن ادله عذریّت از جمله حدیث رفع خیار مسجل می‌گردد (و قائل شدن به رفع حکم جواز و نفی خیار در اشتباه‌های وارده به اسباب فرعی، مخالف مقتضای امتنانی بودن آن‌ها می‌باشد).

البته توجه به عذر بودن جاهل در شبهات حکمیه و موضوعیه در اصول، چندان خالی از فایده نیست. چنان‌که می‌دانیم مشهور اصولیان تفحص و کاوش از ادله را در جاهل به حکم لازم می‌دانند درحالی‌که در جاهل به موضوع لزومی برای این تفحص دیده نمی‌شود. بنابراین ما نیز می‌توانیم بگوییم در اشتباه نسبت به قانون مدعی باید تفحص و کاوش از قانون را در حد معقول اثبات کند برخلاف اشتباه در موضوعات. این نتیجه نه تنها با برخی از پیکره نظام فقهی و اصولی ما هماهنگ است بلکه در قانون عقل و انصاف نیز به‌درستی جا می‌گیرد.

بنا بر آنچه به بیان آمد در مبحث معاملات به معنای خاص (اعمال حقوقی)، اشتباه فارغ از اثر آن (بطلان و خیار) خارج از حوزه ادله عذر بودن جهل و اشتباه قرار دارد و تمسک جستن به این ادله برای اثبات اثر اشتباه از اساس نادرست است. لذا به نظر می‌رسد آنان (موسوی، ۱۶۱، محسنی، ۴۲۳ به بعد) که در ارائه نظریه اشتباه در نظام حقوقی ما دست به دامن ادله عذر بودن اشتباه آویخته‌اند، راه به خطا رفته‌اند.

با استقراء در فقه امامیه درمی‌یابیم مواردی که جهل و اشتباه، حکم وضعی را مرتفع می‌کند اولاً مخصوص جهل و اشتباه نسبت به احکام است، در ثانی در این موارد نیز رفع حکم وضعی، منوط به اصابت نکردن اشتباه به ارکان عقد از یک طرف و مخالف امتنانی نبودن قاعده رفع است. در فقه در چند موضع جهل سبب مرفوع شدن حکم وضعی گشته است. عمده‌ترین این موارد عبارتند از:

۱- جهل به خیار و فوریت آن (قمی، ۴/۴۹؛ بحرانی، ۱۹/۴۴؛ محقق سبزواری، ۱۷۴؛ ق. م، ماده ۱۱۳۱)

۲- جهل شفیع در اعمال حق شفعه (شهید اول، ۳/۳۶۵؛ نجفی، ۳۷/۳۴۶؛ قمی، ۳/۱۷۴، سؤال ۷۳)

۳- جهل به حکم حرمت معامله ربوی

۴- جهل به حکم حرمت نکاح در عده (نجفی، ۲۹/۴۳۰؛ خوانساری، ۴/۲۳۵؛ حسینی روحانی، ۲۱/۲۸۰). همه این موارد راجع به جهل و اشتباه حکمی است. وانگهی رفع حکم وضعی در همه این موارد در چهارچوب دو شرط فوق‌الذکر واقع گشته است، یعنی نه تنها رفع حکم وضعی (به ترتیب لزوم، از دست دادن حق شفعه، بطلان، حرمت ابدی نکاح) خلاف امتنان نیست، بلکه جهل و اشتباه به ارکان معامله خیاری، معامله همراه حق شفعه، معامله ربوی و نکاح ایرادی وارد نکرده است. ممکن است گفته شود در حدیث چهارم (حدیث جهل و اشتباه نسبت به حکم حرمت نکاح در عده) از حضرت در خصوص جهل به موضوع هم سؤال شده است و ایشان گفته‌اند در جهل به موضوع هم عذریّت باقی است، باید گفت نه تنها در انصراف این بیان از جهل و اشتباه موضوعی مناقشات جدی صورت گرفته است (انصاری، ۲/۲۸ و بعد از آن؛ آخوند خراسانی، ۳۴۰ و بعد از آن)، بلکه حتی اگر بپذیریم که جهل و اشتباه در موضوعات نیز عذر تلقی می‌شود، تنها در قالب دو شرط (امکان و امتنان) که در بالا گفته شد، قابل قبول است.

به تعبیر دقیق‌تر اثر اشتباه از دو منظر قابل بحث است.. نخست از باب اثر فنی و حقوقی اشتباه بر اجزاء سازنده اعمال حقوقی (قصد و رضا) و دوم از باب عذر تلقی کردن اشتباه و بالمآل رفع و نادیده‌انگاشتن اثر اشتباه در اعمال حقوقی. چنان‌که گذشت اشتباه و تأثیر آن در معاملات بجز در موارد محدودی فارغ از ادله عذر تلقی شدن اشتباه قابل بحث است.

۳- اشتباه حکمی و قاعده عدم استماع جهل به قانون

درخصوص قاعده عدم استماع جهل به قانون باید گفت حسب این قاعده جهل و اشتباه^۱ نسبت به قانون عذر تلقی نمی‌شود. لذا این قاعده نمی‌تواند با احکام راجع به عذر تلقی شدن جهل و یا اشتباه در احکام که تفصیل آن گذشت یکی باشد و یا با آن هماهنگ باشد، مگر این‌که گفته شود مواردی که قانون و یا حتی فقها در باب عذر تلقی شدن جهل و اشتباه در احکام از آن‌ها یاد کرده‌اند به منزله چند استثناء وارد بر این قاعده می‌باشد (محسنی، ۴۳۸).^۲ به نظر می‌رسد آنچه در فقه و قانون مدنی درخصوص عذر تلقی شدن جهل و اشتباه ذکر شده است (مواد ۱۱۳۱، ۱۰۵، ۱۰۵۱، ۱۰۵۳ و ...) نه از باب استثناء بلکه از باب یک قاعده کلی بر اساس لطف و امتنان می‌باشد و فروکاستن این قاعده در حد یک استثناء با واقعیت‌های فقهی و حقوقی سازگار نیست. قاعده «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست» یک قاعده مستقل و جدید و مبتنی بر مصلحت‌های خاص خود است و با قاعده عذر تلقی شدن جهل و اشتباه نسبت به احکام نه تنها هیچ ارتباطی ندارد بلکه درست در مقابل آن صف‌آرایی می‌کند. یکی زاده مصلحت و نیازهای جامعه پیچیده امروزی برای حفظ نظم و کنترل ادعاهای بی‌شمار است و دیگری زاییده حقیقت و نازهای بی‌بدیل جامعه بی‌غل و غش پارسایان در پی کشف گوهر عدالت می‌باشد. بی‌دلیل نیست که زادگاه و حوزه نُضج‌یافتن قاعده نخست را باید در امور کیفری جستجو کرد، اموری که بیش از هر امری بر مصلحت‌های نظم عمومی بنیان نهاده شده است. حتی اگر مبنای این قاعده را مانند آنچه فرانسویان می‌گویند «فرض علم» بدانیم باز

^۱ - درواقع اشتباه نیز نوعی جهل است و ادعای اشتباه نسبت به قانون به نوعی ادعای جهل نسبت به قانون است.

^۲ - عدم درک اختلاف مبانی نظری میان دو قاعده عدالت محور در فقه و نظام حقوقی سنتی ما و قاعده مصلحت‌اندیش در نظام‌های حقوقی معاصر، منجر به سردرگمی محققان در این خصوص شده است. ایشان در یک‌جا با تمام قوت اثبات می‌کنند که جهل به قانون عذر تلقی می‌شود ولیکن در نتیجه‌گیری نهایی می‌گویند اصل عدم معذوریت جاهل است. باید گفت در معاملات اصل بر معذوریت است و در مسائل کیفری و مربوط به نظم اجتماعی اصل بر عدم معذوریت می‌باشد.

عده‌ای به تقللاً می‌افتند تا از این فرض علم ناعادلانه و غیر حقیقی رهایی یابند^۱ و دست به دامن «تقصیر ناشی از جهل به قانون» بزنند شاید که در پیش‌گاه عدالت بتواند وجدان خود را اندکی با اثبات تقصیر جاهل آرامش دهند. تقصیری که نه برای حفظ نظم عمومی و احترام به ضرورت‌های اجتماعی (کاتوزیان، ۱۲۱، ش ۱۱۳) و نه از باب آرمان‌خواهی که از باب مصلحت‌اندیشی بر جاهل بی‌تقصیر تحمیل می‌شود، تا نه تنها او و بلکه دیگران بدانند کوس حقیقت‌زدن در نظام‌های حقوقی معاصر دیگر صدای دلنشین عدالت‌خواهی سابق را به گوش نمی‌رساند!

در فقه ادعای اشتباه در همه حوزه‌های کیفری، عبادی و معاملی پذیرفته می‌شود. وانگهی مدعی از داشتن اصل عدم علم نیز در جانب خود سود می‌برد، درحالی‌که در نظام‌های حقوقی معاصر ادعای جهل و اشتباه به قانون به راحتی پذیرفته نمی‌شود و با ایجاد «فرض علم» مدعی از داشتن اصل عدم علم هم محروم می‌ماند. بنابراین دادرس در مقام دادخواهی با تفتّن بر این اختلاف باید آن‌جا که مصلحت نظم عمومی چیره است ادعای جهل و اشتباه را نپذیرد و یا حداقل به سختی آن را مورد قبول قرار دهد، درحالی‌که در آن‌جا که نظم عمومی و مصلحت‌های اجتماعی دیگر حضور ندارند مانند معاملات باید اصل را بر استماع ادعای جهل و اشتباه بگذارد و در این مسیر بر کشف حقیقت پافشارد و نه در رد یا قبول ادعای مدعی جهل و اشتباه بکوشد.

در این‌جا باز باید تأکید و یادآوری کرد اثر اشتباه در معاملات باید فارغ از بحث‌های اخیر مدّ نظر قرار گیرد. توضیح این‌که حتی اگر دادرس ادعای اشتباه را به دلیل آن‌که منجر به وقوع جرمی شده است نپذیرد، این رد ادعای اشتباه نمی‌تواند مانع تأثیر اشتباه در قصد و رضا معامله‌کننده باشد. پس اگر خرید و فروش بلیط‌های مسابقه فوتبال جنجالی شهرآورد به بیش از دو برابر قیمت مصوّب جرم باشد، ادعای اشتباه از حیث کیفری نباید اساساً مسموع باشد. لیکن چه مانعی دارد که به متهم خریدار این اجازه را بدهیم که اشتباه خود را اثبات کند و بر اساس اشتباه و عیب رضا معامله را فسخ کند. هم‌چنین نباید چنین تصوّر کرد اگر اشتباه در حوزه معاملات مطرح است و اصل بر استماع آن است لذا باید اشتباه را عذر تلقّی کرد و اثری بر آن مترتب نکرد. بلکه باز باید بر این نکته پافشاریم که آیا اشتباه به ارکان معامله لطمه وارد

^۱ - این فرض نمی‌تواند با واقعیت‌ها منطبق باشد، چراکه نه تنها بسیاری از افراد جامعه سواد خواندن قانون را ندارند، بلکه بسیاری از باسوادان نیز از وجود روزنامه رسمی که قوانین در آن انتشار می‌یابد بی‌اطلاع هستند، آن‌ها هم که از این روزنامه اطلاع دارند همیشه نمی‌توانند این روزنامه را تهیه کنند چراکه شمارگان این روزنامه بسیار اندک‌تر از جامعه مخاطبان آن است.

می‌آورد یا نه؟ و اگر به ارکان لطمه وارد نیاورد آیا رفع حکم اشتباه (رفع خیار و جواز) در حق اشتباه‌کننده لطف و امتنان است یا ظلم و اجحاف؟

با توجه به آنچه گذشت فرض قانونی (Fiction) که در حقوق فرانسه مطرح شده است نمی‌تواند مبنای خوبی برای قاعده «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست» باشد، چراکه این فرض به اعتقاد خود فرانسویان به مثابه یک دروغ قانونی است (Mensonge de la loi) و چنان‌که گذشت نمی‌تواند بسیاری از واقعیات را توجیه کند. آنچه به نظر ما می‌تواند مبنای این قاعده قرار بگیرد نظم عمومی و ضرورت‌های اجتماعی مربوط به آن است.

۴- اشتباه در آثار حکم

چنان‌که گذشت ادعای جهل و اشتباه نسبت به خود احکام و قانون در نظام فقهی و حقوقی ما با احترام و امتنان پذیرفته می‌شود. در صورت اثبات جهل و اشتباه و عدم تقصیر مدعی و نیز خلاف امتنانی نبودن پذیرش این ادعا باید حکم به پذیرش جهل و اشتباه کرد. اما درخصوص آثار و لوازم احکام شرعی و قانونی، مسأله متفاوت است. اصولاً ادعای اشتباه نسبت به آثار قانونی یک حکم وقتی مطرح می‌شود که درخصوص آن حکم ادعای اشتباهی نشده باشد، یعنی فرد مدعی درخصوص علم به وجود نفس حکم اعتراف دارد ولیکن مدعی جهل به آثار آن حکم است. در این صورت آیا باید ادعای او را عذر تلقی کرد یا نه؟ برخی معتقدند چنین ادعایی نباید پذیرفته شود چراکه وقتی اسباب یک موجود حقوقی (عمل حقوقی) محقق گشت «مسببات و لوازم آن اسباب به طور قهری و ضرورت عرفی و عقلایی مترتب خواهد شد و در ناحیه مسببات و لوازم کسی نمی‌تواند ادعای جهل و اشتباه کرده یا در بسیاری از آن لوازم شرط خلاف نماید! با تحقق اسباب، عرف و عقلاً آثار و لوازم را به آن مترتب می‌کنند چه متعاقدين به آن‌ها عالم باشند یا جاهل!» (موسوی، ۴۴۴).

به نظر می‌رسد باید بین آثار قانونی قهری که خلاف آن نمی‌توان توافق کرد و آثار قانونی که خلاف آن می‌توان توافق کرد از یک طرف و بین آثار قانونی و عرفی از طرف دیگر تفاوت نهاد. چنان‌که گفته شد آثار قانونی و شرعی تابع جهل و علم نیستند، همین که کسی اصل حکم و قانون را بداند، آثار و لوازم قانونی آن نیز قهراً جاری می‌شود. اما این حکم مخصوص آن دسته از آثار و لوازم قانونی است که نتوان خلاف آن شرط کرد. فرض کنید «الف» در منطقه آزاد تجاری کیش خودرویی را با قیمت مشخصی به «ب» که تبعه بحرین است می‌فروشد. از

جمله آثار بیع تأدیه ثمن است. شرایط تأدیه ثمن اعم از نوع ثمن (ریال، دلار و ...)، محل پرداخت آن، زمان پرداخت آن و ... همه جزو احکام تکمیلی است که نه تنها عرف می‌تواند برخلاف نظر قانون اظهار وجود کند، بلکه اراده و توافق متعاقدين نیز می‌تواند برخلاف هر دوی قانون و عرف حرف نهایی را بزند. چرا ادعای اشتباه نسبت به عرف و نیز توافق به عمل آمده در خصوص محل و زمان پرداخت ثمن از جانب هر یک از «الف» و «ب» نباید پذیرفته شود؟ اگر «الف» در خصوص اثر قهری تملیک یا تملک اشتباه کند و چنین تصور نماید که با عقد بیع، خودرو به تملک «ب» وارد نشده است و تنها او (الف) متعهد به تملیک خودرو به «ب» است (اشتباه در اثر تملیکی عقد بیع)، اشتباه او پذیرفته نمی‌شود، چراکه این نوع اثر فارغ از علم و جهل و خارج از اختیار متعاملین است و به طور قهری با تحقق مقتضی (ایجاب و قبول و ...) و فقدان مانع (مثلاً نبودن اشتباه مانع اراده) یا به عرصه وجود می‌نهد. بنابراین «الف» نمی‌تواند با ادعای اشتباه در خصوص این اثر بیع، بطلان یا جواز عقد بیع را مطالبه کند. اما پرداخت ثمن در منامه یا کیش، نوع آن به ریال یا دلار و ... که یقیناً از آثار معامله بیع است به طور قهری و فارغ از علم و جهل متعاملین ایجاد نمی‌گردد، لذا ادعای اشتباه در این خصوص باید شنیده شود و حسب اثر آن حکم مقتضی (بطلان، جواز و صحت بیع) را صادر کرد.

در این جا سخن از قبول کردن یا نکردن ادعای اشتباه در حوزه ثبوتی است. سخن بر سر این است که اساساً و ثبوتاً فرد نمی‌تواند نسبت به آثار قهری و شرطناپذیر اعمال حقوقی ادعای اشتباه کند و اجازه سخن به او در این باب داده نمی‌شود. شاید بتوان گفت یکی از جمله مصادیق قاعده «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست» در معاملات، همین جهل به آثار قهری احکام می‌باشد.^۱ لیکن ادعای اشتباه در خصوص آثار غیر قهری و قابل توافق اعمال حقوقی از اساس قابل استماع است و در صورت اثبات اشتباه حسب این که اثر آن نافی قصد باشد و یا به رضا ضربه وارد آورد باعث بطلان یا خیار می‌گردد.

ه- اشتباه در قوانین امری و قوانین تکمیلی

این سخن که اشتباه ناشی از بی‌اطلاعی نسبت به قانون تکمیلی یا تفسیر نادرست آن

^۱ - ممکن است ایراد شود چگونه نسبت به خود احکام ادعای جهل و اشتباه قابل استماع است اما نسبت به آثار قهری آنها چنین ادعایی پذیرفته نمی‌شود؟ مگر نه این که اثر قهری احکام مثلاً تملیکی بودن بیع، خود جزو احکام هستند؟ باید گفت هرگاه انسان امری را اراده می‌کند لوازم قهری آن را نیز اراده می‌کند. بنابراین وی نمی‌تواند مدعی شود بیع را می‌خواهد اما به خاطر اشتباه اثر تملیکی بیع را نمی‌خواهد.

تأثیری بر اعتبار قرارداد ندارد و قلمروی عذر بودن اشتباه، محدود به قواعد امری است (محسنی، ۵۱)، جای تأمل بیشتری دارد. هرگاه اشتباه بر عناصر سازنده قرارداد (قصد و رضا) خدشه وارد آورد، می‌تواند اعتبار قرارداد را با بطلان و خیار تهدید کند. سبب این اشتباه می‌تواند هر امری از جمله بی‌اطلاعی نسبت به قانون تکمیلی یا تفسیر نادرست آن باشد. حتی اگر مراد از تأثیر نداشتن بر اعتبار قرارداد این باشد که اشتباه در قواعد تکمیلی عذر تلقی نمی‌شود و مختص قواعد امری است، باز این سخن چندان دقیق نیست چراکه قواعد تکمیلی هرگاه که مورد توافق قرار گرفت هم‌چون قواعد امری لازم‌الاتباع است و بنا به اصطلاح معروف، قرارداد قانون طرفین است و لازم‌الاتباع می‌باشد. پس از جهت لازم‌الاتباع بودن فرقی میان این دو نیست. حال اگر مراد از عذر بودن این باشد که اشتباه در حالت عادی عذر تلقی نمی‌شود و اثر خود را اعم از بطلان و خیار و... در پی دارد ولیکن به دلالت ادله عذر بودن اشتباه، اشتباه اثر نمی‌کند؛ منطقاً باید گفت اگر قرار باشد اشتباه اثر نکند (عذر باشد) باید در قواعد تکمیلی اثر نکند و نه در قواعد امری؛ چراکه در قواعد تکمیلی همه چیز به اراده طرفین برمی‌گردد درحالی‌که اراده قانون‌گذار در قواعد امری فائق بر اراده متعاملین است و لذا اشتباه هریک از متعاملین باید در حوزه اراده خود (قواعد تکمیلی) اثر کند و نه در حیطه اراده برتر از اراده آن‌ها (قواعد امری). به نظر می‌رسد بیان این محقق ناشی از تلقی خاص ایشان از عذر بودن یا نبودن اشتباه و مباحث مربوط به آن می‌باشد، تلقی‌ای که از نظر ما چنان‌که گذشت کامل نیست.

۶- تأثیر سبب اشتباه در حکم اشتباه حکمی

سبب اشتباه درخصوص احکام و قوانین می‌تواند متفاوت باشد. گاهی انسان به تصور وجود حکم یا قانونی اقدام به انعقاد قراردادی می‌کند ولیکن بعد کاشف به‌عمل می‌آید که چنین حکم و قانونی اصلاً وجود نداشته است. اما گاهی انسان به‌خاطر اشتباه در تفسیر یک حکم یا قانون دچار اشتباه در قرارداد می‌گردد. اگر بخواهیم اشتباه اخیر را در قالب احکام شبهه حکمیه و علل آن تطبیق دهیم باید گفت اشتباه ناشی از تفسیر نادرست حکم یا قانون از سه حالت خارج نیست؛ ۱- به‌خاطر فقدان نص ۲- به‌خاطر تعارض نص ۳- به‌خاطر اجمال نص. به نظر می‌رسد اسباب متفاوت اشتباه نمی‌تواند باعث اختلاف در اثر اشتباه شود. البته از جهت اثبات اشتباه، باید بر مدعی اشتباه در سبب نخست (تصور وجود حکم یا قانون)، نسب

به سبب دوم (اشتباه در تفسیر به هر سه صورت) سخت‌گیری بیشتری کرد.

۷- استقلال اشتباه حکمی در اثر خود

آیا اشتباه حکمی در اثر خود استقلال و اصالت دارد و می‌تواند در عرض اشتباهات موضوعی مورد بحث قرار بگیرد؟ باید گفت مسأله از دو دیدگاه قابل تعقیب است. نخستین دیدگاه به تحلیل فنی و حقوقی اثر اشتباه بر اجزاء سازنده عمل حقوقی (قصد و رضا) برمی‌گردد. از این دیدگاه اشتباه به هر علتی که باشد، چه به علت اشتباه حکمی و چه به علت اشتباه موضوعی، مهم اثر اشتباه بر قصد و رضا است. اگر این اشتباه قصد را از میان بردارد و یا به رضا لطمه وارد آورد سبب بطلان و خیار می‌گردد و فرقی از این جهت میان اشتباه حکمی و موضوعی وجود ندارد. هیچ دلیلی نیز وجود ندارد که مانند برخی اساتید (کاتوزیان، ۱/۳۹۸) اشتباه حکمی را تابع اشتباه موضوعی بدانیم و آن را طفیلی اشتباهات موضوعی خاص مانند اشتباه در موضوع معامله و یا شخص طرف قرارداد قرار دهیم. بلکه این هر دو (اشتباه حکمی و موضوعی) از جهت تحلیل فنی و اثرگذاری آن بر قصد و رضا به یک اندازه به هم شباهت دارند. فرض کنید شرکت تولید و نصب تجهیزات پزشکی بایر حسب قراردادی با بیمارستان رضوی مشهد خود را ملزم به نصب سه دستگاه ماموگرافی برای این بیمارستان می‌کند و بیمارستان هم به دلیل اشتباه در حکم قانونی «لزوم آموزش کادر فنی درخصوص نحوه کار این دستگاه»، بعد از نصب این سه دستگاه موضوع قرارداد را انجام شده تلقی می‌کند ولیکن بعداً متوجه لزوم آموزش کادر فنی خود می‌شود. درواقع رضای بیمارستان به جهت اشتباه مورد خدشه قرار گرفته است، چه تفاوتی می‌کند این رضای ناقص را معلول عیب ناشی از اشتباه در موضوع معامله بدانیم (عدم ارائه آموزش لازم که جزئی از موضوع معامله بوده است) یا معلول عیب ناشی از اشتباه در حکم قانونی معامله بدانیم؟

از دیدگاه دیگری نیز می‌توان گفت اشتباه حکمی در اثر خود استقلال و اصالت دارد و می‌تواند در عرض اشتباه موضوعی مورد بررسی قرار گیرد. دیدگاه دوم به عذر تلقی کردن اشتباه برمی‌گردد. توضیح آن که اشتباه (قانونی یا موضوعی) می‌تواند باعث بطلان یا خیار در قراردادها گردد. اما اگر اشتباه عذر تلقی شود اصولاً باید اثر آن منتفی شود و گویی اشتباهی رخ نداده است. در این صورت اشتباه نمی‌تواند حقوق و منافع فرد اشتباه‌کننده را تهدید کند. در مثال‌های ذکر شده راجع به اشتباه در حکم خیار، نکاح در عده، حرمت ربا و... اگر اشتباه

عذر تلقی نشود، منجر به از دست دادن خیار، حرمت ابدی نکاح و بطلان بیع ربوی می‌گردد، درحالی‌که با عذر تلقی شدن اشتباه هم خیار ثابت می‌ماند و هم بعد از انقضای عده، نکاح مجدد صحیح است و هم بیع ربوی باطل نمی‌گردد. در مثال‌های یاد شده اشتباه حکمی به جهت این‌که عذر تلقی می‌شود اثر متفاوتی با اشتباهات موضوعی دارد. به تعبیر روشن‌تر در برخی اشتباهات حکمی، چون اشتباه می‌تواند عذر تلقی شود لذا می‌تواند جزئیت، شرطیت و یا مانعیت را بردارد، درحالی‌که در اشتباهات موضوعی چنین نیست.

نتیجه‌گیری

اختلاف مصلحت‌های دو نظام فقهی و حقوقی، احکام متفاوت اشتباه حکمی در مباحث حقوقی و کیفری، تقسمات متنوع حکم در فقه و حقوق از جمله عواملی است که سبب تزیاید پیچیدگی‌های اشتباه حکمی در فقه و حقوق گشته است. این پژوهش با رویکردی فقهی و حقوقی درصدد ارائه تبیینی نو از این موضوع است. به نظر می‌رسد اشتباه حکمی در احکام و آثار، طفیلی اشتباه موضوعی نیست؛ بلکه اشتباه حکمی از این جهت که خود می‌تواند قصد و رضا را مورد ایراد قرار دهد، در اثر و حکم دارای استقلال است. وانگهی اشتباه حکمی از جهت عذر تلقی شدن اشتباه نیز، بر اصالت و استقلال خود از اشتباه موضوعی مصر است. توضیح آن‌که در برخی اشتباهات حکمی، چون اشتباه می‌تواند عذر تلقی شود، لذا می‌تواند جزئیت، شرطیت و یا مانعیت را بردارد، درحالی‌که در اشتباهات موضوعی چنین نیست. با رد ادله عذر تلقی نشدن اشتباه، در تبیین عذر تلقی شدن اشتباه معتقدیم اسباب اعمال حقوقی در قوام آن‌ها گاهی نقش اساسی و هرازگاهی نقش فرعی دارند. اگر اشتباه به اسباب اساسی و رکنی مانند قصد لطمه وارد آورد، عمل حقوقی به‌خاطر فقدان رکن باطل است و دیگر عقدی وجود نخواهد داشت تا بتوان بر سر عذر بودن اشتباه در آن بحث شود. بنابراین اشتباه در حوزه اسباب رکنی مشمول حدیث رفع نمی‌گردد. این درحالی است که اشتباه به‌دلیل عذر بودن باید توان رفع اسباب فرعی را داشته باشد، چراکه هم معامله‌ای عرفاً شکل گرفته است و هم شرایط اجرای حدیث رفع از جمله خلاف امتنان نبودن می‌تواند حاصل آید. عذر بودن اشتباه در این اجزاء به‌معنای رفع شرطیت و جزئیت این اسباب است. البته به اعتقاد نگارنده آن‌جا که رضای معامل یا متعامل در اثر اشتباه خدشه‌دار می‌شود (اشتباهات موجب خیار)، از آن‌جا که رفع حکم شرطیت رضا، مخالف امتنان و مصالح اشتباه‌کننده است، بنابراین اشتباه در

عین ضربه وارد آوردن به رضا، نمی‌تواند شرطیت رضای سالم را بردارد؛ چراکه این مخالف امتنانی بودن حدیث رفع است.

بنابراین به‌رغم اعتقاد به عذر بودن اشتباه، اشتباه در معاملات نه در ارکان و نه در اسباب فرعی عذر تلقی نمی‌شود، مگر آن‌جا که بتوان موردی از اسباب فرعی را یافت که رفع آن اسباب مخالف امتنان نباشد. به تعبیر روشن‌تر اگرچه اشتباه عذر تلقی می‌شود اما دو شرط برای عذر تلقی شدن آن وجود دارد. نخست امکان عذر تلقی شدن و عدم لطمه به ارکان (برخلاف اشتباه نافی قصد)، دوم امتنانی تلقی گشتن عذر (برخلاف اشتباه موجب خیار). بنابراین اشتباه در معاملات به‌رغم عذر تلقی شدن، بدون هیچ مانعی از جهت عذر بودن آن، اثر خاص خود را (بطلان و خیار) بر جا می‌گذارد.

تفکیک و تبیین حوزه دو قاعده «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست» و «عذر تلقی شدن اشتباه» نیز از نتایج دیگر این پژوهش است. درواقع قاعده نخست که مبتنی بر مصلحت‌های خاص خود است، قاعده‌ای جدید و مستقل از قاعده دوم می‌باشد. این دو قاعده نه تنها با هم هیچ ارتباطی ندارند بلکه درست در مقابل یکدیگر صف‌آرایی می‌کنند. قاعده نخست، زاده مصلحت و نیازهای جامعه پیچیده امروزی برای حفظ نظم و کنترل ادعاهای بی‌شمار است؛ درحالی‌که قاعده دوم، زائیده حقیقت و نازهای بی‌بدیل جامعه بی‌غل و غش پارسایان در پی کشف گوهر عدالت می‌باشد.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم، *کفایه الاصول*، بی‌جا، تحقیق و نشر مؤسسه آل‌البیت للاحیاء التراث، بی‌تا.
- آخوندی، روح‌الله، «مفهوم جهل»، *دو فصل‌نامه معارف اسلامی و حقوق*، مرکز تحقیقات میان‌رشته‌ای علوم انسانی و اسلامی دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۱.
- اصفهان‌ی، محمد حسین، *الفصول الغریبه*، دار الاحیاء العلوم الاسلامیه، ۱۴۰۴ق.
- امام، سید محمد کاظم، *مکتب معتزله*، یک فصل از *تاریخ حرکات فکری و عقلی ایرانی در قرن سوم هجری*، چاپ نیک‌پو، بی‌تا.
- انصاری، مرتضی، *فرائد الاصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۹ق.
- بحرانی، یوسف، *الحادثی الناظره*، تحقیق محمد تقی الایروانی، قم: جماعه المدرسین، بی‌تا.
- حسینی روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق (ع)*، قم: مؤسسه دار کتاب، الطبعة الثالثة، ۱۴۱۴ق.

- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الى تحصیل المسائل الشریعة*، التحقیق شیخ محمد رازی، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، بی تا.
- خمینی، روح الله، *البیع*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *تهذیب الاصول*، تقریر جعفر سبحانی، قم: مؤسسه اسماعیلیان، بی تا.
- خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک*، تحقیق علی اکبر غفاری، تهران: مکتبه الصدوق، الطبعة الثانية، ۱۴۰۵ ق.
- خوانساری، موسی بن محمد نجفی، *منیه الطالب فی شرح المکاسب*، تقریرات نائینی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی العاملی، *الدروس الشرعیة*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۴ ق.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، *تکمله العروة الوثقی*، قم: مکتبه داوری، بی تا.
- قمی، میرزا ابوالقاسم، *جامع الشتات*، تحقیق مرتضی رضوی، بی جا: مؤسسه کیهان، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳ ق.
- فاضل، محمود، *معتزله، بررسی و تحقیق در احوال و آراء و افکار و آثار معتزله*، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۲.
- کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق*، تهران: انتشارات دانشکده علوم اداری و مدیریت بازرگانی، چ سوم، ۱۳۵۲.
- کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چ چهاردهم، ۱۳۷۶.
- کاظمی خراسانی، محمد علی، *فوائد الاصول*، تقریرات نائینی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۰۹ ق.
- لطفی، هدایت الله، «صلح و منزلت انسانی»، *تأملاتی در مفاهیم قاعده حقوقی، ارزش اخلاقی و بشریت*، بر منہج عدل حق، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
- محسنی، سعید، *اشتباه در شخص طرف قرارداد با مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی، حقوق ایران و فرانسه*، به راهنمایی حمید بهرامی احمدی، رساله دکتری، دانشگاه امام صادق (ع)، تابستان ۱۳۸۶.
- محقق سبزواری، کفایه الاحکام، اصفهان: مدرسه صدر مهدوی، بی تا.
- معروف الحسنی، هاشم، *شیعه در برابر معتزله و اشاعره*، مشهد: بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس، چ دوم، ۱۳۷۶.
- مکارم شیرازی، ناصر، *دائرة المعارف فقه مقارن*، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب، چ نخست، ۱۳۸۵.

موسوی، سید محمد صادق، مبانی نظری جهل و اشتباه و آثار آن بر اعمال حقوقی، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چ نخست، ۱۳۸۲.

نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، تحقیق للشیخ علی الآخوندی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، الطبعة التاسعة، ۱۳۶۵.

_____، جواهر الکلام، التحقيق الشيخ محمود القوچانی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، الطبعة الثالثة، ۱۳۶۷.

یحیی بن شرف، النووی، شرح النووی علی مسلم، دارالخیر، ۱۴۱۶ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۶
بهار ۱۳۹۳، ص ۸۰-۵۳

تغییر فتوا و زمینه‌های آن در فقه اهل سنت*

عبدالسلام امامی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: betoshy@gmail.com

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: naseri1962@gmail.com

چکیده

در آرای مذاهب اسلامی مسأله تغییر فتوا از جمله مسائل مهمی است که در دوران معاصر و قدیم، در مورد آن بحث شده است. جواز تغییر فتوای مفتی را همه مذاهب اسلامی به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته‌اند و از دیدگاه آن مذاهب جایز است که مفتی از فتوای خود، رجوع نماید. بنابراین گزاره کلی نگارندگان در مقاله حاضر در پی پاسخ به این سؤال که چه عواملی در تغییر فتوا مؤثر هستند، دیدگاه فقیهان اهل سنت را بررسی و عواملی را بر حسب استقرا از تضاعیف گفتار آنان بدست آورده و در پی بیان امثله فقهی آن می‌باشند. نگارندگان به طور کلی شش عامل را باعث دگرگونی فتاوی فقیهان اهل سنت دانسته که عبارتند از: ۱. «تغییر در عرف واقتضائات زمان»، ۲. «ملاحظه مکان»، ۳. «تغییر در احوال اهل عصر»، ۴. «بازتحلیل موضوع از سوی مجتهد»، ۵. «تجدید نظر مجتهد در دلایل و مبانی فتوای سابق» و ۶. «دسترسی مجتهد به دلایل تازه».

کلیدواژه‌ها: فتوا، مفتی، فقیهان اهل سنت، تغییر، عوامل.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۶/۱۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۲/۰۸.

طرح مسأله

شریعت اسلام متضمن مصلحت دین و دنیای بندگان می‌باشد و آن چنان برخوردار از عناصر جاودانگی و ظرفیت و انعطاف است که آن را شایسته هر زمان و مکانی ساخته است. شریعت اسلام که پایان بخش شرایع آسمانی است، برای تمام انسان‌ها در همه زمان‌ها و مکان‌هاست و برای رشد عقل، جان، تن، عواطف و روابط امور دنیا و آخرت بشر کاربرد دارد و او را سعاتمند می‌سازد. گوهر شریعت، که با فطرت انسانی موافق است، دگرگونی نمی‌پذیرد اما صدف آن که همان شیوه عمل به دین باشد، دگرگون می‌گردد. این جاست که فقیهان، احکام را به ثابت و متغیر یا قوانین و مقررات تقسیم کرده‌اند، بدین معنا که قوانین که گوهر دین و هماهنگی با فطرت هستند، دگرگونی نمی‌پذیرند، اما مقررات که شیوه تطبیق آن بر زندگی است، قابل دگرگونی هستند. از جمله عناصر جاودانگی این شریعت این است که فتوا در آن با تغییرات زمانی، مکانی، عرف، شرایط و اوضاع و عوامل فراوان دیگری، تغییر می‌یابد.^۱ مسلمانان و امت اسلامی درباره احکام دین خود می‌پرسند تا بدانند کدام عبادتشان روا و کدام یک نارواست و حلال و حرامشان در معاملات کدام است؟ برای پاسخ‌گویی به این مسأله در بسیاری از کشورهای اسلامی منصب و مقام «مفتی و افتا» در نظر گرفته شده است و به دلیل اهمیتی که جایگاه افتا دارد، کتاب‌هایی درباره شرایط و آداب مفتی و مستفتی، تألیف شده است. بر مفتی واجب است به پرسش‌های فقهی دیگران پاسخ بدهد، و به تبیین آن‌ها بپردازد. اصل در پاسخ‌های مفتی بر این است، که باید از روی پژوهش و اجتهاد خود سخن بگوید؛ و پاسخ‌گوی رخ داده‌های واقعی امت باشد؛ و از پاسخ به مسائل فرضی و غیر واقعی دوری نماید. مهم‌ترین امری که در فتوا باید به آن توجه داشت، شناخت و مراعات زمینه‌ها و لوازم تغییر فتواست. بحث تغییر فتوا و عوامل آن از مطالب مهم فقه می‌باشد که علما به آن توجه داشته‌اند و لذا پاسخ به این دو سؤال برای پژوهش‌گر در دنیای فقه بایسته و ضروری است که آیا تغییر فتوا جایز است و چه عواملی در تغییر فتوای فقیهان مؤثر می‌باشد؟

۱- ادبیات نظری پژوهش

۱-۱ معنانشناسی واژگان مرتبط

۱-۱-۱ فتوا در میزان لغت و اصطلاح فقیهان

واژه‌ی «فتوا» در لغت اسم مصدر و به معنای فرمان فقیه و مفتی و آنچه فقیه برای مقلدان

^۱. جهت اطلاع بیشتر رک: قرضای، عوامل السعة و المرونة فی الشريعة الإسلامية.

خود، یا درباره‌ی حکم شرعی بیان می‌دارد، است، در زبان عرب هنگام پاسخ دادن مسائل شرعی گفته می‌شود «افتیته فتوی وفتیاً».^۱ واژه استفتاء نیز در لغت به معنی درخواست جواب یک امر مشکل؛ فتوا خواستن و فتوا پرسیدن می‌باشد.^۲ فتوا در اصطلاح فقیهان عبارتست از: بیان کردن و خبر دادن از حکم شرعی از روی دلیل و بر وجه غیر الزام (الموسوعة الفقهية، ج ۳۲، ذیل فتوا).^۳

۱-۱-۲ الفاظ مرتبط با «فتوا»

از جمله واژگان مرتبط با فتوا، مُفتی است که در لغت اسم فاعل فعل أَفْتَى یُفْتِی است. به هر کس که یک بار فتوا دهد مُفتی گفته می‌شود، اما مفتی در عرف شرعی دارای معنای خاصی می‌باشد. صیرفی می‌گوید: «مفتی کسی است که در امور دینی برای مردم فتوا می‌دهد و عالم به عام و خاص قرآن، ناسخ و منسوخ آن، سنت و استنباط می‌باشد» (الموسوعة الفقهية، ج ۳۲، ذیل واژه فتوا). زرکشی نیز گفته است: «مفتی کسی است که عالم به تمام احکام شرعی باشد» (همان).^۴

۱-۱-۳ «تغییر فتوا» در میزان شناخت

۱-۳-۱-۱ تغییر فتوا در نگاه فقیهان اهل سنت

از جمله مسائلی که میزان بیان احکام در نگاه فقیهان اهل سنت می‌باشد «عرف» و «مقتضیات زمان و مکان» است. آنان معتقدند: احکامی که بر اجتهاد مبتنی است، با تحول زمان

^۱ گفته می‌شود «تفاوتوا الی فلان» یعنی: آنان حکم فتوا را پیش کسی بردند - آنان برای گرفتن فتوا نزد کسی رفتند. هنگام تعبیر کردن خوابی را که یک نفر دیده است، گفته می‌شود: افیت فلانا رؤیا رآها» و در قرآن مجید نیز آمده است «یا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِی فِی رُؤْیَايَ اِنْ كُنْتُمْ لِلرُّؤْیَا تَعْبِرُونَ» (یوسف ۴۳).

^۲ مشتقات این کلمه نیز در قرآن آمده است: «وَلَا تَسْتَفْتِ فِيهِمْ مِنْهُمْ أَحَدًا» (کهف/ ۲۲)؛ «فَاسْتَفْتِهِمْ أَهَمْ أَسَدُ خَلْقًا أَمْ مَنْ خَلَقْنَا» (صافات/ ۱۱).

^۳ جهت اطلاع بیشتر در زمینه فتوا و شرایط آن ر. ک: نووی، آداب الفتوی، ۳۰-۱۹؛ حرانی، ۲۹-۶؛ خنجی، ۱۱۲-۱۰۰؛ احمدنگری، ۶۵۹-۶۵۲؛ حسنین، ۸۵-۸۰.

^۴ از دیدگاه اصولیان واژه مفتی به معنای مجتهد می‌باشد. (ابوحیب، ۲۸۱). خنجی در تعریف مفتی و انواع آن گفته است: «مفتی به معنی کسی است که در مسایل شرعی فروع دین، فتوا و نظر دهد؛ مفتی دو نوع است: مفتی مجتهد که از اجتهادات خود خبر می‌دهد مانند امام ابوحنیفه که پادشاه باید به فتوای او عمل کند و مفتی مقلد که از کتب معتبره در مذهب، استنباط حکم می‌کند (خنجی، ۱۰۰).

^۵ البته این مطلب اختصاص به فقیهان اهل سنت نداشته و در آراء فقیهان امامیه نیز قاعده‌ای به نام «الاحکام یتغیر بتغیر الزمان و المكان» وجود دارد که نشان از آنچه اهل سنت قبول دارند، اجمالاً می‌باشد. برای مثال ر. ک: شهید اول، ۱/۱۵۱؛ طباطبایی یزدی، ۷۵/۲ و... در میان آرای مرحوم امام نیز فتاوی و وجود دارد که حاکی از توجه به مصلحت و عرف می‌باشد از جمله: ۱. مسأله معادن زیر زمینی و حکم به تعلق آن‌ها به دولت، هر چند در ملک شخصی افراد وجود داشته باشد. (خمینی، استفتانات، ۵۸۹/۲-۵۸۸). ۲. مسأله کنترل موالید و جلوگیری از افزایش رشد جمعیت. ۳. مسأله‌ی شطرنج و جواز آن. (صحیفه نور، ۳۴/۱ و ۳۴). ۴. مسأله اختیارات حکومت. (همان، ۱۷۱/۲). ۵. جواز خرید و فروش خون. (همان، ۳۴/۲۱؛ خمینی،

و مکان و احوال متحول می‌شوند. افراد بسیاری همانند: قرافی (الفروق، ۱۷۷/۱-۱۷۶)، ابن عابدین (۱۲۳/۲-۱۲۲)، تمیمی نجدی (خیاط، ۹۳-۹۲)، ابوليث حنفي (مدرس، ۸۳۴/۲)، مسکویه (احمد امین، الاجتهاد فی نظر الاسلام، ۱۴۹)، ابن قیم (اعلام الموقعین، ۳/۳)، شیخ محمد عبده (بهی، ۱۳۶)، ابوزهره (تاریخ المذاهب الاسلامیه، ۳۵۵)، قرضاوی (سبب شناسی تغییر فتوا، ۵۱)، حسن ترابی (یحیی محمد، التغير فی الفتوى، الانماط والعوامل، ۲۵۸-۲۵۱؛ قلعي، ۳۷-۳۰؛ مکارم شیرازی ۹-۷)، وهبه زحیلی (زحیلی، اصول الفقه الاسلامی، ۱۱۷/۱-۱۱۶؛ زحیلی وعطیه، ۱۸۵-۱۸۱)، عبدالوهاب خلاف (علم اصول فقه، ۹۱) و ... آن را مورد اهتمام خود در بیان احکام قرار می‌دهند. لازمه لاینفک بها دادن به این دو عنصر در نظام فکری فقیه، قائل شدن به ابتدای فتوا بر این دو عنصر می‌باشد که در واقع پذیرفتن امکان تغییر آن می‌باشد. امام صادق (ع) راجع به اهمیت شناخت زمان می‌فرماید: «آن کس که آگاه به زمانش است، هرگز در گردباد حوادث دامن به گمراهی نیالاید»^۱ (مجلسی، ۳۰۷/۶۸) بر این اساس است که فقیهان اهل سنت معتقدند: آنچه را که خلیفه دوم، عمر بن خطاب انجام داده است و برخی از احکام را بنابر تغییر زمان، شرایط و احوال تغییر داده است اگرچه درباره آن‌ها نص هم وجود داشته است، اما عمر چون زمامدار جامعه‌ی اسلامی بوده و با توجه به مصلحتی که خود تشخیص داده است، آن احکام را تغییر داده است و صحابه نیز بر او ایراد نگرفتند و بیشتر فقیهان اهل سنت نیز این کار وی را تأیید نموده‌اند مانند آنچه که وی در مورد سهم «مؤلفه‌القلوب» و نیز در قضیه «طلاق ثلاثه» انجام داده است.^۲ در بحث تغییر فتوا یکی از سوال‌های اساسی این است: آیا در صورت تجدید حادثه یا استفتاء، تجدید اجتهاد از سوی مفتی لازم است یا نه؟ در پاسخ به این سوال دیدگاه عالمان اهل سنت ذکر می‌شود. وهبه زحیلی از علمای معاصر اهل سنت در این باره چنین می‌گوید: «تغییر در فتوا یا حکم مجتهد، گاهی ممکن است از باب تبدل رأی و تغییر در رأی قبلی باشد و آن مواردی است که مجتهد در اثر تأمل بیشتر و مطالعه مجدد در دلیل حکم و نظر قبلی، تجدید نظر پیدا کرده و بر بطلان رأی قبلی

المکاسب المحرمه، ۳۸/۱). این چند نمونه که ذکر شد نشان می‌دهد چگونه امام خمینی در مقام فتوا به مسأله مصلحت و تبدل حکم به تبدل عرف توجه داشت و چگونه حتی در دفاع از این رویکرد نوین، به آسیب‌های جمود بر ظاهر ادله‌ی لفظی توجه می‌داد. جالب آن‌که در برخی از این احکام، از قبیل مسأله معادن، نظر امام ظاهراً با آن چه در تحریر و حاشیه عروه آورده تفاوت دارد و این گواهی دیگر بر تبدل اجتهاد حتی برای يك مجتهد در زمان‌های متفاوت است (بی‌آزار شیرازی، ۴۵-۵۵؛ مبلغی، ۱۴۰-۱۲۳).

^۱. العالم بزمانه لاتنهجُم علیه اللوابس.

^۲. رک: یحیی محمد، «الفقه ومقتضیات الزمان»، ۲۱۴ به نقل از محمد عماره، «هل يجوز الاجتهاد مع وجود النص»، مجلة منبر الحوار، شماره ۱۴۱۰/۱۳، ص ۱۰۰.

رسیده و براساس دلیل تازه به نظریه جدیدی می‌رسد و در این تغییر در دلیل، صورت رأی و نظر قبلی تغییر یافته است اگر چه در موضوع و ملاک و عنوان حکم اولی هیچ‌گونه تغییری صورت نگرفته است. گاهی هم به سبب دگرگون شدن عرف، یا مصالح مردم، یا مراعات ضرورت، یا فساد اخلاق مردم، یا ضعف وجدان دینی و یا تحول زمان و نظم و ترتیب جدید، احکام شرعی تغییر می‌کند. بنابراین برای تحقق مصلحت و دفع مفسده و احقاق حق و خیر، تغییر حکم شرعی لازم است.» (زحیلی، اصول الفقه الاسلامی، ۱۱۷/۱-۱۱۶). فقهای حنفیه معتقدند مفتی یک شهر لازم است عرف مردم آن‌جا را در زمان فتوا بداند و مفتی باید بر اثر تغییر زمان و تغییر عرف و با توجه به شرایط جدید دوباره فتوا بدهد (یحیی محمد، الفقه و مقتضیات الزمان، ۲۰۷). در میان فتاوی فقهای متقدم، مواردی وجود دارد که نمی‌توان حکم آن‌ها را بر همه‌ی موارد تعمیم داد، چون آنان بنابر شرایط و اوضاع خاصی چنین فتاوی را داده‌اند. (سیوطی، الحاوی للفتاوی، ۳۳۰/۱). هر فقیه‌ی که تنها بنابر آن‌چه در کتاب‌های فقهی آمده است و بدون توجه به عامل زمان و اوضاع و احوال برای تمامی مردم فتوا بدهد هم خود گمراه شده است و هم دیگران را گمراه کرده است و ضرر فتوای وی بیشتر از سود آن است. (یحیی محمد، همان، ۲۰۶) نظر به اهمیت تغییر فتوا ابن قیم جوزی در کتاب «اعلام الموقعین» فصلی را به «تغییر فتوا و تفاوت آن به حسب تغییر زمان و مکان و احوال و نیات و عوائد» اختصاص داده است و چنین گفته است: «بنای شریعت بر مصالح بندگان در معاش و معاد است و این فصلی کاملاً پرفایده است که به سبب نادانی نسبت به آن خطایی عظیم بر شریعت رفته و موجب حرج و مشقت و تکلیف به اموری شده است که راهی بدان وجود ندارد و معلوم است که شریعت روشن که در والاترین مرتبه مصالح است آن را نیاورده است، و دین اسلام همه آن عدل کامل، رحمت، مصلحت و حکمت است. بنابراین هر مسأله‌ای از عدل‌بودن خارج و تبدیل به جور و ظلم و از رحمت و مصلحت و حکمت‌بودن خارج و تبدیل به غیر رحمت، مفسده و عبث و بیهوده شود از شریعت نیست، هر چند با تاویل در آن داخل شود.» (ابن قیم جوزی، اعلام الموقعین، ۳/۴-۳). ابن قیم در این عبارت به ضرورت توجه‌کردن به قیود و شرایط حکم شرعی اشاره می‌کند تا هنگام تطبیق آن بر موارد، ضرری از آن متوجه کسی نشود. بنابراین مفتی حقیقی کسی است که هم‌زمان با در نظر گرفتن نصوص و ادله شرعی، به اوضاع و شرایط و زمان و مکان نیز توجه کند و بتواند بین آن‌ها سازگاری ایجاد کند و حکم هر واقعه‌ای را براساس زمان، مکان و احوال خاص آن بدهد. (قرضاوی،

سبب‌شناسی تغییر فتوا، ۵۱). مصطفی زرقاء نیز در مورد تغییر فتوا می‌گوید: «فقیهان مذاهب مختلف اسلامی معتقدند احکامی که با تغییر زمان، مکان و اخلاقیات مردم تغییر می‌کنند، تنها احکامی هستند که مجتهدان بر مبنای قیاس یا تشخیص مصلحت مقرر داشته‌اند و منظور از قاعده «تغییر احکام به تغییر زمان»، همین احکام است ولی احکام بنیادینی که شریعت اسلامی با اوامر و نواهی تصریح شده جهت تأسیس و تحکیم همان‌ها آمده است، با تغییر زمان عوض نمی‌شوند. احکام شرعیه‌ای که با تغییر موضوعاتشان در اثر گذشت زمان تغییر می‌کنند، مبدأ واحدی دارند، و تغییر احکام چیزی جز دگرگونی وسایل و شیوه‌های رسیدن به هدف شارع نیست. چون این وسایل و شیوه‌ها غالباً در شرع معین نشده است تا در هر زمانی آن‌چه نتیجه بهتری دارد و به نحو مطلوب‌تری مشکلات را حل می‌کند برگزیده شود (زرقاء، المدخل الفقهي العام، ۹۲۴/۲). با توجه به آن‌چه گفته شد تغییرپذیری فتوا بنا بر تغییرات زمان و مکان و عرف امری منکر و ناشناخته نیست. بیشتر فقیهان اهل سنت قاعده «لاینکر تغیر الاحکام بتغیر الزمان» را بعنوان یکی از قواعد مهم فقه پذیرفته (محمد زحیلی، ۷۴۰) و آن را برآمده از قاعده «العاده محکمة» می‌دانند و دیگر موجبات تغییر فتوا را به نحوی به تغییر زمان و مکان و عرف بر می‌گردانند^۱ و اموری چون تطبیق موضوعات بر مصادیق آن‌ها، تغییر حکم به واسطه تغییر ملاک آن، کشف مصادیق جدید برای موضوعات، تغییر شیوه‌های اجرای احکام، احکام حکومتی و پیدایش موضوعات جدید را از مصادیق تاثیر زمان و مکان بر استنباط و فتوا می‌دانند: (سیوطی، الاشباه والنظائر، ۱۸۲؛ سبکی، ۵۰/۱؛ بورنو، ۲۱۳؛ جلیع، ۱۸۸؛ علی حیدر، ۴۳/۱؛ قرضاوی، سبب‌شناسی تغییر فتوا، ۲۲؛ زرقاء، «تغییر الاحکام بتغیر الزمان»، ۳۵-۳۶؛ زیدان، ۱۸۷/۱). با توجه به آن‌چه در گفتار فقیهان اهل سنت آمده، تغییر فتوا امری جائز است. برای تغییر فتوا علاوه بر دلیل عقلی که در ضمن آرای فقیهان بیان شد به ادله شرعی نیز استناد شده است. در توضیح دلایل شرعی تغییر فتوا، دو گروه دلیل بر شمرده شده است؛ یکی دلیل قرآنی و دیگری دلیل بر مبنای سنت (قرضاوی سبب‌شناسی تغییر فتوا، ۴۶-۴۱). دلیل قرآنی برگرفته از مفاهیم آیاتی همچون آیات ۶۵ و ۶۶ سوره انفال است که در آن بعد از ذکر قوت و توانایی مسلمانان به ضعف و ناتوانی آنان اشاره شده است.^۲ دلیل مبتنی بر سنت هم نمونه‌های زیادی دارد؛ مانند تفاوت فتوای پیامبر(ص) بر ذخیره کردن یا نکردن گوشت قربانی، پاسخ‌های

^۱ . جهت اطلاع بیشتر رک: مکدش، تغیر الاحکام، بیروت، دارالبشائر، ۱۴۲۸.

^۲ . بیشتر کسانی که به بررسی قاعده تغییر فتوا پرداخته‌اند، به آیات قرآنی استدلال ننموده‌اند. رک: قرضاوی، سبب‌شناسی تغییر فتوا، ۴۱.

گوناگون آن حضرت به پرسش‌های یکسان بنا به شرایط (ابن حنبل، ۴۱۳/۳، عسقلانی، ۱۲۵/۱۲-۱۲۰)، در تغییر فتوا به عملکرد صحابه نیز استناد شده است مانند تغییر در فتوای زکات فطر (قرضاوی، فقه الزکاة، ۹۳۵/۵)، و زکات اسب (همو، همان، ۲۳۶/۱) که در روایات و متون اصلی متقدمان به آن‌ها اشاره شده است.

۱-۴ سیر تاریخی تغییر فتوا

تغییر فتوا در طول تاریخ تفکر اسلامی به وفور در دوره‌های مختلف حتی دوره حضور رسول اکرم (ص)^۱ وجود داشته است. برای مثال در عهد رسول اکرم (ص) حدیثی از عبدالله بن عمرو عاص نقل شده است که می‌گوید: «در حضور پیامبر اکرم (ص) بودیم، جوانی وارد شد و گفت: ای رسول خدا می‌توانم زمانی که روزه دار هستم {همسرم را} بیوسم؟ فرمود: خیر. آنگاه سالمندی آمد عرض کرد: ای رسول خدا در حالی که روزه دارم {همسرم را} بیوسم؟ فرمود: آری. ما به همدیگر نگاه کردیم. پیامبر اکرم (ص) فرمود: دانستم که نگاه شما برای چیست؟ آن سالمند می‌تواند خود را نگهدارد». (ابن حنبل، ۲۲۱/۲-۲۲۰؛ هیثمی، ۱۶۵/۳).^۲ روایت دیگری را سلمه بن اکوع از ایشان نقل کرده: «هرکس از شما قربانی کرد، نباید پس از سه روز، گواشتی از آن در منزلش باقی مانده باشد» ولی سال بعد که شد، گفتند: ای رسول خدا، آیا همچون سال گذشته عمل کنیم؟ حضرت فرمود: «بخورید و بخورانید و ذخیره کنید؛ زیرا آن سال مردم در مشقت بودند. می‌خواستم به یاری آنان بشتابید».^۳ (بخاری، ۲۳۹/۶؛ زیلعی، ۹۴/۶).^۴ در عهد صحابه نیز تغییر فتوا دیده می‌شود برای مثال: اگر به اصحاب پیامبر (ص) و خلفا نگاه کنیم، آنان را فقیه‌ترین مردم در به کارگیری قاعده «تغییر فتوا بر اساس تغییر موجبات آن» می‌یابیم و در این باره مثال‌های فراوانی وجود دارد. برای نمونه، موارد زیر را می‌توان نام برد: تغییر فتوا در عقوبت و کیفر شرابخوار، زکات فطر، فتوای عمر در مورد زکات اسب، متوقف کردن دادن سهم مؤلفه القلوب، طلاق ثلاثه و تقسیم اراضی مفتوحه عنوه^۵ که در ادامه بحث برخی از آن‌ها مورد

^۱ البته تغییر فتوا در عهد رسول ناشی از دستیابی به ادله جدید نبود و منشأ آن عوامل دیگر از جمله تغییر زمان، مکان و مستفتی بوده است.

^۲ همان‌طور که دیده می‌شود پیامبر (ص) در يك مجلس راجع به حکم يك مسأله با توجه به وضعیت و حال سؤال کننده، دو حکم دادند. این عمل پیامبر (ص) دلالت بر این دارد که فتوا با تغییر حال و اوضاع سؤال کننده تغییر می‌کند.

^۳ «من ضحی منکم، فلا یصبحن بعد ثلاثة و یبقی فی بیهة منه شیء»، فلما کان العام المقبل قالوا یا رسول الله، نفعل کما فعلنا فی العام الماضي؟ قال کلو و اطعموا و ادخروا، فان ذلك العام کان بالناس جهد (ای شده و ازمة) فاردت أن تعینوا فیها».

^۴ مثال‌هایی نیز در کتب روایی امامیه راجع به این مبحث وجود دارد. جهت اطلاع بیشتر رک: مجلسی، ۲۸۵/۹۹؛ برقی، ۳۲۰/۲.
^۵ علمای اهل سنت در مورد اجتهادات عمر اختلاف دیدگاه دارند. برخی آن اجتهادات را احکام حکومتی می‌دانند، گروهی نیز آن‌ها را با ادله غیر از احکام حکومتی توجیه می‌کنند و گروهی نیز سکوت اختیار کرده‌اند. (برای اطلاع بیشتر رجوع شود به:

بررسی قرار خواهند گرفت. در زمان تابعان نیز نمونه‌های فراوانی از تغییر فتوا وجود داشته است.^۱ مانند این که تابعان قیمت‌گذاری کالاها را از طرف دولت جایز می‌دانستند و علت جواز آن را دفع ضرر از عموم مردم عنوان می‌کردند، چون اوضاع مردم کاملاً متفاوت از زمان پیامبر(ص) و زمان صحابه بود. همچنین روایت شده است که عمر بن عبدالعزیز، زمانی که در مدینه بود براساس يك شاهد و قسم، حکم می‌کرد، اما زمانی که در شام بود فقط براساس دو شاهد حکم می‌کرد، زیرا مردم شام از لحاظ ایمانی کاملاً با مردم مدینه تفاوت داشتند (قرضاوی، سبب شناسی تغییر فتوا، ۶۶) و این جمله مشهور عمر بن عبدالعزیز که گفته است «تحدث للناس اقصیة بقدر ما احدثوا من فجور» (شاطبی، ۱/۱ و ۱۸۱؛ ۴/۲-۳؛ غزالی، ۱/۱۰۹) اشاره به ویژگی‌های ایمانی مردم شام دارد.^۲ در عصر پیشوایان مذاهب نیز تغییر فتوا وجود داشته است. نمونه بارز آن، شافعی است. او در بسیاری از فتاوی خود تجدید نظر کرد. برای نمونه می‌توان به فتوای او در مساله قضای نماز مسافر اشاره کرد. او ابتدا معتقد بود قضای نماز مسافر در حَضَر نیز به صورت قصر جایز است اما بعداً جواز آن را به زمان سفر اختصاص داد (شافعی، الام، ۱/۱۸۲؛ نووی، المجموع، ۴/۲۵۳-۲۵۰). ابوحنیفه نیز براساس شهادت شاهد مستور الحال حکم می‌کرد و عدالت ظاهری را کافی می‌دانست. اما از آن‌جا که در زمان شاگردان ابوحنیفه، ابویوسف و محمد بن حسن، دروغ و فسق در بین مردم زیاد شده بود، آنان فقط شهادت شاهد معلوم الحال را می‌پذیرفتند (ابوزهره، اصول الفقه، ۲۷۶). در دوره گزینش مذاهب و توقف اجتهاد و عصر تجدید حیات اجتهاد اهل سنت نیز تغییر فتوا دیده می‌شود که در ادامه بحث و در لابلای تبیین زمینه‌های تغییر فتوا، امثله آن ذکر می‌شود

۲- موجبات وزمینه‌های تغییر فتوا در نگاه فقیهان اهل سنت

نگارندگان بر اساس تتبع در منابع اهل سنت عناوین کلی را که می‌توان از آن‌ها به عنوان عوامل و زمینه‌های مغیر حکم در نگاه ایشان مطرح نمود، مورد بررسی و نقد قرار می‌دهند.^۳

بلتاجی، محمد، منهج عمر بن الخطاب فی التشریع (۲۰۰۶م) قاهره، دارالسلام؛ نویی، ۳۲-۲۵؛ ۱۰۷-۹۸؛ دوالیبی، ۴۰-۳۳؛ ابن قیم جوزی، اعلام الموقعین، ۳/۳۶؛ علمای امامیه برخلاف علمای اهل سنت در مخالفت با اجتهادات ونوآوری‌های عمر دیدگاه واحدی دارند. (رک: شرف الدین موسوی، ۳۲۰-۱۴۸؛ اسعد قاسم، ۹۵-۸۶؛ امینی، عبدالحسین، اجتهاد عمر فی آیات الخمر (۱۳۸۷)، قم، موسسه فرهنگی تبیان).

^۱ رک: قرضاوی، سبب‌شناسی تغییر فتوا، ۶۶.

^۲ جهت اطلاع بیشتر رک: ابوزهره، اصول الفقه، ۲۷۶؛ زحیلی، نظرية الضرورة الشرعية، ۲۴۶، ۱۵۴، ۱۰۷ و ۲۴۹.

^۳ ر. ک. قاسمی، ۳۰۰-۲۸۹؛ اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، ۲۲-۱۱؛ قرضاوی، «الفتوى بین الماضی والحاضر»، ۷۵-۵۳؛ همو: «الفقه الاسلامی بین المحافظة والتجديد»، ۶۴-۳۹؛ حاتم نوری، ۳۸۰-۳۶۹؛ محمد سلام مدکور، ۳۷-۳۲.

۲-۱ تغییر در عرف و اقتضائات زمان

یکی از عوامل تغییر فتوا در نظام فقهی اهل سنت تغییر در عرف و اقتضائات زمان می‌باشد و از آن‌جا که این تغییر خود متأثر از دو عامل مهم زمان و عرف می‌باشد، بررسی هریک از آن‌ها جداگانه می‌آید:

۲-۱-۱ تغییر زمان

از جمله موارد مهم در تغییر فتوا تغییر زمان است. مراد از تغییر زمان، انتقال از یک سال به سال دیگر یا از یک دهه به دهه دیگر نیست؛ آن‌چه مؤثر و مراد است، تغییر انسان بر اثر این تغییرات زمانی می‌باشد؛ زیرا اگر زمان تغییر کند و انسان به همان حالت اولی خودش باقی بماند و تغییری بر او عارض نشود، حکم باقی می‌ماند، و مراد از تغییر زمان تغییری است که در آن اوضاع مردم نیز دگرگون شده باشد. زمان یا دوره معاصر با زمان و دوره قدیم، متفاوت است. چیزهایی برای مردم تازگی دارد و مفتی حتماً باید در فتوای خود تغییرات زمانی را در نظر بگیرد و بر امر واحدی پابرجا نماند، بویژه تغییرات زمانی خوب به بد یا بد به بدتر را که از آن به «فساد زمان» یاد می‌شود، رعایت کند. منظور در این‌جا، فساد مردم و تغییر اخلاق آنان از صلاح به فساد و از پایداری به انحراف و از برادری به خودخواهی و از مهرورزی به خشونت و سنگدلی است. وقتی اخلاق مردم دگرگون شد، فتواها و احکام نیز باید همسو با این دگرگونی‌ها تغییر یابد و آن چنان‌که عمر بن عبدالعزیز گفت «برای مردم به همان اندازه که هرزگی ورزند، مسائلی پیش می‌آید» (شاطبی، ۱/۴۱ و ۱/۱۸۱؛ ۲/۴-۳؛ غزالی، ۱/۱۰۹) یعنی هرزگی مردم مستلزم صدور احکامی متناسب با آن و در جهت درمان آن است. همان‌گونه که عایشه در مقام اعتراض بر زنان زمان خود گفت: «اگر پیامبر (ص) زنده می‌ماند و بر آن‌چه که بعد از وی انجام می‌دهید آگاه می‌شد، شما را از رفتن به مساجد باز می‌داشت». (ابوداود، ۱/۳۷؛ مالک، ۱/۹۸؛ طبرانی، ۱/۱۵۶؛ عسقلانی، ۵/۲۷) زیرا در زمان پیامبر (ص)، زنان برای ادای نمازهای پنج‌گانه به مسجد می‌رفتند در حالی‌که روشنایی در راه‌ها وجود نداشت (ترمذی، ۲/۲۴؛ مالک، ۱/۹۷؛ شافعی، اختلاف الحديث، ۵۱۴-۵۱۳)، اما بعداً که عایشه دید برخی از زنان هنگام رفتن به مساجد خود را معطر و آرایش می‌کنند، آن جمله را به آنان گفت؛ زیرا پیامبر (ص) فرموده بود: زنان باید بدون این که خود را خوشبو و معطر کنند به مساجد بروند. در این‌جا تغییر زمان به خاطر تغییر اخلاق و رفتار مردم است. تغییرات زمانی از اهمیت فوق العاده‌ای برخوردار بوده و باعث شده تا علمای حنفی قائل به اختلاف میان ابوحنیفه و دو

شاگردش، ابویوسف و محمد بن حسن گردند. در زمان ابوحنیفه وی آرایشی داشت که براساس آن‌ها فتوا می‌داد و همان‌طور که گفته شد شاگردان او به ویژه قاضی ابویوسف و محمد بن حسن شیبانی در موارد بسیاری با استادشان مخالفت کردند و برخلاف دیدگاه وی فتوا دادند و این اختلاف فتوای آنان بر اثر تغییر دوره و زمان می‌باشد. اهمیت عامل زمان در تغییر فتوا تا آن‌جا است که موجب تغییر کلی حکم می‌شود به گونه‌ای که در مسأله رفتن زنان به مسجد که در بالا ذکر شد، فقیهانی متقدم، بیرون رفتن زن جوان را برای ادای نمازجماعت در مسجد، حرام دانسته‌اند و برخی از علمای متأخر حتی حکم را به پیرزن نیز تعمیم داده‌اند (مالک، ۱۹۸/۱-۱۹۷؛ شافعی، الام، ۲۸۴/۱؛ نووی، المجموع، ۳۲۹/۸؛ ابن قدامه، ۲۳۲/۲). اکنون باید تأثیر شرایط زمانی بر این مسأله، لحاظ و به جواز بیرون رفتن زنان به مساجد فتوا داده شود زیرا امروزه زنان و دختران برای مدرسه، دانشگاه، بازار و مسافرت، از خانه خارج می‌شوند و فقیهان تنها رفتن آنان به مساجد را جایز نمی‌دانند. چنین حکمی با روح شریعت منافات دارد (قرضاوی، شریعة الاسلام صالحة للتطبيق فی کل زمان ومكان، ۵۲-۴۸؛ گرجی، ۱۸۴-۱۵۳). زرقا نیز این مطلب را اجمالاً می‌پذیرد (زرقاء، المدخل الفقهي العام، ۹۴۵/۲-۹۴۱). برای تأثیر عامل زمان بر تغییر فتوا می‌توان مسأله «وصیت واجب» را ذکر کرد. تغییر اخلاق مردم، فقیهان معاصر در برخی از کشورهای عربی همچون مصر و سوریه را برآن داشت تا خطاب به دولت فتوا دهند که قانون «وصیت واجب» را - زمانی که پسر یا دختری در زمان حیات پدرش فوت می‌کند و فرزندان یتیمی را به جای می‌گذارد- صادر کند. در این حالت اگر جدّ این فرزندان یتیم فوت کند، به لحاظ میراث، بهره‌ای از ارث وی نخواهند برد و عموها و عمه‌های آنان مانع دسترسی آن‌ها به ارث می‌شوند و به این ترتیب، علاوه بر یتیمی، محرومیت را نیز باید تحمل کنند. در گذشته مردم چنین رنجی را احساس نمی‌کردند، زیرا عموها و عمه‌ها، برادرزاده‌های خود را همچون فرزندان خویش تلقی می‌کردند اما در این زمان، گرایش‌های مادی‌گرایانه، همه جا چیره شده و هرکس تنها به فکر منافع خویش است، و نواده‌هایی که از پدر بزرگ یا مادر بزرگ خود ارثی نمی‌برند، با مشکل روبه‌رو می‌شوند. حال آن‌که بر اساس آیات قرآن باید قسمتی از اموال متوفی برای ایشان در نظر گرفته شود (رک: بقره: ۱۸۰). برخی فقیهان سلف بر آن بودند که وصیت برای خویشان غیر وارث واجب است؛ چون وارثان نیاز به وصیت ندارند و شایسته‌ترین کسان برای وصیت، نوادگان هستند که پدر یا مادرشان در زمان حیات پدر یا مادر بزرگ، فوت کرده است. به همین دلیل بوده که قانون «وصیت واجب» صادر شد.

(قرضاوی، سبب‌شناسی تغییر فتوا، ۸۰-۷۹).^۱

۲-۱-۲ تغییر عرف و عادات

عامل مهم تغییر فتوا، تغییر عرف و عادت است. عالمانی همانند قرافی، ابن قیم جوزی و ابن عابدین و دیگران این موضوع را خاطر نشان کرده‌اند. فقه اسلامی از آن رو عرف را اعتبار بخشیده که می‌داند مردم چنین عرف‌هایی را تنها به دلیل نیازی که به آن داشته‌اند و از این جهت که مصلحتی را برای آنان تحقق می‌بخشد، ایجاد نموده‌اند. بنابراین فقه به نیازها و مصالح مردم توجه کرده و عرف و رعایت آن را در شمار دلایل تبعی خود قرار داده است. اما آیا با تغییر عرف، حکم و فتوا نیز تغییر می‌یابد (قرافی، الاحکام، ۲۳۱؛ همو، الفروق، ۱۷۶/۱ و ۱۷۷؛ فیض، ۳۵). بر این اساس است که برخی از فقیهان گفته‌اند: الفاظی که واقف، موصی، نذر کننده و هر کس دیگری که عقدی را اجرا می‌کند، حمل بر عرف و لغتی می‌شود که آن فرد به آن تکلم می‌کند خواه با لغت عرب و لغت شاعر مطابقت داشته باشد یا نه (مالکی، ۴۴/۱). گاهی اوقات نیز برخی دعاوی که مدعی مطرح می‌کند، پذیرفته نمی‌شود چون آن دعوی از مواردی است که عرف آن را تکذیب می‌کند، همان‌طور که عرف در این‌که چه چیزی در مبیع، مجوز فسخ بیع محسوب می‌شود دخالت دارد و نیز عرف جاری در هر زمان و مکانی دخالت زیادی در شیوه و نوع لباس پوشیدن مردم دارد و نوعی از لباس را مطلوب می‌داند، مثلاً حکم نپوشیدن سر برای مردان براساس مکان تفاوت دارد، در شرق برای صاحبان مناصب و افراد وجیه، زشت شمرده می‌شود اما در غرب قبیح نیست. بنابراین حکم شرعی نیز به تبع آن تغییر می‌یابد و از همین روی نپوشیدن سر از دیدگاه فقیهان شرق، منافی عدالت است اما از دیدگاه فقیهان غرب چنین نیست (ابن عابدین، ۱۳۱/۲). هم‌چنین است در مورد اندازه‌ی نفقه‌ی همسر و مزد اجیر و آنچه که حق یا ضرر به حق غیر در برخی منافع محسوب می‌شود. اگر عرف در چنین مواردی تغییر کند، در نتیجه، فتوا نیز تغییر می‌کند. آنچه را که برخی از فقیهان در موردی که زوج و زوجه در گرفتن مهر اختلاف داشتند، گفته‌اند برائز تغییر عرف می‌باشد. چون برخی گفته‌اند: قول زوج در پرداخت مهریه مقدم است که این قول آنان بنابر عرف موقتی زمان و مکان آنان بوده است. کسانی هم گفته‌اند: قول زوج مقدم است، براساس نسخ این عادت قبلی بوده، در نتیجه حکم ثابت است و در آن اختلافی نیست

^۱. برای تأثیر زمان بر فتوا گفته شده ابوزید قیروانی از فقهای مالکیه، هنگامی که یکی از دیوارهای خانه‌اش، فرو ریخت و او از گروهی از مردم برخود می‌ترسید، تا زمان درست کردن آن دیوار، سگی را در خانه نگاه‌داری می‌کرد و هنگامی که به وی گفته شد: امام مالک نگاه‌داری سگ را مکروه می‌دانست، او در جواب گفت: اگر امروز مالک زنده بود، یک شیر درنده را برای نگهداری در خانه نگه می‌داشت (علیش، ۴۵۳/۴).

مگر از حیث اختلاف و تغییر عادت مردم (شاطبی، ۲۸۶/۲). از دیگر موارد متأثر از عرف، نمونه زیر می‌باشد: گروهی از سلف و فقیهان، شهادت پدر برای فرزند، فرزند برای پدر، برادر برای برادر و زوج برای زوج را رد کرده‌اند و این دیدگاه حسن بصری، نخعی، شعبی، شریح، مالک، ثوری، شافعی و ابن حنبل می‌باشد. در حالی که فقیهانی قبل از آنان شهادت آن افراد را قبول می‌کردند و به این آیه استناد می‌کردند: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ» (نساء/۱۳۵). از زهری نقل شده است: «فقیهانی سلف، شهادت پدر برای فرزند، فرزند برای پدر، برادر برای برادر و زوج برای زوج را قبول می‌کردند چون مردم زمان آنان صالح بودند اما بعد از آن زمان، مردم تغییر کردند و اموری از آنان مشاهده شد که فقیهان را برآن داشت که آنان را در شهادت متهم بدانند، لذا از آن زمان به بعد شهادت فرد متهم از نزدیکان، به نفع همدیگر پذیرفته نشد» (ابن عربی، ۵۰۷/۱؛ ابن قیم جوزی، اعلام الموقعین، ۱۱۳/۱). مثال مرتبط دیگر در بحث این است که ابوحنیفه معتقد بود کسی که لباسی را غصب و آن را با رنگ مشکی رنگ‌آمیزی کرده، این کار او عیب و نقص محسوب می‌شود. لذا غاصب هنگام بازگرداندن آن لباس به صاحبش ضامن نقصی است که بر آن وارد کرده است، اما هنگامی که عرف مردم تغییر کرد، نه تنها رنگ‌آمیزی کردن لباس را با رنگ مشکی عیب نمی‌دانستند، بلکه آن را کمال و مزیت می‌دانستند و آن هنگامی بود که عباسیان رنگ مشکی را به عنوان نماد و نشان خود انتخاب کردند، ابویوسف فتوا داد که رنگ‌آمیزی کردن لباس غصبی با رنگ مشکی توسط غاصب، عیب محسوب نمی‌شود، بلکه کمال و زیادی مطلوب به حساب می‌آید. بنابراین اگر مالک آن لباس را از غاصب پس بگیرد باید قیمت آن زیادی (رنگ مشکی) را به غاصب بپردازد (زرقا، الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید، ۱/۴۸ و ۱/۴۹؛ احمد امین، «الاجتهاد فی نظر الاسلام»، ۱۴۹). این نوع از تغییر فتوا و اختلاف بین فقیهان، مشهور به اختلاف عرف و زمان می‌باشد نه اختلاف در دیدگاه و اصول (ابن عابدین، ۱۲۴/۲؛ ابن قیم جوزی، الطرق الحکمیة فی السیاسة الشرعیة، ۲۴).^۱

۲-۲ ملاحظه مکان

متقدمان اهل سنت به صراحت از نقش مکان به عنوان علت تغییر در فتوا یاد کرده‌اند (دسوقی، محمد، سریان الاحکام من حیث المكان فی الفقه الاسلامی، ۵۰-۴۵). بی‌شک هر

^۱ . فقیهان قواعد فقهی بسیاری را که تأکید بر اهمیت عرف و تأثیر آن بر فتوا می‌کنند، ذکر کرده‌اند. برخی از این قواعد در مجله‌ی احکام عدلیه مواد ۳۶ تا ۴۵ آمده است: مانند: «العادة محكمة، الحقيقة تترك بدلالة العادة، الممتنع عادة كالممتنع حقيقة، استعمال الناس حجة يجب العمل بها، المعروف عرفا كالمشروط شرطا، التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» (ابن عابدین، ۱۵/۱ و ۱۴۱؛ سنهوری، ۴۳/۶؛ علی حیدر، ۵۱/۱-۴۵).

محیطی بر نوع اندیشه و رفتار ساکنان خود تأثیرگذار است و از این رو، بیابان‌نشینان با شهرنشینان و روستاها با شهرها تفاوت دارند، سرزمین‌های گرم با سرزمین‌های سرد یکسان نبوده، شرق با غرب فرق می‌کند و «دار الاسلام» با «دار الحرب» یا «دار العهد» یکی نیست. هر کدام از این مکان‌ها تأثیرهای خود را بر احکام شرعی دارند؛ بنابراین فقیه نباید در یک فتوا ثابت بماند و تغییری در آن ندهد. او حتماً باید این تفاوت‌ها را در نظر گیرد تا عدالتی که شریعت در پی آن است و مصلحتی که هدف همه احکام آن است تحقق پیدا کند. برای مثال آیه «الْأَعْرَابُ أَشَدُّ كُفْرًا وَنِفَاقًا وَأَجْدَرُ أَلَّا يَعْلَمُوا حُدُودَ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ» (توبه/۹۷) حاکی از تغییر عادت به تغییر مکان است.^۱ خط مشی اسلام بر این بود که ساکنان بادیه را به شهرها گسیل دارد و بر هر یک از بادیه‌نشینان - که اسلام را می‌پذیرفت - واجب می‌شد به شهر کوچ کند و به یادگیری دانش و فرهنگ بپردازد. احکام مربوط به بیابان‌نشینی مسلماً با احکام مربوط به شهرنشینی متفاوت است. (قرضاوی، المنتقی من کتاب الترغیب والترهیب، ذیل حدیث ۱۳۱۲)

فقیهان همچنین از شهادت بادیه‌نشینان علیه و له شهرنشینان یا روستانینان سخن گفته‌اند و برخی فقیهان این کار را منع کرده‌اند؛ زیرا بادیه‌نشینان با عرف و عادات شهرنشینان در معاملاتی که میان ایشان صورت می‌گیرد و الفاظی که در محیطشان جاری می‌شود، آشنایی ندارند. بنابراین ممکن است در مواردی به شهادت بپردازند که با آن آشنایی ندارند؛ مگر آن که بادیه‌نشین رفت و آمد فراوانی به شهر داشته باشد که در این صورت همچون شهرنشینان می‌گردد. در این حالت با معاشرت و مخالطت، صفت او نیز تغییر می‌کند و به تبع آن، حکم شرعی مربوطه نیز تغییر می‌یابد.^۲ مسائلی چون تفاوت سرزمین‌های گرم و سرد، تغییر مکانی با تغییر آب و هوا، تغییر مکان نسبت به دار الاسلام و مناطق دیگر، مانند مسأله بادیه‌نشین و شهرنشین است (یوسف مهدی، ۱۸۱؛ قرضاوی، سبب شناسی تغییر فتوا، ۶۴-۵۷).

۲-۳ تغییر در احوال اهل عصر

تغییر در احوال اهل عصر به چند صورت شکل می‌گیرد:

۲-۳-۱ تغییر شرایط

تغییر فتوا گاهی بر اثر تغییر شرایط و حالات مردم است. در سیره پیامبر اکرم (ص) دیده

۱. اطلاعات بیشتر در: ابن حنبل، ۳۷۱/۲ و ۴۴۰؛ ابن ابی شیبیه کوفی، ۶۳۱/۷؛ هیثمی، ۲۵۴ و ۲۴۶/۵.

۲. موارد دیگر در: یوسف مهدی، ۱۸۰؛ طرابلسی، ۶۴۸/۲ و ۶۴۹؛ دسوقی، حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر، ۱۷۵/۴؛ ابن قدامة، ۳۱/۱۲؛ قرافی، الذخیره، ۲۸۵ تا ۲۸۳/۱۰؛ ابن ماجه، ۳۹۳/۲؛ ابوداود، ۳۳۰/۲.

می‌شود که ایشان اصحاب خود را در مکه -که مشرکان آنان را آزار و اذیت می‌کردند- از برداشتن سلاح و دفاع از خود در برابر آن‌ها منع می‌فرمود و آنان را به خویشن‌داری و شکیبایی فرا می‌خواند. اما هنگامی که به مدینه مهاجرت کردند و حکومت و قدرت مستقلاً به دست آوردند، خداوند متعال به آنان اجازه جهاد و مبارزه با کافران را داد (نسائی، السنن الکبری، ۲/۶؛ حاکم، ۷۷/۲-۷۶؛ بیهقی، ۱۱/۹). پیامبر(ص) رعایت حال صحابه را می‌فرمود و در مورد ضعفا، تخفیف‌هایی در نظر می‌گرفت که در مورد قدرتمندان روا نمی‌داشت و بر بدوی آسان‌گیری‌هایی داشت که بر شهرنشین نداشت. این داستان مشهور است که وقتی اعرابی در مسجد بول کرد و صحابه به سوی او یورش بردند، پیامبر(ص) فرمود: «بول او را قطع نکنید و بر آن‌جا آب بپاشید؛ چرا که باید آسان‌گیر باشید، و سخت نگیرید» (ابن حنبل، ۴۶/۶؛ ابوداود، ۹۴/۱؛ بیهقی، ۴۲۷/۲؛ نسائی، المجتبی من السنن، ۱۷۵/۱). بر این اساس، سهولت و صعوبت که از شرائط حکم است در فتوا تأثیر به سزایی دارد. (بوطی، ۲۹۲). تغییر شرایط گاهی نیز بر اثر دگرگونی نیاز مردم پیش می‌آید برای مثال: در بسیاری از موارد خانواده‌های مسلمان مستأجر در اروپا به خاطر داشتن فرزندان زیاد، توسط صاحب خانه‌هایشان تهدید به اخراج می‌شوند، بنابراین اقلیت‌های مسلمان در اروپا و آمریکا نیازمند امتیازاتی هستند که صاحبان خانه از طریق بانک، معافیت‌های مالیاتی و استحقاق کمک‌های معینی، از آن برخوردارند. به دلیل این نیاز و نیازهای دیگر بود که «شورای اروپایی فتوا» با اکثریت آراء، فتوای جواز خرید خانه مسکونی از طریق بانک‌های ربوی را برای اقلیت‌های مسلمان اروپایی و آمریکایی صادر کرد، به این ترتیب که اجاره‌بهای پرداختی به عنوان قسط ماهیانه خرید مسکن در نظر گرفته شود. (قرضاوی، فی فقه الاقلیات المسلمة، ۱۵۴-۱۸۸).

۲-۳-۲ تغییر در توانایی‌ها و امکانات مردم

امروزه با تغییر زمان و تغییر توانایی‌های انسان، نیازهای او نیز تغییر می‌یابد. پیشرفت علم و تکنولوژی، توانمندی‌های سترگی به انسان بخشیده است. پیشرفت دانش، بی‌تردید تأثیر خود را بر احکام به جای می‌گذارد. (عطیه، ۵۵-۵۳؛ محقق داماد، ۸۶/۵ - ۸۰). به عنوان نمونه می‌توان مسأله انتقال مرد و جابه‌جایی زن را ذکر کرد: فقیهان در گذشته معتقد بودند: بر زن واجب است از لحاظ محل سکونت از شوهرش تبعیت کند، سپس علما رأی خود را تغییر داده و گفتند بر زن واجب نیست در محل سکونت از شوهرش تبعیت کند. زیرا اخلاق و ایمان مردم تغییر کرده بود و بسیاری از مردان بر همسرانشان ظلم می‌کردند و آنان را به جاهایی

می‌بردند که هیچ‌یک از بستگان و آشنایان زن در آن‌جا نبود. اما امروزه دوباره رأی فقهای متأخر دچار تغییر شده است. زیرا اکنون زن قادر است در هر کجای دنیا که باشد به آسانی با خانواده و بستگانش در ارتباط باشد و به اصطلاح امروزی جهان تبدیل به یک دهکده شده است و لذا فقیهان، فتوا به وجوب پیروی همسر از شوهر در انتخاب محل سکونت داده‌اند (قرضاوی، سبب‌شناسی تغییر فتوا، ۱۲۴). بنابراین وقتی توانایی‌ها و امکانات تغییر کند، این تغییرات به تغییر فتوا و دگرگونی احکام هم خواهد انجامید. پیشرفت علم و تکنولوژی باعث تغییر ارزش‌ها نیز می‌شود. زیرا چه بسا حکم بر اساس ارزش یک موضوع، بر آن بار شود نه اصل عنوان و وجود موضوع. لذا تغییر ارزش - هر چند موضوع بنفسه باقی باشد - موجب تغییر حکم است. یک قالب یخ در زمستان در منطقه سردسیر فاقد ارزش اقتصادی است و مالیت ندارد و معامله آن باطل است. اما همین قالب یخ در تابستان، دارای ارزش است، و معامله آن صحیح است. هم‌چنین شرایط گاهی باعث افزایش یا نزول ارزش می‌شود. مثلاً یک روز برای خون هیچ‌گونه ارزش اقتصادی تصور نمی‌شد و معامله آن باطل بود، اما امروزه که تزریق خون جان بیمار را نجات می‌دهد، از ارزش برخوردار است و معامله آن صحیح است. (زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، ۳۳۲۱/۵ و ۳۴۵۲؛ اسدی، ۵۳). فتوای فقیهان در مسأله «وارد شدن شبانه مرد مسافر نزد خانواده خود» بر اثر وجود وسایل ارتباطی امروزی، دچار تغییر شده است. (قرضاوی، سبب‌شناسی تغییر فتوا، ۱۲۳ و ۱۲۴).

۲-۳-۳ همه‌گیری و مبتلا شدن مسأله

مورد دیگر تغییر احوال اهل عصر که موجب تغییر فتواست مبتلا شدن همگانی به برخی مسایل است. فقیهان عمومیت یافتن هر چیزی را در شمار تخفیفی بر حکم آن تلقی کرده‌اند، زیرا عمومیت یافتن چیزی، نشان از نیاز مردم به آن دارد و شرع نیز نیازهای مردم را در نظر می‌گیرد. در نظر گرفتن نیاز به عنوان ضرورت، اعتقاد فقیهان است. برای مثال برخی از فقیهان گواهی دادن مرد سر برهنه را نمی‌پذیرفتند. ولی در سرزمین اندلس، گواهی دادن چنین کسانی را پذیرفتند. زیرا بیشتر مردم آن‌جا به دلیل تأثیرپذیری از اسپانیایی‌ها با سر برهنه راه می‌رفتند. در نتیجه چنین امری به عدالت شاهد یا انصاف وی، خدشه‌ای وارد نمی‌کرد. مسأله ریش نیز چنین است، برخی از علما نسبت به آن سخت‌گیری می‌کنند و گذاشتن آن را واجب و تراشیدن آن حرام می‌دانند. به نظر برخی دیگر، گذاردن ریش، مستحب است و تراشیدن آن کراهت دارد. ولی در عصر کنونی باید در این باره تخفیفی قایل شد، زیرا بیش‌تر مردم در همه

کشورهای اسلامی، ریش خود را به طور کلی باقی نمی‌گذارند. حال رویکرد فقها در برابر مردم باید چگونه باشد؟ آیا پذیرفته است، که گواهی همه آنان را ساقط بدانند؟ (قرضاوی، الحلال والحرام، ۸۵؛ همو، سبب‌شناسی تغییر فتوا، ۱۳۲-۱۳۱؛ خلاف، مصادر التشریع الاسلامی فیما لا نص فیہ، ۷۳ و بعد از آن).

۲-۴ باز تحلیل موضوع از سوی مجتهد

در دنیای کنونی بر اثر پیشرفت علوم و امکانات و تغییر در اوضاع اجتماعی، اقتصادی و سیاسی بسیاری از امور و موضوعات بر یک حالت باقی نمی‌مانند و همواره در حال دگرگونی‌اند و نگاه مردم نیز به آن‌ها تغییر می‌یابد، لذا مجتهد باید در این‌گونه موارد به تحلیل مجدد موضوع بپردازد و فتوایی نو بدهد.^۱ مواردی چون قطع اعضای بدن انسان، مسافرت تنهایی زن و کار او، اقلیت‌های مسلمان در جوامع غیر اسلامی، خرید و فروش خون، تبریک اعیاد مذهبی به اهل کتاب و چگونگی انجام مناسک حج از مصادیق این مورد است. بررسی دو مورد اخیر در ذیل می‌آید:

أ- گفتن تبریک عیدهای مسیحی به آنان

رعایت تغییر و تحول در اوضاع کنونی جهان باعث شده تا برخی از مجتهدان امروزی با نظر ابن تیمیه در باره تحریم تبریک گفتن به مسیحیان و دیگر ادیان به مناسبت اعیادشان مخالفت ورزند و چنین تبریک گفتنی را جایز بدانند. به ویژه اگر میان مسیحی و مسلمان نوعی پیوند نزدیک، مانند خویشاوندی و همسایگی وجود داشته باشد. چنین مسأله‌ای از کارهای نیکی است که خداوند متعال از آن منع نفرموده، بلکه به آن سفارش نموده است (ابن بیه، ۳۱۲-۳۰۹؛ قرضاوی، فتاوی معاصرة، ۶۹۱/۳-۶۸۶؛ همو، غیر المسلمین فی المجتمع الاسلامی، ۳۰-۳۹؛ ۴۳-۵۰).

ب- ضرورت آسان‌گیری در مناسک حج:

از امور دیگری که به دلیل تغییر اوضاع، شایسته است مجدداً مورد توجه فقیهان قرار گیرد، مناسک حج است. عبادات در اسلام بر پایه آسانی بنا شده است. تردیدی نیست که حج به عنوان یک عبادت ویژه، بیش از هر عبادت دیگری نیازمند آسان‌گیری و ساده‌سازی است، زیرا اولاً بسیاری از مردم در شرایط بهداشتی نامناسبی این مناسک را به جای می‌آورند. ثانیاً به دلیل

^۱. برای اطلاع بیشتر از تأثیر عوامل اقتصادی و اجتماعی بر فقه، رک: دراجی، ۳۵-۵۴؛ ناجی، ۳۹-۵۹؛ نعمان، ۷-۳۶؛ طباطبایی، ۱۷-۱۴.

شدت ازدحامی که مسلمانان در موسم حج بویژه هنگام حرکت از عرفات، اقامت در مزدلفه و منی، طواف افاضه و رمی جمرات پدید می‌آورند، بسیاری از حاجیان از آن شکوه دارند. ثالثاً پیامبر گرامی (ص) به ویژه در امور حج، بسیار آسان می‌گرفت. از جمله این‌که، وقتی در روز عید قربان از تقدیم و تأخیر اعمال گوناگون از آن حضرت (ص) پرسیدند، فرمود: «هر چه می‌خواهی انجام بده! اشکالی ندارد». از این رو امروزه فقیهان جهت انجام بهتر مناسک حج آسان‌گیری‌هایی را روا داشته‌اند: بازگشت پیش از مغرب از عرفات، بیتوته نکردن در مزدلفه، رمی جمره عقبه و طواف افاضه در کعبه پس از نیمه شب عید قربان، شب عید بیتوته نکردن در منی در ایام رمی، رمی پیش از ظهر و دیگر تخفیف‌های مناسب با اوضاع و احوال این زمان را جایز دانسته‌اند.^۱ (قرضاوی، سبب‌شناسی تغییر فتوا، ۱۳۵-۱۳۳).

۲-۵ تجدید نظر مجتهد در دلایل و مبانی فتوای سابق

تجدید نظر مجتهد در دلایل و مبانی فتوای سابق خود امری ممکن و جایز و نیز عاملی تاثیرگذار در تغییر فتوا است. گاهی تغییری در نوع آگاهی‌ها و معلومات پدید نمی‌آید؛ ولی اندیشه مجتهد به دلیل گسترش دامنه آگاهی‌هایش، نیز نگاه وی به مدارس مختلف فقهی و مقایسه آن‌ها با هم یا به سبب تجدیدنظر در دیدگاه‌هایش و تجزیه و تحلیل آن‌ها، ممکن است تغییر یابد و آنچه پیش‌تر برایش پنهان و مبهم بوده، آشکار و روشن گردد، در نتیجه، رأی و حکم فقهی وی تغییر یابد. گاهی نیز دگرگونی در فکر فقیه به سبب بالا رفتن سن و پختگی بیشتر و گسترش دامنه تخصص و تجربه زندگی صورت می‌گیرد. گاهی اندیشه عالم یا مجتهدی به اقتضای داده‌ها و عوامل گوناگونی دستخوش تغییرات ریشه‌ای می‌گردد و از سخت‌گیری و شدت به آسان‌گیری و سادگی یا از نگاه نصوصی محض و ظاهری به رعایت و توجه به مقاصد و اهداف احکام، تغییر رویکرد می‌دهد. در این جاست که می‌توان گفت از شیوه‌ای به شیوه دیگر یا از مکتبی به مکتب دیگر انتقال می‌یابد. چنان‌که در گذشته نیز انتقال علما از یک مذهب به مذهب دیگر یا از «اهل حدیث» به «اصحاب رأی» و بر عکس دیده شده است. شافعی و ابو جعفر طحاوی^۲ نمونه این عالمان هستند. روایات متعددی که از فقیهانی هم چون مالک و احمد و غیره درباره یک مسأله فقهی نقل شده، زاینده همین تغییر در رأی و اندیشه

^۱. ر.ک: قرضاوی، مئة سؤال فی الحج والعمرة، دمشق، دارالقلم، ۲۰۰۲ م.

^۲. ابو جعفر، احمد بن محمد طحاوی (۲۳۹-۳۲۱ ق) از فقهای بزرگ حنفیه در مصر، در ابتدا بر مذهب شافعی بود ولی سپس به مذهب حنفی درآمد. او خواهر زاده مزنی است. از آثار اوست: شرح معنی الآثار؛ الشفعة، الاختلاف بین الفقهاء (کحاله، ۱۰۷/۲؛ زرکلی؛ ۲۰۶/۱؛ ذهبی، ۸۰۸/۳).

آنان بوده است. این تغییرات ریشه‌ای مسلماً دارای اثراتی بر فتواهای جزئی فقیه است. کسی که از سخت‌گیری به آسان‌گیری و از «ظاهرگرایی» به «مقصداندیشی» روی آورده باشد، بی‌تردید این تغییر نگرش در فتواهایش بازتاب می‌یابد. موارد زیر نمونه تجدید نظر مجتهد در مبانی فتوای سابق است: ۱. تغییر رأی عمر درباره مسأله «حماریه» یا «حجریه»: این مسأله به این ترتیب است، که ورثه به‌جا مانده از شخص فوت شده، همسر؛ مادر؛ دوبرادر مادری یا بیش‌تر و یک برادر پدر و مادری یا بیش‌تر هستند. عمر در فتوای نخست خود، نیمی از ارث را برای همسر، یک ششم برای مادر و یک سوم را به طور مشترک برای برادران مادری اختصاص داد و سهمی را برای برادران پدر و مادری تعیین نکرد. همین مسأله فقهی، بار دیگر بر عمر عرضه شد و وی همین فتوای پیشین خود را در باره آن صادر کرد. برادران پدر و مادری مرده اعتراض کردند و به وی گفتند: ای امیرالمومنین، فرض کن که پدر ما الاغی و در روایتی سنگی بود. آیا مادر ما یکی نیست؟ در نتیجه عمر از فتوای خود منصرف شد و برادران پدر و مادری مرده را با برادران مادری وی در یک سوم ارث سهیم ساخت (ابن قدامه، ۲۲/۷). ۲. مصداق دیگر تغییر فتوا بر اثر تجدید نظر مجتهد در دلایل و مبانی فتوای سابق، تغییر رأی شافعی در دو مذهب قدیم و جدید است.^۱

۲-۶ دسترسی مجتهد به دلایل تازه

همچنان که تجدید نظر مجتهد در دلایل و مبانی فتوای سابق از عوامل تغییر فتواست، دسترسی مجتهد به دلایل تازه نیز عاملی مهم و تأثیرگذار بر تغییر فتوا است. از دیدگاه برخی از فقیهان، دسترسی مجتهد به دلایل جدید از اهم عوامل تغییر فتوا می‌باشد، زیرا دلایل و معلومات جدید دینی موجب آشنایی بیشتر فرد در موضوع می‌شود (نظامی، ۱۱۳-۱۱۱؛ خلاف، «کیف یسایر الفقه الاسلامی تطور المسلمین»، ۱۴۹-۱۱۴). این مسأله برای علما و فقیهانی متقدم اتفاق افتاده است مانند ابویوسف شاگرد ابوحنیفه که در ابتدا معتقد بود «صاع» هشت رطل است اما هنگامی که مالک به او گفت: صاع پنج و ثلث رطل است، رأی خود را تغییر داد و گفت اگر ابوحنیفه نیز به آن‌چه من دست یافته‌ام دست می‌یافت، رأی خود را تغییر می‌داد (ابن عابدین، ۱۲۵/۲). همچنین تغییر اطلاعات و کسب معلومات جدید موجب شد که شافعی مذهب مصریش با مذهب عراقیش تفاوت داشته باشد و این به دلیل این بود که شافعی در مصر به احادیث جدیدی دست یافت و این کسب اطلاعات و معلومات جدید باعث شد که او

^۱. رک: احمد امین، ضحی الاسلام، ۲۳۱؛ مناوی، ۲۱ و بعد از آن؛ مصطفی عبدالرزاق، ۲۲۸؛ علی حسن، ۲۴۷.

بسیاری از احکام مذهب خود را تغییر دهد به گونه‌ای که به فتاوا و آرای فقهی وی قبل از رفتن به مصر، مذهب قدیم و به آرای وی بعد از آمدن به مصر، مذهب جدید گفته می‌شود. (شرفاوی، ۱۸۱-۱۷۹؛ دقر، ۱۹۸-۱۹۷؛ ابوزهره، الشافعی، ۱۹۴). هم‌چنین امروزه در میان فتاوی «مجلس افتا و پژوهش‌های اسلامی در اروپا» احکام جدیدی وجود دارد که بر خلاف آرای فقیهانی گذشته می‌باشد مثلاً ارث‌بردن مسلمان از غیر مسلمان. مشهور است اختلاف دین، موجب ارث‌نبردن مسلمان از کافر و کافر از مسلمان می‌شود اما در میان صحابه پیامبر (ص) و تابعان، افرادی چون معاذ بن جبل، سعید بن مسیب، محمد بن حسین بن حنفیه، مسروق بن اجدع، یحیی بن یعمر، عبدالله بن مغفل، اسحاق بن راهویه و گروهی بعد از آنان گفته‌اند: ممکن است مسلمان از کافر ارث ببرد. (ابن قیم جوزی، احکام اهل الذمه، ۸۵۹/۲-۸۵۳). هم‌چنین یکی دیگر از نمونه‌هایی که دستیابی به معلومات جدید باعث تغییر فتوا در زمان کنونی شده است مسأله مسلمان‌شدن زنی است که شوهرش بر کفر باقی می‌ماند. فتوای فقیهانی پیشین بر این بود که باید آنان از هم دیگر جدا شوند و امکان ندارد که يك زن مسلمان تحت نکاح يك مرد غیر مسلمان باقی بماند، اما بعداً و با گذشت زمان، ابن قیم جوزی راجع به این مسأله نه قول نقل می‌کند، یکی از آن قول‌ها قول عمر است که گفته است: آن زن بین باقی ماندن با شوهرش و یا ترك وی مخیر است و علی (ع) نیز معتقد است: شوهر آن زن بیش از هر کس دیگری به آن سزاوارتر است، زهری و دیگران نیز گفته‌اند: آن دوبر نکاح خود باقی می‌مانند مادامی که سلطان بین آنان حکم به جدایی نکند. (همو، همان، ۸۹۵/۲-۸۸۲). اعضای مجلس افتا در اروپا در این مورد پژوهشی را انجام دادند و مدت دو سال راجع به این مسأله تحقیق کردند. آنان در مجموع به سیزده قول راجع به این موضوع دست یافتند و به این نتیجه رسیدند: تفاوتی که در بین این اقوال وجود دارد به کسب معلومات و اطلاعات جدید بر می‌گردد و این امر باعث تغییر فتوا در این مسأله شده است. (قرضاوی، فتاوی معاصره، ۶۰۵/۳؛ همو، فقه الاقليات المسلمة، ۱۰۵). علاوه بر اطلاعات دینی معلومات دنیوی نیز گاهی در تغییر فتوا مؤثر می‌باشند. شافعی درخصوص این‌که آدمی تا بیشتر معلومات کسب کند بیشتر بر نادانی خود آگاه می‌شود می‌گوید:

«كَلَّمَا ادْبَنِي الدَّهْرُ ارَانِي نَقَصَ عَقْلِي أَوْ ارَانِي ازْدَدْتُ عِلْمًا زَادَنِي عِلْمًا بَجَهْلِي»^۱

۱. هر چقدر روزگار مرا ادب کرد، کاستی خردم را بیشتر به من نمایاند و هر اندازه دانش مرا فزون ساخت، مرا به نادانیم آگاه‌تر کرد.

بنابراین معلوماتی که براساس آن‌ها احکامی صادر شده است با تغییر آن معلومات، آن احکام نیز تغییر می‌یابند (خلاف، کیف یسایر الفقه الاسلامی تطور المسلمین، ۱۴۹-۱۴۴؛ نعمة، ۲۵؛ آشتیانی، ۲۳۹-۲۱۲). برای نمونه: مسأله استعمال دخانیات را می‌توان ذکر کرد. هنگامی که سیگار در مدت ۴۰۰ سال قبل پیدا شد فقیهانی اسلام در مورد آن اختلاف بزرگی پیدا کردند: برخی قایل به مباح بودن و برخی دیگر قایل به مکروه بودن و یا حرمت آن بودند و برخی نیز گفتند: هر يك از احکام خمسة شامل آن می‌شود، به این صورت که در برخی اوقات حرام است و در برخی اوقات حلال و گاهی نیز مستحب یا واجب است. این فتاوی فقیهان مربوط به زمانی است که مردم به زیان‌های فراوان استعمال دخانیات آگاه نشده بودند، اگر علمای پیشین به زیان‌های سیگار آگاهی می‌داشتند رأی خود را تغییر می‌دادند. امروزه، معلوم شده که استعمال دخانیات علاوه بر ضررهای دنیوی و مالی دارای زیان‌های زیاد جسمی است به ویژه موجب بیماری‌های ریوی و انواع سرطان می‌شود و سالیانه هزاران نفر بر اثر استعمال دخانیات جان خود را از دست می‌دهند. امروزه نمی‌توان گفت هر پنج حکم تکلیفی شامل استعمال دخانیات می‌شود. هنگامی که پزشک به زیان آوردن چیزی برای انسان رأی داد بر عالم و فقیه واجب است حکم به حرمت آن بدهد. زیرا فقیه نمی‌تواند آن‌چه را که برای سلامتی انسان مضر است، حلال بداند. (قرضاوی، فتاوی معاصرة، ۶۵۴/۱ به بعد).^۱

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه بیان شد می‌توان به گزاره‌های زیر اشاره نمود:

۱. فقه اسلامی به دلیل برخورداری از منابع غنی و پایان‌ناپذیر برای اجتهاد و فقاہت، هرگز در مواجهه با نیازمندی‌های جامعه عاجز و معطل نخواهد ماند، بلکه هم‌گام و هماهنگ با پیشرفت علم به تعالی و تکاپوی خود ادامه خواهد داد. دلیل این تعالی و هم‌گامی نیز تغییر فتوا بر اساس عوامل آن می‌باشد که فقیهان همه مذاهب اسلامی آگاهی از آن را جزء شرایط لازم فقیه و مفتی می‌دانند و معتقدند مفتی موفق کسی است که از متون شرعی به خوبی آگاه باشد، فروع را با اصول و ظواهر را با اهداف شریعت پیوند بزند و در صورت تجدید حادثه یا

^۱. فقیهان مسأله «حداکثر مدّت حمل» را نیز جزء مسایلی می‌دانند که فتاوی پیرامون آن، بر اساس کسب اطلاعات جدید، تغییر کرده است. جهت اطلاع بیشتر رک: شافعی، الام، ۲۱۲/۵؛ نووی، روضة الطالبین، ۳۹/۶؛ دارقطنی، ۳۲۲/۳؛ بیهقی، ۴۴۳/۷؛ ابن‌فدّامه، ۹۷/۹؛ سیدسابق، ۶۴۹/۳؛ طوسی، ۸۸/۵؛ قرضاوی، سبب‌شناسی تغییر فتوا، ۱۰۹-۱۰۶؛ قرطبی، ۲۸۷/۹؛ شوکانی، ۳۳۴/۲.

استفتا تنها به فتاوی سابق، بسنده نکند بلکه به واقعیت‌ها توجه داشته باشد و براساس آن‌ها فتوای نو بدهد.

۲. تغییر فتوا تنها استنباط شخصی فقیهان نبوده است، بلکه آنان چنین مسأله‌ای را بر پایه دلایل عقلی و شرعی بیان نموده‌اند. تتبع در منابع فقه اهل سنت نشان می‌دهد پژوهشگران فقهی متقدم و متأخر مسأله تغییر فتوا را کاوش کرده‌اند. در زمان کنونی نیز کنفرانس‌هایی متعدد پیرامون اهمیت فتوا و تغییر آن در اقصی نقاط جهان اسلام برگزار شده است. کنفرانس «فقه النوازل وتجديد الفتوى» سال ۱۳۸۶ در کشور عمان و «اجتهاد در دوره معاصر» سال ۱۳۸۷ دانشگاه مذاهب اسلامی در تهران، نمونه‌هایی از آن است.

۳. شواهد بسیاری بر وجود تغییر فتوا در همه ادوار تاریخ فقه اهل سنت وجود دارد. سابقه تاریخی تغییر فتوا به زمان پیامبر اکرم (ص)، صحابه و تابعان می‌رسد. دگرگونی فتوا در زمان پیشوایان مذاهب، عصر انسداد باب اجتهاد و دوره معاصر نیز دیده می‌شود.

۴. بر حسب استقرا از تضاعیف گفتار فقیهان اهل سنت، عوامل و موجبات تغییر فتوا عبارتند از: ۱. تغییر در عرف واقتضائات زمان، ۲. ملاحظه مکان، ۳. تغییر در احوال اهل عصر، ۴. بازتحلیل موضوع از سوی مجتهد، ۵. تجدید نظر مجتهد در دلایل و مبانی فتوای سابق و ۶. دسترسی مجتهد به دلایل تازه. در این میان، اهمیت «عرف واقتضائات زمان» و «دسترسی مجتهد به دلایل تازه» بیشتر از دیگر عوامل است. فقهای اهل سنت اموری چون عدم درك شرایط زمانی و مکانی، تحجر و جمود فکری مجتهد، عدم کارشناسی موضوعات توسط افراد متخصص، عدم توجه به ویژگی‌ها و شرایط موضوعات که در بستر زمان متحولند، را مانع اجتهاد و فتوای نو، و عامل مهم بیگانگی فقه در برابر رویدادها می‌دانند.

۵. تغییر فتوا می‌تواند موجب تقریب مذاهب اسلامی و خروج مفتی از دایره تعصب و انتخاب رأی اصلح برای مستفتی باشد. لازمه تحقق این امر نیز برقراری ارتباط میان مفتیان مذاهب و تشکیل شوراهای افتا می‌باشد. تجربه چند ساله دارالتقریب که به هم ت دانشمندان دلسوز شیعه و اهل سنت در مصر تأسیس گردید و همچنین واقعه تاریخی کم‌نظیر تغییر فتوای شیخ شلتوت مفتی مصر در دهه ۱۳۳۰ شمسی در زمینه ترجیح فتوای فقهایی شیعه مبنی بر بطلان سه طلاق که با يك صیغه ایقاع و در يك مجلس انجام می‌گیرد، در حقیقت یکی از آثار ماندنی تفاهم علمی و ارتباط فقیهان مذاهب محسوب می‌گردد.

۶. مسأله تغییر فتوا از جمله مسائل مهمی است که در دوران معاصر دستخوش

اضطراب شده و حتی به بحران‌هایی انجامیده که مفسد آن‌ها گریبان‌گیر همه مسلمانان شده است. به منظور دور ماندن جامعه اسلامی و منافع سیاسی و اقتصادی امت اسلامی از آسیب‌های کلان لازم است فتوای نو با وضعیت‌های جدید تطابق یابند و در چارچوب این منطق، کاستی‌ها و نارسایی‌های آن‌ها بازشناسی و مرتفع شود. صدور فتوای متناقض و متعارض در کشورهای مختلف اسلامی بازتاب‌های منفی و پیامدهای نادرست بر جای نهاده، و وحدت رویه در موضوعات اساسی و سرنوشت‌ساز جامعه اسلامی را برهم زده است. باید از آسیب‌های ناشی از به کارگیری غیر منضبط فتوا ایمن و از قرارگرفتن آن در کف ناهلان بیمناک بود. همان‌طور که فتوا می‌تواند ابزار کشف احکام شریعت واقع شود می‌تواند تیغی در کف ناصالحان باشد که با استفاده ابزاری از آن، مطامع دنیای خویش را با پوشش دینی توجیه‌گرشوند، بنابراین نباید هر کسی متصدی منصب مهم فتوا شود. اجتناب از سراسیمگی و شتاب‌زدگی در تغییر فتوا و معیار قراردادن اعتدال در آن دو امر مهم و اساسی برای درستی فتوای جدید محسوب می‌شوند.

منابع

قرآن کریم.

آشتیانی، محمد حسن؛ «مسألة تبدیل رأی المجتهد»، پژوهش‌های اصولی، شماره ۳ و ۲، زمستان ۱۳۸۱ و بهار ۱۳۸۲، صص ۲۱۲-۲۳۹.

ابن ابی شیبہ کوفی، عبدالله بن محمد، المصنف، تحقیق سعید محمد اللحام، بیروت، دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.

ابن بیه، عبدالله، فقه الاقلیات وصناعة الفتوی، المركز العالمی للوسطیة، بی‌تا.

ابن حنبل، احمد بن محمد، مسند احمد، دارصادر، بی‌تا.

ابن عابدین، محمد امین افندی، مجموعه رسائل ابن عابدین، بیروت، داراحیاء التراث، بی‌تا.

ابن عربی، محمد بن عبدالله، احکام القرآن، به تحقیق علی محمد بجاوی، قاهره، ۱۳۷۸ق.

ابن قدامه، عبدالله بن احمد مقدسی، المغنی، تحقیق جماعة من العلماء، بی‌جا، دار الکتب العربی، بی‌تا.

ابن قیم جوزی، محمد بن ابی بکر دمشقی، احکام اهل الذمة، به تحقیق یوسف احمد بکری و شاکر توفیق عاروری، بیروت، دار ابن حزم، ۱۴۱۸ق.

_____، اعلام الموقعین عن رب العالمین، به تحقیق طه عبدالرئوف سعد، بیروت، دارالجلیل، ۱۹۷۳م.

- _____، *الطرق الحكمية في السياسة الشرعية*، جده، دار المدنی، ۱۹۸۵م.
- ابن ماجه، محمد بن یزید قزوینی، سنن ابن ماجه، تحقیق محمد فؤاد عبدالباقي، بیروت، دار الفکر، بی تا.
- ابوحیب، سعدی، *القماموس الفقهي*، دمشق، دار الفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- ابوداود، سلیمان بن اشعث سجستانی ازدی، سنن ابی داود، به تحقیق محمد محی الدین عبدالحمید، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ابوزهره، محمد، *اصول الفقه*، بی جا، دار الفکر العربی، ۱۳۷۷ق.
- _____، *تاریخ المذاهب الاسلامیة*، القسم الثانی، بی جا، مطبعة المدنی، بی تا.
- _____، *الشافعی*، بی جا، دارالفکر العربی، تاریخ مقدمه ۱۳۶۷ق.
- احمدنگری، عبدالنبی بن عبدالرسول، *موسوعة مصطلحات جامع العلوم*، به تحقیق علی دحروج، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون، چاپ اول ۱۹۹۷م.
- اسدی، حبیب الله، «پویایی فقه اسلام»، *اجتهاد زمان و مکان* (۱)، تهران، مؤسسه تنظیم آثار امام خمینی، ۱۳۷۴.
- امین، احمد، «الاجتهاد فی نظر الاسلام»، *رسالة الاسلام*، ش ۲، قاهره، ۱۳۷۰ق. صص ۱۴۶-۱۴۹
- _____، *ضحی الاسلام*، قاهره، لجنة التالیف والترجمة والنشر، ۱۹۵۶م.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، *الصحيح*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۱ق.
- برقی، احمد بن محمد، *المحاسن*، به تحقیق جلال الدین حسینی، قم، دار الکتب الاسلامیة، بی تا.
- بلتاجی، محمد، *منهج عمر بن الخطاب فی التشريع*، قاهره، دارالسلام، ۲۰۰۶م.
- بورنو، محمد صدقی، *الوجیز فی ایضاح قواعد الفقه*، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۲۰۰۲م.
- بوطی، محمد سعید رمضان، *ضوابط المصلحة فی الشريعة الاسلامیة*، دمشق، الدار المتحدة للطباعة و النشر، چاپ پنجم، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۱۰ق.
- بهی، محمد، *الفکر الاسلامی الحديث*، قاهره، مکتبه وهبة، ۱۴۱۱ق.
- بی آزار شیرازی، عبدالکریم، «بینش فقهی امام دربرخورد با رویدادهای نوین جهان»، *کیهان/ندیشه*، شماره ۲۹، فروردین و اردیبهشت ۱۳۶۹، صص ۴۵-۵۵.
- بیهقی، احمد بن حسین، *السنن الکبری*، حیدرآباد، مجلس دائرة المعارف النظامیة الکائنة فی الهند، چاپ اول، ۱۳۴۴ق.
- ترمذی، محمد بن عیسی، *سنن ترمذی*، تحقیق عبدالرحمن محمد عثمان، بیروت، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۳ق.
- حاکم، محمد بن عبدالله نيسابوری، *المستدرک علی الصحيحین*، بی جا، چاپ اول، ۱۴۱۱ق.
- حرانی، احمد بن حمدان، *صنعة الفتوى والمفتی والمستفتی*، به تحقیق محمد ناصر الدین البانی، بیروت،

- المكتب الاسلامى، چاپ سوم، ١٣٩٧ق.
- حسن، على، *نظرة عامة فى تاريخ الفقه الاسلامى*، قاهره، دار الكتب الحديثه، چاپ سوم، ١٩٩٦م.
- حسين، محمد مخلوف، «الافتاء فى صدر الاسلام»، *الرسالة الاسلاميه*، سال ٤، شماره ٣٧، ربيع الثانى ١٣٩١ق، صص ٨٠-٨٥.
- حيدر، على، *درر الاحكام شرح مجلة الاحكام*، بيروت، دار الجيل، بى تا.
- خضرى بك، محمد، *تاريخ التشريع الاسلامى*، بيروت، دار الكتب العلميه، چاپ اول، ١٤٠٨ق.
- خلاف، عبدالوهاب، *علم اصول الفقه*، كويت، دار القلم، چاپ دهم، ١٣٩٢ق.
- _____، «كيف يساير الفقه الاسلامى تطور المسلمين»، *رسالة الاسلام*، سال اول، شماره ٢٤، جمادى الاخر ١٣٦٨ق، صص ١٤٤-١٤٩.
- _____، *مصادر التشريع الاسلامى فيما لا نص فيه*، كويت، دار القلم، ١٣٩٢ق.
- خمينى، روح الله، *استفتائات*، قم، دفتر انتشارات اسلامى، چاپ پنجم، ١٤٢٢ق.
- _____، *المكاسب المحرمه*، با پاورقى مجتبى تهرانى، بى جا، ١٣٨١ق.
- خنجى، فضل بن روزبهان، *سلوك الملوك*، با تصحيح و مقدمه محمد على موحد، تهران، انتشارات خوارزمى، چاپ اول، ١٣٦٢.
- خن، مصطفى سعيد، *اثر الاختلاف فى القواعد الاصوليه فى اختلاف الفقهاء*، قاهره، مؤسسة الرسالة، ١٣٩٢ق.
- خياط، عبدالعزيز، *نظريه العرف*، عمان، مكتبة الاقصى، ١٣٩٧ق.
- دارقطنى، على بن عمر، *سنن الدارقطنى*، به تحقيق مجدى بن منصور، بيروت، دارالكتب العلميه، ١٤١٧ق.
- دراجى، يحيى، «الفقه والتشريع معبران عن علاقات اقتصاديه واجتماعيه لزوم النظرية والفقيه المنحاز»، *القضاء*، سال ٢٨، شماره ٣، تموز، آب وايلول ١٩٧٣م، صص ٣٥-٥٤.
- دسوقى، محمد، «سريان الاحكام من حيث المكان فى الفقه الاسلامى»، *البعث الاسلامى*، سال ٣٩، شماره ١٤/رمضان ١٤١٤ق، صص ٤٥-٥٠.
- دسوقى، محمد بن عرفه، *حاشية الدسوقى على الشرح الكبير*، به تحقيق محمد عيش، بيروت، دارالفكر، بى تا.
- دقر، عبدالغنى، *الامام الشافعى*، دمشق، بيروت، ١٣٩٣ق.
- دواليبى، محمد معروف، «النصوص وتغيير الاحكام»، *المسلمون*، شماره ٦، سال اول شعبان ١٣٧١ق، صص ٣٣-٤٠.
- زحيلي، وهبه، *اصول الفقه الاسلامى*، تهران، دار احسان، ١٣٧٥.

- _____، *الفقه الاسلامی وادلتہ*، دمشق، دارالفکر، چاپ چهارم، ۱۹۹۷م.
- _____، *نظریة الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعی*، دمشق، دارالفکر، چاپ چهارم، ۱۹۹۷م.
- زحیلی، محمد، *مرجع العلوم الاسلامیة*، دمشق، دارالمعرفة، ۱۴۲۵ق.
- زحیلی، وهبه و جمال عطیه، *تجديد الفقه الاسلامی*، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۲۲ق.
- زرقاء، مصطفى احمد، *المدخل الفقهي العام*، دمشق، دار القلم، بی تا.
- _____، *الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید*، دمشق، جامعة دمشق، ۱۹۶۸.
- _____، «تغییر الاحکام بتغییر الزمان»، *المسلمون*، شماره ۸ سال سوم، شوال ۱۳۷۳ق، ص ۳۵-۴۲.
- زیدان، عبدالکریم، *اصول الدعوة*، تهران، دار احسان، ۱۴۲۲ق.
- زیلعی، جمال الدین عبدالله بن یوسف، *نصب الرایة فی تخریج احادیث الهدایة*، به تحقیق ایمن صالح شعبانی، قاهره، دار الحديث، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- سبکی، عبدالوهاب بن علی، *الاشباه والنظائر*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۱ق.
- سنهوری، عبدالرزاق بن احمد، *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*، قاهره، معهد البحوث والدراسات العربیة، ۱۹۶۷م.
- سیدسابق، فقه السنة، بیروت، دار الكتاب العربی، بی تا.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، *الاشباه والنظائر*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۰۳ق.
- _____، *الحاوی للفتاوی*، قاهره، مطبعة السعادة، ۱۳۷۸ق.
- شاطبی، ابراهیم بن موسی، *لاعتصام*، با تحقیق ومقدمه محمد رشید رضا، قاهره، المكتبة التجارية الكبرى، بی تا.
- شافعی، محمد بن ادريس، *الام*، قاهره، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ۱۹۶۱م.
- _____، *اختلاف الحديث*، بی جا، بی تا.
- شرف الدین موسوی، عبدالحسین، *النص والاجتهاد*، قم، مطبعة سيدالشهداء، ۱۴۰۴ق.
- شرقاوی، عبدالرحمن، *اثمة الفقه التسعة*، بیروت، دار اقرأ، ۱۴۰۱ق.
- شوکانی، محمد بن علی، *نیل الاوطار*، بیروت، دار الجیل، ۱۹۷۳م.
- شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی عاملی، *القواعد والفوائد*، به تحقیق سید عبد الهادی حکیم، قم، منشورات مکتبة المفید، بی تا.
- صحیفه نور، مجموعه رهنمودهای امام خمینی، ج ۲۱، تهران، وزارت ارشاد اسلامی، مرکز مدارک فرهنگي انقلاب اسلامی، ۱۳۶۱.
- طباطبایی یزدی، العروة الوثقی، قم، مکتبة الداوری، بی تا.
- طباطبایی، محمد حسین، «الاسلام ومتطلبات التغير الاجتماعي»، ترجمه محمد علی آذر شب، *الفکر*

- الاسلامی، سال ٣، شماره ٢١ و ٢٢، ربیع الاول و ربیع الثانی ١٣٩٥ ق، ص ١٧٤ تا ١٧٥.
- طبرانی، سلیمان بن احمد، المعجم الصغير، بیروت، دار الکتب العلمیة، بی تا.
- طرابلسی، علی بن خلیل، معین الحکام فیما یتردد بین الخصمین من الاحکام، بی جا، بی تا.
- طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، به تحقیق سید علی خراسانی و دیگران، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٧ ق.
- عبدالرزاق، مصطفی، تمهید لتاریخ الفلسفة الاسلامیة، قاهره، طبع لجنة التحقیق، بی تا.
- عسقلانی، أحمد بن علی بن محمد بن أحمد بن حجر، تلخیص الحبر، بیروت، دار الفکر، بی تا.
- عطیة، جمال الدین، «اثر تغیر الواقع فی الحکم تغییرا واستحدثاً»، المسلم المعاصر، سال ١٥، شماره ٥٩ (رجب، شعبان و رمضان ١٤١١ ق)، صص ٥٣-٥٥.
- علیش، محمد، منح الجلیل فی شرح مختصر خلیل، بیروت، دار الفکر، ١٤١١ ق.
- غزالی مصری، محمد، کیف نتعامل مع القرآن، مصر، دار النهضة، چاپ اول، بی تا.
- فیض، علیرضا، «پویایی فقه و اجتهاد در پر تو عرف یا در بستر زمان و مکان»، مجله کانون وکلا، دوره جدید، شماره ٧٦، (١٣٧١ و ١٣٧٢).
- قاسم، اسعد، ازمة الخلافة والامامة، بیروت، الغدير، بی تا.
- قاسمی، محمد سعود عالم، «تغیر الاحکام الشرعیة بتغیر الزمان والمكان»، مجوعه مقالات همایش «اجتهاد در دوره معاصر»، تهران، دانشگاه مذاهب اسلامی، ١٣٨٩.
- قرافی، احمد بن ادريس صمنهاجی، انوار البروق فی انواع الفروق، بیروت، دار المعرفة، بی تا.
- _____، الاحکام فی تمیز الفتاوی و الاحکام وتصرف القاضی، به تحقیق عبدالفتاح ابوغده، سوریه، حلب، مکتب المطبوعات الاسلامیة، چاپ دوم، ١٩٩٥ م.
- _____، الذخيرة، به تحقیق محمد حجی، بیروت، دار الغرب، ١٩٩٤ م.
- قرضاوی، یوسف، سبب شناسی تغییر فتوا در عصر حاضر (موجبات تغییر الفتوی فی عصرنا)، ترجمه محمد مقدس، تهران، مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، چاپ اول، ١٣٨٩.
- _____، عوامل السعة والمرونة فی الشريعة الاسلامیة، بی جا، دار الصحوة، ١٤٠١ ق.
- _____، الحلال و الحرام فی الاسلام، قاهره، مکتبة وهبه، ١٤١٨ ق.
- _____، المنتقى من کتاب الترغيب والترهيب، قاهره، دار التوزيع والنشر الاسلامیة، ٢٠٠١ م.
- _____، فتاوی معاصرة، بی جا، دار المعرفة/دار البیضاء، بی تا.
- _____، فی فقه الاقليات المسلمة (حياة المسلمين وسط المجتمعات الاخری)، دار الشروق، ١٤٢٢ ق.
- _____، غیر المسلمين فی المجتمع الاسلامی، بی جا، بی تا.

_____، *شریعة الاسلام صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان*، قاهره، مكتبة وهبة، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ق.

_____، «الفتوى بين الماضي والحاضر»، *المسلم المعاصر*، سال ۲، شماره ۵، محرم-صفر و ربيع الاول ۱۳۹۶ق، ص ۷۵ تا ۵۳.

_____، «الفقه الاسلامي بين المحافظة والتجديد»، *المسلم المعاصر*، سال ۱، شماره ۳۴، رجب ۱۳۹۵ق، صص ۳۹ تا ۶۴.

قرطبي، محمد بن احمد، *الجامع لاحكام القرآن*، به تحقيق احمد عبد العليم البردوني، بيروت، دار الكتاب العربي، چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.

قلعجي، محمد وراس، «التطور والثبات في الفقه الاسلامي»، *الوعي الاسلامي*، سال ۱۶، شماره ۱۸۴ (ربيع الثاني ۱۴۰۰ق)، صص ۳۰-۳۷.

_____، *معجم لغة الفقهاء*، بی جا، دارالفنانش، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
گرجي، ابوالقاسم، «دور الزمان والمكان و أثرهما في الاجتهاد والتجديد»، *رسالة التقريب*، شماره ۳۶، دي ۱۳۸۱، صص ۱۵۳ تا ۱۸۴.

مالك بن انس، *الموطأ*، به تحقيق محمدفواد عبدالباقي، بيروت، داراحياء التراث العربي، ۱۴۰۶ق.
مالكي، محمد بن علي، *تهذيب الفروق*، دارالكتب العلمية، بيروت، ۱۴۱۸ق. (چاپ در حاشیه الفروق).
مبلغی، احمد، «نظرية الإمام الخميني (ره) حول تأثير الزمان و المكان في الاجتهاد»، *رسالة التقريب*، شماره ۴۲، اردیبهشت ۱۳۸۳، صص ۱۲۳ تا ۱۴۰.

متولي نظامی، محمد، «الشریعة الاسلامية والتطور»، *منبر الاسلام*، سال ۳۱، شماره ۳۴، (ربيع الاول ۱۳۹۳ق)، صص ۱۱۱-۱۱۳.

مجلسی، محمد باقر، *بحار الانوار الجامعة لدرر الاخبار الائمة الاطهار*، ج ۶۸ و ۹۹، بيروت، دار احیاء التراث الاسلامی، ۱۴۰۳ق.

محقق داماد، سيد مصطفی، «مبانی تطبيق پذیری قوانین اسلامی با تحولات اجتماعی»، *نقد و نظر*، سال دوم، شماره «۵»، زمستان ۱۳۷۴، صص ۸۰-۸۶.

محمد، يحيى، «الفقه ومقتضيات الزمان»، *قضايا اسلامية معاصرة*، شماره ۷، (۱۴۲۰ق)، صص ۲۰۵-۲۳۴.
_____، «التغير في الفتوى، الانماط والعوامل»، *قضايا اسلامية معاصرة*، شماره ۱۳، (۱۴۲۱ق)، صص ۲۵۱-۲۵۸.

مدرس، محمد محروس، *مشايخ بلخ من الحنفية وما انفردوا به من المسائل الفقهية*، بغداد، احیاء التراث، ۱۹۹۷م.

مدكور، محمد سلام، «التشريع الاسلامي صالح لتنظيم المجتمعات المتطورة»، *الوعي الاسلامي*، سال ۹،

- شماره ١٠٥، رمضان ١٣٩٣ق، صص ٣٢ تا ٣٧.
- مکارم شیرازی، ناصر، «فقه و معارف اسلامی در کشاکش افراط و تفریط ها»، کیهان فرهنگی، سال پنجم، شماره ١١، (بهمین ١٣٦٧)، صص ٧-٩.
- مکدانش، سها سلیم، تغییر الاحکام دراسته تطبیقیه لقاعده «لاینکر تغییر الاحکام بتغییر القرائن والازمان» فی الفقه الاسلامی، بیروت، دارالبشائر الاسلامیه، ١٤٢٨ق.
- مناوی، محمد بن ابراهیم، *فراند الفوائد فی اختلاف القولین لمجتهد واحد*، به تحقیق محمد بن حسن اسماعیل و ابو معاذ ایمن عارف دمشقی، بیروت، دار الکتب العلمیه، ١٤١٥ق.
- مهدی، یوسف، *البعاد الزمانی والمکانی واثرها فی الفتوی*، انتشارات وزارت اوقاف وامور دینی الجزائر، بی تا.
- ناجی، محسن، «العوامل الاقتصادية والاجتماعية واثرها فی الفقه والتشريع»، *القضاء*، سال ٢٨، شماره ٢، نیرسان، مایس وحزیران، ١٩٧٣م، صص ٣٩-٥٩.
- نسائی، احمد بن شعیب، *المجتبی من السنن*، به تحقیق عبدالفتاح ابو غده، حلب، مکتب المطبوعات الاسلامیه، ١٤٠٦ق.
- _____، *السنن الکبری*، به تحقیق عبدالغفار سلیمان البنداری وکسروی حسن، بیروت، دار الکتب العلمیه، چاپ اول، ١٤١١ق.
- نعمان، سالم عبید، «آراء فی الفقه والتشريع باعتبارهما معبرین عن علاقات اقتصادية واطواع اجتماعية»، *القضاء*، سال ٢٨، شماره ١، کانون الثانی، شباط و آذار ١٩٧٣م، صص ٧-٣٦.
- نعمه، ابراهیم، «الشریعة الاسلامیه والتطور»، *الوعی الاسلامی*، سال ١٦، شماره ١٩، شوال ١٤٠٠ق، صص ٢٩ تا ٢٥.
- نوری، حاتم، «تغییر الحکم الشرعی فی ظل ولایة الحاکم الجائر»، *قضايا الاسلامیه*، شماره ١٨، ١٤١٨ق، صص ٣٦٩-٣٨٠.
- نوی، یحیی بن شرف شافعی، *آداب الفتوی والمفتی والمستفتی*، به تحقیق بسام عبدالوهاب الجابی، دمشق، دار الفکر، چاپ اول، ١٤٠٨ق.
- _____، *المجموع فی شرح المہذب*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- _____، *روضة الطالبین*، بیروت، الکتب الاسلامی، ١٤٠٥ق.
- نویهی، محمد، «نحو ثورة فی الفكر الديني»، *مجلة الآداب*، سال ١٨، شماره ٥، مایو ١٩٧٠، صص ٢٥-٣٢ و ٩٨-١٠٧.
- وزارة الاوقاف الكويتية (جماعة من العلماء)، *الموسوعة الفقهية*، ج ٣٢، کویت، وزارة الاوقاف.
- هیثمی، علی بن ابی بکر، *مجمع الزوائد ومنبع الفوائد*، ج ٥، بیروت، دار الکتب العلمیه، ١٤٠٨ق.

درون‌مایه سازمان فکری استرآبادی و بازتاب‌های آن در منابع تراجم*

دکتر حمید رضا شریعتمداری

استادیار دانشگاه ادیان و مذاهب

سید مهدی طباطبایی

دانشجوی دکتری و پژوهشگر پژوهشکده ادیان و مذاهب

Email: tabmahdi@yahoo.com

چکیده

نویسندگان مسلمان، در تحلیل پیشرفت‌های علمی، به شکل گسترده‌ای از کتب شرح‌حالنگاری بهره می‌برند. اطلاعات زندگی افراد و شرایط جغرافیایی آنان که در بررسی گرایش‌های فکری خاص آن‌ها لحاظ می‌گردد، معمولاً، از این کتاب‌ها استخراج می‌شود. می‌توان از این کتب، برای تحلیل‌های کمی، جهت ارائه تصویری از شکل کلی یک جامعه، به طور عام و طبقات علمی آن، به طور خاص، استفاده کرد. چهار قرن پیش، در قرن یازدهم، محمد امین استرآبادی، یکی از پیشرفت‌های علمی را در قالبی نوین و البته افراطی، طرح نمود. این اندیشه، تأثیرات شگرفی بر عالمان عصر خود و پس از آن، بر جای نهاد و بیش از یک‌صد سال، تفکر غالب جهان تشیع به شمار می‌رفت. از استرآبادی، گاهی با عنوان مؤسس و زمانی با وصف إحياء مکتب اخباریان، یاد می‌شود. اینکه کدام‌یک از این القاب، برای او مناسب می‌نماید، به این بستگی دارد که تاریخ مکتب اخباریان، به دوره‌های اولیه تشیع دوازده امامی پس از زمان غیبت، بازگردانده شود و یا اینکه اخباری‌گری، پدیده‌ای نوظهور تلقی گردد. این، مهم نیست که کدام از این القاب (مؤسس یا إحياء) درباره استرآبادی درست می‌باشد، نکته مهم این است که تفکر اخباری‌گری در دوره صفوی، شیوه فقاقت و اجتهاد را به چالش کشاند.

مقاله حاضر پس از ارائه تصویری کلی از درون‌مایه‌های مکتب فکری استرآبادی و تحولاتی که او در عرصه منابع و مبانی اجتهاد موجب شد، در پی بررسی این نکته است که با وجود اثرگذاری این مکتب در عصر صفوی و فراگیر بودن نزاع اخباریان و اصولیان در طی یک قرن (قرن یازدهم)، چرا در آثار شرح‌حالنگاری، تا ۱۵۰ سال پس از وفات محمد امین استرآبادی، این موضوع، کمتر بر کرسی سخن قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: اخباری‌گری، استرآبادی، نزاع اصولیان و اخباریان، شرح‌حالنگاری.

محمد امین استرآبادی و تأسیس مکتب اخباری

اگر چه منابع موجود، درباره زادو بوم و زندگینامه محمد امین استرآبادی ساکت می‌باشند، اما اجداد او در استرآباد، واقع در بخش شمالی ایران می‌زیستند (فیض کاشانی، الوافی، ۱۲/۱). در ابتداء، او به نجف سفر می‌کند، تا تحت نظر یکی از برجسته‌ترین عالمان زمان خود، محمد بن علی بن حسین عاملی، مشهور به صاحب مدارک، شاگردی کند؛ کسی که استرآبادی، او را اولین استاد خود در اصول و رجال نام می‌برد. استرآبادی، در کتاب الفوائد المدنیة می‌نویسد: وقتی در سال ۱۰۰۷ ق، به کسب اجازه از استرآبادی موفق شدم، در عنفوان جوانی قرار داشتم (استرآبادی، الفوائد المدنیة، ۵۹-۵۸).

اگر این کسب اجازه، در سن بیست سالگی استرآبادی باشد، با توجه به اینکه صاحب مدارک، در سال ۱۰۰۹ ق وفات یافت (خوانساری، ۵۰/۷)، می‌توان سال تولد استرآبادی را در نیمه دوم دهه ۹۸۰ تخمین زد. یوسف بحرانی، حاشیه استرآبادی را بر مدارک الأحکام، مشهورترین کتاب فقهی صاحب مدارک، استاد استرآبادی، تحسین می‌کند (بحرانی، لؤلؤة البحرین، ۱۱۹). به گمان، استرآبادی این تحشیه را زیر نظر صاحب مدارک انجام داده است و همین امر، سبب دریافت اجازه او از استادش شده است. (Gleave, 32).

وی، از شیخ حسن، فرزند شهید ثانی نیز که در آن زمان، در نجف، دارای مقام تدریس بود، اجازه دریافت نمود (خوانساری، ۱۲۹/۷). اگر این گزارش درست باشد، این کسب اجازه، پس از اجازه اول استرآبادی و در سال ۱۰۰۷ ق، یعنی پیش از بازگشت صاحب معالم به لبنان، اتفاق افتاده است؛ سرزمینی که صاحب معالم در سال ۱۰۱۱ ق در آنجا رحلت کرد.

استرآبادی، در سال ۱۰۱۰ ق به قصد شرکت در حلقه درس محمد شاه تقی الدین نسابة، متوفای ۱۰۱۹ ق (حرعاملی، الفوائد الطوسیة، ۳۰۹/۲؛ أفندی، ۱۹۴/۵) به سمت شیراز حرکت کرد. او حداقل چهار سال در آن شهر ماند و در این مدت، اولین کتاب مستقل علمی خود، به نام: المباحث الثلاثة را به نگارش درآورد (فهرست مشهد، ۴۹۰/۱۳).

استرآبادی، در سال ۱۰۱۴ ق به مکه عزیمت نمود و در اوائل سال ۱۰۱۵ ق نزد آخرین استاد خود در علم فقه، حدیث و رجال، میرزا محمد بن علی استرآبادی، صاحب کتاب الرجال، متوفای سال ۱۰۲۸ ق شاگردی نمود (استرآبادی، الفوائد المدنیة، ۵۹-۶۰).

بر اساس گفته‌های استرآبادی، این، صاحب الرجال بود که به او إیحای اخباری‌گری را پیشنهاد داد. چند و چون توصیف‌های استرآبادی از این اتفاق بزرگ زندگی او، در خور

مطالعات بیشتری است. شاید، پیش زمینه‌ی اندیشه اخباری‌گری استرآبادی را در سرزنش‌های او از اصولیان بتوان جویید.

استرآبادی، از انحراف فقهای امامیه، در روش‌های فقهی، از مسیر امامان معصوم (علیهم السلام) و نیز شکل‌گیری انگیزه خود در اصلاح این انحراف، چنین می‌گوید: تا زمانی که داناترین و مؤمن‌ترین عالم روز، در علم حدیث و رجال، داناترین استاد در تمامی موضوعات، میرزا محمد استرآبادی (علیه الرحمه) صاحب الرجال آمد. او پس از آن‌که تمام اصول حدیث را به این فرد حقیر، محمدمامین استرآبادی آموخت، از من خواست تا طریقت اخباریان را إحياء کنم و شک و تردید تمام مخالفان این راه را از بین ببرم و گفت: ممکن است، این طریقت، فراموش شده باشد، اما خداوند اراده کرده است تا با قلم تو بار دیگر، إحياء شود. پس از آن‌که تمام دانش‌ها را از او فرا گرفتم که از عالم‌ترین استادان بود، چندین سال در مدینه به تفکر و تضرع به درگاه خداوند متعال و مطالعه احوال صحابه پیامبر (صلی الله علیه و آله) پرداختم. یکبار دیگر، احادیث کتب شیعه و اهل سنت را به دقت مورد مطالعه قرار دادم. سپس، به لطف خداوند متعال و یاری پیامبر (صلی الله علیه و آله) و امامان معصوم (علیهم السلام) که به من نشان دادند، باید از این اراده خداوند متعال، تبعیت کنم، تصمیم گرفتم کتاب: الفوائد المدنیة را به نگارش در بیاورم. صاحب الرجال، پس از مطالعه این کتاب، مرا به خاطر نگارش آن، تحسین و تشویق کرد (همو، دانشنامه شاهی، گ ۳/الف).

منتقدان استرآبادی، بر این کلام او خرده گرفتند. یکی از این منتقدان، نویسنده کتاب الشواهد المکیة، سخن استرآبادی را اولین خروج او از مسیر حق می‌داند و می‌گوید: استرآبادی چگونه چنین سخنی را به علماء نسبت می‌دهد؟! گویا، او بر همه کتاب‌ها و اخبار دسترسی و اطلاع داشت و دیگر علماء، این‌گونه نبودند (موسوی عاملی، ۲۹).

اگرچه بنابر داده‌های تاریخی، استرآبادی در مکه درگذشت و در همان‌جا به خاک سپرده شد (أفندی، ۳۵/۵)، اما در مورد تاریخ دقیق رحلت او، نظرات گوناگونی وجود دارد. اولین گروه از شرح‌حال‌نگاران، سال ۱۰۳۶ ق را زمان مرگ او می‌دانند (مدنی، ۴۹۹)، در حالی‌که یوسف بحرانی، سال ۱۰۳۳ ق را درست می‌شمارد و معتقد است: سال ۱۰۳۶ ق برای تاریخ درگذشت استرآبادی صحیح نمی‌باشد (بحرانی، لؤلؤة البحرين، ۱۱۹)، ولی با توجه به این‌که استرآبادی، در سال ۱۰۳۴ ق کتاب خود را با عنوان: الرسالة فی طهارة الخمر و نجاستها، برای سلطان صفوی ارسال کرد، تاریخ اول، صحیح‌تر به نظر می‌رسد (سبحانی، ۳۱۵/۱۱)؛ در این

صورت، او در هنگام وفات ۵۰ سال داشت.

استرآبادی، تألیفات خود را در طول یک دوره سی ساله به انجام رساند که مهم‌ترین آن الفوائد المدنیه است. الفوائد المدنیه، برجسته‌ترین اثر استرآبادی است که نگارش آن در ربیع الاول سال ۱۰۳۱ق به اتمام رسیده است. مؤسسه نشر اسلامی، این کتاب را به همراه کتاب: الشواهد المکیه، منتشر کرده است که سید نورالدین موسوی عاملی آن را در نقد الفوائد المدنیه نگاشته است. در اینجا به درون‌مایه سازمان فکری استرآبادی و بازتاب آن در کتب تراجم می‌پردازیم.

مبانی نظری اخباریان برپایه الفوائد المدنیه

۱. تأکید بر یقین: استرآبادی دغدغه اصلی خود را کسب یقین می‌داند و انحراف اصلی متأخران - که به نظر وی تحت تأثیر اهل سنت صورت گرفته است (الفوائد المدنیه، ۷۸) - در اعتماد آنان بر ظن می‌داند و از این روست که نه اجتهاد ظن‌آور را می‌پذیرد و نه تقلید ظن‌آور از مجتهدان را (همان، ۲۶۳). به نظر وی مذهب و طریقه قدمای اخباری درست است که قضاء و افتاء فقط با یقین مجاز است و در صورت نبودن یقین باید توقف و احتیاط کرد، نه آن‌که به اصول عملیه و اجماع و از این قبیل دلالتی که یقین‌آور نیست اعتماد شود (همان، ۱۰۴).

استرآبادی به تفصیل در باب تمسک به استنباط‌های ظنی در خود احکام خدای متعال بحث کرده و دوازده دلیل را یادآور شده از جمله: هیچ دلیل قطعی‌ای بر جواز اعتماد بر ظن وجود ندارد و برای اثبات اعتبار آن نمی‌توان بر دلایل ظنی تکیه کرد، چون مستلزم دور است؛ آیات صریح در منع از اعتماد بر ظن که به هیچ وجه قابل تخصیص و تأویل نیستند؛ استدلال امامیان بر وجوب عصمت که «لولا ذلک لزم امره تعالی عباده باتباع الخطأ و ذلک قبیح عقلاً» در تبعیت از ظن مجتهد نیز جاری است؛ شیوه‌ای که مدارک و مبانی آن منضبط نیست و مایه تعارض و آشفتگی و تغییر فتواست نمی‌تواند ملاک احکام خدا باشد؛ مسلکی که با اختلاف اذهان و احوال و اشخاص تغییر می‌کند نمی‌تواند ملاک احکام خدا باشد؛ دین سهل و روان چگونه می‌تواند بر استنباط‌های سخت و نامطمئن استوار باشد؟ ظن از سنخ شبهات است و وجوب توقف در شبهات را روایات ما ثابت کرده است؛ دلیل قطعی وجود دارد بر این‌که خدا را در هر واقعه مورد نیاز امت، حکمی است معین که دلیل قطعی بر آن وجود دارد و همه آن‌ها در اختیار ائمه (ع) قرار دارد (رک: همان، ۱۸۰-۲۵۱).

بنابراین چه در اصول و چه در فروع فقط باید به دلیل قطعی تکیه کرد و عمل به دلیل ظنی هیچ مدرک قطعی‌ای ندارد و تنها پشتوانه آن چه در میان محققان اهل سنت و چه در میان برخی متأخران شیعه اجماع است (همان، ۱۸۱) و اجماع نیز از اختراعات اهل سنت و ظن‌آور و مردود است (همان، ۱۰۱) «فأول أبواب التي منحوها و معظمها ألاجماع اذ عليه يبتنى سائر قواعدهم» (همان، ۲۶۵): «لا اذن لنا في الشريعة بجواز التمسك به (ای ألاجماع) و لا دلالة عقلیه قطعیه علی ذلك و الأدله المذكوره فی کتب العامه مدخوله».

در نظر استرآبادی، چنان‌که پس از این خواهد آمد، تنها منبع معتبر روایات ائمه (ع) (منقول در اصول، کتب و جوامع اصحاب و علمای امامیه) می‌باشد و این روایات هم از لحاظ صدور و هم از لحاظ دلالت قطعی هستند. (همان، ۱۷۶ و ۳۱۵).

البته یقین معتبر - چه نسبت به حکم واقعی خدا و چه در خصوص اسناد احادیث به معصوم (ع) - یقینی است که شامل یقین عادی هم می‌شود «پس لازم نیست مصادیق قوی‌تر یقین تحصیل شود و باب یقین عادی بابی است گسترده» (همان، ۱۰۵). به نظر وی یقین حتما از طریق عوامل واقعی یقین‌آور ناشی می‌شود و جزم غیر مطابق با واقع بنابر روایات اهل بیت (ع) ممتنع است و آنچه گاهی توسط شیطان به دورغ بر برخی از دل‌ها الهام می‌شود به واقع، یقین نیست و حداکثر مایه ظن و گمان می‌باشد (همان، ۴۴۷ و ۴۷۸). خداوند به نحو ضروری یقین به معارف ضروری که حجیت ادله نقلی بر آن‌ها مبتنی است را به قلب آدمی القا می‌کند و محصول آن معرفت نامیده می‌شود و آنچه به علم موسوم است از راه ادله نقلی به به نحو یقینی قابل اکتساب است (همان، ۴۴۸ و ۴۵۱).

۲. جایگاه عقل: برخلاف آنچه گاه تصور یا ترسیم می‌شود استرآبادی مخالفت کلی به نحو سالبه کلیه با عقل و کاربست آن در معارف و احکام شرعی ندارد. مخالفت وی از سنخ سلب کلیت است نه سلب کلی. یعنی با کاربرد مطلق و منبعیت مستقل عقل - که البته در امامیه کمتر موافقی می‌توان برای آن یافت - مخالف است. توضیح و تفصیل مطلب از این قرار است:

یکم: «تاملات و نقطه نظرات عقلی بر دو گونه هستند: گاهی ماده فکر و بلکه صورت‌بندی آن از ناحیه معصومان است گاهی چنین نیست. گونه نخست نزد خدا مقبول و مطلوب است، زیرا از اشتباه مصون است و بخش دوم نامقبول است، چون در آن خطاهای فراوانی رخ می‌دهد». (همان، ۳۱۳).

دوم: بر این اساس و با توجه به مبنا بودن یقین، استدلال‌های عقلی تایید شده از سوی

معصوم قابل اعتماد هستند و در واقع، مشکل تأملات عقلانی نارسیده از معصوم در ظنی بودن آن‌ها نهفته است. استرآبادی در شمار عوامل غفلت مجتهدان از روایات آورده: «و از جمله آن‌ها انس و الفت اذهان ایشان با اعتبارها و ملاحظه‌های عقلی اصولی ظنی است که آن‌ها را ادله عقلی قطعی پنداشته و در جمع میان آن‌ها و اخبار صحیح و صریح دچار سرگشتگی شده اند.» (همان، ۳۵۹) و گرنه دلیل قطعی عقلی مقبول بوده، می‌توان مثلاً از قرائن صحت خبر واحد باشد: «از جمله قرائن این است که مضمون خبر با دلیل عقلی قطعی همسو باشد، مثل خبری که مفاد آن عدم تعلق تکلیف به فرد غافل - مادامی که غافل است - می‌باشد و نیز خبری که مفاد آن برداشته شدن فعل واجب از بندگانی است که علم به آن فعل از آن‌ها دریغ نشده است - مادامی که از آن ناآگاهند - نه به خاطر دلیل عقلی ظنی مانند استصحاب و اینکه عدم ظهور مدرکی بر حکم شرعی دلیل نبود آن حکم در متن واقع است.» (همان، ۱۴۴).

سوم: از جمله مشکلات تأملات نظری و عقلی، اختلاف برانگیز بودن آن‌هاست: «روایات ائمه به نحو تواتر اثبات می‌کند که حکم شرعی نظری را نمی‌توان از راه کسب و نظربه دست آورد، زیرا به اختلاف آراء در اصول و در فروع فقهی می‌انجامد» (همان، ۱۸۲).

چهارم: مشکلات اساسی در دانش‌های سه‌گانه کلام، اصول فقه و فقه استنباطی تکیه کردن بر افکار عقلی است: «پس عالمان این سه فن را به شکل موجود آن تالیف کردند و از نهی ائمه از تعلیم فن کلام مبتنی بر افکار عقلی توسط اصحاب و نیز امر به ایشان برای فراگیری فن کلام سمعی و نقلی از ائمه غفلت کردند» (همان، ۷۷).

پنجم: علم منطق نیز نمی‌تواند مانع از خطای عقل‌گرایان باشد. اساساً علم منطق مددکار آدمی در صیانت صورت تعریف و استدلال از خطاست، نه در مواد استدلال‌ها: «منطق از خطا در مواد اندیشه صیانت نمی‌کند و تنها صاحب عصمت در این موارد مصونیت بخش است» (همان، ۴۰۵)؛ «بهره‌جستن از منطق فقط در صورت‌بندی افکار است» (همان، ۲۰۶ و ۴۷۱ و ۲۵۶).

ششم: اگر عقل غیر متکی به نظر معصوم قابل اعتماد نباشد، پس بر چه مبنایی، آدمی می‌تواند رسالتی را بپذیرد و بر دینی گردن بنهد؟ پاسخ استرآبادی چنین است: «اثبات رسالت پیامبر بر ائمه یا از آن روست که پس از اطلاع بر معجزه پیامبر، آدمی به ادعای وی از راه حدس قطع و یقین حاصل می‌کند، آن‌گونه که از احادیث فهمیده می‌شود یا از سنخ نظر و فکر مقبول است.» (همان، ۳۱۳).

هفتم: آیا عقل در حوزه عمل (عقل عملی) هیچ نوع ادراک قبولی ندارند؟ استرآبادی مدرکات عقل عملی و حسن و قبح ذاتی و عقلی را می‌پذیرد، اما از آن هیچ حکم شرعی‌ای را قابل استنباط نمی‌داند: «در اینجا دو مسأله وجود دارد: نخست، حسن و قبح ذاتی است و دیگری، وجوب و حرمت ذاتی و آنچه از آن «نفی برائت اصلیه» لازم می‌آید بطلان دومی است، نه بطلان اولی و میان دو مسأله تفاوت زیادی وجود دارد. آیا نمی‌بینید بسیاری از قبائح عقلی در دین حرام نیست؟ و نقیض آن‌ها نیز در دین واجب نیست؟ در اینجا دو چیز وجود دارد: این‌که عقل حسن و قبح امور را درک می‌کند و دوم آن‌که این درک در ثواب و عقاب کفایت می‌کند، هر چند شرعی در کار نباشد. و میان این دو «عقلا» ملازمی نیست، و به دلیل این فرموده خدای متعال: «پروردگار تو آبادی‌ها را به خاطر ستمشان [یعنی به خطر قبح کارشان] از میان نمی‌برد، در حالی‌که اهل آن‌ها غافل هستند یعنی بیان شرعی به آن‌ها نرسیده است» (همان، ۳۲۹-۳۳۲). جمع‌بندی از سخنان استرآبادی نشان می‌دهد که در نظر وی، حسن و قبح ذاتی‌ای هست که عقل توانایی درک آن را دارد، اما عقل نمی‌تواند به صورت استقلالی تکلیفی را ثابت کند، پس تا شرعی نباشد تکلیف و ثواب و عقاب در کار نخواهد بود و میان درک حسن و قبح توسط عقل و ثبوت حکم شرعی یا تعلق تکلیف و ثواب و عقاب ملازمی نیست و معتزلیان نیز گرچه به حسن و قبح ذاتی قائل هستند و این‌که بنا به ادراک عقل، خدای متعال احکام و افعال را بنا به مصالح و مفساد ظاهر آن‌ها تشریح می‌کند، اما منکر آن نیستند که شارع احکام خداست و این‌که علم به حکم شرعی عین این ادراک‌های عقلی نیستند، بلکه تابع و لازمه آن‌هاست که البته استرآبادی منکر این ملازم است. (همان، ۳۳۲).

هشتم: می‌ماند این‌که چرا عالمان امامیه گرفتار احکام عقلی ظنی شده اند؟ استرآبادی پاسخ این سؤال و سؤال‌های دیگری از این قبیل را در اهل سنت‌زدگی برخی از قداما و متأخران به ویژه بغدادی‌ها و حلی‌ها می‌داند! «و نخستین کسانی که از شیوه اصحاب ائمه غفلت کردند و بر فن کلام و اصول فقه که هر دو برافکار عقلی رایج میان اهل سنت مبتنی هستند تکیه کردند تا جایی که من می‌دانم، محمدبن احمدبن جنید اهل قیاس و حسن‌بن علی‌بن عقیل عمانی متکلم هستند. سپس آن‌گاه که شیخ مفید نسبت به تألیفات این‌ها در میان شاگردانش و از جمله سید مرتضی و شیخ طوسی حسن ظن نشان داد شیوه آن دو میان متأخران اصحاب ما قرن به قرن رواج گرفت تا نوبت به علامه حلی رسید پس در تألیفات خودش به بسیاری از قواعد اصولی اهل سنت پایبند باشد سپس شهید اول و شهید ثانی و شیخ علی فاضل - که خدا همه

آن‌ها را رحمت کند- از آن‌ها پیروی کردند. (همان، ۷۸ و ۳۶۱، ۴۵۰).

نهم: عقل‌گرایان عموماً قائل به وجوب نظر (یا قصد به نظر) شده‌اند و به ویژه معرفت خدا را نظری دانسته‌اند و اگر کسانی وجوب نظر را به نحو اصیل نپذیرفته‌اند، چون معرفت خدا را واجب و آن را امری کسی- و نه ضروری - دانسته‌اند پس از باب مقدمه وجودی واجب به ضرورت نظر قائل شدند. اما استرآبادی در این خصوص، نه تنها نظر را واجب نمی‌داند - و قبلاً نشان دادیم که چگونه پذیرش رسالت را توجیه و تبیین می‌کند - بلکه اساساً معرفت خدا را ضروری و فطری و غیر اکتسابی می‌داند: «روایات اهل بیت پیامبر به صورت متواتر گویای این حقیقت است که معرفت خدای متعال به عنوان خالق عالم و این‌که خشنودی و ناخشنودی دارد و این‌که باید از ناحیه خدای متعال معلّمی باشد تا به مردمان آنچه را که مایه رضا و غضب خداست بیاموزند از امور فطری‌ای است که به الهام فطری الهی در دل‌ها نهاد شده است، همان‌طور که به گفته حکیمان، کودک بنا به الهام فطری الهی از سینه مادرش شیر می‌نوشد» (همان، ۴۰۷).

۳. قرآن: در باب قرآن کریم از جهت منبع‌بودن آن دو بحث بسیار مهم وجود دارد: نخست نسبت آن با تحریف است و دوم مبحث ظواهر آن. مرجعیت قرآن در قیاس با سنت نیز از مباحث مهم این قلمروست که با بحث حجیت ظواهر قرآن بی‌ارتباط نیست. باور به تحریف قرآن را نمی‌توان شاخصه‌ای تعیین‌کننده برای اخباریان دانست، زیرا اخباریان بسیاری هستند که قائل به تحریف نیستند، همچنان که می‌توان اصولیانی را نشان داد که تحریف باور هستند. با این همه، تحریف قرآن تحت تأثیر برخی روایات موجود در منابع امامیه بیشترین طرفدار خود را در میان اخباریان یافته است.

اما نفی حجیت ظواهر قرآن و نیازمندی قرآن در دلالتش به احادیث اهل بیت(ع) را می‌توان از شاخصه‌های اخباری‌گری - دست کم در نوع متصلّب آن- دانست. به نظر استرآبادی همه اخباریان برآنند که اغلب قرآن به گونه‌ای مبهم نازل و صادر شده است: «مذهب و طریقه قدماى اخبارى ما این است که قرآن در اغلب آیاتش به صورت مبهم (على وجه التعمیه) برای اذهان مردم نازل شده است» (همان، ۱۰۴). البته قرآن آنجا که ضروریات دین را بیان می‌کند ظواهر قابل استنادی دارد (همان، ۱۴۴). اما احکام نظری را نمی‌توان از ظواهر قرآن فهمید: «استنباط احکام نظری از ظواهر کتاب خدا جائز نیست» (همان، ۱۰۴). این تصور که قرآن مطابق با عقل و درک مردم نازل شده و آن‌ها مکلف به استنباط احکام نظری از آن هستند از

مبانی باطل اهل سنت است. (همان، ۷۶).

ناگزیر برای فهم معنای قرآن باید به سخن معصوم (ازعترت پیامبر اکرم (ص)) رجوع کرد (همان، ۲۰۴ و ۳۰۵). و اگر آیه‌ای فاقد روایت از امام باشد قابل استناد نیست و در آنجا باید توقف و احتیاط کرد (همان، ۱۰۴ و ۳۳۶). علم به قرآن و به ناسخ و منسوخ، مطلق و مقید، و عام و خاص آن در اختیار ائمه است (همان، ۸۶، ۱۰۲، ۳۲۵). و اساساً: «احادیث متواتر به صراحت می‌رسانند که استنباط احکام نظری از کتاب خدا و از سنت نبوی شغل و کار ائمه است نه مردم» (همان، ۳۵۵).

استرآبادی دلائل مختلفی را برای نفی حجیت ظواهر قرآن اقامه کرده است، از جمله آنکه هیچ دلالت قطعی‌ای بر حجیت ظواهر قرآن وجود ندارد و باز کردن باب استناد به ظواهر قرآن منشأ مفاسد فراوانی است، از جمله آن‌که علمای عامه در آیه «اطيعو الله و اطيعو الرسول و اولی الامر منکم» مقصود از اولوا الامر را سلاطین دانسته‌اند و از جمله آن‌که بنا به روایات ما مخاطب واقعی و آشنایی انحصاری قرآن «من خوطب به» یعنی امامان معصوم هستند و قرآن مطابق با عقل و درک اینان نازل شده و علم به آنچه بر ظاهرش باقی است یا خیر، ناسخ است یا منسوخ فقط نزد اهل بیت است و اساساً ظن به بقای آیات قرآن بر ظاهرشان فقط برای عامه پیدا می‌شود، نه برای خاصه. (همان، ۲۶۳، ۲۲۰ و ۲۶۹-۲۷۱).

۴. روایات: همان‌طور که ظواهر قرآن بدون انضمام روایات عترت قابل استناد نیستند، روایات نبوی نقل شده از غیر از طرق اهل بیت نیز قابل استناد نیست: «استنباط احکام نظری از ظواهر کتاب خدا و نیز از ظواهر سنت نبوی، مادامی که وضعیت آن‌ها از سوی اهل الذکر [ائمه معصوم] دانسته نشده جایز نیست (همان، ۱۰۴). استرآبادی در پاسخ به این پرسش که شما اخباری‌ها در خصوص ظواهر قرآنی مثل «اوفوا بالعقود» و ظواهر سنت نبوی مثل «لاضرر و لا ضرار فی الاسلام» چه می‌کنید می‌گوید: «ما فحص از وضعیت این‌ها را از راه مراجعه به سخن عترت پاک لازم می‌دانیم. اگر مقصود را یافتیم و حقیقت را شناختیم به آنها عمل می‌کنیم، وگرنه توقف و درنگ را لازم می‌دانیم و تمسک به آنچه اهل سنت بدان چنگ زده‌اند، مثل اینکه پیامبر تعلیم آنچه را آورد خاص کسی ندانست، زیرا این ضروری مذهب است که پیامبر هرچه را آورد نزد عترت پاک به ودیعت نهاد و مردم را مأمور ساخت تا از ایشان بپرسند و همه چیز را به ایشان ارجاع دهند» (همان، ۳۳۶).

بدین ترتیب تنها منبع مستقل و خود بسنده دین روایات اهل بیت (ع) خواهد بود: از آنچه

که گفتیم لازم می‌آید که دلیل بر حکم شرعی در دو چیز «کتاب و سنت» محدود شود و روشن است که وضعیت کتاب و حدیث نبوی فقط از ناحیه ائمه معلوم می‌شود پس انحصار در احادیث ائمه قطعی و متعین می‌شود (همان، ۵۹). و این همان شیوه قدمای اخباری امامیه است که در آنچه که ضروری دین نیست از مسائل کلامی و اصولی و فقهی گرفته تا همه دیگر امور دینی فقط براخبار صحیح و صریح مروی از عترت پاک تکیه می‌نمایند. (همان، ۱۰۹) و این نشان و شعار متقدمان امامیه از اصحاب ائمه است: «بدان که منحصر شدن راه علم به امور نظری دین در روایت از ائمه و عدم جواز تمسک در عقائدی که معمولاً در معرض خطا هستند به مقدمات عقلی و عدم جواز تمسک در افعال به استنباط‌های ظنی از کتاب خدا و سنت پیامبرش یا از راه استحصال یا برائت اصلی یا از راه قیاس یا اجماع مجتهدان و مانند آن‌ها از نشانه‌ها و شعارهای متقدمان اصحاب ما، اصحاب ائمه بوده است» (همان، ۲۴۲ و ۴۰۵).

از جمله مباحث مهم در زمینه روایات حکم خبر واحد و انواع آن است. تا پیش از استرآبادی در میان امامیه با طیف‌های مختلفی روبرو هستیم؛ از کسانی که مطلق خبر واحد را چه در علم و چه در عمل، غیر مفید و بی‌نتیجه می‌دانند تا کسانی که خبر واحد محفوف به قرائن را در اصول و فروع می‌پذیرند و تا کسانی که در فروع، خبر واحد عاری از قرینه را به شرط آنکه معارضی نداشته باشد مقبول می‌دانند. اما دیدگاه استرآبادی در این میان بسیار بدیع می‌نماید. ایشان در جایی از جواز عمل به خبر ثقه سخن می‌گوید (همان، ۱۴۵). سپس در ادامه به یقین‌آور بودن خبر ثقه - البته یقین عادی - تصریح می‌کند و وثاقت را از جمله قرائن مفید قطع می‌شمارد (همان، ۳۸۹ و ۱۶۸) و در این خصوص به روایات متعددی استشهد می‌کند (همان، ۳۸۹) و حتی احتمال تقیه را - در جهت صدور - مانع استناد به خبر ثقه نمی‌داند و در اینجا جواز عمل را مطرح می‌کند و این را از نعمت‌های خداوند بر شیعه می‌داند (همان، ۳۹۰).

استرآبادی - همچون بسیاری دیگر - تقسیم غیر به اقسام مشهور آن، یعنی صحیح، حسن، موثق را امری متأخر و از ابداعات علامه حلی و تحت تأثیر اهل سنت می‌داند و قدما خبر واحد را یا صحیح به معنای معتبر می‌دانستند و یا نامعتبر و ضعیف: «این تقسیم واحکام مربوط به آن در کتب قدیم و جدید عامه مشهور بوده، اما قدمای عالم ما چون احکام را به طریقی قطعی از ائمه - با واسطه یا بی‌واسطه - دریافت می‌کردند، چون راوی ثقه بود یا قرائن دیگری

در کار بود برایشان مجاز نبود که به راهی جز قطع و یقین بروند، پس به تقسیم خبر واحد عاری از قرائن قطع آور و به احکام مربوط به آن التفاتی نکردند. تا این که ابن جنید و ابن ابی عقیل در اوائل غیبت کبرا با کتب معتزله در کلام و اصول فقه آشنا شدند و در اغلب موارد به سبک آن‌ها پیش رفتند» (همان، ۱۲۳ و ۱۷۳).

استرآبادی بر آن است که در میان عالمانی که مصاحبت ائمه با روزگار آن‌ها را درک کردند کتاب‌هایی رایج بوده که به صحت نامبردار بوده‌اند و هم این‌ها مرجع ایشان در عقائد و اعمالشان بوده است و با این که توانستند وضعیت آن احادیث را به دست آورند - و گاه نیز این کار را می‌کردند - اما با این آثار به عنوان منابع صحیح و معتمد برخورد می‌کردند و معلوم می‌شود که به صحت احادیث آن‌ها جازم بودند (همان، ۱۲۶). و اساساً مقتضای حکمت الهی و مقتضای احادیث رسیده در خصوص تمسک به کتاب‌ها و تلاش ائمه برای املای شریعت مقدس بر عالمان شیعه و فرمانشان به کتابت آن‌ها و حفظ و ترویج آن‌ها برای عمل شیعه در غیبت کبرا و نبود منبعی دیگر برای شیعه در زمان غیبت به جز همین کتب و اصول این است که این احادیث تا زمان غیبت کبرا و در این زمان تا همیشه تاریخ مانده و می‌ماند. (همان، ۱۲۶).

استرآبادی معتقد است که شیخ الطائفه شیخ طوسی در تهذیب و استبصار به احادیث متعددی اعتماد می‌کند که در اصطلاح متأخران ضعیف هستند و بلکه به روایات دروغ‌گویان شناخته شده تمسک می‌کند با اینکه به احادیث صحیح به اصطلاح متأخران دسترسی داشته ولی از آن‌ها صرف نظر می‌کرده است» (همان، ۱۲۹).

جمع‌بندی استرآبادی از دیدگاه‌های قدما به ویژه شیخ طوسی - با ارجاع زیاد به محقق حلی در معتبر و معارج - این است که ایشان به کتب متداول میان امامیه اعتماد داشتند و اخبار آن‌ها را قطعی‌الصدور یا دست کم جائز العمل می‌دانستند. استرآبادی قرائن و اسباب اعتماد قدما بر کتب و اصول را چنین بر شمرده است: «قطع به وثاقت راوی، عرضه کتاب بر امام معصوم، عرضه کتاب بر کتاب دیگری که صحت آن قطعی است». (همان، ۱۴۶).

در جایی دیگر، وی قرائن اطمینان‌آور را که «موجبہ للقطع العادی بورود الحدیث عنهم» چنین بر می‌شمرد: قرائن حال و مقال که نشان‌دهنده وثاقت راوی در روایت و پروای وی از افترا یا نقل آنچه برایش روشن نیست، می‌باشد، هر چند گرفتار فساد عقیده یا فسق جوارحی باشد؛ تأییداتی که روایات نسبت به همدیگر دارند؛ نقل عالم موفق و متقی در کتابی که برای

هدایت مردم و برای آنکه مرجع مردم باشد تألیف کرده است؛ اعتماد بر احادیث فلان اصل یا بر فلان روایت به رغم دسترسی به روایات صحیح دیگر؛ با وجود حدیث در تهنذیب و استصبار شیخ و در کافی و من لایحضره الفقیه زیرا مولفان این آثار بر صحت احادیث کتب خود گواهی داده و آن‌ها را برگرفته از اصول مورد اتفاق دانسته‌اند؛ راوی از گروهی باشد که «اجتمعت العصابه علی تصحیح ما یصح عنهم»؛ راوی از کسانی باشد که ائمه آن‌ها را ثقه و مأمون «یا مرجع علمی یا امین خدا در زمین دانسته‌اند (همان، ۱۷۷-۱۷۸). با این قرائن احتمال تعمد بر کذب منتهی می‌شود. استرآبادی با قرائنی احتمال سهو را منتفی می‌سازد. (همان، ۱۷۸).

در نتیجه، استرآبادی برآن است که «بیشتر احادیث روایت شده ما در کتاب‌های ما دلالتی قطعی دارد» (همان، ۳۱۵). و بر صحت این کتاب دلائل بسیاری اقامه می‌کند (همان، ۳۷۰-۳۹۴) و نسبت این کتاب به صاحبان آن‌ها را نیز متواتر می‌داند (همان، ۳۷۸).

بررسی آثار تراجم

بررسی دیدگاه‌های اخباری گرایانه استرآبادی، از طریق تحلیل مدخل‌های اختصاص یافته به او، در کتاب‌های شرح حال‌نگاری (طبقات، یا تراجم)^۱ قابل توجه است. برخی از خاورشناسان، معتقدند: عدم ذکر ارتباط میان استرآبادی و اخباری‌گری، در آثار شرح حال‌نگاری نزدیک به زمان وفات استرآبادی، نشان می‌دهد او در تأسیس آن جریان، نقشی نداشت (Newman; 2 / 250-253). بر فرض صحت این تحلیل، می‌توان گفت: استرآبادی، حداقل در ابتدای امر، مؤسس اخباری‌گری شناخته نمی‌شد (Gleave; 40). گویا، شیواترین سخن، این است که استرآبادی، مؤسس رونق‌بخشی اخباری‌گری دانسته شود؛ زیرا کاربرد اصطلاح مکتب، برای توصیف آن، که در شکل اولیه خود قرار دارد، بسیار اغراق‌آمیز و فراتر از اصلاحات درون‌اندیشه‌ای است. در انتقادات استرآبادی به روش اصولی و فقهی غالب آن زمان، روش‌های بدیعی وجود دارد که استفاده از این اصطلاح رونق‌بخش اخباری‌گری، موجه‌تر می‌نماید؛ همان‌گونه که خود او نیز به آن اذعان دارد (استرآبادی، دانشنامه شاهی، گ ۳/الف، ب).

^۱. آثار طبقات، بر اساس تاریخ نگارش آن‌ها طبقه بندی می‌شوند؛ در حالی که آثار تراجم، بر اساس حروف الفبا، طبقه‌بندی می‌شوند.

اخباریان، که با استناد به یک سلسله اصول معین، حجیت عقل را منکر می‌گردند، حجیت و سندیت قرآن را به این بهانه، محل سخن قرار می‌دهند که فهم قرآن، مخصوص اهل بیت پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) می‌باشد، اجماع را بدعت اهل سنت می‌خوانند و با این ادعاء که همه اخبار مذکور در کتب اربعه، صحیح و معتبر هستند، برای خود، پیشینه‌ای فراتر از قرن یازدهم هجری نمی‌بینند. (مطهری، ۱۶۹/۲).

کاربرد ویژه اخباری‌گری را در مجموعه روش‌هایی به نظاره می‌توان نشست که دیدگاه‌های متفاوتی درباره نقش منبع فقه‌بودن قرآن، انتقاد از حدیث و استفاده روش‌های جدید در متون شرعی ارائه می‌دهد. اگر این امر، درست باشد، فقدان اشاره به استرآبادی، در نوشته‌های شرح حال‌نویسان، به توضیح بیشتری نیاز دارد. مسلماً، این امر درست است که آثار شرح حال‌نگاری نزدیک به زمان استرآبادی، او را مؤسس مکتب اخباری‌گری معرفی نمی‌کنند. برای روشن‌تر شدن بحث، لازم است که شکل غالب آثار شرح حال‌نگاری مورد بررسی اجمالی قرار گیرد.

نویسندگان مسلمان، در تحلیل پیشرفت‌های علمی، به شکل گسترده‌ای، از کتب شرح حال‌نگاری استفاده می‌کنند؛ اطلاعاتی درباره زندگی افراد که در تحلیل گرایش‌های فکری خاص آن‌ها لحاظ می‌شود و یا شرایط جغرافیایی محیط زندگی آن‌ها، معمولاً، از این کتاب‌ها استخراج می‌شود. در این کتاب‌ها، به بررسی ساختار و یا بر شمردن اهداف اصلی یک گروه، توجه چندانی نمی‌شود. از اطلاعات موجود در این کتاب‌ها می‌توان برای تحلیل‌های کمی، جهت ارائه تصویری از شکل کلی یک جامعه، به طور عام و طبقات علمی، به طور خاص، استفاده کرد.

همچنین، از این کتاب‌ها، برای شناخت و شناساندن زندگی عالمان، تأثیرگذاری و تعیین جایگاه تاریخی و علمی آنان، استفاده می‌شود. معمولاً، در کتب شرح حال‌نگاری، مدخل‌های مربوط به علماء، به ترتیب حروف الفبا و بر اساس نام خانوادگی آن‌ها مرتب می‌گردد. در این آثار، هر مدخل، از یک قالب و شکل ارائه اطلاعات، استفاده می‌کند. موارد ذیل عمده‌ترین مؤلفه‌های این قالب را تشکیل می‌دهند:

۱. ألقاب تحسین آمیز؛

۲. فهرست آثار؛

۳. فهرست استادان (و گاهی مشایخ استادان)؛

۴. فهرست شاگردان؛

۵. جزئیات مختصر سفرها؛

۶. تاریخ و محل تولد و وفات.

در کتاب‌های شرح حال‌نگاری، ترتیب هر یک از این عناصر، متفاوت است؛ مثلاً: مدنی، کتاب سلافة العصر را در پنج بخش، به شرح ذیل، مرتب می‌نماید: الف) شهرهای مقدس حجاز که مدخل استرآبادی، در همین بخش قرار دارد؛ ب) سوریه، مصر و شهرهای اطراف؛ ج) یمن؛ د) ایران، بحرین و عراق؛ و) مغرب.

اگر نویسنده نتواند اطلاعات خاصی را درباره یکی از این عناصر، به دست آورد، آن مؤلفه حذف می‌شود. این مؤلفه‌ها، بر اساس طبقه‌بندی آن‌ها در آثار شرح حال‌نگاری پیشین، مرتب می‌شوند. در صورتی که شرح حال‌نگار، اطلاعاتی افزون بر اطلاعات نویسندگان قبلی بیابد، آن را در همان مؤلفه می‌افزاید؛ برای نمونه، أفندی، اگرچه تمام مدخل حرّ عاملی را در مورد استرآبادی نقل می‌کند، اما برخی از اطلاعات دیگر را نیز در درباره او ارائه می‌دهد. در این خصوص، می‌توان کتاب أمل الآمل، اثر حرّ عاملی را با ریاض العلماء، اثر أفندی، مقایسه نمود (حرّ عاملی، أمل الآمل، ۲/۴۷؛ أفندی، ۵/۳۵-۳۷).

دیدگاه‌های فکری هر عالم، با توجه به دست‌آوردهای علمی و همچنین جایگاه او در طبقه علمی، مشخص می‌شود. آثار، استادان و شاگردان، مهم‌ترین ویژگی‌های قابل ذکر یک عالم هستند. این سه مورد، بیان‌گر سهم او در حفظ روش‌های پژوهشی است. موضوعات شخصی، مانند: ویژگی‌های فردی، ارتباط‌های غیر علمی و عقاید بدعت‌آمیز، تنها زمانی ذکر می‌شوند که بر توصیف نقش عالم بودن او تأثیرگذار باشند.

می‌توان با شناخت جزئی این ویژگی‌ها، کارکرد مؤلفه‌های مختلف یک مدخل خاص شرح حال‌نگاری را توصیف نمود. تحسین و ستایش عالم، به تعیین جایگاه رده علمی او مربوط است و ویژگی‌ها و فعالیت‌های علمی عالم، در قالبی مطرح می‌شود که تعیین این رده را توجیه می‌کند. اهمیت دست‌آوردهای علمی عالم، به جهت نشان دادن تحولات دوره حیات او و میزان تأثیرگذاری وی در آن دوران می‌باشد. نوع و حجم ارتباطات وی با شاگردان و استادان، مقیاس اندازه‌گیری این تأثیرات است و وقایع زندگی او، گواه صحت اطلاعات ارائه شده می‌باشد.

استرآبادی و نزاع اصولیان و اخباریان در آثار شرح حال‌نگاری شیعه

با بیان ویژگی‌های مذکور، این نکته توجه چندانی را به خود جلب نمی‌کند که چرا در آثار

شرح حال‌نگاری مورد نظر در این تحقیق، اخباری‌گری استرآبادی ذکر نشده است. بحث درباره نزاع‌های داخلی، باید در جایگاه مناسب خود و در دیگر آثار، بررسی شود. نگارش کتاب‌های شرح حال‌نگاری، تنها، برای ثبت تاریخی دست‌آوردهای علمی علماء و نقش آن‌ها در حفظ تفاسیر قابل اعتماد از اسلام، اختصاص دارند.

توجه و بحث درباره ارتباط استرآبادی و اخباری‌گری، در کتابی که باید صرفاً، به دست‌آوردهای او بپردازد، از مرزهای تعریف شده کتاب‌های شرح حال‌نگاری، خارج است؛ البته، این امکان نیز وجود دارد که نویسنده‌ای تمامی ارجاع‌های او را به سادگی حذف کند و برای نشان‌دادن نوعی راست‌کیشی اصولی او، برخی اطلاعات را سانسور نماید.

عقاید استرآبادی و نیز ارتباطات قوی او با استادان و شاگردانش، تحرکات فراوان برخی از طرفداران اخباری‌گری را در ایران، در اواخر دوره صفوی، باعث گردید که البته، برخی از این افراد، خود، نویسندگان همین کتاب‌های شرح حال‌نگاری می‌باشند. در این میان، علماء اخباری پس از استرآبادی، به جهت ارائه ادعای قدمت تاریخی داشتن اخباری‌گری، علاقمند بودند تاریخچه اخباری‌گری را تا زمان علماء نخستین شیعه، امتداد دهند (استرآبادی، الفوائد المدنیة، ۱۰۵، ۲۵۱-۱۰۴)؛ از این رو، بحث از وجود ارتباط بین استرآبادی و مکتب اخباری، می‌توانست بر ادعای قدمت تاریخی، تأثیر بگذارد و برای آنان، نمای خارجی مناسبی نداشته باشد. اینکه در آن زمان، علماء نخستین شیعه نیز اخباری نامیده می‌شدند و یا این که آنان، خود، این لقب را برای خویش، انتخاب کردند و یا این که اخباریان اخیر، در همه روش‌های اصولی خود، با علماء نخستین، سهیم می‌باشند، شواهد کمی دال بر آن‌ها وجود دارد؛ از این رو، اثبات آن، امری مشکل است (جناتی، ۱۸-۲۰؛ بهشتی، ۳۸).

این، راه حل مناسبی به نظر نمی‌رسد که استرآبادی به این بهانه نادیده گرفته شود که مقام علمی پایینی دارد و یا از حوزه روش علمی شیعه امامی، خارج می‌باشد؛ راه حل مناسب، این است که او، بخشی از این چرخه اخباری‌گری دانسته شود؛ در عین حال، تأثیرات آشکاری که اندیشه‌های او به همراه داشت، تا حد امکان کاهش داده شود (Gleave; 54).

آنچه در این بخش، ارائه می‌شود، روند ایجاد و پیشرفت آخرین آثار شرح حال‌نگاری‌ای است که امکان توجیه تعارض بین گزارش‌های موجود در کتاب‌های شرح حال‌نگاری و غیر آن را در خصوص شرح اندیشه‌های استرآبادی و رابطه او با اخباری‌گری، فراهم می‌آورد؛ تعارض عدم اشاره به ارتباط بین استرآبادی و اخباری‌گری، در آثار شرح حال‌نگاری تا یک‌صد و پنجاه

سال پس از وفات او و اصرار شدید به وجود این ارتباط، با مؤسس و یا احیاگر اخباری‌گری شمردن او، در گونه دیگری از آثار - مانند: کتب اصول فقه، فرق و مذاهب - که در زمانی نزدیک‌تر به زمان استرآبادی، نگارش یافتند.

أمل الآمل، اثر شیخ حرّ عاملی، در گذشته به سال ۱۱۰۴ق و معتقد به مکتب اخباری‌گری که از منابع اولیه شرح حال‌نگاری است (آقا بزرگ تهرانی، ۳۵۰/۲) به اخباری‌گری استرآبادی اشاره‌ای نمی‌کند؛ اگرچه او را یک عالم متخصص، دین شناس، فقیه و محدث، معرفی می‌نماید (حرّ عاملی، أمل الآمل، ۲/۴۶۲). شگفت‌انگیز، این است که اگرچه حرّ عاملی، خود را آشکارا، اخباری معرفی می‌کند (همان، ۱۰۶/۲)، اما در أمل الآمل، به نزاع اصولیان و اخباریان اشاره‌ای نمی‌نماید.

أمل الآمل، کتابی است در دو جلد، در شرح احوال علماء که به ترتیب حروف الفبا، مرتب شده است. جلد اول آن، به علمای منطقه جبل عامل لبنان، زادگاه حرّ عاملی، اختصاص دارد، ولی جلد دوم آن، کلی می‌باشد. مدخل استرآبادی نیز در همین جلد موجود است. اگرچه ممکن است با توجه به وصف‌های رمزآلودی که در این بخش، برای علمای محدث و یا مجتهدان، بیان می‌شود، کسی به این نتیجه برسد که آن وصف‌ها، در واقع، به نزاع بین اصولیان و اخباریان، اشاره دارد، ولی به نظر می‌رسد، دلیل عدم اشاره حرّ عاملی به مؤسس اخباری‌گری بودن استرآبادی، تا حدی دیدگاه اخباری‌گری خود حرّ عاملی می‌باشد؛ زیرا از منظر اخباریان، استرآبادی، مؤسس اخباری‌گری نیست (Gleave; 30)؛ در این صورت، در واقع، استرآبادی، اندیشه اصولی فقهی علماء امامی متقدم را یک‌بار دیگر إحياء و روش آنان را زنده کرده است. (جناتی، ۲۰-۱۸).

این‌که در کتاب‌های شرح حال‌نگاری، از استرآبادی، با وصف مؤسس، یا احیاگر اخباری‌گری نام نمی‌برند و یا حتی، به این نکته، اشاره‌ای نمی‌کنند که او ارتباط خاصی با روش اخباری دارد، خود، با عبارات، استرآبادی در نوشته‌های او، در تعارض شدید است. استرآبادی، آشکارا، خود را احیاگر اخباری‌گری می‌خواند؛ همان‌طور که در بخشی از کتاب دانشنامه شاهی به این امر اشاره می‌کند (استرآبادی، دانشنامه شاهی، گ ۳ الف، ب).

حر عاملی، در نقش یک اخباری متبحر، استرآبادی را به خاطر انحرافش از مسیر درست، مورد انتقاد قرار می‌دهد (حرّ عاملی، الفوائد الطوسية، ۱/۴۲۳)؛ لیکن در کتاب أمل الآمل، او را با در نظر گرفتن مؤلفه‌های معمولی و با اصطلاحاتی تحسین آمیز وصف می‌کند (حرّ عاملی،

أمل الآمل، ۸۱-۸۵/۱).

کتاب سلافة العصر، اثر سید علی خان مدنی، متوفای سال ۱۱۲۰ق، که نگارش آن در سال ۱۰۸۲ق به پایان رسیده است (آقا بزرگ تهرانی، ۲۱۲/۱۲)، از دیگر منابع موجودی است که اگر چه نام استرآبادی را در فهرست برجسته‌ترین علمای فارسی دوره خود و یکی از بهترین عالمان آن زمان ذکر می‌کند، ولی او را یک عالم اخباری معرفی نمی‌کند (مدنی، ۳۹۸).
 أفندی، متوفای حدود سال ۱۱۳۰ق نیز در اثر خود، ریاض العلماء، به اخباری‌گری استرآبادی، اشاره‌ای نمی‌کند. او تنها به ذکر متنی از حرّ عاملی در کتاب أمل الآمل بسنده می‌کند و آن‌گاه برخی اظهارات اصلاحی خود را به آن می‌افزاید (أفندی، ۳۷/۵-۳۵). در این کتاب، به آن دسته از علمایی اشاره می‌شود که خودشان را اخباری معرفی می‌کردند؛ لیکن اثری از نزاع اصولیان و اخباریان در آن وجود ندارد.

با اینکه أفندی، خود را یک اصولی نمی‌خواند، اما ارتباط او با علمای اصولی، مثل: سید محمد باقر سبزواری، متوفای سال ۱۰۹۰ق و فیلسوفانی، مانند: سید حسین خوانساری، متوفای سال ۱۰۹۸ق و محمد بن حسن شیروانی، متوفای سال ۱۰۹۸ق، احتمال گرایش وی را به دیدگاه‌های اصولی افزایش می‌دهد. شاهدهی که می‌توان به آن اشاره کرد، انتقاد او از اخباری‌گری، در کتاب ریاض العلماء است. (همان، ۳۸/۵).

اگر أفندی، یک اصولی باشد، این امر که او نیز مانند حرّ عاملی و نسل قبل از او بخش زیادی از اثر خود را به موضوع نزاع اخباری اصولی اختصاص نمی‌دهد، تعجب برانگیز است. أفندی، در این کتاب خود، نوعاً، از علماء، با وصف مجتهد و به ندرت با وصف اصولی، نام می‌برد (همان، ۲۶۱/۲)؛ اگرچه به نظر می‌رسد، این اوصاف، تنها مقیاسی برای مهارت علمی آن‌ها می‌باشد و با دیدگاه‌های آن‌ها در نزاع‌های میان فرقه‌ای، ارتباطی ندارد.

دلیل این امر، مبهم است که چرا أفندی در کتاب ریاض العلماء به بررسی نزاع اصولیان و اخباریان نمی‌پردازد. فزونی این مباحث در آن زمان و عدم بررسی موضوعات جنجالی از سوی أفندی، احتمالاً، تلاش او را در کاستن آن نزاع‌ها نشان می‌دهد. (Gleave; 45).

لؤلؤة البحرين، اثر یوسف بحرانی، متوفای سال ۱۱۸۶ق، اولین کتاب شرح حال‌نگاری است که در آن به فعالیت‌های اخباری استرآبادی اشاره می‌شود. لؤلؤة البحرين، نوعی شرح حال‌نگاری است که شامل روابط استادان و شاگردان مجیز و مجازله می‌باشد و این ارتباط، با اشخاص قبلی نیز دنبال می‌شود. بحرانی، در کتاب لؤلؤة البحرين، از این زنجیره‌های انتقال، برای بیان

اطلاعات مربوط به زندگی عالمان، بر اساس اولین اشاره به نام عالم، استفاده می‌کند؛ در نتیجه، اثر او با روند تاریخی تقریباً معکوسی از استادان خود او تا اصحاب امامان معصوم (علیهم السلام) مرتب می‌باشد. این کتاب اثری علمی است که دو نوع اجازه را در هم ترکیب کرده است؛ بنابراین، مدخل مربوط به استرآبادی، در این اسناد قرار می‌گیرد: حرّ عاملی، زین الدین بن محمد بن حسن بن شهید ثانی، استرآبادی، صاحب الرجال که همان محمد بن علی استرآبادی است (بحرانی، لؤلؤة البحرين، ۱۱۷-۱۲۰). دو نام آخر در این اسناد، دارای مدخل‌هایی هستند و دو نام اول در اسناد قبلی، مورد بررسی قرار می‌گیرند.

بحرانی که خود، به نوعی، یک اخباری^۱ است، درباره استرآبادی می‌نویسد: استرآبادی، اولین کسی می‌باشد که مخالفت را با مجتهدان، آغاز و مذهب موجود آن زمان - یعنی: شیعه امامی - را به دو دسته اخباری و مجتهد تقسیم کرد. (همان، ۱۱۷).

او در آغاز مدخل استرآبادی، ویژگی‌های علمی او را با القاب تحسین برانگیز: محقق، مدبر، ماهر في الأصولین بیان می‌دارد، ولی در ادامه، اشاره می‌کند که استرآبادی با انتقاد از مجتهدان و متهم کردن آن‌ها به تخریب دین، از مسیر حق، منحرف شد (همان). بحرانی، همچنین، در دیگر آثار خود، به مخالفت با دیدگاه استرآبادی اشاره می‌کند.

از این رو، آنچه حرّ عاملی در کتاب الفوائد الطوسیة می‌آورد، غیر از آن چیزی است که بحرانی، در لؤلؤة البحرين، به آن اشاره می‌کند. او از استرآبادی، در مقابل مخالفت‌های علماء اصولی دفاع می‌کند و معتقد است: استرآبادی، خطاهایی را اصلاح کرد که علامه حلی مرتکب شده بود (حرّ عاملی، الفوائد الطوسیة، ۴۱۷-۴۵۸).

انتقادهای بحرانی، تنها، متوجه استرآبادی نیست؛ زیرا با مطالعه کتاب لؤلؤة البحرين، دریافت می‌شود: او، علمای دیگر را نیز مورد انتقاد قرار می‌دهد که البته، از این بابت، مورد انتقاد عالمان پس از خود، قرار دارد.

از انتقادهای ملازم، همچون: عادت به رفت و آمد با اعیان و اشراف و سلاطین که درباره نعمت الله جزایری می‌گوید (بحرانی، لؤلؤة البحرين، ۱۱۱) تا انتقادهای تند که - مثلاً - درباره فیض کاشانی، بیان می‌دارد: عقاید او افراطی است و در برخی آثار او دیدگاهش درباره صوفیان

۱. بحرانی، در مقدمه دوازدهم کتاب الحقائق الناضرة، با عنوان: فی الإشارة إلى نبذة من الکلام فی أحوال المجتهدین من أصحابنا و الأخباریین، می‌گوید: من خود، قبلاً، از اخباریان بودم و با مجتهدان بسیار بحث می‌کردم، اما بعد از تأمل و اندیشه در سخنان علماء، از این راه بازگشتم. او، سپس، به استرآبادی خرده می‌گیرد که چرا بر عالمان بزرگ شیعه، به ویژه علامه حلی، آن‌گونه می‌تازد و سخن آنان را بر صحت حمل نمی‌کند (بحرانی، الحقائق الناضرة، ۱۶۷/۱-۱۷۰).

و فلاسفه چنان است که گویی آن‌ها کافرند. (همان، ۱۲۱).

صوفیان، فلاسفه و اخباریان، از جمله علمایی هستند که مورد انتقادهای خاص قرار دارند. با وجودی که دو گروه اول، مورد انتقادهای علمی قرار دارند، انتقاد از گروه سوم، بسیار شگفت‌انگیز است. ممکن است، بحرانی به گسترش سریع اخباری‌گری پی برده بود و در کتاب لؤلؤة البحرين به این نتیجه رسیده بود که استرآبادی و اخباریان آسیب بزرگی به جامعه وارد می‌سازند (همان، ۵۵)؛ البته، این مسأله‌ای نیست که انتقاد از بحرانی را باعث شود، بلکه موضوع اصلی این است که او این اظهارات را در کتاب شرح حال‌نگاری انجام می‌دهد؛ چرا که روش صحیح بیان اطلاعات در آثار شرح حال‌نگاری همان ارائه تصویری یکسان از نخبگان علمی می‌باشد.

از زمان بحرانی، کاربرد جدل‌آمیز شرح حال‌نگاری ظهور کرد و این، عنصر اصلی، در آثار موجود می‌باشد. می‌توان در این مورد، کتاب لؤلؤة البحرين را از آثار شرح حال‌نگاری دوره صفوی، برای استفاده در نزاع میان علماء، معرفی کرد. شروع کاربرد جدلی‌گونه این آثار، با این نوشته بحرانی، بعدها در دوره قاجار رسمیت یافت (Gleave; 51)؛ برای مثال، بررسی کتاب قصص العلماء، اثر تنکابنی و روضات الجنّات، اثر خوانساری، نشان‌گر فرار وی از انتقادهای اصولی درباره شرح حال‌نگاری علماء می‌باشد. مدخل‌های مربوط به استرآبادی و دیگر اخباریان، این گرایش را نشان می‌دهد.

اخباریان، تنها کسانی نیستند که در این کتاب‌ها مورد انتقاد قرار می‌گیرند، بلکه صوفیان، فلاسفه، منجمان، شیخیه و کسانی که ادعای توانایی‌های فوق بشری داشتند، نیز مورد انتقاد قرار دارند؛ لذا، پس از لؤلؤة البحرين بحرانی، این امر، به بخشی عادی در آثار شرح حال‌نگاری تبدیل می‌گردد و این موضوع در آثار بعدی شیعه از جمله در منابع ذیل بارها ذکر می‌شود:

۱. قصص العلماء، اثر محمدبن سلیمان تنکابنی، متوفای سال ۱۳۰۲ ق است. او در این کتاب، بار دیگر، تحقیقات بحرانی را ذکر و اضافه می‌کند که توهین به مجتهدان ناشی از سفاهت استرآبادی است. (تنکابنی، ۳۲۱-۳۲۲).

البته، تنکابنی، دو کتاب در شرح حال‌نگاری، به زبان فارسی به رشته تحریر درمی‌آورد؛ تذکرة العلماء و قصص العلماء. او در تألیف کتاب تذکرة العلماء از روش سنتی پیروی می‌کند. در این کتاب، هیچ مدخلی برای استرآبادی وجود ندارد، ولی کتاب قصص العلماء اثر دیگر تنکابنی، از لحنی جدلی برخوردار است.

۲. نجوم السّماء، اثر محمد علی کشمیری، متوفای سال ۱۳۰۹ ق است. کشمیری، در این کتاب، استرآبادی را رئیس فرقه اخباری معرفی می‌کند؛ البته اغلب مدخل‌های این کتاب، ترجمه فارسی نوشته‌های بحرانی، در مورد استرآبادی است (کشمیری، ۴۲-۴۱).

۳. روضات الجنّات، اثر سید محمدباقر خوانساری، متوفای سال ۱۳۱۳ ق است که دارای مدخلی طولانی درباره استرآبادی می‌باشد. خوانساری، در این کتاب، رفتارهای اشتباهی را به استرآبادی نسبت می‌دهد؛ از جمله این‌که او را عامل اهل سنت، معرفی می‌کند (خوانساری، ۱۴۸-۱۲۹/۱). او، مدخل استرآبادی را خارج از طرح کلی اثر خود قرار می‌دهد؛ در مدخل الف، نه در مدخل میم؛ چرا که آن را مناسب برای مدخل علمائی با نام محمد، با شخصی مانند: استرآبادی نمی‌داند (همان، ۱۴۷/۱-۱۴۸).

این بررسی‌ها، تا قرن بیستم که از استرآبادی به مؤسس اخباری‌گری یاد می‌شود، هم ادامه دارد (Gleave; 58؛ امین، ۲۲۲/۳؛ مدرّسی، ۶۵/۱). محققان انگلیسی‌زبانی که به آثار شرح حال‌نگاری دوران قاجار اتکا می‌کنند، در توصیف خویش از نزاع اخباریان و اصولیان، این ارتباط را نشان می‌دهند^۱.

در این میان و جدای از کتب شرح حال‌نگاری، آثار دیگری نیز موجود می‌باشند که به نزاع بین اصولیان و اخباریان اشاراتی اندک دارند. محمد تقی مجلسی، متوفای سال ۱۰۷۰ ق، در شرح فارسی خود بر کتاب: مَنْ لَا يَحْضُرُهُ الْفَقِيه، با نام: اللّوامع القدسیة که به لوامع صاحبقرانی معروف می‌باشد و برای شاه عباس دوم نگاشته است و در سال ۱۰۶۶ ق آن را تکمیل نمود (آقابزرگ تهرانی، ۳۶۹/۱۸)، به استرآبادی اشاره می‌کند.

مجلسی اول، پس از اشاره به ناپدید شدن برخی کتب اخبار و در نتیجه، کاهش علم حدیث در میان علمای امامی، به اختلاف نظرهای نوظهور درباره فقه اشاره می‌کند و می‌نویسد: تا اینکه سی سال قبل از این، فاضل متبحر، مولانا محمد امین استرآبادی (رحمة الله) به مقابله و مطالعه اخبار ائمه معصومین (علیهم السلام) مشغول شد و مذمت آراء و مقایس را مطالعه نمود و طریقه اصحاب حضرات ائمه معصومین (علیهم السلام) را دانست و الفوائد المدنیة را نوشت و به این بلاد فرستاد. اکثر اهل نجف و عتبات عالیات، طریقه او را مستحسن دانستند و به اخبار رجوع نمودند و الحق، آنچه او گفت، حق است (مجلسی، لوامع صاحبقرانی، ۴۷/۱).

^۱. برای دستیابی به فهرستی از این محققان خارجی زبان نک: Newman; 1992, Akhbari /Usuli Dispute.

همچنین، محمد تقی مجلسی، در شرح عربی خود بر کتاب: من لا یحضره الفقیه، به استرآبادی اشاره می‌کند و بیان می‌دارد: برهان‌های عقلی مورد استفاده از سوی فقهای مفسر، ناکارآمد هستند و دیدگاه درست در مورد آن‌ها همان دیدگاه استرآبادی است. (همو، روضة المتقین، ۲۰/۱).

اینکه مجلسی، استرآبادی را دعوت‌کننده علماء برای بازگشت به مسیر حقیقی امامان معصوم (علیهم‌السلام)، به تصویر می‌کشد، به خوبی در اثبات این نکته، یاری می‌رساند که استرآبادی، مؤسس اخباری‌گری نیست و تنها رونق‌بخش آن می‌باشد.

فیض کاشانی، متوفای سال ۱۰۹۱ ق که به درس خواندن خود نزد استرآبادی اشاره می‌کند و همچون استرآبادی، بر فقهاء، انتقاداتی وارد می‌سازد، درباره استرآبادی می‌نویسد: او باب این روش را گشود، تا با استفاده از آن، ما را به راه درست راهنمایی کند. نظریات او با نظریات علمای آن زمان بسیار متفاوت بود (فیض، الحق المبین، ۱۲).

محمد باقر مجلسی، از استرآبادی با وصف رئیس‌المحدثین، یاد می‌کند و در تألیف کتاب: بحار الأنوار، از کتاب‌های: الفوائد المدنیة و الفوائد المکیة، بهره می‌برد. (مجلسی، بحار الأنوار، ۲۰/۱).

نتیجه‌گیری

بررسی‌ها نشان می‌دهد: شکل کلی آثار علمی مسلمانان تا حد زیادی، با توجه به نیازهای آنان، در آثار تراجم و شرح‌حال‌نگاری منعکس می‌باشد. خلاقیت و استفاده از روش‌های جدید، در مقابل روش‌های سنتی و مرسوم که در طول دوره‌های مختلف استفاده می‌شد، در تحلیل شرح‌حال‌نگاری، نقش زیادی دارد.

نوع منبعی که یک شرح‌حال‌نگار انتخاب می‌کند، با توجه به مد نظر بودن گرایش نویسنده، روش و ساختار کتاب، بر نوع اطلاعاتی تأثیرگذار است که می‌توان از آن‌ها استخراج کرد.

پژوهش حاضر، به منظور معرفی دستاوردهای فکری محمدامین استرآبادی، احیاگر و یا مؤسس اخباری‌گری، صورت گرفته است. در این پژوهش، ثابت شد که استرآبادی در حقیقت، رونق‌بخش روش اخباری‌گری است. آثار علمی استرآبادی تشریح شد و درباره عدم بیان نزاع اصولیان و اخباریان در کتب شرح‌حال‌نگاری، به نکات قابل توجهی اشاره شد.

عدم اشاره آثار شرح‌حال‌نگاری آن دوره، به ارتباط بین استرآبادی و اخباری‌گری، بیان‌گر

این نیست که ارتباطی میان استرآبادی و علمای دیگر وجود نداشت. اشارات جزئی ارائه شده در اولین آثار شرح حال‌نگاری درباره محمد امین استرآبادی و نزاع اصولیان و اخباریان، نشانگر این است که هیچ ناهماهنگی‌ای در رابطه با پذیرش نقش مؤسس اخباری‌گری برای استرآبادی، در کار نیست؛ زیرا نویسندگان کتاب‌های شرح حال‌نگاری پس از استرآبادی، اکثراً اخباری‌مسلك بودند و از این جهت، علاقه‌ای نداشتند تا پیشینه تاریخی روش خود را تا زمان استرآبادی تنزل دهند.

می‌توان منابع مربوط به پذیرش نقش إحیاء، یا مؤسس و یا رهبری گرایش، یا مکتب اخباری‌گری را برای استرآبادی، در گونه‌ای دیگر از آثار جستجو کرد که شامل آثار خود استرآبادی نیز می‌شود. او خود را إحیاء، یا رونق‌بخش اخباری‌گری می‌دانست و حامیان او نیز در طول سی سال بر این اعتقاد بودند. همچنین انتقاد کنندگان از استرآبادی نیز او را تهدید جدیدی در برابر روش‌های فقهی زمان خود می‌دانستند و در آثار خود، او را مبتدع و بدعت‌آفرین می‌خواندند.

دیدگاه بیان شده درباره استرآبادی، در دوره صفوی نیز ادامه یافت. در دوره‌های بعدی، پیشرفت‌های به وجود آمده در آثار شرح حال‌نگاری، باعث اظهار نظرهای تندی درباره استرآبادی و روشی گردید که او را مؤسس آن می‌دانستند؛ به نحوی که میزان اثر گذاری مثبت او در اندیشه شیعی با چالش جدی مواجه شد؛ اما این امر، کاملاً، در تضاد با شناختی است که درباره استرآبادی وجود دارد و آن، کمک شایان توجه او به بسط و گسترش اندیشه‌های شیعه است؛ به نحوی که حداقل بخشی از آثار فقهی، اصولی و حدیثی و به عبارتی نقش پررنگ إجتهد و مباحث عقلی پس از استرآبادی و امداد تلاش‌های فکری و آثار او و علماء اخباری‌ای است که در مسیر او گام نهادند و رونق‌بخش اندیشه اخباری‌گری بودند.

منابع

قران کریم.

استرآبادی، محمد امین، *القوائد المادنية*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۲۴ ق.

_____، *دانشنامه شاهی*، تهران، کتابخانه مجلس، ۱۳۷۶؛ نسخه خطی شماره ۱/

۳۰۷۱.

_____، *جواب مسائل شیخنا الطهری العاملي*، تهران، کتابخانه مرکزی دانشگاه تهران،

نسخه خطی شماره: ۱۰۶۷/۴.

- بهار ۱۳۹۳ درون‌مایه سازمان فکری استرآبادی و بازتاب‌های آن در منابع تراجم ۱۰۳
- أفندی، عبدالله، *رياض العلماء و حياض الفضلاء*، قم، کتابخانه مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ق.
- آقا بزرگ تهرانی، *الذريعة إلى تصانيف الشيعة*، قم، اسماعیلیه، ۱۴۰۳ ق.
- موسوی عاملی، سید نورالدین، *الشواهد المکیة*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۲۴ ق.
- أمین، محسن، *أعيان الشيعة*، بیروت، دارالتعارف، ۱۴۰۳ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۰۵ ق.
- _____، *لؤلؤة البحرين*، محمد صادق بحر العلوم، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۶ ق.
- بهشتی، ابراهیم، *أخباری‌گری، تاریخ و عقاید*، قم، پژوهشکده علوم و معارف حدیث دانشگاه آدیان و مذاهب، ۱۳۹۰ ق.
- تنکابنی، محمد بن سلیمان، *قصص العلماء*، تهران، انتشارات علم و فرهنگ، ۱۳۸۳ ق.
- جناتی، محمد ابراهیم، «قیام اخباری‌ها علیه اجتهاد»، *کیهان اندیشه*، شماره ۱۳، ۱۳۶۶ ق.
- حرعاملی، محمد بن حسن، سید احمد حسینی، *أمل الآمل*، قم، دارالکتاب الإسلامي، ۱۳۶۲ ق.
- _____، *الفوائد الطوسية*، سید مهدی ازوردی حسینی، قم، مطبعة العلمية، ۱۴۰۳ ق.
- خوانساری، سید محمد باقر، *روضات الجنات في أحوال العلماء و السادات*، دارالاسلامية، ۱۴۱۸ ق.
- سبحانی، جعفر، *موسوعة طبقات الفقهاء*، قم، مؤسسة الإمام الصادق (عليه السلام)، ۱۴۲۰ ق.
- فیض کاشانی، محسن، *الحق المبين في تحقيق كيفية التفقه في الدين*، تهران، دانشگاه تهران، بی‌تا.
- _____، *الوافي*، ابوالحسن شعرانی، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۵ ق.
- کشمیری، محمد، *نجوم السماء في تراجم العلماء*، سید شهاب الدین مرعشی نجفی، قم، مطبعة البصيرتی، بی‌تا.
- کلینی، *أصول کافی*، قم، انتشارات اسماعیلیان، دوم، ۱۳۶۱ ق.
- مجلسی، محمد باقر، *بحار الأنوار*، بیروت، مؤسسة الوفاء، ۱۴۰۳ ق.
- مجلسی، محمد تقی، *لوامع صاحبقرانی*، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۱۴ ق.
- _____، *روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه*، قم، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت (ع)، ۱۳۷۰ ق.
- مدرس طباطبائی، سید حسین، *مقدمه‌ای بر فقه شیعه*، محمد آصف فکرت، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۶۸ ق.
- مدنی، علی بن احمد، *سلافة العصر في محاسن أهل العصر*، قطر، مطبعة الابنا، بی‌تا.
- مطهری، مرتضی، *مجموعه آثار شهید مطهری*، قم، انتشارات صدرا، ۱۳۷۸ ق.

1. Gleave Robert Scripturalist Islam The History and Doctrines of the akhbari shii school; 2007 LIDEN BOSTON

2. Newman, Akhbari / Usuli Dispute Bulletin of the School of Oriental and African Studies, 15 (1992).

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۶
بهار ۱۳۹۳، ص ۱۳۲-۱۰۵

پژوهشی فقهی در مالیت و مالکیت خبر در رسانه‌های جمعی و حقوق ناشی از آن*

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlaei@um.ac.ir

احسان علی اکبری بابوکانی^۱

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: 22aliakbari@gmail.com

چکیده

جا به جایی و گردش اطلاعات در سطح جامعه توسط پدیده‌ای به نام خبر صورت می‌پذیرد. این پدیده با نهادهای مختلف اجتماعی و نیز ابعاد مختلف زندگی مردم، مرتبط است. در نوشتار حاضر نگارندگان برآنند که اولاً: پدیده خبر صرف نظر از عملیاتی که در جهت نشر و عرضه آن صورت می‌گیرد، دارای مالیت است و ارزش اقتصادی آن زمینه‌ساز جریان احکام و قواعد مربوط به اموال در این حوزه می‌گردد. ثانیاً پدیده خبر فراتر از مالیت، برخوردار از ویژگی ملکیت است که رابطه اعتباری خاصی بین اشخاص و اشیاء است. ثبوت این ویژگی در مورد خبر، پای بخش وسیعی از مقررات فقهی را به حوزه خبر و اطلاع‌رسانی می‌گشاید و در این میان، شناسایی و معرفی مالک خبر جایگاه با اهمیتی در توجه به حقوق و تکالیف مالکانه به وی خواهدداشت. ثالثاً: پدیده خبر پس از احراز مالیت و ملکیت آن، صلاحیت آن را می‌یابد که موضوع عقود و قراردادهای معاوضی واقع شود و از این نظر وضعیت جدیدی مشتمل بر مناسبات و معاملات اقتصادی در مورد آن شکل می‌گیرد.

کلیدواژه‌ها: خبر، مالکیت، مالیت، مالیت خبر، مالکیت خبر.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۱۲/۲۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۱/۱۰/۱۳.

^۱. نویسنده مسئول

بیان مسأله

در دنیای معاصر با توسعه ارتباطات مشاهده می‌شود اخبار و اطلاعات، مشابه کالای موجود در بازار، خرید و فروش می‌شوند. افرادی به عنوان مالک آن، نسبت به دریافت وجهی قابل توجه، واگذاری اخبار و اطلاعات را می‌پذیرند. در این راستا ذهن پژوهندگان معطوف به ارتباط خبر با عرصه اقتصاد و بررسی مبانی فقهی این امر متداول دنیای ارتباطات شده است؛ بدین صورت که: آیا می‌توان خبر را به عنوان یک پدیده اقتصادی مطالعه کرد و آیا از نگاه فقه امامیه مؤلف خبر و محصل آن می‌تواند خبر را موضوع معاوضات و معاملات اقتصادی قرار دهد. آنچه نگارندگان در متن پیش رو بدان اهتمام دارند بررسی مسأله مالیت و مالکیت خبر از منظر فقه امامیه بوده و اینکه خبر در عالم رسانه و ارتباطات با وجود چنین دو ویژگی می‌تواند موضوع معاوضات مختلف قرار گیرد. این نوشته در پی پاسخ به این سؤال است که آیا بر پدیده خبر، عنوان مال صادق است یا خیر و به تبع آن قابلیت تملک و آنگاه قابلیت تملیک دارد یا خیر و آیا می‌تواند موضوع عقود معاوضی واقع گردد یا خیر. نویسندگان این جستار در راستای پاسخ‌گویی به این پرسش‌ها ابتدا به پدیده خبر، مفهوم و معیار و انواع مال، ملک و ملکیت و عناصر آن و اسباب تملک در نگاه امامیه اشاره کرده، سپس به پاسخ پرسش اصلی مقاله یعنی مسأله مالیت پدیده خبر و قابلیت تملک آن، پرداخته و سپس در بخش سوم برای رسیدن به دیگر پاسخ اصلی مسأله مالک خبر و قابلیت تملیک آن به تحلیل فقهی روی آورده‌اند. در این پژوهش خبر به معنای رسانه‌ای آن مد نظر نگارندگان بوده است. باید متذکر شد که موضوع نگارش حاضر فقط اخبار صادقه می‌باشد و اخبار کاذبه از آنجایی که مشمول عموماً «حرمت اکل مال به باطل»^۱ و مصداق تجارت فاقد تراضی متعاملین می‌گردد، از دایره مالیت خارج و به تبع قابلیت تملیک و تملک نخواهد داشت^۲ و به عبارت دیگر در نگاه فقه، اخبار کاذبه در تمام مصادیق خود تنزیلاً خبر محسوب نمی‌گردد؛ چه آنکه سبب ملکیت و موضوع معاوضه باید از لحاظ شرعی مصداق تجارتی باشد که مورد تراضی متعاملین است و اخبار کاذبه فاقد این وصف‌اند. از سوی دیگر باید توجه داشت که خبر نظر به تعلق احکام

^۱. بقره/۱۸۸؛ نساء/۲۹.

^۲. علامه حلی می‌فرماید: اگر بیع فاسد شد، ملکیت آور نمی‌باشد-اگرچه مبیع را قبض کرده و یا در آن تصرف نموده باشد- و این دیدگاه همه فقهای شیعه می‌باشد (تذکره الفقهاء، ۲۹۰/۱۰). فقهای اهل سنت همانند شافعی، مالک و احمد نیز همین دیدگاه را دارند. رک: المغنی، ۳۱۰/۴؛ الشرح الکبیر، ۶۳/۴؛ الوجیز، ۱۳۹/۱؛ العزیز شرح الوجیز، ۱۲۲/۴؛ التهذیب، ۵۱۸/۳؛ روضة الطالبین، ۷۶/۳؛ المجموع، ۳۷۷/۹.

خمسه تکلیفیه پنج وضعیت دارد و در نگارش حاضر اباحه به معنای اعم مقصود است. نکته دیگر این که رسانه و مسائل مربوط به آن از مسائل نوپیدا بوده و نباید انتظار داشت که در روایات و آیات به طور خاص به مسائل اختصاصی آن اشاره شده باشد. بنابراین پژوهش‌گر مجبور است که با استفاده از عمومات و اطلاعات به بررسی مسائل آن بپردازد و از این روست که نگارش حاضر نیز روش خود را در نگاه فقهی به پدیده خبر مبتنی بر استفاده از عمومات و اطلاعات بنا نموده است و فرایند اجتهاد نیز چیزی جز این نمی‌طلبد.

۱- مقدمات نظری پژوهش

۱-۱ پدیده خبر در میزان شناخت

۱-۱-۱ خبر در ادبیات روزنامه‌نگاری

در ادبیات روزنامه‌نگاری ایران، گزاره‌های متنوعی از خبر عرضه شده،^۱ و در میان آثار مربوطه، تعریف واحدی از خبر وجود ندارد؛^۲ از این رو به علت شفاف نبودن مرزهای خبر، تعریف دیگر محصولات خبر، از جمله گزارش خبری نیز مشکل است. تعاریفی که از خبر شده است، غالباً از تمایز میان خبر و خبر گزارش شده، عاجز است. به نظر می‌رسد که گرایش عمومی به تعریف خبر به مثابه یک محصول نهایی و به عمل آمده استوار است و از همین زاویه است که این کلیشه قدیمی شکل می‌گیرد که خبر، گزارش یک رویداد است نه خود رویداد. (عباسی، ۸۳۳) شاید بتوان این گونه بیان داشت که خبر، گزارش و بیان برخی از رویدادهای خبری است، که دارای عناصر و ارزش‌های خبری بوده و در فرایند تبدیل رویداد به خبر ممکن است، تحت تأثیر عوامل درون رسانه‌ای و برون رسانه‌ای از میزان عینیت آن کاسته شود (حسینیان راد، ۱۳). شاید بهتر باشد خبر را گزارش وقایع بدانیم چه صورت ذهنی داشته باشد و چه صورت عینی، البته مراد نگارندگان از خبر مفهوم رسانه‌ای آن است.^۳

۱. از جمله این تعاریف: خبر، شامل هر عمل و اندیشه واقعی است که برای عده کثیری از خوانندگان جالب توجه باشد. خبر هر موضوع جاری روز است که به علت جالب بودن و مورد توجه قرار گرفتن از طرف مطبوعات، در مطبوعات چاپ می‌شود. خبر نقل واقعی و عینی حوادث جاری و مهم است که در روزنامه چاپ می‌شود و مورد توجه خوانندگان قرار می‌گیرد. خبر گزارش مناسب، خلاصه و دقیق یک رویداد است، نه خود رویداد. خبر نقل ساده و خالص وقایع جاری است که مورد توجه عامه قرار گیرد. رک: معتمد نژاد و منصفی، ۹۳.

۲. رک: مولانا، ۳۷ و ۳۹.

۳. معیارهایی که به تنهایی یا گاهی با ترکیب یکدیگر یک رویداد را می‌سازند و در ماهیت خود رویداد وجود دارند، ارزش‌های خبری نامیده می‌شوند. خصوصیت مهم ارزش‌های خبری این است که علاوه بر این که خبرنگار را در شناخت و فهم خبر و سوژه‌یابی کمک می‌کنند، در تهیه و تنظیم خبر نیز او را یاری می‌دهند و به عنوان معیاری برای ارزیابی رویدادهای

۱-۲-۱ تحلیل مفهوم شناختی پدیده خبر

در مواجهه با پدیده خبر، به عنوان واسطه تبادل آگاهی و اطلاع، حوزه‌های مختلفی می‌تواند مورد بررسی قرار گیرد. در یک نگاه می‌توان این حوزه‌ها را در سه گروه کلی تقسیم کرد:

الف. از نظر شکلی: امروزه فعالیت‌های اطلاع‌رسانی در اشکال مختلف و پیچیده‌ای انجام می‌گیرد. این اشکال خود به دو گروه قابل تقسیم می‌باشند: ۱. اطلاع‌رسانی به معنای مدیریت داده‌ها: در این نوع از فعالیت اطلاع‌رسانی، مبدأ اخبار و اطلاعات است که متکفل سازمان‌دهی و تنظیم اخبار و داده‌ها بوده و با طراحی برنامه‌های مختلف نرم‌افزاری، امکان دستیابی آسان کاربران از مجموعه اطلاعات را فراهم می‌سازد. ۲. اطلاع‌رسانی به معنای اعلام و عرضه اطلاعات و اخبار: در این گروه، از قالب‌های مختلفی برای عرضه اخبار استفاده می‌شود. از فیلم‌های ساخته شده در کمپانی‌های بزرگ فیلم‌سازی که در عین روایت‌گری، عرضه پاره‌ای از اطلاعات و اخبار را بر عهده دارند گرفته، تا قالب‌های هنری مثل عکس و تصویر و اسلاید.

ب. از نظر موضوعی: در این جهت خبر، به عنوان یک پدیده پیچیده که در مواردی مصنوع ذهن و خلاقیت بشر می‌باشد، در کنار سایر پدیده‌هایی که مقتضای زندگی پیشرفته جامعه انسانی است، قابل تحلیل و بررسی است. در این بررسی‌ها باید ضمن تحلیل خبر، جایگاه خبر در عالم ارتباطات و رابطه این پدیده با سایر نهادهای این حوزه، بازکاوی شود. هم چنین در این حوزه خبر چه از نظر اعلام و اعلان و چه از نظر آگاهی‌های تولید شده، قابل مطالعه و ارزیابی است.

ج. از نظر آثار: یعنی تأثیراتی که خبر در حوزه‌های مختلف زندگی فردی و اجتماعی بر جای می‌گذارد. خبر به معنای اعلام واقع شدن یا واقع نشدن یک اتفاق، در واقع یک عملی است که از ناحیه انسان انجام می‌پذیرد. این فعل مانند تمام افعالی که با قصد از انسان سر می‌زند، مشتمل بر رکن مادی و فیزیکی و نیز رکن معنوی و روانی است. رکن مادی خبر،

روز مورد استفاده قرار می‌گیرند (محسنیان راد، ۱۸). آنچه به خبر هویت می‌دهد، ارزش آن است و ارزش، ساختار خبر را تشکیل می‌دهد. تمام تلاش یک خبرنگار متبحر این است که این ارزش را شناسایی و به نحو شایسته منعکس کند. نکته مهم این است که ارزش خبر، ساخته و پرداخته خبرنگار نیستند، بلکه در درون رویدادها وجود دارند و به آنها هویت می‌بخشند (عباسی، ۹۵). ارزش خبر، در دل رویدادها قرار دارد و نه در شمع خبرنگار؛ به عبارت دیگر هر رویداد در وجود خود حاوی یک ارزش یا مجموعه‌ای از ارزش‌هاست و همین ارزش‌ها هستند که همواره رگه‌های اصلی خبر را شکل می‌دهند، طبعاً توان تعیین و شناسایی این ارزش‌ها مقوله‌ای مهم و تعیین‌کننده است (شکرخواه، ۹). ارزش‌های خبری شامل این موارد است: ۱. در برگیری ۲. شهرت ۳. برخورد، اختلاف‌ها، تضادهای جسمانی و فکری ۴. استنناها و شگفتی‌ها ۵. بزرگی و فراوانی تعداد و مقدار ۶. مجاورت جغرافیایی و معنوی ۷. تازگی و زمان رویداد (همان).

انجام‌دادن هر کاری است که رخ‌دادن یا رخ‌ندادن پدیده‌ای را برای مخاطبان اعلام کند. این کار می‌تواند از روشن‌کردن آتش یا تقلید صدای حیوانات، تا به کار بردن علائم قراردادی که در تلگراف و تلنکس برای دلالت بر مقاصد وضع شده‌اند را در برگیرد. اما در این میان، بخش وسیعی از اخبار و اطلاعات به وسیله کلام (اعم از ملفوظ و مکتوب) منتشر می‌شود.^۱

۲-۱ مالیت و مال

۱-۲-۱ مفهوم مالیت و مال در فقه

فقیهان تعاریف مختلفی را برای مال آورده‌اند. خویی می‌گوید: «در عرف، مالیت امری است که از اشیاء به لحاظ آن‌که ذاتاً مورد میل مردم واقع می‌شوند و آن را برای وقت نیاز ذخیره می‌نمایند و نسبت به آن رغبت دارند و در مقابل آن اشیاء مورد علاقه خود مانند پول و غیر آن را می‌دهند، انتزاع می‌گردد» (خوئی، ۱۳/۲).^۲ با دقت در تعاریف در می‌یابیم که از دیدگاه فقهی، مال مفهومی عرفی است و به هر چیزی که به دلیل نقش آن در رفع نیازهای ضروری و کمالی انسان، مورد رغبت و مطلوب است، اطلاق می‌شود. در مفهوم وسیع‌تر، هر آنچه ارزش اقتصادی داشته و قابل مبادله و تقویم به کالا و پول باشد، مال محسوب می‌شود (بجنوردی، ۲۰/۲).^۳ به نظر می‌رسد مالیت، مفهومی انتزاعی و یک ویژگی در شیء است که از قابلیتش برای داد و ستد در بازار انتزاع می‌گردد. از این رو باید توجه داشت که تعریف «المال ما یُبدلُ بازائه المال» یک تعریف دوری یا لفظی نمی‌باشد؛ بلکه این تعریف در واقع در بردارنده ارزش اقتصادی کالا در بازار است و به تعبیر یکی از فقها، وقتی یک چیز از نظر عرفی بتواند به عنوان عوض یا معوض در عقد معاوضی قرار گیرد، آن را دارای مالیت قلمداد می‌کنند، نه این‌که عرف به آن مالیت را اعطا کند (بجنوردی، ۲۱/۲). البته نباید فراموش کرد که گرچه

^۱ البته نباید خبر را به معنای نسبت بین دو چیز در عالم خارج بدانیم؛ زیرا نسبت مذکور مادام که اعلام و اعلان نگردیده است، ماهیت خبری پیدا نمی‌کند، بلکه یک واقعیت و رخداد تلقی می‌شود. هم‌چنین نباید خبر را به معنای اسم مصدری تفسیر کرد و اطلاع و آگاهی بر وقوع یک رخداد را خبر نامید، چون که اطلاعات و آگاهی‌هایی که برای مخاطبان پیدا می‌شود، نتیجه اخبار است، نه نفس اخبار و تعبیر رایج و غیر دقیق «خبر دادن» و «خبر یافتن» و از این قبیل، موجب اشتباهاتی مشابه آنچه که ذکر گردید، شده است.

^۲ مرحوم امام نیز می‌نویسد: «مال چیزی است که مورد تمایل عقلاست و در ازای آن حاضر به پرداخت بها می‌باشند». خمینی، ۷۰/۲.

^۳ بنابراین مال لازم نیست، محسوس باشد بلکه حقوقی که مورد رغبت عقلاست، در ازاء آن بهایی را پرداخت می‌نمایند و قابل نقل است، در شمار اموال محسوب می‌گردد؛ هر چند مانند حق مخترع و مؤلف نسبت به آثار خود یا طلبی که کسی از دیگری دارد، موضوع آنها شیء معین مادی نباشد. مالیت اشیا نیز با ملاحظه همین خصوصیات است. به بیان دیگر مطلوبیت، داشتن منفعت عقلایی و قابل مبادله بودن، از ارکان اصلی مالیت یک چیز است. از این رو، بعضی از فقیهان مالیت داشتن یک شیء را به معنای صحت مبادله آن با مال دانسته‌اند. (طباطبائی یزدی، ۵۵/۱)

مالیت یک صفت ثبوتی است که در ذات خود منشأ انتزاع دارد و اعتبار عقلا نیز آن را پشتیبانی می‌کند (غروی اصفهانی، ۳/۱). البته می‌توان در تحلیلی همه ویژگی‌های معتبر در مالیت را به یک خصوصیت برگردانید و ادعا کرد که مالیت، بر پایه برخورداری از منفعت قابل توجه مجاز، استوار است. شیخ انصاری که به این تحلیل تمایل دارد، می‌نویسد: «با اشتراک مالیت، خرید و فروش کالاهایی ممنوع می‌گردد که منفعت مقصود عقلایی و حلال شرعی ندارند؛ زیرا کالایی که فاقد منفعت عقلانی حلال است، در نظر عرف مال شمرده نمی‌شود». (انصاری، ۱۶۳/۴) می‌توان گفت که مالیت در فقه، به معنای وصفی است که از یک شیء به اعتبار برخورداری آن از ویژگی‌هایی خاص، انتزاع می‌شود. این ویژگی‌ها عبارتند از: ۱. مورد رغبت عمومی بودن و وجود میل به تصاحب آن‌ها ۲. داشتن منفعت عقلایی^۳ و حلال^۴ ۳. قابلیت مبادله و داد و ستد.

۱-۲-۲ معیار مالیت

از عبارات بیشتر فقیهان چنین استفاده می‌شود که معیار مالیت در نظر ایشان نوعی است و مواردی چون یادگارهای خانوادگی که در نظر عموم، مالیت ندارد، نمی‌تواند موضوع عقد معاوضی قرار گیرد، هر چند برای شخص طرف معامله دارای ارزش فراوان باشد؛ (نجفی، ۳۴۳/۲۲). بنابراین مقصود از عدم مالیت، آن نیست که هرگز منفعتی برای مورد معامله متصور

^۱ باید توجه داشت که مطلوبیت شیء که منشأ انتزاع مالیت است، گاه از ذات آن بر می‌خیزد، هم‌چون خوردنی‌ها و گاه در ذات او نهفته نیست، بلکه در طول اعتبار عقلا یا دولت پدید می‌آید، هم‌چون حق تحجیر که پس از اعتبار شارع، یا دین در ذمه که پس از تعهد و التزام شخص، و یا اوراق نقدی که به دنبال اعتبار حاکم پدیدار می‌شود. (محقق داماد، ۳۸۱) بنابراین از یک دیدگاه اموال را از لحاظ نوع مالیت می‌توان به دو دسته کلی تقسیم کرد: ۱. اشیایی که مالیت آن‌ها ذاتی است، یعنی از خود شیء و با در نظر گرفتن فوایدی که از ناحیه آن عاید انسان می‌شود، انتزاع می‌گردد. این دسته از اموال به خودی خود، قابل توجه بشر و مطلوب اوست و یکی از نیازهای ضروری یا کمالی او را مستقیماً برآورده می‌سازد، همانند خوردنی‌ها، پوشیدنی‌ها، لوازم منزل مسکن، اتومبیل و حتی اشیاء زینتی و... ۲. اشیایی که مالیت آن‌ها اعتباری و جعلی است. این اعتبار گاه عام و مشترک در بین همه افراد بشر است، همانند این که عقلا دین در ذمه شخص عاقل و بالغ را مال تلقی می‌کنند، و گاه نیز خاص است، همانند پول و اسکناس که به لحاظ اعتبار دولت‌ها ارزش اقتصادی می‌یابد. (محقق داماد، ۵۱) و نقش اقتصادی در نقل و انتقالات را برعهده دارد. بنابراین مالیت دایره مدار جهات ذاتی یا خارجی موجود در اشیاء می‌باشد، هر چند این جهات خارجی به وسیله جعل و قرارداد، تحقق یافته باشند؛ به گونه‌ای که از آن جهت، غرض مردم بدان تعلق یابد و در قبالت حاضر به بذل اموال باشند (بحرالعلوم، ۷۰/۲).

^۲ طبعاً در صورت وجود چنین منفعتی است که کالائی مورد رغبت عمومی قرار گرفته و مردم حاضر به پرداخت اشیائی با ارزش در قبال آن خواهند بود و البته جای انکار نیست که میزان رغبت عمومی در افزایش یا کاهش ارزش اقتصادی یک کالا مؤثر است. بدین ترتیب می‌توان گفت که مهم‌ترین عنصر مقوم مالیت، مطلوب بودن شیء در بازار داد و ستد است (حکیم، ۳۲۵/۱).

۳. ر.ک: سعدی، ۳۴۴

۴. ر.ک: نوری، ۷۳/۱۳

نباشد، چرا که چنین فرضی تحقق ندارد و هر چیزی بالاخره ممکن است، برای کسی مفید باشد، بلکه مقصود آن است که برای غالب مردم، منفعت نداشته باشد و بیشتر آنان به آن محتاج نباشند.^۱ برخی دیگر از فقیهان با نوعی بودن معیار تشخیص مالیت مخالفت کرده‌اند. ایشان ضمن پذیرش اصل مالیت به عنوان شرط مورد معامله، عقیده دارند که تعلق غرض نوعی به شیء لازم نیست، بلکه گاه ممکن است فایده‌مند بودن چیزی برای یک نفر باعث شود که نوع مردم به آن گرایش یابند. فرض کنیم شخصی به دلیلی، به مقداری خاکستر نیاز دارد و اعلام می‌کند، هر کیلو خاکستر را به مبلغی قابل توجه می‌خرد. پس از این اعلام، خاکستر که تاکنون مالیت نداشته، ارزش مبادلاتی می‌یابد، هر چند برای نوع مردم، منفعتی در بر ندارد. (حکیم، همان، ۵۳۲).

۱-۲-۳ انواع مال

در یک تقسیم اموال دو گونه‌اند: ۱. خارجی و عینی، همانند کالاها و اشیای مادی که دارای مطلوبیت ذاتی‌اند. ۲. اعتباری، همانند دیون و مطالبات و اوراق مالی (اسکناس، اسناد تجاری و...). در تقسیم‌بندی دیگر، فقها و حقوق‌دانان اسلامی اموال را به چهار دسته تقسیم کرده‌اند: ۱. اعیان. ۲. منافع. ۳. دیون و تعهدات در ذمه. ۴. حقوق مالی (بجنوردی، همان، ۲۰).

۱-۳-۳ ملکیت و ملک

۱-۳-۱ مفهوم لغوی و اصطلاحی

ملکیت مصدر جعلی ملک و مراد از آن رابطه میان مالک و مملوک است. همان‌طور که مالکیت نیز مصدر جعلی و به معنای مالک‌بودن و دارا بودن حق است. (دهخدا، همان، ۱۸۹) در واقع رابطه ملکیت را به اعتبار دارنده حق، مالکیت و به اعتبار موضوع آن، مملوکیت گویند (محقق داماد، ۴۸). ملکیت از دیدگاه فقهای اسلام، از ماهیات و امور اعتباری به شمار می‌رود

^۱البته برخی تصریح کرده‌اند که مراد آن نیست که در همه زمان‌ها و مکان‌ها دارای منفعت غالبی باشد، بلکه اگر در بعضی از ازمه و امکنه برای غالب مردم مفید منفعتی باشد، کافی است که در همه جا حتی در مکانی که هیچ منفعتی برای آن قائل نیستند، آن را دارای مالیت بدانیم. بر عکس، اگر چیزی فقط برای عده‌ای قلیل دارای منفعت است، فاقد مالیت قلمداد می‌شود، هر چند در همه جا و هر زمان برای آنان منفعتی داشته باشد. حلی، ۳۵/۱۰؛ در مقابل، برخی عقیده دارند که وقتی مناطق جغرافیایی در مالیت اشیا اختلاف دارند، در هر منطقه‌ای حکم خاص آن جاری می‌شود. محقق داماد، ۳۸۵؛ به نظر می‌رسد که اگر نظریه مشهور را مبنی بر نوعی بودن معیار مالیت بپذیریم، دیدگاه اخیر ترجیح دارد، زیرا عرف بر حسب زمان و مکان متغیر است. مثلاً زمانی چوبک اشنان برای شستشوی لباس به کار می‌رفت، ولی اکنون پودرهای مخصوص جای آن را گرفته‌اند. بدون شک نمی‌توان چوبک را امروزه مورد معامله قرار داد، آن هم به این اعتبار که زمانی کاربرد داشته است. همچنین نمی‌توان گیاهی را که در منطقه‌ای علف هرز به حساب می‌آید، به این دلیل که در گوشه‌ای از زمین به عنوان خوراکی مورد استفاده است، موضوع خرید و فروش قرار داد. همان.

و حقیقت آن، چیزی جز اعتبار عقلا یا شارع نیست (خویی، همان، ۳۰). به بیان دیگر، ملکیت یک رابطه اعتباری یا سلطه حقوقی است که عقلا به دلیل مصالح اجتماعی برای شخص یا اشخاص، نسبت به شیئی اعتبار می‌کنند و شارع هم به خاطر آن مصلحت، اعتبار آن‌ها را امضاء و تأیید می‌کند.^۱ با وجود این، ملکیت آنگاه که در دایره تشریع و قانون‌گذاری قرار می‌گیرد، در حقوق اسلامی از احکام وضعی به شمار می‌آید.^۲

۱-۳-۲ عناصر مقوم ملکیت

۱-۲-۳-۱ قابلیت تملک شخصی

یکی از عناصر مقوم ملکیت قابلیت تملک می‌باشد. در فقه اسلامی برخی از امور فاقد این اقتضا و قابلیت می‌باشند که به اموال عمومی، مشترکات، اراضی مفتوح العنوه، موقوفات عام و... می‌توان اشاره نمود (محقق داماد، همان، ۳۸۹).

۱-۲-۳-۲ آزاد بودن

عنصر دیگر ملکیت، آزاد بودن ملک از هر نوع محدودیت و تقیید است (همان، ۴۰۰).^۳

۱-۳-۳ رابطه مال و ملک

بنا بر تعاریف ارائه شده روشن می‌گردد، که رابطه مال و ملک از لحاظ منطقی «عموم و خصوص من وجه» است و نقطه تقارن آن‌ها جایی است که شیئی مال محسوب می‌گردد و به شخصی اختصاص دارد، همانند اموالی که در تملک افراد هستند.

۱-۳-۴ اسباب تملک

۱-۳-۴-۱ اسباب تملک به اعتبار وضعیت اشیاء

همان‌طور که فقها تصریح نموده‌اند اصل در اشیاء، عدم ملکیت است. اثبات ملک بودن، برخلاف اصل و محتاج دلیل می‌باشد (بهبهانی، ۴۴؛ قمی، ۱۸۳/۱). در حقوق اسلامی، اسباب تملک به اعتبار وضعیت اشیاء بر دو قسمند:

۱-۳-۴-۱-۱ سبب تملک اشیای فاقد مالک^۴

۱. البته گاه شارع، ملکیت چیزی را برای شخصی اعتبار می‌کند، اگر چه عقلا آن را اعتبار نکرده باشند (همانند بعضی از اقسام ارث). خویی، همان، ۲۰.

۲. بنابراین ملکیت در معنای حقوقی خود، امری اعتباری است و نیازی نیست موضوع آن بالفعل در خارج موجود باشد و لذا منعی ندارد که یکی از طرفین آن (مملوک یا مالک) کلی باشد. البته لازم است که متعلق ملکیت در نظر عقلا قابلیت آن را داشته باشد، که اعتبار به آن تعلق گیرد. غروی اصفهانی، همان، ۷/۱.

۳. برخی از فقیهان با تقسیم ملکیت به تام و ناقص، تمامیت ملک را از شرایط مورد معامله بر شمرده و مواردی چون بطلان بیع وقف و فروش عین مرهونه را ناشی از آن دانسته‌اند.

۴. حق اولویت و تصرف

اشیائی که مالک ندارند و نیز شخص خاصی نسبت به آن‌ها دارای اولویت نبوده و یا در آن‌ها تصرف نداشته باشد، در خارج از محیط عالم حقوقی قرار دارند و کاملاً آزاد برای تصرف و انتفاع اشخاص می‌باشد و آن‌ها می‌توانند آن را به خود اختصاص داده و تملک نمایند. این امر را «حیازت مباحات» گویند.^۱

۱-۳-۴-۲ سبب تملک اشیای دارای مالک

پس از آن که ملکیت از راه حیازت محقق گردید، آن ملکیت به اسباب معینه‌ای از مالک به دیگری منتقل می‌شود، یعنی رابطه اعتباری که مالک با یک شیء داشته، به دست شخص دیگری می‌افتد و شخص اخیر جانشین مالک شده و حق ملکیت را ادامه می‌دهد. بنابراین انتقال ملکیت به وسیله دو نوع عمل حقوقی انجام می‌گیرد: یکی خروج از ملکیت مالک و دیگری دخول در ملکیت شخص دیگر. در این تحول فاصله‌ای وجود ندارد و هیچ لحظه‌ای شیء بدون مالک نخواهد ماند (امامی، ۵/۳).

۱- مالیت و قابلیت تملک پدیده خبر

۱-۲ مالیت پدیده خبر

اکنون که تا حدی با ماهیت مالیت و مال آشنا شدیم، باید ببینیم که آیا می‌توان در مورد پدیده خبر به وجود چنین ویژگی قائل شد؟ و آیا پدیده خبر مال محسوب می‌شود یا خیر؟ تردیدی نیست که در صورت اثبات چنین امری، ظرفیتی در خبر متصور خواهد شد، که بر پایه آن، خبر از یک پدیده صرف به پدیده‌ای با قابلیت نگرش اقتصادی مبدل می‌گردد و می‌تواند موضوع معاوضات و معاملات حقوقی قرار گیرد. پیش از این به نقش اطلاعات و اخبار در زندگی بشر و اهمیت آن پرداختیم. اطلاعات و اخبار دارای کاربردی است که مورد توجه و تمایل عقلا می‌باشد، به دیگر سخن دارای «منفعت معتد بهای عقلانی» می‌باشد و با استمداد از خبر، می‌توان

^۱ به عبارت دیگر این موضوع یعنی جواز تملک هر آنچه متضمن منفعت و بهره بوده و شخص خاصی بر آن تسلط مالکانه و یا اولویت نیافته و یا آن را در تصرف نداشته باشد؛ یک اصل مسلم و پذیرفته شده فقهی است. از این رو می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که شریعت اسلام، پیدایش تملک در مورد همه این اموال را به رسمیت شناخته است. در اثبات اصل مذکور می‌توان علاوه بر اجماع، به روایات وارده در این خصوص نیز تمسک نمود. (نراقی، ۳۹)؛ از جمله این روایت که می‌فرماید: «و کل شیء یكون لهم [عباد] فيه الصلاح من جهة من الجهات فهذا كله حلال بیعه و شرائه و امساكه و استعماله و هبته و عاریته» (حرانی، ۳۳۳)؛ یعنی خرید و فروش، نگهداری، به کارگیری، بخشش و عاریه هر آنچه که برای مردم متضمن منفعتی باشد؛ جایز است. از سوی دیگر می‌دانیم که این قبیل تصرفات، متوقف بر داشتن ملکیت است؛ نتیجه این که هر آنچه که در بردارنده نوعی منفعت برای مردم باشد، به وسیله حیازت قابلیت تملک دارد. برای حیازت دو امر را مقنن لازم دانسته است: یکی قصد تملک کسی که می‌خواهد آن را تملک کند و دیگری تصرف در خور طبیعت آن شیء، یعنی تصرف اختصاص به گونه‌ای خاص از تصرفات شناخته شده ندارد و مستفاد از روایات این است که در مورد هر شیئی به تناسب آن سنجیده می‌شود. (محقق داماد، ۴۵/۲).

زندگی فردی و اجتماعی خود را اداره و برای آینده برنامه ریزی نمود. اطلاعات و اخبار هم در جهت نامشروع دارای کاربرد است و هم در جهت حلال، چنان که امروزه نیز مشاهده می کنیم، بسیاری از اشخاص یا نهادها به پشتوانه اطلاعاتی که گردآوری می نمایند، قادر به انجام دادن مقاصد مشروع یا نامشروع خویش هستند، صرف اشتراک کارکرد بین دو گونه حلال و حرام، مانع از اعطای ارزش اقتصادی به یک پدیده نمی شود. نکته مهمی که در تبیین ارزش اقتصادی خبر باید در نظر قرار گیرد، این است که نفس اطلاع و آگاهی مرتبط با یک چیز، هر چند بسیار ارزشمند و خطیر باشد، خبر به شمار نمی آید؛ بلکه خبر متضمن نوعی معنای «فعلی» و «مصدری» است و مقصود از آن، «اظهار» و «اعلام» و نتیجه آن، حصول «اطلاع» و «آگاهی» می باشد. بنا بر آنچه گفته شد، در ارزش گذاری و نگرش مالی به پدیده خبر، باید نگاه را معطوف کاری کرد که مولد خبر انجام می دهد و در آن، مخاطبان را نسبت به امری آگاه می سازد. در چرخه اطلاع رسانی و گردش اخبار، مولد و موجد خبر معمولاً مراحل سه گانه ای را شامل: کسب اطلاع درباره موضوع مورد نظر، قالب سازی متناسب برای مضمون خبر به منظور ارائه آن به مخاطبان خاص و عام و بالاخره ارائه و عرضه آن مضمون، صورت می دهد. این واقعیت انکار ناپذیر است که یک مضمون، هنگامی جنبه خبری پیدا می کند که در مرحله سوم از این مراحل مورد ملاحظه قرار گیرد. از این نکته نیز نمی توان چشم پوشید که آنچه مولد خبر در دو مرحله پیشین انجام می دهد، به دلیل آن که متضمن صرف نیروی کار انسانی است، دارای مالیت بوده و خود، ارزش اقتصادی دارد. نسبت به دو مرحله نخست، ارزش اقتصادی کاری که انجام می گیرد، از باب «قاعده احترام»^۱ محترم و دارای ارزش اقتصادی است و از آن منظر عمل شخص آزاد که بدون قصد تبرع انجام می شود، ارزش مالی دارد (امامی، ۴۱۲) و لذا می توان آن را موضوع معاوضات قرارداد. کارهایی که در جهت کسب اطلاع و نیز کارهایی که بر روی مضمون یک خبر به منظور قالب دهی متناسب و آماده سازی آن برای عرضه صورت می پذیرد، از این زاویه ارزش گذاری می شود و حتی بر فرض عدم وجود عموماتی همانند قاعده احترام نیز مقتضای اصل عملی احتیاط در این مسأله است. همان طور که در مباحث مقدماتی این نوشتار گفته شد، در هیچ یک از این دو مرحله مضمون از حد «اطلاع» و «یافته» تجاوز نمی کند و عنوان خبر نمی یابد؛ چرا که خبر جنبه اثباتی و اعلامی یک اطلاع و آگاهی به شمار می رود. بنا بر آنچه گفتیم، در ارزش گذاری

۱. «قاعدة الاحترام، و هي عبارة عن احترام مال المسلم و أنه لا يذهب هدرًا، لقوله (ص): «حرمة مال المسلم كحرمة دمه».

اقتصادی نسبت به مرحله سوم (یعنی مرحله اعلام و اثبات) است که باید ورای توجه به عمل و کار صورت گرفته، نگاه را معطوف موضوع خارجی (یعنی خبر) نمود. خبر به معنای اظهار و اعلام یک مضمون، قائم به مخبر و فعل اوست و از این رو ارزش اقتصادی خبر باید از منظر فعل و عمل انسانی مطالعه گردد.^۱ ارزش گذاری مراحل ابتدایی نشان از این است که به طریق اولی

^۱ نکته حائز اهمیت پیرامون حقوق تولیدکنندگان خبر تا قبل از مرحله اعلام و انتشار این است که مولد خبر در امر اطلاع‌رسانی مراحل مختلفی را می‌پیماید، که شامل کسب اطلاع، تنظیم قالب مناسب برای عرضه به گونه‌ای که حساسیت‌های اجتماعی و ضرورت‌ها در نظر گرفته شود و ذوق و سلیقه مغفول نماند- و نیز اقدام به نشر و عرضه خبر می‌باشد. حال باید توجه داشت، اگر مجموعه عملیاتی که به منظور تهیه و آماده‌سازی پدیده خبر تا قبل از مرحله اعلام، انتشار و عرضه صورت می‌پذیرد، مشتمل بر فعالیت‌های فیزیکی باشد؛ می‌تواند تحت حمایت حقوق کار قرار گیرد و اگر مجموعه اقدامات، از جنس کار کارشناسی نظری و فکری باشد، محصولی که در نهایت قابل عرضه می‌گردد را در شمار آثار فکری قرار می‌دهد. بنابراین می‌توان بخش وسیعی از اخبار را که به صورت حرفه‌ای و تخصصی در مؤسسات اطلاع‌رسانی و نهادهای خبرگزاری تهیه می‌شود، موضوع حقوقی دانست که قانون‌گذار برای پدید آوردن‌گان آثار فکری در نظر گرفته است، زیرا مطابق ماده‌ی ۲ «قانون حمایت از مؤلفان مصنفان و...»، عبارت «هر گونه اثر مبتکرانه ترکیبی»، عنوانی وسیع است و خبر را که پس از مرحله نخست (کسب اطلاع) و گذر از مرحله دوم تولید به شکل یک اثر ترکیبی درآمده است، شامل می‌گردد. آنچه این ادعا را تأیید می‌کند، تأکید صریح قانون‌گذار، بر در نظر نگرفتن طریقه یا روش بیان، ظهور و یا ایجاد اثر و عدم تأثیر شکل و قالب در حمایت قانون‌گذار است. البته در اینجا سؤال‌های مختلفی مطرح می‌گردد که هر کدام توان‌مندی بحث و طرح به عنوان مقاله مستقلی را دارد؛ اما از آنجا که این پرسش‌ها درباره آثار فکری و معنوی مهمند، اجمالاً نظر تحقیقی خود را در پاسخ این سؤال‌ها بیان و از تعرض به آرای دیگران خودداری می‌نماییم. این سؤال‌ها عبارتند از: آیا حقوق مالی مترتب بر اثر فکری به زمان حیات پدیدآورنده محدود می‌باشد و فقط تا پنجاه سال پس از حیات او متعلق به ورثه اوست؟ و آیا در فرض مثبت بودن پاسخ سؤال قبل، همه عقود معاوضی که در پژوهش حاضر مورد ادعاست در مورد پدیده خبر قایله ت جریان دارد؟ و آیا محدودیت‌های پیش‌بینی شده در قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان از نقطه نظر فقهی در خصوص حقوق مالی موجه است یا غیر موجه؟ به نظر نگارندگان آثار مالی مترتب بر آثار فکری از جمله حقوق ثابتی است که در حال حیات پدیدآورنده قطعاً برای او ثابت است و مشمول رموز زمان نیست. الحق‌القدیم لایبطله شیء» (شیخ طوسی، خلاف، ۲۶۱/۱۶؛ حسینی شیرازی، من فقه الزهراء، ۱۵۲/۴) و لذا مرور زمان، تداول به ایادی متعاقبه، موت و... باعث از بین رفتن حق سابق نمی‌گردد. (منتظری، نظام الحكم فی الاسلام، ۴۱۰) در مورد تحجیر اراضی موات که موجد حق است گروهی از فقیهان با استناد به اطلاق حدیث یونس از امام موسی بن جعفر(ع): «إن الأرض لله جعلها وفقاً علی عباده فمن عطل أرضاً ثلاث سنین متوالیه لغیر ما علة أخرجت من یده و دفعت إلی غیره و من ترك مطالبة حق له عشر سنین فله حق له». کلینی(۲۹۷/۵) و حرعاملی(۳۴۵/۱۷) قائل به زمان‌دار بودن این حق‌اند. اما این حدیث مورد عمل مشهور اصحاب امامیه واقع نشده و اصحاب از آن روی گردان شده‌اند و هیچ‌یک از فقیهان امامیه ظاهراً مرور زمان را قبول ندارند. (محقق داماد، ۲۸۵/۱) و برخی روایات مفاد این موضوع را ضعیف‌السند دانسته‌اند. (بحرانی، الحدائق الناضرة، ۲۰۸/۲۰) از سوی دیگر مقتضای جریان استصحاب نیز حاکی از آن است که پس از موت فرد نیز حقوق ثابت قبلی پابرجاست و به حکم ادله ارث منتقل به ورثه می‌گردد و دلیلی بر رافعیّت موجود(موت) نمی‌باشد و لذا جریان کلیه عقود معاوضی مورد مدعا مرگ نیز وجود دارد و صرفاً در صورتی که این آثار به نحوی مالیت خود را از دست بدهد، بدین صورت که منفعت عقلانیّه معتدبها برای آن در گذر زمان باقی نماند، از آنجا که مالیت و به تبع آن ملکیت از بین رفته است جریان عقود نیز، بر آن محل تردید است و فاقد منطق عقلانی است؛ اما در صورت وجود ضابطه مورد مذکور قطعاً جریان عقود معاوضی بر این پدیده ثابت است. نکته دیگر این‌که زمان مشخص نمودن برای ازاله علقه ملکیت آثار فکری و پدیدآورنده و یا مورث او صحیح نمی‌باشد؛ چراکه گذشت اولاً: آن دسته از روایاتی که زمان برای ازاله حق تحجیرکننده را مشخص می‌نمایند، هم به لحاظ سندی دارای اشکالند و هم مدلول آن در تنافی با مبنای مشهور امامیه است و با الغای خصوصیت در مورد پدیده خبر در رسانه نیز قابل جریان است و ثانیاً: در آثار فکری پس از موت فرد شرعاً دلیلی بر ازاله علقه بین پدیدآورنده و پدیده وجود ندارد و صرف شک است که بر فرض عدم وجود دلیل به مقتضای استصحاب ثبوت آن را تأیید می‌نماییم و نظر به ادله ارث حکم به انتقال آن می‌نماییم. البته باید توجه داشت که حذف

مرحله سوم یعنی زمانی که خبر دارای جنبه اثباتی و اعلامی می شود، از نگاه فقه دارای ارزش، احترام است و لذا به تبع آن قابلیت ملکیت یافته و قابلیت معاوضه و معامله را به همراه دارد. البته باید توجه داشت که از نگاه فقیهان عمل افراد محترم و دارای مالیت است و نباید آن را در بادی امر تبرعی پنداشت. صاحب عروه می گوید: در مورد مالیت عمل انسان چند نظریه وجود دارد: ۱. عمل انسان عرفاً مال شمرده می شود زیرا هیچ تفاوتی با عمل عبد ندارد و عمل عبد بی شک مالیت دارد (لذا عمل حر به طریق اولی دارای مالیت خواهد بود).^۲ مال فعلی شمرده نمی شود و به همین دلیل موجب استطاعت نمی شود و نیز به همین جهت اگر شخصی فردی را محبوس سازد، در قبال آنچه وی می توانست در مدت حبس به دست بیاورد، ضامن نیست. فرق است بین عمل شخصی که به حسب عادت، شأنت کسب مال را با اعمال خود دارد و اصطلاحاً «حر کسوب» نامیده می شود و شخصی که فاقد شأنت مذکور است، بر اساس این تفصیل، عمل فرد اول مالیت دارد، عمل شخص دوم فاقد عنوان مالیت است. بر همین پایه در مسأله استطاعت و نیز مسئولیت مدت حبس هم این تفاوت و تفصیل راه خواهد یافت» (طباطبائی یزدی، ۵۳۷).^۱ با توجه به مفهوم مالیت و مال که بدان پرداخته شد، به نظر می رسد بتوان ارکان تعریف و عناصر مقوم مالیت و مال را در خصوص اعمال و افعال آدمی نیز قابل انطباق دانست که از جمله این افعال و اعمال کسب خبر است، زیرا فعل و عمل هر انسانی که شرعاً و قانوناً ردع نشده باشد، دارای مطلوبیت و منفعت عقلایی بوده و به تبع قابلیت داد و ستد و مبادله را داشته و عموم مردم نیز نسبت به آن راغب می باشند. بنابراین پدیده خبر بنا بر مفهومی که منظور نظر نگارند، می باشد، مالیت داشته و مال محسوب می گردد.

۲-۲ قابلیت تملک پدیده خبر

از آنچه در خصوص برخورداری پدیده خبر از ارزش اقتصادی بیان شد، نمی توان و نباید نتیجه گرفت که این پدیده، ملک مخبر و یا شخص دیگری محسوب می شود. زیرا همان طور

مرور زمان در دعاوی و حکم به غیر شرعی بودن آن، روابط حقوقی افراد را تا مدتی دچار تزلزل می کند، و باعث طرح مجدد و مکرر دعاوی مختومه می گردد، و در نتیجه اشکالاتی برای دستگاه قضائی پدید می آورد که باید نسبت به آن تدبیری منطبق با موازین شرعی اتخاذ نمود.

^۱ آخوند خراسانی می گوید: «شکی نیست که عمل حر مالیت دارد؛ زیرا روشن است که از حیث سنخ و ماهیت همانند عمل عبد، مورد رغبت مردم است و در برابر آن حاضر به پرداخت پولاند، اگر چه پیش از وقوع معاوضه بر آن، ملک شمرده نمی شود...» (خراسانی، ۹). شیخ انصاری معتقد است که: «در مورد عمل آدمی اگر معتقد باشیم که پیش از وقوع معاوضه بر آن نیز دارای مالیت است هیچ اشکالی در پذیرش صحت قرارداد آن به عنوان بهای کالا نخواهد بود». (انصاری، ۷۹) امام بر این عقیده اند که عمل حر دارای مالیت است، چه حر کسوب باشد و چه غیر کسوب باشد؛ زیرا مرغوب عقلاً است و آنان حاضر به پرداخت ثمن در قبالش باشند. (خمینی، کتاب البیع، ۱۷/۱)

که بیان شد، رابطه میان مال و ملک عموم و خصوص من وجه می‌باشد (حسینی روحانی، ۳۳۵/۴؛ مشکینی، ۴۴۶). بنابراین ثبوت مالکیت نسبت به هر شخصی نیازمند دلیل است؛ زیرا این رابطه پدیده‌ای است که حادث به شمار می‌رود و تحقق آن محتاج دلیل می‌باشد. توجه به این امر سبب می‌شود که اشتباه برخی از دانشمندان که در تبیین ارزش اقتصادی پدیده خبر، ملک بودن آن را مسلم و مفروض عنه گرفته‌اند و بدون اثبات ملکیت، به تعیین مالک برای آن پرداخته‌اند، آشکار شود^۱ و معلوم گردد که پیش از هر چیز باید ملک بودن آن را مدلل ساخت و سپس به سراغ تعیین مالک رفت. به منظور پاسخ‌گویی به این سؤال که آیا پدیده خبر می‌تواند ملک محسوب شده و یا به عبارت دیگر این پدیده قابلیت تملک دارد یا خیر، می‌بایست این قابلیت را در مورد دو مفهوم از پدیده خبر جستجو نمود:

۲-۲-۱ مفهوم فعلی خبر

خبری که در این مفهوم مختار نگارندگان است، اعلام، اظهار نسبتی است که بین دو شیء برقرار است. البته این مسأله را نگارندگان صرفاً ناظر به عالم ارتباطات و رسانه مد نظر دارند. اخبار صادقانه -در عالم ارتباطات و رسانه- نیز اگرچه از باب این که عمل انسان است و عمل انسان محترم است، دارای ارزش خواهد بود؛ اما گاهی این خبر انتشارش از واجبات عینی است و در این صورت اگرچه عمل فرد محترم است لکن از آن جهت که مشمول ادله حرمت کسب از طریق واجبات است، نمی‌توان آن را مورد معاوضه قرارداد و به وسیله آن تکسب نمود برای مثال: قرآن را که مفاد آن در واقع خبر از نوع اعلام و اظهار است اگر فردی خود را مالک دانش و تخصص آن بداند و به تبع به معامله آن پردازد، شرعاً فعل ممنوعی (مکروه) را انجام داده است بر این اساس است که برخی فقها اخذ اجرت بر تعلیم قرآن را مکروه^۲ و برخی دیگر آن را حرام^۳ و به طور کلی اخذ اجرت بر واجبات عینی را حرام دانسته‌اند.^۴ حال با عنایت به مفهوم ملکیت و ملک که مورد پردازش قرار گرفت، می‌توان این گونه گفت که مفهوم ملکیت در خصوص خبر در معنای فوق نیز قابلیت انطباق دارد؛ زیرا ملک چیزی است که در سلطه و تصرف انسان باشد و ملکیت رابطه‌ای اعتباری و نوعی علقه و سلطنت حقوقی است که بین مالک و ملک وجود دارد، و به عبارت دیگر منظور از مالکیت اعتباری در مبادلات چیزی بیش از این تسلط نیست و اگر

۱. رک: روحانی، المسائل المستحدثة، ۲۳۱.

۲. علامه حلی، منتهی المطلب، ۴۲۵/۱۵؛ همو، مختلف الشیعة، ۱۳۴/۲؛ همو، تحریر الأحکام، ۲۵۵/۲.

۳. رک: علامه حلی، نهاية الأحکام، ۴۳۵/۲.

۴. عاملی، مفتاح الکرامه، ۳۰۲/۱۲؛ بحر العلوم، بلغة الفقیه، ۵/۲.

این تسلط -چه اعتبارا و چه ذاتا- وجود داشته باشد، در صحت مبادله کافی است و به این معنا مالکیت، سابقه استعمال فراوان دارد.^۱ از سوی دیگر هر فردی از افراد انسانی تکوینا و در ابتدا بر فکر، قوا، اعضا و جوارح خویش مالکیت داشته و در مرحله بعد بر حرکات، افعال و اعمال خود نیز دارای سلطه و سلطنت می‌باشد، که امری معقول و پذیرفته شده است؛ از این رو هر فعل و عملی که از آدمی صادر می‌شود، از جمله اعلام و اظهاری که مفاد مفهوم پدیده خبر می‌باشد؛ ملک وی شمرده می‌شود.

۲-۲-۲ مفهوم عینی خبر

در این مفهوم، خبر، فعلی نیست که از موضوع سر می‌زند و نیز وصفی نیست که برای او ثابت است، بلکه نسبتی است که بین محمول و موضوع برقرار است. برای روشن شدن مطلب، ذکر یک مثال ضروری می‌نماید؛ در جمله زید عالم است، زید موضوع و محمول عالم و نسبت میان این دو همان عالم بودن است، معنی عینی خبر هم همین نسبت یعنی عالم بودن زید است. خبر عینی در واقع مدلول خبر فعلی است به تعبیر دیگر، چنان که در خبر فعلی سه جزء موضوع، محمول و فعل دال بر نسبت وجود دارد، خبر محکی (عینی) نیز مرکب از سه جزء موضوع و محمول و نسبت است. در اخبار دارای ارزش اقتصادی و مالی که عقلا حاضر به پرداخت پول در قبال آن می‌باشند، این مالیت در نسبت بین محمول و موضوع وجود دارد نه در محمول و نه در موضوع، یعنی در مثال مزبور، تنها این عالم بودن زید است که مالیت داشته و مال محسوب می‌شود، نه زید و عالم به تنهایی. باید توجه داشت که نسبت مذکور یک امر موجود واقعی است، زیرا حتی در مورد اخبار سالبه که بر سلب محمول از موضوع دلالت می‌کند، برگرداندن قضیه به قضیه «معدولة المحمول» (زید نا عالم است)، موجب ایجابی گشتن نسبت می‌شود و تصور عینیت آن را امکان‌پذیرتر می‌سازد. از سوی دیگر این امر موجود دارای مالیت، فاقد مالک است؛ زیرا هرچند انسان مالک فعل خود است، خبر فعل موضوع نیست، بلکه نسبت فعل به اوست. بنابراین می‌توان خبر عینی را مصداق اموال فاقد مالک محسوب کرد؛ زیرا هیچ‌گونه علقه و اختصاصی بین این مال و شخص یا اشخاص خاصی وجود نداشته و مال مذکور ملک به شمار نمی‌آید.

بنا بر آنچه در خصوص سبب تملک اشیایی که مالک ندارند، بیان گردید؛ می‌توان گفت که پدیده خبر در مفهوم عینی را نیز می‌توان به وسیله حیازت مباحات تملک نمود و بنای عقلای

^۱ از جمله خداوند متعال از قول حضرت موسی (ع) می‌فرماید: «رب انی لا املک الا نفسی»؛ (مائده: ۲۵) یعنی خداوند، من جز بر خویش و برادرم اختیار و سلطه ندارم. همچنین می‌فرماید: «قالوا ما اخلفنا موعداک بملکنا» (طه: ۸۷)؛ یعنی ما به میل خود بر خلاف وعده تو عمل نکردیم.

عالم نیز مؤید این مسأله است. بنابراین در ادامه لازم است که به مفاد این قاعده و مستندات آن هر چند اجمالی، پرداخته شود. در حقوق اسلامی، حیازت از اسباب مالکیت محسوب شده است. مفاد اجمالی قاعده این است که هر کس چیزی از اشیای مباح را «حیازت» کند، مالک آن می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۲۱/۲). این حکم در فقه تحت عنوان قاعده «من حاز ملک» مورد بحث قرار گرفته است. منظور از حیازت، رابطه ای اضافی و اختصاصی بین حائز و محیز است، فلذا این رابطه در واقع دارای دو طرف می‌باشد که یکی مالک و دیگری مملوک است. از سوی دیگر باید عنایت داشت که انتفای این رابطه ایجاد شده بین طرفین قاعده مزبور بدون سبب (مثلاً اعراض) هرگز متصور نخواهد بود (بحرالعلوم، ۳۰۲/۳). برای این قاعده مستنداتی می‌توان ذکر نمود. در قرآن مجید در مورد استملاک بشر نسبت به آنچه در زمین موجود است سه دسته آیه وجود دارد: ۱. آیاتی که جمیع «ما فی الارض» را ملک خدا معرفی کرده است. ۲. آیاتی که آنچه را بشر با سعی و کوشش خود به دست می‌آورد، ملک بشر خوانده است و ۳. آیاتی که بشر را نسبت به اشیای موجود در زمین خلیفه الهی معرفی کرده‌اند. دسته سوم می‌تواند توجیه‌گر و جمع‌کننده میان دو دسته نخستین باشد، به این معنا که هر چند مالک اصلی اشیای روی زمین خداوند است، ولی خداوند متعال، بشر را خلیفه خود دانسته و به او اجازه داده که با سعی و تلاش خود دست به تملک بزند؛ و چون «حیازت» عبارت است از اقدام آدمی به تملک اشیایی که خداوند برای او آفریده، لذا از اسباب تملک محسوب می‌شود. آیات مذکور با توجیهی که بیان شد دلالت دارند بر این که انسان به عنوان خلیفه الهی می‌تواند تمام هر آنچه که در زمین وجود دارد و تمام هر آنچه که با سعی به دست می‌آورد، را تملک نموده و مالک شود. بنابراین پدیده خبر نیز از جمله مواردی است که آدمی می‌تواند آن را حیازت نموده و مالک آن شود، بنای عقلائی عالم نیز بر این مسأله قائم است و عقلائی عالم هر کس را که به حیازت مباحات مبادرت نماید مالک آن می‌دانند؛ لذا این آیات شریفه شامل خبر نیز می‌شوند. تمامی روایاتی نیز که می‌توان حکم حیازت را از آنها استنباط کرد، همچون روایت عبدالله سنان (حر عاملی، همان، ۳۶۴/۱۷) و سکونی (همان، ۳۶۶) از امام صادق (ع) حاوی مفهومی عام و تعابیر و جملات کلی (مثل: «انما هی مثل الشیء المباح و لید ما اخذت»). می‌باشند از یک سو و همچنین روایاتی که در آنها ائمه اطهار حکم به ملکیت اشیایی خاص همانند: پرندگان، ماهیان دریا و... به وسیله حیازت نموده‌اند (همان، ۲۹۶/۱۶). از سوی دیگر، می‌توان شمول قاعده «من حاز ملک» را با عنایت به مفاهیم عام و تعابیر کلی و از باب تطبیق حکم عام بر مصادیق و با الغای خصوصیت مواردی که در روایات وارد شده

است، در خصوص هر مال مباحی (خویی، مصباح الفقاهه، ۲۷۷/۳) از جمله پدیده خبر - که قبلاً بیان شد ضوابط حاکم بر مال بر آن نیز حاکم است - نتیجه گرفت و جاری شدن قاعده حیازت مباحات در مورد خبر را استفاده نمود. اضافه بر این تملک اموال مباح از طریق حیازت از امور عقلایی است و شرع مقدس آن را امضا کرده و از تأسیسات شرعی محسوب نمی شود. مرحوم امام می نویسد: سیره مسلم از آغاز تمدن بشری این بوده که ملکیت از طریق احیاء و حیازت صورت می گیرد و هیچ یک از انبیا و اولیا و مؤمنان آن را انکار نکرده اند (خمینی، کتاب البیع، ۲۸/۳). از این دلیل هم عمومیت قاعده برداشت می شود. پس می توان نتیجه گرفت که یکی از مهم ترین دلایل برای اثبات قابلیت ملک بودن خبر در مفهوم عینی همین قاعده است. باید توجه داشت، اولاً: حیازت یک مفهوم عرفی است و حسب مورد و متناسب با موضوع، شکل آن تفاوت می کند. شاهد این مدعا، بنای عقلا در این باب است و به دلیل دیگری نیاز نیست (محقق، ۲۵۳/۱). از سوی دیگر به نظر می رسد که عرف، استیلا یعنی اطلاع و آگاهی و ثبت و ضبط پدیده خبر در مفهوم عینی آن را عمل مادی حیازت قلمداد نماید. ثانیاً: این که قاعده حیازت یعنی اصلی که در مورد تملک اشیای فاقد مالک بر اثر تصرف متناسب با شیء جاری می شد، اختصاص به اعیان دارد و بر اموری مثل نسبت خبریه، هرچند دارای مالیت فرض گردد، قابل انطباق نیست، هیچ گونه سندیتی نداشته و مسلم و محرز نمی باشد، از سوی دیگر آنچه از آیات و روایات و بنای عقلا که مستندات قاعده حیازت می باشند، قابل بهره برداری است؛ عمومیت و اطلاق آن ها بوده، که هر مال مباحی از جمله خبر را شامل می شود. ثالثاً: گرچه صرف اطلاع یافتن از این نسبت خبریه، حیازت شمرده نمی شود و نیاز به ثبت و ضبط این نسبت وجود دارد، اما نباید تصرف در این نسبت را اظهار و اعلام آن تلقی کنیم. از دیگر مواردی که می توان برای اثبات ملک بودن خبر در مفهوم عینی بدان استناد نمود قاعده تحجیر، حق اولویت و سبق می باشد. مفاد اجمالی قاعده مذکور این است که انجام عملیات تحجیر، در واقع علامت سابقه اقدام و مقدمه تملک است و شخص اقدام کننده دارای حق اولویت است. حق اولویت را در اصطلاح فقهی، «حق الاختصاص»^۱ می گویند. راز این حق اولویت آن است که صاحبش برای تملک موضوع آن، اولویت دارد و مادام که اعراض نکرده، دیگران نمی توانند بدون جلب رضایت او اقدام به تملک نمایند. بنابراین در فرض اقدام به تملک، ملک آن

^۱. فقها در موارد بسیار زیادی از حق الاختصاص یاد کرده اند. برای مثال رک: محقق حلی، نکت النهایة، ۲۵۳/۲؛ علامه حلی، تبصرة المتعلمین، ۱۱۲؛ همو، تذکرة الفقهاء ۱۸۴/۹؛ عمیدی، کنز الفوائد، ۴۱۱/۱؛ محقق کرکی، رسائل المحقق الکرکی، ۲۴۸/۱؛ همو، علی بن حسین، رسالة قاطعة اللجاج، ۵۰.

محسوب نشده و غاصب خواهند بود. برای تحجیر نیز می‌توان ادله‌ای را اقامه نمود.^۱ اگرچه ادله تحجیر اختصاص به زمین دارد اما به نظر می‌رسد، با الغای خصوصی، نسبت به شخصی که اقدام به تحصیل و کسب خبری در مفهوم عینی آن نموده و یا نسبت به آن به هر دلیل، اطلاع و آگاهی (استیلا) یافته و آن را مضبوط نموده و قصد ایجاد و تولید یک خبر فعلی، عینی، اعلام و اظهار نسبت میان دو شی را داشته و نسبت به این کار نیز دارای توانایی لازم باشد، قایل به نوعی حق اولویت و یا حق الاختصاص شده و از این رو مانع تصرف دیگران در اطلاع و آگاهی حاصله گردید. باید توجه داشت که حيازت مملک است اما تحجیر نوعی حق برای فرد در تسلط کامل و مالک‌شدن ایجاد می‌کند که همین مفهوم از قاعده سبق نیز استفاده می‌شود.

۳- مالک پدیده خبر و قابلیت تملیک آن (جریان عقود معاوضی در آن)

۳-۱ مالک خبر

مالیت خبر و قابلیت تملک آن مورد بررسی قرار گرفت، حال سؤال است که مالک خبر کیست؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت که سه احتمال در این خصوص ذکر شده که در ضمن بیان هر یک، به نقد و بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت:

۳-۱-۱ مالکیت دولت بر اخبار عمومی

این نظر که برخی از معاصران آن را مطرح ساخته‌اند، بدین شرح است. مالیت اشیا بر دو گونه است: ۱. ذاتی و منتزع از خود شیء ۲. اعتباری و جعلی همانند پول‌های رایج. از سوی دیگر حکومت یعنی مظهر حاکمیت یک امر اعتباری بوده و برای یک شخص یا اشخاص متعدد اعتبار می‌شود و قابلیت آن را دارد که مالک شناخته شود؛ زیرا مالکیت جز در مورد مالکیت حقیقی، از اعتباریات شناخته می‌شود و اعتبار فقط به طرف اعتبار نیاز دارد. بنابراین می‌توان تصور کرد که حکومت، یعنی دستگاهی که موظف به تدبیر شئون ملت و قیام به مصالح آن است نیز، طرف ملکیت فرض شود. عقلاً چنین چیزی را اعتبار می‌کنند و عدم نهی و ردع شارع را گواه امضای شارع می‌پندارند. از این رو می‌توان گفت که اخبار مهم مرتبط با مملکت و ملت دارای مالیت است و ملک کسی است که مسئولیت امت محول به اوست؛ یعنی دستگاه حاکمه (روحانی، همان، ۲۳۳). در نقد نظریه می‌توان گفت: اولاً: قائلین این نظریه هیچ دلیلی برای مدعای خود اقامه نکرده و صرفاً با کنار هم نهادن سه نکته ۱. مالکیت ذاتی انسان بر نفس و اعمال و نتایج

^۱ رک: صدوق، ۲۴۰/۳؛ احسانی، ۴۸۰/۳.

اعمال، ۲. مالیت ذاتی بعضی اشیاء و ۳. امکان تصور مالکیت دولت، نتیجه گرفته‌اند که اخبار مهم مملکتی دارای مالیت بوده و ملک حکومت است. ثانیاً: نهایت چیزی که در دفاع از این تحلیل و نتیجه آن می‌توان گفت این است که دولت مالک تمام اموال ملی است و اخبار مربوط به مملکت، نوعی مال ملی به حساب می‌آید؛ بنابراین دولت مالک اخبار ملی است، توضیحی داده نشده که رابطه اخبار با ملت و مملکت چگونه سبب تولید ارتباط مالکانه بین این دو می‌شود. آیا جز این است که نقش مولد خبر در این میان نادیده گرفته شده است؟ آیا اگر کسی چیزی تولید کند که مرتبط با منافع ملی باشد، نقش او باید نادیده گرفته شده و محصول تولید شده ملک ملت و مملکت فرض می‌شود.

۳-۱-۲ مالکیت نخستین مطلع

پیش از این به تفصیل در خصوص مفهوم خبر عینی و قابلیت تملک آن صحبت به میان آمد، با توجه به آن مباحث می‌توان گفت که هر شخصیت حقیقی یا حقوقی که نخستین بار بر این نسبت (که حسب فرض دارای ارزش مالی و عدم ممنوعیت تکسب از طریق آن است) استیلا (یعنی اطلاع و آگاهی) یافت، با ضبط آن، آن را تملک می‌کند؛ لذا حق جلوگیری از اطلاع یافتن دیگران و نیز ممانعت از نشر و عرضه آن را می‌یابد مگر این که نشر و اشاعه آن از واجبات عینی باشد که بر این اساس حق ممانعت از نشر آن را ندارد و این مطلب با استفاده از الغای خصوصیت از عمومات تحجیر، سبق و اولویت و بنای عقلای عالم که به واسطه عدم ردع آن ممضات شارع است، مستفاد می‌باشد. در اینجا شاید سؤالی مطرح شود و آن اینکه آیا اصل آزادی دسترسی به اطلاعات که امروزه در برخی از کشورها مطرح است، با حق اولویت مستفاد از الغای خصوصیت حق تحجیر و به تبع آن جلوگیری و ممانعت از نشر و عرضه و اطلاع دیگران از اخبار در تعارض نمی‌باشد؟ پاسخ این که آنچه تحت عنوان آزادی دسترسی به اطلاعات و داده‌ها مطرح است، ظاهراً به معنای این است که افراد بتوانند از نتیجه افکار و عمل افراد بدون وجود هیچ‌گونه سانسور و فیلتری مطلع شوند، چه به صورت رایگان و چه با پرداخت هزینه آن و اصل آزادی اطلاع‌رسانی با جلوگیری کامل از دریافت اطلاعات و سانسور و فیلترینگ اطلاعات در تعارض است، نه با دستیابی به شرط پرداخت هزینه تلاش تولیدکننده خبر. توضیح این که هر آنچه در عالم، وجود دارد ملک حقیقی خداوند متعال است و افراد آزادی در برداشت آن‌ها دارند اما به محض این که افراد آن را تحصیل و تملیک نمودند آزادی

استفاده منوط به جلب رضایت مالک آن‌ها خواهد بود و این مسأله در پدیده خبر نیز وجود دارد.

۳-۱-۳ مالکیت مخبر

به منظور توضیح این احتمال ابتدا به نکاتی اشاره می‌نمایم:

الف. اضافه و علاقه‌ای که بین مالک و مال برقرار است و مالکیت خوانده می‌شود، چندین مصداق دارد: ۱. مالکیت حقیقی. ۲. مالکیت ذاتی تکوینی. ۳. مالکیت مقولی. ۴. مالکیت اعتباری.

مالکیت تکوینی را در مورد اضافه‌ای می‌توان دید که بین اشخاص و نفس و اعمال و ذمه‌شان برقرار است؛ چراکه هرکس مالک خویش و ذمه اعمال خود است. این نوع ملکیت فروتر از ملکیت حقیقی و فراتر از ملکیت اعتباری و مقولی است. منظور از ذاتی در این جا امری است که تحقق آن نیازمند امری خارجی، تکوینی یا اعتباری نیست. همچنین مقصود از ملکیت نیز تسلط شخص بر تصرف در خود و شئون مختلف خویش است؛ زیرا وجدان و ضرورت و سیره عقلا حکم می‌کند که هر کس مسلط بر خویشتن و اعمالش باشد.^۱ با پذیرش مالکیت ذاتی و تکوینی تصور مالکیت انسان بر کارهایی که انجام می‌دهد، بسیار راحت خواهد بود، چرا که در این تقریب آنچه باید مورد توجه قرار گیرد، این است که مالکیت یک اعتبار گزاره و بی‌اساس نیست، بلکه منشأ آن مالکیت تکوینی است و از این رو در جانب مالکیت نیز نظام قرار داد و جعل، بر نظام تکوین منطبق و متکی است. یک فرد تکوینا و در مرحله نخست بر فکر، قوا، و اعضا و جوارح خویش مالکیت دارد. در مرتبه بعد و به تبع مرتبه نخست بر حرکات و افعال خویش مالکیت می‌یابد و در موضع سوم و به تبع مالکیت قبلی آن چه را با کار خود می‌سازد و پدید می‌آورد (ثمرات و نتایج کارهای خود) تملک می‌کند. طبیعی است که این افعال و حرکات به منظور رفع نیازها انجام می‌گیرد، چون آنچه در طی این اقدامات پدید می‌آورد همه حاجات او را بر نمی‌آورد، چنان‌که ممکن است گاه از مقدار نیاز او بیشتر باشد، وی بر اساس تسلطی که بر اموال دارد، می‌تواند در آن‌ها دخل و تصرف کند و آن‌ها را به دیگران واگذارد یا با محصول اقدامات دیگران مبادله کند و نیاز خود را برطرف سازد. تحلیلی که از خاستگاه و سیر تطور اعتبار ملکیت بیان شد، در مورد مالکیت شخصی انسان انطباق دارد و در سایر مواردی که مالکیت شخص حقوقی یا شیء بر اعمال و نتایج افعال

۱. لذا منظور، مالکیت اعتباری نیست. رک: خویی، همان، ۶۰/۲.

منسوب به او لحاظ می‌گردد، نیز همین نسبت قابل اعتبار و فرض است. اساساً امور اعتباری مثل ملکیت در نظام فرضی بسیار سهل‌المؤونه‌اند به همین جهت است که فقهای ما در تصحیح پاره‌ای از اقدامات افراد به راحتی به آن جایی از مالکیت فرضی گردن می‌نهند که حتی فاقد مفهوم متعارف و شناخته شده‌ای نزد عرف است. ملکیت لحظه‌ای از این موارد است.

ب. پذیرش مالیت عمل شخص، مستلزم پذیرش مالکیت او بر این مال نیز هست و در این جهت صرف نظر از اعتقاد مشهور مبنی بر عدم تحقق ملک بلا مالک،^۱ باید گفت: مواردی مثل مباحات، اگر اموال بدون مالک شمرده می‌شوند، به دلیل ضابطه‌ای است که در این اموال تحقق دارد. توضیح آنکه مال بلا مالک در مواردی معقول است که علقه و اختصاص بین مال و شخص یا اشخاصی وجود نداشته و مال مذکور ملک به شمار نیاید (همدانی، ۱۲۰/۳)، این در حالی است که در مورد عمل حر و قبول مالیت آن، این اختصاص و علقه انکارناپذیر است.

ج. بر خلاف آنچه در برخی از احتمالات پیش گفته مطرح شد، خبر نسبت بین دو شیء نیست، بلکه به مفهوم قولی است که بر این نسبت دلالت می‌کند. بنابراین هر چند نسبت در واقع موجود باشد اما اطلاق عنوان خبر بر آن صحیح نیست. خبر (به معنای اظهار و ذکر این نسبت) عملی است که از بشر سر می‌زند. بنابراین خبر یک عمل تولیدی است و محصول آن، آگاهی مخاطبان است. بنابراین ضوابط کلی تولید به همراه ضوابط اختصاصی تولید محصولات فرهنگی و فکری بر این پدیده حکومت می‌کند. منبع خبر مولد آگاهی است و از این منظر مانند دیگر عرصه‌های فرهنگ و اندیشه مبادرت به ساخت یک محصول فکری می‌کند. گیرندگان خبر نیز در حقیقت مصرف‌کنندگان این محصول تولید شده‌اند. توجه به محصول تولید شده به وسیله اعمال آدمی تا آنجا مؤثر است که برخی بحث مالیت یا عدم مالیت عمل را بر همین محور مبتنی ساخته و گفته‌اند منظور، آثار و نتایج اعمال است چرا که نفس عمل پیش از تحقق، معدوم است و در حال تحقق، مدرج الوجود است و هر قسمت وجود می‌یابد و معدوم می‌شود. پس از انجام نیز معدوم است و اثر و محصول عمل گاه محسوس است، همانند اثری که از رنگرزی و خیاطی بر جای می‌ماند و گاه غیر محسوس مانند سخنی که شخص بر زبان می‌آورد یا کاری که انجام می‌دهد و آنچه اثبات مالیت در مورد آن محل بحث می‌باشد، قسم دوم است والا در قسم اول هیچ بحثی در صدق عنوان مالیت نیست (طباطبایی یزدی،

۱. ر.ک: نجفی، ۹۰/۲۸ و نیز: رساله مواریث شیخ انصاری چاپ شده با مکاسب چاپ سنگی، ص ۴۰۲

همان، ۵۵). البته همین قسم دوم را نیز عرف مال دانسته و بدان تمایل دارد و تعریف مال نیز بر آن صادق است.

۲-۳ قابلیت تملیک و جریان عقود معاوضی بر خبر

قابلیت جریان عقود معاوضی در مورد خبر، یعنی امکان انطباق قواعد عمومی قراردادها در مورد این پدیده و سپس نتیجه عملی و عینی تطبیق این قواعد. عقود معاوضی دسته‌ای از عقودند که در آن‌ها، اموال تبادل می‌شود و مصادیق بارزی همچون بیع، اجاره، و... دارد (حسینی، ۱۰۸) حال انطباق قواعد عمومی قراردادها در مورد خبر را از دو منظر زیر مورد بررسی قرار می‌دهیم:

الف. منفعت داری پدیده خبر

در همه عقود معاوضی، موضوع معاوضه باید دارای بهره و منفعت قابل توجه و مجاز باشد، از این رو فقها^۱ در شمار کسب‌هایی که ممنوعیت موضوعی دارند، دادوستد کالای فاقد منفعت را ذکر کرده‌اند. نتیجه تطبیق این شرط در مورد خبر، ضرورت پای‌بندی مالک خبر به سرعت و فوریت در قالب‌دهی متناسب و عرضه اطلاعات به مخاطبان است؛ زیرا خبر غالباً یک کالای زمان‌دار و دارای تاریخ مصرف می‌باشد؛ یعنی کالایی است که برای دوره زمانی خاص تولید می‌شود و بعد از انقضای دوره مذکور، اغلب اخبار و اطلاعات سوخته محسوب شده و فاقد منفعت است. حال اگر نهاد خبرگزاری را یک نهاد شخصی تصور کنیم که عده‌ای به عنوان یک حرفه و پیشه متصدی تولید و عرضه‌ی اخبار و اطلاعات شده‌اند، در این صورت این نهاد منبعی خواهد بود که کالای خود را مستقیماً یا با واسطه به فروش می‌رساند و قهراً فروش اخبار تاریخ گذشته‌ای که فاقد مصرف است، مصداق فروش کالای فاقد منفعت است که با وجود اختلاف شدید فقها در مصادیق آن، قاعده حرمت وضعی این‌گونه از معاملات به دلیل این‌که مال محسوب نمی‌شوند و گرفتن مال در مقابل آن‌ها «اکل مال به باطل» است مورد پذیرش و توافق است (حلی، نه‌ایة الاحکام، ۴۶۵/۲؛ فقعانی، ۳۰۲). اما مسأله‌ای که در این‌جا مطرح می‌شود این است که با توجه به ویژگی پدیده خبر، اگر نهاد خبرگزاری را که یک اداره دولتی تصور می‌شود، پیمان‌کار و مجری اجرای تعهدات مرتبط با کسب، قالب‌دهی و عرضه اخبار و اطلاعات فرض کنیم، وضعیت حقوقی اخباری که پس از انقضای زمان مربوط، توسط

۱. ر.ک: طوسی، ۱۶۶/۲؛ ابن ادریس، السرائر، ۲/ ۲۱۹؛ علامه حلی، تذکره الفقها، ۴۶۵/ ۱.

این نهاد تولید و عرضه می‌شود (اخبار سوخته) چگونه است و آیا کارفرما (دولت) می‌تواند از ارائه خدمات و امکانات به این نهاد در قبال اخبار و اطلاعات مزبور خودداری ورزد؟ بلکه بالاتر، چون رعایت مصلحت مولی علیه در اقدامات ولی ضرورت دارد و تأمین بودجه نهادها و ادارات دولتی از طریق اموال عمومی و مالیات‌ها انجام می‌شود، آیا می‌توان دولت را مکلف دانست که از ارائه خدمات و امکانات به نهاد خبررسانی، در صورت تأمین نمودن نیاز اطلاعاتی و خبری جامعه، که به صورت فوری و با رعایت سرعت لازم برآورده می‌شود، خودداری کند و این نهاد را با تضییق ملزم به اجرای تعهد خویش نماید؟ در صورتی که نهاد خبرگزاری را اجیر دولت فرض کنیم، از آنجا که کالای مورد نظر تاریخ تولید و دوره مصرف دارد، تولید آن در زمان متناسب و معین، شرط ارتکازی است که از سوی مستأجر (اجیر کننده) بر اجیر (نهاد خبرگزاری) الزام شده است، هرچند صریحا به این امر تصریح نشود و شرائط ارتکازی همانند شروط ملفوظ واجب العمل می‌باشد. در این صورت تولید خبر در دوره بعد از انقضای تاریخ معین شرعا لغو تلقی می‌شود و ارزش اقتصادی و حقوقی ندارد. فقهای ما به این امر در ضمن مسأله‌ای معروف بدین شکل اشاره کرده‌اند: «اگر مستأجر به اجیر بگوید در صورتی که این کار را تا فلان تاریخ انجام دادی، فلان میزان دستمزد به تو تعلق خواهد گرفت و اگر پس از انقضای آن روز در غیر آن تاریخ تعیین شده انجام دهی، هیچ اجرتی به تو تعلق نخواهد گرفت» (فخار طوسی، ۲۷۹). در این مورد تفسیر بسیار جالبی از شهیدین وجود دارد که نقل آن خالی از لطف نیست. شهید اول می‌فرماید: «مقتضای هر اجاره آن است که نقیض آن مورد منع است». شهید ثانی در تفسیر آن می‌نویسد: «بنابراین در مثال مورد بحث، مورد اجاره قسمی قرار داده می‌شود که در آن، فرض اجرت شده و این که مستأجر گفته که در صورت انقضای تاریخ و انجام دادن کار در غیر آن زمان اجرتی وجود ندارد، در حقیقت تصریح به مقتضای عقد اجاره است؛ زیرا که مقتضای عقد اجاره که در آن دستمزد معینی برای زمان معینی در نظر گرفته شده است جز این نیست که اگر کار درخواستی در غیر آن زمان صورت گیرد استحقاقی نسبت به دستمزد وجود نخواهد داشت». (عاملی، شهید ثانی، ۳۳۶/۴) ایشان در ادامه می‌افزاید: نهایت، این است که در غیر این مورد چون اجیر خود از شرط لازم تخلف کرده (شرط لازم انجام دادن کار در زمان معین می‌باشد) بطلان عقد اجاره به خود او انتساب می‌یابد؛ زیرا زمان معین را از دست داده و آنچه را که انجام دادنش در آن زمان شرط شده بود، به جای نیاورده است (همان). چیزی که اهمیت دارد این است که با وجود تحلیل مذکور چرا

اکثر فقها در این مورد حکم نموده‌اند که در صورت انجام دادن کار در زمان‌های بعد از زمان معین شده، هرچند استحقاق دستمزد تعیین شده در قبال انجام یافتن کار منتفی است اما اجیر مستحق دریافت دستمزد معادل اجرت المثل عمل است. جالب توجه است که شهید ثانی خود پس از نقل این تحلیل می‌نویسد: «این تحلیل را هیچ‌یک از فقهای شیعی مطرح نکرده‌اند و حتی خود شهید اول نیز تنها در یک مورد به آن پرداخته، ولی در عین حال تحلیلی موجه و نیکوست». (همان) قطعاً راحت‌ترین توجیه این است که بگوییم، فقهای ما موردی را مد نظر قرار داده‌اند که هر دو قسم (انجام یافتن کار در زمان معین، انجام یافتن کار پس از آن زمان) متعلق عقد اجاره است. بنابراین قهراً نسبت به قسم دوم (انجام شدن کار در غیر از آن زمان) به بطلان عقد و استحقاق اجرت المثل طبق قواعد حکم می‌شود. شهید اول موردی را مد نظر قرار داده است که تنها قسم اول (انجام یافتن کار در زمان معین) مورد اجاره می‌باشد، که بنابراین در صورت انجام شدن کار در غیر آن زمان، عامل هیچ استحقاقی نخواهد داشت. چنان‌که ما نیز به هر حال طبق قواعد فقهی در فرض مورد بحث، انجام دادن کار درخواستی که در محل بحث ما تولید خبر منظور است، در غیر زمان معین، فاقد ارزش اقتصادی و برابری با مال است و فتاوی بیشتر فقها مبنی بر بطلان شرط مذکور و ضرورت پرداخت اجرت المثل از سوی کارفرما نیز (مانند روایاتی که مورد استناد ایشان قرار گرفته است)، ناظر به موردی می‌باشد که عمل درخواستی در هر دو تاریخ چه تاریخ معین شده در متن قرارداد و چه تاریخی که نسبت به آن شرط عدم اجرت می‌شود، حاوی نفعی است که به کارفرما باز می‌گردد. در مورد محل بحث، یعنی تولید خبر، پس از انقضای زمان مقرر هیچ فایده‌ای برای کارفرما متصور نیست تا بتوان به اتکال آن به اجرت المثل حکم داد. (طباطبایی یزدی، ۵۸۲/۲) بنابراین باید روایات مسأله را ملاحظه نمود و بر اساس آن تکلیف مسأله را معین کرد.^۱ در

^۱ مجموعه روایاتی که مستند فقهای ما در حکم فوق قرار گرفته چهار روایت است: ۱. روایت صحیح حلی که می‌گوید: «نزد یکی از قضات بودم و در آن مجلس امام باقر (ع) حضور داشت. دو نفر به نزد قاضی آمدند و یکی از آن دو گفت: من شتر این مرد را کرایه نمودم تا کالایی را برای من به یکی از معادن بیرون شهر حمل کند و با او شرط نمودم که مرا در فلان روز به معدن ببرد؛ زیرا بازاری داشت که نگران بودم در صورت تأخیر آن را از دست بدهم. با او قرار گذاشتم که اگر در روز معین به آن محل نرسیدیم از کرایه او به ازای هر روز مقداری کم کنم. پس از عقد قرارداد و شروع عمل، این مرد مرا در تاریخ مقرر نرسانید. قاضی گفت: این شرط باطل است و باید همه کرایه‌اش را به او بدهی. آن مرد از جای برخاست و رفت. امام باقر (ع) روی به من کرد و فرمود: این شرط جایز است؛ مادامی که به سقوط همه کرایه مرد صاحب شتر منجر نشود». (کلینی، ۲۹۰/۵) این روایت را برخی صحیح، برخی مؤثق و برخی خبری شمرده‌اند که ضعف آن با عمل اصحاب جبران گردیده است. صرف نظر از این نکته درباره متن آن، چنان‌که از متن اظهارات شاکی برمی‌آید، باید گفت اولاً: حمل کالای او در تاریخ بعد از تاریخ مقرر، حاوی نفعی بوده است. ثانیاً: مورد اجاره هر دو زمان بوده است؛ یعنی هم تاریخ مقرر مورد اجاره بوده و عملی که صاحب شتر در آن تاریخ انجام می‌دهد به امر کارفرماست و هم روزهای بعد از آن تاریخ متعلق اجاره بوده و عمل مرد صاحب

این جا تذکر یک نکته ضروری می‌نماید و آن اینکه در اجاره هرگاه قید مذکور مربوط به عمل مورد اجاره باشد، لزوماً وحدت مطلوب یا عنوانیت ملحوظ است و اگر قید به عین مستأجره برگردد، شرط محسوب و به نحو تعدد مطلوب لحاظ خواهد شد. بنابراین انجام دادن کاری مثل تولید خبر در وقت معین، به صورت تقیید، لحاظ شدنی نیست و امکان ندارد که به عنوان شرطیت (به عنوان تعدد مطلوب) لحاظ شود؛ زیرا انشای مستقل آن امکان‌پذیر نیست. در مورد

شتر در آن روزها مورد اجاره بوده است. منتها برای هر یک اجرتی متفاوت با در نظر گرفتن میزان سود و کارفرما، از عمل تعیین شده است. در حالی که در مورد محل بحث، یعنی تولید خبر، اولاً: چنان‌که گفته شد انجام دادن کار (تولید خبر) پس از گذشت زمان معین، هیچ نفعی برای کارفرما ندارد. ثالثاً: هر دو زمان مورد اجاره کارفرما نیست، بلکه فقط زمان اول متعلق عقد است. ۲. صحیح محمد بن مسلم: «بر اساس این حدیث امام باقر (ع) فرمود: روزی نزد یکی از قضات مدینه بودم که دو نفر نزد او آمدند و یکی از آن دو گفت: من این مرد را اجیر نمودم تا مرا در فلان روز به بازار برساند و او چنین نکرد. قاضی گفت: او استحقاق هیچ اجرتی ندارد. حضرت می‌فرماید: آن مرد را خواستم و گفتم: ای بنده خدا! نباید حق رفیقت را از بین ببری و به دیگری گفتم حق ناداری همه کرایه را از او بگیر. پس با یکدیگر مصالحه کنید». (همان) در این روایت نیز اولاً: هیچ ربطی به محل بحث مشاهده نمی‌شود؛ چراکه در آن، شرط عدم اجرت در صورت انجام یافتن کار در زمان بعد صورت نگرفته و به تعبیر دیگر نسبت به بعد از تاریخ معین تعرضی نشده است، در حالی که محل بحث ما (تولید خبر) با این فرض همراه است که شرط ارتکازی ضمنی مبنی بر عدم استحقاق اجرت نسبت به زمان‌های بعد صورت گرفته و مبنای آن، بی فایده بودن عمل در این زمان است. جالب توجه است که شهید ثانی در مورد این روایت می‌نویسد: «این حدیث مخالف قواعد شرعی است؛ زیرا لازمه تعیین زمان معین و سکوت نسبت به زمان‌های بعدی این است که اجیر در زمان‌های بعدی استحقاق اجرت ندارد، همان‌طور که قاضی مذکور نیز چنین حکمی نموده بود. بنابراین توجیه روایت این است که امام مطلع بر چیزی بوده که موجب بطلان اجاره مذکور می‌شده است، لذا حکم به مصالحه فرمود». (عاملی، شهید ثانی، ۳۳۵/۴) به هر حال آن چه برداشت ما در توجیه این روایات را تأیید می‌کند (مبنی بر این‌که علت حکم به استحقاق اجرت المثل یا لزوم مصالحه، وجود نفع عاید به کارفرماست، هر چند تمام نفع مورد نظر وی استیفا نمی‌شود) ذیلی است که در همین روایت حلی بنابر نقل شیخ صدوق وجود دارد. در این نقل می‌خوانیم که حضرت پس از احضار طرفین به اولی فرموده است: تو نباید همه کرایه صاحب شتر را نادیده بگیری و به دیگری نیز فرموده است تو نباید همه کرایه حیوان را بگیری، «ولکن انظر قدر ما بقی من الموضع و قدر ما ركبته» یعنی در نظر بگیر که چقدر از مسافت باقی مانده و چقدر از مسافت را با حیوان پیموده ای. (قمی، صدوق، ۲۲/۳) چنان‌که مشهود است در مورد روایت به هر حال نفعی از عمل به کارفرما عاید شده است. به علاوه، طبق صدر این روایت، بنابه نقل شیخ صدوق، اصولاً زمان معینی برای کارفرما خصوصیت نداشته، بلکه رسیدن به مقصد در نظر بوده است و لذا این روایت با مسأله مورد بحث کاملاً بیگانه است. به هر حال استدلال فقها برای اثبات بطلان این عقد و استحقاق اجرت المثل در زمان‌های بعد از زمان معین شده، و منافات شرط عدم اجرت با مقتضای عقد اجاره و نیز قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفساده»، گواه آن است که منظور ایشان موردی است که هر دو زمان متعلق عقد اجاره باشد. در حالی که بحث ما ناظر به موردی است که کارفرما (دولت)، اجیر (نهاد خبرگزاری) را برای تولید خبر در زمان معین اجیر کرده و در همین زمان تعهد پشتیبانی مالی و تدارکاتی کرده باشد. عبارت سید یزدی در حاشیه عروه به روشنی توجیه فوق را مدلل می‌سازد. وی می‌نویسد: «اگر شخصی دیگری یا مرکب او را اجاره کند تا وی یا اسباب و وسایلش را به محل معینی در زمان معینی در برابر اجرت معینی منتقل سازد. مثلاً مرکب او را اجیر کند که وی را پیش از نیمه شعبان به کربلا برساند، ولی اجیر چنین نکند، اگر خودداری وی از رساندن به علت آن است که وقت گنجایش نداشته و امکان رساندن او نبوده، اجاره باطل است (چون متعلق اجاره باید مقدور باشد) و اگر زمان متناسب بوده و با این حال کوتاهی کرده و نرسانده است، اگر زمان معین به گونه عنوان و تقیید لحاظ شده استحقاق اجرت ندارد؛ زیرا به مقتضای اجاره عمل نکرده است، همانند آن که شخصی را اجیر کنند تا روز جمعه را روزه بگیرد و او دچار اشتباه شود و روز شنبه را روزه بگیرد، اما اگر به عنوان شرطیت لحاظ شده، یعنی مورد اجاره رساندن به کربلا بوده است اما رساندن در زمان معین را شرط کرده، اجاره صحیح است و اجرت معین ضرورت دارد اما خیار تخلف شرط برای کارفرما ثابت است و با اعمال خیار وجوب اجرت المثل ثابت می‌شود (طباطبایی یزدی، ۵۸۰/۲)»

مالیت موضوع معاوضه به دلیل آنکه متوقف بر وجود منفعت و بهره است و ما در این باره پیش تر سخن گفته ایم، بحث نخواهیم کرد، ولی شرط ملکیت که در زمره شرایط مرتبط با مورد معاوضات است تأثیر مستقیمی در بحث ما دارد. بر اساس این شرط، شخصیت‌های حقیقی یا حقوقی، تنها می‌توانند اشیایی را مبادله کنند که مالک آن مجاز به واگذاری آن باشد. نتیجه عملی تطبیق این شرط در مورد خبر آن است که منابع واسطه که خبر تولید و عرضه شده توسط خبرگزاری‌های دیگر را دریافت می‌کنند و در اختیار مخاطب خود قرار می‌دهند، مجاز به واگذاری آن نیستند، مگر این که از مبدأ خبر کسب اذن کنند. بدیهی است که این نتیجه، پیامد اصل کلی در باب مالکیت اشیای مورد مبادله است و بحث در مورد این که مالکیت خبرگزاری‌های کشورهای غیر اسلامی بر اخبار و رپرتاژهای خود تا چه حد مورد قبول قانون‌گذار شریعت قرار می‌گیرد، بحثی است حاشیه‌ای که جای آن در این نوشتار نیست.

ب. صلاحیت مالک خبر برای معاوضه

از جمله شرایطی که در عقود معاوضی ضرورت دارد، برخورداری طرف عقد از شخصیت حقوقی است (امامی، ۱۵/۴). شخصیت به معنای موضوع بودن برای حقوق و تکالیف قانونی، وصفی است که برخی از حقوق دانان، معادل فقهی آن را «ذمه» و یا «اهلیت» دانسته‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۸۲). ضرورت این شرط که به عاقد برمی‌گردد، ایجاب می‌کند که تنها اشخاص یا نهادهای دارای شخصیت حقوقی صلاحیت عرضه معاوضی خبر را داشته باشند. بنابراین محدوده فعالیت این نهادها و شخصیت‌ها تابع ضوابطی است که برای آغاز و انجام حیات شخصیت حقوقی مقرر است. طبیعتاً اگر شخصیت حقوقی در قالب نهاد یا شرکت (غیر از شخص حقیقی) متکفل امر اطلاع‌رسانی شود، آغاز شخصیت آن، که معیار صلاحیت معاوضه است، با ثبت اساس‌نامه و عنوان و پایان شخصیت با انحلال نهاد خواهد بود.^۱ گشودن این باب در زمینه خبر رسانی موجب می‌شود که راه برای اعمال قوانین مورد نظر حکومت در اساس‌نامه‌های این نهادها بازگردد.

نتیجه‌گیری

از آنچه در مقاله حاضر گذشت می‌توان پیرامون مالیت و مالکیت پدیده خبر در رسانه‌های جمعی به نتایجی دست یافت که عبارتند از: خبر در رسانه جدای از عملیاتی که در راستای

۱. در این زمینه رک: حسن کیره، المدخل الى القانون، ۶۳۴-۶۶۲.

نشر آن صورت می‌گیرد، مال محسوب می‌گردد و ارزشمند است و مردم بدان رغبت دارند، به گونه‌ای که برای آن حاضر به پرداخت هزینه می‌باشند. نمونه بارز آن خرید جراید و مطبوعات که وسیله بیان این اخبار است، می‌باشد. حکم به مالیت و ارزشمند بودن خبر در رسانه‌های جمعی زمینه‌ساز جریان احکام و قواعد مربوط به اموال در این حوزه می‌گردد. از سوی دیگر علاوه بر صدق عنوان مال بر خبر، برخورداری خبر از ویژگی ملکیت است که رابطه‌ای اعتباری و خاص بین اشخاص و اشیاء است. ثبوت این دو ویژگی برای خبر، پای بخش وسیعی از مقررات فقهی را به حوزه خبر و اطلاع رسانی می‌گشاید و در این میان، شناسایی و معرفی مالک خبر در رسانه جایگاه با اهمیتی در توجه به حقوق و تکالیف مالکانه به وی خواهد داشت. پدیده خبر در رسانه‌های جمعی پس از احراز مالیت و ملکیت آن، صلاحیت آن را می‌یابد که موضوع عقود و قراردادهای معاوضی واقع شود و از این نظر وضعیت جدیدی مشتمل بر مناسبات و معاملات اقتصادی در مورد آن شکل می‌گیرد.

منابع

- احسائی، ابن ابی جمهور محمدبن علی، *عوالی اللئالی*، قم، دار سیدالشهدا، ۱۴۰۵ق.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۳
- انصاری، مرتضی، *المکاسب المحرمه*، قم، کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق.
- بجنوردی، محمدحسن، *القواعد الفقهیه*، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
- بحرالعلوم، محمدبن محمد تقی، *بلغة الفقیه*، تهران، منشورات مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ق.
- بغوی، حسین بن مسعود، *التهذیب فی فقه الامام الشافعی*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق.
- بهبهانی، محمد باقر، *حاشیه مجمع الفائدة و البرهان*، قم، مؤسسه العلامة الوحید، ۱۴۱۷ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فرهنگ اصطلاحات حقوق*، تهران، میزان، ۱۳۸۱
- جمعی از پژوهشگران، *موسوعة الفقه الاسلامی*، قم، مؤسسه دایرةالمعارف فقه، ۱۴۲۳ق.
- حرانی، ابن شعبه، *تحف العقول*، اسلامیه، تهران، ۱۳۷۶
- حسینی، هاشم، *نظریة العقد فی الفقه الجعفری*، بیروت، منشورات مکتبه هاشم، ۱۴۱۳ق.
- حسینی روحانی، صادق، *المسائل المستحلّه*، نشر انوار الهادی، ۱۴۲۷ق.
- _____، *منهاج الفقاهه*، نشر انوار الهادی، ۱۴۲۹ق.
- حسینی شیرازی، محمد، *من فقه الزهر*، قم، رشید، ۱۴۲۸ق.
- حسینی عمیدی، سید عمید الدین، *کنزالفوائد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول، ۱۴۱۶ق.

- حسینیان راد، مهدی، *روشهای مصاحبه خبری*، تهران، نشر سروش، ۱۴۲۲ق.
- حکیم، سید محسن، *نهج الفقاهه*، چاپ سربی، ۱۳۷۰
- ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، قم، انتشارات آل البيت، ۱۴۱۴ق.
- _____، *مختلف الشيعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، *نهاية الإحكام*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۹ق.
- _____، *منتهى المطلب في تحقيق المذهب*، ایران، مجمع البحوث الإسلامية، ۱۴۱۲ق.
- _____، *تبصرة المتعلمين في أحكام الدين*، تهران، مؤسسه چاپ و نشر، ۱۴۱۱ق.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، *نکت النهایة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول ۱۴۱۲ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله سیوری، *التنقيح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه مرعشی، ۱۴۰۴ق.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
- رافعی، عبدالکریم بن محمد، *فتح العزیز شرح الوجیز*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۰ق.
- دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه*، دانشگاه تهران، ۱۳۷۲
- سعدی، ابو جیب، *القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا*، دمشق، دار الفكر، ۱۴۰۸ق.
- شکرخواه، یونس، *خبرنگاران و خبرنگاری روزنامه نگاری*، تهران، وزارت ارشاد، ۱۳۷۷
- طباطبایی یزدی، سیدکاظم، *عروة الوثقی*، بیروت، مؤسسه الاعلمی، ۱۴۰۹ق.
- _____، *حاشیه المکاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۲ق.
- طوسی، محمد، *المبسوط*، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ق.
- شهید اول، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام*، قم، کتابفروشی داورى، ۱۴۱۰ق.
- محقق ثانی، علی بن حسین، *رسالة قاطعة اللجاج*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول ۱۴۱۳ق.
- _____، *رسائل المحقق الكرکي*، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، اول ۱۴۰۹ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعه*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ق.
- عباسی، حجت الله، *اصول کاربردی خبرنگاری و خبررسانی*، تهران، سروش، ۱۳۸۶
- عمید، حسن، *فرهنگ عمید*، انتشارات مجید، ۱۳۸۹
- غروی اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، نشر ذوی القربی، ۱۴۱۹ق.
- غزالی، ابو حامد، محمد بن محمد، *الوجیز*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۸ق.
- فخار طوسی، جواد، *پژوهشی فقهی در خبر و خبرنگاری*، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۱

- ففعانی، محمد بن طی، مسائل ابن طی، ۱۴۱۲ق.
- فیروز آبادی، مجدالدین، قاموس اللغة، تهران، الاسلامیه، ۱۴۱۲ق.
- قمی، میرزا ابو القاسم بن محمد حسن، رسائل، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۷ق.
- قمی، ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، قم، دارالحديث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ق.
- کیره، حسن، المدخل الى القانون، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۱۷ق.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه مدنی، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۲
- مشکینی، میرزا علی، مصطلحات الفقه، قم، حوزه علمیه، ۱۳۸۷
- مقدسی، عبدالرحمن بن قدامه، الشرح الكبير، بیروت، دارالکتب العربیه، بی تا.
- مقدسی، عبدالله بن قدامه، المغنی، بیروت، دارالکتب العربیه، بی تا
- مظفر، محمد رضا، المنطق، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۸۴
- معمد نژاد، کاظم و ابوالقاسم منصفی، روزنامه نگاری، نشر سپهر، ۱۳۷۲
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱ق.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه الشرکه و کتاب التأمین، قم، منشورات مکتبه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۴ق.
- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، ۱۴۲۱ق.
- _____، کتاب البیع، تهران، مؤسسه نشر آثار امام، ۱۴۲۱ق.
- مولانا، حمید، جریان بین المللی اطلاعات، تهران، نشر سروش، ۱۳۸۲.
- نائینی، محمد حسین، منیه الطالب، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ق.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث، ۱۴۰۴ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام، قم، دفتر تبلیغات، ۱۴۱۷ق.
- نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت، مؤسسه آل بیت، ۱۴۰۸ق.
- النووی، محی الدین، روضة الطالبین، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۰ق.
- _____، المجموع، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۲ق.
- همدانی، آقا رضا، مصباح الفقیه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۶
بهار ۱۳۹۳، ص ۱۵۸-۱۳۳

بازخوانی ماهیت و مصادیق محاربه در جرایم علیه نظم عمومی*

سیده قدسیه موسوی مشهدی^۱

دانش آموخته دوره کارشناسی ارشد دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghabooli@ferdowsi.um.ac.ir

دکتر محمد حسن حائری

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

-

چکیده

در قانون مجازات اسلامی، عمده جرایم علیه امنیت ملی و اجتماعی، تحت عنوان محاربه گرد آمده است. این در حالی است که در فقه درباره ماهیت و ملاک محاربه و مفهوم سلاح در محاربه اختلاف نظر وجود دارد. لکن در راستای تحقیق و پژوهش در مستندات فقهی می‌توان به تعریفی صحیح از این مقوله دست یافت که مطابق آن، محاربه عبارت است از قصد ارباب مردم با به‌کارگیری هر آن چه سبب خوف و وحشت شده و باعث اخلال در امنیت جامعه گردد. بر اساس این دیدگاه، عنوان محاربه، توسعه مفهومی یافته و اعم از مسلحانه و غیر مسلحانه می‌باشد. بر خلاف آن‌که قانون‌گذار بر اساس ماده ۱۸۳ ق.ا.م.ا محاربه را منوط به مسلحانه‌بودن نموده است. حال آن‌که در میان جرایم علیه امنیت عمومی، دسته‌ای از جرایم وجود دارند که مطابق استنادات فقهی، مصداق بارز جرم محاربه بوده و ارکان و عناصر این دسته از جرایم بر ارکان جرم محاربه کاملاً منطبق می‌باشند. لکن قانون‌گذار در جرایم علیه امنیت عمومی، تنها تعداد محدودی از این جرایم را محاربه بر شمرده است و در برخی، اشاره‌ای به محاربه‌بودن جرم ارتكابی ننموده و در برخی دیگر با دیده تردید به این عنوان نگریسته است و نیز در مواردی، ویژگی ضد حکومتی و قصد مقابله با نظام حاکم را ملاک حکم محاربه قرار داده است.

کلیدواژه‌ها: محاربه، سلاح، جرایم علیه نظم عمومی، جرایم علیه امنیت ملی.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۳/۰۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۱/۰۹/۲۰.

۱. نویسنده مسئول

درآمد

با توجه به گسترش و افزایش مفاهیم در حوزه حقوق جزا لازم است که این مفاهیم با مفاهیم حوزه فقه، تطبیق گردند. از این مفاهیم فقهی، می‌توان به مفهوم محاربه اشاره نمود که امروزه در قوانین جزایی کشور تبلور یافته و در عرصه‌های گوناگون دارای مصادیق می‌باشد. بدین جهت لازم است احکام فقهی و حقوقی این مقوله را نسبت به فعالیت‌های مخاطره‌آمیز در موضوعات مرتبط با امنیت ملی و اجتماعی روشن نموده و موارد آن را در قانون مجازات اسلامی مصداق‌یابی و بازخوانی نمود که از جمله می‌توان به رابطه این مفهوم با جرایم علیه امنیت عمومی اشاره نمود.

لیکن باید دانست، محاربه از مقولات بحث‌برانگیز در میان فقها می‌باشد؛ منشأ این اختلاف‌ها، برداشت‌های متفاوت از آیه محاربه می‌باشد. خداوند متعال در این آیه شریفه می‌فرماید: «إنما جزاء الذین یحاربون الله ورسوله ویسعون فی الأرض فساداً أن یقتلوا أو یصلبوا أو تقطع أیدیهم وأرجلهم من خلاف أو ینفوا من الأرض ذلك لهم خزی فی الدنیا ولهم فی الآخرة عذاب عظیم»^۱ محل بحث در این آیه که مورد تحلیل و بررسی قرار خواهد گرفت عبارت «یحاربون الله ورسوله» (محاربه) می‌باشد.

بنابراین، لازم است بر اساس مستندات فقهی و حقوقی به بررسی پیرامون ماهیت محاربه پرداخت تا بتوان به تعریفی متقن از آن دست یافت تا در راستای آن مصادیق محاربه در جرایم علیه امنیت عمومی روشن گردد.

معنای لغوی محاربه

«حرب» به فتح راء به معنای سلب و ربودن، به کسر راء به معنای غضب و به سکون راء به معنای نزاع و خصومت است. کلمه «محاربه» مصدر باب مفاعله و از ثلاثی مجرد «حرب» به سکون راء و نقیض کلمه «سلم» (صلح) است و به دلیل شهرتش به معنای مقاتله و جمع آن «حروب» می‌باشد (ابن منظور، لسان العرب، ۳۰۳/۱-۳۰۲؛ ابن اثیر، النهایه، ۳۴۶/۱-۳۴۵؛ طریحی، مجمع البحرین، ۴۸۱/۱-۴۸۰). در تاج العروس آمده است: «محاربه عبارت است از تیراندازی دو جانبه، پرتاب نیزه به سوی یکدیگر، تاختن با شمشیر بر یکدیگر، گلاویز شدن

۱. «کیفر آنها که با خدا و پیامبرش به جنگ بر می‌خیزند و برای فساد در روی زمین تلاش می‌کنند فقط این است که اعدام شوند یا به دار آویخته گردند؛ یا دست و پای آنها، بعکس یکدیگر بریده شود؛ و یا از سرزمین خود تبعید گردند. این رسوایی آنها در دنیاست؛ و در آخرت، مجازات عظیمی دارند.» (مانده/۳۳)

(معانقه) و کشتی گرفتن (مصارعه) ...» (زبیدی، ۲۰۵/۱) با نگاهی به عناوین فوق روشن می‌شود که ویژگی استفاده از ابزار قدرت در اظهار خصومت و دشمنی در اکثر آن‌ها وجود دارد؛ اما در برخی دیگر، هم‌چون «معانقه» و «مصارعه» از سلاح استفاده نمی‌شود. هم‌چنین در بعضی استعمال‌ها واژه «حرب» به معنای جنگ و کارزار با سلاح نیست و به معنای دشمنی می‌باشد و جمله «فلان حرب لی، آی عدو محارب و إن لم یکن محارباً» (ابن منظور، لسان العرب، ۳۰۳/۱؛ ابن اثیر، النهاية، ۳۴۶/۱) اشاره به همین مطلب دارد. بدین معنا، محاربه به معنای مطلق دشمنی است؛ از این‌رو، ابن منظور در مقام تفسیر آیه محاربه، عنوان محاربه را به معصیت و نافرمانی تعبیر نموده است (لسان العرب، همان).

در این‌جا نکته‌ای قابل ذکر است که ظاهراً عنوان «محاربه» در عصر تشریع و نزول قرآن در میان مردم شناخته و رایج نبوده است تا بتوان مفهوم آن را از میان تبادلات ذهنی آن زمان جستجو نمود. بنابراین «محاربه»، عنوانی فقهی - شرعی است که در عصر پس از نزول قرآن از آیه کریمه اقتباس شده است (حکیم، «جرایم امنیت عمومی»، ۱۷۰).

معنای اصطلاحی محاربه

بنابر نظر مشهور فقها، معنای اصطلاحی «محاربه» عبارت از کشیدن سلاح یا تجهیز آن به قصد اخافه و ترساندن مردم (تجريد السلاح لإخافة الناس) است (ر.ک: طوسی، المبسوط، ۴۷/۸؛ حلی، الجامع للشرایع، ۲۴۱؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۹۵۸/۴؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۶۸/۳؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۹۰/۹؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ۴۹۸/۲؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۳۱۸/۱؛ موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۷۸۷). مطابق این تعریف، ملاک در محاربه به کارگیری سلاح به قصد ترساندن است.

قانون‌گذار نیز در ماده ۱۸۳ ق.م.ا. به تبعیت از تعریف مشهور فقها درباره جرم محاربه مقرر می‌دارد، «هر کس که برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم، دست به اسلحه ببرد، محارب و مفسد فی الارض می‌باشد.»

موضوع جرم محاربه عبارت از امنیت و آزادی مردم است و برای تحقق این جرم، لازم است که مرتکب، قصد سلب آزادی و امنیت مردم و ایجاد رعب و وحشت داشته باشد (حبیب زاده، محاربه در حقوق کیفری ایران، ۴۹).

رکن مادی:

دو شرط اصلی در تحقق رکن مادی جرم محاربه، به کار بردن سلاح و دست‌بردن به

اسلحه به صورت علنی است (میر محمد صادقی، جرایم علیه امنیت...، ۴۹؛ حبیب زاده، محاربه در حقوق کیفری ایران، ۳۴؛ پیمانی، جرایم علیه امنیت...، ۶۱) از این رو، اگر به کاربرد سلاح، علنی نباشد و سلاح همراه فرد، مخفی باشد، از شمول عنوان محاربه خارج است (حبیب زاده، همان).

استفاده از کلمه «مردم» نیز در ماده، دلالت بر آن دارد که برای صدق عنوان محاربه باید نوعی عمومیت در جرم وجود داشته باشد (گلدوزیان، محشای قانون مجازات، ۱۱۹) و صرفاً قصد سلب امنیت فرد یا افرادی خاص، محاربه نیست (میر محمد صادقی، جرایم علیه امنیت...، ۴۶؛ پیمانی، جرایم علیه امنیت...، ۶۳).

رکن روانی:

رکن روانی در محاربه، متضمن سوء نیت عام و سوء نیت خاص است. سوء نیت عام در محاربه، عبارت از قصد به کار بردن سلاح است (شامبیاتی، حقوق کیفری اختصاصی، ۵۲/۳؛ پیمانی، جرایم علیه امنیت، ۶۲) که از ظاهر عبارت ماده ۱۸۳ ق.م.ا «هر کس ... دست به اسلحه برد»، استفاده می شود (حبیب زاده، محاربه در حقوق کیفری ایران، ۷۳-۷۲) و سوء نیت خاص، قصد ایجاد رعب و هراس و سلب امنیت و آزادی مردم است و بدون آن رکن روانی، کامل نمی شود (شامبیاتی، حقوق کیفری اختصاصی، ۵۲/۳؛ میر محمد صادقی، جرایم علیه امنیت...، ۴۱). بنابراین، رکن مادی و روانی لازم و ملزوم یکدیگرند؛ بدین ترتیب که محارب با سبق تصمیم و اراده ارتکاب جرم، سلاح را آماده نموده و به منظور بردن مال یا عرض دیگری به او حمله می کند (گلدوست جویباری، جرایم علیه امنیت، ۳۵-۳۴). پس مطابق ماده مزبور محاربه، جرمی مطلق است زیرا در متن ماده مذکور، صرف دست بردن به اسلحه به قصد ایجاد رعب و هراس، کافی دانسته شده و مقید به نتیجه نمی باشد (گلدوزیان، محشای قانون مجازات اسلامی، ۱۱۹؛ حبیب زاده، محاربه در حقوق کیفری ایران، ۲۲).

«قصد غیر مستقیم» را نیز می توان در تحقق محاربه کافی دانست؛ لذا هرگاه قصد و نیت اولیه کسی از سلاح کشیدن عبارت از بردن مال مردم یا ربودن هواپیما و نظایر آن ها باشد، همین که وی می داند که این کار، باعث ترسیدن مردم خواهد شد، مشمول ماده ۱۸۳ می باشد (میر محمد صادقی، ۴۹).

شایان ذکر است، حد محاربه به جهت نص آیه محاربه و اجماع فقها، منحصر در مجازات های چهارگانه قتل، صلب، قطع دست و پا بعکس یکدیگر و نفی (تبعید) می باشد

(شیخ طوسی، التبیان، ۵۰۵/۳). قانون‌گذار هم در ماده ۱۹۰ ق.م.ا. به این مجازات‌ها اشاره دارد، «حد محاربه و افساد فی الارض یکی از چهار چیز است: ۱- قتل ۲- آویختن به دار ۳- اول قطع دست راست و سپس پای چپ ۴- نفی بلد.»

بنابراین، با توجه به مطالب مذکور آن‌چه در نزد اکثر فقها در تحقق محاربه، دارای اهمیت ویژه بوده و موضوع حد محاربه را تشکیل می‌دهد، قصد اخافه و کشیدن سلاح می‌باشد. غالب فقها بر قصد اخافه، اتفاق دارند،^۱ اما درباره لزوم وجود سلاح در محاربه و ماهیت و نوع سلاح اختلاف وجود دارد که بر اساس نظرات مختلف، مصادیق محاربه در حقوق موضوعه، متفاوت خواهد بود.

تبیین مسأله

محل بحث و نزاع در این است که آیا وجود سلاح در تحقق موضوع محاربه، شرط است به گونه‌ای که محاربه بدون آن محقق نمی‌شود و یا آن که محاربه با هر آن چه که ایجاد خوف نماید نیز محقق می‌گردد و وجود سلاح در آن شرط نمی‌باشد؟

قدر متیقن آن است که محاربه با سلاح، محقق می‌شود؛ از این رو برای اثبات تعمیم معنای محاربه به اعم از آن که با سلاح و یا بدون سلاح باشد به وجود دلیل، نیاز است. محاربه بدین معنا، به مطلق سبب خوف تحقق می‌یابد.

ادله اثبات تعمیم مفهوم محاربه:

برای اثبات تعمیم مفهوم محاربه به ادله ذیل استناد می‌شود:

أ- معنای لغوی محاربه: هم‌چنان‌که گذشت مستفاد از استعمال‌های مختلف در زبان عرب، «حرب» به معنای مطلق دشمنی و مخاصمه است و معنای لغوی «محاربه» اعم از جنگیدن و مقابله با سلاح است؛ و به شکل گلاویز شدن (معانقه و مصارعه) که به معنای استفاده از زور و قوای قهریه است نیز قابل تحقق می‌باشد. لذا با توجه به این معنا، با ظهور آیه محاربه بر اطلاق، به مفهوم لغوی محاربه اخذ می‌شود که شامل محاربه با سلاح و بدون سلاح می‌شود؛ گواه بر این مطلب، تمسک برخی فقها به اطلاق آیه شریفه (البته تعبیر فقهای متقدم، عموم و ظاهر آیه است که ظاهراً مرادشان، همان اطلاق می‌باشد) و تعمیم تحقق محاربه به مطلق سبب خوف و غلبه و استفاده از زور (بدون سلاح) است (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۶۸/۳؛ فخر

۱ - به عقیده مقدس اردبیلی، ملاک در محاربه، صدق عرفی محاربه و ایجاد ترس است (مجمع الفوائد، ۲۸۷/۱۳).

المحققین، ایضاح الفوائد، ۵۴۳/۴؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۹۲/۹؛ صاحب جواهر، جواهرالکلام، ۵۶۶/۴۱؛ موسوی گلپایگانی، تقریرات الحدود، ۵-۶/۲. البته غالباً حمله قهرآمیز به کمک سلاح صورت می‌پذیرد اما غلبه موجب نمی‌شود که مفهوم، اختصاص به غالب داشته باشد یعنی نمی‌توان گفت که چون غالب موارد محاربه، به صورت مسلحانه است، پس مفهوم محاربه نیز اختصاص به محاربه مسلحانه دارد. بر این اساس، محاربه معنایی عام دارد و شامل جنگ بدون سلاح نیز می‌شود (شاهرویدی، بایسته‌های فقه جزا، ۲۹۳).

ب- استنباط و برداشت عرف: عرف، خصوصیت مسلحانه‌بودن را از موضوع حکم محاربه الغاء می‌کند؛ زیرا استنباط عرف از آیه محاربه چنین است که تمام موضوع در حکم محاربه عبارت از آن چه از نتیجه محاربه مسلحانه حاصل شود (شاهرویدی، بایسته‌های فقه جزا، ۲۹۳) که همان اخافه و ترساندن مردم و سلب امنیت است چه از طریق سلاح و یا غیر سلاح باشد و «در عرف «کشیدن اسلحه» به عنوان یکی از مصادیق ترساندن تفسیر می‌شود.» (حکیم، «جرایم امنیت عمومی»، ۱۷۵)

ج- روایات باب محاربه: همان‌گونه که گذشت عنوان «محاربه» اصطلاحی فقهی است که در عصر متأخر از آیه محاربه گرفته شده است؛ از این رو، در روایات اهل سنت اثری از این عنوان دیده نمی‌شود و تنها در کتب فقهی و روایی امامیه که برگرفته از فقه اهل بیت است چنین واژه‌ای به چشم می‌خورد (حکیم، «جرایم امنیت عمومی»، ۱۷۸).

این در حالی است که در هیچ‌یک از روایات باب محاربه برای اصطلاح فقهی «محاربه»، تعریف روشنی ارائه نشده است تا بتوان برای تفسیر آیه محاربه به آن رجوع نمود و همان‌گونه که خواهد آمد تنها به تعمیم و تطبیق حکم محاربه و یا ذکر مصادیق پرداخته‌اند. بنابراین، برای تشخیص موضوع حکم محاربه از منظر روایات می‌بایست آن‌ها را به گونه‌ای علمی و فراگیر مورد بررسی قرار داد تا بتوان از میان آن‌ها به وجه مشترکی دست یافت و آن را موضوع حکم محاربه قرار داد.

روایات باب محاربه را می‌توان به سه دسته تقسیم نمود:

دسته اول: روایاتی که عنوان محارب را بر کسی اطلاق می‌کنند که با استفاده از سلاح، مرتکب قتل و ربودن اموال مردم شده است؛ مانند:

صحیح محمد بن مسلم: در این روایت از امام باقر (ع) آمده است: «... کسی که در شهر، سلاح بکشد و دیگری را مجروح کند و مال او را ببرد، ولی مرتکب قتل نشود، محارب

ست...»^۱ این روایت بر وجود سلاح در تحقق محاربه صراحت دارد.

دسته دوم: روایاتی که صرف حمل و کشیدن سلاح، بدون ارتکاب به جرم دیگری را محاربه بر شمرده‌اند؛ مانند:

- روایت ضریس: امام صادق (ع) فرمودند: «هر کس در شب سلاح برگیرد، محارب است مگر آن‌که از اهل ربه (فساد) نباشد.»^۲ مدلول روایت مذکور این است که شخص متجاهر به فساد به صرف حمل سلاح در شب، محارب محسوب می‌شود.

- ذیل روایت عبیدالله مدائنی: «از امام رضا (ع) پرسیده شد: انسان در صورت اقدام به چه کارهایی مستوجب یکی از کیفرهای چهارگانه [مذکور در آیه محاربه] می‌شود؟ امام پاسخ داد: ...اگر شمشیر کشد و با خدا و رسولش (ص) به محاربه برخیزد و در روی زمین فساد کند ولی کسی را نکشد و مالی نرباید از زمین نفی می‌شود...»^۳ نص این روایت دلالت دارد که تمرّد و سرکشی مسلحانه به قصد ایجاد فساد، به تنهایی موضوع حکم محاربه است (حکیم، «جرایم امنیت عمومی»، ۱۷۳) و تحقق محاربه، مشروط به ارتکاب قتل و غارت نیست.

دسته سوم: روایاتی که عنوان محارب را بر کسی منطبق دانسته‌اند که باعث اخلال در امنیت جامعه شده است؛ بدون آن‌که مقید به استفاده از سلاح شوند. روایات این دسته به دو قسم تقسیم می‌شوند:

الف) گروهی از این روایات در مقام تطبیق حکم مجازات‌های چهارگانه آیه محاربه بر محارب، عنوان مزبور را به نحو مطلق و بدون تقيید به واژه سلاح بیان نموده‌اند؛ مانند:

- روایت احمدبن فضل خاقانی: «از امام جواد (ع) از راهزنان و قطاع الطريق پرسیده شد. امام فرمود: «...اگر فقط راه را ناآمن نموده اما کسی را نکشته و مالی نربوده باشند، دستور زندانی کردن آنان را بدهد و معنای «نفیهم من الارض» به سبب ناآمن کردن راه [لإخافة السبيل]

۱- «عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال: ...من شهر السلاح في مصر من الأمصار و ضرب و عقر و أخذ المال و لم يقتل فهو المحارب.» (الكليني، الكافي، ۲۴۸/۷؛ طوسی، تهذيب الاحكام، ۱۳۲/۱۰؛ حرعاملی، وسائل الشیعه، ۳۰۷/۲۸)

۲- «عن ضريس الكناسي عن أبي جعفر (ع): من حمل السلاح بالليل فهو محارب، الا ان يكون رجلا ليس من اهل الرية.» (الكليني، الكافي، ۲۴۶/۷)

۳- «عن عبیدالله المدائنی عن ابی الحسن الرضا (ع) قال: سئل عن قول الله عزوجل: «انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً» الآية، فما الذي اذا فعله استوجب واحدة من هذه الاربعة؟ قال: ... و ان شهر السيف و حارب الله و رسوله و سعی فی الارض فساداً و لم يقتل و لم يأخذ المال نفی من الارض...» (كليني، الكافي، ۲۴۶/۷؛ طوسی، تهذيب الاحكام، ۱۳۳/۱۰-۱۳۲؛ حرعاملی، وسائل الشیعه، ۳۰۹/۲۸)

همین است...»^۱ در این روایت، امام (ع) برای تبیین حد محاربه از تعبیر «إخافة السبيل» استفاده نموده است و این عنوان اعم از محاربه با سلاح و بدون سلاح است. استفاده از تعبیراتی هم چون «فإن كانوا أخافوا السبيل فقط» ظهور در بیان ملاک و موضوع حد محاربه یعنی اخافه دارند (شاهرودی، بایسته های فقه جزا، ۲۹۴).

- صحیحہ علی بن حسان: علی بن حسان از امام جواد (ع) نقل کرده است که فرمود: «کسی که با خدا محاربه کند و مالی بریاید و کسی را بکشد، کشته شده و یا مصلوب می شود؛ و اگر کسی را بکشد و مالی نریاید، کشته می شود؛ و اگر فقط مالی بریاید و کسی را نکشد، یک دست و یک پای او از چپ و راست قطع می شود؛ و اگر به محاربه برخیزد ولی مالی نریاید و کسی را نکشد، نفی می شود.»^۲ در این روایت نیز عنوان محاربه به صورت مطلق آمده است بدون آن که ذکری از واژه سلاح به میان آید. روایات مشابه دیگری همانند این روایت وجود دارد که در آنها عنوان محاربه به صورت مطلق و بدون ذکر سلاح آمده است که به جهت اطاله کلام از ذکر آنها خودداری می گردد.

ب) روایاتی که به توسعه عنوان محاربه و بیان مصادیق آن از طریق اخلال در امنیت عمومی پرداخته اند؛ مانند:

- روایت سکونی: مردی با آتش، خانه و وسایل قومی را می سوزاند. علی (ع)، حکم به پرداخت غرامت و سپس قتل او می دهد.^۳ این روایت از زمره روایات باب محاربه است که در آن مردی به وسیله آتش، اقدام به ارباب و تجاوز به جان و اموال می کند. برخی فقها، از آن برای تعمیم وسیله ارباب در محاربه به هر چیزی که باعث ایجاد خوف و غلبه شود استناد نموده اند (فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۳۱/۲؛ کاشف الغطاء، کشف الغطاء، ۴۱۹/۲؛ طباطبائی، ریاض، ۴۹۸/۲؛ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۵۶۶/۴۱؛ موسوی گلپایگانی، تقریرات الحدود،

۱ - «عن احمد بن فضل الخاقانی من آل رزین ... قال [محمد بن علی الرضا (ع)]: ... فإن كانوا أخافوا السبيل فقط و لم یقتلوا أحداً و لم یأخذوا مالا، أمر بإیداعهم الحبس فإن ذلک معنی نفیهم من الارض بإخافتهم السبيل...» (العیاشی، التفسیر العیاشی، ۳۱۵/۱)

۲ - «فانه حدثني أبي عن علي بن حسان، عن أبي جعفر (ع) قال: من حارب الله و أخذ المال و قتل كان عليه أن يقتل أو يصلب و من حارب فقتل و لم يأخذ المال كان عليه أن يقتل و لا يصلب و من حارب فأخذ المال و لم يقتل كان عليه أن يقطع يده و رجله من خلاف و من حارب و لم يأخذ المال و لم يقتل كان عليه أن ينفى» (قمی، تفسیر القمی، ۱۶۷/۱؛ مجلسی، بحار الانوار، ۱۹۵/۷۶-۱۹۴)

۳ - «عن السكوني عن أبي جعفر (ع) عن أبيه عن علي (ع) انه قضی فی رجل اقبل بنار فأشعلوا فی دار قوم فاحترقت و احترق متاعهم، قال: يغرم قيمة الدار و ما فيها ثم یقتل» (حرعاملی، وسائل الشیعه، ۳۱۵/۲۸).

۵-۶/۲؛ روحانی، فقه الصادق (ع)، (۵۳۰/۲۵). روایت مزبور به توسعه عنوان محاربه و ذکر یکی از مصادیق آن پرداخته است.

- روایت سورة بن کلیب: «سورة بن کلیب گفت از امام صادق (ع) پرسیدم: مردی به قصد مسجد یا برای امر دیگری از خانه‌اش بیرون می‌رود. مرد دیگری به او بر می‌خورد و او را تعقیب می‌کند؛ سپس او را می‌زند و لباسش را می‌گیرد. امام (ع) فرمود: شما به این عمل چه می‌گویید؟ پاسخ دادم: می‌گویند: این کار، فساد آشکار است؛ ولی محارب فقط در سرزمین مشرکان مصداق دارد. امام (ع) فرمود: حرمت کدام یک بیشتر است، دارالاسلام یا دارالشُرک؟ گفتم: دارالاسلام. آن‌گاه امام (ع) فرمود: این گروه، مصداق این آیه هستند: «انما ج‌زاء الذین یحاربون الله ورسوله...»^۱ این روایت نیز یکی از مصادیق محاربه را بیان می‌کند و از جهت مسلحانه و غیر مسلحانه بودن محاربه، اطلاق دارد.

- روایات مربوط به «لص» که تجاوز و هتک امنیت محل سکونت و خانه توسط لص (دزد) بدون تقیید به واژه سلاح، مصداق محاربه دانسته شده است؛ مانند:

۱- روایت منصور: «امام صادق (ع) فرمود: دزد محارب با خدا و رسولش است؛ پس هنگامی که بر شما وارد شد او را بکشید. (اگر گناهی داشته باشد) بر عهده من است.»^۲

۲- روایت حلبی: «امام صادق (ع) از امیرالمؤمنین (ع) نقل فرمود: دزد محارب است؛ او را بکش، (اگر گناهی داشته باشد) خونش بر گردن من است.»^۳

۳- روایت غیاث: «امام باقر (ع) فرمود: اگر دزد به قصد اهل و مالت بر تو وارد شد اگر توانستی بر او پیشی بگیری و او را بزنی، بر او پیشی بگیر و او را بزنی. دزد محارب با خدا و رسولش است؛ پس او را بکش، اگر گناهی بر تو باشد بر عهده من است.»^۴

۱ - «عن سورة بن کلیب عن أبي جعفر (ع) قال: قلت: الرجل يخرج من منزله يريد المسجد أو يريد الحاجة فيلقاه رجل و يستعقبه فيضربه و يأخذ ثوبه؟ قال: أي شيء يقولون فيه من قبلكم؟ قال: يقولون هذه دعارة معلنة و إنما المحارب في القرى المشركية فقال: أيهما أعظم حرمة دارالاسلام أو دارالشُرک؟ قال: قلت: دارالاسلام. فقال: هؤلاء من اهل هذه الآية: «انما ج‌زاء الذین یحاربون الله ورسوله...» (العیاشی، التفسیر العیاشی، ۳۱۶/۱؛ الحر العاملی، وسائل الشیعة، ۳۱۴/۲۸)

۲ - «عن منصور عن أبي عبدالله (ع) قال: اللص محارب لله و لرسوله؛ فاقتلوه فما دخل علیکم؛ فعلى.» (الطوسی، التهذیب، ۱۳۵/۱۰؛ الحر العاملی، وسائل الشیعة، ۳۲۰/۲۸)

۳ - «عن الحلبي عن أبي عبدالله (ع) قال: قال امیرالمؤمنین (ع) اللص المحارب فاقتله، فما أصابک قدمه فی عنقی.» (الکلینی، الکافی، ۵۱/۵؛ الحر العاملی، وسائل الشیعة، ۴۲۶/۱۱)

۴ - «عن غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه (ع) قال: اذا دخل عليك اللص يريد أهلك و مالك فإن استطعت أن تبدره و تضربه فابدره و اضربه و قال: اللص محارب لله و رسوله فاقتله فما مسك منه فهو على.» (همان، ۱۳۶؛ همان، ۳۲۱)

در میان فقها درباره حکم «لص» اختلاف نظر است، برخی به طور مطلق او را محارب می‌دانند (شیخ طوسی، النهایه، ۷۲۰) و بعضی دیگر در صورتی که اقدام وی علنی و قهری باشد او را محارب و در غیر این صورت، در حکم محارب می‌دانند (شهید اول، الدروس، ۵۹/۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۰۳/۹-۳۰۲). دلیل عدم انطباق عنوان محارب بر چنین مهاجمی (در نزد برخی فقها)، عدم وجود سلاح می‌باشد (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، کتاب حدود، ۶۴۷). لکن حقیقت این است که یکی از دلایل ذکر لص به عنوان محارب در روایات برای دفع این توهّم می‌باشد که محارب، فقط قاطع طریق است؛ زیرا در لص، خصوصیتی وجود دارد که در بقیه مهاجمان وجود ندارد، چرا که او همانند محارب، امنیت را هتک می‌کند و به سبب ورودش در جایی مثل خانه، که محل امن برای مردم است، امنیت را از بین می‌برد^۱ (همان، ۶۶۷-۶۶۶) لذا در روایات مرتبط به «لص»، عنوان محارب به شکل مطلق بر لص منطبق شده است و در روایت غیاث به اراده کردن اهل و مال مقید شده است (حکیم، «جرایم امنیت عمومی»، ۱۷۶)؛ و این مطلب گویای آن است که قصد و اقدام به اخافه برای تجاوز به جان و مال چه در شهر و چه در بیابان و چه در محل سکونت و خانه، سبب ترتب حکم محاربه می‌شود؛ بدون آن که محاربه، مقید به مکانی خاص و وجود سلاح باشد. بنابراین، از روایات دسته سوم به خوبی روشن می‌شود که قصد اخافه و ایجاد رعب و وحشت در مردم بدون وجود سلاح برای تحقق محاربه کافی است.

بر این اساس، با ملاحظه روایات باب محاربه می‌توان دریافت که وجه مشترک در میان آن‌ها قصد ایجاد رعب و هراس و اخلال در امنیت جامعه می‌باشد و این ویژگی به هر وسیله‌ای که ایجاد شود حتی به نحو قهر و غلبه، محاربه محسوب می‌شود. بنابراین، استفاده از سلاح، مداخلیتی در موضوع حکم محاربه ندارد جز آن که در غالب موارد، اخافه و ایجاد رعب به وسیله سلاح صورت می‌پذیرد و در نزد عرف استفاده از سلاح، مصداق بارز تحقق اخافه است.

لذا ذکر «به‌کارگیری سلاح و حمل آن» در برخی روایات، بدین معنا نیست که موضوع حکم محاربه باید مقید به این خصوصیت باشد (حکیم، «جرایم امنیت عمومی»، ۱۷۴) و «منظور، تقیید محاربه به محاربه مسلحانه نیست» (شاهرودی، بایسته‌های فقه جزا، ۲۹۶) بلکه

۱ - پس لص با این خصوصیت، محارب است و مطلق معنای لغوی آن مراد نیست. بنابراین، مراد روایاتی که گفته‌اند: «اللص محارب»، در خصوص لصی است که حقیقتاً محارب باشد (همان، ۶۶۹).

این دسته روایات فقط در مقام تعیین یکی از احکام حد محاربه هستند و در صدد بیان موضوع حکم محاربه و تحدید آن نمی‌باشند (حکیم، همان).

به عنوان مثال، سیاق روایت احمد بن فضل خاقانی مشابه روایت مدائنی است و تنها فرق آن‌ها در این است که در اولی از کشیدن سلاح به عنوان یک ویژگی یاد نشده است بلکه تنها به ذکر اخافه و ترساندن بسنده نموده است. روایت ضریس نیز بر این معنا تاکید می‌ورزد که اگر چه از سلاح به صراحت یاد شده، لیکن مقید کردن حمل آن به شب، ظهور در این امر دارد که خصوصیتی که موجب ترتب حکم محاربه می‌شود همان ترساندن است؛ زیرا عرف برای این قید زمانی تفسیری ندارد جز این که حمل سلاح در شب، ترس‌برانگیز و خوفناک است؛ همان‌گونه که استثنای موجود در روایت «الا أن یكون رجلا لیس من اهل الریبة» دلالت بر این دارد که خوف و ریه، همه ملاک حکم است؛ زیرا اگر شخص مسلح از اهل ریه و فساد نباشد، مردم از او نخواهند ترسید و فقدان ترس، حکم را منتفی می‌کند (همان، ۱۷۵).

از آن گذشته، ممکن است آوردن عنوان سلاح در برخی روایات، (چنان‌که روایت ضریس به آن اشاره دارد) گویای آن باشد که مجرد حمل و کشیدن سلاح برای تحقق محاربه کافی است و تحقق آن منوط بر وقوع جنگ و غارت نیست. بنابراین، غرض از آوردن عنوان «شهر السلاح» یا «حمل السلاح» برای تعمیم دادن محاربه است به هر گونه رفتاری که سبب ارباب مردم و سلب امنیت آنان گردد که نقطه مقابل آن، اختصاص دادن محاربه به مواردی است که جنگ و غارت در عالم خارج واقع شود. این احتمال در بیشتر روایات قوی می‌نماید و بدین جهت است که در روایت مدائنی ابتدا عنوان محاربه منجر به قتل و أخذ مال به صورت مطلق و بدون عنوان سلاح ذکر شده و سپس در ذیل روایت، هنگام ذکر محاربه بدون قتل و أخذ مال، تعبیر «و إن من شهر السیف... و لم یقتل و لم يأخذ المال» نفی من الارض» به کار برده شده است. گویا امام (ع) با این عبارت، قصد روشن نمودن این نکته را داشته که محاربه متوقف بر قتل و غارت نیست و صرف کشیدن سلاح برای ایجاد ارباب، در تحقق محاربه کافی است (شاهرودی، بایسته‌های فقه جزا، ۲۹۶).

بر این اساس، می‌توان دریافت که روایات باب محاربه به توسعه دایره انطباق عنوان محاربه گرایش دارند و همین امر تاکید می‌کند که خصوصیت موجود در روایات، یک خصوصیت و ویژگی فراگیری است که تنها مربوط به یکی از عناوین نیست بلکه در همه عناوین جاری است (حکیم، «جرایم امنیت عمومی»، ۱۷۷) که عبارت از قصد اخافه و اخلال

در امنیت جامعه می‌باشد. پس دو روایت صحیح محمد بن مسلم و ضریس، دلالتی بر تقیید موضوع محاربه، به محاربه مسلحانه ندارند بلکه تنها در مقام تطبیق و تعیین حکم محاربه و بیان مصداق آن هستند.

از سوی دیگر، بر اساس مناسبات حکم و موضوع، بدون تردید، عرف به إلغاء چنین خصوصیتی (وجود سلاح در محاربه) حکم می‌کند. یعنی بر اساس مناسبات حکم و موضوع، عرف چنین می‌فهمد که لفظ سلاح در لسان پاره‌ای از روایات، ظهور در تقیید مطلقات روایات دیگر ندارد، بلکه ظهور در ابزار متعارف برای ارباب دارد (شاهرودی، بایسته‌های فقه جزا، ۲۹۷-۲۹۶).

بدین سان روشن می‌گردد که کلمه «سلاح» در لسان روایات باب محاربه، طریقت دارد نه موضوعیت؛ و منظور از آن، استفاده از مطلق سبب خوف و هراس در محاربه برای ایجاد ارباب در مردم است. به عبارتی دیگر، هر گونه رفتاری که با قصد خوف، سبب ارباب مردم و سلب امنیت آنان گردد، سبب ترتب حکم محاربه می‌گردد.

برای تأیید استظهار فوق به اقوال فقها استشهد می‌گردد:

أبرخی از فقها، قایل به عدم اشتراط سلاح در محاربه شده و استفاده از زور را نیز برای تحقق محاربه کافی دانسته‌اند (علامه حلی، قواعد، ۵۶۸/۳؛ فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ۵۴۳/۴) و دلیل آن ظاهر و عموم آیه است (شهید ثانی، الروضة، ۲۹۲/۹؛ صاحب جواهر، جواهرالکلام، ۵۶۶/۴۱) زیرا ملاک در محاربه، قصد اخافه است (صاحب جواهر، همان). لذا وجود سلاح و نوع آن شرط نمی‌باشد. نظریه مذکور، گرایش این دسته از فقها را در تعمیم معنای محاربه، به محاربه مسلحانه و غیر مسلحانه می‌رساند.

ب- اکثر فقهای قایل به اشتراط سلاح در محاربه می‌باشند، در تبیین معنای سلاح، آن را به «هر چیزی که بتوان با آن جنگید» تعمیم داده‌اند (فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۳۱/۲؛ کاشف الغطاء، کشف الغطاء، ۴۱۹/۲) مستند این نظر، روایت سکونی است (طباطبایی، ریاض، ۴۹۸/۲) که از آن تعمیم معنای سلاح، حتی به نحو مجاز استفاده می‌شود؛ پس هر آنچه که موجب ترس یا اذیت مردم شده و یا موجب وارد ساختن ضرر مالی یا بدنی بر آن‌ها شود، هر چند که آتش یا عصا یا سنگ و غیر آن باشد، سلاح محسوب می‌شود (موسوی گلپایگانی، تقریرات الحدود، ۵-۶/۲) پس مطلق به کارگیری سلاح، حتی سنگ و هر چه شبیه سلاح باشد (روحانی، فقه الصادق (ع)، ۵۳۰/۲۵؛ منتظری، الاحکام الشرعیه، ۵۵۷-۵۵۸/مسأله ۳۰۳۰) و

بتوان با آن جنگید، داخل در عنوان محاربه است. (موسوی اردبیلی، فقه الحدود، ۸۰۲) این امر به اقتضای زمان و مکان، مصادیق مختلفی خواهد یافت. (مرعشی، «محاربه و افساد فی الارض»، ۱۱).

بر مبنای این دیدگاه، محاربه منوط به استفاده از سلاح و ابزار خاصی نیست بلکه هر آنچه که موجب غلبه بر خصم گردد، برای تحقق محاربه کافی می‌باشد.

تدبر و تأمل در دو نظریه مذکور، ما را بدین نکته رهنمون می‌سازد که گویا هر یک از دو دیدگاه فقهی به نوعی در صدد توسعه مفهومی محاربه می‌باشند؛ زیرا در نزد ایشان، معیار و ضابطه‌ای روشن در تبیین معنای سلاح و نوع آن وجود ندارد بلکه نتیجه و دستاورد اقوال مزبور این است که مناط در محاربه، قصد اخافه با مطلق سبب خوف می‌باشد، بدون آن‌که ملاک تحقق محاربه، استفاده از سلاح باشد.

آراء و نظریات دسته‌ای از حقوق‌دانان نیز به تعمیم معنای محاربه گرایش دارد. بدین نحو که در دیدگاه آنان، وقوع محاربه، منوط به قصد ارباب مردم با هر آنچه که باعث ایجاد رعب و وحشت در میان جامعه گردد، می‌باشد.

بر این مبنای الزاماً به کار بردن سلاح لازم نمی‌باشد؛ و اعمال زور و قهر و غلبه برای تحقق محاربه کفایت می‌کند (فیض، مقارنه و تطبیق در حقوق جزا...، ۴۷۰) لذا اطلاق محاربه بسیار وسیع می‌باشد تا جایی که حتی مواردی چون شکستن سد به منظور هجوم سیلاب به سوی زمین‌های کشاورزی و تخریب منازل یا ایجاد حریق در اماکن مردم، گسیل دادن میکروب‌های کشنده در آب و هوا، پخش گازهای سمی در محل زندگی مردم و از این قبیل در تحت عنوان محاربه قرار می‌گیرند؛ (شامبیاتی، حقوق کیفری اختصاصی، ۴۹/۳-۴۸) زیرا ترساندن محارب (با قصد ارباب) و ترسیدن مجنی‌علیه در تحقق جرم محاربه کافی می‌باشد و نوع سلاح و وسیله در جریان حکم، شرط نمی‌باشد (عباس زاده اهری، جرم‌ها و مجازات‌ها...، ۱۷۰/۱).

پس با وجود چنین ملاکی «(که عرف نیز همین را می‌فهمد)؛ بحث کردن از سلاح و نوع آن که آهنی باشد یا غیر آهنی، سلاح شیمیایی باشد یا اتمی، واقعی باشد یا دروغین و یا استفاده کردن از اسید و غیر آن، بحثی بدون فایده است، زیرا آنچه مهم است، قصد اخافه و ایجاد ناامنی است و فرقی نمی‌کند که وسیله آن چه باشد...» (احمدوند، جرایم امنیتی...، ۱۳۹) هم‌چنان‌که در رابطه با موضوع قصاص، مطابق ماده ۲۰۶ ق.م.ا. نوع وسیله‌ای که سبب مرگ مقتول می‌شود مد نظر قانون‌گذار قرار نگرفته است. در این ماده، بحث از نوع آلت قتاله نیست،

بلکه گفت و گو از کاری است که سبب قتل شود. قتل با هر وسیله‌ای که باشد، قتل است؛ اعم از این که با چاقو باشد یا خنجر، سم باشد یا آتش و نظایر آن‌ها. بنابراین، در محاربه نیز نوع عمل، ملاک است نه وسیله‌ای که به کار می‌رود. البته نوع عمل باید به نحوی باشد که عرفاً و نوعاً موجب هراس و ترس گردد (گلدوست جویباری، جرایم علیه امنیت کشور، ۳۲-۳۰). پس برای تحقق محاربه هر گونه رفتار و هر چیزی که موجب ناامنی و هراس در مردم شود، وسیله تهدید و ارباب محسوب می‌گردد، خواه ارباب با انواع سلاح و یا با غیر آن مثل آتش باشد و یا ترساندن از طریق تهدید به شکستن سد یا انتشار میکروب‌های خطرناک و کشنده باشد.

بر این اساس، با انتقاد از قانون‌گذار به نحوه تقنینی ماده ۱۸۳ ق.م.ا. در مورد عبارت «دست به اسلحه‌بردن»، باید گفت که «بودن سلاح در محاربه معتبر نمی‌باشد» (شامیانی، حقوق کیفری اختصاصی، ۴۹/۳)؛ زیرا اگر برای صدق عمل محاربه این امر، شرط باشد، بسیاری از اعمال به مراتب مخرب‌تر، خطرناک‌تر و هراس‌انگیزتر وجود دارند که از تحت شمول ماده، خارج می‌گردند. مواردی هم چون ایجاد حریق، شکستن سد، انتشار میکروب‌های کشنده و خطرناک همانند باکتری سیاه زخم،^۱ پرتاب ماده شیمیایی مثل پاشیدن اسید و یا مواد شیمیایی کشنده و نظایر آن‌ها که اگر قایل به تفسیر مضیق قانون و «دست به اسلحه‌بردن» در کلمات ماده ۱۸۳ باشیم؛ چون کلمه سلاح، عام نیست، موارد فوق الذکر را شامل نشده و محاربه محسوب نخواهند شد. اما در این صورت باید دانست با تفسیر مضیق قانون و تفسیر به نفع متهم در کلمات ماده ۱۸۳، مصلحت عمومی جامعه را مورد آسیب و هجمه قرار داده و امنیت عموم مردم را دچار اختلال خواهد کرد؛ زیرا مرتکبان افعال مخاطره‌آمیز مذکور به دلیل خروج از عنوان محارب، از مجازات سنگین و شدید حد محاربه، مصون و معاف بوده (و برای مجازات این‌گونه اعمال به مجازات‌های تعزیری بسنده خواهد شد) در نتیجه مجازات محاربه برای افعال مخاطره‌آمیز به دلیل احساس مصونیت عاملان آن، بازدارندگی کافی و لازم را نخواهد داشت. این در حالی است که شخصی که با سلاحی هم‌چون چاقو و قمه اقدام به تهدید و ناامنی نموده بر اساس ماده ۱۸۳ به مجازات سنگین محاربه محکوم می‌شود با آن‌که

۱- «در جریان سومین همایش پزشکی در شهر «ونیز» ایتالیا، یکی از اساتید «امنیت بین المللی» در دانشگاه «هاروارد»، اظهار داشت: حمله میکروبی که در آن به اندازه سی کیلوگرم از باکتری سیاه زخم استفاده شده باشد، می‌تواند بیست تا هشتاد هزار کشته بر جای گذارد؛ در حالی که یک حمله اتمی با قدرت بیست میلیون تن، فقط چهل هزار کشته بر جای می‌گذارد. در این کنفرانس، تروریسم میکروبی، بزرگترین خطر دانسته شد.» (میرمحمد صادقی، همان، ۴۸-۴۷)

عمل وی با کسی که اقدام به ارباب و تهدید از طریق افعال مخاطره‌آمیز همانند ایجاد حریق و یا انتشار میکروب‌های خطرناک در آب و هوا نموده و باعث ایجاد ناامنی در ابعاد گسترده تر گردیده، قابل قیاس نخواهد بود. لیکن باید اظهار داشت که این امر، خلاف عقل و عدالت است و نیز نقض غرض حکمت الهی در تشریع مجازات سنگین محاربه به منظور بازدارندگی آن برای حفظ امنیت و آسایش جامعه می‌باشد.

بر اساس مطالب مذکور، بایسته است که قانون‌گذار عبارت «دست به اسلحه‌بردن» را از متن ماده ۱۸۳ ق.م.ا. حذف نموده و به جای آن، نوع و نحوه عمل را ملاک در تحقق محاربه قرار دهد. بر این مبنا، محاربه عبارت از قصد ارباب و هراس در میان مردم از طریق هر گونه گفتار (مانند تهدید)، رفتار و یا به‌کارگیری هر نوع چیزی که نوعاً در نزد عرف، باعث ایجاد رعب و وحشت در جامعه گردد. به عبارتی دیگر، محاربه به‌کارگیری مطلق سبب خوف برای ارباب مردم است.

اینک با توجه به ماهیت حقیقی محاربه و توسعه مفهومی آن، به بازبینی، تحلیل و بررسی برخی از مهم‌ترین مصادیق محاربه در قانون مجازات اسلامی پرداخته می‌شود:

۱- سرقت مسلحانه و قطع طریق

ماده ۱۸۵ ق.م.ا. اشعار می‌دارد، «سارق مسلح و قطاع الطريق هرگاه با اسلحه امنیت مردم یا جاده را بر هم زند و رعب و وحشت ایجاد کند، محارب است.»^۱ در این‌که در ماده ۱۸۵ دو اصطلاح قطاع الطريق^۱ و سارق مسلح، دو عنوان مستقل و یا مترادف هستند میان حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی این دو را مترادف دانسته و سارق مسلح و قاطع طریقی را که برای بردن مال دیگران، در شوارع و راه‌های خارج از شهر با استفاده از سلاح، رعب و وحشت برای عابران ایجاد می‌کند، محارب می‌دانند (میرمحمد صادقی، جرایم علیه امنیت...، ۵۴؛ ولیدی، حقوق جزای اختصاصی، ۳۴۵/۱؛ شامبیانی، حقوق کیفری اختصاصی، ۶۰) اما برخی دیگر بر این نظرند که این دو عنوان مستقل می‌باشند. پس قطاع الطريق سارقانی هستند که در راه‌ها و شوارع دست به سرقت می‌زنند و سرقت آنان معمولاً با نوعی کمین‌کردن در جاده‌ها صورت می‌گیرد و سارق مسلح کسی است که با استفاده از سلاح در شهرها و روستاها اقدام به سرقت می‌نماید (زراعت، شرح قانون مجازات...).

۱- «قطاع الطريق یعنی راهبران» (لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی...، ۲۹۳/۴).

(تعزیرات)، ۲۳۸/۲؛ پیمانی، جرایم علیه امنیت...، ۶۵؛ گلدوزیان، محشای قانون مجازات...، ۱۲۰). البته بنا بر توسعه مفهومی محاربه و عدم موضوعیت سلاح در محاربه و نیز عدم تعلق آن به مکانی خاص، می‌توان گفت که سارق مسلح و قاطع طریق دو عنوان مترادف بوده و هر دو محارب می‌باشند.

رکن مادی:

بستن راه و ایجاد رعب و ترس در عابران، رکن مادی جرم می‌باشد (میرمحمد صادقی، همان، ۵۴؛ پیمانی، همان، ۶۵). اما طبق نظریه مترادف‌بودن دو اصطلاح مزبور، در تحقق این جرم، وقوع سرقت شرط نبوده؛ بلکه ایجاد اختلال در امنیت مردم و جاده‌ها ملاک می‌باشد (میرمحمد صادقی، همان، ۵۴؛ گلدوزیان، همان، ۱۲۰) و نیز استفاده از سلاح ضرورتی ندارد (میرمحمد صادقی، همان، ۵۳) و طبق نظریه مستقل‌بودن دو عنوان، در سرقت مسلحانه، وقوع سرقت و مسلح‌بودن سارق و استفاده از اسلحه شرط می‌باشد و لیکن در قطع طریق، هیچ‌کدام شرط نمی‌باشند (حبیب زاده، محاربه در حقوق کیفری...، ۱۲۵؛ زراعت، همان، ۲۳۸/۲).

رکن روانی:

سوءنیت عام در این جرم، قصد تهدید عابران و مسافران در جاده و سوءنیت خاص آن، قصد ایجاد رعب و هراس در مردم و بردن مال است (میرمحمد صادقی، همان، ۵۴؛ شامبیاتی، همان، ۶۱؛ ولیدی، همان، ۳۴۶/۱). ولی از نظر برخی دیگر، در راهزنی بر خلاف سرقت مسلحانه، ایجاد خوف و هراس، ضروری است (حبیب زاده، همان، ۱۲۵). باید به این نکته توجه داشت که هر چند هدف اصلی مرتکب (در قالب قصد غیر مستقیم)، سرقت و قطع طریق است، اما عمل وی، باعث ایجاد اختلال در امنیت مردم می‌شود (میرمحمد صادقی، همان، ۵۴).

مطابق ماده ۶۵۳ ق.ت. نیز «هر کس در راه‌ها و شوارع به نحوی از انحاء مرتکب راهزنی شود، در صورتی که عنوان محارب و مفسد فی الارض بر او صادق نباشد، به سه تا ۱۵ سال حبس و شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم می‌شود.»

ماده مذکور، مشابه ماده ۱۸۵ ق.م.ا. می‌باشد اما علیرغم تشابه ماده ۶۵۳ با ماده ۱۸۵ تفاوت‌هایی نیز بین آن دو وجود دارد:

اول: در ماده ۶۵۳ بر خلاف ماده ۱۸۵ دست‌بردن به سلاح ضرورتی ندارد، بنابراین، در ماده ۱۸۵ مرتکب، ضرورتاً باید دست به سلاح برد (میرمحمد صادقی، همان، ۵۴).

دوم: مکان ارتکاب جرم موضوع ماده ۶۵۳ راه‌ها و شوارع است اعم از این‌که در داخل یا خارج شهر واقع شده باشند؛ لیکن جرم موضوع ماده ۱۸۵ در سایر مکان‌ها مانند گردشگاه عمومی نیز قابل ارتکاب می‌باشد (همان).

سوم: برای تحقق جرم موضوع ماده ۶۵۳، باید راهزنی ارتکاب یابد، در حالی‌که برای تحقق جرم موضوع ماده ۱۸۵ (علیرغم آن‌که هدف اصلی مرتکبان، سرقت و قطع طریق می‌باشد)، ایجاد اختلال در امنیت مردم شرط می‌باشد (همان).

چهارم: سوءنیت خاص در ماده ۶۵۳، قصد ربودن مال دیگری است اما سوء نیت خاص در ماده ۱۸۵، قصد بر هم‌زدن امنیت و ترساندن مردم می‌باشد (شامبیاتی، همان، ۶۰-۶۱؛ زراعت، همان، ۲۳۹/۲).

در مورد مجازات با توجه به تصریح ماده ۶۵۳، ابتدا باید شمول ماده ۱۸۵ را نسبت به مرتکب، مورد بررسی قرار داد و تنها در صورت عدم شمول ماده ۱۸۵، نوبت اعمال ماده ۶۵۳ خواهد رسید. زیرا مطابق ماده ۶۵۳، مرتکب در صورتی که عنوان محارب بر او صادق نباشد (یعنی مشمول شرایط مندرج در ماده ۱۸۵ ق.م.ا. نگردد) به سه ماه تا پانزده سال حبس و شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم می‌شود. بنابراین، مرتکب ممکن است مستوجب تعزیر موضوع ماده ۶۵۳ باشد یا مستوجب حد محاربه گردد (حبیب زاده، همان، ۱۲۶).

بر اساس ماده ۱۸۳ ق.م.ا. موارد دیگری از انواع سرقت نیز می‌تواند از مصادیق محاربه در قانون مجازات باشد، همانند ماده ۶۵۴ ق.ت.، «هرگاه سرقت در شب واقع شده باشد و سارقین دو نفر یا بیشتر باشند و لااقل یک نفر از آنان حامل سلاح ظاهر یا مخفی باشد، در صورتی که بر حامل اسلحه، عنوان محارب صدق نکند، جزای مرتکب یا مرتکبان حبس از پنج تا پانزده سال و شلاق تا ۷۴ ضربه می‌باشد».

رکن مادی این جرم، سرقتی است که به صورت دسته‌جمعی و شبانه و مسلحانه واقع شود. با توجه به ماده ۱۸۵ ق.م.ا. هنگامی عنوان محاربه بر این جرم صدق می‌کند که سارقان، امنیت مردم را با اسلحه بر هم زنند یا ایجاد رعب و وحشت نمایند و رکن روانی آن، مشتمل سوء نیت عام و سوء نیت خاص یعنی قصد ربودن مال غیر می‌باشد (حبیب زاده، همان، ۱۲۶). البته ابهاماتی در مورد مجازات سارق مسلح و دیگر سارقان موضوع این ماده وجود دارد (ر.ک. زراعت، همان، ۲۴۱؛ گلدوزیان، همان، ۳۸۹)، اما طبق نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه ۷/۶۶۷-۶۸/۴/۱۱ «سرقه مسلحانه از انواع محاربه، محسوب است.» (گلدوزیان، همان، ۳۸۹).

لکن با توجه به مطالب گذشته و توسعه مفهومی محاربه و تعمیم آن به محاربه مسلحانه و غیر مسلحانه، مواد ۱۸۵ ق.م.ا. و ۶۵۳ و ۶۵۴ ق.ت. از مصادیق محاربه محسوب می‌شوند؛ زیرا ارکان مواد مزبور با ارکان محاربه (یعنی قصد ارباب با مطلق سبب خوف) مطابقت دارد چرا که مرتکبان موضوع هر یک از این مواد، با به کارگیری سلاح و یا هر آنچه سبب ارباب شود، حتی به نحو قهر و غلبه به قصد ایجاد رعب و وحشت و ربودن اموال دیگران به جان و مال مردم تعرض نموده و از این طریق اقدام به راهزنی و یا سرقت می‌نمایند. بنابراین، ارکان محاربه، محقق و تمام است و در این حکم فرقی بین راهزن یا سارق مسلح و غیر مسلح وجود نداشته و همگی محارب می‌باشند؛ زیرا مسلح بودن، مداخلیتی در اصل موضوع محاربه ندارد. لذا تردید قانون‌گذار در محارب شمردن مرتکبان موضوع این مواد، موجه نمی‌باشد.^۱

۲- قدرت نمایی و ایجاد مزاحمت برای اشخاص با اسلحه

ماده ۶۱۷ ق.ت. از زمره «جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی» است که در فصل هفدهم، تحت عنوان «جرائم علیه اشخاص و اطفال» ذکر گردیده است (میرمحمد صادقی، همان، ۲۳۴). مطابق ماده ۶۱۷، «هرکس به وسیله چاقو و یا هر نوع اسلحه دیگر تظاهر یا قدرت‌نمایی کند یا آن را وسیله مزاحمت اشخاص یا اخاذی یا تهدید قرار دهد یا با کسی گلاویز شود، در صورتی که از مصادیق محارب نباشد، به حبس از شش ماه تا دو سال و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.»

رکن مادی:

قدرت‌نمایی، اخاذی، تهدید و یا مزاحمت نسبت به اشخاص و گلاویز شدن با آنها به وسیله اسلحه، رکن مادی جرم می‌باشد. منظور از اسلحه در این ماده به مانند ماده ۱۸۳ می‌باشد (میرمحمد صادقی، همان، ۲۳۵).

رکن روانی:

سوءنیت عام و قصد خاص برای ترساندن مردم، رکن روانی این جرم است. جرم موضوع این ماده، مطلق است، یعنی موفقیت فرد در اخاذی یا تهدید، شرط نیست و به صرف تظاهر و قدرت‌نمایی جرم واقع می‌شود (میرمحمد صادقی، همان؛ گلدوزیان، همان، ۳۵۵).

۱- بنگرید به ماده ۶۵۳ و ۶۵۴ ق.ت.، «... در صورتی که عنوان محارب و مفسد فی الارض بر او صادق نباشد...»

شمول ماده منوط به آن است که مرتکب از مصادیق محارب نباشد، مثل این که در اثر ناتوانی موجب هراس هیچ فردی نشود (تبصره ۱ ماده ۱۸۳) یا سلاح خود را با انگیزه عداوت شخصی به سوی یک یا چند نفر مخصوص بکشد (تبصره ۲ ماده ۱۸۳) و مستحق مجازات تعزیری در ماده گردد (میرمحمد صادقی، همان، ۲۳۵-۲۳۶).

لیکن باید به این نکته توجه نمود که موضوع این ماده نیز از این قاعده مستثنی نیست که ملاک در محاربه، قصد ارباب در میان مردم از طریق هر گونه رفتار و یا چیزی که منجر به ترس و وحشت در جامعه گردد؛ هر چند به صورت قصد غیر مستقیم باشد مثل آن که از برخی زرگرها اخاذی کند و یا افرادی از آن‌ها را برای ربودن مال تهدید کند، همین که وی بداند این گونه اعمال باعث ایجاد هراس و ناامنی در میان صنف مزبور گشته و موجبات اختلال در امنیت عمومی جامعه را فراهم می‌نماید، محارب خواهد بود مگر در مواردی که قصد مرتکب، ارباب مردم (حتی به صورت غیر مستقیم) نباشد. بنابراین، تردید قانون‌گذار در محاربه دانستن موضوع این ماده نیز موجه به نظر نمی‌آید. همچنین بر اساس ماده مزبور، قانون‌گذار، گلاویز شدن را در شرایطی مصداق محاربه می‌داند؛ که این مطلب، مؤید صحت نظریه تعمیم ماهیت و مفهوم محاربه به نحو مسلحانه و غیر مسلحانه می‌باشد.

۳- برهم زدن امنیت از طریق نهب و غارت

ماده ۶۸۳ ق.ت. مقرر می‌دارد، «هر نوع نهب و غارت و اتلاف اموال و اجناس و امتعه یا محصولات که از طرف جماعتی بیش از سه نفر به نحو قهر و غلبه واقع شود، چنانچه محارب شناخته نشوند، به حبس از دو تا پنج سال محکوم خواهند شد.»

نهب و غارت از جرایم مالی علیه مردم است و مورد آن مال منقول است. از عناصر این جرم، اعمال قدرت است و جرم جمعی محسوب می‌گردد (لنگرودی، همان، ۳۷۰/۵).

رکن مادی:

در این جرم، نهب و غارت، اتلاف اموال و محصولات مردم، رکن مادی است. نهب یکی از مصادیق تخریب است و غارت به معنای تاراج بردن و با قهر و غلبه چیزی را به یغما بردن می‌باشد (زراعت، همان، ۳۷۶).

اصطلاح «قهر و غلبه» اشاره به توسل مرتکبان به خشونت و عنف دارد. بنابراین، سرقت و غارت پنهانی یا با توسل به حيله و نیرنگ از شمول ماده خارج خواهد بود (میرمحمدصادقی، همان، ۲۰۱-۲۰۰).

رکن روانی:

رکن روانی این جرم، سوء نیت عام است ولی (بنابر نظر قانون‌گذار) اگر به قصد مقابله با حکومت اسلامی و اخلال در نظم جامعه و با استفاده از اسلحه صورت گیرد، محاربه است (همان، ۲۰۱).

اما باید اظهار داشت، با توجه به توسعه مفهومی محاربه، موضوع این جرم از آن جهت که نهب و غارت به نحو قهر و غلبه می‌باشد از مصادیق بارز محاربه است؛ حتی اگر این اعمال با انگیزه سیاسی (مبارزه با حکومت اسلامی) باشد، به لحاظ داشتن قصد غیر مستقیم، اخلال در امنیت عمومی محسوب شده و محاربه خواهد بود.

۴-تخریب و اخلال در تأسیسات عمومی

فصل بیست و پنجم قانون تعزیرات به جرم تخریب پرداخته است. با ملاحظه مصادیق این جرم می‌توان تخریب را «نابود کردن یا خسارت وارد آوردن عمدی به مال غیر» دانست. بدین ترتیب، «نابود کردن یا ایراد خسارت به مال غیر» رکن مادی جرم و «عمدی» بودن عمل، رکن روانی آن می‌باشد (میرمحمدصادقی، همان، ۱۷۹؛ گلدوزیان، همان، ۴۱۴). اهم مواد این فصل عبارتند از ماده ۶۷۵ (تخریب اموال عمومی یا متعلق به دیگری به وسیله آتش)؛ ماده ۶۷۶ (آتش زدن اشیای منقول دیگران)؛ ماده ۶۷۷ (تخریب اشیای منقول یا غیر منقول دیگران) و ماده ۶۸۷ (تخریب یا ایجاد حریق در وسایل و تأسیسات عمومی). ماده اخیر، شامل هواپیما و تأسیسات مربوط به آن (گلدوزیان، همان، ۴۲۶) و نیز اخلال‌گری و خراب‌کاری در وسایل و تجهیزات عمومی هم‌چون راه آهن نیز می‌شود (زراعت، همان، ۳۹۴).

به موجب تبصره ۱ ماده ۶۷۵ ق.ت. هر کس اعمال فصل بیست و پنجم را به قصد مقابله با حکومت اسلامی انجام دهد مجازات محارب را خواهد داشت. مجازات مرتکب در ماده ۶۸۷ نیز با قصد اخلال در نظم و امنیت جامعه و مقابله با حکومت اسلامی، مجازات محاربه و در غیر این صورت، مجازات‌های تعزیری از جمله حبس می‌باشد.

اما با توجه به ماهیت حقیقی محاربه و تعمیم آن به مسلحانه و غیر مسلحانه، تخریب،

اخلال و یا احراق در وسایل و تأسیسات عمومی (همانند هواپیما و کشتی) و یا خصوصی و نیز جنگل‌ها و مراتع در صورتی که به قصد ارباب مردم و اخلال در امنیت عمومی باشد، محاربه محسوب می‌شود هر چند به انگیزه سیاسی و غیر سیاسی باشد. لذا این حکم، اخلال و تخریب در موارد مزبور به انگیزه سیاسی و قصد مقابله با حکومت را نیز در بر می‌گیرد، چرا که این اعمال دارای ماهیت تروریستی بوده و مجنی علیه نیز عموم مردم می‌باشند.

این در حالی است که قانون‌گذار، به موجب تبصره ۱ ماده ۶۷۵ ق.ت. قصد مقابله با حکومت را، شرط مجازات محاربه قرار داده است؛ با این که جرایم مزبور، از زمره جرایم عادی محسوب می‌گردند زیرا این قبیل اعمال، باعث ایجاد رعب و وحشت در مردم شده و با ارکان محاربه کاملاً منطبق می‌باشند، هر چند به صورت قصد غیرمستقیم و با انگیزه سیاسی باشد. بدین لحاظ «از شمول عنوان جرم سیاسی خارج و جزء جرایم علیه امنیت محسوب می‌شوند... زیرا غالباً در چارچوب ایراد صدمه عمومی به تمامیت جسمانی افراد و اموال بالأخص در زمینه هواپیما ربایی، ربودن کشتی توسط دزدان دریایی و یا منحرف ساختن هواپیما یا کشتی یا هر نوع وسیله نقلیه عمومی تحقق می‌یابد.» (شامبیاتی، همان، ۱۶۳)

۵- تهدید به بمب‌گذاری

مطابق ماده ۵۱۱ ق.ت.، «هرکس به قصد بر هم زدن امنیت کشور و تشویش اذهان عمومی تهدید به بمب‌گذاری هواپیما، کشتی و وسایل نقلیه عمومی نماید یا ادعا نماید که وسایل مزبور بمب‌گذاری شده است، علاوه بر جبران خسارت وارده به دولت و اشخاص، به شش ماه تا دو سال حبس محکوم می‌گردد.»

موضوع جرم در این ماده، نفس بمب‌گذاری نیست بلکه تهدید و یا ادعا به بمب‌گذاری هواپیما، کشتی و وسایل نقلیه عمومی است. بمب در واقع نوعی مواد منفجره و محترقه است. بنابراین، هر نوع مواد منفجره یا محترقه یا مایعات آتش‌زا و گازهای فشرده و امثال آن که مواد خطرناک محسوب می‌شوند، می‌توانند در زمره بمب قرار گیرند (شامبیاتی، همان، ۷۰).

رکن مادی:

رکن مادی، تهدید و ادعا به بمب‌گذاری به قصد تحت فشار قراردادن حکومت که با بر هم زدن امنیت کشور و تشویش اذهان عمومی همراه است (پیمانی، همان، ۵۷-۵۶).

وسایل نقلیه مذکور در ماده، تمثیلی هستند نه حضری (شامبیاتی، همان، ۱۷۰) و بعید است که مراد قانون‌گذار از بیان قید «عمومی» فقط وسایل نقلیه عمومی هم‌چون هواپیما و کشتی باشد زیرا آن‌چه مهم است تهدید به بمب‌گذاری و تشویش اذهان عمومی است و تفاوتی نمی‌کند که بمب در چه چیزی و در کجا نصب شده باشد (زراعت، همان، ۹۰/۱) و چه بسا طرح چنین تهدید یا ادعایی راجع به مکان‌های عمومی نگرانی واضطراب بیشتری را ایجاد نماید مثل محل برگزاری نماز جمعه. هم‌چنین تهدید و یا ادعا می‌تواند در مورد هر عملیات خرابکارانه‌ای (غیر از بمب‌گذاری) نگران‌کننده باشد مثل این‌که شخصی ادعا کند که در موتور هواپیما خرابکاری کرده است (میرمحمد صادقی، ۱۱۹) یا تهدید به ایجاد حریق، تخریب سد و یا انتشار میکروب‌های خطرناک و یا کشنده در آب و هوا و نظایر آن‌ها.

رکن روانی:

این رکن، علاوه بر سوء نیت عام، یعنی عمد در تهدید یا ادعا، عبارت است از سوء نیت خاص، به شکل قصد بر هم‌زدن امنیت کشور و تشویش اذهان عمومی می‌باشد (میرمحمد صادقی، همان، ۱۱۷؛ گلدوزیان، همان، ۲۴۹)

این نوع جرایم در واقع نوعی از عملیات تروریستی است (شامبیاتی، همان، ۱۶۳) و طبع سیاسی دارد و تردیدی نیست که تهدید، متوجه حکومت و مسئولان نظام می‌باشد (پیمانی، همان، ۵۶) اما غیر انسانی بودن این عمل بیشتر از آن جهت است که غالباً افرادی فدای این قبیل جنایات می‌شوند که کاملاً بی‌گناه می‌باشند و یا به تأسیساتی زیان می‌رسد که جزء سرمایه ملی بوده و احدی نباید به آن‌ها صدمه بزند (همان، ۵۴-۵۵).

بر این اساس، تهدید به بمب‌گذاری نیز در هر نوع وسیله و هر مکانی از مصادیق محاربه بر شمرده می‌شود؛ زیرا ارکان محاربه کاملاً بر عناصر ماده مذکور منطبق می‌باشد چرا که به لحاظ توسعه مفهومی محاربه، مرتکب با قصد ارباب از طریق گفتار یا رفتار تهدیدآمیز، باعث ترس و وحشت مردم و اخلال در امنیت جامعه شده است هر چند به صورت قصد غیر مستقیم باشد.

نتیجه‌گیری

در نزد مشهور فقها تعریف محاربه عبارت از کشیدن سلاح به قصد ارباب مردم است که قانون‌گذار نیز به تبعیت از این نظریه، ماده ۱۸۳ ق.م.ا. را بنا نهاده است. مطابق ماده مزبور،

محاربه محدود به محاربه مسلحانه و منوط به به کارگیری سلاح می‌باشد. لیکن بر اساس مستندات فقهی می‌توان دریافت که معنای محاربه اعم از مسلحانه و غیر مسلحانه می‌باشد. این مستندات عبارتند از: أ- معنای لغوی محاربه: مستفاد از استعمال‌های مختلف در زبان عرب، «حرب» به معنای مطلق دشمنی و مخاصمه است و معنای لغوی «محاربه» اعم از جنگیدن و مقابله با سلاح است؛ لذا با ظهور آیه محاربه بر اطلاق، به مفهوم لغوی محاربه اخذ می‌شود که شامل محاربه با سلاح و بدون سلاح می‌شود. ب- برداشت عرف: عرف، خصوصیت مسلحانه بودن را از موضوع حکم محاربه الغاء می‌کند؛ زیرا استنباط عرف از آیه محاربه چنین است که تمام موضوع در حکم محاربه عبارت از آن‌چه از نتیجه محاربه مسلحانه حاصل شود که همان اخافه و ترساندن مردم و سلب امنیت است چه از طریق سلاح و یا غیر سلاح باشد. ج- روایات باب محاربه: در روایات از اصطلاح فقهی «محاربه»، تعریف روشنی ارائه نشده است و تنها به تعمیم و تطبیق حکم محاربه و یا ذکر مصادیق آن پرداخته شده است. اما با بررسی علمی و فراگیر برای تشخیص موضوع حکم محاربه می‌توان دریافت که وجه مشترک در میان آن‌ها قصد ایجاد رعب و هراس و اخلال در امنیت جامعه می‌باشد و این ویژگی به هر وسیله‌ای که ایجاد شود حتی به نحو قهر و غلبه، محاربه محسوب می‌شود. بنابراین، استفاده از سلاح، مدخلیتی در موضوع حکم محاربه ندارد جز آن‌که در غالب موارد، ایجاد رعب به وسیله سلاح صورت می‌پذیرد. لذا ذکر «به کارگیری سلاح و حمل آن» در برخی روایات، بدین معنا نیست که موضوع حکم محاربه باید مقید به این خصوصیت باشد بلکه این دسته روایات فقط در مقام تعیین یکی از احکام حد محاربه هستند و نیز ممکن است آوردن عنوان سلاح، گویای آن باشد که مجرد حمل و کشیدن سلاح برای تحقق محاربه کافی می‌باشد و تحقق آن منوط بر وقوع جنگ و غارت نیست. بنابراین، غرض از بیان «شهر السلاح» برای تعمیم دادن محاربه است به هر گونه رفتاری که سبب ارباب مردم و سلب امنیت آنان گردد. بنابراین، روایات باب محاربه به توسعه دایره انطباق عنوان محاربه گرایش دارند که عبارت از قصد اخافه و اخلال در امنیت جامعه می‌باشد. لذا کلمه «سلاح» در لسان روایات باب محاربه، طریقت دارد نه موضوعیت؛ و منظور از آن، استفاده از مطلق سبب خوف و هراس در محاربه برای ایجاد ارباب در مردم است. بدین ترتیب، بر اساس مستندات مذکور اثبات می‌گردد که محاربه عبارت از قصد ارباب در میان مردم از طریق مطلق سبب خوف است.

در این راستا، بایسته است قانون‌گذار با توجه به توسعه مفهومی محاربه به اصلاح ماده ۱۸۳ ق.م.ا. پردازد و از این طریق با پیش‌بینی مجازات محاربه برای ناقضان امنیت جامعه که به هر نحوی از آنحاء، موجبات تهدید و ناآمنی عمومی را ایجاد نموده و جامعه را دستخوش تشویش و اضطراب می‌نمایند، موجبات بازدارندگی حداکثری را از این دسته جرایم فراهم نماید. هم‌چنین لازم است قانون‌گذار با التفات به تعمیم معنای محاربه، مصادیق محاربه را در قانون مجازات اسلامی مورد بازبینی قرار داده و با تجدید نظر در مجازات‌های تعزیری مربوطه، مجازات محاربه را جایگزین آن‌ها نماید.

منابع

- القرآن الکریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی.
- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۳۶۴.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، قم، نشر ادب الحوزه، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- احمدوند، محسن، *جرایم امنیتی در فقه*، تهران، انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی - مجمع تشخیص مصلحت نظام، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- پیمانی، ضیاءالدین، *جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی*، تهران، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۷۹.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۱.
- حبیب زاده، محمد جعفر، *محاربه در حقوق کیفری ایران*، تهران، دفتر نشر آثار علمی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۹.
- حجتی اشرفی، غلامرضا، *مجموعه کامل قوانین و مقررات محشای جزایی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۸۴.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، بی‌جا، مکتب العلمیه الاسلامیه، ۱۳۸۳ ق.
- حسینی روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق (ع)*، قم، مؤسسه دار الکتاب، چاپ سوم، ۱۴۱۵ ق.
- حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرایع*، قم، مؤسسه سید الشهداء (ع)، ۱۴۰۵ ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، مصر، دفتر نشر الکتاب، ۱۴۰۴ ق.
- زراعت، عباس، *جرم سیاسی*، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۷.
- _____، *شرح قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات)*، تهران، نشر فیض، چاپ سوم، ۱۳۷۹.

- بهار ۱۳۹۳ بازخوانی ماهیت و مصادیق محاربه در جرایم علیه نظم عمومی ۱۵۷
- شامبیاتی، هوشنگ، حقوق کیفری اختصاصی، تهران، انتشارات ژوبین با همکاری انتشارات مجد، ۱۳۸۵.
- شاملو احمدی، محمد حسین، فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزایی، تهران، نشر دادیار، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- شهید اول، محمد بن مکی، اللمعة المشقیة، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۴ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة المشقیة، قم، انتشارات داودی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ق.
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی، ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۴ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، بی جا، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۹ ق.
- _____، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المکتبة المرتضویه، ۱۳۸۷.
- _____، تهذیب الاحکام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۶۵.
- عباس زاده اهری، حسن، جرمها و مجازاتها در اسلام، تبریز، آیدین، ۱۳۷۸.
- عبد الملک، جندی، الموسوعة الجنائیة، قاهره، دار الکتب المصریه، ۱۳۵۰ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام، قم، مکتبة آية الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۵ ق.
- فخر المحققین، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، قم، المطبعة العلمیه، ۱۳۸۹ ق.
- فیض، علیرضا، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ پنجم، ۱۳۷۹.
- کاشف الغطاء، شیخ جعفر، کشف الغطاء عن مبهمات شریعة الغراء، اصفهان، انتشارات مهدوی، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷.
- گلپایگانی، سید محمد رضا، تقریرات الحدود والتعزیرات، مؤلف محمد هادی مقدس نجفی، خطی.
- گلدوزیان، ایرج، محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، انتشارات مجد، چاپ دهم، ۱۳۸۷.
- گلدوست جویباری، رجب، جرایم علیه امنیت کشور، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۸۷.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ق.

- محمدی گیلانی، محمد، حقوق کیفری در اسلام، تهران، انتشارات المهدی، ۱۳۶۱.
- منتظری، حسینعلی، الاحکام الشرعیه، قم، نشر تفکر، ۱۴۱۳ ق.
- موسوی اردبیلی، عبد الکریم، فقه الحادود و التعزیرات، قم، منشورات مکتبه امیر المؤمنین (ع)، ۱۴۱۳ ق.
- الموسوی الخمینی، روح الله، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول ۱۳۹۰ ق.
- الموسوی الخویی، ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، قم، لطفی و دار الهادی، ۱۴۰۷ ق.
- میرمحمد صادقی، حسین، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران، نشر میزان، چاپ نهم، ۱۳۸۶.
- ولیدی، محمد صالح، حقوق جزای اختصاصی، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۱.
- هاشمی شاهرودی، محمود، بایسته های فقه جزا، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸.
- الهام، غلامحسین، «بررسی جرم محاربه و افساد فی الارض در فقه و حقوق موضوعه»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، تهران، شماره ۱۰، بهار ۱۳۷۳.
- مرعشی، سید محمد حسن، «محاربه و افساد فی الارض»، ماهنامه دادرسی، تهران، شماره ۹، سال دوم، مرداد و شهریور ۱۳۷۷.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۶
بهار ۱۳۹۳، ص ۱۸۳ - ۱۵۹

تعامل ارزش و واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی*

مرضیه نیکویی

کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان

Email: m.nikuie@gmail.com

چکیده

مبانی قاعده حقوقی یکی از مباحث عمده فلسفه حقوق می باشد که منجر به شکل گیری مکاتب فکری متعدد در این زمینه شده است. سوال اصلی پژوهش حاضر این است که آیا دو مکتب «حقوق طبیعی» و «پوزیتیویسم حقوقی» می توانند در تعامل با یکدیگر قرار گیرند؟ جمع «ارزش» و «واقعیت» در یک نظام حقوقی ممکن است؟ و جایگاه این عناصر در نظام حقوقی ایران کجاست؟ به دیگر بیان، با توجه به مبانی اسلامی - ارزشی ساختار حقوقی ما، آیا این نظام از واقعیات مغفول مانده یا ارزش و واقعیت در تعاملی سازنده با یکدیگر به ایجاد قواعد حقوقی می پردازند؟ مسلماً پاسخ به این مهم، نیازمند بررسی اندیشه های فکری متفاوت از جمله متفکرین غربی است. نهایتاً نتیجه پژوهش حاضر این است که غرب گرچه سعی کرده مبانی حقوقی خود را از مبانی ارزشی جدا کند، با این حال ارزش ها هنوز جایگاه عمده ای دارند. به علاوه نظام حقوقی ایران نیز اگرچه نظامی اسلامی و ارزش محور است ولی ارزش ها در تعاملی نتیجه بخش با واقعیت ها به ایجاد قواعد حقوقی می پردازند.

کلیدواژه ها: ارزش، واقعیت، قاعده حقوقی، عقل، نظام حقوقی ایران.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۶/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۲/۰۸.

۱. مقدمه

یکی از مباحث مهم در فلسفه حقوق، بیان عناصر سازنده قاعده حقوقی است. در راستای پاسخ به این سوال، مکاتب گوناگونی شکل گرفتند که هر یک، بخشی از تاریخ را به خود اختصاص داده‌اند. این مکاتب را می‌توان در دو مکتب عمده خلاصه کرد: اول: حقوق طبیعی و دوم: حقوق پوزیتیویسم. مبنای متافیزیک در حقوق طبیعی که سعی در ساختن نظام حقوقی-اخلاقی داشت، به تدریج، به خاطر عینی و تجربی نبودن مبنای آن، از واقعیت فاصله گرفته و نتوانست نظام حقوقی کارآمدی را ایجاد نماید. لذا اثبات‌گرایی حقوقی روی کار آمد. اما مبنای تجربی محض نیز نتوانست به ایجاد یک نظام حقوقی کارآمد، کمک نماید و در موارد زیادی با مشکل روبه‌رو گردید. مطالعه مکاتب تاریخی حقوق، جامعه‌شناسی حقوقی و مکتب تحقیقی دولتی، به خوبی می‌تواند این نقایص را نشان دهد. به این ترتیب، پوزیتیویسم یا واقع‌گرایی محض نیز رو به افول رفت. در این میان گرچه افراط و تفریط‌های زیادی صورت گرفته ولی آنچه اکنون جای تأمل و بحث دارد این است که آیا دو مکتب عمده فکری (حقوق طبیعی و پوزیتیویست حقوقی) برای داشتن یک نظام حقوقی کارآمد که بتواند نیازهای جامعه را پاسخ گوید، می‌توانند در تعامل با یکدیگر قرار گرفته و به ایجاد نظام حقوقی بپردازند؟ دغدغه چنین نظام حقوقی‌ای، در اندیشه‌های فیلسوفانی چون هارت و دورکین، به خوبی نمایان است.

از دیگر سو، گذار از سنت به افق‌های مدرنیته و پیشرفت در جامعه ایران، اقتضائات و نیازهای جدیدی را در همه عرصه‌ها، از جمله حقوق، مطرح ساخته است که توجه ویژه به واقعیت‌ها را طلب می‌کند. از آنجا که نظام حقوقی ما دارای مبانی اسلامی و ارزشی است، بررسی چگونگی توجه به واقعیات و تعامل ارزش و واقعیت در عصر مدرن، از اهمیت اساسی برخوردار است. ضرورت بررسی این سوال که آیا نظام حقوقی ما ظرفیت جمع واقعیات جامعه با ارزش‌ها را دارد، هنگامی آشکارتر می‌شود که با رجوع به تاریخ، درمی‌یابیم هر نظام حقوقی که از واقعیات جامعه خود به‌کلی دور مانده محکوم به نابودی شده است. مهم‌ترین شاهد این ادعا، قرون وسطی است.

در راستای پاسخ‌گویی به این سوالات، باید نقش ارزش و واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی و سپس تعامل این دو مبنا را در غرب و نظام حقوقی ایران بررسی نماییم. از این‌رو، بررسی نقش ارزش و واقعیت هر کدام به صورت جداگانه، و تا حد امکان مبسوط، بخش‌های ابتدایی این پژوهش را تشکیل می‌دهد. به علاوه از آنجا که ارزش و واقعیت در نظام‌های غرب و

ایرانی-اسلامی معانی نسبتاً متفاوت دارد و بسترهای فرهنگی بسط چنین مفاهیمی کاملاً متفاوت بوده است، دو مفهوم پیش‌گفته در غرب و ایران به صورت جدا مورد ارزیابی قرار گرفته‌اند. تعامل ارزش و واقعیت به عنوان مهم‌ترین قسمت پژوهش، بخش‌های پایانی را تشکیل می‌دهند که به ضرورت پیش‌گفته در این بخش نیز دو نظام غرب و ایران از هم جدا شده‌اند.

۲. نقش ارزش در ایجاد قاعده حقوقی در غرب

حقوق طبیعی در مجموع مکتبی است که از وجود قوانینی جدای از اراده انسانی دفاع می‌کند. البته مدافعین این رویکرد در پاسخ به دو پرسش اساسی که ما چگونه قوانین جدا از اراده انسانی را می‌توانیم کشف کنیم و این که این قوانین چه تأثیری بر قوانین موضوعه که توسط انسان نوشته شده است دارد، در طول زمان موضع‌های متفاوتی را گرفته‌اند. این تغییر موضع نشان می‌دهد که اصطلاح «ارزش» از لحاظ معنایی در گذر زمان دستخوش تغییرات عمده‌ای شده و گاه به معنای «امر طبیعی»^۱، در زمان‌هایی به عنوان «ارزش‌های الهی» یا به تعبیر دیگر «امر الهی» و دورانی دیگر به معنی «عقل فطری» به کار رفته است (George, 1992: 65,90,134).

برای روشن شدن تفاوت این عبارات، در یک تعریف کلی باید گفت: امر طبیعی چیزی است که به‌طور طبیعی درست و مناسب است و قابل نام‌گذاری به عنوان «قانون طبیعی» است. به دیگر بیان، طبیعت به مثابه منبع قواعد برای افراد انسانی است. به علاوه، تمامی امور در طبیعت، تبیین عقلانی دارد و هر عملی در طبیعت بایستی توجیه عقلانی یابد. هم‌چنین، شخص خردمند باید بر بنیاد عقل که عیناً همان طبیعت است زندگی کند. عقلانیت در این رویکرد، روش شناسایی طبیعت به مثابه منبع قواعد است (کلی، ۵۹، ۹۵، ۱۰۹، ۱۱۰ و ۱۱۳).^۲ «ارزش‌های الهی» در واقع آن چیزی است که مبتنی بر کتاب مقدس باشد. با این

۱ سخن از امر طبیعی به عنوان ارزش در آثار یونانیان، رومیان و نیز تفکر فلسفی رواقی به عنوان حلقه‌ی واسطه آن‌ها مشهود است.

۲ لازم به ذکر است که مردمان عصر کلاسیک یعنی یونان و روم و متفکران حاضر در آن زمان، مفهومی از خدای متشخص (personal god)، که در میان ادیان یهود، مسیح و اسلام مشترک است و به عنوان فرمان‌دهنده قوانین طبیعت است، نداشتند. تفکر غالب در آن زمان چندخدایی و بت‌پرستی بود. به‌علاوه از منظر آنان حتی خدایگان نیز تحت الامر قوانین طبیعت عمل می‌کردند. به همین دلیل است که طبیعت نقشی ویژه در تبیین ارزش در میان متفکران عصر کلاسیک بازی می‌کند (Ratnapala, 2009: 136).

مفهوم، جدای از طبیعت و نتایجی که از عقل بشر حاصل می‌شود، هر آن‌چه «کتاب مقدس» بگوید «قانون» است. در حالی که عقل فطری «به شناسایی احکام اصل هستی می‌پردازد و نتایج به دست آمده از آن با این که مقید به عالم طبیعت نیستند، اغلب بر اشیای طبیعی نیز صادقند» (صادقی، ۱۱). زمانی که عقل فطری به عنوان مبنا قرار می‌گیرد، دیگر «قانون» تنها آن‌چه که کتاب مقدس می‌گوید نیست، بلکه ممکن است از کاوش‌های عقل فطری نیز نتایجی به دست آید که عنوان «قانون» به خود می‌گیرد (Lewis, 1968: 75).

شایان ذکر است که ارسطو (ارسطو، ۳۴۰)، زنو (به عنوان پایه‌گذار مکتب رواقی) و سیسرو^۲ از نمایندگان مفهوم ارزش به مثابه امر طبیعی می‌باشند. آکویناس^۳ و تا حدی متقدم وی یعنی سنت آگوستین^۴ از متفکرانی هستند که باید و نباید را در مفهوم ارزش‌های الهی، به عنوان مبنای ایجاد قاعده حقوقی می‌دانند و معتقدند یک امر، زمانی صورت «قانونی» به خود می‌گیرد که بتواند با ارزش‌های الهی هماهنگ باشد (Wackes, 2009: 3). البته آکویناس تا حدودی به عقل در ایجاد قاعده حقوقی نقش داده، ولی در صورتی آن را می‌پذیرد که با ارزش‌های الهی هماهنگ باشد. وی در یک طبقه‌بندی، قانون را به چهار قسمت تقسیم می‌کند: قانون ابدی، قانون طبیعی، قانون الهی و قانون بشری. قانون اول ناشی از طرح هدف‌مندی است که از سوی خداوند برای تمام موجودات قرارداد شده است. در این طرح، انسان به عنوان یکی از اجزا این طرح، نیازمند هدایت برای دستیابی به هدف است و این هدایت از دو طریق صورت می‌پذیرد: ۱- پیامبر بیرونی ۲- پیامبر درونی یا همان عقل بشری. قانون بشری، به عنوان مکملی برای بیان جزییات و رفع نیازهای بشری است؛ زیرا سه قانون دیگر به بیان کلیات می‌پردازند. به علاوه انسان موجودی صاحب اراده است و ممکن است از اجرای قوانین الهی و طبیعی سرپیچی کند. قانون بشری می‌تواند نیرویی به وجود آورد (مثل وضع مجازات) تا انسان مجبور به اجرای قانون شود. در وضع این قانون نیز آن‌چه مبنا قرار می‌گیرد، عقل

۱ به دیگر بیان، عقل فطری یا عقل متافیزیکی به بررسی احکام هستی از طریق عقلانیت و ادله عقلی- در مقابل تجربه‌گرایی و دانش مبتنی بر تجربه- می‌پردازد. پس عقل متافیزیکی به گونه‌ای هم با عقلانیت دینی و مبتنی بر ارزش‌های الهی متفاوت است و هم با تجربه‌گرایی. به علاوه، در مفهوم امر طبیعی، نقش عقلانیت تنها به عنوان ابزاری در کشف قانون موجود در طبیعت است، در صورتی که در مفهوم عقل فطری، «عقلانیت» به خودی خود موضوعیت دارد.

2 Zeno

3 Cicero

4 Aquinas St

5 Augustin St

انسان است. به این ترتیب آکویناس ضمن بیان نظریه نبوت، به عقل بشری برای هدایت انسان، نقش محوری داده و این خود گامی جدید در حقوق طبیعی است (Finnis, 1998: 97). اما گذشت زمان نشان داد که این مبنا نمی‌تواند نظام حقوقی کارآمدی ایجاد نماید، چرا که ایده مطابقت قانون بشری با قانون الهی - با توجه به این که قانون الهی قابلیت تفسیر به رای را داشت - در عمل مورد سوء استفاده قدرت‌ها قرار گرفت و ارزش‌های الهی صرفاً جامه‌ای شد برای توجیه ستم آشکار حکمرانان. بنابراین، به دلیل کاستی‌ها و ناکارآمدی‌های نظریه مذکور، به تدریج شاهد جایگزینی عقل فطری به جای ارزش‌های الهی در مبنای قاعده حقوقی هستیم (Reidy, 2007: 48). مسلماً این تغییر رویکرد، به یکباره اتفاق نیفتاد. بارقه‌های این عقلانیت، ابتدا در نظریه ارزش‌های الهی آکویناس و حتی قبل‌تر از آن در نظریه‌ی امر طبیعی و نقش عقلانیت در کشف قانون طبیعت دیده می‌شود.

جان لاک نیز یکی دیگر از اندیشمندانی است که دیدگاه‌هایش در گذار مفهوم ارزش از قوانین الهی به عقلانیت فطری، کمک شایانی کرده است: از طرفی مفهوم خداوند در بن‌مایه نظریه وی جلوه‌گری می‌کند و از سوی دیگر با پذیرش آزادی انسان و نتایج آن به نقش عقل فطری اذعان دارد. توضیح آن‌که، وی معتقد است خداوند انسان را آزاد آفریده است. پس با متصف کردن انسان مخلوق به صفت آزاد، خود را از قید و بند ارزش‌های الهی رها می‌کند - اگر چه مفهوم خداوند حذف نشده است. بر مبنای همین آزادی، انسان، حق طبیعی در بهره‌برداری از طبیعت دارد، ولی از آن‌جا که خداوند، دیگران را هم آزاد آفریده است، وی مکلف است حقوق - و به عبارتی آزادی - دیگران را حفظ نماید و تکلیف طبیعی انسان در طبیعت ایجاد می‌شود (Locke, 1994: 132؛ موحد، ۱۷۰). در این دیدگاه، آفرینش موجودی آزاد توسط خداوند، به ارزش‌های الهی نظر دارد، ولی تعیین حق و تکلیف انسان در مقابل دیگری و بهره‌برداری از طبیعت که از نتایج آزادی انسان می‌باشد، بر عهده عقل فطری است. به این ترتیب، زمینه برای گذار از ارزش‌های الهی به عقل فطری فراهم می‌شود.

با عبور از مرحله گذار، ارزش‌های الهی به کلی کنار رفته و آنچه مبنای ایجاد قواعد حقوقی قرار می‌گیرد، تنها عقل فطری است. اندیشه جان فینیس^۳ به خوبی نمایان‌گر چنین

۱. رک. به مطلب پیش‌گفته در مورد آکویناس. برای مطالعه بیشتر نک: Stanford Encyclopedia of Philosophy, The Entry Saint Thomas Aquinas, U.K: Stanford University (2010)

2 John Lock

3 John Finnis

دیدگاهی است. او معتقد است اگر قاعده‌ای با مبنای عقل فطری مورد پذیرش مردم واقع گردید، حتی اگر با قواعد دولت یا ارزش‌های الهی نیز مغایرت داشته باشد، باز هم قاعده «حقوقی» است (Reidy, 2007: 3, Finnis, 1980: 85).

از منظر فینیس، معیارهای موجود در حقوق طبیعی سستی که همان اراده الهی و قانون برتر است، می‌توانند در میزان اعتبار قوانین موضوعه و تعیین جنبه‌های مثبت و منفی آن قانون، موثر باشند، ولی نقش ساختاری در آن‌ها ندارند. پس باید گفت او ابتدا به تطبیق قاعده با عقل پرداخته و در صورت پذیرش آن توسط مردم، نه تنها نیازی به هماهنگی با اراده الهی نیست، بلکه حتی اگر دولت نیز با آن مخالفت کند، نمی‌تواند به اهمیت و ارزش آن قاعده خللی وارد نماید (Marmor, 2006: 132).

ارزش‌های موجود در حقوق طبیعی (ارزش‌های الهی و عقل فطری) تا این زمان برای عقل تجربی به عنوان مبنای قاعده حقوقی نقشی در نظام حقوقی قائل نبودند. در واقع قانون، کاری با نیازها و خواست‌های جامعه ندارد و آنچه که قانون را می‌سازد، صرفاً ارزش‌هاست. اما روی کار آمدن پوزیتیویست‌ها، در واقع نشانگر عدم پویایی و کارآمدی یک نظام حقوقی مبتنی بر ارزش محض است که در ادامه به آن می‌پردازیم.

۳. نقش واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی در غرب

تا قرن نوزدهم، حقوق طبیعی و ارزش‌های موجود در آن، نقش گسترده‌ای در ایجاد قاعده حقوقی داشتند. اما با رشد جریان مدرنیته، و به دنبال آن مادی‌گرایی، به تدریج شاهد افول ارزش‌ها و رشد و شکوفایی واقعیت در همه امور از جمله نظام حقوقی می‌باشیم. کاستی‌های نظام‌های حقوقی دوره قبل و ستمگری کلیسا نشان داد که نظام حقوقی با مبنای ارزش‌های الهی، یک نظام موفق نخواهد بود. دلیل این امر را می‌توان در متافیزیکی بودن ارزش‌ها، فقدان توجه به واقعیات و خواست مردم و نهایتاً نگاه ابزاری حکومت‌ها به ارزش‌ها، به عنوان

۱ این در حالی است که در میان حقوق طبیعی قبل از وی، این امر مورد قبول نبود و اعتقاد رایج بر این بوده که قانون بشری و عادی اگر در تعارض با اصول عالی (قانون طبیعت، قانون الهی...) واقع شود حتی سزاوار عنوان «قانون» نیست. بنابراین نظریه فینیس از این جهت انقلابی در حقوق طبیعی بوده و مقدمات تعامل ارزش و واقعیت در نظریه دورکین و هارت را فراهم می‌کند.

۲ عقل تجربی (Empirical Reason) بخشی از عقل نظری است که به امور طبیعی می‌نگرد و از محسوسات استفاده می‌کند و قیاسات تجربی را تشکیل می‌دهد. قیاسات تجربی مبتنی بر برخی از فضایی کلی غیر تجربی است که از مراتب برتر عقل، مثل عقل متافیزیکی اخذ می‌شود.

وسیله‌ای برای کسب منافع شخصی دانست. پیامد چنین امری این شد که جوامع، از این ارزش‌ها روی‌گردان شده و به سمت امور تجربی و مادی گرایش یافتند (Marmor, 2006:105) به علاوه رشد علوم طبیعی در قرن هجدهم، به عنوان دانشی که از لحاظ ارزشی بی‌طرف است، سودای ایجاد علم حقوق و پوزیتیویسم حقوقی، به عنوان دانشی که بی‌طرفانه و فارغ از ارزش‌گذاری‌های حقوق طبیعی، به تنظیم روابط مردم می‌پردازد را ایجاد کرد (تروپه، ۸۷).

یکی از نتایج پوزیتیویسم یا اثبات‌گرایی حقوقی، به عنوان دیدگاهی که منکر وجود ارزش‌های عینی و قابل شناخت است، لیبرالیسم حقوقی یا اصالت فرد می‌باشد که در آن تنها مردم و خواست‌های آنان تحت لوای «واقعیت»، به عنوان مبنای قاعده حقوقی قرار می‌گیرد. به عبارتی، در تفکر پوزیتیویستی، با یک نظام حقوقی روبه‌رو هستیم که در آن تنها انسان و نیازهای او، مبنای قاعده حقوقی را تشکیل می‌دهد (Lewis, 1968: 30).

در پوزیتیویسم حقوقی «واقعیت» نقش عمده‌ای در ایجاد قاعده حقوقی پیدا می‌کند و هست‌ها و نیست‌ها اهمیت می‌یابند. کوتاه سخن آن‌که، واقعیت از دید پوزیتیویست‌ها یعنی امر تجربی، عینی و ملموس که متافیزیک در آن به هیچ‌وجه راه نداشته باشد. به هر روی، این واقعیت در اندیشه‌های حقوقی در یک معنای خاص خلاصه نشده و نقش یکسانی نیز پیدا نمی‌کند؛ بلکه از دید تئوری‌پردازان مختلف، معانی متفاوتی دارد. جرمی بنتام^۱، جان آستین^۲ و کلسن^۳ از پوزیتیویست‌هایی هستند که می‌توان معانی متفاوت واقعیت را در اندیشه آن‌ها جستجو کرد.

جرمی بنتام که واقعیت را در مفهوم «سود انگاری» جستجو می‌کند، حقوق طبیعی را یک ادعای مناقشه‌پذیر و پوچ می‌داند (Bowring, 1823: 11.507). او معیار قاعده حقوقی را در پرتو اصل «منفعت» یا «سود» مطرح کرده و در نظرش منفعت یک ترازوی واقعی و تجربی برای تشخیص قاعده حقوقی است (Bentham, 1996: 50). بنابراین می‌توان گفت او معتقد به تفکیک دو حوزه حقوق و اخلاق بوده که بعدها تحت عنوان «اثبات‌گرایی سخت»^۴ نمود یافت (Postema, 1989: 187).

1 Jurisprudence

2 Jeremy Bentham

3 John Austin

4 Hans Kelsen

۵ توضیح آن‌که اثبات‌گرایی سخت یا بسته، برخلاف اثبات‌گرایی حقوقی نرم یا باز، بر این اعتقاد است که معیارهای اخلاقی نه شرط لازم و نه کافی برای اعتبار یک هنجار حقوقی است. این رویکرد که ژوزف رز برجسته‌ترین مدافع آن است، مبتنی بر

جان آستین، از دیگر متفکرانی است که سعی داشت در پرتو نظریه سود انگاری، نظام حقوقی غیرمتافیزیکی ایجاد نماید. لذا، برابری و همسانی مفهوم «قانون» و «فرمان حاکم» را مطرح کرد. او واقعیت را در پرتو «فرمان حاکم» می‌دید. وی با بیان نظریه «فرمان حاکم»، در واقع می‌خواست حقوق را از اخلاقیات و هر نظام هنجاری دیگر خالی کند که مسلماً در این امر توفیق کافی نیافت (Austin, 1996: 25). وی قوانین الهی را نیز گرچه قانون می‌دانست، ولی چون مبنای آن‌ها، امر تجربی یعنی منفعت و سود نیست، از قلمرو حقوق خارج کرد (موحد، ۲۴۹). به عبارت دیگر، حقوق در نظر آستین، یک نظام هنجاری متمایز از نظام هنجاری اخلاق است (راسخ، ۱۲). به علاوه از دید وی، هنگامی که نظام حقوقی یک قاعده اخلاقی را نقض می‌کند، ارجحیت با قاعده نظام حقوقی است. تنها استثنا بر این مورد، هنگامی است که قاعده نظام حقوقی از دید اخلاقیات بسیار نامطلوب جلوه کند به گونه‌ای که مردم در مقابل آن بایستند. البته در نظر آستین حتی در این مورد هم قاعده حقوقی معتبر است ولی اثر عملی خود را از دست می‌دهد. نکته اخیر، دلیل شفافی بر تقدم حقوق بر اخلاق در نظریه فرمان آستین است (Ratnapala, 2009: 47).

معنای دیگر حقوق خالی از متافیزیک را باید در اندیشه‌های کلسن جستجو کرد. کلسن که پوزیتیویستی آلمانی بود، نه تنها می‌خواست حقوق را از اخلاقیات جدا کند، بلکه در تلاش بود تا، برخلاف پوزیتیویست‌های انگلوساکسون که حقوق را بر واقعیات اجتماعی بنا کنند، بتواند مفهوم حقوق را هم از اخلاقیات و هم از واقعیات اجتماعی جدا کند. او معتقد بود هر هنجار حقوقی، الزام‌آوری خود را از هنجارهای قبلی می‌گیرد و به این ترتیب نظام حقوقی، هرمی از هنجارهاست که نهایتاً همگی به هنجار پایه می‌رسند. ولی هنجار پایه اعتبار خود را از جای دیگری (مثل قانون الهی و عقل و حتی واقعیات) نمی‌گیرد و اعتبار آن مفروض کلسن است. با این روش او تمام بافت‌های اخلاقی و غیر حقوقی را از نظام حقوقی جدا نمود. در یک

رابطه میان حقوق و اقتدار می‌باشد و بر این اصل بنا شده که هنجار حقوقی برای آن‌که بتواند آمرانه باشد، باید بتوان بدون توسل به دلایل اخلاقی، مشخص ساخت که این هنجارها برای حل و فصل مسائل ناشی از آن دلایل به میان آمده است. به بیان دیگر، این مکتب فکری بر این ادعاست که وجود و محتوای احکام و مقررات حقوقی را به‌طور کامل، منابع اجتماعی تعیین می‌کند (بیکس، ۵۹) و (Raz, 1994: 43).

۱ این‌که چرا و چگونه کلسن اعتبار هنجار پایه را مفروض می‌گیرد، باید به تبارشناسی اندیشه کلسن پرداخت که از حوصله این مقاله خارج است. فقط به این نکته اکتفا می‌کنیم که، کلسن بسیار تحت تأثیر اندیشه جدایی «هست» از «باید» بود، که توسط فیلسوف مشهور سلف وی، یعنی هیوم مطرح شده بود. مسلماً برای وفاداری به جدایی هست از باید، نمی‌توان اعتبار هنجار پایه را از هست گرفت و ناچار باید اعتبار آن را مفروض گرفت. البته امروزه به جدایی مذکور، مناقشات جدی وارد شده است.

تعریف کلی، نظام حقوقی از دید وی مجموعه‌ای از هنجارهاست که به صورت «بایدها» بیان می‌شوند، ولی این بایدها کاملاً عاری از اخلاق بوده و هیچ‌گاه رویکردهای حقوق طبیعی در آن راه ندارد (کلسن، ۹۱). باری، وی توانست با مفهوم هرم قواعد خود، قاعده حقوقی را از معنای متافیزیکی تهی کند.

پوزیتیویسم حقوقی گرچه سعی می‌کرد نظام حقوقی با مبنای واقعیت ایجاد نماید، ولی از آنجایی که واقعیت معنای گسترده‌ای دارد، موفق به ایجاد یک نظام حقوقی سازنده نبود و حتی از ایراداتی که به حقوق طبیعی می‌گرفت نیز مصون نماند. به عبارت دیگر، همان‌طور که حقوق طبیعی با مبنای ارزش محض نتوانست در رفع نیازهای مردم و خواست‌های آنان ثمربخش باشد، پوزیتیویسم حقوقی نیز با مبنای واقعیت صرف، دچار خلأهایی شد که منجر به افول این مکتب فکری گردید. نتیجه خروج ارزش و اخلاق از نظام‌های حقوقی در طول قرن نوزده، در بزرگترین جنگ‌های تاریخ بشریت - یعنی جنگ جهانی اول و دوم و وحشی‌گری‌های دول مسلح به سلاح‌های کشتار جمعی که خود محصولی از مدرنیته است - دیده می‌شود. این دو واقعه مهم تاریخی، ضرورت وجود اخلاق و ارزش در عین توجه به واقعیت را نشان داد. نهایتاً، نتیجه چنین امری را می‌توان در اندیشه‌های متفکرین معاصر مشاهده کرد که سعی دارند در نظریه‌های خود ارزش و واقعیت را در کنار یکدیگر قرار دهند تا مسائل و نواقص نظام‌های حقوقی قبل را جبران کند. به این مهم در قسمت تعامل ارزش و واقعیت در غرب می‌پردازیم.

۴. تعامل ارزش و واقعیت در غرب

در قسمت‌های قبل با مکتب فکری حقوق طبیعی و پوزیتیویسم حقوقی آشنا شده و نقش ارزش و واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی را بررسی کردیم. اما همان‌طور که پیشتر هم ذکر شد نظام حقوقی با مبنای ارزش یا واقعیت به تنهایی نتوانست نظام حقوقی کارآمدی ایجاد نماید. چرا که حقوق طبیعی هیچ جایگاهی برای عقل تجربی نداشت و حتی کسانی مثل آکویناس در واقع با عقلانیت مستقل به مخالفت پرداختند (Golding, 2005:20). بنابراین شاهد افول نقش ارزش در نظام حقوقی بودیم.

با کم‌رنگ شدن نقش ارزش، واقعیت‌ها و عقل تجربی جای ارزش‌ها را گرفت، ولی آن‌ها نیز منجر به ایجاد نظام حقوقی خالی از اخلاق شدند که در آن تنها فرد و مادیات اصالت

داشت. این امر منجر به تضاد بین «هست و نیست» و «باید و نباید»، «عقل و دین»، «علم و دین»، «سیاست و دین»، «قانون و اخلاق» گردید. به علاوه، گستردگی معنای واقعیت موجب شد تا زمانی که به عنوان مبنای قاعده حقوقی قرار گرفت حقوق، ثبات سنتی خود را از دست بدهد. ایجاد دیدگاه‌های متعدد حقوقی در بین پوزیتیویست‌ها می‌تواند شاهد این ادعا باشد (Lewis, 1968: 45).

به تدریج عقل‌گرایی محض نیز با خلاً روبه‌رو شد؛ چرا که ارزش‌ها و اخلاق هیچ جایگاهی در این نظام نداشتند. بنابراین اندیشمندان غربی در صدد برآمدن تا نظام حقوقی را به گونه‌ای ایجاد نمایند تا بتوانند تمامی نیازها را پاسخ گویند. نكوهش مكتب اثبات‌گرایی، به دليل آن‌که اطاعت از قدرت را، هر قدرتی که باشد توصیه می‌کند و از این راه سلطه کثیف‌ترین نظام‌ها را تسهیل می‌کند، منجر به ایجاد مكتب اثبات‌گرایی ایدئولوژیکی شد. این مكتب، برخلاف اثبات‌گرایی صرف، به این اکتفا نمی‌کند که حقوق را توصیف کند بلکه بیان‌کننده دستورهای و قضاوت‌های ارزشی است (تروپه، ۳۲).

از طرف دیگر، حقوق طبیعی نیز به دنبال انتقادات وارده بر آن، مبنی بر این‌که ارزش‌های مسلم و قابل شناختی که مورد توافق همگان باشد وجود ندارد و با توجه به این مسأله، عدم پذیرش قانون ناعادلانه به عنوان قانون، منجر به هرج و مرج در جامعه می‌شود، به بازسازی خود پرداخت. ایجاد مكتب حقوق طبیعی نو با این شالوده که حقوق طبیعی در درجه اول خطاب به قانون‌گذار است نه مردم و قانون‌گذار باید از اصول حقوق طبیعی الهام بگیرد، در واقع پاسخی به انتقادات بود. از منظر حقوق طبیعی نو، از آن‌جا که اصول اخلاقی خطاب به قانون‌گذار است، پس اگر قانون‌گذار از این اصول عدول کند، باز هم انسان‌ها ناگزیر از اطاعتند (تروپه، ۲۷). در مجموع، می‌توان گفت که متفکران غربی سعی کردند از ارزش‌ها و واقعیت‌ها در کنار یکدیگر برای ایجاد نظام حقوقی استفاده نمایند. از میان اندیشمندانی که در نظرات خود به تعامل ارزش و واقعیت اهمیت دادند، می‌توان رونالد دورکین و هارت را نام برد. این دو متفکر، ضمن تبیین دقیق جایگاه این دو مفهوم، از آنجایی که متعلق به عصر حاضرند بیش از دیگران مورد توجه مشتاقان فلسفه حقوق عصر حاضر قرار گرفته‌اند.

۴-۱. ورود واقعیت در کنار ارزش‌ها در ایجاد قاعده حقوقی

پروفسور رونالد دورکین، استاد کرسی فلسفه حقوق در دانشگاه آکسفورد، در راستای

مقابله با اثبات‌گرایی حقوق، نظام حقوقی متفاوتی از اثبات‌گرایان ارائه نمود. او معتقد است نظام حقوقی تنها متشکل از قواعد نیست؛ زیرا در این صورت تنها جنبه محدودی از حقوق نشان داده می‌شود. به عبارت دیگر، با «قواعد حقوقی» به تنهایی، نمی‌توان تمام مشکلات موجود در ارتباط با نظام حقوقی را رفع نمود (Dworkin, 1995: 76). سنگ بنای دیدگاه او، افزودن بر منابع حقوق است. او علاوه بر قواعد، «اصول» را - که اخلاقیات در آن نقش عمده دارند - نیز داخل در منابع حقوقی می‌داند (Dworkin, 1986: 190). به این ترتیب، او به رد نظریه تفکیک اخلاق از حقوق می‌پردازد. وی حقوق را در بردارنده معیارهای اخلاقی - حقوقی مثل اصول عدالت (که یک ارزش است) می‌داند. به علاوه، در کنار قواعد و اصول حقوقی، سیاست‌های اجتماعی را هم به عنوان منبع یک نظام حقوقی می‌پذیرد. به این ترتیب، وی سه منبع برای حقوق، معرفی می‌نماید: ۱. قواعد حقوقی ۲. اصول حقوقی ۳. سیاست.

به باور او، قواعد حقوقی، در صورتی که شرایط مورد نظر برای اعمال یک قاعده فراهم باشد، بایستی اعمال گردد. بالعکس، در دعاوی دشوار (یعنی دعاوی‌ای که اعمال بی‌قید و شرط یک قاعده بر آن‌ها بدون بی‌عدالتی ممکن نیست)، باید به اصول حقوقی متوسل شد. اصول به عنوان راهنمای یک نظام حقوقی در رسیدن به عدالت و انصاف نقش مکمل را بازی می‌کنند و گاه حتی به عنوان نقطه عزیمت جدید برای ارائه تفسیر نسبتاً جدی از قانون به کار گرفته می‌شود. به علاوه خاستگاه اعتبار اصول و قواعد متفاوت است: قواعد با تصویب، موجودیت می‌یابند، در صورتی که اصول هیچ‌گاه وضع یا تصویب نشده‌اند. مثال روشن‌کننده‌ای که دورکین در مورد اصول راهنمای عدالت می‌زند این است که هیچ‌کس نباید از عمل خلافش سود ببرد. این اصل برای اعتبار داشتن در یک نظام حقوقی نیازمند تصویب نیست (Dworkin, 1985: 54). همچنین قواعد، قابل تغییر یا فسخ ارادی توسط قانون‌گذار است، در حالی که اصول قابل تغییر ارادی نیستند (راسخ، ۲۴). در واقع اصول حقوقی، فضایی خالی میان قواعد حقوقی و اصول اخلاقی را پر می‌کنند.

او همچنین اصول و سیاست را نیز از یکدیگر جدا می‌کند. همان‌طور که گذشت، وی نظام حقوقی را متشکل از اصول حقوقی، قواعد حقوقی و سیاست می‌داند. در بیان تفاوت میان اصل حقوقی و سیاست، می‌توان گفت اصل، معیاری است که در آن عدالت و انصاف و سایر ابعاد اخلاقی لحاظ می‌شود، ولی سیاست، معیاری است که هدف آن عموماً تحصیل موقعیت‌های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی برای جامعه است. به عبارت دیگر، اصول به توصیف حق فرد و

سیاست به توصیف اهداف جامعه می‌پردازد (Dowrkin, 1977: 201).

دورکین انسان‌ها را صاحب یک دسته حقوق بنیادین می‌داند که هیچ‌کس، حق نقض آن‌ها را ندارد و بر سایر قوانین موضوعه حاکم است. وی ضمن این‌که به واقعیت‌ها در تنظیم قواعد حقوقی نقش می‌دهد، ولی هیچ‌گاه، آن‌ها را بی‌نیاز از اصول حقوقی با منشأ اخلاقی ندانسته و نقش گسترده‌ای برای اصول اخلاقی در نظام حقوقی قائل است. او گرچه اعتبار حقوق را از صحت آن جدا می‌داند، ولی در عین حال، قانون را در صورتی صحیح می‌داند که با اصول اخلاقی و حقوقی هماهنگ باشد (Dowrkin, 2006: 187) و این، یعنی داشتن یک رویکرد ارزشی به نظام حقوقی و نقش داشتن ارزش‌ها در ایجاد قاعده حقوقی. در واقع می‌توان گفت گرچه دورکین، پیرو حقوق طبیعی است ولی اندیشه‌های وی نشان‌دهنده نقش داشتن واقعیت‌ها در کنار ارزش‌ها در ایجاد قاعده حقوقی است و این، همان چیزی است که ما آن را تعامل ارزش و واقعیت می‌نامیم.

نافرمانی مدنی^۱ دورکین نیز از جمله مباحثی است که حمایت وی از اخلاق به عنوان یک ارزش را در نظام پوزیتیویستی می‌رساند. وی، قائل به حکومت دموکراسی و یک لیبرالیستی است که برای حق‌های فردی، ارزش بنیادین قائل است و نه تنها هیچ دولت و حکومتی حق سلب آن را از افراد ندارد، بلکه بر سایر قوانین وضع شده نیز مقدم و حاکم است. همین حق‌های بنیادین افراد که غیرقابل نقض نیز می‌باشند، حق نافرمانی مدنی را ایجاد نموده‌اند (Dworkin, 2009: 39). وی می‌گوید «حقوق یک هدیه الهی نیست، بلکه از حق نخستین به برابری ناشی می‌شود و وظیفه دولت است که تمامیت حقوق را فراهم نماید» (کلی، ۱۳۸۵: ۶۱۵). بنابراین، حکومتی که دم از دموکراسی می‌زند، باید این دسته از حقوق بنیادین و حق‌های فردی را جدی بگیرد، وگرنه حکومت دموکراسی وی، شعاری بیش نیست (موحد، ۱۳۹۱: ۳۳۴).

۴-۲. نظام قواعد با محتوای حداقلی حقوق طبیعی

هارت یکی دیگر از متفکران معاصر است که مبنای ارزش یا واقعیت را به تنهایی کافی برای ایجاد یک نظام حقوقی نمی‌داند. وی معتقد است حقوق، نوعی خاص از نظام قواعد اجتماعی است؛ به این معنا که هر جامعه‌ای، قواعد اجتماعی خاصی دارد. او قواعد را به دو

1 Civil Disobedience

2 H. L. A. Hart

بخش تقسیم می‌کند: قواعد ابتدایی یا اولیه^۱ و قواعد ثانویه^۲.

قواعد اولیه قواعد انشایی هستند که تکالیف و تعهداتی را با هدف تنظیم رفتار افراد بر اعضای جامعه تحمیل می‌نمایند. ولی این قواعد هیچ‌گاه نمی‌توانند پاسخ‌گوی همه نیازهای یک نظام حقوقی باشند و با سه مشکل مواجه است: اول، عدم قطعیت قواعد^۳؛ دوم، ایستادن^۴ و سوم، ناکارآمد بودن نظام حقوقی^۵ (Hart, 1961: 79-80). در جهت رفع این سه مشکل، وی بحث قواعد ثانویه را در پرتو سه قاعده شناسایی^۶، تغییر^۷ و قضاوت^۸ مطرح می‌نماید که نقش آن‌ها با توجه به وضع قواعد اولیه تعیین می‌شود. این قواعد اساساً در نوع با قواعد اولیه متفاوت بوده و باعث وضع مقررات نخستین می‌باشند. هارت استدلال می‌کند که وضع قواعد ثانوی، نشانه انتقال از جامعه پیشا حقوقی^۹ به نظام حقوقی است (Hart, 1992: 54).

«قاعده شناسایی» بنیادی‌ترین قاعده ثانوی و مهم‌ترین منبع اعتبار حقوقی است و اعتبار قوانین، مقررات و اسناد حقوقی، مشروعیت دادگاه‌های حقوقی، محاکمات این دادگاه‌ها و همه اعمال مقامات قضایی سرانجام از آن سرچشمه می‌گیرد. (تبیست، ۷۹). در واقع این قاعده، به‌سادگی نشان می‌دهد که چه چیزی باید قانون به حساب آمده و معیارهای مورد نیاز در این زمینه را به ما نشان می‌دهد. این قاعده، یک رفتار اجتماعی است که منشأ قواعد حقوقی می‌گردد و جامعه، تعیین‌کننده آن می‌باشد (MacCormick, 2008: 90). حال اگر در یک نظام حقوقی، جامعه ارزش‌ها را به عنوان قاعده شناسایی بپذیرد، می‌توان گفت به گونه‌ای ارزش‌ها در تشکیل قاعده حقوقی نقش داشته‌اند. با این نگرش می‌توان در نظام قواعد هارت، یک ارزش را به عنوان قاعده شناسایی در سرلوحه قواعد جامعه قرار داد. البته این امر در صورتی محقق می‌شود که جامعه خواستار آن باشد. از سوی دیگر از نظر او حقوق را مجموعه‌ای از قواعد می‌سازد و جامعه در این مجموعه نقش تعیین‌کننده دارد. این نگرش به جامعه همراه با

1 Primary Rules

2 Secondary Rules

3 Uncertainty

4 Static

5 Inefficiency

6 Rule of Recognition

7 Rule of Change

8 Rule of Adjudication

9 Pre – Legal society

مجموعه قواعد، او را به عنوان یک پوزیتیویست مطرح می‌سازد که به ارزش‌ها بی‌تفاوت نیست (Perry, 2001: 45).

«محتوای حداقلی حقوق طبیعی» عنوانی است که هارت به بخش دوم از فصل نهم کتاب مفهوم حقوق داده است. وی مدعی است، می‌توان اصول اخلاقی را تعیین کرد که محتوای حقوق طبیعی را به نحو حداقلی بنا کنند. هارت، برخی اصول رفتاری خاص را که ریشه در واقعیات اولیه انسان، طبیعت و اهداف طبیعی انسان دارد تعیین نموده و معتقد است که «هسته معنای خیر»^۲ را حقوق طبیعی یا به عبارت دیگر محتوای حداقلی حقوق طبیعی به وجود می‌آورد (Hart, 2003: 194). به نظر وی، اگر قوانین بخواهند نقش خود را در جامعه به مثابه قانون حفظ نمایند، باید حداقلی از محتوای اخلاقی را در خود جای دهند، زیرا برخی ویژگی‌های انسان‌ها در همه اعصار و مکان‌ها، با وی وجود دارد؛ یعنی یک ویژگی ذاتی دائمی در انسان است که به دنبال آن، برخی نیازمندی‌ها را در انسان ایجاد می‌نماید و در نتیجه اگر یک نظام حقوقی نتواند به آن‌ها پاسخ‌گو باشد، دوام نمی‌آورد، چرا که نیازهای اساسی جامعه متشکل از انسان‌ها را بی‌پاسخ گذاشته است.

از نظر هارت، ویژگی‌های اصلی حیات انسانی عبارتند از: نخست این‌که انسان‌ها آسیب‌پذیرند؛ دوم، در قدرت بدنی تقریباً برابرند؛ سوم، نوع دوستی محدودی دارند؛ چهارم، منابع محدودی در اختیار دارند و پنجم این‌که فهم و قدرت اراده آن‌ها نیز محدود است. این حقایق ساده در زندگی انسان از دید هارت، انتظار یافتن انواع معینی از قواعد را تمامی جوامع انسانی زیاد می‌کند در واقع معنای واقعی و اساسی آموزه حقوق طبیعی را بر ملا می‌سازد. در واقع هارت در این‌جا به مفهوم حقوق طبیعی جهان شمول نزدیک می‌شود.

همان‌طور که مشاهده کردیم، در حقوق طبیعی، تئوری حقوقی دورکین و در پوزیتیویسم، نظریه حقوقی هارت، ضمن بیان نقایص دوران قبل و تلاش جهت برطرف نمودن آن‌ها، یک نظام حقوقی ارائه نمودند که نشان‌دهنده تعامل بین این دو مکتب فکری است. دورکین، نظام حقوقی را متشکل از قواعد و اصول می‌داند؛ یعنی رویکرد ارزشی حقوق را در قالب «اصول» و رویکرد پوزیتیویستی آن را در قالب «قواعد» بیان می‌نماید. در بیان قواعد نیز به اثبات‌گرایان

1 Minimum Content of Natural Law

2 Concept of Law

3 The Core of Good Sense

دولتی و جامعه‌شناسی حقوق، نظر داشته است. زیرا، قانون - که یک ابزار دولتی است - و ضرورت‌های اجتماعی را برای تشکیل قواعد حقوقی می‌پذیرد.

از سوی دیگر، هارت در تئوری حقوقی خود، یک نظام قواعد را ارائه می‌نماید. در نظام قواعد هارت، قاعده شناسایی به‌عنوان مهم‌ترین قاعده شناخته شد. از آن‌جا که جامعه تعیین‌کننده این قاعده است می‌تواند با معیار ارزش، شکل گرفته و نظام حقوقی با محتوای ارزشی ایجاد نماید. به‌علاوه، محتوای حداقلی حقوق طبیعی را به عنوان ضرورت‌های جامعه در تشکیل قواعد حقوقی می‌پذیرد. با این نظر، حتی اگر جامعه‌ای، ارزش‌ها را به عنوان قاعده شناسایی قرار ندهد، باز هم با توجه به محتوای حداقلی حقوق طبیعی، نمی‌توان نقش ارزش را در نظام حقوقی انکار کرد. در واقع با اندیشه هارت، در نظام حقوقی ارزش و واقعیت در کنار یکدیگر قرار می‌گیرند: یا ارزش به عنوان قاعده شناسایی قرار می‌گیرد و یا در کنار نظام قواعد که مبتنی بر واقعیات است، محتوای حداقلی حقوق طبیعی را داریم که حضور ارزش‌ها در کنار واقعیت‌هاست.

بنابراین گرچه هارت یک پوزیتیویست است ولی هرگز نباید او را پوزیتیویست سخت دانست، بلکه اثبات‌گرای نرم است که در تئوری حقوقی خود به گونه‌ای آشتی میان دو مکتب را برقرار نموده، همان‌طور که دورکین با نظام حقوقی متشکل از قواعد و اصول چنین نمود. این بخش را با سخنان پر مغز ژرژ رنارد در رد پوزیتیویسم محض به پایان می‌رسانیم: ما بازی خورده ایدئولوژی‌ها هستیم. فردگرایی و جمع‌گرایی، هیچ‌کدام واقعیت ندارند، هر کدام چشم انسان را به روی واقعیت‌ها بستند و آن را تا حدی ابزار تلقی نمودند. ولی بعدها، انسان دریافت که چگونه نباید بازیچه و ابزار قرار گیرد. بنابراین «پوزیتیویسم، فقط روش و نظریه نیست. ایدئولوژی هم هست» (Renard, Georges, quoted from: Hofeld, 1917:62)، زیرا بر ارزش‌های معینی مبتنی است که از جمله مهم‌ترین آن‌ها، ارزشی است که بنابر آن، هر قاعده حقوقی فقط از زمانی که با معیارها و ضوابط شکلی قانونی منطبق شود، اعتباری قانونی می‌یابد.

۵. نقش ارزش در ایجاد قاعده حقوقی در نظام حقوقی ایران

در این بخش به دنبال بررسی نقش و جایگاه ارزش در نظام حقوقی ایران هستیم. مسلماً ارزش‌محور بودن نظامی که واژه «اسلامی» (در عبارت جمهوری اسلامی ایران) یکی از ارکان

اساسی عنوان آن نظام است، بر هیچ کسی پوشیده نیست. اسلام به عنوان یک ارزش، نقش عمده و مهمی را در نظام حقوقی ایران بازی می‌کند. به هر روی بررسی دقیق نقش اسلام و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران، یکی از ضروریات این تحقیق است. به علاوه، از آن‌جا که دغدغه تحقیق پیش‌رو جایگاه ارزش در نظام حقوقی است (و نه بررسی مفاهیم دینی و اسلامی صرف)، به جایگاه اسلام در نظام حقوقی ایران و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عنوان شالوده این نظام حقوقی می‌پردازیم.

فصل دوم قانون اساسی در بیان اصول کلی، جمهوری اسلامی را نظامی بر پایه ایمان به خدا، وحی الهی و نقش بنیادی آن در بیان قوانین دانسته است (اصل دوم قانون اساسی). همین عبارت خود به تنهایی گویای نقش ارزش‌های الهی در نظام حقوقی ایران است. باری، نقش ارزش‌ها صرفاً در پایه‌های نظام جمهوری اسلامی ایران خلاصه نمی‌شود بلکه، در اصل چهارم، اسلام را به عنوان محکی برای ارزیابی تمام قوانین و مقررات بر می‌شمارد و نهادی را برای این ارزیابی تحت عنوان شورای نگهبان تأسیس می‌کند: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق و عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

دیگر این‌که قانون اساسی، حتی مشروعیت و فلسفه وجودی نهادهای اساسی موجود در خود، مانند مجلس شورای اسلامی و شوراهای اسلامی شهر و روستا را از ارزش‌های اسلامی وام می‌گیرد: «طبق دستور قرآن کریم: «و امرهم شوری بینهم» و «شاوهم فی الامر» شوراهای مجلس شورای اسلامی، شورای [...] شهر و [...] از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشورند» (اصل هفتم).

مهم‌تر آن‌که اساساً مهم‌ترین و پرنقش‌ترین نهاد در قانون اساسی ایران، یعنی نهاد ولایت فقیه، اساساً نهادی اسلامی و دینی است. اگر چه نهادهایی هم که ذاتاً دینی نیستند، مانند مجلس و شوراهای، همان‌طور که دیدیم در قانون ما با مبنای دینی توجیه می‌شود.

بنابراین آن‌چه در ابتدا مسلم به نظر می‌آید، این است که ما اساساً یک نظام ارزش‌محور داریم. اگر قوانین دیگر را مد نظر قرار دهیم، مشاهده خواهیم نمود که آن‌ها نیز کاملاً با مبنای ارزش‌های ذکر شده در قانون اساسی تنظیم و تدوین گردیده‌اند. مباحث حدود، قصاص و دیات در قانون مجازات اسلامی و مباحثی چون ارث، نکاح و طلاق در قانون مدنی از شواهد

عینی این امر می‌باشند که براساس موازین اسلامی و مقررات موجود در قرآن و فقه، تدوین‌یافته است. حتی در قسمت ادلة اثبات دعوی که نهادی متأثر از حقوق مدرن است، در قانون ما بر اساس مبانی اسلامی تغییر یافت.^۱

در هر صورت توجه به این نکته بسیار ضروری است که مفهوم ارزش در غرب و ایران بسیار متفاوت است. چرا که نظام غربی نظامی مبتنی بر مسیحیت بود، مسیحیتی که اساساً دینی کم‌شریعت- اگر نگوییم عاری از شریعت- است و احکام و مسائل آن‌ها هرگز به جزئیات بحث شده در اسلام نمی‌رسد. در صورتی که اسلام به عنوان مبانی جمهوری اسلامی ایران و محک سایر قوانین، دینی از این جهت غنی و دارای شریعت جامع در همه زمینه‌های اقتصادی، سیاسی و اجتماعی است. مهم‌تر آن‌که در اسلام، بر خلاف مسیحیت، به برکت تلاش فقها، روش استنباط حکم کاملاً نظام‌مند، منطقی و اصولی است که نگاهی کوتاه و گذرا به اصول فقه (به عنوان منطق استخراج حکم) و منابع دقیق و مشخص استنباط حکم (قرآن، سنت، اجماع و عقل) شاهدی محکم بر این ادعاست.

از گفته بالا می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که حتی اگر نظام جمهوری اسلامی ایران، بنا بر ادعای مدعیان، نظامی صرفاً ارزش‌محور باشد- که نیست- مفهوم ارزش در آن بسیار متفاوت از مفهوم غربی و مسیحی است. آنچه در مسیحیت اتفاق افتاد، سوء استفاده کلیسا و حکمرانان از مفاهیم دینی برای پی‌گیری نفع شخصی بود - مسیحیتی که به هیچ‌وجه شریعت جامع نداشت و از نظام منطقی برای استنباط حکم (لااقل به جامعیتی که ما در اسلام سراغ داریم) عاری بود. به دیگر بیان، عدم وجود نظام جامع و دقیق استنباط حکم و شریعت جامع، خود، این ظرفیت را برای سوء استفاده از ارزش‌های مسیحی فراهم آورده بود. ولی آیا در اسلام، به عنوان مبانی نظام ایران هم این‌گونه است؟ مسلماً وجود شریعت جامع و روش دقیق استنباط حکم در اسلام می‌تواند جلوی این سوء استفاده‌ها را تا حد زیادی- اگر چه نمی‌توان ادعا کرد به طور کامل- بگیرد. به علاوه در ادامه خواهیم دید، این‌که نظام جمهوری اسلامی ایران و مبانی اسلام را صرفاً ارزشی و به دور از واقعیات بدانیم، بر سبیل خطا رفته‌ایم. واقعیت نقش عمده‌ای را در این دو بازی می‌کند.

۱ قبلاً به اسناد، ارزشی بالاتر از شهادت داده می‌شد ولی، به موجب نظریه شورای نگهبان منتشره در روزنامه رسمی ۱۲۷۳۴- ۱۳۶۷/۸/۲۴، ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی را، از این جهت که شهادت بینة شرعیه در برابر اسناد معتبر را فاقد ارزش می‌دانست، خلاف موازین شرع اعلام و آن را ابطال نمود.

۶. نقش واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی در ایران

تا این جا دانستیم که نظام حقوقی ایران یک نظام ارزش محور است و رویکرد کلی آن ارزشی است. در این بخش به دنبال یافتن جایگاه واقعیت در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و مبانی اسلامی آن هستیم. سوال اساسی این است که آیا واقعیات، مصالح و عقل در این نظام جایگاهی دارد؟ پاسخ به این سوال را در دو بخش متفاوت می توان بررسی کرد. یکی روش و منابع استنباط احکام اسلامی و دیگری بررسی مصالح کشور. مسلما در ادامه این دو نکته شفاف تر خواهد شد.

گفتیم که در نظام جمهوری اسلامی ایران، همه قوانین - بنا به حکم اصل چهارم قانون اساسی - باید در انطباق کامل با قوانین اسلامی باشند و این مهم به مدد نهاد شورای نگهبان و شش نفر فقیه موجود در آن عینیت می یابد: قوانین مجلس شورای اسلامی به شورا رفته و فقها بر اساس مبانی فقهی در مورد اسلامی بودن آن نظر می دهند. توجه به این نکته ضروری است که فقها و مجتهدان شورای نگهبان، صرفا به تطابق یا عدم تطابق قوانین با ظاهر قرآن و سنت نمی پردازند. بلکه بنابر اصل چهارم، به وسیله اجتهاد به این امر رسیدگی می کنند. مطالعه مختصر و گذرا در چگونگی اجتهاد، خود گویای توجه فقهای شورای نگهبان به واقعیت و عقل می باشد.

اولا، فقها باید بر اساس منطق خاصی که همان اصول فقه باشد، حکمی را استنباط کنند و بسیاری از مسائل اصول فقه برآمده از اصول و استنتاج های عقلانی است. برای مثال قاعده امتناع تکلیف به محال، قاعده امتناع تکلیف به معدوم، مسائل حسن و قبح عقلی، مسائل مصلحت و مفسده، همگی محصول بررسی های عقلانی، فارغ از دیدگاه های ارزشی اسلام است. ثانيا در بخش منابع فقه در اسلام، اجماع و مهم تر از آن عقلانیت، به عنوان منابعی در کنار قرآن و سنت قرار گرفته اند و اساسا بسیاری از قواعد فقهی ما (همچون لاضرر، براءت و...) ریشه و اساس عقلی دارند. پس وقتی فقهای شورای نگهبان به انطباق و عدم انطباق قوانین با اسلام بر اساس اجتهاد رای می دهند، این به معنای ارزش گرایی صرف و دوری از واقعیات نیست، بلکه عقلانیت به عنوان یکی از منابع استنباط احکام و نهایتا اصول فقه با روش عقلی و منطقی خود به یاری فقیه می آیند.

بنابراین مفهوم ارزش در اسلام آنقدر با عقلانیت عجین شده، که یکی بدون دیگری ناقص است و هر دو با هم تار و پود یک حکم اسلامی را تشکیل می دهند. به دیگر بیان، نمی توان

نقش عقل را انکار و نظام ارزشی اسلام را، ارزش محض و صرف دانست. (محقق داماد، ۱۳۸۲). این در صورتی است که ارزش - همان‌طور که تبیین شد- در غرب و مسیحیت با مفهوم واقعیت فرسنگ‌ها فاصله داشت و هنگامی که دم از ارزش‌های الهی زده می‌شد، اساساً برای عقلانیت و واقعیت جایگاهی وجود نداشت. یکی از علل تغییر گرایش غربیان به سوی مفهوم واقعیت نیز مسلماً ناشی از همین برداشت آن‌ها از ارزش است. در صورتی که شناسایی دقیق مفهوم ارزش در نظام حقوقی-اسلامی ما نشان داد که عقلانیت بن‌مایه ارزش را تشکیل می‌دهد و بنابراین قیاس ارزش‌های موجود در غرب و مسیحیت با ارزش‌های اسلامی قیاسی است مع الفارق و قیاس‌کننده منطقی چهار خطای فکری شده؛ قیاسی که بارها و بارها توسط غربیان انجام شده است.

تا کنون نقش واقعیت و عقلانیت در استنباط احکام اسلامی به عنوان موضوع مطابقت قوانین با آن‌ها بررسی شد. ولی همان‌طور که در ابتدای این بخش هم ذکر شد، توجه به واقعیت در نظام جمهوری اسلامی ایران، به روش استنباط و منابع حکم اسلامی محدود نمی‌شود. بنابر نظر نگارنده، توجه به واقعیت مرحله دوم و مهم‌تری هم دارد، مرحله‌ای که برای واقعیت نقشی کاملاً جدا قائل است و نه صرفاً نقش ابزاری در شناخت حقیقت. این مهم در نظام حقوقی ما و مبانی اسلامی آن با مجمع تشخیص مصلحت نظام، حکم حکومتی و ثانویه قابل شناسایی است.

پس از آن‌که مجلس قانونی را برای کسب تکلیف به شورای نگهبان فرستاد، اگر فقها (که با توجه به مباحث پیش‌گفته در روش استنباطی خود از عقلانیت به دور نیستند) قانونی را خلاف شرع بدانند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام، نظر شورای نگهبان را تأمین نکند، مسأله برای تشخیص مصالح و تصمیم مطابق مصالح به مجمع تشخیص مصلحت نظام فرستاده می‌شود (اصل ۱۱۲). مطابق این اصل، واقعیات و مصالح نقشی بسیار اساسی و جدای از ارزش‌ها دارند تا جایی که بر اساس مصالح می‌توان از نظر فقهای شورای نگهبان که به عدم مطابقت حکمی با اسلام رای داده‌اند عدول کرد.

بررسی انواع احکام نیز در اسلام برای نشان‌دادن توجه ویژه این نظام به واقعیت خالی از فایده نیست: احکام اولیه، احکامی است که متعلق به فعل مکلف یا موضوع خارجی باشد با همان عنوان اولیه که از هر قید و حالتی عاری است، مثل حرمت برای خوردن شراب. احکام ثانویه، احکامی است متعلق به فعل مکلف در حالتی که مقید به قید اضطرار، اکراه و ... شود،

مانند حکم خوردن شراب در حالت اضطرار. احکام حکومتی، احکامی است که حاکم جامعه بر مبنای ضوابط پیش‌بینی شده شرعی و بر طبق مصالح عمومی مسلمین برای حفظ سلامت جامعه و تنظیم امور و برقراری روابط صحیح بین سازمان‌ها در مسایل فرهنگی، تعلیماتی، مالیاتی و مقرر می‌دارد (مطهری، ۸۲). به تعبیر آقای مطهری، «حکومت اسلامی در شرایط جدید و نیازمندی‌های جدید می‌تواند با توجه به اصول و مبانی اساسی اسلامی یک سلسله مقررات وضع نماید که در گذشته موضوعاً منتفی بوده است» (همان، ۸۶-۸۷).

کوتاه سخن این‌که، بحث در مورد چیستی و تعیین حدود حکم حکومتی، خود موضوع مفصلی است که پرداختن به آن، خارج از بحث این تحقیق است ولی به اختصار می‌توان گفت شهید صدر، احکام حکومتی را راهی برای پاسخ‌گویی به جنبه‌های متغیر زندگی اجتماعی می‌داند. وی این حوزه را قلمرو ترخیص یا منطقه الفراغ نام نهاده و می‌گوید «ولی امر» جامعه باید با در نظر گرفتن مصالح عمومی و بر اساس حق صدور احکام حکومتی، به وضع مقررات و تنظیم امور اجتماعی در این حوزه بپردازد. به عبارت دیگر، حوزه صدور حکم حکومتی مربوط به جایی است که شرع آن امور را حرام یا واجب نداند؛ بلکه در زمره مباحات باشد. به عبارت دیگر، حکم حکومتی نمی‌تواند واجب را حرام و حرام را واجب نماید (صدر، ۷۲۵/۲). یکی از مباحث مربوط به حکم حکومتی، تعارض آن با احکام شرعی است. در این زمینه بحثی تحت عنوان «حکومت و ورود»، در اصول داریم که بر اساس آن، حکم حکومتی از آنجایی که در جهت حفظ نظام و مصلحت اجتماع است، بر احکام شرعی دیگر تقدم دارد. مطهری می‌گوید: «اختیارات قوه حاکمه اسلامی، شرط لازم حسن اجرای قوانین آسمانی و حسن تطبیق با مقتضیات زمان ... است» (مطهری، ۸۶-۸۷).

خلاصه، همان‌طور که در ابتدای این بخش نیز ذکر شد، «واقعیت» در نظام حقوقی-اسلامی ما، هم در تشخیص ارزش‌های اسلامی در ذیل اجتهاد و هم به عنوان رکنی جداگانه تحت عنوان مصالح قابل شناسایی است و این نکته دقیقاً بر خلاف ادعای ارزشی بودن محض و صرف نظام حقوقی-اسلامی ماست. نظام حقوقی غرب، معنا و مفهوم ارزش در غرب و مسیحیت می‌تواند تبیینی برای تفاوت این مفهوم با آنچه در نظام حقوقی ما به عنوان ارزش شناخته شده‌است، باشد.

نتیجه‌گیری

بررسی تاریخی نظام حقوقی غرب نشان می‌دهد حقوق طبیعی با مبنای ارزشی نتوانست

پاسخ‌گوی نیازها باشد و به تدریج زمینه را برای حرکت به سوی واقعیت و عقل‌گرایی فراهم نمود و در نهایت رویکردهای ارزش‌محور و واقعیت‌نگر با هم عجین شده تا یک نظام حقوقی کارآمد ایجاد شود.

نظام حقوقی ایران، به استناد اصل چهارم قانون اساسی بر پایه اسلام قرار دارد. بنابراین مبنای نظام حقوقی ایران هیچ‌گاه با پوزیتیویسم صرف همخوانی ندارد و نمی‌توان آنرا با اندیشه‌های موجود در این مکتب فکری مقایسه کرد. به هر روی در اسلام، اموری چون نزاع اصولیان و اخباریان، شکل‌گیری، رشد و پیشرفت اصول فقه - که به نوعی با دیگر علوم فقهی از قبیل قواعد فقه مرتبط است - می‌تواند نقش واقعیت و ظهور و حضور عقل‌گرایی اسلامی را نشان دهد.

از مطالب گفته شده می‌توانیم جایگاه عقل و واقعیت در نظام حقوقی ایران به عنوان یک نظام ارزش‌محور را دریابیم. بنابراین گرچه ارزش‌های الهی به عنوان مبنای ایجاد قواعد حقوقی می‌باشند، ولی در کنار آن، نهاد حکم حکومتی می‌تواند نقش واقعیت را نیز نشان دهد. به‌ویژه این‌که در تعارض حکم حکومتی (که نظر به واقعیات اجتماعی و مصلحت جامعه دارد) با احکام شرعی (که همان ارزش‌های ثابت دینی می‌باشند)، حکم حکومتی تقدم و اولویت دارد. در واقع در نظر گرفتن مصلحت و منافع اجتماعی در یک نظام اسلامی، نمایان‌گر نقش واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی است. پس، در نظام حقوقی ایران، باید معتقد به تعامل ارزش و واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی بود.

جدای از مباحث عقلی که در نظام حقوقی ایران و مبنای قواعد آن تأثیر زیادی دارد، ما شاهد قوانینی هستیم که شاید موضوعاً در اسلام منتفی بوده، ولی نیازهای جامعه و توجه به واقعیات و مهم‌تر از همه ظرفیت نظام حقوقی ما منجر به تصویب آن‌ها شده است. قانون نحوه اهدای جنین به زوج‌های نابارور مصوب ۸۲/۴/۲۹ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۸۳/۱۲/۱۹ از مصادیق این مورد است. قانون مسئولیت مدنی نیز شاهد دیگری بر توجه نظام حقوقی ارزش‌محور ما به واقعیات است، زیرا آن‌چه در روایات و اسلام وارد شده پذیرش مسئولیت با مبنای تقصیر است اما حرکت جامعه به سوی صنعتی‌شدن و مدرنیته موجب شده تا در برخی موارد مجبور به پذیرش مسئولیت بدون تقصیر (بر اساس ایجاد محیط خطرناک) و به عبارت دیگر پذیرش نظریه خطر شده‌ایم. جبران خسارت ناشی از حوادث رانندگی می‌تواند مثال دیگری در این زمینه باشد.

مهم‌تر از همه این‌که در ایران، به استناد اصل ۱۱۲ قانون اساسی نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام را داریم. اگر هنگام تصویب قانون، بین مجلس (نهاد وضع‌کننده قانون) و شورای نگهبان (نهاد کنترل‌کننده قوانین مجلس از جهت شرعی یا غیر شرعی بودن آن‌ها) اختلاف ایجاد شود، موضوع به مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌رود تا توسط اعضای این مجمع مورد بررسی قرار گیرد. اعضای مجمع در مورد مذکور، بر اساس مصلحت موجود نظر می‌دهند. در چنین موقعیتی اگر موضوعی که شورای نگهبان آنرا غیرشرعی می‌دانسته توسط مجمع تصویب شود، در واقع مصلحت جامعه و اهمیت موضوع، غالب بر شرعی بودن شده و اهمیت واقعیت را در تصویب قواعد حقوقی نشان می‌دهد.

بررسی نظام حقوقی ایران به عنوان یک نظام مبتنی براسلام، گویای این است که کشور ما می‌تواند از تعامل ارزش‌ها و واقعیت‌ها برای ایجاد یک نظام حقوقی پویا و کارآمد بهره برد. همان‌طور که غرب اکنون نیازمند تعامل این دو مکتب فکری است، اسلام نیز این ظرفیت را دارد که از تعامل ارزش و واقعیت برای ایجاد قاعده حقوقی استفاده نماید. نقش عقل در استنباط احکام، احکام ثانویه، حکم حکومتی، اجتهاد، وضع قوانین شکلی و نهادی هم‌چون مجمع تشخیص مصلحت نظام از مصادیق حضور واقعیت و نقش داشتن آن‌ها در ایجاد قواعد حقوقی در ایران هستند. گرچه غرب راه زیادی را پیمود تا سرانجام به این نتیجه رسید که ارزش و واقعیت صرف، هیچ‌کدام نمی‌توانند نظام حقوقی پویایی ایجاد نمایند، ایران در نظام حقوقی کنونی خود با بنیان‌گذاری مبنا بر اساس ارزش‌های الهی و در کنار آن ایجاد نهادهایی که واقعیت را در قانون و نظام حقوقی وارد کرده است، به تعامل ارزش و واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی پرداخته است و این چیزی است که شاید غرب در مورد ایران به انکار آن می‌پردازد. البته تعامل ارزش و واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی، چیزی نیست که غرب از آن غافل باشد. همان‌طور که پیشتر ذکر گردید، اندیشه‌های افرادی چون دورکین و هارت، نشان می‌دهد که هیچ‌کدام به ایجاد نظام حقوقی با ارزش یا واقعیت محض معتقد نیستند. «اصول حقوقی» در اندیشه دورکین و «محتوای حداقلی حقوق طبیعی» در نظرات هارت، بیانگر نقش ارزش و «قواعد حقوقی»، نقش واقعیت را بیان می‌کند و در مجموع تعامل این دو مبنا را نشان می‌دهد.

منابع

- ابدالی، مهرزاد، *درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه های حقوقی*، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۸
- ارسطو، *اخلاق نیکوماخوس*، مترجم: محمد حسن لطفی، تهران: طرح نو، ۱۳۷۸
- بیکس، برایان، *فرهنگ نظریه حقوقی*، مترجم: محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۸۹
- پاپکین و استرول، ریچارد و آروم، *کلیات فلسفه*، مترجم: سید جلال الدین مجتبی، تهران: انتشارات حکمت، ۱۳۸۴
- تبیت، مارک، *فلسفه حقوق*، مترجم: حسن رضایی خاوری، مشهد: موسسه فرهنگی قدس، ۱۳۸۴
- ترویه، میشل، *فلسفه حقوق*، مترجم: مرتضی کلانتریان، تهران: نشر آگه، ۱۳۹۰
- جعفری تبار، حسن، *فلسفه تفسیری حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸
- جهانگیر، منصور، *قانون اساسی*، تهران: موسسه انتشارات آگاه، ۱۳۸۰
- _____، *قانون مدنی*، تهران: نشر دیدار، ۱۳۸۷
- حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن، *المعتبر فی شرح المختصر*، قم: موسسه سید الشهداء، ۱۳۶۴
- حلی، حسن بن یوسف، *مبادئ الاصول الی علم الاصول*، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۶ ق.
- حلی، ابن ادریس، *السرائر*، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- راسخ، محمد، *حق و مصلحت (مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش)*، تهران: طرح نو، ۱۳۸۷
- صابری، حسین، «گزارش تحلیلی از دلیل عقل در اصول فقه شیعه»، *مجله مشکوه*، شماره ۵۹، ۱۳۸۹.
- صادقی، هادی، «از عقل قدسی تا عقل ابزاری»، *نشریه بازتاب اندیشه*، شماره ۶۶، ۱۳۸۴.
- طوسی، محمد بن حسن، *العهده فی اصول الفقه*، قم: مطبعة ستاره، ۱۴۱۷ ق.
- عزتی، ابوالفضل، «بررسی تطبیقی نقش عقل در نظام حقوقی غرب و اسلام»، *فصلنامه نامه مفید*، شماره ۶، ۱۳۸۸
- علم الهدی، سید مرتضی، *الذریعه الی اصول الشریعه*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳
- فلسفی، هدایت الله، *سالنامه ایرانی حقوق بین الملل و تطبیقی، حقوق بین الملل: از اراده مطلق تا عقل و واقعیت، و از عقل تا واقعیت تا بشریت*، تأملاتی در سیر تحول مبانی فلسفی حقوق بین الملل، شماره اول، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۴
- کراجکی، محمد بن علی، *کنز الفوائد (منبع الکترونیکی)*، موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت.
- کلسن، هانس، *نظریه حقوقی ناب؛ مداخلی به مسائل نظریه حقوقی*، مترجم: اسماعیل نعمت اللهی، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۷
- کلی، جان، *تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب*، مترجم: محمد راسخ، تهران: طرح نو، ۱۳۸۲.

۱۸۲	مطالعات اسلامی-فقه و اصول	شماره ۹۶
اسلامی، ۱۳۸۲.	محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه ۱، بخش مدنی، مالکیت، مسئولیت، تهران: مرکز نشر علوم	
۱۳۸۵	محقق داماد، سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه، دفتر دوم: منابع فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی،	
محمدی، ابوالحسن، اصول فقه (مبانی استنباط حقوق اسلامی)، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰		
مطهری، مرتضی، اصول فلسفه و روش رئالیسم، مجموعه آثار، جلد ۶، تهران: انتشارات صدرا، ۱۳۶۸		
مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، الطبعة الثالثة، تهران: انتشارات حکم، ۱۳۶۸		
موحد، محمد علی، در هوای حق و عدالت، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران: نشر کارنامه، ۱۳۸۱.		
نعمت اللهی، اسماعیل، «گستره حکم حکومتی، نشریه فلسفه، کلام و عرفان»، قیاسات، قم: شماره ۱۵ و ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۷۹.		
وائل بن حلاق، تاریخ تنویری های حقوقی/اسلامی، مترجم: محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۸۸.		
روزنامه رسمی شماره ۱۲۷۳۴ - ۱۳۶۷/۸/۲۴		

- Bentham, Jeremy (1823) An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Ch. I, iv
- Bowring, Jhon (1823-43), Bentham's Anarchical Fallacies, 11 vols, London: Edinburgh
- Dworkin, Ronald (1977), Taking Rights Seriously, London: Duckworth
- Dworkin, Ronald (198۵), A Matter of Principle, Oxford, Ch. 4.
- Dworkin, Ronald (1986), Law's Empire, Cambridge: Bleknap Press
- Dworkin, Ronald (1995), Law and Morals, in the Oxford Companion to Philosophy
- Dworkin, Ronald (2006), Justice in Robes, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press
- Dworkin, Ronald (2009), Civil Disobedience, UK: Stanford Encyclopedia of Philosophy
- George, Robert (1992), Natural Law Theory, Oxford: Clarendon Press
- Golding, Martin and Edmundson, William (2005), The Blackwell Guide to The Philosophy of Law and Legal Theory, Oxford: Blackwell Publishing, UK
- H.L.A., Hart(1961), The Concept of law, Op Cit., London, New York
- H.L.A., Hart (1992), "Essays on Bentham", Oxford, Oxford University Press, 2nd. Ed.
- Hart, A.L.A. (2003), Positivism and the Separation of Law and Morales, in Philosophy of Law, ed Patterson, Dennis, Black well

- Hofeld, Wesley (1917), fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, London: Yale Law Journal
- Lewis, David (1968), Convention: A Philosophical Study. Oxford: Basil Blackwell
- MacCormick, Neil (2008), H. L. A. Hart. 2nd ed. Stanford, CA: Stanford University Press
- Marmor, Andrei (2002), Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral, Oxford Journal of Studies 26
- Perry, Stephen (2001), Harts Methodological Positivism, In Harts Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law, edited by J. Coleman, 323. Oxford: Oxford University Press
- Postema, Gerald (1989), Bentham and the Common Law Tradition, Oxford: Clarendon Press
- Ratnapala, Suri (2009), Jurisprudence, Cambridge: Cambridge University Press
- Raz, Joseph (1994), Ethics in the Public Domain, Oxford: Clarendon Press
- Reidy, David A. (2007), On The Philosophy of Law, Thomson: Wadsworth
- Wacks, Raymond (2009), Philosophy of Law, A Very Short Introduction, Oxford University Press

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۶
بهار ۱۳۹۳، ص ۱۸۵ - ۱۹۸

بررسی فقهی حقوقی حکم جنایات متعدد ناشی از یک ضربه*

دکتر یوسف نورائی^۱

استادیار دانشگاه شمال

Email: yyffr114@yahoo.com

دکتر محمد هادی صادقی

دانشیار دانشگاه شیراز

چکیده

چنانچه جنایات متعدد، اثر یک ضربه جانی باشد در حکم این مسأله سه باور متفاوت وجود دارد. مشهور فقیهان پرداخت دیات تمامی جنایات حاصله را بر جانی لازم دانسته‌اند. گروه دیگر که قائل به تداخل جنایات شده‌اند خود به دو دسته تقسیم می‌شوند. شماری به‌طور مطلق و برخی نیز با وجود شرائطی تداخل و در نتیجه پرداخت تنها یک دیه را بر جانی لازم می‌دانند. قانون‌گذار که پیش از این در مسأله جنایات متعدد ناشی از یک ضربه، حکم آشکاری را بیان نکرده بود، کوشیده تا در قانون مجازات اسلامی جدید، حکم این مسأله را بیان نماید. مقنن در این زمینه بسیار ناقص عمل نموده است زیرا نه تنها نظر مشهور را رد نموده بلکه برای پذیرش حکم تداخل جنایات، علاوه بر شروط یادشده از سوی فقیهان دسته دوم، خود شرط غیر عمدی بودن ضربه جانی را نیز افزوده است. یعنی عملاً قانون‌گذار دیدگاه هیچ فقهی را در این باره نپذیرفته است. نوشتار پیش رو، پژوهشی کتابخانه‌ای و اسنادی است که به روش توصیفی تحلیلی سامان یافته و ضمن بررسی فقهی و حقوقی، به این نتیجه رسیده است که اگر جنایت دوم اثر و نتیجه جنایت اصلی بوده و میانشان شدت و ضعف نیز باشد، جنایت اقل در اکثر تداخل نموده و برخلاف مواد پیشنهادی قانون‌گذار، برای ثبوت حکم تداخل، تفاوتی میان عمدی یا غیر عمدی بودن ضربه اولیه جانی نیست.

کلیدواژه‌ها: تعدد جرم، تعدد نتایج، قانون مجازات اسلامی، تداخل جنایات، رابطه طولی.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۶/۰۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۱/۱۲/۰۹.

^۱. نویسنده مسئول.

مقدمه

از مصادیق بارز کیفیات عام مشدد، تعدّد جرم است. (اردبیلی، ۲/۲۱۷؛ نوربها، ۴۴۰). مفهوم‌سازی مسأله پژوهشی^۱ از بخش‌های مهم در فرآیند یک پژوهش نظری^۲ است (چمپیون، ۱۸) با وجود این، قانون‌گذار، تعریفی از تعدّد جرم ارائه ننموده و حتی تعریفی که خود در پیش‌نویس اولیه لایحه مجازات اسلامی در ماده ۱-۱۳۴^۳ بیان کرده بود را در مراحل بعدی حذف نموده است. این ابهام نه‌تنها در تعریف، بلکه در برخی از مصادیق تعدّد جرم مانند تعدّد نتایج حاصل از یک جرم نیز بسیار مشهود است. قانون مجازات اسلامی درباره تعریف، مصادیق و شرایط تعدّد نتیجه ساکت است. قانون‌گذار در قانون جدید مجازات اسلامی تا حدودی به این موضوع به‌ویژه در مبحث دیات توجه نموده است. رویکرد نوین یادشده که تبلورش در ماده ۵۴۶ ق.م.ا دیده می‌شود، با وجود تحسین برای تلاشی ستودنی، هنوز دارای ابهام‌ها و بعضاً تعارض‌های آشکاری است. مشهور فقیهان امامیه در مواردی که چند ضربه جانی در مجموع، یک جنایت بوجود آورد و یا هر کدام از ضربه‌ها جنایت جداگانه‌ای را ایجاد نمایند اختلافی ندارند و در مورد نخست به تداخل دیات و در مورد دوم به عدم تداخل دیات رأی داده‌اند. (سبزواری، ۲۹/۲۵۰) قانون‌گذار نیز از مشهور فقیهان پیروی نموده و در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ در در مواردی که چند ضربه جانی در مجموع، یک جنایت بوجود آورد، تداخل دیات^۴ و در مواردی که هر کدام از ضربه‌ها جنایت جداگانه‌ای را ایجاد نمایند، عدم تداخل دیات را پذیرفته است^۵ اما اختلاف آراء، زمانی است که یک ضربه جانی موجب پیدایش آثار و جنایت متعددی گردد که در این‌باره پس از بررسی آرای فقیهان، ابهام‌ها و تعارض‌های ماده ۵۴۶ قانون مجازات اسلامی^۶ که به این مسأله پرداخته را بیان می‌داریم.

^۱ Conceptualization of research problem.

^۲ Pure research

^۳ ماده ۱-۱۳۴: تعدّد جرم به معنای ارتکاب مجدد همان جرم یا تحقق جرم دیگری قبل از اجرای مجازات است.

^۴ ماده ۵۳۹- هرگاه مجنی‌علیه در اثر سرایت صدمه یا صدمات غیرعمدی فوت نماید یا عضوی از اعضای او قطع شود یا آسیب بزرگتری ببیند به ترتیب ذیل دیه تعیین می‌شود:... ب - در صورت تعدّد صدمات چنانچه مرگ یا قطع عضو یا آسیب بیشتر، در اثر سرایت تمام صدمات باشد، تنها دیه نفس یا عضو یا آسیب بزرگتر ثابت می‌شود ...

^۵ ماده ۵۴۲- هرگاه در اثر رفتارهای متعدد، آسیب‌های متعدد ایجاد شود، هر آسیبی دیه جداگانه دارد.

^۶ ماده ۵۴۶- چنانچه به سبب ایراد ضربه یا جراحت، صدمه بزرگتری به وجود آید مانند اینکه با شکستن سر، عقل زائل شود، هرگاه آن جراحت علت و سبب زوال یا نقصان منفعت باشد اگر با یک ضربه یا جراحت واقع شده باشد دیه ضربه یا جراحت در دیه بیشتر تداخل می‌کند و تنها دیه زوال یا نقصان منفعت که بیشتر است پرداخت می‌شود و چنانچه زوال منفعت یا نقصان آن با ضربه یا جراحت دیگری غیر از ضربه‌ای که جراحت را ایجاد کرده است، واقع شده باشد و یا ضربه یا جراحت وارد

بررسی فقهی مسأله

فقیهان امامیه در موردی که به دنبال یک ضربه جانی نتایج متعددی به وجود آید سه دیدگاه ارائه کرده‌اند:

دیدگاه اول شماری از فقیهان بدون آن که تفصیلی را بیان نمایند به تداخل دیات در این حالت قائلند. به عنوان نمونه شیخ طوسی (ره) می‌گوید:

«وَمَنْ ضَرَبَ إِنْسَانًا عَلَى رَأْسِهِ ضَرْبَةً فَذَهَبَ عَقْلُهُ اَنْتَظِرْ بِهِ سَنَةً ... وَ إِنْ كَانَ أَصَابَهُ مَعَ ذَهَابِ عَقْلِهِ شَجَّةٌ إِمَّا مُوضِحَةٌ أَوْ مَأْمُومَةٌ أَوْ غَيْرَهُمَا مِنَ الْجَرَاحَاتِ، لَمْ يَكُنْ فِيهِ أَكْثَرُ مِنَ الدِّيَةِ كَامِلَةً» (شیخ طوسی، النهایه، ۷۷۱). برخی دیگر از فقیهان نیز شبیه همین عبارت را پذیرفته‌اند. (ابن سعید حلّی، ۵۹۵؛ ابن ادریس حلّی، ۳۹۶/۳)

دیدگاه دوم، مشهور فقیهان امامیه بر خلاف نظر پیشین بدون هیچ‌گونه قیدی عدم تداخل دیات و در نتیجه جمع دیات را پذیرفته‌اند. صاحب مسالک، حکم عدم تداخل را صراحتاً به مشهور نسبت داده است: «مشهور فقیهان امامیه بر این باورند که جنایت بر عضو و منفعت تداخل نمی‌نمایند آن‌که سرش را زخمی کند و در اثر آن زخم عقل مجروح از بین برود. مشهور در حکم عدم تداخل تفاوتی میان این‌که آن جنایات با یک ضربه ایجاد شود یا ضربه‌های بیشتر تفاوتی قائل نیستند (شهید ثانی، ۴۴۴/۱۵) صاحب جواهر پس از تحریر محل نزاع و بیان عبارات برخی از قائلان به عدم تداخل دیات می‌نویسد: «و صریحه موافقه المشهور هنا كما أن الشيخ رجع عمّا في النهاية إلى موافقته أيضاً في محكي الخلاف و المبسوط» (نجفی، ۲۹۴/۴۳) نویسنده جامع المدارک نیز بر مشهور بودن عدم تداخل این‌چنین تأکید می‌نماید: «اگر زخمی بر سرش وارد نماید و در اثر آن زخم، عقل مجنی‌علیه نیز از بین برود، دیه دو جنایت بنا بر نظر مشهور تداخل نمی‌نماید» (خوانساری، ۲۵۴/۶).

دیدگاه سوم، برخی دیگر از فقها هیچ‌یک از نظرات پیشین را به طور مطلق نپذیرفته بلکه با وجود شرائطی تداخل را پذیرفته و در صورت فقدان هر یک از شرائط مد نظر خود قائل به عدم تداخل دیات شده‌اند. مدنی کاشانی بر این باور است که اگر دو جنایت ایجاد شده به گونه‌ای باشد که یک جنایت سبب ایجاد جنایت دوم شده باشد، یعنی جنایت دوم اثر جنایت اول باشد، در این صورت تداخل دیات درست بوده و جانی موظف به پرداخت تنها یک دیه

علت زوال یا نقصان منفعت به گونه‌ای که لازم و ملزوم یکدیگرند، نباشد و اتفاقاً با آن ضربه و جراحت، منفعت نیز زائل گردد یا نقصان یابد، ضربه یا جراحت و منفعت، هر کدام دیه جداگانه دارد.

است؛ در غیر این صورت، هر جنایت مستقل بوده و موجب لزوم پرداخت دیه‌ای جداگانه خواهد شد. (مدنی، ۲۶۵) خوئی نیز بر این باور است که در این حالت با وجود دو شرط می‌توان تداخل دیات را پذیرفت. وی علاوه بر شرط یاد شده از سوی مدنی کاشانی، شرط دیگری را بیان نموده و آن وجود شدت و ضعف میان نتایج مجرمانه است. (خوئی، موسوعه، ۴۳۷/۴۲) منظور از شدت و ضعف این است که جنایات به قضاوت عرف اقل و اکثر باشند مانند آن‌که جانی یک ضربه به سر مجنی‌علیه بزند و موجب زخمی از نوع حارصه (خراش پوست بدون جاری شدن خون) شود که دیه آن یک شتر است. سپس به جهت وجود بیماری خاص در مجروح، زخم یادشده عفونت کرده و با سرایت بیشتر تبدیل به جنایت از نوع دامیه (خراشی که از پوست بگذرد همراه با جریان خون) شود که دیه آن دو شتر است. در این حالت نتیجه اول یعنی حارصه چون اقل و ضعیف‌تر از دامیه است، و از سوی دیگر جنایت دوم اثر جنایت اول است، جنایت ضعیف در شدید تداخل نموده در نتیجه جانی صرفاً ملزم به پرداخت جنایت شدید و اکثر یعنی دو شتر است نه این‌که دو جنایت با هم جمع گردند.

بررسی ادله

دلیل دیدگاه اول:

تنها دلیل شیخ طوسی و ابن سعید حلّی استناد به صحیحہ ابو عبیدہ است. (حرّ عاملی، ۳۶۷/۲۹) در این روایت ابو عبیدہ حدّاء از امام باقر (ع) می‌پرسد که جانی با ستون خیمه‌ای بر سر مجنی‌علیه می‌کوبد به‌طوری که عقل او از بین می‌رود؛ تکلیف چیست؟ حضرت می‌فرماید باید تا یک سال منتظر ماند. چنان‌چه در این مدت مجنی‌علیه مُرد، جانی قصاص می‌شود. ولی در صورت زنده ماندن و باز نگشتن عقل مجنی‌علیه پس از یک سال جانی باید یک دیه کامل بپردازد. راوی دوباره می‌پرسد: آیا به جهت زخمی که در اثر برخورد ستون با سر مجنی‌علیه ایجاد شده نباید دیه‌ای جدای از دیه ذهاب عقل بپردازد؟ حضرت می‌فرماید: «خیر زیرا مرتکب فقط یک ضربه زده ولی آن یک ضربه دو جنایت را به وجود آورده است به همین جهت او را به پرداخت دیه مهم‌تر (از میان دو جنایت از بین رفتن عقل و دیه زخم سر) محکوم نمودم».

۱. کتاب الدیات، ابواب دیات المنافع، باب هفتم، حدیث یکم: «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَنْ رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بِعَمُودٍ فَسَطَّاطَ - عَلَى رَأْسِهِ ضَرْبَةً وَاحِدَةً فَأَجَافَهُ - حَتَّى وَصَلَتْ الضَّرْبَةُ إِلَى الدِّمَاغِ فَذَهَبَ عَقْلُهُ - قَالَ إِنْ كَانَ الْمَضْرُوبُ لَا يَعْقِلُ مِنْهَا الصَّلَاةَ - وَلَا يَعْقِلُ مَا قَالَ وَلَا مَا قِيلَ لَهُ - فَإِنَّهُ يَنْتَظَرُ بِهِ سَنَةٌ - فَإِنْ مَاتَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ السَّنَةِ أَقِيدَ بِهِ ضَارِبُهُ - وَإِنْ لَمْ يَمُتْ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ

ادله دیدگاه دوم

مشهور فقها برای اثبات عدم تداخل دیات به ادله ذیل استناد کرده‌اند:

۱. اصل عدم تداخل مسببات شرعیه

در علم اصول بحث مفصلی است که اگر سبب‌های شرعی (مانند جنایات‌های ایجادشده بر مجنی‌علیه) متعدد شوند آیا اثر آنها (قصاص یا دیه هر یک از جنایات مذکور) هم متعدد خواهند بود یا انجام یک نتیجه از بقیه کفایت می‌کند که سه نظریه در میان علمای امامیه در این باره وجود دارد (موسوی، ۳۰۴-۲۴۰) مشهور بر این باورند که مسببات تداخل نمی‌کنند. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۰ نیز این اصل صراحتاً پذیرفته شده است. مقنن در این قانون در ماده ۵۳۲ مقرر نموده است: «در تعدد جنایات، اصل بر تعدد دیات و عدم تداخل آنها است مگر مواردی که در این قانون خلاف آن مقرر شده است».

۲. اجماع فقیهان

شیخ طوسی پس از بیان برخی از اقوال می‌گوید: «و دية العقل واجبة مع ذلك و هذا هو مذهبننا». (طوسی، المبسوط، ۱۲۷/۷) صاحب مفتاح نیز پس از نقل عبارت شیخ طوسی از کتاب نهاییه می‌گوید: «أنا لم نأخذ دليلًا و إنما الدليل ما قد عرفته من الأصل و الإجماع و أخبار (الخلاف) المعتضدة بالإجماع» بنابراین وی استناد به روایت ابو عبیده را دلیل درستی ندانسته و سه دلیل از جمله اجماع را تنها ادله صحیح می‌داند. (حسینی عاملی، ۴۵۶/۱۰)

۳. صحیح ابراهیم بن عمر (حر عاملی، ۳۶۵/۲۹)

در این روایت ابراهیم از امام صادق (ع) نقل می‌نماید که آن حضرت فرمودند که از حضرت علی (ع) درباره مردی پرسیدند که این جانی عصایش را به مردی دیگر می‌زند و در نتیجه آن، شش جنایت از جمله از بین رفتن شنوایی و بینایی و گویش و... به وجود آمده است که امیرالمومنین (ع) ضارب را محکوم به پرداخت شش دیه (به تعداد جنایات حاصله) نمودند.

السنة - و لم يرجع إليه عقله أغرم ضاربه الدية في ماله - لذهاب عقله قلت - فما ترى عليه في الشجة شيئاً قال لا - لأنه إنما ضرب ضربة واحدة - فجنت الضربة جنتين - فألزمته أغلظ الجنائين و هي الدية - ولو كان ضربه ضربتين فجنت الضربتان جنائين - لألزمته جنابة ما جنتا كأننا ما كان - إلا أن يكون فيهما الموت - فيقاد به ضاربه...»^۱

^۱ . نظر دوم آن است که مطلقاً تداخل می‌کنند و نظر سوم می‌گوید اگر سبب‌ها از یک نوع بودند تداخل پذیرفته می‌شود.

^۲ . کتاب الدیات، ابواب دیات المنافع، باب ششم، حدیث یکم :
«قضى أمير المؤمنين ع في رجل ضرب رجلاً بعضاً فذهب سمعه و بصره و لسانه و عقله و فرجه و انقزع جماعه و هو حي يست ديات»

ادله دیدگاه سوّم

این گروه بر این باورند که ظهور روایات به ویژه ظهور صحیحہ ابو عبیدہ و خصوصاً این قسمت از روایت که حضرت فرمودند: «فَالزَّمْتُهٗ اَغْلَظَ الْجَنَائِثِ» بیانگر این حقیقت است که باید نتایج مجرمانه اثر یکدیگر بوده و شدت و ضعف نیز داشته باشند تا ضعف در ضمن شدید تداخل نماید و از سوی دیگر چون تداخل بر خلاف اصل اولیه است، ناگزیریم تا به قدر متیقّن که همان وجود شرایط یادشده برای تداخل است بسنده نماییم.

نقد و بررسی آراء

الف. بررسی رای دسته نخست:

نگارنده هرچند فی الجمله تداخل دیات را نظری درست می داند اما نظر ارائه شده از سوی شیخ طوسی و دیگر فقهای دسته نخست (تداخل دیات به طور مطلق) را نمی پذیرد. شماری از پژوهشگران در تأیید نظر شیخ، ادله ای را بیان نموده اند که برخی از این ادله با ادعای ایشان همخوانی ندارد.^۱ (حاجی ده آبادی، ۴۶۹) ظاهراً مهم ترین دلیل شیخ طوسی در نهاییه، اطلاق روایت ابو عبیدہ می باشد. نگارنده بر این باور است که این اطلاق در روایت احراز نشده و قرائن قوی مانع تمسک به اطلاق است. زیرا برای استناد به اصالة الاطلاق باید مقدمات حکمت احراز شده باشد. (عراقی، ۵۸۰/۲-۵۷۰) یکی از این مقدمات آن است که قدر متیقّن در مقام تخاطب وجود نداشته باشد (یثربی، ۱۳۵) زیرا شماری از بزرگان علم اصول وجود چنین قدر متیقّنی را مانع از اطلاق کلام می دانند (خراسانی، ۲۴۹-۲۴۷) قدر متیقّن یادشده در صحیحہ ابو عبیدہ موجود است؛ زیرا در پرسش راوی آمده است: ضَرَبَ رَجُلًا ... فَأَجَافَهُ ... فَذَهَبَ عَقْلُهُ. که کاملاً مشخص است که سوال ابو عبیدہ از یک ضربه ای است که زخمی بر سر مجنی علیه وارد می کند و آن زخم سبب ایجاد جنایتی دیگر به نام ذهاب عقل شده است. این که

^۱ . در این کتاب آمده است: «حتی خود صحیحہ ابراهیم هم می تواند دلیلی بر تداخل دیه اطراف باشد زیرا در آن صحبتی از لزوم پرداخت دیه ضربه یا ضرباتی که با عصا پدید آمده است و باعث زوال منافعه شده نیست بنابراین حق با قائلان به تداخل دیه است». علت عدم همخوانی این است که نویسنده محترم علی رغم تلاش ستودنی در بحث، از اصل ادعای خود غافل شده اند زیرا ایشان بر این باورند که شرط رابطه طولی میان نتایج که از سوی دسته سوم ارائه شده با وجود اطلاق روایت ابو عبیدہ درست نیست در حالی که در جمله پیش گفته عملاً وجود رابطه طولی میان نتایج را بطور ضمنی تأیید نموده اند زیرا علت این که امام ع برای زخم (شجّه) حاصل از ضربه عصا دیه جداگانه مشخص فرمودند این بوده که چون رابطه طولی میان زخم ایجادشده از ضربه به یک عضو و از بین رفتن منفعت همان عضو وجود دارد به نظر امام ع دیه آن زخم و منفعت تداخل نموده یک دیه بیان شده است.

راوی برای عطف دو فعل (أجافه) و (ذهب) از حرف عطف فاء استفاده نموده، بیانگر آن است که هر یک از این دو، نتیجه پیش از آن است. یعنی زخم سر نتیجه ضربه و ذهاب عقل نتیجه زخم سر است و این همان رابطه طولی میان فعل جانی و آثار مجرمانه آن است. بنابراین، تمسک به اطلاق روایت امکان‌پذیر نیست. زیرا در مقام مخاطب ابو عبیده و امام (ع) یک قدر متیقن (یعنی رابطه سبب و مسببی میان فعل جانی و آثار مجرمانه آن) وجود دارد.

ب. بررسی رای دسته دوم:

به نظر نگارنده نظر و ادله مشهور در این مسأله به جهات متعدّد دارای اشکال است. نخست این که اصول به طور کلی موقعی می‌توانند دلیلی قطعی باشند که امارات و ادله لفظی وجود نداشته باشند در حالی که با وجود صحیحۀ ابو عبیده استناد به اصل به عنوان دلیل پذیرفته نیست. دوم این که تحقق اجماع در این مسأله که دست کم سه نظر در آن وجود دارد و کسانی چون شیخ طوسی مخالف مشهور نظر دارند امکان‌پذیر نیست و بر فرض تحقق، این اجماع، مدرکی است و ارزشی ندارد. سوم این که استناد مشهور به مهم‌ترین دلیلشان یعنی صحیحۀ ابراهیم نیز جای تأمل بسیار دارد زیرا حتی اگر صحیحۀ ابراهیم هیچ مشکلی هم نداشته باشد، دست کم باید پذیرفت که صحیحۀ ابو عبیده مقدم بر روایت ابراهیم است زیرا صحیحۀ ابراهیم از جهت تعداد ضربه‌ها مطلق است و تعدّد دیات را پذیرفته در حالی که صحیحۀ ابو عبیده تصریح به یک ضربه دارد و در نتیجه روایت ابو عبیده مقید است و مقدم بر اطلاق روایت ابراهیم است. نگارنده بر این باور است که اصولاً استناد به صحیحۀ ابراهیم در این بحث درست نیست زیرا نه تنها نمی‌توان اطلاق روایت از حیث یک ضربه یا دو ضربه بودن را پذیرفت بلکه به نظر می‌رسد روایت ابراهیم خارج از محل نزاع است زیرا روایت یادشده به کمک قرائنی ظهور در تعدّد ضربه‌ها دارد نه یک ضربه‌ای که موجب پیدایش چند جنایت شده باشد. مهم‌ترین قرینه درستی این ادعا گستره جنایات پدید آمده در این روایت است. چگونه عرف می‌تواند تصور نماید که یک ضربه با عصا هم آثاری به این شدت در بالایی بدن مجنی‌علیه (مانند از بین رفتن شنوایی، بینایی و گویش و عقل) داشته و در عین حال

^۱ . در ادبیات عرب به این حرف عطف، فاء نتیجه نیز گفته می‌شود.

^۲ . چه اصل اولیه که دلیل اول مشهور است و چه اصل عملی (الاصل دلیل حیث لا دلیل)

^۳ . هر چند به عنوان مؤید بعضاً بکار می‌روند نه به عنوان دلیل.

^۴ . که به نظر ما این روایت دست کم از لحاظ متن نمی‌تواند دلیل اثبات عدم تداخل جنایات حاصل از یک ضربه باشد که ذیلاً توضیح آن خواهد آمد. زیرا از محل بحث خارج است.

همان یک ضربه موجب آسیب به آلت تناسلی و قطع شدن جماع مجنی علیه نیز گردیده باشد! تلاش صاحب مفتاح برای حلّ این مشکل که یک ضربه ممکن است موجب همه جنایات شش گانه گردد با این فرض که احتمالاً عصای مرتکب بسیار بلند بوده! ضمن این که احتمال بسیار بعیدی است خود بیانگر درستی نظر نگارنده است. (حسینی عاملی، ۱۳۸۷/۴۵۷).

نگارنده در نهایت در محل بحث تداخل دیات را مشروط به وجود دو شرط درست می داند. بدیهی است جنایاتی تداخل خواهند نمود که یا مستقیماً اثر فعل جانی باشند و یا جنایت دوم اثر و نتیجه جنایت اصلی باشد و میانشان شدت و ضعف باشد. اثبات نظریه مختار، اولاً با ادله نقضی است که در رد ادله مشهور و دیگر فقیهان بیان نمودیم و ثانیاً ظهور صحیحه ابو عبیده و خصوصاً این قسمت از روایت که حضرت فرمودند: «فَالزَّمْتُهٔ اُغْلَظَ الْجَنَائِثَ» است زیرا تداخل بر خلاف اصل اولیه است، پس به قدر متیقن که همان وجود شرایط یادشده برای تداخل است بسنده می نماییم.

بررسی حقوقی مسأله^۲

مقنن در بحث تعدّد نتیجه در دیات، نظر مشهور فقیهان که قائل به عدم تداخل هستند را نپذیرفته است. هرچند این رویکرد قانون گذار به طور ضمنی از برخی مواد فهمیده می شود، با وجود این، نظر آشکار مقنن در این موضوع را می توان در ضمن ماده ۵۴۶ ق.م.ا یافت که ذیلاً به بررسی آن می پردازیم:

«ماده ۵۴۶-چنانچه به سبب ایراد ضربه یا جراحت، صدمه بزرگتری به وجود آید مانند این که با شکستن سر، عقل زائل شود، هرگاه آن جراحت علت و سبب زوال یا نقصان منفعت باشد اگر با یک ضربه یا جراحت واقع شده باشد دیه ضربه یا جراحت در دیه بیشتر تداخل می کند و تنها دیه زوال یا نقصان منفعت که بیشتر است پرداخت می شود و چنانچه زوال منفعت یا نقصان آن با ضربه یا جراحت دیگری غیر از ضربه ای که جراحت را ایجاد کرده

۱. «و قد تكون العضا طويلاً شملت من لَدُنْ رأسه إلى صلبه فكان منها هذه الأمور الأربعة».

۲. از آن جا که قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۰ تا این لحظه قطعی نشده، نویسنده، شماره مواد مورد استناد را بر اساس آخرین نسخه ارسالی این قانون از سوی ریاست محترم مجلس به ریاست محترم جمهور در تاریخ ۱۳۹۱/۰۱/۲۱ تنظیم نموده است.

۳. مانند ماده ۵۴۷ ق.م.ا.

هرگاه جراحت عمیقی مانند منقله و یا جانفه یکباره واقع شود، تنها دیه همان جراحت عمیق پرداخت می شود و اگر به تدریج واقع شود یعنی ابتداء جراحت خفیف تر مانند موضحه و سپس جراحت شدیدتر مانند منقله ایجاد شود، چنانچه به سبب سرایت جراحت اول باشد تنها دیه جراحت شدیدتر پرداخت می شود ...

است، واقع شده باشد و یا ضربه یا جراحت وارده علت زوال یا نقصان منفعت به گونه‌ای که لازم و ملزوم یکدیگرند، نباشد و اتفاقاً با آن ضربه و جراحت، منفعت نیز زائل گردد یا نقصان یابد، ضربه یا جراحت و منفعت، هر کدام دیه جداگانه دارد.^۱

در این ماده قانون‌گذار تلاش نموده با پذیرش نظر تفصیلی مذکور از سوی خوئی و برخلاف نظر مشهور حکم تداخل دیات را مشروط به وجود شرائطی بپذیرد؛ در حالی که به نظر می‌رسد در این مورد علاوه بر دو شرط مذکور در کتاب مبانی تکمله المنهاج خود شرط غیر عمدی بودن را اضافه نموده است. بدین ترتیب نه پیروی از نظر مشهور نموده و نه نظر دیگران را کاملاً پذیرفته بلکه در واقع خود نظر چهارمی را ارائه داده و آن تداخل دیات در تعدد نتیجه در دیات با وجود چهار شرط است: ۱. یکی بودن رفتار مرتکب. ۲. وجود رابطه طولی یعنی جنایت نخست موجب ایجاد جنایت دوم شود نه این که هر دو جنایت، اثر رفتار اصلی مرتکب باشد. به همین جهت است که قانون‌گذار در ماده ۷۱۷ ق.م.ا.م.صوب ۹۲ مقرر داشته است:

«هرگاه در اثر جنایت وارد بر مادر، جنین از بین برود، علاوه بر دیه یا ارش جنایت بر مادر، دیه جنین نیز در هر مرحله‌ای از رشد که باشد پرداخت می‌شود.»^۲

۳. وجود شدت و ضعف در میان نتایج حاصله ۴. شرط چهارمی که در آرای پیش گفته، هیچ فقیهی نگفته عبارت است از غیر عمدی بودن ضربه واحدی که نتایج متعدد بوجود آورده است. این شرط را هر چند می‌توان از مفهوم ماده ۵۴۰ نیز فهمید.

ولی منطوق ماده ۵۳۹ کاملاً بیانگر شرط چهارم مورد ادعای ما می‌باشد در این ماده قانون‌گذار مقرر داشته:

«هرگاه مجنی‌علیه در اثر سرایت صدمه یا صدمات غیرعمدی فوت نماید یا عضوی از اعضای او قطع شود یا آسیب بزرگتری ببیند به ترتیب ذیل دیه تعیین می‌شود:

^۱ . برگرفته از صدر ماده ۵۴۶: «هرگاه آن جراحت علت و سبب زوال یا نقصان منفعت باشد ...»

^۲ . «چنانچه به سبب ایراد ضربه یا جراحت، صدمه بزرگتری به وجود آید مانند این که با شکستن سر، عقل زایل شود، ... دیه ضربه یا جراحت در دیه بیشتر تداخل می‌کند.»

^۳ . «ماده ۵۴۰- هرگاه صدمه وارده عمدی باشد و نوعاً کشته یا موجب قطع عضو یا آسیب بیشتر نباشد لکن اتفاقاً سرایت کند، علاوه بر حق قصاص یا دیه، نسبت به جنایت عمدی کمتر، حسب مورد دیه جنایت بیشتر نیز باید پرداخت شود مانند اینکه شخصی عمداً انگشت دیگری را قطع کند و اتفاقاً این قطع سرایت کند و موجب فوت مجنی‌علیه یا قطع دست او گردد، علاوه بر حق قصاص یا دیه انگشت، حسب مورد دیه نفس یا دیه دست مجنی‌علیه نیز باید پرداخت شود...»

الف - در صورتی که صدمه وارده یکی باشد، تنها دیه نفس یا عضو یا آسیب بزرگتر ثابت می‌شود. ...»

شرط چهارم، یعنی غیر عمدی بودن ضربه واحدی که نتایج متعدد بوجود آورده است، در حالی در قانون افزوده شده که استناد همه فقیهانی که مطلقاً یا مشروط به وجود شرائطی تداخل دیات را پذیرفته‌اند صحیحه ابو عُبَیْدَه است. در این صحیحه نه تنها غیر عمدی بودن شرط نشده بلکه در صدر روایت، قرائنی است که آن یک ضربه عمدی بوده با وجود این، امام (ع) حکم به تداخل نموده‌اند است. قرائن مورد ادعای ما عبارتند از:

اولاً ظهور فعل ضَرْبَ در آغار روایت و ثانیاً وجود فعل اُقیدَ (ضربه‌زننده قصاص می‌شود) کاملاً بیانگر عمدی بودن ضربه مرتکب است زیرا در غیر این صورت قصاص معنا نخواهد داشت. عبارت روایت این گونه است:

«عَنْ رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بِعَمْدٍ فَإِنْ مَاتَ فِيمَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ السَّتَةِ أُقِيدَ بِهِ ضَارِبُهُ.....».

ذیل ماده ۵۴۶، مطلب جدیدی نیست و در واقع مفهوم مخالف صدر همین ماده است. بنابراین ضرورتی به بیانش نبود و بر فرض به جهت اهمیت، به این مفهوم تصریح شده باشد، مقنن به گونه‌ای ناقص عمل نموده و ایجاد ابهام نموده زیرا در بیان مفهوم مخالف، برخی از شرائط را گفته ولی از بیان مفهوم مخالف شرطی دیگر خودداری نموده است.

مقنن از قاعده‌ای که در ضمن ماده ۵۴۶ تأسیس نموده غافل شده یعنی با وجود این که در ماده ۵۴۶ حکم تداخل دیات را مشروط به وجود شرائطی پذیرفته بود، در تعارضی آشکار بر خلاف حکم مذکور در ماده ۵۴۶ تداخل دیات را در همین موضوع (یعنی ایجاد نتایج متعدد از یک ضربه) در ضمن ماده ۶۷۸ رد نموده و مقرر داشته است: «هرگاه در اثر صدمه‌ای مانند شکستن سر یا صورت، عقل زائل شود یا نقصان یابد، هریک دیه یا ارش جداگانه‌ای دارد..». وضع ماده ۶۷۸ که در ظاهر معارض با ماده ۵۴۶ می‌باشد، توجیهی ندارد مگر آن که گفته شد

^۱ «.... و چنانچه زوال منفعت یا نقصان آن با ضربه یا جراحت دیگری غیر از ضربه‌ای که جراحت را ایجاد کرده است، واقع شده باشد ...»

^۲ . در صدر ماده تأکید به یکی بودن ضربه و وجود رابطه سببیت میان ضربه و نتیجه مجرمانه نموده و در ذیل ماده مفهوم مخالفش را هم تصریح نموده: «و چنانچه زوال منفعت یا نقصان آن با ضربه یا جراحت دیگری غیر از ضربه‌ای که جراحت را ایجاد کرده است، واقع شده باشد و یا ضربه یا جراحت وارده علت زوال یا نقصان منفعت به گونه‌ای که لازم و ملزوم یکدیگرند، نباشد...».

^۳ . چون در ذیل ماده از مفهوم مخالف شرط شدت وضعف میان نتایج حاصله سخنی به میان نیامده است.

که این دو ماده در واقع عام و خاص هستند یعنی ماده ۵۴۶ عموم ماده ۶۷۱ را تخصیص می‌زند. احتمال عام و خاص بودن این دو ماده هرچند ممکن است ولی بعید به نظر می‌رسد. از سویی دیگر، قانون‌گذار، حکمی که در ماده ۲۹۶ مقرر نموده قابل جمع با حکم مذکور در ماده ۵۴۶ نیست زیرا در ماده ۲۹۶ مقرر داشته:

«اگر کسی، عمداً جنایتی را بر عضو فردی وارد سازد و او به سبب سرایت جنایت فوت کند، چنانچه جنایت واقع شده مشمول تعریف جنایات عمدی باشد، قتل عمدي محسوب می‌شود، در غیر این صورت، قتل شبه‌عمدي است و مرتکب علاوه بر قصاص عضو به پرداخت دیه نفس نیز محکوم می‌شود.»

در این ماده تمامی چهار شرط مد نظر قانون‌گذار در ماده ۵۴۶ وجود دارد؛ زیرا شرط نخست یعنی یکی بودن رفتار مرتکب را می‌توان به کمک یای وحدت در کلمه «جنایتی» را بر عضو فردی «ثابت نمود و شرط دوم یعنی وجود رابطه طولی نیز از عبارت «به سبب سرایت جنایت» فهمیده می‌شود همین طور شرط سوم یعنی وجود شدت و ضعف در میان نتایج حاصله نیز بدیهی است زیرا یک نتیجه جنایت بر عضو و نتیجه اشد، فوت مجنی‌علیه است و نهایتاً «در غیر این صورت» در عبارت «در غیر این صورت، قتل شبه‌عمدي است» هم شامل عمد و هم غیر عمد می‌گردد. با وجود این، در ذیل ماده، تداخل را رد نموده است و مرتکب را به هر دو مجازات محکوم نموده است در حالی که همانند صدر همین ماده، علی‌القاعده می‌بایست جنایت اخف یعنی قصاص عضو، در اشد یعنی فوت تداخل نماید. مقنن در صدر ماده این تداخل را پذیرفته و حکم به تنها قصاص نفس نموده است ولی در ذیل همین ماده هم حکم به قصاص عضو داده و هم پرداخت دیه نفس را ضروری دانسته است. مورد نقض دیگر ماده ۵۴۰ ق.م.ا. است. در این ماده نیز مقنن این چنین حکم نموده است:

«هرگاه صدمه وارده عمدی باشد و نوعاً کشنده یا موجب قطع عضو یا آسیب بیشتر نباشد لکن اتفاقاً سرایت کند، علاوه بر حق قصاص یا دیه، نسبت به جنایت عمدی کمتر، حسب مورد دیه جنایت بیشتر نیز باید پرداخت شود مانند این که شخصی عمداً انگشت دیگری را قطع کند و اتفاقاً این قطع سرایت کند و موجب فوت مجنی‌علیه یا قطع دست او گردد، علاوه بر حق قصاص یا دیه انگشت، حسب مورد دیه نفس یا دیه دست مجنی‌علیه نیز باید پرداخت شود.»

در این ماده نیز با وجود فراهم بودن شرائط مذکور در ماده ۵۴۶، همانند ماده ۲۹۶، حکم به

تداخل را رد نموده بیان داشته که «علاوه بر حق قصاص یا دیه انگشت، حسب مورد دیه نفس یا دیه دست مجنی علیه نیز باید پرداخت شود».

نتیجه‌گیری

در قانون مجازات اسلامی تصریحی درباره تعدّد نتیجه وجود ندارد. قانون‌گذار تلاش نمود تا خلاء موجود را در لایحه مجازات اسلامی که به زودی لازم الاجرا خواهد شد برطرف نماید. از این روی حکم تعدّد در تعزیرات را در قالب تبصره یکم ماده ۱۳۳ بیان نموده و تعدّد نتیجه را در حکم تعدّد واقعی دانسته است. این تلاش ستودنی مقنن هنوز دارای ابهاماتی جدی است از جمله این که نه از خود تعدّد جرم و نه از تعدّد نتیجه تعریفی ارائه نشده است. گذشته از این در محدوده جریان تعدّد نتیجه نیز ابهام وجود دارد. این که در تبصره مقرر شده است: «در صورتی که از رفتار مجرمانه واحد، نتایج مجرمانه متعدّد حاصل شود، برابر مقررات فوق عمل خواهد شد» و رفتار را مقید به مجرمانه بودن نموده مفهوم مخالفش این است که چنانچه رفتار اولیه مجرمانه نبوده ولی نتیجه آن فعل مجرمانه باشد مقررات تعدّد شامل آن نمی‌شود در حالی که به نظر نگارنده این نقص قانون یاد شده است در بحث تعدّد نتیجه در دیات نیز قانون‌گذار درصدد نوآوری بوده و تلاش نموده در فصل هفتم از کتاب دیات (تداخل و تعدّد دیات) با تأسیس اصولی تعدّد در دیات را در قالب قواعدی کلی بیان دارد. با وجود تحسین مقنن در هدف یادشده، نگارنده بر این باور است که قانون‌گذار بسیار ناقص عمل نموده و مشکلات زیادی در قانون جدید دیده می‌شود. به عنوان نمونه در بیان «حکم جنایات متعدّد ناشی از یک ضربه جانی» مقنن دقت کافی نداشته است. مصداق بارز این ادعا، تعارض آشکار میان ماده ۵۴۶ و ۶۷۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و همچنین وجود تنافی میان ماده ۵۴۶ و مواد ۵۴۰ و ۲۹۶ همین قانون است. افزون بر این، نگارش متن ماده ۵۴۶ به گونه‌ای است که عملاً با هیچ‌یک از آرای فقیهان هم‌خوانی کامل ندارد. هرچند ما نیز می‌پذیریم که در هنگام نگارش مواد قانونی، ضرورتی ندارد که مقنن خود را محدود به نظر مشهور نماید؛ بلکه باید به دو نکته مهم توجه کند: اول این که کدام یک از نظریه‌های اتخاذی بهتر مصالح جامعه را تأمین می‌کند و دیگر این که کدام یک از نظریه‌ها با اجزای دیگر سیستم حقوقی هماهنگ است (پوربافرانی، ۶۱) ولی ایرادی که در بیان «حکم جنایات متعدّد ناشی از یک ضربه جانی» بر مقنن وارد است این است که اساساً حکم مذکور در قانون یادشده عملاً در آرای هیچ‌یک از

فقیهان امامیه نه مشهور و نه اقلیت وجود ندارد.

منابع

- اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، چاپ اول تابستان ۱۳۷۷.
- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، السرائر، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن سعید حلی، یحیی، الجامع للشرائع، یک جلدی، قم، مؤسسة سید الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
- پوربافرانی، حسن، «نقد رویه شهرت گرایانه در سیاست جنایی تقنینی ایران»، فصلنامه نامه مفید، شماره ۴۳، مرداد و شهریور ۱۳۸۳، صص ۶۱-۹۰.
- پیمانی، ضیاءالدین، بررسی تاریخی و تطبیقی قاعده تعدد جرم، قم، انتشارات مجتمع آموزش عالی قم، چاپ اول زمستان ۱۳۷۴.
- جزیری، عبد الرحمن - غروی، سید محمد - یاسر مازح، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت عليهم السلام، بیروت، دار الثقلین، چاپ اول ۱۴۱۹ ق.
- چمپیون، دین جان، روش تحقیق در عدالت کیفری و جرم شناسی، ترجمه علی شایان، تهران، دادگستر، چاپ اول پاییز ۱۳۸۵.
- حاجی ده آبادی، احمد، قواعد فقه جزائی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ دوم، تابستان ۱۳۸۹.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
- خراسانی (آخوند)، محمد کاظم، کفایه الاصول، یک جلدی، قم، مؤسسه آل البيت ع، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم، انتشارات مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
- سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الأحکام، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، انتشارات مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ ق.
- طاهری نسب، سید یزدالله، تعدد جرم در قانون مجازات اسلامی، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی.
- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷.

- _____، *النهايه*، یک جلدي، بيروت، دار الكتاب العربي، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق.
- عراقی، ضياء الدين، *نهايه الافكار*، چهار جلدي، قم، دفتر تبليغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- قانون مجازات اسلامی*، مصوب ۱۳۹۰ برگرفته از سایت مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی، نسخه ارسالی ریاست محترم مجلس در تاریخ ۱۳۹۱/۰۱/۲۱
- قیاسی، جلال الدين، «بررسی وحدت یا تعدد جرم در حالت تعدد نتیجه»، *فقه و حقوق*، شماره ۲۰، بهار ۱۳۸۸
- کشاوری، بهمن، *مجموعه محشای قانون تعزیرات*، تهران، گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۷۸.
- گارو، رنه، *مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا*، مترجم: سید ضیاءالدین نقابت، تهران، ابن سینا، ۱۳۴۴.
- مدنی کاشانی، رضا، *کتاب الادیات*، یک جلدي، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- موسوی خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیله*، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
- موسوی، سید علی، «رسالة في تداخل الأسباب و المسببات»، *پژوهش های اصولی*، شماره های دوم و سوم، زمستان ۱۳۸۱ و بهار ۱۳۸۲.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، بيروت، دار إحياء التراث العربي، چاپ هفتم، بی تا.
- نوربها، رضا، *زمینه حقوق جزای عمومی*، تهران، نشر دادآفرین، چاپ هشتم، ۱۳۸۲.
- یثربی، سید محمد علی، «کارکرد استنباطی انصراف و کاربرد حقوقی آن»، *حقوق خصوصی*، شماره ۱۴، بهار و تابستان ۱۳۸۸.

ntentionality of the criminal's primary strike.

Keywords: multiple crimes, multiple outcomes, Islamic Penal Law, interference of crimes, linear relations.

system and value-oriented, the values create legal rules in an effective interaction with realities.

Keywords: value, reality, legal rule, intellect, Iranian legal system.

Legal-Judicial Study of the Verdict on Multiple Crimes resulting from a Single Strike

Dr. Yūsuf Nūrā'ī, Assistant Professor

North University

Dr. Muḥammad Hādī Ṣādiqī, Associate Professor

Shiraz University

In case multiple crimes are caused by a single strike, there are three different beliefs concerning the ruling on this issue. The renowned majority of jurists have deemed as necessary the payment of blood money (*diya*) by the criminal for all the crimes perpetrated. Another group, who has maintained the interference of crimes, are themselves divided into two groups. One group maintains interference and consequently deems as necessary the payment of only one *diya* in an absolute way and another does so with some conditions. The legislator, who had not previously stated a clear ruling regarding multiple crimes resulting from one strike, has tried to state the ruling on this issue in the new Islamic Penal Law. The legislator has acted very poorly in this respect, because he has not only rejected the generally accepted assertion but has also, for accepting the ruling on the interference of crimes, added the condition of non-intentionality of the criminal's strike to the conditions already mentioned by the second group jurists. That is to say, the legislator has practically not accepted the view of any of the jurists in this regard. The present writing is a library/documentary research that has been organized by descriptive-analytic method and concluded by a legal-judicial study that if the second crime is the result and outcome of the main crime and one is major and the other minor, the minor will interfere in the major and contrary to the articles proposed by the legislator, there is no difference between the intentionality and non-

intimidate people by using whatever that frightens and panics them, causing disorder in society. According to this viewpoint, the title *muḥārība*, is semantically expanded to include armed and unarmed, contrary to the fact that according to article 183 of Islamic Penal Law, the legislator has regarded *muḥārība* as subject to be armed. Nevertheless, there are certain crimes among those against public security that according to the jurisprudential evidences, are true instances of the crime of *muḥārība* and the basic components and elements of this group of crimes fully conform to the crime of *muḥārība*. However, in crimes against public security, the legislator has considered only a limited number of these crimes as *muḥārība*; in some he has not made any reference to the crime perpetrated as being *muḥārība*, and in others has looked at this title with suspicion. Similarly, in some cases, he has set the anti-government activities and the intention to confront the ruling system as the criterion for judging as *muḥārība*.

Keywords: *muḥārība*, arms, crimes against public order, crimes against national security.

Interaction of Value and Reality in Creating Legal Rule

Mardīya Nikū'i, M.A. in Private Law

Isfahan University

Fundamentals of legal rule is one of the major discourses of the philosophy of law, which has led to the formation of numerous intellectual schools in this field. The main query of the present research is that whether the two schools of "natural law" and "legal positivism" can interact with each other. Is the combination of "value" and "reality" possible in a legal system? What is the status of these factors in Iranian legal system? In other words, given the Islamic-value of our legal structure, has this system neglected the reality or are value and reality creating legal rules in a constructive interaction with each other? Answering these important questions requires studying the intellectual ideas different from those of all the Western thinkers. Finally, the present research concludes that in the West values still enjoy a major status, although it has tried to separate its legal principles from value principles. Besides, in the Iranian legal system, although an Islamic

Information dissemination throughout the society is carried out by a phenomenon called news. This phenomenon is in relation to various social institutions as well as different aspects of people's lives. In the present article, the writers believe that, firstly, the phenomenon of news, despite the operations carried out to disseminate and present it, has material value and that its economic value underlies the rulings and regulations related to properties in this field. Secondly, the phenomenon of news, beyond its material value, enjoys the feature of ownership, which is a specific credit relation between people and objects. Proving this feature of news would involve a great part of legal regulations in the field of news and dissemination of information. In this respect, identifying and introducing the owner of news will have an important status in paying attention to their rights and obligations entailed by ownership. Thirdly, the phenomenon of news, after confirmation of its material value and ownership, would be qualified to be the subject of exchange contracts, and accordingly, a new condition including economic relations and transactions about it would form.

Keywords: news, ownership, material value, material value of news, ownership of news.

Reappraisal of the Nature and Evidences of Waging War (*Muḥārība*) in Crimes against Public Order

Sayyida Qudsiya Mūsavī Mashhadī, M.A. Graduate

Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Sayyid Muḥammad Mahdī Qabūlī Durafshān, Associate Professor

Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Muḥammad Ḥasan Ḥā'irī, Professor

Ferdowsi University of Mashhad

In Islamic penal law, most of the crimes against national and social security are gathered under the title *muḥārība* (waging war); whereas, in jurisprudence, there is disagreement about the nature and criteria of *muḥārība* and the concept of arms in *muḥārība*. However, by research and delving into evidences derived from jurisprudential texts, a true definition of this category can be achieved, according to which *muḥārība* would be the intention to

books. The information of people's life and their geographical conditions, which are included in their specific intellectual inclinations, is usually extracted from these books, which can be used for quantitative analysis for presenting a portray of the overall figure of a society, in general, and its academic walks of life, in particular.

Four centuries ago, in eleventh/seventeenth century, Muḥammad Amīn Astarābādī, brought up one of the scholarly achievements in a modern, and of course, extremist form. This idea greatly influenced the scholars of his time and afterwards and was considered a dominant Shī'ī thinking for over a hundred years. Astarābādī is sometimes remembered as the founder and, at other times, as the regenerator of the traditionalists' (*akhbāriyūn*) school. As to which of the above titles is appropriate for him, depends on tracing the history of traditionalism back to the early periods of Twelver Shī'ism after the Occultation; or, it is considered as a new phenomenon. It is not important which of these titles (founder or regenerator) is true for Astarābādī, the important point is that the traditionalists' way of thinking in the Safavid period challenged the procedure of jurisprudence and legal reasoning (*ijtihād*).

After giving an overall picture of the core concepts of Astarābādī's school of thought and the advances he made in the sources and principles of legal reasoning, the present article seeks to study the point that despite the efficacy of this school in the Safavid period and the comprehensive conflict of the traditionalists and legal theorists (*uṣūlīs*) for over a century (eleventh/seventeenth), why has this issue been rarely spoken of in the biographies up to 150 years after the death of Muḥammad Amīn Astarābādī?

Keywords: traditionalism, Astarābādī, conflict between the traditionalists and legal theorists, biography writing.

A Jurisprudential Research in Material Value and Ownership of News in Mass Media and the Rights Resulting from it

Dr. Muḥammad Taqī Fakhla'ī, Professor

Ferdowsi University of Mashhad

Iḥsān 'Alī Akbarī Bābūkānī, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Law

Change of *Fatwā* and its Backgrounds in Sunnī Jurisprudence

'Abd al-Salām Imāmī, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law,
Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Husayn Nāṣirī Muqaddam, Associate Professor
Ferdowsi University of Mashhad

In the Islamic schools' opinions, change of *fatwa* (legal ruling) is among the important issues that has been discussed about both in contemporary and earlier periods. All schools have accepted the permissibility for the *mufti's* change of *fatwa* as a general rule. In those schools' point of view, it is permissible for the *mufti* to withdraw his *fatwa*. Therefore, following answering the question as to what factors are effective in change of *fatwa*, the overall proposition of the writers of the present article is to study the Sunnī jurists' perspective to obtain some elements from their statements implied in terms of induction and to express its jurisprudential examples. The writers have, in general, considered six factors involved in the Sunnī jurists' change of *fatwa*, which include: 1. Change in convention (*urf*) and the exigencies of time, 2. Considerations of time, 3. Change in the states of the people of the time, 4. Reanalyzing the subject by the master jurist (*mujtahid*), 5. The master jurist's revision in the principles and reasons of the previous *fatwa*, and 6. The master jurist's access to new reasons.

Keywords: *fatwā*, *mufti*, Sunnī jurists, change, factors.

The Core Concept of Astarābādī's Intellectual System and its Reflection in Biography (*Tarājum*) Sources

Dr. Ḥamīd Rezā Shari'atmadārī, Assistant Professor

University of Religions and Denominations

Sayyid Mahdī Ṭabāṭabā'ī, Ph.D. Student and Researcher

Religions and Denominations Research Center

In analyzing the scholarly achievements, Muslim writers make extensive use of biography

ABSTRACT

Judgment Mistake

Dr. Rūhullā Ākhundī, Assistant Professor

Payam-e Noor University

Judgment mistake has its own complexities for several reasons (difference of expediencies of the two legal/judicial systems, difference of precepts for judgment mistake in judiciary and penal discussions, divisions of various judgments and law in jurisprudence, law, etc.). Judgment mistake with such a nature entails numerous questions. Answering the question as to whether the judgment mistake is regarded as excuse or not? Does the principle "non-acceptance of the ignorance of law" conform to the judgment-legal mistake? And many other related questions are intended to be dealt with in this paper. With an interdisciplinary approach among three sciences of jurisprudence, principles of jurisprudence (*uṣūl*), and law and with reliance on analytical and demonstrative method, this research tries to present a different explanation of the judgment mistake. Proving mistake as being regarded an excuse, separation of the two rules of "non-acceptance of the ignorance of law" and "mistake as being regarded an excuse", independence of judgment mistake in its effect, and several other conclusions are among the most important conclusions of this research.

Keywords: judgment ignorance, judgment mistake, excuse, non-acceptance, cause of mistake.

Table of Contents

Judgment Mistake Dr. Rūhullā Ākhundī	27
Change of Fatwā and its Backgrounds in Sunnī Jurisprudence 'Abd al-Salām Imāmī - Dr. Ḥusayn Nāṣirī Muqaddam	53
The Core Concept of Astarābādī's Intellectual System and its Reflection in Biography (Tarājum) Sources Dr. Ḥamīd Rezā Shari'atmadārī - Sayyid Mahdī Ṭabāṭabā'ī	81
A Jurisprudential Research in Material Value and Ownership of News in Mass Media and the Rights Resulting from it Dr. Muḥammad Taqī Fakhla'ī - Iḥsān 'Alī Akbarī Bābūkānī	105
Reappraisal of the Nature and Evidences of Waging War (Muḥāriba) in Crimes against Public Order Sayyida Qudsiya Mūsavī Mashhadī - Dr. Sayyid Muḥammad Mahdī Qabūlī Durafshān - Dr. Muḥammad Ḥasan Ḥā'irī	133
Interaction of Value and Reality in Creating Legal Rule 'Mardīya Nikū'ī	159
Legal-Judicial Study of the Verdict on Multiple Crimes resulting from a Single Strike Dr. Yūsuf Nūrā'ī - Dr. Muḥammad Hādī Ṣādiqī	185

In the Name of Allah



Islamic Studies

A Quarterly Research Journal of
The Faculty of Theology and Islamic Studies

Issue 96, spring 2014

ISSN 2008-9139

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Editor in Chief: Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr. A. A. Izadifard

Prof. Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. Baqiri

Prof. Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'iri

Prof. Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Associate Prof. Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Prof. Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. Jalil Qanavā'i

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof. Dept of Law, shahīd Bibishti Univ

Dr. H. Mihrpūr

Prof. Dept of Law, shahīd Bibishti Univ

Dr. H. Nāsiri

Associate Prof. Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Translation of Abstracts

A. Rezvani

Printing & Binding: Ferdowsi University
Press

Circulation: 500

Price: Rs 10000

Address:

Faculty of Theology
University Campus
Azadi Sq.
Mashhad – Iran

Post Code: 9177948955

Tel: (+98511) 8834909

Fax: (+98511) 8834909



ISSN 2008-9139

ISLAMIC STUDIES
Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies
Issue 96, Spring 2014

FERDOWSI UNIVERSITY of MASHHAD PRESS