

فقه و اصول



نگرشی نوین، در نقد حجیت خیر ثقه / دکتر محمد رسول آهنگران

درمان با محرّمات / اکبر احمدپور

تداخل مجازاتها در تعدد جرایم مستوجب حد و جالش های آن / زهرا احمدی

سنت فعلی پیامبر(ص) و جایگاه آن در استنباط حکم از دیدگاه فریقین / فاطمه اردستانی - دکتر عابدین مؤمنی

معیونیت خانوادگی در جرایم علیه اموال و مالکیت / دکتر علی مراد حبیری

پژوهشی در مفهوم و حجیت ارتکاز متسرعه در بیان فقیهان شیعه / دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی

بررسی ادله مشروعیت خرید و فروش اعضای بدن در فقه شیعه / دکتر محمد تقی قلمی - سیدعلی جبارگلیانی ماسوله

الله أكبر
الله أكبر

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 اشهر 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 (— و —) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضاف الیه، بعبارۀ آخری)، مد روی الف (نظیر آرد، مأخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیه 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

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۹	نگرشی نوین در نقد حجیت خبر ثقه دکتر محمد رسول آهنگران
۲۹	درمان با محرّمات دکتر اکبر احمدپور
۵۵	تداخل مجازاتها در تعدد جرایم مستوجب حد و چالش های آن زهرا احمدی
۷۵	سنت فعلی پیامبر(ص) و جایگاه آن در استنباط حکم از دیدگاه فریقین فاطمه اردستانی / دکتر عابدین مؤمنی
۹۷	مصونیت خانوادگی در جرایم علیه اموال و مالکیت دکتر علی مراد حیدری
۱۲۱	پژوهشی در مفهوم و حجیت ارتکاز متشرعه در بیان فقیهان شیعه دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی
۱۴۱	بررسی ادله مشروعیت خرید و فروش اعضای بدن در فقه شیعه دکتر محمد تقی فخلعی / سید علی جبار گلپایگی ماسوله
۱۶۵	چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۷
تابستان ۱۳۹۳، ص ۲۷ - ۹

نگرشی نوین در نقد حجیت خبر ثقه*

دکتر محمد رسول آهنگران

دانشیار دانشگاه تهران پردیس فارابی

Email: ahangaran@ut.ac.ir

چکیده

یکی از مهم‌ترین بحث‌های علم اصول عبارت است از مبحث خبر واحد. مهم‌ترین دلیل برای اثبات حجیت خبر واحد بنا بر دیدگاه مشهور صاحب نظران این فن، سیره عقلا می‌باشد. این مقاله بر آن است تا به نقد این دلیل بپردازد و در نهایت ناکارآمدی آن را برای اثبات مدعای مورد نظر ثابت نماید.

کلیدواژه‌ها: خبر واحد، ادله اعتبار خبر، سیره عقلاء، امضاء، عدم ردع، حجیت.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۱۰/۰۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۲/۲۳.
این مقاله در قالب طرح پژوهشی شماره ۰۲/۱/۲۲۰۴۰۰۴ با استفاده از اعتبارات پژوهشی دانشگاه تهران انجام شده است.

مقدمه و طرح مسأله

احکام شرعی در غالب موارد به واسطه خبر واحد ثابت می‌گردد و این در حالی است که این امر زمانی ممکن است که خبر واحد از نقطه نظر سند، دارای اعتبار و استحکام کافی باشد و از طرف دیگر، مهم‌ترین یا به تعبیری دیگر عمده‌ترین دلیل برای اثبات خبر واحد، سیره عقلا است. حال با توجه به این دو جهت اهمیت بحث از حجیت خبر واحد با استناد به بنای عقلا روشن می‌شود.

این مقاله با هدف اثبات اشکالاتی که در راه اثبات حجیت خبر واحد براساس سیره عقلا قابل طرح می‌باشد، سعی می‌کند تا به لزوم بازخوانی این مبحث پافشاری نماید. فرضیه: راه اثبات حجیت خبر واحد تنها از طریق بنای عقلا، مسدود است و اگر دلایل دیگری که برای اثبات این مدعا وجود دارد، خدشه‌پذیر باشد، این دلیل نیز نمی‌تواند برای ما نتیجه‌بخش باشد.

سؤالات تحقیق

- سؤالات اصلی: ۱- آیا به وسیله بنای عقلا و بدون استعانت از سایر ادله امکان اثبات حجیت خبر واحد، وجود دارد؟
- ۲- کسانی که عمده دلیل را بنای عقلا به حساب آورده‌اند آیا می‌توانند در برابر اشکال موسوم به ردع از طرف آیات شریفه‌ای که نهی از عمل به ظن می‌نماید، به درستی دفاع نمایند؟
- سؤالات فرعی: ۱- تفاوت میان خبر ثقه با موثوق به در چیست؟ چه نسبتی از نسبت‌های چهارگانه میان آن‌ها وجود دارد؟
- ۲- آیا رادعیت آیات نسبت به سیره عقلا در مورد عمل به خبر واحد، دوری است؟
- ۳- با توجه به اصل مولویت در اوامر و نواهی، خروج از این اصل در مورد این بحث، ممکن است یا خیر؟

استدلال صاحب نظران به سیره عقلاء به عنوان عمده دلیل مستقل

با تحقیق و تتبع در آثار صاحب نظران در این بحث معلوم می‌گردد که از نظر ایشان، سیره عقلاء؛ در کنار سایر ادله‌ای که دلالت آن بر حجیت خبر واحد مورد ادعا است؛ قرار داشته و به عنوان دلیل مستقل از آن یاد می‌شود تا جایی که برخی از بزرگان آن را عمده دلیل خواننده به

گونه‌ای که اظهار می‌دارند اگر در سایر ادله جای خدشه و مناقشه وجود داشته باشد، نمی‌توان در مورد دلالت سیره عقلا بر حجیت خبر واحد، به خود کوچکترین تردیدی راه داد. محقق نائینی در این زمینه اظهار می‌دارد: «و اما روش عقلاء، عمده دلیل در این باب است به طوری که اگر فرضاً در سایر ادله امکان اشکال وجود داشته باشد، به هیچ‌وجه نمی‌توان اشکالی در روش عقلا نمود، روشی که در مورد اعتماد به خبر ثقه وجود دارد و بر خبر ثقه در محاوره‌های خود تکیه کرده و بلکه نظام زندگی آن‌ها بر محور آن می‌چرخد. (کاظمی خراسانی، ۱۳/ ۱۹۴) و نیز محققان بعد از ایشان مانند خوئی و خمینی به این امر تصریح کرده و اظهار داشتند «که عمده دلیل برای اثبات حجیت خبر واحد عبارت است از سیره عقلا که مورد امضاء شارع مقدس می‌باشد و هیچ اشکالی بر آن وارد نیست» (واعظ حسینی بهسودی، ۲/ ۱۹۶) و یا این تصریح که «معلوم گردید که عمده دلیل عبارت از سیره عقلاء است و بلکه هیچ دلیلی غیر آن وجود ندارد و بر این امر هر کسی که اشراف به جوامع بشری دارد واقف است و اساساً از زمان شکل‌گیری تاریخ، این سیره در نزد عقلاء وجود داشته و تمدن آن‌ها بر این امر واقع شده است (البته منظور ایشان از تمدن در اینجا این است که مدنیت و حیات اجتماعی بر این مسأله شکل گرفته به گونه‌ای که اگر وجود نمی‌داشت ادامه زندگی جمعی یا ممکن نبود و یا با مشکلات بسیار جدی روبرو بود) (سبحانی، ۲/ ۲۰۰)

از این اظهار نظرها معلوم می‌شود که سیره عقلاء در نزد بسیاری از صاحب نظران نه تنها به عنوان دلیل مستقل مطرح است بلکه به عنوان مهم‌ترین دلیل از آن یاد می‌شود تا جایی که اگر ادله دیگر قابل خدشه و اشکال باشد، در این دلیل هیچ جای مناقشه‌ای وجود ندارد. در این مقاله معلوم خواهد شد که سیره عقلا به عنوان دلیل مستقل نمی‌تواند باشد، به طوری که اگر سایر ادله مورد مناقشه و ایراد بود، این دلیل به تنهایی بتواند حجیت خبر واحد را اثبات کند بلکه این دلیل برای این که بتواند مدعای مورد بحث را به اثبات برساند نیازمند به سایر ادله است.

سعی و تلاشی در این نوشتار متمرکز بر این مطلب است که به صرف سیره عقلا نمی‌توان حجیت خبر واحد را ثابت کرد و اثبات حجیت خبر ثقه با تنها سیره عقلا غیر ممکن است به طوری که اگر کسی سایر ادله را مورد مناقشه قرار دهد دیگر نمی‌تواند با استمداد از تنها سیره عقلاء خبر ثقه را معتبر بداند و لذا اظهارنظرهایی که در بالا از برخی بزرگان مطرح گردید مورد مناقشه و ایراد است و اما این که نیاز سیره عقلا برای اثبات حجیت خبر واحد به سایر

ادله اعتبار خبر از چه جهت است، می‌بایست آن را در نیازمندی سیره به دلیل امضاء جستجو کرد و این‌که اگر امضاء از طریق عدم ردح احراز نشد باید با امضاء قولی و یا عملی، رضایت شارع مقدس را نسبت به سیره عقلاء در بحث مزبور، به دست آورد که تفصیل آن در ادامه از نظر خواهد گذشت.

سیره عقلاء در عمل به خبر واحد

به منظور اثبات حجیت خبر واحد بر اساس سیره عقلاء، گام اول این است که احراز نماییم سیره عقلاء و روش آن‌ها بر این است که به خبر واحد اگر خبر مزبور از سوی شخصی که ثقه است یعنی از گفتن دروغ و ارتکاب کذب پرهیز دارد، نقل شود، به آن ترتیب اثر داده و بر طبق آن عمل می‌کنند.

در این مرحله هر چند امکان این تشکیک وجود دارد که گفته شود سیره عقلاء بر عمل به خبر ثقه منعقد نیست بلکه عقلاء بر خبر موثوق الصدور یعنی خبری که اطمینان‌آور باشد عمل می‌کنند ولی صاحب نظران انعقاد سیره عقلاء را بر عمل به خبر واحد مسلم فرض کرده و هیچ تشکیکی را نسبت به این جهت روا نمی‌دانند (هاشمی، ۳۹۶/۴؛ مظفر، ۹۱/۲).

چون منظور این مقاله بحث در حجیت و اعتبار سیره عقلائیه است دیگر از ورود در بحث صغروی اجتناب می‌شود و فرض را بر این می‌گیریم که انعقاد سیره عقلاء بر عمل به خبر واحد مسلم و تردید ناپذیر است و با این فرض، بحث را متمرکز می‌نماییم در این‌که اگر فرضاً عقلاء به خبر ثقه عمل می‌کنند آیا عمل عقلاء مورد امضاء شارع مقدس اسلام هست یا خیر؟ لذا بحث در این مقاله، عقد الوضع نیست تا پرسیده شود آیا سیره و روش عقلاء بر این امر قرار گرفته است که به خبر ثقه ترتیب اثر باید داد یا خیر؟ بلکه بحث در ناحیه عقد الحمل است مبنی بر اینکه اگر مورد عمل عقلاء عبارت باشد از ترتیب اثر دادن به خبر ثقه، اعم از این‌که از خبر ثقه اطمینان حاصل بشود یا خیر، در این صورت آیا چنین سیره‌ای به امضای شارع رسیده یا این‌که مورد ردح و منع از ناحیه اوست؟

لازم به تذکر است که برخی صاحب نظران منکر وجود این سیره شده‌اند ولی در اظهارات خود دچار اشتباهاتی گردیده‌اند که توجه به آن در این‌جا خالی از فایده نیست. اظهار نظر صورت گرفته از سوی ایشان این است که عمل عقلاء به خبر ثقه و ترتیب اثر دادن به آن از سوی آن‌ها در صورتی است که از خبر ثقه، اطمینان و وثوق برایشان حاصل شود چرا که تعبد

در سیره عقلاء راه ندارد بلکه آن‌ها به هر خبری که مفید اطمینان است ولو از سوی غیر ثقه اظهار گردد، ترتیب اثر می‌دهند و بعد اضافه می‌نمایند که حال با معلوم شدن معیار عمل عقلاء و ترتیب اثر آن‌ها به خبر ثقه که عبارت شد از اطمینان، اطمینان نوعی را به عنوان معیار عمل معرفی می‌نمایند. (فیروز آبادی، ۳/ ۲۴۹)

اشکالاتی بر این اظهار نظر وارد است. اولاً کسی که مدعی انعقاد سیره عقلاء بر عمل به خبر ثقه است، در واقع انکار وجود سیره دیگری که عبارت باشد از عمل به خبر اطمینان‌آور را انکار نمی‌کند و این‌که این محقق این سیره را به سیره عقلاء در عمل به خبر اطمینان‌آور برگرداند صحیح نیست. چه اشکالی دارد که دو سیره وجود داشته باشد: یکی سیره عقلاء بر عمل به خبر ثقه و دیگری سیره عقلاء در ترتیب اثر دادن به خبری که مفید اطمینان باشد. به عبارت دیگر سیره و روشی در میان عقلا وجود دارد مبنی بر عمل به خبر ثقه و سیره‌ای دیگر در ترتیب عمل به خبر موثوق‌الصدور و هر یک از این دو سیره مستقل از دیگری بوده و هر یک دارای ملاک و علتی جدا و منفک از دیگری است. ثانیاً این‌که اظهار فرمود در سیره عقلاء تعبد راه ندارد، مطلب صحیحی است چرا که عقلا بدون دلیل کاری انجام نمی‌دهند و اگر شاهد رفتاری از ایشان هستیم حتماً پی می‌بریم که آن عمل به خاطر علت و دلیلی است ولی این‌که مناط و معیار را وثوق و اطمینان بدانیم هم اشتباه است چون مناط عقلا در عمل به خبر ثقه این نیست که آن‌ها خبر ثقه را به خاطر اطمینان‌آور بودن آن مورد عمل قرار دهند بلکه دلیل این سیره این است که آن‌ها ملاحظه نمودند که اگر در صد تطابق خبر ثقه با واقعیات؛ بنا به فرض و تنزل؛ به اندازه خبرهای یقین‌آور نباشد لا اقل کمتر از آن نیست. از این رو در عمل به یک خبر به دنبال آن نیستند که آن خبر حتماً یقین و قطع‌آور باشد بلکه اگر خبر از سوی شخص راستگو و ثقه نقل شده باشد نیز به آن عمل می‌نمایند پس وقتی با استقرا صورت گرفته از سوی ایشان ملاحظه نمودند که میزان تطابق با واقعیت در خبر یقین‌آور با خبر ثقه مساوی است دیگر منتظر خبر یقین‌آور نمی‌مانند و تلاش نمی‌کنند تا به این‌گونه خبرها دست پیدا کنند بلکه به خبر ثقه ترتیب اثر می‌دهند و این است راز و علت عمل عقلا به خبر ثقه که با وجود ظن‌آور بودن، مورد عمل قرار می‌گیرد چرا که وقتی از یک طرف پذیرفتیم که کار عقلا به خاطر دلیل و علتی است نه این‌که بی‌دلیل و از سر تعبد باشد و از طرف دیگر هم مسلماً آن‌ها تا احراز تطابق با واقع را از یک خبر ننمایند بر طبق آن عمل نمی‌نمایند چون معقول نیست که عقلا به خبری ترتیب اثر بدهند که مطابقت با واقع را در مورد آن احراز

نکرده باشند. بنابراین مناط بنای عقلا در عمل به خبر واحد عبارت است از اینکه به نظر آن‌ها خبر واحد در مقدار مطابقت با واقع مثل خبر قطعی و یقینی می‌باشد و از این جهت است که به چنین خبری عمل می‌کنند.

اما این‌که ایشان مناط را اطمینان و وثوق دانستند اشتباه است چون عمل به خبر اطمینان‌آور خود یک عمل از اعمال عقلانی است نه این‌که علت و مناط سیره در عمل به خبر ثقه باشد و از توضیحات قبل معلوم شد که سیره در عمل به خبر اطمینان‌آور غیر از سیره ایشان است در عمل به خبر ثقه و نباید تصور کرد که یکی از این دو روش، علت دیگری است بلکه دو روش جدا و دو عملکرد ممتاز از هم است. جدا بودن سیره عقلا در عمل به خبر اطمینان‌آور از سیره آن‌ها در عمل به خبر ثقه، از آن جهت است که مسلماً عقلا به خبری که اطمینان‌آور باشد و نسبت به تطابق آن با واقع اطمینان داشته باشند، عمل می‌نمایند و وجود چنین سیره‌ای در نزد عقلا غیر قابل تردید است ولی در مورد بنای عقلا بر عمل به خبر ثقه، سیره دیگری مطرح است چون خبر ثقه؛ که عبارت است از خبری که مخبر آن صادق و متحرز از کذب است؛ ممکن است خبر اطمینان‌آور باشد و ممکن است نباشد و نسبت میان این سیره با سیره اول از دو نسبت‌های چهار گانه، عموم و خصوص من وجه است و با وجود این نسبت که حاکی از دو گانگی و تعدد است، معقول نیست که یکی را مناط و علت دیگری بدانیم چرا که در این صورت در بنای عقلا بر عمل به خبر ثقه فقط باید وجود این سیره را در صورتی پذیرفت که از خبر ثقه اطمینان حاصل کنیم و تنها در این صورت است که خبر ثقه حجت است و اگر چنین خبری فقط حجت باشد، در روایات شرعی در غالب موارد احراز اطمینان غیر ممکن است چنان‌که شیخ انصاری در بحث انسداد اظهار می‌دارد که اطمینان پیدا کردن نسبت به احکام شرعی از طریق روایاتی که در اختیار ما است در غایت ندرت است. (انصاری، ۱۲۱)

سوم این‌که در خبر ثقه با توجه به ویژگی راستگویی که در او هست می‌دانیم تعدداً و از سر عمد دروغ نمی‌گوید ولی این امر به تنهایی موجب اطمینان به تطابق خبر با واقعیت نمی‌شود چون اطمینان مزبور نیاز به عامل دیگری دارد و آن عبارت است از عاملی دیگری که احتمال خطا را به حداقل نزدیک به صفر برساند و فرض بحث تنها ثقه بودن راوی و مخبر است و فقط از حجیت خبری بحث می‌کنیم که ناقل آن تنها صفت راستگویی را داراست نه این‌که علاوه بر این صفت، دارای خصوصیت دیگری هم باشد که با احراز آن احتمال خطای او را بسیار کم نشان دهد. بنابراین هر خبر ثقه‌ای اطمینان‌آور نیست و تنها خبر ثقه‌ای اطمینان‌آور

است که وجود ویژگی دیگری در او احراز شود که آن ویژگی موجب شود تا ما احتمال خطای او را در حد بسیار کم به حساب آوریم مانند این که مثلاً پی ببریم که او ضابط است و چون در بحث از حجیت خبر ثقه، بحث می‌شود از خبری که ناقل آن فقط ثقه است نه این که علاوه بر ثقه بودن، ضابط هم هست بلکه فقط ثقه بودن را احراز داریم، لذا از صرف وثاقت راوی نمی‌توان اطمینان به تطابق خبر پیدا کرد.

چگونگی اثبات اعتبار سیره عقلاء

به طور مسلم سیره عقلاء نمی‌تواند الزام آور و مشروع باشد مگر این که کاشف از رأی و نظر شارع مقدس اسلام باشد. قرآن کریم به نحو حصر تصریح می‌کند که حاکمیت تنها از آن خدای متعال است. آیاتی چون: «ان الحكم ألأ لله» (انعام: ۵۷؛ یوسف: ۴۰ و ۶۷)، الا له الحكم (انعام: ۶۲) و له الحكم (قصص: ۷۰ و ۸۸) فالحکم لله (غافر: ۱۲) بر این مطلب دلالت دارد و هم‌چنین برای اثبات این ادعا از آیه بیست و ششم از سوره کهف می‌توان کمک گرفت و یا در آیه دهم از سوره مبارکه شوری تصریح شده که در هر امری که مورد اختلاف قرار گرفت می‌بایست حکم آن را به خدای متعال ارجاع داد. و نیز در سوره مبارکه انعام آیه یکصد و چهاردهم، کسانی مورد نکوهش قرار می‌گیرند که از غیر خدا طلب حکم می‌نمایند.

از این آیات معلوم می‌شود که در شریعت اسلام، جعل حکم و اعمال حاکمیت مختص خدای متعال بوده و چون او مستقیماً نمی‌تواند به این کار مبادرت ورزد از این رو اشخاصی را به عنوان پیامبر و یا امام به این کار می‌گمارد، چنان‌که در روایتی از امام صادق (ع) به این مطلب اشاره شده و حضرت طی حدیثی می‌فرمایند «چون خداوند متعال دارای رفعتی است که مردم از مشاهده او و لمسش و نیز از ارتباط مستقیم با وی و مباحثه کردن با جنابش ناتوانند از این رو ثابت می‌شود که می‌بایست سفیرانی داشته باشد تا احکام و مقاصد وی را بیان کنند...» (کلینی، ۱/ ۲۳۶)

با این توضیحات روشن گردید که مردم و عقلاء نمی‌توانند وضع قانون نمایند و قانونی که بر گرفته از منبع وحی نباشد، دارای اعتبار نیست و نمی‌توان کسی را نسبت به آن الزام نمود و به خاطر همین جهت فقهاء و اصولیان بر این عقیده‌اند که سیره و یا روش عقلاء زمانی معتبر و تبعیت از آن لازم است که مورد امضاء شارع باشد که به سه صورت، قابل احراز است:

الف) امضاء از طریق عدم ردع

اگر عملی را عقلاء انجام دهند و این عمل در برابر حجت‌های الهی که وظیفه ایشان بیان احکام و مقاصد خدای متعال است، صورت گیرد و پیامبر (ص) و یا امام (ع) با وجودی که توان بر ردع یا منع از آن عمل را داشته باشند و بتوانند مخالفت خود را نسبت به عمل مزبور اظهار بدارند و به اصطلاح در ظرف و شرایط تقیه‌ای نباشد و با این وجود از هر گونه اظهار مخالفت، امتناع ورزند که این امتناع و استتکاف پیامبر (ص) و امام (ع) کاشف از این خواهد بود که عمل مزبور، ممنوع نبوده و مورد رضایت ایشان است و آلا با وجود توان نسبت به مخالفت با آن اقدام می‌نمودند و به این شیوه، مورد رضایت بودن آن عمل عقلاء، در نزد شارع ثابت می‌شود.

ب) امضاء با عمل معصوم (ع)

راه دیگر برای احراز امضاء و رضایت شارع نسبت به عملی که عقلاء نسبت به آن مبادرت می‌ورزند این است که ملاحظه شود معصوم (ع) هم بر طبق آنچه مورد سیره عقلا است، عمل می‌کند برای مثال اگر بخواهیم ببینیم قرار داد بیع از جمله قراردادهای مشروع و معتبر در نزد شارع هست یا خیر، در این مسأله اگر مشاهده شود که یکی از معصومان (ع) مرتکب این قرارداد شود، می‌توان پی برد که حتماً این قرارداد مورد صحه و تأیید شارع مقدس است و با ثابت شدن عمل معصوم (ع) بر طبق آن، مشروعیت و اعتبار این قرارداد را می‌توان نتیجه گرفت.

ج) امضاء با اظهار موافقت قولی معصوم (ع)

آخرین شیوه این است که معصوم (ع) با بیان خود نسبت به عمل مزبور، اظهار موافقت نماید و یا از قرآن کریم استفاده شود که شارع مقدس اسلام نسبت به آن رضایت دارد، چنان‌که عده‌ای از صاحب نظران درباره آیاتی چون «احلّ الله البیع» (بقره : ۲۷۵) اعتقادشان بر این است که این آیات امضاء قولی است نسبت به آنچه که مورد عمل و سیره عقلا است.

آیات مبارکه قرآنی رادع از عمل به سیره عقلاء

به منظور اثبات امضاء و احراز رضایت شارع از طریق عدم ردع، باید اثبات شود آیاتی که از عمل به ظن و پیروی راه غیر علمی، رادع است، از این سیره منع نمی‌کند. آیات مزبور عبارت است از:

۱- «... ان يتبعون الا الظن و ان هم الا يخرسون» (انعام : ۱۱۶)

۲- «... ان تتبعون الا الظن و ان انتم الا تخرسون» (انعام : ۱۴۸)

۳- «... و ما يتبع اكثرهم الا ظناً ان الظن لا يغني من الحق شيئاً» (یونس : ۱۰)

۴- «... و ما لهم به من علم الا اتباع الظن ...» (نساء : ۱۵۷)

۵- «... و لا تقف ما ليس لك به علم» (إسراء : ۳۶)

آیاتی که بر این سیاق است به تعبیر شیخ انصاری، متکاتر است (شیخ انصاری، ۹۱) و جملگی دلالت دارد بر این که نباید از ظن و گمان پیروی نمود بلکه می‌بایست از علم تبعیت کرد و علاوه بر این آیات، روایات فراوانی هم وجود دارد که وی ابتدا آن‌ها را در حد تظافر و بعد در حد تواتر می‌داند. (انصاری، ۹۱)

ظهور ادله فوق در این است که شارع اسلام مطلوبش این است که از پیمودن راه و شیوه غیر علمی، باید پرهیز کرد و بر این اساس ملاحظه می‌گردد که به این وسیله ممنوع و مردوع بودن سیره عقلاء ثابت می‌شود چرا که عقلاء بنا بر فرض بر خبر ثقه ترتیب اثر می‌دهند و این در حالی است که خبر ثقه ظن آور و تبعیت از آن مصداق تبعیت از ظن است که در ادله فوق از آن نهی شده و لذا با این منعی که از ادله عام و کلی استفاده می‌شود، به حسب قاعده، اعتماد بر خبر ثقه جائز نیست و به دیگر سخن، عمل به این روش عقلاء، مورد رضایت شارع مقدس نمی‌باشد مگر این که دلیل خاصی بر اعتبار و مشروعیت این شیوه عقلاء دلالت کند که در این صورت آن ادله خاصه، باعث تخصیص عمومات و اطلاقات مورد بحث می‌گردد.

در ادامه ضمن بیان جواب‌های مختلفی که از جانب بزرگان اهل نظر درباره رادع نبودن این آیات و روایات مطرح گردید، به نقد و اشکال در آن جواب‌ها پرداخته می‌شود و معلوم خواهد شد که از راه عدم ردع نمی‌توان اعتبار این بنای عقلاء را نتیجه گرفت.

پاسخ‌های صاحب نظران از ادله عام منع از عمل به ظن و نقد آن

۱- پاسخ شیخ انصاری: خلاصه دیدگاه ایشان در خصوص غیر رادع بودن ادله فوق نسبت به بنای عقلایی مورد بحث، این است که ادله مزبور مفادش حرمت تشریح می‌باشد و عقلاء با وجودی که خود بر حرمت تشریح حکم می‌کنند با این حال به خبر ثقه ترتیب اثر می‌دهند و لذا نتیجه این می‌شود که ترتیب اثر به قول ثقه را مصداق تشریحی که در ادله مزبور مورد نهی می‌باشد، نمی‌دانند و از این رو عدم ردع ثابت می‌شود البته مرحوم شیخ ادله رادعه را بر دو دسته تقسیم می‌کند که یک دسته آن همین عمومات و اطلاقات نهی‌کننده از عمل به ظن می‌باشد و دسته دوم ادله اعتبار اصول لفظی و عملی است که در اینجا فقط به جواب ایشان

نسبت به ادله دسته اول اشاره شده است. (شیخ انصاری، ۹۲-۹۱)

با توضیح فوق مشخص می‌شود که اشکال محقق خراسانی بر مرحوم شیخ وارد نیست چرا که گویی برداشت وی از کلام شیخ این است که چون ملتزم و ترتیب اثر دهنده به خبر ثقه از دید عرف، تشریح نیست و بلکه در نظر عرف، مصداق اطاعت است، لذا این امر ملازمه دارد با این که در دید شارع هم این عمل تشریح نباشد و آنگاه اشکال ایشان عبارت است از انکار این ملازمه. (خراسانی، ۱۲۴)

علت وارد نبودن اشکال وی این است که استدلال شیخ مبتنی بر این نیست که میان عدم تشریح در نزد عرف با عدم تشریح در نزد شرع، ملازمه وجود دارد بلکه دیدگاه شیخ این است که از طرفی ادله و عمومات مورد بحث، ظهور در حرمت تشریح دارد و از طرف دیگر عقلاء خود به حرمت و قبح تشریح، حکم می‌کنند و تا اینجا نتیجه این است که ادله فوق ارشاد است به آنچه که مورد حکم عقلاء می‌باشد، حال وقتی ملاحظه می‌شود که عقلاء با وجود حکم به حرمت تشریح، به خبر ثقه عمل می‌کنند، معلوم می‌شود که بنابراین عمل به خبر ثقه تشریح نیست و لذا از شمول ادله رادعه از عمل به ظن خارج می‌باشد.

ولی با کمی دقت، ناتمام بودن جواب شیخ انصاری ظاهر می‌شود چرا که اولاً در فرمایش وی میان خبر ثقه با خبر موثوق الصدور خلط شده (توضیح این خلط در جواب به محقق نائینی بیشتر از نظر خواهد گذشت). چرا که در کلام شیخ آمده: «و مع ذالک نجد بنائهم علی العمل بالخبر الموجب للاطمینان» (شیخ انصاری، ۹۱) از سویی بحث در انعقاد سیره عقلاء در عمل به خبر ثقه است، اعم از این که از خبر ثقه اطمینان حاصل شود یا خیر، ولی شیخ بحث را از این سیره منحرف می‌کند به سیره عقلاء مبنی بر عمل به خبر اطمینان آور و یا به اصطلاح خبر موثوق الصدور و باید توجه داشت که میان خبر ثقه و موثوق الصدور، نسبت از نوع عام و خاص من وجه است و فعلاً بحث در خبر ثقه است و ادعا این است که عقلاء به خبر ثقه یعنی خبر کسی که از تعمد در دروغ‌گویی پرهیز دارد، ترتیب اثر داده و به آن عمل می‌کنند و این سیره مورد ادعا نباید با سیره دیگر عقلاء مبنی بر عمل به خبر موثوق الصدور یا خبر اطمینان آور، خلط شود. توضیح این که همان‌طور که قبلاً اشاره شد، دو سیره عقلانی بنا به فرض وجود دارد:

۱ - سیره و بنای عقلا در عمل به خبر اطمینان آور.

۲ - بنای عقلا در عمل به خبر واحد ثقه.

در سیره و بنای دوم منظور این است که اگر فرضاً چنین بنایی از سوی عقلا وجود داشته باشد، معنای آن این است که عقلا به خبر ثقه ترتیب اثر می‌دهند و به خبری که از سوی مخبر صادق آورده شود، عمل می‌کنند و این نه به خاطر این است که خبر ثقه در همه جا اطمینان‌آور است چرا که اگر حجیت خبر ثقه به مناط اطمینانی بود که از آن نشأت می‌گیرد، در این صورت شیخ نمی‌بایست قائل به حجیت خبر واحد شود چون چنان‌که در قبل از نظر گذشت ایشان در بحث انسداد اظهار نموده که اطمینان به احکام شرعی از طریق روایاتی که در اختیار است، در غایت ندرت است. البته در اینجا روا نیست که این اشکال با اشکالی که در مورد بحث صغروی مورد اشاره قرار گرفت، خلط شود چون در بحث صغروی در مورد بنای عقلا بر حجیت خبر ثقه بحث در این است که آیا اصلاً چنین بنایی در نزد عقلا وجود دارد یا خیر؟ و اشکال اینجا این است که بنا به فرض که چنین بنایی در میان عقلا باشد، معنایش این است که عقلا به خبری که از سوی ثقه، نقل گردد چه اطمینان‌آور باشد و چه نباشد، ترتیب اثر می‌دهند و این بنای عقلا را نباید با ترتیب اثر دادن به خبر اطمینان‌آور که بنای دیگر از سوی عقلا است خلط کرد.

ثانیاً ارشادی بودن ادله مورد بحث که سخن شیخ به آن برگشت می‌کند، خلاف ظاهر است و اصل بر مولوی بودن در اوامر و نواهی می‌باشد و وقتی وی ادله و عموماًت را بر تشریح حمل کرد و آن‌گاه حرمت تشریح را امری عقلایی دانست و نتیجه گرفت که بنابراین ادله فوق ارشادی خواهد بود، مرتکب حمل ادله بر خلاف ظاهر آن شد. ظاهر این ادله این است که عمل به ظن و ترتیب اثر دادن به هر خبر غیر علمی مورد نهی است. البته لازمه این که شارع پیمودن این راه را مورد نهی قرار داده این است که اگر کسی از طریق دلیل ظنی مطالبی را به شارع نسبت دهد مرتکب تشریح شده است و این لازمه، غیر از مفاد و مدلول مطابقی ادله مورد بحث است. بنابراین خلاصه اشکال دوم این است که وقتی در آیات، از عمل به خبر ظنی نهی می‌شود، اصل در نهی این است که نهی مولوی باشد و این مطلب در علم اصول مورد اذعان همه صاحب نظران است چرا که مطابق اصالة الظهور است و حمل نهی بر ارشادی بودن، خلاف ظاهر بوده و شیخ برای این حمل برخلاف ظاهر، می‌بایست دلیلی اقامه می‌کرد.

۲- پاسخ محقق خراسانی

وی در ابتدا این ادله را بر ارشادی بودن حمل می‌کند و می‌گوید که ادله مورد بحث، ارشاد به کافی نبودن ظن در مورد اصول دین است و چون بحث ما مربوط به حجیت خبر واحد در

احکام و فروع دین است، لذا مورد بحث از شمول ادله خارج است و در دومین جواب می‌گوید که این ادله انصراف دارد به ظن‌هایی که دلیلی بر حجیت و اعتبار آن وجود ندارد و لذا رادع و مانع از سیره نخواهد بود و خلاصه در آخرین پاسخ ایشان آمده است که رادع بودن این ادله نسبت به بنای عقلا بر حجیت خبر واحد، مستلزم دور است چرا که رادع به وسیله ادله توقف دارد بر این که تخصیص و یا تقيیدی نسبت به آن صورت نگیرد و اطلاق یا عموم به حال خود باقی باشد چون اگر مورد تخصیص قرار گیرد و سیره از اطلاق آن به وسیله منحصص خارج شود، در این صورت ادله رادع نخواهد بود و از طرف دیگر هم، عدم تخصیص یا عدم تقيید هم متوقف بر این است که ادله رادع باشد و به این ترتیب دور محقق می‌شود به خاطر این که رادع متوقف بر عدم تقيید است و عدم تقيید توقف بر رادع دارد و این دور است و محال خواهد بود. (خراسانی، ۱۳۱ / ۲)

به نظر می‌رسد تمام اشکالاتی که محقق خراسانی بر رادع بودن آیات، مطرح نموده‌اند قابل جواب یافتن است چرا که پاسخ اول ایشان یعنی ارشادی بودن آیات به عدم کافی بودن ظن در خصوص مسائل اعتقادی، خلاف اطلاق ادله است و اطلاق در ادله، اقتضاء می‌کند که ظن نه فقط در امور اعتقادی بلکه در فروع دین هم، مورد نهی باشد و لذا به واسطه اطلاق، شامل سیره‌ای که در مورد عمل به خبر واحد وجود دارد، می‌گردد و پاسخ دوم ایشان هم دارای اشکالی روشن است چرا که انصراف ادله به ظن‌های غیر معتبر، اگر هم بنا به فرض مورد قبول قرار گیرد، باز اشکالی در رادع بودن این ادله نخواهد بود چون تا عدم رادع بودن ثابت نشود، ظن مزبور جزء ظنون غیر معتبر است و فقط زمانی ظن ناشی از خبر ثقه از نظر بنای عقلاء، حجت است که عدم رادعیت ادله ثابت شود و بنا به فرض این مسأله هنوز ثابت نشده است.

اما دوری که وی مطرح می‌کند، هر چند از سوی بسیاری از صاحب نظران جواب داده شده است (اصفهانی، ۲ / ۹۱؛ بهسودی، پیشین، ۲ / ۱۹۸) ولی به نظر نگارنده، دقیق‌ترین جوابی که باید به آن داد این است که وی خلط کرده است از این جهت که تصور کرده رادعیت عمومات متوقف بر عدم تخصیص از ناحیه سیره عقلاء است. توضیح این که مطلقاً نهی‌کننده از عمل به ظن هیچ‌گاه به وسیله سیره عقلاء تخصیص نمی‌خورد بلکه اگر هم تخصیصی برسد و بخواهد سیره را از شمول این ادله خارج کند، باید آن مخصص، دلیل بر اعتبار سیره باشد نه خود سیره یعنی دلیلی که حجیت و اعتبار برای ظن حاصل از سیره عقلاء را اثبات می‌کند، باعث تخصیص در عمومات و اطلاقات می‌گردد و خلط وی این است که تصور کرده رادعیت

عمومات توقف دارد بر عدم تخصیص از ناحیه سیره عقلاء و آن‌گاه ادامه داده که از آن طرف هم عدم تخصیص توقف بر رادع بودن آیات دارد و این دور است ولی توجه نکرده که رادعیت عمومات توقف دارد بر عدم دلیل اعتبار برای سیره عقلاء نه این‌که زمانی آیات رادع است که خود سیره عقلاء آن را تخصیص نزند و وقتی مخصص فرضی عبارت شد از دلیل بر اعتبار سیره نه خود سیره، آن‌گاه دیگر عدم تخصیص توقف بر رادع بودن آیات نخواهد داشت. و به این ترتیب معلوم می‌شود که این اشکال به هیچ‌وجه وارد نیست و ادله مطرح شده رادع سیره عقلاء خواهد بود.

۳- پاسخ محقق نائینی و محقق عراقی

پاسخی که از سوی این دو محقق ارائه گردیده این است که از آن جهت آیات و عمومات یاد شده رادع سیره عقلاء در عمل به خبر ثقه نیست که از نظر عقلاء، عمل به خبر ثقه در واقع عمل به خبر علم‌آور است نه خبر ظن‌آور و در نظر عقلاء خبر ثقه مفید علم می‌باشد نه این‌که افاده ظن و گمان نماید تا آیات و ادله بتواند رادع آن به حساب آید، به عبارت دیگر این سیره تخصصاً از شمول ادله مورد بحث خارج است چون ادله و عمومات اعتبار ظن را نفی می‌کند، نه اعتبار علم و قطع را و خبر ثقه هم از نظر عقلاء علم‌آور است و از این رو موضوعاً از شمول آن خارج می‌شود. (کاظمی خراسانی، همان، ۱۹۵/۳؛ بروجردی، ۱۳۸/۳)

این جواب نیز صحیح نیست چون در آن، میان خبر موثوق الصدور و خبر ثقه، خلط شده است. توضیح این‌که خبر موثوق الصدور یعنی خبری که اطمینان‌آور است و اطمینان همان است که عرف و عقلاء با مسامحه آن را علم می‌دانند و احتمال ضعیف در مقابل آن را نادیده می‌انگارند. اطمینان از صدق یک خبر به واسطه قرائتی است که نزد افراد مختلف، متفاوت می‌باشد ولی اگر خبری اطمینان‌آور بود عقلاء آن را حجت دانسته و به آن ترتیب اثر می‌دهند و اما خبر ثقه غیر از خبر موثوق الصدور است چرا که خبر ثقه آن است که ناقل و خبر دهنده آن ثقه به معنای متحرز از کذب می‌باشد و این با خبر موثوق الصدور تفاوت دارد چون خبری که مخبر آن راستگوست ممکن است موجب اطمینان بشود و ممکن است از آن اطمینانی حاصل نگردد و نیز خبر موثوق الصدور ممکن است، مخبر آن ثقه و راستگو باشد و یا نباشد چرا که قرینه‌ای که باعث وثوق و اطمینان به صدق یک خبر می‌شود، فقط منحصر در راستگو بودن مخبر آن نمی‌باشد بلکه چه بسا قرائن دیگری نظیر قوت متن و یا امور دیگر باعث اطمینان به صدق گردد از این رو میان خبر ثقه و خبر موثوق به از نسبت‌های چهارگانه، نسبت عام و

خاص من وجه برقرار است و آنچه در بحث حجیت خبر واحد روی آن بحث و نزاع در میان علمای علم اصول واقع است، عبارت می‌باشد از خبر ثقه یعنی خبری که آورنده آن خبر، ثقه و راستگو است، البته هرچند خبر موثق الصدور هم به مناط سیره عقلاء حجت و مورد اعتبار است ولی نباید میان سیره عقلا بر خبر موثوق^۱ به و خبر ثقه خلط نمود. در بحث حجیت خبر واحد ادعا بر این است که غیر از سیره بر حجیت خبر موثوق^۲ به، سیره‌ای دایر بر اعتبار خبر ثقه وجود دارد که این سیره مورد بحث ردع و عدم ردع می‌باشد. شکی نیست که آیات و عمومات رادعه نمی‌تواند رادع از سیره عقلاء در مورد خبر موثوق به باشد چون عرف، خبر موثوق^۳ به را از مصادیق علم می‌داند و نه ظن و چون مرجع در تعیین مراد از الفاظ به کار رفته در شریعت، عرف است لذا از ادله و عمومات مورد بحث، چنین استظهاری نمی‌توان کرد که سیره عقلاء در باب عمل به خبر موثوق^۴ به، مردوع و ممنوع است ولی خبر ثقه که گفتیم منظور از آن این است که آورنده آن خبر، راستگو و صادق است و لزوماً اطمینان‌آور نیست، دیگر از مصادیق علم نیست تا ادله ناهیه از عمل به ظن نتواند شامل آن گردد. مبدا کسی خیال کند که ملاک عمل عقلا به خبر ثقه عبارت است از این که آن‌ها از خبر ثقه به اطمینان و علم می‌رسند، هرگز، چرا که اگر ملاک و سرّ عمل عقلا به خبر واحد عبارت از این می‌بود دیگر میان خبر ثقه و خبر موثوق^۵ به فرقی وجود نمی‌داشت بلکه ملاک و سرّ عمل عقلا به خبر ثقه که البته و صد البته مفید ظن است امر دیگری است که ورود در آن خارج از حوصله این مقاله است و در اوایل این مقاله به طور اشاره‌ای از نظر گذشت. به هر حال وقتی معلوم شد خبر ثقه غیر از خبر موثوق^۶ به است و آنچه از مصادیق علم است، خبر موثوق^۷ به است و نه خبر ثقه و خبر ثقه فقط و فقط مفید ظن است، دیگر جا ندارد که گفته شود خبر ثقه از شمول ادله ناهیه از عمل به ظن خارج است بلکه داخل بوده و به حکم آیات و عمومات ناهیه از عمل به ظن ثابت می‌شود که سیره عقلاء در عمل به خبر ثقه مردوع است.

از آنچه گذشت مشخص می‌شود جواب آقای خویی مبنی بر این که سیره عقلاء حاکم بر آیات و عمومات ناهیه از عمل به ظن است چون از دیدگاه عرف و عقلاء عمل به خبر ثقه، عمل به غیر علم نیست و مانند سیره عقلاء در مورد حجیت ظواهر، بر عمومات حاکم است (بهسودی، پیشین، ۲/ ۲۰۰) نیز ناتمام است و این اظهار نظر ناشی از خلط میان خبر ثقه و خبر موثوق^۸ به است چون خبری که عمل به آن مصداق عمل به غیر علم نیست خبر موثوق^۹ به است و نه خبر ثقه که مفید ظن است و از مصادیق عمل به غیر علم می‌باشد.

۴- سایر پاسخ‌ها

برخی مانند محقق اصفهانی و آقای خویی آیه «ان الظن لا یغنی من الحق شیئاً» را ارشادی دانسته‌اند. نظریه محقق اصفهانی این است که این کریمه دارای بیان تبعیدی که بخواهد بر خلاف روش عقلاء حکم کند، نیست بلکه از باب واگذار کردن مسأله به عقل مکلف است که ظن بما هو ظن مجوزی برای اعتماد ندارد و لذا این آیه کریمه ناظر به آنچه مورد سیره عقلاء در مورد خبر ثقه است، نمی‌باشد (اصفهانی، پیشین، ۱۴/۳) بنابراین نظریه مورد سیره عقلاء تخصصاً از شمول آیه مبارکه خارج است.

آقای خویی می‌نویسد این آیه ابای از تخصیص دارد چرا که وقتی آیه می‌فرماید که ظن به هیچ وجه جنبه ارائه دهندگی ندارد، دیگر نمی‌توان گفت که فلان ظن به وسیله تخصیص خارج است و لذا اگر آیه را یک حکم مولوی و تبعیدی بدانیم نباید در هیچ‌جا قایل به تخصیص این کریمه شد، چرا که تخصیص نسبت به این نحوه بیان غیر ممکن است و از این رو چون ما یقین داریم که برخی ظنون از شمول این آیه خارج است، باید گفت که آیه ارشاد است به حکم عقل، به این که می‌بایست در برابر عذاب محتمل، تحصیل حجت و مؤمن نمود و وقتی آیه را بر ارشادی بودن به آنچه که مورد حکم عقل است، حمل کردیم آنگاه نسبت به ظنون خاص، قائل به خروج تخصصی می‌شویم و مشکل تخصیص را هم نخواهیم داشت. (بهسودی، پیشین، ۲/ ۱۹۹)

در پاسخ این دو نظریه باید گفت که بنا به فرض اگر حمل آیه کریمه بر ارشادی بودن که خلاف اصل است در اینجا جایز باشد، عمومات و ادله در این آیه و به این بیان، منحصر نیست تا این‌گونه اظهار شود بلکه ادله‌ای مانند حرمت و نهی از تبعیت راه غیر علمی مانند این آیه مبارکه «و لا تقف ما لیس لک به علم» ترجمه: «دنباله‌روی نسبت به آنچه که به آن علم نداری نکن» (اسراء: ۳۶) ظهور در مولویت دارد و کاملاً حمل بر ارشاد در آن با توجه به مسؤل دانستن گوش و چشم و قلب در ادامه آیه، خلاف ظاهر است چرا که اگر فرضاً بپذیریم که آیه «ان الظن لا یغنی من الحق شیئاً» ارشادی است به خاطر تعبیری که ابای از تخصیص دارد و ما بنابر فرض مولویت این آیه، نمی‌توانیم قائل به تخصیص آن در مورد برخی از ظن‌ها بشویم، و لذا باید آن را حمل بر ارشاد بنمائیم، اشکال ما این است که اگر بپذیریم که تعبیر مزبور ابای از تخصیص دارد ولی این آیه که نهی از تبعیت از راه غیر علمی است که دیگر ابائی از تخصیص ندارد تا آن را بر ارشادیت حمل کنیم بلکه به مولوی بودن آن حکم کرده و با وجود دلیل

مولوی، می‌گوئیم که این دلیل نسبت به بنای مورد بحث عقلاً، رادع خواهد بود. امام خمینی نیز در پاسخ به رادع بودن این ادله اظهار می‌دارد که اگر این آیات و ادله بخواهد از مطلق عمل به ظن یا به غیر علم، نهی کند، در این صورت شامل خودش نیز می‌گردد چون دلالت این آیات بر رادعیت نیز از باب ظهور است و طبعاً جزو موارد پیروی از ظن می‌باشد و آنگاه وقتی معلوم شد که این آیات نمی‌تواند رادع باشد نسبت به سیره عقلاء در مورد حجیت ظواهر، الغاء خصوصیت می‌کنیم و می‌گوییم هر آنچه که جنبه عقلایی داشته باشد از شمول ادله مزبور خارج است و لذا تمام ظنونی که عقلایی است مانند حجیت خبر ثقه بنابراین ممنوع و مردوع نخواهد بود. (سبحانی، پیشین، ۲/ ۲۰۱) در پاسخ به این جواب هم باید گفت که ما در مورد حجیت ظواهر قطع داریم و این قطع از آنجا ناشی می‌شود که تمام تفهیم و تفاهم میان مردم بر اساس حجیت ظواهر است و خود ائمه (ع) هم عملاً وقتی با مردم سخن می‌گفتند بر این اساس تفهیم و تفاهم آن‌ها صورت می‌گرفت و این قطع و این عمل خود کشف از امضاء شارع می‌کند و خروج این مورد از شمول ادله مورد بحث ثابت می‌شود و اما از کجا ما بتوانیم الغاء خصوصیت کنیم و بگوییم که اگر این مورد خارج است پس قطعاً هر ظن عقلایی خارج است؟ و آیا شارع نمی‌تواند نسبت به برخی از اموری که مورد سیره عقلاء است ردع بنماید و برخی دیگر را امضاء کند؟ به دیگر سخن اشکال ما بر این نظریه این است که آیات رادعه نمی‌تواند ظن حاصل از ظواهر الفاظ را مورد نهی قرار دهد چرا که در این صورت از اثبات آن نفی خودش لازم می‌آید و تناقض خواهد بود چون اگر بخواهد نسبت به این نوع ظن هم ردع نماید، از آنجا که رادع بودن آن نسبت به این نوع ظن هم از مصادیق ظواهر دلیل است و به نحو ظهور دلالت بر ردع دارد و وقتی دلالت بر ردع به نحو ظهور است نمی‌تواند رادع از ظن حاصل از ظواهر الفاظ باشد و لذا ردع آیات نسبت به این نوع ظن، محال است ولی این دلیل، استحاله نهی از این نوع ظن را فقط ثابت می‌کند نه مطلق ظن را چرا که شارع می‌تواند از ظن حاصل از خبر واحد نهی نماید و منظور او این باشد که باید تلاش کرد و در مورد احکام شرعی به خبر علم‌آور رسید و یا به دنبال قرائن گشت و در مورد حکم شرعی به اطمینان رسید و اگر هیچ‌یک ممکن نبود به حکم عقل هر خبر ظنی به حکم مقدمات انسداد حجت باشد و لذا ملاحظه می‌گردد که ممنوع بودن عمل به خبر واحد مشکلی نداشته و مثل ظن حاصل از ظواهر الفاظ نیست که از اثبات وجودش، عدم آن لازم آید.

بنابر این اگر نهی‌ای که در آیات مبارکه وجود دارد نمی‌تواند به یک نوع ظن به‌خاطر

استحاله عقلی تعلق بگیرد، وجهی ندارد که ما از آن مورد غیر قابل تعلق، عدول کنیم و بگوئیم ظن‌های دیگری که امکان تعلق نهی به آن وجود دارد نیز از شمول آیات مبارکه خارج است.

امضاء قولی و عملی نسبت به بنای عقلا بر عمل به خبر واحد

با بررسی‌های انجام شده معلوم گردید که امضاء شرعی نسبت به سیره عقلاء از طریق عدم ردع، ثابت نیست. حال باید دید آیا می‌توان از طریق دیگری نسبت به این سیره عقلاء امضا و رضایت شارع را احراز کرد؟

در بحث‌های قبل از نظر گذشت که امضاء نسبت به سیره عقلا یا از طریق عدم ردع و یا از طریق قول و یا عمل ائمه معصومان (ع)، ثابت و احراز می‌گردد در اینجا ما به ادله دیگری که اعتبار خبر واحد با آن ثابت شود، نیاز داریم، به طوری که اگر از طریق ادله دیگر مثل آیات قرآن و یا روایتی که این جهت را اثبات می‌کند، حجیت خبر واحد ثابت شود، آن‌گاه با فرض وجود سیره عقلاء مبنی بر عمل به خبر ثقه، این سیره مورد امضاء قولی و یا عملی قرار می‌گیرد و تنها به این ترتیب می‌توان از طریق سیره عقلاء حجیت خبر واحد را ثابت کرد ولی اثبات حجیت از طریق عدم ردع چنان‌که ملاحظه گردید با وجود همه تلاش‌هایی که در این جهت صورت گرفته ممکن نیست.

امضاء قولی نسبت به سیره عقلاء به این شکل است که باید قولی که کاشف از رضایت شارع است رسیده باشد که آن قول چه به لحاظ سند (در خصوص روایات) و دلالت (مشترک در آیات و روایات) و چه به لحاظ جهت صدور (در خصوص روایات) بتواند رضایت شارع را مشخص کند و امضاء از طریق عمل هم به این صورت است که ملاحظه شود معصوم (ع) بر منوال این سیره عمل کرده که به این ترتیب تمام ادله‌ای که در باب حجیت خبر واحد رسیده بر امضائی و غیر تأسیسی بودن حمل می‌شود.

با توضیحاتی که از نظر گذشت معلوم می‌شود که نظر بسیاری که نام آن‌ها از نظر گذشت، مبنی بر این‌که عمده دلیل برای اثبات حجیت خبر واحد عبارت است از سیره عقلا و این‌که اگر فرضاً ناتمام بودن ادله دیگر ثابت شود، تنها دلیلی که خدشه‌ناپذیر جلوه خواهد کرد، سیره عقلاء است، نادرست بوده و مورد اشکال جدی است چون از آن جهت که سیره عقلاء نیاز به امضاء و احراز رضایت شارع، دارد و این‌که امضاء به نحو عدم ردع به دلیل ناتمام بودن وجوه مطرح شده، قابل اثبات نیست، سیره عقلاء در فرضی می‌تواند دلیل بر حجیت خبر واحد باشد

که به وسیله دیگر ادله، امضاء نسبت به آن ثابت شود و در فرضی که معلوم شود باقی ادله مورد اشکال است دیگر نمی‌تواند حجیت خبر واحد را به اثبات برساند و لذا سیره عقلاء در کنار سایر ادله برای اثبات این مدعی دارای جایگاه و منزلت است نه در فرضی که ادله دیگر مخدوش و مورد اشکال باشد.

نتیجه‌گیری

برای اثبات حجیت خبر واحد به ادله چندی تمسک شده است که از جمله آن سیره عقلاء می‌باشد. سیره عقلاء از آن جهت که خود به تنهایی نمی‌تواند به عنوان دلیل مستقل برای اثبات این مدعا، مطرح شود، نیاز به احراز رضایت شرعی و امضای شارع دارد که این امر به وسیله عدم ردع، قابل اثبات نیست و تنها راه اثبات رضایت شارع نسبت به سیره عقلاء در مورد حجیت خبر ثقه، عبارت است از امضاء قولی و یا عملی که به این ترتیب معلوم می‌شود سیره عقلاء در عرض سایر ادله برای اثبات مدعی مورد بحث، نباید مطرح شود بلکه در طول ادله دیگر قرار دارد و خدشه پذیر بودن سایر ادله باعث خدشه پذیر شدن این دلیل یعنی سیره، هم می‌شود نه آن‌که آسیبی به آن نرساند به طوری که در فرض خدشه پذیر بودن آن‌ها، این دلیل بتواند مستقلاً مورد استناد و استدلال قرار گیرد.

ابتکار این مقاله در این است که تا به حال تمام تلاش‌هایی که در مورد اثبات امضاء شارع در مورد سیره عقلاء نسبت به حجیت خبر واحد صورت گرفته، معطوف به این است که امضاء و یا رضایت شارع از طریق عدم ردع صورت گیرد و چون با طرح راه‌های مختلفی که برای اثبات عدم ردع از سوی صاحب نظران، معلوم گردید که هیچ کدام خالی از خدشه و اشکال نیست این نتیجه حاصل شد که راه اثبات امضاء تنها در امضاء قولی و یا عملی منحصر است چون اگر احراز رضایت شارع لازم نباشد در این صورت عقلاً به عنوان مرجع مشروعیت حکم مطرح می‌شود که همان شرک در حاکمیت است لذا احراز رضایت شرعی نسبت به سیره عقلاً امری گریز ناپذیر است و معلوم شد احراز آن از طریق عدم ردع امکان پذیر نیست، پس به احراز رضایت از طریق امضای قولی و یا عملی نیازمند هستیم و این در صورتی امکان پذیر است که ثابت شود ادله دیگر اعتبار خبر واحد، حجت است و اگر ما در آن ادله نظیر آیات و روایات خدشه نمودیم، رسیدن به نتیجه از طریق صرفاً سیره عقلاً غیر ممکن است مگر این‌که نسبت به صدق یک خبر اطمینان حاصل شود که این دلیل دیگری است که از محور بحث در

این مقاله خارج است. در نتیجه، طرح سیره عقلا برای اثبات حجیت خبر ثقه (نه خبر موثوق الصدور) به عنوان عمده و تنها دلیل، صحیح نمی‌باشد.

منابع

قرآن کریم.

- آخوند خراسانی، محمد کاظم، *درر الفوائد فی الحاشیه علی الفرائد*، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- اصفهانی، محمد حسین، *نهایه الدرایه*، تهران، انتشارات بوذرجمهری، بی‌تا.
- انصاری، مرتضی محمد امین، *فرائد الاصول*، قم، انتشارات وجدانی، بی‌تا.
- بروجردی نجفی، محمد تقی، *نهایه الافکار* (تقریرات درس آقا ضیاء الدین عراقی)، قم، انتشارات جامعه مدرسین، بی‌تا.
- حسینی فیروز آبادی، مرتضی، *عنایه الاصول*، قم، انتشارات فیروز آبادی، چاپ ششم، ۱۳۶۸ .
- خراسانی، محمد کاظم، *کفایه الاصول*، قم، انتشارات انصاریان، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- سبحانی، جعفر، *تهذیب الاصول* (تقریرات درس خارج اصول امام خمینی)، قم، انتشارات مهر، بی‌تا.
- کاظمی خراسانی، محمد علی، *فوائد الاصول* (تقریرات درس اصول فقه میرزا محمد حسین نائینی)، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۰۶ ق.
- کلینی، محمد، *اصول کافی*، تهران، انتشارات علمیه اسلامی، بی‌تا.
- مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، انتشارات اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۰۸ ق.
- واعظ حسینی بهسودی، محمد سرور، *مصباح الاصول* (تقریرات درس خارج اصول آقای خویی)، قم، انتشارات داوری، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق.
- هاشمی، محمود، *بحوث فی علم الاصول* (تقریرات شهید صدر)، نشر مجمع علمی شهید صدر، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۷
تابستان ۱۳۹۳، ص ۵۴-۲۹

درمان با محرمات*

اکبر احمدپور

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: a-ahmadpour@um.ac.ir

چکیده

این پرسش از دیرباز در میان فقیهان مطرح بوده است که آیا می‌توان به وسیله محرمات به درمان بیماری‌ها پرداخت و بهبودی و تندرستی را از این رهگذر برای بیماران به ارمغان آورد، یا ورود در این عرصه، حتی به انگیزه درمان نیز ممنوع و ناروا است؟

البته استفاده از حرام در درمان بیماری‌ها، آنجا که بهره‌وری‌هایی به جز خوردن و آشامیدن، مورد نظر باشد، چندان مشکل‌ساز و حساسیت‌برانگیز نیست، اما آنچه بیشتر مورد گفتگو و مناقشه است، خوردن و آشامیدن شیئی حرام با هدف درمانگری است، که در این زمینه هرچند بیشتر فقیهان، به ویژه متقدمان آنان، درمانگری با حرام را، چه به صورت مطلق، و یا در برخی از محرمات، ناروا دانسته و آن را بر نتابیده‌اند، اما دیدگاهی که در این مقاله مورد توجه قرار گرفته جواز درمان با همه محرمات، بدون در نظر داشتن تفاوت میان آن‌ها است؛ از این رو به منظور تبیین این دیدگاه و استحکام‌سازی آن، دلایل پنج‌گانه‌ای سامان یافته، و تلاش شده است با فراهم‌سازی شرایط و پاسخ‌دهی به احتمالات معارض و نقد دیدگاه‌های رقیب، زمینه‌های پذیرش و مقبولیت این نظریه تا حدودی فراهم آید.

کلیدواژه‌ها: فقه، احکام پزشکی، درمان با حرام، حرام درمانی

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۱۱/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۳/۰۵.

مقدمه

هرچند برابر اصل نخستینی که ریشه در قرآن و سنت داشته و کم و بیش مورد تأکید دانشیان اسلامی نیز قرار گرفته است، بهره‌وری از همه موجودات و پدیده‌ها در جهان طبیعت، حلال و رواست، مگر آنجا که ناروایی آن از راه‌های مطمئن و به دلایل روشن و شناخته شده، اثبات گردد. در غیر این صورت باید به این اصل وفادار ماند و از آن عدول نمود.

از این اصل در دانش اصول فقه و جز آن، به «اصالة الاباحة» یاد شده و بر آن تأکید گشته است. (حکیم، الاصول العامه للفقہ المقارن، ۴۵۵؛ اردبیلی ۱۵۶/۱۱). در کنار این اصل، مواردی نیز در شریعت، حرام و ناروا اعلام گشته که برخی از آن‌ها در قرآن (نحل: ۱۱۵، انعام: ۱۴۵، مائده: ۳، بقره: ۱۷۳) و شمار بیشتری نیز در روایات آمده است. آشکار است که ناروایی محرمات به جهت زیان‌آوری و پلیدی آن، و در برابر، مباح گشتن حلال‌ها به خاطر سودمندی آن بوده است؛ چنان‌چه در منابع دینی نیز به این حقیقت اشاره گشته است (کلینی، ۲۴۲/۶؛ حرعاملی، ۳۰۹/۱۶ و ۳۴/۱۷؛ صدوق، علل الشرایع، ۳۱۶/۲). پرسشی که در اینجا مطرح است این‌که آیا می‌توان از محرمات جهت درمان برخی بیماری‌ها، در صورتی که به تشخیص بیمار یا کارشناسان و صاحب‌نظران، در رفع و یا کنترل آن بیماری اثرگذار است استفاده نمود، یا این‌که بهره‌وری از محرمات در حوزه درمان نیز، هم‌چون حالت عادی، ناروا است؟

در پاسخ به این پرسش چند دیدگاه شکل گرفته است.

دیدگاه نخست آن‌که از محرمات به هیچ روی نمی‌توان به‌عنوان درمان بهره گرفت و از آن سود جست.

گروهی راه تفصیل را برگزیده و میان مست‌کننده‌ها و دیگر محرمات تفاوت گذاشته‌اند. آنان استفاده درمانی از محرمات، به جز شراب و همانند هایش را در حال اضطرار، مجاز دانسته‌اند، ولی شراب و دیگر مسکرات را حتی در حال اضطرار هم مشروع نشموده‌اند. مشهور فقیهان از این نظر حمایت کرده‌اند.

جمعی نیز از منظر دیگری به نظریه تفصیل گرایش یافته و اظهار داشته‌اند: اگر پای خطر جانی و بیم از تلف شدن در میان باشد، حرام‌درمانی روا و بی‌اشکال است، اما به منظور تأمین سلامتی و تندرستی، و بدون وجود تهدید جانی، نمی‌توان بر محرمات تکیه نمود. در دیدگاه چهارم که مدعای نویسنده نیز بر صدر نشانیدن همین دیدگاه است، درمان با محرمات به‌صورت مطلق و بدون استثناء مورد تأیید قرار گرفته است، هرچند خطر جانی نیز در کار

نباشد. نویسنده این مقاله بر آن است تا با نقد و ارزیابی دیدگاه‌های مطرح در این باب، نظریه چهارم را در کانون توجه قرار داده و با از میان برداشتن موانع و چالش‌های پیش رو، راه پذیرش آن را هموار سازد. اما پیش از پرداختن به موضوع اصلی، یادآوری دو نکته ضرور می‌نماید:

۱. حرام‌درمانی با وجود جایگزین‌های حلال

در این فرض به درمان بیماری از طریق حرام پرداخته می‌شود در حالی که داروی حلال و مباح نیز به وفور و یا با تلاش اندک قابل استحصال و دستیابی است. آشکار است که حرام‌درمانی در این فرض را نمی‌توان تأیید کرد و آن را روا به‌شمار آورد، و این مورد اتفاق همه فقیهان است (فاضل هندی، کشف اللثام، ۳۲۱/۹). حتی فقیهی چون صاحب جواهر، اجماع را در هر دو شکل آن، چه منقول و یا محصل، پشتوانه این نظر به‌شمار آورده است (نجفی، جواهرالکلام، ۴۴۵/۳۶). افزون بر آن، اطلاق همه دلایلی که بهره‌گیری از محرّمات را در اشکال متفاوت آن ممنوع ساخته است می‌تواند مؤید آن به‌شمار آید. بدون آن‌که در برابر خود با دلیل معارض و مزاحمی روبه‌رو گردد.

۲. حرام‌درمانی در حوزه‌های غیرخوراکی

فرض دوم این است که داروی حرام نه با خوردن و آشامیدن، که از راه دیگری مورد استفاده بیمار قرار گیرد هم‌چون قطره‌چکانی در چشم، تزریق در بدن، آغشته ساختن بدن با مواد حرام یا نهادن آن بر روی جراحت یا عضو آسیب دیده، و نیز انواع جراحی‌ها و پیوندها و مواردی از این دست که هر روز شیوه‌ها و نمونه‌های پیشرفته‌تری از آن در سطح افکار عمومی مطرح شده و در دسترس همگان قرار می‌گیرد. در این صورت آیا می‌توان این نوع استفاده از حرام را مردود دانست و بیمار از آن محروم ساخت؟ ظاهراً این فرض هم به لحاظ مبانی فقهی بی‌اشکال است و تنها مشکل آن این است که مکلف به هنگام به‌کارگیری حرام و نجس، به‌صورت طبیعی بدن خویش را آلوده ساخته و شیئی حرامی را در کنار خود و یا حتی داخل بافت بدن خویش جای داده است که هیچ‌کدام به لحاظ تکلیفی محکوم به حرمت و ناروایی نیست، اما در عین حال داوری نهایی نسبت به این امر در گرو پاسخ به پرسشی است که در ذیل مطرح می‌شود.

آیا می‌توان هرگونه بهره‌وری از حرام را ناروا دانست؟

این پرسش در خور درنگ و تأمل است که آیا می‌توان با استناد به حرام بودن، یا نجس بودن یک چیز، همه بهره‌وری‌های آن را در همه اشکال و سطوح ممکن، ممنوع و ناروا دانست؟ یا این‌که تنها استفاده‌های ویژه‌ای از آن، آنهم به دلایل روشن و شناخته شده، نارواست، و نه همه بهره‌وری‌های احتمالی و انجام شدنی آن؟

برخی از فقیهان با استفاده از شماری از آیات از جمله آیه:

«حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ...» (مانده: ۳)؛ به لحاظ عمومیت تحریم میته در این آیه، به ضمیمه اصل عدم تخصیص، و نیز روایت «تحف‌العقول» که با اشاره به وجوه و گونه‌های نجس و کاربری‌های متنوع و متفاوت آن، با طرح این جمله: «فجميع تقلبه في ذالك حرام...» (حرعاملی، وسایل الشیعه، ۵۶/۱۲)؛ تمامی بهره‌وری‌های نجس را در هر قالب و زمینه‌ای مردود شناسانده، به اضافه روایات ممنوعیت بهره‌وری از میته و مردار (حرعاملی، ۲۹۵/۱۶، ۳۶۸)، هرگونه استفاده از حرام و نجس را در اشکال و گونه‌های مختلف آن ممنوع دانسته‌اند (ابن فهد حلی، مهذب البارع، ۲۳۱/۴؛ اردبیلی، مجمع‌الفائده، ۲۷۵/۱۱؛ حلی، مختلف الشیعه، ۱۳۲/۴)، که به صورت طبیعی حوزه درمان و آن دسته از جراحی‌ها و پیوندهایی را که با استفاده از مردار و یا حیوانات حرام‌گوشت صورت می‌یابد را نیز شامل می‌شود. حال جای این پرسش است که آیا می‌توان با این گروه همراه شد و استفاده از حرام را در همه زمینه‌ها مردود دانست؟

پاسخ

در پاسخ باید گفت: مستندات اینان نقدپذیر است؛ زیرا روایت تحف‌العقول به جهت مرسله بودن و آشفتگی‌های متنی و بی‌اعتمادی فقیهان به مضمون آن، قابل استناد نیست (خویی، مصباح‌الفقاهه، ۵/۱، منتظری، دراسات، ۸۹/۱).

در مورد آیه نیز: اولاً به لحاظ تناسب حکم و موضوع، منظور از حرمت میته، حرمت خوردن آن است، نه هر نوع استفاده از آن (انصاری، مکاسب، ۱۰۰/۱؛ اردبیلی، ۲۷۵/۱۱)، حتی بهره‌وری‌هایی که در عصر نزول متداول نبوده و یا سپس‌ها در سایه پیشرفت‌های علمی و فنی در بین مردم متداول و مرسوم گشته است، از جمله اتفاقات حوزه درمان را باید از شمول آیه برکنار دانست و اصل اباحه را بر آن حاکم به‌شمار آورد.

افزون بر آن، این‌که فقیهان با استناد به روایات، انبوهی از بهره‌وری‌های مباح را در مورد

برخی محرمات روا دانسته و بر آن صحنه گذارده‌اند، از جمله استفاده از موی خوک به عنوان ریسمان جهت کشیدن آب از چاه (نراقی، ۱۸۷/۱)، یا عذرة به منظور بهره‌وری در کشاورزی و باغات (طوسی، مبسوط، ۱۶۷/۲)، شراب نسبت به بی‌حسی‌های موضعی (خوانساری، ۱۶۰/۵)، پوست مردار برای آبیاری و تهیه غلاف شمشیر (همدانی، ۵۳/۷)، روغن نجس به منظور روشنایی (انصاری، مکاسب، ۳۴/۱) و موارد بی‌شماری از این دست، بیانگر این است که در مورد محرمات، تنها بهره‌وری‌هایی که وابسته و مرتبط با طهارت و پاکی است چون خوردن و آشامیدن و یا نماز و طواف، با محدودیت‌هایی رو به رو است، اما دیگر بهره‌وری‌های عقلانی و منطقی روا بوده و ممنوعیتی برای آن نمی‌توان یافت. از اینجا می‌توان پاسخ روایاتی را که به صورت مطلق بهره‌وری از میته را ممنوع ساخته است (حرعاملی، ۲۹۵/۱۶، ۳۶۸؛ منتظری، دراسات، ۳۱۶/۱) به دست آورد؛ چراکه آنچه را ممنوع ساخته بهره‌وری‌های شناخته شده و متداول آن است، نه همه بهره‌وری‌های آن (خویی، مصباح‌الفقاهة، ۱۴۰/۱، ۶۲)، ضمن آن‌که استفاده از محرمات در درمانگری‌های غیرخوراکی، با نماز و طواف نیز ناسازگاری نخواهد داشت تا از این راه بتوان حرمت بهره‌وری از آن را به اثبات رسانید؛ زیرا این درمانگری‌ها اگر در حوزه داخلی بدن صورت یابد مثل جراحی‌ها و پیوندهای قلب و کبد و ریه و مغز استخوان و... حتی با استفاده از ناپاک‌ترین حیوانات نیز، موجب ناپاکی بدن نمی‌گردد، چرا که قانون مطلق و بی‌رقیبی که بر حوزه داخلی بدن حکم فرماست، پاکی و طهارت است، حتی خون و ادرار نیز تا زمانی که از مجرای داخلی بدن خارج نشده‌اند، مشمول طهارت‌اند و تنها هنگام خروج آن‌ها از بدن است که مفهوم نجاست نسبت به آن‌ها معنا می‌یابد (سبزواری، مهذب‌الاحکام، ۲۸۶/۱، ۲۹۷؛ فیاض، تعالیق، ۸۶/۱؛ شهید اول، دروس، ۱۲۸/۱؛ خویی، التنقیح، ۴۶۷/۱). اما اگر درمانگری با حرام و نجس نسبت به بخش‌های بیرونی بدن انجام یابد، مثل پیوند پوست، و یا جراحی‌های سطحی و ظاهری و موارد همانند، در این صورت نیز اگر حیات در عضو پیوندی جریان یافته است، جزء یاد شده در شمار اجزاء بدن به حساب آمده و همانند آن‌ها پاک خواهد بود و مانعی بر سر راه نماز به‌شمار نخواهد رفت (سیستانی، منهاج‌الصالحین، ۴۶۱/۱). حتی استصحاب نجاست و میته بودن پیشین نیز در مورد جزء پیوندی جاری نخواهد گشت چون موضوع آن تغییر یافته و هم‌اکنون جزیی از بدن جدید به‌شمار می‌رود؛ از این رو در پاکی و طهارت آن نباید تردید روا داشت. به‌علاوه در صورتی که جزء پیوندی در سایه استحاله تبدیل به جزء تازه‌ای در بدن گردد و یا بافت جدیدی، سطح

ظاهری آن را بپوشاند، در این صورت از رهگذر استحاله هم می‌توان مزاحم نبودن آن را برای نماز و طواف به اثبات رسانید. (شهید، دروس، ۱۲۸/۱؛ محقق حلی، معتبر، ۴۴۹/۱؛ عاملی، مدارک الاحکام، ۳۲۳/۲). اما در صورتی که حیات و یا استحاله هم در آن روی نداده است باز هم از باب اضطرار، از آن جهت که جدا ساختن عضو پیوندی از بدن در نماز مستلزم ضرر یا حرج و مشقت است، نماز یا طواف با آن بی‌اشکال خواهد بود (سبزواری، مهذب الاحکام، ۳۱۵/۱؛ حلی، معتبر ۴۴۹/۱؛ حلی، تذکره الفقهاء، ۴۹۵/۲؛ شهید، بیان، ۹۴؛ دروس، ۱۲۷/۱).

در همین جا می‌توان به این نکته هم اشاره داشت که درمانگری با فعل حرام نیز چون ورزش دادن اعضا و فعال سازی عضو آسیب‌دیده و احیای بافت‌های فرسوده و بیمار بدن که همراه با لمس آن از سوی پزشک و یا افراد متخصص صورت می‌یابد، در فرض ضرورت و فقدان عناصر هم‌جنس و عدم امکان درمانگری بدون لمس، بی‌اشکال خواهد بود. (امام خمینی، تحریرالوسیله، ۱۵۰/۲).

۳. حرام‌درمانی در حوزه‌های خوراکی

اما موضوعی که بیش از همه چالش برانگیز بوده و دیدگاه‌های متفاوت و بلکه متناقضی را برانگیخته است، حرام‌درمانی با مصارف خوراکی است بدین معنی که اگر درمان بیماری متوقف بر خوردن و آشامیدن حرام است، آیا از منظر مبانی دینی می‌توان آن را تأیید نمود؟ در این زمینه ۴ دیدگاه مطرح گشته است که نیازمند بررسی و واکاوی است:

۱. ممنوعیت حرام‌درمانی مطلق

قایلان این دیدگاه بر این باورند که با محرّمات، از هر نوع و اندازه، و در هر ساحت و جایگاهی، نمی‌توان به درمان بیماری‌ها پرداخت، به لحاظ آن‌که محرّمات، خود منشأ آلودگی‌ها و بیماری‌های بی‌شمارند، در این صورت چگونه می‌توانند باعث برطرف شدن بیماری‌ها در دیگر موجودات گردند؟ هر چند شماری از حامیان این نظریه، موارد اضطرار را جدا ساخته‌اند اما بسیاری دیگر حتی همان را هم از قلمرو حرام‌درمانی برکنار ندانسته‌اند. گروهی از فقیهان شیعی (نجفی، ۴۴۵/۳۶؛ اردبیلی، ۳۲۰/۱۱) و بیشتر فقیهان سنی (شوکانی، نیل الاوطار، ۵۵۱/۸؛ ابن قدامة، مغنی، ۴۱۶/۸، علی بن سلیمان، الانصاف، ۴۳۷/۲؛ زحیلی، الفقه الاسلامی، ۲۶۱۰/۴) به این نظریه گرویده‌اند.

دلایل:

۱-۱. احتیاط‌گرایی

بدون تردید هر اندازه انسان بتواند در درمان خود از حرام دوری بجوید و هیچ‌گونه نقش و اثری به آن واگذار ننماید و حتی از ورود در مواردی که شائبه حرام در آن می‌رود بپرهیزد و مرز خود را با حوزه‌های ممنوعه در همه حالات و شرایط پاس بدارد به احتیاط نزدیک‌تر است که در شایستگی و پسندیده بودن آن جای گفت‌وگو نیست و نگاهدارنده حریم آن را باید ستود (طوسی، خلاف، ۹۷/۶).

نقد و ارزیابی: هرچند عمل به احتیاط در بسیاری از جاها پسندیده است، اما در صورتی که دلایل روشن و شناخته شده‌ای بر مباح بودن درمان با محرّمات، و یا حتی ضرورت آن، برپا گردد که اندکی بعد به آن پرداخته خواهد شد، دیگر جایی برای احتیاط باقی نمانده و زمینه آن به صورت طبیعی از میان خواهد رفت.

۱-۲. استصحاب

مدّعا در این دلیل آن است که به‌کارگیری محرّمات و بهره‌وری از آن پیش از آن‌که به عنوان درمان مورد استفاده بیمار قرار گیرد ممنوع و ناروا بود. به هنگام استفاده بیمار، اصل آن است که حرمت پیشین آن هم‌چنان پایدار و پابرجاست و تزلزل و تغییری در آن صورت نیافته است. (فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۱۵۴/۴).

نقد و ارزیابی: استناد به استصحاب در جایی از وجاهت برخوردار است که دلیلی بر نقض آن نباشد در حالی که مخالفان این دیدگاه، دلایلی را بر مشروعیت حرام‌درمانی برپا داشته‌اند که می‌تواند بنیان استصحاب را از میان بردارد. ضمن آن‌که اجرای استصحاب در صورتی پذیرفتنی است که موضوع آن در هر دو حالت تغییر نیافته باشد در حالی که در اینجا تغییر یافته است؛ زیرا مکلف در حالت پیشین از تندرستی برخوردار و اکنون فاقد آن است و این دو حالت با یکدیگر متفاوت‌اند.

۱-۳. عموم و اطلاق روایات

در این استدلال تکیه بر روایاتی است که به هیچ‌یک از محرّمات نقشی به‌عنوان شفا و درمان واگذار ننموده است از جمله حسنة عمر بن اذینه که از امام صادق(ع) در مورد استفاده دارویی از شراب خرما پرسید: حضرت پاسخ داد: «إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَلْ فِي شَيْءٍ مِمَّا حَرَّمَ دَوَاءً وَ لَأَشْفَاءً» (حرعاملی، ۲۷۵/۱۷)؛ به راستی خداوند در آنچه حرام ساخته، درمان و شفا قرار نداده است. یا در پاسخ به پرسش دیگری در همین موضوع فرمود: «برای هیچ کس شایسته نیست که از حرام شفا بجوید» (همانجا، ۲۷۶). نیز به بیماری که اظهار می‌داشت: تنها شراب خرما

داروی مناسب درمان اوست، سه بار فرمود: «تو را چه به آنچه خدا و رسول آن را حرام ساخته است» (همانجا، ۲۷۵). از امام علی (ع) هم آمده است که فرمود: «إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَلْ فِي رِجْسٍ حَرَمَهُ شِفَاءً» (نوری، ۶۷/۱۷)؛ به راستی خداوند در پلیدی که حرامش ساخته، شفا قرار نداده است.

در منابع سنین هم حرام درمانی مذموم تلقی شده و از آن نهی گشته است. از جمله رسول خدا (ع) برابر نقل ابی داوود فرموده است: «تَدَاوُوا و لا تَدَاوُوا بِحَرَامٍ» (ابی داوود، ۴۰۰/۲)؛ خود را درمان کنید ولی نه با حرام. به هر روی هر چند ممکن است برخی روایات یاد شده ضعیف به نظر آید اما فزونی این روایات و نیز نقل آن در منابع سنی و شیعی، به ضمیمه وجود روایات معتبر در میان آنها، ما را از جستجوهای سندی باز می‌دارد. ضمن آن‌که هرچند این روایات در موضوع شراب درمانی و در پاسخ به پرسش‌هایی در این باب آمده است، اما پاسخ‌های امام مطلق و فراگیر است که نمی‌توان آن را محدود به مورد سؤال دانست؛ از این رو نسبت به همه محرّمات قابل احتجاج است.

نقد و ارزیابی: حق آن است که نمی‌توان با تکیه بر این روایات، نامشروع بودن حرام‌درمانی را تأیید نمود؛ زیرا در برابر روایات یاد شده، مستندات بی‌شماری وجود دارد که در فرض اضطرار همه محرّمات را بدون استثناء مباح نشان می‌دهد، در این صورت بر اساس قاعده مرسوم و متداول در اطلاق و تقیید می‌بایست این روایات را حمل کرد بر مواردی که اضطرار وجود نداشته و داروی حلال و مباح به آسانی در دسترس بیمار قرار می‌گیرد؛ چراکه در این فرض است که داروی حرام هیچ‌گونه شفا بخشی نخواهد داشت (شهید ثانی، ۱۳۰/۱۲)؛ فاضل هندی، ۳۲۲/۹.

به‌علاوه مصلحت حفظ نفس، چه نسبت به تلف، یا زیان‌های غیرقابل تحمل، به مراتب مهم‌تر از مفسده موجود در محرّمات است، در این صورت برابر قانون تزاحم می‌بایست از مفسده کوچک‌تر در برابر مصلحت بزرگ‌تر صرف‌نظر کرد و از آن روی برتافت؛ از این رو چاره‌ای جز تأیید حرام‌درمانی به منظور دستیابی به مصلحت والا تر نیست. ضمن آن‌که کلیت این روایات که درمانگری با حرام را از اساس مورد ردّ و انکار قرار داده است، افزون بر ضدیت آن با روایات اضطرار، به باور بسیاری از فقیهان، با وجدان و تجربه‌های صورت یافته، و نیز واقعیات حوزه پزشکی، و حتی خود قرآن (بقره: ۲۱۹) که در مورد شراب اصل سودمندی را (فارغ از کم و کیف و حدود و ثغور آن) پذیرفته، در تناقض است (نراقی، مستند،

۳۸-۳۹/۱۵؛ فیض، مفاتیح الشرایع، ۲/۲۲۷؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۹/۲۹۶). از این رو فقیهان به منظور حل این تناقص و ناسازگاری‌های موجود، با اغماض از کاستی‌های سندی و دلالتی این روایات (اردبیلی، مجمع الفائده، ۱۱/۳۲۰؛ شیرازی، الفقه، ۳۶/۷۷-۳۵)، تفسیرهای ویژه‌ای را نشان داده‌اند که هر چند برخی از آن‌ها قابل نقد است، اما مجموعه احتمالات عرضه شده در توجیه این روایات نشان دهنده ناتوانی آن‌ها در نفی مشروعیت حرام‌درمانی است. از جمله گفته‌اند: منظور از روایاتی که می‌گویند: در محرّمات شفا نیست، آن است که محرّمات در ذات و هویت خود، به لحاظ آمیختگی با مفساد، برای درمان و شفا پدید نیامده است، یا اگر نسبت به یک بیماری سودمند باشد، در کنار خود بیماری‌های دیگری را نیز سبب خواهد گشت (شیرازی، الفقه، ۳۷/۷۷). یا زیان‌های روحی و روانی مصرف محرّمات آن‌چنان عمیق و گسترده است که نقش درمانی آن را نسبت به پاره‌ای از بیماری‌های جسمی، نمی‌توان شفا نامید (فیض، مفاتیح الشرایع، ۲/۲۲۶). برخی هم ادبیات مورد استفاده در این روایات را حمل بر مبالغه نموده‌اند به این معنی که نقش درمانی محرّمات آن‌چنان ناچیز است که نمی‌توان آن را به عنوان درمان و شفا مطرح ساخت، و یا این‌که با امکان درمانگری از طریق حلال، نباید شفا را در محرّمات جست (اردبیلی، ۱۱/۳۲۲)؛ چنان‌چه شماری نیز حمل بر غالب نموده‌اند (روحانی، فقه‌الصادق، ۱۹/۲۹۶). این احتمال هم می‌رود که منظور امام بیان این واقعیت است که هیچ حرامی، نسبت به هیچ بیماری، داروی واقعی و منحصر به فرد آن نیست، بلکه ناآگاهی ما از داروهای جایگزین باعث شده است تا حرام را تنها راه درمان آن بیماری خاص بدانیم و به آن اضطرار پیدا کنیم (نراقی، ۱۵/۳۹). و تفسیرهای دیگری که اکنون جای استقصاء و برشمردن همه آن‌ها نیست.

۱-۴. یکسان‌نگاری شراب با محرّمات دیگر

برخی نیز نسبت به حرمت درمان با محرّمات، به روایات بی‌شماری که بهره‌وری از شراب را در درمان‌گری ممنوع ساخته است، استناد جسته‌اند از آن جهت که ملاک در هر دو یکی است؛ زیرا آن‌چه شراب‌درمانی را ناروا ساخته است، حرمت و نجاست آن است؛ در حالی‌که همین علت در غیر شراب نیز هست، از این رو نمی‌بایست حکم آنان را متفاوت پنداشت بر همین اساس ذیل شماری از روایات شراب، ممنوعیت شراب‌درمانی به حرام‌درمانی تبدیل شده و به مثابه قاعده‌ای کلی بیان گشته است. (فاضل هندی، کشف اللثام، ۹/۳۲۲؛ اردبیلی، ۱۱/۳۲۰؛ حر عاملی، ۱۷/۲۷۶-۲۷۵).

نقد و ارزیابی: این استدلال نیز چندان وجیه نیست و نمی‌توان شراب را با دیگر محرّمات یکسان پنداشت زیرا ممکن است حرمت خمر، به لحاظ ویژگی‌های آن، متفاوت از دیگر محرّمات باشد و نه همسان با آن‌ها: نخست از آن جهت که انبوهی از روایات پشتوانه حرمت خمر است، در حالی که این حجم وسیع از روایات را در مورد دیگر محرّمات نمی‌توان دید. به‌علاوه خمر موجب زوال عقل می‌گردد، بر خلاف دیگر محرّمات که به ظاهر فاقد این اثرند، افزون بر آن که در مرحله نخست، این قرآن است که شراب را حرام ساخته است و نه روایات، و این نشان‌دهنده تمایزهای ذاتی و جانبی شراب در قیاس با دیگر محرّمات است. (اردبیلی، ۳۱۹/۱۱، ۳۳۱). گذشته از آن که شراب مستلزم حدّ است، بر خلاف دیگر محرّمات. همین ویژگی‌ها، و حتی احتمال آن‌ها نیز کافی است که نتوانیم ممنوعیت شراب‌درمانی را به حرام‌درمانی تسرّی دهیم.

۲. نظریه تفصیل

برخی فقیهان بین مسکرات و دیگر محرّمات تفاوت گذاشته‌اند. آنان هرچند استفاده از دیگر محرّمات را به هنگام اضطراب روا می‌دانند، اما در مورد شراب و دیگر مسکرات به هیچ روی بهره‌وری درمانی از آن‌ها را، حتی در فرض ضرورت نیز، برنتابیده و آن را نازوا شمرده‌اند. تنها جایی که شراب‌درمانی را در مورد آن مباح دانسته‌اند بیماری‌های چشمی است (طوسی، خلاف، ۹۷/۶؛ محقق، شرایع، ۲۰۲/۴؛ حلی، قواعد، ۵، ۳۳۴/۳). برخی نیز حتی در بیماری‌های چشمی نیز استفاده از مست‌کننده‌ها را نپذیرفته‌اند (حلی، سرائر، ۳۷۲/۳). این نظریه از سوی مشهور فقیهان شیعی مورد حمایت قرار گرفته است (شهید ثانی، ۱۲۸/۱۲؛ فاضل هندی، ۳۲۱/۹). افزون بر آنان، فقیهان سنی هم، به جز ظاهریان، درمان با خمر را مردود شمرده‌اند (زحیلی، ۲۶۰۶/۴).

صاحبان این نظریه نیز در تأیید آن دلایلی را سامان داده‌اند:

۱-۲. اجماع

این اجماع مورد ادعای شیخ طوسی است (طوسی، خلاف، ۹۷/۶؛ مبسوط، ۲۸۸/۶).

نقد و ارزیابی: استدلال به اجماع ناپذیرفتنی است؛ زیرا روایات بسیاری در این باب مورد استناد مشهور قرار گرفته که اجماع را به‌صورت طبیعی مدرکی ساخته و آن را از تعبدی بودن و کارآمدی دور می‌سازد.

۲-۲. همسویی با احتیاط

در این حقیقت نمی‌توان تردید روا داشت که پرهیز از شراب و روی برتافتن از همه اشکال و گونه‌های آن، حتی در موارد احتمالی، نشان دهنده احتیاط‌گرایی و همسویی عملی با این اصل دینی است که از منظر فقیهان و دانشیان اسلامی امری است پذیرفته شده و ستودنی، و افزون بر آن، بهره‌مند از حسن ذاتی و مطلوبیت نفسانی.

نقد و ارزیابی: همان‌گونه که گذشت، عمل به احتیاط هرچند پسندیده و بی‌چون و چرا است اما با وجود دلایل مستحکمی که اندکی بعد در مورد روا بودن درمان با محرّمات، از جمله شراب‌درمانی، بیان خواهد گشت، دیگر جایی برای احتیاط باقی نمی‌ماند.

۲-۳. فقدان دلیل

مدّعا در این فرض آن است که حرمت خمر با دلایل روشن و بی‌شماری به اثبات رسیده است، در این صورت اگر شراب (و یا حتی دیگر مسکرات) در شرایط خاصی، از جمله به منظور مداوا و درمان، حلال گردد، نیازمند دلایل قطعی و شناخته شده است، در حالی که این دلایل تاکنون به اثبات نرسیده و منتفی است (طوسی، خلاف، ۸/۶، ۹۷؛ حلی، سرائر، ۳/۳۷۲؛ فخرالمحققین، ۴/۱۶۶).

نقد و ارزیابی: این استدلال هم مناقشه‌پذیر است؛ زیرا در صورتی پذیرفتنی است که صاحبان دیدگاه‌های رقیب، از جمله قائلان به روا بودن حرام‌درمانی، نتوانند در تأیید مدّعی خود، دلایلی موجه و پذیرفتنی برپا دارند، اما در فرض برخوردارگی از مستندات استوار و کارآمد، اساس این استدلال نیز از میان خواهد رفت.

۲-۴. اطلاق آیات و روایات

این استدلال بر این پایه استوار است که خمر برابر آیات (بقره: ۲۱۹، مائده: ۹۰)، و روایات بی‌شمار (حرعاملی، وسایل، ۲۳۷/۱۷)، حرام اعلام گشته است، بدون آن‌که برای حرمت آن حد و مرزی در نظر گرفته شود، و یا قید و شرطی آن را محدود سازد، حتی اضطرار هم نمی‌تواند محدودیتی برای آن پدید آورد؛ زیرا اضطرار تنها نسبت به محرّماتی که در آیات اضطرار (بقره: ۱۷۳؛ مائده: ۳؛ انعام: ۱۱۹) آمده است این نقش را خواهد داشت که آن‌ها هم عبارت‌اند از مردار، خون و گوشت خوک، در حالی که شراب در شمار آن محرّمات نیست، در نتیجه در فرض اضطرار و یا درمان نیز حرمت آن هم‌چنان باقی است. ضمن آنکه در روایات هم، شراب‌درمانی به صورت مطلق ممنوع گشته است از جمله صحیح‌ه حلبی: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ دَوَاءٍ عَجِنَ بِالْخَمْرِ فَقَالَ لَا وَاللَّهِ مَا أَحَبُّ أَنْ أَنْظَرَ إِلَيْهِ فَكَيْفَ أَتَدَاوَى بِهِ إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ

شَحْمِ الْخِنْزِيرِ أَوْ لَحْمِ الْخِنْزِيرِ» (حرعاملی، وسایل، ۲۷۵/۱۷)؛ از امام صادق(ع) از دارویی که با شراب آمیخته شده پرسیدم فرمود: نه بخدا سوگند! دوست ندارم به آن بنگرم تا چه رسد به این که خود را با آن درمان نمایم. او به منزله پیه خوک یا گوشت خوک است. یا در حسنه عمرین اذینه که امام صادق(ع) در پاسخ به پرسشی پیرامون شراب‌درمانی فرمود: «لا ولاجرعة» (پیشین) نه! و نه حتی جرعه‌ای!

به ام خالد هم که در همین زمینه از آن حضرت پرسیده بود فرمود: «فَلَا تَدُوقِي مِنْهُ قَطْرَةً لَأَنَّ اللَّهَ لَا أَذُنَ لَكَ فِي قَطْرَةٍ مِنْهُ» (پیشین)؛ پس قطره‌ای از آن را نجش! نه به خدا سوگند! اجازه نمی‌دهم قطره‌ای از آن بنوشی. ضمن آن‌که بخشی از روایات تحریم نیز که شراب‌درمانی را یکسره مردود می‌دانست و اعلام می‌داشت؛ «در حرام و نجس نمی‌توان درمان و شفا را جست»، پیشتر گذشت، و بخش دیگری هم با این ادبیات پیش روی ماست که مصرف شراب، حتی برای مضطر نیز جز زشتی و آشفتگی، ارمغان دیگری نداشته و باعث کشتن وی می‌گردد (حرعاملی، ۲۷۷/۱۷، ۳۰۳).

نقد و ارزیابی: این استدلال نیز از جهاتی قابل نقد است:

اما در مورد آیات:

یک. هر چند شراب در قرآن به صورت مطلق حرام گشته است، اما این حرمت را باید بر اساس آیات اضطرار به غیر مورد ناچاری محدود ساخت؛ زیرا در صورت اضطرار نمی‌توان در مباح بودن آن تردید روا داشت. این که گفته شده است: اضطرار تنها محرمانی را محدود می‌سازد که در آیات اضطرار نام آن‌ها برده شده است به دلایلی مردود است:

- این قاعده در جای خود به اثبات رسیده و مورد تأکید قرار گرفته است که در استنباط‌های قرآنی، معیار و ملاک از آن عموم لفظ است نه خصوص مورد. بر این اساس هر چند در آیات اضطرار نام مردار و خوک و خون آمده است، اما حکم اضطرار که عبارت از روا بودن محرمان در شرایط اضطراری است، در ارتباط با همه محرمان است، نه همان سه موردی که در آیات یاد شده به آن اشاره گشته است.
- به علاوه جمله «فمن اضطر...» که در ذیل آیات اضطرار آمده است، به مثابه ضابطه‌ای کلی و قانونی عام و فراگیر نسبت به همه محرمان است که در هنگامه اضطرار ممنوعیت آن‌ها برداشته می‌شود و خوردن آن‌ها روا می‌گردد. بدیهی است محدود ساختن این قاعده کلی به چند حرام که نام آن‌ها در آیات اضطرار آمده است، کاستن

از وسعت و گستره آیات و نادیده انگاشتن نقش جهان‌شمولی و کلی‌نگری قرآن است که وجاهت چندانی نداشته و نمی‌توان با آن همراه شد.

- هر چند نام بردن از برخی محرمات در شماری از آیات اضطرار، ممکن است به این شبهه دامن بزند که اضطرار تنها نسبت به محرمات یاد شده است، اما در آیه ۱۹ سوره انعام «وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ»؛ در حالی که (خداوند) آنچه را بر شما حرام بوده بیان کرده است؛ مگر این که ناچار باشید؛ اضطرار نسبت به همه محرمات (چه آنچه در قرآن آمده و یا حتی از زبان رسول خدا (ع) بیان گشته است (اردبیلی، زبدةالبیان، ۸۰۲/۲)، مطرح شده بدون آنکه از حرام خاصی نام برده شود؛ از این رو اشکال یاد شده، حداقل نسبت به این آیه از بیخ و بن منتفی است. در نتیجه نمی‌توان با حرمت شراب به صورت مطلق، حتی در حال اضطرار، آن‌گونه که شیخ طوسی و مشهور برآند، همراه شد.

دو. این پرسش را می‌توان با طراحان این نظریه در میان گذاشت که چگونه شما اضطرار را نسبت به خون و خوک و مردار که حرمت آن‌ها به مراتب غلیظتر از شراب است پذیرفته‌اید، اما در مورد شراب به انکار آن پرداخته‌اید با اینکه جریان حکم در مورد شراب سزاوارتر از آن‌هاست (شهید ثانی، ۱۲۷/۱۲؛ حلی، مختلف، ۳۵۷/۸؛ ابن فهد حلی، ایضاح، ۱۶۵/۴).

اما این که حرمت در محرمات سه‌گانه یاد شده شدیدتر است: اولاً از آن جهت که در قرآن به هنگام شمارش محرمات تنها از همین سه مورد یاد شده است و نه چیز دیگری، آنهم با ادبیات ویژه‌ای که در سوره انعام (۱۴۵) به کار رفته که از رسول خدا(ص) می‌خواهد به مشرکان بگوید: در میان آموزه‌های فرود آمده بر وی، هیچ حرامی را به جز مردار و خون و خوک نمی‌یابد، و هم‌چنین توجه به این حقیقت که در آیات مدنی (بقره: ۱۷۳، مائده: ۵) نیز، هم‌چون آیات مکی، با همه تغییر شرایط و فاصله زمانی بسیاری که میان این آیات وجود داشت، باز هم به هنگام طرح محرمات، از همین سه مورد، و با همان لحن و ادبیات آیات مکی، و یا نزدیک به آن، یاد نموده است، که نشان دهنده تأکید و اصرار قرآن بر همین موارد است و نه چیز دیگری.

آشکار است که هر چند این شیوه نام‌بری از محرمات، نافی محرمات دیگر نیست ولی به وضوح پیشتازی و سرآمدی محرمات یاد شده را نسبت به دیگر مصادیق و گونه‌های حرام آشکار می‌سازد و این که این محرمات در نگاه شریعت در مقایسه با دیگر موارد از اهمیت

بیشتری برخوردار بوده و هست؛ چنانچه مفسران نیز همین تفسیر را از آیات یاد شده نشان داده و آن را صائب‌ترین و نیکوترین تفسیر در حوزه این آیات یافته‌اند (طبرسی، ۱۸۳/۴؛ طوسی، تبیان، ۳۰۳/۴) و فقیهان هم بر آن صحه گزارده‌اند (شهیدثانی، پیشین؛ ابن فهد حلّی، پیشین، فیض کاشانی، مفاتیح، ۲۲۶/۲) تا آنجا که علامه حلّی می‌نویسد: نام بردن از محرمات سه‌گانه در آیات اضطرار در بردارنده این پیام است که اگر خون و خوک و مردار، با همه شدت و غلظتی که در حرمت آنهاست، به هنگام اضطرار مباح می‌گردند، دیگر محرمات نیز، از جمله شراب که به مراتب سبک‌تر و ضعیف‌تر از آن سه مورداند، به طریق اولی مباح خواهند گشت. (علامه حلّی، پیشین).

ثانیاً در نجس بودن مسکرات، و نه حرمت آنها، تردیدهای جدی وجود دارد تا جایی که گروهی به طهارت آنها قایل گشته‌اند (عاملی، مدارک، ۲/۲، ۲۹۱؛ فیاض، تعالیق، ۹۲/۱؛ اردبیلی، ۳۱۲/۱؛ همدانی، مصباح الفقیه، ۱۸۶/۷)، و این نیز می‌تواند نشانه سبک‌تر بودن شراب در سنجه با محرمات پیش‌گفته تلقی گردد؛ زیرا بدون تردید حرام‌هایی که تنها حرام‌اند، ضعیف‌تر از حرام‌هایی خواهند بود که افزون بر حرمت از نجاست هم برخوردارند.

چنانچه باز هم از جانبداران این نظریه پرسیدنی است که چگونه شما نوشیدن شراب را در بیم از تشنگی، برابر روایتی (حرعاملی، ۳۰۲/۱۷)، روا می‌دانید (طوسی، نه‌ایه، ۵۹۱)؛ اما در اضطرار، با بودن روایات بی‌شمار همانند، آن را روا نمی‌دانید؟ در حالی که ملاک در هر دو یکسان است، و حتی ممکن است تنگناها و مشکلات پدید آمده از رهگذر اضطرار برای مبتلایان به ناچاری در بسیاری از موارد کمتر از خطرات و آسیب‌های تشنگی برای صاحبانش نباشد.

سه. بر فرض نتوان حرمت شراب را با آیات قرآن تخصیص زد، اما در روایات بسیاری مصرف شراب در صورت اضطرار مباح اعلام گشته است، و این روایات می‌تواند مخصص قرآن قرار گرفته و حرمت شراب را محدود سازد.

در مورد روایات نیز: هر چند شراب در روایاتی به صورت مطلق حرام اعلام گشته که شامل درمان نیز می‌شود، اما در روایات دیگری تصریح گشته است که در صورت اضطرار می‌توان از آن سود جست از جمله در روایت مفضل بن عمر که نام شراب هم در آن آمده و حضرت فرموده است: «وَ إِذَا اضْطُرَّ إِلَى الْخَمْرِ شَرِبَ حَتَّى يَرُويَ وَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَعُودَ إِلَى ذَالِكِ حَتَّى يَضْطُرَّ إِلَيْهِ أَيْضاً» (نوری، ۲۰۱/۱۶؛ دعائم الاسلام، ۹۳/۲)؛ هنگامی که به نوشیدن شراب

ناچار شد آن را بنوشد تا سیر شود. در صورتی هم که بار دیگر به آن اضطراب یافت می‌تواند دوباره آن را بیاشامد. از صدوق هم حدیثی با این مضمون آمده است: «وَشَرِبُ الْخَمْرِ جَائِزٌ فِي الضَّرُورَةِ» (حرعاملی، ۳۰۳/۱۷). آشکار است در تعارض این دو دسته روایات، بر اساس قانون اطلاق و تقیید، باید روایاتی که به صورت مطلق شراب را حرام می‌داند حمل کرد بر غیر مورد اضطراب. ضمن آن‌که در صحیحه حلبی که قوی‌ترین روایت اردوی تحریم نیز به شمار می‌رود، و پیشتر به آن اشاره گشت، شراب به پیه خوک یا گوشت خوک تشبیه شده است که بیانگر یکسان‌نگاری آن دو است یعنی همان‌گونه که خوک در شرایط ناچاری مباح می‌گردد، شراب نیز چنین است بدون آن‌که تفاوتی میان آن دو باشد.

گذشته از آن، مضمون صحیحه یاد شده نیز به جهت این جمله آن «مَا أَحَبُّ أَنْ أَنْظَرَ إِلَيْهِ» بیش از کراهت را نشان نمی‌دهد (نجفی، ۳۵۷/۳۶)؛ محسنی، الفقه و مسایل طیّیه، ۳۱۶/۱).

۳. حرام‌درمانی و بیم از خطر جانی

اساس این دیدگاه بر این پایه استوار است که درمان با محرّمات در صورتی مباح و روا است که اگر از داروی حرام استفاده نشود، جان بیمار در معرض مخاطره جدی قرار می‌گیرد، اما آنجا که با این خطر و تهدید روبرو نیست، هر چند تحمل بیماری برایش دشوار تلقی گردد با این حال درمان با محرّمات برای وی روا و مشروع نخواهد بود. فقیهانی چون علامه حلّی (مختلف، ۳۵۷/۸)، ابن فهد حلّی (المهذب البارع، ۱۸۶/۴)، و شهید ثانی (مسالك، ۱۲۹/۱۲)، از این نظریه جانبداری کرده‌اند.

دلایل:

این گروه در تأیید بخش نخست دیدگاه خود همه دلایلی را که قائلان به روا بودن حرام‌درمانی برپا داشته‌اند به ضمیمه دلایلی که انسان را از قتل نفس و یا القاء در تهلكه باز می‌دارد به‌عنوان مستندات خویش آورده‌اند و در بخش دوم مدعای خود، بر ادله‌ای که استفاده از محرّمات را، چه به صورت مطلق و یا در خصوص درمان، ممنوع ساخته است تکیه نموده‌اند (شهیدثانی، مسالك، ۱۲۹/۱۲؛ نراقی، مستند، ۳۷/۱۵).

نقد و ارزیابی: هر چند دلایل بخش نخست آنان، به جهت تنوع، فراوانی و استحکام آن پذیرفتنی است و نمی‌توان به ردّ و انکار آن پرداخت، اما آنچه در بخش دوم بیان داشته‌اند از آنجا که در اصطکاک با دلایل مجوزان حرام‌درمانی است، و از سویی روایات مورد تکیه آنان بدون استثناء نسبت به اضطراب و عسر و حرج و نیز زیان و ضرر عام و فراگیر است و ناگزیر

می‌بایست بر موارد غیراضطرار، و یا فاقد زیان و عسر و حرج حمل گردد. به دیگر سخن یا باید روایات را حمل کرد بر مواردی که داروی حلال در دسترس است و به آسانی و یا با هزینه اندک می‌توان بیماری را با داروی پاک و حلال درمان نمود بدون آنکه به حرام نیاز افتد، و یا بیماری آنقدر ساده و ناچیز است که نباید به انگیزه درمان آن به مرزهای حرام تعرض نمود و از آن عبور کرد (نراقی، مستند، ۳۷/۱۵).

۴. روایی درمان با محرّمات

حامیان این دیدگاه که این مقاله نیز در تأیید همین دیدگاه سامان یافته است، بر این باورند که استفاده از محرّمات در درمان‌های خوراکی و معالجات پزشکی که وابسته به خوردن و آشامیدن دارو است، جایز است، و می‌توان برای رفع بیماری و یا کنترل و مهار آن از محرّمات، در همه گونه‌های آن بهره گرفت و آن را به‌کار بست. البته با این شرط که یقین و باور، یا ظن و گمان، و یا حتی احتمال عقلایی بدهد که داروی حرام در درمان این بیماری مؤثر است و در برابر، جایگزین حلالی نیز برای آن وجود ندارد، افزون بر آن، این روا بودن تنها در مواردی که خطر جانی بیمار را تهدید می‌کند نیست، بلکه شامل همه بیماری‌هایی که تحمل آن به لحاظ عرفی دشوار است نیز می‌گردد. تنی چند از فقیهان چون ابن براج (المهذب، ۴۳۳/۲)؛ فخرالمحققین (۱۵۳/۴)؛ شهید اول (دروس، ۲۵/۳) از این دیدگاه جانبداری نموده‌اند. از سنن هم حنفیان این نظریه را برگزیده‌اند (ذهیلی، ۲۶۰۶/۴). دلایلی چند این دیدگاه را تأیید می‌کند:

۴-۱. مصداق ضرورت

نخست آن‌که درمان با محرّمات، در صورتی که گریزی از آن نباشد، مصداق روشن اضطرار خواهد بود که به اجماع فقیهان هر حرامی در سایه آن حلال می‌گردد. اما در آغاز اشاره به یک نکته ضروری می‌نماید:

قرآن در آیاتی چند بعد از یادآوری شماری از محرّمات و ضرورت پرهیز از آن‌ها اعلام داشته است که در صورت اضطرار، خوردن و آشامیدن این محرّمات بی‌اشکال است از جمله این آیه «وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ» (انعام: ۱۱۹) در حالی که (خداوند) آنچه را بر شما حرام بوده، بیان کرده است؛ مگر این‌که ناچار باشید؛ (که در این صورت خوردن از گوشت آن حیوانات جایز است).

این مضمون با تفاوت‌هایی در آیات دیگر نیز آمده است (مائده: ۳؛ انعام: ۱۴۵، ۱۱۹)، و در همه آن‌ها اضطرار عامل حلیت تلقی گشته است. در روایات هم همین مضمون مورد تأکید

قرار گرفته است. از جمله امام علی (ع) می‌فرماید: «الْمُضْطَرُّ يَأْكُلُ الْمَيْتَةَ وَ كُلُّ مُحْرَمٍ إِذَا اضْطُرَّ إِلَيْهِ» (نوری، مستدرک، ۲۰۱/۱۶)؛ در مانده، هر مردار و حرامی را که بدان ناگزیر گشته است باید بخورد. یا در نقل صدوق آمده است: «هر کس به استفاده از مردار و خون و گوشت خوک ناگزیر گردد ولی از آن نخورد تا بمیرد، کافر است.» (حرعاملی، ۳۸۹/۱۶). همانند این مضمون در روایات دیگر نیز آمده است (پیشین، ۳۱۲-۳۰۹؛ ۶۹۰/۴).

افزون بر آن که فقیهان نیز برابر دلایل یاد شده، فتوی به استفاده از محرمات به هنگام ضرورت داده‌اند (محقق، شرایع، ۲۰۰/۳؛ طوسی، خلاف، ۹۴/۶؛ امام خمینی، تحریرالوسیله، ۱۵۰/۲).

چیستی اضطرار: اکنون جای آن است که جستجویی در واژه اضطرار و مقومات آن صورت یابد تا مشخص شود که تحقق و صدق اضطرار به چه عواملی وابسته است؟ و در کجا می‌توان آن را یافت؟ آیا تنها خطرهای جانی است که شخص را مضطر می‌سازد و یا در حوزه بیماری‌ها نیز می‌توان این اصطلاح را به‌کار برد و آن را یافت؟

لغویان، اضطرار را مصدر باب افتعال و از ریشه «ضَرَّ» و یا «ضُرَّ» به معنای نیازمندی، زیان‌دیدگی، ناچاری، درماندگی و بدحالی دانسته‌اند. نیز ضرورت را هم اسم مصدر اضطرار و هم معنای آن به شمار آورده‌اند (طریحی، ۳۷۳/۳؛ فیروزآبادی، ۱۰۷/۲؛ معین، ۲۹۵/۱).

فقیهان نیز هر چند نسبت به اضطرار تعریف جامع و مانعی به دست نداده‌اند، اما حدود آن را تا اندازه‌ای مشخص کرده‌اند. مشهور بر آنند که اضطرار همان‌گونه که در فرض تلف جانی محقق می‌شود، نسبت به بیماری نیز، چه اصل بیماری یا فزونی آن و یا حتی دشواری درمان آن، و مواردی از این دست جاری و ساری است (اردبیلی، ۲۸۴/۱۱؛ شهیدثانی، ۱۱۳/۱۲؛ محقق، ۲۰۰/۳؛ طوسی، مبسوط، ۲۸۴/۶؛ حلّی، قواعد، ۳۳۳/۳).

حتی آنجا که اگر حرام مصرف نشود جان و مال و عرض محترم دیگران نیز به جز بیمار در معرض مخاطره جدی قرار خواهد گرفت و یا زیانی در این باب متوجه آنان خواهد گشت، باز هم آن را از مصادیق اضطرار شمرده‌اند (نجفی، ۴۲۷/۳۶). به هر روی نسبت به این امر که بیماری را باید در شمار روشن‌ترین افراد و مصادیق اضطرار به‌شمار آورد نمی‌توان تردید روا داشت. اتفاقاً در روایات هم به بیماری‌ها در حوزه اضطرار اشاره شده و بیماران به‌عنوان عناصری که می‌توانند مضطر تلقی گردند، معرفی شده‌اند؛ چنان‌چه محمدبن مسلم می‌گوید: از امام صادق (ع) نسبت به مرد و زنی پرسیدم که بینایی خود را از دست داده، به پزشکان مراجعه

می‌کنند و آنان می‌گویند: در مدت یک ماه یا چهل شب این بیماری را درمان می‌کنیم به شرط آن‌که بیمار، این مدت را به پشت بخوابد و نماز را نیز به همان صورت به‌جای آورد. امام با استشهاد به آیه اضطرار آن را تأیید نمود (حر عاملی، ۶۹۹/۴). در نقل دیگری هم امام باقر(ع) مراجعه بیمار زن به پزشک مرد را در صورتی که از مصادیق اضطرار باشد، روا به‌شمار آورد (همان، ۱۷۲/۱۴). بر این اساس درمان با محرمات از باب اضطرار و ضرورت مباح خواهد بود.

۴-۲. قاعده لاضرر و لاضرار

برابر این قاعده که شماری از آیات قرآن (بقره: ۲۳۱، ۲۳۳، ۲۸۲؛ طلاق: ۶)، و نیز انبوهی از روایات فریقین (حرعاملی، ۳۴۱/۱۷؛ کلینی، ۲۹۴/۵؛ ابن حنبل، ۳۲۶/۵؛ ابن اثیر، نهاییه، ۸۱/۳)، پشتوانه آن بوده و حتی برخی از فقیهان مدعی تواتر این روایات گشته‌اند (فخرالمحققین، ۴۸/۲)؛ هر حکم الزامی که تشریح آن باعث زیان و ضرر مکلفان می‌گردد، برداشته شده است (خویی، مصباح الاصول، ۵۳۰/۲؛ سبزواری، تهذیب الاصول، ۲۱۸/۲). بر این اساس اگر قرار باشد کسانی که با بیماری دست و پنجه نرم می‌کنند، نتوانند نسبت به درمان خود و پیشگیری از آثار زیانبار آن، حتی در جایی که مهار بیماری جز از طریق حرام امکان‌پذیر نیست، از حرام، آنهم در حد نیاز و ضرورت بهره جویند، دچار خسارت و ضرر خواهند شد که این قاعده این‌گونه خسارت‌ها را بر نمی‌تابد (طوسی، مبسوط، ۲۸۵/۶؛ نجفی، ۴۴۴/۳۶؛ اردبیلی، ۳۲۲/۱۱)؛ از این رو حرمت محرمات به انگیزه درمان، برابر این قاعده برداشته می‌شود.

۴-۳. قاعده عسر و حرج

افزون بر آنچه گذشت، بر اساس قاعده عسر و حرج هم می‌توان درمان با محرمات را جایز و روا به‌شمار آورد؛ زیرا از آموزه‌های دینی به وضوح می‌توان دریافت که آسان‌گیری و پرهیز از دشواری و چالش‌آفرینی در متن دین تزریق گشته و در شمار اهداف و مقاصد عالی شریعت تلقی می‌گردد، که نقش آن در اصلاح و تربیت مردم و دلبستگی آنان به دین انکارناپذیر است؛ از این رو در منابع دینی به این امر توجه ویژه‌ای شده است؛ چنان‌چه در قرآن می‌فرماید: «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج: ۷۸)؛ در دین (اسلام) کار سنگین و سختی بر شما قرار نداد. آنگونه که در آیه عُسْر (بقره: ۱۸۵)، و آیه تخفیف (نساء: ۲۷) هم از آسانگیری‌های ویژه خداوند نسبت به مسلمانان سخن به میان آمده است. نیز از رسول خدا(ص) آمده است که فرمود: «وَلَكِنْ بَعَثَنِي بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّهْلَةِ السَّمْحَةِ» (کلینی، ۴۹۴/۵)؛ ولكن مرا بر دین پاک و نرم و آسان برانگیخت. همانند این مضامین را در روایات دیگر نیز می‌توان

یافت (مکارم، القواعد الفقہیة، ۱/۱۶۲).

چگونگی استدلال:

استدلال به این آیات و روایات از آن جهت است که اگر برای بیمار، در فرض فقدان داروی حلال، راهی برای درمان و معالجه وی، هر چند از طریق حرام (در صورت امکان) وجود نداشته باشد، موجب رنج و مشقت برای او است؛ زیرا ممکن است این بیماری در صورت عدم درمان، تا پایان عمر استمرار یابد و یا بیماری‌های مزمن و پرخطر دیگری را سبب گردد که تحمل آن برای بیمار دشوار و یا حتی غیرممکن باشد، و این با اهداف و مقاصد دین و آموزه‌های رسول خدا(ص) که تسهیل‌سازی در صدر آن است، در تعارض و اصطکاک خواهد بود.

۴-۴. قاعده اهم و مهم

این قاعده هم به وضوح نظریه روا بودن حرم‌درمانی را تقویت می‌کند؛ زیرا نگاهی به شیوه تشریح و شکل‌گیری احکام شریعت و چگونگی انجام آن در حوزه‌های مختلف نشان می‌دهد که حفظ نفس و توجه به سلامتی آن به‌منظور انجام بهینه تکالیف، همواره مورد تأکید و سفارش جدی شریعت بوده است، تا آنجا که به شهادت روایات بی‌شمار، همه محرّمات، آن‌گونه که گذشت از آن جهت حرام گشته‌اند که برای بدن و تندرستی آن زیان‌آور بوده و در برابر، حلال‌ها نیز به لحاظ نقشی که در سلامتی جسمی و روحی انسان داشته‌اند، حلال گشته‌اند (پیشین).

افزون بر آن‌که برپایی بسیاری از واجبات و تکالیف، وابسته به حفظ نفس و مراقبت از سلامتی جسمانی است تا جایی که کمترین اختلال و آشفتگی در حوزه جسم و روح می‌تواند انجام بسیاری از تکالیف شرعی را نیز با نابسامانی و مشکل روبرو سازد (نراقی، ۳۷/۱۵). به علاوه بسیاری از تکالیف نیز به جهت رعایت حفظ نفس و پیشگیری از زیان و ضرر آن، در شرایط ویژه‌ای برداشته می‌شود و یا به درجات و وظایف سبک‌تر و انجام‌پذیرتر که آسیب‌چندانی برای نفس نداشته باشد تنزل می‌یابد (امام خمینی، کتاب الطهاره، ۶۴/۲؛ بحرانی، حدائق، ۲۸۱/۴)، و این حاکی از اهتمام به حفظ نفس و نقش و جایگاه برجسته و محوری آن در سنجه با دیگر واجبات و یا محرّمات اسلامی است. از همین رو فقیهانی چون شهید ثانی افزون بر حفظ نفس که آن را واجب دانسته، ترک آن را نیز حرام تلقی نموده (مسالك الافهام، ۱۲۷/۱۲) و وحید بهبهانی نیز حفظ نفس را سرآمد همه تکالیف شمرده و می‌گوید: هیچ

تکلیفی را در هر رتبه و جایگاهی، نمی‌توان بر حفظ نفس مقدم داشت (موسوعة الفقه الاسلامی، ۳۴۹/۱۷) به هر حال می‌توان این ادعا را داشت که تمامی منابع دینی از نقل و عقل و نیز اجماع فقیهان در این موضوع یعنی حفظ نفس، حتی نسبت به زیان و ضرر، همداستان‌اند (نجفی، ۴۳۳/۳۶؛ نراقی، ۳۷/۱۵؛ اردبیلی، ۳۲۲/۱۱؛ محسنی، حدودالشریعه، ۲/۲۲۳).

چگونگی استدلال:

حال با توجه به آنچه گذشت، از آنجا که مصلحت حفظ نفس در شمار کلیدی‌ترین مصالحی است که باید آن را پاس داشت و در صیانت از آن، از هیچ کوششی دریغ نورزید، در این صورت اگر حفظ این نفس و نجات آن از بیماری تنها در گرو استفاده از حرام و تن دادن به مفسده آن است، آیا نمی‌توان برابر قانون تزام و قاعده اهم و مهم که فدا کردن مصلحت و مفسده کوچک‌تر را به منظور دستیابی به مصلحت عظیم‌تر لازم و ضروری می‌شمرد، داروی حرام را مصرف نمود و آن را وسیله رسیدن به مصلحت کامل‌تر که همان حفظ نفس است قرار داد؟ آشکار است که این قاعده نیز که منطبق و خرد هر دو مؤید آنند می‌تواند حرام‌درمانی را روا سازد و این مانع را نیز از پیش روی بیمار بردارد.

۴-۵. نهی از اقدامات مخاطره‌آمیز

در منابع دینی با آیات و روایاتی برخورد می‌کنیم که ما را از کارهای پرخطر و اموری که آینده آن مبهم و ناشناخته است، باز میدارد که روشن‌ترین آن در حوزه قرآن این آیه است: «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره: ۱۹۵)؛ و خود را به دست خود، به هلاکت نیفکنید. از آنجا که آیه یاد شده در سیاق آیات جهاد جای داشته، و به صورت طبیعی تأمین هزینه‌های جنگ از اولویت‌های نخست جوامع درگیر با جنگ است؛ از این رو مفسران برای آیه به معانی ذیل اشاره نموده‌اند: ۱- نهی از ترک انفاق در راه خدا ۲- برحذر داشتن از زیاده‌روی در انفاق ۳- نهی از ترک جهاد ۴- بازداشتن از انجام گناه بدون استغفار ۵- پرهیز دادن از اعمال مخاطره‌آمیز و پرخطر (طبرسی، مجمع‌البیان، ۳۵/۲؛ زمخشری، کشاف، ۲۶۴/۱؛ طوسی، تبیان، ۱۵۳/۲). ولی در میان معانی یاد شده، معنای پنجم از سازگاری بیشتری با مضمون آیه و صدر و ذیل آن بهره‌مند است زیرا هر چند لغویان «تهلکه» را امری دانسته‌اند که فرجام آن هلاکت و تباهی است (راغب: ۵۴۳) اما این‌گونه نیست که همه اموری که سمت و سوی آن هلاکت است، ناگزیر به هلاکت و تباهی بینجامد و مرگ و فناء نتیجه محتوم و غیرقابل تخلف آن تلقی گردد بلکه توقع و انتظار در این امور همان هلاکت است، چنان‌چه فخرالمحققین به آن اشاره نموده

است (۱۶۳/۴)، اما ممکن است به جهت وجود عوامل تأثیرگذار بسیار و نیز فراز و فرودهای بی‌شمار این اتفاق رخ ندهد. ضمن آن‌که «هلاک» به معنای امر دشوار و یا چیزی که آینده آن مبهم و ناشناخته است نیز آمده است (تبیان، ۱۵۳/۲؛ مجمع‌البیان، ۳۴/۲)؛ آن‌گونه که در روایات و جز آن به این آیه در حوزه‌های غیرهلاکت و مصون از مرگ و میر چون: افراط در انفاق (کافی، ۵۳/۴)، یا ترک انفاق در جهاد (زمخشری، کشف، ۲۶۴/۱)، و موارد همانند دیگر (فیض، صافی، ۲۱۱/۱) استشهاد شده و فقیهان نیز در فروع فقهی بسیاری چون بیماری و ترس و ضرر و مواردی از این دست که چندان خطر و تهدید حاد و جدی به شمار نمی‌رود استناد جسته‌اند (معتبر، ۳۶۴/۱؛ جواهرالکلام، ۱۰۲/۵؛ حکیم، مستمسک، ۵۴۹/۲؛ مغنیه، فقه الامام الصادق، ۵۹/۱۷) از این رو «تهلکه» را نه نابودی کامل، بلکه هر امر دشوار و مخاطره‌آمیزی باید دانست که سرنوشت آن مبهم بوده و نمی‌توان ارزیابی روشن و دقیقی از آن نشان داد، در نتیجه نباید در این‌گونه امور بدون تدبیر و دوراندیشی ورود یافت و خود را به دست حوادث سرکش و غیرقابل کنترل سپرد و جسم و جان خویش را به مخاطره انداخت، و آینده خود را با اما و اگرهای بسیار روبه‌رو ساخت. این مضمون در آیه «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ» (نساء: ۲۹) نیز قابل ردیابی است (طوسی، تبیان، ۱۸۰/۳؛ طبرسی، ۶۹/۳). به علاوه روایات هم ما را از انجام امور پرخطر پرهیز داده‌اند؛ چنان‌چه امام صادق (ع) به کسی که فاقد آب بوده و در برخی سمت‌ها و جوانب خود در شعاع معین می‌تواند آن را بیابد، فرمود: «لَا أَمْرُهُ أَنْ يُعْرَرَ بِنَفْسِهِ فَيَعْرِضَ لَهُ لُصٌّ أَوْ سَبْعٌ» (کافی، ۶۵/۳)؛ او را فرمان نمی‌دهم که خود را به خطر بیفکند و دزد و درنده‌ای به وی آسیب برساند. یا برابر نقل دیگری، از حجامت در رمضان نهی فرمود و اظهار داشت: «خوشایند من نیست که انسان خود را به خطر بیفکند» (طوسی، استبصار، ۹۱/۲). یا در موضوع قصاص نیز، نسبت به برخی رخم‌ها و جراحات‌های عمیق و سنگین، از جمله جراحات‌هایی که به عمق سر و بدن نفوذ نموده و یا به شکستگی و یا جابه‌جایی استخوان‌ها انجامیده، قصاص را منتفی دانسته‌اند (حرعاملی، ۱۳۵/۱۹)؛ چرا که انجام قصاص در این موارد، افزون بر دشواری‌مراعات همانندی و مماثلت، مجی‌علیه را نیز در معرض خطر و تهدید جدی جانی قرار می‌دهد که در آموزه‌های دینی محکوم و نارواست؛ از همین رو محقق حلی می‌نویسد: «و لا یثبت القصاص فیما فیه تغیر» (شرایع، ۴۷۷/۴)؛ در موارد خطر و تهدید قصاص نیست. دیگران هم همانند آن را آورده‌اند (علامه حلی، قواعد، ۶۴۲/۳؛ شهیدین، الروضة، ۸۰/۱۰). بنابراین اموری که در بردارنده خطر و تهدید برای نفس بوده و آینده انسان را

با دشواری‌های احتمالی غیرقابل تحمل رو به رو می‌سازد در نگاه شریعت ممنوع و ناروا تلقی می‌گردد.

چگونگی استدلال

با توجه به اینکه قرآن و سنت ما را از انجام امور مخاطره‌آمیز و پرخطر بازداشته‌اند، در این صورت جای این پرسش هست که آیا نمی‌توان بیماری را، به‌ویژه آنجا که آینده آن مبهم و راه درمانش نیز ناشناخته است، در شمار امور مخاطره‌آمیزی دانست که باید از آن پرهیز داشت و نسبت به آن گریزان بود؟ و نیز اگر در جهت درمان این بیماری، آنجا که جز با حرام قابل درمان نیست، اقدام نشود، آیا این بیماری به تدریج گسترش نیافته و مشکلات مضاعف و غیرقابل تحملی را برای بیمار رقم نخواهد زد؟ و یا به گفته محقق کرکی: آیا می‌توان اطمینان داشت که این بیماری ساده و اندک، سپس‌ها نیز در همان حد اندک باقی بماند و به بیماری پیشرفته و پرخطر تبدیل نشود؟ (جامع‌المقاصد، ۴۷۲/۱). و یا در کنار خود بیماری‌های ریز و درشت دیگری را پدید نیاورد؟

از این رو طبیعی است که بیماری را نیز باید در شمار همان امور خطرساز و پرمخاطره‌ای دانست که برابر آیات و روایات یاد شده، به‌ویژه آیه «تهلکه» می‌بایست از آن پرهیز داشت و به درمان آن، حتی از راه حرام، همت گمارد (ابن فهد حلی، ایضاح‌الفوائد، ۱۶۳/۴؛ اردبیلی، ۳۲۲/۱۱).

گفتنی است آن دسته از فقیهان سنی که درمان با محرّمات را روا دانسته‌اند، اجازه رسول خدا(ص) به عبدالرحمن بن عوف و زبیر را در پوشیدن جامه ابریشم به جهت ناراحتی پوستی که داشتند، مستند خود قرار داده‌اند (ابن رشد، بدایة‌المجتهد، ۱۸۹/۴؛ نسائی، ۱۴۷/۸). آشکار است که اجازه رسول خدا(ص) نسبت به شخص آن دو خصوصیتی نداشت، بلکه به لحاظ بیماری آنان صورت می‌یافت؛ از این رو این اجازه نسبت به همه بیمارانی که از رهگذر بیماری به رنج و پریشانی دچار گشته و می‌گردند قابل تسری است.

نتیجه‌گیری

در مورد درمان با محرّمات تاکنون چهار دیدگاه در میان فقیهان مطرح بوده است:

۱- ممنوعیت حرام‌درمانی به صورت مطلق. حامیان این دیدگاه در تأیید مدعای خود دلایلی را برپا داشته که در این نوشتار به مهم‌ترین آن‌ها از جمله: احتیاط، استصحاب، عموم و

اطلاق روایات اشاره، و کاستی‌های آن نمایانده شد.

۲- دیدگاه دوم تفاوت‌انگاری بین مسکرات و دیگر محرّمات بود بدین معنی که حرام‌درمانی در مورد مسکرات ناروا، و نسبت به دیگر محرّمات روا تلقی می‌گشت، که این نظریه نیز همراه با مستندات چهارگانه آن چون: اجماع، احتیاط، فقدان دلیل، و اطلاق آیات و روایات به نقد گرفته شد.

۳- نظریه سوم بر این پایه استوار بود که حرام‌درمانی در بیم از خطر جانی رواست و در غیر آن ناروا به شمار می‌آید. مستندات این دیدگاه نیز مورد بررسی قرار گرفت و حدود و ثغور آن بیان گشت.

۴- دیدگاه چهارم که درمان با همه محرّمات را روا می‌دانست و مورد تأیید نویسنده نیز قرار داشت، تبیین گشت و دلایل آن از جمله: مصداق ضرورت، قاعده لاضرر، قاعده عسر و حرج، قاعده اهم و مهم، نهی از اقدامات مخاطره‌آمیز همراه با توضیحات لازم بیان شد. ضمن آن‌که در آغاز به دو فرع فقهی نیز که عبارت بود از: ۱. حرام‌درمانی با وجود جایگزین‌های حلال ۲. حرام‌درمانی در حوزه‌های غیر خوراکی، به عنوان مقدمه ورود به بحث، اشاره شد و جوانب آن تا اندازه‌ای تبیین گشت.

منابع

- ابن براج، عبدالعزیز، *المهذب*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ق.
- ابن حنبل، احمد، *مسند الامام احمد بن حنبل*، بیروت، دار صادر، بی‌تا.
- ابن رشد، محمدبن احمد، *بدایة المجتهد و نهایة المقتصد*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۸ق.
- ابن قدامة، عبدالله بن احمد، *المغنی علی مختصر الخرقی*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۴ق.
- اردبیلی، احمد، *زبده البیان فی براهین احکام القرآن*، قم، انتشارات مؤمنین، ۱۳۷۸.
- _____، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴ق.
- امام خمینی، روح‌الله، *تحریر الوسیلة*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۴ق.
- _____، *کتاب الطهارة*، قم، چاپخانه مهر، بی‌تا.
- انصاری، مرتضی، *کتاب مکاسب*، قم، مؤسسه الهادی، ۱۴۱۷ق.
- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة*، نجف، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۸ق.
- جبعی عاملی، زین‌الدین، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.

- _____، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، بيروت، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، بی تا.
- جزری، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث و الاثر*، بی جا، المكتبة الاسلامية، بی تا.
- جزینی عاملی، محمد بن مکی، *البيان*، تحقیق: محمد حسون، قم، ١٤١٢ق.
- _____، *الدروس الشرعية*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
- _____، *ذکری الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت: لاحیاء التراث، ١٤١٩ق.
- حرامعلی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا.
- حکیم، محمد تقی، *الاصول العامة للفقہ المقارن*، قم، المجمع العالمی لاهل البيت (ع)، ١٤١٨ق.
- حلی، ابن فهد، *المهذب البارع في شرح المختصر النافع*، بی جا، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٢ق.
- حلی، احمد بن ادریس، *کتاب السرائر*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١١ق.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت: لاحیاء التراث، ١٤٢٧ق.
- _____، *قواعد الاحکام*، مؤسسه النشر الاسلامی، بی جا، ١٤١٣ق.
- _____، *مختلف الشیعة في احکام الشریعه*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ١٤١٥ق.
- خوانساری، احمد، *جامع المدارک*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٠٥ق.
- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهة*، نجف، مطبعة الحیدریة، ١٣٧٤ق.
- راغب، حسین بن محمد، *معجم مفردات الفاظ القرآن*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، بی تا.
- روحانی، محمد صادق، *فقه الصادق*، بی جا، بی تا.
- زمخشري، محمود بن عمر، *الكشاف*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ١٤١٧ق.
- زحیلی، وهبة، *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق، دارالفکر، ١٤٢٥ق.
- سبزواری، عبدالاعلی، *مهذب الاحکام في بیان الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه المنار، ١٤١٧ق.
- _____، *تهذيب الاصول*، بیروت، الدار الاسلامیة، ١٤٠٦ق.
- سیستانی، سید علی، *منهاج الصالحین*، مشهد، مکتب آیت الله العظمی السید السیستانی، ١٤٢٧ق.
- شوکانی، محمد بن علی، *نیل الاوطار*، دمشق، بیروت، دارالخیر، ١٤١٨ق.
- شیرازی، محمد، *الفقه*، بیروت، دارالعلوم، ١٤٠٩ق.
- صدوق، محمد بن علی، *علل الشرايع*، بیروت، مؤسسه الاعلمي للمطبوعات، ١٤٠٨ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البيان في تفسير القرآن*، بیروت، مؤسسه الاعلمي للمطبوعات، ١٤١٥ق.
- طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرين*، بیروت، مؤسسه الوفاء، ١٤٠٣ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *التبيان في تفسير القرآن*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

- _____، **الخلافة**، بی جا، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۲۹ق.
- _____، **النهاية**، قم، انتشارات قدس، بی تا.
- _____، **الاستبصار**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ق.
- _____، **المبسوط فی فقه الامامیه**، بی جا، المكتبة المرتضویه، بی تا.
- عاملی، محمدبن علی، **مدارک الاحکام**، قم، مؤسسة آل البيت: لاحیاء التراث، ۱۴۱۰ق.
- فاضل هندی، محمدبن حسن، **کشف اللثام عن قواعد الاحکام**، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ق.
- فخرالمحققین، محمدبن حسن، **ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد**، بی جا، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۹ق.
- فیاض، محمد اسحاق، **تعالیق مبسوطه علی العروة الوثقی**، بی جا، انتشارات محلاتی، بی تا.
- فیروزآبادی، محمدبن یعقوب، **القاموس المحيط**، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۲ق.
- فیض، محسن، **مفاتیح الشرایع**، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۴۰۱ق.
- _____، **تفسیر الصافی**، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، بی تا.
- قاضی ابی حنیفة، نعمان بن محمد تمیمی، **دعائم الاسلام**، تحقیق: عارف تامر، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۱۶ق.
- کرکی، علی بن الحسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، قم، مؤسسة آل البيت: لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ق.
- کلینی، محمدبن یعقوب، **الکافی**، بیروت، دار صعب، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۰۱ق.
- محسنی، محمد آصف، **الفقه و مسائل طبیة**، قم، مؤسسه بوستان کتاب، ۱۳۸۲.
- _____، **حدود الشریعة**، قم، مؤسسة بوستان کتاب، ۱۳۸۷.
- محقق، جعفر بن حسن، **المعتبر**، مؤسسة سیدالشهداء(ع)، ۱۳۶۴.
- _____، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، بیروت، دارالقاری، ۱۴۲۵ق.
- مرداوی، علی بن سلیمان، **الانصاف**، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق.
- معین، محمد، **فرهنگ فارسی**، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۱.
- مغنیه، محمدجواد، **فقه الامام جعفر الصادق(ع)**، بیروت، مؤسسة الشیخ المظفر الثقافیة، بی تا.
- مکارم، ناصر، **القواعد الفقهیة**، قم، مؤسسة الامام علی بن ابیطالب(ع)، ۱۳۸۷.
- منتظری، حسینعلی، **دراسات فی المكاسب المحرمة**، قم، نشر تفکر، ۱۴۱۵ق.
- نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱م.
- نراقی، احمد، **مستند الشیعة فی احکام الشریعة**، قم، مؤسسة آل البيت: لاحیاء التراث، ۱۴۱۹ق.
- نسائی، احمدبن شعیب، **سنن نسائی**، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۶ق.

نوری، میرزاحسین، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسة آل البيت: لاهیات التراث، بی تا.
هاشمی شاهرودی، سید محمود (زیر نظر)، *موسوعة الفقه الاسلامی*، مؤسسة دایرة الفقه الاسلامی،
١٤٣٢ق.

همدانی، آغراضا، *مصباح الفقیه*، قم، مؤسسه مهدی موعود (عج)، ١٤١٨ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۷
تابستان ۱۳۹۳، ص ۷۴-۵۵

تداخل مجازاتها در تعدد جرایم مستوجب حد و چالش های آن*

زهرا احمدی

دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران

Email: zahmadi1000@gmail.com

چکیده

در تعدد جرایم مستوجب حد، اگر جرایم ارتكابی مشابه باشند مجازات‌ها در هم تداخل کرده و فرد تنها به یک مجازات حدی محکوم می‌گردد. این حکم از دو جهت قابل مناقشه است. اولاً خلاف مقتضای قاعده عدم تداخل اسباب و مسببات است. و ثانیاً خلاف قاعده عدالت بوده و باعث اختلال در امنیت و نظم عمومی جامعه می‌گردد.

فقها با استناد به دلایل مختلفی مانند روایات، قاعده درء، تعلق حکم به طبیعت، اصل برائت، اطلاق ادله شرعی، مفهوم ادله تکرار جرم، اجماع، سیره، و ... در مقام رفع تعارض این حکم با قاعده عدم تداخل اسباب برآمده‌اند. گرچه ایراداتی به برخی از این دلایل وارد شده، با این وجود می‌توان گفت که حکم به تداخل مجازات‌ها امری مسلم نزد تمامی فقها است.

وجود مجازات‌های تعزیری با ماهیت منحصر به فرد آن (بما یراه الحاکم) در نظام کیفری اسلامی مشکل دوم را نیز مرتفع می‌گرداند. بدین ترتیب که اگر در کنار اجرای مجازات حدی، تعزیر را نیز داشته باشیم، این امر به اجرای هر چه بهتر عدالت و جلوگیری از اختلال در نظم عمومی جامعه می‌انجامد.

کلیدواژه‌ها: تعدد جرم، جرایم مستوجب حد، تداخل اسباب، قاعده عدالت، تعدد جرایم

مستوجب حد.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۰۷/۳۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۳/۰۸.

مقدمه

امروزه با پیچیدگی جوامع و پیشرفت صنعت، آمار جرایم افزایش پیدا کرده و هر روزه شاهد این امر هستیم که مجرمان به صورت متعدد، مرتکب جرایم می‌شوند. کیفیت و حدود تأثیر تعدد جرایم بر مجازات در حقوق جزای عمومی یکی از مباحث قابل توجه و جدی است. این که مجرم را تا چه حد باید مجازات کرد؟ آیا عدالت میان مجرمی که نخستین بار مرتکب جرم شده است با مجرمی که به صورت متعدد مرتکب جرم می‌گردد به یک میزان مجازات قابل است؟ پرسش‌هایی است که ذهن اکثر حقوقدانان را به خود جلب کرده است. از آنجا که مبانی حقوقی ایران پس از انقلاب بر پایه‌ی فقه اسلامی است، در این تحقیق به بررسی مقرراتی از تعدد از منظر فقه و حقوق اسلامی می‌پردازیم.

جرایم در حقوق جزایی اسلام به چهار دسته تقسیم شده‌اند که دسته‌ای از آن جرایم مستوجب مجازات حدی است. در مورد تعدد جرایم حدی فقها بر این عقیده‌اند که در صورت ارتکاب متعدد یک جرم مستوجب حد توسط یک شخص و عدم اجرای مجازات حد بعد از هر جرم، مجازات‌ها در هم تداخل کرده و تنها یک مجازات حدی اجرا می‌شود. این حکم مورد اتفاق فقها در تمامی جرایم مستوجب حد بوده، و تنها استثنای وارد بر آن جرم قذف است که دلیل آن وجود روایات خاص در این زمینه و ماهیت حق‌الناسی این جرم است.

حکم به تداخل مجازات‌ها در صورت تعدد جرایم حدی که برخی آن را در زمره قواعد فقه جزایی به شمار آورده‌اند، از دو جهت قابل مناقشه است. اول این‌که؛ با یکی از قواعد اصولی به نام قاعده عدم تداخل اسباب و مسببات تعارض دارد. و دوم آن‌که؛ نتیجه مترتب بر آن این است که بین شخصی که برای اولین بار مرتکب جرم شده و شخصی که به طور متعدد یک جرم را انجام می‌دهد تفاوتی نباشد و در مورد هر دوی آن‌ها یک حد اجرا گردد. حال آن‌که این امر از یک سو خلاف قاعده عدالت و از سوی دیگر خلاف امنیت و نظم عمومی جامعه است، چون در این حالت به مجرمی که مرتکب یک جرم گردیده، این فرصت داده می‌شود که تا هنگام دستگیری‌اش با خیال راحت بارها عمل خود را تکرار کرده، بدون این‌که این تکرار تأثیری در مجازات او داشته باشد.

فقها دلایل و مبانی مختلفی را برای عدم اجرای قاعده عدم تداخل اسباب بیان نموده، و در واقع در مقام رفع اشکال اول برآمده‌اند. اما متأسفانه اشکال دوم با وجود اهمیتی که متوجه آن است کمتر مورد بررسی قرار گرفته و راهکاری برای حل آن ارائه نشده است.

این امر که قانون‌گذار پس از انقلاب در تدوین مقررات راجع به تعدد جرم در جرایم تعزیری و بازدارنده، عمدتاً قواعد تعدد را از مباحث تعدد در جرایم مستوجب حد استخراج کرده است و در لایحه جدید مجازات اسلامی نیز همین حکم در خصوص تعدد جرایم حدی آمده است؛ ضرورت پرداختن به این مسأله را بیشتر نمایان می‌گرداند.

در این پژوهش در بخش اول ابتدا به طور خلاصه به قاعده عدم تداخل اسباب و مسببات پرداخته و سپس به بیان و بررسی دلایل ارائه شده توسط فقها می‌پردازیم. و در بخش دوم پس از توضیحی مختصر درباره قاعده عدالت، راهکاری جهت رفع اشکال دوم مطرح می‌گردد.

۱- بخش اول

۱-۱- قاعده عدم تداخل اسباب و مسببات

نخستین فقیه شیعی که بحث تداخل اسباب را به عنوان قاعده مطرح کرده، شهید اول در القواعد و الفوائد است. پس از وی، فقها این مسأله را در شمار قواعد فقهی مطرح کرده‌اند و اصولیان متأخر آن را در ضمن مبحث مفهوم شرط زیر عنوان «تعدد شرط و اتحاد جزاء» آورده‌اند. این قاعده در حقیقت متشکل از دو قاعده است: قاعده تداخل اسباب؛ قاعده تداخل مسببات.

تداخل اسباب، به معنای اجتماع علل و اسباب متعدد شرعی در ایجاد مسبب (معلول) و اثر واحد است؛ بحث تداخل اسباب در جایی مطرح می‌شود که یک مسبب، دارای چند سبب مستقل و در عرض هم باشد. در مواردی که مسبب، قابلیت تکرار ندارد، در تحقق «تداخل اسباب» شکی وجود ندارد. اما گاهی مسبب، ماهیتی است که قابلیت تکرار دارد، در این مورد، اگر دلیل خاصی بر تداخل یا عدم تداخل اسباب موجود باشد، طبق آن عمل می‌شود. ولی گاهی هیچ‌گونه دلیلی بر تداخل اسباب و یا عدم آن در دست نیست، در این فرض، میان علما بحث است که آیا مقتضای قاعده، تداخل اسباب است یا عدم آن. بیشتر عالمان اصول اعتقاد دارند مقتضای قاعده، عدم تداخل اسباب است، و برخی مانند مرحوم آقا حسین خوانساری، به تداخل اسباب معتقدند. برخی دیگر نیز در مسأله تفصیل‌هایی بیان نموده‌اند. (خراسانی، ۲۰۱)

اما تداخل مسببات، به معنای اکتفا نمودن به امتثال فعل واحد در مقام امتثال تکلیف‌های متعدد است؛ یعنی در جایی که تکلیف‌های متعددی متوجه مکلف شده، وی بتواند با امتثال یکی، از عهده همه آن‌ها بر آید؛ به بیان دیگر، کفایت انجام مسبب واحد برای سقوط اسباب

متعدد شرعی را تداخل مسببات می‌گویند. این بحث، بر بحث قبل متفرع است؛ به این بیان که اگر در اسباب، به عدم تداخل معتقد بشویم، این بحث پیش می‌آید که آیا در امثال می‌توان به انجام یک مسبب بسنده نمود، یا لازمه تعدد اسباب و عدم تداخل آن‌ها، انجام امثال‌های متعدد است. البته این بحث در جایی مطرح می‌گردد که مسببات هم در اسم و هم در ماهیت، مشترک باشند. مشهور اعتقاد دارند قاعده در این مورد - همانند بحث تداخل اسباب - عدم تداخل است؛ به بیان دیگر، اشتغال یقینی، اقتضای برائت یقینی دارد و برائت یقینی نیز در گرو تعدد امثال در این موارد است.

حال در صورتی که شخص مرتکب جرایم متعدد گردیده، هر جرم در حقیقت سبب مستقلی است که در صورت عدم ورود دلیل خاص بر تداخل، مسبب مستقل یعنی مجازات جداگانه‌ای را می‌طلبد و تعدد اسباب مقتضی تعدد مسببات است. (عدم تداخل اسباب) از طرف دیگر هر وجوبی، امثال خاص خودش را اقتضا می‌کند و امثال دیگر، جای آن را نمی‌گیرد و نمی‌توان مجازات‌های متعدد را با اجرای یک مجازات ساقط کرد. (عدم تداخل مسببات). اما در این مورد فقها بر این عقیده‌اند که اگر کسی چند بار مرتکب جرم حدی یکسانی شود، اما حدی بر وی جاری نشده باشد، مجازات‌ها در هم تداخل کرده و تنها به یک مجازات حدی محکوم می‌شود. در ادامه به بررسی و نقد دلایل فقها در عدم پذیرش قاعده عدم تداخل اسباب و مسببات در مورد این حکم می‌پردازیم.

۱-۲- مستندات فقها

روایات

اولین مطلبی که درباره هر حکمی به ذهن می‌رسد این است که آیا مستند به روایات خاصی است یا خیر؟ با رجوع به کتب فقهی درمی‌یابیم که در این باره روایاتی وارد شده است. الف: روایت بکیر بن اعین که در مورد تعدد سرقت مستوجب حد است: «روایة بکیر بن أعین عن أبي جعفر عليه السلام: في رجل سرق فلم يقدر عليه، ثم سرق مرة أخرى فأخذ، فجاءت البيّنة فشهدوا عليه بالسرقه الأولى و السرقه الأخيرة، فقال: تقطع يده بالسرقه الأولى، و لا تقطع رجله بالسرقه الأخيرة، فقیل: کیف ذاك؟ فقال: لأن الشهود شهدوا جميعا في مقام واحد بالسرقه الأولى و الأخيرة قبل أن يقطع بالسرقه الأولى، و لو أن الشهود شهدوا عليه بالسرقه الأولى ثم أمسكوا حتى تقطع يده، ثم شهدوا عليه بالسرقه الأخيرة، قطعت رجله اليسرى.» این روایت نص و صریح است و مقتضای آن تداخل اسباب است، در حقیقت گرچه

تداخل اسباب خلاف اصل است، لیکن به دلیل نص خاص، تعبداً در موارد منصوص مورد عمل قرار می‌گیرد. دو نکته در مورد این دلیل قابل ذکر است:

۱- اشکال این روایت سند آن است که در مورد آن شبهه وجود داشته و برخی آن را ضعیف می‌دانند. (شهید ثانی، ۱۴/۵۳۰) این شبهه ناشی از وجود «سهل بن زیاد» در سلسله روایت است، زیرا وی تضعیف شده است. در مقابل صاحب جواهر این شبهه را وارد ندانسته و بیان داشته‌اند که روایت مزبور که در کافی نقل شده «صحیح» یا «حسن» است. (نجفی، ۵۵۰/۴۱)

۲- همان‌طور که از ظاهر روایت برمی‌آید این روایت اختصاص به سرقت داشته و حتی اگر سند آن را صحیح بدانیم در مورد سایر جرایم دلیل محسوب نمی‌شود. البته برخی سعی کرده‌اند با توجه به مناطی که از عبارت «لان الشهود شهودا جمعاً...» به دست می‌آید استفاده کرده و حکم آن را به سایر حدود تعمیم دهند. (تبریزی، ۱۲۷)

ب: روایت دیگر روایت ابی بصیر در حد زنا است. این روایت که مستند آراء ابن جنید (مجموعه فتاوی ابن جنید، ۳۴۶) و شیخ صدوق (المقنع، ۴۳۸) می‌باشد بیان می‌دارد: روایت ابی بصیر، عن ابی جعفر علیه السلام، قال: سألته عن الرجل يزني في اليوم الواحد مرارا كثيرة، قال: فقال «ان زني بامرأة واحدة كذا وكذا مرة فإنما عليه حد واحد، فان هو زني بنسوة شتي في يوم واحد وفي ساعة واحدة فإن عليه في كل امرأة فجر بها حداً»

در سلسله خبر مزبور «علی ابن ابی حمزه بطائنی» قرار دارد و به همین جهت شهید ثانی درباره این روایت بیان می‌دارد که سند این روایت ضعیف است و مشکل دیگر آن این است که فراگیرنده تمام صور مسأله نیست چون متعرض فاصله طولانی بین دو یا چند زنا نشده است. (شهید ثانی، همان، ۳۷) در مقابل بیان شده اشکال شهید به این که این روایت غیر حاصر است وارد نمی‌باشد، زیرا روزها و ساعات مختلف به طریق اولی از این روایت فهمیده می‌شود. همان‌طور که سند آن حجت است زیرا در کتب مضمونه از اصحاب ما ذکر شده است، و آیه نیز صلاحیت معارضه با آن را ندارد زیرا روایت اخص می‌باشد.^۱ تنها مشکلی که باقی می‌ماند شهرت است که اگر سبب شبهه گردد باید بر طبق قول مشهور عمل کنیم و در

^۱ مراد آیه «الزانية و الزانی فاجلدوا کل واحد منهما مائة جلدة» می‌باشد و تعارض آن با روایت مذکور ممکن است بدین شکل تصور گردد که این آیه میان شخصی که با یک زن به دفعات مرتکب زنا شده و شخصی که با زنان متعدد این عمل را انجام داده است تفاوتی قابل نشد و برای هر دو یک حکم در نظر گرفته شده است. حال آن‌که در روایت دو حکم متفاوت برای این افراد آمده است.

غیر این صورت قایل شدن به مضمون روایت لازم می‌آید. (شیرازی، ۱۴۳)
 برخی نیز ضعف سند روایت مزبور را با توجه به وجود ابن محبوب در سلسله روایت که
 از اصحاب اجماع است رد کرده‌اند، با این وجود به دلیل متروک بودن روایت نزد فقها، بر طبق
 آن حکم نداده‌اند. (منتظری، ۸۷)

قاعده درء

این قاعده جایگاه مهم و حساسی در نظام حقوق کیفری اسلام داشته و فقهای اسلام در
 مناسبت‌های مختلف کتاب الحدود و غیره از آن بحث به میان آورده و بسیاری از فتاوی خود
 را بدان مستند کرده‌اند. نام قاعده درء الحد از حدیث مشهور نبوی «ادرو الحدود بالشبهات»
 اتخاذ و مفهوم آن مورد تسالم همه فقهای اسلام واقع شده است.

به موجب این قاعده در صورت بروز شبهه یا تردید در حرمت عمل یا وقوع یا انتساب آن
 به متهم یا تردید در علم متهم به حرمت عمل یا ماهیت موضوع یا اختیار وی در ارتکاب عمل
 نمی‌توان حکم به مجازات کرد بلکه بایستی مجازات را منتفی دانست. بنابراین کلمه شبهه در
 معنای عام بکار رفته است و شامل هر شبهه‌ای اعم از موضوعیه و حکمیه می‌گردد.

فقهای متعددی این قاعده را مستند حکم خود قرار داده‌اند. (نجفی، ۳۳۴/۴۱؛ شهید ثانی،
 ۳۷۴/۱۴؛ شیرازی، ۱۴۲) آنان در حقیقت معتقدند که در این مسأله به دلیل شبهه موجود در
 خصوص تعدد مجازات (شبهه حکمیه)، باید به استناد این قاعده به اجرای یک حد اکتفاء
 شود. در مقابل برخی این دلیل را مورد خدشه قرار داده و بیان داشته‌اند، تمسک به این قاعده
 فرع بر عدم وجود دلیل کافی در مسأله است، حال آن‌که اگر قایل به اصالت عدم تداخل اسباب
 باشیم، مجازات متعدد خواهد شد و مجالی برای قاعده درء باقی نمی‌ماند. (مکارم شیرازی،
 انوار الفقاهه، ۳۱۶) منظور این است که اگر ما اصل عدم تداخل اسباب را پذیرفته باشیم،
 شبهه‌ای ایجاد نمی‌گردد تا نوبت به جریان قاعده درء برسد.

به نظر می‌رسد این ایراد را نتوان به طور کامل پذیرفت، زیرا حتی با فرض پذیرش اصل
 عدم تداخل اسباب، وجود دلایلی از جمله سیره که مستند خود ایشان است ممکن است منجر
 به بروز شبهه گردیده و مجال را برای اجرای این قاعده فراهم آورد.

تعلق حکم به طبیعت

برخی از علما معتقدند که موضوع ادله حدود، صرفاً طبیعه است. دلیل این مطلب نیز آن
 است که در آیات و روایات مانند آیه‌ی «الزانیة و الزانی فاجلدوا کل واحد منهما مائة جلدة» یا

«السارق و السارقة فاقطعوا ايديهما»، حکم به عنوان «زانی و زانیه»، «سارق و سارقه» و... متعلق شده است و تکرار جرم باعث تکرار این عناوین نشده و در نتیجه مجازات نیز متعدد نمی‌شود. صاحب جواهر در این زمینه بیان می‌دارد: «... با توجه به این که نفس عمل زنا به گونه‌ای است که نسبت به یک فرد غالباً مستلزم تکرار دخول و خروج می‌باشد و طبعاً نسبت به زنان متعدد به طریق اولی این کار ملازمه دارد، می‌توان دریافت که سبب در اینجا طبیعت عمل است، اعم از این که کم باشد یا زیاد، مانند اسباب حدث. با تأمل بسیار می‌توان دریافت که تعلیق حکم در آیه شریفه بر زانی و زانیه اقتضای همین را دارد..... حکم بر نفس و طبیعت عمل زنا مترتب است ... پس مسأله ما مسأله تعدد اسباب نیست تا گفته شود که سبب‌های متعدد مقتضی مسیبات متعدد است، بلکه اصل، برائت ذمه بعد از صدق امتثال با حد واحد برای زناهای متعدد است.» (نجفی، همان)

در درالمنضود تعبیر متفاوتی در مورد این مسأله به کار رفته است. به موجب آن دلایل شرعی به دو صورت لحاظ می‌شوند یا به صورت صرف‌الوجود و یا به صورت طبیعت ساریه. منظور از صرف‌الوجود این است که وقتی امری حاصل شد چه یک مرتبه چه صد مرتبه حکم حاصل می‌شود، حکم تابع صرف‌الوجود است. کما این که می‌گویند ملاقات با نجس لباس انسان را نجس می‌کند حال چه یک بار ملاقات صورت گرفته باشد چه صد بار. طبیعت ساریه مثل این است که گفته می‌شود من اتلف مال الغير فهو له ضامن. بنابراین در صورت صرف‌الوجود بودن یک دلیل با تکرار موضوع حکم تکرار نمی‌شود اما بر اساس طبیعت ساریه حکم تکرار می‌شود. حال باید دید از ادله و آیات در این زمینه چه چیزی استظهار می‌شود. به نظر می‌رسد که استظهار از آیه این است که در این موارد حکم به صورت صرف‌الوجود است و بنابراین غیرقابل تکرار خواهد بود. (موسوی گلپایگانی، ۱/ ۳۴۵)

ایشان به دلایلی که صاحب جواهر برای استظهار بیان داشته ایراد کرده و معتقدند این امر تنها به کمک قراین خاص که به وسیله آن بتوان اراده متکلم را فهمید، به دست می‌آید اما اگر هیچ قرینه‌ای موجود نبود و شک در این امر حادث شد به اصل برائت تمسک جست و بنا را بر صرف‌الوجود بودن می‌گذاریم. (همان، ۳۴۷)

نقدی بر کلام صاحب جواهر وارد شده است به این که در آیه شریفه حکم بر وصف زانی معلق شده و تعلیق حکم بر وصف، مشعر به علیت است. در نتیجه از آیه شریفه چنین فهمیده می‌شود که سبب مجازات حدی «زنا» است نه «زانی» و در نتیجه با تعدد زنا حکم نیز متعدد

می‌شود. (منتظری، همان)

همچنین ایراد شده که اگر ادله موجود در باب حد همه به شکل آیه مذکور باشند این دلیل درست و تام است. حال آن‌که جز یک روایت باقی روایات به صورت فعل ماضی و بعد از ادا شرط آمده است، مانند صحیح سماعه از ابی عبدالله «الحرّ و الحرّة إذا زنيا جُلد كل واحد منهما مائة جلدة» و در این صورت ممکن است بگوییم که ظاهر جمله شرطیه تکرار حکم، در صورت تکرار زنا است زیرا ظهور جمله شرطیه مبنی بر حدوث عند الحدوث است. (مکارم شیرازی، همان، ۳۱۴)

بنای حدود بر تخفیف

از دلایل دیگری که به کرات در میان استنادات فقها مشهود است و در مباحث حدود به آن اشاره شده این امر می‌باشد. (نجفی، همان؛ شهید ثانی، همان؛ شیرازی، همان)

به اتفاق فقهای اسلام آن بخش از قوانین کیفری اسلام که مربوط به حقوق الهی است یعنی اکثر حدود، مبتنی بر تخفیف و تسامح می‌باشد، به خلاف آنچه که مربوط به حقوق آدمیان است که در آن دقت بیشتری به کار رفته است.

اما سؤالی که به ذهن متبادر می‌شود این است که ماهیت این دلیل چیست؟ آیا قاعده‌ای فقهی است یا اصولی؟ به همین دلیل برخی از علما معتقدند که دلیل به تنهایی نمی‌تواند مبنایی برای حکم شرعی باشد بلکه منظور از آن همان قاعده درء می‌باشد. (مکارم شیرازی، همان، ۳۱۶)

اما ایراد این کلام این است که موضوع قاعده درء همان‌طور که پیش از این به آن اشاره شد شبهه است یعنی درء‌الحدود در جایی جاری است که شبهه عارض شود حال آن‌که قاعده «بنای حدود بر تخفیف» اعم از آن است.

اطلاق ادله شرعی

منظور این است که ادله حدود اطلاق داشته و مقتضای اطلاق ادله آن است که فرقی نمی‌کند این اعمال یک بار انجام بگیرد یا چند بار. (خویی، ۲۱۲/۱)

برای مثال آیه شریفه می‌فرماید: «الزانية و الزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة». این آیه بین این که یک بار عمل صورت گیرد یا چند بار تفصیل نداده است؛ بنابراین اقتضای اطلاق ادله آن است، که در صورت تکرار جرم، تنها حکم به یک حد داده می‌شود.

در مقابل برخی از اطلاق ادله به عنوان دلیلی برای تکرار و تعدد مجازات‌های حدی یاد

کرده‌اند. به عنوان مثال در جامع‌المدارک آمده است: «لو شرب الخمر و ثبت و لم يحضر الشارب فعليه الحدّ، ثمّ شرب مرّة أخرى مقتضى الأدلّة استحقاق حدّ آخر مع اجتماع الشرائط فعدم الاستحقاق لحدّ آخر خلاف الإطلاق إلّا أن يكون في المقام إجماع.» (خوانساری، ۷/۱۳۰)

همانطور که مشاهده می‌شود در این عبارت «عدم استحقاق برای مجازات دیگر» (تداخل مجازات‌ها) خلاف اطلاق ادله دانسته شده است. به عبارت دیگر اطلاق ادله دلیلی برای تعدد مجازات‌ها می‌باشد.

به نظر می‌رسد همان‌طور که پیش از این بیان شد (در خصوص تعلق حکم به طبیعت) اولی این است که بگوییم از اطلاق ادله به تنهایی نه تعدد مجازات و نه عدم آن به دست می‌آید، قدر متیقن اجرای یک حد است و به کمک فراین باید به قصد واقعی متکلم پی برد.

عدم اخذ قاعده تداخل اسباب در این موارد

این دلیل در باب تعدد زنا مستند قول برخی از فقها قرار گرفته است. از نظر ایشان حتی اگر قایل به قاعده عدم تداخل اسباب و مسببات باشیم، تمسک به این قاعده در خصوص تعدد جرم زنا و حکم به مجازات‌های متعدد با اشکال مواجه می‌شود. توضیح این‌که انجام یک زنا نیز که گاهی با انفصال دخول و خروج همراه بوده، و در واقع زنا تکرار شده است. بنابراین از نظر عرف زنا یکی واحد در حقیقت زنا می‌تعدد است، و چون در این مورد اجرای یک مجازات هیچ مشکلی نخواهد داشت در مورد تعدد زنا نیز مجالی برای تمسک به این قاعده نیست. (خوانساری، ۷/۳۴-۳۳)

اصل برائت

اصل برائت از اقسام اصول عملی است که وظیفه عملی مکلف را در مواردی که بعد از جست‌وجو و عدم دست‌یابی به دلیل، در تکلیف واقعی شک می‌نماید، تعیین نموده و به برائت ذمه او از تکلیف مشکوک حکم می‌کند؛ بنابراین مجرای اصل برائت، شک در تکلیف است و این شک، گاهی ناشی از شک در حکم (شبهه حکمی) و گاهی ناشی از شک در موضوع (شبهه موضوعی) است و شبهه حکمی، گاهی وجوبی و گاهی تحریمی است و منشأ شک در شبهه حکمی، گاهی فقدان نص، گاهی اجمال نص و گاهی تعارض دو نص است.

این دلیل نیز توسط بسیاری از فقها در این مسأله بیان شده است. (نجفی، همان؛ شهید ثانی، همان؛ شیرازی، همان) در تبیین آن می‌توان گفت: در خصوص وجوب تعدد مجازات در

صورت تعدد جرم برای ما شبهه ایجاد شده است و این شبهه از اقسام شبهه وجوبیه حکمییه می باشد که بدون شک در این شبهات اصل برائت، تکلیف زائد یعنی تعدد مجازات را منتفی می گرداند.

برخی معتقدند تمسک به اصل برائت فرع بر عدم قول به ظهور جمله شرطیه در تکرار است. در غیر این صورت یعنی اگر قایل باشیم که جمله شرطیه ظهور در تکرار دارد دیگر نوبت به اصل برائت نمی رسد. هم چنین ایراد شده که بعد از اعتقاد به حرمت زنا به صورت مکرر، دیگر معنایی برای اصل برائت نیست. در مقابل گفته شده منظور از برائت در این مقام برائت از حد است نه برائت از حرمت. (مکارم شیرازی، همان، ۳۱۶)

در پایان این بحث لازم است متذکر شویم که برخی معتقدند در این مسأله اولی است به جای تمسک به اصل برائت به اصل حرمت ایداء مؤمن تمسک جسته شود. (همان)

مفهوم ادله تکرار جرم حدی

در خصوص تکرار جرم روایات خاصی وارد شده است مبنی بر این که اگر کسی مرتکب جرم حدی شد و بر وی حد جاری شد و دوباره مرتکب آن شود و حد بخورد، در مرتبه سوم یا چهارم کشته می شود. در در المنضود آمده است: «مستفاد از این اخبار آن است که اگر کسی شرب خمر کرده و حد بر او جاری نشده باشد و سپس دوباره شرب خمر کند، بیش از یک حد بر او جاری نمی شود. این اخبار ابتدا به حکم شاربیه که حد بر او جاری شده اشاره کرده و سپس حکم شرب دوم را بیان کرده و گفته در این بار نیز حد بر او جاری می شود. مثل این که بگوییم شارب خمر اگر حد خورد و دوباره شرب کرد، حد بر او جاری می شود و مفهوم آن این است که اگر شرب خمر کرده و حد بر او جاری نشده باشد، بعد دوباره شرب خمر کند مجازات جلد متعدد نمی شود، و این که هنگامی که شرب خمر کند و حد بر او جاری نشده باشد و دوباره شرب خمر کند مجازات می شود و در این مورد یک بار مجازات کافی است. آنچه سبب تکرار مجازات حدی است، شراب خوردن همراه با اجرای حد است. اگر هر شرب مسکری باعث مجازات حدی می شد، باید در روایت چنین گفته می شد: اگر شراب بخورد، سپس شراب بخورد، سپس شراب بخورد، برای مرتبه اول و دوم حد می خورد و برای مرتبه سوم کشته می شود.» (موسوی گلپایگانی، ۳۸۱/۲)

در این دلیل به نوعی از مفهوم وصف استفاده شده است. مفهوم وصف، به معنای انتفای طبیعی حکم موصوف در صورت انتفای وصف آن است. حال ما یک جمله وصفیه داریم: «اگر

کسی مرتکب شرب خمر شده و حد بر او جاری شده باشد، در صورت تکرار جرم، مجازات می‌گردد.» موضوع حکم، شارب خمری است که موصوف شده به جاری شدن حد بر او. مفهومی که از این جمله به دست آورده‌اند این است که «اگر کسی مرتکب شرب خمر شده و حد بر او جاری نشده باشد، در صورت تکرار جرم، مجازات تکرار نمی‌شود.» (تنها یک مجازات اجرا می‌شود).»

ایرادی که به این دلیل وارد می‌شود این است که با فرض پذیرش اعتبار مفهوم وصف، مفهومی که از جمله مذکور به دست می‌آید مغایر با آنچه بیان شده می‌باشد. همان‌طور که بیان شد مفهوم وصف، به معنای انتفای طبیعی حکم موصوف در صورت انتفای وصف آن است، و در این صورت مفهوم صحیح این است که بگوییم: «اگر کسی مرتکب شرب خمر شده و حد بر او جاری نشده باشد (انتفای وصف)، در صورت تکرار جرم، مجازات نمی‌گردد.» (انتفای حکم)» و همان‌طور که ملاحظه می‌گردد این مفهوم نه تنها مقصود را ثابت نمی‌کند بلکه مفهومی مغایر با مسلمات ایجاد کرده است.^۱

البته اگر منطوق جمله وصفیه را بدین شکل در نظر گیریم که «اگر کسی مرتکب شرب خمر شده و حد بر او جاری شده باشد، در صورت تکرار، مجدداً مجازات می‌گردد.» مشکل مفهوم حل می‌شود منتها امری که باقی است اعتبار مفهوم وصف است که مورد تردید می‌باشد.

قاعده لاجرج

قاعده نفی عسر و حرج، از قواعد فقهی بوده و به این معنا است که هرگاه تکلیفی دارای مشقت و دشواری شدیدی باشد که تحمل آن عادتاً برای مکلف سخت است، آن تکلیف ساقط می‌گردد. این دلیل توسط فاضل هندی در باب شرب خمر و برای تداخل مجازات‌های حدی مورد استناد قرار گرفته است. (اصفهانی، ۱۰ / ۵۶۱)

به ایشان نقد شده که استناد به این دلیل تمام نمی‌باشد، زیرا ادله حرج، تنها در جایی که امری دارای مشقت و دشواری شدیدی زاید بر اصل تکلیف باشد که تحمل آن عادتاً برای مکلف سخت است، موجب سقوط تکلیف می‌گردد. مانند وضو در هوای سرد هنگامی که مستلزم ضرر و مشقت شدیدی باشد. و تکالیفی که ذات آن‌ها حرجی است مانند حدود توسط

^۱ - ممکن است تصور شود که جمله مذکور، جمله شرطیه بوده و بنابراین با استفاده از مفهوم شرط این معنا از آن به دست آمده است. در پاسخ باید گفت حتی مفهومی که از جمله شرطیه فوق به دست می‌آید متفاوت از آنچه بیان شده می‌باشد. زیرا مفهوم جمله شرطیه مذکور بدین صورت است: «اگر کسی مرتکب شرب خمر شده و حد بر او جاری شده باشد، در صورت عدم تکرار جرم (انتفاء شرط)، مجازات نمی‌گردد.» (انتفاء حکم)»

این قاعده رفع نمی‌شوند. (موسوی گلپایگانی، ۳۷۹/۲)

شهرت

شهرت از دلایل دیگری است که در این بحث به آن تمسک گردیده است. (موسوی اردبیلی، ۱/ ۴۹۸) مراد از شهرت در این مبحث شهرت فتوایی است. در حجیت شهرت فتوایی، به معنای صحت استناد به شهرت فتوایی به عنوان اماره‌ای از امارات ظنی معتبر، برای استنباط احکام اختلاف نظر وجود دارد:

الف: برخی - همانند شهید اول و محقق خوانساری - معتقدند شهرت فتوایی، چه در میان قدما و چه متأخران، حجت است؛

ب: مشهور اصولیان - هم‌چون شیخ انصاری، آخوند خراسانی و مظفر - بر این اعتقادند که شهرت فتوایی مطلقاً حجت نیست؛

ج: برخی همانند بروجردی و خمینی به حجیت شهرت فتوایی قدما اعتقاد دارند، ولی شهرت فتوایی متأخران را حجت نمی‌دانند. (فیض، ۸۶)

با توجه به نظر مشهور این دلیل، دلیل کاملی برای توجیه این حکم به نظر نمی‌آید.

اجماع

صاحب ریاض پس از تصریح به این که تعدد اسباب مقتضی تعدد مسببات است و تداخل خلاف اصل است، اخذ به این قاعده را در این مسأله غیرممکن دانسته، و دلیل آن را مخالفت با اجماع می‌داند. (طباطبایی حائری، همان، ۴۹۱)

علاوه بر صاحب ریاض، اجماع به علامه حلی نیز نسبت داده شده است بدین جهت که شهرت نزد ایشان اعتبار ندارد. (جوهر الکلام، همان، ۳۳۴)

به صاحب ریاض ایراد گرفته شده که اگر مسأله از مسایل باب تعدد اسباب است، باید مطابق با این قاعده عمل شود مگر در مواردی که اجماع بر خلاف آن است، و اجماع تنها در مورد زنا مکرر و با یک زن منعقد است و در سایر موارد یعنی نسبت به زنان متعدد وجهی برای قول به عدم تعدد مجازات نیست زیرا مقتضای قاعده همان‌طور که بیان شد، تکرار مجازات است. (همان، ۳۳۵) منظور این است که نسبت به زنان متعدد اجماع وجود ندارد بنابراین به استناد اجماع نمی‌توان به طور مطلق قایل به تداخل شد.

گذشته از این ایراد می‌دانیم که گرچه اصولیان امامی، همانند اهل سنت، اجماع را در شمار ادله حکم شرعی آورده‌اند، ولی این اشتراک تنها در شکل و اسم است؛ به این معنا که اصولیان

امامی به هیچ عنوان، اجماع را دلیلی مستقل در مقابل کتاب و سنت نمی‌دانند، بلکه اجماع نزد آنان بدان جهت اعتبار دارد که از سنت - قول، فعل و تقریر معصوم (ع) - کشف می‌کند. بنابراین در این مسأله اگر اجماع فقها کاشف از نظر معصوم باشد به طور مطلق (چه به اتفاق همه فقها و چه بعضی آن‌ها) معتبر است. اما اگر کاشف از نظر معصوم نباشد حتی در صورت اتفاق همه فقها اعتباری نخواهد داشت.

لازم است متذکر شویم برخی معتقدند در زمان ما اجماع هیچ‌گاه نمی‌تواند کاشف از قول معصوم باشد، زیرا از نظر آنان تمامی راه‌ها و شیوه‌هایی که برای کشف قول معصوم ارائه شده است، با مشکل مواجه است و به همین دلیل اجماع را به طور کلی به دلیل عدم کاشفیت آن از رأی معصوم، حجت نمی‌دانند.^۱

تحقق اهداف مجازات

این دلیل توسط فقهای اهل سنت در مورد نظریه تداخل مجازات‌ها بیان شده است. از نظر آنان مبنای تداخل مجازات‌ها در جرایم متعدد از نوع واحد این است که هدف تشریح مجازات‌ها تأدیب و زجر می‌باشد، و این امر با اجرای مجازات واحد حاصل می‌شود، و دیگر نیازی به اجرای مجازات‌های متعدد نخواهد بود. و این احتمال عقلی که ممکن است مجرم دوباره جرم را مرتکب گردد، این احتمال به تنهایی کفایت نمی‌کند مادامی که به طور قطع ثابت نشود که مجازات او را از ارتکاب جرم باز نداشته است. بنابراین در صورتی که مرتکب جرم پس از اجرای مجازات دوباره جرم را تکرار کرد در این صورت مجازات دیگری بر او جاری خواهد شد، زیرا در این صورت است که یقین داریم که مجازات اول در مورد او اثر بازدارندگی نداشته است.

آنان در جرایم متعدد از انواع مختلف نیز در صورتی که مجازات مقرر شده برای حمایت از مصلحت واحدی (یا غرض واحدی) باشد، معتقد به تداخل مجازات‌ها در هم هستند. برای مثال اگر کسی به یک مأمور دولتی اهانت کرده، و در برابر او مقاومت کند و همچنین به او تجاوز کند، یک مجازات در مورد او اجرا خواهد شد زیرا مقصود از مجازات‌های این سه جرم یکی و آن حمایت از مأمور است. و در این مورد نیز عبرت‌آموزی با اجرای مجازات حاصل می‌شود نه با حکم به آن. (عبد القادر عوده، ۱/۷۴۷)

این استدلال در صورتی مورد قبول است که مجازات را دارای یک هدف و آن هم «زجر و

^۱ رک به: محمد ابراهیم جناتی، سومین منبع اجتهاد (اجماع)، مجله کیهان اندیشه، ۱۳۶۷، شماره ۲۰.

بازدارندگی» بدانیم، حال آن‌که برای مجازات اهداف متعددی از جمله اصلاح و درمان، اجرای عدالت و ... متصور است. علاوه بر این‌که با فرض پذیرش آن، در تعدد جرایم مختلف نیز باید قایل به اجرای یک حد باشیم، حال آن‌که کسی بدین امر ملتزم نیست.

سیره

در تبیین این دلیل گفته شده است: «در طول اعصار و امصار مختلف هیچ‌گاه این‌گونه نقل نشده که قاضی شرع از زانی یا زانیه سؤال کنند که چند بار مرتکب زنا شده‌ای تا او را به حسب دفعات مجازات کنند. همان‌طور که هیچ‌گاه دیده نشده که زانی یا زانیه‌ای را به دلیل اقرار به ارتکاب ده زنا یا بیشتر، هزار یا هزاران تازیانه بزنند. و این امر حتی در روایات معصومان نیز در مورد کسانی که نزد آنان اقرار به زنا می‌کردند مشاهده نمی‌شود. شاید علت این سیره این است که متفاهم از ادله همین معنا است و از آن‌ها تکرار به دلیل قراین موجود در آن به دست نمی‌آید.» (مکارم شیرازی، همان، ۳۱۵)

سیره در اصطلاح، یعنی استمرار روش و شیوه مستمر عملی در میان مردم بر انجام کاری و یا ترک عملی. و اگر مراد از مردم، همه عقلا باشد، این سیره را سیره عقلا و اگر همه مسلمانان یا پیروان مذهب و یا گروهی خاص از مسلمانان باشد آن را سیره متشرعه می‌نامند. موضوع مورد بحث از اقسام سیره متشرعه می‌باشد، زیرا این سیره قضات شرع است که مورد استناد قرار گرفته است. حجیت سیره متشرعه مشروط به تحقق دو امر است: الف: اثبات معاصر بودن سیره با زمان معصوم(ع)؛ ب: عدم رد معصوم(ع) از آن. برای اثبات همزمانی سیره با زمان معصوم علیه‌السلام راه‌های گوناگونی ارائه شده است. برای مثال یک راه این است که در موردی که قصد اثبات انعقاد سیره بر آن را داریم، اگر فرض کنیم چنین سیره‌ای نبوده است، باید جانشین و بدیلی داشته باشد که چنین جانشینی معمولاً به فراموشی سپرده نمی‌شود و به سبب اهمیت موضوع، ثبت شده و به ما می‌رسد. (سید محمد باقر صدر، ۴/ ۲۴۱)

احتمال رد نسبت به سیره متشرعه، در صورت کامل بودن شرایط آن، بی‌معنا است، زیرا از بیان شرعی کشف می‌نماید و معلول دلیل شرعی است؛ به خلاف سیره عقلا که انعقاد آن معلول شرع نیست، بلکه معلول قضیه‌ای عقلایی است و به همین خاطر، احتمال رد شرع از آن وجود دارد؛ به بیان دیگر، سیره مسلمانان یا متشرعه، به طور مستقل حجیت داشته و کشف کننده از قول معصوم(ع) است. (مظفر، ۲/ ۱۶۱)

این دلیل را شاید بتوان قوی‌ترین دلیلی دانست که در این مسأله به آن استناد شده است. اما

تنها مشکل آن روایت ابوبصیر از امام باقر(ع) است که همان طور که پیش از این بیان شد برخی از فقها از جمله شیخ صدوق و ابن جنید مطابق با آن فتوا داده‌اند. و به همین جهت ممکن است گفته شود در برخی از مصادیق (زنا با زنان متعدد) سیره جریان ندارد. در پایان این بخش و پس از بیان این دلایل می‌توان گفت گرچه مناقشاتی در مورد برخی از این دلایل وارد شد اما از مجموع آن می‌توان حکم به تداخل مجازات‌ها را نزد تمامی فقها مسلم دانست.

۲- بخش دوم

۲-۱- قاعده عدالت

قانون‌گذاری الهی همان گونه که در عالم تکوین عدالت را اساس آفرینش قرار داده است، در نظام تقنین و مقررات عملی و نظام اجتماعی و اقتصادی و سیاسی نیز تحقق عدالت را با جدیت مورد توجه تام قرار داده و مکلفان را بر التزام به آن مأمور نموده است «ان الله یأمرکم بالعدل و الاحسان» (نحل، ۹)؛ مؤیدی بر این امر است، بلکه در بررسی مقاصد شرعی، تحقق عدالت از اهداف بزرگ انبیای الهی بوده است. لذا «لقد ارسلنا رسلنا بالبینات و انزلنا معهم الكتاب و المیزان ليقوم الناس بالقسط» مبین چندین نکته اساسی است که حکمت ارسال رسل و انزال کتب و قانون‌گذاری بر مبنای عدالت و توازن را تحقق عدالت از سوی انسان‌ها می‌شمارد. (نقیبی، ۶)

استاد مطهری در این راستا می‌گوید «عدالت در سلسله علل احکام است نه در سلسله معلولات، نه این است که آنچه دین گفت عدل است، بلکه آنچه عدل است دین می‌گوید». یعنی عدالت پایه و مبنای هر قاعده و حکم اجتماعی و اقتصادی اسلام است. شهید، در نوشته‌های مختلف و موارد گوناگون، تعامل میان عدالت و احکام فرعی را مورد توجه قرار داده است؛ اگرچه فقهای متقدم عدالت را به عنوان قاعده فقهی مورد تصریح قرار نداده و به عنوان يك مسأله علمی به آن توجه نکرده‌اند، اما کم و بیش در لابه‌لای فتاوی و کتب استدلالی فقهی از آن بهره جسته‌اند. برای مثال صاحب جواهر در مسأله ارش‌انگه که اهل خبره در قیمت‌گذاری اختلاف کنند، فرموده است: رأی فقیهان آن است که قیمت‌ها جمع گردد و نسبت‌گیری شود. سپس در مقام استدلال بر این نظر نوشته است: «و مقتضى العدل الجامع بین حقی المشتري و البایع هو ما ذكره الاصحاح». (نجفی، ۲۳/۲۹۴)

در حال حاضر، عدالت در قالب یک قاعده فقهی مطرح گردیده و نظریات مختلفی درباره آن بیان شده است. در یک نگاه کلی می‌توان این نظریات را در قالب سه قسم ارائه کرد. ۱. شارع فقط عدالت را واجب و ظلم را حرام کرده است، اما هیچ حکمی راجع به مصادیق آن نداده است. مصادیق عدالت و ظلم در هر عصر باید توسط خود مردم تشخیص داده شود؛ ۲. شارع احکام شریعت را خود بر اساس عدالت جعل کرده است و تشخیص عادلانه یا ظالمانه بودن را هیچ‌گاه به عهده مردم نگذاشته است؛ ۳. شارع احکام شریعت را، خود بر اساس عدالت جعل کرده است و در کنار آن شناخت بشر از عدالت و ظلم را نیز به عنوان معیاری اثباتی برای شناخت احکام خود قرار داده است. (اکبریان، ۳۰)

مطابق با نظر سوم، عدالت به عنوان یک قاعده فقهی: «...میزان و معیار استنباط است، و مجتهد بر مدار و محور این قاعده، استنباط و استخراج حکم را محک می‌زند. در این برداشت، عدالت در حقیقت میزان و ترازویی است که نه تنها به عنوان یکی از قواعد فقه، بلکه به عنوان چراغ و معیاری است که سایر قواعد چون: لاضرر، لاجرح، درأ و حتی عرف‌های عام و «بنائات عقلایی» هم در پرتو آن محک می‌خورد، و میزان و معیار بودن خود را از آن «کانون» یا از آن «ثقل» می‌گیرند.» (اصغری، ۱۱۶)

حال پس از بیان این توضیحات، نگارنده معتقد است نتیجه مترتب بر حکم فقها در مورد تعدد جرم حدی این است که بین شخصی که برای اولین بار مرتکب جرمی شده و شخصی که به طور متعدد یک جرم را انجام داده است تفاوتی نباشد و در مورد هر دوی آنها یک حد اجرا گردد. حال آن‌که این امر خلاف قاعده عدالت می‌باشد. علاوه بر این؛ این حکم خلاف امنیت و نظم عمومی جامعه است، چون در این حالت به مجرمی که مرتکب یک جرم گردیده، این فرصت داده می‌شود که تا هنگام دستگیری‌اش با خیال راحت بارها عمل خود را تکرار کرده، بدون این‌که این تکرار تأثیری در مجازات او داشته باشد. و از این جهت نیز این حکم با اصل تابعیت احکام فقهی از مصالح و مفاسد، که یکی از مقولات عدالت در فقه است، تعارض دارد.

۲-۲- حل اشکال

تنوع و گوناگونی پاسخ‌های کیفری، بخشی از تنوعات معنادار و حکمت‌آمیز سیاست جنایی در اسلام است. از جمله نموده‌ها و نمادهای این حکمت تشریحی جزایی عبارت است از تشریح مجازات‌های تعزیری در کنار حدود، قصاص و دیات. (حسینی، ۱۰۶)

پیش‌بینی تعزیرات «...یکی از رموز جاودانگی آئین اسلام است، زیرا دست قضاات را برای مجازات مجرمین - با توجه به شرایط و ویژگی‌های زمان - باز گذارده و اختیارات نسبتاً وسیعی به آن‌ها داده است تا بتوانند نیازهای هر زمان را به وسیله آن برطرف سازند، و گرد اتهام «عدم قابلیت اجراء» بر دامان احکام آن ننشینند، و همیشه تازه و زنده باشد.» (مکارم شیرازی، تعزیرات و فلسفه آن در اسلام، ۱۶)

مطابق با نظر برخی از فقها یکی از مبانی و ملاکات اجرای تعزیر رفتاری است که موجب فساد و هرج و مرج شده و اسباب اخلال در امور اقتصادی، سیاسی و اجتماعی را فراهم آورد. موسوی اردبیلی، ۵۹؛ ۸۲؛ ۷۷-۷۵) با استفاده از این مبنا می‌توان در موارد مذکور در کنار اجرای حد، تعزیر را نیز داشته باشیم. در این صورت هم عدالت به بهترین وجه رعایت خواهد شد و هم اخلال در نظم عمومی منتفی می‌گردد.

در تأیید این امر باید گفت حکم به تعزیر در کنار اجرای حد مسأله‌ی جدیدی نیست. ما روایاتی داریم دال بر این که گاهی علاوه بر اجرای حد مجازاتی اضافه نیز اجرا می‌شود و این مجازات اضافه ماهیتی تعزیری دارد زیرا حدود را نه به لحاظ کمی می‌توان تغییر داد و نه به لحاظ کیفی. برای مثال فقها زنا در زمان و مکان‌های شریف را، علاوه بر حد مستوجب تعزیر می‌دانند. ماده ۱۰۶ قانون مجازات اسلامی در این باره مقرر می‌دارد: «زنا در زمان‌های متبرکه، چون اعیاد مذهبی و رمضان و جمعه و مکان‌های شریف چون مساجد علاوه بر حد، موجب تعزیر است.» نمونه دیگر آن ماده‌ی ۷۰۱ قانون مجازات اسلامی است که به موجب آن برای شارب خمیری که علناً این کار را انجام می‌دهد علاوه بر اجرای حد مجازات دیگری را نیز به عنوان تعزیر در نظر گرفته شده است. علاوه بر این برخی بر این باورند که یکی از نتایج مترتب بر قاعده درء در پاره‌ای از موارد این است که با اجرای این قاعده، مجازات حد منتفی ولی تعزیر جایگزین آن می‌شود. (عبد القادر عوده، همان، ۲۱۶ - ۲۱۴)

در پایان لازم است متذکر شویم که خود وجود تعزیر در کنار سایر جرایم اصلاً جایی برای طرح شدن این اشکال باقی نمی‌گذارد. به عبارت دیگر فقها با توجه به ماهیت بما یراه الحاکم بودن تعزیر، خود را بی‌نیاز از تصریح به آن دانسته‌اند. و تنها در مقام بیان چرایی عدم اجرای حد به ازای هر جرم، در حالت تعدد جرایم مستوجب مجازات‌های حدی برآمده‌اند. اما منظور این نبوده است که علیه او همین یک حد فقط اجرا شود.

منتها در حال حاضر شرایط متفاوت است. از سویی اصل قانونی بودن جرم و مجازات یکی

از اصول مورد پذیرش در قانون اساسی بوده و از سوی دیگر قضات ما شرایط لازم برای اعمال تعزیر با رأی و نظر خود را ندارند. بنابراین شایسته است خود قانون‌گذار در کنار بیان حکم به تداخل مجازات‌های حدی، اجرای تعزیر و میزان آن را نیز مشخص گرداند.

نتیجه‌گیری

مجازات‌های حدی در حالت تعدد جرم اگر جرایم ارتکاب یافته از یک نوع باشند در هم تداخل کرده و تنها یک مجازات اجرا می‌گردد. بر این حکم که مورد اتفاق فقها است دو اشکال وارد است. از یک سو خلاف مقتضای قاعده عدم تداخل اسباب و مسببات است. و سوی دیگر خلاف قاعده عدالت بوده زیرا نتیجه مترتب بر آن این است که شخصی که برای اولین بار مرتکب جرمی شده با شخصی که به طور متعدد یک جرم را انجام داده است تفاوتی نداشته و در مورد هر دوی آن‌ها یک مجازات اجرا گردد. و این امر موجب اخلال در امنیت و نظم عمومی جامعه است، چون در این حالت به مجرمی که مرتکب یک جرم گردیده، این فرصت داده می‌شود که تا هنگام دستگیری‌اش با خیال راحت بارها عمل خود را تکرار کرده، بدون این‌که این تکرار تأثیری در مجازات او داشته باشد.

فقها به دلایل مختلفی در خصوص رفع ایراد نخست استناد کرده‌اند. روایات، قاعده درء، تعلق حکم به طبیعت، اصل برائت، اطلاق ادله شرعی، بنای حدود بر تخفیف، مفهوم ادله تکرار جرم، قاعده لاجرح، اجماع، شهرت، تحقق اهداف مجازات و سیره، در این باره مورد نقد و بررسی واقع شد. مناقشاتی در مورد هر یک از این دلایل وارد شده است؛ با این وجود از مجموع آن می‌توان حکم به تداخل مجازات‌ها را مسلم دانست.

وجود مجازات‌های تعزیری با ماهیت منحصر به فرد آن (بما یراه الحاکم) در کنار حدود، قصاص و دیات در نظام کیفری اسلامی را می‌توان دلیلی بر عدم تصریح فقها به اشکال دوم دانست. اما در زمان کنونی و با توجه به مقتضیات و واقعیت‌های زمانه شایسته است که قانون‌گذار اسلامی به منظور اجرای عدالت و در راستای تأمین نظم عمومی خود گام‌های جدیدی را برداشته و از ظرفیت‌ها و انعطاف‌های نهفته در تعزیرات که نشان‌گر پویایی فقه است به طور قانون‌مند بهره بیشتری گیرد. بدین ترتیب که در حالت تعدد جرایم حدی از نوع واحد، گرچه به اجرای یک حد اکتفاء می‌شود اما این امر مانع از آن نیست که حاکم (در حال حاضر قانون‌گذار) بنا به مصالحی حکم به اجرای تعزیر نیز بدهد.

منابع

- اسکافی، ابن جنید، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- اردبیلی موسوی، سید عبد الکریم، *فقه الحدود و التعزیرات*، قم، مؤسسه النشر لجامعة المفید رحمه الله، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ق.
- اصغری، سید محمد، *عدالت به مثابه قاعده*، تهران، انتشارات اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- اصفهانى، محمد بن حسن (فاضل هندی)، *کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- اکبریان، حسنعلی، *قاعده عدالت در فقه امامیه: گفت و گو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶.
- تبریزی، جواد بن علی، *أسس الحدود و التعزیرات*، قم، دفتر مؤلف، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- جناتی، محمد ابراهیم، «سومین منبع اجتهاد (اجماع)»، *مجله کیهان اندیشه*، ۱۳۶۷، ش ۲۰، صص ۲۶-۳.
- حسینی، سید محمد، «دوگونه کیفر در مقابل دو دسته بزه (بازتعریف «حدود» و «تعزیرات» از دیدگاه فلسفه کیفری)»، *فصلنامه حقوق*، ۱۳۸۸، دوره ۳۹، ش ۱، صص ۱۰۶-۸۷.
- حسینی شیرازی، محمد، *الفقه کتاب الحدود و التعزیرات*، قم، دارالقرآن الحکیم، بی تا.
- خراسانی، محمد کاظم، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، بی تا.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، دار الهادی، ۱۴۰۷ ق.
- صدر، سید محمد باقر، *بحوث فی علم الاصول*، قم، المجمع العلمی للشهید الصدر، ۱۴۰۵ ق.
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- عوده، عبد القادر، *التشريع الجنایی الاسلامی مقارنا بالقانون الوضعی*، قاهره، مكتبة دارالعروبہ، چاپ دوم، ۱۳۷۸ ق.
- فیض، علیرضا، «بررسی حجیت شهرت فتوایی در اصول متلفات با رویکردی بر دیدگاه، آیت الله بروجردی، خویی و امام خمینی»، *فصلنامه فقه و مبانی حقوق*، سال چهارم، ش ۱۳، ۱۳۸۷.
- قمی، صدوق، *المقنع*، مؤسسه امام هادی (ع)، ۱۴۱۵ ق.

مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، مکتب الاعلام الاسلامی چاپ دوم، ۱۳۷۳.
 مکارم شیرازی، ناصر، *أنوار الفقاهة - كتاب الحدود و التعزیرات*، قم، انتشارات مدرسة الإمام علي بن
 أبي طالب عليه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
 _____، «تعزیرات و فلسفه آن در اسلام»، *مجله درس‌هایی از مکتب اسلام*، ۱۳۶۳، ش
 ۲۸۴.

منتظری نجف‌آبادی، حسین علی، *كتاب الحدود*، قم، انتشارات دار الفکر، بی‌تا.
 موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، *الدر المنضود في أحكام الحدود*، قم، دار القرآن الکریم، چاپ
 اول، ۱۴۱۲ ق.
 نجفی، محمد حسن، *جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دار إحياء التراث العربي، چاپ
 هفتم، بی‌تا.
 نقیبی، سید ابوالقاسم، «اصل عدالت و قانونگذاری دینی»، *مجله ندای صادق*، ۱۳۸۵، ش ۴۳، صص ۵-۸.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۷
تابستان ۱۳۹۳، ص ۹۵-۷۵

سنت فعلی پیامبر(ص) و جایگاه آن در استنباط حکم از دیدگاه فریقین*

فاطمه اردستانی^۱

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مذاهب اسلامی

Email: fardestani20@yahoo.com

دکتر عابدین مؤمنی

دانشیار دانشگاه تهران

چکیده

فعل و رفتار نبوی به عنوان بخشی از سنت، نوعی دلیل و حجت شرعی به شمار می‌رود. تبیین مفهوم و ماهیت فعل پیامبر(ص) و تحلیل برخورد علمای فریقین نسبت به این دلیل لَبّی در فرایند استنباط حکم شرعی، جایگاهی مهم در اصول فقه اسلامی دارد. با توجه به نظرات موجود، دو رویکرد کلی درباره افعال پیامبر(ص) وجود دارد؛ رویکرد اول آن‌که همه افعال حضرت(ص) به جز افعال خاص، تشریحی بوده و بر این اساس همه افعال دال بر حکم شرعی می‌باشند، و رویکرد دوم آن‌که با توجه به وجود دو شأن تشریحی و غیر تشریحی برای حضرت(ص)، علاوه بر افعال خاص از افعال طبیعی و افعال دنیوی نیز که در زمره افعال غیر تشریحی قرار دارند نمی‌توان حکم شرعی استنباط و استخراج نمود. اختلاف اصلی قائلان به دیدگاه‌های فوق ناشی از اختلاف در تقسیم افعال نبوی و صحت این تقسیم‌بندی است. اما افعال بیانی، مهم‌ترین افعال صادره از پیامبر(ص) می‌باشند که صراحتاً قابلیت استخراج حکم از آن‌ها وجود دارد، چنان‌که در فقه اسلامی خصوصاً در بخش عبادات بسیار مورد استفاده قرار گرفته‌اند. افعال ابتدائی هم نوع آخر از افعال پیامبر(ص) هستند که به دو دسته معلوم الصفة و مجهول الصفة تقسیم می‌شوند؛ جمهور علمای فریقین در دسته اول قائل به مساوات امت با پیامبر(ص) در حکم بوده، اما در دسته دوم اختلاف رأی بسیاری وجود دارد.

کلیدواژه‌ها: سنت فعلی پیامبر(ص)، شأن پیامبر(ص)، استنباط حکم، فریقین

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۱۰/۰۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۳/۰۵.

^۱. نویسنده مسئول.

مقدمه

مطابق با آیه «وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ» (نحل: ۴۴)، مهم‌ترین نقش و وظیفه پیامبر اکرم (ص) تفسیر و تبیین آیات کتاب الهی است که این مهم از طریق اقوال و افعال حضرت (ص) تحقق یافته است. از سوی دیگر، با توجه به ادله مختلف عقلی و ادله نقلی متعدد مثل آیه «مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ» (نساء: ۸۰) اقوال و رفتارهای پیامبر (ص) حجت بوده و اطاعت از آن‌ها واجب است. اما گذشته از بحث اقوال، علی‌رغم اهمیت رفتارهای نبوی، این قسم از سنت کمتر مورد توجه قرار گرفته در حالی که ماهیت و صور مختلف آن و میزان دلالت هر یک از آن‌ها بر حکم نیازمند بررسی دقیق است. از سوی دیگر، با توجه به تتبع نویسنده، پیشینه مطالعه تطبیقی و مقارن هم در این زمینه بسیار محدود و غیر منسجم می‌باشد، لذا در پژوهش حاضر بحث به طور خاص بر روی سنت فعلی با رویکرد تطبیق بین دیدگاه‌های فریقین^۱ متمرکز گردیده است. مسأله اصلی که تحقیق حاضر در پی آن سامان یافته آن است که دیدگاه فریقین در قابلیت استنباط حکم از فعل پیامبر (ص) چیست و چه احکامی از آن استنباط می‌شود. از آنجا که بخشی از احکام در فقه اسلامی، منحصرأ مستند به افعال پیامبر (ص) می‌باشند، بنابراین شناخت ابعاد افعال ایشان و چگونگی استنباط و استخراج حکم از آن‌ها بسیار حائز اهمیت است.

مطلب اول: مفهوم سنت فعلی پیامبر (ص)

منظور از سنت فعلی بنا بر یک دیدگاه، اعمال و رفتارهایی است که از پیامبر (ص) صادر شده است و از دیدگاه دیگر، مراد افعال صادره از پیامبر (ص) به قصد تشریح است. به بیان دیگر منظور از سنت فعلی یکی از این دو معناست:

معنای اول- منظور آن دسته از رفتارهای پیامبر (ص) است که از امور عادی و طبیعی نبوده و در واقع از مقام رسالت و به غرض تشریح صادر شده است (میرزای قمی، ۴۰۹؛ حاج، ۲۹۷/۲) و در استنباط حکم به همین مقدار می‌توان استناد نمود.

معنای دوم- منظور همه رفتارهای پیامبر (ص) است؛ این دیدگاه خود حاوی دو نظر است:

۱- این که کل سنت فعلی، تشریحی است و بنابراین در فرایند استنباط حکم، تمامی رفتارهای حضرت (ص) دارای حجیت و دلیلیت شرعی می‌باشند. (حکیم، اصول العامة، ۲۲۳-

^۱- منظور از فریقین در اینجا، مذهب امامیه و مذاهب چهارگانه حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی است.

(۲۲۲)

۲- این که کل سنت فعلی، تشریحی نیست و تنها آن بخش از افعال که بر وجه تبلیغ و تشریح از پیامبر(ص) صادر شده باشند، مستند فقهی قرار می‌گیرند. (خلأف، ۴۳)؛ تفاوت این نظریه از معنای دوم با معنای اول آن است که بر اساس نظر اخیر، همه افعال نبوی سنت قلمداد می‌شوند اما فقط بخشی از این سنت، تشریحی بوده و قابلیت استنباط حکم از آن وجود دارد که بنابر قول برخی از علمای حنفی، به سنن غیر تشریحی، سنت زوائد گفته می‌شود (سرخسی، ۱۱۴/۱)، در حالی که بنابر معنای اول، فقط همان دسته از افعال حضرت(ص) که به قصد تشریح انجام شده‌اند، سنت قلمداد شده و سایر افعال به طور کل از حیثه سنت خارجند.

مفهوم‌شناسی فوق در به دست آوردن دیدگاه‌های موجود در استفاده از سنت فعلی به عنوان منبع استنباط حکم نقش به‌سزا دارد.

مطلب دوم: تحلیل رویکردهای علمای فریقین درباره فعل پیامبر(ص) و تقسیم آن

چنان‌که گذشت بر اساس یک دیدگاه، بخشی از افعال پیامبر(ص) تشریحی و بخشی غیر تشریحی قلمداد شده‌اند، بدان معنا که از غیر مقام رسالت ظهور یافته‌اند؛ اما بر اساس دیدگاه دیگر، پیامبر(ص) فقط شأن تشریحی داشته و رفتارهای ایشان از این شأن صادر شده‌اند. در ذیل ادله این دو دیدگاه به طور مجزا تبیین می‌شود:

الف) ادلة قول به تشریحی بودن بخشی از افعال نبوی و غیر تشریحی بودن بخش دیگر

آن

پر واضح است که طرفداران دیدگاه فوق، قائل به تقسیم افعال و رفتارهای نبوی به دو قسم تشریحی و غیر تشریحی می‌باشند که در واقع تقابل مبنایی دیدگاه‌های بیان شده بر سر صحت همین تقسیم‌بندی است.

قائلان به دیدگاه مورد بحث، شأن غیر تشریحی پیامبر(ص) را حداقل بر گرفته از دو امر

می‌دانند:

اول- داشتن شأن شخصی؛ بدان معنا که حضرت(ص) دارای شأنی شخصی جدای از شأن رسالت و نبوت بوده، از این رو برخی از افعال ایشان از این شأن صادر شده‌اند که افعال طبیعی شاخص‌ترین آن‌ها می‌باشند. وجود شأن شخصی برای پیامبر(ص) از جانب بسیاری از علمای اهل سنت و امامیه مورد تأیید است. (آل تیمیه، ۶۷؛ باکستانی، ۸۱-۸۰؛ مرتضوی لنگرودی،

۲۵۲/۱؛ سبحانی، تهذیب الأصول، ۴۵/۱؛ صابری همدانی، (۲۵)

دوم- جواز اجتهاد؛ بدان معنا که پیامبر(ص) مجاز به اجتهاد بوده و در موارد متعددی هم اجتهاد نموده است و طبیعتاً این امر در برخی از افعال ایشان نیز جریان داشته است که از جمله برخی از افعالی است که در ارتباط با جلب مصالح و دفع ضررهای دنیوی از حضرت(ص) صادر شده‌اند، مانند افعال طبی، زراعی، جنگی و... که بعضاً تحت عنوان افعال دنیوی از آن‌ها یاد می‌شود؛ علاوه بر آن که با ضمیمه احتمال خطای حضرت(ص)، قول به غیر تشریحی بودن آن‌ها تقویت می‌گردد. جواز اجتهاد بر پیامبر(ص) و احتمال خطای ایشان از جانب بسیاری از علماء اهل سنت مسلم است. (حاج، ۳۹۹/۳؛ اسنوی، ۳۹۶)

با توجه به این امر، برای اثبات نظریه مورد بحث به برخی آیات و روایات استناد شده که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌شود:

طرفداران این دیدگاه معتقدند که در آیات متعددی از قرآن کریم، بشر بودن پیامبر(ص) به نحو صریح و غیرصریح مورد اشاره قرار گرفته است، مانند آیات «قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ يُوحَىٰ إِلَيَّ» (فصلت: ۶)، «مَا هَذَا إِلَّا بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ يَأْكُلُ مِمَّا تَأْكُلُونَ مِنْهُ وَيَشْرَبُ مِمَّا تَشْرَبُونَ» و «كُنْ أَعْطَمْتُ بَشَرًا مِثْلَكُمْ إِنَّكُمْ إِذَا لَخَاسِرُونَ» (مؤمنون: ۳۴-۳۳)، «وَمَا أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ مِنَ الْمُرْسَلِينَ إِلَّا أَنْهُمْ لِيَأْكُلُوا الطَّعَامَ وَيَمْشُوا فِي الْأَسْوَاقِ» (فرقان: ۲۰) و... که مطابق با نظر ایشان، با توجه به این گونه از آیات، پیامبر(ص) به عنوان یک انسان کارهایی انجام داده است که از بشر بودن ایشان نشأت گرفته و ارتباطی با شأن تبلیغی و تشریحی ایشان نداشته است.

بسیاری از علماء اهل سنت با استناد به آیات مذکور، با اثبات غیر تشریحی بودن افعال طبیعی و دنیوی پیامبر(ص) و همچنین با اعتقاد به جواز و بلکه وقوع خطای حضرت(ص) در افعال دنیوی به دلیل بشر بودن ایشان، معتقد به غیر تشریحی بودن افعال مذکور می‌باشند؛ بسیاری از علمای امامیه نیز با استناد به آیات مذکور، افعال طبیعی و عادی پیامبر(ص) را ناشی از بُعد بشری ایشان دانسته و آن‌ها را غیر تشریحی می‌دانند و البته احتمال خطای ایشان را به شدت مطرود می‌شمرند.

با این حال در رد استدلال فوق می‌توان قائل شد که گرچه پیامبر(ص) بشر بوده، اما بشر بودن ایشان موجب الغاء رسالت در برخی اوقات نشده و در واقع ایشان در عین بشر بودن، رسول بوده است و در واقع حضرت(ص) در تمامی اقوال، افعال و احوالش بشری رسول بوده است. (شحود، مفاهیم الإسلامية، ۱۸۱)

اما علاوه بر آیات مذکور، روایات متعددی نیز از جانب قائلان به دیدگاه مورد بحث مورد استناد قرار گرفته که مهم‌ترین آن‌ها روایت «تأبیر نخل» است. این روایت از جمله روایاتی است که در بسیاری از کتب روایی اهل سنت مانند «صحیح مسلم»، «مسند احمد» و... نقل شده است. در اینجا به مشهورترین نقل آن اکتفا می‌شود:

مسلم در صحیح خود در ذیل بابی با عنوان «وجوب امتثال ما قاله شرعاً دون ما ذکره من معایش الدنيا علی سبیل الرأی» از «أنس بن مالك» چنین روایت نموده: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَرَّ بِقَوْمٍ يُلْقِحُونَ، فَقَالَ: لَوْ لَمْ تَفْعَلُوا لَصَلَحَ، قَالَ: فَخَرَجَ شَيْصًا، فَمَرَّ بِهِمْ، فَقَالَ: مَا لِنَخْلِكُمْ؟، قَالُوا: قُلْتَ كَذَا وَكَذَا، قَالَ: أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِأَمْرِ دُنْيَاكُمْ». (نيسابوری، ۹۵/۷)

این روایت گویای آن است که پیامبر(ص) به قومی که در مدینه مشغول عمل گرده‌افشانی درختان نخل بودند، پیشنهاد عدم استفاده از این روش را داده و آنان مطابق با نظر حضرت(ص) رفتار می‌کنند، اما پس از مدتی با محصولی بسیار نامرغوب و نامناسب مواجه می‌شوند، سپس حضرت(ص) با مطلع شدن از این حادثه، در تعبیری متعدد مردم را در امور دنیوی خود داناتر دانسته و در واقع آنان را در تصمیم‌گیری در این امور مختار قرار می‌دهد. اما متن روایت از دو جهت قابل استدلال است:

- ۱- این که پیامبر(ص) در اقوال مربوط به امور دنیوی دچار خطا شده است، با این بیان که پیشنهاد ایشان در عدم استفاده از روش بارور نمودن نخل به طریق مرسوم، با نتیجه‌ای نامناسب مواجه شده و در واقع ایشان در این امر که از امور دنیوی است، اشتباه نموده است.
- ۲- این که پیامبر(ص) اعتراف نموده که مردم به شؤن دنیوی خود از ایشان داناتر و آگاه‌ترند که در واقع با این سخن مردم را در تصمیم‌گیری در امور دنیوی خود آزاد و رها گزارده است.

از عبارت «أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِأَمْرِ دُنْيَاكُمْ» دریافت می‌شود که متابعت از آنچه که در ارتباط با امور دنیوی اعم از قول و فعل از پیامبر(ص) صادر شده، لازم نبوده بلکه خود حضرت(ص) مردم را به سمت استفاده از علم خود در این امور سوق داده است، و این امر حاکی از آن است که این گونه از افعال ایشان به قصد تشریح انجام نگرفته است.

گفتنی است به نقل برخی رجال شناسان اهل تسنن، به بعضی از راویان این روایت، مانند «هشام بن عروه» و... اعتماد کافی وجود ندارد (ذهبی، ۱۴۴/۱) محتوای روایت نیز با آیات «وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ * إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ» در تعارض است، زیرا از دیدگاه برخی، آیه فوق

علاوه بر قرآن، اقوال پیامبر(ص) را و حیانی معرفی می‌کند. (مکارم شیرازی، ۲۰۹/۱۷؛ شوکانی، فتح القدر، ۱۰۵/۵)

ب) ادلة قول به تشریعی بودن همه افعال نبوی

قائلان به دیدگاه فوق، تقسیم‌بندی افعال نبوی به تشریعی و غیر تشریعی را نادرست دانسته و با توجه به تشریعی بودن کل افعال پیامبر(ص)، قائل به شمول گستره شریعت در تمام افعال مکلفان می‌باشند.

برخی از قائلان به تشریعی بودن کل افعال بر اساس حکم داشتن همه افعال چنین استدلال نموده‌اند که هر فعلی اعم از افعال مربوط به اقتضائات بشری از قبیل خوردن، آشامیدن و ... و افعال مرتبط با امور دنیوی هم‌چون زراعت، طب و... که بر حسب خبرگی و تجربه شخصی از پیامبر(ص) صادر شده باشد، خالی از حکم نبوده و در شریعت اسلام محکوم به حکم است، بنابراین خوردن طعام معین توسط پیامبر(ص) دال بر جواز اکل آن به معنای عام می‌باشد، چنان‌که در فعل دنیوی نیز به صرف صدور آن از حضرت(ص) می‌توان حداقل حکم به جواز نمود. علاوه بر این، با فرض صحت روایت «تأبیر نخل»، باز هم اقدام پیامبر(ص) به تجویز اعمال علم و تجربه مردم در امور دنیوی خودشان، تشریح محسوب می‌گردد. (حکیم، السنة، ۱۱۷-۱۱۶)

هم‌چنین بر اساس آیه کریمه «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ» که در آن اولی بودن پیامبر(ص) بر مؤمنان سخن به میان آمده و حضرت(ص) به بیان قرآن از نفوس مؤمنان برتر معرفی شده، بسیاری از علمای فریقین به دلیل اطلاق آیه، اولویت پیامبر(ص) را شامل امور دنیوی و دینی، و معاش و معاد مردم و به یک معنا همه امور می‌دانند. (طباطبایی، المیزان، ۲۷۶/۱۶؛ زمخشری، ۵۲۳/۳؛ بیضاوی، ۲۲۵/۴)

علما طباطبایی در ذیل این آیه و جای دیگر آورده است که هر آنچه فرد مؤمن برای خود می‌پسندد، اعم از حفظ جان، محبت، کرامت، نفوذ اراده و... پیامبر(ص) بر او مقدم است. (طباطبایی، همان، ۲۷۶/۱۶ و ۳۲۱)

از دیدگاه نویسنده نیز می‌توان در تأیید این دیدگاه به مطلب دیگری به عنوان مؤید استناد نمود با این بیان که در برخی احادیث، حضرت(ص) برای رفتارهای طبیعی و دنیوی خود، دلایل و فواید مادی و معنوی ذکر نموده و بعضاً به انجام آن‌ها دستور داده است؛ به عنوان نمونه از امام رضا(ع) چنین روایت شده که فرمود: «أَهْدِي لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ سَفَرُجَلٌ»

فَضْرَبَ بِيَدِهِ عَلَى السَّفَرَجَلِ فَقَطَعَهَا وَكَانَ يُحِبُّهَا حُبًّا شَدِيدًا فَأَكَلَهَا، وَ أَطْعَمَ مَنْ كَانَ بِحَضْرَتِهِ مِنْ أَصْحَابِهِ، ثُمَّ قَالَ عَلَيْكُمْ بِالسَّفَرَجَلِ فَإِنَّهُ يَجْلُو الْقَلْبَ وَيُذْهِبُ بَطْحَاءَ الصَّدْرِ» (بروجردی، ۲۳/۴۲۰-۴۱۹)؛ هم چنین در روایت دیگری از معصوم(ع) این گونه نقل شده که فرمود: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) يَغْسِلُ رَأْسَهُ بِالسُّدْرِ وَيَقُولُ: اغْسِلُوا رُؤُوسَكُمْ بِوَرَقِ السُّدْرِ فَإِنَّهُ قَدَسَهُ كُلُّ مَلَكٍ مُقَرَّبٍ، وَكُلُّ نَبِيٍّ مُرْسَلٍ، وَمَنْ غَسَلَ رَأْسَهُ بِوَرَقِ السُّدْرِ صَرَفَ اللَّهُ عَنْهُ وَسْوَسةَ الشَّيْطَانِ سَبْعِينَ يَوْمًا، وَمَنْ صَرَفَ اللَّهُ عَنْهُ وَسْوَسةَ الشَّيْطَانِ سَبْعِينَ يَوْمًا، لَمْ يَعْصِ اللَّهَ، وَمَنْ لَمْ يَعْصِ اللَّهَ (سَبْعِينَ يَوْمًا) دَخَلَ الْجَنَّةَ» (حرّ عاملی، ۶۳/۲)

در روایت نخست، پیامبر(ص) پس از خوردن گلابی به اصحاب خود دستور خوردن آن را می دهند و فایده آن را جلا یافتن و از بین رفتن اندوه قلب بر می شمردند. در روایت دوم هم حضرت(ص) پس از شستن سر خود با گیاه سدر، به اصحاب دستور انجام این عمل را می دهند و آن را شیء مقدسی از جانب ملائکه و انبیاء(ع) معرفی می کنند و فواید آن را در دور شدن از وسوسه شیطان به مدت هفتاد روز و سپس عدم معصیت الهی در این مدت و در نتیجه دخول در بهشت بر می شمردند.

با نگاهی به این گونه روایات، بعید است پیامبر(ص) نتایج و فواید مترتب بر رفتارهای طبیعی و دنیوی خود را به واسطه تجربه بشری بیان نموده باشد، بلکه شرعی بودن آن ها خصوصاً در مواردی که ایشان نتایج و فواید معنوی برای این اعمال بیان کرده است، کاملاً درک می شود و همان گونه که پیش از این آمد، حتی عمل ایشان بر حسب خبرگی و تجربه شخصی نیز دارای حکم شرعی بوده و از حیطة شریعت خارج نیست؛ مضاف بر این در موارد متعددی اهل بیت(ع) نیز به این گونه از رفتارهای پیامبر(ص) تمسک نموده و به همان طریق عمل می نموده اند، مانند این روایت:

«عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَيْضِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): «يُمْرِضُ مِنَّا الْمَرِيضُ فَيَأْمُرُهُ الْمُعَالِجُونَ بِالْحَمِيَّةِ، فَقَالَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): لَكُنَّا أَهْلَ بَيْتٍ لَا نَحْتَمِي إِلَّا مِنَ التَّمْرِ، وَتَدَاوَى بِالتَّقْحِاحِ وَالْمَاءِ الْبَارِدِ، قُلْتُ: وَ لِمَ تَحْتَمُونَ مِنَ التَّمْرِ؟ قَالَ: لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) حَمَى عَلَيَّا (عَلَيْهِ السَّلَامُ) مِنْهُ فِي مَرَضِهِ» (طباطبایی، سنن النبی(ص)، ۲۵۸-۲۵۷) در این روایت، امام(ع) برای معالجه بیماری، به روش پیامبر(ص) در پرهیز دادن حضرت علی(ص) (در حال بیماری) از خوردن تمر(نوعی خرما)، استناد نموده و آن را روش اهل بیت(ع) می داند. بنابراین با توجه به ادله مذکور، خارج نمودن افعال طبیعی و دنیوی پیامبر(ص) از حیطة شریعت، حتی

در حالتی که حضرت(ص) در انجام آن‌ها دلیلی را هم ذکر ننموده، صحیح نیست.

مطلب سوم: ابعاد و صور افعال پیامبر(ص)

پس از بیان رویکردهای موجود درباره افعال پیامبر(ص)، در اینجا اشکال متعدد آن‌ها تحت پنج عنوان مورد اشاره قرار می‌گیرد که البته طرح این عناوین به معنای پذیرش و صحت تقسیم افعال حضرت(ص) به تشریعی و غیر تشریعی نیست، بلکه این تعدد از حیث ابعاد و صور متنوع صدور فعل از ایشان است.

۱- فعل طبیعی و عادی

مقصود از فعل طبیعی، فعل نشأت گرفته از طبیعت و خلقت بشری مانند خوردن و آشامیدن، خوابیدن و ... است که در کتب اصولی، بیشتر از آن به فعل جبلی^۱ یاد می‌شود. از آنجایی که پیامبر(ص) نیز انسان بوده و خالی از این‌گونه از افعال نبوده است، رفتارهایی که به اقتضای خلقت و طبع بشری از ایشان صادر شده‌اند، افعال طبیعی پیامبر(ص) خوانده می‌شوند. اما مراد از افعال عادی در کلمات دانشمندان اسلامی واضح نیست؛ با این حال از فحوای مطالب موجود حداقل دو منظور قابل برداشت است: ۱- این‌که منظور همان افعال طبیعی باشد ۲- این‌که منظور افعال طبیعی و همچنین، آداب و روش‌های خاص هم‌چون استعمال عطر، سرمه کشیدن، بلند نمودن ریش و... باشد (اشقر، ۲۳۸/۱) در این صورت، افعال عادی معنایی عام‌تر از افعال طبیعی دارند و این‌گونه افعال را نیز در بر می‌گیرند.

افعال طبیعی به دو دسته افعال طبیعی غیر اختیاری و افعال طبیعی اختیاری تقسیم می‌شوند. (همو، ۲۲۰/۱ به بعد؛ رشاد، ۱۶)؛ منظور از افعال طبیعی غیر اختیاری افعالی هستند که توسط انسان بدون مدخلیت اراده واقع می‌شوند، مثل درد کشیدن از جراحت و ... که نمی‌توان آن‌ها را محکوم به حکم شرعی دانست، زیرا از حیثه تکلیف خارج می‌باشند. (شهید ثانی، ۶۶)

منظور از افعال طبیعی اختیاری هم افعالی هستند که توسط انسان با مدخلیت اراده واقع می‌شوند، مثل خوردن، خوابیدن، لباس پوشیدن و... که البته اصل این افعال برای انسان ضروری هستند، زیرا عدم انجام آن‌ها موجب ضرر و حتی مرگ می‌گردد، اما به کار بردن روش‌های خاص در تحقق آن‌ها، افعالی ارادی می‌باشند، مانند خوردن طعام خاص هم‌چون عسل،

۱. جبلة به خلقت و طبیعت معنا شده است. (لسان العرب، ۹۸/۱۱)

پوشیدن لباس از جنس خاص و... که جمهور علمای اهل سنت و بسیاری از علمای امامیه برآند که این گونه از افعال محکوم به اباحه هستند، بدان معنا که هم برای پیامبر(ص) و هم برای امت مباح می‌باشند (آمدی، ۱۷۳/۱؛ اسنوی، ۲۵۰؛ میرزای قمی، ۴۹۰؛ مجاهد، ۲۷۹) بدان معنا که اباحه عقلی در آن‌ها جریان دارد (اشقر، ۸۴/۱؛ مشکینی، ۱۴۱) و البته به نظر می‌رسد بنا بر وجود ملازمه میان حکم عقل و شرع، بتوان شرعاً نیز آن‌ها را مباح دانست. با این حال با مطالعه کلمات برخی از اصولیان و فقهای فریقین می‌توان حداقل دو ملاک و معیار برای تشریحی بودن این گونه از افعال بدست آورد که عبارتند از:

الف) الحاق حیثیت و خصوصیت خاص به افعال طبیعی از جانب پیامبر(ص)، هم‌چون مداومت و استمرار داشتن و مواظبت بر انجام آن در زمان خاص و یا به هیئت خاص، مانند افطار با طعام شیرین، خواب قیلوله، خوابیدن بر جانب راست، خوردن طعام با سه انگشت و... که وجود این احوالات، تشریحی بودن این قبیل از افعال را در نزد برخی از فقهاء امری وجیه می‌نماید (میرزای قمی، ۴۹۰؛ شوکانی، ارشاد الفحول، ۱۰۳/۱) بر همین اساس از جانب برخی از علماء حکم به استحباب این گونه از افعال شده است. (حائری، ۳۱۳؛ زرکشی، ۲۴۸/۳)

ب) مرتبط بودن افعال پیامبر(ص) با عبادت یا انجام آن در ضمن عبادت نیز از دیدگاه برخی از فقهاء می‌تواند به عنوان دلیلی بر شرعی بودن آن‌ها قلمداد شود و افعال طبیعی نیز از این جمله‌اند؛ (میرزای قمی، ۴۹۳؛ اشقر، ۲۳۳/۱) البته برخی قائلند که این معیار در موارد تردّد میان شرعی بودن و یا عادی و طبیعی بودن یک فعل کاربرد ندارد. (شهید اول، ۲۱۵/۱)

گفتنی است یکی از مباحث مهم مطرح شده در ضمن بحث افعال طبیعی، همین بحث تردید میان شرعی بودن یا طبیعی بودن برخی از افعال پیامبر(ص) است که میان علماء در تعیین جهت آن اختلاف وجود دارد؛ در واقع منشأ این تردّد، تعارض میان اصل و ظاهر است، با این بیان که اصل در عدم تشریح است، اما ظاهر آن است که پیامبر(ص) برای بیان شریعات مبعوث گردیده است. (شهید ثانی، ۲۳۶؛ زرکشی، ۲۴۸/۳) به عنوان نمونه جلسه استراحت یکی از این موارد است و در شرعی بودن آن میان علمای فریقین اختلاف وجود دارد. مشهور فقهای امامی قائل به شرعی بودن صدور این عمل به نحو استحباب و یا وجوب می‌باشند. (شهید ثانی، ۲۳۷-۲۳۶؛ علامه حلی، مختلف الشیعة، ۱۷۱/۲) اما جمهور اهل سنت به جز شافعیان که نظر مشهور آنان بر استحباب است، قائل به عدم استحباب به دلیل طبیعی بودن آن می‌باشند. (شوکانی، نیل الأوطار، ۳۰۲/۲)

۲- فعل دنیوی

مقصود از فعل دنیوی در کلام علمای اسلامی به طور مشخص تبیین نشده است، اما به بیان برخی از علماء مراد افعالی هستند که به منظور دفع ضرر یا جلب منفعت و به طور کلی، به عنوان تدبیرات حیات و زندگی فردی و اجتماعی دنیوی از جانب پیامبر(ص) انجام گرفته‌اند، مانند افعال طبّی، زراعی، صنایعی، تدابیر جنگی و... که از ایشان صادر شده‌اند؛ (اشقر، ۲۴۰/۱-۲۳۹؛ سبحانی، مصادر الفقه الإسلامی، ۲۶) البته برخی افعال متعلق به معاملات را نیز داخل در این گروه دانسته‌اند. (شحود، موسوعة البحوث، ۲)

دو نظریه درباره این افعال قابل ارائه است:

نظریه اول- این گونه از افعال پیامبر(ص) تشریحی نبوده و بنابراین قابلیت استناد در فقه را ندارند. البته منظور از غیر تشریحی بودن این افعال اصل و ذات آنها نیست، زیرا اصل این امور با توجه به احادیث قولی و فعلی پیامبر(ص) مباحند و بعضاً محکوم به استحباب یا وجوب می‌باشند، بلکه منظور آن است که حضرت(ص) با عقیده و تجربه خود این افعال را به نحو خاصی انجام دهد، مانند آن که برای مداوای مریضی خود اقدام به عمل حجامت نماید (همو، ۲۴۱/۱) یا آن که افعالی را در ارتباط با معاملات در زمینه‌های بیع و شراء، رهن، اجاره، سلم و... انجام دهند که در قرآن وارد نشده‌اند. (شحود، موسوعة البحوث، ۲)

دیدگاه فوق در اصل مبتنی بر عدم ارتباط این گونه از افعال به شرع و هم‌چنین احتمال خطای پیامبر(ص) در این امور است؛ بسیاری از اصولیان و فقهای اهل سنت قائل به این دیدگاه بوده و این دسته از افعال را خارج از حیطه شرع می‌دانند؛ (قاضی عیاض، ۱۸۵/۲-۱۸۴؛ خلّاف، ۴۲؛ دهلوی، ۲۷۱) که با این وصف این گونه از افعال نیز مانند افعال طبیعی، مباح عقلی قلمداد می‌شوند.

خارج نمودن این گونه از افعال از مجموعه افعال تشریحی پیامبر(ص) دیدگاه مسلم بسیاری از علماء اهل سنت می‌باشد، اما با توجه به تتبع نویسنده، به دیدگاه فقهای امامیه در این زمینه تصریح نشده است؛ به عنوان نمونه «شیخ طوسی» در «عدة الأصول» در بحث افعال پیامبر(ص)، آن دسته از افعال حضرت(ص) که بر حسب مصالح دنیا انجام گرفته را داخل در این باب نمی‌داند (شیخ طوسی، عدة، ۵۷۶/۲) اما در کتاب «المبسوط» در موارد متعددی در باب جهاد، مانند تقسیم غنائم در دار الحرب، تقسیم لشکر به گروه‌های متعدّد، مشخص نمودن فرمانده برای هر گروه و...، به فعل پیامبر(ص) استناد جسته و از آن حکم استحباب را استنباط نموده

است. (همو، المبسوط، ۲/ ۳۵ و ۷۵)

نظریه دوم- این گونه از افعال پیامبر(ص) تشریحی بوده و در نتیجه می‌توان در استنباط فقهی به آن‌ها استناد نمود. اذعان به وحیانی بودن برخی از افعال دنیوی پیامبر(ص) هم‌چون افعال طبّی از طرف برخی از علماء، التزام آنان به این دیدگاه را تأیید می‌نماید؛ (ابن قیّم، ۴/ ۳۵؛ ریشه‌ری، ۱/ ۱۵ و ۳۴) هم‌چنین به نظر می‌رسد که برخی از محدثان امامیه و اهل سنت نیز با استناد به این گونه از افعال پیامبر(ص) در ابواب مختلف و حکم کردن به استحباب در موارد متعدّد، قائل به این نظریه باشند. (حرّ عاملی، ۱۱۴/۱۷-۱۱۲؛ نیسابوری، ۷/ ۲۴)

۳- فعل خاصّ

منظور از فعل خاص فعلی است که از حیطة خصائص نبوی صادر شده باشد و مراد از خصائص نبوی در اصطلاح اموری هستند که مختصّ پیامبر(ص) بوده و کسی از امت با ایشان در آن‌ها مشارکت ندارد.

در يك نگاه كلي، اختصاصات پیامبر(ص) به چهار قسم تقسیم می‌شوند: (نووی، روضة الطالبین، ۵/ ۳۴۴؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۲/ ۵۶۵ به بعد)

الف) واجبات؛ مانند تهجّد؛

ب) محرّمات؛

۱- در نکاح؛ مانند ازدواج با زن کتابی (از دیدگاه برخی)؛

۲- در غیر نکاح؛ مانند نوشتن و شعر گفتن؛

ج) تخفیفات و مباحات؛

۱- در نکاح؛ مانند عقد با لفظ هبه؛

۲- در غیر نکاح؛ مانند روزه وصال؛

د) فضائل؛

۱- در نکاح؛ مانند حرمت ازدواج با زنان حضرت(ص) پس از رحلت؛

۲- در غیر نکاح؛ مانند خاتم النبیین بودن.

اکثر اختصاصات پیامبر(ص) به عنوان فعل از ایشان صادر گردیده‌اند و این افعال بالإتفاق به عنوان افعال غیر تشریحی (با خروج تخصّصی) و غیر قابل تأسی قلمداد می‌شوند که شناخت و احصاء آن‌ها می‌تواند موجبات عدم التباس میان احکام مربوط به امت و احکام مربوط به حضرت(ص) را فراهم آورد. با توجه به دیدگاه جمهور علماء اسلامی در اصل تأسی به افعال

پیامبر(ص) و مشارکت اُمّت در آن‌ها مگر با اقامه دلیل بر خصوصیت، (جیزانی، ۱۲۴) و دیدگاه برخی در اصل عدم اشتراك مگر با اقامه دلیل بر مشارکت (مجاهد، ۲۷۹)، شناسایی افعال خاصّ حضرت(ص) نقش مهمّی در کاربرد این دو اصل از دیدگاه قائلان به هر يك دارد.

۴- فعل بیانی

یکی از مهم‌ترین وظایف پیامبر(ص) تبیین قرآن است و این وظیفه در قرآن کریم در آیه «وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ» تصریح شده است. پر واضح است که وظیفه پیامبر(ص) در موارد بسیاری در قالب قول به وقوع پیوسته است، با این حال اکثر علمای فریقین بر این باورند که علاوه بر قول، فعل حضرت(ص) نیز صلاحیت بیان را دارد و بسیاری از احکام شرعی از طریق این نوع از بیان استنباط شده است که بعضاً تحت عنوان «فعل بیانی» از آن یاد می‌شود و مهم‌ترین صورت از افعال حضرت(ص) به شمار می‌آید. جمهور علماء اسلامی تبیین مجمل از طریق فعل را پذیرفته و برآن صحنه گزارده‌اند و در اثبات نظریه خود به دلالتی مانند صلاحیت فعل برای تبیین کنندگی، اتفاق مسلمانان در طول اعصار در رجوع به افعال نبوی به عنوان تبیین کننده جزئیات احکام و برخی روایات نبوی مانند «صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي» (بیهقی، ۳۴۵/۲؛ ابن ابی الجهور، ۸۵/۳) استناد نموده‌اند. (شیخ طوسی، عدة، ۴۳۳/۲؛ شوکانی، ارشاد الفحول، ۲۵/۲)

براساس نظر اکثر دانشمندان اسلامی، فعل زمانی می‌تواند بیان محسوب شود که قرینه‌ای بر بیان بودن آن دلالت نماید؛ نص و قول پیامبر(ص)، علم به قصد ایشان و فهم عقلی در بیان بودن فعل به دلیل انجام آن در وقت حاجت، از مهم‌ترین طرق شناخت افعال بیانی می‌باشند. (سید مرتضی، ۳۴۱/۱-۳۴۰؛ شیخ طوسی، همان، ۵۸۳/۲؛ غزالی، المستصفی، ۲۷۸)

تبیین از طریق فعل، حداقل در سه مورد بیان مجمل، تخصیص عموم و نسخ جریان دارد که نقش اصلی تبیین کنندگی فعل در رفع اجمال است، از این رو با توجه به دیدگاه جمهور اصولیان فریقین، حکم فعل مبین، همان حکم مجمل است که بر این اساس چنانچه حکم مجمل، وجوب باشد، حکم فعل مبین هم وجوب است و چنانچه حکم آن ندب یا اباحه باشد، حکم فعل مبین هم به همین صور خواهد بود. (سید مرتضی، ۵۸۷/۲-۵۸۶؛ آمدی، ۱۷۴/۱) به عنوان مثال تبیین فعلی پیامبر(ص) در جزئیات نماز، بیان برای آیه «أَقِيمُوا الصَّلَاةَ...» (بقره: ۴۳) به شمار می‌رود.

۵- فعل ابتدایی (مجرد)

منظور از این گونه افعال، مواردی است که جزء افعال پیشین نبوده و قرینه‌ای بر بیان بودن آن‌ها نیز نباشد، بدان وصف که به نحو ابتدائی و تأسیسی از پیامبر(ص) صادر شده باشند، مثل اعتکاف در دهه آخر ماه مبارک رمضان، که در واقع صدور این افعال به شأن حضرت(ص) در ولایت بر انشاء حکم و شأن وضع قانون باز می‌گردد.^۱

افعال مجرد به دو صورت افعال مجرد معلوم الصفة و افعال مجرد مجهول الصفة می‌باشند که هم از جهت برون مذهبی و هم از جهت درون مذهبی در حکم آن‌ها تشبث آراء وجود دارد و به گونه‌ای اختلافی‌ترین مبحث میان علماء فریقین در زمینه افعال نبوی به شمار می‌رود.

- دسته اول: افعال مجرد معلوم الصفة

منظور آن دسته از افعال مجرد است که صفت انجام آن‌ها اعم از وجوب، ندب و اباحه از جانب پیامبر(ص)، بر امت معلوم و مشخص باشد. جمهور علمای امامیه و اهل تسنن در این دسته از افعال قائل به مساوات در تأسی می‌باشند، بدان معنا که اگر فعلی بر صفت وجوب انجام گرفته، متابعت هم باید با صفت وجوب انجام شود. براساس این نظریه، تأسی به افعال مجرد معلوم الصفة با رعایت صفت آن‌ها بر امت لازم است، مگر آن‌که دلیلی بر اختصاص آن‌ها به حضرت(ص) دلالت نماید. (علامه حلی، نه‌ایه، ۵۵۲/۲؛ رازی، ۲۴۷/۳)

قائلان به مساوات با استناد به آیه «لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِمَن كَانَ يَرْجُوا اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا» (احزاب: ۲۱) معتقدند که تأسی به پیامبر(ص) از لوازم رجاء و امید به خداوند متعال در روز قیامت قرار داده شده و در صورت عدم تأسی به ایشان، عدم رجاء لازم می‌آید و این امر، کفر است، بنابراین تأسی به حضرت(ص) واجب است. هم‌چنین براساس آیه «قُلْ إِن كُنتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (آل عمران: ۳۱) نیز برآنند که متابعت و پیروی از پیامبر(ص) موجبات محبت خداوند را فراهم می‌آورد، پس اگر متابعت از ایشان واجب نباشد، محبت مذکور محقق نمی‌شود و عدم جلب رضایت خداوند تعالی به اجماع حرام است، در نتیجه متابعت از پیامبر(ص) واجب است و متابعت از فعلی که ایشان انجام می‌دهد بدان گونه است که همانند فعل ایشان، با توجه به وجه و صفت آن انجام شود.

۱. شأن وضع قانون یا ولایت بر تشریح بدان معنا است که با وجود حق اصیل خداوند بر تشریح، این حق به تبع و به اذن الهی به پیامبر(ص) نیز به نحو محدود واگذار شده و در واقع حضرت(ص) در طول تشریحات خداوند، می‌تواند تا حدودی به وضع حکم پردازد و این امر منافعی با اصالت شارع بودن خداوند نیست زیرا خداوند خود این حق را به پیامبر(ص) واگذار نموده و تشریحات ایشان را امضاء نموده است. (حق پرست، ۲۷-۲۶)

اما گذشته از قول به مساوات، برخی از علماء اهل سنت قائل به تفصیل شده و تأسی به این دسته از افعال نبوی را فقط در بخش عبادات لازم می‌دانند، در حالی که برخی قائل به عدم تأسی شده و برخی هم قائل به توقف گردیده‌اند. (فخررازی، ۲۴۸/۳؛ جصاص، ۲۱۵/۳)

- دسته دوم: افعال مجرد مجهول الصفة

منظور آن دسته از افعال مجرد است که صفت انجام آن‌ها از جانب پیامبر(ص)، بر آمت مجهول و نامشخص است. علمای فریقین در حکم این دسته از افعال، مختلف القول بوده و آن‌ها را بنا بر نظرات مختلف محکوم به وجوب، ندب، اباحه و یا حرمت دانسته‌اند، در حالی که برخی هم قائل به تفصیل و برخی نیز توقف نموده‌اند. در ذیل اقوال علمای فریقین به تفکیک در مذهب امامیه و مذاهب چهارگانه اهل سنت، به طور مختصر بیان می‌شود:

- دیدگاه مذهب امامیه:

در مذهب امامیه قول واحدی درباره حکم افعال مجرد مجهول الصفة وجود ندارد، اما با تتبع میان اقوال بسیاری از علماء این مذهب می‌توان دریافت که اقوال سه‌گانه وجوب، استحباب و اباحه به نحو تفصیل در موارد احراز قصد قربت و عدم احراز آن، مورد توجه قرار گرفته‌اند. شاخص‌ترین دیدگاه امامیه آن است که افعال مجرد مجهول الصفة با احراز قصد قربت پیامبر(ص) دلالت بر قدر مشترک میان وجوب و ندب (مطلق رجحان) نموده و افعال مجرد مجهول الصفة با عدم احراز قصد قربت حضرت(ص)، دال بر قدر مشترک میان وجوب، ندب و اباحه (رفع جرح از فعل) می‌باشند. (علامه حلی، نه‌ایه، ۵۳۵/۲؛ حکیم، اصول العامة، ۲۲۶-۲۲۵)

با این حال برخی از علمای امامی از جمله «صاحب فصول» و «میرزای قمی» قائل به استحباب این افعال شده‌اند (حائری، ۳۱۳؛ میرزای قمی، ۴۰۹) و برخی نیز مانند «سید مرتضی» و «محقق حلی» قائل به وقف گردیده‌اند. (علامه حلی، همان، ۵۳۴/۲؛ محقق حلی، معارج، ۱۱۸)

- دیدگاه مذاهب اربعه اهل تسنن:

الف- مذهب حنفی؛ در مذهب حنفی، قول به اباحه از جانب جمعی از علماء این مذهب از جمله «دبوسی»، «بزدوی» و «کرخی» وجیه به نظر می‌رسد. (سرخسی، ۸۷/۲؛ شیخ طوسی، عدة، ۲؛ پاورقی، ۵۷۵؛ حکیم، اصول العامة، ۲۲۵)

ب- مذهب مالکی؛ در مذهب مالکی، «مالک بن انس» قائل به اباحه بوده و در قولی دیگر

به نقل «قرافی»، در احراز قصد قربت پیامبر(ص)، قائل به وجوب بوده است. (فخررازی، المحصول، ۲۳۰/۳؛ زلمی، ۲۷۸).

ج- مذهب شافعی؛ در مذهب شافعی «محمد بن ادريس شافعی» در موارد احراز قصد قربت حضرت(ص)، قائل به ندب بوده است. (شوکانی، ارشاد الفحول، ۱۰۷/۱) از علمای بنام شافعی، «فخررازی» در افعال مجرد با ظهور قصد قربت، قائل به توقف بوده و «غزالی» این گونه از افعال را دالّ بر هیچ حکمی ندانسته است؛ وی برخی را در این زمینه قائل به حظر (تحریم) دانسته اما نامی از آنان نبرده است. (فخررازی، ۲۳۰/۳؛ غزالی، المستصفی، ۲۷۵)

د- مذهب حنبلی؛ در مذهب حنبلی هم براساس نظر قوی تر، «احمد بن حنبل» قائل به وقف بوده است (زلمی، ۲۷۸) و به نقل «آمدی»، حنابله در موارد ظهور قصد قربت قائل به وجوب می‌باشند. (آمدی، ۱۷۴/۱)

- ادله اقوال علماء مذاهب اسلامی:

قائلان به هر یک از دیدگاه‌های مذکور در مذاهب خمسسه، به ادله بسیاری استناد نموده‌اند که در ذیل به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود:

- قول به وجوب:

قائلان به وجوب با استناد به آیه «فَأْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ النَّبِيِّ الْأُمِّيِّ الَّذِي يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَكَلِمَاتِهِ وَاتَّبِعُوهُ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ» (اعراف: ۱۵۸) معتقدند که امر به متابعت و پیروی در آیه به معنای امتثال قول و انجام و اتیان به مثل فعل پیامبر(ص) است و امر، ظهور در وجوب دارد.

اما مخالفان با وجوب این استدلال را نپذیرفته و برآنند که شرط اتباع از حضرت(ص) آن است که عمل مورد نظر به همان وجهی که واقع شده انجام گیرد و زمانی که وجه فعل معلوم نباشد، نمی‌توان آن را به نحو وجوب واقع ساخت.

هم‌چنین براساس آیه «لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِمَن كَانَ يَرْجُوا اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا» (احزاب: ۲۱) نیز قائلان به وجوب چنین استدلال نموده‌اند که کسی که به خداوند متعال و روز قیامت امید دارد، پیامبر(ص) برای او اسوه است و این بدان معناست که اگر کسی حضرت(ص) را الگوی خود قرار ندهد به خداوند و روز قیامت امید ندارد؛ بنابراین آیه در مقام تهدید بر ترک اسوه و الگو قرار دادن پیامبر(ص) است و این امر دلیل بر وجوب متابعت از ایشان است.

اما این استدلال هم مورد مناقشه قرار گرفته با این وصف که اولاً وجود عبارت «لَكُمْ» در

آیه، مانع از حمل آن بر وجوب است و عبارت «عَلَيْكُمْ» مناسب با این معناست و ثانیاً تأسی به معنای انجام دادن فعل دیگری، با رعایت صورت و وجه آن است، بنابراین چنانچه پیامبر(ص) فعلی را به قصد استحباب انجام دهد، نمی‌توان آن را بر سبیل وجوب مورد تأسی قرار داد و قول به وجوب آن بر امت، مخالف با تأسی خواهد بود. (سید مرتضی، ۵۸۳/۲-۵۸۲؛ شیخ طوسی، عدة، ۵۸۰/۲-۵۷۹؛ جصاص، ۲۱۷/۳ و ۲۲۰)

- قول به استحباب:

قائلان به استحباب و ندب نیز آیه «لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِمَن كَانَ يَرْجُوا اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا» (احزاب: ۲۱) را برای اثبات دیدگاه خود مورد استفاده قرار داده‌اند، با این بیان که در این آیه، تأسی به پیامبر(ص) امری نیک محسوب شده و پائین‌ترین درجه آن استحباب است؛ هم‌چنین عبارت «لَكُمْ» در آیه نافی وجوب است و وجود کلمه «أُسْوَةٌ» حاکی از رجحان جانب فعل بر ترک می‌باشد، پس اباحه نیز نفی می‌شود و استحباب متعین می‌گردد.

استدلال این دسته نیز به آیه مذکور، مورد نقد قرار گرفته است، با این وصف که تأسی در صورتی حاصل می‌شود که فعل با وجهی که واقع شده انجام گردد و این امر جز با علم به وجه و صفت فعل ممکن نیست، بنابراین چنانچه پیامبر(ص) فعل را بر حسب وجوب یا اباحه انجام دهد، با انجام آن به نحو استحباب، تأسی محقق نمی‌شود. (علامه حلی، نهیة، ۵۳۸/۲؛ آمدی، ۱۷۸/۱)

- قول به اباحه:

طرفداران اباحه با توجه به اشتراک هر سه حکم وجوب، ندب و اباحه در رفع جرح از فعل، براساس اصل عدم وجوب و عدم ندب، حکم به اباحه را متیقن دانسته‌اند که البته این استدلال با این بیان مورد نقد قرار گرفته که در صورت احراز قصد قربت پیامبر(ص)، حکم به اباحه منتفی است؛ ضمن آن‌که اکثر افعال حضرت(ص) واجب یا مستحب است، لذا حمل بر اباحه مرجوح است. (شوکانی، ارشاد الفحول، ۱۰۹/۱)

- قول به حرمت:

قائلان به حرمت در استدلال خود در حکم افعال مجهول‌الصفه، به یکی از دو دلیل ذیل تمسک نموده‌اند:

۱- این‌که در این‌گونه از افعال حکمی داده نمی‌شود که در نتیجه آن، براساس اصالة الحظر

(اصل حرمت اشیاء قبل از شرع) و ابقاء بر حکم قبل، حکم به حرمت آنها می‌شود. (غزالی، المستصفی، ۲۷۵)

۲- این‌که به علت جواز معاصی صغیره بر پیامبر(ص)، این افعال محکوم به حرمت می‌باشند. (آمدی، ۱۷۴/۱) این دلیل ناشی از اعتقاد به جواز ارتکاب صغیره از جانب حضرت(ص) است که برخی از علماء اهل تسنن بدان معتقدند. (جرجانی، شرح المواقف، ۸: ۲۶۵)

- قول به وقف:

قائلان به وقف به طور کلی به احتمال ورود اختصاصات نبوی به حیطه افعال مجرد استدلال نموده و قول به وقف را لزوماً وجیه دانسته‌اند، اما مخالفان این قول، با توجه به اصل اقتدا و تأسی به پیامبر(ص) و اصل عدم اختصاص، این دیدگاه را مردود شمرده‌اند. (شوکانی، ارشاد الفحول، ۱۱۱/۱؛ بخاری، ۳۰۰/۳ و ۳۰۲)

- قول به تفصیل:

طرفداران تفصیل در تبیین نظر خود معتقدند که از یک طرف در موارد وجود قصد قربت، فعل از اباحه به ندب و وجوب منتقل می‌شود و از آنجا که اصل بر عدم وجوب و برائت ذمه است، ندب متیقن خواهد بود و از طرف دیگر، در موارد عدم ظهور قصد قربت، اباحه متیقن بوده و به همان حکم می‌شود. (شوکانی، ارشاد الفحول، ۱۰۹/۱؛ مجاهد، ۲۷۹)

به نظر می‌رسد که قول اخیر نسبت به سایر اقوال صحیح‌تر است، زیرا به دلیل مجهول الصفه بودن افعال مورد بحث، در موارد ظهور قصد قربت، به حداقل که همان ندب است، می‌توان حکم نمود و در موارد عدم ظهور قصد قربت، باز هم به حداقل که همان اباحه است حکم می‌شود؛ از طرف دیگر، از آنجا که دلیل فعل، لسان ندارد و دلیل لَبّی و غیر لفظی محسوب می‌شود، در آن به قدر متیقن اکتفا می‌شود که در این‌جا در صورت احراز قصد قربت، قدر متیقن ندب است و در صورت عدم احراز آن، قدر متیقن اباحه می‌باشد.

نتیجه‌گیری

در مجموع از بحث‌های پژوهش حاضر، چنین می‌توان نتیجه گرفت:

۱- از دیدگاه نویسنده با توجه به علم و حیانی و عصمت پیامبر(ص) و حجیت سنت نبوی، از تمامی افعال حضرت(ص) می‌توان حداقل جواز و اباحه شرعی استنباط نمود، زیرا

همه افعال ایشان شرعی بوده و به اذن الهی صورت گرفته است و از این رو قول به حصر سنت فعلی در برخی از افعال و قول به عمل پیامبر(ص) بر طبق اجتهاد شخصی، مردود است، بنابراین از همه رفتارهای حضرت(ص) حکم شرعی استنباط می‌شود که ثمره آن وسیع شدن گستره شریعت و شمول آن در همه افعال مکلفان است.

۲- از دیدگاه برخی علماء، با قائل شدن به شأن غیر تشریحی برای پیامبر اکرم(ص) بر اساس شأن شخصی و جواز اجتهاد ایشان، دو قسم از افعال حضرت(ص) یعنی افعال طبیعی و دنیوی، از دایره شرع خارج می‌شوند که بازخورد آن وجود منطقه فراغ قانونی و به تبع آن مختار بودن مکلفان در نحوه انجام این گونه از افعال است.

۳- بسیاری از جزئیات مربوط به ابواب طهارت، نماز، حج و ... در فقه اسلامی از افعال پیامبر(ص) اخذ شده و قریب به اتفاق علماء فریقین در قابلیت بیان از طریق فعل و همچنین حیاتی بودن افعال بیانی حضرت(ص) متفق القول می‌باشند.

۴- بر اساس دیدگاه‌های مختلف در تأسیس اصل، اگر اصل بر اشتراك و عدم اختصاص فعل به حضرت(ص) باشد، در افعال مجرد خصوصاً در قسم مجهول الصفه، بدون اقامه دلیل، حکم به تأسی امت می‌شود، اما چنانچه اصل بر اختصاص و عدم اشتراك باشد، تنها با اقامه دلیل می‌توان حکم به تأسی از این گونه افعال پیامبر(ص) نمود.

۵- با توجه به دیدگاه جمهور علمای اسلامی در اصل تأسی به پیامبر(ص)، در افعال مجرد معلوم الصفه حکم به تأسی به نحو مساوات شده است، اما در حکم افعال مجرد مجهول الصفه به دلیل معین نبودن وجه و صفت فعل حضرت(ص)، دیدگاه‌های متعددی ارائه شده که مهم‌ترین علل آن اختلاف در اصل تأسی به افعال حضرت(ص) و احتمال ورود اختصاصات نبوی به این حیطة و ... می‌باشد.

منابع

قرآن کریم

آل تیمیة، أحمد بن عبدالحلیم، *المسودة فی أصول الفقه*، تحقیق محمد محیی الدین عبدالحمید، قاهره، نشر المدنی، بی تا.

آمدی، علی بن محمد، *الإحکام فی اصول الأحکام*، بیروت، المکتب الإسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۲ق.
ابن ابی الجمهور أحسانی، محمد بن علی، *عوالی اللئالی*، تحقیق آقا مجتبی عراقی، قم، مکتبه سید الشهداء، چاپ اول، ۱۴۰۴ق.

- ابن قیّم جوزیه، محمد بن ابی بکر، *زاد المعاد فی هدی خیر العباد*، بیروت، مؤسسه الرسالة، ۱۴۱۵ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ق.
- سنوی، جمال الدین، *نهاية السؤل شرح منهاج الوصول*، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۲۰ق.
- اشقر، محمد سلیمان، *افعال الرسول (صلی الله علیه و سلم) و دلالتها علی الأحکام الشرعیة*، عمان، دار النفائس، ۱۴۳۰ق.
- باکستانی، زکریا بن غلام، *من أصول الفقه علی منهج أهل الحدیث*، بی جا، دار الخراز، چاپ اول، ۱۴۲۳ق.
- بروجردی، حسین، *جامع احادیث الشیعة*، قم، بی نا، ۱۳۹۹ق.
- بیضاوی، عبدالله بن عمر، *انوار التنزیل و اسرار التأویل*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- بیهقی، احمد بن حسین، *سنن الکبری*، بی جا، دار الفکر، بی تا.
- جرجانی، علی بن محمد، *شرح المواقف*، مطبعة السعادة، مصر، چاپ اول، ۱۳۲۵ق.
- جصاص، احمد بن علی، *الفصول فی الأصول*، تحقیق عجیل جاسم نشمی، بی جا، بی نا، چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
- جیزانی، محمد بن حسین، *معالم اصول الفقه عند اهل السنة و الجماعة*، بی جا، دار ابن الجوزی، ۱۴۲۷ق.
- حاج، ابن امیر، *التقریر و التخبیر فی علم الأصول*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۸ق.
- حائری، محمد حسین، *الفصول الغرویة فی أصول الفقهیة*، قم، دار احیاء العلوم الإسلامیة، ۱۴۰۴ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت(ع) لإحیاء التراث، چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
- حق پرست، شعبان، «تشریح نبوی در قرآن و سنت»، *فصلنامه مصباح*، شماره ۶۸، ۱۳۸۶، صص ۳۶-۷.
- حکیم، محمد تقی، *السنة فی الشریعة الإسلامیة*، تهران، نشر مؤسسه البعثة، ۱۴۰۲ق.
- _____، *الاصول العامة للفقه المقارن*، بی جا، مرکز چاپ و نشر مجمع جهانی اهل البيت(ع)، چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
- خلّاف، عبدالوهاب، *علم اصول الفقه*، بی جا، مؤسسه نوابغ الفکر، بی تا.
- ذهبی، شمس الدین، *تذکرة الحفاظ*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- رازی، فخر الدین، *المحصل فی علم اصول الفقه*، تحقیق طه جابر فیاض علوانی، بیروت، مؤسسه الرسالة، چاپ دوم، ۱۴۱۲ق.
- رشاد، علی اکبر، «سنت پژوهی»، *فصلنامه فقه و حقوق*، سال اول، شماره ۳، ۱۳۸۳ش، صص ۴۲-۷.

- ریشه‌ری، محمد، *موسوعة الأحادیث الطيبة*، قم، دار الحديث، چاپ اول، ۱۴۲۵ق.
- زرکشی، بدرالدین، *البحر المحيط في أصول الفقه*، تحقیق محمد محمد تامر، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۲۱ق.
- زلمی، مصطفی، *خاصگاهای اختلاف در فقه مذاهب*، ترجمه حسین صابری، مشهد، آستان قدس رضوی (بنیاد پژوهش های اسلامی)، ۱۳۷۵.
- زمخشری، محمود، *کشاف عن حقائق غوامض التنزیل*، تحقیق محمد عبدالرحمن مرعشلی، بیروت، دار الکتب العربی، چاپ سوم، ۱۴۰۷ق.
- دهلوی، ولی الله، *حجة الله البالغة*، تحقیق سید سابق، قاهره، دار الکتب الحدیثیة، بی تا.
- سبحانی، جعفر، *تهذیب الأصول*، تقریرات بحث امام خمینی، قم، دار الفکر، ۱۳۶۷.
- _____، *مصادر الفقه الإسلامی و منابعه*، بیروت، دار الأضواء، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- سرخسی، ابوبکر، *اصول السرخسی*، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۴ق.
- سید مرتضی علم الهدی، *الذریعة إلى أصول الشریعة*، تصحیح ابوالقاسم گرجی، تهران، نشر دانشگاه تهران، ۱۳۴۸.
- شحود، علی بن نایف، «السنة»، *مفاهیم اسلامیة*، بی جا، بی نا، بی تا.
- _____، «السنة وحی من رب العالمین فی امور الدنیا و الدین»، *موسوعة البحوث و المقالات الإسلامیة*، بی جا، بی نا، ۱۴۲۷ق.
- شوکانی، محمد بن علی، *ارشاد الفحول*، تحقیق أحمد عزو عنایة، بی جا، دار الکتب العربی، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- _____، *فتح القدير الجامع بین فنی الروایة و الدرایة من علم التفسیر*، بی جا، عالم الکتب، بی تا.
- _____، *نیل الأوطار فی احادیث سید الأخبار*، بیروت، دار الجیل، ۱۹۷۳م.
- شهید اول، محمد بن مکّی العاملی، *القواعد و الفوائد*، تصحیح سید عبد الهادی حکیم، قم، کتاب فروشی مفید، چاپ اول (افست)، بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی، *تمهید القواعد الأصولیة و العربیة*، تحقیق عباس تبریزیان و دیگران، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- شیبانی، احمد بن حنبل، *المسند*، بیروت، دار صادر، بی تا.
- صابری همدانی، احمد، *الهدایة إلى من له الولاية*، تقریرات بحث آیه الله محمد رضا گلپایگانی، قم، دار القرآن الکریم، ۱۳۸۳ق.

طباطبایی، محمد حسین، *سنت النبى(ص)*، تحقیق محمد هادی فقهی، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.

_____، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، دفتر انتشارات مدرسین حوزه علمیه، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ق.

طوسی، محمد بن حسن، *عدة الأصول*، قم، بی نا، ۱۴۱۸ق.

_____، *المبسوط فی الفقه الإمامیة*، تصحیح محمد تقی کشفی، تهران، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، بی تا.

علامة حلّی، حسن بن یوسف، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۲ق.

_____، *تذکرة الفقهاء(ط.ج)*، قم، مؤسسه آل البيت لإحياء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.

_____، *نهاية الوصول إلى علم الأصول*، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه الإمام الصادق(ع)، چاپ اول، ۱۴۲۶ق.

غزالی، محمد، *المستصفی فی علم الأصول*، تحقیق محمد عبد السلام عبد الشافی، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۷ق.

قشیری نيسابوری، مسلم بن حجاج، *الجامع الصحیح*، بیروت، دار الفکر، بی تا.

قمی، ابوالقاسم، *قوانین الأصول*، بی جا، بی نا، بی تا.

مجاهد، محمد، *مفاتيح الأصول*، بی جا، مؤسسه آل البيت، بی تا.

محقق حلّی، نجم الدین، *معارج الأصول*، تحقیق محمد حسین رضوی، قم، مؤسسه آل البيت(ع) للطباعة و النشر، چاپ اول، ۱۴۰۳ق.

مرتضوی لنگرودی، محمد حسن، *جواهر الأصولیة*، تقریرات بحث امام خمینی، بی جا، انتشارات حقوق اسلامی، چاپ پنجم، بی تا.

مشکینی، علی، *اصطلاحات الأصول*، قم، نشر الهادی، چاپ پنجم، ۱۴۱۳ق.

مکارم شیرازی، ناصر، *الأمثل فی تفسیر کتاب الله المنزل*، مدرسه امام علی بن ابیطالب(ع)، قم، چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

نووی، محیی الدین، *روضه الطالبین*، تحقیق عادل احمد عبد الموجود و علی محمد معوض، بیروت، دار الکتب العربیة، بی تا.

_____، *المجموع شرح المهذب*، بی جا، دار الفکر، بی تا.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۷
تابستان ۱۳۹۳، ص ۹۷-۱۲۰

مصونیت خانوادگی در جرایم علیه اموال و مالکیت*

دکتر علی مراد حیدری

استادیار دانشگاه حضرت معصومه (س)

Email: heydarilaw@gmail.com

چکیده

روابط مالی و اقتصادی، واقعیت انکارناپذیر و عاملی تأثیرگذار در روابط خانوادگی است و تعامل متقابلی بین این دو وجود دارد. وجود این رابطه باعث شده که در فقه جزایی و قوانین موضوعه، روابط خانوادگی، در سرنوشت کیفری تعرضات نسبت به اموال مؤثر شناخته شود. در فقه اسلامی، مصونیت خانوادگی تنها در قالب «سقوط حد» در جرم «سرقه» و در محدوده رابطه «پدر - فرزندی» مورد توجه قرار گرفته است. با وجود این، چند مطلب باید مورد بررسی قرار گیرد:

۱. تعیین «دامنه روابط خانوادگی» مؤثر در جرایم علیه اموال و مالکیت؛

۲. تبیین «قلمرو جرایم علیه اموال و مالکیت» متأثر از روابط خانوادگی؛

۳. تشریح «نوع تأثیرگذاری» روابط خانوادگی در جرایم علیه اموال و مالکیت.

در این نوشتار ضمن مبنا قرار دادن تأثیر رابطه خانوادگی در جرم سرقه حدی که بطور مفصل در فقه مطرح شده - و با نگاهی تطبیقی به فقه اهل سنت -، مسائل سه‌گانه فوق مورد بررسی قرار گرفته، و این سوال اساسی مطرح شده که آیا رویکرد قانونی و قضایی موجود در این زمینه، رویکردی مطلوب و صحیح است یا خیر؟

فرضیه مقاله، امکان توسعه کمی و کیفی مصونیت خانوادگی در جرایم علیه اموال و مالکیت، و دستاورد آن، اثبات عدم محدودیت دامنه روابط خانوادگی مؤثر در جرایم علیه اموال به پدر، جد پدری یا مادر و نیز محدود نبودن دامنه جرایم متأثر از روابط خانوادگی به جرم سرقه است؛ پیشنهاد نگارنده، شناسایی مصونیت خانوادگی به عنوان یکی از «معاذیر قانونی عدم مجازات» در قالب احیاء محتوای ماده ۲۲۷ مکرر قانون مجازات عمومی، و نیز تجدید حیات بند ۵ تبصره ۲ ماده ۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰ شمسی است، و صدور قرار موقوفی تعقیب - در صورت وجود رابطه خانوادگی بین بزه‌کار و بزه‌دیده -، راه‌کار ارائه شده برای تحقق این پیشنهاد است.

کلیدواژه‌ها: خویشاوندی، خانواده، مصونیت، اموال و مالکیت

*. تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۱۰/۱۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۳/۰۷.
این مقاله برگرفته از طرح پژوهشی "تبیین جرایم مالی در قلمرو حقوق خانواده" است که با حمایت مالی دانشگاه حضرت معصومه (س) انجام گرفته است..

مقدمه

مصونیت در لغت به معنای مصون ماندن و محفوظ بودن است. (معین، ۴۱۸۱/۳) و در اصل از ریشه صَانَ یَصُونُ به معنای محافظت کردن از چیزی و دور نگاه داشتن آن از موجبات فساد است و گفته می شود انسان از آبرویش محافظت می کند همان گونه که از لباسش محافظت می کند.^۱ و در اصطلاح حقوقی به رهایی یا مستثنا شدن از تعقیب حقوقی گفته می شود. (مارتین، ۲۲۳). به بیان دیگر، مصونیت وضع مخصوصی است که دارنده آن از تعرض مخصوص معاف و محفوظ است. (جعفری لنگرودی، ۶۵۷) و مصونیت قضایی، به مصونیت و معافیت پاره‌ای از اشخاص یا اموال یا حالات از قواعد کلی و عمومی و جاری کشور در امور قضایی یا انتظامی یا مالیاتی گفته می شود. (همانجا)

در این نوشته، مصونیت خانوادگی به معنای هر گونه ارفاقی که خویشاوندان در صورت ارتکاب جرم علیه یکدیگر از آن برخوردار می شوند اعم از عدم تعقیب، تخفیف و یا سقوط مجازات بصورت مطلق یا با شرایط خاص مثل گذشت بزه دیده اطلاق شده است.

اصل مصونیت خانوادگی در معنای مورد نظر، هم در فقه اسلامی و هم در قوانین موضوعه به رسمیت شناخته شده است اما ابهامات متعددی از حیث نوع روابط خانوادگی، نوع جرایم و نوع تأثیر روابط خانوادگی در جرایم علیه اموال وجود دارد. جهت بررسی ابعاد مختلف این مسأله، تأثیر رابطه خانوادگی در جرم سرقت که از حیث فقهی فرد اجزای جرایم علیه اموال و مالکیت است محور بحث قرار گرفته و مباحث مورد نظر بر همین محور و در سه گفتار مطرح می شود.

گفتار اول: دامنه روابط خانوادگی مؤثر در جرایم علیه اموال و مالکیت

از جمله حدودی که در کتب فقهی مطرح شده حد سرقت است که در صورت تحقق شرایط آن سارق با کیفر قطع انگشتان دست مورد عقاب قرار می گیرد. فقهای امامیه به استناد روایات خاص، یکی از شرایط تحقق سرقت حدی را انتفای ابوت ذکر کرده اند. اما در مورد خویشاوندان دیگر هم چون مادر و سایر اقارب اتفاق نظر وجود ندارد. بحث در سرقت بین اقارب تحت عناوین سرقت پدر از مال فرزند، سرقت جد پدری از مال فرزند زاده، سرقت مادر

^۱ الصُّونُ: أَنْ تَقَى شَيْئاً مِمَّا يُفْسِدُهُ وَالْحَرُّ يَصُونُ عِرْضَهُ كَمَا يَصُونُ ثَوْبَهُ (ابن منظور، ۲۵۰/۱۳)؛ صُنْتُ الشَّيْءَ صَوْنًا وَ صِيَانًا وَ صِيَانَةً فَهُوَ مَصُونٌ (جوهری، ۲۱۵۴/۶)

از مال فرزند و سرقت سایر اقارب به ترتیب مورد بررسی قرار می‌گیرد.

بند نخست: سرقت پدر از مال فرزند

در مورد حکم سرقت پدر از مال فرزند، مشهور فقهای امامیه از جمله شیخ مفید (۸۰۳)، سلار (۲۵۸)، ابن سعید حلی (۵۵۹)، ابن ادریس حلی (۴۸۳/۳)، شیخ طوسی (۷۱۶)، علامه حلی (۲۳۳/۹)، محقق حلی (۱۶۰/۴)، و قاضی ابن براج (۵۴۴/۲)، و بسیاری دیگر از فقها بر این عقیده‌اند که حتی با وجود سایر شرایط نیز، اگر بین سارق و مال باخته رابطه پدر - فرزندی باشد حد قطع اجرا نمی‌شود.

فقهای امامیه در توجیه این حکم به دلایل زیر استناد می‌کنند:

۱. استناد به روایت نبوی «أنت و مالک لأبیک»؛ محمد بن الحسن در روایت صحیح‌ه‌ای با اسناد خود از حسن بن محبوب او هم از علاء بن رزین و او از محمد بن مسلم از امام باقر (ع) نقل می‌کند که پیامبر (ص) به مردی فرمودند: تو و اموالت از آن پدرت هستی (عاملی، ۱۹۵/۱۲)، بنابراین هنگامی که مال فرزند متعلق به پدر باشد، دیگر قطع دست او به خاطر سرقت از مال فرزندش معنا ندارد.

هم‌چنین در کتاب علل الشرایع در مورد فلسفه تحلیل مال فرزند برای پدر این‌گونه استدلال شده که طبق آیه شریفه «یهب لمن یشاء إنثاً ویهب لمن یشاء الذکور»، فرزند، هبه خداوند به پدر است که به هر که بخواهد پسر و به هر که بخواهد دختر عطا می‌کند ضمن این‌که پدر مکلف به دادن نفقه فرزند است چه صغیر باشد و چه کبیر و این‌که طبق آیه شریفه «ادعوهم لأبائهم هو أفسط عندالله»، فرزند منسوب به پدر است و به نام او خوانده می‌شود و نیز به خاطر فرمایش پیامبر (ص) که فرمود: «أنت و مالک لأبیک» (قمی، ۱۲۴/۲)

۲. عموم و فحوای بعضی ادله؛ از جمله ادله‌ای که به فحوای آن در عدم قطع دست پدر به خاطر سرقت از مال فرزند استناد شده، روایت صحیح‌ه‌ای است که مرحوم کلینی از علی بن ابراهیم و او از پدرش از ابن محبوب از علاء بن رزین از محمد بن مسلم نقل کرده که از امام باقر (ع) در مورد مردی که پسرش را قذف کرده بود سؤال کردم، امام فرمود: «اگر پسرش را می‌کشت قصاص نمی‌شد و اگر او را قذف کند به خاطر او حد قذف نمی‌خورد.» (عاملی، ۴۷/۱۸) هرچند در این روایت به عدم قطع دست پدر تصریح نشده لکن فقها از ذیل آن، به اولویت، عموم حکم برای سرقت را استنباط کرده‌اند. (خویی، ۲۵۱/۱)^۱

^۱. «یستفاد منها عموم الحکم للسرقة أیضاً»

در این روایت، کیفیت شاهد آوردن امام و استناد به عدم ثبوت حد قذف برای فرزند به عدم ثبوت قصاص در حق وی، بر عمومیت حکم انتفاء عقوبت پدر به خاطر جنایت بر فرزند دلالت دارد. علاوه بر دلالت سیاق روایت بر عمومیت یاد شده، فقها از دو جهت بر اولویت روایت مبنی بر انتفاء عقوبت قطع استدلال کرده‌اند. نخست این‌که اگر در فرضی که پدر به خاطر قتل فرزند که اهمیت بیشتری دارد قصاص نمی‌شود، به طریق اولی، قطع دست او به خاطر سرقت از مال فرزند که اهمیت کمتری نسبت به جان او دارد، جایز نخواهد بود. محقق اردبیلی در این باره می‌نویسد: اگر پدر فرزندش را بکشد بخاطر کشتن او قصاص نمی‌شود و اگر دست فرزندش را قطع کند دست او به عنوان قصاص قطع نمی‌شود، حال چگونه دست او به خاطر مال فرزند قطع می‌شود؟ (اردبیلی، ۲۲۶/۱۳)^۱ دوم این‌که استناد و شاهد آوردن امام بر عدم ثبوت قذف برای فرزند به عدم ثبوت قصاص در حق وی، به جهت اولی‌یتی که قطع نسبت به جلد دارد، بر عدم ثبوت قطع در مورد پدر نیز دلالت دارد. (لنکرانی، ۴۹۸)

با این حال، استفاده عموم از صحیح‌ه محمد بن مسلم نیز از سوی بعضی از فقها مورد خدشه قرار گرفته که این اشکال نیز در جای خود مورد نقد و ارزیابی قرار می‌گیرد.

۳. اجماع فقها: عمده‌ترین دلیلی که برای عدم قطع دست پدر به خاطر سرقت از مال فرزند ذکر می‌شود اتفاق نظر و اجماع فقها در این زمینه است. صاحب جواهر پس از نفی وجدان خلاف در این زمینه، ادعای وجود هر دو قسم اجماع را در این مسأله مطرح کرده است. (نجفی، ۴۸۷/۴۱)

مرحوم سبزواری نیز به عنوان یکی از ادله عدم قطع به اجماع فقها استدلال کرده است (سبزواری، ۶۶/۲۸)^۲

در مقام نقد و ارزیابی ادله قائلان به عدم قطع دست پدر به خاطر سرقت از مال فرزند می‌توان گفت هر چند مشهور فقها به روایت نبوی «أنت و مالک لأبیک» استناد کرده‌اند، لکن استنباط حکم عدم قطع دست پدر به خاطر سرقت از مال فرزند از این روایت مشکل است و نمی‌توان به ظاهر این روایت عمل نمود چون التزام به ظاهر آن به معنای قبول مملوکیت انسان آزاد است که به هیچ‌وجه قابل قبول نیست. امری که پذیرش آن به معنای جواز فروش فرزند از سوی پدر نیز خواهد بود. گذشته از این، حتی نمی‌توان گفت که پدر مالک واقعی "مال"

^۱. «لأنه لو قتل لا یقتل به فلا یقطع یده بیده فکیف یقطع یده بماله ۱۹»

^۲. «لا اجماع، و فحوی عدم قتل الوالد بقتل ولده، و قول نبینا الأعظم صلی الله علیه و آله: "أنت و مالک لأبیک»

فرزند است چون قطعاً مال فرزند، ملک پدر نیست و حق تصرف مطلق در مال فرزند را ندارد و از دید عرف نیز پدر مالک مال فرزند محسوب نمی‌شود و روایاتی نیز دال بر این معنا وجود دارد از جمله روایتی از پیامبر اکرم (ص) که فرمودند: هر کسی در مورد مال خود نسبت به پدر و فرزند و هر کس دیگری اولویت دارد (سیوطی، ۴۸۱/۷)^۱

مؤید این مطلب روایت صحیحه محمد بن یحیی است که در آن از امام صادق (ع) سؤال شده است که چه چیزی از مال فرزند برای پدر حلال است؟ ایشان فرمودند: غذای او هنگامی که به آن محتاج باشد بدون این که در آن اسراف کند. راوی سؤال می‌کند پس فرمایش پیامبر (ص) چه می‌شود که به مردی که با پدرش نزد پیامبر (ص) آمده بود، فرمود: تو و مالت از آن پدرت هستی؟ امام (ع) فرمود: همانا آن مرد پدرش را نزد پیامبر (ص) آورد و گفت یا رسول الله این پدر من است و در مورد میراث من از مادرم به من ظلم کرده و پدر به پیامبر (ص) خبر داد که آن میراث را صرف نفقه خود و پسرش کرده و پیامبر (ص) فرمود: تو و مالت از آن پدرت هستی و این در حالی بود که نزد پدر چیزی موجود نبود. آیا پیامبر (ص) پدر را به خاطر پسر به زندان می‌انداخت؟ (عاملی، ۱۶۷/۱۲)

طبق این روایت، پدر فقط جهت غذای خود حق دارد از مال فرزند بردارد و اگر پیامبر به فرزند فرمود: «تو و اموالت از آن پدرت هستی» به خاطر وضعیت خاص پدر بوده و نمی‌توان از آن، حکم کلی به مالکیت پدر بر اموال فرزند استخراج کرد.

بنابراین در روایت اُنت و مالک لأبیک، مال فرزند تنزیلاً و ادعائاً در حکم مال پدر دانسته شده است و نه حقیقتاً لذا نمی‌توان کلیه آثار مترتب بر مالکیت حقیقی را بر مالکیت حکمی و تنزیلی مترتب نمود. این معنا در کلام فقها نیز مورد اشاره قرار گرفته و گاهی دلیل عدم قطع دست پدر این گونه بیان شده که مال فرزند در حکم مال پدر است (طوسی، ۴۱۹)^۲

اما در استناد به اولویت عدم نسبت به عدم قصاص به عنوان دلیل بر عدم قطع دست پدر، اشکالی وارد نیست چرا که در خود صحیحه محمد بن مسلم، امام عدم اجرای حد بر پدر را به اولویت عدم قصاص وی بیان فرموده است: «لو قتله ما قتل به و إن قذفه لم یجلد له» و ذکر حد قذف در این روایت خصوصیتی ندارد چه این که از جهت اولویت نسبت به قصاص تفاوتی بین حد قذف و حد سرقت وجود ندارد و علت تصریح به قذف به جهت سؤال راوی

^۱. «کل احد احق بماله من ولده و والده و الناس اجمعین»

^۲. «لأن مال ولده في حکم ماله»

بوده است و هر چند در مورد فحوی عدم قصاص پدر به خاطر فرزند بعضی از فقها اشکال کرده‌اند که اساساً اولویتی در میان نیست به خاطر این که قصاص، قتل و امحاء از صحنه وجود است بر خلاف قطع که همانا جدا کردن دست است و عدم جوار قصاص، مستلزم عدم جواز اجرای مطلق حد بر پدر نیست، لکن این اشکال، با لحاظ کردن نوع " مجازاتی " است که قرار است بر پدر اعمال شود که از این جهت، قطع بر قصاص نفس اولویتی ندارد، در حالی که اگر نوع " جرمی " که پدر مرتکب شده را ملاک قرار دهیم ملاحظه خواهیم کرد وقتی که پدر به خاطر کشتن و از بین بردن فرزند قصاص نمی‌شود، به خاطر برداشتن مال فرزند که نسبت به جان وی ارزش کمتری دارد به طریق اولی نباید حد بر او اجرا شود.

استفاده عموم حکم از صحیحه محمد بن مسلم نیز همان‌گونه که اشاره شد در حقیقت مبتنی بر اولویت قطع نسبت به قصاص است که در ارزیابی دلیل قبلی توضیح داده شد. با این وجود، عمده‌ترین دلیل عدم قطع دست پدر به خاطر سرقت از مال فرزند، اجماع فقهای امامیه است که اکثر فقها به آن استناد کرده‌اند و به جز داوود که نظر او شاذ است کس دیگری از فقها در این مسأله نظر خلافی نداده و این نیز دلیلی جهت حکم به عدم قطع دست پدر به خاطر سرقت از مال فرزند محسوب می‌شود.

در مورد انتفای حکم یاد شده، اگر چه در روایات، واژه‌های " ولد " و " ابن " استعمال شده است، لکن این امر به معنای اختصاص عدم قطع به سرقت از مال پسر نیست بلکه سرقت پدر از مال دختر هم همین حکم را دارد.

بند دوم : سرقت جد پدری از مال فرزند زاده

دیدیم که طبق نظر فقهای امامیه چنانچه پدر از مال فرزندش سرقت کند حد قطع در مورد او اجرا نمی‌شود. اما آیا این امر در مورد جدی که از مال نوه‌اش سرقت کند نیز صادق است؟ در روایات و مستندات مربوط به بحث، واژه‌های " والد " و " ولد " یا " أب " و " ابن " استعمال شده است. صرف نظر از بحث‌های لغوی و عرفی در مفهوم کلمات یاد شده، در مورد عدم قطع دست جد به خاطر سرقت از مال فرزند بین فقها اجماع وجود دارد و به این لحاظ، همان دلیلی که بر انتفای عقوبت از پدر دلالت می‌کند به عمومیت خود بر انتفای عقوبت از جد پدری هم دلالت دارد و نتیجتاً مخصص عموم آیه سرقت و روایات به شمار می‌رود.

شیخ طوسی در مبسوط ادعای عدم خلاف کرده مبنی بر این که اگر کسی از مال فرزندانش و فرزندان آن‌ها هر قدر پائین برود سرقت کند حد قطع بر او اجرا نمی‌شود. (طوسی، ۴۴/۸)

شهید ثانی نیز در مسالک ادعای اجماع در مورد اجداد کرده است (۴۸۷/۱۴)^۱ بنابراین، همان‌گونه که در مورد عدم قطع دست پدر به خاطر سرقت از مال فرزند اجماع وجود داشت، در مورد عدم قطع دست اجداد پدری به خاطر سرقت از مال فرزندانشان نیز اجماع وجود دارد. و تفاوت این مورد با قتل نوه توسط جد پدری این است که در بحث قتل، تحقق اجماع قطعی نیست و فقهای نظیر محقق حلی، شهید ثانی، فاضل مقداد و بسیاری دیگر حکم به عدم قصاص جد پدری نداده‌اند. ضمن این‌که بین قتل و سرقت تفاوت جدی وجود دارد و در سرقت، موضوع جرم اموال است که بین جد پدری و نوه تعامل مالی قوی وجود دارد به طوری که جد پدری در صورت نبودن پدر یا تنگدست بودن وی موظف به دادن نفقه نوه پسری است و در این امر وظیفه وی مقدم بر تکلیف مادر و سایر خویشاوندان است در حالی که در قتل، موضوع آن، جان است و توجیهی جهت عدم امکان قصاص جد پدری به خاطر نوه وجود ندارد و عدم قصاص جد، زمینه تهجم بر دماء را فراهم می‌سازد.

بند سوم: سرقت مادر از مال فرزند

بی‌تردید بحث برانگیزترین مسأله‌ای که در موضوع سرقت در بین خویشاوندان وجود دارد، سرقت مادر از اموال فرزند است و این پرسش مطرح شده که آیا حد قطع در مورد مادری که از اموال فرزندش سرقت نماید، اجرا می‌شود یا این‌که مادر هم از این جهت حکم پدر را دارد؟ در بین فقهای امامیه دو دیدگاه در این زمینه وجود دارد:

دیدگاه یکم: عدم قطع دست مادر به خاطر سرقت از مال فرزند؛ برخی از فقهای امامیه از جمله ابوالصلاح حلبی و علامه حلی و حسینی شیرازی از فقهای معاصر معتقدند حد قطع بر مادر نیز اجرا نمی‌شود. عمده‌ترین دلایل قائلان به این دیدگاه دو چیز است:

۱. اطلاق و شمول ادله عدم قطع نسبت به مادر: بدین معنا که واژه "والد" و "أب" هنگامی که در مقابل "ولد" به کار می‌رود اعم از پدر و مادر است. کما این‌که در آیات متعددی از قرآن کریم بر مادر نیز واژه والد و أب اطلاق شده است نظیر: «و رفع أبویہ علی العرش» (یوسف: ۱۰۰)، «و وصینا الإنسان بوالدیہ إحسنًا» (الأحقاف: ۱۵). و چون ادله عدم قطع به والد و أب تعلق گرفته، لذا اطلاق آن مادر را نیز شامل می‌شود.

^۱ «عموم آیه السرقة و غيرها من الأدلة متناول لسرقة الاقارب و الاجانب، لكن خرج من ذلك سرقة الاب و إن علا من الولد بالاجماع، فبقي الباقي على العموم.»

۲. لزوم مصاحبت بالمعروف با والدین و اشتراک آن‌ها در ادله وجوب تعظیم: ابوالصلاح حلبی از فقهای امامیه عدم قطع را شامل پدر و مادر دانسته است (حلبی، ۴۱۱) علامه حلبی هم در مختلف الشیعه گفته ابی‌الصلاح را لازم‌الیتباع می‌داند چون مادر هم یکی از والدین است بنابراین قطع از مادر هم همانند پدر ساقط می‌شود به‌خاطر این‌که هر دو در وجوب بزرگداشت مشترک هستند (۲۳۳/۹)

وجوب بزرگداشت از این جهت است که در آیات متعددی از قرآن کریم، بر فرزند واجب شده است که با والدین با مهربانی و عطوفت رفتار کرده و در حق آن‌ها کوچک‌ترین بد رفتاری و پرخاشگری روا ندارد. به عقیده قائلان به این نظر، وجوب اعظام اقتضاء می‌کند که دست مادر به خاطر سرقت از مال فرزند قطع نگردد.

دیدگاه دوم: قطع دست مادر به خاطر سرقت از مال فرزند؛

بسیاری از فقهای امامیه از جمله شیخ طوسی (۴۴۹/۵)، محقق حلبی (۱۶۰/۴)، علامه حلبی (۱۸۲/۲)، محقق اردبیلی (۲۳۱/۱۳)، فاضل هندی (۵۸۵/۱۰)، صاحب جواهر (۴۸۸/۴۱)، خمینی (۴۳۵/۲)، قائل به این نظر هستند.

عمده‌ترین دلیل طرفداران این دیدگاه، فقدان دلیل بر عدم قطع دست مادر و در نتیجه شمول اطلاق و عموم ادله قطع دست سارق نسبت به مادر است. صاحب ریاض در تبیین این دلیل و پس از ذکر نظر ابی‌الصلاح حلبی می‌نویسد: نظر ابی‌الصلاح نادر است و به وسیله عموم آیه و اخبار مبنی بر قطع دست سارق به طور مطلق قابل محاجه است چون به واسطه اجماع، پدر از عموم ادله خارج شده و باقی افراد تحت شمول عام باقی می‌مانند. (طباطبایی، ۹۱/۱۶؛ سبزواری، ۶۷/۲۸)

در عین حال باید توجه داشت، پذیرش این دلیل مبتنی بر این است که ادله طرفداران قطع دست مادر از دو جهت مورد مناقشه قرارگیرد:

۱. عدم شمول واژه‌های "والد" و "اب" نسبت به مادر: این گروه معتقدند اطلاق واژه والد و اب به مادر، نظیر آن‌چه در آیات قرآن کریم وجود دارد، نظر شمسین یا قمرین، از باب تغلیب است که در مثل این موارد، اطلاق اب بر پدر به نحو حقیقت و به مادر به نحو مجاز است بنابراین چگونه می‌توان حکمی را که بر مفهوم حقیقی تعلق گرفته به مفهوم مجازی تسری داد. (کریمی جهرمی، ۵۲/۳)

به نظر می‌رسد این استدلال تمام است. چون اگر در لسان ادله، واژه‌های "والدین" یا

"ابوین" به صورت مثنی استعمال شده بود، شمول آن نسبت به مادر هم قابل پذیرش است، لکن از آنجا که در روایات، فقط واژه‌های والد و آب استعمال شده، بدیهی است استعمال این الفاظ به صورت مفرد تنها در مورد پدر استعمال حقیقی است و چنانچه از استعمال این الفاظ مادر اراده شده باشد، نیازمند قرینه است و چنین قرینه‌ای در روایات دیده نمی‌شود.

۲. عدم صلاحیت وجوب تعظیم در تخصیص عموم آیه و اخبار: قائلان به قطع دست مادر معتقدند هر چند وجوب تعظیم مادر همانند پدر واجب است و حتی توصیه به تکریم مادر بیش از تکریم پدر مورد توجه شارع مقدس بوده اما این مسأله نمی‌تواند به عنوان دلیلی قابل قبول جهت تخصیص عموم ادله قرار گیرد. صاحب جواهر، پس از نقل قول ابی‌الصلاح و استدلال علامه حلی در تقویت نظر ابی‌الصلاح تصریح نموده که این موضوع نمی‌تواند باعث خروج مادر از عموم ادله قطع گردد. (نجفی، ۴۱/۴۸۸) طرفداران دیدگاه دوم، ادعای توقف قطع دست مادر بر مطالبه مالباخته (فرزند) و منافات این مطالبه با توصیه قرآنی «فلا تقل لهما أف» را کافی در اثبات مدعا نمی‌دانند. چه اینکه سنخ این دو مسأله و حوزه تأثیرگذاری این دو متفاوت است. احترام و تعظیم والدین یک مسأله است و تقاضای قطع به خاطر حفظ نظام و رعایت مصالح عمومی مسأله دیگری است. (لنکرانی، ۴۹۹)

به نظر می‌رسد این استدلال نیز کامل باشد، چرا که ادله مصاحبت بالمعروف عام هستند و نصوص و ادله سرقه هم عام هستند و در مقام مقایسه این دو عموم، ظاهر این است که ادله سرقه نسبت به ادله وجوب حرمت خاص است و لذا عموم این ادله را تخصیص می‌زند. از سوی دیگر، کیفیت استدلال گروه اول مبنی بر استناد به وجوب تکریم و تعظیم والدین و حفظ احترام ایشان جهت نفی حد قطع از مادر، نوعی استحسان است که حداقل در بستر فقه امامیه نمی‌تواند مبنا و ملاک احکام شرعی قرار گیرد و در عمل نیز این گونه توجیهات مورد قبول فقهای امامیه قرار نگرفته به عنوان نمونه، صاحب کتاب "القصاص علی ضوء القرآن و السنة" استدلال مشابه در باب قصاص مبنی بر این که -مادر علت قابل نسبت به فرزند است پس هر یک از پدر و مادر علت وجود فرزند هستند و اگر پدر به خاطر فرزند قصاص نشود مادر هم نباید قصاص شود-، را به شدت مورد حمله قرار داده و آن را بدترین نوع استحسان عقلی و ناشی از علت عقل می‌داند.^۱

^۱ «و هذا من أسوء الاستحسانات العقلية التي يقول بها القوم، فربما من يكتب ذلك يحكم به بما يراه في نفسه، فيتصور ذلك من العلة، بل هو من المرض و العلة فتدبر» (مرعشی نجفی، ۳۶۷)

با وجود این، به نظر می‌رسد استناد به "فحوای آیه ۲۳ سوره مبارکه اِسراء" به عنوان دلیل مستقلی جهت حکم به عدم قطع دست مادر قابل طرح و بررسی است بدین بیان که آیه شریفه می‌فرماید: «و پروردگار تو مقرر کرد که جز او را مپرستید و به پدر و مادر [خود] احسان کنید. اگر یکی از آن دو یا هر دو، در کنار تو به سالخوردگی رسیدند به آنها [حتی] "أفّ" مگو و به آنان پرخاش مکن و با آنها سخنی شایسته بگوی.»

حال با در نظر داشتن این همه اهمّی که شارع مقدّس به لزوم رعایت احترام و تعظیم والدین دارد- به ویژه نصوص شرعی که بر حفظ حرمت مادر و لزوم احترام به او حتی بیشتر از پدر تأکید نموده است^۱، تا جایی که حتی با فرض تعرض والدین و لو نسبت به جسم فرزند، وی را از این که حتی با صدای بلند و پرخاشگری با والدین صحبت کند منع می‌کند، چگونه می‌توان پذیرفت شارع مقدّس اجازه می‌دهد که به خاطر تعرض مادر به مال فرزند، که به طور قطع ارزش کمتری نسبت به جان دارد، دست مادر قطع گردد؟

این اولویت از دو جهت ثابت است: از یک سو تقدیم و اولویت جسم و جان فرزند نسبت به مال وی و از سوی دیگر شدت قبح قطع دست مادر نسبت به پرخاشگری و افّ گفتن به او. پر واضح است که "استدلال به فحوای وجوب تعظیم" با "استدلال به نفس لزوم تعظیم و تکریم" متفاوت است و می‌تواند به عنوان دلیل مورد استناد قرار گیرد. بنابراین فحوای وجوب مصاحبت بالمعروف و عدم جواز پرخاشگری با مادر می‌تواند دلیلی برای تخصیص عموم آیه و اخبار دال بر قطع دست سارق قرار گیرد به ویژه که عمده دلیل فقهی قائل به قطع دست مادر، عمومات و اطلاعات ادله دال بر قطع دست سارق و فقدان دلیل برای تخصیص سرقت مادر است و نه اجماع یا دلیل خاص.

افزون بر این، فقها اتفاق نظر دارند که اگر کسی از مال پسر یا دخترش یا اولاد آنها، سرقت کند قطع بر او اجراء نمی‌شود. شیخ طوسی این مطلب را اجماعی فقها می‌داند. (طوسی، ۴/۸) این سخن بدین معنا است که اگر مردی از مال دختر یا نوه دختریش تا هر قدر که پایین رود سرقت کند، حد قطع بر او جاری نمی‌شود. به عبارت دیگر جد مادری هم به خاطر

^۱ . در کتاب کافی از هشام بن سالم از امام جعفر صادق (ع) نقل شده که فرمودند: «مردی نزد پیامبر آمد و گفت ای رسول خدا به چه کسی نیکی کنم؟ فرمود به مادرت. گفت پس از آن به که؟ فرمود: مادرت. گفت سپس به چه کسی؟ فرمود: مادرت. گفت بعد از آن با چه کسی؟ فرمود: به پدرت. «(کلینی، ۱۵۹/۲) هم چنین در آیه ۱۴ سوره مبارکه لقمان پس از آن که به انسان‌ها در مورد والدین سفارش شده است بلافاصله به زحماتی که مادر در قبال فرزند متحمل شده اشاره می‌فرماید که نشان‌گر اهمّیّت مؤکد احترام مادر است.

سرقت از مال نوه دختریش قطع نمی‌شود در حالی که واسطه بین سارق و مال باخته، مادر مال باخته است. حال چگونه می‌توان پذیرفت که جد مادری که از طریق دخترش به مسروق منه رابطه دارد دستش قطع نشود، اما دست خود مادرکه واسطه‌ای بین او و فرزند مالباخته‌اش وجود ندارد قطع گردد؟ بنابراین نمی‌توان با استدلال "عدم دلیل" به قطع دست مادر به خاطر سرقت از مال فرزند حکم داد. افزون بر این، مقتضای قاعده دره حدود به شبهات^۱، عدم قطع دست مادر به خاطر سرقت از مال فرزند است، تبیین مساله این که پدر و مادر مشترکاً موضوع ادله وجوب تعظیم و احترام و حرمت اذیت والدین هستند و از سوی دیگر، ادله دال بر خروج پدر از عموم و اطلاق ادله سرقت، شبهه خروج مادر- هم چنین جد پدری- از این عموماً را نیز مطرح می‌کند و این شبهه، مجرای احتیاط و اجرای قاعده دره است.^۲

بند چهارم: سرقت سایر اقارب

در مورد سرقت سایر خویشاوندان، مثل سرقت فرزند از مال پدر یا مادر و سرقت زوج و زوجه از یکدیگر یا سرقت برادر و خواهر، اختلاف نظری وجود ندارد که در صورت وجود سایر شرایط تحقق سرقت حدی، حد قطع بر این افراد اجراء می‌شود. شیخ طوسی معتقد است کسانی که از عمود والدین و ولد خارج هستند، هر چند از اقارب و ارحام باشند، همانند بیگانگان هستند و در صورت سرقت از اموال یکدیگر حد قطع بر آن‌ها جاری می‌شود. (طوسی، ۴۵/۸) دلیل اصلی فقها، عموماً و اطلاقات ادله قطع و فقدان دلیل برای تخصیص و تقيید است. (سبزواری، ۶۷/۲۸)

نکته قابل توجه در این بحث آن است که در آیه ۶۱ سوره مبارکه نور از خوردن از خانه‌های بعضی از خویشاوندان نفی حرج شده است: «بر نابینا و لنگ و بیمار و بر خود شما ایرادی نیست که از خانه‌های خودتان بخورید، یا از خانه‌های پدرانتان یا خانه‌های مادرانتان یا خانه‌های برادرانتان یا خانه‌های خواهرانتان یا خانه‌های عموهایتان یا خانه‌های عمه‌هایتان یا خانه‌های دایی‌هایتان یا خانه‌های خاله‌هایتان یا آن [خانه‌هایی] که کلیدهایش را در اختیار دارید یا [خانه] دوستان [هم چنین] بر شما باکی نیست که با هم بخورید یا پراکنده.»^۳ با این وجود فقهای امامیه نفی حرج در آیه را بر موردی حمل کرده‌اند که مال موجود در

^۱. قال رسول الله (ص): إدرأوا الحدود بالشبهات (عاملی، ۳۳۶/۱۸)

^۲. در لایحه قانون مجازات اسلامی، در مبحث ششم از اسباب سقوط مجازات تحت عنوان اعمال قاعده دره در ماده ۱۱۹ آمده است: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نخواهد شد.»

منازل نسبت به اکل در حرز قرار داده نشده باشد یا این که قرائن و اوضاع و احوال دلالت بر رضایت صاحب خانه داشته باشد. (اصفهانی، ۵۸۵/۱۰)

هم چنین فقها در تأیید چنین برداشتی از آیه کریمه، به روایت اُبی بصیر هم استناد کرده‌اند که در آن از امام باقر (ع) در مورد سرقت فرزند از مال پدر سؤال شد که امام فرمود: «قطع نمی‌شود چون فرزند از ورود به منزل پدرش منع نمی‌شود، این خائن است و همین طور اگر از منزل برادر یا خواهرش چیزی بردارد، اگر آن‌ها وی را از ورود منع نکرده باشند.» (عاملی، ۵۰۹/۱۸)

ناگفته نماند که اگر بخواهیم نفی حرج در آیه را به آن چه فقها گفته‌اند حمل کنیم دیگر خصوصیتی برای ذکر افراد مذکور در آیه وجود نخواهد داشت چرا که قطع در مورد خوردن از مال هر کسی که آن مال نسبت به سارق در حرز نباشد اجراء نمی‌شود و اختصاصی به افراد معینی ندارد به‌ویژه که در صدر آیه نفی حرج از خانه‌های خود افراد شده و بدیهی است حمل آیه بر عدم احراز نسبت به صاحب خانه حمل قابل قبولی نیست. و اگر آن را به شهادت قرائن بر رضایت صاحب مال حمل کنیم که دیگر عمل، "سرقت" نخواهد بود و عناوین دیگری نظیر هبه پیدا خواهد نمود. بنابراین ذیل عبارت صاحب کاشف اللثام، به هیچ وجه، قابل پذیرش نیست.

البته بعضی فقها کوشیده‌اند اشکال "عدم خصوصیت ذکر افراد در صورت حمل آیه به مورد عدم احراز" را بدین شکل پاسخ دهند که اکل از مال این افراد شامل شک در رضایت صاحب مال هم می‌شود و با این صورت برای این عناوین امتیاز و خصوصیت حاصل می‌شود چون برای تصرف در مال غیر این اشخاص علم به رضایت مالک و لو به شهادت قرائن لازم است. (لنکرانی، ۴۹۹)

لکن این پاسخ قابل قبول نیست چه این که دلیلی برای شمول جواز اکل به صورت شک در رضایت افراد مذکور در آیه و عدم شمول این جواز در مورد سایر افراد وجود ندارد و اساساً از این حیث تفاوتی بین مال خویشاوند و بیگانه وجود ندارد چون در مورد مال بیگانه هم اگر آخذ تصور رضایت صاحب مال را داشته باشد حد قطع بر او اجراء نمی‌شود.

نکته دیگر این که آیه ظهور در نفی حرج از "اکل من بیوت" یعنی خوردنی‌ها و مأكولات موجود در "منازل" افراد مذکور در آیه دارد و نمی‌توان اکل در این آیه را به معنای آخذ و برداشتن مطلق "مال" دانست. بنابراین روایت اُبی بصیر هم نمی‌تواند مؤید برداشت مورد ادعا

از آیه باشد چون مورد روایت، مطلقاً أخذ از مطلق اموال است که عدم قطع در آن مشروط به عدم حرز و رضایت به دخول در منزل است. حتی می‌توان ادعا کرد مورد آیه خروج موضوعی از بحث دارد چه این که آن چه در آیه مباح دانسته شده خوردن از خوردنی منازل است و این امر نوعاً و غالباً در داخل منزل بدون اخراج از منزل صورت می‌گیرد حال این که سرقت عبارت از ربودن و اخراج از حرز است. بنابراین تأثیر خویشاوندی در سرقت صرفاً از این جهت خواهد بود که وجود قرابت به ویژه موارد مذکور در آیه عرفاً جواز ورود به مکان را می‌دهد لذا ربودن مال از این اماکن، ربودن از حرز محسوب نمی‌شود و یکی از شروط سرقت حدی متفتی می‌گردد. به هر حال در مقام نتیجه‌گیری از آیه شریفه و روایت ابی بصیر می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

۱- در صورتی که عدم رضایت صاحب منزل محرز نباشد، هر کس می‌تواند از خوردنی‌های موجود در منازل اقارب مذکور در آیه بخورد و جهت این امر أخذ اذن از صاحب منزل هم ضرورتی ندارد. لکن چنانچه صاحب منزل رضایت ندهد از حیث جبران خسارت ضامن می‌باشد.

۲- در غیر مورد خوردنی‌ها کسی حق ندارد از اموال اقارب و خویشاوندان أخذ نماید مگر این که علم به رضایت صاحب مال داشته باشد که در این صورت اساساً سرقتی محقق نمی‌شود.

۳- اگر کسی که عادتاً وارد منازل اقوام خود نظیر برادر و خواهر و عمو و ... می‌شود و وی را از ورود منع نمی‌کنند مالی را از منازل آنان سرقت نماید به دلیل در حرز قرار نداشتن اموال نسبت به وی حد قطع در مورد او اجرا نمی‌شود لکن چنانچه اموال نسبت به سارق در حرز بوده و او از دخول در حرز ممنوع بوده است در صورت وجود سایر شرایط حد قطع در مورد سارق اجرا می‌شود.

۴- دست آخر این که قطع دست در مورد سرقت سایر اقارب همانند سرقت فرزند از والدین و زوج از زوجه و ...، گاهی مشروط و مقید شده به موردی که استحقاق و احقاق حق نباشد. کما این که أبو‌الصلاح حلبی سرقت فرزند از مال والدین را در صورت نیاز فرزند و کوتاهی والدین در ادای تکالیفشان، مستوجب قطع ندانسته است (حلبی، ۴۱۱) بسیاری دیگر از فقها نیز قطع دست سارق مستحق نفقه را از مال مستحق علیه، مشروط به حالتی کرده‌اند که مال‌باخته، نفقه واجب را بپردازد. علامه حلی این شرط را با عبارتی کلی بیان می‌کند (۵۵۸/۳)

ظاهراً در این مسأله تفاوتی بین زوجه با دیگر مستحقین نفقه وجود ندارد و این نظر نیز اختصاصی به علامه ندارد و فقهای دیگری نیز چنین عقیده‌ای را بیان کرده‌اند و حتی در غنیة النزوع بر این مسأله ادعای اجماع شده است. (حلی، ۴۳۳) روایاتی نیز وجود دارد که چنین دیدگاهی را تأیید می‌کند از جمله حدیثی که به موجب آن هند، زن ابی سفیان به پیامبر اکرم (ص) عرض کرد که همانا اباسفیان مرد بخیلی است و چیزی به من و فرزندم نمی‌دهد مگر آنچه به طور پنهانی بردارم و او نفهمد آیا چیزی بر من هست؟ پیامبر (ص) فرمود: آن چه که، به طور متعارف، کفایت تو و فرزندت را بکند بردار. (نسائی، ۲۴۶/۸)

لیکن چنانچه بیشتر دقت شود معلوم می‌گردد که این دیدگاه و این قید و شرط از یک جهت مطلب تازه‌ای نیست و اختصاصی به اقارب و خویشاوندان ندارد و به طور کلی هر کس حقی بر گردن دیگری داشته باشد، و در مقام تقاص به اندازه آن حق از مال طرف بدون اجازه وی بردارد، و حتی اگر اضافه بر حقیش بردارد لکن این اضافه به حد نصاب نرسد، حد قطع بر او جاری نمی‌شود و بنابراین قرابت از این جهت تأثیری ندارد. با این حال تأثیر قرابت در این مسأله در ایجاد اصل این استحقاق است به عبارت دیگر وجود خویشاوندی است که موجب و موجد حق انفاق شده است و تأثیر قرابت از جهت "ایجاد" این حق است و نه از جهت "استیفای حق". بنابراین به طور خلاصه می‌توان گفت سرقت اقارب و خویشاوندان از یکدیگر مشمول عموماً ادله قطع دست سارق است و دلیلی برای تخصیص اطلاق ادله قطع در مورد خویشاوندان _ غیر از آن چه قبلاً گفته شد _، وجود ندارد مگر در مورد استفاده از خوردنی‌ها در منازل خویشاوندانی که در آیه "نفی حرج" ذکر شده‌اند با همان بیانی که پیش‌تر به آن اشاره شد. بدین ترتیب از حیث دامنه روابط خانوادگی مؤثر در مهم‌ترین جرم علیه اموال و مالکیت یعنی سرقت، نوع این رابطه از دید مشهور، محدود به رابطه یک طرفه پدر و جد پدری و در دید اقلیت شامل رابطه پدر، جد پدری و مادر نسبت به اموال فرزند است بدین معنا که صرفاً سرقت این سه نفر از مال فرزند موجب حد قطع نیست.

گفتار دوم: دامنه جرایم علیه اموال و مالکیت متأثر از رابطه خانوادگی

در مورد نوع جرایمی که رابطه خانوادگی در آن تأثیرگذار است، آن چه در کتب و آثار فقهی مطرح شده، صرفاً ناظر به جرم سرقت (سرقت حدی) است، لکن انحصار تأثیر قرابت در سرقت به دلیل عدم تعرض فقها در مورد سایر جرایم، نیاز به تأمل بیشتر دارد. چه این که در

کتب فقهی، تنها جرم علیه اموال و مالکیت که بصورت خاص مطرح و مسائل آن بطور مفصل مورد بررسی قرار می‌گیرد، جرم سرقت حدی است و تنها این جرم است که از دید فقها اصالت دارد و سایر جرایم همانند کلاه‌برداری، خیانت در امانت، تخریب، اخذ مال به زور و امثال آن یا اصولاً جایگاه فقهی مشخصی ندارند و یا این‌که به عنوان ملحقات بحث سرقت مطرح می‌شوند.

با وجود این، وحدت ملاک تأثیر رابطه خانوادگی در سرقت با سایر جرایم، تسری حکم تأثیر قرابت در سرقت به بقیه جرایم علیه اموال و مالکیت را ایجاب می‌نماید. بلکه می‌توان گفت، تأثیر رابطه خانوادگی در جرایم مالی غیر از سرقت حدی به قیاس اولویت استنباط می‌گردد چه این‌که در مورد حکم عدم قصاص بعضی از اقارب نیز روایات وارده ناظر به عدم امکان قصاص نفس بر پدر است و عدم امکان قصاص عضو، از فحوای دلیل استفاده شده است، در مورد جرایم علیه اموال و مالکیت نیز، از آن‌جا که سرقت حدی، فرد اجلای این‌گونه تعدیات است، هنگامی که در این جرم، رابطه خانوادگی خاص، مؤثر در حکم است، به طریق اولی، در مورد سایر جرایم علیه اموال و مالکیت که از حیث مجازات سبک‌تر از سرقت حدی است، رابطه خانوادگی مورد نظر تأثیرگذار خواهد بود به دیگر سخن، نمی‌توان گفت در جرم سرقت که دارای شرایط بیشتر و مجازات شدیدتری است در صورت سرقت پدر از مال فرزند، مجازات اصلی این جرم (حد قطع) ساقط می‌شود ولی در صورت خیانت پدر در مالی که فرزند به او سپرده است، مجازات ساقط نمی‌شود. این معنا در آراء بعضی از فقهای معاصر نیز قابل مشاهده است. کما این‌که در پرسش و پاسخ زیر بعضی از فقهای معاصر، راجع به سرقت پدر از مال فرزند و اخذ مال از فرزند با قهر و غلبه حکم واحدی بیان نموده‌اند.

سؤال: اگر پدر و یا جد پدری مال فرزند و یا نوه خود را سرقت کند و یا به عنف ببرد

مجازات دارند؟

- سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: «اگر پدر یا جد پدری فقیر باشد و به مقدار کفاف از مال فرزند یا نوه خود بردارد اشکال ندارد و این سرقت نیست بلکه حق اوست و اگر فقیر نباشد یا بیشتر از مقدار کفاف بردارد اشکال دارد و حرام است.» (دفترآموزش روحانیون، ۷۷۴۶)

به‌علاوه، عدم تحقق جرم ربا در رابطه بین پدر و فرزند و زن و شوهر نیز مؤید این مطلب است که به‌طور کلی روابط مالی و به تبع آن تحقق جرایم مالی، ارتباط تنگاتنگی با روابط

خانوادگی و خویشاوندی دارد و ارتباط مذکور محدود به سرقت نیست. در تأیید این مطلب می‌توان به توجیهاتی که فقها در تبیین عدم حرمت ربا بین افراد یاد شده ذکر کرده‌اند نیز اشاره نمود. مثلاً شیخ طوسی در نهاییه در توجیه عدم ربا بین پدر و فرزند می‌گوید: «لأن مال الولد فی حکم مال الوالد» (طوسی، ۳۷۶) عین همین عبارت شیخ طوسی را محقق حلی در نکت النهایه (حلی، ۱۱۸/۲)، علامه حلی (۲۰۷/۱۰)، شهید اول (۲۹۹/۳)، کیدری (۲۱۳) و بسیاری دیگر در کتب خود ذکر کرده‌اند.

از حیث قانونی نیز همان‌گونه که به‌زودی خواهیم دید، در بعضی از قوانین سابق تأثیر روابط خانوادگی از جرم سرقت به سایر جرایم علیه اموال و مالکیت تسری داده شده بود و در حال حاضر نیز در قوانین بسیاری از کشورها روابط خانوادگی در مطلق جرایم علیه اموال و مالکیت تأثیرگذار است.

گفتار سوم: نوع تأثیر روابط خانوادگی در جرایم علیه اموال و مالکیت

از حیث نوع مصونیت خانوادگی و تأثیر روابط خانوادگی، رابطه أبوت مسقط حد قطع است ولی در مورد امکان یا عدم امکان تعزیر پدر یا جد پدری که از مال فرزند سرقت نموده اختلاف نظر است، هر چند مشهور فقهای که حکم به عدم قطع دست پدر داده‌اند قائل به تعزیر وی هستند.

البته در مورد تعدیات و جرایمی که پدر علیه فرزند مرتکب می‌شود، می‌توان به قاعده عدم ثبوت عقوبت بر پدر به خاطر فرزند استناد نمود. توضیح این که از ظاهر نصوص و فتاوی و بلکه تصریح بعضی فقها این‌گونه استنباط می‌شود که به‌طور کلی در صورت وجود رابطه أبوت بین بزه کار و بزه دیده مجازات آن جرم خواه قصاص باشد یا حد و یا تعزیر بر پدر اجرا نمی‌شود. مستندات این قاعده از کتاب و سنت و اجماع بدین شرح است.

۱. آیه شریفه مصاحبت به معروف «در دنیا با پدر و مادرت به نیکی رفتار کن» (لقمان: ۱۵)

۲. روایتی از پیامبر اکرم (ص) که فرمودند: «أنت ومالک لأبیک» (قمی، ۵۲۴/۲)

۳. روایت دیگری از پیامبر اکرم (ص) که فرمودند: «لا یقاد الوالد بولده» (دارمی،

۱۹۰/۲)

۳. صحیح حمران از یکی از دو امام باقر یا صادق (ع) که فرمودند: «لَا يُقَادُ وَالِدٌ بَوْلَدِهِ

وَيُقْتَلُ الْوَالِدُ إِذَا قَتَلَ وَالِدَهُ عَمْدًا» (حر عاملی، ۵۶/۱۹)

۴. صحیححه حلبی از امام صادق (ع): «سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَقْتُلُ ابْنَهُ أَوْ يُقْتَلُ بِهِ قَالَ لَا» (همان)
۵. روایت فضیل بن یسار از امام صادق (ع) که فرمود: «لَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بَوَلَدِهِ إِذَا قَتَلَهُ وَ يُقْتَلُ الْوَلَدُ بِوَالِدِهِ إِذَا قَتَلَ وَالِدَهُ» (همان، ۵۷)
۶. روایت اسحاق بن عمار از جعفر و او از پدرش که می‌گوید: «أَنَّ عَلِيًّا (ع) كَانَ يَقُولُ "لَا يُقْتَلُ وَالِدٌ بَوَلَدِهِ إِذَا قَتَلَهُ وَ يُقْتَلُ الْوَلَدُ بِالْوَالِدِ إِذَا قَتَلَهُ وَ لَا يُحَدُّ الْوَالِدُ لِلْوَلَدِ إِذَا قَذَفَهُ وَ يُحَدُّ الْوَلَدُ لِلْوَالِدِ إِذَا قَذَفَهُ» (همان، ۵۸)
۷. صحیححه محمد بن مسلم از امام باقر (ع) که می‌گوید: «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ قَذَفَ ابْنَهُ بِالزَّنَا قَالَ: لَوْ قَتَلَهُ مَا قَتَلَ بِهِ وَ إِنْ قَذَفَهُ لَمْ يُجْلَدْ لَهُ» (همان، ۴۴۷)
- هر چند روایات مذکور غالباً جهت اثبات عدم قصاص پدر و عدم اجرای حد قطع و حد قذف بر پدر مورد استناد فقها قرار گرفته است، اما عدم اجرای سایر مجازات‌ها از این روایات، به طریق اولی اثبات می‌گردد. تحلیل مطلب آن که بطور کلی سه قسم از جرائم، حق الناس محسوب می‌شود: جرائم علیه تمامیت جسمانی، جرائم علیه حیثیت معنوی و جرائم علیه اموال در قسم اول، قتل عمد شدیدترین جرم؛ در قسم دوم، قذف و در قسم سوم، سرقت حدی سنگین‌ترین جرم محسوب می‌شوند و هنگامی که به موجب روایات مذکور، در صورتی که بزه‌کار، پدر بزه‌دیده باشد در سنگین‌ترین جرم از هر یک از اقسام سه‌گانه، مجازات آن جرم اعمال نمی‌گردد، مجازات نشدن پدر به خاطر فرزند در جرائم خفیف‌تر از هر قسم، به طریق اولی استنباط می‌گردد. بنابراین در قسم اول، عدم قصاص پدر به خاطر قطع عضو و سایر جراحات قابل قصاص؛ در قسم دوم مجازات نشدن پدر به خاطر توهین و افتراء و امثال آن و در قسم سوم مجازات نشدن پدر به خاطر کلاه برداری، تخریب، خیانت در امانت، صدور چک بلامحل و سایر جرائم مالی علیه فرزند به اولویت استفاده می‌گردد.
- بسیاری از فقهاء نیز در موارد متعدد بر مبنای این قاعده فتوا داده و بعضی نیز به عدم اجرای کیفر بر پدر بخاطر فرزند تصریح نموده‌اند. از جمله شهید ثانی در استدلال بر عدم اجرای حد قذف بر پدر می‌نویسد: به این دلیل که هیچ مجازاتی اعم از قصاص یا حد، بخاطر فرزند بر پدر ثابت نمی‌شود (جبعی عاملی، ۱۴/۴۸۷)^۱ صاحب جواهر هم در اثبات همان مطلب استدلال کرده که بخاطر اصل و عدم ثبوت مجازات بر پدر بخاطر تعدی بر فرزندش

۱. با توجه به قید حق الناس بودن جرم، امکان مجازات پدری که دخترش را مورد تجاوز به عنف قرار می‌دهد، خدشه‌ای به استدلال وارد نمی‌کند چه این‌که کیفر تجاوز به عنف حق الله است چرا که با گذشت دختر، مجازات پدر ساقط نمی‌گردد.

۲. «لأنه لا يثبت على الأب عقوبة لأجل ولده من قتل ولا حد»

حتی اگر او را به قتل برساند (نجفی، ۴۱/۴۱۹)^۱ در الدرالمنصود هم مطلق کیفر اعم از حد یا تعزیر از پدر نفی شده است (کریمی جهرمی، ۲/۱۹۰)^۲ فاضل هندی دامنه شمول این قاعده را محدود به ارتکاب جرم علیه فرزند ندانسته و به کلیه مواردی که فرزند حق اعمال مجازات علیه پدر را پیدا می‌کند تسری داده است (اصفهانی، ۱۰/۵۸۵)^۳ هم چنین تصریح فقها به این که تعزیر پدر در این موارد بخاطر حرمت عمل وی است و نه بخاطر حق فرزند نیز مؤید این قاعده است.^۴

اما از حیث قانونی، در قانون مجازات عمومی، خویشاوندی بین سارق و مال باخته نقشی تعیین کننده در تعقیب و مجازات سارق داشت. در مواد ۲۲۶ و ۲۲۷ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ دو نوع سرقت مقرر شده بود که در یک مورد، سرقت، مقرون به پنج شرط بود و در دیگری سرقت، مقرون به یک شرط. در سال ۱۳۱۲ مقنن با الحاق ماده ۲۲۷ مکرر به قانون مجازات عمومی مقرر داشت: «در مورد دو ماده فوق، هر گاه مدعی خصوصی با متهم سرقت قرابت نسبی درجه اول، دوم یا سوم و یا قرابت سببی درجه اول یا دوم داشته باشد، تعقیب با گذشت مدعی خصوصی موقوف می‌شود اگر چه میزان مال بیش از ۱۵۰ هزار ریال بوده و عین یا قیمت آن به صاحب یا صاحبانش مسترد نشده باشد.» بنابراین در قانون مجازات عمومی وجود پیوند خویشاوندی باعث می‌شد چنان چه شاکی خصوصی از سارق گذشت نماید، تعقیب متهم موقوف گردد.

حقوق دانان در آن زمان معتقد بودند که حکم ماده ۲۲۷ مکرر از علل موجهه نبوده و صرفاً نوعی معافیت قانونی است بنابراین حتی با گذشت شاکی خصوصی، معاون از این معافیت برخوردار نخواهد بود. (علی آبادی، ۲/۲۳۶) بعضی دیگر از حقوق دانان نیز عدم مجازات سارق به علت گذشت خویشاوند (مال باخته) را از مصادیق معاذیر قانونی معاف کننده مشروط می‌دانستند و آن را از مواردی که خویشاوندی به طور مطلق و بدون نیاز به گذشت شاکی خصوصی موجب معافیت از مجازات بود تفکیک می‌کردند. (باهری، ۴۰۶) آنان فلسفه این

۱. «لأصل و عدم ثبوت عقوبة للولد علی أبيه ولو قتله»

۲. «لا ینبئ للإبن علی الأب عقوبة حداً کان أو تعزیراً»

۳. «و بالجمله لا ینبئ للولد علی أبيه عقوبة لا عن نفسه ولا عن غیره»

۴. شهید ثانی در مسالک در این زمینه می‌گوید: «وللإمام أن يعزره من حيث فعله المحرم لا لأجل حق ولده» (جبعی عاملی، ۴۴۲/۱۴)؛ صاحب جواهر هم می‌گوید: «لم یحد وعزر للحرمه لا لحق ولد» (نجفی، ۴۱/۴۱۹)؛ مقدس اردبیلی هم می‌نویسد: «نعم یعزر لأنه فعل غیر مشروع موجب للتعزیر و لیس هذا حق الولد» (اردبیلی، ۱۳/۱۴۹). در تحریر الوسیله هم آمده است: «لم یحد بل علیه التعزیر للحرمه لا للولد» (خیمینی، ۲/۴۲۷)

معافیت را مبتنی بر "سیاست جنایی قابل تغییر" می‌دانستند و معتقد بودند قانون‌گذار در اتخاذ این سیاست خواسته است حتی المقدور از تیره ساختن روابط بین اعضاء یک خانواده احتراز نماید. (علی آبادی، ۲/۲۳۶)

اما در قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ در بند ۵ ماده ۲۱۳ به عنوان یکی از شرایط سرقت حدی اعلام شده بود که سارق «پدر صاحب مال نباشد.» و در قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۶۲ نیز که مکمل قانون حدود و قصاص و قانون دیات محسوب می‌شد به سرقت‌های غیر حدی اصلاً اشاره‌ای نشده بود. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ نیز در بند ۱۱ ماده ۱۹۸ عیناً به همین شرط اشاره شده است و فصل ۲۱ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) نیز که مربوط به سرقت‌های تعزیری است، اثری از تأثیر خویشاوندی دیده نمی‌شود.

در لایحه قانون مجازات اسلامی ۱۳۸۸، مطابق بند ۶ ماده ۲۷۰ یکی از شرایط سرقت حدی آن است که «سارق پدر یا جد پدری صاحب مال نباشد.» بنابراین در مقام مقایسه با قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ جد پدری نیز در کنار پدر از حد قطع دست معاف شده است. از سوی دیگر اگر در قانون ۱۳۷۰ در مورد امکان یا عدم امکان تعزیر پدر ابهام وجود داشت، در تبصره ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۸۸، این ابهام برطرف شده و با این عبارت که «سرقت پدر یا جد پدری از فرزند یا نوه خود جرم نیست»، رابطه ابوت اساساً مانع تحقق جرم دانسته شده و این امر به معنای عدم امکان تعزیر پدر یا جد پدری است.

به نظر می‌رسد حکم ماده ۲۲۷ مکرر قانون مجازات عمومی، کاملاً منطبق با مصلحت حقوقی و اهداف تعقیب و کیفر متهم بود و بسیاری از تبعات ناخواسته‌ای که تعقیب و مجازات متهم _ علی‌رغم میل باطنی شاکی خصوصی _ در پی داشت جلوگیری می‌نمود. نکته قابل توجه این که ارفاق و معافیت تنها محدود به سرقت نبود و در اکثر جرایم مالی و بعضی جرایم دیگر این حکم جاری بود. تبصره ۲ ماده ۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب شهریور ۱۳۹۰ مواردی را اعلام کرده بود که در آنها تعقیب جزایی جز با شکایت شاکی خصوصی شروع نمی‌شد و در صورت گذشت او تعقیب یا اجرای حکم موقوف می‌گشت، مگر این‌که متهم سابقه محکومیت مؤثر کیفری به علت ارتکاب جرم مشابه آن داشت. در تاریخ ۲/۱۱/۱۳۵۲ بند دیگری به موارد این تبصره اضافه شد که به موجب آن در این جرایم نیز جز با شکایت شاکی خصوصی تعقیب شروع نمی‌شد و در صورت گذشت شاکی تعقیب یا اجرای

حکم موقوف می‌گشت: «سرقت و خیانت در امانت و کلاه برداری و جرائمی که در حکم کلاه‌برداری است و جرم‌های موضوع ماده ۲۳۳ و ۲۳۴ قانون کیفرعمومی و ماده ۵ قانون تشدید مجازات رانندگان که ناظر به نقص عضو است و آن قسمت از ماده ۱۷۲ قانون کیفرعمومی که ناظر به شکستن یا نقص عضو می‌باشد بدون این‌که منتهی به نقص عضو کامل گردد مشروط به این‌که مرتکب این جرایم همسر و یا از اقربای نسبی تا درجه سوم و یا اقربای سببی تا درجه دوم شاکی خصوصی باشد.»

تسری موقوفی تعقیب به جرایم مالی و سایر جرایم مذکور در ماده نیز اقدامی پسندیده و قابل توجیه بود چون در این جرایم که حیثیت خصوصی آن غلبه دارد با گذشت صاحب حق دلیلی برای تعقیب و اعمال کیفر بر متهم وجود ندارد و جای آن داشت که مقنن بعد از انقلاب نیز محتوای این بند را در قوانین جدید به رسمیت می‌شناخت.

مطالعه تطبیقی

در قانون مجازات فرانسه، «مصونیت خانوادگی» یکی از بارزترین موارد مصونیت‌ها است و وجود قرابت بین بزه‌کار و مالباخته به‌ویژه در جرائم مالی هم از حیث نوع تأثیر و هم از حیث دامنه شمول آن تأثیری در خور توجه دارد به گونه‌ای که در چنین مواردی حتی بدون نیاز به رضایت و گذشت شاکی خصوصی، جرم غیر قابل تعقیب است. ماده ۱۲-۳۱۱ این قانون مقرر می‌کند: «سرقت ارتكابی به وسیله اشخاص زیر نمی‌تواند مستوجب تعقیب‌های کیفری باشد: ۱- سرقت به زیان فرزندان یا پدران و مادران در خط مستقیم اقارب؛- سرقت به زیان همسر، جز به هنگامی که از وی جدا شده یا مجاز به سکونت به طور جداگانه گشته باشد.»

این حکم اختصاص به سرقت ندارد و در مورد جرم اخاذی (با تهدید به زور و ایراد زیان‌های مادی - با تهدید به ایراد زیان‌های معنوی) نیز مواد ۹-۳۱۲ و ۱۲-۳۱۲ با عباراتی مشابه مقرر می‌دارند: «مفاد ماده ۱۲-۳۱۱ نسبت به جرائم پیش‌بینی شده به موجب مبحث کنونی قابل تسری است.» هم چنین ماده ۳-۳۱۳ مقرر می‌دارد: «مفاد ماده ۱۲-۳۱۱ نسبت به بزه کلاه‌برداری قابل تسری است.» ماده ۴-۳۱۴ آن قانون نیز اعلام می‌دارد: «مفاد ماده ۱۲-۳۱۱ به جنحه خیانت در امانت قابل تسری است.» به گفته بعضی، در حقوق انگلستان، "مشترک المال" بودن زن و شوهر قبلاً به معنی آن بود که آنان نمی‌توانند به سرقت

اموال یکدیگر محکوم شوند ولی در حال حاضر، دیگر این گونه نیست. (میرمحمدصادقی، ۲۴۹)

ماده ۶۷۴ قانون العقوبات اللبنانی نیز مقرر نموده است: «مرتکبان جرائمی که در فصل‌های قبل ذکر شد (یعنی سرقت، کلاه برداری، خیانت در امانت و جرائم در حکم آن)، هنگامی که به واسطه ارتکاب جرم به یکی از اصول یا فروع یا پدر یا مادر یا فرزند خوانده یا همسری که قانوناً از زوجه‌اش جدا نشده ضرری وارد نمایند از مجازات معاف می‌شوند.»

حقوق‌دانان لبنانی معافیت خویشاوندان از مجازات در جرائم مالی را از معاذیر معاف‌کننده «عذر محل من العقاب» می‌دانند به معنای عذری که مجرم را از همه مجازات معاف می‌کند. (نجیب حسنی، ۶۳۹/۲)

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالب بیان شده به نظر می‌رسد، جز در مورد سرقت حدی که مبتنی بر دلیل خاص است، دامنه روابط خانوادگی مؤثر در جرایم علیه اموال محدود به پدر، جد پدری یا مادر نیست و با توجه به وجود تعاملات مالی، رابطه خونی و عاطفی بین خویشاوندان نزدیک می‌توان ظابطه مذکور در ماده ۲۲۷ مکرر قانون مجازات عمومی - یعنی وجود قرابت نسبی درجه اول، دوم یا سوم و یا قرابت سببی درجه اول یا دوم بین متهم با بزه‌دیده - را مدنظر قرار داد.

از حیث دامنه جرایم علیه اموال و مالکیت متأثر از روابط خانوادگی، نباید تأثیر قرابت محدود به سرقت باشد بلکه همان گونه که در تبصره ۲ ماده ۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب شهریور ۱۲۹۰ اصلاحی ۲ / ۱۱ / ۱۳۵۲ آمده بود، دامنه تأثیر باید به سایر جرایم علیه اموال نظیر کلاه‌برداری، جرایم در حکم کلاه‌برداری، خیانت در امانت و جرایم در حکم خیانت در امانت، تخریب، احراق، تصرف عدوانی، اخذ سند یا نوشته با قهر و غلبه و ... نیز تسری یابد. بنابراین پیشنهاد نگارنده، احیاء محتوای ماده ۲۲۷ مکرر قانون مجازات عمومی و بلکه تجدید حیات بند ۵ تبصره ۲ ماده ۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰ شمسی است.

از حیث نوع مصونیت خانوادگی در جرایم علیه اموال نیز به نظر می‌رسد، امکان صدور قرار موقوفی تعقیب در صورت وجود رابطه خانوادگی و گذشت بزه‌دیده، پیشنهادی منطقی و تامین‌کننده مصلحت فردی و اجتماعی است.

مصلحت مورد ادعا، دخالت حداقلی دستگاه قضایی در روابط خصوصی توأم با حفظ روابط عاطفی بین خویشاوندان و تداوم روابط بین اشخاصی است که علی‌رغم وقوع جرم توسط یکی علیه دیگری و بر هم خوردن موقت روابط آنان، جلوگیری از تیره‌تر شدن روابط فردی و خانوادگی آنهاست. به علاوه، این که ادامه تعقیب خویشاوند، علی‌رغم گذشت بزه دیده، نه تنها موجب افشای اسرار خانوادگی در مراحل رسیدگی و محاکمه و بحث‌های ناشی از عصبانیت طرفین در جلسات دادگاه می‌شود بلکه مجازات کردن بزه‌کار در این شرایط، دخالت بیش از حد دولت در روابط خصوصی و خانوادگی را، حتی در ذهن بزه‌دیده، به تصویر می‌کشد.

منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر والتوزیع، چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.
- الأردبیلی، المولی أحمد (المقدس الاردبیلی)، *مجمع الفائدة و البرهان*، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، الطبعة الثالثة، ۱۴۲۱ق.
- الإصفهانی، محمد بن الحسن (فاضل هندی)، *كشف اللثام عن قواعد الأحكام*، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۲۴ق.
- الامام الخمينی، روح الله، *تحریر الوسيلة*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، بی تا.
- باهری، محمد، *نگرشی بر حقوق جزای عمومی*، تهران انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- جلال الدین السیوطی، *الدر المنثور*، بیروت، دارالمعرفه، الطبعة الاولى، ۱۳۶۵ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه*، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- الحلی، حمزة بن علی حسینی (ابن زهره)، *غنية النزوع إلى علمی الاصول والفروع*، قم، مؤسسة الإمام الصادق، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ق.
- الحلی، أبو الصلاح تقی الدین بن نجم، *الكافی فی الفقه*، اصفهان، مكتبة الإمام أميرالمؤمنین، الطبعة الاولى، ۱۴۰۳ق.
- الحلی، أبو القاسم نجم الدین (محقق حلی)، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، تهران، انتشارات استقلال الطبعة الخامسة، ۱۴۲۱ق.
- _____، *نکت النهایه*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ق.

الحلی، محمد بن فهد الاسدی، **المهذب البارع فی شرح مختصر النافع**، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۰۷ق.

الحلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، **قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام**، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۹ق.

_____، **إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان**، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۰ق.

_____، **تذكرة الفقهاء**، قم، مؤسسه آل البيت لإحياء التراث، الطبعة الاولى، ۱۴۲۰ق.

_____، **مختلف الشيعة فی احكام الشريعة**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الثانية، ۱۴۱۳ق.

الحلی، أحمد بن إدريس، **السراير الحاوی لتحرير الفتاوى**، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۱۱ق.

الحلی، يحيى بن سعيد، **الجامع للشرائع**، قم، مؤسسة سيّد الشهداء العلمية، ۱۴۰۵ق.

الخويي، سيد ابو القاسم، **مبانى تكملة المنهاج**، قم، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخويي، ۱۴۲۲ق.

الدارمي، عبدالله بن بهرام، **سنن الدارمي**، دمشق، مطبعة الاعتدال، بی تا.

دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی معاونت آموزش قوه قضاییه، **گنجینه آرای فقهی - قضایی**، بی تا.

الدیلمی، حمزة بن عبدالعزيز (المعروف بسلار)، **المراسم العلویه فی الاحکام العلویه**، قم، منشورات الحرمین، الطبعة الاولى، ۱۴۰۴ق.

السبزواری، سيد عبد الاعلی، **مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام**، قم، مؤسسة الناشر، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۳ق.

السیوطی، جلال الدین، **الدرالمشهور**، بیروت، دارالمعرفه، الطبعة الاولى، ۱۳۶۵ق.

الطباطبایي، السيد علی، **ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل**، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۲۲ق.

الطرابلسی، قاضی عبدالعزيز بن البراج، **المهذب**، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۰۶ق.

الطوسی، محمد بن الحسن، **المبسوط فی الفقه الإمامیة**، تهران، الکتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، الطبعة الثالثة، ۱۳۸۷ق.

_____، **النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى**، بیروت، دار الکتب العربی، الطبعة الثانية، ۱۴۰۰ق.

_____، **الخلاف**، الطبعة الاولى، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۰۷ق.

- الطوسی، محمد بن علی (المعروف بابن الحمزه)، *الوسيلة إلى نيل الفضيلة*، قم، مكتبة آية... المرعشي النجفي، الطبعة الاولى، ١٤٠٨ق .
- العاملي، محمد بن الحسن الحر، *وسايل الشيعة*، الطبعة السادسة، تهران، المكتبة الاسلامية، ١٣٦٧
- العاملي، زين الدين الجبعي (الشهيد الثاني)، *مسالك الافهام إلى تنقيح شرايع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، الطبعة الاولى، ١٤١٣ق.
- العاملي، محمد بن مكى، (الشهيد الاول)، *الدروس الشرعية، فى فقه الاماميه*، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٧ق.
- العكبري البغدادي، محمد بن النعمان (المعروف بالشيخ المفيد)، *المقنعه*، قم، كنگره جهانى هزاره شيخ مفيد، چاپ اول ١٤١٣ق.
- على آبادي، عبدالحسين، *حقوق جنائبي*، تهران، فردوسي، چاپ دوم، ١٣٨٥.
- الفاضل اللنكراني، الشيخ محمد، *تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيله (الحدود)*، قم، مركز فقه الأئمة الأطهار، الطبعة الثانية، ١٤٢٢ق.
- القمي، محمد بن على بن بابويه (المعروف بالصدوق)، *علل الشرايع*، قم، كتابفروشى داوري، بى تا، (افست شده از روى نسخه مكتبة الحيدريه، نجف اشرف، ١٣٨٦ق).
- الكريمي الجهرمي، على، *الدر المنضود فى احكام الحدود*، (تقريرات أبحاث السيد محمدرضا الكليبايگاني)، قم، دارالقرآن الكريم، الطبعة الاولى، ١٤١٢ق.
- الكلينى الرازي، محمد بن يعقوب، *الكافي*، تهران، دارالكتب الاسلاميه، الطبعة الرابعه، ١٤٠٧ق.
- كيدري، قطب الدين محمد بن حسين، *إصباح الشيعة بمصباح الشريعة*، قم، مؤسسة الامام الصادق، الطبعة الاولى، ١٤١٦ق.
- مير محمد صادقي، حسين، *حقوق كيفرى اختصاصي ٢ (جرائم عليه اموال ومالكيت)*، تهران، نشر ميزان، چاپ ششم، ١٣٧٨.
- نجفي، محمد حسن، *جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام*، تهران، دارالكتب الإسلامية، الطبعة الرابعه، ١٣٧٤.
- نجيب الحسنى، محمود، *جرائم الاعتداء على الاموال*، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقيه، الطبعة الثالثه، ١٩٩٨م.
- النسائي، احمد بن على، *سنن النسائي*، بيروت، دارالفكر، الطبعة الاولى، ١٩٣٠م.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۷
تابستان ۱۳۹۳، ص ۱۳۹ - ۱۲۱

پژوهشی در مفهوم و حجیت ارتکاز متشرعه در بیان فقیهان شیعه*

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه یاسوج

Email: Alishahi88@gmail.com

چکیده

سیره در فقه شیعه از جایگاه ویژه‌ای برخوردار بوده و به عنوان مهم‌ترین دلیل در احکام امضایی اسلام بکار رفته است، فقیهان شیعه به عنوان یکی از ادله استنباط احکام از آن بهره گرفته تا آنجا که آن را از اجماع بالاتر دانسته و حجیت سیره را به سبب امضا و یا عدم ردع از سوی معصوم (علیه السلام) پذیرفته‌اند.

در گذر تاریخ استنباط، اصطلاح نوینی بوجود آمد که همسوی با سیره به عنوان مدرک برای استنباط احکام بکار گرفته شد و فقیهان آن را ارتکاز متشرعه نامیدند. ارتکاز متشرعه، ثبوت و استقرار مفهومی در ذهن متدینان است که به راحتی نمی‌توان از آن دست کشید و گاه به سلوک و رفتار بیرونی نیز می‌انجامد و گاه در حد ذهنی بودن باقی می‌ماند. این‌که فقها در آثار خود در برخی احکام به ارتکاز استناد کرده‌اند، نمایان‌گر آن است که ارتکاز از دیدگاه ایشان حجت است. ارتکاز مفهومی جدای از سیره است و شایسته است تحت عنوانی جدای از سیره به آن پرداخته شود، هرچند مانند سیره، قرینه‌ای لبی به‌شمار می‌رود و در بسیاری از موارد منشأ ظهور برای ادله می‌گردد.

در این پژوهش تلاش شده است، پس از تعریف سیره و ارتکاز متشرعه و اثبات شرایط حجیت آن‌ها، به مقایسه این دو اصطلاح پرداخته شود و اشتراکات و تمایزات آن‌ها روشن گردد و سپس به مواردی که می‌توانند منشأهایی برای ارتکاز به‌شمار آیند، اشاره شده است.

کلیدواژه‌ها: سیره، عقلا، ارتکاز، متشرعه.

پیشگفتار

سیره عقلا، عملاً یکی از مهم‌ترین منابع و ادله احکام است که در صورت نبود ادله چهارگانه به سبب این‌که دربرگیرنده نتیجه اجماع است، از این جهت که کشف از قول معصوم (علیه السلام) می‌کند، حجت است (اسماعیل پور قمشه‌ای، ۱۳۶/۱). در حقیقت، سیره نوعی اجماع، بلکه بالاترین نوع اجماع است؛ زیرا اجماع در فتوا، اجماع قولی است و تنها از عالمان شیعه پذیرفته است در صورتی که سیره، اجماع عملی علما و غیر علما است (مظفر، ۱۷۴/۲). از سوی دیگر، بسیاری از احکام وضعی اسلام، امضایی به‌شمار می‌آیند که سرچشمه آن‌ها سیره عقلا می‌باشد (مشکینی، ۲۳۶). با این وجود علما به سیره و خصوصاً به ارتکاز که متفاوت با سیره است، اجمالاً استدلال کرده‌اند (حایری، ۶۵؛ حکیم، محسن، ۱۸۰/۱ و ۳۳۱؛ امام خمینی، الرسائل، ۳۱۳/۱). برخی از فقیهان مانند محمد تقی حکیم در ضمن این‌که بحث سیره را شکافته و شقوق آن را بیان داشته، به بحث ارتکاز نیز پرداخته است (۲۰۰).

تاریخچه سیره

اصطلاح خاص سیره عقلا در فقه اهل سنت، از دیرباز جایگاه ویژه‌ای دارد (زحیلی، ۸۲۸/۲)، اصطلاح سیره عقلا نزد دانشمندان اصول فقه، با عناوینی مشابه چون عرف عقلا، بنای عقلا، سلوک و عمل عقلا، بنای عرف، عرف عام، احکام عقلایی، عمل عقلا و روش عقلا به‌کار رفته است (نک: وحید بهبهانی، ۷۰؛ شهید ثانی، الروضه البهیة، ۲۲۷/۶؛ علامه حلی، ۱۱/۱۰). اصطلاح سیره عقلا در دو قرن اخیر از زمان شیخ انصاری استفاده فراوانی یافته است. سیره از ویژگی‌های «مکتب عرفی» در فقه شیعه به‌شمار می‌رود به گونه‌ای که برای مباحثی چون، حجیت ظواهر و حجیت خبر ثقه به عنوان استوارترین دلیل بکار می‌رود (اصغری، ۵). هرچند پیش از شیخ، این شیوه استدلال کم‌تر مورد توجه قرار می‌گرفت، ولی می‌توان به مواردی که مفاهیم مشابه با سیره بکار رفته است، برخورد می‌شود، شیخ طوسی به سیره اشاره‌هایی داشته است و پس از ایشان فقیهان به صورت گسترده به این اصطلاح پرداخته‌اند. شاید اولین فقیهی که آن را به طور صریح و مفصل و جداگانه تحت عنوان «عادت» مطرح کرده و به آن پرداخته، شهید اول است (شهید اول، ۴۳۳/۱).

تعریف و حجیت سیره

سیره در اصطلاح، به استمرار عادت مردم و قیاس عملیشان بر انجام کاری یا ترک عملی

گفته می‌شود. اگر مراد از مردم، همه عقلا و عرف عام از هر ملت و گروه باشند که مسلمانان و غیر آنان را در بر گیرد، به آن سیره عقلائیه یا بنای عقلا می‌گویند ولی اگر تنها مسلمانان یا پیروان مذهب و گروهی خاص از مسلمانان متدین باشند، که سلوکشان بر روشی عام در عصر معصومان (علیهم السلام) باشد، سیره متشرعه یا سیره شرعیه می‌نامند (مظفر، ۱۷۱/۲؛ صدر، دروس فی علم الاصول، ۹۴/۱). کاظمی در کتاب خود می‌نویسد: «سیره عبارتست از عمل کردن مسلمانان به آنچه که التزام به احکام شریعت است» (۱۹۱/۳).

سیره عقلا به معنای روش مستمر عملی همه عقلای عالم بر انجام دادن یا ترک عملی است. عاقلان عالم، صاحبان عقل و اندیشه با این‌که در زمان‌ها و مکان‌های گوناگونی زندگی می‌کنند و دارای دین، مذهب و فرهنگ متفاوتی‌اند، در مواردی بدون توافق قبلی، عملی یکسان را به طور مستمر انجام می‌دهند. برای نمونه، همه آن‌ها ظواهر کلام را حجت دانسته و به آن تمسک می‌نمایند و یا همه عقلا در چیزهایی که علم و تخصصی درباره آن‌ها ندارند، به متخصص رجوع می‌کنند، چنان‌که بیمار به پزشک و جاهل به عالم رجوع می‌کند (حکیم، محمد تقی، ۱۹۱). این سیره زمانی حجت است که به گونه یقینی احراز گردد که شارع مقدس مانند دیگر عقلا دارای همین روش می‌باشد (جناتی، ۴۱۴).^۱

برخی، مراد از سیره عقلایی را تنها در رفتار عینی و ملموس نمی‌دانند، بلکه باور دارند شامل مرتکبات ذهنی عقلایی نیز می‌گردد، اگر چه، هنوز بالفعل طبق آن ارتکاز رفتاری عینی صورت نگرفته باشد (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۲۳۴/۴). برای نمونه در مورد ثبوت کریت آب با سخن فرد ذی الید، گفته‌اند هر چند سیره عملی بر این مسأله وجود ندارد ولی سیره ارتکازی بر این ثبوت وجود دارد و شکی نیست که متشرعه، اعتماد بر خبر ذی الید در مانند کریت، نجاست و مانند اینها را که متعلق به امور فی الید است، جایز می‌دانند (حکیم،

^۱ - سیره از یک جهت به سه قسم تقسیم می‌شود: الف- سیره‌ای که موضوع حکم را روشن می‌کند، ولی در باب حکم ساکت است و حکم آن با دلیلی از کتاب، سنت یا ادله دیگر اثبات می‌شود. ب- سیره‌ای که ظهور دلیل را تنقیح می‌کند و مانند قرینه‌های لبی هستند که در ظهور لفظ تأثیر می‌گذارند. ج- سیره عقلایی که از آن برای استدلال جهت وجود کبرای حکم شرعی استفاده می‌شود؛ مانند سیره عقلایی مبنی بر این‌که هرکس اموال منقول و مباحی را حیازت کند، مالک آن می‌شود (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۲۳۵/۴-۲۳۷). سیره از جهت دیگر به دو قسم دسته‌بندی می‌شود: الف- سیره متشرعه به معنای اخص: یعنی نفس متشرع بودن علت پیدایش آن شده است، مانند جهر در نماز ظهر روز جمعه. ب- سیره متشرعه به معنای اعم: یعنی متشرعه عملاً پیرو چنین سیره‌ای هستند، خواه عمل آن‌ها به مقتضای متشرع بودنشان باشد، خواه به مقتضای طبیعت عقلایی آنان، مثل سیره اصحاب بر عمل به خبر ثقه. سیره به معنای اوله دلالت قوی‌تری از معنای دوم دارد؛ زیرا احتمال نمی‌رود که ناشی از طبیعت عقلایی باشد. تنها احتمال تلقی نادرست از بیان شارع وجود دارد که آن هم با حساب احتمالات منتهی است، ولی سیره متشرعه به معنای دوم احتمال دارد، ناشی از طبیعت عقلایی باشد (همان، ۲۴۱/۴-۲۴۳).

محسن، ۲۱۵/۱). بنابراین، این دسته از فقیهان در مورد مواضع عقلایی بحث می‌کنند، چه در رفتار عینی متجلی شده باشد که به آن سیره گفته می‌شود و چه هم‌چنان در ذهن آنان مستقر باشد که به آن ارتکاز می‌گویند.

یادآوری این نکته بایسته است که برخی از علما، شرط حجیت سیره را هم‌زمانی با زمان معصوم (علیه السلام) نمی‌دانند، بلکه از نگاه ایشان، کشف علم و آگاهی معصوم (علیه السلام) به سیره از هر راهی حاصل شود، کفایت می‌کند و لازم نیست از طریق هم‌زمانی معصوم با آن سیره باشد. برخی نیز تلاش کرده‌اند تا با تفاوت گذاشتن میان عمل خارجی و روح عمل، سیره‌های نوظهور را معتبر بدانند. بدین بیان که هر سیره یک پیکر خارجی دارد که ممکن است در زمان‌های گوناگون تغییر یابد، ولی دارای یک روح است که در تمام این تحولات ثابت است. حال اگر امضای معصوم (علیه السلام) صرفاً به پیکره و شکل خاص سیره و عمل خارجی باشد، قابل تسری و تعمیم به سایر موارد نیست. ولی اگر امضای معصوم (علیه السلام) نسبت به روح سیره باشد، می‌توان گفت عدم ردع و امضای شارع شامل سیره‌های نوظهوری می‌شود که در بردارنده این روح و نکته است (همان، ۲۴۴/۴). آخوند خراسانی در کتاب خود می‌فرماید:

سیره در صورتی که به زمان معصوم (علیه السلام) برسد باید کاشف از رضایت صاحب شریعت باشد و بعید و چه بسا محال است که سوای از امر و دستور شارع، مسلمانان سیره‌ای را مستقر و عملی را بر چیزی استقرار دهند. اگر مسلم شود که بدون دستور شارع سیره می‌تواند محقق شود، لاقلاً باید کاشف از رضایت شارع باشد و شارع از آن ردع نکرده باشد. پس سیره مردم عوامی که آشنایی به آداب شریعت ندارند و ابایی از مخالفت با شریعت ندارند، معتبر نیست چه این که کاشف از رضایت معصوم (علیه السلام) نیست (کاظمی، ۱۹۱/۳).

معنای لغوی ارتکاز

ارتکاز از ریشه «رکز» به معنای فرو کردن چیزی به گونه عمودی است، مانند فرو کردن نیزه در زمین که بتوان بر آن تکیه کرد (فراهیدی، ۲۰/۵؛ جوهری، ۸۸۰/۱؛ ابن منظور، ۳۵۵/۵). «رکز شیئا فی شیء» یعنی چیزی را در چیز دیگر قرار داد. از این رو به افرادی که در کار معدن هستند، رکاز می‌گویند چرا که مستقر در درون زمین هستند (انصاری، محمد علی، ۳۸۹/۲). بنابراین می‌توان گفت: اگر چیزی در چیز دیگری پابرجا و استوار شود، این واژه به کار می‌رود.

در آیات قرآن نیز این واژه به کار رفته است، آنجا که خداوند می‌فرماید: «وَكَمْ أَهْلَكْنَا قَبْلَهُمْ مِنْ قَرْنٍ هَلْ تُحِسُّ مِنْهُمْ مِنْ أَحَدٍ أَوْ تَسْمَعُ لَهُمْ رِكْزًا» (مریم: ۹۸)؛ چه بسیار اقوام (بی‌ایمان و گنهکاری) را که پیش از آنان هلاک کردیم؛ آیا احدی از آن‌ها را احساس می‌کنی؟! یا کمترین صدایی از آنان می‌شنوی. آنچه از این آیه برمی‌آید اینست که «رکز» در این آیه به معنای مجازی در مانند صوت و صدا بکار رفته است و گرنه در حقیقت به این معنا است که خبری از آن‌ها نمی‌شنوی که تثبیت امور و پابرجایی حیات آن‌ها را در بر داشته باشد (مصطفوی، ۲۱۳/۴).

گذشتگان از فقیهان واژه ارتکاز را برای پابرجایی مطلبی در ذهن بکار برده‌اند. برای نمونه، شیخ مفید «رجعت» را به معنای بازگشت مردگان و آن را از معانی ارتکازی نقش بسته در اذهان متشرعه، می‌داند (مفید، ۲۹۲). برای شناخت معنای اصطلاحی ارتکاز به‌ناچار باید مقدماتی بیان شود. چرا که اصولیان در مورد ارتکاز بحث نکرده‌اند، اگرچه آن را اجمالاً در کتاب‌های فقهی و اصولی خود معتبر می‌دانند.

معنای اصطلاحی ارتکاز

ارتکاز، ثبوت مفهومی خاص در ذهن گروهی از مردم یا اغلب آن‌ها و یا همه مردم است. مفهوم امر ارتکازی، گاهی در اذهان به صورت صرفاً نظری است، مثل ارتکاز به این که دو نفر بیشتر از یک نفر است و گاهی مفهومی نظری است که عمل مبتنی بر آن است، مثل ارتکاز حجیت قول ثقه و خبر دادن آن نزد عاقلان عالم. عقلای عالم زندگی و اعمال خود را بر اساس این اصل که به صورت ارتکازی در اذهان آنان است، بنا می‌کنند؛ و دیگر مانند ارتکاز محترم بودن کعبه و قرآن نزد مسلمانان که برای آن‌ها حرمت دارد و بر طبق این ارتکاز عمل می‌کنند و یا هر کسی را که به کعبه و قرآن هتک حرمت کند و از آن‌ها محافظت نکند، به شدیدترین حالت مورد سرزنش قرار می‌دهند و هم‌چنین ارتکاز حرمت ائمه معصوم (علیهم السلام) نزد امامیه از جمله این موارد است (انصاری، محمد علی، ۳۹۰/۲).

ویژگی ارتکاز اینست که به گونه‌ای در ژرفای درون انسان رسوخ کرده است که دست کشیدن از آن به راحتی امکان‌پذیر نیست (حسینی سیستانی، ۳۵۰). بنابراین، ارتکاز عبارت است از رسوخ برخی مفاهیم در ذهن که گاهی بر اساس آن سیره عملی پدید می‌آید و گاهی به دلیل این که مفهومی نظری است بر اساس آن، سیره عملی برقرار نمی‌شود، منشأ ارتکاز گاه

فطرت و غریزه و گاه قانون و قدرت تشریعی می‌باشد. ظاهراً اصولیانی که ارتکاز را به صورت اجمالی از جمله دلایل محسوب می‌کنند، مقصودشان ارتکازی است که سیره عملی بر طبق آن بوجود بیاید. (انصاری، محمد علی، ۳۹۱/۲).

ارتکاز در کلام فقیهان و اصولیان

آنچه از کلام شهید صدر بدست می‌آید، اینست که ایشان سیره را دربر گیرنده ارتکاز نیز می‌داند و باور دارد: سیره اعم از سلوک خارجی است که شامل مرتکبات عقلائیه نیز می‌شود، اگرچه بر طبق آن رفتاری خارجی صادر نشده باشد، چرا که موضوع آن ارتکاز، هنوز به وجود نیامده است (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۲۲۴/۴).

ایشان در بحث جنبه اجتماعی فهم نص باور دارد کسی که می‌خواهد نص را دریابد، در گستره‌های گوناگون زندگی اجتماعی با دیگر خردمندان همنوع خویش به سر برده است. چنین کسانی که زندگی اجتماعی این گونه دارند، آگاهی مشترک و ذهنیت واحدی، در کنار آگاهی‌ها و جهت‌گیری‌های ویژه هر فرد، نزد آنان شکل می‌گیرد. این آگاهی مشترک و ذهنیت واحد، پایه ارتکازهای همگانی و سلیقه‌ای مشترک را در گستره‌های گوناگون می‌سازد که عرصه تشریح و قانونگذاری نیز از آن‌ها است. ارتکازهای همگانی و سلیقه مشترک در عرصه تشریح و قانونگذاری همان چیزی است که فقیهان در فقه آن را مناسبت‌های حکم و موضوع، می‌نامند. برای نمونه می‌گویند: هرگاه دلیلی دلالت کند که هر کس آبی را از نهری یا چوبی را از جنگلی به چنگ آورد، مالک آن خواهد بود، درمی‌یابیم که هر کس چیزی از ثروت‌های خام و دست نخورده طبیعی را به دست آورد مالک می‌شود، بی‌آن که میان آب و چوب و جز آن‌ها فرقی باشد؛ چرا که مناسبت‌های حکم و موضوع، محدود کردن موضوع حکم را تنها به چوب و آب روا نمی‌شمارد (صدر، فهم اجتماعی از نصوص در فقه امام صادق، ۹۹).

نقد دیدگاه شهید صدر (ره)

بنظر می‌رسد میان مناسبت حکم و موضوع و ارتکاز تفاوت باشد و بتوان گفت ارتکاز از اسبابی است که مناسبت میان حکم و موضوع را سامان می‌دهد و سبب پیدایش آن می‌شود (حایری یزدی، ۶۴۲). هرچند صدر و برخی فقیهان بر این باورند که ارتکاز بر پایه مناسبت حکم و موضوع استوار شده و از آن نشأت گرفته است (صدر، بحوث فی شرح العروة الوثقی،

۱۰۳/۱؛ خویی، محاضرات فی اصول الفقه، ۲۸۸/۱). با تعریف مناسبت میان حکم و موضوعی تا حدودی تفاوت این دو اصطلاح با هم روشن می‌گردد، در تعریف مناسبت میان حکم و موضوع می‌توان گفت: مناسبت حکم با موضوع عبارت است از حالات و خصوصیات موضوع که حکم را آورده و گاه باعث گستردگی اثبات حکم به دیگر موارد و گاه تنگی و محدودیت حکم را خواهان است، به گونه‌ای که یارای سرایت به دیگر موضوعات را نخواهد داشت.

دیدگاه شرط بودن ثبوت سیره در تحقق ارتکاز

برخی از فقیهان در ارتکاز، افزون بر وجود شعور عمیق و راسخ در ذهن، فعل یا ترک را نیز معتبر می‌دانند. پس، در تعریف ارتکاز متشرعه این‌گونه گفته‌اند: نوعی ادراک و شعور ناخودآگاه و عمیق به نوع حکم که در ذهن متشرعان رسوخ کرده است؛ به گونه‌ای که منشأ پیدایش آن حقیقتاً روشن نیست (حکیم، محمد تقی، ۲۰۰). البته یادآوری این نکته ضروری است که اجمالاً، علت پیدایش ارتکاز متشرعه، اعتقاد متشرعه به شریعت واحد و پایبندی به آن به حساب می‌آید (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۴۵).

به بیان دیگر ارتکاز علم به معلوماتی است که در ذهن اشخاص انباشته گشته است و به آن توجه نمی‌شود و چه بسا این علم و شعور ناخودآگاه منشأ بسیاری از اعمال نزد عقلا و یا متشرعان می‌گردد که علت آن برای خودشان هم روشن نیست. برای مثال کسی که در منطقه‌ای عرب‌زبان زندگی می‌کند وقتی با لفظی عربی مورد خطاب قرار می‌گیرد، بلافاصله معنای آن لفظ به ذهنش خطور می‌کند و این به سبب همان علم ارتکازی اوست. این ارتکاز عقلایی منشأ سیره عقلایی است، در ارتکاز متشرعه نیز امر به همین گونه است.

از نگاه برخی دانشمندان هر گاه فعلی در پرتو سیره (متشرعه یا عقلاییه) به جهت مداومت در تکرار و استمرار در ذهن، سخت جایگزین، استقرار و ثبوت یابد، آن را ارتکاز گویند (کاظمی، ۱۹۲؛ فیض، ۲۲۴).

دیدگاه شرط نبودن ثبوت سیره در تحقق ارتکاز

در برابر گروه نخست که ارتکاز را وابسته به تحقق عمل خارجی می‌دانند، برخی دیگر بر این باورند که ارتکاز عقلا و متشرعه الزاماً وابسته به عمل خارجی نیست چه این‌که امور ارتکازی مفاهیمی ذهنی‌اند که انسان‌ها بدون توجه، نظر و استدلال و حتی بدون اراده بر طبق

آن‌ها رفتار می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۶۱/۲؛ فیض، ۲۲۵؛ صدر، بحوث فی الاصول، ۲۳۴/۴). با توجه به این دیدگاه، سیره عقلا را دو گونه می‌توان دانست: سیره عقلا به معنای اخص که در برابر سیره متشرعه قرار می‌گیرد و سیره عقلا به معنای اعم که اعم از سلوک خارجی و مرتکبات عقلائی است. هر چند از سوی عرف و عقلا بر طبق آن سلوک خارجی تحقق نیافته باشد (کاظمی، ۲۳۴/۳).

نقد و بررسی

به نظر می‌رسد دیدگاه نخست درست‌تر می‌باشد؛ زیرا میان سیره و ارتکاز تلازم عرفی وجود دارد، آن‌هم تلازم میان علت و معلول، در نتیجه هر سیره‌ای از ارتکاز نشأت گرفته است و هر ارتکازی علت برای سیره است. برای نمونه ارتکاز عقلائی و متشرعه بر حجیت قول فرد ثقه، علت برای شکل‌گیری سیره ایشان بر این مطلب می‌باشد که با قول ثقه در مقام منجز شدن تکلیف و معذور بودن مکلف، رفتار و معامله علم کنند (حسینی شیرازی، ۲۳۷/۱).

حجیت ارتکاز

حکم ارتکاز [عقلا، مسلمانان و متشرعه] از جهت حجیت، همانند حکم سیره است که تفصیل آن آورده شد. پس زمانی که ارتکاز متصل به زمان یکی از معصومان (علیهم السلام) باشد و به سمع و نظر معصوم رسیده باشد و از آن نهی نکرده باشد، در این صورت حجیت است. وگرنه ارتکازی که بعد از زمان معصوم باشد، حجیت نیست مگر این‌که رضایت معصوم به طریقی در مورد آن احراز شود (انصاری، محمد علی، ۳۹۱).

امام خمینی باور دارد ارتکاز زمانی حجیت است که منجر به سیره شود، ایشان فرموده است: بی‌شک عقلا میان دیدگاه مجتهد میّت و زنده تفاوتی نمی‌نهند؛ چون در ارتکاز عقلا، دیدگاه‌های مجتهدان - مثل دیگر امارات - همگی طُرُق و اماراتی به سوی واقع هستند، ولی بحث در این است که آیا صرف نبود تفاوت میان دیدگاه مجتهد زنده و میّت براساس ارتکاز کفایت می‌کند یا باید مطلب دیگری نیز اثبات شود و آن این که بنای عقلا و عرف ثابت نزد آن‌ها که بر عمل کردن به دیدگاه میّت استوار است، در زمان معصوم (علیه السلام) وجود داشته و به همین جهت از عدم نهی و سکوت معصوم (علیه السلام)، رضایت ایشان استفاده می‌شود. ظاهراً دیدگاه دوم درست است؛ چون اگر سیره عقلا بر عمل کردن به قول میّت جاری نشده

باشد- هر چند ارتکاز آن‌ها بر جواز عمل به قول میّت بوده باشد- دیگر برای نهی و ردع شارع موضوعی باقی نمی‌ماند؛ زیرا آنچه بر شارع واجب است، ردّ سیره‌ای است که میان عقلا بر اساس ارتکازشان جریان دارد، اما اگر براساس ارتکازشان رفتار نکنند، غرض شارع بدون نیاز به ردع حاصل می‌شود (امام خمینی، تهذیب الاصول، ۲/۳).

برای همین است که امام خمینی در باب ارتکازی که به سیره بینجامد، باور دارد امامان معصوم (علیهم السلام) با توجه به علم غیبی که داشته‌اند برخی از ارتکازهای منجر به سیره را که در آینده تحقق پیدا خواهند کرد و متأخر از زمان ایشان بوده، در مرآی و منظر خود قرار داده‌اند و در نتیجه از آن‌ها ردع نکرده‌اند؛ ایشان در کتاب اجتهاد و تقلید می‌نویسد: امامان معصوم (علیهم السلام) می‌دانسته‌اند که در زمان غیبت علمای شیعه به کتاب‌ها و جوامع روایی مراجعه خواهند کرد و شیعیان بر اساس ارتکازاتشان به علما مراجعه خواهند کرد، اگر به این ارتکاز راضی نبودند، باید منع می‌کردند؛ زیرا تفاوتی میان سیره متصل به زمان ایشان و یا غیر متصل نیست، همان‌گونه که از زمان غیبت و هرج و مرج آگاهی داده‌اند (امام خمینی، الرسائل، ۱۳۰/۲).

مرحوم خوئی نیز سیره ارتکازی‌ای را حجت می‌داند که در مرآی و منظر معصوم (علیه السلام) باشد و اگر ارتکازی این‌چنین نباشد از عدم ردع نمی‌توانیم بدست آوریم که امضا کرده‌اند (خوئی، التنقیح، ۳۳۰/۱).

در برابر این دیدگاه، دیدگاه دیگری وجود دارد که بیان می‌کند، نیاز نیست ارتکاز به سیره بینجامد و در نتیجه تأیید معصوم (علیه السلام) را به همراه داشته باشد، مرحوم محسن حکیم در مسأله ثابت شدن مقدار کر شرعی با سخن ذو الید که درباره آن نص خاصی نرسیده و سیره‌ای نیز که متصل به زمان معصوم (علیه السلام) باشد وجود ندارد، بر این باور است که سیره بر اعتماد کردن به خیر دو الید درباره نجاست چیزی وجود دارد و این سیره دلالت بر وجود یک ارتکاز متشرعی بر عمل کردن به سخن ذو الید می‌کند و این ارتکاز مانند سیره حجت است (۲۱۵/۱). شهید صدر که به همین دیدگاه گرایش دارد و تبدیل ارتکاز به سیره را در حجیت ارتکاز شرط نمی‌داند و نیز لازم نمی‌داند که مسأله مورد ارتکاز، دارای تطبیق فعلی باشد بر این باور است که باید ملاک استکشاف امضاء و عدم ردع را بدست آورد، اگر به وظیفه امر به معروف و نهی از منکر برگردد، باید تطبیق فعلی در زمان معصوم (علیه السلام) داشته باشد و به سیره بینجامد، یا این‌که نقش امام را مانند قانونگذار و مشرّع دانست که در این

صورت ردع نکردن کاشف از امضاء است و ظاهراً نقش امام از نوع دوم است (صدر، بحوث فی شرح العروه الوثقی، ۱۲۹/۲). برای همین است که می‌توان حجیت ارتکازات عقلائیه را که در حقیقت قانونگذاری‌های عاقلان است، گسترش داد و برای مواردی که در عصر شارع نیز نبوده‌اند، ثابت دانست. مگر این‌که شارع آن را در ضمن حدود شرعی و شروط عامه ممنوع کرده باشد. این شروط عامه در باب اموال و اعیان ملکی به مانند حدود و تزییقات برای اعتبار عقلایی و قانون‌گذاری‌های بعدی به شمار می‌آید. مثلاً در حق تألیف که یک امر مستحدثه است، ممنوعیتی در شرع، از مانند چنین حق عقلایی یافت نمی‌شود که در ضمن شروط عامه به اثبات رسیده باشد (بحرانی، ۴۸۳ و ۴۸۶).

از سوی دیگر نیز به نظر می‌رسد باید میان ارتکازات نیز تفاوت گذاشت و اعتبار برخی از مسائل را به ارتکازات از سوی شرع دانست و اعتبار برخی را حتی از ارتکازات عرف نیز به دست آورد. مثلاً برای جزئیت چیزی برای مفهومی که از مفاهیم عرفی است، ارتکاز عرف در جزئیت برای آن کفایت می‌کند ولی اگر مفهوم از مفاهیمی باشد که شارع آن را اختراع کرده است، مانند اقتدا به امام جماعت، در این صورت باید در به دست آوردن اجزا و شرایط آن به ارتکاز متشرعه روی آورد (حکیم، محسن، ۲۰۸/۷).

همچنین در نحوه حجیت نیز باید میان ارتکاز متشرعه با دیگر ارتکازات مانند ارتکاز عقلا تفاوت قائل شد، به این معنا که در ارتکاز متشرعه امضاء شرعی نیاز نیست، بر خلاف ارتکاز عقلا؛ زیرا ارتکاز متشرعه مانند اجماعی می‌ماند که اگر به اثبات برسد نیاز به امضای شرعی ندارد. علت این عدم نیاز به امضاء، اینست که میان ارتکاز متشرعه با استناد آن به حکم شرع تلازم وجود دارد و کاشفیت نوعی از حکم شرع دارد، مانند تلازم عرفی میان ظاهر و مراد لفظ (حسینی شیرازی، ۲۴۷/۱ و ۲۴۸). مقام ارتکاز همانند مقام سایر ادله لَبّی است مانند اجماع و سیره. از این جهت که جز بر قدر متیقن دلالت نمی‌کند و در آن اطلاق وجود ندارد (فاضل لنکرانی، ۴۵).

منشأ پیدایش ارتکاز

ارتکاز می‌تواند از چیزهای گوناگونی سرچشمه گیرد:

الف- برخی از امور فطری و غریزی که می‌تواند چیزهایی را در اذهان همه مردم استوار سازد، مانند پذیرش خیر انسان ثقه که فطرت، آن را پذیرفته است (طوسی، ۹). شیخ طوسی در

این باره می‌گوید: راه شناخت اشیا چهار چیز است، اولین آن اینست که شیء از روی ضرورت شناخته شود به سبب ارتکازی بودن آن در عقل‌ها. مانند علم به این که دو بیشتر از یک است (همان، ۶۱). برخی از فقیهان مستند رجوع جاهل به عالم و لزوم تقلید را ارتکاز سرشته شده با فطرت انسان‌ها می‌دانند که این ارتکاز با تأیید شارع نیز همراه شده است (بروجردی، ۲۵۳).
 ب- عمل کردن بر پایه حالت سابقه، از دیگر منشأها برای ارتکاز بشمار می‌رود. برخی در این باره گفته‌اند: عمل کردن به حالت سابقه امری ارتکازی در انسان‌ها و حتی در حیوانات است (انصاری، مرتضی، ۵۸۲/۲؛ انصاری، محمد علی، ۳۹۱).

ج- گاهی ارتکاز به سبب شرع به وجود می‌آید، مانند ارتکاز ارزش و احترام کعبه و قرآن و یا ارتکاز شرط بودن عدالت در مجتهد که این ارتکاز را از ناحیه شرع دریافت کرده‌اند (صافی گلپایگانی، ۱۲۶/۱). هر اندازه که شرع در دل مردم استوارتر باشد ارتکازی که به آن وابسته است، نیز پابرجاتر می‌شود. قدرت ستمگر نیز می‌تواند تأثیر داشته باشد ولی، این زور و قدرت ستمگر نمی‌تواند در قلوب پابرجا شود بلکه، تنها کردار مردم بر اساس آن خواهد بود.
 د- یکی از دیگر موارد منشأ ارتکاز، عادت مردم است که بر اساس عادت و اعتیاد چیزی را در اذهان خود باور دارند (یزدی، ۵۰۳/۲).

ه- وضع لغت از دیگر منشاهای ارتکاز است که گاه بر پایه و اساس لغت و کاربرد آن برای اشخاص ارتکاز بوجود می‌آید (خویی، التقیح، ۱۵۵/۳).

و- شدت ارتباط و مناسبت میان حکم و موضوع از دیگر مناشی ارتکاز است، سیستانی از فقیهان که مناسبت حکم و موضوع را برای ارتکاز منشأ می‌داند، بیان می‌دارد: گاه دلیلی در برابر مناسبت حکم و موضوع از سوی شرع صادر شده است که هرچند شدت مناسبت میان حکم و موضوع خیلی شدید است، ولی با این حال شارع به صورت کنایی این مناسبت را معتبر ندانسته است؛ مثلاً در جامعه‌ای این باور جا افتاده است که نمی‌شود عالمی باشد که اکرام آن واجب نباشد، زیرا احترام فراوانی برای عالمان قایلند؛ در این صورت شارع می‌گوید: «الفاسق لیس بعالم» تا با این شعور آنها روبه‌رو نشود، ولی حکم مخالف با باور را صادر کرده باشد، دلیل «لا طلاق الاً بالشهاد» نیز از همین قسم است (حسینی سیستانی، ۲۵۰).

این موارد از مواردی است که می‌تواند ارتکاز ساز باشد، ولی تنها این‌ها نیستند بلکه، گاهی به وسیله امور دیگری نیز ارتکاز و باور مردم شکل می‌گیرد، مانند تبلیغ حکومت و یا افرادی که از نخبگان مردم هستند؛ تلاش پی‌گیر آنها سبب می‌شود چیزی، خلاف باورهای گذشته

مردم را شکل دهد و از مرتکبات آن‌ها شود (همان، ۲۵۱). اگرچه در این‌جا نیز مردم به این اعتبار که شرع گفته است، باورشان را شکل داده‌اند ولی بالاخره، ارتکازی به وجود آمده است که در به وجود آمدن آن نقشی نداشته‌اند. بنابراین مرتکبات عقلایی ممکن است از فطرت یکسان انسان‌ها یا از دین واحد یا از مناسبات اجتماعی، فرهنگی و منطقه‌ای واحد، ناشی شود. گاه نیز برخی از ارتکازات از انس اذهان متشرعه با فتاوی فقیهان گذشته و جدید سرچشمه می‌گیرد (شاهرودی، کتاب الحج، ۱۲/۱).

اقسام ارتکاز

می‌توان ارتکاز را به چهار قسم تقسیم‌بندی کرد که عبارتند از:

۱- ارتکاز عاقلان ۲- ارتکاز عقل ۳- ارتکاز مسلمانان ۴- ارتکاز متشرعه.

برای روشن شدن موضوع به تعریف این‌ها پرداخته می‌شود:

۱- ارتکاز عاقلان: شعور و فهم بس عمیق، از نوع حکمی است که اساس کردار و یا ترک عملی از سوی عاقلان می‌شود و روشن نیست، از کجا سرچشمه گرفته است، وابسته به مذهب و یا آیین خاصی نیز، نیست؛ مانند زشتی تکلیف کردن به کاری که از توان افراد بیرون است (طوسی، ۶۱) و بازگشت جاهل به عالم در اموری که نمی‌داند (خمینی، مصطفی، ۱۲۳/۲).

۲- ارتکاز متشرعه: فهم و شعوری بس عمیق که در بین متدینان به مذهب وجود دارد و سرچشمه کردار و یا ترک چیزی شده است و سرچشمه این باور، روشن نیست، مانند ارتکاز متشرعه در تقدم حج بر نذر به هنگام تراحم میان آن‌ها و یا ارتکاز به شرطیت عقل، ایمان و بقای عدالت در مرجع تقلید (حکیم، محمد تقی، ۲۰۰، حسینی شیرازی، ۶۳/۹، خویی، ۲۲۳/۱). و همین ارتکاز متشرعه است که در نزد فقیهان، از راه‌های یقینی دستیابی به سنت شناخته شده است (شاهرودی، فرهنگ فقه، ۳۴۶/۱).

پس از این دو تعریف می‌توان دیگر ارتکازات را هم به دست آورد و گفت:

دایره کسانی که دارای این شعور هستند از جهت گستردگی گوناگون است و می‌شود

بدین‌گونه به ترتیب، دایره شعور را دسته‌بندی کرد: ارتکاز عاقلان- مسلمانان- متشرعه^۱.

^۱- برخی در تفاوت میان ارتکاز مسلمانان با متشرعه گفته‌اند: در قسم نخست تنها سخن از شیوه مسلمانان است و به مذهب آنان نگریسته نمی‌شود ولی در ارتکاز بدست آمده از متشرعه، التزام و پایبندی به مذهب خاصی مراد می‌باشد (انصاری، محمد علی، ۳۹۱/۱)، مانند ارتکاز به احترام ائمه علیهم السلام در نزد شیعه که دیگر مسلمانان از این ارتکاز برخوردار نیستند (شاهرودی، ۳۴۵/۱). به نظر می‌رسد برای وجود این تفاوت، مستند و دلیل قابل قبولی وجود ندارد؛ زیرا نخست این‌که ارتکاز

گاهی عقل نیز ارتکازهایی دارد که در آن پابرجا گشته است که می‌توان از آن به ارتکاز عقلی، تعبیر کرد؛ مانند این که شخص ناآگاه باید به عالم مراجعه کند و از سخن و نظرهای او پیروی نماید (عراقی، مقالات الاصول، ۵۰۴/۲).

اشتراکات سیره با ارتکاز

ارتکاز که از نگاه فقیهان در حقیقت پشتوانه علمی سیره بشمار می‌آید به این معنا که گاه بر پایه ارتکاز متشرعه سیره عملی نیز شکل می‌گیرد (شاهرودی، فرهنگ فقه، ۳۴۵/۱) با سیره دارای اشتراکاتی است، از اشتراکات سیره و ارتکاز اینست که همان‌گونه که سیره می‌تواند دلیل شرعی را تخصیص بزند (خمینی، مصطفی، ۵۰۵/۶)، ارتکاز نیز می‌تواند دلیل شرعی را تخصیص بزند، مثلاً در ادله آمده است حائل میان مأمومین و امام جماعت سبب بطلان نماز جماعت می‌شود، این ادله مطلق هستند و تفاوتی میان زن و مرد نگذاشته‌اند، ولی با بهره‌گیری از ارتکاز عرف می‌توان این ادله را تخصیص زد و گفت: در زنان این حایل اشکالی ندارد؛ زیرا در باور آنان وجود حایل میان زنان و مردان به وحدت مجلس ضرری نمی‌رساند ولی همین حایل را در مردان سبب از میان رفتن وحدت مجلس می‌داند (نایینی و عراقی، ۱۶۶). از دیگر اشتراکات اینست که همان‌گونه که پیش از این گفته آمد، هر دو از ادله لیبی بشمار می‌آیند و در نتیجه اطلاق ندارند و در آنها باید به قدر متیقن اکتفا کرد (شبر، ۴۱۱/۱؛ فیاض کابلی، ۱۸۰).

تفاوت‌های سیره با ارتکاز

سیره که عبارت از سلوک و عملی تحقق یافته از سوی متشرعه و یا عاقلان است (صدر، دروس فی علم الاصول، ۹۴/۱)، با ارتکاز متشرعه، تفاوت‌هایی دارد، برخی از تفاوت‌های سیره و ارتکاز از این قرار است:

الف- از آنجا که سیره، فعل یا ترك كاري است، زبان گویا ندارد و از جهت نوع حکم مجمل است، هرچند بر جواز و یا عدم جواز دلالت کند، ولی این دلالت مطلق است و تفاوت

مسلمانان در کتاب‌های فقهی بسیار اندک به کار رفته است و دوم این که تقریباً هر دو اصطلاح به یک مفهوم به کار رفته‌اند. البته شاید بتوان گفت تفاوت آن‌ها اینست که در ارتکاز مسلمانان التزام و پایبندی به شرع مد نظر نیست ولی در ارتکاز متشرعه التزام به دستورهای شرع مفروض است

آن با ارتکاز در همین جا به چشم می‌خورد که ارتکاز، به تعیین نوع حکم از وجوب و یا حرمت و جز آن‌ها می‌پردازد (همان، ۲۰۰).

ب- تفاوت دیگری که می‌توان میان سیره و ارتکاز قائل شد، اینست که در ارتکاز، شعوری عمیق به شیئی نسبت به نوع حکمی که بر فعل یا ترک آن از متشرعان صادر شده است، وجود دارد در حالی که منشأ آن شعور در بسیاری از موارد محققاً مشخص نیست (همان، ۸۰) در صورتی که در سیره بسیاری از وقت‌ها منشأ آن مشخص است.

ج- تفاوت دیگر در گستره حجیت است به این معنا که در حجیت سیره عملیه شرط است که مورد کثیر الابتلا باشد و از امور نادر نباشد، ولی در ارتکاز این ندرت به حجیت ارتکاز خللی وارد نمی‌کند (حکیم، محسن، ۴۶۵/۱ و ۴۶۶).

مواردی از استناد فقیهان و اصولیان به ارتکاز

همان‌گونه که گفته شد، اگرچه بسیاری از فقها تحت عنوان جداگانه‌ای ارتکاز را در آثار خود مورد بررسی قرار نداده‌اند، ولی استناد آن‌ها به ارتکاز در بسیاری از احکام نشان‌دهنده حجّت دانستن ارتکاز است، به برخی از این استنادها اشاره می‌شود:

۱- آقا ضیاء عراقی در کتاب خود در مورد حرام بودن عرق جنب در غیر از زنا می‌گوید: در نجاست عرق جنب نظرهایی وجود دارد، ولی وجیه‌ترین آنان اینست که از نماز خواندن در صورت برخورد با عرق جنب از حرام نهی می‌شود و می‌توان به ارتکاز نجاست این موارد نزد ذهن استناد کرد (عراقی، تعلیقه استدلالیه، ۲۵).

۲- سید مصطفی خمینی در کتاب خود در مورد احکام آب مشکوک می‌نویسد: اگر فرد شک کند و برای شک خود منشأ عقلایی نداشته باشد، آب محکوم به اباحه است و این به دلیل ارتکاز متشرع، بلکه ارتکاز جمیع عقلا بر آن است (خمینی، مصطفی، ۷۱/۱).

۳- عمده‌ترین دلیل وجوب تقلید نزد عرف، ارتکاز عقلا است و این از بدیهیات در نزد عقلا است که هر جاهلی به عالم رجوع کند (آخوند خراسانی، ۵۳۹؛ بروجردی، ۲۴۱؛ استرآبادی، ۹۰). اشکالی به این مطلب وارد است و آن این‌که ارتکاز و بنای عقلا بر امری، زمانی حجت است که شارع آنرا امضا کرده باشد و عدم ردع شارع نیز کفایت می‌کند و کاشف از امضای شارع است (امام خمینی، الاجتهاد والتقلید، ۳۷۹/۱). این زمانی است که بنای عقلا بر اساس عمل به دیدگاه پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) و ائمه معصوم (علیهم السلام) باشد، مانند بنای عقلا بر اصالت صحّت و عمل به قول ثقه و امثال آن از آنچه بنای عملی عقلا

متصل به زمان معصوم باشد. ولی زمانی که بنای عقلا بر عملی در موضوع مستحدثه که متصل به زمان معصوم (علیه السلام) نیست، باشد کاشفیت از امضای شارع بر امثال آن امکان‌پذیر نیست. فقها در زمان معصومان (علیهم السلام) اصحاب ائمه بوده که از فتاوی ایشان آگاه بوده- اند و به راحتی آنچه را که از ائمه‌ی معصومین (علیهم السلام) صادر شده از غیر آن تمییز می‌داده‌اند و اجتهاد در آن زمان مانند زمان ما نبوده است (امام خمینی، الاجتهاد والتقلید، ۶۶).

پس رجوع جاهل به عالم در آن زمان از باب رجوع به کسی بود که با علم وجدانی از مشافهت با ائمه علم به احکام داشته و رجوع به عالم در زمان ما از باب رجوع به کسی است که از احکام با ظن اجتهادی و امارات آگاه است و علم آنان تنزیلی و تعبدی است نه وجدانی. پس رجوع جاهل در این زمان به علمای دین است اگرچه این امر فطری باشد، طریقی برای آنان به جز این نیست اما این بنای عقلا به امضای شارع نرسیده است و این ارتکاز از سوی شارع امضا نشده است. پس عمل بر طبق آن میان بنده و مولی جایز نیست و صرف ارتکازی بودن رجوع هر صاحب حرفه‌ای به اصحاب آن حرفه و نیز هر جاهلی به عالم موجب حجیت هر رجوعی نمی‌شود در صورتی که متصل به زمان شارع نباشد تا این‌که امضای شارع از آن کشف شود (همان، ۶۸). امضای ارتکاز و بنای عقلا از امور لفظی نیست تا بتوان به عموم یا اطلاق آن تمسک جست و دلیلی بر امضای همه مرتکزات به جز آنهایی که استخراج شده‌اند وارد نشده است تا بتوان به آن تمسک جست.

در پاسخ به این اشکال می‌گوییم: این شک جز با اثبات یکی از این دو امر از راه منع خلو رفع نمی‌شود. نخست این‌که اجتهاد به معنای متعارف در عصر ما یا نزدیک به عصر ما در دوران ائمه (علیهم السلام) نیز متعارف بوده است و نیز این بنای عوام بوده که به فقها در آن اعصار رجوع کنند و این‌که ائمه معصوم (علیهم السلام) عوام را به رجوع به فقها تشویق می‌کرده‌اند.

دوم این‌که اثبات ردع کردن از ارتکاز رجوع جاهل به عالم بر ائمه (علیهم السلام) لازم بود، اگر چنان‌چه به این امر راضی نبودند. پس این‌که از آن ردع نکرده‌اند، کاشف از رضایت آنان است (همان، ۶۸).

نتیجه‌گیری

این پژوهش به دستاوردهایی رسیده است که عبارتند از:

الف- سیره متشرعه به استمرار عمل، عادت و سلوک متدینان بر روشی عام گفته می‌شود و

زمانی حجت است که تأیید معصوم (علیه السلام) و یا حداقل عدم ردع از سوی ایشان به اثبات برسد.

ب- ارتکاز در لغت به معنای ثبوت و پابرجایی چیزی در محلی است و ارتکاز متشرع در اصطلاح، به معنای ثبوت و رسوخ مفهومی خاص در ذهن متدینان است که گاه بر اساس آن سیره عملی نیز شکل می‌گیرد و گاه چنین سیره‌ای شکل نمی‌گیرد.

ج- ارتکاز متشرع با مناسبت میان حکم و موضوع متفاوت است و چه بسا بتوان گفت یکی از پایه‌های ارتکاز، مناسبت حکم و موضوع می‌باشد.

د- برای منشأ پیدایش ارتکاز در سخنان فقیهان، می‌توان به موارد گوناگونی اشاره کرد، امور فطری و غریزی، عمل بر پایه حالت سابقه، عادت مردم، وضع لغت و مناسبت میان حکم و موضوع از مواردی است که به عنوان مناشی ارتکاز شناخته شده‌اند.

ه- ارتکاز، مانند سیره به عقلا، متشرع و ... تقسیم می‌شود که بر اساس گستره افراد تغییر پیدا می‌کند.

و- اگرچه سیره با ارتکاز متشرع اشتراک‌هایی دارد ولی دارای تمایزاتی نیز می‌باشد؛ سیره، فعل یا ترك كاري است، زبان ندارد و از جهت نوع حکم مجمل است ولی ارتکاز، به تعیین نوع حکم از وجوب و یا حرمت و جز آن‌ها می‌پردازد. تفاوت دیگر در گستره حجیت است، در حجیت سیره عملیه شرط است که مورد کثیر الابتلا باشد و از امور نادر نباشد، ولی در ارتکاز این ندرت اشکالی ندارد.

منابع

قرآن کریم.

ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، نشر الادب و الحوزه، ۱۴۰۵ق.

استرآبادی، امین، *الفوائد المدنیة*، تبریز، نشر مشهدی اسد آقا، ۱۳۲۱ق.

اسماعیل پور قمشه‌ای، محمد علی، *البراهین الواضحات - دراسات فی القضاء*، قم، بی‌نا، ۱۴۲۱ق.

امام خمینی، روح الله، *الاجتهاد و التقليد*، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.

_____، *الرسائل*، تحقیق از مجتبی تهرانی، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۵ق.

_____، *انوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایة*، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی،

۱۴۱۴ق.

_____، *تهذیب الاصول*، تقریر از جعفر سبحانی، قم، دار الفکر، ۱۳۶۷.

- انصاری، محمد علی، *الموسوعة الفقهية الميسرة*، قم، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
- انصاری، مرتضی، *قرائد الاصول*، قم، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم، *کفایة الاصول*، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹.
- بحرانی، محمد سند، *فقه المصارف والنقود*، تقریر از مصطفی اسکندری، قم، مکتبه فدک، ۱۴۲۸ق.
- بروجردی، محمد تقی، *الاجتهاد والتقليد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دانشنامه حقوقی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۵.
- جناتی، منابع *اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، تهران، کیهان، ۱۳۷۰.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية*، تحقیق از احمد عبد الغفور عطار، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۰۷ق.
- حائری یزدی، عبد الکریم، *کتاب الصلاة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۲.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، موسسه آل البيت، ۱۴۱۴ق.
- حسینی سیستانی، علی، *قاعدة لا ضرر و لا ضرار*، قم، مکتبه آیه الله السید السیستانی، ۱۴۱۴ق.
- حسینی شیرازی، صادق، *بیان الاصول*، قم، دار الانصار، ۱۴۲۷ق.
- حکیم، محمد تقی، *الاصول العامة للفقہ المقارن: مدخل الی دراسة الفقہ المقارن*، [بی جا]، مؤسسه آل البيت للطباعة والنشر، ۱۹۷۹م.
- حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۴ق.
- خمینی، مصطفی، *تحریر العروه الوثقی*، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
- خویی، ابوالقاسم، *التفیح فی شرح العروه الوثقی*، تقریر از علی غروی، قم، آقای لطفی، ۱۴۱۸ق.
- _____، *محاضرات فی اصول الفقہ*، تقریر از محمد اسحاق فیاض، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- زحیلی، وهبة، *اصول الفقہ الاسلامی*، تهران، دارالاحسان، ۱۴۱۷ق.
- شاطبی، ابراهیم بن موسی، *المواقفات فی اصول الشریعة*، تحقیق از عبد الله دراز، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۲۱ق.
- شاهرودی، محمود، *کتاب الحج*، تقریر از ابراهیم جناتی، قم، موسسه انصاریان، ۱۴۰۲ق.
- _____، *فرهنگ فقہ مطابق مذهب اهل البيت (علیه السلام)*، قم، موسسه دایره المعارف فقہ اسلامی، ۱۴۲۶ق.
- شبر، علی، *العمل الابقی فی شرح العروه الوثقی*، نجف، مطبعه النجف، ۱۳۸۳ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، مشهد، دانشگاه فردوسی، ۱۳۷۲.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، تحقیق از محمد کلانتر، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۱۰ق.

_____، *روض الجنان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم، موسسه آل البيت، بی تا.

صافی گلپایگانی، علی، *ذخیره العقبی فی شرح العروة الوثقی*، قم، گنج عرفان، ۱۴۲۷ق.

صدر، محمد باقر، *بحوث فی شرح العروة الوثقی*، تحقیق از محمود هاشمی، قم، مجمع الشهید الصدر، ۱۴۰۸ق.

_____، *بحوث فی علم الاصول*، قم، الغدیر، ۱۴۱۷ق.

_____، *دروس فی علم الاصول*، بیروت، دار المنتظر، ۱۴۰۵ق.

_____، «فهم اجتماعی از نصوص در فقه امام صادق (علیه السلام)»، *فقه اهل بیت*، ش ۸، صص ۹۶-۱۰۱، زمستان ۱۳۷۵

طوسی، محمد بن حسن، *الاقتصاد*، تهران، مکتبه جامع چهلستون، ۱۴۰۰ق.

عراقی، ضیاء الدین، *تعلیقه استدلالیه علی العروة الوثقی*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۱ق.

_____، *نهایة الافکار*، تقریر از محمد تقی بروجردی، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ق.

_____، *مقالات الاصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ق.

علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، قم، موسسه آل البيت، ۱۴۱۴ق.

فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله (الغصب، احیاء الموات و ...)*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۹.

فراهیدی، خلیل بن احمد، *العین*، تحقیق از مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، قم، موسسه دار الهجره، ۱۴۱۰ق.

فیاض کابلی، محمد اسحاق، *الاراضی- مجموعه دراسات و بحوث فقهیه استدلالیه*، قم، دار الکتاب، ۱۴۱۰ق.

فیض، علیرضا، *مبادئ فقه و اصول*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.

کاظمی، محمد علی، *فوائد الاصول*، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۴.

مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، *فرهنگ نامه اصول فقه*، قم، چاپ اول، ۱۳۸۹.

مشکینی، علی، *مصطلحات الفقه*، قم، نشر الهادی، ۱۳۷۹.

مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران، مرکز الکتاب لترجمه والنشر، ۱۴۰۲ق.

مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، دارالفکر، ۱۴۲۵ق.

مفید، محمد بن محمد، *اوائیل المقالات*، بیروت، دارالمفید، ۱۴۱۴ق.

نایینی، محمد حسین و عراقی، ضیاء الدین، *الرسائل الفقهية*، تقریر از ابوالفضل نجم آبادی، قم، انتشارات موسسه معارف اسلامی امام رضا (علیه السلام)، ۱۴۲۱ق.

وحید بهبهانی، محمد باقر، *الفوائد الحائرية*، قم، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.

یزدی، محمد کاظم طباطبایی، *العروة الوثقى فيما تعم به البلوى (المحشى)*، تصحیح از احمد محسنی سبزواری، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۷
تابستان ۱۳۹۳، ص ۱۶۴ - ۱۴۱

بررسی ادله مشروعیت خرید و فروش اعضای بدن در فقه شیعه*

دکتر محمد تقی فخلعی^۱

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlaei@um.ac.ir

سید علی جبار گلباغی ماسوله

دانشجوی دوره دکترا دانشگاه فردوسی مشهد

Email: pm.sadra87@Gmail.com

چکیده

در پی رشد دانش پزشکی و دست‌یابی بشر به فن‌آوری‌های نوینی که استفاده از اعضای بدن و فرآورده‌های آن را جهت درمان برخی از بیماری‌ها فراهم ساخت، اندک‌اندک، پرسش‌های فقهی حقوقی‌ای در این حوزه، از جمله، خرید و فروش اعضای بدن فرا روی نهاد. طرح این پرسش و پاسخ به آن، همان مهمی است که نوشتار حاضر، در پژوهشی نظری بنیادی، به روش توصیفی تحلیلی، در گستره فقه شیعه و با به‌کارگیری از منابع استنباط، نیل به آن را در هدف دارد. پس از تبیین محل بحث و رصد نمودن دیدگاه‌های موجود و بررسی ادله هر یک، سرانجام این نتیجه به بار آمد که خرید و فروش اعضای بدن، دارای مشروعیت تکلیفی و وضعی می‌باشد و ادله قابل کفایت، برای حرمت و بطلان و فساد این دسته از معاملات وجود ندارد.

کلیدواژه‌ها: فقه پزشکی، مسائل مستحدثه، خرید و فروش اعضای بدن.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۲/۲۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۱/۱۱/۰۴.

^۱. نویسنده مسئول.

مقدمه

رشد و تعالی دانش‌های بشری و دست‌یابی دانشمندان به فن‌آوری‌های نوین و پدیدار گردیدن شاخه‌های جدید دانش، افزون بر تأثیرگذاری بر دیگر شاخه‌های علوم مرتبط، بر نهادها و روابط اجتماعی و نیز بر دیدگاه، امید و انتظار آدمیان نسبت به زندگی فردی و اجتماعی، تأثیرگذار است که این همه، به نوبه خود، پرسش‌هایی را در حوزه علوم انسانی و رفتاری، از جمله فقه و حقوق، نمایان می‌سازد.

رشد و توانایی علوم پزشکی در درمان و برطرف‌سازی برخی از بیماری‌ها، معلولیت‌ها و نقص‌های بدنی، به روش پیوند اعضا، در گذر زمان، اقبال به این روش و در نتیجه، اهمیت و ضرورت تهیه عضو را برای درمان بیماران و افراد نیازمند، مورد توجه قرار داد.

عدم تکافوی استفاده از اعضای بدن مردگان مغزی و طبیعی و اهمیت استفاده از اعضای بدن انسان زنده و جواگو نبودن و عدم فراگیری عمل محسنانه اهدای عضو، در کنار نیازها و تمایلات مالی و سودگرایانه بشر، او را به استفاده از قالب‌های فقهی حقوقی، برای خرید و فروش اعضای بدن سوق داده است؛ به همین جهت است که در نظام فقهی حقوقی شیعه، پرسش از حکم تکلیفی و وضعی خرید و فروش اعضای بدن، خود نمایی می‌کند.

طبیعی است که با مستحدثه شمرده شدن مسأله خرید و فروش اعضای بدن، دیگر نمی‌توان برای این بحث، پیشینه‌ای رصد نمود. این، تنها گروهی از فقیهان معاصر هستند که گاه به تبع بحث از پیوند اعضا، به پرسش از خرید و فروش اعضای بدن نیز پاسخ می‌دهند که البته این خود نیز، به صورت پراکنده و نوعاً در بخش استفتائات و متفرقات و مستحدثات فقهی طرح و با یک یا چند جمله پایان می‌پذیرد. شاید، به جهت حاکمیت ادبیات و قالب‌های سنتی ارائه مباحث فقهی است که با وجود فتاوی نه چندان اندک فقیهان معاصر در خصوص جواز خرید و فروش اعضای بدن، هنوز این بحث در نوشته‌های فقهی شیعه و در میان مجموعه مسائل و مباحث فقهی، جایگاه مشخصی را نیافته است و متأسفانه از مبانی شرعی و فقهی آن چندان سخن به میان نمی‌آید. در چند نوشته و مجموعه موضوعی جدید نیز نوعاً بحث خرید و فروش اعضای بدن در حاشیه قرار دارد.

لذا توجه به تأثیر گذاری و تنقیح مبانی مشروعیت خرید و فروش اعضای بدن بر قانون‌گذاری در این باره و پیامدهای متعدد مترتب بر تحقق قراردادهای شخصی خرید و فروش اعضای بدن، اهمیت روی نهادن به ارایه تبیین و تنقیحی مناسب را در خصوص مبانی

شرعی و فقهی خرید و فروش اعضای بدن، نمایان می‌سازد.

بدین جهت، نوشتار حاضر، در راستای نیل به این مهم، در پژوهشی بنیادی، به روش توصیفی - تحلیلی، به شیوه کتاب‌خانه‌ای، بهره‌مند از تفسیر توسیعی، در سطح مباحث ماهوی و در گستره فقه شیعه، مترصد است در اثبات‌پذیری فرضیه مشروعیت خرید و فروش اعضای بدن، به پاسخ این پرسش اصلی در بردارنده متغیرهای پژوهش مورد سخن، نایل آید که آیا در فقه شیعه، خرید و فروش اعضای بدن به لحاظ تکلیفی و وضعی دارای مشروعیت می‌باشد یا خیر؟

بنابراین، مقاله حاضر، مباحث را در دو بخش تکلیفی و وضعی، طرح و پی می‌گیرد. ناگفته نماند آن‌گاه که از خرید و فروش اعضای بدن، سخن به میان می‌آید، قرارداد بیعی مراد است که مشروعیت جهت معامله را دارا می‌باشد؛ چنان‌که موضوع این قرارداد را نیز عضو دارای روح و متعلق به بدن خود انسان زنده فروشنده عضو بدن، سامان می‌دهد و نه عضو بدن مولی علیه یا مورث او؛ چه این عضو، اصلی یا زائد، مشلول یا سالم و ... باشد؛ مشروط بر این‌که فروشنده عضو، خود به آن عضو مضطر نباشد و جداسازی آن عضو نیز، در پی اجرای مفاد قرارداد، مرگ، به هلاکت افتادن، خطر جانی و اذلال او را در پی نیاورد؛ چه در این صورت، در عدم مشروعیت چنین قرارداد بیعی، شرعاً، عقلاً و عرفاً تردیدی وجود ندارد.

حکم تکلیفی خرید و فروش اعضای بدن

چنان‌که در مقدمه اشاره شد، مبانی مشروعیت خرید و فروش اعضای بدن، به دو لحاظ حکم تکلیفی و حکم وضعی، مورد بررسی قرار می‌گیرد که نخست، حکم تکلیفی آن محل سخن است.

درباره حکم تکلیفی خرید و فروش اعضای بدن دو دیدگاه را می‌توان رصد نمود:

دیدگاه نخست: حرمت خرید و فروش اعضای بدن

برخی از دانشیان فقه شیعه، خرید و فروش اعضای بدن را حرام می‌دانند و لذا معامله مذکور را از مصادیق مکاسب محرمه می‌شمرند (خرازی، ۱/۳۹۶-۳۸۹)

موارد زیر می‌تواند دستاویز پیروان دیدگاه حرمت خرید و فروش اعضای بدن قرار گیرد.

۱) اجماع

شاید پنداشته شود: جداسازی عضو، در پی اجرای مفاد قرارداد خرید و فروش اعضای

بدن، صدق عناوین میتة و نجس العین را برای عضو جدا شده، سبب می‌شود؛ چه این‌که اجزای جدا شده از بدن، میتة و نجس تلقی می‌گردند و اجماع بر حرمت بیع چنین میتة‌ای منعقد است (نجفی، ۱۵/۲۲؛ حکیم، سید محسن، ۴۷۳/۱ و ۳۱۳، ۳۳۸-۳۳۹؛ مکارم شیرازی، ۴۱۸/۱؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۱۸/۱؛ فقه الشیعه، ۴۳۰/۲) لذا اجماع مذکور، مورد سخن را نیز در بر می‌گیرد.

نقد و بررسی

اولاً، در صورت چشم‌پوشی نسبت به مستحدثه بودن مسأله و نیز تفسیر توسیعی قیود میتة و نجس العین برای ارائه اجماع مورد سخن، تحقق و تعمیم‌پذیری چنین اجماعی را، به جهت وجود مخالف، نمی‌توان ادعا نمود؛ چه این‌که بسیاری از فقیهان معاصر، بر جواز خرید و فروش اعضای بدن انسان و دریافت پول در برابر عضو جدا شده از بدن فتوا داده‌اند (خویی، منهاج الصالحین، ۴۲۶/۱؛ سیستانی، منهاج الصالحین، ۴۵۹/۱؛ مکارم شیرازی، ۴۱۹/۱؛ علیان نژادی، ۱۶۷/۱ و ۴۴۴؛ حسینی خامنه‌ای، ۲۸۶؛ مدنی، ۵۸/۲-۵۲؛ تبریزی، ۴۴۱/۱؛ صناعی، ۶۹۴؛ آصف حسینی، ۱۸۲/۱؛ حکیم، سید محمد، ۱۰۳؛ صادقی تهرانی، ۴۲۲؛ حسینی شیرازی، ۷۷۱-۷۷۰)؛

ثانیاً، بر فرض پذیرش تحقق چنین اجماعی، اجماع مذکور بر میتة و اجزای جدا شده از حیوانات منعقد می‌باشد (انصاری، ۳۱/۱ و ۹۹) و حال این‌که، اجزای جدا شده از بدن انسان زنده، موضوع سخن است؛ چنان‌که از نظر نباید دور داشت که اجماع، دلیلی لیبی و فاقد ظهور اطلاقی و تعمیمی است و لذا تنها می‌توان به قدر متیقن از آن بسنده نمود که در محل سخن، میتة و اجزای حیوانات می‌باشد؛

ثالثاً، بر فرض نادیده گرفتن همه ایرادهایی که بر اجماع ادعا شده، وارد می‌باشد، تردیدی در مدرکی بودن آن، وجود ندارد و واضح است که در نزد دانشیان فقه شیعه، اجماع مدرکی، بر خلاف اجماع تعبدی، فاقد اعتبار است (خویی، مصباح الفقاهه، ۱۱۸/۱).

(۲) آیات

استدلال به دو آیه زیر، برای حرمت خرید و فروش اعضای بدن مورد توجه است:

۱- «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ...» (مانده: ۳)

پیداست که متعلق احکام شرعی، فعلی از افعال مکلفان می‌باشد؛ لذا در صورت تعلق حکم شرعی به یکی از اعیان خارجی، باید فعلی در تقدیر گرفته شود و در آیه شریفه مذکور، حکم

حرمت به میته توجه دارد و متعلق آن ذکر نشده است و از آنجا که حذف متعلق حکم، عموم را افاده می‌دهد، لذا این آیه شریفه، بر حرمت مطلق، دلالت می‌کند و همه انتفاعات را در بر می‌گیرد (انصاری، ۹۷/۱؛ اشتهاوردی، ۴۴۳/۲-۴۴۲) بنابراین، چون عضو جدا شده از بدن، میته تلقی می‌شود و آیه نیز بر حرمت همه انتفاعات دلالت دارد و بی‌شک، قرارداد بیع، یکی از آن‌ها است، از این رو، خرید و فروش اعضای بدن، حرام می‌باشد.

نقد و بررسی

توجه به یگانگی مضمون آیه شریفه ۳ سوره مبارکه مائده با آیه شریفه ۱۷۳ سوره مبارکه بقره و آیه شریفه ۱۱۵ سوره مبارکه نحل، و نظر داشت آیه شریفه ۱۷۲ سوره مبارکه بقره و آیه شریفه ۱۱۴ سوره مبارکه نحل و آیه شریفه ۱۴۵ سوره مبارکه انعام - که در همه آن‌ها از خوردنی‌ها سخن به میان آمده است - نشان می‌دهد که آیه شریفه ۳ سوره مبارکه مائده، در تحریم خوردن میته ظهور دارد؛ یعنی: برای حکم حرمت مذکور در آیه شریفه مورد استدلال، شمولی متصور نیست تا با این شمول به دست آمده از حذف متعلق، همه انتفاعات، از جمله خرید و فروش اعضای بدن را نیز در بر گیرد؛ بنابراین، شمول ادعا شده، به میته انصراف دارد. شمول نه در حکم حرمت، بلکه در متعلق حکم حرمت، یعنی: میته، قابل تصور است (انصاری، ۱۰۰/۱-۹۸؛ اشتهاوردی، ۴۴۴/۲).

۲- «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...» (بقره: ۱۸۸؛ نساء: ۲۹)

باء حرف جر در واژه بالباطل، به معنای عوض و مقابل می‌باشد و میته، به جهت فقدان منفعت مباح، در شمول نهی از اکل مال به باطل قرار دارد (انصاری، ۳۱/۱) و از آنجا که عضو جدا شده از بدن نیز میته دانسته می‌شود، لذا مشمول نهی آیه شریفه مورد استدلال، و در نتیجه، خرید و فروش آن حرام می‌باشد.

نقد و بررسی

اگر از نقد پذیری تفسیر توسیعی میته به عضو جدا شده از بدن انسان زنده، و ناپذیرفتنی بودن عدم منفعت مباح در عضو جدا شده، چشم‌پوشی شود، توجه به آیه شریفه مذکور، آدمی را به اذعان این نکته وا می‌دارد که این آیه شریفه، در مقام بیان اسباب تجارت می‌باشد و به هیچ رو، به شرایط عوضان ناظر نیست (خویی، مصباح الفقاهه، ۱۱۹/۱-۱۱۸) تا بتوان از آن، حکم تکلیفی حرمت خرید و فروش اعضای بدن را استنباط نمود. حرف جر در واژه بالباطل، در معنای سببیت، ظهور دارد؛ از این رو، معنای آیه، حرمت اکل مال به اسباب باطل است نه

در مقابل امور باطل (ایروانی، ۱۸/۱)

۳) روایات

برخی از دانشیان فقه، پاره‌ای از روایات را برای اثبات ادعای حرمت خرید و فروش اعضای بدن دستاویز ساخته‌اند؛ بدین بیان که بررسی متون روایی، از وجود روایاتی گزارش می‌دهد که حرمت بیع میته را مورد توجه قرار داده‌اند؛ از جمله روایت تحف العقول (حر عاملی، ۱۷/۸۴ ب ۲ ح ۱) که به صراحت از حرمت بیع میته سخن می‌راند و روایت جامع بزنتی (همان، ۱۷/۹۸ ب ۶ ح ۶) و روایت علی بن جعفر (همان، ۱۷/۹۶ ب ۵ ح ۱۷) که از بیع اجزاء جدا شده از بدن حیوان زنده پرهیز می‌دهند و نیز روایاتی که ثمن میته را سحت می‌دانند؛ همانند روایت سکونی (همان، ۱۷/۹۳ ب ۵ ح ۵) مرسله صدوق (همان، ۱۷/۹۴ ب ۵ ح ۸) روایت حماد بن عمرو و وانس بن محمد (همان، ح ۹) و روایت جعفریات (نوری، ۱۳/۶۹ ب ۵ ح ۱) البته با نظر داشت ارتباط عرفی بین سحت بودن ثمن میته با حرمت بیع و عدم انتفاع؛ و از آن‌جا که اجزاء جدا شده از بدن انسان زنده، میته تلقی می‌گردند، از این رو، مشمول حکم حرمت مستفاد از روایات مذکور می‌باشند. (خرازی، ۱/۳۹۰-۳۸۹؛ حکیم، سید محسن، ۱/۳۳۹).

نقد و بررسی

اندک درنگ در روایات مذکور، ناتوانی استدلال یاد شده را برای اثبات ادعای مورد سخن، آشکار می‌سازد؛ زیرا، گذشته از ناپذیرفتنی بودن تفسیر توسیعی میته نسبت به اجزای جدا شده از بدن انسان، و نیز گذشته از این‌که روایات مورد استناد، به صراحت و یا به جهت انصراف اطلاق واژه میته، تنها در خصوص خرید و فروش میته حیوانات و اجزای جدا شده از بدن حیوان زنده ظهور دارند، باید گفت: اولاً، همه روایات مورد استناد دارای ضعف سندی هستند؛ چه این‌که روایت تحف العقول، علاوه بر ارسال سند، مورد اعراض اصحاب امامیه بوده است؛ چنان‌که اصحاب جوامع حدیثی پیشین، با وجود اطلاع از آن، اقبالی به نقل آن نشان ندادند و قدمای از فقهای امامیه نیز به استناد آن، فتوایی صادر نکردند (ایروانی، ۱/۱۷).

روایت جامع بزنتی، به دو طریق مرحوم ابن ادریس حلی (۳/۵۷۳) و مرحوم حمیری (۲۶۸ ح ۱۰۶۶) نقل شده است که طریق ابن ادریس، به جهت ارسال و طریق حمیری، به جهت عدم توثیق عبدالله بن حسن، دارای ضعف سندی است؛ چنان‌که سند روایت علی بن جعفر (ع) نیز به جهت همین عدم توثیق عبدالله بن حسن، دچار ضعف می‌باشد (خویی، معجم

رجال الحدیث، ۱۵۸/۱۰-۱۵۷؛ ۱۶۶ - ۱۶۵).

روایت صدوق، به جهت ارسال و روایت سکونی به جهت عدم توثیق حسین بن یزید نوفلی (همان، ۱۱۵/۶-۱۱۳، ۱۴۸-۱۵۱/۲۳) در طریق کلینی، و عدم توثیق موسی به عمر (همان، ۵۴-۵۵/۱۹) در طریق صدوق، ضعیف شمرده می‌شوند؛ چنان‌که روایت جعفریات نیز به جهت عدم توثیق موسی بن اسماعیل (همان، ۱۶/۱۹، ۱۷) که در سلسله سند قرار دارد، به ضعف سندی مبتلا است.

روایت انس بن محمد و حماد بن عمرو که از طریق صدوق نقل می‌گردد، نه تنها به جهت عدم توثیق انس بن محمد (همان، ۲۴۲/۳-۲۴۱) و حماد بن عمرو (همان، ۲۲۴/۶-۲۲۳) دچار ضعف سندی می‌باشد، بلکه خود طریق صدوق به این دو، به جهت وجود شمارگانی از مجاهیل، دارای ضعف است (همان، ۲۴۲/۳، ۲۲۴/۶).

ثانیاً، اگر از ضعف سندی روایات مذکور، بگذریم و پذیرفته شود که این روایات در منع و حرمت بیع میته و اجزای جدا شده از بدن، ظهور دارند، توجه و بررسی متون روایی، حاکی از وجود روایاتی معارض با این روایات است؛ روایاتی هم‌چون صحیحہ ابوالقاسم صیقل (حر عاملی، ۱۷ / ۱۷۳ ب ۳۸ ح ۴) که به صراحت و وضوح بر جواز خرید و فروش میته ظهور و دلالت دارد (ایروانی، ۳۴/۱؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۱۲۱/۱-۱۲۰، التنقیح، ۴۷۳/۲ - ۴۷۲؛ فقه الشیعه، ۴۳۴/۲).

در راستای حل تعارض مورد سخن، اگر روایات مانعه، به جهت موافقت با عامه که بیع میته را حرام و باطل می‌دانند (جزیری، ۲۳۱/۲) مطرود شمرده نشوند (خویی، مصباح الفقاهه، ۱۲۱/۱) و راه حل ناظر دانستن روایات حرمت بیع میته به موارد اکل و فقدان منفعت محله مقصوده (مکارم شیرازی، ۴۱۹/۱) مورد پذیرش قرار نگیرد، جمع این دو دسته از روایات، این‌گونه امکان‌پذیر است که به جهت صراحت روایات مجوزه، از ظهور روایات مانعه، رفع ید شود، و در نتیجه، روایات مانعه، بر کراهت حمل گردد (خویی، مصباح الفقاهه، ۱۲۱/۱؛ التنقیح، ۴۷۳/۲ - ۴۷۲؛ فقه الشیعه، ۴۳۴/۲) چنان‌که واژه سحت که در برخی از روایات مورد استناد، مذکور است، گاه در لغت (ابن منظور، ۱۸۶/۶، زبیدی، ۶۵/۳) و گاه در روایات (حرعاملی، ۹۲/۱۷ ب ۵ ح ۲ و ۳، ۹۵ ح ۱۱) به معنای کراهت به کار می‌رود (خویی، مصباح الفقاهه، ۱۲۴/۱، ۸۶).

چنان‌چه، هیچ‌یک از راه‌های یاد شده، برای علاج تعارض مورد سخن، پذیرفته نشود،

مقتضای قاعده، حکم به تخییر و یا تساقط است که در صورت اخیر، مرجع حکم، عمومات و اطلاعاتی هستند که به حلیت، جواز و صحت، دلالت و ظهور دارند (همان، ۱۲۱/۱).

۴) نجاست اجزای جدا شده از بدن

پرواضح است که به اجماع و ضرورت مسلمانان، میته از اعیان نجسه شمرده می‌شود. از یک سو، بیع اعیان نجسه حرام می‌باشد؛ این حکمی است که به اجماع و تعدادی از آیات قرآن (مانده: ۳، ۹۰؛ مدثر: ۵) و دسته‌ای از روایات خاص و عام از جمله روایت تحف العقول (حرعاملی، ۸۴/۱۷ ب ۲ ح ۱) مستند می‌باشد (انصاری، ۹۸/۱-۹۷؛ خوبی، مصباح الفقاهه، ۱۱۹/۱؛ خرازی، ۳۹۵/۱، ۳۸۹-۳۸۸) و از دیگر سو، عضو جدا شده از بدن نیز به استناد اجماع و پاره‌ای از روایات (حرعاملی، ۵۱۴/۳-۵۱۳ ب ۶۸ ح ۱، ۴ و ۷، ۲۹۴ ب ۲ ح ۱، ۲۳/۳۷۷-۳۷۶ ب ۲۴ ح ۱، ۲، ۳ و ۴) میته و دارای نجاست ذاتی است (حکیم، سید محسن، ۳۳۶/۱؛ حکیم، سید محمد تقی، ۲۵۶؛ خوبی، فقه الشیعه، ۳۶۸/۲) بنابراین، خرید و فروش اعضای بدن حرام می‌باشد؛ هرچند اگر بتوان بر این شیئی نجس، منافعی را متصور دانست. (خرازی، ۳۸۹/۱-۳۸۸).

نقد و بررسی

ادعای اجماع، بر عدم جواز بیع اعیان نجسه، به جهت وجود مخالف (مجلسی، ۷۷/۸۰) و مدرکی بودن، مردود است (انصاری، پیشین، ۹۹/۱)؛ چنان‌که توجه به آیات مورد استناد نیز نشان می‌دهد که حرمت و اجتناب مستفاد از این آیات، تنها در منافع مقصود و مناسب با هر یک از نجاسات بیان شده، ظهور دارد و نه در مطلق انتفاعات (همان، ۹۸/۱، خوبی، مصباح الفقاهه، ۲۲۷/۱).

روایات خاص حرمت و منع از بیع اعیان نجسه، گذشته از ضعف سندی برخی از آن‌ها، خود با دسته‌ای دیگر از روایات در تعارض می‌باشد و روایت تحف العقول - علاوه بر ضعف سندی و اعراض و عدم استناد اصحاب به آن برای افتاء به حرمت بیع شیئی نجس - در پی بیان حکم حرمت، تعلیلی را ذکر می‌کند که از آن به دست می‌آید حرمت بیع شیئی نجس، تنها در جایی است که همه منافع آن شیئی، حرام باشد و اگر شیئی نجسی دارای منفعت محله‌ای دانسته شود، دلیلی بر حرمت بیع آن وجود ندارد و البته حرام دانستن تمامی منافع شیئی نجس، ادعایی بی‌دلیل است (خوبی، مصباح الفقاهه، ۶۶/۱، ۲۲۸) افزون بر این، در همین روایت آمده است که اگر در شیئی وجهی از وجوه صلاح باشد، بیع آن شیئی حلال است.

گذشته از این همه، از تأمل در روایات، به دست می‌آید که مجرد نجاست، صلاحیت لازم را برای علت بودن حرمت بیع شیئی نجس دارا نیست و این، عدم منفعت محلله و حرمت انتفاع از شیئی نجس است که علت حرمت بیع شیئی نجس می‌باشد (انصاری، پیشین ۳۳/۱، ۹۸-۹۹، ایروانی، پیشین ۱۹/۱، ۳۲) این که کسانی به جهت نجاست میت، از بیع آن منع و به حرمت آن فتوا داده‌اند، در حالی که خود، به استناد حلیت انتفاع، بر بیع عبد کافر و سگ شکاری، اتفاق دارند، امری است که بر این حقیقت گواهی می‌دهد (انصاری، پیشین، ۳۵/۱) بر این اساس، اگر در مورد شیئی نجسی، منفعت محلله‌ای پدیدار شود، حکم حرمت آن به حلیت و جواز تغییر می‌یابد (ایروانی، پیشین، ۳۲/۱).

اما درباره اجماع و روایاتی که به استناد آن‌ها، شیئی جدا شده از بدن، میت و نجس تلقی می‌گردد، نوعاً و بلکه قریب به اتفاق، درباره میت حیوان و اجزای جدا شده از بدن حیوان می‌باشد، نه عضو جدا شده از بدن انسان؛ افزون بر این که از ضعف سندی و دلالتی برخی از روایات مورد استناد و مدرکی بودن و ناپذیرفتنی بودن تحقق اجماع نیز نمی‌توان چشم‌پوشی کرد.

۵) حرمت انتفاع میت

عضو جدا شده از بدن، میت و نجس شمرده می‌شود و انتفاع از میت نجس، حرام می‌باشد (حکیم، سید محسن، ۳۳۹/۱؛ ایروانی، ۱۹/۱، ۳۲) و بیع، یکی از انتفاعات است؛ بنا بر این، خرید و فروش اعضای بدن حرام می‌باشد.

آنچه مؤید بر حرمت انتفاع از میت است، گذشته از اجماع منقول (شهیدی، ۱۲۵/۱؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۲۲۶/۱) آیه ۲ سوره مبارکه مائده می‌باشد که به عموم تحریم خود، همه انتفاعات میت را در بر می‌گیرد (اشتহারدی، ۴۴۴/۲؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۲۲۷/۱) چنان‌که از نهی اکل مال به باطل نیز می‌توان همین مضمون را دریافت (انصاری، ۳۱/۱؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۱۱۸/۱).

در کنار این دو دلیل، دو دسته روایات نیز وجود دارند؛ دسته نخست، روایات عامی مانند روایت تحف العقول (حرعاملی، ۸۴/۱۷ ب ۲ ح ۱) که در حرمت انتفاع، صراحت دارد و روایت نبوی مشهور: ان الله إذا حرم علی قوم أكل شیء، حرم علیهم ثمنه (نوری، ۷۳/۱۳ ب ۶ ح ۸) که ثمن در این روایت، کنایه از انتفاع است و تحریم ثمن، یعنی: تحریم انتفاع (اشتহারدی، پیشین، ۴۵۱/۲) که با لحاظ تلازم بین جواز انتفاع و جواز بیع، حرمت انتفاع میت،

حرمت بیع میته را در پی دارد (خویی، مصباح الفقاهه، ۲۲۸/۱).

دسته دوم، روایات خاص مربوط به میته است که از مفاد آن‌ها، حرمت و عدم انتفاع میته به دست می‌آید؛ هم‌چون مکاتبه قاسم صیقل (حرعاملی، ۴۸۹/۳ ب ۴۹ ح ۱) روایت علی بن مغیره (همان، ۵۰۲/۳ ب ۶۱ ح ۲) روایت سماعه (همان، ۴۸۹/۳ ب ۴۹ ح ۲) روایت وشاء (همان، ۷۱/۲۴ ب ۳۰ ح ۲، ۱۷۸ ب ۳۲ ح ۱) روایت کاهلی (همان، ۷۱/۲۴ ب ۳۰ ح ۱) روایت فتح بن یزید جرجانی (همان، ۱۸۱/۲۴ ب ۳۳ ح ۷، ۱۸۶ - ۱۸۵ ب ۳۴ ح ۲) روایت ابی مریم (همان، ح ۳) روایت سماعه (همان، ح ۴ و ۵) روایت علی بن جعفر (همان ح ۶).

نقد و بررسی

پیروان دیدگاه حرمت خرید و فروش اعضای بدن نمی‌توانند برای اثبات سخن خویش به حرمت و عدم انتفاع میته استدلال آورند؛ چه این‌که اجماع، در فرض تحقق آن، متیقن‌المدرك است و چنان‌که پیش از این گفته آمد، تحریم بیان شده در آیه ۳ سوره مبارکه مائده، تنها اکل میته را در بر می‌گیرد که تصرف متناسب با میته است و نه همه تصرفات و انتفاعات آن را (خویی، مصباح الفقاهه، ۲۲۷/۱؛ اشتهازدی، ۲/۲۴۲).

روایت تحف العقول دارای ضعف سندی و مورد اعراض مشهور اصحاب می‌باشد (خویی، مصباح الفقاهه، ۲۲۹/۱) و روایت نبوی مشهور نیز حتی با چشم‌پوشی از ارسال سند، بلکه ادعای جعل آن (همان) تنها به حرمت تصرفات متناسب با شیئی حرام و نه همه انتفاعات آن، توجه دارد.

روایات خاص حرمت و منع انتفاع از میته نیز گذشته از این‌که نوعاً به ضعف سندی مبتلی می‌باشند - همانند روایت قاسم صیقل و وشاء، به جهت معلی بن محمد بصری (خویی، معجم رجال الحدیث، ۲۵۷/۱۸) روایت کاهلی به جهت سهل بن زیاد (همان، ۳۴۱/۸-۳۳۷) روایت جرجانی، به جهت مختار بن محمد بن مختار (همان، ۱۰۴/۱۸-۱۰۳) ضعیف شمرده می‌شوند - از چند ناحیه دیگر نیز نسبت به اثبات ادعا، ناتوان هستند؛ نخست این‌که، روایات مورد استناد، درباره میته و اجزای جدا شده از بدن حیوان می‌باشد؛ دیگر این‌که دقت در مفاد این روایات نشان می‌دهد که حرمت و منع انتفاع، تنها به انتفاع خاصی معطوف است و روایات، بیان‌گر حرمت مطلق انتفاع نمی‌باشند تا از آن، حرمت خرید و فروش اعضای بدن به دست آید؛ برای نمونه، در روایت قاسم صیقل، از انجام فعالیت مالی و اقتصادی و حکم نماز با لباس کاری سخن می‌رود که با این پوست‌ها در برخورد است و سائل، تنها از حکم نماز، جويا است

که این به نوبه خود، مفروغ‌عنه بودن جواز کار و فعالیت مالی و اقتصادی با پوست میت‌ه را نشان می‌دهد؛ چه این که انحصار سؤال سائل به مسأله نماز و سکوت امام (ع) نسبت به کار و فعالیت مالی با پوست‌های میت‌ه، با شدت ابتلای سائل به آن، اگر مشعر به جواز نباشد، به جهت تأخیر بیان از وقت حاجت، قبیح و موجب اغرای به جهل است. (خویی، مصباح الفقاهه، ۱/۲۱۱).

به دیگر سخن، می‌توان گفت که این روایات، به موارد فاقد انتفاع محله، ناظر هستند که با وجود منفعت محله، حرمت انتفاع، از بین می‌رود؛ چه این که انتفاع از هر چیز دارای منفعت مقصوده عقلائییه، جایز و حلال است (آصف محسنی، ۱/۱۸۲؛ اشتهاردی، ۲/۴۴۲) و شکی نیست که خرید و فروش اعضای بدن، بر منفعت مقصوده عقلائییه استوار می‌باشد.

سوم این که حرمت مذکور در برخی از روایات - برای مثال: روایت و شاء به جهت وجود برخی قرائن، نه به معنای حکم تکلیفی که به معنای نجاست می‌باشد (خویی، التقیح، ۲/۴۳۵) و چهارم این که، دسته‌ای دیگر از روایات - همانند صحیح ابوالقاسم صیقل (حرعاملی، ۱۷۳/۱۷ ب ۳۸ ح ۴) روایت بزنی (همان، ۱۷/۹۸ ب ۶ ح ۶) روایت ابی بصیر (همان، ۳/۵۰۲ ب ۶۱ ح ۳) و موثقه سماعه (همان، ۲۴/۱۸۶ ب ۳۴ ح ۸) که بر جواز انتفاع از میت‌ه تصریح و دلالت دارند، با روایات مورد استدلال، معارض می‌باشند که اگر از طرد روایات مشعر به حرمت و منع انتفاع از میت‌ه، به جمع بین این دو دسته از روایات روی آورده شود، مقتضای جمع عرفی این است که به جهت صراحت روایات مجوزه، با حمل روایات مانعه بر کراهت، از ظاهر روایت مانعه، رفع ید گردد (خویی، مصباح الفقاهه، ۱/۱۱۶).

توجه و التفات به پنج دلیلی که پیروان دیدگاه حرمت خرید و فروش اعضای بدن، بیان داشته‌اند، می‌رساند که همه این استدلال‌ها، بر پایه تفسیر توسیعی میت‌ه نسبت به اعضای جدا شده از بدن استوار می‌باشد و حقیقت این است که اعضای جدا شده از بدن را نمی‌توان میت‌ه نامید؛ زیرا، اگر چه به ظاهر شاید میت‌ه خواندن اجزای جدا شده‌ای از بدن، با ذوق و دقت نظر عقلی صحیح می‌نماید، اما از آن جا که فهم عرفی با آن مساعد نیست، نمی‌توان اجزای جدا شده از بدن را میت‌ه خواند؛ چه این، عرف است که معیار در مفاهیم الفاظ و مدار شناخت موضوع و متعلق احکام می‌باشد. عرف، اجزای جدا شده بدن را میت‌ه نمی‌نامد. میت‌ه در نظر عرف، تنها، پس از جدا شدن روح از بدن، برای موجود زنده پیشین، به کار می‌رود (خویی، التقیح، ۲/۴۳۴؛ فقه الشیعه، ۲/۳۶۸؛ حکیم، سید محسن، ۱/۳۱۳، ۳۳۵).

تمسک به قیاس، بر پایه این سخن که پس از بیرون رفتن روح از بدن هر موجود زنده‌ای، او میته شمرده می‌شود و این مناط زهاق روح، بین کل و جزء، یعنی: بین خود حیوان و اجزای بدنش یکسان می‌باشد (خویی، التنقیح، ۲/ ۴۳۴؛ فقه الشیعه، ۲/ ۳۶۸) تنقیح مناطی ظنی است که در نزد شیعه، در ناپذیرفتنی بودن آن تردیدی وجود ندارد (همدانی، ۵۷۲).

دستاویز ساختن آن دسته از روایات که در آن‌ها عنوان میته برای جزء جدا شده از بدن به کار رفته است، سخنی غیر قابل اعتناء می‌نماید؛ زیرا، این روایات، درباره حیوان و میته حیوان می‌باشد و لذا تعمیم قیاسی مضمون روایات مذکور به اعضای جدا شده از بدن انسان زنده، به جهت وجود فارق، غیر قابل توجیه است و استناد به مرسله ایوب بن نوح (حر عاملی، ۳/ ۲۹۴ ب ۲ ح ۱) اگر چه درباره اعضای جدا شده از بدن انسان است، به جهت ارسال سند، کفایت دلیل نمی‌کند؛ چنان‌که دست یازیدن به نظریه انجبار، برای جبران ضعف سندی آن (حکیم، سید حسن، ۱/ ۳۱۳، ۴۷۳) به جهت عدم اعتبار نظریه انجبار، مردود است.

کاربرد واژه میته در روایات، به خود حیوان، و نه جزء جدا شده از بدنش، انصراف دارد (همدانی، ۵۷۲) و در روایت، تطبیق استقلالی میته بر جزء جدا شده از بدن، استعمال مجازی و صرفاً جهت انطباق برخی از احکام میته، بر آن جزء جدا شده از بدن می‌باشد (همان، ۳۳۵؛ خویی، فقه الشیعه، ۲/ ۳۷۰).

آنچه بر مجازی بودن این استعمال گواهی می‌دهد، نازل منزله میته تلقی شدن اجزای جدا شده از بدن موجود زنده، در روایات وارده در باب صید (حرعاملی، ۳۷۶/۲۳ ب ۲۴ ح ۱، ۲، ۳) و روایات قطع دنبه گوسفند زنده (همان ۲۴/۷۲-۷۱ ب ۳۰ ح ۱، ۲، ۳) می‌باشد؛ چنان‌که اگر جزء جدا شده از بدن، حقیقتاً میته خوانده می‌شود، دیگر در روایت محمد بن قیس (همان ۲۳/ ۳۷۶ ب ۲۴ ح ۱) هیچ وجهی وجود ندارد که میته تلقی شدن جزء جدا گردیده از بدن حیوان، به حضرت علی (ع) اسناد و نسبت داده شود و از اینجا، به وضوح، آشکار می‌گردد که در نزد عرف، تنها به خود جسد حیوان فاقد روح، میته گفته می‌شود؛ نه اجزای جدا شده از بدن. (خویی، التنقیح، ۲/ ۴۳۵-۴۳۴؛ فقه الشیعه، ۲/ ۳۶۹).

بنا بر این، تفسیر توسیعی میته و اطلاق آن برای اجزای جدا شده از بدن، شیوه‌ای نادرست و استعمالی فاقد وجاهت و اعتبار می‌باشد.

۶) ضروری بودن خرید و فروش اعضای بدن

انجام معامله خرید و فروش اعضای بدن، مستلزم وفای به آن است و وفای به آن مستلزم

جدا ساختن عضو از بدن می‌باشد که خود، مصداق ضرر و اضرار بر نفس و بدن است و به استناد عموم نفي ضرر و اضرار، اضرار بر نفس و بدن به هر نحوی حرام است؛ خواه توسط خود آدمی یا دیگری، خواه متلف یا غیر متلف باشد (خرازی، ۳۲۴/۱-۳۲۳، ۳۴۲؛ آصف محسنی، ۱۵۹/۱) بنا بر این خرید و فروش اعضای بدن حرام می‌باشد.

نقد و بررسی

با توجه به این‌که معامله مورد سخن، خرید و فروش اعضای بدن است و نه جداسازی اعضای بدن، تأمل در استدلال مذکور، ضعف آن را آشکار می‌سازد؛ زیرا، اولاً، دقت در مفهوم ضرر بیان شده در ادله قاعده لاضرر، نشان می‌دهد مراد، ضرر و اضراری است که عرفاً، عادتاً آن را تحمل نمی‌کند و از آن، روی گردان است (سیستانی، قاعده لاضرر و لاضرار، ۱۳۵) بنا بر این، عرف، معیار تحقق ضرر می‌باشد. عرف و عقلاء، صدق ضرر و اضرار را در صورت وجود غایت عقلانی نمی‌پذیرد (خرازی، ۳۴۳/۱-۳۴۲) در مواردی که غرض عقلانی - مثل پیوند عضو - هدف جداسازی عضو است، عرف، نقصان ظاهری عضو یا بدن را ضرر نمی‌داند (آصف محسنی، ۱۶۰/۱) به‌ویژه که در برابر آن عضو، پول و مالی دریافت گردد و بدیهی است با عدم تحقق عرفی ضرر، دیگر به سخن راندن از حرمت خرید و فروش اعضای بدن، نوبت نمی‌رسد.

ثانیاً، توجه و بررسی ادله قاعده لاضرر، به وضوح نشان می‌دهد مفاد قاعده لاضرر، بر ورود ضرر و اضرار از خارج ناظر است و نه ورود ضرر از ناحیه آدمی بر خویشتن؛ مفاد ادله قاعده لاضرر می‌گوید: نباید در محیط قانون، ضرری متوجه آدمی گردد؛ چنان‌که بر دیگری نیز جایز نیست که بر آدمی، ضرری وارد سازد؛ اما اضرار انسان بر خویشتن، به جهت انصراف ادله لاضرر از آن، از محل بحث خارج می‌باشد (مؤمن، ۱۵۸).

ثالثاً، حکم انقاذ نفس محترمه، خود از اوجب واجبات است و این امر، جز با فروش یا اهدای عضو تحقق نمی‌یابد؛ بنابراین، منفعت و مصلحت حاصل از فروش عضو، بر ضرر ناشی از فقدان عضوی رجحان می‌یابد که به هلاکت صاحب عضو نمی‌انجامد و ضرر عمده‌ای متوجه او نمی‌سازد.

دیدگاه دوم: حلیت و جواز خرید و فروش اعضای بدن

بر مبنای اجتهاد اصولی، مطابق قاعده اولی، همه امور، اعمال و اشیاء، تا آن‌گاه که شارع مقدس از آن‌ها نهی، منع و ردعی ننموده است، به اباحه محکوم می‌باشند؛ این، حقیقتی است

که از مفاد برخی از آیات شریف قرآن کریم (انعام: ۱۱۸، ۱۴۴؛ اسراء: ۱۵؛ طلاق: ۷) و بسیاری از روایات (برای نمونه: کلینی، ۱۶۵/۱-۱۶۴ ح ۳، ۴؛ حر عاملی، ۲۸۹/۶ ب ۱۹ ح ۳) به دست می‌آید؛ چنان‌که مفاد قاعده و اصل حلیت و اطلاق ادله آن، جواز و حلیت اعمال و اموری می‌باشد که در حکم تکلیفی آن‌ها سخن و تردیدی رفته است (خمینی، ۵۹/۱؛ ایروانی، ۱۸/۱). اگر چه حقایق مذکور، در کنار عدم کفایت دلایل پیروان حرمت خرید و فروش اعضای بدن، ما را از ارائه دلیل برای حلیت و جواز خرید و فروش اعضای بدن بی‌نیاز می‌سازد، لیک می‌توان برای اثبات حلیت و جواز خرید و فروش اعضای بدن، به دلایل زیر نیز استناد جست.

(۱) آیات

تأمل در ظاهر آیات شریفی همانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...» (مائده: ۱) و «...وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ...» (بقره: ۲۷۵) به وضوح، بر حلیت و جواز تکلیفی خرید و فروش اعضای بدن گواهی می‌دهد؛ چه این‌که از یک سو، هنگامی می‌توان وفای به عقد را لازم دانست که ارتکاب عقد، خود، عملی جایز و حلال باشد؛ از این رو، از آیه شریفه مذکور، حکم جواز و حلیت تکلیفی عقد به دست می‌آید؛ همان‌گونه که این حلیت تکلیفی، از اطلاق احل در «احل الله البيع» نمایان است؛ و از دیگر سو، بیع و عقد، دارای معنای عرفی و فاقد حقیقت شرعی و متشرعیه می‌باشند (انصاری، ۱۰/۳) و از آنجا که امروزه بی‌هیچ‌گونه تردیدی، عرف و عقلاء، خرید و فروش اعضای بدن را از مصادیق عقد و بیع به شمار می‌آورد، عموم العقود و اطلاق البیع، در دو آیه شریفه بیان شده، خرید و فروش اعضای بدن را نیز در بر می‌گیرد؛ بنا بر این، خرید و فروش اعضای بدن، مشمول حکم حلیت تکلیفی دو آیه مذکور می‌باشد

(۲) روایت

اگر همانند مبنای پیروان حرمت خرید و فروش اعضای بدن، تفسیر توسیعی میته به اعضای جدا شده از بدن، مورد پذیرش قرار گیرد، می‌توان برای حلیت و جواز تکلیفی خرید و فروش اعضای بدن، به صحیحه ابوالقاسم صیقل (حرعاملی، ۱۷۳/۱۷۶ ب ۳۸ ح ۴) استدلال آورد. سکوت و تقریر امام (ع) در برابر پرسش از بیع و تجارت مبتنی بر جلود میته به وضوح در حلیت و جواز خرید و فروش اجزای میته ظهور و بلکه صراحت دارد (انصاری، ۳۲/۱؛ خویی، التنقیح، ۴۷۳/۲ - ۴۷۲؛ مصباح الفقاهه، ۱۲۰/۱؛ خمینی، ۵۱/۱ - ۵۰) چه این‌که سکوت معصوم (ع) از بیان حکم مورد پرسش، تأخیر بیان از وقت حاجت و اغراء به جهل است (خویی، مصباح الفقاهه، ۱۲۱/۱؛ فقه الشیعه، ۴۳۲/۲؛ اشتهاردی، ۴۵۳/۲) که با توجه به الغای

خصوصیت و عدم فصل، حکم مستفاد از صحیحه، خرید و فروش اعضای بدن را نیز در بر می‌گیرد.

نقد و بررسی

صحیحه ابوالقاسم صیقل از چند جهت مورد بحث قرار گرفته است؛ نخست این‌که در سند روایتی که از شیخ طوسی نقل می‌شود، ابوالقاسم صیقل و فرزند او قرار دارند که افرادی مجهول الحال هستند؛ بدین معنا که در کتب رجال، هیچ توثیق و تضعیفی برای آنان بیان نشده است (خویی، معجم رجال الحدیث، ۷۰/۱۴، ۲۳/۲۲) از این رو، روایت صیقل، دارای ضعف سندی می‌باشد (خویی، التنقیح ۴۷۳/۲؛ فقه الشیعه، ۴۳۴/۲؛ مصباح الفقاهه، ۱۲۴/۱؛ خرازی، ۳۸۹/۱).

مجهول‌بودن ابوالقاسم صیقل و فرزند او، قدحی بر روایت مورد سخن وارد نمی‌سازد؛ زیرا دقت در سند و متن روایت نشان می‌دهد که راوی روایت مذکور، نه ابوالقاسم صیقل و فرزند او، بلکه محمد بن عیسی است (اشتهاردی، ۴۵۵/۲) چه این‌که اگر ابوالقاسم صیقل و فرزند او راوی مکاتبه مورد سخن بودند، می‌بایست در صدر روایت، به جای واژه قال، واژه قالاً، به جای واژه کتبوا، واژه کتبنا، به کار می‌رفت؛ همان‌گونه که در ذیل همین روایت، ترکیب واژگانی: «و کتب الیه» به صراحت آمده است و در روایت قاسم صیقل (حر عاملی، ۴۸۹/۳ ب ۴۹ ح ۱) نیز همین نکته مشاهده می‌گردد که این همه، می‌رساند که راوی مکاتبه محل سخن، محمد بن عیسی است و نه ابوالقاسم صیقل و فرزند او (خمینی، پیشین، ۵۰/۱-۴۹).

دیگر این‌که برخی به استناد این پندار که چون عامه، به جواز انتفاع و بیع جلود میتة بعد از دباغی گرویده‌اند، از این رو، صحیحه ابوالقاسم صیقل، از باب تقیه صادر شده است (انصاری، پیشین، ۳۳/۱؛ اشتهاردی، ۴۵۶/۲).

گذشته از این‌که بررسی متون فقهی اهل سنت، نادرستی پندار بیان شده را هویدا می‌سازد- چه این‌که عامه اهل سنت، انتفاع و بیع میتة و جلد آن را غیر جایز و باطل می‌دانند (سیواسی، ۱۸۶/۵؛ جزیری، ۲۳۱/۳؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۱۱۷/۱-۱۱۶، ۱۲۲) - دقت و توجه به خود روایت نیز فرض تقیه را ناپذیرفتنی می‌نمایاند؛ زیرا اولاً، امر امام (ع) به این‌که لباسی برای نماز برگزینند، خود، خلاف تقیه است؛ چه این‌که اهل سنت نماز با پوست میتة دباغی شده را صحیح می‌شمارند (مغنیه، ۹۵؛ شهیدی، ۷۳/۱)؛ ثانیاً، اگر روایت مورد سخن، از باب تقیه صادر شده بود، سزاوار می‌نمود که امام (ع) مطابق باور اهل سنت، به حرمت بیع و انتفاع قبل

از دباغی حکم نمایند؛ نه این که شیوه سکوت و تقریر را پیش گیرند؛ و ثالثاً، چنان که در روایت مشهود است، اصلاً، از خرید و فروش بعد از دباغی، پرسش و سخنی در میان نیست تا محملی برای تقیه ساخته شود (خویی، مصباح الفقاهه، ۱/۱۲۴-۱۲۳؛ فقه الشیعه، ۲/۴۳۳-۴۳۲).

سه دیگر این که، برخی پنداشته‌اند موضوع پرسش در صحیحہ ابوالقاسم صیقل، شمشیر سازی و معامله و تجارت مبتنی بر این صنعت است و نه ساخت غلاف از جلود میتة و بیع و تجارت مبتنی بر آن؛ از این رو، صحیحہ صیقل، بر جواز بیع و معامله دلالت ندارد (انصاری، ۳۲-۳۳/۱؛ حکیم، سید محسن، ۱/۳۴۰؛ خرازی، ۱/۳۹۰).

این ادعا، با ظهور روایت ناسازگار است؛ ظاهر روایت، قرار گرفتن ثمن در برابر غلاف شمشیر ساخته شده از جلود میتة می‌باشد؛ بدین معنا که جلد میتة، بخشی از ثمن را به خود، اختصاص می‌دهد (اشتہاردی، ۲/۴۵۴؛ خمینی، ۱/۵۰). به نظر می‌رسد آنچه این گروه را به این پندار واداشته است، پنداشتن ارجاع ضمائر عبارت: «فیحلّ لنا عملها و شراؤها و بیعها و مسنّہا بأیدینا» به واژه سیوف می‌باشد؛ حال این که با توجه به قرائن لفظی و غیر لفظی قابل مشاهدہ در روایت، ضمائر مذکور در عبارت، به جلود بر می‌گردد و نه سیوف (خویی، مصباح الفقاهه، ۱/۱۲۳؛ شهیدی، ۱/۷۱؛ ایروانی، ۱/۳۴).

چهارم این که شاید پنداشته شود به استناد عبارت: «لایجوز فی اعمالنا غیرها» که در سؤال مذکور است، تقریر امام (ع) تنها، صورت اضطرار را در بر می‌گیرد؛ از این رو، صحیحہ مورد سخن، بر جواز بیع در غیر حالت اضطرار، دلالتی ندارد.

به نظر می‌رسد این پندار نادرست، از ارجاع ضمیر «غیرها» به جلود میتة نشأت می‌یابد؛ حال این که میتة بودن جلود برای ساخت غلاف شمشیر، خصوصیتی ندارد تا امکان ساخت غلاف از جلود غیر میتة منتفی گردد. ظاهر روایت، این است که مرجع ضمیر، جلود حمیر و بغال اعم از میتة و مذکی می‌باشد.

حکم وضعی خرید و فروش اعضای بدن

در خصوص صحت و فساد خرید و فروش اعضای بدن، بنابر اندیشه عدم تلازم بین حرمت و فساد در معاملات، دو دیدگاه، قابل طرح و بحث است.

دیدگاه نخست: فساد و بطلان خرید و فروش اعضای بدن

از منظر فقیهانی که خرید و فروش اعضای بدن را، معامله‌ای باطل می‌دانند، می‌توان از

دلایل زیر، سخن راند.

(۱) آیات

آیه شریفه «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل» (بقره: ۱۸۸، نساء: ۲۹) ارشاد به فساد معاملاتی است که مصداق اکل مال به عوض باطل می‌باشند. با توجه به شمول واژه باطل در آیه شریفه، نسبت به باطل عرفی و شرعی (ایروانی، ۲۲/۱) و لزوم وجود منفعت مباح در مبیع، جهت خروج از شمول نهی اکل مال به باطل (انصاری، ۳۱/۱) بی‌تردید، اخذ مال در برابر عضوی که چه قبل از جدا شدن و چه پس از جدا شدن از بدن، فاقد مالیت است، اکل مال به باطل می‌باشد؛ از این رو، در شمول بطلان و فساد مستفاد از آیه مذکور قرار می‌گیرد.

نقد و بررسی

با توجه به عرفی بودن مال و وجود منفعت مقصوده عقلانی در اعضای بدن مورد معامله، امروزه، دیگر نمی‌توان مبیع را در خرید و فروش اعضای بدن، فاقد منفعت مباح دانست، همان‌گونه که امروزه، وجود اغراض شخصی، برای تحقق مالیت مبیع و خروج از شمول نهی اکل مال به باطل، کافی است؛ چه مبیع، واجد، یا فاقد منفعت شایع باشد (ایروانی، ۳۳/۱). افزون بر این، توجه به قرینه مقابله: «تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ» (نساء: ۲۹) تردیدی باقی نمی‌گذارد که مراد از باء در واژه بالباطل، باء سببیت است و نه عوض؛ چنان‌که نظر داشت این دو مطلب، خود، این حقیقت را آشکار می‌سازد که آیه شریفه، بر جدا ساختن اسباب صحیح معامله از اسباب فاسد آن، ناظر است؛ از این رو، از واژه باطل، مذکور در آیه شریفه، اسباب باطل، مراد می‌باشد و نه عوض باطل؛ و آیه شریفه مورد بحث، به موضوع معامله فاقد مالیت، هیچ ارتباطی ندارد؛ به دیگر سخن، این آیه شریفه، تنها در مقام بیان حصر اسباب صحیح تملک اموال، در معاملات، همراه با تراضی طرفین می‌باشد. مؤید این سخن، روایاتی است (حر عاملی، ۱۶۷/۱۷ - ۱۶۶ ب ۳۵ ح ۸، ۹، ۱۴) که در آن‌ها، برای اثبات بطلان تملک مال دیگری با توسل به برخی از اسباب فاسد، به آیه شریفه مورد بحث، استناد شده است (خویی، مصباح الفقاهه، ۶۸-۶۹/۱).

(۲) روایات

توجه به حرمت بیان شده برای بیع میته، در روایت تحف العقول (حرعاملی، ۸۴/۱۷ ب ۲ ح ۱) و حرام شمردن ثمن در روایت نبوی مشهور (نوری، ۷۳/۱۳ ب ۶ ح ۸) و سحت بودن ثمن میته در شماری از روایات (حرعاملی، ۹۳-۹۴/۱۷ ب ۵ ح ۵، ۸، ۹؛ نوری، ۶۹/۱۳ ب ۵

ح ۱) و نهی و پرهیز از بیع اجزای جدا شده از جسد میتة و بدن حیوان زنده، در کنار میتة تلقی شدن اعضای جدا شده از بدن و روا داشتن الغای خصوصیت و قیاس اولویت در مفاد روایات مورد سخن، تردیدی را در فساد و بطلان خرید و فروش اعضای بدن باقی نمی گذارد؛ چه این که نهی در معاملات، ارشاد به فساد است (خویی، فقه الشیعه، ۴۳۱/۲) همان گونه که بین حرام شمردن و سحت دانستن با بطلان معامله، تلازم وجود دارد (انصاری، ۳۲/۱ - ۳۱؛ ایروانی، ۲۲/۱)؛ چون نمی توان پذیرفت ثمنی سحت و حرام باشد، ولی معامله، صحیح شمرده شود.

نقد و بررسی

توجه به مطالبی که پیش از این، در بخش نقد و بررسی روایات مورد استناد پیروان حرمت خرید و فروش اعضای بدن بیان گردید، ضعف استدلال فوق را نمایان می سازد؛ زیرا همه روایاتی که در اینجا برای فساد و بطلان خرید و فروش اعضای بدن، مورد استناد قرار دارند، دارای ضعف سندی و دارای معارضی اظهر و صحیح السند می باشند.

مفاد روایات مورد سخن، گذشته از انصراف و عدم اطلاق، نوعاً درباره میتة حیوان و اجزای جدا شده از جسد میتة و یا بدن حیوان زنده است و حال این که اعضای بدن انسان زنده، محل بحث را سامان می دهد. استدلال به این روایات، بر تفسیر توسیعی میتة نسبت به اجزای جدا شده بدن انسان استوار است که پیش از این، ناپذیرفتنی بودن آن، آشکار گردید. فساد و بطلان مستفاد از روایت تحف العقول، به دلالت آن بر حرمت انشاء معامله و نه حرمت عنوان معامله وابسته است (ایروانی، ۲۱/۱) همان گونه که ارائه استدلال مستند به روایات سحت، به عدم استعمال این واژه، در کراهت، نیازمند می باشد؛ چه در این صورت، روایات نام برده، در مقام حکم تکلیفی خواهند بود؛ نه حکم وضعی بطلان و فساد.

فرض الغای خصوصیت، در صورتی پذیرفتنی است که به تنقیح مناط ظنی وام دار نباشد؛ چنان که بستر تحقق قیاس اولویت به عدم فارق و محرز بودن ملاک و مناط، و قوی تر و شدیدتر بودن آن، در فرع نسبت به اصل، وابسته است که در مورد سخن، خود، محل بحث می باشد.

۳) عدم ملک بودن اعضای بدن

توجه به ادله ای که بیع را در ملک منحصر می دارند، این شرط را برای صحت معاملات قرار می دهد که باید موضوع معامله، در ملکیت آدمی باشد و از آنجا که اعضای بدن - چه

پیش و چه پس از جداسازی - در ملکیت آدمی نیستند، از این رو، خرید و فروش اعضای بدن، باطل و فاسد می‌باشد (خرازی، ۱/۳۹۶).

نقد و بررسی

دقت در ادله‌ای که ملکیت را شرط بیع بیان می‌دارند و تأمل در ماهیت و معنا ملکیت، به وضوح بر این حقیقت گواهی می‌دهد که اعضای بدن آدمی، در ملکیت او قرار دارد؛ زیرا با توجه به تعدد گونه‌های ملکیت، آدمی بر بدن خویش، دارای ملکیت تکوینی است (خویی، مصباح الفقاهه، ۱/۲۶-۲۵؛ ۲/۷-۶، ۲۴-۲۳؛ حسینی روحانی، ۲/۹۳) که این، با اطلاق ادله بیانگر شرط ملکیت، مطابق، و برای تحقق شرط ملکیت و صحت خرید و فروش اعضای بدن، کافی می‌باشد. انصراف اطلاق ملکیت مذکور در روایات مورد استناد، به ملکیت اعتباری و انحصار ملکیت در آن، مدعائی بدون دلیل است.

افزون بر این، همان‌گونه که از بررسی نوع روایات به دست می‌آید، معنای ملکیت، سلطه و تحت اختیار بودن می‌باشد که این معنا برای آدمی نسبت به اعضای بدن خویش حاصل است؛ چنان‌که با توجه به عرفی بودن معاملات، بنای عقلاء نیز به آن گواهی می‌دهد (مؤمن، ۱۸۲-۱۷۸؛ خمینی، ۱/۲۳؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۱/۲۶ و ۷/۲، ۲۴؛ حسینی روحانی، ۲/۹۳؛ آصف محسنی، ۱/۱۸۵).

۴) عدم مالیت اعضای بدن

بیع، تملیک مال در برابر عوض می‌باشد و اعضای جدا شده از بدن، یا به جهت فقدان منفعت معتد به و یا حرمت انتفاع (حکیم، سید محسن، ۱/۳۳۹) و یا جریان حکم حریت بر اعضای جدا شده از بدن، مال دانسته نمی‌شود تا موضوع عقد بیع قرار گیرد؛ در نتیجه، خرید و فروش اعضای بدن، باطل و فاسد می‌باشد.

نقد و بررسی

اگر از اذعان عرف و عقلای عصر کنونی نسبت به مال بودن اعضای بدن (آصف محسنی، ۱/۱۸۶، ۱۸۵) غمض عین گردد، باز استدلال فوق، به جهات متعددی ناپذیرفتنی است؛ نخست این‌که، با توجه به اطلاق و شمول ادله‌ای هم‌چون: تجارة عن تراض، و اوفوا بالعقود، دلیلی برای اعتبار مالیت در عقد بیع وجود ندارد؛ چنان‌که در بی‌اعتباری ادعای انصراف این ادله به موارد مالی، و عدم حجیت قول لغوی در تعریف بیع به مبادله مال به مال (فیومی، ۱/۶۹) نیز تردیدی نیست. معیار و مناط، تنها، صدق عنوان معاوضه می‌باشد (ایروانی، ۱/۷۶؛ خویی،

مصباح الفقاهه، ۶۷/۱-۶۶) که این خود در خرید و فروش اعضای بدن به وضوح هویدا است؛ دو دیگر، برای این که چیزی در عقد بیع، معوض قرار گیرد، به مالیت ذاتی نیازی نیست و مالیت اعتباری برای معوض بودن و صحت بیع، کافی است (حسینی روحانی، ۹۳/۲؛ خرازی، ۳۹۵/۱) به دیگر سخن، در صورت پذیرش شرط مالیت در عقد بیع، اغراض شخصی عقلائی متبایعان، برای صدق مال بودن کافی است (ایروانی، ۳۳؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۶۷/۱، ۱۱۸) و این آشکارا، در خرید و فروش اعضای بدن مشاهده می شود؛

سوم این که، بر فرض عدم کفایت اغراض شخصی عقلائی برای صدق عنوان مال بودن، و نیازمندی تحقق عنوان مال به اتفاق همگانی عقلاء بر مال بودن چیزی، نهایت سخن که درباره معامله مذکور می توان گفت، سفیهانه بودن آن است که حتی اگر اغراض شخصی عقلائی متبایعان، آن را از سفیهانه بودن بیرون نسازد، به جهت شمول ادله صحت بیع نسبت به این معامله، دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد؛ زیرا آن معامله ای که ادله شرعی بر فساد و بطلان آن زبان گشوده اند، معامله فرد سفیه است و نه معامله سفیهانه افراد رشید (خویی، مصباح الفقاهه، ۶۷/۱، ۱۱۸) از این دیگر نمی توان به استناد دلیل فوق، از عدم صحت خرید و فروش اعضای بدن سخن راند؛

چهارم این که با توجه به عرفی بودن مال و تعریف آن در عرف و لغت، به چیزی که در برابرش چیز دیگری بذل می شود، تردیدی باقی نمی ماند که این تعریف، بر اعضای بدن نیز صادق است (مؤمن، ۱۷۸؛ آصف محسنی، ۱۸۶/۱) از این رو، از این جهت، ایرادی بر صحت خرید و فروش اعضای بدن وارد نمی باشد؛

پنجم این که مالیت، دائر مدار منفعت نیست و اگر مال را دائر مدار منفعت بدانیم، نهی شارع از منفعت و حرمت آن، شیئی را از مالیت عرفی خارج نمی سازد؛ زیرا مال بر مدار مطلق منفعت دائر است (ایروانی، ۷۵/۱)؛

ششم این که، اگر چه انسان، موجودی آزاد و غیر مملوک است، ولی دلیلی شرعی و عرفی بر جریان حکم بر بعضی از اعضای جدا شده از بدن وجود ندارد؛ به ویژه که حریت به نفس آدمی مربوط است و نه بدن او (آصف محسنی، ۱۸۵/۱).

دیدگاه دوم: صحت خرید و فروش اعضای بدن

پیروان دیدگاه مذکور، افزون بر استناد به فقدان اعتبار و عدم کفایت دلایل پیروان بطلان و فساد خرید و فروش اعضای بدن، به ادله زیر نیز می توانند تمسک جویند.

(۱) اصل صحت

بر پایه مبانی اجتهاد اصولی، اصل در همه امور، صحت و حلیت وضعی است تا آن‌گاه که دلیلی بر منع و عدم اعتبار آن به پا شود؛ چنان‌که این اصل، محملی برای بقای شک در صحت معاملات باقی نمی‌گذارد. (ایروانی، ۳۳/۱؛ خمینی، ۵۹/۱) مگر این‌که اصل صحت، از اصول عملی مختص به شبهات موضوعی، دانسته شود.

(۲) آیات

با توجه به عدم ورود دلیلی خاص بر فساد خرید و فروش اعضای بدن، مقتضای اطلاق و عموم: **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** (بقره: ۲۷۵)، **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** (مائده: ۱) **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** (نساء: ۲۹) صحت معامله مذکور می‌باشد؛ چه این‌که موضوع در این آیات، بیع، تجارت و عقود عرفی است که بی‌شک، خرید و فروش اعضای بدن نیز یکی از مصادیق آن‌ها به شمار می‌آید (ایروانی، ۱۸/۱-۱۷؛ آصف محسنی، ۱۸۴/۱، ۱۸۶؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۶۷/۱؛ مؤمن، ۱۷۸).

(۳) روایت

توجه به صحیحه ابوالقاسم صیقل (حر عاملی، ۱۷۳/۱۷ ب ۳۸ ح ۴) ظهور آن را در صحت خرید و فروش اعضای بدن آشکار می‌سازد؛ چه این‌که روایت مذکور، سکوت و تقریر امام (ع) را در برابر پرسش از بیع و معامله مبتنی بر اجزاء بدن حیوان گزارش می‌دهد که اگر این سکوت و تقریر معصوم (ع) بیان‌گر صحت معامله دانسته نشود، بی‌شک، مصداق اغراء به جهل و تأخیر بیان از وقت حاجت می‌باشد و البته با توجه به الغای خصوصیت و عدم فصل، ذکر جلود میته در روایت، اخلاقی را سبب نمی‌گردد و از این رو، مطلوب تمام است (خویی، مصباح الفقاهه، ۱۲۱/۱).

(۴) بنای عقلاء و وجود منفعت محلله

مقتضای قاعده اولی عقلائی، جواز و صحت انتفاع به هر چیزی است که دارای منفعت عقلائی می‌باشد (اشتهدادی، ۴۴۲/۲) و در عصر کنونی، خرید و فروش اعضای بدن دارای منفعت محلله مقصوده عقلائی است و همین امر، صحت خرید و فروش اعضای بدن را تجویز می‌کند (آصف محسنی، ۱۸۲/۱؛ صدر، ۲۰۱/۳) به‌ویژه که ادله حرمت و فساد، به مواردی ناظر است که فاقد منفعت محلله مقصوده می‌باشد (مکارم شیرازی، ۴۱۹/۱).

نتیجه‌گیری

تبیین و بررسی دلایل هر یک از دو دیدگاه موجود در نزد دانشیان فقه شیعه، درباره حکم تکلیفی و وضعی خرید و فروش اعضای بدن، این حقیقت را نمایان می‌سازد که اگر چه پیروان حرمت و فساد خرید و فروش اعضای بدن، برای اثبات سخن خویش، به آیات، روایات، اجماع و دیگر ادله فقهی تمسک جسته‌اند، لیک دستاویز آنان از کفایت و توانایی لازم و اعتبار چندانی برای اثبات ادعای مورد سخن ایشان، برخوردار نیست؛ از این رو، ترجیح با دیدگاه و دلایل کسانی است که به جواز و صحت خرید و فروش اعضای بدن، باور دارند و به آن فتوا می‌دهند.

منابع

قرآن کریم

- آصف محسنی، محمد، *الفقه و مسائل طبیة*، قم، بوستان کتاب، الاولی، ۱۳۸۲.
- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، *کتاب السرائر لتحریر الفتاوی*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، الثانيه، ۱۴۱۴ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، مؤسسه التاریخ العربی، ۱۴۱۶ق.
- اشتهاردی، علی پناه، *مدارک العروة*، تهران، دار الأسوه، الاولی، ۱۴۱۶ق.
- انصاری، مرتضی، *کتاب مکاسب*، قم، مؤتمر العالمی للشیخ الأنصاری، ۱۴۱۵ق.
- ایروانی، علی، *حاشیة کتاب مکاسب*، باقر الفخارالاصفهانی، قم، ذوی القربی، الثانيه، ۱۴۳۱ق.
- تبریزی، جواد، *منهاج الصحاحین*، قم، مکتبه میرزا جواد التبریزی، الاولی، ۱۴۱۹ق.
- جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، قاهره، المکتبه التجاریه الکبری، السادسة، بی‌تا.
- حراغملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، بیروت، مؤسسه آل البیت (ع) لاحیاء التراث الاولی، ۱۴۱۲ق.
- حسینی خامنه‌ای، سید علی، *اجوبه الاستفتائات*، تهران، چاپ و نشر بین الملل، چاپ سی و چهارم، ۱۳۸۶.
- حسینی روحانی، سید محمد صادق، *المسائل المستحدثة*، قم، مکتبه المحمدی، الاولی، ۱۳۸۵ق.
- حسینی شیرازی، سید صادق، *توضیح المسائل*، تهران، تابان، چاپ اول، ۱۳۸۲ق.
- حکیم، سید محسن، *مستمک العروة الوثقی*، نجف، مطبعه الآداب، الاولی، ۱۳۹۱ق.

- حکیم، سید محمد، *فقه الاستسناخ و فتاوی طیبیه*، بیروت، دار الهلال، الرابعه، ۱۴۲۵ق.
- حکیم، سید محمد تقی، *الفقه للمعتبرین*، بیروت، دار المورخ العربی، الرابعه، ۱۴۲۴ق.
- حمیری، عبدالله بن جعفر، *قرب الاسناد*، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، الاولى، ۱۴۱۳ق.
- خرازی، سید محسن، *قرائات فقهیه معاصره*، بیروت، الغدیر، الاولى، ۱۴۲۳ق.
- خمينی، سید روح الله، *المکاسب المحرمه*، مجتبی تهرانی، قم، مطبعه مهر، الاولى، ۱۳۸۱ق.
- خویی، سید ابوالقاسم، *التنقیح فی شرح العروه الوثقی*، علی الغروی، قم، مؤسسه احیاء آثار الخوئی، الاولى، ۱۴۱۸ق.
- _____، *فقه الشیعه*، السید محمد مهدی الخلیخالی، تهران، پیام، الثانيه، ۱۳۹۶ق.
- _____، *معجم رجال الحدیث*، قم، مرکز نشر آثار شیعه، الرابعه، ۱۳۶۹.
- _____، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، الثامنه و العشرون، ۱۴۱۰ق.
- _____، *مصباح الفقاهه*، محمد علی التوحیدی التبریزی، قم، مکتبه الداوری، الاولى، ۱۳۷۷.
- زیبیدی، سید محمد مرتضی، *تاج العروس*، علی شیری، بیروت، دار الفکر، الاولى، ۱۴۱۴ق.
- سیستانی، سید علی، *قاعده لاضرر*، قم، مکتبه السیستانی، الاولى، ۱۴۱۴ق.
- _____، *منهاج الصالحین*، قم، سعید بن جبیر، الثاني، ۱۴۱۲ق.
- سیواسی، محمد بن عبدالواحد، *شرح فتح القدر*، بیروت، دارالفکر، الثانيه، بی تا.
- شهیدی تبریزی، فتاح، *هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب*، قم، سماء قلم، الاولى، ۱۴۳۰ق.
- صادقی تهرانی، محمد، *رساله نوین*، تهران، امیدوار، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- صانعی، یوسف، *مجمع المسائل*، قم، میثم تمار، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- صدر، سید محمد باقر، *بحوث فی شرح العروه الوثقی*، قم، مرکز الأبحاث و الدراسات التخصصیه للشهید الصدر، الاولى، ۱۴۲۱ق.
- علیان نژادی، ابوالقاسم، *مجموعه استفتانات جدید*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ سوم، ۱۳۸۱.
- فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر*، قاهره، مطبعه الامیریه، الاولى، ۱۹۲۸ م.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، علی اکبر غفاری، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ هفتم، ۱۳۷۵.
- مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، الثالثه، ۱۴۰۳ق.
- مدنی، سید یوسف، *المسائل المستحدثه*، قم، دفتر مدنی، چاپ نهم، ۱۳۸۳.
- مغنیه، محمد جواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، بیروت، السابعه، ۱۴۰۲ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *قرائات فقهیه معاصره*، بیروت، الغدیر، الاولى، ۱۴۲۳ق.

- مؤمن قمی، محمد، *کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، الاولی، ١٤١٥ق.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ نهم، ١٣٦٨.
- نوری طبرسی، حسین، *مستدرک الوسائل*، قم، مؤسسه آل البیت (ع) لاحیاء التراث، الاولی، ١٤٠٨ق.
- همدانی، رضا، *کتاب الطهارة*، چاپ سنگی، تهران، چاپخانه حیدری، ١٣٧٤ق.

under another heading than *sīra*, even though, like *sīra*, it is regarded as rational (*lubbī*) circumstantial evidence and in many instances it is the original resource for the evidences. In this research, after giving a definition of *sīra* and *irtikāz al-mutisharri'a* and proving the conditions for their authority, it is tried to compare these two terms and to clarify their similarities and differences, and then to point out the instances that are regarded as origins for *irtikāz*.

Keywords: *sīra*, intellectuals, fixed way (*irtikāz*), religionists (*mutisharri'a*).

Examination of the Evidences for the Legitimacy of Buying and Selling Body Organs in Shī'a Jurisprudence

Dr. Muḥammad Taqī Fakhla'ī, Associate Professor

Ferdowsi University of Mashhad

Sayyid 'Alī Jabbār Gulbāghī Māsūla, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Law

Following developments in medical sciences and humankind's acquiring new technologies, which provided using body organs and their products for the treatment of some illnesses, some legal questions were little by little set forth in this respect, including buying and selling body organs. Raising this question and answering it is the important task that the present writing is intended to handle in a fundamental-theoretical research, with a descriptive-analytical method in the expanse of Shī'a jurisprudence and with the use of inference sources. Finally, after explaining the subject in question, observing the existing viewpoints, and examining the evidences of each viewpoint, it is concluded that buying and selling body organs has obligatory and conventional legitimacy and there are no sufficient evidences for the unlawfulness, invalidity, falsehood of this category of transactions.

Keywords: medical jurisprudence, newly-arisen legal queries, buying and selling body organs.

familial immunity in offences against properties and ownership and its by-products; verification of non-limitedness of the domain of familial relation effective in offences against properties to father, paternal ancestors or mother; and non-limitedness of the domain of offences effected by familial relations to theft.

The writer's suggestion is recognition of familial immunity as one of the "legal excuses for non-punishment" in the context of article 227 *bis* of penal code, and the presented working procedure for this suggestion is the restoration of section 5 of clause 2 of article 8 of penal code approved in 1290 sh/1911 and the issuance of order to suspend prosecution – in case of existing familial relation between the criminal and the victim of crime.

Keywords: kinship, family, immunity, properties and ownership.

**A Research on the Concept and Reliability of Fixed Way of
Religionists (*Irtikāz al-Mutisharri'a*) as Explained
by Shī'a Jurists'**

Dr. Abulfaḍl 'Alīshāhī Qal'ajūqī, Assistant Professor

Yasuj University

Sīra is of a sublime status in Shī'a jurisprudence and has been used as the most important reason in endorsed rulings of Islam. The Shī'a jurists have used it as one of their evidences for inference of rulings to the extent that they have regarded it as superior to consensus (*ijmā'*) and viewed the authority of *sīra* as a cause for endorsement or non-hindrance by the Infallibles (A.S.).

In the course of the history of inference, a new term has been developed, which in line with *sīra* was employed as a proof for inference of rulings and the jurists called it fixed way of religionists or *irtikāz al-mutisharri'a*. It is the proof and establishment of a concept in the religionists' mind that cannot be easily given up and sometimes it results in external conduct and behavior and yet at other times it remains to be subjective. That the jurists have relied on *irtikāz* in some rulings indicates that in their view *irtikāz* is authoritative. Conceptual *irtikāz* is separate from *sīra* and it behooves to be dealt with

Primary actions are also among the latter part of the Prophet's (S.A.W.) acts, which are divided into two groups of clear attributes and ambiguous attributes. All the scholars of the two sects in the first group believe in the equality of the *umma* and the Prophet (S.A.W.) in rulings; but there are many differences of opinion in the second group.

Keywords: the Prophet's (S.A.W.) actual tradition, the Prophet's (S.A.W.) rank, inference of ruling, the two sects.

Familial Immunity in Offences against Properties and Ownership

'Ali Murād Ḥaydarī, Assistant Professor

Hazrat Ma'suma (S.A.) University

Financial and economic relationships are undeniable realities and impressive factors in familial relations, and there are reciprocal interactions between these two. The existence of this relationship has caused the familial relations to be realized as effective in the penal destiny of aggressions against properties in the penal jurisprudence and statutes. In Islamic jurisprudence, familial immunity has been taken into consideration only in such cases as "lapse of legal punishment" in "theft" and as confined to "father-child" relations. Nevertheless, certain issues have to be examined as follows:

1. Determining "the domain of familial relation" effective in offences against properties and ownership;
2. Explanation of "the realm of offences against properties and ownership" effected by familial relations;
3. Description of "type of efficacy" of familial relations in offences against properties and ownership"

Based on the effect of familial relations in theft leading to legal punishment (*hadd*), which is brought up in detail in jurisprudence – with a comparative look at the Sunni jurisprudence –, this writing explores into the above three issues and raises the fundamental question as to whether the existing judiciary approach in this respect is a desirable and sound one or not.

The article's hypothesis is the possibility of qualitative and quantitative development of

judge's opinion) in Islamic penal system would resolve the second problem, too. As such, if we execute legal punishment (*hadd*) along with discretionary punishment (*ta'zīr*), it will result in much better administration of justice and prevention of disturbance in public order.

Keywords: multiple offences, offences deserving legal punishment, interference of causes, principle of justice, multiple offences deserving legal punishment.

The Prophet's (S.A.W.) Actual (*Fi'lī*) Tradition and its Status in Inference of Rulings from the Viewpoint of the Two Major Sects (*Farīqayn*)

Fāṭima Ardīstānī, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law
Islamic Sects University

Dr. 'Ābidīn Mu'mīnī, Associate Professor
Tehran University

The Prophetic action and behavior as a part of tradition is regarded as a kind of evidence and legal plea. Explanation of the concept and nature of the Prophet's (S.A.W.) action and the two sects' analysis of this rational reasoning in the process of inference of legal ruling has an important status in Islamic jurisprudence.

Given the existing views, there are two general approaches to the Prophet's (S.A.W.) actions; the first approach that all his holiness' actions except special actions were legislative, according to which all actions verify as legal rulings; and the second approach, which, in respect to the existence of two legislative and non-legislative ranks for his holiness, in addition to the special actions, his natural and worldly actions, which are among the non-legislative actions, cannot be used as a basis for inference and extraction of legal rulings. The main disagreement among those maintaining the above approaches results from the difference in dividing the Prophetic actions and the genuineness of this division. The expressive actions, however, are the most important actions carried out by the Prophet (S.A.W.), from which rulings are explicitly extractable, as they have been highly utilized in Islamic jurisprudence, particularly, in "acts of devotion" section.

Of course, using the unlawful in treating illnesses where exploitations other than eating and drinking is in mind is not so much problematic and sensitive; however, what is more open to disputation is eating and drinking unlawful things with the intention of treatment. In this respect, although most of the jurists, especially the earlier ones, have viewed treatment with the unlawful, either absolutely or with certain *muḥarramāt* as impermissible and have not withstood it, the viewpoint addressed in this article is the permissibility of all kinds of treatment with all *muḥarramāt* irrespective of their differences. Thus, in order to explain this viewpoint and reinforce it, five reasons have been set forth and by providing the conditions and answering to the contradictory probabilities and criticizing the opponents' viewpoints, it is tried to pave the ground to some extent for the acceptability of this theory.

Keywords: jurisprudence, medical ordinances, treatment with *ḥarām*.

Interference of Punishments in Multiple Offences

Deserving Legal Punishment and its Challenges

Zahrā Aḥmadi, Ph.D. Student of Criminal Law and Criminology

Tehran University

If in multiple offences deserving legal punishment (*ḥadd*) the perpetrated offences are similar, the punishments interfere and the person is sentenced to one legal punishment. This judgment is disputable from two perspectives. Firstly, it is against the principle of non-interference of causes and effects. Secondly, it is against the principle of justice and causes disturbance in public security and order.

Relying on various reasons, such as traditions, principle of reasonable doubt (*qā'idat al-dar'*), judgment pertaining to nature, principle of exemption, application of legal evidences, concept of the evidences of repetition of offence, consensus, *sīra*, and so forth, the jurists have undertaken to resolve the contradiction of this judgment with the principle of non-interference of causes. Although some objections have been raised against some of these evidences, it can be said that judging the interference of punishments have been taken for granted by all the jurists.

Existence of discretionary punishments with their exclusive nature (according to the

ABSTRACT

A new Attitude in Criticism of the Validity of Reliable Tradition

Dr. Muḥammad Rasūl Āhangarān, Associate Professor

Farabi Pardis, Tehran University

One of the most important discourses on basics of jurisprudence methodology (*‘ilm al-uṣūl*) is the one concerning the isolated tradition. The most important reason for proving the validity of the isolated tradition according to the widely known viewpoint of the authorities on this issue is the attitude of the intellectual. This article is intended to criticize this reason and in the end to prove its insufficiency for the claim in question.

Keywords: isolated tradition, reasons for the validity of tradition, attitude of the intellectual, *imḍā’* (attestation), non-hindrance, validity.

Treatment with *Muḥarramāt* (Forbidden Things)

Dr. Akbar Aḥmadpūr, Assistant Professor

Ferdowsi University of Mashhad

The jurists have since early times wondered whether illnesses can be treated with forbidden or *ḥarām* things and thereby improve the illness and restore the patients to health; or whether it is totally forbidden and impermissible to step into this arena even if motivated by treatment of illness.

Table of Contents

A new Attitude in Criticism of the Validity of Reliable Tradition	9
Dr. Muḥammad Rasūl Āhangarān	
Treatment with Muḥarramāt	29
Dr. Akbar Aḥmadpūr	
Interference of Punishments in Multiple Offences Deserving Legal Punishment and its Challenges	55
Zahrā Aḥmadī	
The Prophet's (S.A.W.) Actual (Fi'lī) Tradition and its Status in Inference of Rulings from the Viewpoint of the Two Major Sects (Farīqayn)Dr. Fāṭima Fāṭima Ardistanī - Dr. 'Ābidīn Mu'minī	75
Familial Immunity in Offences against Properties and Ownership	97
Alī Murād Ḥaydarī	
A Research on the Concept and Reliability of Fixed Way of Religionists (Irtikāz al-Mutisharri'a) as Explained by Shī'a Jurists'	121
Dr. Abulfaḍl 'Alīshāhī Qal'ajūqī	
Examination of the Evidences for the Legitimacy of Buying and Selling Body Organs in Shī'a Jurisprudence	141
Dr. Muḥammad Taqī Fakhla'ī - Sayyid 'Alī Jabbār Gulbāghī Māsūla	

In the Name of Allah



ISSN 2008-9139

ISLAMIC STUDIES

Islamic Jurisprudence & Its Principles

The Research Journal
of the Faculty of Theology and Islamic Studies
Issue 97, Summer 2014

FERDOWSI UNIVERSITY of MASHHAD PRESS